

İSLÂM HUKUKUNDA KÜLLÎ KÂİDELERİN HUKUKUN İŞLEVLERİ ARASINDAKİ ANTİNOMİ/ÇATIŞMA BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of Legal Maxims (al-Qawâid al-Qulliyya) of Islamic Law Among the Functions of Law in the Context of Antinomy

HATİCE ALSAÇ

Öğr. Gör. Dr. Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye

Dr. Lecturer, Ankara University, Faculty of Divinity, Islamic Law, Ankara, Turkey

alsach@ankara.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0001-7467-2756>

Makale Bilgisi / Article Information

Makale Türü /Article Types: Research Article

Geliş Tarihi /Received: 5 Ağustos 2022

Kabul Tarihi/Accepted: 28 Kasım 2022

Yayın Tarihi/Published: 30 Aralık 2022

Atıf /Cite As:

Alsaç, Hatice. "İslâm Hukukunda Külli Kâidelerin Hukukun İşlevleri Arasındaki Antinomi/Çatışma Bağlamında Değerlendirilmesi", *Hitit İlahiyat Dergisi*, (Aralık/December 2022) 21/2, 1095-1126. <https://doi.org/10.14395/hid.1156814>

Değerlendirme: Bu makalenin ön incelemesi iki iç hakem (editörler - yayın kurulu üyeleri) içerik incelemesi ise iki dış hakem tarafından çift taraflı kör hakemlik modeliyle incelendi. Benzerlik taraması yapılarak (turnitin) intihal içermediği teyit edildi.

Etik Beyan: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunur.

Etik Bildirim: ilafdergi@hitit.edu.tr <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hid>
Çıkar Çatışması: Çıkar çatışması beyan edilmemiştir.

Finansman: Bu araştırmayı desteklemek için dış fon kullanılmamıştır.

Telif Hakkı & Lisans: Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

Review: Single anonymized - Two Internal (Editorial board members) and Double anonymized - Two External Double-blind Peer Review

Ethical Statement It is declared that scientific and ethical principles have been followed while conducting and writing this study and that all the sources used have been properly cited.

Complaints: ilafdergi@hitit.edu.tr - <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hid>

Conflicts of Interest The author(s) has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author(s) acknowledge that they received no external funding to support this research.

Copyright & License Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the CC BY-NC 4.0.

Evaluation of Legal Maxims (*al-Qawāid al-Qulliyya*) of Islamic Law Among the Functions of Law in the Context of Antinomy

Abstract

Law, as a system that regulates social relations, takes an active part in people's lives. Law rules have an important place among other rules regulating social life. The statement that "Where there is society, there is law" clearly formalizes this fact. Understanding the character of law requires knowing its functions. The main functions of law are to provide justice, organize community life, and achieve practical benefits. The fact that law has various functions makes antinomic appearances inevitable. This brings up the problem of which function should be prioritized when antinomy occurs among the functions of law. In order for the law to achieve its ultimate goal of "realization of justice", it needs to follow a balanced and harmonious approach between these functions. Law is defined as "a social life order oriented towards justice". The purpose of law is to reach the idea of justice. Justice cannot always be achieved by people's wishes alone. For this reason, another intervention is required. This intervention means ensuring legal security and expressing an order. Being able to talk about the functions of law to provide justice and to meet social needs, the law must emerge as an order.

Our study focuses on connection between "legal maxims" (*al-qawāid al-qulliyya*) of Islamic law with the functions of law. When we examine the "legal maxims" of Islamic law, whose importance has increased with the codification movements in the history of Islamic law, we see that the main functions of law are also found in the "legal maxims". "Legal maxims" are the product of trying to put Islamic law into a formal order and have contents based on various functions of law. "Legal maxims" as an indicator of coding have clear and precise expression structures. In this respect, "legal maxims" are primarily based on the order function of law. When evaluated in terms of content, it is seen that the "legal maxims" include regulations regarding the functions of law to provide practical benefits and to provide justice. For instance, the maxim of "*al-umūru bi maqāṣidihā*" regulates the will of the person in the dispositions and it expresses the function of law to provide justice; the maxim of "*al-dararu yuzāl*", when considering the context of benefit and harm, expresses the function of law to provide practical benefits for people; the maxim of "*al-mashaqqa tajlibu al-taysir*" also includes regulations on fundamental issues such as need, necessity, and permission in Islamic law; or, the maxim of "*al-'āda muḥakḳama*" comes to the fore in relation to meeting the social needs of people. When the "legal maxims" are evaluated one by one, we come to see that they express different functions of the law, and when they are considered together, there appears an inevitable antinomy between them. For example, according to the maxim of "*al-umūru bi maqāṣidihā*", responsibility for one's

actions depends on one's intentions. On the other hand, the maxim of "*al-đararu yuzâl*" requires compensation liability in case of damaging to someone else's property, albeit unintentionally.

The study aims to evaluate the "legal maxims" in Islamic law, and the situations referred to as "legal maxim's exceptions" in the context of antinomy between their functions. In our study, we have primarily focused on the functions of law and tried to determine how these functions correspond to the "legal maxims". We have exemplified the antinomic aspects between the functions of law on the basis of "legal maxims" in Islamic law. We tried to point out the high values such as special norms, customs and traditions of the people, necessities, and needs, which are taken into account when choosing between the functions of law in antinomic situations that arise between the "legal maxims". Among the study, sources are *al-Majalla*, which include the final version of the "legal maxims", and the commentaries of *al-Majalla*. We have also consulted the works in the literature of "legal maxims" when necessary, and classical fiqh sources to exemplify the "legal maxims". Regarding the functions of law, we have benefited from the works of influential scholars who have studied the law.

Keywords: Islamic law, *al-qawāid al-qulliyya*, antinomy, justice, custom, benefit.

İslâm Hukukunda Küllî Kâidelerin Hukukun İşlevleri Arasındaki Antinomi/Çatışma Bağlamında Değerlendirilmesi*

Öz

Hukuk, toplumsal ilişkileri düzenleyen bir sistem olarak, insanların hayatında aktif bir rol oynamaktadır. Toplumsal yaşamı düzenleyen kurallar arasında hukuk kuralları, önemli bir yere sahiptir. Bu durum “*Nerede toplum varsa orada hukuk vardır*” şeklinde açık bir şekilde formalize edilmektedir. Hukukun niteliğinin anlaşılması, işlevlerinin bilinmesini gerektirmektedir. Hukukun farklı işlevlerinden bahsedilmekle birlikte hukukun öne çıkan temel işlevleri; adaleti sağlamak, toplum hayatını düzenlemek ve sosyal ihtiyaçları karşılamaktır (pratik yarar sağlamak). Hukukun farklı işlevlerinin bulunuyor oluşu bu işlevler arasında antinomik/çatışık görünümleri kaçınılmaz kılmaktadır. Bu durum, hukukun işlevleri arasında çatışma meydana geldiğinde hangisinin önceleneceği problemini gündeme getirmektedir. Yapılması gereken, hukukun farklı işlevleri arasında bir denge sağlanmaya çalışılmasıdır. Hukukun, “*adaletin gerçekleşmesi*” nihai hedefine ulaşmak için bu işlevler arasında dengeli ve uyumlu bir yaklaşım izlemesi gerekir. “*Hukuk, adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşam düzeni*” olarak tanımlanır. Hukukun amacı, adalet idesine ulaşmaktır. Ancak adaletin, her zaman sadece insanların istekleri ile kendiliğinden gerçekleşmesi mümkün olmadığından, başka bir müdahale gerekmektedir. Bu müdahale de hukuki emniyetin sağlanması anlamına gelmekte ve bir düzeni ifade etmektedir. Hukukun adalet ve sosyal ihtiyaçları karşılama işlevlerinden bahsedebilmek, öncelikle bir düzen olarak ortaya çıkmasını gerektirmektedir.

Çalışmamız İslâm hukukunda küllî kâidelerin hukukun fonksiyonları ile irtibatına odaklanmaktadır. İslâm hukuk tarihinde kanunlaştırma hareketleriyle birlikte önemi daha da artan küllî kâideler incelediğinde, hukukun temel işlevlerinin küllî kâidelerde de karşılık bulunduğu görülmektedir. Küllî kâideler, İslâm hukukunun biçimsel bir düzene sokulmaya çalışılmasının ürünü olarak, hukukun farklı işlevlerini esas alan içeriktedir. Küllî kâideler, kanunlaştırmanın da bir tezâhürü olarak, açık ve kesin ifade yapılarına sahiptir. Bu bakımdan hukukun düzen işlevini temel almaktadır. Bununla birlikte içerik olarak değerlendirildiklerinde hukukun pratik yarar sağlama ve adaleti temin etme işlevlerine dair düzenlemeler içerdikleri görülmektedir. Örneğin “*bir işten maksat neyse hüküm ona göredir/el-umûru bi makâşidihâ*” kâidesi tasarruflarda kişinin iradesinin esas alınmasını düzenlemekle hukukun adaleti sağlama işlevini ifade etmektedir. “*Zarar izâle olunur/eğ-dararu yuzâl*” kâidesi yarar ve zarar bağlamı düşünüldüğünde hukukun insanlar için pratik yarar sağlama işlevi ile ilgilidir. “*Meşakkat teysiri celb eder/el-meşakka teclibu't-teysir*” kâidesi de yine İslâm hukukunda ihtiyaç, zaruret, ruhsat gibi temel meselelere dair düzenlemeleri içermektedir. “*Âdet muhakkemdir/el-âde muhakkeme*” kâidesi,

* Bu konuda çalışma yapmam hususunda beni yönlendiren kıymetli Prof. Dr. Kâşif Hamdi OKUR hocama teşekkür ederim.

insanların sosyal ihtiyaçlarının karşılanması bağlamında gündeme gelmektedir. Kâideler tek başlarına değerlendirildiğinde hukukun farklı işlevlerini ifade etmekte, birlikte değerlendirildiklerinde ise bu sebeple aralarında çatışma olması kaçınılmaz olmaktadır. Örneğin “*bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir*” kâidesine göre bir kişinin tasarruflarından sorumlu olması kişinin kastına bağlı olmasına rağmen, “*zarar izâle olunur*” kâidesi, kasıtsız da olsa başkasının malına zarar verilmesi durumunda tazmin sorumluluğu doğmasını gerektirmektedir.

Çalışmanın amacı, İslâm hukukunda külli kâidelerin ve literatürde “kâidelerin istisnaları” olarak atıfta bulunulan durumların, hukukun işlevleri arasındaki çatışmalar bağlamında değerlendirilmesidir. Çalışmamızda öncelikle hukukun işlevleri üzerinde durarak, bu işlevlerin külli kâidelerde ne şekilde karşılık bulunduğunu tespit etmeye çalıştık. Hukukun farklı işlevleri arasındaki antinomik görünümeleri, İslâm hukukunda küllî kâideler zemininde örneklendirdik. Küllî kâideler arasında ortaya çıkan antinomik durumlarda, hukukun işlevleri arasında tercih yapılırken dikkate alınan daha üst tikel normlar, örf ve âdetler, zaruret ve ihtiyaç gibi yüksek değerlere işaret etmeye çalıştık. Çalışmanın kaynakları arasında küllî kâidelerin son hâlinin yer aldığı *Mecelle* ve *Mecelle*'nin şerhleri yer almaktadır. Yeri geldikçe kavâid literatürüne dair yazılmış eserlere ve küllî kâidelerin örneklendirilmesi için klasik fıkıh kaynaklarına başvurduk. Hukukun işlevleri ile ilgili olarak, hukuk ile ilgili çalışmaları olan önemli isimlerin eserlerinden yararlandık.

Anahtar Kelimeler: İslâm hukuku, kavâid-i külliye, antinomi, adalet, örf, yarar.

Giriş

İnsanlar, her dönemde birbirleriyle farklı ilişkiler içerisinde yaşarlar. Bu ilişkilerin istikrar ve güven temelinde devamı toplum hayatı açısından büyük önem taşımaktadır. İnsanların ve toplumların hayatlarını düzene sokma misyonu ile insan hayatında aktif bir rol oynayan hukuk, toplumun ihtiyaçlarını karşılamak ve toplumsal ilişkileri düzenlemek zorundadır.² İnsanların kendi çıkarlarını esas alarak birbirleri ile ilişki kuruyor olmaları zaman zaman başka insanların çıkarları ile çatışmalara sebep olabilmektedir.³ İşte bu doğrultuda hukuk, insanların çıkarlarını dikkate alarak toplumsal ihtiyaçları karşılamayı amaçlamakta, çıkarlar arası çatışmalarda dengeyi sağlamak için insan davranışlarını belirli biçimlerde düzenlemektedir.⁴ Hukuk, sosyal hayatın zorunlu düzeni olarak, dayanışmayı güçlendirmek ve insanlar arasında meydana gelen çekişmeleri bertaraf etmek durumunda olduğundan⁵ insanların davranışlarını belirli şekillerde düzenler, insanların nasıl davranmaları gerektiğini, haklarını ve ödevlerini belirler.⁶ Geçerli hukuk normları, davranışların değerlendirilmesinde bir ölçüttür.⁷ Hukukun kargaşayı, ölçsüzlüğü önlemek için biçimsel kalıplara sahip olması gerekmektedir.⁸ Düzen vurgusu, toplumda istikrarın sağlanabilmesi için zorunlu bir durumdur. Hukuk, insanların yararları ve ihtiyaçları arasındaki dengeyi nihai hedefi olan adaleti gerçekleştirecek şekilde düzenlemeye çalışır.

Hukukun niteliğinin anlaşılması, hukukun işlevlerinin araştırılmasını gerektirmektedir.⁹ Hukukun farklı amaçlarından bahsedilmekle birlikte en temelde düzen, sosyal ihtiyaçların karşılanması ve adaletin sağlanması

² Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001), 26-27.

³ Miras taksimi sebebiyle vârisler arasında meydana gelebilecek çıkar çatışmaları bu bağlamda örnek olarak verilebilir. Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986), 5.

⁴ Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 4-5; Aral, *Hukuk Bilimi*, 28-31; Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 176-177; İsmail Kılıoğlu, *Ahlâk Hukuk İlişkisi* (İstanbul: İFAV, 1988), 284-285.

⁵ Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 6-7.

⁶ "Nerede toplum varsa orada hukuk vardır." Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 1-2.

⁷ Talip Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi* (Ankara: Ankara Okulu, 2009), 64.

