

MECELLE ŞÂRİHİ ALİ HAYDAR EFENDİ VE “MEFKÛD RİSÂLESİ”

Yrd. Doç. Dr. Ömer Faruk HABERGETİREN*

Özet: Ali Haydar Efendi, Osmanlı Devletinin son döneminde yetişmiş, hukukçu ve devlet adamıdır. İslam hukuku alanında önemli çalışmaları bulunmaktadır. Özellikle *Mecelle* şârihi olarak tanınır ve *Mecelle* üzerine yazılan en geniş şerh onundur. Eserleri arasında yer alan *Mefkûd Risâlesi*, kayıp kişi hakkında yazılan ilk kanunlaştırma denemesidir. Bu çalışmada Ali Haydar Efendinin hayatı ve çalışmalarından kısaca bahsedilecek, adı geçen risâle tanıtılarak, günümüz Türkçesine çevrilecektir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Kayıp şahıs, (Küçük) Ali Haydar Efendi, *Mecelle*, *Risâle-i Mefkûd*.

The Commentator of Mejlle: Ali Haydar Efendi and his “Risâla Mafqûd”

Abstract: Ali Haydar Efendi is a jurist and statesman in the last-period of Ottoman Empire. He produced important work in Islamic law. Especially he was known as a commentator of *Mejlle* and the large of commentary that was written on *Mejlle* is for him. Furthermore *Risâla Mafqûd* that situated on his works is the first legalizati-on practice about Missing man.

This research involves to the life of Ali Haydar Efendi and his studies shortly and then this *Risâla* will introduced and translated to new Turkish language.

Key Words: Islamic Law, Missing man, (Young) Ali Haydar Efendi, *Mejlle*, *Risâla Mafqûd*.

GİRİŞ

Herhangi bir nedenle kaybolup kendisinden haber alınamayan, yaşadığı veya öldüğü kesin olarak bilinemeyen bir kişinin hakları hukuken korunur. İslam hukukunda mefkûd olarak isimlendirilen bu kimse ile ilgili hukuki düzenlemeler, mufassal hukuk kitaplarında “Kitâbu’l-mefkûd” başlığı altında incelenip, kişinin yokluğunda lehine veya aleyhine ortaya çıkabilecek gelişmeler ile özellikle mal varlığı ve eşinin durumu ayrıntılı olarak ele alınır.

Osmanlı Devletinin son yıllarında İslam hukukunu kanunlaştırma faaliyetleri sırasında oluşturulan Mecelle’de bu konu ve başlık yer almamaktadır. Bu nedenle Mecelle şârihi olarak tanınan Ali Haydar Efendi, Mefkûd hakkında fûrû kitaplarında yer alan hükümleri derleyerek Mecelle tarzında müstakil bir risâle hazırlamıştır. Konusunda ilk olan bu risâle ile müellif, döneminde uzun süren savaşlar

* Karabük Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Temel İslam Bilimleri Bölümü İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ofhabergetiren@hotmail.com.

ve göçler sonrasında karşılaşılan bu problemin çözümünde kâdı ve müftülere yardımcı olacak bir eser kaleme almıştır.

Bu çalışmada Ali Haydar Efendi'nin hayatı, ilmi kişiliği ve eserleri hakkında kısa bilgi verildikten sonra, Risâle'nin içeriği, benzerleri ile mukayesesi yapılarak tanıtılacak ayrıca makalenin sonunda günümüz Türkçesine çevirisi ek olarak verilecektir.

1. Ali Haydar Efendi'nin Hayatı, İlmi Kişiliği ve Eserleri

1.1. Hayatı

24 Nisan 1853'te Batum'da doğdu. Babası Dardağanzâde Mehmed Emin Efendidir (v. 1326/1910). Gürcüzâde Hoca Emin Efendi olarak da bilinen babası, İstanbul'da uzun yıllar müderrislik yapmış, sahip olduğu ilmi birikimi ile tanınmış, bu nedenle ilk Kanûn-u Esâsî'yi hazırlayan heyette yer almış, ayrıca Mekke kâdılığı, İzmir nâibliği ve Anadolu kazaskerliği görevlerinde bulunmuştur.

Ali Haydar Efendi ilk tahsilini Batum'da yaptı; daha sonra İstanbul'da hünkâr imamı Hafız Reşid Efendi'nin yanında klasik medrese eğitimi içinde yer alan temel eserleri okudu ve ondan icazet aldı. Sonra Mekteb-i Nüvvâb'ı, 1884'te değiştirilen adıyla Medresetü'l-kudât'ı bitirdi (1877). Burdur (1880), Uşak (1883) ve Denizli (1883) kâdılığı görevlerinde bulundu. 1884'te İstanbul İstinâf Mahkemesi üyeliğine getirildi. Bu görevde bulunurken Mekteb-i Hukuk'ta Mecelle ve Usûl-u Muhâkemât-ı Hukûk Ameliyât-ı Tatbikiyye derslerini okuttu. Ardından sırasıyla İstanbul Bidâyet Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi başkanlığı (1894), Bidâyet Mahkemesi başkanlığı (1894), İstinâf Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi başkanlığı (1899), Temyiz Mahkemesi üyeliği (1900), aynı mahkemenin hukuk dairesi üyeliği, sonra başkanlığı (1908), Temyiz Mahkemesi başkanlığı ve son olarak da Fetva Eminliği görevlerinde bulundu (1914). Osmanlı Devleti'nin 1. Dünya Savaşı'na girmesinden sonra 14 Kasım 1914'te ilân edilen cihâd-ı ekber fetvasını, fetva emîni sıfatıyla Fatih Camii'nde okuyan Ali Haydar Efendi, 23 Kasım 1914 tarihli cihad beyannâmesinde imzası bulunan yirmi dokuz kişi arasında da bulunmaktadır. 1916 yılında Rumeli kazaskerliği görevine getirildi ve aynı yıl emekli oldu. Tevfik Paşa'nın ikinci defa sadrazam olmasıyla 11 Kasım 1918 ile 21 Ocak 1919 tarihleri arasında kısa süreliğine adliye nazırlığı yaptı. Bu görevde bulunurken Medine'yi İngilizlere teslimе yanaşmayan Fahreddin Paşa'ya padişahın teslim konusundaki iradesini götürdü. Adliye nazırlığından ayrıldıktan sonra hayatının geri kalan kısmını kitap telifiyle geçiren Ali Haydar Efendi 14 Eylül 1935 tarihinde İstanbul'da vefat etti.¹

Aynı dönemde yaşayan adaşı Nasûhîzâde Ali Haydar Efendi'den (1837-1903) ayrılması için yaşça küçük olması nedeniyle Küçük Haydar Efendi olarak da isim-

1 M. Akif Aydın, "Ali Haydar Efendi, Küçük", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul 1989, c. II, s. 396-397; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiye Kamusu*, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul 1985, c. I, s. 336. Ayrıca Bkz. Hasan Basri Erk, *Meşhur Türk Hukukçuları*, İstanbul 1958, s. 371-372; Sadık Albayrak, *Son Devir Osmanlı Uleması*, İstanbul 1980-1981, c. I, s. 261-262.

lendirilmiştir. Cumhuriyet döneminde soyadı kanunundan sonra Arsebük soyadını almıştır.

Ali Haydar Efendi iki defa evlendi, bu evliliklerinden dört erkek üç kız yedi çocuğu oldu. Oğullarından ikisi, kendisi gibi hukukçu oldu. Bunlardan birisi olan Ahmet Esat Arsebük (1884-1954) Ankara Hukuk Fakültesi'nde 1935-1954 yılları arasında öğretim üyeliği yapmıştır.

1.2. İlmi Kişiliği

Dönemin padişahı Vahdettin tarafından kendisine şeyhülislâmlık teklif edilecek² kadar ilmi yeterlik ve tecrübeye sahip olan Ali Haydar Efendi, kâdılık hayatının yanı sıra uzun yıllar eğitim öğretim faaliyetleri içinde bulunmuştur. On iki yıl Mülkiye Mektebi'nde beş yıl Medresetü'l-kudât'ta ve otuz yıl da Hukuk Mektebinde Mecelle, Ahkâm-ı Evkaf ve Kavânin dersleri okutmuştur. Bu arada, başta Mecelle şerhi olmak üzere özellikle hukuk alanında pek çok kitap ve makale kaleme almıştır.

Fetva eminliği görevini yürütürken dönemin şeyhülislâmı Mustafa Hayri Efendi (1867-1921), Mecelle Cemiyeti'ni yeniden canlandırmaya çalışmış, bunu başaramayınca şeyhülislâmlığa bağlı bir te'lif-i mesâil şubesi kurmuştu. Bu şubenin amacı; İslam hukukunun münâkehât, mufârekât, muâmelât ve ukûbât'a dair Hanefi mezhebine ait kısımları bir mecelle-i külliye halinde toplayan eserler meydana getirmektir. Diğer mezheplere ait görüşlerin de kısmen yer aldığı çalışmalar yapan bu heyetin görevi, Hayri Efendi'nin meşihattan ayrılması ile sona erdi. Bu heyette yer alan Ali Haydar Efendi, çalışmalar sırasında hazırlamış olduğu Kitâbü'n-Nafakât isimli eserini sonradan yayınlamıştır.³ Ayrıca döneminde aile hukuku ile ilgili çıkarılan iki irâde-i seniyye'nin hukuki gerekçeleri de bu heyet tarafından hazırlanmıştır.⁴

1.3. Eserleri

Ali Haydar Efendi, günümüzde hala önemini koruyan İslâm hukukuna dair pek çok eser ve risâle kaleme almıştır. Bir kısmı sadeleştirilerek veya latinize edilerek yayınlanan eserleri şunlardır:

1. *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*: Mecelle-i ahkâm-ı adliye'nin en geniş şerhidir.

2. *Mirkâtü'l Mecelle*: Mecelle'nin on birinci kitabından on altıncı kitabına kadar olan kısmın muhtasar bir şerhidir.

3. *Şerh-i Cedîd li-kânûni'l-arâzî*: 1274 tarihli Arazi Kanunnamesi üzerine yapılan şerhtir.

2 Ali Fuat Türkgeldi, *Görüp İşittiklerim*, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara 1949, s. 167.

3 Bilmen, *Kamus*, c. I, s. 3-4.

4 Aydın, "Ali Haydar Efendi, Küçük", *DİA*, c. II, s. 396-397.

4. *Tertîbü's-sunûf fî ahkâmi'l-vukûf*: İki ciltten oluşan, vakıflarla ilgili fıkhi hükümlerin maddeler halinde sıralandığı bir eserdir.

