

**T.C.
HARRAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

**MECELLE'DE BULUNAN HUKUK-DİL İLİŞKİSİNE YÖNELİK
KÜLLİ KAİDELERİN ÇÖZÜMLEMELERİ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

**DANIŞMAN
Yrd.Doç.Dr. Mehmet Nuri GÜLER**

**HAZIRLAYAN
Mustafa Bülent DADAŞ**

Şanlıurfa 2005

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	IV
ÖNSÖZ.....	V
GİRİŞ.....	1
1. PROBLEM (ARAŞTIRMANIN KONUSU).....	1
2. ARAŞTIRMANIN AMACI	2
3. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ	3
4. VARSAYIMLAR.....	3
5. SINIRLILIKLAR	3
6. YÖNTEM	4
BİRİNCİ BÖLÜM.....	5
MECELLE VE KÜLLİ KAİDELER	5
I. MECELLE	5
A- MECELLE'NİN MAHİYETİ	5
1) Mecelle'nin Sistematiği	7
2)Mecelle'yi Oluşturan Heyet	7
4) Mecelle'ye Yöneltilen Eleştiriler	8
B-MECELLE'Yİ DOĞURAN AMİLLER	11
1)Siyasi ve İktisadi Amiller.....	12
2) Hukuki Amiller	12
C- MECELLE'NİN KAYNAKLARI	13
1) Mecelle'nin Kavaidi Külliye'sinin Kaynakları	14
2) Mecelle'nin Kitapları'nın Kaynakları	14
D-MECELLE'NİN UYGULANMASI VE UYGULANDIĞI YERLER	15
II. KÜLLİ KAİDELER	15
A-TANIMI	16
1) Sözlük Anlamı	16
2)Terim Anlamı	17
B-KÜLLİ KAİDELERİN ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHİ GELİŞİMİ.....	18
1) Ortaya Çıkma (Oluşma) Dönemi	19
2) Gelişme (Tedvin) Dönemi	20
3) Olgunlaşma Dönemi	25
C- KÜLLİ KAİDELERİN İSLAM FIKHINDAKİ ÖNEMİ.....	26
D-KÜLLİ KAİDELERİN ŞER-İ DELİL (KAYNAK) OLMASI.....	29
1) Külli Kaidelerin Şer'i Delillerle İlişkisi.....	29
2) Kaidelerin Kapsamı	31
İKİNCİ BÖLÜM.....	34
İSLAM HUKUKU VE DİL	34
I. NASLARDAN (METİNLERDEN) HÜKÜM ÇIKARMADA	36
DİL KAİDELERİ	36
A-LAFZIN MÂNAYA KONULMASI (VAZ'İ) İTİBARIYLA KISIMLARI	38
B- KULLANIMI BAKIMINDAN LAFZIN KISIMLARI	40
C-ANLAMA DELÂLETİNİN AÇIKLIĞI VE KAPALILIĞI BAKIMINDAN LAFZIN KISIMLARI	40
1) Anlama Açık Olarak Delâlet Eden Lafızlar	41
2) Anlama Kapalı Olarak Delâlet Eden Lafızlar	43

D-LAFZIN MÂNAYA DELÂLETİ BAKIMIDAN KISIMLARI	45
II. GÜNÜMÜZDE HUKUK, DİL, ANLAM VE YORUM	47
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	53
HUKUK DİL İLİŞKİSİ BAKIMINDAN MECELLE'DEKİ KÜLLİ KAİDELER	53
I. MECELLE'DE BULUNAN DİL İLE İLGİLİ KAİDELER	53
A-DOĞRUDAN DİL İLE İLGİLİ OLANLAR	54
1)KELAMIN İ'MALİ İHMALİNDEN EVLADIR	54
2) KELAMDA ASIL (TERCİH EDİLEN) HAKİKİ ANLAMDIR	56
3) HAKİKİ ANLAM TAAZZÜR EDİNCE (KULLANILMADIĞINDA) MECAZA GİDİLİR	61
4- KELAMIN İ'MALİ MÜMKÜN OLMADIĞI ZAMAN İHMAL EDİLİR	65
5-TASRİH MUKABİLİNDE DELÂLETE İTİBAR EDİLMEZ.....	68
6- MUTLAK KENDİSİNİ NASSEN VEYA DELÂLETEN TAKYİT EDECEK BİRŞEY OLMADIKÇA MUTLAK OLARAK KALIR	72
7-AKİTLERDE ESAS OLAN, MAKSATLAR VE MÂNALAR OLUP LAFIZLAR VE KALIPLAR DEĞİLDİR	77
8-SORU CEVAPTA TEKRAR EDİLMİŞ SAYILIR	80
9-SUSAN KİMSEYE SÖZ İSNAD EDİLMEZ. FAKAT KONUŞULMASI GEREKEN YERDE SUSMA DİL İLE BEYAN GİBİDİR	81
10-YAZIŞMA KONUŞMA GİBİDİR	85
11-DİLSİZİN BİLİNEREN İŞARETLERİ DİL İLE BEYAN GİBİDİR	86
B-DOLAYLI OLARAK DİL İLE İLGİLİ OLANLAR.....	86
1-ÂDET HAKEM KABUL EDİLİR	87
2- KELAMIN HAKİKİ ANLAMI ÂDETİN DELÂLETİYLE TERK EDİLİR	89
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	93
HUKUK- DİL İLİŞKİSİ İLE İLGİLİ KÜLLİ KAİDELERİN MECELLE'DEKİ UYGULAMALARI	93
A- KİTAB'UL- BUYU: (ALİŞVERİŞ KİTABI)	93
B- KİTABU'L- İCÂRE (KİRALAMA KİTABI)	101
C-KİTABUL KEFÂLE (Kefâlet Kitabı).....	105
D-KİTABU'L- EMÂNAT (Emânetler kitabı)	106
E-KİTAB-UL-HİBE (Hibe Kitabı)	109
F-KİTAB-UL HACR VEL-İKRAH VEŞ-ŞUF'A (Hacr, İkra ve Şuf'a Kitabı).....	111
G-KİTABU'Ş-ŞİRKET (Şirket Kitabı)	114
H-KİTABU'L- VEKÂLE (Vekâlet Kitabı)	117
I- KİTABU'L- İKRAR (İkrar Kitabı)	120
İ- KİTABU'D- DA'VA (Dava Kitabı).....	123
K-KİTABU'L- BEYYİNAT VE'T-TAHLİF (Deliller ve Yemin Ettirme Kitabı).....	124
SONUÇ	126
I. ÖZET	126
II. YARGI.....	129
III. ÖNERİLER	130
BİBLİYOGRAFYA	131

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.md.	: Adı geçen madde
b.	: İbn, bin
bkz.	: Bakınız
c.c.	: Celle celaluhu
c.	: Cilt
D.İ.B.İ.A.	: Diyanet İşleri Başkanlığı İslam Ansiklopedisi
h.	: Hicri
Hz.	: Hazreti
İ.İ.A.V.	: İslami ilimler Araştırma Vakfı
İ.A.D.	: İslami Araştırma Dergisi
M.Ü.İ.F.V.Y	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayımları
s	: Sayfa
(sas)	: Sallallahu aleyhi ve selem
T.D.V.Y.	: Türk Diyanet Vakfı yayımları
Ts.	: Tarihsiz
Trc.	: Tercüme
v.	: Vefatı
vb.	: Ve benzeri
yy.	: Yayın yeri yok
Y.Y.Ü.İ.F.	: Yüzüncü Yıl Fakültesi ilahiyat fakültesi

ÖNSÖZ

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım, “**Mecelle’de Bulunan Hukuk-Dil İlişkisine Yönelik Külli Kaidelerin Çözümlemeleri**” adlı bu çalışma, sözlü hukuktan, yazılı hukuka geçilmesinden sonra, yazılı hukuk normunun anlaşılmasında ortaya çıkan hukuk-dil ilişkisi problemi üzerinedir.

İslam hukukunda bir yasa olan *Mecelletu Ahkami’l-Adliyye*’de yasa koyucunun söylemini anlamada, yani hukuk-dil ilişkisinde, temel ilkeler konulmuştur. İşte bu Yüksek Lisans Tez çalışması ile bu temel ilkelere ait bilgiler, çözümlenmeler ve değerlendirmeler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Böylece, İslam Hukuku’nda somut olaylar karşısında fetva verme işinde ve Günümüz Hukuku’nda da icracı yargıçlığı yetkinleştirmede katkıda bulunmak amaçlanmıştır.

Tez konusuna ait bu araştırma, bir Giriş, dört Bölüm ile bir Sonuç ve Bibliyografya içinde sunulmuştur. Giriş’te, araştırmanın konusu, amacı, önemi, kaynakları ve metodu açıklanmıştır. Birinci Bölüm’ün adı, Mecelle ve Külli Kaideler’dir. Burada, gerek Mecelle ve gerekse Külli Kaideler ile ilgili bilgi ve değerlendirmeler sunulmuştur. İkinci Bölüm, İslam Hukuku ve Dil olarak adlandırılmıştır. Burada da, hukuk-dil ilişkisi ele alınmıştır: İslâm Hukuku’ndaki usûlu’l-kavâidi’l-luğaviyye, yani lafzi yorumlama yöntemi açıklanmış, Günümüz Hukuku’daki yorumlama yöntemlerine değinilmiştir. Üçüncü Bölüm’ün adı ise, Hukuk-Dil İlişkisi Bakımından Mecelle’deki Külli Kaideler’dir. Bu bölümde bu kaidelerin çözümlenmesine girilmiştir. Dördüncü Bölüm’e de, Hukuk-Dil İlişkisi ile İlgili Külli Kaidelerin Mecelle’deki Uygulamaları adı verilmiştir. Burada da, üçüncü bölümde çözümlenmeleri yapılan külli kaidelerin Mecelle’nin maddelerine etkileri, yani bu maddelerin hangilerinin hangi külli kaidelere dayandığı gösterilmiştir. Sonuç’ta, bu araştırmanın özetine, varılan yargıya ve konun daha da açığa kavuşmasında ihtiyaç duyulan araştırma önerilerine yer verilmiştir. Bibliyografya’da, çalışmada başvuru kitaplar alfabetik olarak soyadlarına göre sıralanmıştır.

Araştırmanın yazımında kullanılan kısaltmaların açıklamaları, Kısaltama başlığı altında, İçindekiler kısmından sonra verilmiştir. Ayrıca, dipnotlardaki göndermelerde de kısaltmalara gidilmiştir. Bu kısaltmanın nasıl olacağı, ilk göndermede parantez içinde açıklanmıştır. Dipnot numaraları, her bölüm için 1’den başlayarak yeniden verilmiştir. Kitap ve makale adları için, Bold yazı çeşidi seçilmiştir.