⁸ Mustafa Reşid Belgesay (öl. 1969), "Medeni Kanunun Başlangıç Faslı Üzerine Etüd", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 18/1-2 (1952), 131-132; Rahmi Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964), 60-62; Aral, *Hukuk Bilimi*, 33-34.

⁹ Orhan Münir Çağlı, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966), 23; Orhan Münir Çağlı, *Hukuk Metodolojisi Dersleri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1962), 108; Aral, *Hukuk Bilimi*, 15.

işlevleri öne çıkmaktadır.¹⁰ Objektif faktörlerce belirlenen¹¹ bu işlevler elbette ki birbiriyle bağlantılıdır. Hukukun “*sanatsal uygulanması*”, işlevler arasında dengeli bir uygulamayı ifade etmektedir.¹² Bu farklı işlevlerin esasında “*aynı hakikatin farklı görünümleri*” olmaları dolayısıyla birbiriyle çatışmaması beklenir.¹³ Bununla birlikte hukukun işlevleri, hukukun farklı yönlerini öne çıkararak çatışık durumları zorunlu olarak içermektedir.¹⁴ Zira bu işlevlerin hepsi hukukun niteliğine aynı zamanda dâhildir. Hukuk, kendi içindeki çatışık yönlerini daha yüksek bir zeminde birleştirir.¹⁵ Hukukun farklı işlevleri bulunmakla birlikte nihai amacı adaleti sağlamaktır.¹⁶ Hukukun işlevleri, hukukun “*adalete hâdim bir beşeri hayat nizamı oluşundan*” sudur etmektedir.¹⁷

Külli kâideler, ilk dönemlerden itibaren İslâm hukukunun önemli bir alanı olarak karşımıza çıkmakta ve farklı açılardan pek çok çalışmaya konu olmaktadır. Özellikle kanunlaştırma hareketlerinin İslâm hukukunda da gündeme gelmesiyle birlikte küllî kâideler üzerinde daha fazla durulduğu görülmektedir. Son ve en somut halleri ile *Mecelle*'nin *Mukaddime* kısmında bir araya getirilen küllî kâideleri hukukun işlevleri bağlamında incelediğimizde, küllî kâidelerin hukukun farklı işlevlerini yerine getirmeye yönelik biçimsel düzenlemeler olduğunu görmekteyiz. Küllî kâidelerin hukukun farklı işlevlerini esas alan içeriklere sahip olmaları, aralarında birbiriyle çatışan durumlar ortaya çıkabileceği anlamına gelmektedir. Bu çatışık durumların varlığı, kâidelerin istisnalarının bulunması sonucunu doğurmaktadır. Literatürde kâidelerin istisnalarına her kâide özelinde ve müstakil olaylar bağlamında temas edilmekte,¹⁸ bir kâideden istisna edilen meselenin başka

¹⁰ Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961), 19; Aral, *Hukuk Bilimi*, 15; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 2; Yavuz Abadan, *Hukuk Felsefesi Dersleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1954), 98-111.

¹¹ Örneğin hukukun düzen işlevi akıl; pratik yarar sağlama işlevi realite; adalet işlevi ahlâkî değerlerce belirlenmektedir. Aral, *Hukuk Bilimi*, 16-17.

¹² Paul Amssek, “Norm ve Yasa (1)”, çev. Tuğba Ballıgil, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* (İstanbul: NÜANS, 1993), 33 vd.; Yasemin Işıқтаç, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulanması* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1999), 19.

¹³ Işıқтаç, *Hukuk Normu*, 2.

¹⁴ Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 29; Çağıl, *Hukuk İlmine Giriş*, 34; Aral, *Hukuk Bilimi*, 15-16; Işıқтаç, *Hukuk Normu*, 19.

¹⁵ Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 29; Çağıl, *Hukuk İlmine Giriş*, 34; Aral, *Hukuk Bilimi*, 15-16; Aral, *Hukuk Felsefesi*, 194.

¹⁶ Yavuz Abadan, *Hukuk Başlangıcı ve Tarihi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, 1943), 29; Aral, *Hukuk Bilimi*, 31; Türcan, *Norm-Amaç*, 91.

¹⁷ Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 19. “Hukuk, adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşam düzenidir.” Çağıl, *Hukuk İlmine Giriş*, 23; Aral, *Hukuk Bilimi*, 15; Aral, *Hukuk Felsefesi*, 157.

¹⁸ Örneğin bk. Ebü Sa'id Halil b. Keykeldî eş-Şâfi'î el-'Alâî (öl. 761/1359), *el-Mecmû'u'l-muzehheb fi kavâ'id'i'l-Mezheh*, thk. Muhammed b. 'Abdilgaffâr b. 'Abdirrahmân eş-Şerîf (Kuveyt: Vizâratu'l-Evkâf ve'ş-Şuûni'l-İslâmiyye, 1994), 1/69, 315-317; Suleymân b. 'Abdillâh Kırkâğâci (öl.

bir kâidenin altına girdiği ve sonuç itibarıyla kâidelerin dışında kalan fıkhi bir mesele bulunmadığı ifade edilerek¹⁹ bu durumun kâidelerin küllî olmalarına muhalif olmadığına dikkat çekilmektedir.²⁰ Biz çalışmamızda İslâm hukukunda küllî kâideleri, hukukun farklı işlevleri arasındaki çatışmalar bağlamında değerlendirmeye ve hukukun çatışan işlevleri arasında tercih yapılırken dikkate alınan esasları açıklamaya çalışacağız.

Küllî Kâidelerin Hukukun Düzen ve Adalet İşlevleri Bağlamında Değerlendirilmesi

Toplumsal bir varlık olarak insan, hem kendisini hem başkalarını düşünen bir yapıya sahiptir. Toplumsal yaşam, bir düzeni zorunlu kılmaktadır. Zira insan, gücünü başkalarının zararına da olsa kendi yararına kullanabilir. Güç ve zarar-yarar arasında bir ilişki vardır. Yarar ve zarar arasında düzen sağlamak belli kuralların varlığını gerektirmektedir. Bu bağlamda kuralları ile hukuk, düzen demektir; kargaşalık, ölçsüzlük ve başıboş davranışın karıştıdır.²¹ Çıkar çatışmaları üzerine kurulu toplumsal yaşamın düzene dönüşmesi, davranışları belirli kalıplara sokan normlar aracılığı ile mümkün olabilir. Toplumsal düzenin mevcut olabilmesi, biçimsel bir yapıya dayanan hukuk düzeninin varlığına bağlıdır.²² Hukukun belirli davranışları biçimsel olarak düzenlemesi, düzen işlevinin bir gereğidir. Hukuk düzeninin güncel olabilmesi, ancak biçim ile mümkündür. Yani biçim, hukukun niteliğine

1287), *Şerhu'l-Hâtime fi'l-kavâ'id-i'l-fıkhiyye* (Şerhu Hâtimeyi kitâbi Mecâmi'u'l-hakâik), thk. Muhammed 'Ammâd en-Nablûsi (İstanbul: y. y. 2013), 73; Muhammed ez-Zuhaylî, *el-Kavâ'idu'l-fıkhiyye 'ale'l-mezâhibi'l-Hanefiyye ve's-Şâfi'iyye* (Kuveyt: Lecnetu't-Te'lif ve't-Ta'rib ve'n-Neşr, 2004), 71, 206, 246; Hatice Alsaç, *Kavâ'id-i Külliye-i Kübrâ ve Mecelle'deki Tezâhürleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2022), 187-191, 278-280, 327.

¹⁹ Hacı Reşid Paşa (öl. 1918), *Rûhu'l-Mecelle* (Derseâdet: Dâru'l-Hilâfeti'l-Âliyye-Matbaa-i Hayriyye, 1326-1328), 1/68; Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar Efendi (öl. 1935), *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (Konstantiniyye: Matba'â-i Ebu'd-Diyâ, 1330), 1/26; Muştafâ Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhal ilâ nazariyyeti'l-iltizâmi'l-'âmme fi'l-fıkhi'l-İslâni* (Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 1999), 2/966.

²⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/26; Ömer Nasuhi Bilmen (öl. 1971), *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1967), 1/254.

²¹ Çağul, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 19; Çağul, *Hukuk İlmine Giriş*, 24. Ali Haydar Efendi de *Mecelle* şerhinde, insanın tabiatça medeni olduğundan tek başına yaşayamayacağını, bir medeniyet çevresinde toplanmaya, kendi cinsi ile bir arada olmaya, yardımlaşmaya muhtaç olduğunu belirtmektedir. İnsanlar, kendi hoşlandıkları şeyleri isteyip, hoşlanmadıklarını istemeyeceğinden aralarında adalet ve düzenin bozulmaması için, münâkehât, muâmelât, ukûbâta dair düzenlemelere ihtiyaç duymaktadırlar. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 1/18-20.

²² Türcan, *Norm-Amaç*, 72-74; Talip Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu* (Ankara: Ankara Okulu, 2016), 27. M. R. Belgesay "Adalet aykırı olan bir kanuna bile zamanla alışılarak katlanmak mümkün olduğu halde, adalet diye, hele sosyal icap ve mülâhaza bahaneler ile indî ve keyfi hükümlerin tatbikına katlanılmaz" ifadesi ile hukukta formalizasyona dikkat çekmektedir. Belgesay, "Medeni Kanununun Başlangıç Fıslı Üzerine Etüd", 132.

dâhildir.²³ Hukuk, insanların davranışlarını biçimleri bakımından düzenler. İnsan davranışlarının bireysel durumlara göre düzenlenmesi, düzen olmayacağı anlamına gelir. Bütün insanların belirli ve aynı hukuk normlarına tabi olmaları, tasarruflarının sonucunun bilinir olmasını sağlamakta, bu da hukuk düzeninin güvenilir olması anlamına gelmektedir. Hukuk düzeni var olmadan, hukuka bağlı toplumsal düzen kurulmadan, ihtiyaçlar karşılanamadığı gibi adalet de gerçekleşemez.²⁴ Bu anlamda hukuk, “sosyal hayatın zorunlu düzeni demektir.”²⁵

Hukukta formalizasyon, istikrar sağlamak, hukuk güvenliğini temin etmek gibi amaçları gerçekleştirilmeyi hedeflemektedir. Hatta biçime uyulmamanın sonucunun her zaman sözleşmenin geçersiz olması anlamına gelmeyeceği de bu durumu desteklemektedir. Akdın fâsid ve bâtil şeklindeki ayrımı, akdi fâsid kılan eksiklik giderildiği takdirde geçerli olması buna örnek olarak verilebilir. Yine esasında her sözleşme de biçimlere bağlanmış değildir. Her alım-satım sözleşmesinin geçerliliği bir yazılı formalizasyon gerektirmemektedir. Örneğin hemen her gün gerçekleştirdiğimiz ekmek alım-satımı da esasında bir sözleşmedir ancak biçimsel bir formalizasyona muhtaç değildir. Hukukta yazılı biçim zorunluluğu, temelde tarafların düşünüp taşınmasına, dikkatli davranmalarını sağlamaya ve olası bir anlaşmazlığı baştan önlemeye yöneliktir. Kur’ân-ı Kerîm’de borçların yazılmasına yönelik tavsiye²⁶ de esasında olası bir anlaşmazlık durumunda tam güven sağlanmasına yönelik olarak değerlendirilebilir.

Adalet ve düzen, hukukun iki temel işlevi olmakla birlikte adalet, düzende ne ölçüde gerçekleştiği açısından hukuk düzeninin değerlendirme ölçütüdür.²⁷ Hukukun insan davranışlarını düzenlemesi, bu davranışları önceden biçimlendirmesini, belirli kalıplar hâlinde ifade etmesini gerektirmektedir. İnsanlar arası ilişkilerin düzene girmesi, bu ilişkilerin

²³ Aral, *Hukuk Bilimi*, 19; Aral, *Hukuk Felsefesi*, 172. Hukuk düzeninin barış, güvenlik, eşitlik ve özgürlük sağladığı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bk. Aral, *Hukuk Bilimi*, 21-28; Aral, *Hukuk Felsefesi*, 173-176.

²⁴ Türcan, *Norm-Amaç*, 63.

²⁵ Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 5.

²⁶ *Kur’ân-ı Kerîm* (Erişim 4 Ağustos 2022), el-Bakara 2/282. İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre âyetteki emir vücup ifade etmeyip ihtiyatlı davranmak, menfaatleri korumak açısından tavsiye niteliğindedir. bk. Ebü Bekr Ahmed b. ‘Alî er-Râzî el-Ceşşâs (öl. 370/980), *Ahkâm-ı Kur’ân* (Beyrüt: Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 2007), 1/583-585. Emrin delâleti ile ilgili bk. Ebü Bekr Ahmed b. ‘Alî er-Râzî el-Ceşşâs (öl. 370/980), *el-Fuşûl fi’l-uşûl*, thk. ‘Uceyl Câsim en-Neşemî (İstanbul: Mektebetu’l-İrşâd, 1994), 2/87 vd.; ‘Alâuddîn ‘Abdulazîz b. Ahmed el-Buhârî (öl. 710/1310), *Keşfu’l-esrâr ‘an usûli Fahri’l-İslâm el-Bezdevî* (İstanbul: Maṭba‘tu’ş-Şerike-ti’ş-Şahâfiyyeti’l-Osmâniyye, 1308), 1/260 vd. Âyetin değerlendirilmesi ile ilgili olarak ayrıca bk. Abdullah Kahraman, “Müdâyene Âyetinin İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 4 (2000), 193-224.

²⁷ Aral, *Hukuk Bilimi*, 31-32.

belli kurallara bağlanması ile sağlanabilir. Hukuk normlarının kişilere göre değişmemesi, bilinir ve kestirilebilir bir gelecek, hukukta düzen ile mümkündür. Dolayısıyla hukuk kurallarının formalizasyonu kaçınılmazdır.²⁸ Ancak bu biçimlendirme bazı somut olayların ayrıntılarının ihmal edilmesi sonucunu doğurabilir. Bu durumun zaman zaman adalet ile çatışacağı açıktır. Birbirinden farklı şartlardaki bireylerin, aynı hukuki sürece tabi tutulmaları, adaletsizlik olarak görülebilir. Adalet ise olayların ayrıntılarının dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu da bize hukukun temel iki işlevi olan adaletle düzen ve düzenin getirdiği hukuki istikrar arasında bir çatışma olduğunu göstermektedir.