5. *Tavzîhu'l-müşkilât fî ahkâmi'l-intikâlât*: Miri ve vakıf arazi ile icareteynli vakıfların intikalini ve hükmi şahısların gayrimenkul mallar üzerindeki tasarruflarını düzenleyen iki kanun şerhidir.

6. *Teshîlü'l-ferâiz*: İslam miras hukukunda Mecellede düzenlemeyen konuları içerir.⁵

7. *el-Mecmû'atü'l-cedîde fî Kütübi'l-Erba'a*: Mecelle'ye ek olarak hazırlanan daha önce müstakil baskıları da yapılan, *Kitâbü'l-İstikrâ fî Mesâili'l-ibrâ*, *Kitâbü'l-Muvâza'a ve'l-istiğlâl*,⁶ *Kitâbü'l-mefkûd*, *Kitâbü'l-istihkâk* isimli dört eseri içerir.

8. *Kitâbü'n-nafakât*: Nafaka konularını Mecelle tarzında ele alıp maddeleştirdiği bir eserdir.⁷

9. *Risâle-i mühimme*: Beslemek şartıyla bey, hibe ve ferağ konularını içeren müstakil bir çalışmadır.

10. *Deyn'in suret-i edâsı ve icarenin ehad-ı akideynin vefatı halinde adem-i infisâhı hakkında ahkâm*.

11. *Emvâl-i gayr-i menkûle ve teminât ve izâle-i şuyû kanunlarının şerhi*.

12. *Tatbikât-ı şer'iyye dersi*.

13. *Kitâbü't-talâk*.

Bu eserlerinin yanı sıra *Ceride-i Adliye*'de çeşitli konularda birçok hukuki makalesi ve bazı sorulara cevap sadedinde yazıları bulunmaktadır.⁸

2. Mefkûd Risâlesi

Ali Haydar Efendi'nin hazırladığı Mefkûd risâlesinde; bir mukaddime (giriş), üç fasıl (bölüm), kırk iki mesele (madde) ve bir hatime (sonuç) yer almaktadır. Kırk altı sahifeden oluşan bu eserin yirmi beşinci sahifesine kadar maddeler halinde Osmanlıca ana metin, yirmi yedinci sahifesinden sonrası ise maddelere kaynaklık eden Arapça ve Osmanlıca nakiller kısmı bulunmaktadır.

Bu Risâle müstakil olarak iki defa basılmıştır. Birincisi, İstanbul, Matbaa-i Ebuzziya 1309/1892, 45+5 sahife ve gerekli düzeltmeler yapıldıktan sonra ikinci baskısı ise İstanbul, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, 1316/1898, 45+3 sahifedir. Ayrıca 1332/1916 tarihinde yayınlanan *el-Mecmû'atü'l-cedîde fî Kütübi'l-Erba'a* isimli eserin içerisinde de bir bölüm halinde yayınlanmıştır.

5 Bu eser, Orhan Çeker tarafından sadeleştirilip notlar edilerek 158 sahife halinde Tekin Kitabevi tarafından Konya'da tarihsiz olarak yayınlanmıştır.

6 Bu eser, Sabri Erturhan tarafından latinize edilerek İslam Hukuku Araştırmaları dergisi sayı:5 (2005), 267-296. sayfalar arasında yayınlanmıştır.

7 Bu eser, Orhan Çeker tarafından Nafaka Kanunu adıyla hazırlanıp Osmanlı Kanunları Serisinin 3. kitabı olarak Ebru yayınları arasında 1895 yılında yayınlanmıştır.

8 Geniş bilgi için bkz. H. Mehmet Günay, "Son Devir Osmanlı Hukukçusu Ali Haydar Efendi (1853-1935): Hayatı, İlmi Faaliyetleri ve Eserleri" *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 6, 2005, s. 187.

Günümüzde bu risâle, Ahmet Akgündüz tarafından hazırlanan *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı* isimli eser içerisinde transkript edilerek yayınlanmıştır. Burada maddeler arasına, nakiller kısmında kaynak olarak gösterilen Arapça ve Osmanlıca metin ilave edilerek okuyucunun istifadesine sunulmuştur.⁹ Bu transkriptte bazı kelimelerin okunuşunda farklılıklar ile dizgiden kaynaklandığı düşünülen harf düşmeleri, kelime bölünmeleri ve yazım hataları bulunmaktadır.

2.1. Risâlenin içeriği

Bu risâle, İslam hukukunda "mefkûd" olarak isimlendirilen kimse hakkında fûrû kitaplarında dağınık, meselelere dayalı ve ayrıntılı olarak işlenen hukuki hükümleri kanunlaştırma denemesidir. Bu nedenle "Mefkûd Kanun Taslağı" olarak nitelendirilebilir. Eserde kanun olma özelliğinin yanı sıra meseleci (kazuistik) metot da göze çarpmaktadır. Konular derli toplu olarak ele alınmaktadır, fakat tasnif-te yer yer kısmi tekrarlara rastlanmaktadır.

Eser, özellikle muteber Hanefi fıkıh kitapları ve mezhepte öne çıkan görüşler esas alınarak düzenlenmiş, sonuç bölümünde diğer mezheplerin görüşlerine kısaca atıflar yapılmıştır.

2.2. Konuların İşlenişi

Esere giriş mahiyetinde olan mukaddimede konu ile ilgili ıstılahlar: mefkûd, kayyım ve mûsî üç madde halinde tanımlanmaktadır.

Fasıl olarak isimlendirilen birinci bölümde mefkûd ile ilgili hukuki hükümler, ikinci bölümde aleyhine gıyaben hüküm verilmesi ve üçüncü bölümde vefat kararının alınması ile buna bağlı durumlar işlenmektedir. Bölümlerde bu konular maddeler halinde sıralanmış; bazı maddelere örnekler verilerek hükmün anlaşılması ve uygulamada kolaylık sağlanması amaçlanmıştır. Bu bölümlerde diğer mezheplerin görüşleri yer almamaktadır.

Sonuç bölümünde; mefkûd hakkında diğer müçtehitlerin görüşleri kaydedilerek konu sona erdirilmektedir. Bu kısımda Maliki ve Şafii mezheplerinin miras konusundaki görüşlerinin Hanefi imamlar gibi olduğu, ancak eşinin bir başkası ile evlenmesi için Malikilere göre dört yıl geçmesi gerektiği; Hanbelilerde ise ayırım yapılmadan helak edici bir ortamda kaybolan kimse için dört yıl beklendikten sonra vefat hükmünün verileceği, bunun dışında Hanefiler gibi doksan yaşını tamamlaması gerektiği nakledilir.

Eserde işaret edildiği gibi mefkûd şahsın hukukunda asıl olan istishab kuralıdır. Bu kural, uygulama açısından zayıf bir delildir. Kişiye yeni bir hak sağlamaz, ancak sabit olan haklarını korur. Buna göre aksi ortaya çıkmadıkça mefkûd, sağ olarak kabul edilir, tüm hakları korunur. Kendisine fayda sağlayan, başkasına zarar veren durumlarda ise vefat etmiş sayılır.

9 Bkz. Ahmet Akgündüz, , *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı* I-III, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2012, c. II, s. 105-118.

Mefkûd olan bir kimse hakkında bir takım hukuki problemler ortaya çıkmaktadır. Bu problemlerin başında genç yaşta kaybolan bir kişinin malları, eşinin durumu, ailesinin nafakası ve kendisinin de hak sahibi olduğu mirasın taksimi gibi meseleler sayılabilir.

Risâleye göre; hâkim, mefkûd'un haklarını korumak için bir kayyım atar, bu atama kimsenin isteğine bağlı değildir. Kayyım, mevcut olan durumu korur, vekil olarak mefkûd adına hareket edemez, dava açamaz. Mefkûd'un önceden yapmış olduğu vekâlet, kira ve ortaklık gibi işlemler aynen devam eder, onlara müdahale edemez, ancak hukuki temsilci olarak temsil ettiği şahsın haklarını korur.

Mefkûd'un ulaşılabilen menkul mallarından nafaka yükümlüğü yerine getirilir. Gayrimenkul mallarına dokunulmaz. Zarar görmesinden korkulan malları satılarak bedeli koruma altına alınır. Ali Haydar Efendi 22. maddede, zarar görme şartı olmadan tüm mallarının satılacağı ve bedelinin saklanacağını düzenleyen bir ferman bulunduğunu Ebu Suûd'dan nakletmektedir. Bu fermanın sonraki dönem hâkimlerini bağlamayacağını söylemekle birlikte zamanındaki kamu uygulamasının bu şekilde olduğunu dipnotta belirtmektedir.

Vefat ettiği kesinleşinceye kadar eşi boşanmış sayılmaz, malları mirasçılardan arasında bölüştürülmez. Kendisinin içinde bulunduğu miras taksimi, yaşadığı varsayımlar yapılar. Öldüğüne hükmedilince taksimin yapıldığı zamanda yaşayanlar arasında yeniden dağılım yapılır.

Hanefi mezhebine göre kayıp olan bir şahsa, ölüm hükmü verilebilmesi için delil ve şahitlerin bulunması veya doksan yaşın tamamlanması şart koşulmaktadır. Bu şart uygulamada bir takım sıkıntılara yol açmaktadır. Ali Haydar Efendi, eserinin sonuç bölümünde diğer mezheplerin görüşlerini naklederek bu görüşlerin benzer durumlarda çözüm olabileceğini ima etmiştir. Özellikle İmam Malik'ten nakledilen mefkûd olan kimsenin eşinin dört yıl sonra vefat iddetini bekleyip başka bir kimse ile evlenebilmesi son dönemde verilen fetvalarda ve yapılan kanunlaştırmalarda yer almaktadır.

Risâlenin sonuna ilave edilen nakiller kısmında¹⁰ her maddenin yazımına kaynaklık eden ibare asıl metni ile kaynağı belirtilerek yazılmış, benzer metinlere işaret edilmiştir. Ayrıca madde hakkında gerek duyulan izahat, maddenin kapsamı ve sınırları da açıklanmıştır. Böylece maddelerin yorumlanmasında kolaylık sağlanmış, ihtiyaç duyulabilecek ek açıklamalar için ana kaynağa yönlendirilmiştir.

