



Abdullah KAHRAMAN*
Rumeysa KARADEMİR**

Sivas Mebusu Ahmed Şükrü Bey'in Tevşih-i Kavâid-i Fıkhiyye Adlı Risalesi

Öz: 1861 yılında Silistre'de doğan Ahmed Şükrü Bey, İstanbul'da hukuk eğitimi aldıktan sonra pek çok yerde öğretmenlik ve son olarak da Sivas mebusu olarak görev yapmış biridir. Ahmed Şükrü Bey, iyi Arapça bilgisinin yanında şairliği ve hukuk alanına duyduğu ilgi ile öne çıkmaktadır. Mekteb-i Hukukta iken Mecelle mualliminden not ettiği bilgilerle fıkıh kitaplarından aldığı bilgileri kısaca yansıttığı *Tevşih-i Kavâid-i Fıkhiyye* adlı çalışması, kendisinin de eserinin mukaddimesinde belirttiği üzere Mecelle'nin ilk yüz maddesinin, yeni başlayanlar için kısa ve öz bir şerhidir. Bu özelliğiyle eseri, Mecelle şerhleri arasında girebilmiştir. Bu çalışmada Ahmed Şükrü Bey'in hayatı ve Mecelle şerhleri arasında onun *Tevşih-i Kavâid-i Fıkhiyye* adlı eseri incelenecek, sonra bu eserin transkripsiyonu ve kısmen sadeleştirilmiş tam metni verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kavaid, Mecelle, Ahmed Şükrü Bey, Tevşih-i Kavâid-i Fıkhiyye

Sivas Deputy Ahmed Şükrü Bey's book Named Tawshih al-Kavaid al-Fiqhiyyah

Abstract: Ahmet Şükrü Bey, born in Silistre in 1861, served as a teacher in many regions after studying law in Istanbul who also served as the Deputy of Sivas eventually. Ahmed şükrü Bey stands out with his interest in poetry and law in addition to his Arabic knowledge. His work, Tawshih al-Qawaid al-Fiqhiyyah, in which he summarized the information he received from the Fiqh books and the information he noted down from the Majalla instructor's lectures during the school of law, is a concise interpretation of the first hundred items of Majalla for beginners as he stated in the preface of his work. With this feature, his work has been counted among the Majalla interpretations. In this study, the life of Ahmed Şükrü Bey and his work named Tawshih al-Qawaid al-Fiqhiyyah as an interpretation of Majalla will be examined and the full transcription of this work will be presented afterwards.

Keywords: Qawaid, Majalla, Ahmed Şükrü Bey, Tawshih al-Qawaid al-Fiqhiyyah

* Prof. Dr., Kocaeli Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dekanı, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi, Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Üyesi, abdullah.kahraman@kocaeli.edu.tr

** İstanbul Toki Ertuğrul Gazi İmam-Hatip Ortaokulu Meslek Dersleri Öğretmeni rumeysa.karademir@hotmail.com

Giriş

Kavaid-i fikihiye ya da külli kaideler, İslam hukukunun değişik konularıyla ilgili pek çok meseleyi içeren temel prensipleridir. Bunlar, fûru-i fikhın çerçevesi içinde bulunan her meselede uygulama alanı bulabilen kaidelerdir. Külli kaideler incelendiğinde, bunların oluşumunda Kitâb ve Sünnet'in yanı sıra, insan aklının ortak kabulleri olan ilkelerin ve fukahanın ichtihadının önemli payları vardır. Bu sebepten bazı müelliflerce, fikhî kaidelerin kaynaklarının nasslar (Kitâb, Sünnet) ve fukahanın ichtihadı olduğu belirtilmiştir.

Kur'an'da küllî kaidelere kaynaklık eden pek çok ayet bulunmaktadır. Örneğin, Ramazan ayında oruç tutulmasının farz olduğu bildirilen ayet-i kerimede hasta ve yolcu olanların oruçlarını başka günlerde tutabilecekleri ifade edildikten sonra, "Allah, sizin için zorluk değil kolaylık diler"¹ buyrulmuştur. Bu ayetin anlamından yola çıkılarak, "Meşakkat teysiri celbeder"² kaidesi çıkarılmıştır. Yine haram kılınan yiyeceklerin zikredildiği ayetin devamında, "Ama kim mecbur olur da, istismar etmeksizin ve zaruret ölçüsünü aşmaksızın yemek zorunda kalırsa, ona günah yoktur" buyrulmuş, bu ayetten de, "Zaruretlar kendi miktarlarıncâ takdir olunur"³ kaidesi elde edilmiştir. Hadis-i şerifler küllî kaidelerin ikinci kaynağıdır. Pek çok küllî kaidenin kaynağı da hadis-i şeriflerdir. Örneğin, "Ameller niyetlere göredir"⁴ hadisinden "Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir"⁵ kaidesi ile "Ukudda itibar makâsıt ve meâniyedir, elfâz ve mebâniye değildir"⁶ kaideleri çıkarılmıştır. "Müslümanlar şartlarıyla bağlıdırlar"⁷ hadisinden "Bikaderi'l-imkân şarta müraat olunmak lazım gelir"⁸ kaidesi çıkarılmıştır. Aynı şekilde, "Zarar da yoktur ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur" "Beyyine müddei için ve yemin münkir üzerinedir"⁹ kaideleri de hadis mealleridir. Bunların yanında fakih sahabe uygulamaları ve sözleri de kavaid ilminin kaynakları arasında yer almıştır. Sahabeden sonra tabiin ve tebe-i tabiin dönemlerinde yaşayan fikhîçilerden İmam Mâlik'in *Muvatta'*nda, İmam Şafî'in *er-Risâle* ve *el-Ümm*'ünde, İmam Ebu Yusuf'un *Kitabü'l-Harâc*'inde ve İmam Muhammed eş-Şeybânî'nin *Zâhirü'r-rivâye*'si gibi eserlerde, önceki nesillerden intikal eden, şifâhî fikhî geleneğinde dağılmış bir halde bulunan küllî kaidelere yer verilmiştir.

1 Bakara 2/185.

2 Mecelle mad. 17.

3 Mecelle mad. 22.

4 Buhârî, Bedü'l-Vahy, 1; Müslim, İâret, 45; Ebu Davud, Talâk, 16; Tirmizî, Fedâilü'l-Cihâd, 16; İbn Mâce, Zühd, 26; Mâlik, el-Muvatta', 983; Ahmed, el-Müsned, 1/25, 43.

5 Mecelle mad. 2.

6 Mecelle mad. 3.

7 Ebu Davud, Akdiye 12; Tirmizi, Ahkam 17.

8 Mecelle mad. 3.

9 Mecelle mad. 3, 76.

Fıkıhın tedvini ve doktrinin gelişiminin yavaş yavaş tamamlanmaya başladığı hicri IV (X.) yüzyıldan itibaren fikhî kaidelerin tespiti ve yazımı netleşmeye başlamıştır. IV. (X.) asır âlimlerinden Ebû Tâhir ed-Debbâs (IV/X. yüzyıl), bu alanın ilk müelliflerinden sayılır.¹⁰ Elde bulunan en eski kavaid kitabı, Hanefî fakihî Ebu'l-Hasan el-Kerhî'nin (v. 340/952) otuz dokuz kaideyi topladığı risâlesidir. Kerhî bu risalesindeki kaidelere “asıl” adını vermiştir. Yine fukahanın ihtilâf sebeplerini ve bu ihtilâfların dayandığı kaideleri ortaya koymak üzere Ebû Zeyd ed-Debûsî'ye (v. 430/1039) ait olan *Tesîsü'n-Nazar* adlı eser de hem ilm-i hilâfın hem de kavâid türünün de öncülerinden sayılır. Bundan sonraki dönemde mezheplere ait fûrû kitaplarında kaideler sıklıkla kullanılmaya devam etmiştir. İlerleyen süreçte de kavâid, eşbâh ve nezâir veya furûk adları altında usul ve fûrû ayırımı yapılmaksızın küllî kaideleri tedvin eden müstakil eserlerin telifine yöneldiği görülür.¹¹

Kavâid ilminin olgunlaşma dönemi sayılabilecek bu safhada Hanefî fukahasından ilk eser verenlerden biri İbn Nüceym'dir (v. 970/1563). Onun *el-Eşbâh ve'n-nezâir*'i, kavaid türü eserlerin en önemlilerinden olup *Mecelle*'nin hazırlanması sırasında ondan önemli ölçüde faydalanılmıştır. *el-Eşbâh* üzerine birçok şerh ve haşiye yazılmıştır. Bunlardan biri de Ahmed b. Muhammed el-Hamevî'nin (v. 1098/1687) *Gamzu 'uyûni'l-besâ'ir 'alâ mehâsini'l-Eşbâh ve'n-nezâir* adlı eseridir. Ebu Said el-Hâdimî'nin (v. 1176/1762) *Mecâmiu'l-Hakâik* adlı eserinin son kısmında da küllî kaidelere yer verilmiştir.

Mâlikî fukahasından Şehâbeddin el-Karâfî'nin (684/1285) *el-Furûk*'u, Ebû Abdullah Muhammed el-Makkarî'nin (758/1357) *el-Kavâid*'i, İbn Gâzî'nin *el-Külliyât*'ı, İbn Abdûn el-Miknâsî ve Ebû İmrân el-Fâsî'nin *en-Nezâirü'l-fikhiyye* adlı eserleri de kavâid literatüründe önemli yere sahiptir. Ayrıca Kavâid türündeki eserlerin en ziyade yazıldığı mezhep, mütekellimîn usulünün kuralcı karakterinin imkân vermesi sebebiyle Şafî ekolüdür. İzzeddin İbn Abdüsselâm'ın (v. 660/1262) *Kavâidü'l-ahkâm fî mesâlihi'l-enâm*'ı esasen, fikhî maslahat ve mefsedet ekseninde açıklamayı konu alan bir hukuk felsefesi eseri olmakla birlikte kavâid literatüründe de önemli bir yere sahiptir. İbnü'l-Vekîl'in (v. 716/1317) *el-Eşbâh ve'n-nezâir*'i, Tâceddin es-Sübki'nin (v. 771/1370) *el-Eşbâh ve'n-nezâir*'i, İsnevî'nin (v. 772/1370) *Metâliu'd-dekâik fî tahrîri'l-cevâmi' ve'l-fevârik*'ı, Zerkeşî'nin (v. 794/1392) *el-Kavâid*'i ile Süyûtî'nin *el-Eşbâh ve'n-nezâir*'i kaideleri derleyen önemli eserlerdir.

10 Baktır, Mustafa “Kaide”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Ankara: TDV Yayınları, 2001, 24: 206-207.

11 Baktır, “Kaide”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 24: 207-208.

Ahmed Şükrü Bey'in Biyografisi

Süleyman Efendi'nin oğlu Ahmed Şükrü Bey, Şubat 1861'de (Rûmî 1276 Kanunusani) Silistre'de doğmuştur.¹² Eğitim hayatına Sıbyan Mektebi'nde başlamış, Fatih Camii'nde Arapça ve özel hocalardan Farsça dersleri almıştır. 1894 (Hicrî 1311) yılında Fatih Dersîâmlarından Mustafa Hakkı Efendi'den icazet aldığı anlaşılan Ahmed Şükrü Bey, 8 Aralık 1896'da Hukuk Mektebi'nden pekiyi derece ile mezun olmuştur.

24 yaşında hocalık hayatına atılmış, 18 Kasım 1883 tarihinde Aksaray'daki Ulum-i Edebiyye Medresesi'nde Arapça dersleri vermeye başlamıştır. Dokuz yıl sonra bu vazifesinden ayrılarak Dersaadet Mekteb-i İdadîsi Sınıf-ı Mahsûsası'nda Osmanlıca dersleri vermiştir. Yine aynı dönemde Kuleli İdadîsi'nde bazı dersler vermiştir (Ekim 1888).

Hayatının bundan sonraki yılları iniş ve çıkışlarla doludur. Fatih Medresesi'nden bir kıt'a icazet almanın yanı sıra Hukuk Mektebi'ni pekiyi derece ile bitirmiş, yine bu dönemde vazifesinde gösterdiği yüksek gayret üzerine 16 Kasım 1894 tarihinde Rütbe-i Rabia verilmiştir. Aynı dönemde, bu başarılarının yanı sıra İttihad Terakkî Cemiyeti'ne üye olduğu gerekçesiyle soruşturma geçirmiş, hatta Zaptiye Nezâreti'nce tutuklanarak cinayet iddiasıyla yargılanmışsa da, bu suçlamaya ve cemiyet üyeliğine dair yeterli kanıt olmadığından beraat etmiştir. Geçirdiği bu kovuşturma nihayetinde, Mekâtib-i Askeriye Nezâreti'nin isteği üzerine, Kuleli İdadî Mektebi muallimliğinden ayrılmak zorunda kalmıştır (Mayıs 1896).

Yaşadığı bu gelişmelerden sonra II. Abdülhamid tarafından kendisine Sivas Mekteb-i İdadîsi Müdür Muavinliği görevi verilerek bir anlamda sürgüne gönderilmiştir. 1 Kasım 1897'de başladığı görevini 28 Temmuz 1902 tarihine kadar sürdürmüştür. Sivas'ta olduğu yıllarda; 1899-1902 yılları arasında Ziraat Bankası avukatlığı, 22 Haziran 1902 tarihinden itibaren hazine avukatlığı ve yine bu tarihten itibaren vilayette oluşturulan senet ve evkaf komisyonları üyeliği yapmıştır. Bunlara ilaveten 29 Temmuz 1902'den 13 Mart 1907'ye kadar Sivas Maliye, Orman ve Defter-i Hâkânî müdürlüklerinin avukatlığını yapmıştır.

II. Meşrutiyet döneminde yalnızca bir dönem Sivas Mebusluğu yapmış olan Ahmed Şükrü Bey, bu dönemden sonra 1913 yılında küllî kaideler ve şerhlerini içeren “*Tevşih-i Kavâid-i Fıkhiyye*”¹³ adlı bir fıkıh kitabı yayınlamıştır. Mebusluğu sonrasındaki hayatına dair bilgiye tesadüf olunmamaktadır.¹⁴

12 Silistre, Bulgaristan'ın kuzeydoğu kesiminde, Romanya sınırında, Tuna kıyısında şehir. Aynı adlı Silistre ilinin idari merkezi olan Silistre, tarihi Güney Dobruca bölgesindeki en önemli şehirlerden biridir.

13 Ahmed Şükrü Bey, *Tevşih-i Kavâid-i Külliye*, (İstanbul: Necm-i İstikbal Matbaası, 1327/1909).

14 Kırkıl, Emin, “Sivas Mebusu Ahmed Şükrü Bey'in Meclis-i Mebusan'daki Faaliyetleri”, *Osmanlılar Döneminde Sivas Sempozyumu Bildirileri*, (Sivas: 2007), 620-621.

Ahmet Şükrü Beyin Eseri Hakkında

Sivas Mebusu Silistrelî Ahmed Şükrü, Mekteb-i Hukukta iken Mecelle mualliminden not ettiği bilgilerle fıkıh kitaplarından aldığı bilgileri kısaca yansıttığı *Tevşih-i Kavâid-i Fıkhiyye* (1327) adlı bu çalışması, kendisinin de eserinin mukaddimesinde belirttiği üzere Mecelle'nin ilk yüz maddesinin, yeni başlayanlar için kısa ve özlü bir şerhi olduğunu bildirmektedir.

İslam hukukçularının özellikle hicri IV. asırdan sonra yaptıkları kavâid çalışmalarının son halkasını Osmanlıların son dönemlerinde Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki bir komisyon tarafından 1868-1876 yılları arasında derlenen, İslami özel hukuk kuralları kodeksi olan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* veya kısaca *Mecelle* oluşturur. Kavâid külliyatı içerisinden ancak yüz tanesi *Mecelle*'ye alınmıştır. İslâm Hukuku'nun küllî kaidelerinin bunlardan ibaret olduğu söylenemez. Ama *Mecelle*'de bu kadarıyla yetinilmiştir.

Mecelle'nin ilk yüz maddesinden ilki diğerlerinden tamamen farklı olup fıkıhî tarif etmektedir. *Mecelle*'nin yazımından sonra kaleme alınan eserlerde bazen bu kaideye yer verilmiş bazen de malum olması cihetiyle atlanmıştır. Bunun sebebi de bazı çalışmaların ihtisar bazılarının ise kısmi incelemeler şeklinde olmasıdır. Ahmed Şükrü Bey ise çalışmasında *Mecelle*'deki üslup üzerinde devam ederek ilk maddeyi geniş bir şekilde ele almış ve eserini yüz maddeyi kapsayacak şekilde tamamlamıştır.

Mecelle'nin yazımını takip eden birkaç sene sonra küllî kaidelerle ilgili yapılan çalışmalar genelde *Mecelle* üzerinden olmuştur. Dolayısıyla yapılan bu çalışmalar ya onları şerh etmek ya da onun maddelerini esas almak şeklinde olmuştur. *Mecelle* şerhlerinin en bilinenleri arasında, Ali Haydar Efendi'nin (1355-1936), *Dürerü'l-Hükkam*'ını; Atıf Efendi'nin (1316-1898), *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi ve Kavâid-i Küllîye'nin İzahı*'nı; Mes'ud Efendi'nin (1310-1892), *Mir'ât-ı Mecelle*'sini; Abdüssettar Efendi'nin (1304-1886), *Teşrihü'l-Kavâid-i Küllîyye*'sini; Süleyman Hasbi Efendi'nin (1327-1909), *Tafsîli Tavdîhi'l-Kavâid-i Fıkhiyye ve'l-Usûliyye*'sini; Mansurizade Mehmed Said Bey'in, *Tatbikât-ı Mecelle*'sini; Gelibolulu Mehmet Rifat Bey'in, *Tevâfukat-ı Kavâid-i Küllîye*'sini ve Ahmed Şükrü Bey'in, *Tevşih-i Kavâid-i Fıkhiyye*'sini saymak mümkündür.¹⁵

Bu çalışmada Ahmed Şükrü Bey'in hayatı ve Mecelle şerhleri arasında onun *Tevşih-i Kavâid-i Fıkhiyye* adlı eseri incelenmiş, sonra bu eserin transkripsiyonlu ve kısmen sadeleştirilmiş tam metni verilmiştir. Aynı zamanda dipnotlar tarafımızdan eklenmiştir.