Hukukun adalet ve düzen işlevleri arasındaki çatışmaya dair “*bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir*”²⁹ kâidesini ele alabiliriz. Kâide, kişilerin tasarruflarında kastın etkisini önelemektedir. Kâideye göre, kişilerin tasarruflarının hükümleri, kişilerin maksadına göre farklılık göstermektedir.³⁰ Kasıt, kişinin iç iradesini ifade etmektedir. Hukuki hayatın güven ve istikrarı için ise kastın objektif olarak tespiti yani dış iradeye öncelik verilmesi gerekmektedir. Akitler özelinde dış irade, akdin kurulması için kullanılan lafızlardır. Akitlerin sonuç doğurması için tarafların açıklanan iradelerine itibar edilir.³¹ Hukuki ilişkilerde istikrar ve güvenin devamı için açıklık ve objektiflik ölçüt alınmaktadır.³² Bu gerekçe ile kişinin kastını gösteren söz ve davranışları dikkate alınarak hükümler zâhire göre verilmektedir. Kasıt bâtinî bir durum olduğundan “*bir şeyin umûr-i bâtında zâhiri ol şey*

²⁸ Aral, *Hukuk Bilimi*, 17; Belgesay, “Medeni Kanununun Başlangıç Faslı Üzerine Etüd”, 131-132.

²⁹ *Mecelle Madde 2*; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/28. Kâidenin aslı “*el-umûru bi makâşidihâ*” şeklindedir. Tâcuddîn ‘Abdulvehhâb b. ‘Alî b. ‘Abdilkâfi İbnü’s-Subkî (öl. 771/1370), *el-Eşbâh ve’-n-nezâir*, thk. ‘Âdil Aĥmed ‘Abdulmevcûd, ‘Ali Muhammed Mu’avved (Beyrût: Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 1991), 1/54; Celâluddîn ‘Abdurrahmân b. Ebî Bekr Suyûfi (öl. 911/1505), *Kitâbu’l-Eşbâh ve’-n-nezâir fi kavâ’id ve furû’i fıkhi’s-Şâfi’iyye*, thk. ‘Abdulkerim el-Fuđayli (Beyrût: el-Mektebetu’l-‘Asriyye, 2011) 22; Zeynuddîn b. İbrâhîm İbn Nuceym (öl. 970/1563), *el-Eşbâh ve’-n-nezâir ‘alâ mezhebi Ebî Nu’mân*, thk. ‘Abdulkerim el-Fuđayli (Beyrût: el-Mektebetu’l-‘Asriyye, 2011), 39; Muĥammed b. Muĥtafâ el-Ĥâdimî (öl. 1176/1762), *Mecâmi’u’l-hakâik ve’l-kavâ’id ve cevâmiu’r-ravâik ve’l-fevâid*, i’âdâ: Hasen İbrâhîm ‘Alî el-Hüsenî, tkdm: Muĥammed Muĥtafâ ez-Zuĥaylî (Memleketu’l-‘Arabîyye es-Su’üdiyye: Dâru’s-Samî’î, 2017), 403; Muĥtafâ b. es-Seyyid Muĥammed Guzelĥişâri (öl. 1253/1837), *Şerĥu “Menâfi’u’l-dekâik fi şerĥi Mecâmi’i’l-hakâik”* (Mecâmi’u’l-hakâik ve’l-kavâ’id ve cevâmi’u’r-ravâik ve’l-fevâid ile birlikte) (İstanbul: Dâru’t-Tibâ’ati’l-‘Âmirâ, 1308), 307; Aĥmed ez-Zerkâ, *el-Medĥal* 2/980; ‘Alî Aĥmed en-Nedvî, *el-Kavâ’idu’l-fıkhiyye* (Dımaşk/Beyrût: Dâru’l-Kalem, 1986), 282 vd. Ayrıca bk. Ali Himmet Berki (öl. 1976), *Hukuk Mantığı ve Tefsir* (Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1948), 125-127.

³⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/33-34.

³¹ ‘Abdurrezzâk es-Senĥürî, *Maĥâdiru’l-hak fi’l-fıkhi’l-İslâmî* (Beyrût: Dâru İhyâi’t-Turâsî’l-‘Arabî, 1997), 1/71.

³² Yunus Apaydın, “İrade Beyanı”, *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 22/387.

makamına kâim olur"³³ kâidesinin de ifade ettiği üzere akitlerde kullanılan lafızlar, iç iradenin yani kastın yerine geçmektedir. Hâdimî'de "*el-'amelu bi'z-zâhir huve'l-aşl li def'i'd-darar 'ani'n-nâs*"³⁴ şeklinde ayrı bir kâide olarak yer alan bu durumun insanlardan zararı kaldırmayı hedeflediğine vurgu yapılmaktadır. Hz. Peygamber de delillerin zâhirini esas alarak hüküm vereceğini belirtmektedir.³⁵ Bu bağlamda örneğin adam öldürmede kastın varlığı kullanılan alet ile anlaşılabilir. ³⁶ Yine akitlerin hangi lafızlar ve kalıplar ile kurulabileceği konusu büyük önem taşımaktadır.³⁷ *Mecelle*'de de ifade edildiği üzere İslâm hukukunda akitlerde "*icâb ve kabul için en çok mâzî şîğası kullanılmakta*"³⁸ ve bu kalıp ile gerçekleştirilen akitlerin ayrıca niyete ihtiyacı olmadığı kabul edilmektedir.³⁹ Akitlerde mâzî kalıbının kullanılması tarafların akde rızâlarına delâlet etmektedir.⁴⁰ Bununla birlikte "*nâsın isti'mâli hüccettir ki onunla amel vâcib olur*"⁴¹ kâidesinin gereği olarak akdin kurulması

³³ *Mecelle* Madde 68; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/149.

³⁴ Hâdimî, *Mecâmî*, 34.

³⁵ Ebü 'Abdillâh Muhammed b. İsmâil b. İbrâhîm el-Cu'fi el-Buhârî (öl. 256/870), *Şahîhu'l-Buhârî (el-Câmi'u's-Şahîh)* (Beyrüt: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2009), "Ahkâm", 7168, 7169; Ebu'l-Hüseyn Muslim b. el-Haccâc el-Kuşeyrî (öl. 261/875), *Şahîhu Muslim (el-Câmi'u's-Şahîh)* (Beyrüt: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2008), "Akdîye", 1713.

³⁶ Ebü Bekr Ahmed b. Ebî Şehl es-Serahsî (öl. 490/1096), *Kitâbu'l-Mesûr* (Beyrüt: Dâru'l-Ma'rife, 1989/1409), 26/59. C. İlhan da, ceza hukukunda suçun işleniş biçiminin suçun kastının kanıtı olduğuna dikkat çekmektedir. Cengiz İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi* (İstanbul: Tarih Vakfı Yayınları, 2010), 65.

³⁷ Ebü Bekr b. Mes'ûd el-Hanefî el-Kāsânî (öl. 587/1191), *Bedâi'u's-sanâi' fi tertibi's-Şerâi'*, thk. 'Alî Muhammed Mu'avvid, 'Âdil Muhammed 'Abdulmevcûd (Beyrüt: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2003), 6/529 vd.; Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (el-Hafid) İbn Ruşd (öl. 595 h/1198 m), *Bidâyetu'l-muctehid ve nihâyetu'l-muhtesid* (Beyrüt: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2004), 574; Ebü Muhammed 'Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed el-Makdisî el-Hanbelî İbn Kudâme (öl. 620/1223), *el-Muğni*, thk. 'Abdullah b. 'Abdilmuhsin et-Türkî, 'Abdulfetâh Muhammed el-Halû (Riyâd: Dâru 'Âlemi'l-Kutub, 1997), 6/7-9; *el-Fetâva'l-Hindîyye (el-Ma'rûf bi'l-Fetâva'l-Âlemgriyye fi mezhebi'l-İmâm el-A'zâm Ebü Hanîfe Nu'mân)*, Cemâ'a min 'Ulemâi'l-Hindî'l-İslâm (Beyrüt: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2000), 3/4 vd.; Senhûrî, *Maşâdiru'l-hak*, 1/70 vd. Ayrıca bk. Sabri Şakir Ansay (öl. 1962), *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1958), 41-43.

³⁸ *Mecelle* Madde 169. Ayrıca bk. Kāsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 6/528; *el-Fetâva'l-Hindîyye*, 3/4.

³⁹ İbn Ruşd, *Bidâyetu'l-Muctehid*, 574; 'Abdurrahmân b. Muhammed b. Süleymân el-Kelibülû (yu'rafu bi Dâmâd Efendi) (öl. 1078/1668), *Mecma'u'l-enhur fi şerhi Multeka'l-ebhûr* (ve me'ah ed-Dürri'l-muntekâ fi şerhi'l-Multekâ) (Beyrüt: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1998), 3/7; Muhammed Emîn İbn 'Âbidîn (öl. 1252/1836), *Reddu'l-muhtâr 'ale'd-Durri'l-muhtâr şerhu Tenwirî'l-ebşâr*, thk. 'Âdil Ahmed 'Abdulmevcûd, 'Alî Muhammed Mu'avvid (Riyâd: Dâru 'Âlemi'l-Kutub, 2003), 24; *el-Fetâva'l-Hindîyye*, 3/4; Mes'ûd Efendi (öl. 1894), *Mirât-i Mecelle-i Ahkâm-i 'Adliyye* (b. y.: y. y., ts.) 45.

⁴⁰ İbn Kudâme, *Muğni*, 6/7.

⁴¹ *Mecelle* Madde 37; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/97. Ayrıca bk. Guzelhîşârî, *Menâfi'*, 308; Hacı Reşîd Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 1/125; Selîm Rustem Bâz el-Lubnânî (öl. 1920), *Şerhu'l-Mecelle* (İstanbul: Dâru İhyâi't-Turâsî'l-'Arabî, 1986), 35; 'Alî 'Ulvi, *Telhîsu kavâ'id-i kulîyye fi istilâhâtı fıkhiyye* (İstanbul: Şirket-i Mertebîyye Matbaası, 1317), 68; Attâsî, *Şerhu'l-Mecelle*, 1/86. TMK'nin "*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu*

için o dil ve beldede kullanılan lafızlara itibar edilir.⁴² Akdin kurulması için kullanılan lafızlar, beldelerin dillerine ve âdetlerine göre değişebilir.⁴³

Aktardığımız durum esasında hukukun adaleti sağlama işlevi ile çatışmaktadır. Hukukun adaleti sağlama işlevi açısından fiil ve davranışların iç iradeye göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik ise hukukun bir diğer işlevi olan düzen ve düzen ile bağlantılı olarak hukuk emniyetini sağlama işlevi ile çatışmaktadır. İç iradeye itibar, yukarıda da açıklamaya çalıştığımız üzere ancak iç iradenin tespit edilebilmesi ile mümkündür. Hukuk emniyetinin sağlanması ise zâhiri esas alan düzenlemeler ile mümkündür ve hukuk normu ilke olarak “*dışa yansıyan irâdi davranışları*” konu edinmektedir. Bu da zâhire göre amel edilmesini gerektirmektedir.⁴⁴ Bu ilkenin kabul edilmesi, hukukun çatışan iki işlevinden düzen işlevinin adalet işlevinin önüne geçmiş olduğunu göstermektedir.⁴⁵ Bununla birlikte dış iradenin tespitinde adam öldürmede kullanılan alet ve akitlerde kullanılan lafızlarda olduğu gibi objektif kriterlere⁴⁶ dikkat edildiği de ayrıca vurgulanmalıdır. İşlevleri arasındaki çatışmaya dair vermiş olduğumuz örnekte görüldüğü üzere hukuk, düzen işlevinin gereği olarak zâhir olan durumları ele almakta, böylece subjektif durumlardan kaynaklanan eşitsizlik önlenmiş olmaktadır. Bu bakımdan hukukun düzen işlevi ve bunun sonucu olarak hukuk emniyeti, eşitsizliğin önlenmesi ile esasında adaleti de sağlamış olmaktadır.⁴⁷

Hukuk normlarının kişiden kişiye değişmez oluşu, hukuk güvenliğine bağlıdır. Hukuk güvenliği, hukukun her durumda uygulanmasını

da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.” şeklindeki maddesi, örf ve âdetlerin hukukun kaynağı kabul edildiğini ifade etmektedir. TMK Madde 1. Ayrıca bk. Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, 111; Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, (İstanbul: Sebil Yayınevi, 1993), 133-134.

⁴² Kuyucaklızâde Mehmed Âtîf Efendi (öl. 1898), *Mecelle-i Ahkâm-ı ‘Adliyye’den Kitâbu’l-Buyû’* (Derseâdet: Maḥmûd Bek Matbaası, 1318), 50; Hacı Reşîd Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 2/47; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, 1/256; Muḥammed Sa’îd Meḥâsinî, *Şerhu Mecelleti’l-Ahkâmî’l-Adliyye* (Dımaşk: Matba’atu’t-Terakkî bi Dımaşk, 1927), 1/143.

⁴³ Kuyucaklızâde Mehmed Âtîf Efendi (öl. 1898), *Mecelle-i Ahkâm-ı ‘Adliyye’den Kavâid-i Kulliyeye-i Fikhiyye’nin İzâhı* (Derseâdet: Maḥmûd Bek Matbaası, 1318), 32; Hâfız Mehmed Ziyâud-dîn (öl. 1918), *Mecelle-i Ahkâm-ı ‘Adliyye Şerhi* (Derseâdet: Maarif Matbaası, 1312), 74-75. Örnek ifadeler için bk. Mes’ûd Efendi, *Mirât-i Mecelle*, 44-45; Rustem Bâz *Şerhu’l-Mecelle*, 76-77; Muḥammed Hâlid Attâsî, *Şerhu’l-Mecelle* (Peşâver (Pâkistan): Mektebetu’l-Hakkâniyye, ts.), 2/30.

⁴⁴ Türcan, *Hukuk Normu*, 106-107.

⁴⁵ Adnan Koşum, “Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslâm Hukuku”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 47/1 (2006), 58.

⁴⁶ M. R. Belgesay da kural olarak fâilin gizli kalan maksadının dikkate alınmamakla birlikte, objektif durumlardan çıkarılabilen maksadına önem verildiğini belirtmektedir. Mustafa Reşîd Belgesay, “Mecelle’nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 12/2-3 (1946), 574.