2.3. Risâlenin Kendisinden Sonra Yazılan Eserler ile Mukayesesi

Bu risâle yazıldığı dönemde bir boşluğu doldurmuş, döneminde ve kendisinden sonra telif edilen eserlere etki etmiştir. Bu çalışmamızda risâleyi aşağıda-

10 Kanun maddeleri tarzında telif edilen eserlerin ana kaynakları fıkıh kitaplarıdır ve meşruiyetlerini onlardan almaktadırlar. Bu sebeple müellifler, *Nukûl* başlığı altında kaleme aldıkları maddelerin fıkıh kitaplarındaki kaynaklarını zikretmeyi eserlerinin bir imtiyazı olarak kabul etmişlerdir. (Ahmet Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı*, c. II, s. 96, 1 numaralı dipnot).

ki başlıklarda yer alan eserler ile karşılaştırdık, varmış olduğumuz sonuç, eserler arasında ana konuları itibariyle farklılıklar bulunmakla birlikte risâlede yer alan maddelerin kısmen veya tamamen hatta benzer lafızlarla nakledilmiş olduğudur.

2.3.1. Nafaka Kanunu

Nafaka Kanunu, Ali Haydar Efendi tarafından, Mefkûd Risâlesinden yaklaşık 22 sene sonra 1333/1915 yılı Recep ayı başlarında tertib olunmuş ve aynı yıl Âmire matbaasında basılmıştır. Eser, adından da anlaşılacağı gibi Mecellede ele alınmayan nafaka konularının maddeler halinde sıralanıp kanunlaştırılmış şeklidir. Risâleden sonra yazılan bu eserde, nafaka konuları genişletilip gerekli açıklamalar yapılmıştır.¹¹

Risâlede 26. maddede yer alan hâkim tarafından mefkûdun malından bakmakla yükümlü olduğu kimselere nafaka takdiri, kanunun 259. maddesinde mefkûd ve gâib bir tutularak düzenlenmiştir. Risâlede "nafaka olmaya uygun olma" kaydı, kanunda "cins-i nafakadan emvâli gerek bulunsun gerek bulunmasın"¹² ifadesi ile genişletilerek hâkimin takdirine bırakılmıştır.

27. maddede sıralanan nafaka olmaya uygun mallar, kanunun 267. maddesinde sayılmış, ayrıca mefkûd'un gıyabında nafakaya uygun olmayan malların satılamayacağı, bedelinin nafaka olarak kullanılamayacağı hükmü 266. maddede aynen zikredilmiştir. 19. maddede genel olarak ifade edilen bu hüküm, kanunun 326. maddesinde "Kaza ale'l-gâib caiz değildir." genel kuralından hareketle "Binâenaleyh zevc, gâib olursa asla malı bey' olunamaz."¹³ şeklinde kanunlaştırılmıştır.

Kanunun 84, 85, 126, 127, 259-265 ve 295. maddelerinde takdir konusu geniş ve ayrıntılı bir şekilde işlenmiştir. 126, 127 ve 295. maddelerde, risâlede yer almayan farklı bir düzenlemeye gidilmiş, zevc bulunmadığı takdirde nafakası kendisi üzerine lazım gelen kimse, sonradan zevce rücu etmek üzere zevceye ikraz etmeye mecbur tutulmuş, ikraz etmez ise hâkim tarafından zorlanacağı, imtina ettiğinde ise hapsedileceği¹⁴ kaydedilmiştir.

Risâlenin 29. maddesinde mefkûd'un başka kimse yanında emanet veya borç olarak bulunan mallarından nafaka takdir edilmesi, kanunun 260, 261 ve 269-272. maddelerinde genişletilerek açıklanmış, risâlede yer alan inkâr durumunda "eşi olduğunu ispatlasa dahi nafaka takdir edilemeyeceği" hükmü kaldırılarak, delil veya şahit ile ispat durumunda nafaka takdir edileceği şeklinde kanunlaştırılmıştır. Bu düzenleme 272 ve 274. maddelerde de bulunmaktadır. Ayrıca kanunun 273. maddesine ek bir açıklama getirilerek emanetçinin "Zevc-i gaib vedîayı zevcesine

11 Karşılaştırmada Orhan Çeker tarafından hazırlanıp yayınlanan *Nafaka Kanunu* isimli eser esas alınmıştır.

12 Ali Haydar Efendi, *Nafaka Kanunu* (Hazırlayan: Orhan Çeker), Ebru yayınları, İstanbul 1985, s. 81.

13 *Nafaka Kanunu*, s. 98.

14 *Nafaka Kanunu*, s. 49.

ita etmemekliğimi bana emretti, dese buna iltifat olunmaz.”¹⁵ denilerek konunun ehemmiyeti vurgulanmıştır.

488. ve 498. maddeler arasında aynı şekilde bu konu geniş olarak işlenmekte 488. maddede 85. madde gibi usul ve fûrûu için de nafaka takdir edilebileceği hükme bağlanmıştır. 429. maddede yanında gâibin malı bulunan kimselerin inkârı durumunda evladının getireceği delilin kabul olunmayacağı kanunlaştırılmıştır. 493. maddede Kâdının emri olmadan yapılan harcama ile kazaen tazmin gerektiği, hayır ve ıslah olması cihetiyle diyaneten gerekmediği ancak 494. madde ile “icâzet-i lâhıkâ'nın vekâlet-i sâbika hükmünde olduğu” kaydedilerek gâibin sonradan icâzetiyle veya 495. maddede yazıldığı gibi medfuun ileyh'in bedel-i damana malik olmasıyla mutinin damandan beri olacağı kanunlaştırılmıştır. 497. maddede gâibin emlak gelirlerinden nafaka takdir edilebileceği gâibin borcunun ödenmeyeceği, 498. maddede ise gâibin nafaka hak edenler yanında malı bulunduğu da bunların bu maldan nafakalarını almalarının tazmini gerektirmediği, “Cevâz-ı şer'i damâna münafidir.” denilerek kanunlaştırılmıştır.

Aynı şekilde Kanununun 261 ve 272. maddelerinde risâlede yer almayan bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu maddelerde eşin nafaka takdiri için getirmiş olduğu delil ile verilen hükmün yalnızca nafaka takdiri için geçerli olduğu, kati surette nikâhın ispatı için bir delil sayılmayacağı, mefkûd'un sağ olarak dönüp nikâhı inkâr etmesi durumunda eşin, nikâhın bulunduğu dair tekrar bir delil getirmesi gerektiği¹⁶ kaydedilmiştir. Yine 275. maddede borçlu ve emanetçinin, eşin boşandığı ve iddetini bitirdiği veya kişinin kaybolmadan önce yeterli miktarda nafaka bıraktığına dair getirmiş oldukları delil ile ellerinde bulunan mallara dokunulmayacağı¹⁷ belirtilmiştir. 276. maddede ise emanetçi ile borçlu hükümde ayrılarak nafaka takdirinden sonra emanetçinin emaneti zevceye verdiği dair iddiasının kabul edileceği, borçlunun iddiasının kabulü için delil veya zevcenin ikrarının aranacağı şeklinde düzenleme yapılmıştır.¹⁸

2.3.2. Aile Hukuku Kararnamesi

Aile Hukuku Kararnamesi Osmanlı Devletinin son yıllarında 14 Muharrem 1336/ 1917 yılında Takvim-i Vakâyi gazetesinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Mefkûd risâlesi ise, bu kararnameden 27 yıl önce yani 1309/1891 yılında basılmıştır. Kararname ile Risâle arasında mefkûd'un bakmakla yükümlü olduğu kimselelerin nafakası, vefatı ve buna bağlı hükümlerde benzerlikler bulunmaktadır.¹⁹

Risâlenin 26. maddesinde düzenlenen mefkûd'un geride bıraktığı eşine, müracaatı üzerine nafaka takdir edileceği kararnamenin 97. maddesinde benzer ifadelerle yer almıştır.

15 *Nafaka Kanunu*, s. 84.

16 *Nafaka Kanunu*, s. 81.

17 *Nafaka Kanunu*, s. 84.

18 *Nafaka Kanunu*, s. 84.

19 Karşılaştırmada Orhan Çeker tarafından hazırlanıp yayınlanan *Aile Hukuku Kararnâmesi* isimli eser esas alınmıştır.

29. maddede mefkûd'un başkasının yanında borç veya vedia olarak bıraktığı, nafaka cinsinden olan mallarından eşine nafaka takdiri, kararnamenin 99. maddesinde aynı şartlar ile düzenlenmiş, ancak risâlede "inkâr durumunda alacağı ve eşi olduğunu ispat etmesi ile nafaka takdir ettirmeye yetkisi olmadığı" kaydedilirken, kararnamede eşe bu hak verilmiştir.

Risâlede eksik kalan mefkûd olan şahsın eşinin tefrik talebi, kararnamenin 126. maddesinde düzenlenmiş, 127. maddede hâkimin tahkikinden sonra hayattan ümit kesilme durumu ortaya çıkınca bu talebin dört yıl tecil edileceği, bu süre sonunda eş talebinde ısrarcı olursa tefrik olunacağı hükmüyle konuya açıklık getirilmiştir. Kararnamede yer alan bu hüküm, Ali Haydar efendinin sonuç bölümünde işaret ettiği Maliki mezhebinin mefkûd hakkındaki görüşüdür. Düzenlemenin bu şekilde yer almasının nedeni olarak Kararnamenin esbâb-ı mûcibe lâyihasında bu hükümlerin "zamanın efkâr ve icâbâtına muvâfık olduğundan bu esas üzerine tanzim edildiği"²⁰ şeklinde belirtilmiştir.

128. maddede ise mahkemece tefrik olunan kadının başka birisiyle evlendikten sonra ilk eşin ortaya çıkmasıyla bu nikâhın münfesihi olmayacağı kaydedilmiştir. Ancak mahkemece vefatına hükmolunan mefkûd'un, eşinin başkası ile evlenmesinden sonra sağ olarak ortaya çıkması durumunda risâlenin 40. maddesinde bu son nikâhın geçersiz olmayacağı hükmü, kararnamenin 129. maddesinde "nikâh-ı sâninin münfesihi olacağı" şeklinde düzenlenmiştir. Bunun gerekçesi: bir kimsenin sağ olarak ortaya çıkmasının vefatı hakkında verilen hükmün iptalini ve geçersiz olmasını gerektirmesi gösterilmiştir. Buna göre vefat hükmüne dayanılarak varislerine taksim edilen mallarının iade edilip, eşinin nikâhının geçersiz sayılmaması, tecezzi kabul etmeyen hükmün, kısmen butlanını kısmen de sıhhatini söylemek olur ki bu durum hukuken ve aklen kabul edilemez. Özellikle günümüzde bunu söylemek pek çok sıkıntılara sebep olmaktadır.²¹

2.3.3. Hukuku İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiye Kamusu

Kamus yazarı Ömer Nasuhi Bilmen (1882-1971), İslam hukuk külliyatını derleme amacıyla kurulan Telif-i Mesâil şubesinde Ali Haydar Efendiyle birlikte çalışmıştır. Cumhuriyet döneminde kaleme aldığı Kamusu, o dönemde yapılan çalışmaların akim kalmaması amacıyla yazmıştır.²² Eserinde o dönemde yapılan çalışmalardan özellikle Ali Haydar Efendi ve eserlerinden etkilendiği açıkça görülmektedir.