15 Konuyla ilgili daha geniş bilgi için bkz.: Yıldız, Kemal-Nacar, Tayyip, *Mirât ı Mecelle'de Belirtilen Mecelle-i Ahkâm ı Adliyye nin Kaynakları*, İstanbul: Hacegan Akademi, 2013.

TEVŞİH-İ KAVÂİD-İ FIKHİYYE

İfade

Vaktiyle Mekteb-i hukukta iken Mecelle mualliminden zabt edebildiğim takrirlerden ve bazı fıkıh kitaplarından özetleyerek kaleme aldığım işbu eserin neşrinde havas için bir fayda düşünülmesi de fıkıh ilmine yeni başlayanlara dikkate alarak mütalaasından hayli fayda meydana geleceği ümit edildiğinden unutulma köşesine atılmasına gönlüm razı olamadı. Binaenaleyh “*Tevşih-i Kavâid-i Külliye*” adı altında yayınlanması tensip kılındı.

Başarı ancak Allah’tandır.

Sivas Mebusu Silistreli

Ahmed Şükrü

Bismillahirrahmanirrahim

Âlemlerin Rabbi olan Allah’a Hamd, Peygamberimiz Muhammed’e, ailesine, ashabına salât ve selam olsun.

Mukaddime (İki Makaleyi İçermektedir)

Birinci Makale

Madde1. [İlm-i fikh, mesail-i şer’iyyeyi ameliyyeyi bilmektir.]¹⁶

Burada “şer’iyye” kaydıyla, mesâil-i akliye, “ameliyye” kaydıyla mesâil-i itikadiyye dışarıda bırakılmıştır. Fıkıhın bu suretle, tarif olunması, fukahaya göredir. Usûlcülere göre, “tafsîli delillerden istinbât olunan olan ferî, şer’î ahkâmı bilmektir.” diye tarif olunur.

Mesele, isbâtı için burhan ve delil getirilen matlûbdur. İşte “mesâil” bunun çoğuludur.

Fıkıhın konusu, mükelleflerin fiilleridir. Çünkü fıkhıta, sıhhat ve fesad gibi, mükelleflerin fiil ve amellerine ârız olan hallerinden bahsolunur. Fıkıhın meseleleri, konusu mükelleflerin fiilleri, yüklemi şer’î hükümler olan bir takım önermelerdir.

16 “الْفَقْهُ: عِلْمٌ بِالْمَسَائِلِ الشَّرْعِيَّةِ الْعَمَلِيَّةِ الْمُكْتَسَبَةِ مِنْ أَدِلَّتِهَا التَّفْصِيلِيَّةِ”

Delil, dikkatle incelendiğinde, kendisiyle bir matlûb-u haberîye¹⁷ ulaşılması mümkün olan şeydir ki, Usûlcülere göre müfred yahut mürekkebe olabilir. İşte “edille” bunun çoğuludur.

Mükellef, âkil ve baliğ olan kimsedir. Bu şekilde mükellef olmayanın fiili, fikhın mevzusunun dışında kalmış olur.

Fikhın gayesi, insanın amelî şer’î ahkâmı bilip, ona uygun hareket ederek iki dünya saadetine ulaşmasıdır.

[Fikh meseleleri, ya ahiret işleriyle ilgilidir ki, bunlar ibadetlerin hükümleridir yahut dünya işleriyle alakalıdır ki münâkehât (evlenme, boşanma, nafaka vs.), muâmelât (alışveriş, kirâ, fâiz, mîras vs. işlemleri) ve ukûbât (cezalar) kısımlarına ayrılır. Şöyle ki, Cenâb-ı Hak bu nizâmı âlemin, belirlediği vakte kadar bekâsını irâde etmiş, bu ise, insan nev’inin bekâsına ve nev’in bekâsı, çoğalıp çoluk çocuk sahibi olmak için erkek ve kadının izdivâcına bağlıdır. Ve burada nev’in bekâsı, insanların (soyunun) kesintiye uğramaması iledir. İnsan, mîzâcının dengesi yönüyle ayakta kalabilmesi için gıda, elbise ve konut bakımından zenaat türü işlere muhtâc olur. Bu da fertler arasında yardımlaşma ve ortaklaşmanın meydana çıkmasına bağlıdır. Hâsılı, insan, doğuştan medenî olduğundan diğer hayvanlar gibi, yalnız başına yaşayamayıp, medeniyetin gelişmesiyle, diğer insanlarla yardımlaşma ve birlikte yaşamaya muhtaçtır. Hâlbuki her şahıs, kendine (uygun olan) şeyi talep edip zahmetli olan şeyi yapmak istemeyeceğinden aralarındaki adalet ve düzenin ihlalinden korunmak için gerek evlilik ve gerek medeniyetin kendisiyle gerçekleşeceği yardımlaşma ve birlikte yaşama konusunda şer’î müeyyidesi olan birtakım kanunlara muhtâc olur. Birincisi, fikhın, münâkehât kısmı, ikincisi muâmelât kısmıdır. Medenîleşme meselesinin bu minvâl üzere pâyidâr olması için cezaî hükümlerin tertîbi gereklidir ki bu da ukûbât kısmıdır.]

Medenîleşme meselesi bu şekilde şer’î müeyyidesi olan kânunlara bağlı kılınmayıp herkes kendisine uygun gelmesi bakımından her istediğini elde etse kamu hukûkuna zarar vereceğinden ve her istediği şeyden mahrum bırakılsa hürriyeti kısıtlanmış olacağından; her iki şekilde de toplum yapısı sarsılacağı hususunda izaha gerek duyulmamıştır.

İbadet hükümlerinden asıl maksad, kulun en büyük olan, Ma’bûda yakınlaşmayı elde etmesi, sevaba ulaşmasıdır. Münâkehât, muâmelât ve ukûbat hükümlerinden asıl maksad kulların maslahatlarının yerine getirilmesidir.

17 Matlûbu haberîye üzerinde doğru bir şekilde düşünüldüğü zaman istenen sonuca yani şer’î hükme ulaştırılan şeydir.

İşte bu muamelât kısmının çok karşılaşılan meselelerinde mu'teber kitaplardan toplanarak kitaplara ve kitaplar bablara, bablar fasillara ayrılmak üzere sür'atle bu mecel-
lenin te'lifine başlandı. İşte mahkemelerde uygulanacak fer'î meseleler, aşağıdaki şekilde
ve bölümde zikrolunacak meselelerdir. Ancak muhakkik fakihler, fikhî meseleleri bir ta-
kım küllî kâidelere dayandırmışlardır ki her biri pek çok meseleyi kapsayıcı ve kuşatıcı
olarak fikhî kitaplarında kabul edilmiş olmak üzere bu meselelerin isbâtı için delil alınır.
Öncelikle bu kâidelerin anlaşılması, meseleleri tanımayla sonuçlanır ve meselelerin zi-
hinlerde yerleşmesine vesile olur. Buna binâen, doksan dokuz fikhî kâideyi toplamaktaki
şer'î maksad aşağıdaki şekilde ikinci makalede bahsedilir. Bunlardan bazıları münferiden
kullanılsa da bazı istisnalar küllî kâidelerin tamamına halel getirmez.

İkinci Makale

(FIKHÎ KÂİDELER BEYÂNINDADIR)

Madde 2. [Bir işden maksad ne ise hüküm ona göre dir.]¹⁸

(Yani bir iş üzerine terettüb edecek hüküm, o işten maksat ne ise ona göre olur.)

Meselâ, bir kimse yolda bir çıkın bulsa sonra düşürse, tazmin etmesi gerekir mi
gerekmez mi? Bakılır. O kimsenin buluntu malı (lukâta) almasındaki maksat ve niyeti
sahibini bulup vermek ise bu durumda onu alıp saklaması caiz olduğundan ve “cevâz-ı
şer'î ise tazmin etmeyi gerektirmediğinden (cevâz-ı şer'î daman'a münâfidir)”¹⁹ kendi-
sinin kusurlu fiili olmaksızın kaybetmesiyle tazmin gerekmez. Eğer o kimsenin lukâtayı
almasından maksat ve niyeti sahibine vermek değil de kendi mülküne geçirmek ise bu
durumda onu alması gasb ve haram olduğundan kusurlu fiili olmaksızın kaybetmesiyle
bile, tazmin etmesi gerekir. Fakat niyet, bir menfaatin celbi veya zararlı bir şeyin def'i
zımında kalbin yönelmesinden ibaret olduğundan ancak zahirî bir delil ile anlaşılır.
Çünkü bâtinî işlerde daima zahirî delil hüccet olur. Meselâ lukâtayı bulduğu zaman orada
bulunan kimselere “ben bunu buldum, sahibi çıkarsa söyleyin.” derse ya da basın yoluyla
(evrak-ı havadis) i'lân ederse maksadının îade olduğu anlaşılır. Böyle olmadığı zaman,
gasb edilmiş olduğu ortaya çıkar. Mecellenin 1250, 1303 ve 1304'üncü maddeleri bu
kâideden doğan meselelerdendir.

18 “الأمور بمقاصدها”
19 Mecelle mad. 91.

Madde 3. [Ukûdda i'tibâr makâsîd ve meâniyedir, elfâz ve mebâniye değildir.

²⁰**Buna binâen bey' bi'l-vefâda rehin hükmü cereyân eder.]**

(Akidlerde söz ve şekillere değil, maksad ve ma'nâlara i'tibâr edilir. Dolayısıyla vefâen, yani bir malı bedeli ödendiğinde geri alma şartıyla satışta rehin hükümleri geçerlidir.)

Çünkü bey' bi'l-vefâ akdinde taraflar her ne kadar bey' lafzını telaffuz etseler de hakiki olarak bundan maksatları satım değil rehin, yani borcu teminat altına alma ve tev-sik etme olduğundan rehin hükmü cârî olur. Yine bu şekilde, asıl borçlunun berî olması şartıyla gerçekleşen kefâlette havâle hükmü ve asıl borçlunun berî olması şartıyla yapılan havâlede kefâlet hükmü ve ücretle yapılan vekâlette icâre hükmü icrâ kılınır.

Bu maddenin bazı istisnaları vardır. Özetle, bedeli vermemek üzere yapılan satım akdi batıl olup hibe olmaz hâlbuki maksat hibedir.

Muamelâta dair olan akitlerin dışında söz ve şekillere i'tibâr edilir, maksat ve ma'nâlara i'tibâr edilmez. Çünkü bu konuda şakanın lağv olduğu “üç şeyin ciddisi de ciddi, şakası da ciddidir; nikâh, talak, köle âzâdı”²¹ hadisiyle sabittir.

Madde 4. [Şek ile yakîn zâil olmaz.]²²

Yani aslı kesin ve sabit olan bir şeyin hilafına delil olmadıkça mücerred şek ile zevâline hükmolunamaz. Buna binâen, umumen ibra edildikten sonra tarihi beyân edil-meyen bir dâvâya bakılmaz. Fakat ibradan sonraki bir tarih beyân olunarak dâvâ edilirse hilafına delil bulunmuş olduğundan o halde dâvâya bakılır.

Şek; aklın bir şeyin varlığı ve yokluğunda eşit olarak tereddüt etmesidir.

Yakîn; Bir şeyin varlığı ve yokluğunun kesin veya zannî gâlip ile bilinmesidir.

Mecellenin 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11' inci maddeleri bu kâideden çıkarılmış olduğundan bunda mu'teber olan, “hilâfına delil olmadıkça” kaydı onlarda da mu'teberdir.

20 “العبرة في العهود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني”

21 İbn Mâce, Talak, 13; Ebû Dâvûd, Talak, 9; Tirmizî, Talak, 9.

22 “اليقين لا يزول بالشك”

Madde 5. [Bir şeyin bulunduğu hâl üzere kalması asıldır.]²³

Buna istishâb denir ki, başlangıçta ve bir hakkın varlığını ispât etmede delil olamayıp aslında var olan bir şeyi olduğu gibi bırakma konusunda delil olur.

İstishâb; yokluğu zannedilmeyen, kesin bir şeyin varlığıyla veya bir vakitte kesin olarak var olduğuna binâen diğer bir vakitte dekesin olarak var olduğuna hükmetmektir. Bu da iki kısımdır:

Birinci kısım; Geçmiş zamanda bir şeyin gerçekleşmiş olduğu bilinip de şimdiki zamanda varlığında şüphe ve tereddüd olan şeydir. Meselâ, bir kimse terikeden, şu kadar kuruş alacak dâvâ ettiği zaman şahitler müteveffânın o kimseye o kadar kuruş borcu olduğuna şehâdet etseler yeterli olup, “vefâtına kadar zimmetinde bâkî idi” demelerine gerek yoktur. Çünkü bir şeyin bulunduğu hâl üzere kalması asıldır.

İkinci kısım; Şimdiki zamanda bir şeyin varlığı bilinip de geçmiş zamanda yok olduğu hususunda şüphe ve tereddüd olan şeydir ki buna “tahkîmu hâl” denir. Meselâ bir kimsenin evine akan suyunun ortaya çıkışı ve eski tarihinde ihtilâf olunur da tarafların delilleri olmazsa, bakılır, eğer dâvâlaşma vaktinde suyunun su çıkarsa hâli üzere bırakılarak kıdemiyle (öteden beri var olduğuyula) hükmolunur ve eğer akmazsa zâhir hale bakılarak hudûsiyle (sonradan meydana geldiğiyle) hükmolunur.

Bu maddenin bazı istisnaları vardır. Özetle, emanet bırakan gibi emin olan kimsenin borçsuzluğu, yeminle doğrulanır.

Madde 6. [Kadîm kıdemi üzere terk olunur.]²⁴

Yani şerîata muhalif olmadıkça ve umumun zararını gerektirmedikçe kadîm, kıdemi üzere bırakılır. Meselâ elde mevcut vakfiyesi olmadığı gibi vakfedenin şartlarının da bilinmediği eskiden beri var olan vakıflarda, eskiden beri, ne yolda kullanılagelmiş ise, o hâl üzere bırakılır. Çünkü teâmül kuvvetini alır, teâmül ise âkil kimselerin ittifâkı ile sabit olduğundan istikrar kabul edilir. Mecelle'nin 166, 1229, 1230, 1269' uncu maddeleri bu kâideden türemiş mesele kabîlindedir.

23 “الأصلُ بقاءُ ما كانَ على ما كانَ”

24 “القديمُ يُتركُ على قديمِهِ”

Madde 7. [Zarar kadîm olmaz.]²⁵

Çünkü açıktan zarar bulunan mahalde kadîm ile hâdis arasında bir fark yoktur. Buna binâen, umumun kullandığı yol üzerindeki alçak çıkıntılar balkon ve cumba gibi çıkıntılar ile oluk gibi gelip geçenlere açık ve büyük (fahiş) zararı olan şeyler kadîm bile olsa kaldırılır. Bu şekilde bir evin gideri eskiden beri kamuya ait olan yoldan akıyorsa ve geçişlere engel olsa eskiden beri kullanılageldiğine bakılmayıp kaldırılır. Çünkü gelip geçene ezâ verecek şeyleri umumun yolunda haksız bir şekilde akıtmak, onlara zulmetmek demektir. Zulmün ise bekâsı nehyolunmuştur ve kaldırılması vâciptir. Fakat bir evin gideri öteden beri diğer bir haneye akarsa, var olduğu hâl üzere bırakılır.

Madde 8. [Berâet-i zimmet asıldır.]²⁶

Buna binâen bir kimse, birinin malını telef etse ve miktarında ihtilaf etseler söz mütlifin (telef eden kişi) olup, mal sahibi iddia ettiği ziyadeyi isbât etmesi gerekir.]

Zira insanların zimmetleri asılda (prensipler olarak) yükümlülük, suç ve cezadan (ukuk ve hukuk) berî olarak yaratılmıştır. Burada söz, telef eden kimsenin olup, ziyâdeyi dâvâ edenin isbâtının gerekli olması, şundandır; telef eden kimse prensip olarak berâeti zimmete dayanır ve dâvâcı ise aslın ve görünenin aksine olan bir şeyiyani fazlalığı iddia ediyor hâlbuki beyyinenin görünenin aksini ispat için olması ve sözün yeminle birlikte asla dayanana ait olması kâidedendir. İşte bu asla binâen diğer dâvâlarda söz dâvâlıının olup, dâvâcı, dâvâsını isbât etmeye muhtaç olur.

Zimmet; İnsanda bir vasıftır ki, onunla leh ve aleyhinde olan ahkâma ehil olur ve doğarken bu vasıf kendisiyle beraber bulunur.

Madde 9. [Sıfat-ı ârızada asl olan ademdir.]²⁷

Meselâ mudârebe şirketinde²⁸ kâr olup olmadığına ihtilâf olursa aslolanın (kâr ve zarâr hususunda) yokluk olmasına binâen söz; emek sahibinin olup, sermaye sahibinin kârın varlığını isbât etmesi gerekir.]

25 “الضَّرْرُ لَا يَكُونُ قَدِيمًا”

26 “الأصلُ بَرَاءَةُ النِّمَّةِ”

27 “الأصلُ في الصِّفَاتِ العَارِضَةِ العَدَمُ”

28 Ortaklardan bir kısmının sermaye vermesi, bir kısmının da iş yapmayı üzerine alması üzerine anlaşma yapılarak kurulan şirket, ortaklık.