⁴⁷ Aral, *Hukuk Bilimi*, 33-34.

gerektirmektedir.⁴⁸ Hukuk güvenliği, normların tüm olaylara ve tüm kişilere aynı şekilde uygulanmasını ifade etmekte⁴⁹ ve umumî, objektif bir düzeni hedeflemektedir.⁵⁰ Hukuk bu güvenliği düzen olarak, yürürlüğü ve sürekliliği ile gerçekleştirir.⁵¹ Hukukta, hukuk emniyetinin sağlanmaya çalışılması, hukukun adalet ve düzen işlevi çatıştığında düzenin ön plana alınmasını gerektirmiştir. Düzensiz yaşam kargaşaya sebep olacaktır. Düzensiz bir toplumsal yaşam düşünülemezden, “düzen, adaletin gerçekleşmesinin dahi ön koşuludur.”⁵² Ayrıca adaletin özünün eşitlik düşüncesi olduğu dikkate alındığında, hukukun herkese aynen uygulanması, eşitlik düşüncesine de uygun düşmektedir.⁵³

Bir diğer örnek olarak hukukun adalet işlevi düşünüldüğünde “bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir” kâidesinin gereği olarak hâzilin (ciddiyetsiz, şaka yapan) tasarruflarının geçersiz olması gerekmektedir. Ancak kasıt konusunda geçerli olan hükümler hâzilin tasarruflarında geçerli olmamaktadır. Hezl, şer’î konularda açıkça yasaklanan tasarruflardandır.⁵⁴ Bu sebeple hâzilin, şaka kastı ile gerçekleştirmiş olduğu tasarrufları kasten yapmış gibi değerlendirilir. Burada da hâzilin tasarruflarının geçerli kabul edilmesi tasarruflarda kasta itibar açısından çatışık bir görünüm sergilemekle beraber, hâzilin tasarruflarının kasıttan ayrı değerlendirilmesinin gerekçesi, konu ile ilgili daha kuvvetli tikel normlar bulunmasıdır.

“Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir” küllî kâidesi dikkate alındığında, Mecelle’nin “mübâşir müteammid olmasa da dâmin olur”⁵⁵ maddesi de çatışan bir görünüm sergilemektedir. Kişinin kastı olmadığı halde işlemiş olduğu bir fiilden sorumlu olduğunu ifade eden bu madde adaletle çatışık görünmektedir. Ancak kasıt bulunmadığı halde, fiili işleyen kimsenin ortaya çıkan zararı

⁴⁸ Aral, *Hukuk Bilimi*, 34.

⁴⁹ Roberto Mangabeira Unger, “İzonomi ve Adalet”, çev. Murat Önderman, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* (İstanbul: NÜANS, 1993), 84.

⁵⁰ Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 31.

⁵¹ Çağıl, *Hukuk İlmine Giriş*, 48-49; Aral, *Hukuk Bilimi*, 34; Kılıçoğlu, *Ahlâk Hukuk İlişkisi*, 295; Türcan, *Norm-Amaç*, 64.

⁵² Aral, *Hukuk Bilimi*, 33-34.

⁵³ Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, 31; Aral, *Hukuk Bilimi*, 34; Işıktaç, *Hukuk Normu*, 18.

⁵⁴ el-Bakara 2/231; et-Tevbe 69/65.

⁵⁵ İbn Nuceym, *Eşbâh*, 317; Mecelle Madde 92; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/194. Mecelle’nin “Mütesebbib müteammid olmadıkça dâmin olmaz” şeklindeki 93. maddesi de dikkate alındığında, sorumluluk açısından mübâşir ile mütesebbib arasında bir fark gözetildiği görülmektedir. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/195-196. İlgili kâidelerden, doğrudan itlâf durumunda objektif sorumluluğun; dolaylı itlâf hallerinde ise subjektif sorumluluğun esas alındığı anlaşılmaktadır. M. Â. Aydın, bu durumda modern hukukun tam tersi bir sorumluluk anlayışı ortaya çıktığına dikkat çekmektedir. Mehmet Âkif Aydın, “İtlâf”, *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 23/466. Ayrıca bk. Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, 129; Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 156-158.

tazmin etme meselesi ile bağlantılı bu madde, esasında “zarar izâle olunur”⁵⁶ kâidesinin gereğidir. Bir kimsenin başkasının malını kasıtsız olarak itlâf etmesi durumunda, itlâf ettiği malı yine de tazmin etmesi gerekmektedir.⁵⁷ İlgili madde, fâilin kusuru bulunmasa da ortaya çıkan zararın giderilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin bir kimsenin ayağının kayıp başka bir kimsenin bal fıçısının üzerine düşmesi sonucu fıçının devrilmesi ile içindeki bal döküldüğünde, balın dökülmesine sebep olan kişinin balın bedelini tazmin etmesi gerekmektedir.⁵⁸ O kişinin balı dökmek gibi bir kastı olmasa da ortada kendi fiilinden kaynaklanan bir zarar bulunmaktadır. *Zararın ise izâle edilmesi* gerekmektedir. Örnekteki durumda fiili işleyen kişinin kastı bulunmasa da ortaya bir zarar çıkmaktadır. Bu zararın giderilmemesi, zarara uğrayan açısından adaletsiz bir durum olacak ve zarara uğrayan kişinin mağduriyetinin devamı anlamına gelecektir. Zararda kastın olmaması zarara uğrayan kişinin hakkını iptal etmez ve mülk dokunulmazlığı hiçbir suretle ortadan kalkmaz.⁵⁹ Fâilin zarar kastı bulunmasa bile zarara uğrayan kimsenin hakkının korunması söz konusudur.⁶⁰ Dolayısıyla bu madde ve örnekleri “bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir” kâidesi ile çatışık gibi görünmekle beraber “zarar izâle olunur” kâidesinin gereğidir.⁶¹

Mübâşeret durumunda ortaya çıkan zararın giderilmesi sorumluluğunun oluşması için, mübâşirde kusur şartı aranmamakta, ortaya çıkan zarardan sorumlu olmak doğrudan fiile bağlanmaktadır.⁶² Fâil kusurlu olmadığı için

⁵⁶ *Mecelle Madde 20*; Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/75. Kâidenin aslı “*ed-ğararu yuzâl*” şeklindedir. İbnu's-Subkî, *Eşbâh*, 1/41; Suyûti, *Eşbâh*, 114; İbn Nuceym, *Eşbâh*, 105; Hâdimî, *Mecâmi*, 428; Mes'ûd Efendi, *Mirât-i Mecelle*, 17; Aḥmed ez-Zerkâ, *el-Medḥal*, 2/993; en-Nedvî, *el-Kaaw' idu'l-fikhiyye*, 287 vd. Ayrıca bk. Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 128.

⁵⁷ Ziyâuddîn, *Mecelle Şerhi*, 503. Ayrıca bk. *Mecelle Madde 912*: “Bir kimse diğerin gerek kendisinde ve gerek emîni yedinde olan malını gerek kasden ve gerek min gayr-i kasdin itlâf etse dâmin olur.” ve *Mecelle Madde 913*: “Birinin ayağı kayıp da düşerek âharın malını itlaf etse dâmin olur.” Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 2/879-887.

⁵⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/887. Ayrıca bk. Rustem Bâz, *Şerhu'l-Mecelle*, 509.

⁵⁹ Hacı Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 5/128.

⁶⁰ Hacı Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 1/70.

⁶¹ Bu maddelere “zarar izâle olunur” kâidesinin fer'i olarak atıfta bulunulmaktadır. Hacı Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 1/101; Ziyâuddîn, *Mecelle Şerhi*, 25.

⁶² A. H. Berki, fâilin, kastı olmayan durumlarda ortaya çıkan zarardan sorumlu olmasının doğrudan fiile bağlı olduğunu, bu zararların çoğunlukla dikkatsizlik, tedbirsizlik sonucu ortaya çıkmaları ile de irtibatlandırmaktadır. Berki, *Hukuk Mantiği ve Tefsir*, 191. İslâm hukukunda tazmin sorumluluğunda fâilin mümeyyiz olmasının gerekmemesi de bu bağlamdadır. bk. *Mecelle Madde 916*. S. Ş. Ansay, bu hükmün, malların dokunulmazlığını sağlamaya yönelik sert bir hüküm olduğuna dikkat çekmektedir. Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, 129. Modern hukukta tazmin sorumluluğunun doğması, ayırt etme gücü bulunmasına bağlanmaktadır. “...ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.” TMK Madde 15. Bununla birlikte TBK'nın “Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.” şeklindeki 65. maddesi, bu konuda hâkime takdir hakkı tanıdığını göstermektedir.

sorumlu tutulmadığı zaman aslında bir başka kusursuz kimse, yani mal sahibi cezalandırılmış olur. Ayrıca kasit ve kusur olmasa da malın tazmin edilmesinin gerekmesi, İslâm hukukunda korunmasına öncelik verilen değerlerden malın muhafazasının da bir gereğidir.

İşlenen fiille zarar arasında bulunan bağlantı, tazmin sorumluluğu açısından önemlidir. Öldürme ve telef etme gibi doğrudan zarar doğuran fiillerin işlenmesi halinde fâil kasit ve kusuru bulunup bulunmadığına bakılmaksızın zarardan sorumlu tutulur.⁶³ Ali Haydar Efendi de “*Mübâşeret müstakillen illet ve sebeb-i telef olup binaenaleyh teammüd bulunmamak özrüyle onun hükmünün ıskâtı câiz değildir.*”⁶⁴ şeklindeki ifadesi ile mübâşeret durumunda zarar söz konusu olduğunda, kişinin kastının bulunmamasının tazmin sorumluluğu açısından bir özür olmadığına dikkat çekmektedir. Mübâşir, zarar kastının bulunması durumunda ise hem zararı gidermekle sorumlu hem de günahkâr olacaktır.⁶⁵ Mübâşereten ortaya çıkan zararlarda hukuka aykırılık açıktır. Zira zarar vermek, nasslarda açıkça yasaklanmaktadır.⁶⁶ Dolayısıyla nassların gereğinin ihlal edildiği her durum, esasında hukuka aykırı olmaktadır.⁶⁷ Zarar ve fiil arasındaki bağlantı, kusur ve illiyet bağı ilişkisinde “*zarar izâle olunur*” kâidesinden İslâm hukuku açısından sorumluluğun esasını “*kusursuz sorumluluk*” ilkesinin oluşturduğu anlaşılmaktadır.⁶⁸

Hukukun nihai hedefinin adaleti gerçekleştirmek olduğu dikkate alındığında, düzen işlevini yerine getirmenin bu hedefi tek başına sağlayamayacağı açıktır. Düzen, adaletin gerçekleşmesinin ön koşulu olmakla birlikte hukukun adaletli olabilmesi, içerik olarak da adalet düşüncesini

⁶³ Hamza Aktan, “Damân”, *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 8/457. Modern hukukta zararın tazmin sorumluluğu doğurması, kusur şartına bağlanmaktadır. “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” TBK Madde 49.

⁶⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 1/195.

⁶⁵ Kuyucaklızâde, *Kavâid-i Kulliyeye*, 99-100; Bilmen, *İstîlâhât-ı Fikhiyye Kâmusu*, 1/287.

⁶⁶ Örneğin bk. el-Bakara/188; Ebû ‘Abdillâh Ahmed b. Muhammed Ahmed b. Hanbel (öl. 241/855), *Musnedü'l-İmâm Ahmed b. Hanbel*, thk. Şu‘ayb el-Arnâvüd vd. (Beyrût, Muessesetu’r-Risâle, ts.), 5/55 (No. 2865).

⁶⁷ Aydın, “İtlâf”, 23/467.

⁶⁸ Cengiz, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, 26. Konuya dair değerlendirme için bk. Belgesay, “*Mecelle’nin Külli Kaideleri*”, 591-594. Bununla birlikte teaddî ve teammüd kavramları arasındaki farka dikkat çekerek bu sorumluluğun fiile mübâşeret durumunda “*zarar sorumluluğu*” şeklinde karşılık bulunduğunu da görmekteyiz. Mübâşir açısından sorumluluk haksız fiil sorumluluğu, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk şekillerinde açığa çıkabilir. Bu sorumluluk türleri bakımından ortak payda ise zarardır. Ünal Yerlikaya, “*Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddî- Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme*”, *Diyanet İlmî Dergi* 53/3 (2017), 40.

yerine getirmesini gerektirmektedir.⁶⁹ Bu da yukarıda verdiğimiz örnek meselelerde olduğu gibi birbiriyle çatışan durumların ortaya çıkmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Hukukun işlevleri arasında öncelikle adalet⁷⁰ ölçüt olmakla birlikte, çalışmamızda ele aldığımız örneklerde de görüldüğü üzere hukukun diğer işlevlerinin, daha kuvvetli gerekçeler sebebiyle adalet işlevine tercih edilmesi de söz konusu olabilmektedir.

Külli Kâidelerin Hukukun Adalet ve Sosyal İhtiyaçları Karşılama-Pratik Yarar Sağlama İşlevleri Bağlamında Değerlendirilmesi

Hukukun işlevlerinden bir diğeri daha önce ifade ettiğimiz gibi toplumsal ihtiyaçların karşılanmasıdır. Toplum düzenleyen hukuk, insanların gereksinimlerini dikkate almak durumundadır.⁷¹ Hukukun korunması, insanların maslahatlarının sağlanması demektir. Hükümlerin esası, toplumun maslahatlarını gözetmektir.⁷² Bu noktada özellikle ihtiyaçların karşılanmasına yönelik vurgu önemlidir.⁷³ İhtiyaç vurgusu, İslâm hukukunda külli kâidelerde de önemli bir yer tutmaktadır.⁷⁴ Ayrıca insanların örf ve âdetlerinin dikkate alınması da hukukun sosyal ihtiyaçları karşılama işlevinin bir gereği olmaktadır. Örf ve âdetler, hukukun önemli bir parçasıdır ve hukukun biçimlenmesinde aktif rol oynamaktadır.⁷⁵

Hukukun işlevleri arasındaki çatışma, sosyal ihtiyaçların karşılanması ve adaletin temini arasında da söz konusu olabilir. Adaleti gerçekleştiren her şey yararlı olmadığı gibi, yararlı her şeyin de adaletli olduğu söylenemez.⁷⁶ Bazen bir kimse için yararlı bir durum başkası için zararlı olabilir. Pratik yararın gözetilmesi ve zararın giderilmesi ile adalet arasındaki çatışmaya dair, kişilerin tasarruflarının kısıtlanması örnek olarak verilebilir. İslâm hukukunda genel kural, başkasına fâhiş şekilde zararı dokunmadığı sürece hiç kimsenin mülkünde tasarrufta bulunmasının engellenemeyeceğidir.⁷⁷ Zararın fâhiş

⁶⁹ Aral, *Hukuk Bilimi*, 33-34.