Yapmış olduğum bu tez çalışmasının her aşamasında yardımlarını ve katkılarını benden esirgemeyen değerli danışman hocam Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nuri GÜLER'e ve yine fikirlerinden ve kütüphanesinden istifade ettiğim değerli hocam Prof. Dr. Ali BAKKAL'a teşekkürlerimi sunmayı bir borç biliyorum.

M. Bülent DADAŞ

Őanlurfa - 2005

GİRİŞ

Sözlü hukuktan, yazılı hukuka geçildiğinden beri, hukukun içeriği dilsel anlatımda ortaya çıkmaktadır. Anlam taşıyıcısı ve iletişim aracı olarak dil, hukuk normunun da taşıyıcısı ve iletişim aracı olmaktadır. Bunun için, hukuk normu uygulanırken, her dilsel işaret gibi, onun da anlaşılması gerekmektedir. İslam hukukunda, yasalar en mükemmel yasal kabul edilerek yasa koyucunun söylemini anlamda, yani hukuk-dil ilişkisinde temel ilkeler oluşturmuştur. *Mecelletu Ahkami'l-Adliyye* örneği ile Yüksek Lisans Tez çalışmamda “**Mecelle’de Bulunan Hukuk-Dil İlişkisine Yönelik Külli Kaidelerin Çözümlemeleri**” adıyla konu edindiğim bu temel ilkelere ait bilgilere, çözümlemelere ve değerlendirmelere geçmeden önce, araştırmamın anlaşılmasına yardımcı olması bakımından, araştırmamın problemini, amacını, önemini, kaynaklarını ve metodunu açıklamak gerekmektedir. Bunun için, böyle bir Giriş yapılarak kapsamı içinde bunlar, gelen paragraflarda sunulacaktır:

1. PROBLEM (ARAŞTIRMANIN KONUSU)

İnsanda, doğuştan bir dili edinebilme özelliği vardır. Buna dil yetisi denmektedir. Bu yetiye sahip oluşu nedeniyle insan, bilgi, deneyimler, sahip olunan toplumsal konular, öneriler ve duyguların aktarılmasını gerçekleştirmektedir. Bu şekilde dil, hem insanı toplumun bir üyesi yapmakta, hem de geçmiş ve gelecekle bağlantısını sağlamaktadır.

Toplumsal yaşamdaki beklentilerin bir kısmını ve toplumsal yaşamı güvenceye almak için insanlar kurallar koymaktadır. Bu kurallar dilsel anlatımla ortaya çıkmaktadır. Hukuk normu uygulanırken, bu dilsel anlatımda olduğu gibi anlaşılması gerekmektedir. Geniş anlamda hukuk normunu anlama, hukuk normunun taşıyıcı ve iletişim aracı olan dil ile anlatılanın kavranması demektir. Başka bir deyişle, hukuk normunun anlamını anlamaktır. Bu anlamı anlama işi “yorum” olarak da adlandırılmaktadır. Böylece, adaletin somut olayda uygun olarak belirlenmesi, onu yorumlamakla gerçekleşmektedir.

İslam hukukunda, yasalar en mükemmel yasal kabul edilerek yasa koyucunun söylemini ortaya koyan yasalaştırmada, her olay için bir yasa çıkarma, yani kazuistik metod uygulanmıştır. Bu metodun İslâm âlemindeki son uygulaması Osmanlılar’daki “*Mecelletu Ahkami'l-Adliyye*” olmuştur.

Mecellenin tertibinde, kazuistik yöntemle oluşturulan yasalarının, gerek yaşamın hızı karşısında yetersiz kalabilecekleri ve gerekse, birbirinin tıpa tıp benzer iki davanın bulunamayacağı gerçeği karşısında, olaya uygun yasaı bulmada güçlükler yaşanabileceği düşünülmüştür. Bu sakıncaları gidermek için, soyut ve genel yasa anlayışı çözümü gibi yasalara kaynak oluşturan ilkeler, Mecelle'nin başında “*Yüz Temel İlke*” biçiminde sunulmuştur.

Günümüzde, bu “Yüz Temel İlke” nin anlaşılmasında, ister Mecelle'nin kazuistik yasalarının somut olaylara fetva olarak uygulanması sırasında, ister yaşamın hızı karşısında Mecelle'nin bu kazuistik yasalarının yetersiz kalındığı durumlarda yeni fetvalara gidilmesinde, yeterli olunulamamıştır. Bunun için, bu “Yüz Temel İlke”nin fikhî çözümlenmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu çözümlenmeler, günümüz yargıcının yetkinleşmesine de katkıda bulunacaktır. Hukuk tarihimiz içinde yapılan literatür, yani basılı kitap, makale, basılmamış doktora ve yüksek lisans tezi çalışmaları taranmasında böyle bir araştırma ve incelemeye rastlanılmamıştır.

Mecelle'nin “Yüz Temel İlkesi”nin tamamının, İslam Hukuku'na göre çözüldükten sonra Mecelle kazuistik yasalarının, Mecelle'nin bu yüz temel ilkesine göre çözümlenmesi, ciltler dolduracak çalışmaları gerekmektedir. Eksikliği hissedilen bu büyük çalışma için bir başlangıca ihtiyaç vardır. Bu başlangıç işi, önce Mecelle'nin dil ile ilgili temel ilkelerini, günümüzdeki dil ile ilgili gelişmeleri de dikkate alarak Fıkıh'a (İslam Hukuku'na) göre çözümlenme, sonra, Mecelle'nin dil ile ilgili bu temel ilkelerine göre de, Mecelle'nin ilgili kazuistik yasalarını belirleyip çözümlenme şeklinde, Yüksek Lisans çalışmalarının sınırlılığı içinde yerine getirilebilir. İşte, bu işi yapmak, Yüksek Lisans Tez çalışmamın problemini oluşturacaktır. Buna göre, Yüksek Lisans Tez konum, “**Mecelle'de Bulunan Hukuk-Dil İlişkisine Yönelik Külli Kaidelerin Çözümlenmeleri**” olmaktadır.

2. ARAŞTIRMANIN AMACI

Bu araştırma ile, Mecelle'de Bulunan Hukuk-Dil İlişkisine Yönelik Külli Kaidelerin Çözümlenmeleri temel amaç olarak alınmıştır. Bu temel amacın gerçekleşmesinde, şu soruların cevapları aranacaktır: Mecelle'nin mahiyeti nedir? Hangi amiller, Mecelle'yi doğurmuştur? Mecelle'nin kaynakları nelerdir? Mecelle, zamanında nasıl uygulanmıştır, günümüzde nerelerde uygulanmaktadır? Külli kaideler nasıl tanımlanmaktadır? İslâm Hukuku'nda nasıl ortaya çıkmış ve gelişme göstermişlerdir? Külli kaidelerin, İslam Hukuku'nda önemi ve kaynaklık durumu nedir? İslâm Hukuku'nda nasslardan (metinlerden) hüküm çıkarmadaki dil

kaideleri nelerdir? Günümüz hukuku ve dil ilişkisi nasıldır? Mecelle'nin doğrudan dil ile ilgili kaideleri hangileridir? Mecelle'de dolaylı dil kaideleri var mıdır? Mecelle'nin kazuistik yasalarının oluşturulmasında, bu dil kaideleri nasıl uygulanmıştır?

İşte yukarıdaki sorulara cevap olacak veriler, Mecelle'de Bulunan Hukuk-Dil İlişkisine Yönelik Külli Kaidelerin Çözümlemeleri'ni belirleyeceğinden, söz konusu araştırmanın amacını oluşturmaktadır.

3. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ

Hukuk alanında, kazuistik yöntemle oluşturulan yasaların, gerek yaşamın hızı karşısında yetersiz kalmaları ve gerekse olaya uygun yasayı bulmada yaşanabilen güçlükler, soyut ve genel yasa yapımını çözüm olarak getirmişlerdir. Soyut ve genel yasaların, somut olaylara uygulanması da, müftü ve icracı yargıç için, yorumlamayı kaçınılmaz kılmıştır. İşte, Mecelle'de Bulunan Hukuk-Dil İlişkisine Yönelik Külli Kaidelerin Çözümlemeleri, şu kuramsal ve uygulamaya ait sorunların çözümüne yönelik olmaktadır:

- a) Yasaların somut olaylara uygulanmasındaki fetva verme işine katkıda bulunmak.
- b) Yasa yokluğunda adaletin sağlanmasında rehberlik etmek.
- c) İcracı yargıçlığı yetkinleştirmek.

4. VARSAYIMLAR

Mecelle'de Bulunan Hukuk-Dil İlişkisine Yönelik Külli Kaidelerin Çözümlemeleri'ne ait literatür taramasıyla toplanan veriler, ayrıca kanıtlanmaya gerek görülmeden doğru olarak kabul edilmiştir.

Çözümlemedeki yöntemler, İslâm Hukuku için de geçerli problem çözme yolları olarak benimsenmektedir.

5. SINIRLILIKLAR

Araştırmamızda, Mecelle'nin yüz külli kaidesinden yalnız dil ile ilgili olanları çözümlenmeye tabi tutulurken, bunların kazuistik yasalara olan etkileri ve uygulamalarını göstermede de yalnız Mecelle esas alınmaktadır.

6. YÖNTEM

Araştırmada veriler (bilgiler) Tarama modeli ile toplanmıştır. Bu veriler araştırmanın amacına göre sistematize edilmiştir. Mecelle’de bulunan dil ile ilgili külli kaideler ile kazuistik yasalarda Analitik (Çözümleme) yöntemleri kullanılmaktadır. Günümüz hukuku ve dil ile ilişkili belirlemelerde de Karşılaştırmalı Hukuk metodu olarak Görevsel Denklik Modeli uygulanmaktadır.