Sıfatız ârıza; ticaret, ayıp, illet gibi aslın vücûduyla mevcûd olmayıp sonradan âriz olan şeylerdir ki fakihler nazarında sıfâtı asliyye karşılığında kullanılır. Sıfâtı asliyye; selâmet, sıhhat, hayat, bekâret, bey'de talep ve rıza gibi, aslın varlığıyla mevcûd olan ahvaldir. Bunda aslolan, vücuttur. Binâen aleyh satıcı ile alıcı istek ve zorlama konusunda ihtilâf ederse söz, istek olduğunu iddia edenindir.

Bu kâidenin bazı istisnaları vardır. Özetle, hibe eden hibesinden vazgeçmek istese, hibe edilen kimse de hibenin helak olduğunu iddia etse söz, yemine ihtiyaç duyulmaksızın hibe edilenidir.

Madde 10. [Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur.²⁹

Buna binâen bir zamanda bir şeyin bir kimsenin malı olduğu sâbit olsa mülkiyeti izâle eden bir hal olmadıkça mülkiyetin devam ettiğiyle hükmolunur.]

Bu madde de beşinci madde gibi istishâbın birinci kısmıdır. Yukarıda açıklandığı üzere istishâb, def edici ve izale edici delil olup, bağlayıcı ve ispat edici delil değildir (yani bir şeyin varlığını ispat için değil, yokluğu iddiasını reddetmek içindir). Binâen aleyh mefkûd olan kimse hayattadır denilerek vefat eden mûrisine vâris kılınamaz.

Madde 11. [Bir emr-i hâdisin akreb-i evkâtına izâfeti asıldır.³⁰

Yani hâdis olan bir işin sebebi ve zamanı vukûunda ihtilâf olsa, geçmiş zamana nisbeti isbât olunmadıkça şimdiki zamana en yakın olan zamana nisbet olunur.]

Binâen aleyh, bir kimse vârislerinden birine bir mal hibe etse, vefat ettikten sonra diğer vârisler “zikredilen malı marazı mevt halinde iken hibe etmiş idi o halde ise hibe mu'teber değildir onu da terekeye dâhil edeceğiz” diye iddia etmelerine mukabil kendisine hibede bulunmuş olan vâris de, “müteveffa, zikredilen malı, sıhhatli olduğu zaman hibe etmişti o halde hibesi mu'teberdir” diye kendisini müdâfaa etse, diğer vârislerin söylediğine i'tibâr edilir. Lehine hibede bulunulan (mevhûbu leh) kimse, hibe olayının müteveffanın sıhhatli vaktinde, önceden yaşanmış olduğunu ispat etmesi gerekir.

29 “مَا تَبَتَّ بِرَمَانٍ يُحْكَمُ بِنَقَائِهِ مَا لَمْ يُوَجَدْ دَلِيلٌ عَلَى خِلَافِهِ”

30 “الْأَصْلُ إِضَافَةُ الْحَادِثِ إِلَى أَقْرَبِ أَوْقَاتِهِ”

Bu kâidenin bazı istisnaları vardır. Meselâ, bir kimse, azledilen hâkime “sen ben-den azilden sonra bin kuruş aldın, ver” diye dâvâ etse, Hâkim de “hayır, azilden önce, murâfaayı şer’iyye ile alıp felan adama verdim” dese, söz, yeminsiz, hâkimindir. Hâlbuki azilden sonra almış bulunması şimdiki zamana daha yakın olması bakımından söz, hâkimden dâvâ edenin olması gerekirdi.

Madde 12. [Kelâmda asıl olan ma’nâ-yı hakikîdir.]³¹

Şu halde hakikî mananın kullanılmasının mümkün olduğu yerde mecaz anlama gidilmez. Ama hakikî manayı kullanmak mümkün olmazsa mecaza hamlolunur. Meselâ bir adam evladına bir şeyi vasiyet etse, çocukları ve torunları bulunsa, çocuklarına verilir, torunlarına verilmez. Fakat o zaman, çocukları yaşamıyorsa torunlarına verilir. “Çünkü kelâmın i’ mâli ihmalden evladır.”³²

Hükümün terettüb etmesinde hakikî mânâ ile mecâzî mânâ arasında bir fark yoktur. Hakikat üzerine nasıl hüküm terettüb ederse mecaz üzerine de öyle hüküm terettüb eder. Hakikatın tarîkini bilmeye tevkîf denir ki, va’z edenden duymaya bağlıdır. Mecazın yolunu bilmek ise, düşünmek, yani karîne ve alâka ile olur. Aralarında şu yönde de fark vardır, eğer nefyetmek sahih olursa, mecaz, olmazsa hakikattir. Meselâ aslan lafzı, erkeğin cesaretli olması anlamında kullanılırsa, mecazdır; çünkü cesaretli adam aslan değildir.

Madde 13. [Tasrîh mukabelesinde delâlete i’tibâr yoktur.]³³

Çünkü delâlet sarâhate nazarla zayıftır. Zayıf ise kuvvetli mukâbilinde geçersizdir. Meselâ, bir kimse sahibinin izniyle bir eve girerse açık bir yerde duran kadehle su içmeye delâleten me’zundur. Bu durumda kadehi eline aldıktan sonra kazâen düşürüp kırsa tazmin etmesi gerekmez. Fakat ev sahibi şu kadehe dokunma diye yasakladıktan sonra eline alıp düşürmek suretiyle kırsa bu durumda sarâhate karşı delâletin hükmü olamayacağından tazmin edilmesi gerekir.

Delâlet, ona muhalif bir sarâhat olmadıkça kuvvetini hâizdir. Yani başlangıçta açıklama (sarâhat) bulunmadığı zaman, delalet açıklama gibi amel eder ve onun hükmünü alır. Bir kere kullanıldığı lafzın gereğiyle amel olunduktan sonra artık sarâhatin hükmü

31 “الأصل في الكلام الحقيقي”

32 Mecelle mad. 60.

33 “لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح”

olmaz. Gerek red ve gerek tasdik cihetiyle vakî olan tasrîhe i'tibâr olunmaz. Çünkü sırf tasrîhe mahal bulunmaz. Meselâ Bekir'in malını izni olmaksızın Zeyd satmış olsa mal sahibi muhayyerdir. Dilerse bey'i fesheder dilerse cevaz verir. Fakat bu şekilde kendisinin izni olmaksızın Zeyd'in, malını sattığını öğrendikten sonra gidip müşteriden satılanın bedelini istese yahut alsa, bahsedilen bey'e cevaz verilmiş olacağından bir daha bu bedel noksandır, ben bu bey'e razı değilim diye bey'i fesh ettiremez. Zîrâ delâletin muktezâsıyla amel edildikten sonra tasrîhin hükmü olamaz.

Madde 14. [Mevrid-i nassda içtihad mesâğ yokdur.]³⁴

Zîrâ fûrû'da içtihad daima nassın olmadığı yerde cereyân eder. Meselâ beyyinenin müddei ve yeminin münkir üzerine olması hakkında “Dâvâcının beyyine getirmesi, inkâr edenin (dâvâlnın) ise yemin etmesi gerekir.”³⁵ nassı vârid olduğundan, artık bunun aksine içtihad edilemez. Bu şekilde nisab, şehâdetin iki erkek veya bir erkek iki bayandan ibaret olduğuna nass vârid olduğundan aksine içtihad cevaz verilemez. Fakat velâdet, bekâret gibi erkeklerin bilmeleri mümkün olmayan kadınlara mahrem konularda “erkeklerin bakamayacağı mahallerde, kadınların şehâdeti câizdir”³⁶nassı vârid olduğundan, bu konuda bir kadının bile şehâdeti makbûl olur.

İçtihad: Delillerden şer'î ahkâmı istinbâta muktedir olan kimsenin fer'î şer'î hükmü, şer'î delilinden çıkarmak için tâkâtının ve gücünün tamamını harcaması ve sarf etmesidir.

İçtihadın hükmü galebe-i zandır. Şartı, kitabın lûgat ve şeriat bakımından manasını umum ve has gibi yönlerini ve sünnetin mütevâtir, meşhur ve ahad gibi geliş yollarını ve kıyasın çeşitlerini bilmektir.

Madde 15. [Alâ-hilâfi'l-kıyas sâbit olan şey sâire makîsün-aleyh olmaz.]³⁷

Çünkü kıyasın şartı, kendisine kıyas yapılan (makîsun aleyh) aslın hükmünü başka bir nassla yahut icma' ile zikredilen asla mahsus kılmasıdır. Meselâ “selem ve istisnâda”

34 “لَا مَسَاقَ لِلِاجْتِهَادِ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ”

35 Mecelle mad. 76.

36 Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed, *el-Mebsût*, thk. Halil Muhammed el-Meys, (Beirut: Daru'l-Fikr, 2000), 16: 142.

37 “مَا تَبَتَّ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَغَيْرُهُ لَا يُقَاسُ”

mevcud olmayan şeyi (ma'dûm) satmak caiz oluyor diye diğer şeyleri de buna kıyas ederek ma'dûmun satışını caiz görmek gerekmez. Çünkü ihtiyaca binâen bunlardan selem ve icâreye nass ile ve istinâ'ya istihsânen cevaz verilmiş ve nass ve icma' ile sabit olan aslın hükmü yine nass ve icma' ile kendilerine mahsus bulunmuştur.

Madde 16. [İctihad ile içtihad nakz olunmaz.]³⁸

Yani bir vakiya senet olması i'tibâriyle şartlarını taşıyan bir içtihad başka bir içtihad ile nakz olunmaz. Buna binâen, hâkim bir meselede bir görüş ile hüküm verdikten sonra o mesele hakkındaki görüşü değiştirmiş olsa, ilk görüşü için koyduğu hükmü, nakzedemez. Zîrâ ikinci içtihad da, zanni oluşunda birinci içtihad gibi olduğundan ve belki ilk içtihad hükmün yerleşmesi sebebiyle kuvvet kazandığından ikinci içtihad onunla çelişemez. Fakat bundan sonra o gibi hususlarda ikinci içtihadla hükmetmek gerekir. Bu şekilde, kitap, sünnet ve icmaya muhalif olmadıkça bir hâkimin içtihadını diğer bir hâkimin içtihadı dahi nakzedemez. Çünkü bu durum, hâkimlerin hükümlerinin istikrarına hâle getirir, toplumu sıkıntıya sokar. Eğer bir hüküm, kitap, sünnet ve icmaya muhalifse ve şer'i delilleri dayanak olarak kullanmamışsa gerek hükmü veren hâkimin ve gerek arz olunduktan sonra başka bir hâkimin ona muhalefet etmesi vâcib olur. Şafîî hâkimden sâdır olan hükmü Hanefî hâkimin nakzedememesi de bu aslın furûâtındaki meselelerdendir.

Madde 17. [Meşakkat teysiri celbeder.³⁹ Yani zorluk, kolaylaştırmaya sebep olur ve darlık vaktinde genişlik göstermek gerekir. Karz, havale ve hacr gibi pek çok ahkâmı fıkhiyye bu aslın furûâtındandır. Fukahânın ahkâm-ı şer'iyyede gösterdikleri ruhsatlar ve hafifletmeler hep bu kâideden istihrâc olunmuştur.]

Ruhas, ruhsatın çoğuludur, özürlü olmayan şahıslar hakkında yasaklanmış olan şeyde özürlü olan şahıslara müsaade edilmesi ve izin verilmesine ruhsat denir. Meselâ bir mahalde ölüden başka yenecek bir şey bulamayıp açlıktan helak olacak kimseye ölü eti yemeye izin verilmiş ve bey-i ma'dumdan ibaret olan seleme, insanların işlerini kolaylaştırmak için cevaz verilmiştir. Erkeklerin muttali olması mümkün olmayan yerlerde yalnız kadınların şehadeti kabule şayan görülmüş ve borçlunun borcunu ödemesinin elinin bol-laştığı vakte kadar bekletmesine cevaz verilmiştir.

38 "الْإِحْتِهَادُ لَا يُنْقَضُ بِمِثْلِهِ"

39 "الْمَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ"

Bu kâide mutlak olmayıp hakkında nass olmayan hususlara özeldir. Buna binâen şunda, bunda da meşakkat vardır diyerek hemen her yerde kolaylaştırma yoluna gidilmez.

Madde 18. [Bir iş dîk oldukça müttesi' olur.⁴⁰ Yani bir işte meşakkat görülünce ruhsat ve genişlik gösterilir.]

Bu kâide doğru olduğu gibi “Bir iş geniş olduğunda dar olur” kâidesi de doğrudur. İmam Şâfiî, “Bir iş dar olduğunda genişler ve geniş olduğunda daralır.” buyurmuşlardır.

Bu madde, bundan önceki madde ile aynı anlama geldiğinden onda zikredilen misaller buna da misal olabilir. Meselâ medyûn borcunu ödeyemeyince, borcu ödeme zamanı, kolaylaştırmaya veya borcu düşürmeye, daha sonra tazmin edilmesi şartıyla acil ihtiyacı giderecek kadar başkasının malından yemeye izin verilmesi “zorluk, kolaylığı beraberinde getirir” kâidesine misal olarak irad olunabileceği gibi bu kâideye misal olarak da kullanılabilir.

Madde 19. [Zarar ve mukabele bi'z-zarar yokdur.]⁴¹

Yani şeraitte bidâyeten zarar caiz olmadığı gibi mukâbeleten dahi zarar vermek caiz değildir. Buna binâen bir kimse aldanarak sahte para alsa başkasını aldatıp onu veremez. Zulüm gören kimse başkasına zulmedemez. Haksız yere malı itlaf olunan kimse telef edenin malını telef edemez. Belki hâkime müracaatla zararını tazmin ettirmesi gerekir. Gasbedilen adamın gasbedenin malını gasb edememesi, eşyası çalınan adamın hırsızın malını çalamaması, haksız yere darbedilen kimsenin darbedeni dövememesi de bu asıldan türeyen misallerdendir.

Madde 20. [Zarar izâle olunur.]⁴²

Bu madde önceki maddeyi tamamlar. İki madde bir araya getirilince şu şekli alır: “Zarar zarar ile mukabele olunmaz fakat sûret-i meşrûada izale olunur. “(Zarar zarar ile mukabele olunmaz fakat zarar şeriatın izin verdiği şekilde giderilir.) Çünkü zararın

40 “الْأَمْرُ إِذَا صَاقَ أَسْعَ”

41 “لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ”

42 “الضَّرْرُ يَزَالُ”

devamlılığı caiz görülmez. Hatta bu meselenin incelenmesinde “müfsid katl olunur mu, olunmaz mı?” diye ortaya çıkan tartışmalarda, müfsidin katilden başka bir suretle engellenemeyeceği ortaya çıkarsa katlolunur, denilmiştir. Muhayyerlik ile satın alınan malı reddetmek, şuf’a, telef olmuş malların tazmini, imam ve kadıların tayini gibi pek çok fikhî hükümler bu kâideye dayanmaktadır. Bundan sonraki 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31’inci maddeler bu maddenin fūrû’u konumundadır.

Madde 21. [Zarûretler memnû’ olan şeyleri mübah kılar.]⁴³

Meselâ hayvan ölüsü yemek şeriatte haram kılınmıştır. Fakat yenilebilecek bir şey bulamayıp açlıktan ölmesinden korkulan bir kimsenin hayatta kalacak kadar ölü eti yemesine müsaade edilir.

Madde 22. [Zarûretler kendi mikdarlarınca takdir olunur.]⁴⁴

Bu madde bundan önceki maddeyi tahsis eder. Bundan dolayı zaruretin yasak olan şeyi mübah kılması zaruret vaktine mahsustur, zaruretin ortadan kalkması durumunda yasağın avdet etmesi gerekir. Meselâ açlıktan ölmesinden korkulan adama zaruret halinde leş yemesine izin veriliyor diye diğer zamanlarda da leş yemesine izin verilemez.

Aynı şekilde doktorun hastaya ve hastanın avret yerine bakması da önceki maddenin gerektirdiği gibi mübah ise de bu maddeye göre zaruretin kendi miktarınca takdir olunması gerektiğinden zaruret kadarına bakması caiz, ziyadesi caiz değildir.

Madde 23. [Bir özr için caiz olan şey ol özrün zevâliyle bâtil olur.]⁴⁵

Yani zaruret durumu ortadan kalkınca yasak geri döner ve o fiil caiz olmaktan çıkar.

Meselâ şer’î cevaza göre hacr olan sefih iyileştiğinde hâkim tarafından hacr feshe-dilir. Keza şahidin uzak bir belde bulunmasından ötürü şahitliğin başkasına yüklenmesi caiz görülürken asıl şahid yedek şahidin şahitlik yapmasından önce şehâdet mahalline ulaşmasıyla şahitlik edecek kimsenin şehâdeti engellenir.

43 “الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ الْمَحْظُورَاتِ”

44 “مَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا”

45 “مَا جَازَ لِعَدْرِ بَطَلٍ يَزُولُ بِهِ”

Madde 24. [Mâni zâil oldukda memnu' avdet eder.]⁴⁶

Meselâ bir kişi çarşıdan kumaş alıp terziye götürse, başka birisi gelip “bu kumaş benim”, diğeri de “hayır senin değil, ben onu çarşıdan aldım” dese, aralarında çıkan tartışmadan dolayı mahkemeye müracaat ettiklerinde, dâvâcı verilen hükümlerle kumaşı almış olsa, müşteri parasını almak için satıcıya müracaat edebilir. Aslında müracaat etmemesi gerekirdi. Çünkü daha önce haklı olan müşteriye karşı “Bu mal senin değildir.” dedikten sonra hâkimin kararı üzerine dönüp satıcıya “bu mal senin değildir” demesi gerekir. Hâl-buki bu durum, mülkiyette dâvânın dinlenilmesine engel olacak şekilde bir zıtlık olur. Fakat hâkimin hükmüyle bu zıtlık ortadan kalktığından ve sona erdiğinden yasak olan dâvâyı dinleme de avdet ederek müşterinin satıcıdan bedeli dâvâ etmesi caiz olur.