⁷⁰ Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, 54-55; Çağıl, *Hukuk İlmine Giriş*, 28; Abadan, *Hukuk Felsefesi*, 98. Kur'an-ı Kerim'de adalet ile ilgili âyetler için örneğin bk. en-Nisa 4/58; el-En'am 6-152; en-Nahl 16/90; eş-Şûra 42/15.

⁷¹ Aral, *Hukuk Bilimi*, 28-31.

⁷² Buḥârî, *Keşfu'l-esrâr*, 3/294.

⁷³ Türcan, *Norm-Amaç*, 81.

⁷⁴ Özellikle *Mecelle'de "zarar izâle olunur"* şeklinde yer alan külli kâide başta olmak üzere ihtiyaç ile ilgili külli kâidelere yeri geldikçe temas edilecektir.

⁷⁵ Abadan, *Hukuk Başlangıcı*, 9-18; Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 58-59; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 8-12; Aral, *Hukuk Bilimi*, 30-31; Kılıoğlu, *Ahlâk Hukuk İlişkisi*, 288.

⁷⁶ Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 30.

⁷⁷ "Hiç kimse mülkünde tasarruftan men olunamaz. Meğerki âhâra zarar-ı fâhişi ola. Ol halde men olunabilir." *Mecelle Madde 1197*; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 3/462. "Herkes mülkünde keyfe mâ yeşâ tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı tealluk ederse mâliki mülkünde istiklâl üzere tasarruftan men eder." *Mecelle Madde 1192*; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 3/451. Mülkiyette

olması konusundaki objektif kriter ise havâic-i asliyeyi engellemek ve tamamen yararlanma dışı bırakmaktır.⁷⁸ Bu da kişinin zarurî ihtiyaçlarının engellenmesi anlamına gelmektedir. Başkasına fâhiş bir zararı olan konularda “zarar izâle olunur” kâidesinin de gereği olarak zarurî ihtiyaçların korunması dikkate alınmakta ve kıyâs terk edilerek istihsânen hüküm verilmektedir. Örneğin bir kimsenin evine yaptırdığı pencere, komşusunun mahremiyetine zarar verecek durumda olduğunda, pencereyi yaptıran kimsenin bu “zararı izâle etmesi” gerekir.⁷⁹ Bu durumda kişinin kendi malında istemediği halde bir tasarrufta bulunmasının gerekmesi bakımından adalet ile pratik yarar arasında bir çatışma söz konusudur. Kişinin malında istediği gibi tasarruf edebilmesi ise diğer taraftan komşusunun zarara uğramasına sebebiyet vermek suretiyle yarar sağlamaya aykırı olmaktadır. Başkasına zarar verecek bir tasarruf söz konusu olduğunda bir diğer küllî kâide olan “*örf ve âdetin muhakkem olması*”⁸⁰ dolayısıyla zarar, o bölgede uygulanır olan şekilde giderilir.⁸¹ Zarar-ı fâhişin giderilmesi zaruretten kaynaklanmaktadır. Kişi sebep olduğu zararı gidermeye mecbur olmakla beraber bahsi geçen zarar, asgari düzeyde ne ile mümkün olursa onunla giderilir. “Zaruretlar kendi miktarlarında takdir olunur”⁸² kâidesi gereğince örneğin bu durumda mal sahibi

tasarrufun mutlak olmadığı TMK’nın “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.” şeklindeki 68. maddesinden de anlaşılmaktadır. Ayrıca bk. Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 181-184.

⁷⁸ *Mecelle Madde 1199*; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 3/466. Bir kimsenin özel mülkündeki tasarrufu başkasına fâhiş şekilde zarar vermeme şartı ile kayıtlanmıştır. Bu fâhiş zarar, başkasının ışığının tamamen kapatılması gibi havâic-i asliyeden olan şeylerin engellenmesidir. İbn ‘Âbidîn, *Reddu'l-muhtâr*, 8/153; Hacı Reşîd Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 5/150. Örnek meseleler için ayrıca bk. Mes’ûd Efendi, *Mirât-i Mecelle*, 440-441; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/471-476; Rustem Bâz, *Şerhu'l-Mecelle*, 660-661.

⁷⁹ *Mecelle Madde 1202*: “Matbah ve kuyu başı ve hanenin havlusu gibi makarr-ı nisvân olan mahallin görünmesi zarar-ı fâhiş addolunur. Binaenalazalık bir kimesnenin hanesinde ihdas eylediği penceresinden yahut müceddeden inşa eylediği binanın penceresinden câr-ı mülâsıkının yahut sokak aşırı hanesi olan bir kimsenin makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa bu zararın refi ile emrolunur (zira zarar izâle olunur). Ol kimesne dahi nisvan görünmeyecek surette duvar yahut tahta perde yapıp ol zararî def etmeğe mecbur olur. Amma beherhal penceresini seddetmek üzere cebr olunmaz. Nitekim çitten ma’mul bir haitin aralığından komşunun makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa ol aralıkları seddetmek üzere haitin sahibine emrolunur. Amma yıkıp da duvar yapmak üzere cebrolunamaz.” Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 3/473-476.

⁸⁰ *Mecelle Madde 36*; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/92. Kâidenin aslı “*el-âdetu muhakkeme*” şeklindedir. ‘Alâi, *Mecmû’u'l-muzehheb*, 2/399; Suyûtî, *Eşbâh*, 121; Hâdimî, *Mecâmi’*, 431; İbnü’s-Subkî, *Eşbâh*, 1/50; İbn Nuceym, *Eşbâh*, 115; Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhal*, 2/1008; en-Nedvî, *el-Kavâ’idu'l-fikhiyye*, 293 vd. Ayrıca bk. Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 155-156. Örf ve âdetin dikkate alındığı kanun maddeleri ile ilgili olarak örneğin bk. TBK Madde 15, 129; TMK Madde 1, 367.

⁸¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 3/475.

⁸² *Mecelle Madde 22*; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/78. Kâidenin aslı “*mâ ubiha li’ d-darü-rra yukadderu bi kadrihâ*” şeklindedir. Hâdimî, *Mecâmi’*, 442. TMK’nın 733. maddesi “Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmazına müdahaleden doğacak zarardan

zararı gidermek için duvar yapmaya zorlanmaz, kişinin perde kullanması suretiyle zarar engellenebilir.⁸³

Adalet ve pratik yarar arasındaki çatışmaya dair bir diğer örnekte de zarar yarar dengesi gözetilerek bir çözüme gidilmektedir. Örneğin bir kimsenin yüksek değerdeki incisini değeri inciden düşük olan bir tavuğun yutmuş olması durumunda incinin sahibi, tavuğu satın alır. Bu durumda esasında ortaya iki zarar çıkmaktadır. Birinci zarar; incinin sahibinin tavuğu, tavuğun sahibinin mülkünden izni ve rızası olmaksızın bedeli karşılığında kendi mülkiyetine geçirmesidir. İkinci zarar; tavuğun sahibinin inciyi, incinin sahibinin mülkünden izni ve rızası olmaksızın bedeli karşılığında kendi mülkiyetine geçirmesidir. *Mecelle*'nin 25. kâidesi gereği “bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz.”⁸⁴ Bir zararın kendi mislinden bir başka zarar ile giderilmesi, zararın giderilmesinden beklenen yararı sağlayamayacaktır. “Zarar izâle olunur” kâidesi gereği zararın giderilmesi ile kastedilen, “zararın bilâ zarar izâle edilmesi”dir.⁸⁵ Zarar ancak kendisinden daha hafif bir zarar ile ve imkân ölçüsünde izâle olunur.⁸⁶ Örneğe baktığımızda, inci sahibinin tavuğu satın almak durumunda kalması, inci sahibinin istemediği bir tasarrufta bulunmak zorunda olması bakımından adaletsiz bir durum gibi görünmektedir. Ancak incinin kıymeti tavuğun kıymetinden fazla olduğundan birinci zarar, yani incinin sahibinin uğrayacağı zarar, ikinci zarardan, yani tavuğun sahibinin uğrayacağı zarardan, daha hafiftir. “Kıymeti az olan kıymeti çok olana tâbi olur.”⁸⁷ Bu durumda yüksek kıymetli olan malın sahibi düşük kıymetli olan

önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.” ifadesiyle zaruret ile ortaya çıkan zarar arasında bir oran olması gerektiğine dikkat çekmektedir. İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, 29. Kâidenin modern hukukta karşılık bulduğu durumlar için bk. Hakan Kaşka, “Ceza Hukuku Müesseselerinin Mecelle'nin Külli Kaideleri ile Açıklanması”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 17/1 (2018), 138.

⁸³ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 3/476. Ayrıca bk. Kuyucaklızâde, *Kavâid-i Kulliyeye*, 30; Ziyâuddîn, *Mecelle Şerhi*, 702-703. Ayrıca bk. TMK Madde 747: “Taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik, tam bir bedel karşılığında bir geçit hakkı tanınmasını komşularından isteyebilir.” A. H. Berki, “zaruretlar kendi miktarlarınca takdir olunur” kâidesi gereği, bu durumda zaruret geçiş hakkı ile bertaraf edileceğinden, yalnız geçiş hakkı istenebileceğini, geçilecek yerin mülkiyetinin istenemeyeceğini belirtmektedir. Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 161.

⁸⁴ Hâdimî, *Mecâmî'*, 429; Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 1/81.

⁸⁵ Guzelhişârî, *Menâfi'*, 323; Hacı Reşîd Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 1/106.

⁸⁶ Suleymân Haşbî Efendi (öl. 1327/1909), *Tafsil li Tavdîhi'l-kavâ'id-i'fikhîyye ve'l-uşûliyye fi evve-li'l-Mecelleti'l-Ahkâmî'l-'Adliyye* (İstanbul: Matba'atu'l-'Usmâniyye, 1299), 83; 'Alî 'Ulvi, *Telhîs*, 50; Mehâsinî, *Şerhu Mecelle*, 1/54. *Mecelle*'nin 902. maddesi de benzer bir örneğe dairdir. “Bir dağ üzerindeki bahçe ile beraber alt tarafındaki diğer bir bahçe üzerine yıkılıp düşmek gibi bir vehçile min gayr-i kasdın bir kimsenin mülkünü yedinden çıkarsa kıymetçe ekalli eksere tâbi olur; yani kıymet-i ekser olanın sahibi kıymet-i ekal olanı zâmin olarak ol yeri temellük eder.” Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 2/835.

⁸⁷ Hacı Reşîd Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 5/112; Ziyâuddîn, *Mecelle Şerhi*, 493; Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, 2/836-837; Mehâsinî, *Şerhu Mecelle*, 2/289.

malı tazmin ederek kendi mülküne geçirmekte ve “zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunmaktadır.”⁸⁸ Bu örnek, “ehven-i şerreyn ihtiyâr olunur”⁸⁹ kâidesi ile de bağlantılıdır.⁹⁰ Ortaya çıkan iki zarardan daha az zarar veren seçilmekte ve hüküm ona göre verilmektedir. Burada da yine hukukun işlevleri arasında bir çatışma söz konusudur. İncinin sahibinin istemediği halde tavuğu satın almak durumunda kalması, kişi açısından adaletsiz bir durum gibi görünmekle birlikte, bütün olay birlikte değerlendirildiğinde zarar ve yarar arasında bir denge gözetilmeye çalışıldığı ortadadır. Zararın giderilmesinde de hassas davranılmakta ve ortaya çıkan zararların oranına göre bir sonuca ulaşılmaya çalışılmaktadır.

Hukukun adalet ve pratik yarar sağlama işlevleri arasındaki çatışmaya verebileceğimiz bir diğer örnek hamamlarda kalınan süre karşılığında verilecek ücret ile ilgilidir. Kişinin hamamda ne kadar süre kalacağı ve ne kadar su kullanacağı bilinmediği için bu işlem esasında kıyâsa göre geçersizdir. Çünkü bu durumda alınan hizmet ve hizmet karşılığında ödenecek olan bedel arasında bir belirsizlik, dengesizlik söz konusudur. Bu da adalete aykırıdır. Ancak bu konuda istihsâna dayanarak hükmedilmekte ve akit onaylanmaktadır. Hamamlara ücret verilmesi insanlar tarafından bilinen ve uygulanagelen bir durumdur. Bu konuda “Müslümanların güzel gördüğü Allah katında da güzeldir”⁹¹ hadisine dayanılarak, “âdet muhakkemdir” kâidesi dikkate alındığında, icmâ’ ile bahsedilen belirsizliğe itibar edilmemektedir.⁹² Bu örnekte görüldüğü üzere hukukun adaleti sağlama ve pratik ihtiyaçları karşılama işlevleri arasında bir çatışma meydana gelmiştir. Adalet açısından bakıldığında, alınan hizmet ve hizmet karşılığında ödenecek olan bedel açısından dengesizlik içermesi sebebiyle bu sözleşmenin geçersiz olması gerekmektedir. Burada hukukun iki işlevinden pratik ihtiyaçların

⁸⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 2/835. “Zarar-ı eşedd, zarar-ı ehâff ile izâle olunur.” İbn Nuceym, *Eşbâh*, 110; *Mecelle* Madde 27; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/84. TMK'da başkasının arsası üzerine yapılan inşaat ile ilgili benzer bir hüküm yer almaktadır. “Yapımın değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapımın ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini isteyebilir.” TMK Madde 724. İlgili kanun maddesine göre inşaatla kullanılan malzemelerin ve inşa edilen binanın değerinin arsanın değerinden fazla olması durumunda, uygun bir bedel karşılığında arsanın mülkiyetinin binayı inşa eden kimsenin mülkiyetine geçirilmesi suretiyle ortaya çıkan iki zarardan hafif olan zarar tercih edilerek bir çözüme gidilmektedir.

⁸⁹ *Mecelle* Madde 29; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/86. Kâidenin modern hukukta karşılık bulduğu durumlar için bk. Kaşka, “Ceza Hukuku Müesseselerinin Mecelle'nin Külli Kaideleri ile Açıklanması”, 139.

⁹⁰ Hacı Reşîd Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 5/112; Ziyâuddîn, *Mecelle Şerhi*, 493; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 2/836.

⁹¹ Ahmed b. Hanbel, *Musned*, 6/84 (No. 3600).