**

Giriş bölümündeki, Tez’in problemi, yani araştırmanın konusu, araştırmanın amacı, önemi, varsayımları, sınırlılıkları ve yöntemi ile ilgili bu açıklamalardan sonra, şimdi Tez’in, birinci, ikinci ve üçüncü bölümlerine geçilebilir:

BİRİNCİ BÖLÜM

MECELLE VE KÜLLİ KAİDELER

Bu bölümde, gelen paragraflarda, Mecelle'nin Mahiyeti, Mecelle'yi Doğuran Amiller, Mecelle'nin Kaynakları, Mecelle'nin Uygulanması ve Uygulandığı Yerler başlıkları altında Mecelle incelenecek, sonra Külli Kaideler'e geçilecektir. Külli Kaideler de, Tanım, Ortaya Çıkışları ve Tarihi Gelişmeleri başlıkları altında araştırılacak, Külli Kaideler'in İslam Fıkıhdaki Önemi ve Kaynak Olmaları, yine bu başlıkları altında belirlenecektir:

I. MECELLE

A- Mecelle'nin Mahiyeti

Mecelle, tam adıyla **Mecelletu Ahkami'l-Adliyye** (Yargılamaya Ait Hukuk Kuralları Derlemesi) akitler ve borçlar hukuku ile sivil muhakeme usûlünü maddeler halinde ihtiva eden bir kanunname'dir.¹

Mecelle, Tanzimat dönemi hareketlerinin en büyük ve en orijinal eseri kabul edilmektedir. *Ahmet Cevdet Paşa'nın* (v.1895) büyük çabaları sonucu Fransız Medeni Kanununun alınmasından son anda vazgeçilip, onun yerine hazırlanmaya başlanmış ve yine Cevdet Paşa'nın büyük gayretleriyle tamamlanmıştır. Mecelle Cevdet Paşanın tek başına kaleme aldığı bir eser olmayıp onun başında bulunduğu bir heyet tarafından hazırlanmıştır.²

Cevdet Paşa hakkında **Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa** adıyla bir eser yazmış olan *Ebu'l- Ula Mardin* Mecellenin sadece Ahmet Cevdet Paşa'nın eseri olarak geçtiği bazı kitapları tenkit etmiş, Ahmet Cevdet Paşa'nın bu kıymetli eserin hazırlanmasında çok büyük katkıları olmasına rağmen bu eseri yalnız ona nispet etmenin yanlış olacağını belirtmiştir.³

¹ Zeydan, Abdulkerim, **el-Medhal li-Dirâseti'ş-Şeriatî'l-İslamiyye**, Müessesetu'r-Risâle, Beyrût 2002, s. 128 (Sonraki dipnotlar "Zeydan, **Medhal**" şeklinde verilecektir.); Joseph Schacht, **İslam Hukukuna Giriş** (An Introduction to Islamic Law), Çev.: Mehmet Dağ-Abdulkadir Şener, A.Ü.İ.F.Y., Ankara, 1977 s. 100 (Sonraki dipnotlarda "Schacht, **İslam Hukukuna Giriş**" şeklinde verilecektir.)

² Mehmet Akif Aydın, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, M.Ü.İ.F.V.Y., İstanbul, 1985, s. 131-132 (Sonraki dipnotlar "M. Akif Aydın, **İslam- Osmanlı Aile Hukuku**" şeklinde verilecektir.)

³ Ebu'l-Ula Mardin, **Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet**, T.D.V. Ankara, 1996, s. 179 (Sonraki dipnotlar "Ebu'l- Ula, **Ahmed Cevdet**" şeklinde verilecektir). Aynı hataya Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle adlı eserin sahibi, *Refik Gür*'de düşmüştür. Gür, Cevdet Paşa'nın eserlerini sayarken "Cevdet Paşa'nın ikinci mühim eseri Mecelle'dir." diyerek bu yanlış katılmıştır. Bkz: Refik Gür, **Hukuk**

Joseph SCHACHT'ın belirttiğine göre, Mecelle'nin gayesi, İslam hukuk doktrininin geçerli bir izahı ile yeni ihdas edilmiş dünyevi mahkemelerin kurulmasını temin etmek ve güç bir hal alarak kullanışlı olmayan İslam hukuku eserlerine başvurmayı yasaklamaksızın önlemektir.⁴

Mecelle, Medeni Hukukun önemli kısımlarını kanunlaştırmasına rağmen tam bir medeni kanun olarak hazırlanmış değildir. Hükümleri arasında aile ve miras hukukuna ait hükümler yoktur. Bunu sebebi kanunun hazırlandığı devrede acilen ihtiyaç duyulan sahalan ilk önce kanunlaştırmayı hedef almış olmasıdır.⁵

Mecelle'nin tedvininde Kazuistik Metot takip edilmiştir. Bilindiği gibi kanun tedvinlerinde dünyada başlıca iki usul takip edilmektedir. Bunlardan birincisi; XVIII. asrın sonlarına kadar devam eden Kazuistik Metodudur. Buna göre, her muhtemel hadiseyi ayrıca düzenleyen, her meseleye göre ayrı ayrı kaideler ihtiva eden geniş kanunlar hazırlanır. İkinci metot ise; XVIII. asrın sonundan itibaren takibe başlanılan ve Mücerret Metot denilen metottur ki, buna göre; kanunlar hazırlanırken hadiselerin mahiyetine göre umumi kaideler halinde metinleştirilmektedir.⁶

Mecelle'nin eski ve o dönem için bile güncelliğini kaybetmiş diyebileceğimiz kazuistik metot kullanılarak tedvin edilmiş olması bazı eleştirileri beraberinde getirmiştir⁷. Mecelle'yi doktora çalışmasında konu edinen Osman ÖZTÜRK bu metodun uygulanmış olmasında iki noktanın üzerinde durulması gerektiğini ifade etmektedir: Birincisi; Mecelle'nin kaynaklarını teşkil eden fıkıh kitaplarında da aynı usul takip edilmiştir. İkincisi; Mücerret metot Mecelle'nin tedvine başlandığı dönemde henüz yeni takibe başlanmış bir metottur.⁸

Mecelle'nin mahiyetinin daha iyi anlaşılması için Mecellenin sistematığı, onu oluşturan heyet ve Mecelle'ye yöneltelen eleştirileri açıklamak yararlı olacaktır:

Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, Sebil Yayınevi, İstanbul 1975, s. 39 (sonraki dipnotlar "Gür, **Mecelle**" şeklinde verilecektir.).

⁴ Schacht, **İslam Hukukuna Giriş**, s. 100.

⁵ M. Akif Aydın, **İslam- Osmanlı Aile Hukuku**, s. 131-132 (Aydın, Mecelle'de onun tam bir medeni kanun olmasını engelleyen aile ve miras hukukunun olmayışı ile ilgili açıklamalarda bulunmaktadır Geniş bilgi için bakınız: M. Akif Aydın, **İslam- Osmanlı Aile Hukuku**, s. 133).

⁶ Osman Öztürk, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İ.İ.A.V, İstanbul 1973 s. 111 (Sonraki dipnotlar "Öztürk, **Mecelle**" şeklinde verilecektir.).

⁷ M. Akif Aydın, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku** , s. 132.

⁸ Öztürk, **Mecelle**, s. 111-12.

1.Mecelle'nin Sistematiği

Mecelle; birincisi fıkıhın tarifi ikincisi 99 külli kaidenin bulunduğu iki makalenin oluşturduğu bir mukaddime ile konuları birbirinden ayrı 16 kitaptan meydana gelmiş ve toplam 1851 maddeden oluşmuş bir kanun mecmuasıdır. Mecelle'nin maddeleri, “Kitabu'l-Buyu”, “Kitabu'l- İcarat” gibi “Kitap” başlığı altında toplanır. Bunu takiben her kitapta geçen ıstılahları izah mahiyetinde bir mukaddime yapılır. Sonra bu kitaplar ihtiva ettikleri konunun gerektirdiği kadar “Bab”lara, Bablar da “Fasıl”lara ayrılır. Mukaddimelerdeki açıklamalar dahil hükümler, Madde 1, Madde 2 şeklinde numaralandırılmış ve bazı maddelerin hemen yanında o maddenin ifade ettiği hükmü izah mahiyetinde bir iki misale yer verilmiştir. Mecelle'nin bu sistematiği üzerinde de, “Mecelle'ye Yöneltilen Eleştiriler” başlığı altında açıklanacağı gibi bazı eleştiriler yapılmıştır.⁹

2. Mecelle'yi Oluşturan Heyet

Sekiz senelik bir çalışma sonucu meydana getirilen Mecelle'nin tedvininde, başta Ahmet Cevdet olmak üzere devrin tanınmış hukuk otoriteleri vazife görmüşlerdir. Burada bu heyeti oluşturan hukukçuların Mecelle'nin tedvinindeki katkılarına kısaca değinmek uygun olacaktır¹⁰:

1-Ahmet Cevdet Paşa (v. 1895): Mecelle'nin hazırlanmasında baş rolü oynayan Ahmet Cevdet Paşa 1822 yılında doğmuş, 1895 yılında vefat etmiştir. Mecelle'nin tüm kitapları altında imzası vardır. Ahmet Cevdet Paşanın Mecelle'de emeği o kadar fazladır ki bazılarını Mecelle'yi onun eserleri arasında saymıştır.

2-Ahmet Hilmi Efendi (v. 1888) : Mecelle'nin tüm kitaplarının hazırlanışına iştirak etmiştir.

3-Seyfeddin İsmail Efendi (v. 1882) : Mecelle'nin tamamında hazır bulunmuştur.

4-Filibeli Halil Efendi (v. 1885) : Mecelle'nin beşinci, altıncı, yedinci ve sekizinci kitaplarında mührü bulunmaktadır; herhalde, diğer kitapların hazırlanışına katılmamıştır.

5-Ahmet Hulusi Efendi (v. 1889) : Mecelle'nin 13 kitabının hazırlanmasında hizmeti geçmiştir.

⁹ Öztürk, **Mecelle**, s. 32.

¹⁰ Öztürk, **Mecelle**, s. 23-31; Hayrettin Karaman, **İslam Hukuk Tarihi**, İstanbul 1989, s. 330-331 (Sonraki dipnotlarda, “Karaman, **İslam Hukuk Tarihi**” şeklinde verilecektir.); Ebu'l-Üla Mardin, **Ahmet Cevdet**, s. 162-164.

6-Kara Halil Efendi (v. 1880): Mecelle çalışmalarına 7. kitapta başlayıp, son kitabın hazırlanışı dahil on kitabın hazırlanışına katkıda bulunmuştur.

7-Ahmet Halil Efendi (v. 1882): Mecelle'nin dokuz kitabında imzası vardır.

8-Alauddin Efendi (v. 1873): **Raddu'l Muhtar** adlı kitabın sahibi İbn Abidin(v. 1252)'nin oğludur. Mecelle'nin ilk beş kitabının tedvinine katkıda bulunmuş, sonra Şam'a dönmüştür. Şam'a dönüşü ile ilgili olarak, altında imzası bulunan "Kitabu'l-Vedia'nın hükümsüz bırakılarak yeniden hazırlanmasının sebep olduğu söylenmiştir.

9-Ömer Hilmi Efendi (v. 1889) Mecelle heyetinin çalışmalarına son dört kitabın hazırlanmasında hizmet ederek katkıda bulunmuştur.

10-Muhammet Emin Efendi (v. 1891): Mecelle'nin ilk dört kitabının hazırlanışına katkıda bulunmuştur.

11-Ömer Hulusi Efendi (v. 1875): Mecelle'nin 5. kitabından itibaren dört kitabın hazırlanışında katkıda bulunmuştur. Ahmet Cevdet Paşa'nın olmadığı zamanlarda Mecelle heyetine başkanlık etmiştir.