Madde 25. [Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz.]⁴⁷

Belki zararsız veya hafif bir zararla giderilir. Meselâ bir kimse taksim edilebilir ortak bir malın harap olmasından dolayı, kendisini zarardan korumak için onarmaya kalkışsa ve ortağı da bunu kabul etmese, ortağı zorlanamaz. Çünkü malın ortak olarak onarılması nasıl ki onun için zarar ise onarılmaya zorlanması da ortak hakkında aynı şekilde zarardır. Fakat taksim edilmesinde bir zarar olmazsa zorla taksim edilerek zarar, zararsız olarak giderilir. Aynı şekilde satılan şeyin müşterinin elindeyken bir kusuru olsa ve bu kusurun önceden olduğu fark edilse, müşteri satın aldığı şeyi satıcıya geri veremez. Fakat zarar imkân dâhilinde ortadan kaldırılacağından müşteri eksik bir fiyatla satıcıya müracaat edebilir.

Gelecek olan 26, 27, 28, 29'uncu maddeler bu maddeye bağlı ve mahsustur.

Madde 26. [Zarar-ı âmm-ı def' için zarar-ı hâs ihtiyar olunur.]⁴⁸

Yani genel (topluma mâl olacak) zararlar hususî (bir/kaç kişiyi etkileyecek) zarar teâruz⁴⁹ ederse, hususî zarar tercih edilir.

46 “إِذَا زَالَ الْمَانِعُ عَادَ الْمَنْعُوعُ”

47 “الضَّرَرُ لَا يُزَالُ بِمِثْلِهِ”

48 “يَتَحَمَّلُ الضَّرَرُ الْخَاصُّ لِدْفَعِ ضَرَرِ عَامٍ”

49 Teâruz; İstilahta, eşit kuvvette iki şer'î delilden birinin, bir mesele hakkında bir anda gerektirdiği hükmün, diğer bir delilin aynı mesele hakkında gerektirdiği hükme aykırı olmasına teâruz denmektedir (bk. Serahsî, Ebû Bekr Muhammed *Usûl*, (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1993), 2: 12.

[Tabib-i câhili menetmek bu asıldan teferrû' eder.]

Cahil bir doktorun işini yapmasını engellemek böyledir. Çünkü doktoru, doktorluğunu yapmaktan engellemek kendisine bir zarar ise de, ona müsaade etmek de, öldürücü ilaçlar verebileceği için kamuya zarar vericidir.

Ehliyetsiz müftüyü fetva vermekten men' etmek, kamuya ait bir yola sarkmış bulunan duvar ulu'l emrin emrine uyarak yıkmak da bu asla dayanmaktadır.

Madde 27. [Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izâle olunur.]⁵⁰

Yani zararın, zararsız bir şekilde giderilmesi esastır fakat bu mümkün olmadığı zaman hafif bir zararla giderilir. Meselâ bir kimsenin ineği başka birinin kabı içerisine başını soksa, çıkarmak mümkün olmasa, değeri çok olanın sahibinin değeri az olanın sahibine malının değerini vermesi gerekir.

Madde 28. [İki fesâd teâruz ettikte ehaffi irtikâb ile a'zammın çaresine bakılır.]⁵¹

Böyle durumlarda kaide şudur: Bir kişi herhalde iki kötülükten birini kabul etmek mecburiyetinde olursa bakılır; eğer belalar birbirine eşit ise dilediğini seçer. Eşit olmayıp birbirinden farklı ise hafif olanı yapar. Meselâ bir mahallede yangın çıkarsa, birinin evinin yıkılmasıyla yangın orada durdurulacak olsa ve yıkılmadığı zaman da yangın genişleyerek bütün halka zarar verecek olsa ulu'l-emrin kararıyla her ikisinin de evi yıkılır. Orada yangın durdurulursa yıkan kişinin zarara kefil olması gerekmez. Çünkü ulu'l-emrin halka velayet hakkı vardır. Fakat evi yıkmaya kararını ulu'l-emr değil de başka biri verirse o zaman zarara kefil olması gerekir. Zira başkasında, velayet hakkı yoktur.

Madde 29. [Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur.]⁵²

Meselâ üzerindeki bahçe ile beraber bir dağ diğer bir bahçe üzerine yıkılıp düştüğünde kişinin mülkiyetinden çıkar, o bahçelerden kıymetçe az olan çok olana tabi olaca-

50 "الضَّرُّ الْأَشَدُّ يَزَالُ بِالضَّرِّ الْأَخْفِ"

51 "إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوِيَ أَكْثَرُهُمَا صَرًّا بَارْتِكَابِ أَخْفِيهِمَا"

52 "يُخْتَارُ أَهْوَنُ الشَّرِّينِ"

ğından önce hangisinin kıymeti çok ise onun sahibi kıymeti az olana tazminat olarak yer temlik eder.

Yirmi altıncı maddeden bu maddeye kadar olan maddeler mânâ olarak aynı, başlık olarak farklı oldukları için birine örnek olan şey diğerine de örnek olabilir.

Madde 30. [Def’-i mefâsid celb-i menâfi’den evlâdır.]⁵³

Çünkü dinin yasakladığı şeylere verdiği önem dinin emrettiği şeylere i’tinâsından önceliklidir. Meselâ eskiden beri harman yeri olan bir mahallin yakınlarında bir kişi ev yapsa sonra harmanın tozu evimin üzerine geliyor diyerek harman sahibinden harmanını oradan kaldırmasını istese, böyle bir harekette bulunmaya hakkı olmaz. Aynı şekilde bir kişinin eline bir miktar sahte para geçse ve aldığı yeri bilmese, onu piyasaya sürmek kendisine yarar sağlasa da diğer insanlara zararı olacağından süremez.

Çocuklara zehir satılmaması, zulümden mazlumu kurtarmak, denize düşen birini kurtarmak için hayırlı işi terk etmek de bu asıldan türemiş meselelerdendir.

Madde 31. [Zarar bi-kaderi’l-imbân def’ olunur.]⁵⁴

Meselâ gaspedilen mal tüketilmiş ise malın aynının (aslının) verilmesi mümkün olamayacağından o mal misliyetten ise mislinin ödenmesiyle, kıyemiyetten ise gasb günlerindeki kıymetinin ödenmesiyle zarar giderilir. Gasb eden, malı gasbedilmiş olan kişiye zararını öder.

Bir kimsenin su kuyusu yakınlarında komşusu bir tuvalet veya yer altı lağımı yapsa ve önceki kuyunun suyuna zarar verse (suyunu kullanılmayacak hale getirirse) zarar giderilmeye çalışılır. Başka şekilde zararın giderilmesi mümkün olmazsa tuvalet ve lağım kapatılır.

Bir kimsenin evinde yaptığı pencereden diğer tarafta kadınların oturduğu bir yer görüldüğü zaman duvar veya tahta perde yapılarak zararın giderilmesini sağlamak da bu kuralla ilgilidir.

53 “دَرَةُ الْمَفَاسِدِ أَوْلَى مِنْ جَلْبِ الْمَنَافِعِ”

54 “الضَّرَرُ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ”

Madde 32. [Hâcet umumi olsun hususi olsun zarûret menzilesine tenzil olunur.⁵⁵

Bey' bi'l vefâya cevaz verilmesi bu kabildendir ki Buhara ahâlisinde borcun çoğalmasıyla görülen ihtiyaç üzerine bu akit, yürürlüğe konmuştur.]

İmamlık gibi ibadetle ilgili konularda adam kiralayıp para vermek batıl kabul edilirken caiz olması, hamam meselesinde insanların kullanacakları suyun miktarını ve zamanı bildirmeksizin ücretle hamama girmelerine izin verilmesi, selem ve istisnâ' gibi muamelâta izin verilmesi hep bu asıldan türeyen meselelerdir.

Hacet: Bir şeye isteyerek ihtiyaç duymaktır.

Madde 33. [İztlrar gayrın hakkını iptal etmez.⁵⁶

Buna binâen bir adam aç kalıp da birinin ekmeğini yese sonra kıymetini vermesi lazım gelir.]

Aynı şekilde bir kişinin üzerine kükremiş deve veya kudurmuş köpek saldırırsa, kişinin başka türlü kurtulması mümkün olmasa ve o deveyi veya köpeği öldürse, daha sonra öldürdüğündeki kıymetlerini ödemesi gerekir.

Madde 34. [Alması memnu' olan şeyin vermesi dahi memnu' olur.]⁵⁷

Meselâ rüşvet almak yasak olduğu gibi rüşvet vermek de yasaktır. Fakat kişi zulüm ve zarara uğramışsa ve bunlardan kurtulması başka yolla mümkün olmuyorsa o zaman rüşvet vermesi caiz olur. Alınmasındaki yasak hiçbir zaman ortadan kalkmaz.

Rüşvet: Meşrû bir sebep olmaksızın alındığından rüşvet alan kişiye mülkiyet ifade etmez. Bundan dolayı rüşvet veren kişi herhalde talep edebilir ve geri alabilir.

55 "الْحَاجَةُ تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ عَامَّةً أَوْ خَاصَّةً"

56 "الاضْطِرَّارُ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الْغَيْرِ"

57 "مَا حَرَّمَ أَخْذَهُ حَرَّمَ إِعْطَاؤَهُ"

Madde 35. [İşlenmesi memnu' olan şeyin istenmesi dahi memnu' olur.]⁵⁸

Meselâ zulüm etmek yasak olduğu gibi bir araç ile başkasına zulüm ettirmek de yasaktır. Aynı şekilde yalan yere şahitlik etmek yasak olduğu gibi başkasının yalan yere şahitlik yapmasını istemek de yasaktır.

Bu kuraldan yemin meselesi istisnadır. Şöyle ki: Yalan yere yemin etmek yasaktır fakat yalan yere yemin ettirmek yasak değildir. Meselâ bir kişi başka birisinin hakkını inkar etse, hak sahibi inkar edene yemin ettirebilir.

Madde 36. [Âdet muhakkemdir.⁵⁹ Yani hükm-i şer'îyi isbât için örf ve adet hakem kılınır; gerek âmm olsun gerek hâs olsun.]

Hakkında nass bulunmayan bir konuda ittifakla örf ve adet hakem kılınır. Fakat nass bulunan hususlarda İmameyn'e göre örf ve adet muteber değildir. Çünkü nass ile örf ve adet birbirlerine zıt olduklarında (teâruz) nass, örf ve adetten daha kuvvetli olduğu için nassa itibar edilir. İmam Yusuf'a gelince, ondan gelen bir rivayet İmameyn'nin rivayeti gibi olsa da başka bir rivayette şöyle açıklanmıştır. Eğer nass örf ve âdete dayanıyorsa i'tibar örf ve âdetedir, değilse nassadır. Meselâ buğday, arpa, tuz ve harmanın ölçekle (keyl); altın ve gümüşün tartıyla (vezin) alınıp verilmesi hakkında bulunan nass asırsaa-dette insanların örf ve adetlerinin öyle olmasına dayandığından ve İmam Yusuf'dan ikinci rivayete göre örf ve âdetin değişmesiyle nassın hükmü dahi değişeceğinden örf ve âdete itibar edilir. İşte bazı imamlar bu işaret edilen rivayeti tercih eder. Bugün insanların tuz ve harmanı tartıyla, altın ve gümüşü sayıyla alıp vermelerini buna bağlamışlardır.

Adet: Birçok tekrarla birlikte insanların devam ve defaatle yaptıkları şeydir.

Örf: Aklın şehadetiyle meşhur olup, selim fitratın hüsnü kabul ile karşıladığı şeydir.

Örf iki kısımdır. Bunlardan biri umumi örf diğeri hususi örfür. Eğer birçok yerde uygulanıyor ve biliniyor ise “umumi örf” tür. Bir beldeye veya bir topluluğa veya bir mahalleye veya belli bir gruba ait ise “hususî örf” olur.

Umumi örf: Genel hakkında hüküm koyar ve onunla hüküm genel olarak sabit olur. Hatta usul ilminde beyân edildiği üzere kat'î hüküm olmak üzere nassı âmm; istisna, şart, sıfat gibilerle tahsis edildiği gibi umumi örf ile de tahsis olunur. Dolayısıyla

58 “مَا حَرَّمَ فَعَلَهُ حَرَّمَ طَلَبَهُ”

59 “الْعَادَةُ مُحَكَّمَةٌ”

“mevcud olmayan şey satma⁶⁰” nassı şerifince ma'dûmu satmak batıl iken mecellenin bey' kitabında görüldüğü gibi istisnâ', örf ve insanların teamülü üzerine istihsanen caiz kılınmıştır, bu suretle zikredilen nass örf ve adetle tahsis edilmiştir.

Hususi örf: Genel hakkında hüküm koymaz ve onunla genel hüküm sabit olamaz. Belki onu örf olarak kabul etmiş olanlar hakkında hakem kılınır. Ve onlara mahsus olarak hüküm sabit olur. Dolayısıyla mecellenin 188. Maddesinde “Bir beldede cârî olan örf ve âdete süregelen şart ile bey' sahih ve mu'teberdir. Dolayısıyla küreği kaplayarak satmanın şart olduğu bilinen bir beldede halktan biri o yerde söylenen bu şart ile birine kürek sat-sa, satıcının zikredilen şarta uyması gerekir. Fakat böyle bir şartın bilinmediği yerde bir kişi bu şartı koşarak satsa şart müfsid ve satış da fasid olur” denilmiştir.

Bu maddenin pek çok kısımları vardır. Özetle mecellenin 353, 354, 495, 555, 829'uncu maddeleri bu maddeden türemiştir.

Madde 37. [Nâsın isti'mali bir hüccettir ki onunla amel vâcib olur.]⁶¹

Yani insanların örf ve âdeti, ihtiyaç duyduklarında müracaat ettikleri bir delildir ve gerektiğinde bunlarla amel edilir. Çünkü “Müminlerin güzel gördüğü şey Allah katında güzeldir.” buyrulmuştur. Meselâ biri sanat ehlinde birine “bana şu kadar kuruşa bir şey yap” dese ve o da kabul etse istisnâ', münakit olur. Hâlbuki satılan şey orada olmadığı için akdin olmaması gerekirdi.

Hüccet: Bir şeyin ispatı için ortaya konulan güçlü bir delildir. Umumi olsun hususi olsun örf ve âdetin delil olması akdi yapan tarafların arasında onun hilafına bir anlaşma olmaması ve Şari' tarafından nass bulunmaması şartıyla geçerlidir. Eğer örf'e muğayir bir anlaşma olursa veya nass bulunursa örfün hükmü olmaz. Çünkü “tasrih mukabilinde delaletle i'tibar yoktur.”⁶²

Şurası izaha muhtaçtır ki: Hakkında ayet bulunmayan fıkhi meselelerde büyük fakihlerin dikkate aldıkları şey örf ve adettir. İhtilafların çoğu da örf ve adetten çıkmıştır. Ahkâm-ı şer'iyyeyi ameliyyenin çoğu örf ve âdete dayandığı için ve örf ve adet ise çoğunlukla değiştiği için hükümler de değişmiştir. Meselâ Mütেকaddimûn fakihlerine göre; satın alınan evin bir odasını görmekle görme muhayyerliğinin düşmesi gerekir. Mütelahhirûn fakihlerine göre ise görme muhayyerliğinin düşmesi için her odasının ayrı ayrı görülmesi gerekir. Bu durum örf ve âdetin değişmesiyle ortaya çıkmış bir ihtilaftır.

60 Buhârî, Büyü', 55; Ebû Dâvud, Talak, 7; Tirmizî, Büyü', 19; Nesâî, Büyü', 50, 72.

61 “اسْتِعْمَالُ النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا”

62 Mecelle mad. 13.

Örfün çok büyük bir önemi vardır: Örfî kullanım ile şer’î kullanım teâruz edince örfî kullanım tercih edilir.

Bu madde 36. madde ile anlamca aynıdır, sadece başlıkları değişiktir. Çünkü örf ile adet eş anlamlı olarak kullanılır bunların eş anlamlı kullanılmadığını söyleyenler bile birbirine zıt olduklarına hükmetmemişlerdir.

Bundan sonra gelecek olan 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45’ inci maddeler bu madde-nin altında toplanabilir.

Madde 38. [Âdeten mümteni’ olan şey hakikaten mümteni gibidir.]⁶³

Meselâ bir kimse başkaları tarafından nesebi bilinen veya kendisinden yaşça büyük olan birine “Bu benim oğlumdur” dese, bu iddiası kabul edilmez. Vefatından sonra o kimse ölenin vârisine iddiada bulunsa bu iddiası kabul edilmez. Çünkü ona nisbetle, çocuğu olması âdeten imkânsızdır.

Madde 39. [Zamanın tağayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkâr olunamaz.]⁶⁴

Yani zamanın değişmesiyle fer’î ahkâmın üzerine bina edildiği şey değişirse onun üzerine dayandığı ahkâmın da değiştirilmesi inkâr olunamaz. Şöyle ki: Zamanın değişmesiyle insanların hal ve hareketlerinin veya örf ve adetlerinin değişmesine bağlı olan hükümler bile değişir. Çünkü bir asırda faydalı olan şey başka bir asırda zararlı olabilir. Meselâ Mütেকaddimûn fakihlerine göre dürülmüş bir elbisenin zahirini görmek yeterli olurdu fakat Mütעהhirûndan İmam Züfer Hazretleri elbiseyi açıp her tarafını görmek gerektiğini ifade etmiş ve zamanımızda fetva dahi bu merkezde verilmiş olduğundan şimdi elbisenin zahirini görmek yeterli değildir. Çünkü elbisenin içi ve dışı aynı tarzda yapılmamaya başlamıştır. İşte şu hükümlerin değişmesi bir delil olup, ondan diğerine muhalif hüküm çıkarılmasından ileri gelmez. Belki zamanın değişmesinden ortaya çıkmış bir durumdur.