⁹² Serahsî, *Mabsût*, 15/160; Burhânuddîn Ebu'l-Hasen 'Ali b. Ebî Bekr el-Fergânî el-Merğînânî (öl. 593/1197), *Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mubtedî*, thrc. Muhammed 'Adnân Dervîş (Beyrût: Dâru'l-Erkam, ts.), 3/235.

karşılanması, insanların yararı göz önünde bulundurularak, adaleti sağlama işlevinden üstün tutulmuştur. Ayrıca insanların pratik ihtiyaçlarının karşılanması konusunda örfe itibar edilir oluşu da ayrıca vurgulanmalıdır.

Hukukun adalet ve pratik yarar sağlama işlevleri açısından kısâs, hudûd ve ta'zîr cezaları aslen zarar içeren fiillerdir ve uygulandıkları kişi için zarar ifade etmektedirler. “Zarar izâle olunur” kâidesi gereği, bu zararların giderilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak “zarar-ı âmm-ı def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur”⁹³ kâidesinin ifade ettiği üzere bu cezalar sonucu ceza uygulanan kişi açısından ortaya çıkan zararlar, daha büyük ve genel zararları önlemeye yönelik olması açısından izâle edilmesi gereken türden değildir. Bu cezalar, ceza uygulanan kişi için zarar içeriyor olsa da tüm milletlerde gözetilen değerleri korumaya yöneliktir.⁹⁴ Ayrıca hadd cezalarında, suçların engellenmesi pratik yararının belki de daha hafif bir ceza ile sağlanabileceği de ileri sürülebilir. Ancak konuya İslâm hukuku açısından bakıldığında şer'î tikel delillerin, adaleti gerçekleştirecek nitelikte oldukları kabul edilmektedir. “Adalet, nassın ifade ettiğidir.”⁹⁵ Bu bağlamda İslâm hukukunda normların nassa uygunlukları, nihai amaç olarak benimsenmiştir.⁹⁶

Hukukun pratik amaca uygunluk işlevinin tek başına adalet açısından yeterli olmadığı anlaşılmaktadır.⁹⁷ Hukuk, pratik amaçlar arasında çatışmalar meydana geldiğinde, nihai hedefi adaleti gerçekleştirmek olmakla birlikte, konuya dair kuvvetli bir nassın, örfün, insanların hayatlarını kolaylaştıracak bir maslahatın varlığı durumunda, bu gerekçeler dikkate alınarak çıkarlar arasında bir tercih, değerlendirme yapmaktadır.

⁹³ İbn Nuceym, *Eşbâh*, 109; *Mecelle* Madde 26; Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1/83.

⁹⁴ 'Alâi, *Mecmû'ul-Muzehheb*, 2/378-379; Ebü Bekr b. Muhammed b. 'Abdumumin (el-Ma'rûr bi Takıyyuddîn el- Hısnî) (öl. 829/1426), *Kitâbu'l-Kavâ'id*, thk. 'Abdurrahmân b. 'Abdillâh eş-Şa'lân (Riyâd: Mektebetu'r-Ruşd, 1997), 1/335-336; İbn 'Âbidîn, *Reddu'l-muhtâr*, 6/3. İslâm hukukunda korunması gereken değerler önem derecesine göre farklı tasniflere konu olmaktadır. Bu değerler arasında dinin, canın, aklın, neslin, malın korunması zaruriyyat kapsamında öncelikli olarak muhafaza edilmesi gerekenleri ifade etmektedir. Ebü Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed el- Gâzâlî (öl. 505/1111), *el-Mustesfâ min 'ilmi'l-uşûl* (Beyrüt: Dâru'n-Nefâis, 2011), 1/477 vd.; Ebü İshâk İbrâhîm b. Mûsâ b. Muhammed el-Laḥmî eş-Şâtîbî (öl. 790/1388), *el-Muwaḫḫet fî uşûli's-Şer'i'a*, şerh. 'Abdullah Dırâz, (Beyrüt: Dâru'l-Ma'rife, 1975), 2/324-326. Modern hukuk açısından da hukuk, toplumsal gerçekliğin kalıbı olarak ait olduğu toplumun değerler sistemidir. Türk Ceza Hukukunda ceza ile korunan değer ve menfaatler cezâî himâyenin konusunu oluşturmakta ve Anayasa tarafından düzenlenmektedir. Zeki Ha-fızoğulları-Devrim Güngör, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, *TBB Dergisi* 69 (2007), 26 vd.

⁹⁵ Koşum, “Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık”, 61.

⁹⁶ Türcan, *Norm-Amaç*, 97.

⁹⁷ Aral, *Hukuk Bilimi*, 36.

Külli Kâidelerin Hukukun Düzen ve Sosyal İhtiyaçları Karşılama-Pratik Yarar Sağlama İşlevleri Bağlamında Değerlendirilmesi

Hukukun işlevleri arasındaki çatışma, hukuki düzen ve pratik yarar sağlama arasında da görülebilir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere hukukta formalizasyon, insan ilişkilerinin düzen ve istikrar içerisinde sürdürülebilmesi için gerekli bir durumdur. Hukukta biçim zorunluluğu, tarafların mağduriyetlerini önlemeye, herhangi bir haksız zarar durumunda haksızlığın kanıtlanabilirliğini kolaylaştırmaya yönelik nedenler içermektedir. Bununla birlikte hukukun formalizasyonu bazı açılardan hukukun pratik yarar sağlama işlevi ile de çatışık görünebilir. Örneğin yararlı bir sözleşme, şekilsel eksiklikler sebebiyle geçersiz sayılabilir.⁹⁸

Hukuki düzen ve istikrar, hukuk normlarının herkes için bağlayıcı olması ile sağlanabilir. Bu bağlamda esas olan meselelerin hukuktaki yerleşik kurullarla çözülmesidir. Bununla birlikte hukukun işlevleri arasındaki çatışma, zaman zaman yerleşik kuralın dışına çıkılmasında kendisini gösterir.

İslâm hukukunda önemli külli kâidelerden bir diğeri “meşakkat teysîri celb eder”⁹⁹ kâidesidir. Bazı akitlerin İslâm hukukunun genel ilkelerine (formel düzenlemelere) aykırı olmasına rağmen meşru kabul edilmesi meşakkat ve kolaylık ile ilgilidir. Çünkü bu akitlerin meşru kabul edilmemesi, insanlar için büyük meşakkat anlamına gelecek ve hukukun pratik yarar sağlama işlevini ihlâl edecektir. İstihsâna dayalı olarak gerçekleştirilen hukuki faaliyetleri bu bağlamda değerlendirmemiz mümkündür. Örneğin ıstisnâ, selem ve icâre akitleri, konuya dair genel düzenleme ile çatışmasına rağmen daha üst tikel normların varlığı, insanların yararlarının sağlanması ve meşakkatin giderilmesi gerekçeleri ile meşru kabul edilmektedir.

İslâm hukukunda akitler ile ilgili genel kural “ma’dûmun bey’i bâtıldır”¹⁰⁰ şeklindedir. Buna göre bir alım-satım akdinde akdin konusunun akit esnasında mevcut olması gerekmekte, akit esnasında mevcut bulunmayan bir şey üzerine gerçekleştirilen sözleşme geçersiz olmaktadır. Satıcı, sattığı

⁹⁸ Çağlı, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 32.

⁹⁹ *Mecelle Madde 17*; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, 1/70. Kâidenin aslı “el-meşakkâ tec-libu’t-teysîr” şeklindedir. ‘Alâi, *Mecmû’u’l-mu’zehebb*, 1/343; Suyûfî, *Eşbâh*, 106; İbn Nuceym, *Eşbâh*, 96; Mes’ûd Efendi, *Mirât-i Mecelle*, 17; Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhal* 2/1001; en-Nedvî, *el-Kavâ’idu’l-fikhiyye*, 302 vd. M. R. Belgesay, idareci ve yargıçların teorik mülâhazalara uymanın yanında, halkın gerçek ihtiyaçlarını da karşılamaları gerektiğine bu kâide çerçevesinde değinmektedir. Belgesay, “Mecelle’nin Külli Kaideleri”, 582. A. H. Berki de hukuki hükümlerin pek çoğunun bu esasın altında düzenlendiğini belirtmektedir. Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 157-158. Ayrıca bk. Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 123-126. C. İlhan, olayları ihtiyaçlara göre yorumlamanın, modern hukukun da temel ilkelerinden biri olduğunu ifade etmekte ve konuya dair açıklamalarını Yargıtay Kararları ile desteklemektedir. İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, 23. Kâidenin modern hukukta karşılık bulduğu durumlar için bk. Kaşka, “Ceza Hukuku Müesseselerinin Mecelle’nin Külli Kaideleri ile Açıklanması”, 137.

¹⁰⁰ *Mecelle Madde 205*; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, 1/326.

şeye bizzat kendisi sahip olmalı ve satılan şey onun mülkü bulunmalıdır.¹⁰¹ Akdin konusunun mevcut olması *Mecelle*'de "mebi'in mevcûd olması lâzımdır"¹⁰² şeklinde de açıkça yer almaktadır. *Mecelle*'nin 262. maddesinin¹⁰³ de gereği olarak akitten sonra müşteri bedeli satıcıya, satıcı da akdin konusu olan malı müşteriye vermeye borçlu olmaktadır. Akde konu olan mal ma'dûm olduğunda ise satıcının müşteriye teslim edeceği bir şey bulunmadığından, akit ile amaçlanan temlik ve temellük gerçekleşmiş olmamaktadır. İlgili maddeye göre, akit anında mevcut olmayıp bir müddet sonra mevcut olacak şeyi satmak olan selem¹⁰⁴ de esasında meşru olmaması gerekmektedir. Seleme, Hz. Peygamber'in selem ile ilgili rivâyetine¹⁰⁵ de dayanılarak istihsânen cevaz verilmektedir. Ayrıca selemde akde konu olan şeyin mevcut olmasından önce insanların paraya ihtiyaçları olabileceğinden, insanların maslahatlarını (pratik yarar) sağlamak için genel kuralın dışına çıkılması da söz konusudur.¹⁰⁶ Selem akdini mübâh kılan durum ihtiyaç ve zorluğun kaldırılmasıdır (pratik yarar).¹⁰⁷

Yukarıdaki örnekte hukukun işlevleri arasındaki çatışık ilişkide, ma'dûmun satımının bâtil olmasına dair formel hukuk kuralına karşı konuya dair Hz. Peygamber'den gelen rivâyetin daha üst tikel bir norm olarak dikkate alındığını görmekteyiz. Ayrıca pratik açıdan insanların yararının gözetilmesi durumu da öncelenmektedir. İstihsânın: "Daha üstün bir gerekçeye dayanarak bir konuda benzerlerine verilen hükümden vazgeçip yeni bir hüküm vermektir"¹⁰⁸ şeklindeki tanımı da bu durumu ifade etmektedir.

Istisnâ' akdi¹⁰⁹ de ma'dûmun satımının geçersiz olduğunu belirten formel düzenlemeye rağmen, insanların yaygın uygulamaları dolayısıyla icmâ' ile meşru kabul edilmektedir.¹¹⁰ Örf, nassin yokluğunda icmâ' menzilesindedir.¹¹¹

¹⁰¹ *el-Fetâva'l-Hindiyeye*, 3/3.

¹⁰² *Mecelle* Madde 197; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/319.

¹⁰³ "Bey'de kabz şart değildir. Fakat ba'de'l-akd evvelâ müşteri semeni bâyi'a ve sâniyen bâyi' semeni müşteriye vermeye mecbur olur." Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/427.

¹⁰⁴ Selem ile ilgili olarak *Mecelle*'de ayrı bir fasıl bulunmaktadır. bk. *Mecelle* Madde 380-387; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/642-656.

¹⁰⁵ Buḥārî, "Selem", 2240- 2241. Serahsî de selem özelinde kıyâsın Kitâb ve Sünnet'e dayalı olarak terk edildiğini belirtmektedir. Serahsî, *Mebisû*, 12/124.

¹⁰⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/71; Bilmen, *İstılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, 6/111.

¹⁰⁷ Kāsânî, *Bedâi'u's-sanâi*, 7/145-146.

¹⁰⁸ Ceşşâs, *el-Fuṣûl fi'l-uşûl*, 4/234; 'Abdulazîz el-Buḥārî, *Keşfu'l-esrâr*, 4/3-4; Ğazâlî, *Musteşfâ*, 1/475.

¹⁰⁹ İstisnâ' ile ilgili olarak *Mecelle*'de ayrı bir fasıl bulunmaktadır. bk. *Mecelle*'nin 388-392. İstisnâ' akdi ile ilgili olarak ayrıca bk. İbrahim Çalışkan, "İstisnâ' Akdinin Mahiyeti ve Unsurları", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 31 (1989), 349-365.

¹¹⁰ Serahsî, *Mebisû*, 12/138; Kāsânî, *Bedâi'u's-sanâi*, 7/135; Ziyâuddîn, *Mecelle Şerhi*, 30.

¹¹¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/94.

Istisnâ' akdinin meşruiyeti "*örfe dayalı icmâ'*" ile açıklanmaktadır. Serahsî, istisnâ' akdinin "*insanlar arasında teâmül haline gelen icmâ' ile meşru kıldığını*" belirtmektedir. Hz. Peygamber devrinden beri bu gibi akitlerin teâmül hâlinde yapılageldiği göz önüne alınarak istisnâ' akdi konusunda kıyâstan vazgeçilmektedir.¹¹² Burada da formel bir düzenlemeye rağmen örf ve âdetin daha üst bir değer olarak dikkate alındığını ve hukukun işlevleri arasında insanların yararının sağlanmasının öncelendiğini görmekteyiz. Örf ve âdetlerin, bireylerin birlikte yaşamalarını kolaylaştırmada önemli bir rolü bulunmaktadır. Hukuk da sosyal alanla iç içe olmakla, örf ve âdetleri içinde barındırmak durumundadır.¹¹³ Bu bağlamda hukukun işlevleri arasında tercih yapılırken örf ve âdetler, insanların yararlarının sağlanması ile bağlantılı olarak dikkate alınmaktadır. Bu durum, "*âdet muhakkemdir*" küllî kâidesinin de gereğidir.

