

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

**İSLAM MUHAKEME HUKUKUNDA TENÂKUZ VE
İNGİLİZ HUKUKUNDAKİ ESTOPPEL İLE
MUKAYESESİ**

Yüksek Lisans Tezi

HALUK BAYRAM

İstanbul, 2019

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

**İSLAM MUHAKEME HUKUKUNDA TENÂKUZ VE
İNGİLİZ HUKUKUNDAKİ ESTOPPEL İLE
MUKAYESESİ**

Yüksek Lisans Tezi

HALUK BAYRAM

Tez Danışmanı: PROF.DR. HASAN HACAK

İstanbul, 2019



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ Anabilim Dalı İSLAM HUKUKU Bilim Dalı TEZLİ
YÜKSEK LİSANS öğrencisi Haluk Bayram'ın İSLAM MUHAKEME HUKUKUNDA
TENÂKUZ VE İNGİLİZ HUKUKUNDAKİ ESTOPPEL İLE MUKAYESESİ adlı tez
çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 11.07.2019 tarih ve 2019-21/11 sayılı kararıyla
oluşturulan jüri tarafından oy birliği/ oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 26 / 08 / 2019

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Öğretim Üyesi Adı Soyadı	İmzası
1. Tez Danışmanı Prof. Dr. HASAN HACAĞ	
2. Jüri Üyesi Dr. Öğr. Üyesi HACER YETKİN	
3. Jüri Üyesi Dr. Öğr. Üyesi HATİCE B. ŞENKARDEŞLER	

GENEL BİLGİLER

Adı ve Soyadı	: Haluk Bayram
Anabilim Dalı	: Temel İslam Bilimleri
Programı	: İslam Hukuku
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Hasan Hacak
Tez Türü ve Tarihi	: Yüksek Lisans – Ağustos 2019
Anahtar Kelimeler	: Tenâkuz, İslam Muhakeme Hukuku, Mecelle, Estoppel, İngiliz Hukuku, Mukayeseli Usul Hukuku

ÖZET

İSLAM MUHAKEME HUKUKUNDA TENÂKUZ VE İNGİLİZ HUKUKUNDAKİ ESTOPPEL İLE MUKAYESESİ

Usul hukuku, İslam hukukunun teşekkül devrinden itibaren tafsilatlı olarak ele alınmıştır. Böylece İslam muhakeme hukukuna dair geniş bir literatür oluşmuştur. Tezde, İslam muhakeme hukukunun önemli konularından biri olan tenâkuz doktrini konu edilmektedir. Ayrıca tenâkuz doktrinine benzer bir müessese olan İngiliz hukukundaki estoppel doktrini de ele alınmaktadır. Bu iki doktrin arasındaki irtibat üzerinde durulup, aralarında bir karşılaştırma da yapılmaktadır. Tenâkuz ele alınırken, klasik fıkıh kitaplarına müracaat edilmekle beraber Osmanlı Devleti'nin son devrinde kaleme alınan kitap ve risaleler de kullanılmıştır. Özellikle estoppel ile tenâkuz arasındaki irtibatın izleri ilk olarak *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'nin İngiliz hâkimler tarafından yapılan İngilizce tercümelerinde tespit edildiğinden, *Mecelle* ve şerhlerine sıklıkla müracaat edilmiştir. Tez, tenâkuz-estoppel irtibatı üzerine yapılan ilk çalışmadır. Bu haliyle tez, mukayeseli medeni usul hukuku sahasında bir çalışma olarak da kabul edilebilir.

GENERAL INFORMATION

Name : Haluk Bayram
Department : Basic Islamic Studies
Programme : Islam Law
Thesis Supervisor : Prof. Hasan Hacak
Thesis Type and Date : Master of Arts – August 2019
Keywords : Tanaquz, Islamic Procedural Law, Majalla, Estoppel, English Law, Comparative Procedural Law

ABSTRACT

TANAQUZ IN ISLAMIC PROCEDURAL LAW AND ITS COMPARISON WITH ESTOPPEL IN ENGLISH LAW

Procedural law and its related principles have been treated in detail since the formation of Islamic law. Hence, a huge body of literature accumulated for Islamic procedural law. We consider the doctrine of tanaquz, which plays an important role in Islamic procedural law. We also deal with the doctrine of estoppel in English law, which has similarities to the doctrine of tanaquz. We investigate the possible relationship between these two doctrines and make a comparison between them. While considering the tanaquz in the thesis, we make use of the classical Islamic legal texts as well as the books and booklets written during the late of the Ottoman State. Since we find the first trace of the tanaquz-estoppel relation in the English translations of *Majalla-i Ahkam-i Adliyya*, we frequently refer to *Majalla* and its commentaries. The thesis is the first attempt focusing on this relationship and can be regarded as a study on comparative procedural law.

TEŞEKKÜR

Çalıőmaya katkılarından dolayı tez danışmanım sayın Prof. Dr. Hasan HACAK'a Őukranlarımı sunuyorum. Ayrıca tez jürime katılan Dr. Öğr. Üyesi Hacer YETKİN ve Dr. Öğr. Üyesi Hatice B. ŞENKARDEŞLER'e teşekkür ediyorum.

Klasik fıkıh kitaplarında anlaşılmayan yerlerde yardımını esirgemeyen sayın Dr. Esat Özcan'a teşekkürü bir borç bilirim.

İngiliz hukuku kaynaklarına online olarak ulaşmamı sağlayan Minnesota Üniversitesi kütüphanesine minnettarım.

Haluk Bayram

İstanbul, 2019

İÇİNDEKİLER

1.	GİRİŞ.....	1
1.1.	Tezin Konusu	3
1.2.	Literatür ve Yöntem	5
2.	İSLAM HUKUKUNDA DÂVÂ	11
2.1.	Dâvânın Sıhhat Şartları	12
2.2.	Dâvâ Çeşitleri.....	16
2.3.	Dâvânın Seyri.....	17
3.	İSLAM MUHÂKEME HUKUKUNDA TENÂKUZ	19
3.1.	Tenâkuzun Şartları	24
3.1.1.	Kazâ Meclisi.....	24
3.1.2.	Sözün Hasmin Yanında Söylenmesi.....	26
3.1.3.	Tenâkuzun Bir Şahıstan Ortaya Çıkması	26
3.1.4.	Başkasının Hakkını İhlal	26
3.1.5.	Bilinen Bir Şahsa Hak İspatı	27
3.1.6.	Tenâkuzun Kaldırılabilir Olmaması	28
3.2.	Tenâkuz Çeşitleri.....	28
3.2.1.	İki Kelâm Arasında Tenâkuz	29
3.2.2.	Kelâm ve Sükût Arasında Tenâkuz	29
3.2.3.	Fiil ve Kelâm Arasında Tenâkuz	31
3.2.4.	İki İcab Arasında Tenâkuz.....	32
3.2.5.	Mutlak ve Mukayyed Arasında Tenâkuz.....	32
3.3.	Tenâkuzun Kaldırılması	32
3.3.1.	Hasmin Tasdik Etmesi.....	33
3.3.2.	Hâkimin Tekzip Etmesi	34
3.3.3.	Gizlilik Bulunan Haller	35
3.3.4.	İki Söz Arasının Bulunması.....	37
3.3.5.	Evvelki Dâvâyı Terk.....	41
3.4.	Tenâkuzun Osmanlı Mahkemelerindeki Tatbikatı	42

4.	TENÂKUZ VE İNGİLİZ HUKUK SİSTEMİNDEKİ ESTOPPEL	45
4.1.	İngiliz Hukuku'nun Tarihi Gelişimi ve Yapısı	45
4.2.	Estoppel.....	52
4.2.1.	Estoppel'in Tarihi Gelişimi	54
4.2.2.	Estoppel Çeşitleri	55
4.2.3.	Estoppel'in Şartları.....	59
4.3.	Estoppel-Tenâkuz İlişkisi.....	60
4.3.1.	Mecelle'nin İngilizce Çevirileri	60
4.3.2.	Filistin'deki Temyiz Dâvâları.....	61
4.3.3.	Kıbrıs'taki Temyiz Dâvâları	62
4.3.4.	Beyân-ı Zaruret ve Estoppel.....	63
4.3.5.	Uluslararası Yatırım Anlaşmazlık Dâvâsı.....	63
4.4.	Estoppel-Tenâkuz Mukayesesi.....	63
5.	SONUÇ	65
6.	KAYNAKÇA	67

1. GİRİŞ

Hukuk, kısaca, kanun koyucu bir otorite tarafından uygulanan ve bir cemiyetteki fertlerin uymaları gereken kâidelerin toplamı olarak tarif edilebilir.¹ Modern telakkiye göre hukuk, maddi (substantive law) ve usul hukuku (procedural/adjective law) olmak üzere ikiye ayrılır.² Maddi hukuk, yukarıdaki hukuk tarifine karşılık gelirken; usul hukuku, taraflar arasında herhangi bir anlaşmazlığın hâkim önünde halledilmesinde takip edilecek prosedür ve kâideleri tayin etmektedir. Diğer bir tarifte, usul hukuku, bir hakkın mahkeme vasıtasıyla alınması (ihkâk-ı hak) hususunda yerine getirilmesi gereken kâidelerin tamamıdır.

Usul hukukunun konusu, tarafların hâkime arz ettikleri uyuşmazlık ve çekişmenin ortadan kaldırılması; gâyesi ise fertlerin haklarının korunmasıdır.³ Dolayısıyla, usul hukuku, adaletin işlemlerini temin eden bir mekanizma olarak görülebilir. Bu ikili taksime göre, iki ayrı müstakil hukuk varmış gibi düşünülse de, bunların müstakilliği, bir hukukçunun tasvir ettiği üzere, bir bakıma, nehir yatağının, içinde akan sudan ayrı olması gibidir; her ikisi birlikte bir bütünü teşkil eder.⁴ Ancak bu bütünün parçası olan usul hukuku, modern zamanda, hukuk ailesindeki belirleyici rolünü kaybetmiş; âdeta onun hizmetçisi olmuştur.⁵

Usul hukukunun hedeflerinin ne olduğunda hukukçular arasında tam bir mutabakat olmasa da, iki esas hedef şu şekilde ifade edilebilir:⁶ i) Ferdler arasındaki

¹ Hüseyin Galib, **Kâmus-ı Hukuk**, İstanbul: Cemal Efendi Matbaası, 1305, s. 105; Bryan A. Garner (Editor in Chief), **Black's Law Dictionary**, Minnesota: West Group, 1999, s. 889.

² James Parker Hall (Ed.), **American Law and Procedure**, Chicago: La Salle Extension University, 1917, I/xiv.

³ Muslihiddin Âdil, **Ma'lumât-ı Hukukiye**, İstanbul: Matbaa-ı Âmire, 1331, s. 152; Mehmed Ziyâeddin, **Mükemmel İstilahât-ı Kavânin**, Derseâdet, 1313, s. 35 ("Usûl-i muhâkemât" maddesi).

⁴ Charles M. Hepburn, **The Historical Development of Code Pleading in America and England**, Cincinnati: W.H. Anderson & Co., 1897, s. 20.

⁵ Robert Wyness Millar, **Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective**, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 1952, s. 4.

⁶ Alan Uzelac (Ed.), **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems**, Springer International Publishing, Switzerland 2014, s. 6.

anlaşmazlıkların mahkemeler tarafından giderilmesi; ii) Sosyal gayelerin yerine getirilmesi. İslam hukuku da bu hedefleri gerçekleştirmek istediğinden, fikhın teşekkül devrinden itibaren usul hukuku tafsilatlı olarak ele alınmıştır. Çünkü İslam hukukundaki emir ve yasaklar, dinin, canın, aklın, neslin ve malın muhafazasını hedeflediğinden⁷, bunlara dair anlaşmazlıkların giderilmesi mühimdir. Fıkıh literatüründe ifade edildiği üzere, insanlar sosyo-kültürel ve bilgi seviyesi cihetinden farklı olmaları sebebiyle, aralarında hukuki anlaşmazlıklar ortaya çıkar; bu anlaşmazlıkların ortadan kaldırılmaması da toplumda bozulmaya yol açar.⁸ Ayrıca, klasik fıkıh kitaplarının *edebü'l-kâdı* veya *kitâbü'l-kazâ* bahislerinde, adalet ile hükmetmek farzların ve ibâdetlerin en üstünü olarak ifâde edilmiştir.⁹

Hem klasik İslâm hukuk kitaplarında hem de kanunlaştırma hareketiyle 1868-1876 yıllarında Osmanlı Devleti'nde hazırlanmış olan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'de, usul hukuku ayrı başlıklar altında ele alınır. Ayrıca, maddi hukuka karşılık gelecek kısımlarda da usul hukukuna sıkça atıflar görülür.¹⁰ Bunda, İslam hukukunun, maddi ve usul hukuku arasında keskin kavramsal bir ayırım yapmamış olması yatmaktadır.¹¹ Buna rağmen usul hukukuna dair meseleler daha ilk yazılan fıkıh kitaplarında bilhassa

⁷ Bunlar, zaruriyyât ve mesâlih-i zaruriyye olarak isimlendirilmiştir. Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1985, I/202; Fahrettin Atar, **Fıkıh Usûlü**, 10. basım, İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfi Yayınları, 2013, s. 353-354.

⁸ Serahsî, **el-Mebsût**, Beyrut: Dârü'l-Marife, XVII/28.

⁹ Serahsî, **el-Mebsût**, XVI/59. İfade şu şekildedir: “el-kadâü bi'l-hakki ekvâ'l-ferâidi ba'de'l-imâni billahi teâlâ ve hüve min eşrefi'l-ibâdâti”. İbrahim el-Halebî, **Mültekâ'l-Ebhûr**, İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1278, s. 226. İfade şu şekilde geçmektedir: “el-kadâü bi'l-hakki min ekvâ'l-ferâidi ve efdali'l-ibâdâti”.

¹⁰ Mesela İbn Âbidin, kitâbü'l-buyu'nın istihkak babında “matlabün: fi mesâili't-tenâkuz” başlığı altında ve İbrâhim Halebî, kitâbü'l-buyu'nın “bâbü'l-hukuk ve'l-istihkak” başlığı altında muhakeme usulünde dâvânın sıhhat şartlarından olan tenâkuz konusuna yer verir. İbn Âbidin, **Reddü'l-Muhtar 'ala'd-Dürri'l-Muhtar fi Şerhi Tenviri'l-Ebsâr**, 5. basım, tahkik: Âdil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muavviz, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1423/2003, VII/440; İbrâhim el-Halebî, **Mevkûfât** [Mültekâ'l-Ebhûr Tercüme ve Şerhi], tercüme ve şerh: Mehmed Mevkûfâtî, Matbaa-ı Osmâniye: Derseâdet, 1312, II/34-35.

¹¹ Hallaq, maddi hukukun, usul hukukunu da içine alacak şekilde kullanılabileceğini ifade eder. Wael B. Hallaq, **The Impossible State: Islam, Politics, and Modernity's Moral Predicament**, New York: Columbia University Press, 2013, s. 218.

kitâbü'l-kazâ, kitâbü'd-dâvâ, kitâbü'l-beyyinât, kitâbü'ş-şehâdât, kitâbü'l-ikrâr ve *kitâbü'l-vekâlet* gibi başlıklar altında¹² tafsilatlı bir şekilde ele alınmaya başlanmıştır.¹³ Ayrıca, muhakeme usulüne dair müstakil kitap ve risâleler de kaleme alınmış; bu sahada zengin bir literatür oluşmuştur.¹⁴ Bu çalışmada, İslam muhakeme usulünde önemli bir konu olan tenâkuz müessesesi ele alınmaktadır.

1.1. Tezin Konusu

Günlük hayatta insanın daha evvel başkalarına beyan ettiği kararları değiştirmesi umumiyetle bir problem teşkil etmez. Ancak bazen böyle bir değişiklik, meselâ bir davete iştirak edemeyeceğini son anda bildirmek, nezaketsiz ve ictimâi olarak kabul edilemez görülebilir. Bilhassa karşı tarafa beyan edilen kararın değiştirilmesi bir akdin ihlaline sebep olduğunda, hukuk, bunu mümkün görmeyebilir veya bir müeyyide ortaya koyabilir.¹⁵

Benzer şekilde, dâvâlarda da kişilerin beyanları arasında tutarlılık bulunması

¹² İmam Muhammed Şeybânî'nin (v. Hicri 189) günümüze ulaşmış *el-Asl* kitabında kitâbü'l-kazâ hâric diğer bahisler ele alınmıştır. Muhammed b. Hasen eş-Şeybanî, **el-Asl**, Tahkik ve Tahlil: Dr. Mehmed Boynukalın, Beyrut: Darü İbn Hazm, 2012. Bu bahis, kitabın günümüze ulaşmayan kısımlarından olsa gerektir. Zira İmam Muhammed'in *el-Câmi 'u's-Sağîr* kitabında kitâbü'l-kazâ müstakil bir bahis olarak mevcuttur. Ayrıca zâhiru'r-rivâye dahilindeki kitapların derlemesi olan *el-Kâfi*'nin İmam Serahsî tarafından yapılan *el-Mebsût* adlı şerhte de kitâbü'l-kazâ müstakil bir başlık altında ele alınmaktadır.

¹³ Fıkıh eserlerinde meseleler kitaplara, kitaplar bablara, bablar da fasıllara ayrılır. Bu kitaplar arasında münasebet olmakla beraber, bunlar müstakil birer kitap olarak düşünülebilir. Ahmed Cevdet Paşa da kitap, bab ve fasıl taksimini şu şekilde izah eder: "Ekser-i ulûm u funûn evveleminde kitâblara, ve kitâblar bâblara ve bâblar fasıllara taksîm olunub; kitâb, cinsleri müttehid olan mesâilden, ve bâb nev'an müttehid olan mesâilden, ve fasıl bir nev'-i mesâilin sunûf-ı mûte'addidesinin bir sınıfından ibâret olur". İbn Haldun, **Terceme-i Mukaddime-i İbn-i Haldun - Fasl-ı Sâdis**, tercüme: Ahmed Cevdet Paşa, İstanbul: Takvimhane-i Âmire Matbaası, 1277, s. 138.

¹⁴ Musa Alak, "İslam Muhakeme Hukuku Edebiyatı", **Kur'ân Mesajı İlmi Araştırmalar Dergisi**, Sayı 16-17-18, Nisan-Mayıs-Haziran 1999, ss. 209-240; Ekrem Buğra Ekinci, "Osmanlı Devleti'nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü", **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Cilt. III, Sayı. 5 [Türk Hukuk Tarihi Sayısı], 2005, ss. 417-439.

¹⁵ Elizabeth Cooke, **The Modern Law of Estoppel**, New York: Oxford University Press, 2003, s. 1.

istenir. Bir kişi dâvâ açar ve iddiası daha evvelki bir sözü veya fiili ile çelişki halinde bulunursa, dâvâsının dinlenmesine mâni olunabilir. Bu gibi haller, İslâm hukukunda, “tenâkuz” müessesesi adı altında ele alınır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, “tenâkuz” ifâdesini yoğun olarak ilk kullanan kişi Hanefî mezhebi hukukçularından Serahsî’dir (v. 483/1090). *el-Mebsût*’ta birçok yerde tenâkuz konu edilip, İmam Muhammed Şeybânî’den “tenâkuz” ifadesini içeren bir nakil de yapılmaktadır.¹⁶ İmam Muhammed’in *el-Câmiu’s-Sağîr* kitabında “tenâkuz” kelimesi kullanılmaksızın tenâkuz müessesesine dair örnek de geçmektedir.¹⁷ Ancak *el-Mebsût*’ta tenâkuzun yoğun bir şekilde konu edildiği bazı bölümlerin Hâkim eş-Şehîd’in (v. 334/945) *el-Kâfi* adlı kitabında karşılık gelen yerlerine bakıldığında, “tenâkuz” kelimesine rastlanmaz. Çalışmamız, İslâm hukukunun ilk devirlerine kadar giden muhakeme usulündeki *tenâkuz* müessesesini konu edinmektedir.

Tezde, İslâm usul hukukundaki tenâkuz müessesesi yanında, İngiliz hukukundaki *estoppel* müessesesi de ele alınmaktadır. Ayrıca, bu iki müessese arasında ilişki kurulup bir mukayese de yapılmaktadır. Böylece tez, mukayeseli medeni usul hukuku (İng. *comparative civil procedural law*) sahasında bir çalışma olarak da düşünülebilir.

Çalışmamızda Türk hukuku ile bir karşılaştırma yapamamamızın nedeni, Kıta Avrupa’sından resepsiyon yoluyla alınan kanunlara dayanan yeni Türk hukukunda tenâkuz müessesesinin bulunmamasıdır.¹⁸ Bazı hukukçular Türk hukukundaki bu eksikliği tenkit etmiştir. Mesela, Temyiz Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi Reisliği yapmış

¹⁶ Serahsî, İmam Muhammed’den “et-tenâkuzu bi-‘ademi’d-da’vâ ...” cümlesini nakleder. Serahsî, **el-Mebsût**, XVIII/159.

¹⁷ Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî, **el-Câmiu’s-Sağîr**, tahkik: Mehmet Boynukalın, İstanbul: Ocak Yayıncılık, 2009, s. 215.

¹⁸ Türk İdare Hukuku’ndaki haklı beklentinin korunması (protection of legitimate expectation) prensibinin, estoppel müessesesini de içine aldığı öne sürülmektedir. Selman Sacit Boz, “Türk İdare Hukuku’nda Estoppel Kuramının Uygulanabilirliği”, **Türk Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl. 9, Sayı. 34, 2018, ss. 231-251. İdare hukuku kavramlarından olan haklı beklentinin korunması, kazanılmış hakların koruma altında olduğunu ifade eder ve ferdlerin devlete olan itimadını sağlar. Yani bir idari işlem belli bir müddet uygunlandıktan sonra, ilgili kanun veya kuralın değişmesi neticesinde kişilerin kendilerine uygulanan idari işlemle elde ettikleri hak koruma altına alınır.

olan Ali Himmet Berki, tevil ve tevfi̇k olunamayan meselelerde tenâkuzu dikkate almamanın ilmen yanlışlığına işaret eder.¹⁹

1.2. Literatür ve Yöntem

Tenâkuz, tüm İslâm hukuk ekollerinde/mezheplerinde dâvânın sıhhat şartı olarak ele alınmış olmasına rağmen, bunu tafsil eden ve kâidelerini ortaya koyan Hanefî mezhebi hukukçuları olmuştur.²⁰ Ayrıca karşılaştırma yapacağımız İngiliz hukukundaki estoppel müessesesi ile ilişki *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'nin İngilizce tercümeleri üzerinden kurulduğundan, tezin esas kaynakları, *el-Mebsût*²¹ ve *Reddü'l-Muhtar* başta olmak üzere Hanefî mezhebi hukukçularının kaleme aldıkları klasik fıkıh kitapları ve risaleleri olacaktır. Yer yer diğ̇er mezhep âlimlerinin kitaplarına da müracaat edilmiştir.

Muhakeme usulüne dair yazılmış *Câmi'u'l-Füsûleyn* ve *el-Usûlü'l-Meriyye fi'l-Mürafa'ati's-Şer'iyye*²² gibi kitaplarda tenâkuza geniş yer verilir. Şeyh Bedreddin'in (v. 823/1420) kaleme aldığı *Câmi'u'l-Füsûleyn*, Ebu'l-Feth Zeynüddin Abdürrahim b. İmâdiddin (v. 670/1272) ile Ebu'l-Feth Mecdüddîn el-Üsrüşenî'nin (v. 637/1240'tan sonra) *Füsûl* kitaplarının birleşmesinden oluşmaktadır.²³ *Câmi'u'l-Füsûleyn*'de “et-tenâkuz fi'd-da'vâ” adıyla müstakil uzun bir bölüm vardır. Mesele sistematik olarak ele alınmamakla beraber, Şeyh Bedreddin'in yer yer daha evvelki hükümleri izah etmesi ve ele aldığı meselelerde kendi görüşünü ifade etmesi sebebiyle, dikkate değerdir. *el-Usûlü'l-Meriyye*, Osmanlıca olarak kaleme alınmış olup, muhakeme usulüne dair tüm

¹⁹ Ali Himmet Berki, **Vakıflar**, 2. basım, İstanbul: Aydınlık Basımevi, 1946, s. 270.

²⁰ Muhammed Na'îm Yâsin, **Nazariyyetü'd-Davâ Beyne's-Şer'iyyeti'l-İslamiyye ve Kanuni'l-Mürafeati'l-Medeniyye ve't-Ticariyye**, Riyad: Dârü Âlemi'l-Kütüb, 2003, s. 384; Ahmed Muhamed Ali Davud, **Usûlü'l-Muhâkemâti's-Şer'iyye**, Amman: Dârü's-Sekâfe, 2004, I/236; Hasen Teysir Şemmût, “et-Tenâkuz fi'd-Da'vâ fi'l-Mezhebi'l-Hanefî”, **Mecelletü'l-Adl**, no. 62, s. 141-162, 1435.

²¹ *Mebsût*'un mevcut neşri eksik olduğundan, kitabın Türkçe tercümesinde bu eksiklikler mahtut nüshalardan giderilmeye çalışılmıştır. Bundan dolayı, matbu nüshada olmayan yerler için Türkçe tercümeye müracaat olunmuştur. Serahsî, **Mebsut - 1000 Yılın İslam Fıkıhı Temel Eseri Deliller ve Hükümler**, Editör: Mustafa Cevat Akşit, İstanbul: Gümüşev Yayınları, 2008.

²² Yusuf Ziyaeddin Ezheri [Ersal], **el-Usûlü'l-Mer'iyye fi'l-Mürafa'ati's-Şer'iyye**, Şumnu: Havadis Matbaası, 1937.

²³ Ali Bardakoğ̇lu, “Câmiu'l-Fusûleyn”, **DİA**, C. 7, İstanbul: TDV Yayınları, 1993, s. 108-109.

mevzuları bölümlere ayırıp, sistematik olarak ele alır. Bu özelliği ile günümüz çalışmalarında ihmal edildiğini düşündüğümüz önemli bir kaynaktır.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin son üç kitabı (Kitâbü'd-da'vâ, Kitâbü'l-beyyinât ve't-tahlif, Kitâbü'l-kazâ), usul hukukuna ve mahkeme nizâmına (court organization) dâirdir. *Mecelle*'nin XIV. kitabının (Kitâbü'd-Da'vâ) “da'vânın şurut ve ahkâmına ve def-i da'vâya dâir” olan 1. babının 4. faslı, “Tenâkuz beyânındadır” başlığını taşır. Özellikle de 1615 ve 1647 ile 1659 arası maddeler tenâkuza dairdir. Tenâkuz bahsinin kodifiye edilmiş bir hukuk metninde bulunması, hukuk mekanizması içinde yerine getirdiği fonksiyonun önemini göstermektedir. Ayrıca *Mecelle*'nin Ali Haydar Efendi (v. 1935), Hacı Reşid Paşa (v. 1918), Türkizâde Hâfız Mehmed Efendi ve Etâsî gibi Osmanlı son devir hukukçuları tarafından kaleme alınan şerhlerinde, tenâkuz bahsi tafsilatlı olarak ele alınır. Bu şerhler, klasik Osmanlı/İslâm hukukçularının son kitapları sayılabileceğinden, buralardaki izahlar, tenâkuz müessesesinin tekâmülünün son aşamasını göstermesi yönünden de ayrı bir önem arz etmektedir. Bu sebeple adı geçen şerhlere sıklıkla müracaat edilmiştir.

Osmanlı Devleti'nde neşredilen fetvâ kitaplarında tenâkuza geniş yer verilir. Bu bahis bazen “fi mâ yusma'u mine'd-da'vâ ve mâ lâ [mâ yusma'u]”²⁴, bazen de “fi't-tenâkuz ve da'vâ'l-ğulat fi'l-ikrâz”²⁵ başlıkları altında ele alınır. Yeri geldikçe bu fetvâlardan da örnek verilerek, teorik bilginin tatbikattaki yeri gösterilmeye çalışılmıştır.

Tenâkuz, Osmanlı hukukunda önemli bir yeri olan sukûk²⁶ kitaplarında da müstakil bir başlık altında ele alınır. Sukûk kitapları, gerçek dâvâlardan derlemeler olduğundan, fıkıh kitaplarında teorik olarak izah edilen ve farazi misallerle ele alınan

²⁴ Mehmed Nuri, **Mecmua-ı Cedide**, İstanbul: Esad Efendi Matbaası, 1299, s. 154; Ali Efendi, **Fetâvâ-ı Şeyhülislam Ali Efendi**, İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1311, II/7; Şeyhülislâm Yenişehirli Abdullah Efendi, **Behcetü'l-Fetâvâ**, s. 358; es-Seyyid Ahmed Efendi ve es-Seyyid Hâfız Mehmed b. Ahmed el-Gedûsî, **Netîcetü'l-Fetâvâ**, s. 393; Seyyid Feyzullah Efendi, **Fetâvâ-ı Feyziye maa'n-Nükûl**, Dersaadet: Dâru't-Tıbaati'l-Amire, 1266, s. 377.

²⁵ Menteşizâde Abdürrahim, **Fetâvâ-ı Abdürrahim**, tashih: İbrahim Saib, Beldetü't-Tayyibetü'l-Kostantiniyye: Darü't-Tıbaati'l-Mamureti's-Sultaniye, 1243, II/371.

²⁶ Süleyman Kaya, “Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları”, **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Cilt. III, Sayı. 5 [Türk Hukuk Tarihi Sayısı], 2005, ss. 379-416.

tenâkuz müessesesinin mahkemelerdeki örneklerini görmek açısından önem arz eder. Bunlardan *Tuhfetü's-Sukûk*, *Dürri's-Sukûk*, *Sakk-ı Cedîd ve Sakk-ı Şânizâde*²⁷ istifade edilen matbu sukûk kitaplarıdır. Bu önemli hususun tenâkuza dair daha evvel hazırlanan makale, tez ve kitaplarda ele alınmadığı görülmektedir.

Şam müftüsü Mahmud Hamza Efendi'nin (v. 1305/1887) tenâkuza dair kaleme aldığı *et-Tefâvuz fi't-Tenâkuz*²⁸ adlı risâle ve bunun notlandırılmış Osmanlıca tercümesi olan *Tenâkuz-ı Fıkhiyye*²⁹ tezin bir diğer mühim kaynaklarından. Bu risâlede, tenâkuzun tarifî, diğer ilimler de dikkate alınarak yapılmış olup, Hanefî literatüründeki farklı tarifler üzerinde de durulmuştur. Tenâkuza dair yapılmış daha önceki modern çalışmalarda bu risâle dikkate alınmamıştır.