63 “الْمُتَمَّنِعُ عَادَةٌ كَالْمُتَمَّنِعِ حَقِيقَةً”

64 “لَا يُنْكَرُ تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَوْزَانِ”

Madde 40. [Âdetin delâletiyle ma'nâ-yı hakikî terk olunur.]⁶⁵

Meselâ bir kişi “Et yemeyeceğim” diye yemin etse ve insan eti yese ettiği yemini bozmuş olmaz. Çünkü insan eti yenmez. Fakat İmam-ı Âzam’a göre karşılıklı anlaşmayla üzerine vaki olduğundan yemini bozulur.

Madde 41. [Adet ancak muttarid yahut galip olduğunda muteber olur.]⁶⁶

Muttarid olduğunda⁶⁷ mu'teber olması zahirdir, galip olduğunda mu'teber olması ise şundandır: Genelde yapılanın haricinde nadir olarak gerçekleşen şeye i'tibâr olunmaz. Çünkü nadir yok hükmündedir.

Meselâ, çeşitli yerlerde parası geçerli olan bir memleketin parasının yalnız miktarı zikredilip, cins ve sıfatı belirtilmeyerek mutlak bedel üzerine pazarlık yapılırsa, akit o beldenin revaçtaki galip para birimi üzerinden gerçekleşmiş olur. Çünkü bilinen o para birimidir. Örf ile ta'yin ise nass ile ta'yin gibi olduğundan, semen mutlak olarak zikredildiğinde o beldenin kullanılan para birimine hamledilmesi gerekir.

Bu madde örf ve âdetin şartlarından olduğu için 36, 37, 40. maddeleri kapsamaktadır.

Madde 42. [İtibar galib-i şayiadır, nadire değildir.]⁶⁸

Meselâ, İmam-ı Azam'a göre; bir çocuk sefih olarak baliğ olursa rüşd yaşı olan yirmi beş yaşına kadar malları üzerindeki tasarrufu engellenir. Zikredilen yaşa ulaştığında rüşdü tahakkuk etmese bile malları kendisine verilir. Çünkü rüşd genellikle yirmi beş yaşında gerçekleşir. Nadiren ise gerçekleşmez. Nadir ise ma'dûm hükmündedir.

Erkek ve kadından her biri için buluğ yaşının on beş yaş olarak, mefkud hakkında ömrünün doksan yaş olarak belirlenmesi bu asla dayandırılan meselelerdendir.

Bu madde önceki maddenin ikinci bölümünün delili mesabesinde olduğundan, ikisi bir araya getirilince şu şekli alır: “Adet galip olursa muteber olur, çünkü itibâr yaygın olanadır; nadire değildir.”

65 “الْحَقِيقَةُ تَتْرُكُ بَدَلَالَةَ الْعَادَةِ”

66 “إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَدَتْ أَوْ عَلَبَتْ”

67 Örf ve âdetin geçerli bir delil sayılması için bunun muttarid veya galip yani kesintisiz uzun bir zamandır çoğunluk tarafından yapılagelmekte olması gerekir.

68 “الْعِبْرَةُ لِلْغَالِبِ الشَّاعِلِ لَا لِلنَّادِرِ”

Madde 43. [Örf ile ma'ruf olan şey, şart kılınmış gibidir.]⁶⁹

Yani örf ve adet ile bilinen şey, söz ile şart kılınmış hükmündedir.

Meselâ: Bir kimse gelir getirmek üzere hazırlanmış olan bir sürücü koltuğuna, arabaya veya tramvaya, vapura ve şimendifere binip gitse, bunların hepsine ayrı ayrı ücret ödemek örfte ma'ruf olduğundan bu kimsenin ecri misil vermesi gerekir.

Hana gidip yatmak ve hamama girip yıkanmak, ücret karşılığında hizmet eden bir kimseyi istihdam etmek gibi hususlarda, ecr-i misil ödenmesinin gerekli olması bu asla dayandırılan meselelerdendir.

Madde 44. [Beyne't-tüccar ma'ruf olan şey, beynlerinde meşrut gibidir.]⁷⁰

Meselâ: Bir tüccar peşin veya veresiye diye konuşmadan, çarşıda kullanılan para ile bir şey satsa, ay veya hafta başında bunun parasından bir miktarını alması da tüccarlar arasında ma'ruf bir konu olsa, zikredilen satışta açıklama yapılmadan bilinen zamanda parası ödenir.

Buna göre, adetleri üzerine o kadar parayı, satıcı olan tacir vade bitince alır. Paranın hepsini peşin alıram diyemez.

Her halükârda, alışverişe vekil olan kimse, müvekkilinin malını uygun gördüğü paha ile veya tüccarlar arasında ma'ruf olmuş (örf haline gelmiş) bir müddette ödenmek üzere veresiye satabilir.

Madde 45. [Örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir.]⁷¹

Yani bir şey nasıl nassın kanun koymasıyla ta'yin olursa, her zaman uygulanagelmüş veya çoğunluk tarafından uygulanmış olan örf ve adetle de öylece ta'yin olunur.

Meselâ: Bir kimse birine beygirini herhangi bir şart koymaksızın ödünç olarak verse, ödünç alan ona dilediği zaman biner, dilediği yere gider. Fakat genel olarak iki saatte

69 “المَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا”

70 “المَعْرُوفُ بَيْنَ التُّجَّارِ كَالْمَشْرُوطِ بَيْنَهُمْ”

71 “التَّعْيِينُ بِالْعُرْفِ كَالْتَّعْيِينِ بِالنَّصِّ”

gidilen yere bir saatte gidemez. Bunun gibi mutlak surette kiralanen bir han odasında kiralayıp kalan kişi, dilerse bir şey söylemez dilerse memnuniyetini açıklar. Fakat örf ve âdetin hilafına hareket ederek orada demircilik yapamaz.

Madde 46. [Mani' ve muktezî tearuz ettikte mani' takdim olunur.]⁷²

Buna göre, bir adam borçlusunu elinde merhun olan malını başkasına satamaz.]⁷³

Zira o mal rehin verenin mülkü olması nedeniyle mal üzerinde tam yetki gerekir. Mala mürtehinin hapis hakkı taalluk etmesiyle mal üzerindeki yetkisine engel olup, bu suretle mani' ve muktezî tearuz ettiğinden mani' öne alınır.

Burada hakk-ı mülk (elde bulundurma hakkı), hakikat-i mülk (gerçek mülkiyet) üzerine takdim olunur.

Çünkü tehir ile ancak menfaat ortadan kayboluyor, hakikati mülkiyeti öne almada ise aynın ortadan kalkması gerekiyor.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 590. ve 1765. maddeleri bu asla dayanan alt maddelerdendir.

Madde 47. [Vücutta bir şeye tâbî olan, hükümde dahi ona tâbî olur.]⁷⁴

Buna göre bir gebe hayvan satıldığında, karnındaki yavrusu da tâbî olarak satılmış olur.]

Bey' ve hibede anne karnındaki yavru için ayrıca bir hüküm yoktur. Bunun için hamlin satılması câiz olmadığı gibi hibesi dahi caiz değildir. Çünkü alışveriş ve hibe esnasında bey' konusu olan malın ve hibe edilen şeyin mevcut olması bey' ve hibenin şartlarındandır.

Mecellenin 230, 231, 232, 234. maddeleri de bu kâideden türemiştir.

72 “إِذَا تَعَارَضَ الْمَانِعُ وَالْمُقْتَضَى يُقَدَّمُ الْمَانِعُ”

73 Mani, bir işin geçersizliğini, muktezi ise geçerliliğini gerektiren şey demektir. Bu ikisi karşılaştığında mani' ön planda tutulur.

74 “التَّابِعُ تَابِعٌ”

Madde 48. [Tâbî olan şeye ayrıca hüküm verilemez.⁷⁵

Meselâ bir hayvanın karnındaki yavru ayrıca satılamaz.]

Çünkü o hayvanın cüzleri kendisinin ayrılmaz parçası menzilindedir. Şayet bu parçalar satılmış olsa, bey' fasid olur. Yine bir hayvanın karnındaki yavrusu kiralanamaz ve rehin konusu dahi edilemez.

Tâbî' olarak satılmış olan bir parçanın para konusu edilememesi de bu asla dayanan meselelerdendir.

Her kâidenin istisnası olduğu gibi bu kâidenin de istisnası vardır. Özetle bu kâideye bakarak anne karnındakine vasiyetin geçerli olmaması gerekirken geçerli olmuştur. Zira vasiyet mirasın benzeridir ki, mirasçı olan kimse, miras bırakan kimseye bazı durumlarda muhalefet eder. Vasiyette kabul şarttır, hâlbuki anne karnındakine vasiyette kabul bulunmuyor denilirse, şöyle cevaplanır:

Vasiyet bir yönden hibeye, bir yönden mirasa benzer. Hibeye benzemesi yönünden mümkün olduğu takdirde kabul şart kılınır. Mirasa benzemesi yönünden ise mümkün olmadığı takdirde şüphe ile amel nedeniyle kabul sakıt olur.

Madde 49. [Bir şeye malik olan ol şeyin zaruriyyatından olan şeye dahi malik olur.⁷⁶

Meselâ bir evi satın alan kimse ona bitişik olan yola dahi malik olur.]

Yani o yolda geçiş hakkına (hakkı mürur) sahip olur, rakabesine sahip olmaz. Bundan dolayı akit esnasında, ev satımında yolun bey'e dâhil olduğunu açıklamaya gerek yoktur.

Bu madde 47. maddenin bölümlerinden gibidir.

Madde 50. [Asıl sakıt oldukça, fer' dahi sakıt olur.]⁷⁷

Çünkü asıl kuvvetli, fer' zayıftır. Bundan dolayı güçlü olanın ortadan kalkmasıyla zayıfında ortadan kalkması gerekir. Ancak fer' sakıt olduğunda, asıl ortadan kalkmaz. Meselâ kefilli bir borçta, borçlu olan borcundan beraat edince kefilde beraat eder. Fakat

75 “التَّابِعُ لَا يَفْرُدُ بِالْحُكْمِ”

76 “مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ صُرُورَاتِهِ”

77 “إِذَا سَقَطَ الْأَصْلُ سَقَطَ الْفُرْعُ”

borca kefil olan kimseyi alacaklı kefaletinden ihraç etse, zikredilen borçtan asıl borçlunun zimmeti beri olmaz. Asıl borcun düşmesiyle, temsilcinin ve müvekkilin borçtan kurtulması ve vekilin borçtan kurtulması da bu asla dayanan meselelerdendir.

Bazen asıl sabit olmadığı halde fer' sabit olur. Meselâ; Bir kimse Zeyd'in Bekir'e olan şu kadar kuruş borcuna ben kefilim dese, Zeyd de Bekir'e borcu olduğunu inkâr etse, o kimsenin Bekir'e o kadar kuruş para vermesi gerekir.

Madde 51. [Sakit olan şey avdet etmez. Yani giden geri gelmez.]⁷⁸

Meselâ: Alacaklı, zimmetindeki alacağından borçluyu ibra etse, artık o borcu ondan dâvâ edemez. Bunun gibi terikenin üçte birinden fazlasına icazet veren vâris, icazetinden geri dönemez.

Öldürülen kişinin vârisleri katili kısas konusunda affettiklerinde, sonrasında kısas ve diyet talep edememeleri bu asla dayandırılan meselelerdendir.

Madde 52. [Bir şey batıl olduğta, anın zımnındaki şey dahi batıl olur.]⁷⁹

Meselâ; Zeyd Bekir'e bir at satın, parasını aldıktan ve atı ona teslim ettikten sonra, bir adam mahkeme huzurunda istihkak dâvâsı açarak, atı Bekir'den delilleriyle alsın, Bekir Zeyd'e parasıyla müracaat eder. Zira akit batıl olduğundan onun zımnındaki ibrada batıl olur.

Bu kâidenin istisnaları vardır. Bu cümleden olarak, şuf'a hakkı, geçiş hakkı gibi mücerred haklardan üzerine bir kimse, bir bedel mukabilinde diğeriyle aralarında anlaşmış olsa, yani bu haklarından vazgeçse, sulh bedeli gerekmediği halde sulh zımnındaki sükût hakkı batıl olmaz.

78 “السَّاقِطُ لَا يَعُودُ”

79 “إِذَا بَطَلَ شَيْءٌ بَطَلَ مَا فِي ضَمْنِهِ”

Madde 53. [Aslın ifası kabil olmadığı halde bedeli ifa olunur.]⁸⁰

Meselâ: Bir kimse diğerine bir aylık olarak ev kiraya verse, ay asıldır. Yani bir aylık kira olması asıldır. Ancak akit 2 ayda gerçekleşip aslın ifası mümkün olmasa, bedeli olan günler ifa olunur. Bunun gibi gasbedilen mal, gasıb elinde telef olup da aslın ifası mümkün olmasa, bedeli olmak üzere gasbedilen mal kıyemi olduğu takdirde zaman ve mekân gasbındaki kıymeti, misli maldan olduğu surette ise misli ifa olunur.

Madde 54. [Bizzat tecviz olunmayan şey bit-teba' tecviz olunabilir.]⁸¹

Meselâ müşteri malı kabz için satıcıyı vekil kılma caiz olmaz. Ama satın aldığı erzağı ölçüp koymak için satıcıya çuvalı verip satıcı erzağı çuvala koyarsa zımnen ve teb'an kabz bulunur.]

Müşterinin satın alınan malı, kabz için satıcıyı vekil kılmasının geçerli olmaması, satıcının müşteri tarafından kabza kasten vekil olmaya ehil olmamasındandır.

Zira bir şahısta iki zıt sıfatın toplanmış olmaması gerekir.

Çeşmeden içme (şirb) hakkı, akan suyu kullanma (mesil) hakkı, geçiş (murur) hakkı gibi mücerret hakların bizzat satılmaları caiz olmadığı halde, arâziye bağlı olarak satılmalarının caiz olması dahi bu asla dayanan meselelerdendir.

Madde 55. [İbtidaen tecviz olunmayan şey bekaen tecviz olunabilir.]⁸²

Meselâ; Şayi' hisseyi (bölünmemiş maldaki ortaklı hisse) hibe etmek sahih değildir.]

Yani taksim edilebilen bir malın şayi' hissesini ayırmadan önce hibe etmek sahih değildir. Çünkü icap ve kabul ile akit yapılsa da hibe, hibe konusu malın kabz edilmesiyle (teslim alınmasıyla) tamamlanır. Hâlbuki şayi' hissede tam bir kabzın meydana gelmesi diğer hisselerin tazmin olunmasına bağlıdır. Fakat taksim olunamayan malın şayialı hissesini hibe etmek geçerlidir. Zira onda zaruret olduğundan eksik kabz yeterlidir.

80 "إِذَا بَطَلَ الْأَصْلُ يُصَارُ إِلَى التَّبَدُّلِ"

81 "يُغْتَفَرُ فِي التَّوَابِعِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي غَيْرِهَا"

82 "يُغْتَفَرُ فِي الْبَقَاءِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ"

[Ancak hediye edilen bir malın şayialı hissesini bir hak sahibi çıkıp ele geçirse, hibe geçersiz olmaz, kalan hisse kendi lehine hediye edilenin malı olur.]

Çünkü fukaha, şöyle demiştir: taksim edilebilen mallardan hissenin şayi olması asli olursa bu durum (şüyu'-u aslî) hibenin sıhhatine mani olur, ancak (şüyu'-u târî) sonradan şâyi' hisseli olmak, hibeye mani olmaz.

Madde 56. [Beka ibtidâdan esheldir.]⁸³

Bu madde bundan önceki maddenin aslıdır. Şu halde ikisi bir araya getirilince şöyle olur; “İbtidaen tecviz olunmayan şey bekaen tecviz olunur. “Zira var olan şeyin devam etmesi ilk defa meydana gelmesinden kolaydır. Meselâ, Zeyd Bekir’e bir ev hibe ve teslim ettikten sonra yarısından rüçû’ etse geri kalan yarısı ortak hissenin kendisine hibe edilen kişi tasarrufunda kalmasına engel değildir.

Madde 57. [Teberru ancak kabz ile tamam olur.]⁸⁴

Meselâ; Bir adam birine bir şey hibe etse kazdan önce hibe tamamlanmaz]

Kabz bulunmaksızın kendisine hibe edilen kişi hibe edilen şeyin maliki olamaz. Çünkü Cenab-ı Peygamber: “Hibe kabzedilene kadar geçerli değildir”⁸⁵ buyurmuştur. Buna göre kabzdan önce hibe edilen kişi vefat ederse hibe batıl olacağından vârisleri kabza muktedir olamaz. Böylece kabzdan önce hibe eden vefat ederse hibe geçersiz olacağı için, lehine hibede bulunulan (mevhubu leh), hibe edenin (vahib) mirasçılarından malı alamaz. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*’nin 849. maddesine bak.

Madde 58. [Raiye yani teb’a üzerine tasarruf maslahata menuttur.]⁸⁶

Buna göre velayeti müslümanların devlet başkanına ait bir maktülün, katili hakkında, umumun maslahatının ihtiyacına göre kısas yahut beytül mala geçirilmek üzere diyet seçeneklerinden hangisini hükümdar emrederse caiz olur. Fakat katili affedemez.