İcâre¹¹⁴ akdinin geçerli oluşu da bu bağlamda örnek olarak gösterilebilir. İcârede akde konu olan menfaattir.¹¹⁵ Menfaat ise icâre akdi esnasında mevcut olmadığından (ma'dum) yukarıda da aktarmış olduğumuz *Mecelle'nin* 205. maddesi gereği asıl olan icârenin câiz olmamasıdır. Ancak icâre, insanların ihtiyaçlarının giderilmesi ve zaruret dolayısıyla (pratik yarar sağlama) câiz kabul edilmektedir.¹¹⁶ İnsanların maslahatlarını (pratik yarar) gerçekleştirmek için malların menfaatlerine; mal sahiplerinin de paraya ihtiyaçları bulunmaktadır. İcâreye cevâz verilmemesi durumunda insanların işlerinin zorlaşması söz konusudur. Bu sebeple kıyâs terk edilmekte ve icâreye ihtiyaç sebebiyle cevâz verilmektedir.¹¹⁷ Akitlerin meşruiyetinde asıl olan insanların ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Akitler, insanların ihtiyaçlarını karşılayabilecek şekilde düzenlenir.¹¹⁸ İcârenin câiz olmadığını söylemek, genel ihtiyaçların zora sokulması anlamına gelecek ve bu da büyük çaplı zarar sonucunu doğuracaktır. İnsanların birbirlerinden farklı olmaları

¹¹² Serahsî, *Mabsût*, 12/138. Serahsî, kıyâsın örf ile terk edilebileceğini Halvânî'den aktarmaktadır. Serahsî, *Mabsût*, 15/19.

¹¹³ Aral, *Hukuk Bilimi*, 30.

¹¹⁴ İcâre, maldan kast olunan menfaati bedel karşılığında temlik etmek anlamına gelmektedir. Merğînânî, *Hidâye*, 3/227; İbn 'Âbidîn, *Reddu'l-muhtâr*, 9/4. Ayrıca bk. *Mecelle* Madde 421; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/690. Selem ile ilgili olarak *Mecelle*'de ayrı bir fasıl bulunmaktadır. bk. *Mecelle* Madde 433-496.

¹¹⁵ "*İcârede ma'kûdun 'aleyh menfaattir.*" Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/689. "*A'yân üzerine vârid olan icârede ma'kûd aleyh menfaat olduğu gibi amel üzerine vârid olan icârede de ma'kûd aleyh o ameldir ki bir nevi menfaattir.*" Kuyucaklızâde Mehmed Âtîf Efendi (öl. 1898), *Mecelle-i Ahkâm-ı 'Adliyye'den Kitâbu'l-İcârât* (Derseâdet: Maḥmûd Bek Matbaası, 1318), 11.

¹¹⁶ Merğînânî, *Hidâye*, 3/227; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/689; Meḥāsînî, *Şerhu Mecelle*, 1/360. Ayrıca icârenin meşruiyetine dayanak olarak gösterilen âyetler için örneğin bk. el-Bakara 2/233; et-Tevbe 69/60. Konuya dair hadis için örneğin bk. Buḥârî, "*İcâre*", 2770.

¹¹⁷ Serahsî, *Mabsût*, 15/75.

¹¹⁸ Serahsî, *Mabsût*, 15/75.

dolayısıyla bazı konularda birbirlerini desteklemeleri gerekmektedir. İcâre akdi bu desteği sağlamanın en açık yollarındandır. Herkes her konuda yetenek sahibi olamayacağından, insanlar ücret karşılığında başka insanların yeteneklerinden istifade etmek isteyebilir. Bu durum beşerî zaruretlerdendir.¹¹⁹ Dolayısıyla icâre “*hâcet umûmî olsun hususi olsun zaruret menzilesine tenzîl edilir*”¹²⁰ ve “*bir iş dîk oldukta muttesi’ olur*”¹²¹ kâideleri de dikkate alındığında istihsânen câiz kılınmıştır.¹²² Hâcetin zaruret menzilesine tenzili, “*meşakkatin teysîri celb etmesi*” dolayısıyladır.¹²³

Yine akitlerde muhayyerlik konuları da bu bağlamda örnek olarak zikredilebilir. Akitlerde asıl olan bağlayıcılıktır.¹²⁴ Örneğin şart muhayyerliği bağlayıcılığı ihlâl ettiğinden esasında kıyâsa aykırıdır. Şart muhayyerliği, meşruiyetini gösteren bir delilin¹²⁵ bulunması dolayısıyla istihsânen geçerli kabul edilmektedir.¹²⁶ İnsan aldanmamak için aldığı ya da sattığı şey üzerinde düşünmeye ihtiyaç duyabilir. Bu ihtiyacın karşılanması akitlerde şart muhayyerliği ile mümkündür.¹²⁷ Şart muhayyerliği, muhayyer olan tarafın pişmanlığı dolayısıyla zarara uğramasını ve meşakkate düşmesini önlemek için meşru kılınmıştır.¹²⁸ Bu durum kıyâsa aykırı olmakla birlikte hem “*zarar izâle olunur*” hem de “*meşakkat teysîri celb eder*” kâidelerinin gereğidir. Bu örnek de hem daha üst tikel bir normun varlığı, konuya dair yukarıda aktardığımız hadis,¹²⁹ hem de insanların yararlarının gözetilmesinin hukukun düzen ve pratik yarar sağlama işlevleri arasındaki çatışmada tercih yapılırken dikkate alındığını göstermektedir.

Menkûl malların vakfedilmesi konusu da hukukun düzen ve pratik yarar sağlama işlevleri arasındaki çatışık durumla bağlantılı olarak değerlendirilebilir. Menkûl malların vakfı, bu tür mallarda ebedilik

¹¹⁹ Hacı Reşîd Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/14-15.

¹²⁰ *Mecelle* Madde 32; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/88.

¹²¹ *Mecelle* Madde 18; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/72.

¹²² Hacı Reşîd Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 3/14-15.

¹²³ Hacı Reşîd Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, 1/112. Ayrıca bk. Suleymân Haşbî Efendi, *Tafşîl*, 94-95. İnsanların, hayatlarına tabii şartlarına uygun bir şekilde devam edebilmeleri için gereken hak ve menfaatlerin tehlikeye düşmesi de zaruret halini ifade etmektedir. Belgesay, “*Mecelle'nin Külli Kaideleri*”, 579.

¹²⁴ Akdin bağlayıcılığı ile ilgili olarak bk. Hadi Ensar Ceylan, “İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığının (Lüzûm) Mâhiyeti”, *Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 9/19 (2018), 201-215.

¹²⁵ “*Alışveriş yaptığın zaman aldatma olmayacağını söyle.*” Buḥārî, “Buyû’”, 2117; Muslim, “Buyû’”, 3860.

¹²⁶ Serahsî, *Mebisûl*, 13/51; Kāsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, 7/24; Merğînânî, *Hidâye*, 3/29.

¹²⁷ Merğînânî, *Hidâye*, 3/29; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/479.

¹²⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/71.

¹²⁹ Buḥārî, “Buyû’”, 2117; Muslim, “Buyû’”, 3860.

vasfı bulunmadığından kıyâsen câiz olmamakla birlikte, kıyâs teâmül ile terk edilmektedir.¹³⁰ Serahsî insanların vakfedilmesini örf durumuna getirdikleri taşınır malları vakfetmenin câiz olduğunu; insanların ihtiyaç duydukları malların vakfedilebileceğini belirtmektedir.¹³¹ Bu örnekte de “âdet muhakkemdir” kâidesi gereği insanların uygulamaları pratik yarar sağlamakla bağlantılı olarak dikkate alınmakta ve düzen ile çatıştığında örf ve pratik yarar sağlamak, düzene tercih edilmektedir.

Sonuç

Hukukun niteliğinin anlaşılabilmesi, işlevlerinin bilinmesini gerektirmektedir. Hukukun “adaletle yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşam düzeni” olarak tanımlanması durumunda bu işlevler arasında adaletin sağlanması, düzen ve sosyal ihtiyaçların karşılanması işlevlerinin öne çıktığı görülmektedir. Hukukun birbiriyle bağlantılı olan bu işlevleri arasında, her birinin aynı zamanda hukukun niteliğine dâhil olması sebebiyle zaman zaman birbiriyle çatışan durumlar ortaya çıkmaktadır. Hukukun işlevleri arasındaki çatışmalar, hukukun niteliğine dâhildir ve tamamen ortadan kaldırılmaları düşünülemez. Hukukun işlevleri arasında, hukukun bütün işlevlerinin işlevselliğini sürdürebileceği bir uygunluğun sağlanması gerekmektedir. Hukukta hükümler, öncelikle toplumun ve fertlerin menfaatlerini (maslahat) gözetmeyi amaçlamaktadır. Bu amaca ulaşılabilmesi için, hukukun diğer işlevleri arasında üstünlüğü bulunan adaletin de zorunlu olarak gözetilmesi gerekmektedir.

Hukukun temel amaçları arasında sınırların değişmesi, birtakım tavizlerin verilmesi mümkün olmakla birlikte, hukukun bu amaçlarından tamamıyla vazgeçilmesi mümkün değildir. Yapılması gereken, bu amaçlar arasında bir uyum sağlamaktır. Hukuk, çatışan çıkarlar arasında belli oranda birini diğerine üstün tutar ve değerlendirme yapar. Bu değerlendirmede temel ölçüt, adalettir. Hukukun, çıkarları değerlendirirken kullandığı ve gerçekleştirme amacını taşıdığı şey öncelikle adalettir. Hukukun nihai amacı adaletin sağlanmasıdır. Adaletsiz bir düzene katlanılamayacağı gibi, adaletsiz düzen pratik açıdan da zarar doğurur. Bununla birlikte âdil bir hukuk düzeninin gerçekleştirilebilmesi, hukukun işlevleri arasında dengeli bir uygulama ile mümkündür. Hukukun uygulamada, adâleti sağlayacak, düzeni koruyacak, pratik ihtiyaçları karşılayacak şekilde ortaya çıkması gerekmektedir.

Hukukun farklı işlevlerinin bulunması, örneklerde de görüldüğü üzere zaman zaman aralarında antinomik/çatışık durumların ortaya çıkmasını

¹³⁰ Kırkâğâcî, *Şerhu'l-Hâtime*, 34.

¹³¹ Serahsî, *Mebûsûl*, 12/45. Serahsî örfün delil olup olmayacağı konusunda “bir delile (nassa) aykırı olmadığı sürece insanların öteden beri uygulayıp örf durumuna getirdikleri işleri yapmanın caiz” olduğunu, ıstisnâ’ akdinin câiz kabul edilme nedeninin de bu olduğunu belirtmektedir.

da kaçınılmaz kılmaktadır. Bu durumda, hukukun hangi işlevinin tercih edileceği noktasında belirleyici ölçütler önem taşımaktadır. Meseleye İslâm hukuku açısından baktığımızda Şâri'in öncelediği menfaatlerin önceleneceği açıktır. İslâm hukuku açısından da adaletin, Kitâb ve Sünnet'e göre hükmetmekle gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Her bir şer'î hüküm, âdil bir norm olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla hukukun işlevleri arasında çatışma söz konusu olduğunda tercih, öncelikle bu esasa göre yapılacaktır. Hukukun temel işlevleri birlikte düşünüldüğünde de, adaletsiz bir düzenin anlamlı olmayacağı açıktır. Aynı zamanda adaleti sağlayamamak insanların menfaatleri açısından da zarar anlamına gelmektedir. Hukuk, insanların ihtiyaçlarını karşılarken, bir düzen içinde olmalı ve adaleti sağlayabilmelidir. Dolayısıyla esasında hukukun bütün işlevlerinin birbiriyle iç içe olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum, hukukun işlevleri arasında, olaylar özelinde, daha kuvvetli gerekçelerin varlığına dayanılarak tercih yapılabileceğini göstermektedir.

Küllî kâidelerin hukukun düzen işlevini karşılayan biçimsel kalıplara sahip olmalarının yanında içerik olarak hukukun farklı işlevlerini ifade ettiği görülmektedir. Küllî kâideler, formel kalıpları ile hukukun düzen ve düzen ile bağlantılı olarak hukuk emniyetini sağlama işlevini karşılamaktadır. Örneğin *"bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir"* kâidesi, hüküm verilirken kişilerin kastına itibar etmenin gerekmesi bakımından hukukun adalet işlevine dair içeriğe sahiptir. *"Meşakkat teysiri celb eder"*, *"zarar izâle olunur"* ve *"âdet muhakkemdir"* kâideleri hukukun pratik yarar sağlama, sosyal ihtiyaçları karşılama işlevi ile ilgilidir. Kâidelerin hukukun farklı işlevlerine karşılık geliyor olmaları aralarında zaman zaman antinomik görünümün olmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Kâidelerin istisnaları da esasında kaçınılmaz olan bu durumun bir sonucudur. Kâidelerin istisnalarının kâidelerin küllîliğine zarar vermiyor oluşu, bir kâidenin istisnası olan durumun başka bir kâidenin gereği oluşu, hukukun işlevleri arasındaki tercihlerle bağlantılıdır. Kâidelerin ayrı ayrı ele alınmaları durumunda istisnalarının ortaya çıkması kaçınılmaz olsa da kâideler birlikte değerlendirildiğinde, bu istisnaların, kâidelerin hukukun farklı işlevlerini ifade ediyor olmalarından dolayı ortaya çıktığı görülmektedir.

Küllî kâideler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hukukun işlevlerine yönelik düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Küllî kâidelerin gerekleri arasında tercih yapılırken hukukun adalet, düzen ve pratik yararın karşılanması işlevlerinin her olay özelinde değerlendirilmesi söz konusudur. Küllî bir kâidenin gereğine aykırı olan durumun, daha kuvvetli gerekçeler dolayısıyla kâidenin dışında kalarak başka bir kâidenin gereği olabileceği görülmektedir. Bu gerekçeler kimi zaman mesele ile ilgili âyet veya hadis gibi

daha üst tikel bir norm; kimi zaman insanların örf ve âdetleri; kimi zaman da zaruret ve insanların ihtiyaçları olabilmektedir.

Kaynakça

Kur'ân-ı Kerîm. Erişim 4 Ağustos 2022. <https://kuran.diyagnet.gov.tr>

Abadan, Yavuz. *Hukuk Felsefesi Dersleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1954.

Abadan, Yavuz. *Hukuk Başlangıcı ve Tarihi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, 1943.

‘Abdulazîz el-Buhârî. ‘Alâuddîn b. Aḥmed (öl. 710 h/1310). *Keşfu'l-esrâr ‘an usûli Fahri'l-İslâm el-Bezdevî*. 4 Cilt. İstanbul: Matba‘tu’ş-Şeriketi’ş-Şahâfiyyeti’l-Oşmâniyye, 1308.