Yakın zamanda Arap akademisyenler tarafından kaleme alınan bazı kitap ve makalelerde de tenâkuz mevzu edilmiştir. Muhammed Râkân Dağmî'nin *Da'vâ't-Tenâkuz ve'd-Def' fi'l-Şerî'ati'l-İslâmiyye* adlı neşredilmiş doktora tezi³⁰, Hasen Teysir Şemmût'un tenâkuza dair *et-Tenâkuz fi'd-Da'vâ fi'l-Mezhebi'l-Hanefî* başlıklı makalesi³¹ ve Muhammed Na'îm Yâsin'in dâvâ nazariyesine dair kitabındaki tenâkuz bölümü³² dikkate değer çalışmalardır. Bu tezde farklı olarak, Arap müelliflerin ulaşamadıkları Osmanlıca fıkıh ve fetvâ kitapları görülüp, gözden kaçırdıkları matbu ve mahtut Arapça fıkıh kitapları da dikkate alınmıştır. Bir diğer fark ise, yoğun bir şekilde

²⁷ Debbağzâde Nûman Efendi, **Tuhfetü's-Sukûk**, Dâru't-Tıbaati'l-Âliye, 1259; Yûsuf Ziyâeddin Efendi, **Câmiu Envâri's-Sukûk ve Lâmiu'z-Ziyâi li-Zevi's-Şükûk** [Sakk-ı Cedîd], (sayfa kenarında **Sakk-ı Şânizâde** [Bedâiyu's-Sukûk fi'l-Vesâiki's-Şer'iyye]), Matbaa-i Âmire, 1284; Çavuşzâde Mehmed Aziz, **Dürri's-Sukûk**, 2 Cilt, İstanbul, 1277.

²⁸ Mahmud Hamzavî, **et-Tefâvuz fi't-Tenâkuz**, (**Mecmuatü'r-Resâil** içinde), Dımaşk: Matbaatü Meclisi'l-Mecâlis, 1303. Bu risâle yakın zamanda, ara başlıklar eklenerek tekrar neşredilmiştir. **Cemî'u'l-Hukukî'l-Mahfûzat**, tahkik: Mahmud Hayr Ramazan Yusuf, Beyrut: Daru'l-Beşar, 1434/2013, II/11-41.

²⁹ Mahmud Hamzavî, **Tenâkuz-ı Fıkhiyye**, tercüme ve talikat: Bereketzâde İsmail Hakkı, İstanbul: Matbaa-ı Nişan Berberyan, 1308.

³⁰ Muhammed Râkân Dağmî, **Da'vâ't-Tenâkuz ve'd-Def' fi'l-Şerî'ati'l-İslâmiyye**, Amman: Dâr 'Ammâr, 1991.

³¹ Hasen Teysir Şemmût, "et-Tenâkuz fi'd-Da'vâ fi'l-Mezhebi'l-Hanefî", **Mecelletü'l-Adl**, no. 62, s. 141-162, 1435.

³² Muhammed Na'îm Yâsin, **Nazariyyetü'd-Da'vâ beyne's-Şer'iyyeti'l-İslâmiyye ve Kanuni'l-Mürafeati'l-Medeniyye ve't-Ticariyye**, Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003.

misaller verip meselenin esasının kaçırılmamasına dikkat edilmiştir. Ayrıca, fıkıhın kazuistik yapısına rağmen, tenâkuz müessesesinin sistematik olarak ele alınmasına da gayret edilmiştir.

Tezin başlangıcında sadece tenâkuz müessesesinin incelenmesi hedefleniyordu. Ancak sonraları *Mecelle*'nin İngiliz hâkimler tarafından İngilizce'ye yapılan tercümelerine müracaat ettiğimizde, "tenâkuz" kelimesine, İngiliz hukukunda kullanımı olan "estoppel" kelimesi ile karşılık verildiğini tespit ettik. Bu, bizi, tenâkuz ve estoppel müesseseleri arasında bir mukayese yapmaya sevk etmiştir. Burada, estoppel müessesesinin modern halinden ziyade, ilk ortaya çıkışı ve XIX. yüzyıla kadar olan tekâmülü üzerinde durulacaktır. Bu zaman diliminde İslam hukukunun yürürlükte bulunması, iki müessese arasında objektif bir mukayesenin yapılabilmesine imkân verecektir. Bu haliyle tez, estoppel üzerine ilk Türkçe çalışma olduğu gibi, İslam hukukundaki tenâkuz ile İngiliz hukukundaki estoppel arasında mukayese yapan literatürdeki ilk çalışma olarak da değerlendirilebilir.

Tezin estoppel ile alakalı kısımlarının ana kaynaklarından biri, meşhur İngiliz hukukçu Edward Coke (v. 1634) tarafından kaleme alınan *The Institutes of the Lawes of England* adlı kitabıdır.³³ Tespit edebildiğimiz kadarıyla estoppel'in târif, şart ve çeşitleri ilk defa bu kitapta ele alınmıştır. Mevzu ile alakalı yakın zamanda kaleme alınmış makale ve kitaplara da müracaat edilmiştir.

Estoppel ile tenâkuz arasındaki ilişkinin ortaya koyulabilmesi için *Mecelle*'nin İngiliz hukukçular tarafından yapılan İngilizce tercümelerine müracaat edilmiştir. Bu tercümelerin ilki, W. E. Grigsby tarafından *Mecelle*'nin Yunanca tercümesinden yapılmış olup, 1895 senesinde neşredilmiştir.³⁴ İkincisi, 1901 tarihinde Girne Bölge Mahkemesi reisi C. R. Tyser, sicil memuru D. G. Demetriades ve Türk kâtip İsmail Hakkı Efendi tarafından tercüme edilmiştir.³⁵ Sonuncusu ise Charles Arthur Hooper

³³ Edward Coke, **The First Part of the Institutes of the Lawes of England, or Commentarie upon Littleton**, London, 1628.

³⁴ W. E. Grigsby, **The Medjellé or Ottoman Civil Law**, London: Stevens and Sons, 1895.

³⁵ C. R. Tyser, D. G. Demetriades ve İsmail Haqqi Effendi, **The Mejelle**, Nicosia-Cyprus: Government Printing Office, 1901.

tarafından tercüme edilip, 1935 senesinde Kudüs'te neşredilmiştir³⁶. Bu tercümelere sadece ilkinde tenâkuza sözlük manası verilir, “contradiction” denilmiştir.³⁷ Diğer iki tercümede ise “tenâkuz” kelimesi “estoppel” olarak verilmiştir.³⁸

1918-1948 yılları arasında İngiltere manda idaresi altında olan Filistin'de *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* tatbikatı devam etmiştir. İngiliz hâkimlerin başkanlığındaki temyiz mahkemesinde görülen dâvâlara ait raporlar düzenli olarak neşredilmiştir. 1920-1947 tarihleri arasında Filistin'deki temyiz dâvâlarından seçilenler, *The Law Reports of Palestine* başlığıyla 14 cilt olarak neşredilmiştir. Yüksek mahkemedeki İngiliz hâkimler kararlarında sıklıkla *Mecelle*'ye atıfta bulunmuşlardır. Estoppel ile tenâkuz arasındaki ilişkinin incelenmesinde, bu mahkemelerin dâvâ raporlarına müracaat edilmiştir.

1877-78 (93 harbi) Osmanlı Rus savaşından sonra, Kıbrıs İngiltere'ye kiraya verilmiştir. Böylece Kıbrıs'ta 1960 yılına kadar sürecek olan İngiliz hâkimiyeti başlamıştır. İngiltere mevcut hukuk sistemini muhafaza ederek, mahkemelerde *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'yi esas almıştır. Kıbrıs'taki temyiz makemesi kararları da düzenli olarak yayınlanmıştır. İki ayrı seri halinde neşredilen Kıbrıs dâvâ raporlarının ilki 18 cilt olarak *The Cyprus Law Reports - Cases Determined by the Supreme Court of Cyprus* adıyla yayınlanmıştır. Bu dâvâ raporları, 1883-1943 yılları arasındaki dâvâları içerir. Bunun ilk 8 cildin özeti Anton Bertram tarafından 1914 senesinde *The Cyprus Law Reports - Digest of Cases Reported in Volumes I to VIII* adıyla yayınlanmıştır. Diğer bir dâvâ raporu ise 5 cilt olarak *Reports of Cases Decided by the Supreme Constitutional*

³⁶ Charles Arthur Hooper, **The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan**, Jerusalem: The Azriel Printing Works, 1933. İngiliz hukukçu Hooper, tercümesini *Mecelle*'nin orijinalini esas alarak hazırlamış ve iki farklı Arapça tercüme ile de mukayese etmiştir. Hooper'ın tercümesi, tekrardan *Arab Law Quarterly* dergisinin farklı sayılarında neşredilmiştir. “The Mejlle - Book XIV - Actions [legislation]”, **Arab Law Quarterly**, Vol. 5, Issue 2, May 1990, pp. 145-156. Hooper ayrıca *Mecelle*'yi esas alarak Irak ve Filistin'de vazife yapan İngiliz hâkimler için muhakeme usûlüne dair bir kitap da kaleme almıştır. C. A. Hooper, **The Law of Civil Procure of Iraq & Palestine**, Basrah: The Times Printing & Publishing, 1930.

³⁷ W. E. Grigsby, **The Medjellé or Ottoman Civil Law**, s. 351.

³⁸ C. R. Tyser, D. G. Demetriades ve Ismail Haqqi Effendi, **The Mejlle**, s. 266; Charles Arthur Hooper, **The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan**, I/ 443; C. A. Hooper, **The Law of Civil Procure of Iraq & Palestine**, s. 37.

Court of Cyprus adıyla yayınlanmıştır ve 1960-1963 yılları arasındaki dâvâları ihtiva eder. Bu yayınlanmış dâvâ raporlarına da müracaat edilerek, tenâkuz ile estoppel arasındaki ilişki tespit edilmeye çalışılmıştır.

2. İSLAM HUKUKUNDA DÂVÂ

Bu bölümde, İslam muhakeme usulüne göre bir dâvâyı oluşturan esaslar, dâvânın sıhhat şartları, dâvâ türleri ve bir dâvânın akışının nasıl olduğu gibi konular ele alınmaktadır.

Fıkıh terimi olarak dâvâ³⁹, bir kimsenin diğer bir kimseden hâkim huzurunda hakkını yazılı veya sözlü olarak talep etmesi olarak tanımlanır.⁴⁰ Buradaki “hak” tâbiri, sadece ayn veya deyn türünden hakları değil, gerek mevcut bir hakkı (*hakk-ı vücûdî*) gerekse de kendisine yöneltilmiş bir iddiayı bertaraf etmeyi hedeflemek (*hakk-ı ademî*) olsun tüm hakları içine alır.⁴¹ Talep edilen hak, müvekkile, velisi bulunulan çocuğa veya nâibi bulunulan bir şahsa ait olabilir. Bir hâkim, talep olmadan kendiliğinden bir dâvâya bakamaz.⁴² Hadd suçları gibi Allah hakkının (hukukullah) ağır bastığı suçların dâvâsı ise ehl-i örf⁴³ tarafından açılabilir.

Dâvânın öğeleri şunlardır: Dâvâcı (müdde‘i), dâvâlı (müdde‘â ‘aleyh) ve dâvânın mevzuu (müdde‘â bih veya müdde‘â). Kimin ispatla kimin yeminle yükümlü olduğu dâvâcı ve dâvâlının tariflerini ehemmiyetli kılmaktadır. Dâvâcı, hâkim huzurunda hakkını talep eden kimsedir. Dâvâlı ise, hâkim huzurunda kendisinden hak talep edilendir.

³⁹ İddi‘â, isim olan “da‘vâ” kelimesinin mastar halidir. İddi‘â, ifti‘âl bâbındandır. “Da‘vâ” kelimesinin çokluk hali, “de‘âvi”dir.

⁴⁰ **Mecelle**, madde 1613. Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü’l-Hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm**, İstanbul: Hukuk Matbaası, 1330, IV/192.

⁴¹ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü’l-Hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm**, IV/192-193. *Hakk-ı vücûdî*, ‘Benim dâvâlıdan şu kadar alacağım var’ demek gibi mevcut olan bir hakkı ifade eder. *Hakk-ı ademî* ise, karşı dâvâ gibi bir haktan ziyâde kendisine yöneltilmiş bir iddiayı bertaraf etmeyi ifade eder. Mesela, falan kimse bu şeyde bana haksız yere tariz ediyor; def’ini talep ederim demek gibi. Hacı Reşid Paşa, **Ruhu’l-Mecelle**, Derseâdet: Matbaa-i Hayriye ve Şürekâsı, 1328, VII/172.

⁴² Fahrettin Atar, **İslâm Yargılama Hukukunun Esasları**, s. 141.

⁴³ İslam devletinde ehl-i şer’ (kâdı, müfti ve müderris), ahkâm-ı İslamiyenin ortaya koyulmasında vazifeliyken, ehl-i örf ise bunları tatbik ederek yürütme gücünü kullanır. Ehl-i örf tabiri, Osmanlı Devleti’nde idare memurları (vezir, vâli, subaşı ve sâire) için kullanılır. Ekrem Buğra Ekinci, **Osmanlı Hukuku**, 3. Basım, İstanbul: Arı Sanat, 2014, s. 165.

2.1. Dâvânın Sıhhat Şartları

Bir dâvânın hâkim tarafından dinlenilebilmesi için birtakım şartları taşıması gerekir ki bunlara dâvânın sıhhat şartları denir. Ancak klasik fıkıh kitaplarında her tür dâvâ kendine mahsus şartlar dairesi içinde ayrı bahisler altında izah edilmiştir. Mesela, *fî da'vâ'l-akar, fî da'vâ'd-deyn, fî da'vâ't-tarîk* gibi.⁴⁴

Literatürde tespit edebildiğimiz kadarıyla, Hanefî mezhebinde dâvânın sıhhat şartlarını ilk olarak maddeler halinde sayan, Alâüddin es-Semerkindî'dir (v. 539/1144). Ancak dâvâda tenâkuzun olmaması, sıhhat şartları arasında geçmez.⁴⁵ *Tuhfetü'l-Fukahâ*'dan evvel kaleme alınan kitaplardan, meselâ İmam Serahsî'nin (483/1090) *Mebsût*'unda dâvânın sıhhat şartları topluca verilmez. Alâüddin es-Semerkindî'nin talebesi Kâsânî (v. 587/1191), maddeler halinde sıralama noktasında dâvânın sıhhat şartlarına son şekli verir.⁴⁶ Eseri telif etme sebebinde “Meseleleri kâide ve asılları esas olarak ortaya koydum” demesi, Kâsânî'nin kitabındaki sistematikliğin sebebinin izah etmektedir.⁴⁷ İbn Nüceym (v. 970/1563) de, aynı şartları verir.⁴⁸ Bu şartlar, Osmanlı son devrine kadar yazılan kitaplarda çok az farkla tekrar edilir. Osmanlı devrinde bu sıhhat şartlarına “İkrarın sebab-i milk ittihâz edilmemesi” şartı da eklenmiştir.⁴⁹

Dâvânın sıhhat şartlarının bir kısmı dâvânın kendisi ile, bir kısmı dâvâcı ile, bir

⁴⁴ Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi, **Tatbikât-ı Şer'iyeye Dersi**, Dârü'l-Hilâfe: Matbaa-i Âmire, 1333, s. 24.

⁴⁵ Dâvânın sıhhat şartları şu şekilde listelenir: 1) Hasımın hazır bulunması, 2) Dâvâ konusu olan şeyin bilinmesi, 3) Dâvânın bir şey talep etmesi. Alâüddin es-Semerkindî, **Tuhfetü'l-Fukahâ**, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1405/1984, III/181.

⁴⁶ Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerâi**, 2. basım, Tahkik ve Ta'lik: Ali Muhammed Muavvaz ve Adil Ahmed Abdülmevcud, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424, VIII/416. Kâsânî, dâvânın sıhhat şartları olarak şunları sıralar: 1) Dâvâcı ve dâvânın akıllı olması, 2) Dâvâ konusu olan şeyin bilinmesi, 3) Dâvâcının bir şey talep etmesi, 4) Dâvâcının özü yoksa iddiasını kendi anlatması, 5) Dâvânın kaza meclisinde görülmesi, 6) Dâvânın mahkemede hazır olması, 7) Dâvâda tenâkuz bulunmaması, 8) Dâvâ konusunun muhtemel olması.

⁴⁷ Alâaddîn Ebu Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i**, I/89.

⁴⁸ İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-Râik**, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997, VII/327.

⁴⁹ Hasan Sıdkı Efendi, **Vezaifü'l-Kudât Tercemesi**, 2. basım, Dersâadet: Kırk Anbar Matbaası, 1307, s. 23-30; **Mecelle**, madde 1628.

kısmı dâvâlı ile, diğere bir kısmı da dâvâ mevzusu ile irtibatlıdır.⁵⁰ Bu sıhhat şartları şunlardır:

- i. *Tarafların Akıllı Olması:* Dâvânın sıhhati için iki tarafın da akıllı olmaları şarttır. Tam edâ ehliyetine sahip olan bir kişi, bizzat kendi dâvâsını yürütebilir. Eksik edâ ehliyetine sahip olan bir kişi ise, mümeyyiz çocuk gibi, ancak velisinin veya vasisinin izni ile dâvâsını yürütebilir. Mümeyyiz olmayan bir çocuk veya akıllı olmayanların yerine, velisi velâyet; vasisi vesâyet sebebiyle dâvâda taraflardan biri olabilir. Bu şart, *Mecelle*'nin 1616. maddesinde “Müdde‘î ve müdde‘â aleyhin âkıl olmaları şarttır” şeklinde ifade edilmiştir.
- ii. *Dâvâlının Bilinmesi:* Dâvâlının bilinir olması şarttır. Aksi halde, şahitliğin kime karşı yapılacağı ve hakkın kim için itiraf edileceği (ilzâm) bilinemez. Dâvâcının, dâvâlıyı şahsen tayin etmesi gerekmektedir. Dâvâlı bir kişi olabileceği gibi birden fazla da olabilir. Bu şart, *Mecelle*'nin 1617. maddesinde “Müdde‘â aleyhin ma‘lûm olması şarttır” olarak ifade edilmiştir.
- iii. *Hasmın Hazır Bulunması ve Dâvânın Kazâ Meclisinde Görülmesi:* Hasım hâkimin huzurunda bulunmadıkça, dâvâcının dâvâsı ve delili dinlenmez. Bu şart, *Mecelle*'nin 1618. maddesinde “Hîn-i da‘vâda hasmın huzûru şarttır” ifadesiyle yer bulmuştur.⁵¹ Ali Haydar Efendi bu maddenin şerhinde “hasmın huzûru”ndan sonra “dâvânın meclis-i kazâda olması”nı da şart olarak zikreder.⁵²

⁵⁰ Yusuf Ziyaeddin Ezheri [Ersal], *el-Usûlü'l-Mer‘iyye fi'l-Mürafa‘ati’ş-Şer‘iyye*, s. 7-13. Atar, dâvânın sıhhat şartlarını, taraflara ve dâvâ konusuna ilişkin şartlar olmak üzere ikili taksime tabi tutmuştur. Fahrettin Atar, **İslâm Yargılama Hukukunun Esasları**, İstanbul: M.Ü. İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2013, s. 136-141. Dâvânın şartları açısından İslâm Muhakeme Hukuku ile Türk Medenî Usul Hukuku arasındaki ilişki için bkz. Kemal Yıldız, “İslâm Muhakeme Hukukunda Dâvânın Şartları ve Muhakeme Süreci”, **EKEV Akademi Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 24, sayfa: 117-134, 2005. Aslında Türk Medenî Usul Kanunu’nda doğrudan doğruya dâvâ şartlarını düzenleyen herhangi bir hüküm yoktur. Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. basım, İstanbul, 2000, s. 282.

⁵¹ Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanunu’na göre cinâyet dâvâları ile hapis gerektiren dâvâlarda zanlının hâkim huzurunda olması şart olduğundan, yalnız vekil ile dâvâ görülmez. Hacı Reşid Paşa, **Ruhu’l-Mecelle**, VII/179.

⁵² Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü’l-Hükkâm**, IV/200.

- iv. *Dâvâ Konusunun Bilinmesi*: Bu şart, *Mecelle*'nin 1619. maddesinde “Müdde‘â bihin ma‘lûm olması şartdır” şeklinde ifade olunmuştur. Ancak, gasp, rehin, vasiyet, miktarı belli edilmeyen borcun ikrâr ve ibrâsı dâvâlarında, dâvâya konu olan şeyin tam bilinmemesi dâvânın fâsid olmasına yol açmaz.⁵³ Bir diğer istisna da, hâkimin bir ölenin vasisini veya bir vakfin mütevellisini itham etmesi halinde, ortada hıyanet edilen malum bir şey bulunmasa bile, vasiye veya mütevelliyeye yemin ettirilir.⁵⁴ Burada vesayet altında bulunanları ve vakfi koruma gayesiyle, yemin verdirmeye caiz görülmüştür.⁵⁵
- v. *İkrârın Mülkiyet Sebebi Kabul Edilmemesi*: İkrâr, haber vermek olduğundan, doğruya ve yalana ihtimali vardır. Sırf ikrar ile mülkiyet nakli gerçekleşmez. Çünkü ikrâr etmek, ikrâr edilen şeyin öteden beri ikrâr olunan kimsenin mülkiyetinde olduğu mânâsına gelir.⁵⁶ Ancak ikrâr mülkiyet sebebi değil de dâvâya delil olarak getirilse, dâvâ dinlenilir.⁵⁷ Bu sıhhat şartını sağlamadığı sebebiyle sahih olmayan bir dâvâ basit bir cümle değişikliği ile sahih hale getirilebilir. Şöyle ki dâvâcı “bu mal benimdir, zira onu elinde bulunduran şu adam benim olduğunu ikrar etmişti” iddiasıyla dâvâ etse, bu dâvâ dinlenmez. Ancak dâvâcının “bu mal benimdir ve onu elinde bulunduran şu adam benim olduğunu ikrar etmişti” iddiasıyla açacağı dâvâ dinlenir.⁵⁸ İki iddia arasındaki fark çok küçük olmasına rağmen, ilkinde ikrâr mülkiyet sebebi olarak sunulmuşken, diğerinde dâvâya delil olarak sunulduğu düşünülebilir.
- vi. *Dâvânın Sübutunun Muhtemel Olması*: Dâvâya mevzu olan şeyin ihtimal dâhilinde olması dâvânın sıhhat şartlarından biridir. Zira hakikaten veya âdeten var

⁵³ Hacı Reşid Paşa, **Ruhu'l-Mecelle**, VII/181.

⁵⁴ Mahmud Hamzavî, **el-Fevâidü'l-Behiyye fi'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye**, Dımaşku'ş-Şam: Matbaatü Habib Efendi, 1298, 91.

⁵⁵ Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhıyye Kamusu**, I/296.

⁵⁶ *Mecelle*'nin 1628. maddesinden yer alan bu şart, şu şekilde ifade edilmiştir: “İkrârın hükmü mukarrun bihin zuhûrudur yoksa bidâyeten hudûsü değildir. Bu cihetle ikrâr sebep-i milk olamaz. Binâenaleyh müdde‘î mücerred müdde‘â aleyhin ikrârını sebep tutarak andan bir şey da‘vâ istimâ‘ olunmaz”.

⁵⁷ Meselâ müdde‘î “bu malımdır ve onun zilyedi olan şu adam da benim olduğunu ikrâr etmiştir” diye dâvâ etse, dâvâsı dinlenilir. Hacı Reşid Paşa, **Ruhu'l-Mecelle**, VII/187.

⁵⁸ **Mecelle**, madde 1628.

olması imkânsız olan şeyin dâvâsı yalandır.⁵⁹ *Mecelle* bu şartı 1629. maddede “Müdde‘â bihin muhtemelü’s-sübût olması şarttır. Binâenaleyh aklen yâ âdeten vücûdu muhâl olan şeyi iddi‘â sahîh olmaz” ifadesiyle düzenlemektedir.

- vii. *Dâvâlının Bir Şey ile Mahkûm ve Mülzem Edilmesi*: Dâvânın sabit olması halinde dâvâlı bir şey ile ilzâm edilmelidir. İlzâm olmayan yerde husumet olmayacağından, böyle bir dâvâ açmada hukukî bir faydadan bahsedilemez. Bu şart, *Mecelle*’nin 1630. maddesinde ifade edilmiştir.⁶⁰
- viii. *Dâvâcının Özrü Yoksa İddiasını Kendi Anlatması*: Dâvâcının özrü yoksa dâvâsını bizzat kendisi anlatması gerekir. Dâvâlı kabul ederse, başkası dâvâlı adına konuşabilir. Bu, İmam Ebu Hanife’nin kavlidir. İmameyn’e göre, dâvâcının bizzat kendisinin dâvâsını anlatma mecburiyeti yoktur. Dolayısıyla, dâvâcı özrü olmaksızın bir vekil tayin ederse, bu vekil dâvâyı müvekkili adına yürütür.⁶¹ *Mecelle* İmameyn’in görüşünü esas aldığından, bu şart, dâvânın sıhhat şartları arasında yer almamıştır.⁶²
- ix. *Dâvâda Tenâkuz Bulunmaması*: Dâvâ, daha önce dâvâcı tarafından ortaya konulmuş bir söz ya da fiil ile tenâkuz halinde olmamalıdır.⁶³ Çünkü bir şeyin

⁵⁹ Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes‘ûd b. Ahmed el-Kâsânî, **Bedâiu’s-Sanâi fi Tertibi’ş-Şerâi**, VIII/416.

⁶⁰ **Mecelle**, madde 1630: “Da‘vânın sübûtu takdîrinde müdde‘â aleyhin bir şey ile mahkûm ve mülzem olması şarttır”. Maddenin devamında şu misaller verilir: “Meselâ bir kimesne diğer kimesneye bir şey i‘âre etdikde diğer bir şahs çıkıp da anın müte‘allikâtındanım bana i‘âre etsin deyu da‘vâ etse sahîh olmaz. Kezâlik bir kimesneyi bir husûsa tevkîl etdikde diğer bir şahs çıkıp da anın komşusuyum anın vekâletine daha münâsibim deyu da‘vâ etse sahîh olmaz. Zîrâ herkes mâlını dilediğine iâre ve dilediğini umûruna tevkîl edebileceğinden bu da‘vâlar sâbit olduğu takdîrde müdde‘â aleyh hakkında hiçbir hükm terettüb etmez”.

⁶¹ Şeyh Nizâm, **el-Fetâvâ’l-Hindiyye**, zabt ve tashih: Abdüllatif Hasan Abdurrahman, Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1421/2000, IV/3.

⁶² Bu şart hâricindekiler, *Dürerü’l-Hükkâm*’da da zikredilmiştir. Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü’l-Hükkâm**, IV/197-198.

⁶³ İbnü’l-Ğars, **el-Fevâkihü’l-Bedriyye**, (Muhammed Sâlih el-Cârim er-Reşîdî’nin takyidâtı *el-Mecâni’z-Zehriyye* ile birlikte), Mısır: Matba‘atü’n-Nîl, 1326, s. 98. Dâvâcının, dâvâsı ile tenâkuz halinde olmaması Şafî mezhebinde de dâvânın sıhhat şartları arasında zikredilir, ancak tafsilat verilmez. Ezhâr, yani İmam Şafî’den gelen daha güçlü olan kavle göre, dâvâ bâtil olmaz. Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî, **Muğni’l-Muhtâc ilâ Ma‘rifeti**

çelişik (münâkız) ve zıttıyla (münâfi) birlikte var olması imkânsızdır.⁶⁴ Klasik fıkıh kitaplarında ve Osmanlıca muhakeme usulüne dair kitaplarda, dâvânın sıhhat şartı olarak dâvâda tenâkuz bulunmaması geçmektedir. Ancak bu şart, *Mecelle*'nin “Da‘vânın şürût-ı sıhhati” başlıklı faslında yer almamıştır. Bunun sebebi, tenâkuzun mutlak olarak dâvâyâ mâni olmaması ve bazı hallerde ortadan kaldırılabilmesi olabilir.

- x. *Dâvânın Karara Bağlanmış Bir Dâvâ Olmaması*: Dâvânın sıhhat şartları arasında zikredilmemekle birlikte, usulüne göre görülüp hükme bağlanmış bir dâvânın, tekrar dâvâ mevzusu edilmesi meşru değildir. Bu şart, *Mecelle*'nin Kitâbü'l-Kazâ'sında madde 1837'de ifade edilmektedir.⁶⁵

2.2. Dâvâ Çeşitleri

Dâvâ sıhhat yönünden, sahih, fâsid ve bâtil olmak üzere üç kısma ayrılır.⁶⁶ Klasik fıkıh kitaplarında, sahih ve fâsid kısmından bahsedilir.⁶⁷ Buradaki fark, fâsid dâvânın, tashih edilebilen ve edilemeyen dâvâlara şâmil olmasıdır. Tashih edilemeyen dâvâlar ilk taksimdeki bâtil dâvâyâ karşılık gelmektedir.⁶⁸ Vasfî fâsid olan dâvâlar tashih

Me‘âni'l-Minhâc, tahkik: Ali Muhammed Muavvaz, Adil Ahmed Abdülmevcud, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1421/2000, V/380.

⁶⁴ Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes‘ûd b. Ahmed el-Kâsânî, **Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerâi**, VIII/415.

⁶⁵ **Mecelle**, madde 1837: “Usûl-i meşrû‘asına muvâfık ya‘nî hükmün sebep ve şartları mevcûd olarak hükm ve i‘lâm olunan da‘vânın tekrâr rüyet ve istimâ‘ı câ‘iz olmaz”. Bu kâide, Roma hukukunda “Res Judicata” olarak yer alır ve bütün hukuk sistemlerinde, değişiklik göstermekle beraber, mevcuttur. Bilhassa Yahudi Hukuku'nda Res Judicata esnek olduğundan, dâvâların nihâyet bulması, tarafların tekrar başvurmaları sebebiyle çok uzun zaman alır. Yuval Sinai, “Reconsidering Res Judicata: A Comparative Perspective”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, vol.21, pp. 353-400, 2011.

⁶⁶ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü'l-Hükkâm**, IV/195 (Madde 1613'ün şerhi). Benzer şekilde, Hanefî mezhebi hukukçuları hukukî işlemleri (akitleri) geçerliliklerine göre, sahih, fâsid ve bâtil olarak ayırmaktadır.

⁶⁷ Şeyh Nizâm, **el-Fetâvâ'l-Hindiyye**, IV/3.