83 “الْبَقَاءُ أَشْهَلُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ”

84 “التَّبْرُوحُ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ”

85 Hadisle ilgili konu başlığı için bkz.: Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, (Mekke: Mektebetü Dari'l-Baz, 1994), 6: 169.

86 “التَّصَرُّفُ عَلَى الرُّغْبَةِ مُنَوِّطٌ بِالْمَصْلَاحَةِ”

Mecellenin 919 ve 1616 maddeleri de bu kâideye örnektir.

Raiyye: Bir hükümdarın vatandaşlarına denir. İster hükümdarın dininden olsun ister diğer dininden (mezhep) olsun.

Madde 59. [Velayeti hassa velayeti ammeden akvadır.⁸⁷

Meselâ vakfın sorumluluğunu üstlenen kişinin (mütevelli) velayeti, kadının velayetinden daha kuvvetlidir.]

Buna göre, mütevelli varken hâkimin vakıfta tasarrufu geçerli olmaz.

Şöyle ki, mütevellinin vakfa hıyâneti ortaya çıkarsa, kadı genele şamil velayeti ile onun üzerine bir müfettiş tayin eder veya onu azlederek yerine vakfın işlerini yürütmeye muktedir ve dürüst bir kimseyi mütevelli olarak atar.

Velayet: Başkası üzerine tasarruf sahibi olmaktır ki, iki kısımdır. Biri velayeti amme diğeri velayeti hassadır.

İnsanların yöneticisi ve rehberi olduğundan hükümdarın dini ve dünyevi işlerde halk üzerine umumi velayeti olduğu gibi vali ve kadıların vesairenin de memur oldukları vilayet, sancak ve kazalarda insanlar üzerinde umumi velayetleri vardır. Bunun için maslahatın gerçekleşmesine göre halk üzerine tasarrufları caizdir.

Mecellenin 974. maddesinde hâkimin dışında dereceleri tayin olunan veli ve vasi-lerin velayetleri ile vakıf mütevellisinin velayeti; veli, vasi ve mütevelli oldukları sabiye, mecnuna, ma'tuha, vakfa münhasır olduğundan velayet-i hassa kabîlindedir.

Madde 60. [Kelâmın i'mâli ihmâlinde evlâdır.⁸⁸

Yani bir kelâmın bir mânâya hamli mümkün oldukça ihmâl, yani manasız, bırakılmamalıdır.]

Çünkü manasız sözün, akıllı insandan çıkması düşünülemez. Hakiki olmasına delil olacak bir ibare bulunmadıkça hakiki mana ve karine bulunursa da asıl mananın yerine tayin edilen mecaz anlam kullanılır. Meselâ bir kimse vefatından sonra malının üçte biri

87 "الْوَلَايَةُ الْحَاصَةُ أَقْوَى مِنْ الْوَلَايَةِ الْعَامَّةِ"

88 "إِعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ"

filanın çocuklarına verilsin diye vasiyet etse, gerek erkek gerek kız o kimsenin çocukları oldukça torunlarına bir şey verilmez. Çünkü müfred olsun cemi' olsun çocuğun erkeğe nazarla çocuk sulbünde ve kıza nazarla kullanımı hakiki manada olup torunlara kullanımı mecaz anlamdır. Fakat o kimsenin çocukları yaşamıyor ise o zaman torunlarına verilir. Zira “Manayı hakiki müteazzir oldukda mecaza gidilir.”

Şurası dikkat edilmesi gereken bir meseledir ki, her kelamın i'mâli ihmâlinden evlâ değildir; akıllı insandan südür eden sözün i'mâli, ihmâlinden evlâdır. Yoksa mecnûn, çocuk, gayrı mümeyyiz gibi âkil olmayanlardan südür eden kelâma i'tibar edilmez.

Madde 61. [Hakiki manayı vermek imkânsız olduğunda mecaza gidilir.]⁸⁹

Zira mecaz hakikatin halefi ve bir şubesidir. Binâen aleyh hakiki manayı vermek imkânsız olmadıkça mecaza gidilmez. Eğer hakiki manayı vermek imkânsız olursa o surette mecaza gidilir. Hakiki mana ya âdeten terk edilmiş olur. Meselâ bir kimse ‘ben filanın hanesine ayak basmam’ diye yemin etse, sadece ayağıyla basmak âdeten imkânsız olduğundan bu kelam mutlak olarak haneye girmek manasına hamledir. O halde o kimse her ne suretle olursa olsun o haneye girmekle yeminini bozmuş olur. Hakiki mana ya da şeran terk edilmiş olur. Meselâ bir kimse birine “ben seni filanla husumete vekil tayin ettim” dese husumet şer’an yasaklanmış olduğundan bu kelam ikrar ve inkâr yönüyle dâvâ vekâleti manasına hamledir.

Şu hususun açıklanması da gerekir ki, hakiki mana ile mecaz manası bir arada kullanılmaz. Zira manaya nazarla lafız, şahsa nazarla elbise yerinde olup, hakiki manada sahip olunan elbise, mecâzi manada ödünç elbise gibidir. Bir elbisenin aynı anda hem sahip olunan hem ödünç alınan olması muhal olduğu gibi bir lafzın da hakikat ve mecaz yolu ile birlikte kullanılması muhaldir.

Madde 62. [Bir kelamın i'mâli mümkün olmazsa ihmal olunur.]⁹⁰

Yani bir kelamın hakiki ve mecazi bir manaya hamli mümkün olmazsa o halde mühmel yani manasız bırakılır.]

Meselâ bir kimse başkası tarafından nesebi bilinen eşine “bu benim kızımdır” demiş olsa ihmal olunur. Çünkü başkası tarafından nesebi bilindiğinden dolayı hakiki manasına ve vârisi bulunduğundan dolayı mecaz manası olan vasiyete hamli mümkün olamaz.

89 “إِذَا تَدَرَّتْ الْحَقِيقَةُ بُصَارًا إِلَى الْمَجَازِ”

90 “إِذَا تَدَرَّتْ أَعْمَالُ الْكَلَامِ مُهْمَلٌ”

Madde 63. [Mütecezzi olmayan bir şeyin bir parçasını zikretmek, tamamını zikretmek gibidir.]⁹¹

Meselâ bir kimse zevcesine hitaben “benden yarım boş ol” demiş olsa, talak bölünemeyeceğine göre o kimsenin zevcesi bir talak ile boş olmuş olur. Bunun gibi maktulün vârislerinden biri katili kısastan affetmiş olsa kısas tamamen düşer. Fakat diğer vârislerin hakları diyete dönmüş olur.

Madde64. [Eğer nas veya delalet ile takyid-i delili bulunmaz ise mutlak itlakı üzere cari olur.]⁹²

Meselâ bir kimse birini alışverişe vekil tayin etse, vekil tayin edilen kişi her ne alırsa alsın sahih olur.

Eğer sarahaten veyahut delaleten delil kayıtlanmış olursa kaydın hükmü ile amel olunur. Meselâ bir kimse birine ‘şu malı şu kadara sat’ diye vekâlet verse vekil ondan noksana satamaz. Satarsa satış müvekkilin icazetine bağlı olarak gerçekleşir. Bunun gibi bir kimse bahar mevsiminde şallı cübbe alması için birini vekil tayin etse o yazın giymek üzere cübbe alması için vekâlet vermiş olacağından mevsim geçtikten sonra veya ertesi sene almış olsa müvekkili hakkında geçerli olmayıp vekilin kendi üzerinde kalır. Çünkü delaleten takyid vardır.

Mutlak: Kayıttan ari ve umumi olup hususi olmayandır. Mukayyed bunun zıddıdır.

*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*²’de bu maddenin pek çok alt başlığı vardır. Özetle 572, 819, 1414. maddelerine bak.

Madde 65. [Hazırdaki vasf lağv, gaibdeki vasıf muteberdir.]⁹³ Meselâ satıcı alışveriş meclisinde hazır olan bir kıratı satacak olduğu halde şu yağız atı şu kadar bin kuruşa sattım dese icabı muteber olup yağız tabiri lağvedilmiş olur.]

Eğer müşarun ileyh müsemmanın cinsinden olmayıp da başka cinsten olursa o halde i’tibâr müsemmaya (ismi konulana) olduğundan akit batıl olur. Zira işaretin muteber olmasında ittihad-ı cins (cinslerin birliği) şarttır.

91 “ذِكْرُ بَعْضٍ مَا لَا يَتَجَرَّأُ كَذْبُكَ كَلِّ”

92 “الْمَطْلُوقُ يَجْرَى عَلَى إِطْلَاقِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ دَلِيلَ التَّقْيِيدِ نَصًّا أَوْ دَلَالَةً”

93 “الْوُصْفُ فِي الْحَاضِرِ لَوْ وَفَى الْغَائِبِ مُعْتَبَرٌ”

[Ancak meydana olmayan bir kıratı yağız diye satsa vasfın muteber olmasıyla alışveriş mün'akit olmaz.]

Yani lazım olmaz. Zira meydana olmayan şeye işaret mümkün olmadığı cihetle her halde tesmiye (isimlendirme) ve vasfı muteberdir.

Bir cinsten olan şeylerde işaret ile tavsif (vasıflandırma) ve tesmiye (isimlendirme) içtima ederse tavsif ve tesmiye muteber olur. Meselâ bir kimse Zeyd'in imamlığına tâbî oldum dese, iktidâ ettiğinin Zeyd değil de Bekir olduğu ortaya çıksa, iktidâsı sahihtir.

Bir cinsten olmayan şeylerde işaret ile tavsif ve tesmiye bir arada bulunsa, tavsif ve tesmiye mu'teber olur. Meselâ bir kimse şu yakut taşı şu kadar bin liraya sattım, müşteri de kabul ettim dedikten sonra satılan malın yakut olmayıp sırça olduğu ortaya çıksa akıt batıl olur. Çünkü mevcud olmayan bir şeyi satmaktır.

Bir cinsten olup da vasıfları muhtelif olan şeylerde işaret muteber olur. Fakat sıfat bulunmazsa müşteri muhayyerdir. Meselâ biri diğerine yakutu ahmer (kırmızı yakut) diye yakut sattıktan sonra gündüzün sarı olduğu ortaya çıksa satım akdi sahih olsa da müşteri muhayyerdir. Dilerse beyi kabul eder, dilerse fesheder.

Cins; Aralarında maksad bakımından büyük farklılıklar bulunmayan birçok ferdi ifade etmek üzere kullanılan şeydir. Bu tarif fukahaya göredir. **Şu** halde mantıkçıların cins tarifi ile fukahânın cins tarifi arasında fark var demektir.

Vasıf; Bir şeye tabi olup ondan ayrı olmakla beraber onun hüsn ve kıymetini artıran şeydir. Bu tarif fukaya göre olup yemine ve şarta konu olmayan vasıf demektir ki buna vasf-ı mu'tâd ve vasf-ı müteârif denir.

Madde 66. [Sual cevapta iade olunmuş addolunur.⁹⁴

Yani tasdik olunan bir sualde ne denilmiş ise cevap veren onu söylemiş hükümdedir.]

Meselâ bir kimsenin hâkimin huzurunda “benim filandan şu kadar alacağım var” diye iddiada bulunması üzerine hâkim dâvâlıyı huzuruna celp edip “bu adam sende şu kadar alacağı olduğunu iddia ediyor. Sen ne dersin?” dediğinde dâvâlı “evet” yahut “vardır” derse o kimsenin onda o kadar alacağı olduğunu ikrar etmiş olur. Bunun gibi bir mecliste otururken meselâ şu haneye girerse Zeyd'in zevcesi boştur diye mecliste bulunanlardan biri bir söz söyledikten sonra Zeyd de ‘evet’ derse üzerine yemin vaki olduğundan zevcesi belirtilen eve girdiği surette boş olmuş olur.

94 “السُّؤَالُ مُنَادٍ فِي الْجَوَابِ”

Madde 67. [Sükût edene bir söz isnad olunmaz. Lakin ihtiyacın görüldüğü durumda sükût beyândır.⁹⁵ Yani sukut eden kimseye şu sözü söylemiş oldu denilemez.]

Meselâ bir kimse birinden ariyeten bir şeyi istedikten sonra sahibi sukut etse o kimse o şeyi alamaz. Eğer alırsa gasıb olur ve elinde telef olduğu takdirde üzerine tazmin etmek lazım gelir. Zira borç sükût ile sabit olmaz.

[Fakat konuşması gereken yerde sükût etmesi, ikrar ve beyân kabul edilir.]

Meselâ peşin satışta müşteri semeni tamamen ödeyinceye kadar satıcının satacağı şeyi elinde tutmaya hakkı vardır. Fakat müşteri mebbî, elinde bulundurmamak için alırken satıcı görüp de sükût etse delaleten almasına izin vermiş olduğundan hapis hakkını düşürmüş olur.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 438, 472, 971, 1032, 1659, 1751, 1822. maddeleri dahi bu istisna-i fıkranın teferruatından olduğundan onlarda dahi sükût beyân addolunur.

Madde 68. [Bir şeyin batnî işlerdeki delili o şeyin makamına kaim olur.⁹⁶

Yani hakikatine ulaşma imkânı çok zor olan batnî işlerde zahiri delil ile hükümlenir.]

Meselâ müşteri malın aybına muttâl olduğunda muhayyerdir. Dilerse malı belirtilen para ile kabul eder. Dilerse reddeder. Fakat malın aybına muttali olduktan sonra devamı yahut satışa arz eylemesi rızaya delil olduğundan bir daha onu satıcıya iâde edemez.

Madde 69. [Mukatebe (yazışmak) muhataba (karşılıklı görüşme) gibidir.]⁹⁷

Yani muhataba ile husule gelecek maksat mukatebe ile de husule gelir. Meselâ İstanbul'da bulunan bir kimse İzmir'de bulunan diğer bir kimseye 'sana filan cihetten şu kadar kuruş borcum vardır' diye ma'nûn ve mersûm (arzedilmiş ve işaretli) bir mektup yazıp gönderse o kimseye o cihetten o kadar kuruş borcu olduğunu ikrar etmiş olur. "Zira gaipten kitap hazırdan hitap gibidir. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 1606. maddesine bak.

Senetlerin hükme medar olması bu asla dayanır. Fakat şüphe-i tezvîr (sahtelik şüphesi) ve tasni'den (düzmeçilik şüphesinden) salim olmayan senetlerin muhtevaları iki şahit ile ispat olmadıkça mu'teber olmaz.

95 "لَا يُنْسَبُ إِلَى سَاكِنٍ قَوْلُ لِكَيْلِ الشُّكُوتِ فِي مَعْرِضِ الْحَاجَةِ بَيَانًا"

96 "رَبِّلِ الشَّيْءِ فِي الْأُمُورِ الْبَاطِنَةِ يُقَوْمُ مَقَامَهُ"

97 "الِكِتَابِ"

Madde 70. [Dilsizin işaret-i ma'hudesi (bilinen, anlaşılan hareketleri) lisan ile beyân gibidir.]⁹⁸

Alışveriş, icare, hibe, rehin, nikâh, talak, ibra, ikrar, dâvâdan feragat, yemin, yeminden kaçınmak gibi şeylerde dilsizin işareti ibaresi makamına kaimdir. Şu kadar var ki işaretin ma'hûde olması lazımdır. Ancak hadler ve şahitlikte dilsizin işareti muteber değildir.

Konuşanın işareti ma'ruf bile olsa muteber olamaz. Fakat aslında konuşup da sonradan bir arıza ile tekellüme muktedir olmayan kimsenin bu hali ölünceye kadar devam ederse fetvaya uygun olan, işaretinin muteber olmasıdır.

Madde 71. [Tercümanın kavli her hususta kabul olunur.]⁹⁹

Binâen aleyh mütehasimin (dâvâlaşan taraflar) veya şahitlerinin lisanlarını anlamadığı durumda hâkim mahkemedeki tercümanın tercümesine göre muhakeme ve istihşad ederek hüküm icra eder. Fakat bu babda tercümanın sözünün makbul ve muteber olması için birinden diğerine nakil ve tercüme edeceği lisanların şivelerine vakıf olmasıyla beraber güvenilir ve mutemed olması lazımdır. Tercümanın bir tane olması kifayet ederse de hıyanet ihtimalini kesmek için fikhen iki tane olmasını iyi görmüşlerdir.

Madde 72. [Hatası zahir olan zanna i'tibâr yoktur.]¹⁰⁰

Meselâ bir kimsenin borcuna kefil olan kimse kefil olduğu kişinin borcunu ödendiğine muttali olmaksızın kefil olduğu borcu ödedikten sonra o belirtilen borcun borçlu tarafından ödenmiş olduğu ortaya çıksa kefil verdiği akçeyi lehine kefil olunan (mekfûlun leh)'dan geri alır.

98 "الإِعَارَاتُ الْمُتَهَوِّدَةُ لِلْأَخْرَسِ كَالنِّيَانِ بِاللِّسَانِ"

99 "يَقْبَلُ قَوْلُ الْمُتَرْجِمِ مُطْلَقًا"

100 "لَا عِبْرَةَ بِالظَّنِّ التَّبَيِّنِ حَطْوَةً"

Madde 73. [Senede dayanan ihtimal ile huccet yoktur.]¹⁰¹

Meselâ bir kimse vârislerinden birine şu kadar kuruş borcu olduğunu ikrar ettiği takdirde eğer maraz-ı mevtime ise diğer vârisler tasdik etmedikçe bu kararı delil değildir. Zira diğer vârislerden mal kaçırmak ihtimali maraz-ı mevte dayanır.]

Yani senede dayanır.

[Ancak sıhhatli olduğu zamanda ikrarı muteber olur. Ve o halde olan ihtimal yalnız bir çeşit zann olduğundan ikrarın delilliğine mani olmaz.] Zira tevehhüme (zanna kapılmaya) i'tibâr yoktur.