12-Yunus Vehbi Efendi (v. 1904): 5. kitaptan itibaren dört kitabın hazırlanışına hizmet etmiştir.

13-Abdussettar Efendi (v. 1887): Mecelle'nin 13., 14., 15., ve 16. kitaplarının tedvininde vazife görmüştür.

14-Abdullatif Şükrü Efendi (?)¹¹: Mecelle'nin 6, 7, ve 8. kitaplarının hazırlanışında hizmet görmüştür.

15-İsa Ruhi Efendi (v. 1880): Mecelle'nin yalnızca beşinci kitabının tedvinine katkıda bulunmuştur.

16-Ali Haydar Efendi (v. 1935): **Durretu'l-Hukkam** adlı dört ciltlik Mecelle şerhi olan kitabın yazarıdır. Mecelle'nin son zamanlarındaki toplantılarına iştirak ettiği kaydedilmektedir.

3 Mecelle'ye Yöneltilen Eleştiriler

Mecelle, *Ebu'l-Ula Mardin*'in ifadesiyle tahrir bakımından eşi yazılamayacak kuvvette bir eserdir. Hatta Mecelle'nin mimarı olan *Ahmet Cevdet Paşa*, Mecelle ile ilgili şu ifadeleri kullanmaktadır "Avrupa kıtasında ilk defa tedvin olunan kanunname Roma Kanunnamesidir ki, İstanbul da ilmi bir cemiyet tarafından tedvin edilmiştir. Bu kanunname

¹¹Hayatı hakkında bilgiye rastlanamamıştır. Aynı tesbitler için bakınız: Öztürk, **Mecelle**, s. 31; Karaman, **İslam Hukuk Tarihi**, s. 330.

Avrupa kanunnamelerinin esasidir ve her tarafta meşhur ve muteberdir. Fakat Mecelle'ye benzemez. Aralarında pek çok farklar vardır. Çünkü o, beş altı kanunşinas zatın marifetiyle yapılmıştır. Bu ise beş altı fakih zatın marifetiyle ilahi kanun olan Şeriat-ı Ğarradan alınmıştır. Avrupa kanunşinaslarından olup, bu defa Mecelle'yi mütalaa ve Roma Kanunnamesiyle mukayese eden ve ikisine dahi mücerret insan nazarıyla bakan bir zat dedi ki 'Alemdede iki defa kanun yapıldı. İkisi de İstanbul da vuku buldu. İkincisi tertip ve intizamı, meseleler arasındaki güzel uyum ve irtibat yönüyle birinciye göre daha yüksek ve yücedir. Aralarındaki fark dahi insanın o asırdan bu asra kadar medeniyet aleminin kaç adım atmış olduğuna bir mikyastır'".¹²

Görüldüğü gibi Mecelle, *Ahmet Cevdet Paşa*'nın diliyle kendi zamanına kadar dünyada yapılmış olan en mükemmel kanunname dir. Fakat Mecelle'nin Ahmet Cevdet Paşa'nın gözünde böyle müstesna bir mevkiye olması, başkalarının da ona aynı gözle bakmasını gerektirmemiştir. Bunun için, Mecelle kendisine yöneltilen bazı eleştirilerden nasibini almıştır. Bu eleştirileri ve onlara kısaca cevap olabilecek cümleler, kısaca şöyle özetlenebilir:

a) Sistematiğı Açısından Mecelle'ye Yöneltilen Eleştiriler

1- Mecelle bir kanunname olarak hazırlanmasına rağmen fıkıh kitaplarındaki aynı usul Mecellede de takip edilmiş, kitaplar, bablar, fasıllar fıkıh kitaplarındaki tasnife göre ayrılmış ve her akitte ehliyet şartı tekrar olunmuştur. Ayrıca hukuk kitaplarında yer almaması gereken tarif ve izahlara bu kanun metninde de yer verilmiştir.¹³

Bununla beraber, dönemine kadar yazılmış ve mahkemelerde verilen hükümlerin kaynağı durumunda olan fıkıh kitaplarının ancak bu ilimde derinleşmiş kişilerin anlayabileceği tarzda telif edilmiş olması, Mecelle ile bu tekelin kırılıp, Mazbatada da ifade edildiği gibi daha geniş bir halk kesiminin istifade etmesi hedeflendiği göz önüne alınırsa¹⁴ belki kitapta bulunan tekrarların ve her kitabın başında bulunan konuyla ilgili istilahlarm niçin Mecelle'ye alındığı açıklanabilir.

¹² Ebu'l-Ula Mardin, *Ahmed Cevdet*, s. 65.

¹³ Ebu'l-Ula Mardin, *Ahmed Cevdet*, s. 171; Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 133; Öztürk, *Mecelle*, s. 112.

¹⁴ Bu noktaya Mecelle heyeti şu sözleri ile işaret etmektedir ".....Bundan dolayı ihtilaflardan azade ve yalnız en uygun görüşleri içerisine almak üzere fıkhi muamelelere dair anlaşılması kolay bir kitap yapılsa herkes kolaylıkla okuyarak muamelelerini ona tatbik ve mazbut bir kitap olduğu halde kadırlara büyük faydası olacağı gibi Nizamiye Mahkemeleri azasıyla idari işlerde bulunan memurlar dahi okumak suretiyle şer'i meseleleri kavrayarak icabında güçleri yettiği kadar şer'i şerife tabii olurlar".

2- Sistem bakımından Mecelle'ye yöneltilen diğer bir eleştiride onun Kazuistik diğer adlarıyla, "Meseleci" veya "Hadiseçi" yöntem kullanılarak yazılmış olmasıdır. Bu yöntemde, hukuk kuralının ortaya çıkarılması sırasında ileride doğabilecek bütün uyumsuzluklara çözüm bulunması amaçlanır. Bu nedenle, bütün ihtimaller dikkate alınarak, ayrıtılar bir araya getirilir. Bu şekilde hangi olaylar karşısında hangi hukuk kuralının uygulanacağı ve ne gibi sonuçlar doğacağı önceden bilinir. Böylelikle mahkemeler arasında birlik kurulmuş ve hakimlerin keyfi davranışlarda bulunmaları engellenmiş olur. Bunun sonucunda hukukta kesinlik sağlanmış olur.¹⁵

Bu eleştiriye cevap olabilecek ifadeler, Mecelle'nin sistematüğinden bahsederken Osman ÖZTÜRK'den alıntılanarak verilmişti. Bu nedenle burada tekrar etmeye lüzum görülmemektedir. Ancak buna ilave olarak, kazuistik metodun kaynağını kutsal geleneklerden alan hukuk sistemlerinin bir özelliği sayanların da olduğu kabul edilirse, Mecelle'nin kaynak olarak almış olduğu Fıkıh kitaplarının kaynağının kutsal olması nedeniyle Mecelle'de neden kazuistik metodun kullanıldığına bir cevap bulanabilir.¹⁶

b) Hükümleri Açısından Mecelle'ye Yöneltilen Eleştiriler

1- Bu yönüyle gelen eleştirilerde; Mecelle'de halkın ihtiyaçlarına geniş sahada cevap vermek, ihtilafli meselelerde açıktan açığa kat-i hükümler sevk etmek, her türlü şek ve tereddüdü önlemek ve zamanın değişmesini hesaba katarak hükümler koymak gerekirken sadece Hanefi Mezhebi hükümleriyle yetinirmiş olmasıdır. Bu eleştiride hakikat payı vardır, ancak Türkler için, İslam Hukuku yorumunda, hep Hanefî geleneği seçtirilmiş, ya da seçmeleri öngörülmüş olduğu düşünüldüğünde Mecelle heyetinin bundan başka bir seçeneği olmadığı ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte, o dönemdeki ilmi çevrenin taassubunun da bunda etkili olduğu söylenebilir¹⁷. Bu noktaya işaret edenlerden biriside Mecelle'nin tadil komisyonunda çalışmış ve onu Daru'l Funun'da ders olarak okutmuş hukukçulardan biri olan Seyit Bey'dir, Seyit Bey, taklit ve telifkin ne olduğunu bilmeyen bir grubun hükümetçe çıkartılan kanunlarda büyük gürültüler kopardığını anlatmaktadır.¹⁸

¹⁵ Mehmet Nuri Güler, "*Ebu Hanife'nin Hukuk Anlayışının Batılı (Avrupa) Hukuk Ekolleri Arasındaki Yeri*", *İslami Araştırmalar Dergisi*, Cilt 15, Sayı 12, Türkiye Ekonomik ve Kültürel Dayanışma Vakfı, 2002 Ankara, s. 110 (Sonraki dipnotlar "Güler, *Ebû Hanife'nin Hukuk Anlayışı*" şeklinde verilecektir.) Ayrıca "kazuistik" kelimesinin semantik anlamı için aynı makalenin 211 nolu dipnotuna bakınız.

¹⁶ Murtaza Bedir, "*Oryantalistlerin İslam Hukukunun Mahiyetine Dair Tartışmaları*", (Batıda İslam Çalışmaları Sempozyumu), D.İ.B.Y. Ankara 2003, s. 376.

¹⁷ M. Akif Aydın, "*Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*" Maddesi, *Diyanet İşleri Başkanlığı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 26, Ankara 2003, s. 233 (Sonraki dipnotlarda "Aydın, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*" şeklinde verilecektir.).

¹⁸ Seyit Bey, *Medhal*, Asitane Kitap Evi, İstanbul, Tarih Yok, s. 315; Ebu'l Ula, *Ahmed Cevdet*, s. 173.

2- Hükümleri yönüyle Mecelle'ye yöneltilen eleştirilerden biride muhtevasında kendisini tam bir Medeni Kanun yapacak; evlenme, boşanma, miras gibi. bölümlerin olmamasıdır. Medeni kanun ancak bu hükümleri ihtiva etmekle tam şeklini alacaktır. Zaten on altıncı kitabın neşrinden sonra Mecelle heyetinin çalışmalarını sürdürmesi bu eksiklikleri tamamlamak içindir; ancak, çalışmalar çeşitli nedenlerle devam edememiştir.