⁶⁸ *Ruhu'l-Mecelle*'de ise, dâvâ sahih ve fâsid olmak üzere iki kısma ayrılır. Fâsid dâvâ da, tashih edilebilen ve edilemeyen olmak üzere ikiye ayrılır. Sahih hale getirelemeyen dâvâ, Ali Haydar Efendi'nin taksiminde bâtil dâvâyâ karşılık gelir. Hacı Reşid Paşa, **Ruhu'l-Mecelle**, VII/174-175. Ali Haydar Efendi, 1531. maddenin şerhide de benzer izahı yapar.

olabilirken, aslı fâsid olan dâvâlar tashih olunamayıp bâtil olurlar.⁶⁹

- i. *Sahih Dâvâ*: Kendisinde bulunması gereken tüm sıhhat şartları haiz dâvâdır. Böyle bir dâvâ, dâvâlının hazır edilmesi ve cevap vermesi; dâvâlının iddiayı inkâr etmesi halinde dâvâcının delil (beyyine) ile ispat etmesi; ispata muktedir değilse, dâvâlıdan yemin etmesini istemesi ve dâvâ mevzusu olan şeyi mahkemeye getirmesi gibi hükümleri gerektirir.
- ii. *Fâsid Dâvâ*: Aslı sahih olan, fakat haricî vasıfları itibariyle meşru olmayan dâvâdır. Bir dâvânın aslı sahih olması, dâvâ etmenin meşru, ama sıhhat şartının bulunmaması demektir. Dolayısıyla, böyle bir dâvânın sahih hale getirilmesi mümkündür. Meselâ, konusu (müdde‘a bih) belirsiz olan bir dâvâ, fâsiddir. Böyle bir halde hâkim, dâvâcıya “dâvâyı tashih eyle” diyerek bu belirsizliği ortadan kaldırmasını talep eder. Dâvâcı, iddiasını beyân ederse, dâvâ görülür.⁷⁰ Aksi halde, hâkim dâvâyı reddeder. Ancak dâvâcı daha sonra dâvâsını sahih hale getirme hakkına sahiptir.⁷¹
- iii. *Bâtil Dâvâ*: Aslı sahih olmayan dâvâdır. Böyle bir dâvâ sahih hâle getirilemez. Dâvânın sâbit olması hâlinde, dâvâlı üzerine bir şey gerekmez.

2.3. Dâvânın Seyri

Dâvâ sıhhat şartları hâiz olursa, hâkim dâvâlıyı isticvab eder (sorguya çeker). Sorgudan sonra hâkim, dâvâlının söylediklerinin dâvâ için cevap olup olmadığını inceler. Cevap değilse, hâkim dâvâlıyı cevap vermesi için zorlar. Dâvâlı tarafından verilen izahın, dâvâyâ karşı bir cevap olduğu anlaşılırsa, hâkim bu cevabın ikrâr, inkâr veya def’ (karşı dâvâ) türlerinden hangisi olduğuna karar verir.⁷²

⁶⁹ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü’l-Hükkâm**, IV/331.

⁷⁰ Hacı Reşid Paşa, **Ruhu’l-Mecelle**, VII/174.

⁷¹ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Kitabü’l-Mebahisi’l-Mühimme fi’t-Tatbikâti’ş-Şer‘iyye ve’l-Hukukiyye**, İstanbul: Şirket-i Mürettibiye Matbaası, 1340, s. 42.

⁷² İbrahim el-Halebî, **Mültekâ’l-Ebhûr**, s. 252. Dâvânın seyrinin tafsilatı için bkz. Hoca Emin Efendizade Haydar Efendi, **Tatbikât-ı Şer‘iyye Dersi**, s. 34-54; Yusuf Ziyaeddin Ezheri [Ersal], **el-Usûlü’l-Mer‘iyye fi’l-Mürafa‘ati’ş-Şer‘iyye**, s. 40-43.

İkrâr: Dâvâlı ikrâr ederse, artık delil ve şâhitlere lüzum olmayıp mahkeme sona ermiş demektir. Dâvâlının sonradan ikrârında yalan söylediğini iddiâ etmesi, ancak hâkimin dâvâlıyı ikrarıyla ilzâm etmesinden, yani dâvâyı karara bağlamasından evvel geçerli olur. Şayet hâkim ilzâm etmişse, ikrardan geri dönüş olamaz.

İnkâr: Dâvâlı dâvâcının iddiasını inkâr ederse, hâkim dâvâcıdan delil talep eder. Dâvâlının sessiz kalması veya “ikrâr ve inkâr etmem” demesi inkâr olarak kabul edilir. Dâvâcı delil getirmezse, bu defa dâvâlıdan yemin etmesini talep edebilir. Dâvâlı, yemin etmekten çekinirse (nükûl), hakkın dâvâlı tarafında olduğuna hükmedilir; yemin ederse, dâvâcının dâvâsı reddolunur. Fakat sonradan dâvâcı, uzakta olup ulaşmadığı şâhitlerini, mahkemeye getirme imkânı bulursa, tekrar mahkemeye giderek şâhitleri dinlenilir. Çünkü yalan yemin, âdil şâhitlerle iptal olunur.

Def-i (Karşı) Dâvâ: Dâvâlı tarafın dâvâcının iddiasını gerek hükümden evvel gerekse hükümden sonra reddederek, savunma yerine yeni bir dâvâ açmasıdır.⁷³ Dâvâlı, karşı dâvâ edeceğini ifade etmesiyle, hâkimden mühlet ister. Hâkim, karşı iddiayı sorar. Şayet karşı iddia meşru ise, hâkim mühlet verir. Aksi halde mühlet vermekte fayda olmayacağından hâkim, mahkemeyi tamamlar ve hükmünü verir.

Karşı dâvâ da bir dâvâdır. Asıl dâvâdaki dâvâlı, dâvâcı; dâvâcı da dâvâlı olur. Karşı dâvâyı açan, iddiasını ispat ederse asıl dâvâ düşer. İspat edemezse, karşı dâvâ sahibinin talebi üzerine asıl dâvâcıya yemin ettirilir. Asıl dâvâ sahibi yeminden kaçınırsa, dâvâlının karşı dâvâsı sabit olur; aksi halde asıl dâvâyâ devam edilir.

⁷³ **Mecelle**, madde 1631.

3. İSLAM MUHÂKEME HUKUKUNDA TENÂKUZ

Önceki bölümde, dâvâ ile alakalı kavramlar verilerek, İslam muhakeme usulünde bir dâvânın nasıl ortaya çıktığı özet olarak ele alındı. Bu yapılırken de çalışmanın konusu olan tenâkuz müessesesine dâvânın sıhhat şartları içerisinde temas edildi. Bu bölümde tenâkuz müessesesinin İslâm muhakeme usulündeki yeri detaylı olarak ele alınacaktır.

Tenâkuz, sözlükte tedâfu‘, bir birini def etme, yani iki (eşit) şeyin birbirini ortadan kaldırması manasındadır.⁷⁴ Bu tarife göre, bir kimsenin söylediği sözün bir kısmı, diğer kısmının iptalini gerektiriyorsa, bu sözde tenâkuz var denir.⁷⁵

Tenâkuz kelimesinin, mantık, fıkıh usulü ve fıkıh ilimlerindeki tarifi ve kullanımı farklılık gösterir.⁷⁶ Bu çalışmada ele aldığımız konu, her ne kadar tenâkuzun fıkıh ilmindeki yeri üzerine olsa da, diğer ilimlerdeki kullanım farklarının bilinmesiyle, fıkıh ilmindeki manası daha açık hale gelecektir.

Mantık ilminde tenâkuz, iki önermenin (kazıyye) biri doğru, diğeri yanlış olması gerekecek surette birbirinden olumluluk (icâb) ve olumsuzluk (selb) bakımından farklı olmalarıdır.⁷⁷ “Ali kâtiptir”, “Ali kâtip değildir” önermeleri gibi.⁷⁸ Tenâkuzun

⁷⁴ *Dürrü'l-Müntekâ*'da “et-tenâkuzu yemne‘u da‘vâ'l-milki” cümlesinin şerhinde, tenâkuz kelimesi için “et-tedâfu‘u fi'l-keâm” ifâdesi kullanılır. Alaüddin el-Haskefi, **Dürrü'l-Müntekâ fi Şerhi'l-Mültekâ** [*Mecmâu'l-Enhur* kitabın sayfa kenarında], İstanbul, 1301, II/90.

⁷⁵ Ahmed b. Muhammed b. Ali el-Feyyumi el-Mukrii, **el-Misbâhu'l-Münir**, Lübnan: el-Mektebetü Lübnan, 1987, s. 238. *Okyanus* tercümesinde tenâkuz, binâ ve ip gibi nesnelere bozulması ve çözülmesi manasında bir kelime olarak geçmektedir. Ebu Tahir Mecdüddin Muhammed b. Yakub b. Muhammed el-Firuzabadî, **el-Okyanusu'l-Basît fi Tercümeti'l-Kamusu'l-Muhît**, tercüme: Mütercim Ahmed Asım Efendi, tashih: Kitabçı Rizeli Hasan Hilmi, Hasan Tahsin, İstanbul, 1305, III/13.

⁷⁶ Tenâkuzu bu şekilde farklı ilimlere göre ilk ele alan Şam Müftüsü Mahmud Hamza Efendi'dir.

⁷⁷ Süleyman Sırrı, **Mantık**, İstanbul: Karabet Matbaası, 1310, s. 89. *et-Tarifât*'ın tenâkuz maddesinde de mantık ilmine göre olan târif verilmiştir. Seyyid Şerif Cürçânî, **et-Tarifât**, Dersaadet, 1318, s. 47.

⁷⁸ Klasik mantıkta iki önerme arasında tenâkuzun bulunması için gerekli olan şartları Osmanlı son devir hukukçularından Ermenekli Süleyman Efendi şu şekilde izah eder: “İki kazıyye

sözlük manası ile mantık ilmindeki manası arasındaki nisbet umum ve husus mutlak (tam girişimcilik)⁷⁹ iledir. Yani, mantıktaki her tenâkuz aynı zamanda lügat tarifine göre de tenâkuz olur; ancak aksi geçerli değildir.⁸⁰

Fıkıh usulüne göre tenâkuz, iki önermeden hangisinin doğru olduğu kabul olursa diğerinin yanlış, hangisinin yanlış olduğu kabul olursa diğerinin doğru olması lazım gelmesi suretindeki ihtilaflarıdır. Bu tarifi mantıktaki tenâkuz tarifine yakın

arasında tenâkuz bulunması için o kazıyelerin mahkûm aleyh zikri ve mahkûm bih ile bunların şu ‘zeman, mekân, şart, izâfe, cüz, küll, kuvve-i fiil’ kuyud-ı melhuzasında müttehid olmaları lazımdır. Bu sayılan sekiz mevzu’da iki kazıyye müttehid ve müttefik olmazlar ise onların arasında tenâkuz bulunmaz. Meselâ ‘Mehmed Efendi kâtibdir’, ‘Ahmed Efendi kâtib değildir’ kazıyyelerinin mahkûm aleyhleri bir olmadığından bunların arasında tenâkuz bulunmadığı gibi ‘Besim Efendi kâtibdir’, ‘Besim Efendi tabib değildir’ kazıyyelerinin mahkûm bihleri müttehid olmadığından bunların arasında da tenâkuz yoktur. Kezâ ‘Besim Efendi sâimdir’, ‘Besim Efendi sâim değildir’ kazıyyelerinde birincisiyle ‘Besim Efendi gündüz sâimdir’ ve ikincisiyle ‘Besim Efendi gece sâim değildir’ manaları murâd olunursa ihtilâf-ı zemân hasebiyle aralarında tenâkuz olmadığı gibi ‘Mehmed Efendi câlisdir’, ‘Mehmed Efendi câlis değildir’ kazıyyeleri de ‘Mehmed Efendi onda câlisdir’, ‘Mehmed Efendi sokakda câlis değildir’ diye tefsir olunursa ihtilâf-ı mekân cihetiyle mütenâkız değildirler. Bunlar gibi 1) ‘Ahmed Efendi kâtibdir’, ‘Ahmed Efendi kâtib değildir’, 2) ‘Kaplan beyazdır’, ‘Kaplan beyaz değildir’, 3) ‘Ahmed Efendi gezer’, ‘Ahmed Efendi gezmez’, 4) ‘Ahmed Efendi biraderdir’, ‘Ahmed Efendi birader değildir’ kazıyyelerinden birinciyle ‘Ahmed Efendi bi’l-kuvve kâtibdir’, ‘bi’l-fi’l kâtib değildir’; ikinciyle ‘Kaplanın beyaz yerleri beyazdır’, ‘Kaplanın beyaz yerleri beyaz değildir’; üçüncüyle ‘Ahmed Efendi Mehmed Efendi’nin biraderidir’, ‘Ahmed Efendi Kadri Efendi’nin biraderi değildir’ manaları murad olunursa bu kazıyyeler arasında da tenâkuz yoktur.” Süleyman Sırrı, **Mantık**, s. 89-90; Ebu Hamid Gazalî, **Miyârü’l-İlm**, Tahkik: Hasan Hacak, Tercüme: Ali Durusoy ve Hasan Hacak, İstanbul: Türkiye Yazmalar Kurumu, 2013, s.134-141.

⁷⁹ Mantıkta doğruluk ve şümmüllerine göre iki mefhum arasında dört çeşit münasebet vardır: i) *Müsâvat* (eşitlik): Eğer iki mefhumdan her biri ötekinin bütün fertlerini ihtiva ederse bu iki mefhum arasında müsâvat var demektir; ii) *Mübâyenet* (aykırılık): Eğer iki mefhumdan her biri ötekinin hiçbir ferdini ihtiva etmiyorsa bu iki mefhum arasında mübâyenet var demektir; iii) *Umum ve husus mutlak* (tam girişimcilik): İki mefhumdan sadece biri ötekinin bütün fertlerini ihtiva ediyorsa bunlar arasında *umum ve husus mutlak* vardır; iv) *Umum ve husus min vech* (eksik girişimcilik): Eğer iki mefhumdan her biri ötekinin bazı fertlerini ihtiva ediyorsa aralarında *umum ve husus min vech* var demektir. Mahmut Kaya, “Nisbet”, **DİA**, C.33, İstanbul: TDV Yayınları, 2007, s. 144.

⁸⁰ Mahmud Hamzavî, “et-Tefâvuz fi’t-Tenâkuz” (**Mecmuatü’r-Resâil** içinde), Dımaşk: Matbaatü Meclisi’l-Mecâlis, 1303, s. 2.

olması, fıkıh usulü kitaplarına mantık ilminin bir tesiri olarak görülebilir. İki müfred arasında ve müfred ile önerme (kazıyye) arasındaki ihtilaf tenâkuz olmaz.⁸¹ Çünkü müfred ile doğru ve yanlış denilecek bir hüküm ifade edilmez. Usuldeki tenâkuzda, eşit iki delilin aralarının bulunması mümkün olmayacak şekilde karşı karşıya gelmesi gerekir.⁸²

Fıkıh ilmine göre tenâkuz, dâvâcının daha evvel kendi iddiasına ters düşen (mütenâkız), yani iddiasının iptalini gerektirecek bir söz ortaya koymuş olmasıdır. Bu tarif, *Mecelle* madde 1615’de “müdde’îden kendi da’vâsına mütenâkız ya’nî da’vâsının butlânını mücîb bir söz sebkât eylemiş olmasıdır” diye ifade edilmiştir. Ancak Mahmud Hamzâ Efendi (v. 1305/1887), bu tarifte tenâkuz ile aynı kökten türeyen mütenâkız kelimesi kullanıldığından devr olduğunu iddia etmiştir.⁸³ Buna karşılık, Bereketzâde İsmail Hakkı (v. 1918), tarifteki mütenâkız kelimesinin lügat manasında kullanıldığını ifade ederek devirden bahsedilemeyeceği şeklinde cevap vermiştir.⁸⁴ Ali Haydar Efendi de “müdde’inin da’vâsına münâfi şeyin sebk etmesinden ibâretidir” şeklinde yapılacak tenâkuz tarifinin daha doğru olacağını ifade etmiştir.⁸⁵

Bir başka tarife göre tenâkuz, açık (sarih) veya kapalı (zımnî) iki sözün diğer bir şahıs aleyhine zıt (tedafü) olmalarıdır.⁸⁶ İslam hukukçularının tenâkuz ile kastettikleri mananın lügat manası olduğu da iddia edilmiştir.⁸⁷ Ancak dâvâyâ mâni tenâkuz ile usul, lügat ve mantıktaki tenâkuzlar arasındaki nisbet umum ve husus min vech (eksik girişimcilik) ileldir. Çünkü dâvâda tenâkuz kabul edilen bir şey, usul, lügat ve mantıkta da tenâkuzdur; ancak bunlarda tenâkuz kabul edilen bir şey, dâvâda tenâkuz kabul edilmeyebilir. Aşağıdaki misâller, diğer ilimlerdeki tenâkuz ile fıkıh ilmindeki

⁸¹ Molla Fenârî, **Fusûlü’l-Bedâyi fi Usûli’s-Şerâyi**, İstanbul: Matbaatü Yahya Efendi, 1289, I/53.

⁸² Muhammed Alî Tehânevî, **Keşşâfü Istılâhâtî’l-Fünûn ve’l-Ulûm**, Beyrut: Mektebetü Lübnan, 1996, I/514.

⁸³ Mahmud Hamzavî, **Mecmuatü’r-Resâil**, s. 3.

⁸⁴ Mahmud Hamzavî, **Tenâkuz-ı Fıkhiyye**, tercüme ve talikat: Bereketzâde İsmail Hakkı, İstanbul: Matbaa-ı Nişan Berberyân, 1308, s. 44-46. (Bereketzâde’nin talikatından)

⁸⁵ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü’l-Hükkâm**, IV/198.

⁸⁶ Mahmud Hamzavî, **Mecmuatü’r-Resâil**, s. 3.

⁸⁷ İbn Nüceym, **el-Bahrü’r-Râik**, VI/277.

tenâkuzun farkını ortaya koymaktadır:

- i. Vârislerden biri, “terekede benim hakkım yoktur” dedikten sonra terekeden hakkını talep ederse, bu kişiye tenâkuz atfedilemeyeceğinden, dâvâsı bâtil olmaz. Fıkha göre tenâkuz yokken, diğer alanlara göre vardır. Çünkü İslâm hukukuna göre sâbit olan bir hak, ıskat ile sâkit olmaz. Nitekim “Ben, babamın oğlu değilim” demesi de böyledir.
- ii. Bir kimse başkasının elinde olan bir şey için “bu şey benim malım değildir” dedikten sonra “bu şey benim malımdır” diye iddia etse, bu sözünde fıkıh dâhil tüm ilimlerdeki tarife göre tenâkuz vardır.
- iii. Bir kimse açıkça terekeden bir şeyin taksimine başladıktan sonra, o şeyin kendine ait olduğunu dâvâ etse, burada sadece fıkha göre tenâkuz vardır. Bu kimsenin fiili ile sözü arasında tenâkuz bulunduğundan dâvâsı dinlenmez.⁸⁸
- iv. Bir kimse bir meyyitin terekesini iddia ederken “benden başka meyyitin vârisi yoktur” dedikten sonra başka bir vâris bulunduğunu ikrâr etse, bu iddiası kabul edilir. Bu iddia ve ikrâr arasında diğer alanlara göre tenâkuz vardır; ancak fıkha göre yoktur. Çünkü fıkıhta, birbirine zıt görünen sözlerin arasında tenâkuz olabilmesi için, bu sözlerle başkasının hakkının iptali söz konusu olmalıdır.⁸⁹ Burada sözünde tenâkuz olan kişi, başkasının hakkını iptal etmeyip, ona hak ispatı yapıyor.

Tenâkuz, dâvâcının kendi için olan dâvâsının sıhhatine mâni olduğu gibi başkası için dâvâsının sıhhatine de mânidir. Meselâ, bir kimse bir malın başkasına ait olduğunu ikrâr ettikten sonra o malın kendisine ait olduğunu iddia etmekten men olduğu gibi vesâyet veya vekâlet ile başkası için iddia etmekten de men olunur. Hâkim böyle bir dâvâyı dinlemez. Çünkü bir mal aynı anda iki şahsın mülkiyetinde olamaz.⁹⁰

⁸⁸ Mahmud Hamzavî, **Mecmuatü’r-Resâil**, s. 3.

⁸⁹ Mahmud Hamzavî, **Mecmuatü’r-Resâil**, s. 4.

⁹⁰ Bedreddin Mahmud bin İsmail, **Câmi’u’l-Fusûleyn**, I/123; Alâeddin Trablûsî, **Mu’înü’l-**

Tenâkuz, dâvâlarda üç farklı yerde ortaya çıkar:⁹¹ 1) Şâhitlerin sözleri arasında⁹², 2) Dâvâda öne sürülen deliller arasında, 3) Dâvânın söz ve fiilleri arasında. Bunlardan sonuncusu, dâvânın sıhhatine tesir edip, dinlenmesine mâni olurken; ilk ikisi dâvânın sıhhatine değil, neticesine tesir etmektedir ve fıkıh kitaplarında *tercihü'l-beyyinât* ve *tearuzu'l-beyyinât* gibi başlıklar altından ele alınmıştır. Tenâkuz esas itibariyle dâvânın sıhhati ile alakalı olmakla beraber, şehâdet konusunda da ortaya çıkmaktadır. *Mebûsût*'ta tenâkuzun şâhitliğe mâni olması şu şekilde izah edilir: “İki adam bir kadının elindeki çocuğun (sabinin) nesebini iddia etse, her biri ‘Bu çocuk şu kadından evlilik yoluyla olan oğlumdur’ dese, iddia edilen kadın da bu iddiayı inkâr etse, sonra bu kadın başka birinin kendisiyle evlendiğini ve bu çocuğun ona ait olduğunu iddia etse, [çocuğun kendilerinin olduğunu iddia eden] iki adam çocuğun nesebinin kadına ait olduğuna şâhitlik etseler, şâhitlikleri kabul edilmez. Çünkü onlar evvelki dâvâları ile bu şâhitliğe mütenâkız oldular. Tenâkuzun şehâdetteki tesiri, dâvâyâ tesirinden daha çoktur. Bu çeşit bir tenâkuz dâvâyâ mâni olunca, şehâdete mâni olması evlâdır”.⁹³ Tenâkuz halinde olan şâhitlik kabul edilmez.⁹⁴

İslâm hukukçularının çoğunluğu tenâkuzun dâvânın sıhhatine mâni olduğu

Hükkâm, Mısır, 1300, s. 128; Ziyâüddin el-Ezherî, s. 53.

⁹¹ Ahmed b. Muhammed ez-Zerkâ, **Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye**, 2. Basım, Dimeşk: Dâru'l-Kalem, 1989, s. 405 (*Mecelle*'nin 80. maddesinin “Tenâkuz ile hüccet kalmaz lâkin mütenâkızın aleyhine olan hükme hâlel gelmez” şerhi).

⁹² *Türk Hukuk Lûgatı*'nda tenâkuz için verilen tarif ve misal şâhitlik üzerine olup; dâvânın sıhhati ile olan irtibatından bahis yoktur. Bunun sebebi, Türk hukukunda böyle bir müessesenin aynısı veya benzerinin bulunmaması olabilir. Madde şöyledir: “TENAKUZ (Es. H.) İki sözden biri diğerine zıt olmak yani biri diğerini bozacak surette bulunmaktır. Tenakuz halinde bulunan sözlerin hiçbirisi hükme esas olamaz. Meselâ; şâhitler şâhitlik ettikten sonra şâhitliklerinden dönseler bu suretle tenakuza düştüklerinden evvelki şahadetleri üzerine hüküm verilmez”. Türk Hukuk Kurumu, **Türk Hukuk Lûgatı**, 3. Basım, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 335.

⁹³ Serahsî, **el-Mebûsût**, XVII/113. *el-İhtiyâr*'da da şu şekilde ifade edilmektedir: “Şehâdetin çürütülmesine tesir eden şey, dâvânın dinlenmesinin men edilmesine de tesir eder”. Abdullah b. Mahmud el-Mavsîlî, **el-İhtiyâr li Ta'îlî'l-Muhtâr**, tahkik: Şeyh Suayb Arnaut, Ahmed Muhammed Berhum, Abdüllatif Hırzullah, Dımaşk: Darü'r-Risaleti'l-Alemiyeye, 2009/1430, II/308.

⁹⁴ Serahsî, **el-Mebûsût**, XIX/143.

görüşündedir. Her ne kadar Şâfiî mezhebi hukukçularından Kâdı Hüseyin'den⁹⁵ nakledilen bir meselede⁹⁶ ve Mâlikî mezhebi hukukçularından İbn Selmûn'un (v. 767/1365) naklettiği mezhebe ait zayıf bir kavilde⁹⁷ tenâkuzun dâvâya mâni olmadığı ifade edilmiş olsa da, Nesefî'ye (v. 710/1310) göre tenâkuzun dâvâya mâni olmasında icmâ vardır.⁹⁸ Hanefî mezhebine mensup İslâm hukukçuları, bu meseleyi tafsilatlı bir şekilde ele almışlardır. Bunda mezhebin kurucularının daha başlangıçta meseleleri ortaya çıkmadan farazi olarak ele almaları ve bu mezhepteki hukukçuların kadılık vazifesinde aktif rol oynamaları önemli tesirlerden olsa gerektir.

3.1. Tenâkuzun Şartları

Tenâkuzun dâvâya mâni olabilmesi için belli şartları taşıması gerekir. Bu şartların bazılarında hukukçular arasında görüş ayrılığı vardır.

3.1.1. Kazâ Meclisi

Tenâkuzun kazâ meclisinde olması veya kazâ meclisinde değilse, hâkim

⁹⁵ Ebû Ali el-Merverrûzî (v. 462/1069), Şâfiî mezhebinin fıkıh âlimleri taksimine göre ashâbü'l-vücuhdan, yani mezhebin usulüne riâyet ederek ictihâd eden fakihler arasında kabul edilir. Kâdılık vazifesinde bulunduğundan, Kâdı Hüseyin adıyla bilinir. Ahmet Özel, "Merverrûzî, Ebû Ali", **DİA**, C.29, İstanbul: TDV Yayınları, 2004, s. 232-233.

⁹⁶ Nitekim bir şeyin mülkiyetinin bir başkasına ait olduğunu ikrar ettikten sonra, kendisine ait olduğunu iddia ederse dâvâsı kabul edilir. "İkrardan sonra bu evi satın almıştım" gibi bir söz söylemese de kabul edilir. Muhammed Na`im Yâsin, **Nazariyyetü'd-Dâvâ**, s. 383 (İbn Ebi'd-Dem'in (v. 642/1244) **Edebü'l-Kazâ** kitabından naklen). Halbuki burada başkasının malı olduğunu ikrar ettikten sonra kendi malı olduğunu iddia etmek, ikrar ettiği kişinin mülkiyetini/hakkını iptal etmek demektir. Bu ise tenâkuzdur. Bedreddin Mahmud bin İsmail, **Câmi'u'l-Fusûleyn**, Kahire: Matbaatü'l-Ezheriyye, 1300, I/125.

⁹⁷ Dâvâlı, aleyhinde iddia olunan bir hakkın varlığını inkâr etse, dâvâcı da bu hakkı delille ispatlasa, sonra mütenâkız görünse bile dâvâlı bundan ibrâ edildiği def`inde bulunabilir. Dâvâlı, dâvâcının kendi aleyhine iddiâ ettiği bir hakkı inkâr eder; dâvâcı da bu iddiâsını beyyine ile ispat eder. Sonra, dâvâlı, bu haktan beri olduğunu iddia edebilir. Her ne kadar berâetle bunu def etmekle evvelki inkârı arasında tenâkuz olsa bile. Muhammed Na`im Yâsin, **Nazariyyetü'd-Davâ**, s. 384 (İbn Selmun el-Kinânî'nin **el-'İkdü'l-Munazzamu li'l-Hukkâm** adlı kitabından naklen).

⁹⁸ Hasan Özer, **Nesefî'nin (ö.710/1310) el-Musaffâ'sının Fıkıh Tarihindeki Yeri ve Edisyon Kritiği**, Basılmamış Doktora Tezi, Necmettin Erkaban Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2015, s. 614 (tahkik kısmı).

huzurunda ispatlanması gerekmektedir. Bazı beyan ya da fiillerin tenâkuz kapsamında değerlendirilmesi için bu sözlerin hâkim huzurunda söylenmesinin gerekip gerekmediğine dâir İslam hukukçuları arasında dört görüş vardır⁹⁹:

- i. İki sözün de hâkim huzurunda söylenmesi gereklidir.¹⁰⁰ Aksi halde hâkim huzurunda söylenmeyen bir söz üzerinden tenâkuz iddiasında bulunulamaz.
- ii. İkinci sözün hâkim huzurunda olup, ilk sözün olmaması hâlinde, ilkinin söylendiğinin ispat edilmesi gereklidir.
- iii. İki sözden birinin hâkim huzurunda söylenmesi gereklidir.
- iv. Tenâkuz halinde olan sözlerin hâkim huzurunda söylenmiş olması şart değildir.

Mecelle'de, mütenâkız sözlerden ikincisinin hâkim huzurunda söylenmesi hâlinde, ilk sözün söylendiğinin ispat edilmesi gerektiğini ifade eden görüş tercih edilmiştir.¹⁰¹ Şeyhülislâm Menteşzâde Abdürrahim Efendi'nin (v. 1128/1716) fetvâları da bu yöndedir.¹⁰²

İbn Âbidin, tenâkuz halindeki iki sözden birinin hâkim huzurunda söylenip diğerinin ispat edilmesi ile, iki sözün mahkemede söylenmesini şart koşan kaviller

⁹⁹ İbn Âbidin, **Reddü'l-Muhtar**, XI/20; Hasen Teysir Şemmût, "et-Tenâkuz fi'd-Davâ fi'l-Mezhebi'l-Hanefî", **Mecelletü'l-Adl**, no. 62, s. 155-156, 1435.

¹⁰⁰ Şeyh Bedreddin'in mütenâkız sözlerin ikisinin de hâkim huzurunda söylenilmiş olmasını şart koştuğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki bir meselede ikrârın, hâkimin huzurunda olmaması sebebiyle tenâkuzun olmadığı ifade edilmektedir. Bedreddin Mahmud bin İsmail, **Câmi'u'l-Fusûleyn**, I/123.

¹⁰¹ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü'l-Hükkâm**, IV/296; Hacı Reşid Paşa, **Ruhu'l-Mecelle**, Derseâdet: Matbaa-i Hayriye ve Şürekâsı, 1327, VII/211. *el-Bahrü'r-Râik* kitabında da bu görüş tercih edilmiştir. İbn Âbidin, **Reddü'l-Muhtar**, XI/20.