Maraz-ı mevt- o bir hastalıktır ki çoğunlukla onda ölüm korkusu olduğu halde hasta erkek ise evi dışında, kadın ise evin içinde olan maslahatını görmeden aciz olup, bu hal üzere bir sene devam etmeden vefat eden kimsedir, gerek yatakta olsun gerek olmasın. Mecellenin 1595. maddesine bak!

Senede dayanmayan ihtimal ile hüccet olmadığı gibi ihtilaf ile de hüccet yoktur. Meselâ şahitlerden biri bin kuruş som, diğeri de bin kuruş altın diye şahitlik etse, şahitlerin şahitlik konusunda lafzen ve manen ittifakları şart bulunduğundan bu suretle ihtilaf vukuunda şahadetlerine i'tibâr yoktur.

Madde 74. [Tevehhüme (zanna kapılmaya) i'tibâr yoktur.]¹⁰²

Meselâ bir kimsenin elinde kanlı bıçak bulunduğu halde telaşla ve korku ile bir evden çıktıktan sonra derhal o eve girilip de kesilmiş bir insan görülmüş olsa o kimse kesilenin katili olmakla mahkûm olur. Çünkü kat'î delil vardır. Bu surette kesilmiş olan kimseye kendi kendini kesip öldürmüş denilemez. Zira kat'î delilin ortaya çıkmasından sonra bu gibi ihtimaller zann sayılacağından hükmü yoktur.

Mecellenin '1023'. maddesi dahi bu maddenin altına dahil olabilecek maddelerdendir.

101 “لَا حُجَّةَ مَعَ الْإِحْتِمَالِ النَّاسِ عَنْ دَلِيلٍ”

102 “لَا عِبْرَةَ لِلنَّوْهِمِ”

Madde 75. [Burhan ile sabit olan şey ‘ıyânen sabit gibidir]¹⁰³

Burada burhandan murat beyine-i âdiledir. Şu halde bu maddeden maksat “Adil beyine ile sabit olan şey, kesin olarak ortaya çıktığında gözle görülmeye sabit olan şey gibidir” demek olur. Meselâ dâvâlı hâkim huzurunda dâvâyı ikrar ettiği surette nasıl aleyhine hüküm olunursa, dâvâcı dâvâsını şahitler ile ispat ettiği suretle öylece aleyhine hükümlenir. Ve her iki suretle de dâvâlının dâvâyı dâvâcıya teslim etmesi lazım gelir. İspat suretinde ben ikrar etmedim ki teslim etmem icap etsin demeye dâvâlının hakkı yoktur.

Burhan: Mantıkçılara göre; kesin bilgi elde etmek için kesin öncüllerden oluşan kıyasa denir. Fakat usulcülere göre; Kendisinde mevcut olan beyân sebebiyle hakkı batıldan, sahihi fasitten ayıran ve ayırt eden şey demektir.

Madde 76. [Beyyine, iddia sahibi için, yemin inkâr eden üzerinedir.]¹⁰⁴

Meselâ biri diğerinden bir şey iddia ettiği takdirde dâvâlı kimse inkâr ederse hâkim dâvâcıdan delil ister. Dâvâcı beyyine ile dâvâsını ispat ettiği surette hâkim onun üzerine hükmeyley, eğer dâvâcı beyyine getirmekten aciz olursa büyük çoğunlukla onun talebiyle ve bazı durumlarda talebe gerek kalmaksızın dâvâlıya yemin teklif eder. Bu surette dâvâlı yeminden kaçınırsa hâkim kaçınmaya göre hükmeder. Fakat yemin ederse dâvâcıyı dâvâlıya olan dâvâsından men eder.

Beyyine: Dâvâcının dâvâsının doğruluğuna delalet eden şahadeti mübeyyinedir ki zahirin hilafı ve hafinin ispatı içindir. Beyyine yoksa sabit olan şeyi ispat etmek gerekir.

Yemin: Yemin lafızları ile iki haberden birini takviye eylemektir ki aslı ve zahiri olduğu gibi bırakmak içindir.

Yemin daima nefy (inkâr) üzerine olur. Zira münkir olan (inkâr eden) dâvâlı taraftandır. Böyle münkir canibinden olan şey ise daima nefy üzerinden olur. Fakat galebe-i fisk ile zamanımızda tezkiye (temize çıkarma) hususu sorunlu olduğundan hâkimler şahitler üzerine yemin ettirmeyi seçmişlerdir. Hâlbuki İbn-i Nüceym’in nakline göre dâvâcı ve şahitlerin yemine davet edilmesi neshedilmiş bir şeydir. Çünkü cenabı peygamber “Beyyine dâvâcıya, yemin inkâr eden üzerinedir”¹⁰⁵ buyurmuşlardır.

103 “الْقَابِتُ بِالْبُرْهَانِ كَالْقَابِتِ بِالْعِمَانِ”

104 “الْبَيِّنَةُ لِلْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ”

105 Buhârî, Rehin, 6; Tirmizî, Ahkâm, 12; İbn Mâce, Ahkâm, 7.

Madde 77. [Beyyine hilaf-ı zahiri ispat için, yemin aslı ibka içindir.]¹⁰⁶

Zahire muhalif görünen şey ispat ve beyâna muhtaç olduğundan beyyinenin, görünenin aksini ispat için olması gerekir. Zahire muvafık görünen şey asıldır ve bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıl olduğundan aslı ibka içinde yemin lazımdır.

Bu kâide “beraet-i zimmet asıldır” kâidesini ispat eder. Meselâ bir kimse diğer bir kimseden alacak iddiasında bulunsa asıl olan onun borcu olmamasıdır. Çünkü beraati zimmet asıldır. Şu halde borcu olması görünenin aksinedir. Binâenaleyh borcu ispat için iddia sahibinden beyyine talep olunur. Eğer dâvâcı delille dâvâsını ispat edemezse o surette aslı ibka için dâvâlıya yemin teklif edilir.

Madde 78. [Beyyine huccet-i müteaddiye ve ikrar huccet-i kasıradır.]¹⁰⁷

Beyyine hâkimin kazasıyla huccet olduğundan ve hâkimin velayeti âmmesi hasebiyle bütün insanlar hakkında hükmü geçerli olduğundan geçişli bir delil (huccet-i müteaddiye) olması gerekir. Fakat ikrar, ikrar eden üzerine hücceti kasıra olup başkasına geçmez. Çünkü ikrarın huccet olması hasımdan başkasına caiz olmasına mebni kaza ile olmayıp, ikrar edenin iddiası üzerinedir. Onun iddiası ise başkasına huccet olamaz. Meselâ bir kimse bir terekeden bir alacak iddia edip de vârislerden birinin karşısında ve hâkim huzurunda müteveffanın zimmetinde o kadar alacağı olduğunu ispat ederek hükmetmiş olsa bu hüküm bütün vârislere sirayet eder. Ancak o kimsenin terekeden alacağı vârislerden bulunan zatın ikrarıyla sabit olmuş olsa hüküm ancak ikrar eden vârise münhasır olur. Vârisin yeminden kaçınmasıyla sabit olan alacak hakkında da hüküm böyledir.

Madde 79. [Kişi ikrarıyla muahaza olunur (yargılanır).]¹⁰⁸

Zira ikrarda beyyine gibi bağlayıcı hüccettir ve belki ikrarda yalan ihtimali daha uzak olduğundan beyyineden daha kuvvetlidir. Binâenaleyh bir kimse hâkimin huzurunda filana şu kadar kuruş borcum var diye ikrarda bulunsa hâkim o zata o kadar kuruş vermek üzere ikrar edenin ilzam eder. İkrardan dönmek batıl olduğundan ikrar edenin sonradan ikrardan rücu’ ettim demesine i’tibâr olunmaz. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*’nin 1587. maddesine bak.

106 “النَّبِيَّةُ لِإِقْبَاتِ عِلَافِ الظَّاهِرِ وَالْيَمِينِ لِبَقَاءِ الْأَصْلِ”

107 “النَّبِيَّةُ حُجَّةٌ مُتَعَدِّيَّةٌ وَالْإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ”

108 “النَّمْرُ مَوْأَخَدٌ بِإِقْرَارِهِ”

İkrar: İkrar edenin kendi üzerine başkasının hakkını haber vermesidir. Bir kim-
senin ikrarıyla muâhaza olunması hâkimin tekzip etmemesiyle mukayyettir. İş bu 79.
madde ile öncesinde geçen 76- 77- 78. maddeler hâkimin hareket tarzını tayin ediyor.

Madde 80. [Tenakuz ile huccet kalmaz.]¹⁰⁹

Mahalli hafanın dışında demektir. Çünkü mahalli hafada tenakuz dâvânın sıhhatine
mani olmaz. Meselâ bir kimse bir evi kiraladıktan sonra o evin vaktiyle pederinden ken-
disine miras kaldığı vaki olsa ev sahibinden iddia etmesi sahih olur.

[Lakin mütenakızın aleyhine olan hükme hâlel gelmez. Meselâ şahitler şahitlikle-
rinden rücu ile tenakuz ettiklerinde şahitlikleri huccet olmaz. Lakin evvelki şahitlikleri
üzerine kadı hükmetmiş ise bu hüküm de bozulamayıp dâvâ konusu olan şeyi (mahkû-
mun bih) şahitlerin tazmin etmesi lazım gelir.]

Zira hükümden sonra rücu' etmeleri itlafi kendi üzerlerine ikrar demektir. Hâlbuki
tenakuz kendi üzerine ikrarın sıhhatine mani olmaz. Eğer şahitlerden biri şahitliğinden
rücu' etse dâvâ konusu şeyin yarısını tazmin etmesi lazım gelir.

Şahitlerin rücu' etmesi ile hükmün bozulamaması hukuki işlerdendir. Yoksa kısasta
şahitler rücu' ederlerse verilen şer'î hüküm bozulur. Çünkü kısas şüphe ile ortadan kalkan
hükümlerdendir.

Hükümden önce şahitler şahitliklerinden rücu' ile tenakuz ettiklerinden şahitlikleri-
nin hüccetliği kalmayacağından hâkim hükmedemez. Zira hüküm lüzumu (bağlayıcılığı)
onların şahitlikleri üzerine dayanacak idi. Mademki şahadetleri sakıt oldu elbette hükmün
bağlayıcılığı da sakıt olur. Bu surette itlaf bulunmadığından şahitler üzerine tazmin lazım
gelmezse de tazir olmaları lazımdır.

Şahitlerin tezkiyesinden sonra uygun olan hükmün rücu'ları ile bozulamaması şu
hikmete mebnidir: Sonraki kelimeleri evvelki kelimelerine zahiren münakız görünürse de
evvelki hükmün lühûkiyle takviye ederek sıdk üzerine delalette kuvvetli bulunduğundan
ikincisi ona münakız olamaz. Şununla beraber münakız bile olsa yine hüküm nakzolmaz.

Tenakuz hasmın tasdiki ve hâkimin tesbiti ile ortadan kalkar.

109 “لَا حُجَّةَ مَعَ التَّنَاقُضِ”

Madde 81. [Asl sâbit olmadığı halde fer'in sâbit olduğu vardır.]¹¹⁰

Meselâ bir kimse filanın filana şu kadar kuruş borcu vardır ben de ona kefilim dese veasilin inkârı üzerine alacaklı iddia etse zikredilen miktarı kefilin vermesi gerekir.]

Çünkü ikrar, şer'an mu'teber delil sayıldığından ikrar eden kimseye ikrarıyla sorumlu tutulur.

Madde 82. [Şartın sübûtu yanında ona bağlı olan şeyin sübûtu lâzım olur.]¹¹¹

Fakat meydana gelmesi bir şeye bağlı olanın vücûdda ondan sonra olması icab ettiğiinden şart sabit olmadığında şart koşulan (meşrut) da sabit olmaz. Meselâ bir kimse eşine falanın evine girerse boş ol dedikten sonra eşi o kimsenin evine girerse boş olur o eve girmezse boş olmaz. Şu kâide “şarta bağlanabilen şeylerden biri şarta bağlanırsa şart sübutu bulduğunda ona bağlı olan şeyin de subutu lazım gelir” takdirindedir meselâ vekalet, hacr altındaki kimsenin kısıtlılığının sona erdirilmesi, ticarete izin gibi ‘ıtlâkât (mutlak ifadeler)’; kadı ve idareci ve ta'yini gibi “tevliyat”; kefalet ve taahhüt gibi “iltizâmât” kabîlinden olan şeylerin uygun şarta bağlanması sahih olduğundan bunlardan biri uygun şarta bağlanırsa şartın sübutu durumunda ona bağlı olan şeyin de sübûtu gerekir. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'nin 651, 632. Maddelerine bak!

Fakat anılan şeyler ile alışveriş, hibe, kiralama gibi “mülk edinme” ; vekilin azli, hacr gibi “şartlı muameleler” kabîlinden olan şeylerin sırf şarta bağlanması sahih olmadığından onlardan biri sırf şarta bağlanması durumunda şart gerçekleşse bile bağlanan şeyin sübutu gerekmez. Meselâ bir kimse evinin mülkiyetini birine hibe ederken “ölünceye kadar görüp gözetirsen şu evim senin olsun” dese, hibe edilen de “zikredilen şart ile kabul eyledim” diye karşılıkta bulunsa hibe batıl olur.

Şarta Ta'lik: Fukahâya göre bir cümlemin anlamının gerçekleşmesini diğer bir cümlemin anlamının meydana gelmesine bağlamaktır ki, bağlanan cümleye “ceza” bağlayan cümleye “şart” denir. Şarta ta'likin sıhhatinde şartın henüz mevcûd olmayıp gelecekte vücûdu mümkün olan şeylerden olması şarttır. Zira şarta bağlanmadan önce meydana gelen şarta bağlamak o işlemin geçerliliğini gerektirir ve varlığı mümkün olmayan şarta ta'lik bâtıldır.

110 “قَدْ يُبَيَّنُّ الْفَرْعُ مَعَ قُبُوتِ الْأَصْلِ”

111 “الْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يَجِبُ قُبُوتُهُ عِنْدَ قُبُوتِ الشَّرْطِ”

Şart-ı mülâyım: Akdin gereğini te'yîd ve te'kîd eden ve akde zıt olmayan şarttır.

Şart-ı fâsid: Akdin geçerli olmadığı ve akde uygun olmayan şarttır.

Madde 83. [Bi-kaderi'l-imbân şarta mürâ'ât olunmak lâzım gelir.]¹¹²

Mümkün mertebe şarta uyulması gerekir.

Yani hakkında nass bulunan, ya akdin gereğinden olan veyahut akdin gereğini pekiştiren veyahut insanlar arasında örf ve adet halinde bulunan şartlara imbânların elverdiği ölçüde uyulması gerekir. Meselâ emanet veren kişi (mûdî), emaneti (vedî'a), emanetçiye (müstevdî) verirken eşine vermeme gibi şart koştuğu takdirde eşine vermeksizin vedianın korunması mümkün ise emanetçi ona emaneti veremez şarta riayet etmeyerek verip de emanet eşinin elinde telef olsa müstevde'a (emanetçiye) tazmin lazım gelir. Eğer eşine vermeksizin emanetinin korunması mümkün değilse emanetçi emaneti ona verebilir, o halde vermeyip de emanet eşinin elinde telef olsa müstevde'a tazmin lazım gelmez. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'nin 208, 468, 637, 505, 1677. Maddelerine bak. Zikrolunan şartların dışında eğer akid yapan taraflardan birine faydası varsa dermeyan olunan şart bozucu akit ise fasid olur. Eğer hiçbirine faydası yoksa şart geçersiz akit sahih olur. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'nin yüz seksen dokuzuncu maddesine bak.

Madde 84. [Vaadler sûret-i ta'liki iktisâ ile lâzım olur. ¹¹³Meselâ sen bu malı felan adama sat eğer parasını vermezse ben veririm dese o malı alan parayı vermese bu vaad eden kimsenin parayı vermesi gerekir.]

Çünkü kefalet gerçekleşir. Şart koşulmayan vaad-i mücerredin geçerliliği gerekmez. Meselâ bir kimse birine “sen bu malı falana sat ücreti ben veririm” dese o malı alan kimse parayı vermese vaadedenin parayı vermesi gerekmez.

Hülâsa vaad iki türlü olur biri ta'lik olunan vaaddir ki yerine getirilmesi gerekir; diğeri vaad-i mücerredir, yerine getirilmesi gerekmez.

112 “يَلْزَمُ مَرَاعَاةَ الشَّرْطِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ”

113 “بِأَكْتِسَابِ صُورِ التَّعَالِيْقِ تَكُونُ لَازِمَةً التَّوَاعِيْدُ”

Madde 85. [Bir şeyin nef’i zamânı mukabelesindedir.]¹¹⁴

Yani bir şey telef olduğu takdirde hasarı kime âit ise onun (sorumluluğunda, damânında) demek olup, o kimsenin bu yönüyle tazmini, o şeyden yararlanması karşılığındadır. Meselâ hıyâr-ı ayb ile redd olunan bir hayvanı müşteri kullanmış olmasından dolayı bayi’ ücret alamaz. Zira geri almadan önce telef olursa hasarı müşteriye ait olacaktı.]

Hâlbuki bir şeyin tazmini onun menfaati karşılığındadır. Bu madde, “el-haracu bi’d-damân”¹¹⁵ hadis-i şerifinden çıkarılmıştır.

Madde 86. [Ücret ile zamân müctemi’ olmaz.]¹¹⁶

Meselâ kiralayanın kusuru olmaksızın kiraladığı ev yansa tazmin etmesi gerekmez, fakat kiralayan kirasını verir eğer kiralayanın kusurlu fiili dolayısıyla yanarsa tazmin etmesi gerekir. Bu durumda kiralayan ayrıca ücret ödemez. Aynı şekilde *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin* 482, 545, 546, 547, 548. maddelerinin tazmin gerektiren durumlarında da ayrıca ücret verilmesi gerekmez.