Bir önceki eleştiride de söz ettiğimiz gibi Mecelle'nin on altı kitabının hazırlanması aşamasında bazı çevrelerin taassubu, Hanefi Mezhebi içinde bile farklı görüşlerin alınmasına tahammülsüzlükleri göz önüne alınınca M. Akif AYDIN'ın ifadesiyle Fıkhın diğer bölümlerine göre daha dikenli bir yol olan Aile Hukuku ve Miras Hukuku gibi meselelerin kanunlaştırılmasında ortaya çıkacak olan huzursuzluklar nedeniyle zamanın uygun olmadığı düşüncesi bu konuların kanunlaştırılmasına engel olmuş olabilir.¹⁹ Ayrıca Mecelle esas itibarıyla Nizamiye Mahkemeleri'nin ihtiyacını karşılamayı hedeflemekteydi. Aile ve Miras Hukuku ise bu mahkemelerin değil Şer'iyye Mahkemeleri'nin görev ve yetki alanında bulunmaktaydı. Bu nedenle, yukarıda sözü edilen bölümler Mecelle'de yerini almamıştı.²⁰

B-Mecelle'yi Doğuran Amiller

Hukukun, mahkemelerde kadıların fıkıh kitaplarına müracaat ederek, devletin kendisi için resmi mezhep olarak benimsediği Hanefi mezhebinin “müfta bih” olan, yani kendisiyle fetva verilen görüşleriyle açıkladıkları hükümlerle yürüdüğü ve buna bağlı olarak kadıların elinde belli bir kitap bulunup o kitaba göre hüküm verme zorunluluğu bulunmadığından hukuk birliğinden de söz etmenin mümkün olmadığı²¹ Osmanlı Devletinde Mecelle gibi bir kanun mecmuasına neden ihtiyaç duyulduğu açıklanması gereken konulardandır.

Mecelle'yi doğuran amilleri siyasi ve iktisadi amiller ile hukuki amiller olarak iki gruba ayırabiliriz. Zaten Mecelle'nin ilk kitabı olan “Kitab'ul- Buyu” ve iki makaleden oluşan mukaddimesi ile birlikte yürürlüğe girmesi için üst makamlara gönderilen mazbatada böyle bir kanunnameye neden ihtiyaç duyulduğu ve hazırlanma esnasında nelere dikkat edildiğine dair bilgileri bulmak mümkündür.

¹⁹ Aydın, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, s. 133 (Aydın, bu konuların Mecelle'ye girmemesi ile ilgili üç neden saymaktadır.)

²⁰ Aydın, **Mecelle-i Ahkam-ı Adliye**, s. 233.

²¹ Mecelle oluşturulmadan önce mahkemelerin içinde bulunduğu durumu anlatması bakımından *Refik GÜR*'ün değerlendirmelerini burada sunmak istiyoruz: “Mecelle tedvin edilinceye kadar Türk mahkemeleri tezat içinde bulunuyordu. Aynı mesele hakkında bir mahkemenin verdiği karar, diğerinin verdiği karara uymuyordu. Bir takım içtihatlardan ve fetvalardan netice çıkarmaya çalışan Kadıların ve hakimlerin ellerine İslam hukukunun prensiplerini derli toplu bir eser halinde vermek icap ediyordu.” Bkz: Gür, **Mecelle**, s. 39.

1) Siyasi ve İktisadi Amiller

Osmanlı Devletinde daha çok dış tesirlerin meydana getirdiği Tanzimat hareketlerinin tamamında olduğu gibi, kanunlaştırma hareketleri kısmında da Avrupa'nın etkisi görülmektedir. Tanzimatla girilen kanunlaştırma hareketinde iktisadi şartların değişmesi ve Avrupa devletleri ile olan ticari ilişkilerin artması ve bunların sonunda, mahkemelere intikal eden anlaşmazlıkların çözümleri için yabancıların Şer'i Mahkemelerde davanın görülmesine yanaşmamaları, yeni bir hukuk tedvini için yabancı devletlerin baskısı ve Fransız Medeni Kanunu'nu tercüme ve iktibas fikirlerinin yayılması gibi nedenler, Osmanlı Devleti'nde Tanzimata kadar tek hukuk kaynağı olan İslam Hukuku'nun yanında Tanzimatla birlikte Fransa başta olmak üzere batıdan bazı kanunlar alınmaya başlanmıştır. Bu zamâna kadar şer'i konularda şer'i hükümler veren mahkemeler bu tür kanunlarla hüküm vermemiş ve bunların neticesinde 1871 yılında Nizamiye Mahkemeleri doğmuştur.²²

İşte Mecelle-i Ahkamı Adliye, Nizamiye Mahkemelerinde uygulanacak hükümler hakkında batıdaki medeni kanunların o dönemdeki en önemlisi olan Fransız Medeni Kanunu'nu kabul etmek isteyen devlet adamlarından etkili bir gruba karşılık başta Ahmet Cevdet Paşa olmak üzere, kendi öz benliğimizi taşıyan, kaynağı İslam Hukuku olan ve Osmanlı Devletinin kendisi için resmi mezhep gördüğü Hanefi mezhebinin fetva için en uygun görüşlerinden seçilmiş bulunan bir kanun mecmuası oluşturmak isteyen diğer bir grubun, fikri mücadelesi sonunda gerçekleşmesine karar verilmiş, Osmanlı Devletinde ilk ve en başarılı kanunlaştırma hareketi olmuştur²³.

2) Hukuki Amiller

Mecelle'yi ortaya çıkartan hukuki amiller, Mecelle'nin ilk kitabıyla beraber onay almak için üst makamlara gönderilen Esbab-ı Mucibe Mazbata'sında şöyle açıklanmaktadır: "...ihtilaflardan azade ve yalnız en uygun görüşleri içerisine almak üzere fihhi muamelelere dair anlaşılması kolay bir kitap yapılırsa herkes kolaylıkla okuyarak muamelelerini ona tatbik ve böyle mazbut bir kitap olduğu halde naib efendi (kadı) lere büyük faydası olacağı gibi, Nizamiye Mahkemeleri azasıyla idari işlerde bulunan memurlar dahi okumak suretiyle şer'i

²² Öztürk, **Mecelle**, s. 11-12.

²³ Geniş bilgi için bakınız: Öztürk, **Mecelle**, s. 14, 18-19; Ebu'l-Ula Mardin, **Ahmet Cevdet**, s. 63-64. Avrupa kanunları içerisinde özellikle Fransa Medeni Kanununun alınmak istenmesinin birkaç sebebi vardır. Bunlardan bazıları; Fransa'ya tahsile gönderilen ve o memleket kültürüne karşı edindikleri hayranlık, gözlerini kamaştıran bir kısım aydınlar, Fransız Medeni Kanununun bir çok Avrupa Devletlerinde kabul edilmiş olması, Tatbikat kolaylığı sağlaması. Bkz: Gür, **Mecelle**, s. 97.

meseleleri kavrayarak, icabında güçleri yettiği kadar şer'i şerife tabi olurlar. Hem Şer'i mahkemelerde muteber ve geçerli, hem de Nizamiye Mahkemeleri'nde hukuk davaları için kanun kaynağı lüzumu kalmaz mütalaasına mebni öyle bir muhteşem eserin vücuda gelmesi hayli vakitten beri arzu olunan bir hal olup, hatta bunun için Meclis-i Tanzimat Dairesinde bir ilmi cemiyet teşkil edilmiş ve hayli meseleler yazılmış iken, fiiliyat sahasına konulamamıştır....."²⁴

Sonuç olarak, Mecelle'yi doğuran amilleri maddeler halinde şöyle sıralamak mümkündür:

1) Tanzimatla girilen kanunlaştırma hareketiyle beraber iktisadi şartların değişmesi ve Avrupa Devletleri ile olan ticari münasebetlerin artması,

2) Avrupa Devletlerinin hukuki alanlarda Osmanlı Devleti'nde yaşayan ve kendileri ile aralarında bağlantı bulunan azınlıkların haklarını dile getirip, eksiklik olarak saydıkları noktaları bahane ederek devletin iç işlerine karışmak istemeleri,

3) Avrupa'nın Fransa örneğinde olduğu gibi, kendi Medeni kanunlarını kabul ettirme ve böylece Osmanlı Devleti üzerindeki nüfuzlarını arttırma çabaları,

4) Devlet içindeki kendi öz benliklerini koruma adına duyarlı olan kişilerin Avrupa dan kanun ithal etme fikrinde bulunanların bu fikirde başarılı olmamaları için ortaya koydukları tezlerle verdikleri mücadele,

5) Hem Müslümanlar hem de Gayri müslimler için uygulanacak ve itiraza imkan vermeyecek bir kanuna olan ihtiyaç,

6) Meselelerin dağınık halde bulunduğu fıkıh kitaplarına müracaat edip onlardan istenilen hükmü çıkarabilecek hukuk adamlarının azalması ve hukuk birliğinin sağlanmak istenmesi,

7) Hazırlanacak kanun ile insanların muhatap oldukları hükümlerin sadece hayatlarının büyük bir kısmını fıkıh ilmine veren kimseler tarafından değil de daha geniş bir kesimin anlayacağı bir şekilde kolaylaştırma arzusu, olmaktadır.

C- Mecelle'nin Kaynakları

Osmanlı Devleti'ndeki kanunlaştırma hareketlerinin en önemlisi ve en başarılısı olan Mecelle'nin hangi kaynaklardan istifade edilerek hazırlanmış olduğunun açıklanması, Tez konumuzun çözümlenmesinde gerekli olmaktadır. Mecelle'nin sistematüğinden bahsedilirken

²⁴ Öztürk, **Mecelle**, s. 33-39.

Mecelle'nin başında doksan dokuz külli kaidenin bulunduğu daha önce bildirilmişti. Buna göre, Mecelle'nin kaynaklarını, birincisi, Mecelle'nin Kavaidi Külliye'sinin kaynakları, diğeri de, Mecelle'nin Kitapları'nın kaynakları diye iki kısımda incelenebilir:

1) Mecelle'nin Kavaidi Külliye'sinin Kaynakları: Mecelle'nin başında bulunan doksan dokuz kaide mazbatada ifade edildiği gibi başta *İbn Nüceym* (v. 970/1562)'in, **EL-Eşbah ve'n-Nazâir** adlı kitabı olmak üzere *Ebu Said el-Hadimi* (v. 1172/1758)'nin, **EL-Mecamiu'l-Hakaik**²⁵ adlı kitaplarından tercüme edilmek suretiyle alınmıştır. Esasen, bu kaidelerin bir kısmı hadis-i şeriflerden ve diğeri kısmı ise ilk devir fıkıh alimlerinin cami ve veciz olan ifadelerinden tekamül ederek meydana gelmiş hukuki ilkelerdir. *Ebu'l-Ula Mardin*, bu kaidelerin orijinal şekillerini ve çok azı dışında alındığı kaynakları açıklamaktadır.²⁶

2) Mecelle'nin Kavaidi Külliye Dışındaki Bölümlerinin Kaynakları: Esbab-ı Mucibe mazbatasında da ifade edildiği gibi Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin kaynakları, Hanefi mezhebi üzere kaleme alınmış Fıkıh kitapları, şerh, haşiye ve fetvalar olmak üzere İslam Hukuku Hanefî Ekolu kitâbiyâtıdır. Osman ÖZTÜRK, Mecelle'nin tedvininde hangi kitapların tetkik edildiğine dair elde herhangi bir vesikanın mevcut olmadığını söylemekle beraber²⁷, Ebu'l-Ula Mardin, kaynak alınması muhtemel olan eserler hakkında uzun bir liste tanzim etmiştir.²⁸

Mecelle'nin kaynakları arasında batı hukukunun bulunup bulunmaması ilgili olarak mazbatada yer alan şu alıntı açıklayıcı olmaktadır: “Elhasıl bu Mecelle'de Hanefi Mezhebinin dışına çıkılmayıp...”. Görüldüğü gibi, bu ifade Mecelle'nin kaynakları arasında değil yabancı hukukun bulunması, diğeri ehli sünnet mezheplerinin de yer almadığını bildirir niteliktedir.²⁹

D-Mecelle'nin Uygulanması Ve Uygulandığı Yerler

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, hazırlandığı devre göre sistem ve muhteva bakımından bir yenilik arz ettiğinden ve devrin yeni ortaya çıkmış bir takım hukuki meselelerine çözüm

²⁵ Mustafa Ahmet ez-Zerkâ, **el-Medhalu'l-Fıkhi'l-Amm**, Dimeşk 1968, c. 2 s. 957 (Sonraki dipnotlarda “Zerka, **Medhal**” şeklinde verilecektir.).