Kamusta mefkûd ile ilgili konular yirmi üçüncü kitabın birinci bölümü olarak ele alınmıştır. Bölüm, sistematik olarak mefkûd risâlesinin örneklerle genişletilmiş, meselelerin dayandığı fıkhi kaidelerin açıklanmış şeklidir denilebilir. Yalnız risâlede görülen Mecelleye atıflar, yazarın yaşadığı dönemden kaynaklanan ihtiyatlı tavrı nedeniyle²³ kamusta yer almadığı söylenebilir.

20 *Aile Hukuku Kararnamesi* (Hazırlayan: Orhan Çeker), Ebru yayınları, İstanbul 1985, s. 79.

21 *Aile Hukuku Kararnamesi*, s. 80.

22 Bilmen, *Kamus*, c. 1, s. 4.

23 Hayrettin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 328.

Kamusta mefkûd ile ilgili hükümler, Risâlede olduğu gibi tarifıyla birlikte 45 maddede sıralanmış bölümün sonunda diğer mezheplerin görüşleri geniş bir şekilde aktarılmış ve bir mülâhaza eklenmiştir.

Bölümün mukaddimesinde Risâlenin usulüne uygun olarak konuya hazırlık amacıyla tanımlara yer verilmiş, 9. maddede mefkûd'un aynı kelimeler ile tarif yapılmış, ayrıca Gâib kelimesinin tanımına da yer verilmiş, mefkûd'la arasındaki farklara işaret edilerek hükümde farklı oldukları belirtilmiştir.

Risâlede mefkûd ile ilgili hükümlerin istishab deliline dayandığı belirtilmiş, ayrıca bir açıklama yapılmamıştır. Kamusun 10. maddesinde ise bu delilin "hücceti dâfi'a olduğu, hücceti müsbite olmadığı" yani mefkûd, "berhayat sayıldığı için başkaları onun aleyhine bazı hukuka nail olamazlar, ...kendisi de tevârüs gibi bir takım haklara kâil olamaz" denilerek konu somutlaştırılmıştır. Yine bu hükümlerin "zarûreten sabit olduğu ve miktarınca takdir olunması da hikmet ve maslahat icabı" olduğu ifade edilerek sınırlar çizilmiştir. Mefkûd'un içinde bulunduğu miras taksiminde ortaya çıkabilecek problemler dört madde halinde özetlenmiş, sonuç olarak Risâlenin 4. maddesinde kaydedildiği gibi hissesinin vefat kararına kadar dondurulması gerektiği hükme bağlanmış, bu konuda üç mezhebin ittifak halinde olduğu ve Hanbeli mezhebinde de asıl olanın bu olduğu belirtilmiştir.²⁴

Risâlenin 11.-14. maddeleri arasında yer alan Mefkûd'un kaybolmadan önceki tasarrufları, Kamusun 13.-15. maddelerinde; Risâlenin 15.-19. maddelerinde hâkimin kayyım görevlendirmesi ve buna bağlı konular, Kamusun 28.-37. Maddelerinde; Risâlenin 21.-25. maddeleri, Kamusta "Hâkimin mefkûd üzerinde velayeti ve hakkında bazı tasarrufları" başlığı altında, 21. maddede hâkimin mefkûd hakkındaki velayeti, *Marûzât-ı Ebu Suûd*'dan yapılan nakil kaydedildikten sonra 22.-27. maddelerde genişletilerek anlatılmış; Risâlenin 26.-31. maddeleri arasında anlatılan nafaka takdiri konusu, Kamusun 38.-44. maddelerinde benzer ifadelerle yer almış, hatta inkâr durumunda nafaka takdir edilemeyeceği konusunda risâledeki görüş aynen benimsenmiştir.

Kamusun 45.-55. maddelerinde mefkûd'un vefatına hükmedilmesi konusu Risâlenin 33.-40. maddelerine benzer şekilde genişletilerek aktarılmıştır. Kamusta mefkûd'un vefatına hükmedilmesinde aranan yaş konusunda farklı görüşler nakledildikten sonra 53. maddede 90 yaşını tamamlaması gerektiği belirtilerek fetvanın da bu vecihle olduğu kaydedilmiştir. Ancak insanların genellikle helak oldukları ortamlarda mefkûd olan bir kimsenin yaşına bakılmayacağı, zann-ı galip ile hükmedileceği belirtilmiştir. Bu konuda Risâlede isim verilmeden Şeyhülislam Üryânizâde Ahmed Esad ile Şeyhülislam Mustafa Sabri Efendi'nin iki fetvası nakledilmiş, bu kavlin Hanefi fukahâsınca da müftabih olduğu belirtilmiştir.²⁵ Yine mefkûd için vefat kararı verilip malı taksim edildikten, eşi bir başkası ile evlendikten sonra sağ olarak ortaya çıkması durumunda varislerin elinde mevcut olan malı

24 Bilmen, *Kamus*, c. VII, s. 210-212.

25 Bilmen, *Kamus*, c. VII, s. 221.

geri alabileceği, zevcesini ise ikinci kocasından tefrik ettiremeyeceği konusunda Risâlenin görüşü nakledilmiştir. Bilmene göre bu nikâh, bir hükme müstenid bulunmuştur,²⁶ bu nedenle eşler tefrik edilemez.

2.4. Risâlenin Kaynakları

Risâleyi oluşturan her bir maddenin kaynağı, musannif tarafından metnin sonuna ilave edilen nakiller kısmında Arapça veya Osmanlıca ibaresi ile birlikte verilmiştir. Eser, Hanefî mezhebinde muteber fûrû kitaplarıyla fetva mecmualarından derlenerek meydana getirilmiştir. Kaynak olarak kullanılan eserler arasında özellikle İbn Âbidin'in *Reddü'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr* isimli eserinden diğerlerine göre daha fazla yararlanılmıştır. Metni verilerek kullanılan 22 eser şunlardır:²⁷

1. Alâuddin Ebû Bekr b. Mesud el-Kâsânî, (v. 587/1191), *Bedâi'u's-sanâi fi tertîbi's-şerâi*.
2. Ebû Hafs Nizâmüddîn Ömer b. Ali el-Mergînânî (v. 600/1203'den sonra), *Cevâhirü'l-fıkh*.
3. Fahrüddîn Osman b. Ali ez-Zeylaî (v. 743/1343), *Tebyînü'l-hakâik Şerhu Kenzîd-dekâik*.
4. Âlim b. el-Alâ' (v. 786/1384), *Zâdü's-sefer* veya *Zâdü'l-müsâfir* (*el-Fetâva't-Tatarhâniye, Tatarhâniye*).
5. Hâfizüddin Muhammed b. Muhammed el-Kerderî (v. 827/1424), *el-Câmiü'l-vecîz* (*Fetâva'l-Bezzâziye, Bezzâziye*).
6. Muhammed b. Ferâmurz b. Ali Molla Husrev (v. 885/1480), *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Gureri'l-ahkâm*.
7. Abdurrahman b. Ali ibnü'l-Müeyyed (v. 922/1516), *Mecmûatu İbnü'l-Müeyyed* (*Müeyyedzâde*).
8. Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed İbn Nuceym (v. 970/1563), *el-Bahru'r-râik Şerhu Kenzîd-dekâik*.
9. Ebu Suûd Efendi (v. 982/1574), *Ma'rûzât* (Ebu Suûd).
10. Şemsüddin Muhammed b. Abdullah et-Timurtâşî (v. 1004/1596), *Tenvîrü'l-ebâr ve Câmiü'l-bihâr*.
11. Ahizâde Abdülhalim b. Mehmed (v. 1013/1604), *Hâşiyetü'd-Dürer* (Abdülhalim)
12. Nuh b. Mustafa er-Rûmî (v. 1070/1659), *Hâşiyetü'd-Dürer ve'l-ğurer*.

26 Bilmen, *Kamus*, c. VII, s. 221.

27 Yazar tarafından naklin sonunda, eserin veya yazarın kısa künyesi verilmektedir. Kaynak olarak kullanılan eserler, bu künye den hareketle, Ahmet Özel, *Hanefî Fıkh Âlimleri*, (Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2006) isimli çalışmadan faydalanılarak tarafımızdan tespit edilmiştir.

13. Abdurrahman b. Muhammed Dâmâd Efendi (v. 1078/1667), *Mecmau'l-enhur fî Şerhi Mülteka'l-ebhur*.
14. Hayreddin b. Ahmed er-Remlî (v. 1081/1671), *el-Fetâva'l-Hayriyye (Hayriyye)*.
15. Alâuddîn Muhammed b. Ali el-Haskefi (v. 1088/1677), *ed-Dürrü'l-muhtâr*.
16. Muhammed b. Hüseyin el-Ankaravî (v. 1098/1687), *Fetâva'l-Ankaravî (Ankaravî)*
17. Şeyhülislâm Seyyid Feyzullah Efendi (v. 1115/1703), *Fetâvây-i Feyziyye mea'n-nukûl (Nukûlü Feyziyye)*
18. Şeyhülislâm Menteşzâde Abdürrahim Efendi (ö. 1128/1716), *Fetâvâ-yı Abdurrahim (Abdurrahim)*
19. Yenişehirli Abdullah Efendi (v. 1156/1746), *Behcetü'l-fetâvâ (Behce)*.
20. Hâmid Ali b. İbrahim b. Abdurrahim b. İmâdiddîn el-Hâmidî (v. 1171/1758), *el-Muğni'l-müsteftî an suâli'l-müftî (et-Tenkîhül-Fetâva'l-Hamidiyye veya kısaca Tenkîhül-Hamidi)*.
21. Ahmed b. Muhammed b. İsmâil Tahtâvî (v. 1231/1816), *Haşiye ale'd-Dürri'l-muhtâr Şerhu Tenvîr-ul-ebşâr (Tahtavi)*.
22. Muhammed Emîn b. Ömer İbn Âbidin (v. 1252/1836), *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr*.
23. Şemsüddîn Ebî Abdillah Muhammed b. Ali el-Kâidî, *el-Fetâvâl-Kâidiyye (Kâidiyye)*

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ali Haydar Efendi bu eseriyle İslam hukuku kanunlaştırma faaliyetlerinin yürütüldüğü dönemde “Kayıp kişi hukuku” kanun taslağını hazırlamaya çalışmıştır. Eser, Mecelle örnek alınarak yazılmış, ihtiyaç duyulan maddelerde kısa açıklama tarzında örnekler verilmiştir. Eserin bu şekilde hazırlanması, konunun anlaşılması ve uygulanması açısından kolaylık sağlamaktadır. Yapılan bu çalışma, Mecelle’de yer almayan kayıp kişi ile ilgili hukuki düzenlemelerin yer alması yönüyle orijinal bir çalışma ve onun mütemmimi olarak görülebilir.