Madde 87. [Mazarrat menfaat mukabelesindedir.]¹¹⁷

Yani bir şeyin faydasına ulaşan, onun tazminini de üstlenmek durumundadır.]

Bununla beraber meselâ, mesken olarak kullanılması şart koşulmuş olan vakıf evin tamiri vakfın gelirlerinden yapılmaz; evde kim oturuyorsa ona aittir. Böylece fırtınaya tutulmuş bir geminin kurtulması için taşınanlardan bazıları denize atılmış olsa zararı sadece o eşyaların sahiplerine ait olmayıp bu kimselerinin eşyası miktarınca yolcuların tamamından alınması gerekir. Çünkü menfaati hepsine aittir. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin* 1324, 1321, 1318, 1319, 1152, 1326 ve 1327. maddeleri dahi bu maddenin alt başlığındadır.

114 “الْحَرَجُ بِالْمَمَانِ”

115 Ebu Davud, İcâre, 37; Tirmizî, Buyu‘, 53.

116 “الْأَجْرُ وَالصَّمَانُ لَا يَجْتَمِعَانِ”

117 “الْعُرْمُ بِالْعُنْمِ”

Madde 88. [Külfet nimete ve nimet külfete göredir.]¹¹⁸

Meselâ birkaç kimsenin farklı şekillerde hissedar oldukları bir akarın tamiri icab etse tamir masrafları hisselerine göre taksim edilir. Aynı şekilde sahip olunan mülkleri muhafaza için belirlenen vergi, nüfusa göre değil; herkesin mülküne göre pay edilir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 1320. maddesi de bu aslın alt başlığındadır.

Madde 89. [Bir filin hükmü fâiline muzâaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzâaf kılınmaz.]¹¹⁹

Zira asıl olan sebebe izafet olmayıp, illete izafettir. Bununla beraber bir kimse, birinin malını telef etse, tazmin etmesi kendisine teklif edildiği zaman ben onu falanın emriyle telef ettim diyerek tazmininden yakasını kurtaramaz. Çünkü başkasının malında tasarrufa emretmek batıldır. Fakat âmiri, tehdidini yerine getirmeye muktedir, mücbir olursa o kimse tazmin etmekten kurtulur ve tazmin yalnızca emredene gerekir.

İkrâh; tehdit ve korkutma ile kerih gördüğü ve razı olmadığı bir işi başkasına yüklemek ve o işi ona işletmek üzere zorlamaktır ki, zorlanan kimseye “mükreh” zorlayan kimseye “mükrih, mücbir” , yapılan işe ‘mükrehi aleyh’, korkuyu gerektiren şeye “mükreh bih” denir.

İkrâh, biri mülcî birisi gayrı mülcî olmak üzere iki kısımdır.

İkrâh-ı mülcî; zorlana kimsenin (mükreh) rızasını yok eden, tercihini ifsâd eden, zorunluluğunu gerektiren ikrâhtır ki, öldürme, herhangi bir uzvunu kesme veya şiddetli bir şekilde darb etmekle olur. İkrâhın bu kısmı, ikrâhı tam olup kavli ve fiili tasarruflarda muteber kabul edilir.

İkrâh-ı gayrı mülcî; mükrehin yalnız rızasını yok edip, ihtiyarını ifsâd etmeyen zorlamadır ki, hapis, hafif bir şekilde darb etmekle olur. İkrâhın bu kısmı failin yalnız gam ve elemi gerektiren şeylerle olduğundan nâkıstır ve ancak kavli tasarruflarda muteber kabul edilir.

118 “الْبُعْمَةُ بِقَدْرِ الْبُعْمَةِ وَالْبُعْمَةُ بِقَدْرِ الْبُعْمَةِ”

119 “يُضَافُ الْفِعْلُ إِلَى الْفَاعِلِ لَا الْأَمْرَ مَا لَمْ يَكُنْ مُجْبِرًا”

Madde 90. [Mübâşir yani bizzat fâil ile mütesebbib müctemi oldukda hüküm ol fâile muzâaf kılınır. ¹²⁰Meselâ birinin kamuya ait olan bir yolda kazmış olduğu kuyuya diğeri, herhangi birinin hayvanını atarak öldürse, o hayvanı atarak öldüren tazminden sorumlu olur, kuyuyu kazana tazmin gerekmez.]

Fakat hayvanı diğer bir kimse atmaksızın o kuyuya düşüp ölse, kuyuyu kazan kimse tazmin etmekle yükümlü olur. Ancak, kuyuyu yetkili makamın izniyle açmış olsa sorumlu olmaz.

Mübâşir; telef kendi fiiliyle meydana gelen, onun fiiliyle telef arasında başka bir failin fiili girmeyen kimsedir.

Mütesebbib; telef kendi fiiliyle hâsıl olan fakat fiiliyle kendisi arasına bir faili muhtarın fiili giren kimsedir.

İstidrâd¹²¹

Teklifi hükme taalluk eden şey; Ya hükme dâhil olur ya olmaz; dâhil olursa rükündür. Dâhil değil de hâricinde olduğunda hükümde etkisi olursa illettir. Etkisi olmazsa bakılır; eğer bütün olarak hükme ulaştırıcı ise sebeptir, ulaştırmaz ise ve bu durumda hükmün varlığı ona bağlı olursa şarttır. Bağlı olmayıp da hükmün varlığına delalet eder ise alamettir.

Madde 91. [Cevâz-ı şer'î damâna münâfi olur.]¹²²

Çünkü aralarında mübâyenet (zıtlık) vardır. Şer'î cevaz bulunduğu takdirde tazmin gerekmez; tazmin olursa şer'î cevaz bulunmaz.

[Meselâ bir adamın kendi mülkünde kazdığı kuyuya birinin hayvanı düşse ve ölse, tazmin etmesi gerekmez.]

Çünkü kişi, kendi malı üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Başkasına zarar vermemek şartıyla her şeyi yapması caiz olduğu gibi kuyu kazması da caizdir. Bu konudaki cevaz ise tazmin gerekliliğini ortadan kaldırır. Aynı şekilde bir kimsenin üzerine başka, âkil bir adam silahıyla hücum ederse ve başka türlü canını kurtarması mümkün olmazsa o kimsenin hücum edeni öldürerek canını kurtarması caizdir. Buna kısas ve diyet

120 "إِذَا اجْتَمَعَ الْمُتَبَايِرُ وَالْمُسَبِّبُ أُصِيفَ الْحُكْمُ إِلَى الْمُتَبَايِرِ"

121 Söz arasında söylenen ek ve tamamlayıcı bilgi anlamında.

122 "الْجَوَارِ السَّرْعَى يُنَاقِ السَّمَانَ"

gerekmez. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'nin 824, 795, 299. maddeleri de bu asıldan meydana gelen meselelerdendir.

Madde 92. [Mübâşir müteammid olmasa da zâmin olur.]¹²³

Çünkü onun mübâşeretini ismen ma'nen, hükmen illet olup telef ma'luldür. Bu şekilde, yani doğrudan doğruya (mübâşeret) kim kasıtsız da olsa birini öldürürse ölenin diyetini ödemesi gerekir. Aynı şekilde bir adam yolda giderken ayağı kayarak başkasının bal fiçısını düşürse tazmin etmesi gerekir.

Gasbedilmiş mal telef olduğu takdirde, gasb edenden tazmin etmesinin istenmesi de bu asıldan türemiştir.

Mübâşereten itlaf: bir şeyi bir kimsenin bizzat telef etmesidir ki telef edene “mübâşir” denir.

Madde 93. [Mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz.]¹²⁴

Hırsızlığa, adam öldürmeye, bir organı kesmeye delalet eden (gösteren) kimseye tazmin gerekmez. Çünkü onun delaletiyle olayın olması yani sebeple hüküm arasına başka bir kimsenin bilerek yapmış olduğu bir iş girmiştir. (Yani haksız fiil doğrudan doğruya değil de vasıtalı olarak işlenmiştir.) Bu durumda hüküm, fâile izâfe edilir. Buna binâen bizzat yap (tır)an failin cezalandırılması gerekir. Ama sebep olan kişi de kasıtlı olarak bu haksız fiili işlemişse onun da tazmin etmesi gerekir. Çünkü bu durumda sebep, teaddî ile illet hükmünü aldığı için eser (yapılan fiilin neticesi), sebep olan fiile izafe edilir. Meselâ kendisindeki vedfayı hırsıza bildiren kimseye tazmin gerekir. Çünkü koruması gereken şeyi koruyamamıştır. Yine bir adam, bir yere giderken kendisinden bir hayvan ürküp ölse, tazmin etmesi gerekmez. Fakat o adam hayvanı kasden ürkütüp öldürmüş olsa tazmin etmesi gerekir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 924. maddesi gereğince sebep olan kimsenin tazmin etme vucûbiyetinde taaddî şarttır.

123 “الْمُبَاشِرُ صَاحِبٌ وَإِنْ لَمْ يَتَمَمَّ”

124 “الْمَتَسَبِّبُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا بِالْتَمَعُدِّ”

Madde 94. [Hayvanatın kendiliğinden olarak cinâyet ve mazarratı hederdir.]¹²⁵

Meselâ bir hayvan bağı bulunduğuy yerden gece veya gündüz kendi kendine boşanıp bir malı veya bir insanı telef etse, sahibinin tazmin etmesi gerekmez. Fakat zararı herkesçe bilinen ısırın köpek ve süsen (saldıran) öküz gibi bir hayvanın sahibi hayvanını “zabtet” diye uyarıldıktan sonra sahibi uyarılara kulak vermeyip hayvanı salıyorsa bu durumda o hayvanın sebep olacağı zararı, sahibinin tazmin etmesi gerekir. Mecelle'nin 930, 932, 934. maddeleri de bu asıldan türemiştir.

Madde 95. [Gayrın mülkünde tasarrufla emretmek bâtıldır.]¹²⁶

Yani başkasının üzerine velayeti yahut başkası tarafından verilmiş olan vekâleti olmaksızın onun mülkünde tasarrufla emr etmek batıldır. Dolayısıyla birisi diğeryine “git falanın evini yak yahut yık” diye emretse, o kimse de o evi yaksa yahut yıksa emredene mesuliyet yüklenmez; yakan veya yıkan kişinin tazmin etmesi gerekir. Fakat bu konuda âmirin emrinin mücbir olmaması gerekir (eğer mücbir olursa hasardan âmir sorumludur)

İstikrâza vekâlet vermenin batıl olması da bu asla dayandırılır.

Madde 96. [Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın âhar bir kimsenin tasarruf etmesi câiz değildir.]¹²⁷

Yani bir kimsenin mülkünde onun izni, onayı ve onun üzerinde velayet yetkisi olmaksızın başka bir kimsenin tasarruf etmesi caiz değildir.

Şu kadar var ki fakir olan babanın zengin olan oğlunun malından izinsiz nafakası miktarında tasarruf etmesi; bir adamın oğlu ve eşini nafakasız bir şekilde terk edip başka bir memlekete gittiğinde ise o kimsenin (varsa) vedia olan parasından kendi geçimlerini sağlayacak miktarda tasarrufla bulunmaları caizdir. Çünkü hakları cinsinden olan şeye kavuştuklarında bunların hakları kadar olanını almaya velayetleri vardır. Dolayısıyla bu durumda onların harcadıkları miktarı tazmin etmeleri gerekmez. Çünkü “Cevâz-ı şer'î zamâna münâfidir.”¹²⁸

125 “جَنَایَةُ الْعُجْمَاءِ مُجَارًا”

126 “الْأَمْرُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مَلِكِ الْغَيْرِ بَاطِلٌ”

127 “لَا يُجْزِئُ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَلِكِ الْغَيْرِ بِإِذْنِهِ”

128 Mecelle mad. 91.

Madde 97. [Bilâ-sebeb-i meşru birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi câiz olmaz.]¹²⁹

Çünkü bu, zulümdür. Zulmün ise ortadan kaldırılması vâcip, devamı haramdır. Dolayısıyla gasb gibi meşru' olmayan bir sebeple bir kimse, birinin malını almış olsa, mal sahibine vermiş olduğu zarar, giderilir. Bu durumda gasbedilen mal duruyorsa malın kendisi (aynı) verilerek; telef olduysa misli mallardan ise mislini, kıyemî mallardan ise kıymetini tazmin etmesi gasbeden kimsenin mesuliyetindedir. Başka şekilde diğer kimsenin hakkı düşmez. Hak sahibi hakkından vazgeçse bile. Meşru' bir sebep üzerine bir kimsenin malını başka bir kimsenin alması caizdir. Meselâ bir kimsenin borçlusunun zimmetindeki alacağı onun borcunun cinsinden olan malına ulaştığında alabilir.

Madde 98. [Bir şeyde sebeb-i temellükün tebeddülü ol şeyin tebeddülü makamına kâimdir.]¹³⁰

Meselâ hibe edilen kimse hibe edilen şeyi bir başkasına hibe etse veya satsa mülkünden çıkardıktan sonra ilk hibe eden kimse, hibesinden vazgeçemez. Çünkü bir şeyde tekminin sebebinin değişmesi, o şeyin aynının değişmesi mesabesindedir. Nasıl aynın değişmesi durumunda hibe eden hibesinden vazgeçemezse temlik sebebinin değişmesiyle de hibesinden vazgeçemez.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 1711. maddesi de bu asıldan türemiş meselelerdendir.

Temlikin sebeplerinin çeşitleri, mecellenin 1248. maddesinde açıklanmıştır.

Madde 99. [Kim ki bir şeyi vaktinden evvel isti'cal eyler ise mahrumiyetle mu'âteb olur.]¹³¹

Meselâ bir kimse bir gün evvel mirasına ulaşayım diye murisini kısas gerektiren bir suretle öldürse onun mirasından mahrum olur. Çünkü rivayette, "Katil mirasçı olamaz"¹³² vârid olmuştur. Aynı şekilde bir kimse marazı mevtindeyken eşini mirastan mahrum bırakmak niyetiyle boşasa, vefatı esnasında hanımı kendisine mirasçı olur.

129 "لَا يَجُوزُ لِأَخِي أَنْ يَأْخُذَ مَالَ أَخِي بِإِذْنِ سَبَبٍ شَرْعِيٍّ"

130 "تَبَدُّلُ سَبَبِ الْمَلِكِ قَائِمٌ مَقَامَ تَبَدُّلِ الذَّاتِ"

131 "مَنْ اسْتَعْجَلَ النَّعْيَ قَبْلَ أَوَانِهِ عُوقِبَ بِحَرْمَانِهِ"

132 Ebû Dâvud, Diyât, 18; Tirmizî, Ferâiz, 17; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 1: 49.

Madde 100. [Her kim ki kendi tarafından tamam olan şeyi nakzitmeye sa'y ederse sa'yi merduddur.]¹³³

Meselâ bir kimsenin bir şeyi başkasının mülkü olduğunu ikrar ettikten sonra dönüp de 'o şey benimdir' diye iddia etmesi reddedileceği gibi vesayet veya vekâlet suretiyle başkası için iddiada bulunması da reddedilir. Bu şekilde vücudu bülüğa ermiş gibi gözüken bir çocuk bülüğa erdiğini söyleyerek alışveriş yapıp hibede bulunduktan sonra 'ben baliğ değilim' diye önceki ikrarına muhalif iddiada bulursa bu iddiası reddedilir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 1024, 1658. Maddeleri de bu asıldan türemiştir.

Bu kâidenin istisnası vardır. Şöyle ki, vasf olan kimse yetimin malını birine sattıktan sonra ğabin¹³⁴ dâvâsına kalkışsa reddedilmez.

İnayet-i Bârî ile tamam oldu.

4 Safer 1310 ve 15 Ağustos 1308 Cumartesi

Muharriri: Ahmed Şükrü b. Süleyman Sabri Silistrevî

Kaynakça

- Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin. *es-Sünenü'l-Kübrâ*. Mekke: Mektebetü Dari'l-Baz, 1994.
- Mustafa Bakır. "Kaide". *TDV İslâm Ansiklopedisi*. 24: 205-210. Ankara: TDV Yayınları, 2001.
- Ahmed Şükrü Bey. *Tevşih-i Kavaid-i Külliye*. İstanbul: Necm-i İstikbal Matbaası, 1327/1909.
- Karaman, Hayreddin. *Anahatlarıyla İslam Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2008.
- Kırkıl, Emin. "Sivas Mebusu Ahmed Şükrü Bey'in Meclis-i Mebusan'daki Faaliyetleri". *Osmanlılar Döneminde Sivas Sempozyumu Bildirileri*. Sivas: 2007.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed. *el-Mebsût*. thk. Halil Muhammed el-Meys, Beyrut: Daru'l-Fikr, 2000.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed. *Usûl*. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1993.
- Yıldız, Kemal-Nacar, Tayyip. *Mirât ı Mecelle'de Belirtilen Mecelle i Ahkâm ı Adliyye nin Kaynakları*. İstanbul: Hacegan Akademi, 2013.

133 "مَنْ سَأَى فِي نَقْضِ مَا نَمَّ مِنْ جِهَتِهِ فَسَعَوْهُ مَرْدُودٌ عَلَيْهِ"

134 İvazlı (karşılıklı bedellerin alınıp verilmesi şeklinde olan) akitlerde, alınan ile verilen arasında eşitlik ve denklik bulunması hedeflenir. Taraflardan biri daha fazla ve daha değerliyi vermiş, buna karşı daha az ve daha değersiz olanı almış ise bakılır; bunu kendine göre bazı sebeplerle bilerek almışsa ğabin, bilmeden, yanılıp almışsa hata denir. Bk. Karaman, Hayreddin, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, (İstanbul: İz Yayıncılık, 2008), 548.