¹⁰² Fetvâlar şöyledir: "Zeyd, Amr'dan biri birine mütenâkız ettiği da'vânın evvelkisi meclis-i kazâda olmayıp sânis-i meclis-i kazâda olsa, hâkim da'vâ-yı evvel meclis-i kazâda olmayacak tenâkuz olmaz dimeğe kâdir olur mu? el-Cevâb: Olmaz". "Bu suretde kâdi mücerred da'vâ-yı evvel kâdi huzurunda olmamağla sonra ettiği tenâkuz mu'teber olmaz deyub Zeyd'in sonraki tenâkuz da'vâsını istimâ' ve hükm eylese sahih olur mu? El-Cevâb: Olmaz". Menteşzâde Abdürrahim, **Fetâvâ-ı Abdürrahim**, Tashih: İbrahim Saib, Beldetü't-Tayyibetü'l-Kostantiniyye: Darü't-Tıbaati'l-Mamureti's-Sultaniye, 1243, II/371.

arasında bir fark görmemektedir. Şöyle ki mahkeme haricinde söylenen sözün hâkim huzurunda ispat edilmesi gerekir. Delil ile ispat, gözle görme mesabesinde olacağından, bu görüşler arası bulunmuş olur.¹⁰³

3.1.2. Sözün Hasmın Yanında Söylenmesi

Sonraki söz ile tenâkuz halinde olan evvelki sözün, nizâ (anlaşmazlık) yaşanan hasmın bulunduğu yerde söylenmiş olması gerekmektedir. Mesela, zilyed, elindeki bir şey için “Bu benim değildir” sözünü herhangi bir kimse ile anlaşmazlık halinde bulunmadan söylerse, bu sözü geçerli kabul edilmez. Sonra, o şeyde zilyede karşı bir anlaşmazlık çıkıp, zilyed de o şeyin mülkiyetini iddia etse, dâvâsı dinlenir ve delili kabul edilir.¹⁰⁴ Çünkü evvelki söz bir hasmın yanında söylenmemiştir.

3.1.3. Tenâkuzun Bir Şahıstan Ortaya Çıkması

Tenâkuzun dâvânın sıhhatine tesir etmesi için, çelişkili söz veya fiillerin bir şahıstan ortaya çıkması gerekmektedir. Farklı şahısların bir konu hakkındaki çelişkili söz veya fiileri, dâvânın sıhhatine mâni olan tenâkuz kapsamında değerlendirilmez. Bu tür bir tenâkuz, şahitlik başlığı altında ele alınabilir. Ancak vâris ile muris ve vekil ile müvekkil gibi hükmen bir kabul edilen şahıslardan sâdır olan tenâkuzlar da bir şahıstan sâdır olmuş kabul edilir.¹⁰⁵ Mesela, bir kimse, bir malı diğer bir kimseye ikrâr edip, sonra vekil o malı, ikrâr eden kimse için iddia etse veya vâris, ondan kendisine irsen intikal ettiğini iddia etse bu dâvâ dinlemez.¹⁰⁶

3.1.4. Başkasının Hakkını İhlal

Tenâkuzun mevzubahis olabilmesi için başkasının hakkının ihlal edilmiş

¹⁰³ İbn Âbidin, **Reddü'l-Muhtar**, VIII/157-158.

¹⁰⁴ Mahmud Hamzavî, **Mecmuatü'r-Resâil**, s. 5.

¹⁰⁵ İbn Âbidin, **Reddü'l-Muhtar**, XI/19. Niketim *Mecelle* madde 1652'de şu şekilde ifade edilir: “Nasıl ki mütekellim-i vâhidin da'vâsında tenâkuz bulunursa vekil ve müvekkil ve vâris ve mûris gibi mütekellim-i vâhid hükmünde olan iki kimesnenin kelâmlarında dahi tenâkuz tahakkuk eder. Şöyle ki bir husûs hakkında müvekkilden sebk eden da'vâya münâfî' vekîli bir da'vâ dermeyân etse sahîh olmaz.”

¹⁰⁶ Ziyâuddin el-Ezherî, **el-Usûlü'l-Mer'iyye fi'l-Murafa'ati's-Şer'iyye**, s. 52.

olması gerekmektedir.¹⁰⁷ Bir kişinin kendi aleyhine tenâkuzu, dâvânın sıhhatine mâni olmaz. Dâvânın sıhhatine mâni olan tenâkuz, ancak diğer bir kişinin aleyhine olan tenâkuzdur. Mesela, bir kimse verâset iddia ederken “vefat edenin benden başka vârisi yoktur” dedikten sonra, kendisiyle beraber başka bir vâris olduğunu ikrar etse, bu ikrarı sahihtir. Çünkü önce bütün terekenin kendisinin olduğunu iddia edip, sonra terekenin bazısını iddia ile kendi aleyhine tenâkuz etmiş olur. Bu ise dâvâsının sıhhatine zarar vermez.¹⁰⁸ Diğer bir misalde, müşteri, ödediği ücreti geri alabilmek için elindeki malın hak iddiasında bulunan başka bir şahsa ait olduğuna dair delil getirirse, tenâkuz düşer. Çünkü malı almaya teşebbüs etmesi, malın mülkiyetinin satıcıya ait olduğunu kabul etmek manasına gelir. Ancak, müşteri, satıcının malın başkasına ait olduğuna dair bir ikrarını delil olarak getirirse, tenâkuz olmaz.¹⁰⁹ Çünkü burada müşteri kendi ifadesiyle başkasının hakkına tecâvüz etmemektedir.

3.1.5. Bilinen Bir Şahsa Hak İspatı

Tenâkuz hâlindeki sözde, bilinen bir şahsa hak ispat edilmelidir. Çünkü bilinmeyen bir kişi lehine yapılan ikrar bâtıldır. Meselâ, bir kimse “benim şu belde halkından hiç birisinde bir hakkım yoktur” dedikten sonra, o belde halkından birisi aleyhine bir hak iddia etse dâvâsı dinlenir. Burada tenâkuz yoktur. Çünkü söylenen ilk söz malum bir şahıs hakkında değildir. Ancak buradaki belde halkı mahsur ise, o zaman bir hak ispatı mevzu bahis olacağından, dâvâsı dinlenmez.¹¹⁰

¹⁰⁷ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **el-Mecmû‘atü’l-Cedîde fi’l-Kütübi’l-Erba‘a**, Derse‘âdet: Hukuk Matbaası, 1332, s. 9. Bu şart, Madde 10’nun şerhinde şu şekilde yer alır: “... zi’l-yed, kendisine münâza‘ ve metâlib bulunmadığı halde ‘şu mal benim değildir’ yahud ‘şu malda mülküm yokdur’ yahud ‘şu malda hakkım yokdur’ gibi sözler söylese ibrâ olmaz. Zirâ bu sözler kimesne için hakk-ı isbât etmiyor. Mükırrun leh mechul için ikrâr oluyor. Bu ise bâtıldır. Binâenaleyh zi’l-yed bundan sonra dahi o mal benimdir diye da‘vâ edebilir. Tenâkuz olmaz. Tenâkuz ancak birinin hakkının ibtâline müeddî olduğunda istimâ-ı da‘vâya mâni olur”.

¹⁰⁸ Mahmud Hamzavî, **Mecmuatü’r-Resâil**, s. 6.

¹⁰⁹ Mustafa Bülent Dadaş, **Şeyh Bedreddin’in Teshil Adlı Kitabının Tahkik ve Tahlili**, Basılmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2014, s. 543; Şeyh Bedreddin, **Letâifü’l-İşârât Şerhi**, Ed. Hacı Yunus Apaydın, Ankara: Kültür ve Turizm Bakanlığı, 2012, I/341.

¹¹⁰ Ziyâuddin el-Ezherî, **el-Usûlü’l-Mer‘iyye**, s. 51-52.

Kişi herhangi biriyle anlaşmazlık (nizâ) halinde olmadan, meselâ “bu gayrimenkul (akâr) benim değildir” veya “malım değildir” veya “bunda hakkım yoktur” dedikten sonra başka biri o gayrimenkulü iddia etse, buna karşı “gayrimenkul benimdir” demesi kabul edilir. Çünkü bu söylediği ilk sözlerden hiçbirinde bir başkasına karşı hak ispatı yoktur. Şayet nizâ halinde bunlardan birini söylerse, bunda iki rivâyet vardır. Bir kavle göre anlaşmazlık yaşadığı kişiye mülk ikrârı yapmış kabul edilir; diğerine göre edilmez.¹¹¹

3.1.6. Tenâkuzun Kaldırılabilir Olmaması

Tenâkuzun dikkate alınabilmesi için mürtefi (ortadan kaldırılabilir) olmaması, yani tenâkuz halindeki iki kelâm veya fiilin tevfiik edilememesi gerekmektedir.¹¹² Bu şart ileride, tafsilatlı olarak ele alınacaktır.

3.2. Tenâkuz Çeşitleri

Mecelle'nin 1615. maddesindeki tariftten tenâkuzun sadece iki kelâm arasında olabileceği anlaşılabilirse de¹¹³, 1647. maddede verilen örnek dikkate alındığında tenâkuz, kelâm ile fiil arasında da olabilir.¹¹⁴ *Mecelle*'de, tenâkuzun meşhur târifi zikredilmiştir. Tenâkuzun ortaya çıkabileceği halleri, Mahmud Hamza Efendi, beş başlık

¹¹¹ Ziyâüddin el-Ezherî, **el-Usûlü'l-Mer'iyeye**, s. 52.

¹¹² Buna dair *el-Câmiü's-Sağîr*'de şu misal geçmektedir: “Bir adam, cariyesini kendisine satana dâvâ açar ve dâvâlı, ‘sana asla satmadım’ der. Dâvâcı, satışa dair beyyine ikâme eder. Cârîyenin fazla parmağının olduğu farkedilir. Bu sefer, dâvâlı, cârîyenin tüm ayıplardan beri olduğuna dair beyyine ikâme eder. Satıcının beyyinesi kabul edilmez”. Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî, **el-Câmiü's-Sağîr**, tahkik: Mehmet Boynukalın, İstanbul: Ocak Yayıncılık, 2009, s. 215. Şerhte, tevfiik imkânının mümkün olmadığı, tevfiikin batıl olmasıyla tenâkuzun geçerli olduğu ifade edilmiştir. Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî, **el-Câmiü's-Sağîr mea şerhihu en-Nâfiü'l-Kebir**, şerh: Abdülhay el-Leknevî, Dâiretü'l-Kurân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, 1411/1990, s. 387.

¹¹³ **Mecelle**, madde 1615: “Tenâkuz müdde'iden kendi da'vâsına mütenâkız ya'nî da'vâsının butlânını mücib bir söz sebkât eylemiş olmaktır.” Bayındır, sadece bu maddeye baktığından olsa gerek, diğer tenâkuz çeşitlerini dikkate almaz. Abdülaziz Bayındır, **İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)**, İstanbul, 1986, s. 106.

¹¹⁴ **Mecelle**, madde 1647: “... bir kimse bir mâlî iştirâ edib de ya'nî satın almak isteyib de ba'dehu ol mâl kable'l-iştirâ kendisinin mülkü idüğünü da'vâ etse mesmû' olmaz.”

altında ele alır¹¹⁵: İki kelâm arasında, kelâm ve sükût arasında, fiil ve kelâm arasında, iki icab arasında, mutlak ve mukayyed arasında. *Mecelle*'nin *Dürerü'l-Hükkâm* adlı şerhinde ise sadece ilk üçü zikredilir.¹¹⁶

3.2.1. İki Kelâm Arasında Tenâkuz

Mecelle'deki tenâkuz tarifinde de geçtiği üzere, iki söz arasında tenâkuz ortaya çıkabilmektedir. Meselâ, bir kimse bir gayrimenkulün vakıf olduğunu iddia ettikten sonra o gayrimenkulün kendi malı olduğunu iddia etmesi hâlinde, iki sözü arasında tenâkuz söz konusu olmaktadır.

Ancak ibrâdan (istifâ-ı hak), yani bir kimse diğer bir kimseden hakkını almış olduğunu itiraf ettikten sonra, bu hakkı talep etmek için açacağı dâvânın dinlenip dinlenmeyeceği hususunda, her ne kadar ibrâ ile hak talep etme arasında zıtlık bulunsa da, bu iki söz arasında tenâkuz olup olmayacağına dair iki farklı görüş vardır. Ali Haydar Efendi *Mecelle* şerhinde, *Gurer*, *Kenz* ve *Mültekâ*'ya göre böyle bir dâvânın dinlenileceğini; *Hâniye*, *el-Fetâvâ's-Suğra*, *Fetâvâ-i İbn Nüceym*¹¹⁷ ve *Tenvîru'l-Ebsâr* gibi bazı fıkıh kitaplarına göre ise dinlenilmeyeceğini nakleder. *Mecelle*'de ikinci görüş seçilmiş olup, padişah emri (irâde-i seniyye) de bunun üzerine sâdir olmuştur.¹¹⁸

3.2.2. Kelâm ve Sükût Arasında Tenâkuz

Sükût, yani bir kişinin bir konu hakkında susması, o hususu kabul ettiği

¹¹⁵ Mahmud Hamzavî, *Mecmuatü'r-Resâil*, s. 4.

¹¹⁶ Bkz. Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, Hukuk Matbaası, 1330, IV/196-197.

¹¹⁷ İbrâdan sonra dâvâyâ dair bir fetvâ şöyledir: “Zeyd ile Amr'ın beynlerinde bir müddet muamelât vâki' olub birbirleriyle hesablarını rü'yet edib herbiri âhiri ibrâ-ı âmm ile ibrâ edib birbirimizde aslâ hakkımız yokdur dedikten sonra Zeyd Amr'den ibrâ-i mezkurden mukaddem zimmetinde fûlan cihetden şu kadar akçe hakkım olub hîn-i ibrâda unudmuşum deyu da'vâ eylese mesmu' olur mı? El-Cevâb: Olmaz”. İbn Nüceym, *Fetâva-i İbn Nüceym*, Matbaatü Şeyh Yahya, 1289, s. 240.

¹¹⁸ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, III/358-359. (Madde 1127 “Kismetin âdilâne olması ya'nî hisseler istihkâklarına göre ta'dîl olunarak birisinde noksân-ı fâhiş olmaması lâzımdır. Binâen aleyh kismetde gabn-i fâhiş da'vâsı istimâ' olunur. Fakat maksûmun leh olanlar istifâ-yı hak eylediklerini ikrâr etdikden sonra gabn-i fâhiş da'vâsı ederlerse istimâ' olunmaz.”).

manasına gelebilir. “Sâkite bir söz isnad olunmaz; ancak ihtiyaç zamanında sükût beyândır” külli kâidesine göre, kişinin irade beyanında bulunması gereken yerlerde susması, tasdik yerine geçer.¹¹⁹ Böylece kelâm ile sükût arasında tenâkuz ortaya çıkabilir. Meselâ, bir kimse, babası bir gayrimenkulü diğer bir kimseye sattığında özürsüz sükût edip de, sonra o gayrimenkulün kendi malı olduğunu iddia etmesi halinde, dâvâsı dinlenmez.¹²⁰ Çünkü söylenecek yerde sükût ile satılan şeyde hakkı olmadığını tasdik etmiş; böylece tenâkuza düşmüş olur. Ancak burada satıcı ile dâvâcı akraba değilirse, dâvâsı dinlenip, tenâkuz dikkate alınmaz.¹²¹

¹¹⁹ Ebû Saîd Muhammed el-Hâdimî, **Mecâmiü'l-Hakâik**, Matbaa-i Âmire, 1308, s. 45; **Mecelle**, madde 67.

¹²⁰ Bir fetvâ şöyledir: “Hind bir kürkünü ‘Mülkumdür’ deyu anası Zeyneb’in huzurunda zevci Zeyd’e semen-i i maluma bey’ ve teslim edip Zeyd dahi Zeyneb’in müvâcehesinde birkaç sene ol kürkü giyip istimâl ettikde Zeyneb ‘Ol kürkün kable’l-bey mülkumdür’ deyu da’vâ eylese mesmûa olur mu? el-Cevâb: Olmaz (Dürriizâde Mustafa Efendi)”, es-Seyyid Ahmed Efendi ve es-Seyyid Hâfız Mehmed b. Ahmed el-Gedûsî, **Netîcetü'l-Fetâvâ**, s. 402.

¹²¹ Bu, *Mecelle*’nin 1659. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Bir kimse bir mâlî mülkumdür deyu diğer kimesne huzûrunda âhara bey’ ve teslim etdikde ol kimesne görüb de bi-lâ özr sükût etmiş iken sonradan ol mâl benimdir yâhûd anda hissem vardır deyu da’vâ etse nazar olunur. Eğer ol kimesne bâyi’in ekâribinden yâhûd zevc ve zevceden birisi ise işbu da’vâsı mutlakâ istimâ’ olunmaz. Ve eğer ecânibden ise ol vechile yalnız meclis-i bey’de bulunması da’vâsının istimâ’ına mâni’ olmayıp ancak meclis-i bey’de hâzır olduktan başka müşterînin bir müddet ol mülkde ebniye yapmak yâhûd yıkmak veyâhûd ağaç dikmek gibi tasarruf-i müllâk ile tasarrufunu görüb de bi-lâ özr sükût etdikden sonra bervechi bâlâ benim mülkumdür yâhûd anda hissem vardır deyu da’vâ etse kezâlik istimâ’ olunmaz”. Bu maddede ifade edilen “ekârib” ile maksadın ne olduğuna dair Ali Haydar Efendi şu izahı verir: “İbn-i Âbidin, *Gâyetü'l-Matlab* nam risalesinde karabette inde’l-imami’l-A’zam ancak zi-rahim mahrem dâhil olur demiş ise de mezkûr risale vakıf hakkında olmakla bu meselede mezkûr risale ile istidlal edilebilmek caiz olur mu? Bununla beraber ‘Ve lâ ye’tehi ulû’l-fadlı minkum ve’s-seati en yu’tû ulî’l-kurbâ ve’l-mesâkîne ve’l-muhâcirîne fî sebîlillâh’ âyet-i celîlesinde teyze oğluna “üli’l-kurbâ” itlâk buyrulmuştur”. Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü'l-Hükkâm**, IV/329. Akraba için böyle bir istisnanın getirilme sebebi de şu şekilde izah edilir: “Şübhe-i tezvirden sâlim olmayacağından buna mahal verilmemek üzere istihsânen ma’rız-ı hâcet ‘ad olunarak sükûtu beyân hükmünde tutulmuş”. Hacı Reşid Paşa, **Ruhu'l-Mecelle**, VII/221. Hibeden rücuya mâni olan haller arasında akrabalık da bulunmaktadır. Burada akrabalık ile evlenilmesi haram olanlar kastedilmiştir. Diğer akrabalara yapılan hibede rücu caizdir. Çünkü bunlar ile münasebeti canlı tutma mecburiyeti yoktur. Serahsî, **el-Mebsût**, XII/56. Hibeye kıyas ile *Mecelle*’nin 1659. maddesindeki “ekârib”den evlenilmesi haram olan akrabanın kastedildiği söylenebilir.

Bir kişi hanımının veya çocuğunun veyahut bazı akrabaların bulunduğu bir yerde kendi malını satar ve hazır bulunanlar sükût ederse, Sermerkandlı İslam hukukçularına göre, bu malın kendilerine ait olmadığını ikrar etmiş olurlar. Daha sonra bu malın kendilerine ait olduğu iddiasında bulunacakları bir dâvâ açmaları halinde, kötü niyetlere yol açmamak için, bu dâvâ dinlenmez. Ancak Buharalı ve Belhli hukukçulara göre böyle bir dâvâ dinlenilir.¹²²

3.2.3. Fiil ve Kelâm Arasında Tenâkuz

Yapılan bir iş ile söylenilen bir söz arasında da tenâkuz ortaya çıkabilir. Meselâ, bir kimse terekede bir şeyin taksimine başladıktan sonra o şeyin kendisinin olduğunu iddia etse, dâvâsı dinlenmez.¹²³ Şöyle bir örnek daha verebiliriz: Dâvâlıdan veya başkasından bir şeyi âriyet, vedia veya hibe olarak isteme, satın alma, satış ve icâre gibi akitler hem kendisi hem de başkası için mülkiyet iddia etmesine mâni olur. Çünkü bu âkidler ile kelâmı arasında tenâkuz vardır. Ancak, zilyed tarafından ortaya çıkacak bu tür bir tenâkuzda, Hanefî hukukçulardan iki görüş aktarılır. Bir görüşe göre, bu mutlak olarak tenâkuzdur; diğer görüşe göre ise, Şeyh Bedreddin'in ifâde ettiği üzere ilâve karinelere göre tenâkuz olup olmadığına karar verilir. Yani dâvâlıdan veya başka birinden bir şeyi âriyet, vedia veya hibe yoluyla istemek, zilyed için her zaman mülkiyet ikrârı manasına gelmez. Dolayısıyla, böyle bir halde dâvâcı olursa dâvâsı hemen tenâkuz sebebiyle reddedilmez. İlâve karinelere ihtiyaç vardır. Kârinelere göre, bu fiillerin ikrar sayılıp sayılmayacağına karar verilir. Ancak *Mecelle*'de, ilk görüşün tercih edildiği anlaşılmaktadır.¹²⁴

¹²² Saffet Köse, "Hanefî Fakîhi Seriyüddîn İbnü'ş-Şihne'nin (851-921/1448-1515) Nazmü'l-Mesâili'lleti's-Sükût fihâ Rızâ Adlı Risalesinin Tahkîkli Neşri", **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sayı: 3, 2004, s. 329.

¹²³ Mahmud Hamzavî, **Mecmuatü'r-Resâil**, s. 3

¹²⁴ **Mecelle**, madde 1583: "Bir kimsenin yedindeki mâlî diğer kimesnenin şîrâyâ yâ istîcâra veyâ isti'âreye tâlib olması yâhûd bu mâlî bana hibe et veyâ vedî'a olarak ver demesi veyâhûd ol kimesne ana bu mâlî vedî'a olarak al deyim de anın dahi kabûl etmesi ol mâl kendisinin olmadığını ikrârdır." Bu maddenin şerhinde, böyle bir ikrârdan sonra yapılacak bir iddianın tenâkuz olup; tenâkuzun da dâvâyı men ettiği ifâde edilmiştir. Türkzâde Hâfız Mehmed Ziyâeddin, **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi**, Derseâdet: Kasbar Matbaası, 1311, s. 963.

3.2.4. İki İcab Arasında Tenâkuz

Bir malın üzerinde aynı şahıstan sâdır olan farklı iki icabın varlığı tenâkuz sebebidir. Meselâ, bir kimse bir cariye ile nikâhlanmak istedikten sonra mülkiyetini iddia etmesinde, iki icab arasında tenâkuz vardır.¹²⁵

3.2.5. Mutlak ve Mukayyed Arasında Tenâkuz

Tenâkuz halindeki iki sözden ilki mukayyed olarak söylendikten sonra, diğeri mutlak olarak söylenirse, bu ikisi arasında tenâkuz söz konusu olabilir. Meselâ, bir kimse satınalma veya miras yoluyla mukayyed olarak bir malın kendisine ait olduğunu iddia ettikten sonra, onu mutlak surette iddia etmesinde, mutlak ile mukayyed arasında tenâkuz vaki olur.¹²⁶

3.3. Tenâkuzun Kaldırılması

İki söz arasında tenâkuz olması, mutlak olarak dâvâya mâni olmaz. Böyle bir tenâkuzun bertaraf edilmesi mümkünse bu yola gidilebilir. “Engel ortadan kalkınca yasak durumu geri gelir” külli kâidesine¹²⁷ göre, bir şey aslen câiz ve meşrû iken bir mâni ortaya çıkarak, o şeyin cevâz ve meşrûiyetini engelledikten sonra bu mâni ortadan kalkarsa, o şeyin cevâz ve meşrûiyeti geri gelir.¹²⁸ Buna göre, tenâkuz, aşağıda ifade edilen hallerden birinin mevcudiyeti ile ortadan kalkıp, dâvâ sahih hale gelir ve dâvânın hâkim tarafından dinlenilmesinde bir engel kalmamış olur.¹²⁹ Tenâkuz beş yolla kaldırılabilir¹³⁰: 1) Hasmın tasdiki, 2) Hâkimin tezkibi, 3) Gizlilik bulunan haller

¹²⁵ Mahmud Hamzavî, **Mecmuatü’r-Resâil**, s. 4.

¹²⁶ Mahmud Hamzavî, **Mecmuatü’r-Resâil**, s. 4.

¹²⁷ Ebû Saîd Muhammed el-Hâdimî, **Mecâmiü’l-Hakâik**, s. 44; **Mecelle**, madde 24: “Mâni‘ zâ‘il oldukda memnû‘ avdet eder”.

¹²⁸ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü’l-Hükkâm**, I/80. Ömer Nasuhi Bilmen de bu külli kâidenin izâhında tenâkuzla dair şu misali vermektedir: “Tenâkuz, mülkiyet dâvâsına mâni iken, bu tenâkuz, ya hasmın tasdiki ile veya hâkimin tezkibi ile zâil olsa, bu dâvânın mesmûiyeti avdet eder”. Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, I/263.

¹²⁹ Ziyâüddin el-Ezherî, s. 54-56.

¹³⁰ Ali Haydar Efendi, tenâkuzu kaldırma yollarından “evvelki dâvâyı terk”i 1653. maddenin şerhinde zikreder. Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü’l-Hükkâm**, IV/315-320.

(mahall-i hafâ), 4) İki sözün arasının bulunması, 5) Evvelki dâvâyı terk. Bunlardan ilk dördü, *Mecelle*'nin 1653-1656 maddelerinde ele alınmıştır. Evvelki dâvâyı terk ile tenâkuzun kalkması, istisnâi bir hal olduğundan *Mecelle*'ye dâhil edilmemiştir.

3.3.1. Hasmın Tasdik Etmesi

Tenâkuz, hasmın onaylaması ile ortadan kalkar.¹³¹ Bu husus, *Mecelle*'nin 1653. maddesinde “Hasmın tasdîki ile tenâkuz mündefi‘ olur” şeklinde yer alır.¹³² “Delil ile ispatlanmış olan şey, açıkça sâbit olmuş gibidir” külli kâidesi¹³³ gereği, hasmın tasdiki delil sayılır ve tenâkuzu kaldırır.¹³⁴ Diğer bir ifadeyle, hasmın tasdikiyle tenâkuz hâlinde olan iki şeyden hangisinin doğru olduğu ortaya çıkacağından, dâvânın dinlenmesine bir mâni kalmaz. Böylece “Engel ortadan kalkınca yasak durumu geri gelir” külli kâidesine göre, dâvâ dinlenir.¹³⁵ Meselâ, bir kimse diğer bir kimse aleyhine karzdan dolayı ondan şu kadar alacağı olduğunu ileri sürerek dâvâ etse, sonra alacağının kefâletten dolayı olduğunu iddia edip dâvâlı da bunu tasdik ederse, tenâkuz kalkmış olur ve dâvâ dinlenilir.¹³⁶ Çünkü tenâkuzun dâvâyâ mâni olması, dâvâlının hakkı içindir. Dâvâlı hakkını terk ederse, dâvâyâ mâni de ortadan kalkar.

Hasmın tasdiki, tenâkuz sebebiyle ortaya çıkabilecek şüpheleri ortadan kaldırır. Halbuki kısas dâvâlarında da hasmın tasdikiyle tenâkuz kalkar; ancak tenâkuzun bu şekilde kalkması dâvâda küçük de olsa bir şüphe bırakacağından kısas tatbik

¹³¹ Hanbeli mezhebinde, diğer mezheplerden farklı olarak, hasmın tasdikiyle tenâkuz ortadan kalkmaz. Muhammed Na`îm Yâsin, **Nazariyyetü'd-Dâvâ**, s. 409.

¹³² Bu madde, *Mebûsût*'ta “Tenâkuz halinde olan bir kimseyi, karşı taraf iddiâsında doğrularsa, sözü kabul edilir” şeklinde ifade edilmiştir. Serahsî, **el-Mebûsût**, XXV/73; İbn Âbidin, **Reddü'l-Muhtar**, VIII/157.

¹³³ Ebû Saîd Muhammed el-Hâdimî, **Mecâmiü'l-Hakâik**, s. 44; **Mecelle**, madde 75: “Burhân ile sâbit olan şey iyânen sâbit gibidir”.

¹³⁴ Ali Haydar Efendi, 1653. maddenin şerhinde, 75. maddeye bakılmasını istemektedir. Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü'l-Hükkâm**, IV/315.

¹³⁵ Hacı Reşid Paşa, **Ruhu'l-Mecelle**, VII/215-216.

¹³⁶ *Mecelle* 1653. maddede bu misal şu şekilde yer alır: “Meselâ bir kimse cihet-i karzdan olarak diğer kimesneden şu kadar kuruş alacak da'vâ etdikden sonra meblağ-ı mezbûrun cihet-i kefâletten olduğunu da'vâ edip de müdde'â aleyh dahi bunu tasdik eylese tenâkuz mürtefi‘ olur.”

edilemez.¹³⁷

3.3.2. Hâkimin Tekzip Etmesi

Tenâkuz, hâkimin yalanlaması ile ortadan kalkar. Bu, *Mecelle*'nin 1654. maddesinde “Hâkimin tekzîbi ile dahi tenâkuz mürtefi‘ olur” şeklinde yer alır. Meselâ, bir kimse diğerk bir kimsenin elindeki bir malın kendisine ait olduğunu mahkemede iddia etse, dâvâlı bunun üzerine, “o mal senin değildi, ben onu senden satın almadım; o mal falanın idi, ondan satın aldım” demesine karşılık dâvâcı kişi kesin deliller (beyyine) ile iddiasını ispat etse, müşterinin satıcıya semen ile hakk-ı rucu olur. “O mal falanın idi, ondan satın aldım” diye ikrarı ile, dâvâcının mülkiyetine; hükümden sonra, dâvâlının semen ile satıcıya rucu'u arasındaki tenâkuz hâkimin dâvâcıya kazâ etmesi suretiyle kalkmış olur. Çünkü hâkim onu bu ikrarında dâvâlıya kazâ ile tekzip etmiştir.¹³⁸

Hâkimin yalanlaması ile tenâkuzun kalkmadığı haller de vardır. Meselâ, bir kimse diğerk bir kimseyi “şu malını bana sattın” diye dâvâ etmesi üzerine, dâvâlı “o malı asla sana satmadım” der. Dâvâlı, beyyine öne sürerek dâvâsını ispat eder. Sonradan, dâvâcı maldaki bir ayıptan dolayı geri vermek için dâvâ eder. Satıcı, müşterinin kendisini tüm ayıplardan ibrâ ettiğini iddiâ ve beyyine ikâme etse, kabul edilmez.¹³⁹ Zirâ müşterinin, satıcıyı ayıp dâvâsından ibrâ etmiş olması için, satıcının önceki akitte satışı ikrâr etmiş olması gerekirdi. Halbuki inkâr etmesi üzerine akit hâkimin hükmüyle sâbit olmuştur. Satıcının inkâr ettiği bir akde istinâden ayıptan ibrâ dâvâsı dinlemez.¹⁴⁰

¹³⁷ *Mebûsû*'ta kısas dâvâsında oluşacak tenâkuza dair şu izah geçer: “Bir kimse, birine karşı kasten el kesme dâvâsı açtıktan sonra, o kişiyi dâvâdan kurtarsa (ibra etse), sonra da, aynı dâvâyı başkası aleyhine açsa, ikinci dâvâlıdan kefil alınmadığı gibi, onun aleyhine getirdiği delil de, dâvâcının iddiasında tenâkuz bulunduğu için kabul edilmez. Eğer ikinci dâvâlı, ikrarda bulunarak suçu kabul ederse, ikrarına dayanılarak aleyhine hüküm verilir. Çünkü dâvâcının kendisi mütenâkız iddiada bulunsa da ikinci iddiası, dâvâlı tarafından doğrulanmıştır. Ancak bu halde, dâvâlı aleyhine kısas kararı verilmez. Çünkü başkasına yönelttiği önceki dâvâ, kısas uygulanmasına engeldir. Kısas uygulaması açısından önceki dâvâ, her ne kadar mâlî konuda şüphe oluşturmasa da kısas uygulamasında şüphe oluşturur”. Serahsî, *el-Mebûsû*, XX/106.