Eserin kaleme alındığı dönemde Osmanlı coğrafyasında görülen harpler, akabinde yaşanan büyük göçler sonrasında kendilerinden haber alınamayan, kaybolan pek çok kişi ve bunların ortaya çıkardığı hukuki problemler bulunmaktaydı. Bu durumları hukuki bir zeminde değerlendiren bu eser, mefkûd olan şahsın haklarının korunması ve ortaya çıkabilecek hukuki problemlerin çözümüne yardımcı olmayı amaçlamaktadır.

Dönemin şartları ve uygulanacağı çevre esas alınarak eserin yazımında Hanefi mezhebi temel alınmış, diğer mezheplere ait görüşlere yalnızca sonuç bölümünde

işaret edilmiştir. İslam hukukunu oluşturan diğer mezheplerin görüşlerine yeterince yer verilmemesi, eser için bir eksiklik arz etmektedir.

Hanefi mezhebi hükümlerine göre uygulamada sıkıntı oluşturan Mefkûd'un mallarının durumu, Ebu Suûd'dan yapılan nakille ve uygulamanın bu şekilde yapıldığı kaydedilerek giderilmeye çalışılmıştır. Aynı şekilde mefkûd'un vefat kararı diğer mezhep görüşleri nakledilerek çözüm teklifi ima edilmiştir.

Risâle, kendisinden sonra yazılan eserleri etkilemiş, özellikle Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu tarafından mefkûd konusunun işlendiği bölümde aynen veya mealen iktibas edilmiştir.

Ek-Risâle Metni

Metin aslına sadık kalınarak sadeleştirilmiştir; metnin, daha kolay anlaşılmasını sağlamak için parantez içi kısa izahlara yer verilmiştir. Okuyucuya kolaylık sağlaması için, maddenin risâlede bulunduğu sayfa, madde sonunda dipnotta gösterilmiştir. Ayrıca yazar tarafından nakiller kısmında cilt ve sayfa numarası belirtilmeden verilen kaynaklar ile bunlar arasında ulaşılan eserlerde naklin yapıldığı yer tespit edilerek dipnot sonunda parantez içerisinde yazılmıştır.

MEFKÛD RİSALESİ

Rahmân ve Rahîm olan Allah'ın adıyla.

Bir giriş ile üç bölüm ve bir sonucu içerir.

GİRİŞ

Fıkha ait bazı terimlerin açıklaması hakkındadır.

1. Madde: Mefkûd, bulunduğu yer, hayatı ve ölümü bilinmeyen kayıp kimsedir. Buna “(Kendisi ile bağlantı) kesilen kaybolma durumu” ile “kayıp” dahi denir.

Kayıp olduğu halde hayatta olduğuna dair bir haber (bir işaret) bulunan kimse mefkûd sayılmaz.

Fukaha, mefkûde'yi yani yukarıda açıklandığı şekilde kayıp olan kadını ayrıca zikretmiyorlar. Zira mefkûd konuları, erkek ile kadın arasında ortak olan hükümlerdendir.²⁸

2. Madde: Kayyım, mefkûd'un mallarını muhafaza, insanların zimmetinde bulunan haklarını kabz ve kanuna uygun olarak mefkûd'un mallarında tasarruf (etmek) için hâkim tarafından tayin edilen ve görevlendirilen kimsedir.²⁹

3. Madde: Mûsî, bir şeyi vasiyet eden kimsedir. Vasiyet edilen şeye de “mûsâ bih” denilir.³⁰

Birinci Bölüm

Mefkûd'a ait hukuki konuların açıklaması hakkındadır.

4. Madde: Mefkûd (hakkında) iki hüküm bulunmaktadır.

Birinci hüküm: (Şimdiki durumda) hayatta olma hükmüdür ki; ileride açıklanacağı üzere özeti, kendisi hakkında ıstishab hükmüyle hayatta olduğuna itibar edilmesidir. Çünkü mefkûd'un kaybolmadan önce hayatta olduğu kesin olarak bilinmekte olup, aksi açık olarak ortaya çıkmadıkça yaşamaya devam ettiği takdir edilir.

28 Ali Haydar, s. 3-4; (Muhammed b. Ferâmurz b. Ali Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm Şerhü Gureri'l-ahkâm*, I-II, Dârü ihyâi kütübî'l-Arabiyye, Beyrut tsz., c. II, s. 127; Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Dâmâd Efendi, *Mecmau'l-enhur fi Şerhi Mülteka'l-ebhur* I-II, Dârü ihyâi't-türâsî'l-Arabi, Beyrut tsz., c. I, s. 712; Tahtâvî.)

29 Ali Haydar, s. 4. (Molla Hüsrev, c. II, s. 127-128.)

30 Ali Haydar, s. 4. (Nakil, kelime anlamına bağlı olduğu (Lügat kitaplarında bulunduğu) açıktır.

Özet olarak, mefkûd'un kendisine zararlı olan hükümlerde hayatta olduğu varsayılır. Zikredilen (bu) hükümler, mefkûd'un ölümünün sabit olmasına bağlı hükümlerdir.

Buna göre mefkûd'un eşi başka birisi ile evlenemez, eşi ile arası ayıramaz. Malları vârisleri arasında bölünemez ve kiralama işlemleri feshedilemez.

Mefkûd, başkası hakkında ölü sayılır. Özetle mefkûd'a faydalı başkasına zararlı olan hükümlerde mefkûd, ölü olarak varsayılır.

Bu hükümler, mefkûd'un hayatına (yaşamasına) bağlı olan hükümlerdir. Buna göre mefkûd kayıp olduğu anda vefat eden ve kendisine miras bırakan kimseye mirasçı olamaz. Nitekim (bu konu) gelecek 35. maddede açıklanacaktır. Aynı şekilde mefkûd'a yapılan vasiyet dahi dondurulur. Yani zikredilen mefkûd'un, bu vasiyeti hak edip etmediğine şimdiden hüküm verilemeyip, sonradan hayatta olduğu ortaya çıkarsa vasiyet edilen şeyi alır. Hayatta olduğu ortaya çıkmayıp da ölümüne hükmedilir ise vasiyet edilen şey, vasiyet edenin mirasçılarına iade edilir.

İkinci hüküm: Gelecekte (vefatı ile ortaya çıkacak) olan hükümdür. Üçüncü bölümde açıklanacağı üzere şu iki hüküm mefkûd ile ilgili konuların temelini oluşturur.³¹

5. Madde: Hâkim, emin, güvenilir, ehil, durumu korumaya (emri yerine getirmeye) gücü yeten bir kimseyi mefkûd için kayyım olarak görevlendirir ve atar. Zira hâkim, özel işlerini yerine getirmekten aciz olan herkes için bir nâzır (yönetici ve idareci) olarak görevlendirilmiştir. Mefkûd'un mirasçıları, kayyımın tayinini talep etsinler veya etmesinler (bu atama onların isteklerine bağlı değildir.)

Bu kayyım, vârisler arasından tayin olunabileceği (seçilebileceği) gibi yabancı kimseler arasından da atanabilir.³²

6. Madde: Mefkûd'un malında tasarruf hakkı kayyımındır.

Buna göre kayyım olmadığı halde emînü beyti'l-mâl³³ mefkûd'un malında tasarruf edemez.

Mesela bu emin, mefkûd'un malını hâkimin görüşü olmaksızın satsa, sonra mefkûd veya ölümü sabit olduktan sonra vârisleri, o malı müşteriden geri isteyebilirler.

Nitekim mefkûd'un bir kimseden alacağı bulunsa, beytülmal emini onu istemeyeceği gibi, bir şahıs da mefkûd'un malını harcayıp tüketse, bu emin ondan tazmin etmesini talep ve dava edemez.³⁴

31 Ali Haydar, s. 5. (Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik Şerhu Kenzi'd-dekâik*, I-VIII, Dâru'l-kütübî'l-İslâmî, Beyrut tsz., c. V, s. 176; Timurtâşi, *Tenviru'l-ebşâr*, c. IV, s. 293; Haskefi, *ed-Dürrül-muhtâr*, c. IV, s. 293; Muhammed Emin b. Ömer İbn Âbidin, *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, I-VI, Dâru'l-fikr, Beyrut 1414/1992, c. IV, s. 293; Abdülhalim; *Hâşiyetü'd-Dürer; Tenkih'ul-Hamidi*.)

32 Ali Haydar, s. 6. (Molla Hüsrev, c. II, s. 128; Abdülhalim; *Tenkih'ul-Hamidi*.)

33 Emînü beyti'l-mâl: Osmanlı döneminde bir yerleşim bölgesinde, kamu haklarının ve devlet çıkarlarının korunmasını sağlayan görevlidir. Günümüzde defterdar ve mal müdürü olarak da tanımlanabilir. Bu terimi metne bağlı kalarak beytülmal emini olarak kullanmayı tercih ettik.

34 Ali Haydar, s. 6. (Molla Hüsrev, c. II, s. 128; İbn Âbidin, c. IV, s. 293; Abdülhalim.)

7. Madde: Kayyım, mefkûd'un mallarını muhafaza, kira bedeli gibi gelirini kabz, ekilmiş tarladaki ekinleri hasat, harmanını kaldırma ve borçluların itiraf ettikleri alacaklarını alma gibi görevleri yerine getirir.³⁵

8. Madde: Kayyım, mefkûd'un lehine olacak davada hasım (taraf) olamaz. Buna göre mefkûd'a borçlu olduklarını itiraf eden kimselerden alacaklarını, hâkimde (mahkemede) davaya kayyımın yetkisi olmadığı gibi; mefkûd'un, başka kimsenin yanında bulunan uruz (ticaret malı) ve akarını da o kimselerden dava etmeye hakkı yoktur.