Aḥmed b. Ḥanbel, Ebû ‘Abdillâh Aḥmed b. Muḥammed (öl. 241/855 *Musnedu'l-İmâm Aḥmed b. Ḥanbel*. 50 Cilt. thk. Şu‘ayb el-Arnâvûd vd. Beyrût: Muessesetu’r-Risâle, ts.

Aktan, Hamza. “Damân”. *TDV İslâm Ansiklopedisi*. 8/450-453. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.

‘Alâi, Ebû Sa‘id Ḥalîl b. Keykeldî eş-Şâfi‘î (öl. 761/1359). *el-Mecmû‘u’l-muzehheb fî kavâi‘ di’l-Mezheb*. 2 Cilt. thk. Muḥammed b. ‘Abdilgaffâr b. ‘Abdirrahmân eş-Şerîf. Kuveyt: Vizâratu’l-Evḳâf ve’ş-Şuûni’l-İslâmiyye, 1994.

Ali Haydar Efendi, (Küçük) Hoca Emin Efendizâde (öl. 1935). *Dürerü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-ahkâm*. 4 Cilt. Konstantiniyye: Matba‘â-i Ebu’d-Diyâ, 1330.

‘Ali ‘Ulvi. *Telhîsu kavâ‘id-i kulliyeye fî istulâhâtı fıkhiyye*. İstanbul: Şirket-i Mertebiyeye Matbaası, 1317.

Alsaç, Hatice. *Kavâid-i Külliye-i Kübrâ ve Mecelle’deki Tezâhürleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2022.

Amselik, Paul. “Norm ve Yasa (1)”. çev. Tuğba Ballıgil. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*. İstanbul: NÜANS, 1993. 33-52.

Ansay, Sabri Şakir (öl. 1962). *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1958.

Apaydın, Yunus. “İrade Beyanı”. *TDV İslâm Ansiklopedisi*. 22/387-391. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.

Aral, Vecdi. *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001.

Aral, Vecdi. *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Attâsî, Muḥammed Ḥalîd. *Şerhu’l-Mecelle*. 4 Cilt. Peşâver (Pâkistân): Mektebetu’l-Ḥakkâniyye, ts.

Aydın, Mehmet Âkif. "İtlâf". *TDV İslâm Ansiklopedisi*. 23/466-469. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.

Bâz, Selim Rustem el-Lubnânî (öl. 1920). *Şerhu'l-Mecelle*. İstanbul: Dâru İhyâi't-Turâsi'l-'Arabî, 1986.

Belgesay, Mustafa Reşid (öl. 1969). "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 12/2-3 (1946), 561-608.

Belgesay, Mustafa Reşid (öl. 1969). "Medeni Kanununun Başlangıç Fası Üzerine Etüd". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 18/1-2 (1952), 129-160.

Berki, Ali Himmet (öl. 1976). *Hukuk Mantığı ve Tefsir*. Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 1948.

Bilmen, Ömer Nasuhi (öl. 1971). *Hukuk-i İslâmiyye ve İstilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*. 8 Cilt. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1967.

Buhârî, Ebû 'Abdillâh Muḥammed b. İsmâil b. İbrâhîm el-Cu'fî (öl. 256/870). *Şahîhu'l-Buhârî (el-Câmi'u's-Şahîh)*. Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2009.

Çeşşâs, Ebû Bekr Aḥmed b. 'Alî er-Râzî (öl. 370/980). *el-Fuṣûl fi'l-uṣûl*. 4 Cilt. thk. 'Uceyl Câsim en-Neşemî. İstanbul: Mektebetu'l-İrşâd, 1994.

Çeşşâs, Ebû Bekr Aḥmed b. 'Alî er-Râzî (öl. 370/980). *Aḥkâmu'-Kur'ân*. 3 Cilt. Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2007.

Ceylan, Hadi Ensar. "İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığının (Lüzûm) Mâhiyeti". *Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 9/19 (2018/1). 201-215.

Çağıl, Orhan Münir. *Hukuk Başlangıcı Dersleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.

Çağıl, Orhan Münir. *Hukuk Metodolojisi Dersleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1962.

Çağıl, Orhan Münir. *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966.

Çalışkan, İbrahim. "İstisnâ' Akdinin Mahiyeti ve Unsurları". *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 31 (1989), 349-365.

Çobanoğlu, Rahmi. *Hukukta Gaye Problemi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964.

Dâmâd Efendi, 'Abdurrahmân b. Muḥammed b. Suleymân el-Kelîbüli (öl. 1078/1668). *Mecma'u'l-enhur fî şerhi Multeka'l-ebhûr ve me'ah ed-Dürrü'l-muntekâ fî şerhi'l-Multeka*. 4 Cilt. Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1998.

el-Fetāva'l-Hindiyeye. (el-Ma'rūf bi'l-Fetāva'l-Ālemgriyye fī Mezhebi'l-İmām el-A'zām Ebū Hanīfe Nu'mān). Cemā'a min 'Ulemāi'l-Hindi'l-İslām. 6 Cilt. Beyrūt: Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

Ğazālī, Ebū Hāmid Muḥammed b. Muḥammed b. Muḥammed (öl. 505/1111). *el-Musteşfā min 'ilmi'l-uşūl. 2 Cilt. Beyrūt: Dāru'n-Nefāis, 2011.*

Guzelhişārī, Muştafā b. es-Seyyid Muḥammed (öl. 1253/1837). *Şerhu "Menāfi'u'd-dekākī fī şerhi Mecāmi'i'l-hakākīk" (Mecāmi'u'l-hakākīk ve'l-kavā'id ve Cevāmi'u'r-ravākīk ve'l-fevāid ile birlikte). İstanbul: Dāru't-Tıbbā'ati'l-Āmira, 1308.*

Gür, Refik. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle. İstanbul: Sebil Yayınevi, 1993.*

Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986.*

Hacı Reşid Paşa (öl. 1918). *Rūhu'l-Mecelle. 8 Cilt. Derseâdet: Dāru'l-Hilāfeti'l-Āliyye Maṭbaa-i Hayriyye, 1326-28.*

Hādīmī, Muḥammed b. Muştafā (öl. 1176/1762). *Mecāmi'u'l-hakākīk ve'l-kavā'id ve Cevāmi'u'r-ravākīk ve'l-fevāid. İ'dād: Hasen İbrāhīm 'Alī el-Hūsenī, tkdm: Muḥammed Muştafā ez-Zuḥaylī. Memleketu'l- 'Arabiyye es-Su'ūdiyye: Dāru's-Samī'ī, 2017.*

Hafızoğulları, Zeki-Güngör, Devrim. "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", *TBB Dergisi* 69 (2007), 21-50.

Hısnī, Ebū Bekr b. Muḥammed b. 'Abdalmumin (öl. 829/1426). *Kitābu'l-Kavā'id. 4 cilt. thk. 'Abdurrahmān b. 'Abdillāh eş-Şa'lān. Riyād: Mektebetu'r-Ruşd, 1997.*

Işıқтаç, Yasemin. *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1999.*

İbn 'Ābidīn, Muḥammed Emīn (öl. 1252/1836). *Reddu'l-muhtār 'ale'd-Durri'l-muhtār şerhu Tenviri'l-ebşār. 14 Cilt. thk. 'Ādil Aḥmed 'Abdulmevcūd, 'Alī Muḥammed Mu'avvid. Riyād: Dāru 'Ālemi'l-Kutub, 2003.*

İbn Kudāme, Ebū Muḥammed 'Abdullāh b. Aḥmed b. Muḥammed el-Maḥdisī el-Ḥanbelī (öl. 620/1223). *el-Muğnī. 10 Cilt. thk. 'Abdullāh b. 'Abdilmuhsin et-Turkī, 'Abdulfettāh Muḥammed el-Halū. Riyād: Dāru 'Ālemi'l-Kutub, 1997.*

İbn Nuceym, Zeynuddīn b. İbrāhīm (öl. 970/1563). *el-Eşbāh ve'n-nezāir 'alā Mezhebi Ebī Nu'mān. thk. 'Abdulkerīm el-Fuḍaylī. Beyrūt: el-Mektebetu'l-'Asriyye, 2011.*

İbn Ruşd, Ebu'l-Velid Muḥammed b. Aḥmed (el-Ḥafid) (öl. 595 h/1198 m). *Bidāyetu'l-muctehid ve nihāyetu'l-mukteşid. Beyrūt: Dāru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2004.*

İbnu's-Subkî, Tâcuddîn 'Abdulvehhâb b. 'Alî b. 'Abdilkâfî (öl. 771/1370). *el-Eşbâh ve'n-nezâir*. 2 Cilt. thk. 'Âdil Aḥmed 'Abdulmevcûd, 'Alî Muḥammed Mu'avved. Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, 1991.

İlhan, Cengiz. *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*. İstanbul: Tarih Vakfı Yayınları, 2010.

Kahraman, Abdullah. "Müdâyene Âyetinin İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi". *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. 4 (2000). 193-224.

Kāsānî, Ebū Bekr b. Mes'ūd el-Ḥanefî (öl. 587/1191). *Bedâi'u's-sanâi' fî tertibi's-Şerâi'*. 10 Cilt. thk. 'Alî Muḥammed Mu'avvîd, 'Âdil Muḥammed 'Abdulmevcûd. Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, 2003.

Kaşka, Hakan. "Ceza Hukuku Müesseselerinin Mecelle'nin Külli Kaideleri ile Açıklanması". *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 17/1 (2018). 131-146.

Kırkāğâcî, Suleymân b. 'Abdillâh (öl. 1287). *Şerhu'l-Ḥâtîme fî'l-kavâ'idî'l-fıkhiyye (Şerhu hâtîmeti Kitâbi Mecâmi'u'l-hakâik)*. thk. Muḥammed 'Ammâd en-Nablûsî. İstanbul: y. y. 2013.

Kıllıoğlu, İsmail. *Ahlâk Hukuk İlişkisi*. İstanbul: İFAV, 1988.

Koşum, Adnan. "Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslâm Hukuku". *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 47/1 (2006). 55-66.

Kuyucaklızâde, Mehmed Âtîf Efendi (öl. 1898). *Mecelle-i Ahkâm-ı 'Adliyye'den Kitâbu'l-Buyû'*. Derseâdet: Maḥmûd Bek Matbaası, 1318.

Kuyucaklızâde, Mehmed Âtîf Efendi (öl. 1898). *Mecelle-i Ahkâm-ı 'Adliyye'den Kavâid-i Kulliyeye-i Fıkhiyye'nin İzâhi*. Derseâdet: Maḥmûd Bek Matbaası, 1318.

Kuyucaklızâde, Mehmed Âtîf Efendi (öl. 1898). *Mecelle-i Ahkâm-ı 'Adliyye'den Kitâbu'l-İcârât*. Derseâdet: Maḥmûd Bek Matbaası, 1318.

Meḥâsinî, Muḥammed Sa'îd. *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâmî'l-'Adliyye*. 3 Cilt. Dimaşq: Matba'atu't-Terakkî bi Dimaşq, 1927.

Merginânî, Burhânuddîn Ebu'l-Ḥasen 'Alî b. Ebî Bekr el-Fergânî (öl. 593/1197). *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mubtedî*. 4 Cilt. thrc. Muḥammed 'Adnân Dervîş. Beyrût: Dâru'l-Erkam, ts.

Mes'ūd Efendi (öl. 1894). *Mirât-i Mecelle-i Ahkâm-ı 'Adliyye*. b. y.: y. y., ts.

Muslim, Ebu'l-Ḥuseyn Muslim b. el-Ḥaccâc el-Kuşeyrî (öl. 261/875). *Şaḥîḥu Muslim (el-Câmi'u's-Şaḥîḥ)*. Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, 2008.

Nedvî, 'Alî Aḥmed. *el-Kavā'idu'l-fıkhiyye*. Dımaşk/Beyrüt: Dāru'l-Kalem, 1986.

Senḥūrî, 'Abdurrezzāk. *Maşādiru'l-hak fi'l-fıkhi'l-İslāmî*. 2 Cilt. Beyrüt: Dāru İhyāi't-Turāş i'l-'Arabî, 1997.

Seraḥsî, Ebū Bekr Aḥmed b. Ebî Şehl (öl. 490/1096). *Kitābu'l-Mebsūṭ*. 30 Cilt. Beyrüt: Dāru'l-Ma'rife, 1989.

Suleymān, Ḥasbî Efendi (öl. 1327/1909). *Tafşil li Tavḍiḥi'l-kavā'idi'l-fıkhiyye ve'l-uşūliyye fi evveli'l-Mecelleti'l-Aḥkāmî'l-'Adliyye*. İstanbul: Matba'atu'l-'Usmāniyye, 1299.

Suyūtî, Celāluddîn 'Abdurrahmān b. Ebî Bekr (öl. 911/1505). *Kitābu'l-Eşbāh ve'n-nezāir fi kavā'id ve furū'i Fıkhi'ş-Şāfi'iyye*. thk. 'Abdulkerim el-Fuḍaylî. Beyrüt: el-Mektebetu'l-'Aşriyye, 2011.

Şātibî, Ebū İşḥāk İbrāhîm b. Mūsā b. Muḥammed el-Laḥmî (öl. 790/1388), *el-Muvāfeḳāt fi uşūli'ş-Şerī'a*. 4 Cilt. şerh. 'Abdullāh Dirāz. Beyrüt: Dāru'l-Ma'rife, 1975.

Türcan, Talip. *İslām Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*. Ankara: Ankara Okulu, 2009.

Türcan, Talip. *İslām Hukuk Biliminde Hukuk Normu Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu*. Ankara: Ankara Okulu, 2016.

Unger, Roberto Mangabeira. "İzonomi ve Adalet". çev. Murat Önderman. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*. İstanbul: NÜANS, 1993. 83-87.

Yerlikaya, Ünal. "Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddî- Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme". *Diyanet İlmî Dergi*. 53/3 (2017), 25-51.

Zerḳā, Muştafā Aḥmed. *el-Medḥal ilā nazariyyeti'l-iltizāmî'l-'amme fi'l-fıkhi'l-İslāmî*. 2 Cilt. Dımaşk: Dāru'l-Ḳalem, 1999.

Ziyâuddîn, Hâfız Mehmed (öl. 1918). *Mecelle-i Ahkâm-i 'Adliyye Şerhi*. Derseâdet: Maarif Matbaası, 1312.

Zuhaylî, Muhammed. *el-Kavā'idu'l-fıkhiyye 'ale'l-mezāhibi'l-Hanefiyye ve'ş-Şāfi'iyye*. Kuveyt: Lecnetu't-Te'lif ve't-Ta'rib ve'n-Neşr, 2004.