¹³⁸ *Mecelle*, madde 1654.

¹³⁹ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, IV/316 (1654. maddenin şerhi).

¹⁴⁰ Hacı Reşid Paşa, *Ruhu'l-Mecelle*, VII/216.

3.3.3. Gizlilik Bulunan Haller

İmkânı varken öğrenmemek, bir kimse için özür olmayacağından, kendi cehâletini bir özür olarak ileri süremez.¹⁴¹ Halbuki gizlilik bulunan hallerde (mahall-i hafâda) dâvâcının böyle bir mazereti ortaya çıkarsa, tenâkuz dikkate alınmaz.¹⁴² Bu gibi gizlilik bulunan hallerde tenâkuz olup olmayacağı meselesinde kıyas terkedilip, istihsana göre tenâkuz olmayacağı görüşü benimsenmiştir.¹⁴³ Kıyasa bağıllığıyla bilinen İmam Züfer gizlilik halinde kıyası esas alarak, tenâkuzun dâvâyâ mani olduğu görüşündedir.¹⁴⁴ Şeyh Bedreddin, *Letâifu'l-İşârât* üzerine kaleme aldığı *et-Teshîl* adlı serhinde bunu şu şekilde ifâde eder: “Gizlilik bulunan hallerde tenâkuz dâvâyâ mâni olmaz, kâidesi gereğince, tenâkuz, mülk dâvâsına mâni olurken, hürriyet, talak ve neseb dâvâlarına mâni olmaz”.¹⁴⁵ Süt emzirme, vesâyet, velâyet, vakıf mallarını idare etme vazifesi (tevliyet-i vakf) ile alakalı meseleler de gizlilik bulunan haller olarak görülmüştür.¹⁴⁶ Burada zikredilen içinde gizlilik bulunan hallerin müşterek hususiyetleri

¹⁴¹ Hacı Reşid Paşa, **Ruhu'l-Mecelle**, VII/217.

¹⁴² *Mecelle* 1655. madde “Mahall-i hafâ olub da müdde'înin ma'zereti zâhir olursa tenâkuz ma'füv olur”. İbnü'l-Ğars, **el-Fevâkihü'l-Bedriyye**, s. 100. Bu madde, mâzeret ile kayıtlanamaksızın *Eşbâh*'da da yer almaktadır. İbn Nuceym, **el-Eşbâh ve'n-Nezâ'ir bi Hâşiyetihî Nüzhetü'n-Nevâzir**, hâşiyeye: İbn Âbidin, tahkik: Dr. Mahmud Mutî' el-Hâfiz, Dimaşk: Dâru'l-Fikr, 1999, s. 262.

¹⁴³ Bu, *Mebûsût*'ta geçen şu misalin izahından anlaşılmaktadır: “Bir kişinin elinde henüz konuşamayan bir çocuk bulunsa, çocuk ister kendisinin yanında doğmuş olsun ister olmasın, kölesi olduğunu ve onu itk ettiğini iddia ettikten sonra, oğlu olduğunu söylese, tenâkuz sebebiyle, kıyasa göre bu iddiası kabul edilmez. Ancak gebelikteki hafâ sebebiyle, istihsana göre kabul edilir”. Serahsî, **el-Mebûsût**, VII/203.

¹⁴⁴ *Hidâye*'de geçen şu misalde İmam Züfer'in bu görüşte olduğu ifade edilir: “Bir kimsenin sattığı cariye çocuk doğurur; sonra satan kişi çocuğun kendisinden olduğunu iddia ederse, cariye çocuğu satış gününden itibaren 6 aydan fazla bir zaman sonra doğurmuşsa, çocuk, satana aittir ve cariye de onun ümm-i veledi olur. Kıyasa göre -ki İmam Züfer ve Şafii'nin görüşüdür- satıcının dâvâsı bâtıldır. Çünkü satış, onun köle olduğunu itiraf etmek olduğundan, dâvâsında tenâkuz vardır”. Kâdizâde Ahmed Şemseddin, **Netâicü'l-Efkâr fi Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr – Tekmiletü Şerhi Fethi'l-Kadir**, tahkik: Abdürrezzâk Gâlib el-Mehdi, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424, VIII/305.

¹⁴⁵ Mustafa Bülent Dadaş, **Şeyh Bedreddin'in Teshil Adlı Kitabının Tahkik ve Tahlili**, s. 541 (el-faslü'l-istihkâk).

¹⁴⁶ Mahmud Hamzavî, **Tenâkuz-ı Fıkhiyye**, s. 16. Molla Hüsrev, “Tenâkuz, gizlilik bulunan yerde dâvânın sıhhatine mani olmaz” şeklinde ifâde etmiştir. Molla Hüsrev, **Dürerü'l-Hükkâm fi Şerhi Gureri'l-Ahkâm**, İstanbul: Matbaatü Mehmed Esad, 1300, II/668;

feshe açık olmamalarıdır. *Mebûsût*'ta geçen bir görüşe göre bu hususiyet sebebiyle tenâkuza itibar edilmez.¹⁴⁷ Gizlilik bulunan yerlere şu örnekler verilebilir:

Vakıf: Bir kimse bir mal satsa, sonra da o malın kendisine veya bir câmiye vakfedilmiş olduğunu iddia etse ya da “o malı ben vakfetmişim” diyerek mahkemede ileri sürse, bu kişi dâvâlarının yemin etmesini istese, bu ittifakla kabul edilmez. Delil getirirse esah kavle göre kabul edilir. Bu, dâvânın sahilliğinden olmayıp, vakıf meselerinde dâvâ olmaksızın delilin kabul edilmesi sebebiyledir.¹⁴⁸ Aksi halde dâvâsı dinlenmez.

Neseb: Bir kimse yanında doğmuş bir kölesini diğer kimseye satıpda müşteri de onu başka bir şahsa sattıktan sonra, ilk satan o kölenin kendi oğlu olduğunu iddia ederse, dâvâsı dinlenilir. Ancak nesebde tenâkuzun dâvâyâ mâni olmaması, usul ve furuya mahsustur. Bir kimse zevcesi için “benim sütkardeşimdir” dedikten sonra, bu sözünden dönse, tasdik olunur.¹⁴⁹ Fakat usul ve fûrudan başkasının neseb dâvâsında ortaya çıkan tenâkuz, dâvânın sıhhatine mânidir. Meselâ, Zeyd, kendisinden nafaka talep ettiğinde, kendisiyle kardeşliğini inkâr eden Ömer, Zeyd'in vefatından sonra

Terceme-i Dürer ve Gurer, tercüme: Süleyman b. Veli el-Ankaravî, İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1292, II/238. Fetvâhâne-i Âlî'nin 1916 senesinde hazırladığı 3441 maddelik Kitâbü't-Talâk'ın 11. babının 5. faslında (Muhâla'ada zevceynin ihtilâfıyla tercih-i beyyine hakkındaki ahkâm beyânındadır) 2615. maddede şöyle yazmaktadır: “Mahall-i hafâda tenâkuz sıhhat-i da'vâ ve kabul-i beyyineye mâni değildir. Binâenaleyh bir mer'e zevciyle bir bedel üzerine hul' olduktan sonra zevcim beni kable'l-hul' selâsen veya bâ'inen tatlik etmiş olduğundan hul'ın fesâdına binâen bedel-i mezkûrun istirdâdı matlubumdur diye da'vâ ve bi'l-beyyine isbât eylese i'tâ ettiği bedel-i hul' istirdâd eder. Beynlerinde neseb ve radâ ve musâhere gibi bir sebeple hürmet bulunmuş olduğunu bi'l-beyyine isbât suretinde dahi hükm böyledir”. Ahmed Akgündüz, **İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Özel Hukuk I**, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2012, II/1452.

¹⁴⁷ Serahsî, **el-Mebûsût**, VII/94. *Mebûsût*'ta bu ifadenin zayıf kavil olduğu ifade edilmektedir. İmam Ebu Hanife'ye göre feshe müsâit olan hallerdeki tenâkuz, dâvâyâ mâni olur. Meselâ, bir kişi cariyesinin çocuğunun başkasına ait olduğunu ikrar ettikten sonra, kendisine ait olduğunu iddia etse, her ne kadar neseb feshe muhtemel olmasa da, tenâkuz sebebiyle dâvâsı kabul edilmez.

¹⁴⁸ Ali Haydar, **Tertibü's-Sunûf fi Ahkâmi'l-Vukûf**, İstanbul: Şirket-i Mürettebiye Matbaası, 1340, s. 701.

¹⁴⁹ Mahmud Hamzavî, **Mecmuatü'r-Resâil**, s. 6-7.

mirasını talep ederek kardeşi olduğunu iddia etse, dâvâsı dinlenmez.¹⁵⁰

Hürriyet: Bir kimse köle olduğunu ikrar ettikten sonra, aslen hür olduğunu iddia etse ve delil getirirse, delili kabul edilir.¹⁵¹ Bir diğer misalde, köle, efendinin kendisini geçerli bir şekilde hür kıldığını iddia etse efendi ise bunu inkâr etse ve köle onunla özgür kılma işlemi yürürlüğe koyması koşuluyla iki yüz dirhem karşılığında sulh akdi yapsa sözleşme geçerli olur. Çünkü efendi bu köleyi bedel karşılığında baştan hür kıldığını düşünmektedir. Köle, sulh akdi yapılmadan önce efendinin kendisini özgür kıldığına dair delil bulacak olursa efendiye vermiş olduğu bedeli geri almak üzere başvurabilir. Burada taraflar arasında meydana gelen sulh akdinden önce hürriyetin sâbit olduğu delille ortaya konmuştur. Açılan dâvâda tenâkuz olsa bile bu hal kölenin hür olduğuna dair delil getirmesine mâni oluşturmadığına göre, sırf sulh akdini yapmış olmak bu duruma öncelikle engel oluşturmayacaktır. Bu da göstermektedir ki efendi bu malı karşı taraftan haksız bir şekilde almıştır. Dolayısıyla söz konusu malı geri vermekle yükümlü olacaktır.¹⁵²

Vesâyet: Bir kimse bir başkasından bir ev kiralasa, sonra bu evin babasından kendisine miras olarak intikal etmiş olduğunu ve ancak buna kiralamadan sonra öğrendiğini iddia etse bu dâvâ dinlenilir.

3.3.4. İki Söz Arasının Bulunması

Tenâkuz, iki sözün veya fiilin arasının bulunmasıyla (tevfik) ortadan kalkar.¹⁵³ Bu, *Mecelle*'de "tenâkuz halinde gözükten iki sözün arasının bulması mümkün olup,

¹⁵⁰ Mahmud Hamzavî, **Tenâkuz-ı Fıkhiyye**, s. 52. (Bereketzâde'nin tâlikatından)

¹⁵¹ Serahsî, **el-Mebsût**, VII/93.

¹⁵² Serahsî, **Mebsut**, Editör: Mustafa Cevat Akşit, XXI/149. Bu kısım, Arapça neşrinde bulunmağından Süleymaniye Kütüphanesi, Hekimoğlu nüshası 384 nolu kayıttaki yazma eserin 630/1 sayfasından tercüme edilmiştir. 1840'larda Amerika'da kölenin hukukî hakkının olmasının, sahibine karşı bir dâvâ açmasının imkânını bırakın, insan olup olmadığı mahkemelerde mevzu oluyordu. Henry Steele Commager (Ed.), **The American Destiny: An Illustrated Bicentennial History of the United States – A House Diving**, vol. 6, The Danbury Press, 1976, s. 19.

¹⁵³ Mahmud Hamzavî, **en-Nûru'l-Lâmi' fî Usûli'l-Câmi'**, (**Mecmuatü'r-Resâil** içinde), Dimaşk: Matbaatü Meclisi'l-Mecâlis, 1303, s. 19. Risale, İmam Muhammed Şeybânî'nin *el-Câmiü'l-Kebir* kitabındaki asıl ve kaidelerin derlemesidir.

dâvâcı bu ara bulmayı yaparsa, tenâkuz ortadan kalkar” olarak ifade olunmuştur.¹⁵⁴ Ayrıca “Kelâmın i‘mâli ihmâlinden evlâdır”¹⁵⁵ tefsir kâidesine¹⁵⁶ göre, söylenen sözü hemen tenâkuz sebebiyle reddetmek yerine, mütenâkız gibi görülen söz veya fiillerin arası bulunmaya çalışılır. Kaldı ki bu, fıkıh usulünde de delillerin teâruzu halinde takip edilen yollardan biridir.

Meselâ, bir kimse diğer kimsenin yerini kiraladıktan sonra mülkiyetini iddiâ etse, bu dâvâ dinlenmez. Çünkü tenâkuz vardır. Ancak “kiracıydım, sonra satın aldım” derse, bu söz ile iki kelâmın arası bulunmuş olacağından, mülkiyet dâvâsı dinlenilir.

Tenâkuz halinde görünen sözlerdeki kelimelerden birinin umumi bir mânâ ihtiva etmesi hâlinde, iki sözden biri tevil edilebileceğinden tenâkuz ortadan kalkar. Sözlerin tevil edilmesinde fıkıh usulündeki lafızların açıklık-kapalılık bakımından mânâyâ delâletinden istifade edilir.

Meselâ bir kimse sahte olmayan (ceyyid, çoğulu ciyâd) para aldığını ikrar ettikten sonra bunların züyuf/nebhece¹⁵⁷ olduğunu iddia ederse, sözünde tenâkuz

¹⁵⁴ **Mecelle**, madde 1657: “Mütenâkız görünen iki kelâmın tevfiği mümkün olup da müdde‘î dahi tevfiğ ederse tenâkuz mürtefi‘ olur”.

¹⁵⁵ Bu kâide klasik fıkıh/usul kitaplarında “İ‘mâlü’l-keâmî evlâ min ihmâlihi metâ emkene” ve “İ‘mâlü’l-keâmî evlâ min ihmâlihi illâ en lâ yümkinne” olarak ifade edilir. Ebû Sâid Muhammed el-Hâdimî, **Mecâmiü’l-Hakâik**, s. 45; İbn Nüceym, **el-Eşbâh ve’n-Nezâir**, (İbn Âbidin hâşiyesi **Nüzhetü’n-Nevâzil** ile beraber), Dımaşk: Darü’l-Fikr, 1999, s. 150; **Mecelle**, madde 60. Türkzâde, **Mecelle**’nin 1657. maddesinin şerhinde, bu maddenin **Mecelle**’nin 60. maddesinden müteferri olduğunu ifade eder. Türkzâde Hâfız Mehmed Ziyâeddin, **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi**, s. 1031.

¹⁵⁶ Mustafa Reşit Belgesay, **Mecelle’nin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947, s. 10. Belgesay **Mecelle**’deki küllî kâideleri şu şekilde tasnif eder: tefsir kâideleri (3, 60, 12, 62, 64, 65, 13, 61, 40, 67, 66, 43, 44, 63, 69, 70, 71), söz bağılılığı (57, 82, 83, 100, 99), kanunların tefsiri ve boşlukların doldurulması (2, 68, 15, 16, 14), durumlarda istikrar-zaman aşımı (6, 7, 51, 98), ıstırar hali (21, 22, 32, 33, 25, 23, 24), iştirak (34, 35, 89), işlerde kolaylık gösterilmesi (17, 18, 55, 56), kanunların zamanın ihtiyacına uygunluğu (39), örf ve âdet (37, 36, 45, 41, 42), idarî tasarruflar (58, 59), teferruat (47, 48, 52, 50, 49, 54), haksız fiil mesuliyeti (19, 97, 91, 92, 93, 90, 94), tazminat (20, 27, 30, 46, 26, 25, 31, 53, 85, 86, 87, 88), başkası hesabına tasarruf (95, 96), ispat hukuku (79, 73, 78, 74, 4, 42, 78, 80, 81, 38), ispat külfeti (76, 77, 5, 9, 8, 11).

¹⁵⁷ Züyuf, beytül mâl tarafından; nebhece ise tüccâr tarafından kabul edilmeyen dirheme denir. Molla Hüseyin, **Dürerü’l-Hükâm fi Şerhi Gureri’l-Ahkâm**, II/729; İbn Âbidin, **Reddü’l-**

olduğu için iddiası dinlenmez. Çünkü “ceyyid/ciyâd”, teville ihtimali olmayan, fıkıh usulünde müfesser olarak ifade edilen bir kelimedir. Bundan sonra getireceği delil kabul edilmez. Karşı tarafa yemin de teklif edilmez. Şayet hakkını aldığını veya semeni aldığını veyahut da istîfâyı (hakkının tamamını aldığını) ikrar etmiş olsaydı, dâvâsı dinlenirdi. Çünkü hakkını ve semeni almak, zâhir; istîfâ ise nass olarak ifade edilebilir. Böylece ikrarı başka manaya gelebileceğinden, teville ihtimal vardır.¹⁵⁸

Tenâkuz halindeki iki sözün arasının bulunmasında üç ihtimal vardır:¹⁵⁹ i) İki sözün arasının bulunmasının mümkün olmaması, ii) Ara bulma mümkün olup, yapılmaması, iii) Ara bulma mümkün olup, yapılması. İlkinde dâvâ sahih değildir; üçüncü ihtimalde, dâvânın sahih olduğuna dair ittifak vardır. Ancak ikinci ihtimalde, yani tenâkuz halindeki iki söz için sadece aralarının bulunarak tenâkuzun kaldırılmasının yeterli olup olmadığına hukukçular arasında görüş ayrılığı vardır. Buna göre dört farklı görüş mevcuttur:¹⁶⁰

- i. Sadece lafız yönünden ara bulma yeterli değildir; fiilen de ara bulunmalıdır. İmam Züfer bu görüştedir.¹⁶¹ *Mecelle*'nin 1657. maddesinde bu görüşün tercih edilmiş olduğu anlaşılmaktadır.¹⁶² Diğer mezhepler de bu görüş üzeredir.¹⁶³
- ii. Tenâkuz ister dâvâcıdan isterse de dâvâlıdan ortaya çıkmış olsun, ara bulma sebebi ister tek (müttehid) olsun isterse çok sayıda (müteaddid) bulunsun, ara bulma imkânının varlığı yeterlidir. *el-Hidâye* ve *Uddetü'l-Müftîn*'de bu görüş

Muhtar, VIII/157.

¹⁵⁸ İbn Âbidin, **Reddü'l-Muhtar**, VIII/157-158; Serahsî, **el-Mebsût**, XII/210.

¹⁵⁹ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü'l-Hükkâm**, IV/322.

¹⁶⁰ Ziyâuddin el-Ezherî, s. 57; Muhammed Tahir Etâsî ve Muhammed Halid Etâsî, **Şerhu'l-Mecelle**, Humus: Matbaatü's-Selâmeti, 1355, V/149. Bu kaviller hülaseten, *Reddü'l-Muhtar* ve *Tahtâvî Hâşiyesi*'nde de yer almaktadır. İbn Âbidin, **Reddü'l-Muhtar**, VIII/155-56, XI/18-19; Tahtâvî, **Hâşiyetü't-Tahtâvî ale'd-Dürri'l-Muhtar**, III/216; **Tercemetü't-Tahtâvî**, Tercüme: Abdülhamid en-Nakşibendî el-Halidî el-Ayıntabî, İstanbul: Mekteb-i Sanayi Matbaası, 1287, VI/179-180.

¹⁶¹ Muhammed Na`im Yâsin, **Nazariyyetü'd-Dâvâ**, s. 405.

¹⁶² Hacı Reşid Paşa, **Ruhu'l-Mecelle**, VII/219.

¹⁶³ Muhammed Na`im Yâsin, **Nazariyyetü'd-Dâvâ**, s. 404.

tercih edilmiştir.¹⁶⁴

- iii. Tenâkuz, dâvâcîdan olmayıp, dâvâlıdan olursa, ara bulma imkânının varlığı yeterlidir.
- iv. Ara bulma sebebi çok sayıda olursa, yeterli olmazken; tek olursa yeterli olur.

Ara bulma ile tenâkuzu gidermenin, özellikle alış-veriş gibi akitlerde, suistimale yol açacağı ortadadır. Şöyle ki tenâkuz halindeki sözlerden ilki bir akit ise bunu iptal edecek bir ara bulma ile tenâkuz ortadan kaldırılamaz.¹⁶⁵ Çünkü *Mecelle*'nin 100. maddesine göre “Her kim ki kendi tarafından tamam olan şeyi nakz etmeğe say‘ ederse, say‘i merdûddur.” Hiç kimse tamamladığı bir akdi bozmaya teşebbüs edemez.¹⁶⁶ Aksi halde bu, akitlerin keyfi sebeplerle bozulabilmesi manasına geleceğinden, cemiyet düzenine zarar verir.¹⁶⁷

Bazı haller bundan istisna tutulmuştur. Buna göre bazı durumlarda tenâkuz halindeki sözlerden ilki bir akit ise bunu iptal edecek bir ara bulma ile tenâkuz ortadan kaldırılabılır. Bu tür hallerin ortak hususiyeti, mahall-i hafâ olmalarıdır. Bu akitlere şunlar misal olarak verilebilir¹⁶⁸: 1) Bir kimse bir köle satın alıp teslim aldıktan sonra,

¹⁶⁴ Bedreddin Mahmud bin İsmail, **Câmi‘u’l-Fusûleyn**, I/123.

¹⁶⁵ İbn Âbidin, **Reddü’l-Muhtar**, VII/327-328. “Satıştan önce bilmediğini ancak satanın satıştan önce böyle bir ikrarda bulunduğunu duyan âdil kimselerin haberleriyle satıştan sonra öğrendiğini söylemesi iki mesele arasında tenâkuz olmadığını ifade edebilir. Ancak *Bahr*’da her ne kadar tevfiğ etmek mümkünse de kendi tarafından tamam olan bir meseleyi nakza say ettiğinden say‘i merduddur”.

¹⁶⁶ Her ne kadar hürriyet meselelerinde tenâkuz dikkate alınmıyorsa da mevzu tamamlanmış bir akdi bozmak olunca, dikkate alınır. *Fetâvâ-i Fevziyye*’deki şu fetvâ bunu göstermektedir: “Zeyd kulu Amr’ı semen-i ma’luma Bekr’e bey’ ve teslim etdikden sonra Zeyd Amr’ı bey’den evvel tedbîr-i mutlak ile tedbîr etmişdim diye da’vâ eylese Zeyd’in da’vâsı mesmu’ olur mu? El-Cevâb: Olmaz”. Seyyid Feyzullah Efendi, **Fetâvâ-ı Fezyiye maa’n-Nükûl**, s. 378-379.

¹⁶⁷ Mustafa Reşit Belgesay, “Mecelle’nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, cild 12, Sayı 2-3, 1946, s. 572-573. Belgesay, *Mecelle*’nin 51. maddesini şu şekilde izah eder (s.577-578): “Bir kimse herhangi bir sebeple düşen hakkın iadesini istiyemez. Mukavelelerde kesinlik, durumlarda istikrar hakkı düşüren muamelelerden dönülmemesini iktiza ettirir”.

¹⁶⁸ İbn Âbidin, kitâbü’l-vakfda “*Men se‘â fi nakzi mâ temme min cihetihi fe se‘yuhu merdudun*

“Satan şahıs bu köleyi bana satmadan önce gâib olan falan kişiye şu kadar meblağa satmıştır” diye dâvâ edip şahit getirirse, dâvâsı kabul edilir. 2) Bir kimse câriyesini bir şahsa hibe edip, o şahıs cariyeyi ümm-i veled kıldıktan sonra, hibe eden kimse câriyenin müdebberine veya ümm-i veled olduğunu dâvâ edip ispat etse, dâvâsı kabul edilir. Cariyeyi geri alır ve ukru (mehr-i misl) da alır. Çünkü hürriyet hakkındaki tenâkuz dâvânın sahih olmasına mâni değildir. 3) Bir kimse kölesini sattıktan sonra onu âzât etmiş olduğuna dâvâ etse, dâvâsı kabul edilir. 4) Bir kimse bir arazi satın aldıktan sonra “satan şahıs onu mezarlık veya mescid yapmıştır” diye dâvâ etse, dâvâsı kabul edilir. 5) Bir kimse bir köle satın aldıktan sonra “satan şahıs onu azât etmiştir” diye dâvâ edip ispat etse, dâvâsı kabul edilir. 6) Bir kimse bir gayrimenkul satıp sonra “o gayrimenkul vakıftır” diye dâvâ edip ispat etse, dâvâsı kabul edilir. 7) Bir baba çocuğunun malını sattıktan sonra çok aldanarak (gaben-i fâhiş) sattığını iddia etse, dâvâsı kabul edilir. 8) Vasî, sattıktan sonra çok aldanarak sattığını dâvâ etse, kabul edilir. 9) Mütevellinin gaben-i fâhiş dâvâsı kabul edilir.

3.3.5. Evvelki Dâvâyı Terk

Tenâkuz hâlinde olduğu evvelki dâvâyı terk etmesi, bazı meselelerde tenâkuzu ortadan kaldırdığından, bu hallerde tenâkuz dâvânın sıhhatine mâni olmaz.¹⁶⁹ Meselâ, ilk olarak mutlak mülk iddia edildikten sonra, mukayyed mülk iddia edilse kabul olunmaz. Zira mutlak mülk, mukayyed mülkten daha ziyadedir. Fakat “mutlak mülk dâvâsını terk ile mukayyed mülk iddia ediyorum” dese kabul olunur.¹⁷⁰ Ancak bazı tenâkuzlar bu şekilde kalkmaz. Meselâ, dâvâcı, “bu mal dâvâlı Zeyd’in mülküdür” dedikten sonra “bunu terk ettim, bu mal Bekir’indir” diye Bekir için iddia etse dinlenmez.¹⁷¹

‘aleyhi - Kim kendisi tarafından tamam olan şeyi nakzete kalkarsa, onun bu çabası merdûddur” cümlesinin hâşiyesinde Eşbâh’dan alarak bu dokuz meseleyi verir. İbn Âbidin, **Reddü’l-Muhtar**, VI/643; İbn Nüceym, **el-Eşbâh ve’n-Nezâir bi Hâşiyetihi Nüzhetü’n-Nevâzir**, Hâşiyeye: İbn Âbidin, Tahkik: Dr. Mahmud Mutî‘ el-Hâfız, Dımaşk: Dâru’l-Fikr, 1999, 272-273; Hamevî, **Gamzu Uyuni’l-Besâir Şerhu Kitabi’l-Eşbah ve’n-Nezair**, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1985, II/ 374-377.

¹⁶⁹ İbn Âbidin, **Reddü’l-Muhtar**, XI/20.

¹⁷⁰ İbn Âbidin, **Reddü’l-Muhtar**, XI/21.

¹⁷¹ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü’l-Hükkâm**, IV/315.

Tenâkuz halinde olan iki dâvâdan ikincisi reddediliktten sonra, dâvâcı evvelki dâvâyı devam ettirse kabul edilir. Çünkü ikinci dâvâ yalan olduğu anlaşıldığından dinlenilmez; ancak evvelki dâvânın yalan olduğu açık değildir.¹⁷² Meselâ, bir kimse ölenin amcasının oğlu olduğunu dâvâ ettikten sonra, dönüp ölenin kardeşi olduğunu dâvâ etse kabul edilmez. Fakat yine ölenin amcasının oğlu olduğunu dâvâ ederse kabul edilir.

3.4. Tenâkuzun Osmanlı Mahkemelerindeki Tatbikatı

Tenâkuzun Osmanlı mahkemelerindeki tatbikatının gözlemlenmesi için sukûk kitapları dikkate alınabilir. Çünkü sukûk kitapları, gerçek dâvâlardan derlenmişlerdir. Bunlardan *Tuhfetü's-Sukûk*, *Dürri's-Sukûk* ve *Sakk-ı Cedîd* istifâde edilen matbu sukûk kitaplarıdır.