Zira kayyım, bu mallara malik olmadığı gibi mal sahibinin vekili de değildir. Belki hâkim tarafından kabzetmekle emredilmiş bir vekildir. Bu vekil ise ihtilafsız olarak taraf olamaz (dava açamaz). Ancak o kimse, iddia edilen akar ve eşyaların mefkûd'a ait olduğunu itiraf ederse (o zaman davacı ve taraf olur.)

Mesela kayyım bir kimseden "Şu bağ ve eşya, mefkûd'un mülküdür" diye iddia etse, o kimse de inkâr ettiği bu iddiası dinlenmez.³⁶

9. Madde: Kayyımın mefkûd'un malında kesin olarak hıyanet ettiği ortaya çıktığında hâkim onu azlederek, yerine emin ve güvenilir bir kimseyi görevlendirir.³⁷

10. Madde: Mefkûd olmayıp da sadece gâib (kayıp) olan bir kimsenin mallarına kayyım tayini ve bu kayyımın veya hâkimin zikredilen mallarda tasarrufu geçerli değildir.

Ancak bu maddenin, yirmi üçüncü maddede *Kunye* isimli kitaptan nakledilen konu gibi bazı istisnaları vardır.³⁸

11. Madde: Mefkûd'un kaybolmadan önce işlerini yürütmek için tayin etmiş olduğu bir vekili bulunursa, bu vekil, mefkûd'un kaybolmasından dolayı görevinden ayrılmış olmayacağından hâkim tarafından kayyım tayinine gerek kalmadığı gibi mefkûd'un emanet (vedia) olarak verdiği kimsenin veya mudaribin yanında bulunan mallarını da kayyım alamaz. Zira emanet bırakılan kimse ile mudaribin eli mefkûd'un eli konumunda olup, bu mallar güya mefkûd'un koruması altında korunuyor olduğu için başkaca bir korumaya ihtiyaç yoktur.

Mesela bir kimse bir tarafa giderken eşinin veya diğer akrabalarının yanında bir takım mallarını bırakıp mefkûd olsa, bu mallar onların ellerinden zorla alınmaz. Nitekim mefkûd'un asla vârisi olmadığı halde beytülmal emini de bu vekilin yanındaki malı alamayacağı gibi.

Şu kadar var ki; hâkim, mefkûd'un emanet bıraktığı kimse yanındaki malın alınmasında bir maslahat görür ise –emanet bırakılan kimsenin güvenilir olması gibi- bu malı ondan alıp emin ve güvenilir bir kimseye verir.³⁹

35 Ali Haydar, s. 6, 7. Adı geçen kaynaklar.

36 Ali Haydar, s. 7. (Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen *ez-Zeylai, Tebyinü'l-hakâik Şerhu Kenzi'd-dekâik* I-VI, el-Matbaatü'l-kübrâ el-emiriyye, Kahire-Bolak tsz., c. II, s. 310; Molla Hüseyin, c. II, s. 128.)

37 Ali Haydar, s. 7. (*Nukûlu Feyziyye*.)

38 Ali Haydar, s. 7, 8. (*Tenkîhu'l-Hâmidî*.)

39 Ali Haydar, s. 8. (Haskefi, c. IV, s. 293; İbn Âbidin, c. IV, s. 293; Alaeddin ebü Bekr b. Mesud el-Kâsânî, *Bedâ'ü's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, I-VII, Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, 1406/1986, c. VII, s. 196; *Nukûlu Feyziyye*.)

12. Madde: Bir kimse mallarının bir kısmını diğer bir kimseye emanet (vedia) olarak bıraktıktan ve evinin tamirini (de) ona emrettikten sonra mefkûd olsa, o kimse geçen maddede açıklandığı şekliyle o malları koruyabilirse de hâkimin emri olmaksızın evi tamir edemez.

Zira, mefkûd vefat etmiş ve buna göre vekâlet görevinden ayrılmış olabilir. Çünkü mecellenin 1527. maddesinde zikredildiği üzere "Müvekkilin vefatıyla vekil, vekâletten mün'azil olur."⁴⁰

13. Madde: Mefkûd'un vârisleri, mefkûd'un emanet bıraktığı kimsenin yanındaki malını alamaz. Aynı şekilde mefkûd'un vârisi olmayınca beytülmal emini de onu alamaz. Eğer hakikaten veya hükmen mefkûd'un vefat ettiği sabit olsa (o zaman buna hakları bulunur).⁴¹

14. Madde: Mefkûd'un belli bir konuda vekili bulunursa, o vekil onda tasarruf ettiğinde kayyım bu şeyde (ona) müdahale edemez.

Mesela mefkûd, falan dükkânın kirasını kabza birini vekil bıraktıktan sonra kayıp olsa, o vekil bu yerlerin kirasını kabzeder. Kayyım buna müdahale edemez.

Ama diğer işleri kayyım düzenler.⁴²

15. Madde: Mefkûd'un vârisleri hâkim tarafından tayin edilen kayyıma engel olup, mefkûd'un mallarında kendilerinin tasarruf iddiasında bulunmalarına yetkileri yoktur.

Mesela mefkûd'un bir oğlu bulunsa "Babamın malında ben tasarruf ederim, kayyımın tasarrufuna razı değilim." diyemez.⁴³

16. Madde: Kayyım, mefkûd aleyhine olan davada taraf olamaz. Bu kayyım, gerek hâkim tarafından atanmış olsun, gerekse bu kayıp şahıs tarafından mallarını muhafazaya tayin edilmiş olsun. Mesela; bir kimse mefkûd'dan alacak, vedia, ortaklık, talak, nikâh ve ayıp/kusur nedeniyle red yahut bir malı hak ederek talep etme gibi bir hakkı iddia ettiğinde, kayyım bu konuda (açılacak davada) taraf olamaz.

Yani kayyım, mefkûd'dan vekâletle, aleyhine iddiada bulunulan bir şahıs sıfatını taşıyamaz. Nitekim mefkûd'a vâris olacak mirasçılar da bu davalarda iddia sahiplerine (hasım) karşı taraf olamayacakları gibi. Zira vârisler, mefkûd'un vefatından sonra mirasçı olurlar. Halbuki henüz mefkûd'un vefatı sabit olmamıştır.

Hatta bir kimse kayyımın yanında bulunan mefkûd'un malı için "Şu mal benimdi. Mefkûd'a emanet (vedia) vermiştim." diye iddia etse dinlenmez. Şu kadar var ki; mefkûd'un hakikaten veya hükmen vefatından sonra alacaklı terekeden (hak) iddia edebileceği gibi gelecek madde gereğince mirasçılar, mefkûd'un ölümünü iddia etmeler yine (bu durumda da) alacaklı, terekeden (hakkını) iddia edebilir.

40 Ali Haydar, s. 8-9. (Adı geçen kaynaklar.)

41 Ali Haydar, s. 9. (Adı geçen kaynaklar.)

42 Ali Haydar, s. 9. (Dâmâd Efendi, c. I, s. 712.)

43 Ali Haydar, s. 9-10. (11. maddenin kaynakları.)

Vârislerinin, mefkûd'un terekesini veraset yoluyla taksim etmeleri, mefkûd'un ölümünü ikrar sayılır.

Mefkûd'un vârislerinin taraf olamayacağı gelecek mesele de ortaya çıkar. Şöyle ki bir kimse vefat edip biri mevcut diğeri mefkûd iki oğlu kalsa, mefkûd'un mirasçıları mefkûd'un hayatta olduğu (ve) bu nedenle babasından miras alacağını iddia (etseler,) mevcut olan oğlu da mefkûd'un fevt olduğunu (bir daha dönmek üzere yok olduğunu) öne sürse, aralarında husumet sahih olmaz (mahkemede dava açamazlar).

Mefkûd'un mirasçıları, mefkûd'un hayatta olduğunu ikrar etmeleriyle, tereke de hakları olmadığını itiraf etmiş olacaklarından, artık mevcut olan oğlu ile davalaşmada hakları olamaz.⁴⁴

17. Madde: Bir kimse, bir malı, diğeri bir kimseye satsa ve semeni kabz ettikten sonra satıcı mefkûd olsa sonra satılan eşya, müşterinin elinden hak edilme yoluyla alınsa, bu mefkûd olan şahıs üzerine semenin (bedelin) iadesi lazım geleceği belli ve kesin olduğu takdirde hâkim, mefkûd'un bu semen cinsinden olan malıyla yani (malın) semeniyle eşyanın semenini eşitler.

Borçların hükmü dahi zikredilen semenin hükmü gibidir.⁴⁵

18. Madde: Kayyım, kendi akdiyle ödenmesi gereken alacağı inkâr eden borçlu ile davalaşabilir. Şöyle ki; kayyım, mefkûd'un fesadından korkulan bir malını sattığında semeni müşteriden talep ve iddia edebilir. Zira Mecellenin 1461. maddesinde açıklandığı gibi "Hukuku akd, âkid'e râcidir."⁴⁶

19. Madde: Kayyım, mefkûd'un fesadından (bozulmasında, zarar görmesinden) korkulan mallarını satabilir. Bu mallar, gerek menkul olsun gerek akar olsun (fark etmez).

Amma fesadından korkulmayan mallarını, ailesinin nafakası veya başka bir şey için satamaz. Gerek menkul olsun, gerek akar olsun (fark etmez).

Mesela, mefkûd'un hissesi bulunan bir ev, harap olup, yıkılmasından korkulduğu anda tamire yeterli malı bulunmasa kayyım, hâkimin izniyle evi emsal fiyatına satıp, bedelini muhafaza eder. Bundan sonra mefkûd sağ olarak gelse, bu bedeli alıp eve müdahale edemez.

Aynı şekilde kayyım, mefkûd'un meyvelerini satıp parasını muhafaza eder. Bu maddeye göre satılan mallardan 28. maddede açıklanacak nafakayı hak eden kimseler için nafaka takdir edilebilir.

Amma mefkûd'un sahip olduğu evini, zarar görme korkusu yok iken hâkim, birisine sattıktan sonra mefkûd gelse, bu evi müşteriden (geri) alabilir.⁴⁷

44 Ali Haydar, s. 10-11. (Haskefi, c. IV, s. 293-294; İbn Âbidin, c. IV, s. 293-294; Tahtavî; Ebu Suûd.)

45 Ali Haydar, s. 11. (*Bezzâziye; Tâtârâniye.*)

46 Ali Haydar, s. 11-12. (İbn Âbidin, c. IV, s.293.)

47 Ali Haydar, s. 12. (Haskefi, c. IV, s. 294; İbn Âbidin, c. IV, s. 294; Abdürrahim.)

20. Madde: Bir kimse vefat edip, vârisi olarak (yalnızca) mefkûd bir oğlu bulunsa, beytûmal emini, bu çocuğun vefatına hükmedilmedikçe akarını satamaz.