²⁶ Geniş bilgi için bakınız: Ebu'l-Ula Mardin, **Ahmet Cevdet**, s. 199. (Müellif burada da bu kaidelerin müellifinin Ahmet Cevdet olduğunu söyleyen bazı yazarları tenkit etmiştir.)

²⁷ Öztürk, **Mecelle**, s. 121.

²⁸ Listedeki eserler hakkında bakınız: Ebu'l-Ula Mardin, **Ahmet Cevdet**, s. 167-169.

²⁹ Öztürk, **Mecelle**, s. 122; Zeydan, **el-Medhal li-Dirâseti'ş-Şeriatî'l-İslamiyye**, s. 128, Ali Nedvi, **el-Kavâidi'l-Fıkhiyye**, Dimeşk 1994, s. 181.

getirmiş olmasından dolayı yalnız bugünkü Türkiye sınırları içinde değil, çok geniş bir sahada uygulanmıştır.

Mecelle, ilk kitap olan “Kitâbu’l-Buyû”un Mecelle kurulu tarafından 21 Mart 1869’da Vekiller Meclisi’ne, aynı gün söz konusu kitabın bu meclisçe Padişah’a arz olunup, onun da onayı sonunda kanunlaşmasıyla başlamıştır³⁰. İşte, 1869’dan itibaren o tarihte Osmanlı Devletine bağlı olan; Mısır, Hicaz , Irak, Ürdün, Lübnan, Kıbrıs ve Filistin de yürürlüğe girmiştir. Mecelle bu devletlerde uygulanmasının yanı sıra, gerek uygulandığı ülkelerde gerekse diğer İslam ülkelerinde düzenlenen kanunları etkilemiştir. Bunda sahasında hazırlanan ilk kanun olmasının rolü büyüktür.³¹ Schacht ve Ebu’l-Ula Mardin kendi dönemlerinden bahsederek “Daha önce Osmanlı Devletinden ayrılmış olan Kıbrıs, ve İsrail ile Ürdün de hala Medeni Hukukun esasını Mecelle teşkil etmektedir” demekle Mecelle’nin uygulamadaki etkilerini ifade etmişlerdir.³²

Nihayet Mecelle, 1917 yılında kendisini tam bir Medeni Hukuk haline getirecek olan Hukuku Aile Kararnamesi ayrı bir heyet tarafından meydana getirilişinden birkaç yıl sonra 4 Ekim 1926 da yerini İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar kanunundan tercüme edilen kanunlara bırakarak³³, Osmanlı Devletinden sonra kurulan Türkiye de ilğa edilmesinden sonra da, uygulamadaki etkileri Türkiye sınırları dışında devam etmiştir. Lübnan 1932, Mısır ve Suriye 1949, Irak ise 1953 senesinde Mecelle’yi uygulamadan isim olarak kaldırmışlardır. Mecelle, Arnavutluk ve Bosna ve Hersek de 1928 yılına kadar uygulamada kalmıştır.³⁴

II. KÜLLİ KAİDELER

İslam Hukuku’nun temel ilkeleri diyebileceğimiz külli kaideler (: Kavaidi-i Külliyye), istikra (tümevarım) yoluyla çıkartılmış, İslam Hukuku’nun hemen her alanına uygulanabilen, özlü ve kuşatıcı anlatımlara sahip toplu (icmali) kurallardır³⁵. Fıkıh alimlerinin uzun zamanlar neticesinde Kur’ân ve Sünnet nasslarının delâlet ettiği anlamlardan çıkartmış oldukları ve

³⁰ Öztürk, **Mecelle**, s. 33, 41.

³¹ Aydın, **Mecelle-i Ahkam-ı Adliye**, s. 234.

³² Schacht, **İslam Hukukuna Giriş**, s. 101; Ebu’l-Ula Mardin, **Ahmed Cevdet**, s. 95.

³³ Aydın, **Mecelle-i Ahkam-ı Adliye**, s. 234.

³⁴ Schacht, **İslam Hukukuna Giriş**, s. 101; Ebu’l-Ula Mardin, **Ahmed Cevdet**, s. 64; Öztürk, **Mecelle**, s. 94; Zeydan, **Medhal**, s. 128.

³⁵ Mustafa Baktır, “**Kaide**” Maddesi, **D.İ.B.İ.A.**, Cilt 24, s. 205 (Sonraki dipnotlarda, “Baktır, **Kaide**” şeklinde verilecektir.).

fıkhi tefekkürü ifade eden özlü sözler cinsinden olan bu kurallar İslam Fıkıh literatüründe, atasözler gibi olmuşlardır. Bu bakımdan külli kaideler, “Hayatın akışına, hukukun inkişafına tabii mecra vazifesi gören beleğat ve fesahat harikaları”³⁶ olarak tanımlanmışlardır.

Tez konumuz, “**Mecelle’de Bulunan Hukuk-Dil İlişkisine Yönelik Külli Kaidelerin Çözümlenmeleri**” olması nedeniyle, birinci bölümün bu ikinci kısmında, külli kaideler kavramının ne demek olduğu, İslam Alemi’ndeki fıkıh (hukuk) kültüründe ortaya çıkışı ve tarihi gelişimi, bu kaidelerin İslam Hukuku’ndaki önemi, yasama ve yargılama sürecinde, başlı başına kaynak olup olamayacağı konuları işlenecektir:

A-Tanımı

Tanım olarak, gelen paragraflarda, Külli Kaideler’in “sözlük” ve “terim” anlamları incelenecektir:

1) Sözlük Anlamı

Sözlükte “oturmak” anlamındaki قعود mastarından türemiş olan “kaide” (çoğulu kavaid) binanın üzerine dayandığı temel, bir şeyin aslı esası anlamlarına gelir.³⁷ Kaide çoğul şekliyle bu anlamda Kur’an-ı Kerimde iki yerde geçmektedir: Bunlardan birinci;

a- واد يرفع ابراهيم القواعد من البيت و اسمعيل ربنا نقبل منا انك انت السميع العليم

“İbrahim İsmail ile birlikte evin (Kabe’nin) temellerini yükselttiğinde rabbimiz bizden bunu kabul et. Şüphesiz sen işiten ve bilensin.” (Bakara: 2-127)

b- قد مكر الد بين من قبلهم فاتي الله بنيانهم من القواعد فخر عليهم السقف من فوقهم واتيهم العذاب من حيث لا يشعرون

“Onlardan öncekiler hileli düzenler kurmuşlardı. Allah’ın azap emri onların kurdukları yapıların temellerine geldi. Böylece üstlerindeki tavan üstlerine çöktü. Azap onlara şuurunda olmadıkları yerden geldi.” (Nahl:16-26) olmaktadır.

Fizik aleme ait bu kavram, tasavvurat düzlemine taşınarak “iki ve daha fazla farklı olayın müşterek mahiyetini ifade eden genel hüküm”, “münferit meselelere ait hükümlerin

³⁶ Gür, **Mecelle**, s. 109.

³⁷ Heyet, “**Kaide**” Maddesi, **El-Mu’cemu’l-Vasit**, Çağrı Yayınları, İstanbul 1996, s. 748 (Sonraki dipnotlarda, “Heyet, **Kaide**” şeklinde verilecektir.

dayandığı ana fikir” ve “cüz’ilerin hükümlerine uygun düşen külli (tümel) önerme”de “kaide” adını almış, çeşitli ilimlerde bu anlamıyla yaygın bir kullanım kazanmıştır.³⁸

2) Terim Anlamı

Terim anlamı olarak “kaide” çoğulu, “kavaid”, “Her biri bir çok cüz’inin hükmünü kapsamına alan külli önermeler”³⁹ diye tanımlanmaktadır. Bu anlamıyla kaide, İslam hukukunda, usuli ve fıkhi kaideler olmak üzere ikiye ayrılır:

a-Usuli Kaide: “Kendisiyle tafsili delillerden şer’i ameli hükümlerin çıkartıldığı külli önermelerdir.”⁴⁰

b-Fıkhi Kaide: “Kapsamına giren olaylar hakkında genel ve teşrii hükümler ihtiva eden dusturi ve kısa cümlelerle ifade edilen külli ve fıkhi esaslardır.”⁴¹

Usuli ve Fıkhi şeklinde iki kısma ayrılan külli kaideler arasında şu farklar vardır⁴²:

1-Usule dair kaidelerin istisnaları olmaması yönüyle hükmü kapsamı altına giren tüm cüzleri için geçerliken, fıkhi kaideler istisnaları olması bakımından “ağlebi” dirler; yani, tamamı için geçerli olmayıp çoğunluk için geçerlidir.

2-Usuli kaidelerin işlevi, kapsamları altındaki cüz’i delillerden fıkhi hükümleri çıkartmaktan ibaret iken, fıkhi kaidelerin işlevi ise, fıkhiğin dağınıklığını gidermek için birbirine benzer hükümleri bir araya getirmekten ibarettir.

3-Usuli kaidelerin konusu deliller ve o delillerden çıkartılan hükümler iken, fıkhi kaidelerin konusu ise, usul kaideleri vasıtasıyla çıkartılmış olan hükümlerin taalluk ettiği mükellefin fiilleridir.

Külli kaidelerin tanımını verdikten sonra fıkha dair konuşmalarda ve yazılarda kaide ile karıştırıldığına tanık olunan “**dabita**”nın ne olduğunu ve “kaide” ile arasındaki farkı belirtmek kaide’nin daha iyi anlaşılması bakımından yararlı olacaktır:

³⁸ Baktır, **Kaide**, s. 205.