Sakk-ı Cedîd'in “faslün fi't-tenâkuz” başlığı altında, üç dâvâ örneği vardır. Bunlardan birinde, tenâkuz hâlindeki iddiaların ikincisinden vazgeçip, ilk iddiaya dönme halinde bu ilk dâvânın dinleneceğine dair bir suretnâme verilmektedir:

“İş bu arzuhâlde ve hâmişinde mestûr olub şehr-i sâbık Muharremü'l-Harâmın dördüncü günü tarihiyle müverraha ve hâlâ şer'îyyat-ı mevâli-i izâmdan faziletli Mehmed Said Efendinin mührüyle memhûr mürâfe'adan verilen bir kıt'a mazbata ilâmında ismi mezkûre olan ma'rifetü'z-zât Ümmü Gülsüm hatun ibnetü Mehmed Cuma günü arz odasında huzur-ı hazret-i kâim-makâm âli-makâmında ma'kûd meclis-i şer'-i enverde kezâlik derûn i'lâm-ı mezkûrede ismi mezkûr olan sahib-i arzuhâl Mustafa Ağa ibn Alaaddin mahdarında mezbûr Mustafa Ağanın babası mezbûr Alaaddin bundan akdem mütevellisi olduğu vakfın kâim-makâm mütevellisini azl-i murâd eylediğinde oğlu mezbûr Mustafa Ağanın bi-şartı'r-rücu' emriyle bazı kimesnelere malımdan verdiğim 775 kuruş-ı mezbûr Mustafa Ağadan bi'l-mürace'a hâlâ taleb ederim diye da'vâ etdikde merkûm Mustafa Ağa cevâbında inkârından başka müdde'i-i merkûme Ümmü Gülsüm hatun i'lâm-ı mezkûr mantukunca hâkim mûmâ-ileyh huzurunda ben meblağ-i mezkûr 775 kuruşu mahlût altın olarak İslâmbolda Vezneciler

¹⁷² Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, **Dürerü'l-Hükkâm**, IV/306.

kurbünde vâki‘ merhûme Vâlide Sultan kethudası merhûm Yusuf Ağanın Konağı serây-ı hazret-i sadrıazamı iki serây-ı mezkûr havalisinde sana karz vermişdim diye inkârıma mukârın eylediği da‘vâsı sene-i sâbıka Zilhiccesinin altıncı günü beyâna havale olunmuşdu diye eylediği da‘vâsını ve mezmun i‘lâm-ı mezkureyi müdde‘i-i mezbûre Ümmü Gülsüm hatun ikrâr ve itiraf edib ol vecihle bu def‘a eylediği da‘vâsı da‘vâ-yı evveline münâkız ve münâfi olmağla ber-vechi muharrer eylediği da‘vâsı meşru‘a olmadığı müdde‘i-i merkûme Ümmü Gülsüm hatuna ba‘de‘t-tefhim müdde‘i-i merkûme Ümmü Gülsüm hatun da‘vâ-yı sânisini terk ve da‘vâ-yı evveline avd birle meblağ-ı mezkûr 775 kuruşu kemâ fi‘l-evvel merkum Mustafa Ağaya karz verib hâlâ zimmetinde alacağım olmağla meblağ-ı mezkûr 775 kuruşu bana edâya merkûm Mustafa Ağaya tenbih olunması muradımdır diye ba‘de‘d-da‘vâ ve‘l-inkâr müdde‘i-i merkûma ber-vechi muharrer karz müdde‘âsına ikâmet-i beyyineden izhâr-ı acz birle istihlaf etdikde merkûm Mustafa Ağaya bi‘l-muvâcehe vech-i şer‘ üzere yemin verilmeğin mucibiyle müdde‘i-i merkûme Ümmü Gülsüm hatun meblağ-ı mezkûr 775 kuruş da‘vâ-yı mezkuresiyle merkûm Mustafa Ağaya bi-lâ-beyyine muârazadan men olduğu huzur fî safer 28 sene 227”.¹⁷³

Sakk-ı Şânizâde’nin “fi‘t-tenâkuz” başlığı altında dört dâvâ vardır. Bunlardan tenâkuzun itiraf edilmesine dair bir dâvâ şöyledir:

“Sâhib-i arzuhâl vâiz Şeyh Hüseyin Efendi meclis-i şer‘-i şerif-i enverde Mehmed Beşe muvâcehesinde ben bundan akdem üç gün muhayyer olmak üzere dörtyüz altmış kuruş semen-i medfû‘ ve makbuza merkûm Mehmed Beşeden Çerkesiyetü‘l-asl bir re’s-i câriye iştirâ‘ ve kabz ve müddet-i hıyâr mürur etmeksizin câriye-i mezburayı bâyi-i merkûma red eylemekde ol dahi ba‘de‘l-kabz câriye-i mezburayı emâneten bana teslim ve semen-i merkûmı getürmek için benden müfârakat etdikde firâr edib birkaç gün gaybet etmekle câriye-i mezbûra yedimde fevt olmağla semen-i merkûmı mezbûraden istirdâd ederim deyu da‘vâ etdikde merkûm Mehmed dahi cevâbında müdde‘î Hüseyin Efendi

¹⁷³ Suretnâme başında şu özet verilmiştir: “Mütenâkız da‘vâ-ı sâniyesini terk edib da‘vâ-ı evveline ric‘at etmekle istimâ‘ olunan suretnâmedir”. Yûsuf Ziyâeddin Efendi, **Câmiu Envâri’s-Sukûk ve Lâmiu’z-Ziyâi li-Zevi’ş-Şükûk [Sakk-ı Cedîd]**, s. 428-429.

bir gün mukaddem iş bu meclis-i şer‘de hâzır bi’l-meclis Mustafa muvacehesinde ben câriye-i merkûmeyi mezbur Mustafa’dan dörtyüz altmış kuruşa muhayyer olmak üzere iştirâ ve semen-i merkûmı mezbûr Mustafa’ya teslim ve hıyâr-ı şarta binâen câriye-i mezbûrayı merkûma red ol dahi kabul ve semeni götürmek için bana emaneten teslim etdikden sonra câriye-i merkuma yedimde fevt olmağla semen-i merkûmı mezbûr Mustafa’dan talep ederim deyu hâlen benden da‘vâ eylediği câriye-i mezbûra hususını bi-ayniha merkûm Mustafa’dan dahi da‘vâ etmişdi dedikde Şeyh merkûm dahi cevâbında merkûm Mehmed bundan akdem gaybet edub ve merkûm Mustafa ile beynimizde kat‘an bey‘ ve şirâ vâki‘ değil iken bâyi‘ mezbûrun refiki olmağla ben dahi binâen aleyh mezbûr Mehmed’den iştirâ ve semeni mezbur Mehmed’e teslim ve hıyâr-ı şarta binâen merkûm Mustafa’ya red ve teslim etmişdim deyu mezbûr Mustafa’dan ber-vechi muharrir da‘vâ eylediği ikrâr ve da‘vâsında tenâkuzı i‘tirâf etmekle mucibince müdde‘î merkûm Şeyh Hüseyin Efendi da‘vâ-yı mezkurasıyla mezbûrâne bî-vechi mu‘ârazadan men olundığı huzur-ı ‘âlilerine i‘lâm olundu”.¹⁷⁴

Tuhfetu’s-Sukûk’ta bulunan bir dâvâda tenâkuzun hürriyet dâvâsına mâni olmaması prensibi kullanılmıştır.¹⁷⁵ *Dürri’s-Sukûk* kitabının “fi’t-tenâkuz” bahsinde iki adet dâvâ örneği verilmiştir.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Şânizâdde Mehmed Ataullah, **Sakk-ı Şânizâde** [*Sakk-ı Cedîd* kenarında], s. 399-401.

¹⁷⁵ Debbağzâde Nûman Efendi, **Tuhfetu’s-Sukûk**, s. 80-81.

¹⁷⁶ Çavuşzâde Mehmed Aziz, **Dürri’s-Sukûk**, II/163-165.

4. TENÂKUZ VE İNGİLİZ HUKUK SİSTEMİNDEKİ ESTOPPEL

Dünya üzerinde tatbik edilen birçok farklı hukuk sistemi bulunmaktadır. Bunlar farklı kültürlerden neşet etmiş ve bu kültürlerden etkilenmiştir. Günümüzdeki beşerî hukuk sistemleri kabaca iki hukuk sistemi etrafında toplanabilir: Müşterek hukuk sistemi (*common law*¹⁷⁷ *system*) ve medeni hukuk sistemi (*civil law system*). İngiliz hukuk sistemi, bir müşterek hukuk sistemidir. İngiliz müşterek hukuk geleneği, sömürgecilik faaliyetleri neticesinde dünya üzerinde geniş bir sahaya yayılmıştır. Günümüzde ABD, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda ve diğer birçok devlette müşterek hukuk sistemi tatbik edilmektedir.

Bu çalışmada ilgi alanımızı oluşturan İngiliz hukuku, içtihatlar ile gelişen *case law* (içtihad hukuku) ve kanun esaslı *statutory law* (mer'î/yazılı hukuk) olmak üzere başlıca iki alandan oluşur. *Case law* da *common law* (müşterek hukuk) ve *equity*'den (hakkaniyet/nisfet) oluşur. Bunların yapısının ve hukuk sistemindeki yerinin anlaşılması, İngiliz hukukunun tarihi seyrinin bilinmesini gerektirmektedir.

4.1. İngiliz Hukuku'nun Tarihi Gelişimi ve Yapısı

İngiliz hukukunun temayüz eden hususiyeti, bir müşterek hukuk sistemi olmasıdır. Bu müşterek hukuk sistemi, İngiliz tarihinin XI. yüzyılında ortaya çıkmaya başlayıp, sonraki yüzyıllarda gelişmiştir. Müşterek hukukun anlaşılması, onun orijininin ve gelişmesinin anlaşılmasına bağlıdır.

İngiliz hukukunun tarihi seyri dört devirde incelenebilir:¹⁷⁸

¹⁷⁷ *Common law*, geniş manada Anglo-Amerikan hukuka; dar manada İngiliz mahkemelerinin ürettiği hukuka karşılık gelmektedir. Lextray, **İngiliz Hukuku Kaynaklı Trust Hukukun Temel İlkeleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013, s. 2.

¹⁷⁸ Rene David ve John E.C. Brierley, **Major Legal Systems in the World Today – An Introduction to the Comparative Study of Law**, 2. Basım, London: Stevens & Sons, 1978, s. 287. Bir diğer taksimde de İngiliz hukuku, yine dört devirde; ancak devirlerin tarihlendirilmesi farklı olarak ele alınmıştır: İlk devir, Norman İstilasından evvelki zamanı; ikinci devir, Norman İstilasından III. Henry'nin ölümüne kadar olan zamanı (1066-1272);

- i. Norman İstilası'ndan (1066) evvelki devir,
- ii. Müşterek hukukun teşekkülüne karşılık gelen 1066'dan Tudor Hanedanı'na (1485) kadar olan devir,
- iii. Müşterek hukukun yanında gelişen hakkaniyet (*equity*) kâideleri formundaki sistemin ortaya çıktığı 1485'den 1832'ye kadar olan devir,
- iv. Müşterek hukukun ciddi gelişmeler gösterdiği ve hükümet ve idari otoritelerin müdahalesiyle cemiyete adapte edildiği 1832'den başlayıp günümüze kadar devam eden devir.

Uzun bir müddet kısmen de olsa Roma İmparatorluğu'nun idaresi altında kalmasına rağmen Roma hukukunun İngiliz hukuku üzerindeki tesiri, diğer Avrupa devletlerinininkine kıyasla çok azdır. İngiliz hukukçuları, Roma hukukundan kelimelerden başka pek az şey alındığını ifade ederler.¹⁷⁹ Kıta Avrupası (Kontinental) hukukundan tamamen farklı olan İngiliz hukuku, bu farklılığını İngiliz muhafazakârlığına borçlu olduğu ileri sürülmektedir.¹⁸⁰ Hatta günümüz İngiliz hukukçuları kanunların kodifiye edilmesini bile gelenekten uzaklaşma olarak görürler.¹⁸¹ Onlar için kendi hukuk sistemlerinin tarihi devamlılığı mühimdir. Bu devamlılığın tezahürü olarak müşterek hukuk görülebilir.

Normandiya dükü I. William'ın 1066 senesinde İngiltere'yi fethetmesinden

üçüncü devir, I. Edward'dan Commonwealth'e kadar olan zamanı (1272-1660); dördüncü devir ise Restorasyon'dan (Restoration) sonraki zamanı (1660-) ihtiva etmektedir. Edward Jenks, **A Short History of English Law – From the Earliest Times to the End of the Year 1911**, Boston: Little, Brown & Co., 1913. Bu taksimde I. Edward'a yer verilmesinin mühim sebeplerinden biri, onun "English Justinian" olarak görülmesi olsa gerektir. Frederic William Maitland ve Francis Charles Montague, **A Sketch of English Legal History**, notlandıran: James Fairbanks Colby, New York: G.P. Putnam's Sons, 1915, s. 2.

¹⁷⁹ Clive Parry, "İngiliz Hukuk Sistemi", Trc. Fadıl H. Sur, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 1, Sayı 3, 1944, s. 443.

¹⁸⁰ Andreas B. Schwarz, "İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk", Trc. Hıfzı Veldet, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 3, 1937, s. 218.

¹⁸¹ Rene David ve John E.C. Brierley, **Major Legal Systems in the World Today**, s. 286.

evvel¹⁸², İngiltere’de tek bir milli hukuk sistemi mevcut değildi. Mahalli kanunlar, mahallî idareciler olan lord ve şerifler tarafından tatbik ediliyordu. Bu ise, mahallî mahkemelerde verilen kararların gelişigüzel olmasına yol açıyordu. I. William 1066 senesinde İngiliz tahtına geçtiğinde, İngiltere¹⁸³ ve Galler halkın üzerindeki otoritesini temin için, merkezi bir adalet sistemini yürürlüğe koydu.¹⁸⁴ Bunun için de *King’s Court* adıyla bir kral divânı ihdas etti.¹⁸⁵ Bu, kral ve müşavirlerinden oluşan bir mahkeme idi. Kral, beraberinde mahkemesi ile İngiltere’yi gezerdi. Böylece halkın şikâyetleri kral ve müşavirleri tarafından tetkik edilebiliyordu ve sonrasında hüküm veriliyordu. Bu usul, müşterek hukuk sisteminin başlangıcını oluşturmuştur.

Müşterek hukukun gelişimindeki belki de en mühim figür, İngiliz kralı II. Henry’dir. Ülke uzun bir iç savaşa maruz kalmıştı. Akabinde 1154 senesinde, II. Henry tahta geçti. Kral, asayişî tekrar tesis etmek ve her tarafa yayılmış suçlar ile baş etmek istiyordu. Bu maksatla, tüm ülke için kralın kontrolünde olan tek bir adalet sistemi oluşturmayı hedefledi. Bu zamanda, dâvâlara bakan sadece 18 hâkim vardı. 1166 senesinde, II. Henry bunlardan beşini Londra’da bıraktı; geri kalanını ise ülkenin farklı yerlerini gezmeleri için gönderdi. Bu hâkimler, seyyar hâkim (*traveling justice*); bu

¹⁸² Normanlar, İngiltere’yi fethetmeden 5 sene evvel, 1061 senesinde Sicilya’yı fethetmişlerdi. Böylece, Sicilya’daki Normanlar, İslam hukukçuları, bilhassa Malikî mezhebine mensup hukukçular ile irtibat kurmuş oldular.

¹⁸³ Birleşik Krallık (The United Kingdom), İngiltere, Galler, Kuzey İrlanda ve İskoçya’dan oluşmaktadır. Bunlardan sadece İngiltere ve Galler, İngiliz hukukunu tatbik eder; Kuzey İrlanda ve İskoçya kendi hukuk sistemlerine sahiptir.

¹⁸⁴ Rebecca Huxley-Binns ve Jacqueline Martin, **Unlocking the English Legal System**, 4. Basım, London & New York: Routledge, 2014, s. 5-6.

¹⁸⁵ King’s Court ile darü’l-mezâlim (divân-ı mezâlim) arasında benzerlik vardır. Mâlikî mezhebine tâbi olan Müslüman İspanya’da, mezâlim kâdıları vardı. Bunlar dâvâlarda, normal muhakeme usulünün dışına çıkarak hüküm verirlerdi. Bu mahkemeler, Sicilya’nın Normanlar tarafından istila edilmesinden sonra bile devam etmiştir. Bu devirde Sicilya ile İngiltere arasında, ilim adamları vasıtasıyla ciddi bir irtibat bulunmaktaydı. Ayrıca, Norman’ların İngiltere’yi istilası sonrasında idareyi ele alıp, hukukta mühim reformlar yapmışlardır. Bu müessesenin İngiltere’ye bu gibi yollarla geçmiş olabileceği tezi tahkike değerdir. Linda T. Darling, **A History of Social Justice and Political Power in the Middle East: The Circle of Justice from Mesopotamia to Globalization**, New York: Routledge, 2013, s. 79-80.

seyahatler ise turne (*eyre*) olarak isimlendirilir.¹⁸⁶

Bu seyyar hâkimlerin vazifesi, Londra'daki hâkimler tarafından ortaya konan kanunları tatbik etmek, halkın dâvâlarını karara bağlamaktır. Böylece daha evvel İngiltere'de mevcut olan mahalli kanunlar, yeni milli kanunlar ile yer değişmiş oldu. Bu kanunların herkese müştereken tatbik edilmesi sebebiyle, bu hukuk sistemine müşterek hukuk (*common law*) denildi. Zamanla bu hâkimlerin hükümleri kayıt altına alınarak neşredildi.

Müşterek hukuk, hâkimler tarafından meydana getirilmiş bir hukuktur (*judge-made law*). İçtihat hukuku (*case law*) olarak da adlandırılır.¹⁸⁷ Ancak teşekkülü esnasında, örf ve âdetlere de itibar edildiğinden, aynı zamanda mahalli veya halk mahsulüdür.¹⁸⁸ Müşterek hukukta, hâkimler daha evvel verilmiş kararlara (*precedent*) göre hükmederler. Bunun için daha evvelki dâvâların (*law reports*)¹⁸⁹ kaydedildiği *Year*

¹⁸⁶ Edward Jenks, **The Book of English Law – As at the End of the Year 1935**, 4. Basım, London: John Murray, 1936, s. 20; Edward Jenks, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, Trc. Mukbil Özyörük, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1, 1950, s. 48.

¹⁸⁷ İngiliz hukukçuları içtihat hukukunun avantaj ve dezavantajlarını şu şekilde özetlemektedir. İçtihat hukukun avantajları: 1) Kesinlik: Karara bağlanmış dâvâlar bağlayıcı (binding) olduklarından, gelecekteki benzer bir dâvâ da kesinlikle veya çok yüksek ihtimal aynı şekilde karara bağlanacaktır; 2) Gelişme ihtimali: Meri hukuk (statute) veya daha evvel verilmiş karar (precedent) ile hükme bağlanmamış hallerde, yeni şartları ve cemiyetin değişen ihtiyaçlarını karşılamak için zamanla yeni hükümler (rules) koyulacaktır; 3) Çok zengin tafsilatlı kaideler manzumesi. İçtihat hukukun dezavantajları: 1) Katılık (rigidity): Bir hüküm yanlış olsa bile bir kez verildi mi, artık ondan kurtulmak imkânsız veya çok zordur; 2) Mantıksız ayrımların (distinctions) tehlikesi: Bağlayıcı bir hükümün tatbikatında zorluk olduğunda, hâkim bu hükmü tatbik etmekten kaçınacaktır. Bunun için, bağlayıcı hükmün verildiği dâvânın, mevcut dâvâdan farklı olduğunu söyleyebilmesi gerekmektedir. Bunu da dakik ayrımlar olduğunu söyleyerek yapar; 3) Büyüklük ve karmaşıklık: Zengin tafsilat ve bu zenginliğin 1000 ciltten fazla dâvâ raporlarında yayıldığı gerçeği, hukukun öğrenilmesini ve tatbikatını oldukça güçleştirmektedir. Statute hukuk, burada ortaya çıkacak güçlüklerin çaresi olarak görülmektedir. Tatbiki zor veya mantıksız olan bağlayıcı hükümler kaldırılıp, yerine sade ve tutarlı hükümler konulabilir. William Martin Geldart, **Elements of English Law**, London: Williams & Norgate, 1918, s.27-29.

¹⁸⁸ Edward Jenks, **The Book of English Law**, s. 21.

¹⁸⁹ Coke, ilk reporter'ın Hazret-i Musa olduğunu, dolayısıyla müşterek hukukun Tanrı'nın kanununa (the law of God) dayandığını ifade eder. Frederick Pollock, **A First Book of**

Books (Salnâme), İngiliz hukukunun mühim bir kısmını teşkil eder.¹⁹⁰ Year Books içinde, dâvâdaki tarafların iddia ve müdafaaları ile hâkimlerin mütalaa ve hükümleri bulunur.¹⁹¹

Müşterek hukuk, *State Decisis* olarak da adlandırılan emsal karar doktrini üzerine kuruludur. Fakat emsal karar bulunmaması halinde ne yapılacaktır? Bunun cevabında, müşterek hukukun baştan sona taranmasıyla kendisine kıyas edilebilecek bir kararın bulunabileceği kabulü vardır.¹⁹² Emsal kararlara sıkı sıkıya bağlılık, bir taraftan hukukta belirliliği sağlarken, diğer taraftan müşterek hukukun yer yer sert ve katılaşmasına yol açmaktaydı.¹⁹³

Müşterek hukukta bir dâvâ açabilmek için önce, *Royal Chancery*'den (mâbeyn) ücret karşılığı dâvânın tipini tayin eden dâvâ arzuhali (*writ original*) alınır. Şayet şikâyet hakkında dâvâ açılacak bir mevzuu kabul edilmemişse, bir writ formülü de bulunmayacaktır. Bu sebeple, şikâyet mahkemeye taşınamayacaktır.¹⁹⁴

1187'de, II. Henry'nin gözdelerinden ve kısa zaman sonra *Chief Justiciar* (baş hâkim) olan Ranulph de Glanvill'e atfedilen bir risale ortaya çıktı. Bu kitap, sadece *King's Courts*'da tatbik olunan kanunu ele almaktaydı. Kitabın ehemmiyeti, verdiği bilgi kadar sistematik yapısında yatar. Sonraki yüzyıllardaki hukuk yazımını (legal writing) belirlemiştir. Kitap, içindeki 50 adet *royal writ* üzerine bir şerh mahiyetindedir.

Glanvill'in kitabından sonraki mühim kitap, Bracton'un tamamlamadığı 1256 tarihli kitabıdır. Bu da writler üzerine bir şerhdır. O zamanda, writlerin sayısı 250'ye ulaşmıştır. Yazıldığı zamanda İngiliz Hukuku için tek resmi/mevsuk dökümandır

Jurisprudence for Students of The Common Law, 3. Basım, London: MacMillan and Co., 1911, s. 287.

¹⁹⁰ *Year-Books*, I. Edward zamanından VIII. Henry zamanına kadar anonim *reporter*'lar tarafından oluşturulmuştur. Sonrasında, hukukçular (lawyers) kendi isimleri altında bu raporları oluşturdular. William Martin Geldart, **Elements of English Law**, s. 14.

¹⁹¹ Edward Jenks, **The Book of English Law**, s. 33.

¹⁹² Edward Jenks, **The Book of English Law**, s. 35.

¹⁹³ Lextray, **İngiliz Hukuku Kaynaklı Trust Hukukun Temel İlkeleri**, s. 11.

¹⁹⁴ Ekrem Buğra Ekinci, **Hukukun Serüveni**, 2. Basım, İstanbul: Arı Sanat, 2016, s. 493; Edward Jenks, "İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler", Trc. Mukbil Özyörük, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Degisi**, Cilt 7, Sayı 1, 1950, s. 64.

(*authoritative statement*).

Matbaanın İngiltere'ye girişinden kısa bir zaman sonra, 1481 tarihinde Thomas de Littleton'un (v. 1481) *Tenures* adlı kitabının ilk baskısı yapıldı. Arazi hukukuna dair olan kitap, hukuk yazımında yeni bir eğilim başlatmıştır. Metni, writler üzerine yazılan şerh formunda organize etmek yerine, hususi bir mevzu üzerine odaklanır. Lord Coke da dört kısımdan oluşan âbidevî eserini yazar: *The Institutes of the Laws of England*. 1628 yılında neşredilen ilk kısmı, Littleton'ın kitabı üzerine bir şerhtir. Ölümünden evvel basılan tek kısmıdır. 1642 yılında neşredilen ikinci kısmı, meri hukuk (*statutory law*) üzerine bir şerhtir. 1644 yılında neşredilen üçüncü kısmı, ceza hukuku üzerine bir şerhtir. Yine aynı yılda neşredilen dördüncü kısmı ise mahkemeler tarihine dairdir.¹⁹⁵ Coke, XVII. yüzyılın başlarında İngiliz hukukunun onbeş kaynağını listeler:¹⁹⁶ 1- Kraliyet hukuku (the law of the Crown - *lex coronae*), 2- Parlamento hukuku ve âdet (Parliamentary law and custom - *lex et consuetudo Parliamenti*), 3- Tabi hukuk (the law of nature - *lex naturae*), 4- İngiltere müşterek hukuku (the common law of England - *Communis lex Angliae*), 5- Mer'î/Yazılı hukuk (Statute law), 6- Teâmül hukuku (Customary law - *consuetudines*), 7- Harp hukuku (law of arms, war and chivalry - *jus belli*), 8- Kilise hukuku (Ecclesiastical/canon law), 9- Medeni hukuk (*belli dâvâlarda*), 10- Orman hukuku (Forest law - *lex forestae*), 11- Düşman gemilerine el koymaya dair hukuk (The law of marque and reprisal), 12- Ticaret hukuku (Merchant law - *lex mercatoria*), 13- Channel Adaları kanun ve âdetleri (Laws and customs of the Channel Islands), 14- Maden hukuku ve imtiyazlar (The law and privileges of the Stannaries/mines), 15- Doğu, Batı ve Orta March kanunları (The laws of the East, West and middle Marches).

Daha sonra meşhur İngiliz hukukçu Sir William Blackstone (v. 1730), müşterek hukuk üzerine *Blackstone's Commentaries on the Laws of England* adıyla İngiliz hukukunda mühim bir yer teşkil eden sistematik bir şerh kaleme almıştır. Bu kitapta,

¹⁹⁵ Frederick G. Kempin, **Legal History - Law and Social Change**, New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1963, s.47.

¹⁹⁶ Morris L. Cohen, "The Common Law in the American Legal System: The Challenge of Conceptual Research", **Law Library Journal**, vol:81, no. 13, 1989, s. 19.

müşterek hukuk, meri hukuk (*Statute Law*)¹⁹⁷ aksine yazılı olmayan bir hukuk olarak tarif edilmektedir. Blackstone, müşterek hukuku, umumi âdet, kâide ve hükümlerden çıkarılmış ve hâkim ve avukatlar tarafından nesilden nesile nakledilmiş bir tür sözlü gelenek olarak takdim eder. Bu eski gelenek, netice olarak mahkeme karar raporlarını gösteriyordu. Bu bilgi, yazılı form halinde kaydedilmiş ve kanun veya ichtihad/dâvâ raporları (law/case reports) olarak adlandırılmıştır. XIX. asrın sonuna kadar organize bir rapor sistemi mevcut değildi. Tüm raporlar, hususi müteşebbisler sayesinde yazılıyordu.

XV. yüzyıla doğru müşterek hukukun icra edilme tarzındaki problemlerin varlığı aşikâr olmaya başladı. Müşterek hukuk mahkemelerinin işleyişi yavaş ve prosedürü çok teknikti. Buna çare olarak hakkaniyet (*equity*) kâideleri gelişti. XII ve XIII. yüzyıllar arasında müşterek hukuk mahkemeleri gelişmesine rağmen, kralın kendisi de bir diğer hukuk kaynağı olmaya devam etti. Halk, şikâyetlerinin duyulması için doğrudan krala dilekçeler gönderebiliyordu. Bir müddet kral kendisi bu dilekçeler ile uğraştı. Ancak iş yükü artınca, halktan gelen şikâyetlere bakma işini kıdemli hukuk müşavirine (*chancellor*) havale etti. Nihayetinde bu dilekçelerle alakadar olması için *Court of Chancery* adında hususi bir mahkeme kuruldu.¹⁹⁸ Burada dikkat çekici olan şey, bu dilekçelerin ahlakî temeller üzerine ele alınmasıdır. Müşterek hukuk mahkemelerinden farklı olarak, chancellor hüküm verirken daha evvelki bir hükmü değil kendi şahsî kanaatini esas alırdı. Böylece, müşterek hukuktan farklı, yeni hak ve çareler üreten hukuk kâideleri sistemi gelişti. Bu sistem, hakkaniyet (*equity*) olarak adlandırılır.

¹⁹⁷ Kanunlar (*Statute*), III. Henry hükümdarlığında 1235’de başlar. Statuteler, borcun ödenmesi ve akitlerin ifa edilmesi gerektiği veya mülke tecavüz (*trespass*), hakaret (*libel*), iftira (*slander*) gibi zararların tazmin edilmesi gerektiği tarzındaki umumi hükümleri (*general terms*) ifade etmez. Meri hukuk (*Statute law*), müşterek hukukun mevcudiyetini farzeder. Bir bakıma, müşterek hukuk kitabının bir zeyli ve yanlış-doğru listesi gibidir. William Martin Geldart, **Elements of English Law**, s.9

¹⁹⁸ Clive Parry, “İngiliz Hukuk Sistemi”, Trc. Fadıl H. Sur, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 1, Sayı 3, 1944, s. 455. Bu mahkeme, Osmanlı Devleti’ndeki Arz Odası’na benzemektedir. Burada görülen dâvâlar veziriâzâm huzurunda dinlenildiğinden “huzur (arz odası) mürâfaası” olarak isimlendirilmiştir. Ekrem Buğra Ekinci, **Ateş İstidâsı – İslâm-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001, s. 115.

1873 tarihinde, müşterek hukuk mahkemeleri ve hakkaniyet mahkemeleri, “Judicature Act of 1873” adlı kanun (*Act of Parliament*) ile birleştirildi. Böylece, günümüzdeki mahkemeler dâvâları hem müşterek hukuk hem de hakkaniyet kâidelerine göre karara bağlamaktadır.

4.2. Estoppel

Bir kimsenin söylediği veya yaptığı bir şey, diğer bir kimsenin belli bir şeye inanmasına sebep olduğunda, her ne kadar bu kişiler arasında bir akit olmasa bile, ilk kişinin söylediği veya yaptığı şeye sâdik kalması mecbur kılınabilir. Bunun aksine bir iddiada veya harekette bulunmasına mâni olunmasına, estoppel denir. Mesela, bir banka bir müşterisinin hesabına hata ile para transfer eder. Müşteri de bu transfer edilen miktara yakın bir paranın hesabına gelmesini beklediğinden, hesabına hata ile transfer edilen parayı harcar. Bu bankanın müşterisine “bu para sizin değil, iâde edin” demesine mâni olunabilir. Çünkü bankalar bir hesaptaki paranın, hesap sahibi olan müşterilerine ait olduğunu temin ederler. Ayrıca müşteri, hatalı transfer zamanında hesabına benzer miktarda para geleceğini düşündüğünden, kötü niyetli olmadan bu paranın kendisinin olduğunu düşünerek harcama yapmıştır. Burada banka, müşterisini hatalı transfer edilen paranın kendisine ait olduğuna inanmasına neden olmuştur. Diğer bir misalde, taraflar ticarî bir muamelede, “sözleşmedeki filan maddeyi şu şekilde anlayacağız” diyerek mutabık olduktan sonra, bu vesika üzerinde bir ihtilaf vaki olursa, mutabık oldukları söz kendilerini bağlar. Ev sahibi, kiracısına “kontrata göre mecbur olsan bile, çatının tamirini talep etmeyeceğim” der. Bu sözünde durmazsa, ödeme talep etmekten men edilir. Bu örneklerdeki ortak nokta şudur: Bir başkası, kendisine söylenen sözün doğru olduğunu kabul edip, ona göre hareket etmektedir.¹⁹⁹

Lord Coke estoppel’ı şu şekilde açıklamaktadır: “*it is called an estoppel or conclusion, because a man’s owne act or acceptance stoppeth or closeth up his mouth to alleage or plead the truth*”.²⁰⁰ Yani, estoppel, kişinin kendi fiil (act) veya kabulünün

¹⁹⁹ Elizabeth Cooke, **The Modern Law of Estoppel**, s. 1.