(Bu akar beytûmal emini tarafından) satılsa, sonra mefkûd olan oğlu sağ olarak gelse, bu satışı fesheder ve malı geri ister.

Müşteri de verdiği bedeli beytûmal eminden geri alır.⁴⁸

21. Madde: Bir kimse vefat edip bir miktar mal bıraksa, tüm vârisleri de mefkûd olsa, bir kişi vefat eden kimseden bir hak iddia ettiğinde, hâkim müteveffaya vasî tayin ederek bunların karşısında bu davayı dinler.⁴⁹

22. Madde. Mefkûd'un fesadından korkulmayan mallarının satılamayacağı geçmişte açıklanmıştı.

Fıkıh kitaplarında açıkça belirtilen (husus) zikredilen açıklamadır. Ancak *Ma'rûzât-ı Ebû Suûd*'da şöyle denilmiştir: "Hükkâm ve beytûmal emimleri şu zamanda mefkûd'un mallarını satmaya sultan tarafından emredilmişlerdir. Bu mallar, gerek fesadından korkulan mallar olsun gerek fesadından korkulmayan mallar olsun (fark etmez). Bu takdirde mefkûd'un hayatta olduğu ortaya çıkarsa satılan eşyanın bedelini alır. Şu kadar var ki çok fazla aldanma ile satılmış ise, mefkûd geldiğinde satışı feshedebilir."

İşte o dönemin sultanının zamanındaki hâkimlere böyle emrettiği anlaşılıyor. Adı geçen sultan bu fermaniyle, Hanefi mezhebinden başka (bir mezhebin görüşü ile) hâkimlere emrettiği açıktır. Fakat onun emri, döneminden sonraki hâkimlere sâri (geçerli) değildir. (Dipnot: Bu zamanda yüce hilafet merkezinde beytûmal kassâmlığı (mirası taksim edenler) tarafından mefkûd'un malları genellikle satılmaktadır. Gerek fesadından korkulsun, gerek korkulmasın.)⁵⁰

23. Madde: Hâkim, mefkûd'un akarını borcunun ifası için satabilir.

Mefkûd olmasa da bir süreden beri geri dönmeyen (gâib) kayıp kimse (için) bu hükmün uygulanacağı, *Kunye*'den naklen *Tenkîhü'l-Hâmidî* isimli kitapta zikredilmiştir.

Aynı şekilde hâkim, yanında (bulunan) mefkûd'un nakit parasından usûl ve fûruu ile eşine harcamada bulunabilir. Eğer bunlar, yani usûl ve fûru, kanunen nafakayı hak eden kimseler iseler.⁵¹

24. Madde: Bir kimse bir malı satın alıp, semeni vermeden ve malı kabzetmeden, kendisinden haber alınamayacak şekilde kayıp olsa, satıcı hâkime müracaat eder. Hâkim de, mal menkul ise onu satarak satıcıya malın bedelini verir.

Ama satılan mal akar ise onu satamaz.

48 Ali Haydar, s. 12-13. (*Hayriyye*.)

49 Ali Haydar, s. 13. (*Hayriyye*.)

50 Ali Haydar, s. 13, 14. (Haskefi, c. IV, s. 295; İbn Âbidin, c. IV, s. 295.)

51 Ali Haydar, s. 14. (Zeylai, c. III, s. 311; *Kunye*; Müeyyedzâde; *Tenkîhu'l-Hâmidî*.)

Nitekim müşteri, satılan eşyayı kabzettikten sonra aynı şekilde kayıp olsa, hâkimin o malı satamayacağı gibi.⁵²

25. Madde: Borçlu olan kimse, bir malı rehin olarak verdikten sonra kendisinden haber alınmayacak şekilde kayıp olsa, Mecellenin 758. maddesinde açıklandığı şekilde rehin bırakılanın hâkime müracaatı üzerine hâkim onu satarak semninden borcu öder.⁵³

26. Madde: Mefkûd'un üzerine nafakası vacip olan kimsenin yani nafakayı hak eden kimsenin müracaatı üzerine hâkim, mefkûd'un nafaka olmaya uygun olan mallarından nafaka ihtiyacı olan o kimseye nafaka takdir ettiğinde, kayyım bu mallardan o kimsenin nafakasına sarf edilebilir.

Fakat bu takdirde nafakayı hak eden kimseden kefil alınır.⁵⁴

27. Madde: Nafaka olmaya uygun olan mallar: dirhem, dinar ve yenecek gibi şeyler olup, külçe halindeki altın da dirhem ve dinardan sayılır. Nafaka cinsinden olmayan ticaret malı ve eşyadan nafaka takdiri yani bunlar satılıp da nafaka olmaya uygun mal haline getirilemez.⁵⁵

28. Madde: Yukarıdaki maddede geçen nafakayı hak eden kimselerden maksat, hâkimin hükmü olmaksızın nafakası mefkûd üzerine gerekli olan kimselerdir: anne-baba, eş ve çocuklar gibi. Evlattan kastedilen mefkûd'un fûrûu, ebeveynden kastedilen (ise) mefkûd'un usûlüdür.

Amma hâkimin hükmü olmaksızın nafakası mefkûd üzerine gerekmeyen kimseler için, mefkûd'un malından onlara nafaka takdir olunamaz:

Bacı, kardeş, dayı ve teyze gibi.

Yani doğum ile oluşan yakınlık dışındaki akraba mahremler.⁵⁶

29. Madde: Mefkûd'a borçlu olan veya vedia olarak bırakılan kimsenin yanında nafaka cinsinden olan mallarından da nafaka takdir edilebilir. Fakat bu şekilde nafaka takdir edilebilmesi için, borçlunun borcu, vedia bırakılan kimsenin de vediayi ikrar etmesiyle beraber, nafakanın gerekmesine sebep olan nesep veya nikâhı da itiraf etmeleri lazımdır. Yalnız birini ikrar etmesiyle, diğerini inkâr ettiği sürece bu mallardan nafaka takdir olunamaz.

Mesela, borçlu kendisinin mefkûd'a borcu olduğunu ve nafaka talep eden kadın(ın) da mefkûd'un zevcesi olduğunu inkâr etse; o kadın mefkûd'un onda şu kadar kuruş alacağı bulunduğu ve kendisi(nin) mefkûd'un eşi olduğunu ispat (etmesi) ile nafaka takdir ettirmeye yetkisi yoktur.⁵⁷

52 Ali Haydar, s. 14-15. (İbn Âbidin, c. IV, s. 294-295.)

53 Ali Haydar, s. 15. (İbn Âbidin, c. IV, s. 295.)

54 Ali Haydar, s. 15. (Haskefi, c. IV, s. 295; İbn Âbidin, c. IV, s. 295; İbn Nüceym, c. V, s. 170; Tahtâvî)

55 Ali Haydar, s. 15. (İbn Âbidin, c. IV, s. 295; Muhammed b. Hüseyin el-Ankaravî, *Fetâvâ'l-Ankaravî*, tsz. c. I, s. 200.)

56 Ali Haydar, s. 16. (Molla Hüsrev, c. II, s. 128.)

57 Ali Haydar, s. 16-17. (İbn Âbidin, c. IV, s. 295.)

30. Madde: Borç veya vedia ile nesep veya nikâh, yani ikisi de hâkimin nezdinde açık ise borçlunun veya emanet bırakılan kimsenin ikrarına ihtiyaç duyulmadan hâkim tarafından borç veya emanetten nafaka takdir edilebilir.

Amma ikisinden yalnız biri yani mesela borç veya vedia hâkim nezdinde açık olup diğeri yani nesep veya nikâh açık olmasa yahut durum tersine olsa nafaka takdir edilebilmesi için diğ(er(inin de) ikrarı lazımdır.⁵⁸

31. Madde: Vedia bırakılan kimse, hâkimin emri yani nafaka takdiri olmaksızın vediadan bir miktarını nafakaya harcasa Mecellenin 799. maddesinde açıklandığı üzere (vedia bırakılanın) tazmin etmesi gerekeceği gibi, borçlu da hâkimin emri olmaksızın borçtan bir miktarı yukarıda olduğu gibi nafakaya harcasa borçtan kurtulmuş olmaz. Amma hâkimin emri ile sarf etseler vedia bırakılan kimseye tazmin gerekmeyeceği gibi aynı şekilde borçlu da borçtan kurtulmuş olur.⁵⁹

İkinci Bölüm

Mefkûd'un aleyhine gıyaben hüküm (verilmesine) dairdir.

32. Madde: On altıncı maddede mefkûd aleyhine olan davalarda kayyımın taraf olamayacağı açıklanmıştı. Fakat kayyımın veya başka bir şahsın mefkûd tarafından vekil olarak tayin edilmesiyle, aleyhindeki dava dinlenerek şahitlikle sabit olduktan sonra aleyhine hüküm verilse, bu hüküm geçerli olur mu? Bazı fukaha geçerli olmaz demişlerdir, *Dürer* sahibi bunu Zeylaî'den nakletmiştir.

Hulasa isimli kitapta açıklandığına göre; eğer hâkim, müçtehit veya gıyaben verilen hükmü caiz gören bir müçtehidini taklit ediyor ise, bu hüküm geçerli olur.⁶⁰

Üçüncü Bölüm

Mefkûd'un vefatı hakkındadır.

33. Madde: Mefkûd'un vefatı iki şekilde olur. Birinci şekli hakikaten vefatıdır. Hakikaten vefatı, şahitlikle ile sabit olur.

Şöyle ki: mefkûd'un bir kimse yanında vedia (emanet) olarak verilen malı yahut bir kimsede alacağı bulunduğu vârisi, emanet verilenden emaneti veya borçludan borcu talep ve iddia edebilir.

Mesela: mefkûd'un oğlu babasının borçlusundan "Babam vefat etti, sendeki şu kadar kuruş alacağı bana miras kaldı, ver." diye iddia etse ve borçlu da alacağı ikrar ile beraber ölümü inkâr ettiğinde (oğlu,) iki şahit ile ispat ettiği zaman hakikaten ölümü sabit olur.

Mefkûd'un emanet verdiği kimse veya borçlusu olmadığı halde zevcesinin yahut vârislerinin veya borçlusunun iddiası üzerine hâkim, mefkûd tarafından vekil olarak tayin edilen kimse ile davayı ve ölümü hakkında (getirilen) delili dinler.