³⁹ Ali Haydar, **Dürer**, İstanbul 1912, s. 27 (Sonraki dipnotlar “Ali Haydar, **Dürer**” şeklinde verilecektir.”; Zerka, **Medhal**, c. 2, s. 946; Abdulkerim Zeydan, **El-Veciz fi Şerhi Kavaidi’l-Fıkhiyye**, Müessesetür’r-Risale, Beyrut 2001, s. 11 (Sonraki dipnotlar “Zeydan, el-Veciz” şeklinde verilecektir.); Heyet, **Hulasatu’l-Bahs fi’l-Kavaidi’l-Fıkhiyye**, Kahire, 2003 (Sonraki dipnotlar “Heyet, **Hulasa**” olarak verilecektir.); Zekiyyuddin Şaban, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, çev.: İ. Kafi Dönmez, TDVY. Ankara 1996, s. 28 (Sonraki dipnotlar “Şaban, **İslam Hukuk İlminin Esasları**” şeklinde verilecektir.).

⁴⁰ Heyet, **Hulasa**, s. 8.

⁴¹ Zerka, **Medhal**, c. 2, s. 947.

⁴² Heyet, **Hulasa**, s. 9.

Dabıta ضابطة , Fıkhın tek bir konusu altında birçok fer'i hükmü bir araya getiren fıkhi kuraldır. Dabıta bu yönüyle kaideden ayrılmaktadır. Çünkü kaide tanımında da belirttiğimiz gibi fıkhın tek bir konusu değil bir çok konusunda hükmü geçerli olan kurallardır.⁴³ Diğer bir anlatımla, dabıta, bir konudaki bir çok hükmü içine alan bir kural iken, kaide ise, bir çok konudaki bir hükmü içine alan bir kural olmaktadır.

Dabıtaya örnek olarak “Selem” konusunda hangi mallarda selem yapmanın caiz olduğunu belirten şu kuralı verebiliriz: “Özelliklerinin zabtı ve miktarının bilinmesinin mümkün olduğu her şeyde selem caizdir: كل ما يمكن ضبط صفته و معرفة مقداره جاز السلم فيه ” Bu dabıta, selem mevzusunda şunda selem caiz midir? Bunda caiz midir? sorularına tek tek cevap vermek yerine, genel bir yargı ortaya koyarak basit bir cümleyle kişiyi birçok cümle ezberlemekten kurtarmaktadır.⁴⁴

B-Külli Kaidelerin Ortaya Çıkışı Ve Tarihi Gelişimi

Külli kaideler, ifade ettikleri anlam ve yapıları bakımından İslam Hukuku'nun geliştiği asırlarda, büyük hukukçuların eliyle tedrici olarak ortaya çıkmış ve tekâmül etmiştir. Bu kaidelerin metinleri, Hadis nassı olanlar dışında, kimler tarafından ilk defa söylendiği de bilinmemektedir.

Külli kaidelerin tamamı aynı zamanda ortaya çıkmadığı gibi Mecelle'de yer alınca kadar, gerek kendilerini oluşturan kelimeler, gerekse kapsamı bakımından değişimlere uğramıştır. Külli kaidelerde olan bu tekâmülü göz önüne alındığında, bu kaidelerin ortaya çıkışı ve gelişimini üç safhada incelemek mümkün olmaktadır. Bu safhalar, “Ortaya Çıkma (Oluşma)”, “Gelişme (Tedvin)” ve “Olgunlaşma” dönemleri olarak gelen başlıklar altında ayrıntılı bir şekilde açıklanmaya çalışılacaktır:

⁴³ İbn Nuceym (v. 970/1562), **El-Eşbah ve'n-Nazâir**, Daru'l-Fikir, Beyrut 1999, s. 192 (Sonraki dipnotlar “İbn Nuceym, **El-Eşbah**” şeklinde verilecektir.); Zeydan, **el-Veciz**, s. 7; Heyet, **Hulasa**, s. 8.

⁴⁴ Abdullah b. Mahmud el-Mevsilî (el-Musulî) (v. 683/1284), **El-İhtiyar li-Ta'lîli'l-Muhtar**, c. 1, Daru'l-Erkam, Beyrut 1999, s. 288 (Sonraki dipnotlar, “El-Mevsili, **El-İhtiyar**” şeklinde verilecektir.)

1) Ortaya Çıkma (Oluşma) Dönemi

Bu dönem, külli kaidelerin müstakil olarak tedvin edilmediği dönem olup, Peygamber Efendimizden, bu tür kaidelerin tedvin edilmeye başladığı dönem olan Hicrî V. asra kadar mezhep imamlarının çıktıkları devreyi de içine alan bir dönemdir.

Fıkhi külli kaidelerin ilk defa ortaya çıkma döneminin risalet asrı olduğunu söylenebilir. Hz. Peygamber'in *cevamiu'l-kelim*, yani az kelimelerle çok mânayı anlatan, cinsten söylemiş olduğu bazı sözlerin altında pek çok konu ile alakalı cüz'i hükümler olması bakımından bu gibi sözleri külli kaideler hükmünde değerlendirilebilir.⁴⁵ Bu duruma en açık örnekler şunlardır:

-Zarar vermede yoktur. Zarara zararlar karşılık vermekte yoktur.

لا ضرر ولا ضرار

-Tazmin misli mallarda misliyle, kıyemi mallarda kıymetiyle olur.

الخراج بالضمان

-Beyyine (Delil getirme) iddia sahibine, yeminde inkar edene aittir.

البينة على المدعي واليمين على من انكر

Görüldüğü gibi bu hadisler fıkın sadece cüz'i bir meselesiyle ilgili olmayıp bir çok mevzuda geçerlidir. Bu nedenle İslam Hukukçuları bu türden hadisleri fıkın muamelat kısmındaki bir çok konuda delil olarak kullanmışlardır. Zaten bu hadisler sonraki dönemlerde Mecelle'de dahil olmak üzere külli kaideleri bir araya getirmeyi amaçlamış eserlerde külli kaideler olarak yerlerini almışlardır.⁴⁶

Hz. Peygamberden sonra sahabe ve tabiinden de rivayet edilen bu türden külli kaide diyebileceğimiz sözler, daha sonra fıkın tedvin edilmeye başladığı dönemde fukahanın kitaplarında görülmektedir. Örnek olarak: Hanefî mezhebini tedvin eden İmam Muhammed (v. 189/805), *Asl* adlı kitabının "*İstihsan*" bölümünde; "Yakin şek ile zail olmaz" kaidesinin cüz'i bir hükmü olarak; "Abdest alan kişi abdest'ini bozduğunu kesin olarak bilmiyorsa o kimse abdestli sayılır. Çünkü abdest alması yakini yani kesin bir bilgiye dayanırken

⁴⁵ *İbn Kayyim* (v. 751/1350), Hz. Peygamberin bu yönüne şu güzel ifadeleriyle dikkati çeker: "...Mezhep sahipleri, görüşlerini belirleyip, kendilerine göre, helal ve haramı içeren 'külli esasları (:cevami'i)'ı, ifade zafiyetlerine rağmen tayin edebildiklerine göre, Allah ve cevami'u'l-kelim ile gönderilen Resulü, buna çok daha muktedir olmalıdır. Peygamber, şumullu bir söz söyler (:el kelimetu'l-camiatu) ki, bu, pek çok tür ve ferdi içine alan bir kaide ve külli bir ilke olur. Bkz: Ebu Abdullah Muhammed b. Ebi Bekr b. Kayyim, *İ'lamu'l-Muvakkiin an Rabbi'l-Alemin*, c. 4, Daru'l-Kutubi'l-İlmiye, Beyrut 1991, s. 333.

⁴⁶ Ali en-Nedvî, *el-Kavaidu'l-Fıkhiyye, Mefhumuha, Neşetuha, Tetavvuratuha*, Daru'l-Kalem, Dimesşk 1994, s. 90 (Sonraki dipnotlar "En-Nedvî, *el-Kavaid*" şeklinde verilecektir.)

abdest'inin bozulup bozulmadığı hakkındaki bilgisi ise şüpheye dayanmaktadır. Bu konudaki şüphe ise geçersizdir.” diyerek bu kaideyi işlemiştir. Sonraları bu kaide, *Ebu Tahir ed-Debbas* ile beraber beş temel kaideden biri olarak sayılmıştır.

Bunun yanında İmam Muhammed'in talebesi olan İmam Şafii (v. 204/819)'nin de **el-Umm** adlı kitabında kavaidi külliye diyebileceğimiz türden Fıkhın birçok bölümünde hükmü geçerli olabilecek metinlere rastlanmaktadır. Örnek olarak şunlar sıralanabilir⁴⁷:

-Zaruret halinde caiz olanlar zaruret olmayan durumlarda caiz değildir.

يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها

-Bazen zaruret halinde mubah olan şeyler zaruret olmayan durumlarda mubah olmaz.

قد يباح في الضرورة ما لا يباح في غير الضرورة

-Belli bir mâna nedeniyle helal sayılan haramlar ancak bu mâna nedeniyle helal olurlar bu mâna ortadan kalkınca tekrar asli olan haramlığa döner.

كل ما احل من محرم في معني لا يحل الا في ذلك المعني خاصة فان زال ذلك المعني عاد الي اصل التحريم

Bu üç kaide her ne kadar kendilerini oluşturan kelimeler ve bu kelimelerin dizimi bakımından farklıysa da, mâna olarak zaruret halini beyan etmektedir. Daha sonraları bu mânada olan kaide, kelimeleri arasındaki uyum bakımından yapısı daha da oturarak “Zaruretlar mahzurları mubah eder.” الضرورات تبيح المحظورات şekline alacaktır.

Bu dönemdeki kavaidi külliye hareketlerine bakıldığında özet olarak şunları söylemek mümkündür:

a- Külli kaideler, daha sonraki anlam ve önemi kazanmadan önce ilk üç asır alimleri tarafından kullanılmıştır.

b- Külli kaideler alanında telif hareketlerinin gelişimine bakmadan önce bu tür kaidelerin geçtiği ilk üç asır fıkıh alimlerinin kitaplarına ve sözlerine bakmak gerekmektedir.

c- Bu dönemde kitaplarda geçen fıkhi kaideler, bu konuda yapılan çalışmaların olgunlaştığı dönemdeki aynı kaidelerle karşılaştırıldığı zaman kaideyi oluşturan kelimelerin daha fazla, kelimeler arasındaki uyumun biraz daha az olduğu görülmektedir ki bu da külli kaidelerde olan tekâmülü çok açık bir şekilde bizlere göstermektedir.

d-Bu devirde bu türden veciz ama bu denli kapsamlı ifadeler, sonraki alimlerin bu konudaki çalışmalarını teşvik etmiştir.⁴⁸

⁴⁷ Muhammed b. İdris Eş-Şâfii, **el-Umm**, Daru'l -Kutubi'l -İlmiye, Beyrut 1993, c. 4, s. 168.