²⁰⁰ Sir Edward Coke, **The First Part of the Institutes of the Lawes of England, or, Commentarie upon Littleton**, London, 1628, s. 352a. Edward Coke, **The First Part of the Institutes of the Laws of England; Or, a Commentary Upon Littleton**, 19. Basım, Francis Hargrave ve Charles Butler (düzenleme ve tashih), London, 1832, II/352.

(acceptance), iddia edeceği şey doğru bile olsa bu fiil veya kabulü ile çeliştiğinden, bu iddiayı öne sürmesine mâni olunmasını ifade eder. Coke'ın bu açıklamasının yanlış anlaşılmalara yol açtığı ve estoppel'a karşı önyargıların ortaya çıkmasına neden olduğu da ileri sürülmüştür. Sebep olarak, Coke'ın cümlesindeki kişinin doğruyu (truth) söyleyememesi gösterilmiştir.²⁰¹ *Termes de la Ley*'de geçen şu estoppel tarifinin²⁰² Coke'ın tarifinden daha iyi olduğu öne sürülmüştür: “*Estoppel is when one man is concluded and forbidden in law to speak against his own act or deed; yea, though it be to say the truth*”.²⁰³ Yani, bir adamın kendi fiil veya vesikası aleyhine konuşmaktan hukuken durdurulması ve yasaklanması, estoppel'dır. Ancak bu tarifte de kişinin doğruyu söylemekten men edilmesi mevzubahis edildiğinden, Coke'ın estoppel tarifine getirelen eleştiri bu tarif için de söz konusu edinilebilir.

Estoppel doktrininin arkasındaki esas fikir, insanların sözleri veya fiilleri arasındaki tutarlılığın sağlanmasıdır. Bir iddiada tutarlılık bulunması beklenir. Çünkü iddia, doğruyu bulma gayretidir. Şayet, iddia sahibinin tutarlı olması lazım olmasaydı, gerçeği bulma faaliyetinden bahsedilemezdi. Mesela, bir şeyin hem doğru hem de yanlış olduğu aynı anda ifade edilirse, bunu iddia edenin hatalı olduğu hemen anlaşılır. Çünkü bir şey hem doğru hem de yanlış olamaz. Mütenâkız iki ifadenin doğru olduğu, tutarlı ve makul olarak ileri sürülemez. Böyle bir iddiada bulunan birinin, bunları iddia etmesine mâni olunur ve bunları ifade etmesi halinde dinlenmez.²⁰⁴

Estoppel doktrini, “*allegans contraria non est audiendus*” kâidesine (maxim) dayandırılmaktadır.²⁰⁵ Bu kâideye göre birbiriyle mütenâkız olan şeyleri iddia eden kişi

²⁰¹ William Mawdesley Best ve John Archibald Russell, **The Principles of the Law of Evidence**, 3. Basım, London: C. Roworth and Sons, 1870, s. 672-673.

²⁰² John Rastell, **Les Termes de la Ley or Certain Difficult and Obscure Words and Terms of the Common and Statute Laws of England**, Boston, 1812, s. 206 (estoppel maddesi).

²⁰³ William Mawdesley Best ve John Archibald Russell, **The Principles of the Law of Evidence**, s. 673.

²⁰⁴ N. Stephan Kinsella, “Estoppel: A New Justification for Individual Rights”, **Reason Papers**, no. 17, pp. 61-74, 1992.

²⁰⁵ Henry Morrison Herman, **The Law of Estoppel**, W.C. Little & Company, 1871, s. 11. Metinde latince sözün tercümesi “He is not to be heard who alleges things contradictory to each other” olarak geçer. William Mawdesley Best ve John Archibald Russell, **The Principles of the Law of Evidence**, s. 673.

dinlenilmez. Bu kâide, mantık kuralları arasında da zikredilir.²⁰⁶

4.2.1. Estoppel'in Tarihi Gelişimi

Meşhur İngiliz Hukukçu Sir Edward Coke (v. 1634), “estoppe” kelimesinin, İngilizce’de “stopped” kelimesinin de alındığı yer olan Fransızca’daki “estoupe” kelimesinden geldiğini ifade etmektedir.²⁰⁷ Kişinin kendi fiil veya kabulünün bir şey iddia etmesine mâni olması sebebiyle bu müessese “estoppel” olarak adlandırılmıştır.²⁰⁸ Estoppel’in geçtiği en eski vesikalardan biri, Kral VI. Henry (v. 1471) zamanında XXXV. Year Book’daki bir pasajdır. Burada “estop” kelimesi kullanılarak estoppel ile alakalı izah yapılmaktadır.²⁰⁹ II. Edward (v. 1327) zamanına ait bir Year-book’ta birden fazla kez ‘estop’ kelimesi geçmektedir. Ancak Estoppel’in yaygın kullanımı VI. Henry ve IV. Edward (v. 1483) hükümdarlıkları zamanına denk gelmektedir.²¹⁰

XII ve XIII. yüzyıllarda dâvâlar sadece mahkemeye sunulan delillerden akıl yürütme faaliyeti ile değil, mahkeme tarafından emredilen veya taraflarca seçilen ispat yolları (*modes of proof*) ile de karara bağlanırdı. O zamanlarda, estoppel oluşturmak üzerine dayalı meseleler, dövüş (battle), sanığın suçsuzluğunun birkaç şahidin tanıklığıyla kabul edilmesi (compurgation) veya işkence ile suçsuzluk ispatı (ordeal) ile benzer şekilde dâvâyı neticelendiren ispat yolları olarak işlediği kabul edilirdi.

²⁰⁶ Herbert Broom, **A Selection of Legal Maxims: Classified and Illustrated**, 4. Basım, Philadelphia: T. and J. W. Johnson, 1854, s. 139-141.

²⁰⁷ “Estoppe, commeth of the French word estoupe, from whence the English word stopped ...”. Edward Coke, **The First Part of the Institutes of the Laws of England; Or, a Commentary Upon Littleton**, London, 1832, II/352. Sir Edward Coke, **The First Part of the Institutes of the Lawes of England, or, Commentarie upon Littleton**, London, 1628, s. 352a.

²⁰⁸ Elizabeth Cooke, **The Modern Law of Estoppel**, s. 7.

²⁰⁹ “*Ashton*. If a man has an obligation from me, which was never my deed, and I make an indenture in defeasance of it, will this indenture in defeasance of the obligation be good, and so my original deed good, though it was not good before? I think not. *Prisot, C.J.* No Sir, it will not make it good, but it will estop you”. William Searle Holdsworth, **A History of English Law**, London: Methuen & Co. Ltd., 1926, IX/158.

²¹⁰ George Crabb, **A History of English Law or An Attempt to Trace the Rise, and Successive Changes of the Common Law from the Earliest Period to the Present Time**, London: Baldwin and Cradock, 1829, s. 408.

Muhtemelen estoppel ile bir dâvâyı kazanmanın en hızlı yolu, estoppel'in ilk formu olan *estoppel by matter of record*'dir. XII. yüzyılda müesseseseleşmiş olan dâvânın kaydedilmesi (enrolment of pleas) mekanizmasının direkt neticesidir. Dâvâlar kayıt altına alındığından, görülmüş bir dâvânın tekrar açılmasının önüne geçilmiştir. XIII. yüzyılda kişinin mühürlü beyanının, bir zabıtnâmede (record) bulunan beyanına benzer şekilde tesir yapmasına müsaade edilirdi. Ortaçağın sonunda, mâlik sıfatıyla zilyedliğin devri (livery of seisen), mülkiyete giriş (entry on property) veya terekeyi kabul (acceptance of estate) gibi belli fiiller, bir sözleşmedeki (deed) beyan gibi tesir ederdi. Bunlar, *estoppel by matter in pais* meydana getirir.²¹¹

Estoppel'in kullanımına bazı hukukçular sıcak bakmamıştır. Mesela 1878 tarihli bir dâvâ kararında “Estoppel’lar nefret uyandırıcıdır (odious) ve bu doktrin bir mecburiyet olmadıkça uygulanmamalıdır” ifadeleri yer almaktadır.²¹² Lord Coke da estoppel için bir yerde “*Touching estoppels, which is an excellent and curious kind of learning, ...*” ifadesini kullanırken, başka bir yerde “*estoppels are odious*” ifadesini kullanır.²¹³

Modern zamanda, estoppel doktrinine karşı olan menfi duruş kaybolmuş; hukukun en mühim, faydalı ve adil araçlarından biri olmuştur.²¹⁴

4.2.2. Estoppel Çeşitleri

Üç mühim estoppel çeşidi vardır:²¹⁵ *Estoppel by matter of record* (estoppel by record), *estoppel by matter in writing* (estoppel by deed), *estoppel by matter in Pais*

²¹¹ William Searle Hordsworth, **A History of English Law**, IX/145.

²¹² “Estoppels are odious, and the doctrine should never be applied without a necessity for it”. Lancelot Feilding Everest ve Edmund Strobe, **The Law of Estoppel**, London: Stevens and Sons, 1884, s. 9.

²¹³ Sir Edward Coke, **The First Part of the Institutes of the Lawes of England**, s. 365b, 352a. Kitabın warranty bölümünde bulunan “estoppels are odious” ifadesinin geçtiği cümle şöyledir: “Note, that warranties are favoured in law, being part of a man’s assurance; but estoppels are odious”. Warranty müessesesi, bir sözleşme ile üstlenilen her türlü yükümlülüğün bir garanti taahhüdü teşkil etmesini ifade eder.

²¹⁴ Melville M. Bigelow, **A Treatise on the Law of Estoppel, Or of Incontestable Rights**, 6. Basım, Boston: Little, Brown, and Company, 1913, s. 6.

²¹⁵ Sir Edward Coke, **The First Part of the Institutes of the Lawes of England**, s. 352a.

(estoppel in pais). Bunlardan ilk ikisi müşterek hukuk tarafından oluşturulmuşken, üçüncüsü ise hakkaniyet (equity) doktrininin bir tezahürüdür.²¹⁶

Müşterek hukuk tarafından oluşturulmuş birinci estoppel çeşidi, *estoppel by matter of record* ile ifade edilir. Günümüzde yaygın olarak *estoppel per rem judicatam* (mahkeme evvelce karar verdiğiinden dolayı estoppel) şeklinde kullanılır. Bu tür estoppel, kanunları veya salahiyyetli mahkeme kararlarını inkârdan men eder. Estoppel by record, mahkeme kararıyla (judicial decision) ortaya çıktığından diğer estoppel türlerden farklıdır.²¹⁷ Halbuki diğer estoppel türleri kişinin fiil veya ifadeleri neticesinde ortaya çıkar. Günümüzde Res Judicata veya issue estoppel olarak isimlendirilen estoppel by record, artık bir estoppel türü olmaktan çıkmıştır.²¹⁸ Res Judicata ile estoppel arasındaki temel farklar şunlardır:²¹⁹ i) Res Judicata, usul hukukuna aittir. Estoppel ise bir hakkaniyet kaidesidir; ii) Res Judicata, kamu düzeni üzerine inşa edilmiştir. Estoppel, hakkaniyet prensibi üzerine tesis edilmiştir; iii) Res Judicata'nın hedefi, hiç kimsenin aynı sebepten dolayı iki kez rahatsız edilmemesidir. Estoppel'in amacı ise, bir tarafın mütenakız ifade söylemesine mâni olmaktır; iv) Res Judicata, dâvânın görülmesine mâni olur. Estoppel, sadece taraflara daha evvelki ifadesinden geri dönemeyeceğine dair sınırlama getirir.

Müşterek hukukun oluşturduğu ikinci estoppel çeşidi, *estoppel by matter in writing* ile ifade edilir. Burada “writing” ile “deed” manasınadır.²²⁰ Günümüzde estoppel by deed olarak kullanılır.²²¹ “Deed”, usulüne göre hazırlanmış bir antlaşma (agreement), sözleşme (contract) veya borç senedindeki (obligation) şartları ifade eden

²¹⁶ Charles L. O. Edwards, “Equitable Estoppel - Estoppel by Representation”, **Oregon Law Review**, vol. 12, no. 4, 1933, pp. 316-322.

²¹⁷ Elizabeth Cooke, **The Modern Law of Estoppel**, s. 6.

²¹⁸ Sean Wilken, Karim Ghaly, **The Law of Waiver, Varition and Estoppel**, New York: Oxford University Press, 2012, s. 91. Estoppel by record ile res judicata arasındaki tarihi münasebet için bkz. Robert Wyness Millar, “Historical Relation of Estoppel by Record to Res Judicata”, **Illinois Law Review**, vol. 35, no. 1, pp. 41-59, 1940-1941.

²¹⁹ Ray Sukumar, **The Code of Civil Procedure**, Universal Law Publishing, New Delhi 2008, s. 34.

²²⁰ Elizabeth Cooke, **The Modern Law of Estoppel**, s. 6.

²²¹ Sean Wilken, Karim Ghaly, **The Law of Waiver, Varition and Estoppel**, s. 81.

yazılı doküman olarak tarif edilmektedir.²²² Bu türdeki estoppel’da, geçerli bir şekilde mühürlenmiş bir mukaveleye dâhil olan taraflar (parties), ikinci derece bir resmi vesikayı delil göstererek mukavelenin geçerliliğinin devam ettiğini inkâr etmekten men edilirler.

Üçüncü estoppel çeşidi olan *estoppel in pais*, hakkaniyet doktrininden ortaya çıkmıştır ve estoppel by conduct veya equitable estoppel olarak da isimlendirilir. “in pais” kelimesi “out of court, without judicial process – mahkeme dışı, adli muamele olmaksızın” manalarına gelmektedir.²²³ Lord Coke, estoppel in pais’e alternatif olarak estoppel by conduct ve estoppel by representation terimlerini de kullanır.²²⁴ Buradaki “representation”, ifade/beyan (statement) manasında kullanılmaktadır. Estoppel, fiiller (actions) yerine sarih beyandan (express statement) ortaya çıkar. Fiilerden ortaya çıkan estoppel, estoppel by conduct olarak bilinir.²²⁵ Lord Coke zamanında, estoppel in pais şu hallerde ortaya çıkardı: 1) mâlik sıfatıyla zilyedliğin devri/ferağ (livery of seisin), 2) mülkiyete giriş (entry), 3) kiranın kabulü (acceptance of rent), 4) mal taksimi (partition) ve 5) terekeyi kabul (acceptance of an estate).²²⁶ Equitable estoppel, Lordlar Kamarası Mahkemesi (Chancery) tarafından ortaya koyulmuşken, doktrinin bugünkü kullanımı tamamen modernidir. Estoppel in pais, aslen çok sınırlı bir çerçevede kullanılırken, sonraları genişletilerek günümüzde estoppel by representation’a karşılık gelmiştir.²²⁷

Estoppel’in esas kısımlarının tarihî seyri üç uzun, ancak belirsiz devre ayrılır: antik, orta ve modern. Roma hukukunda bulunan Res Judicata doktrinine²²⁸ benzeyen estoppel by matter of record ilk devre, estoppel by deed ve estoppel in pais doktrinleri ikinci devre, estoppel in pais’in modern hali ise üçüncü devre aittir. İlki, Roma hukukuyla alakalı tüm kitaplarda bulunur; ikincisi İngiliz hukukunun ilk devir

²²² Henry Higgs (Ed.), **Palgrave’s Dictionary of Political Economy**, London: Macmillan and Co., 1925, I/526.

²²³ Alexander M. Burrill, **A New Law Dictionary and Glossary**, New-York: J.S. Voorhies, 1851, I/601.

²²⁴ Sean Wilken, Karim Ghaly, **The Law of Waiver, Variation and Estoppel**, s. 81.

²²⁵ Elizabeth Cooke, **The Modern Law of Estoppel**, s. 18.

²²⁶ Sir Edward Coke, **The First Part of the Institutes of the Lawes of England**, s. 352a.

²²⁷ Elizabeth Cooke, **The Modern Law of Estoppel**, s. 18.

²²⁸ Kemal Gözler, “Res Judicata’nın Türkçesi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 56, Sayı 2, 2007, s.45-61.

kolleksiyonlarında bulunur; üçüncüsü ise XIX. yüzyılda ortaya çıkmıştır.²²⁹

Estoppel doktrininin, hukukta sadece bir saha ile mi yoksa birçok saha ile mi alakalı olduğuna dair Lord Denning'in 1980 tarihli bir dâvâ dosyasındaki izahı dikkat çekicidir: “Hukukumuzda, asırlar müddetince birçok odalı büyük bir ev inşa edilmiştir. Bu evin ismi, estoppel'dır. Coke'ın zamanında, estoppel by matter of record, estoppel by matter in writing ve estoppel by matter in pais adlarında sadece üç odası olan küçük bir evdi. Ancak zamanımıza kadar birbirlerini karıştıracığımız çok fazla odamız oldu. Estoppel per rem judicatam, issue estoppel, estoppel by deed, estoppel by representation, estoppel by conduct, estoppel by acquiescence, estoppel by election veya waiver, estoppel by negligence, promissory estoppel, proprietary estoppel ve dahası. Tüm bu odalar bir şeyde müşterektir: Hepsi bir çatı altındadır. Bir kimse, bazı şeyler söylemekten, bazı şeyleri yapmaktan veya bazı şeylere itiraz etmekten men olur. Ancak her bir oda, diğerlerinden farklı kullanıma sahiptir. Bir odaya giderseniz, ‘estoppel sadece bir ispat kaidesidir (*rule of evidence*)’ şeklinde bir ikaz bulacaksınız. Başka bir odaya giderseniz, ‘estoppel, bir dâvâ hakkının (*cause of action*) ortaya çıkmasına yol açabilir’ şeklinde farklı bir ikaz bulacaksınız. Her odanın kendine mahsus ikazları bulunmaktadır. Bir odada bulunduğunuzu, başka bir odada da bulacağınızı farz etmek bir hatadır”.²³⁰

Estoppel'in sadece bir ispat kâidesi mi olduğu yoksa bununla birlikte aynı zamanda bir dâvâ hakkına da yol açıp açmadığı konusundan görüş ayrılıkları vardır. 1891 tarihli Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal) kararında estoppel'in dâvâ hakkına yol açmadığı, sadece bir ispat kâidesi olduğu ifade edilmiştir.²³¹ Estoppel'in bir kılıç

²²⁹ Melville M. Bigelow, **A Treatise on the Law of Estoppel and Its Application in Practice**, Boston: Little, Brown, and Company, 1872, s. XL-XLI; William Searle Holdsworth, **History of English Law**, IX/147.

²³⁰ Elizabeth Cooke, **The Modern Law of Estoppel**, s. 3. Dâvânın tafsilatı için bkz. McKenny v Chief Constable of the West Midlands [1980] QB 283, s. 316-317.

²³¹ “Estoppel is not a cause of action - it is a rule of evidence which precludes a person from denying the truth of some statement previously made by himself”, “Estoppel is only a rule of evidence; you cannot found an action upon estoppel.” Low v. Bouverie [1891] 3 Ch., s. 101, 105.

olmayıp kalkan olduğu benzetmesi ile bu ifade edilmek istenmiştir.²³² Ancak modern zamanda estoppel'in hem bir ispat kâidesi (rule of evidence) hem de dâvâ hakkına yol açacak (cause of action) şekilde kullanılabileceği yönünde bir eğilim vardır.²³³

Kanuni kesin karine (*irrebuttable presumption of law*) ile estoppel arasında müşterek noktalar vardır.²³⁴ Ancak kesin karine, maddi hukuk (substantive law) kaidesi iken, estoppel ise ispat kaidesidir (rule of evidence).²³⁵ Kanuni kesin karine, kanunun belirli bir davranışa bağladığı sonucun kesinliğini, bunun aksinin iddia ve ispat edilemeyeceğini ifade eder.

İngiliz Hukuku, yeknesak bir estoppel prensibinden mahrumdur. Estoppel'in şartları eşya hukuku (property law), usul hukuku (procedural law) gibi tatbik edildiği sahaya bağlıdır.²³⁶ Bunun en önemli sebebi, müşterek hukukun, kazuistik yapısı olsa gerektir.

4.2.3. Estoppel'in Şartları

Estoppel müessesesini ilk defa tafsilatlı olarak ele alan Lord Coke, estoppel'in şartlarına dair kâideler zikreder. Bunlardan önemli olanları şunlardır:²³⁷

- i. Estoppel, her iki tarafı (reciprocal) bağlayıcı olmalıdır. Bu sebeptendir ki mevzunun taraflarından biri olmayan ne estoppel'in avantajından yararlanabilir ne de estoppel tarafından yükümlü tutulur. Yani taraflardan biri olmayan üzerinde estoppel cereyan etmez. Mesela A ve B bir vasiyeti icra edici (executor)

²³² John Field, "Estoppel: Shields and Swords", **Trent Law Journal**, vol. 11, pp. 57-70, 1987.

²³³ Elizabeth Cooke, **The Modern Law of Estoppel**, s. 24-25.

²³⁴ William Searle Holdsworth, **A History of English Law**, Vol. IX, London: Methuen & Co., 1926, s. 144.

²³⁵ William Searle Holdsworth, **History of English Law**, IX/144.

²³⁶ Jan M. Smits, **Contract Law: A Comparative Introduction**, Edward Elgar Publishing, 2014, s. 84.

²³⁷ Edward Coke, **The First Part of the Institutes of the Laws of England; Or, a Commentary Upon Littleton**, 19. basım, düzenleme ve tashih: Francis Hargrave and Charles Butler, London, 1832, II/352; Lancelot Feilding Everest, Edmund Strode, **The Law of Estoppel**, London: Stevens and Sons, 1884, p. 4-8. Cooke'in estoppel için ortaya koyduğu yeni çerçevedeki şartlar için bkz. Elizabeth Cooke, **The Modern Law of Estoppel**, s. 63-64.

olarak tayin edilirse, icra edici olmadıklarını söylemelerinden men (estop) edilmezler. Çünkü A ve B, vasiyet için taraf olmayıp, vasiyetname sahibi (testator) tarafından tayin edilmişlerdir. Bu maddenin bir istisnası vardır. Estoppel'in kral üzerine bağlayıcılığı tek taraflıdır. Kral estoppel'dan faydalanırken, estoppel'in kral üzerinde bağlayıcılığı yoktur.²³⁸ Krala estoppel'in tatbik edilmemesi, şu kâideden (maxim) kaynaklanmış olmalıdır: “the king can do no wrong – kral hata/haksızlık yapmaz”.²³⁹

- ii. Estoppel, her niyete karşı kesin olmalıdır. Tartışma veya yoruma açık olmamalıdır.
- iii. Estoppel, estoppel'a yol açacak şeyi kesin bir şekilde ortaya koymalıdır (precise affirmation).
- iv. Karşı karşıya gelen, yani birbiriyle çelişen estoppel'lar birbirini iptal eder.

4.3. Estoppel-Tenâkuz İlişkisi

Estoppel-tenâkuz ilişkisi, esas olarak, *Mecelle*'nin İngilizce çevirileri ile Filistin ve Kıbrıs temyiz dâvâları üzerinden incelenecektir.

4.3.1. Mecelle'nin İngilizce Çevirileri

Mecelle'nin İngiliz hukukçular tarafından İngilizce'ye yapılan tercümelerinde İslâm hukukundaki tenâkuz kavramı, İngiliz hukukundaki “estoppel” kavramıyla karşılanmıştır. *Mecelle*'nin Fransızca'ya yapılan tercümelerinde ise “tenâkuz”, “contradiction” olarak tercüme edilerek, literal mana verilmiştir.²⁴⁰ *Mecelle*'yi Irak,

²³⁸ Lancelot Feilding Everest ve Edmund Strobe, **The Law of Estoppel**, s. 8.

²³⁹ Frederic William Maitland ve Francis Charles Montague, **A Sketch of English Legal History**, s 210 (Blackstone, **Commentaries**, I/67-69'den naklen). İngiliz hukukunun tatbik edildiği Kıbrıs'taki bir dâvâ kararında, estoppel'in hükümete uygulanacağı ifade edilir. Anton Bertram ve Stanley Fisher, **The Cyprus Law Reports – Digest of Cases Reported in Volumes I to VIII**, Cyprus: The Government Printing Office, 1914, s. 40-41.

²⁴⁰ George Young, **Corps De Droit Ottoman**, Oxford: The Clarendon Press, 1906, VI/411; Demetrius Nicolaidis, **Législation Ottomane, Spetieme Partie, Contenant Le Code Civil Ottoman – Livre IX-XVI**, Constantinople, 1888, s. 258. 1909 senesinde Adliye Nezâreti'ne müşâvir olarak tayin olunan Ostrorog, bu tercümenin alelacele yapıldığını ifade eder. Bazı maddelerde *Code Napoléon*'a atıflar vardır. Count Léon Ostrorog, **The Angora Reform**, London: University of London Press, 1927, s. 78.

Filistin ve Kıbrıs'ta tatbik eden İngiliz hukukçularının, “tenâkuz” kelimesine karşılık olarak “contradiction” yerine “estoppel” kelimesini kullanmaları, İngiliz ve İslam hukukundaki estoppel ve tenâkuz müesseselerini benzer görmeleri sebebiyle olsa gerektir.

Tyser ve arkadaşları, *Mecelle*'nin 1615. maddesini, maddede geçen tenâkuz kelimesini aynen koruyarak, “*Tenaqus is the plaintiff's having spoken words before, contradicting his own claim, i.e., causing his action to be of no effect*” olarak tercüme etmiştir.²⁴¹ Ancak tenâkuz kelimesinin geçtiği 1652-1654 nolu maddelerde, “*estoppel (tenaquis, Art. 1615)*” ifadesini kullanmıştır. Ayrıca tercümede maddelerin kenarına ne tür estoppel oldukları da ilave edilmiştir. Madde 1647, “estoppel by statement”²⁴²; Madde 1648, “estoppel by admission”; Madde 1649, “estoppel by release”; Madde 1650, “estoppel by claim on behalf another”; Madde 1651, “estoppel by claim against different persons” olarak vasıflandırılmıştır.²⁴³

Hooper, *Mecelle*'yi esas alarak hazırladığı medeni usul hukuku kitabında, estoppel'i, “Evidence” bölümü altında ele alır ve ispat hukuku (law of evidence) sınıfı içinde gösterir.²⁴⁴ 1) Sözlü delil (oral evidence), 1) Yazılı delil (written evidence), 3) Karine kuvvetindeki delil (presumptive evidence), 4) Yeminden nükûl (refusal to swear an oath), 5) İkrar (admission), 6) Tenâkuz (estoppel). *Mecelle*'de ele alınan tenâkuz, bir ispat kâidesi (rule of evidence) olarak işlemekten ziyade dâvânın sıhhatine tesir etmektedir. Hooper'ı tenâkuzu böyle bir sınıflandırmaya dâhil etmesine yol açan sebep, İngiliz hukukundaki estoppel'in daha çok bir ispat kaidesi olarak görülmesi olmalıdır.

4.3.2. Filistin'deki Temyiz Dâvâları

1918-1948 yılları arasında İngiltere manda idaresi altında bulunan Filistin'deki dâvâlarda Osmanlı hukuku, yani *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* tatbik edilmiştir. Osmanlı

²⁴¹ C. R. Tyser, D. G. Demetriades ve Ismail Haqqi Effendi, *The Mejelle*, s. 257.

²⁴² Estoppel by statement, daha eski İngiliz hukuk metinlerinde estoppel by matter in pais olarak geçerdi. Henry Higgs (Ed.), *Palgrave's Dictionary of Political Economy*, I/756.

²⁴³ C. R. Tyser, D. G. Demetriades ve Ismail Haqqi Effendi, *The Mejelle*, s. 266-267.

²⁴⁴ C. A. Hooper, *The Law of Civil Procedure of Iraq & Palestine*, Basrah: The Times Printing & Publishing, 1930, s. 37

hukukunda hüküm olmaması halinde, İngiliz hukukuna müracaat edilir.²⁴⁵ İngiliz hâkimlerin başkanlığındaki temyiz mahkemesinde görülen dâvâlara ait raporlar düzenli olarak neşredilmiştir. Filistin'deki temyiz dâvâlarında estoppel'a çokça atıf yapıldığı görülmektedir.

Bu temyiz dâvâlarından *Mecelle*'nin tenâkuz ile alakalı maddelerine atıf yapan bir vakıf dâvâsında, vakıf mütevellilerine karşı *Mecelle*'nin 1652 ve 1659 maddeleri esas alınarak, estoppel ortaya çıkmayacağına hükmedilmiştir.²⁴⁶

Bir başka dâvâda, dâvâlı (respondent) evvelki bir kabulünün doğruluğunu inkârdan men (estop) edilir. İngiliz hâkim, verilen kararın İngiliz hukukuna göre de aynı olduğunu ifade eder.²⁴⁷

Filistin'deki temyiz dâvâlarının (pleadings) birinde, İngiliz hâkim, “estoppel” teriminin oldukça üstünkörü kullanılmasından şikâyet etmektedir.²⁴⁸

4.3.3. Kıbrıs'taki Temyiz Dâvâları

Kıbrıs'taki temyiz dâvâ kararlarında da estoppel'a sıklıkla atıf yapılmıştır. Bunların birinde, İngiliz hukukunda da bulunan *estoppel by silence* ile *Mecelle*'nin 67. maddesi irtibatlandırılmıştır.²⁴⁹ Verilen dâvâ misalinde “bir tüccar uzun bir müddet muhasebe kayıtlarını alıyor ve bu kayıtların doğruluğuna dair herhangi bir itirazda

²⁴⁵ Henry E. Baker (Ed.), **The Law Reports of Palestine - 1938 & Index**, V/565.

²⁴⁶ Dâvânın özet kısmında bu şu şekilde ifade edilir: “Estoppel not pleadable against Mutawallis of waqfs in representative capacity—Mejelle Arts. 1652 and 1659”. Sir Micheal McDonnell (Ed.), **The Law Reports of Palestine – 1920-1933**, London: Waterlow & Sons Limited, 1934, I/269-271.

²⁴⁷ Dâvânın özeti şöyledir: “Misdirection of District Court that plaintiff not aware of forgery until said receipts produced to her - Mejelle, Article 1647 and 1657 - Plaintiff estopped from denying correctness of acknowledgement - English law of estoppel - English law not applicable as provisions in Ottoman Law”. Henry E. Baker (Ed.), **The Law Reports of Palestine - 1938 & Index**, V/565-571.