58 Ali Haydar, s. 17. (Adı geçen kaynaklar.)

59 Ali Haydar, s. 17. (*Tâtârâniye*.)

60 Ali Haydar, s. 18. (Molla Hüsrev, c. II, s. 128; Zeylaî, c. III, s. 310; Bazı kaynaklar 16. maddenin dipnotunda geçti. Konunun ayrıntısı için bkz. İbn Âbidin, c. IV, s. 297.)

İkinci şekli: Hükmen vefatıdır ki 35. maddede açıklanacaktır.⁶¹

34. Madde: Mefkûd'un vefat ettiğine dair delil, hayatta olduğunu gösteren dile tercih edilir. Şöyle ki: mefkûd'a borç veren bir kimse "Mefkûd bir daha geri dönmek üzere yok oldu, alacağımı terekesinden veriniz." diye iddia (etse) ve varisleri de "Mefkûd hayattadır." diye iddia etseler ve ikisi de delil getirirse, alacaklının delili tercih edilir.⁶²

35. Madde: Mefkûd doğumundan itibaren doksan yaşını tamamladığında vefatına hüküm olunur.

Zira bu yaştan fazla yaşamak nadir olup, Mecellenin 42. maddesinde açıklandığı üzere "Nadire itibar yoktur."

İşte anlatıldığı şekilde hüküm vaktinden itibaren eşi, vefat iddetini tamamladıktan sonra başka bir kişi ile evlenebileceği gibi, mefkûd'un malları da bu vakitte mevcut olan vârisleri arasında paylaşılır. Bu tarihten önce vefat eden kimseler bundan hisse alamazlar.

Mefkûd, kaybolduğu andan sonra vefatıyla hükmolunduğu zaman arasında geçen sürede vefat eden, kendisine miras bırakan kimseye mirasçı olamaz. Bu konuda güya kaybolduğu vakitte vefat etmiş gibi sayılır.

Mesela: Bir kimse mefkûd olup kaybolduğu vakitten bir süre sonra babası vefat etse, bu mefkûd'un miras hissesi dondurulur ve kayyımın gözetiminde muhafaza edilerek hayatta olduğu bir vakit yani gelecek 38. maddede açıklanacağı gibi ölümü ile hükm(edilmesin)den önce ortaya çıkarsa hissesini alır. Amma hayatta olduğu ortaya çıkmaz ise bu hisse, babasının vefatında sağ olan mirasçılara red (iade) edilerek hisseleri verilir. Hatta bir kimse mefkûd olduktan sonra oğlu vefat etse, bu oğlunun vârisi olan ana bir kardeşi ile mefkûd'un vârisleri olan asabesi ihtilaf etseler yani bu kardeş önce "Mefkûd vefat etmiştir, biraderim de ona yani babasına varis olmuştur." Sonra "Biraderim vefat etmiştir, ben de ona varisim. Buna göre biraderime mefkûd babasından miras kalan malı alacağım." dese ve asabe (de) önce oğlu sonra babası vefat etti "Mefkûd'un bütün malı bize miras (kalmış) tır." diye tartışıklarında bakılır:

Mefkûd, doksan yaşını tamamlamadan oğlu vefat etmiş ise mefkûd'un tüm malı asabesine miras kalıp bu kardeş (mirastan) bir şey alamaz.

Nitekim mefkûd (olan şahıs), oğlunun mirasından bir şey alamayacağı gibi.

Belki oğlunun mirasından hissesi dondurulup, hayatta olduğu ortaya çıkarsa ona verileceği gibi, ortaya çıkmayıp da doksan yaşını tamamladıktan sonra ölümüne hükmedilirse dondurulan bu mal, o kardeşindir.

Mefkûd, doksan yaşının tamamladıktan sonra oğlu vefat ederse mefkûd'un mirası oğluna intikal etmiş olur. Bu nedenle mezkûr miras o kardeşe kalır.⁶³

61 Ali Haydar, s. 19. (Haskefi, c. IV, s. 296-297; İbn Âbidin, c. IV, s. 297.)

62 Ali Haydar, s. 19. (Kaynağı belirtilmeyen Osmanlıca bir fetva.)

63 Ali Haydar, s. 20-21. (İbn Âbidin, c. IV, s. 296; Bezzâziye.)

36. Madde. Bir kimse helak edici bir ortamda mefkûd olup, ölümü kuvvetle zannedilecek derecede bir zaman geçerse ölümüyle hükmolunur.

Bu mesele için verilen iki adet fetva aşağıda nakledilmektedir:

Zeyd, harp meydanında düşman ile savaştıktan sonra mefkûd olsa, hayatta olduğu veya öldüğü bilinmezse, Zeyd'in öldüğü kuvvetle zannedilecek derecede bir zaman geçtikten sonra, ölümüne hükmedilmesi geçerli olur mu? El-Cevap: olur.

Bu şekilde Zeyd'in ölümüne hüküm verildikten sonra zevcesi Hind, iddeti bittikten sonra kendisini bir başkası ile evlendirmeye ve vârisleri de terekesini miras paylarına göre taksim etmeye güçleri (hakları) olur mu? El-Cevap: olurlar.⁶⁴

37. Madde: Miras bırakan kimseden kalan miras hissesi, mefkûd için kayyımın yanında dondurulup, muhafaza edilirken, mefkûd üzerine nafakası gereken kimseler bundan nafaka takdir ettiremez.

Zira geçen maddede yani 35. maddede açıklandığı üzere bu hissenin mefkûd'un mülkü olması henüz kesin olarak gerçekleşmiş değildir.⁶⁵

38. Madde: Mefkûd'un hükmen vefatı, doksan yaşını tamamladıktan sonra hâkimin hükmü ile meydana gelir. Yoksa hâkimin hükmü olmaksızın, yalnızca doksan yaşını tamamlamakla hükmen vefat etmiş sayılmaz.

Buna göre mefkûd'un doğum gününden (itibaren) doksan sene tamamlandığında iki oğlu bulursa, (vefatına dair) hâkimin hükmü olmadan bu iki oğlundan biri vefat etse, sonra mefkûd'un ölümüne hâkim tarafından hüküm verilse, mefkûd'un malları hayatta olan oğluna miras kalır. Yoksa hâkimin hükmünden evvel vefat eden oğlunun vârisleri, sadece kendilerine miras bırakan oğlu(nun) "Mefkûd'un doksan yaşını tamamlamasından sonra öldü" diye (iddia edip) mefkûd'un terekesinden hisse alamazlar.⁶⁶

39. Madde: Mefkûd'un vârisleri, mefkûd'un vefatını ikrar ettiklerinde hâkim bu vârislere, ellerinde bulunan menkul malları aralarında taksim eder.

Ancak mefkûd'un alacağı veya başkasının yanındaki emanet malı hakkında -emanet bırakılan kimse ile borçlu, mefkûd'un vefatını inkâr ettikleri sürece- bu ikrarın hükmü yoktur.

Fakat vefatı ikrar ederlerse hâkim, onu da taksim eder. Ancak mefkûd'un akarları böyle bir ikrar ile taksim olunamaz.⁶⁷

40. Madde: Mefkûd'un doğumundan itibaren doksan yaşını tamamlamasıyla ölümüne hükmolunarak malları taksim edildikten sonra sağ olarak gelse, vârislerin elinde aynen bulunduğu malı alır. Amma kullanılıp, tüketileni tazmin ettiremez.

64 Ali Haydar, s. 21-22. (İbn Âbidin, IV, 297.)

65 Ali Haydar, s. 22. (Kâidiyye; Fetâvâ Abdurrahim.)

66 Ali Haydar, s. 22-23. (Haskefi, c. IV, s. 297; İbn Abdin, c. IV, s. 297; Abdurrahim.)

67 Ali Haydar, s. 23. (Ankaravî, c. I, s. 200; Hâmişü Ankaravî; Behce; Kâidiyye.)

Nitekim anlatıldığı şekilde ölümüne hükmolunup, eşi de (vefat) iddetini tamamlayıp başka bir kişi ile evlendikten sonra mefkûd geliverse, eşini ikinci kocasından alamayacağı gibi.⁶⁸

41. Madde: Vefat eden bir kimsenin vârislerinden birisi mefkûd bulunup, mefkûd olan şahıs (sağ kabul edildiğinde) vârislerden bir kısmını hacb-1 noksan ile hacb ederse (paylarını azaltırsa), bu kısım mirasçılara (sağ veya ölü takdirinde) alacakları iki payın en azı verilir.

Ancak hacb-1 hirman ile hacb ederse (onlara hisse bırakmazsa) asla bir şey verilmez.

Mesela; bir kimse vefat edip iki kızı ve mefkûd bir oğlu ile oğlunun oğlu bıraksa, iki kıza yarım hisse verilir, diğer yarım hisse mefkud için dondurulur, oğlun oğlu bir şey alamaz.

Doksan sene geçmesiyle mefkûd'un vefatına hükmolununca iki kıza altıda bir daha verilerek miras hisseleri üçte ikiye tamamlanıp, geri kalan üçte bir oğlunun oğluna veya onun vârislerine verilir.⁶⁹

SONUÇ

Mefkûd hakkında diğer değerli imamların görüşleri hakkındadır.

42. Madde: İmam Malik ve Şafii hazretlerinin mefkûd'un mirası hakkındaki görüşleri Hanefi imamlarının görüşleri gibidir.

Fakat İmam Malik hazretleri, mefkûd'un eşi dört sene tamamlandığında, vefat iddetini tamamladıktan sonra başka bir eşe varabilir demiştir.

İmam Şafii hazretlerinin de önceki görüşü (mezheb-i kadimi) böyledir.

İmam Ahmed hazretlerine gelince, (insanların) çoğu zaman helak oldukları yerde yani mefkûd, savaş esnasında ve iki tarafın askerleri karşı karşıya harp ettikleri veya bir gemide bulunup da o geminin denize battığı sırada kaybolur yahut çabuk gelmek üzere yakın bir iş için gittiği halde gelmez ve haberi de bilinmez ise dört sene sonra malları taksim olunabilir (demiştir).

Ve zevcesi iddetini tamamlamakla başka bir kişi ile evlenebilir. Ancak çoğu zaman helak olunmayan yerde yani mesela: ticaret veya seyahat maksadıyla bir yere gittiği sırada mefkûd olunca bunun vefatı, Hanefi imamlarının görüşleri gibi doksan yaşını tamamlamakla olur demişlerdir.⁷⁰

68 Ali Haydar, s. 23. (*Behce.*)

69 Ali Haydar, s. 24. (Haskefî, c. IV, s. 298; *Cevâhirü'l-fikh.*)

70 Ali Haydar, s. 24-25. (İbn Âbidin, c. IV, s. 295.)