²⁴⁸ “The term ‘estoppel’ is used much too loosely in pleadings in this country”. Henry E. Baker ve Saleem K. Azouri (Ed.), **The Law Reports of Palestine - 1942**, Jerusalem: The Government Printer, 1946, IX/566.

²⁴⁹ Anton Bertram ve Stanley Fisher, **The Cyprus Law Reports – Digest of Cases Reported in Volumes I to VIII**, s. 41.

bulunmuyor. Daha sonra hesaplardaki bazı kalemlere sessiz kalması sebebiyle itiraz etmekten men edilir.” Buradaki estoppel, kelâm ile sükût arasında olan tenakuza karşılık gelmektedir.

4.3.4. Beyân-ı Zaruret ve Estoppel

Konuşulması gereken yerde sükût etmek, *beyân-ı zarûret* olarak kabul edilmektedir.²⁵⁰ Beyân-ı zarûretin, İngiliz hukukudaki estoppel’a karşılık geldiği öne sürülmüştür. Buna göre, bir mülkün sahibi, bu mülkünün başka biri tarafından satışını görür ve sessiz kalırsa, satışı yapan kişinin kendisinin vekili olmadığını söylemesine müsaade edilmez.²⁵¹ Bu ise, kelâm ile sükût arasındaki tenâkuza karşılık gelir.

4.3.5. Uluslararası Yatırım Anlaşmazlık Dâvâsı

Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi’ndeki (International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID) bir dâvâda, estoppel doktrininin XII asır evvel İslâm hukukundaki “*Men se ‘â fi nakzi mâ temme min cihetihi fe se ‘yuhu merdudun ‘aleyhi* - Kim kendisi tarafından tamam olan bir şeyi bozmaya kalkarsa, onun bu çabası kabul edilmez” kaidesi altında ortaya çıktığı ifade edilmiştir.²⁵²

4.4. Estoppel-Tenâkuz Mukayesesi

İslam ve İngiliz hukuklarında önemli rol oynayan tenâkuz ve estoppel müesseseleri arasındaki fark ve benzerlikler şöyledir:

- i. Estoppel’in ilk türü olan estoppel by record, tenâkuz başlığı altında

²⁵⁰ Fıkıh usulünde, beyân, “bir sözden veya fiilden maksat ne olduğunu o söze, o fiile müteallik bir söz veya fiil ile izhar ve ilam etmek” olarak tarif edilir. Beyân-ı zarûret, beyân türlerinden biridir. Diğerleri şunlardır: beyân-ı takrir, beyân-ı tefsir, beyân-ı tağyir ve beyân-ı tebdil. Ebü'l-Berekât Neseî, **Metnü'l-Menâr fi Usûli'l-Fıkh**, Derseâdet: Matbaa-i Ahmed Kâmil, 1326, s. 19-20; Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, I/95-98.

²⁵¹ Abdur Rahim, **The Principles of Muhammadan Jurisprudence According to the Hanafi, Maliki, Shafii and Hanbali Schools**, Vepery: S.P.C.K. Press, 1911, s. 382.

²⁵² *Mecelle* madde 100’de yer olan bu kâide, dâvâ dosyasında şu şekilde tercüme edilmiştir: “whoever tries to undo what he previously undertook, such act on his part shall be turned against him”. **Desert Line Projects LLC v. Yemen** (International Centre for Settlement of Investment Disputes - Case No. ARB/05/17), Washington, 2008, s. 51.

geçemeyip, İslam usul hukukunun bir kaidesi olarak mevcuttur.

- ii. Her ne kadar şartlarında farklıklar olsa bile hem tenâkuzda hem de estoppel'da kişinin bir şeyi iddia etmesine mâni olunmaktadır.
- iii. Estoppel'da karşı tarafı söylenilen şeye inandırma varken, tenâkuzda sadece kişinin sözü esas alınmaktadır. Ancak tenâkuzda, söz ve fiilin bir anlaşmazlık halinde ortaya çıkması gerekmektedir. Bu da bir bakıma, estoppel'daki karşı tarafı inandırma şartına karşılık geldiği düşünülebilir.
- iv. Estoppel daha çok ispat kaidesi olarak ele alınırken, tenâkuz dâvânın sıhhat şartlarından kabul edilip, dâvânın dinlenilmesine mâni olmaktadır.
- v. Estoppel, krala ve hükümete tatbik edilmezken, tenâkuz için böyle bir istisna yoktur.
- vi. Tenâkuz, İslam hukukunun teşekkül devrinden itibaren mevcutken, estoppel müessesesinin 4 asırlık bir geçmişi vardır.
- vii. Tenâkuz İslam muhakeme usulünde üzerinde ittifak edilen bir müessese olmasına rağmen, estoppel'in uygulabilirliği üzerinde İngiliz hukukçuları arasında tartışma vardır.

5. SONUÇ

Fıkıhın teşekkül zamanından itibaren, usul hukukuna dair meseleler daha ilk yazılan fıkıh kitaplarında, bilhassa kitâbü'l-kazâ, kitâbü'd-dâvâ, kitâbü'l-beyyinât, kitâbü'ş-şehâdât, kitâbü'l-ikrâr ve kitâbü'l-vekâlet gibi başlıklar altında tafsilatlı bir şekilde ele alınmaya başlanmıştır. Usul hukukun dair müstakil kitap ve risâleler de kaleme alınmış; bu sahada zengin bir literatür oluşmuştur. İlk yazılan fıkıh kitapları daha kazuistik formda iken sonraları meseleler sistematik ve teorik zemine oturtulmaya başlanmıştır. Tez, İslam muhakeme hukukunda önemli bir konu olan tenâkuz müessesesini ele almaktadır. Bu müessese, İmam Muhammed Şeybânî ve sonraki İslam hukukçularının kitaplarında örnekler üzerinden işlenmişken, Mahmud Hamza ve Ali Haydar gibi Osmanlı devri hukukçuları bu müesseseyi sistematik olarak ele almışlardır. Tezde bu sistematiklik daha da netleştirilmiştir. Tenâkuz ele alınırken, klasik fıkıh kitaplarına müracaat edilmekle beraber Osmanlı Devleti'nin son devrinde kaleme alınan kitap ve risaleler daha yoğun bir şekilde kullanılmıştır.

Ayrıca İngiliz hukukundaki estoppel müessesesi de konu edilmiştir. Bunun tenâkuz ile ilişkisi *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'nin İngilizce'ye yapılan tercüme ve Filistin ve Kıbrıs'taki temyiz dâvâ kararları üzerinden incelenmiştir. Özellikle estoppel ile tenâkuz arasındaki irtibatın izleri ilk olarak *Mecelle*'nin İngiliz hâkimler tarafından yapılan İngilizce tercümelerinde tespit edildiğinden, *Mecelle* ve şerhlerine sıklıkla müracaat edilmiştir.

Tez, tenâkuz-estoppel irtibatı üzerine yapılan ilk çalışmadır. Bu haliyle tez, mukayeseli medeni usul hukuku sahasında bir çalışma olarak da kabul edilebilir.

Tezde ele alınan bu ilişkinin sebepleri arasında, İngiliz hukukunun İslâm hukukundan etkilenmiş olup olmadığı önemli bir soru olarak cevaplanmayı beklemektedir. İngiliz hukukunun, Roma hukukundan, dolayısıyla Kıta Avrupası hukukundan farklı olması, bu farkın sebebinin ne olduğunun araştırılmasına yol açmıştır. Müşterek hukukun (Common law) teşekkül devrinin Sicilya'daki Müslüman hâkimiyetine denk gelmesi ve bu devirde Arapça'nın öğrenilmesinin ilimlere açılan bir

kapı olması²⁵³, İngiliz hukukunun temellerinin teşekkülünde İslam hukukunun bir rol oynamış olabileceği hipotezini ortaya çıkarmıştır. İngiliz hukuku ile İslam hukuku arasındaki paralellikler dikkat çekicidir. İngiliz tarihçi Paul Brand da bunu ifade eder.²⁵⁴ Ancak bu paralelliğin sebebi olarak İngiliz hukukunun İslam hukukundan nakilde (transplant) bulunduğu şeklinde yapacağımız bir iddianın, tarihi vesikalar ile desteklenmesine ihtiyacı vardır. Amerikalı hukukçu John Makdisi, İslam hukukunun, Müşterek hukuk üzerinde farklı sahalardaki tesirini tafsilatlı ele alarak, İslam hukukunun Müşterek hukukun temellerini atmış olabileceğini öne sürer.²⁵⁵ Tez, bu iddiayı destekler veriler sunmaktadır ve şu suali hatıra getirmektedir: İngiliz hukuk sistemindeki estoppel ile tenâkuz arasındaki benzerlik, bir tesadüf müdür yoksa İslam hukukunun İngiliz hukukuna yaptığı tesirlerden²⁵⁶ biri midir?

²⁵³ Arapça tedrisatın İngiltere'ye girişine dair tafsilat için bkz. Charles Burnett, **The Introduction of Arabic Learning into England**, London: British Library, 1997. Bilhassa 31-32, 60, 63, 79-80, 83-84. sayfalarda mevzuya dair tarihi vesikalar ile birlikte dikkate değer izahlar yapılmıştır.

²⁵⁴ Mukul Devichand, "Is English law related to Muslim law?", **BBC News**, (Son erişim: 28.05.2018) http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/magazine/7631388.stm

²⁵⁵ John Makdisi, "The Islamic Origins of the Common Law", **North Carolina Law Review**, vol. 77, no. 5, pp. 1635-1739, 1999.

²⁵⁶ VIII. Henry İngiliz adliye sistemini reform etmek maksadıyla Osmanlı Devleti'ne bir heyet göndermiştir. Bu heyetin raporunun, İngiliz adliye teşkilatına ne gibi tesirler yaptığı mühim bir soru olarak araştırılmayı beklemektedir. Askeri tarihçi Downey mevzuya dair şu hadiseyi nakleder: "Babıâlinin yabancı devletlerle diplomatik münasebetlere başlaması Süleyman'ın saltanatı devrinde vaki oldu; o devirde İngiltere kralı olan VIII. Henry İngiliz adliye sistemini Türk sistemince doğrultmak ve düzeltmek için Türk mahkemeleri hakkında tetkikat icrasına memur olarak Türkiye'ye bir heyet göndermekle Osmanlılar hükümdarını şereflendirmiştir". Fairfax Downey, **The Grande Turke - Suleyman the Magnificent, Sultan of the Ottomans**, New York, 1929, s. 104.

6. KAYNAKÇA

Abdullah b. Mahmud el-Mavsılî. **el-İhtiyâr li Ta'îlî'l-Muhtâr**. 4 Cilt. Şeyh Şuayb Arnaut, Ahmed Muhammed Berhum, Abdüllatif Hırzullah (tahkik), Dımaşk: Darü'r-Risaleti'l-Alemiyye, 2009/1430.

Abdur Rahim. **The Principles of Muhammadan Jurisprudence According to the Hanafi, Maliki, Shafii and Hanbali Schools**. Vepery: S.P.C.K. Press, 1911.

Abdurrahman ibn Muhammed Şeyhzâde. **Mecmâ'u'l-Enhur** [sayfa kenarında Alaüddin el-Haskefi'nin **Dürrü'l-Müntekâ** şerhi]. 2 Cilt. İstanbul, 1301.

Ahmed Muhamed Ali Davud. **Usûlü'l-Muhâkemâti's-Şer'iyye**. 2 Cilt. Amman: Dârü's-Sekâfe, 2004.

Ahmed b. Muhammed b. Ali el-Feyyumi el-Mukrii. **el-Misbâhu'l-Münir**. Lübnan: el-Mektebetü Lübnan, 1987.

Ahmed b. Muhammed ez-Zerkâ. **Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye**. 2. Basım. Dimeşk: Dâru'l-Kalem, 1989.

Akgündüz, Ahmed. **İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı – Özel Hukuk I**. 3 Cilt. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2012.

Alâeddin Trablûsî. **Mu'înü'l-Hükkâm**. Mısır, 1300.

Alak, Musa. "İslam Muhakeme Hukuku Edebiyatı". **Kurân Mesajı İlmi Araştırmalar Dergisi**, Sayı 16-17-18, Nisan-Mayıs-Haziran 1999, s. 209-240.

Alâüddin Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî. **Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerâi**. 10 Cilt. 2. Basım. Ali Muhammed Muavvaz ve Adil Ahmed Abdülmevcud (tahkik ve talik), Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424.

Ali Haydar. **Tertibü's-Sunûf fi Ahkâmi'l-Vukûf**. İstanbul: Şirket-i Mürettebiye Matbaası, 1340,

Atar, Fahrettin. **Fıkıh Usûlü**. 10. Basım. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2013.

_____. **İslâm Yargılama Hukukunun Esasları**. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2013.

Bardakoğlu, Ali. “Câmiu’l-Fusûleyn”, **DİA**. C. 7, İstanbul: TDV Yayınları, 1993.

Bayındır, Abdülaziz. **İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)**. İstanbul, 1986.

Bedreddin Mahmud bin İsmail. **Câmi‘u’l-Fusûleyn**. 2 Cilt. Kahire: Matbaatü’l-Ezheriyye, 1300.

_____. **Letâifü’l-İşârât Şerhi**. 2 Cilt, Hacı Yunus Apaydın (Çev. Ed.), Ankara: Kültür ve Turizm Bakanlığı, 2012.

Berki, Ali Himmet. **Vakıflar**. 2. Basım. İstanbul: Aydınlık Basımevi, 1946.

Bertram, Anton ve Stanley Fisher. **The Cyprus Law Reports – Digest of Cases Reported in Volumes I to VIII**. Cyprus: The Government Printing Office, 1914.

Best, William Mawdesley ve John Archibald Russell. **The Principles of the Law of Evidence**. 3. Basım. London: C. Roworth and Sons, 1870.

Bigelow, Melville M. **A Treatise on the Law of Estoppel and Its Application in Practice**. Boston: Little, Brown, and Company, 1872.

_____. **A Treatise on the Law of Estoppel, Or of Incontestable Rights**. 6. Basım. Boston: Little, Brown, and Company, 1913.

Bilmen, Ömer Nasuhi. **Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**. 8 Cilt. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1985.

Boz, Selman Sacit. “Türk İdare Hukuku’nda Estoppel Kuramının Uygulanabilirliği”, **Türk Adalet Akademisi Dergisi**. Yıl. 9, Sayı. 34, 2018, ss. 231-

251.

Broom, Herbert. **A Selection of Legal Maxims: Classified and Illustrated**. 4. Basım. Philadelphia: T. and J. W. Johnson, 1854.

Burnett, Charles. **The Introduction of Arabic Learning into England**. London: British Library, 1997.

Burrill, Alexander M. **A New Law Dictionary and Glossary**. 2 Cilt. New-York: J.S. Voorhies, 1850-1851.

Coke, Edward. **The First Part of the Institutes of the Laws of England; Or, a Commentary Upon Littleton**. 19. Basım, Francis Hargrave ve Charles Butler (hazırlayan), London, 1832.

Commager, Henry Steele (Ed.). **The American Destiny: An Illustrated Bicentennial History of the United States – A House Diving**. C. 6, The Danbury Press, 1976.

Cooke, Elizabeth. **The Modern Law of Estoppel**. New York: Oxford University Press, 2003.

Dadaş, Mustafa Bülent. “Şeyh Bedreddin’in Teshil Adlı Kitabının Tahkik ve Tahlili”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Erciyes Üniversitesi SBE, 2014.

Darling, Linda T. **A History of Social Justice and Political Power in the Middle East: The Circle of Justice from Mesopotamia to Globalization**. New York: Routledge, 2013.

David, Rene ve John E.C. Brierley. **Major Legal Systems in the World Today - An Introduction to the Comparative Study of Law**. 2. Basım. London: Stevens & Sons, 1978.

Ebu Hamid Gazalî. **Miyârü'l-İlm**. Hasan Hacak (tahkik-çeviri) ve Ali Durusoy (çeviri), İstanbul: Türkiye Yazmalar Kurumu, 2013.

Ebû Sâid Muhammed el-Hâdimî. **Mecâmiü'l-Hakâik**. Matbaa-i Âmire, 1308.

Ebu Tahir Mecdüddin Muhammed b. Yakub b. Muhammed el-Firuzabadî. **el-Okyanusü'l-Basît fi Tercümeti'l-Kamusi'l-Muhît**. 4 Cilt, Mütercim Ahmed Asım Efendi (çeviri) ve Kitabcı Rizeli Hasan Hilmi ve Hasan Tahsin (tashih), İstanbul, 1305.

Ebü'l-Berekât Neseî. **Metnü'l-Menâr fi Usûli'l-Fıkh**. Derseâdet: Matbaa-i Ahmed Kâmil, 1326.

Edwards, Charles L. O. "Equitable Estoppel - Estoppel by Representation", **Oregon Law Review**. Vol. 12, No. 4, 1933, ss. 316-322.

Ekinci, Ekrem Buğra. **Ateş İstidâsı – İslâm-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001.

_____. "Osmanlı Devleti'nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü", **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Cilt. III, Sayı. 5 [Türk Hukuk Tarihi Sayısı], 2005, ss. 417-439.

_____. **Hukukun Serüveni**. 2. Basım. İstanbul: Arı Sanat, 2016.

_____. **Osmanlı Hukuku**. 3. Basım. İstanbul: Arı Sanat, 2014.

Etâsî, Muhammed Tahir ve Muhammed Halid Etâsî. **Şerhu'l-Mecelle**. 6 Cilt. Humus: Matbaatü Humus ve Matbaatü's-Selâmeti, 1349-1356.

Field, John. "Estoppel: Shields and Swords", **Trent Law Journal**. Vol. 11, 1987, ss. 57-70.

Garner, Bryan A. (Ed.). **Black's Law Dictionary**. St. Paul, Minnesota: West Group, 1999.

Geldart, William Martin. **Elements of English Law**. London: Williams & Norgate, 1918.

Gözler, Kemal. "Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 56, Sayı. 2, 2007, ss. 45-61.

Hacı Reşid Paşa. **Ruhu'l-Mecelle**. C. 7, Derseâdet: Matbaa-i Hayriye ve Şürekâsı, 1327.

Hall, James Parker (Ed.). **American Law and Procedure**. C. 1, Chicago: La Salle Extension University, 1917.

Hallaq, Wael B. **The Impossible State: Islam, Politics, and Modernity's Moral Predicament**. New York: Columbia University Press, 2013.

Hamevî. **Gamzu Uyuni'l-Besâir Şerhu Kitabi'l-Eşbah ve'n-Nezair**. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1985.

Hasan Sıdkı Efendi. **Vezâifü'l-Kudât Tercemesi**. 2. Basım, Dersâdet: Kırk Anbar Matbaası, 1307.

Hepburn, Charles McGuffey. **The Historical Development of Code Pleading in America and England**. Cincinnati: W.H. Anderson & Co., 1897.

Herman, Henry Morrison. **The Law of Estoppel**. W.C. Little & Company, 1871.

Higgs, Henry (Ed.). **Palgrave's Dictionary of Political Economy**. 3 Cilt. London: Macmillan and Co., 1925.

Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar. **Dürerü'l-Hükkâm şerhu Mecelleti'l-Ahkâm**. 4 Cilt. İstanbul: Matbaa-i Tevs-i Tibâ'at (C. 1) / Matbaa-i Ebu'z-Ziyâ (C. 2-3) / Hukuk Matbaası (C. 4), 1330.

_____. **el-Mecmû'atü'l-Cedîde fi'l-Kütübi'l-Erba'a**. Derseâdet: Hukuk Matbaası, 1332.

_____. **Tatbikât-ı Şer'iyeye Dersi**. Dârü'l-Hilâfe: Matbaa-i Âmire, 1333.

_____. **Kitabü'l-Mebahisi'l-Mühimme fi't-Tatbikati's Şer'iyeye ve'l-Hukukiye**. İstanbul: Şirket-i Mürettibiye Matbaası, 1340.

Holdsworth, William Searl. **A History of English Law**. 12 Cilt, London:

Methuen & Co. Ltd., 1901-1938.

Hooper, Charles Arthur. **The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan**. 2 Cilt. Jerusalem: The Azriel Printing Works, 1933.

_____. **The Law of Civil Procedure of Iraq & Palestine**. Basrah: The Times Printing & Publishing, 1930.

Huxley-Binns, Rebecca ve Jacqueline Martin. **Unlocking the English Legal System**. 4. Basım, London & New York: Routledge, 2014.

Hüseyin Galib. **Kâmus-ı Hukuk**. İstanbul: Cemal Efendi Matbaası, 1305.

İbn Âbidin. **Reddü'l-Muhtar 'ala'd-Dürri'l-Muhtar fî Şerhi Tenviri'l-Ebsâr**. 5. Basım. Âdil Ahmed Abdülmevcud ve Ali Muhammed Muavviz (tahkik), Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1423/2003.

İbnü'l-Ğars. **el-Fevâkihü'l-Bedriyye**. Muhammed Sâlih el-Cârim er-Reşîdî'nin takyidâtı **el-Mecâni'z-Zehriyye** ile birlikte. Mısır: Matba'atü'n-Nîl, 1326.

İbn Haldun. **Terceme-i Mukaddime-i İbn-i Haldun - Fasl-ı Sâdis**. Ahmed Cevdet Paşa (çeviri), İstanbul: Takvimhane-i Âmire Matbaası, 1277.

İbn Nuceym. **el-Bahrü'r-Râik**. 9 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.

_____. **el-Eşbâh ve'n-Nezâir**. İbn Âbidin hâşiyesi Nüzhetü'n-Nevâzil ile beraber. Dimaşk: Darü'l-Fikr, 1999.

İbrahim el-Halebî. **Mültekâ'l-Ebhûr**. İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1278.

İbrâhim el-Halebî. **Mültekâ'l-Ebhûr**. 2 Cilt. Mevkûfâtî (tercüme ve şerh), Derseâdet: Matbaa-i Osmâniye, 1312.

Jenks, Edward. "İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler", Mukbil Özyörük (çev.), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı. 1, Cilt. 7, 1950, ss. 40-79.

_____. **A Short History of English Law – From the Earliest Times to**

the End of the Year 1911. Boston: Little, Brown & Co., 1913.

_____. **The Book of English Law – As at the End of the Year 1935.** 4. Basım. London: John Murray, 1936.

Kaya, Mahmut. “Nisbet”, **DİA**. C.33, İstanbul: TDV Yayınları, 2007.

Kaya, Süleyman. “Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları”, **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Cilt. 3, Sayı. 5, 2005, ss. 379-416.

Kemalüddin ibni Hümâm & Kâdızâde Ahmed Şemseddin. **Şerhu Fethi'l-Kadîr ve Netâicü'l-Efkâr fi Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr.** 10 Cilt. Abdürrezzâk Gâlib el-Mehdi (tahkik), Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424.

Kempin, Frederick G. **Legal History - Law and Social Change.** New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1963.

Kinsella, N. Stephan. “Estoppel: A New Justification for Individual Rights”, **Reason Papers**, No. 17, 1992, ss. 61-74.

Köse, Saffet. “Hanefî Fakîhi Seriyüddîn İbnü'ş-Şihne'nin (851-921/1448-1515) Nazmü'l-Mesâili'lleti's-Sükût fihâ Rızâ Adlı Risalesinin Tahkîkli Neşri”, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı. 3, 2004, ss. 319-330.

Lextray. **İngiliz Hukuku Kaynaklı Trust Hukukun Temel İlkeleri.** İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.

Mahmud Hamzavî. **el-Fevâidü'l-Behiyye fi'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye.** Dımaşku'ş-Şam: Matbaatü Habib Efendi, 1298.

_____. **Mecmuatü'r-Resâil.** Dımaşk: Matbaatü Meclisi'l-Mecâlis, 1303.

_____. **Tenâkuz-ı Fıkhıyye.** Bereketzâde İsmail Hakkı (tercüme ve talikat), İstanbul: Matbaa-ı Nişan Berberyan, 1308.

_____. **et-Tefâvuz fi't-Tenâkuz.** (Cemî'u'l-Hukukî'l-Mahfûzat içinde), tahkik: Mahmud Hayr Ramazan Yusuf, Beyrut: Daru'l-Beşar, 1434/2013, II/11-41.

Menteşizâde Abdürrahim. **Fetâvâ-ı Abdürrahim**. 2 Cilt, İbrahim Saib (tashih), Beldetü't-Tayyibetü'l-Kostantiniyye: Darü't-Tıbaati'l-Mamureti's-Sultaniye, 1243.

Mesud Efendi. **Mirât-ı Mecelle**. Dersaadet: Matbaa-i Osmaniye, 1302.

Millar, Robert Wyness. **Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective**. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 1952.

_____. "Historical Relation of Estoppel by Record to Res Judicata", **Illinois Law Review**, Vol. 35, No. 1, 1940-1941, ss. 41-59.

Molla Fenârî. **Fusûlü'l-Bedâyi fi Usûli's-Şerâyi**. 2 Cilt. İstanbul: Matbaatü Yahya Efendi, 1289.

Molla Hüsrev. **Dürerü'l-Hükkâm fi Şerhi Gureri'l-Ahkâm**. 2 Cilt. İstanbul: Matbaatü Mehmed Esad, 1300.

_____. **Terceme-i Dürer ve Gurer**. 2 Cilt. Süleyman b. Veli el-Ankaravî (çev.), İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1292.

Muhammed Abdülhay el-Leknevî. **el-Fevâidü'l-Behiyye fi Terâcimi'l-Hanefiyye**. Mısır: Matbaatü's-Saade, 1324.

Muhammed Alî Tehânevî. **Keşşâfü Istılâhâtî'l-Fünûn ve'l-Ulûm**. 2 Cilt. Beyrut: Mektebetü Lübnan, 1996.

Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî. **el-'Asl**, 12 Cilt. Mehmet Boynukalın (tahkik ve tahlil), Beyrut: Darü İbn Hazm, 2012.

_____. **el-Câmi'u's-Sağîr**. Mehmet Boynukalın (tahkik), İstanbul: Ocak Yayıncılık, 2009.

_____. **el-Câmi'u's-Sağîr me'a şerhihu en-Nâfiü'l-Kebir**. Abdülhay el-Leknevî (şerh), Dâiretü'l-Kurân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, 1411/1990.

Muhammed Na'îm Yâsin. **Nazariyyetü'd-Davâ beyne's-Şerriyyeti'l-İslamiyye ve Kanuni'l-Mürafeati'l-Medeniyye ve't-Ticariyye**. Riyad: Dârü Âlemi'l-

Kütüb, 2003.

Muslihiddin Âdil. **Ma'lumât-ı Hukukiye**. İstanbul: Matbaa-ı Âmire, 1331.

Nicolaides, Demetrius. **Législation Ottomane, Spetieme Partie, Contenant Le Code Civil Ottoman – Livre IX-XVI**. Constantinople, 1888.

Ostorrog, Count Léon. **The Angora Reform**. London: University of London Press, 1927.

Özel, Ahmet. “Merverrûzî, Ebû Ali”, **DİA**. C.29, İstanbul: TDV Yayınları, 2004.

Özer, Hasan. “Neseffî'nin (ö.710/1310) el-Musaffâ'sının Fıkıh Tarihindeki Yeri ve Edisyon Kritiği”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Necmettin Erkaban Üniversitesi SBE, 2015.

Parry, Clive. “İngiliz Hukuk Sistemi”, Fadıl H. Sur (çev.), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 1, Sayı. 3, 1944, ss. 442-458.

Pollock, Frederick. **A First Book of Jurisprudence for Students of The Common Law**. 3. Basım. London: MacMillan and Co., 1911.

Rastell, John. **Les Termes de la Ley or Certain Difficult and Obscure Words and Terms of the Common and Statute Laws of England**. Boston, 1812.

Schwarz, Andreas B. “İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk”, Hıfzı Veldet (çev.), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt. 3, 1937, ss. 215-236.

Serahsî. **el-Mebsût**. Beyrut: Dârü'l-Marife, t.y.

_____. **Mebsut - 1000 Yılın İslam Fıkıhı Temel Eseri Deliller ve Hükümler**. Mustafa Cevat Akşit (Ed.), İstanbul: Gümüşev Yayınları, 2008.

Seyyid Şerif Cürçânî. **et-Tarifât**. Derseâdet, 1318.

Süleyman Sırrı. **Mantık**. İstanbul: Karabet Matbaası, 1310.

Şemmût, Hasen Teysir. “et-Tenâkuz fi’-d-Davâ fi’l-Mezhebi’l-Hanefî”, **Mecelletü’l-Adl**, No. 62, 1435, ss. 141-162.

Şeyh Nizâm, **el-Fetâvâ’l-Hindiyye**. 6 Cilt, zabt ve tashih: Abdüllatif Hasan Abdurrahman, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1421/2000.

Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî. **Muğni’l-Muhtâc ilâ Ma’rifeti Me’âni’l-Minhâc**. 6 Cilt. Ali Muhammed Muavvaz ve Adil Ahmed Abdülmevcud (tahkik), Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmiiyye, 1421/2000.

Sinai, Yuval. “Reconsidering Res Judicata: A Comparative Perspective”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 21, 2011, ss. 353-400.

Tahtâvî. **Hâşiyetü’t-Tahtâvî ale’d-Dürri’l-Muhtar**. 4 Cilt. Bulak, 1254.

Tahtâvî. **Tercemetü’t-Tahtâvî**. 8 Cilt. Abdülhamid en-Nakşibendî el-Hâlidî el-Ayıntabî (çev.), İstanbul: Buharizâde Hacı Salih Efendi Matbaası (Cilt 1-5), Mekteb-i Sanayi Matbaası (Cilt 6-7), 1285-1287.

Türk Hukuk Kurumu. **Türk Hukuk Lûgatı**. 3. Basım. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991.

Türkezâde Hâfız Mehmed Ziyâeddin. **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi**. Derseâdet: Kasbar Matbaası, 1311.

Tyser, C. Robert, D. G. Demetriades ve Ismail Haqqi Effendi. **The Mejelle**. Nicosia-Cyprus: Government Printing Office, 1901.

Üstündağ, Saim. **Medeni Yargılama Hukuku**. 7. Basım. İstanbul, 2000.

Yıldız, Kemal. “İslam Muhakeme Hukukunda Dâvanın Şartları ve Muhakeme Süreci”, **EKEV Akademi Dergisi**, Yıl. 9, Sayı. 24, 2005, ss. 117-134.

Ziyâüddin el-Ezheri. **el-Usûlü’l-Mer’iyye fi’l-Murafa‘ati’ş-Şer‘iyye**. Şumnu: Havâdis Matbaası, 1356.