⁴⁸ En Nedvi, **el-Kavaid**, s. 104.

2) Gelişme (Tedvin) Dönemi

Külli kaidelerin, Hicrî IV. asırda ve sonrasında müstakil bir ilim haline geldiklerini söylemek mümkündür. Külli kaideler hakkında eserler yazan bazı müellifler bu tür kaidelerin yaygınlaşması ve bu konuda eserlerin ortaya çıkmaya başlamasını, hicri dördüncü asırda sistemli bir hale gelen mezhep taklitçiliği ile irtibatlandırmışlardır⁴⁹. Buna katılmamak mümkün değildir. Çünkü bu asırda fıkhî mezheplerin istikrarından sonra gelen fıkıh bilginleri, mezhep imamlarından gelen içtihatları ta'lil etme, onların hangi prensipleri esas alarak hüküm çıkarttıklarını tespit etmek için çalışmalar yapmışlar ve bununla o mezhebe bağlı olan alimlerin karşılaştıkları meseleleri çözerken mezhep dışına çıkmalarını aza indirmeyi amaçlamışlardır. Bu amaçla, Usûlü'l-Fıkh'a dair eserler kaleme almak yerine, Kavaid alanında eserler yazıldığına tanık olunmaktadır. Bu duruma örnek olarak *Ebu'l-Hasen el-Kerhi* (v. 340/951)'nin yazmış olduğu ve içinde kavaidi külliye diyebileceğimiz esasların bulunduğu **er-Risâle fî'l-Usûl** adlı eseri verilebilir. Bu er-Risale'de, Kerhi, Hanefî mezhebinin hangi esaslara dayandığını *el-Asl* (الاصل) diyerek belirlemiştir. Bununla, bu mezhebe bağlı olan alimlerin verecekleri hükümlerin bu "asıl"lara dayanmasını sağlamaya çalışmıştır.⁵⁰ Fıkhın o dönemdeki durumunu bizlere tasvir eden İbn Haldun (v. 808/1405), **Mukaddime** adlı eserinde şöyle demektedir: "...Her imamın mezhebi, o mezhebe uyanların yanında mahsus bir ilim haline gelince, artık içtihat ve kıyas yapmaya bir yol bulamadılar. Bu nedenle mezheb imamlarının yanında kabul edilmiş usul gereğince birbirlerine benzeyen meselelerin benzeme ve ayrılma noktalarını tespit etme ihtiyacı hissettiler..." diyerek **el-Eşbâh ve'n-Nazâir** adlı eserlerin ve bu konudaki çalışmaların taklit ile bağlantısını ortaya koymuştur.⁵¹ Bu tespiti güzel bir şekilde belirleyenlerden biri de *Ali en-Nedvi*'dir. Bu konuda şu açıklamaları yapmaktadır: "Hicri dördüncü asırda taklit ortaya çıkıp⁵² ferdi gayretler dışında içtihat zayıflayınca, mezhebler arasındaki ihtilafların ve onlar arasında tercih edilen görüşlerin delilleriyle beraber bulunduğu muazzam miras sonraki fukahanın yeni çıkan meselelere bu mirastan tahriç yoluyla hüküm vermelerinden başka bir işe yaramadı. Bu tahriç

⁴⁹ Ez-Zerka, **Medhal**, c. 2, s. 952.

⁵⁰ Bu durumu *Kerhi*'nin risalesindeki 28. Asl (Kural)'da çok açık görmekteyiz: "Ashabımızın (Hanefî Mezhebi İmamları) sözüne muhalif olarak bulunan her ayet neshe veya tercih'e hamledilir." Bakınız: "**Ebû'l-Hasan el-Kerhî, Risâle fî'l-Usûl, Tercüme: Ferhat Koca**", **Ebû Zeyd ed-Debûsî, Mukayeseli İslam Hukuk Düşüncesinin Temellendirilmesi**, Giriş ve Notlarla Tercüme: Ferhat Koca, Ankara 2002, s. 267. Kerhi aynı hükmü Hanefî alimlerinin sözlerine muhalif olarak gelen hadisler için de vermiştir. Bkz.: Aynı eser, 29. Asl, s. 268.

⁵¹ Abdurrahman b. Haldûn, **Mukaddime**, thk: Hamid Ahmed Tahir, , Daru'l-Fecr, Kahire 2004, s. 542.

⁵² *Nedvi*'nin taklidin bu asırda çıktığını söylemesi bugün anlaşıldığı şekliyle taklittir; çünkü taklit sahabe devrinden itibaren İslam dünyasında görülmektedir.

yöntemiyle sonraki fakihlerin, müçtehitlerden nakledilen asılları esas alarak hüküm çıkartmalarıyla fıkıh gelişip çerçevesi genişledi. Böylece fıkıh bilginleri fıkıhta yeni üsluplar ortaya koymaya başladılar. Bu üslupları, bazen *Kavaid*, bazen *Davabit*, bazen de *Furûk*, *Elğaz*, *Hiyel* ve benzeri adlarla andılar. Zamanın ve şartların getirdiği problemler çoğalınca fetva ve furuu hükümlerini zabıt altına alacak kavaid ve dabitaları, seleflerinin yolundan giderek genişletmeye çalıştılar. Ebu'l-Haseni'l-Kerhi ve ed-Debbusi (v. 430/1039)'nin yaptıkları gibi.”⁵³

Küllî kaideleri ilk olarak tedvin edenler Hanefilerdir. Es-Suyûtî (v. 911/1505) ve İbn Nuceym (v. 970/1562) “El-Eşbah ve'n-Nazâir” adlı kitaplarında anlattıklarına göre, “Hanefilerden Ebu Tahir ed-Debbas, Hanefî mezhebinin esaslarını on yedi kaidede toplamıştı. Bunu duyan Şafii alimlerinden Ebu Said El-Herevi, Ebu Tahir'in yanına gitti. Ebu Tahir âma (görmez) biriydi. Her akşam insanlar namazdan çıktıktan sonra bu kaideleri sesli olarak tekrar ediyordu. Ebu Said gizli olarak insanlar mescitten çıktıktan sonra bir hasıra sarılıp Ebu Tahir'in kaideleri tekrar etmesini bekledi. Ebu Tahir bunlardan yedi tanesini tekrar ettiğinde, Ebu Said'in içeride olduğunu fark etti. Onu dışarı çıkardı, ve artık bildiği kaideleri sesli olarak tekrar etmeme kararı aldı. Ebu Said el-Herevi ise duymuş olduğu bu yedi kaideyi ezberleyerek Kadı El-Huseyn el-Basri (v. 430/1039)'ye aktardı. Ebu'l-Huseyn ise bunlardan ilham alarak Şafii mezhebini yedi kaidede topladı.”⁵⁴

Bu rivayeti bu iki kitapta nakledildiği gibi kabul edip sıhhatini tartışmayı bir tarafa bırakacak olursak Şafii alimlerinin de bu hikayeyi nakletmiş olmaları bu konuda Hanefi mezhebi alimlerinin öncü olduğunu bizlere anlatmaktadır.

Ebu Tahir ed-Debbas'ın hangi kaideleri topladığı bilinmemekle beraber, aşağıdaki beş temel kaidenin onun bir araya getirmiş olduğu on yedi kaideden olduğu söylenmektedir:

1. İşler maksatlarına göredir.
2. Yakın şek ile zail olmaz
3. Meşakkat kolaylığı gerektirir.
4. Zarar giderilir.
5. Âdet hakem kabul edilir.

⁵³ Nedvi, **El-Kavaid**, s. 155.

⁵⁴ Celalüddin Abdurrahman es-Suyûtî, **El-Eşbâh ve'n-Nazâir fî Kavâid ve Fur'î's-Şafiiye**, Mektebetu Mustafa el-Baz, Riyad 1997, c. 1, s. 10; İbn Nuceym, **El-Eşbâh**, s. 10. Bu hikaye her iki kitapta geçmiş olsa da, bir alimin bildiği şeyleri saklamak için bu kadar uğraşması, bir şekilde kendisinden bu ilmi almak için çabalayan bir kişiye de böyle muamele yapmış olması, pek anlaşılır görülmemektedir. Bu nedenle bu hikayenin kurgu olabileceğini düşünmekteyim.

Bunlarla beraber Debbas'ın çağdaşı sayılan Ebu'l-Hasen el-Kerhi'nin onun akranı olarak ondan bazı kaideleri iktibas ettiği düşünülebilir.⁵⁵

Bunları anlattıktan sonra bu dönemde Hanefi alimleri tarafından kavaidi külliye'yi konu edinerek tedvin edilmiş olan önemli bazı eserlere göz atılabilir. Bu eserlerden özellikle Ebu'l-Hasen El-Kerhi ile Debbusi'nin risalelerinde bulunan bazı kaideleri Mecelle'de geçtiği şekliyle karşılaştırarak kaidelerin ne ölçüde değişime ve gelişime uğradığının gösterilmesi, Tez konusu çözümlenmesinden olduğundan, aşağıda gelen paragraflarda sunulmaktadır:

a) Ebû'l-Hasen el-Kerhi'nin Risalesi

Hanefi mezhebinde meselede müçtehit sayılan⁵⁶ Kerhi, bu Risale'sinde Hanefi mezhebinde mezhep imamlarının cüz'i meselelerde verdikleri hükümleri inceleyip onlar arasındaki ortak illetleri bularak külli kaideler haline getirmiş ve bunlara الاصل (Asl) diyerek 39 tane asıl'dan bahsetmiştir. Ebu'l-Hasen el-Kerhi'nin bu Risale'si kendisinden sonra fihri külli kaideler ile ilgili yapılan çalışmaların temelini oluşturmuştur. Kerhi'nin Risale'sinden bir örnek verilecek olursa, sonraki alimlerin ikrarla ilgili olarak, ikrarın ancak ikrarı yapanı bağlayacağını, hükmünün başkasına geçmeyeceğini beyan eden “İkrar kasır bir hüccettir”⁵⁷ biçimindeki kaide Kerhi'nin Risale'sinde on ikinci kaide şeklinde, “Kişi hakkıyla ilgili olarak ikrar ettiği şeyle muamele görür.”⁵⁸ ان المرء يعامل في حق نفسه كما اقره” aktarımla geçmektedir.

Görüldüğü gibi bu kaide Kerhi'de daha uzun ve kelimelerin bir araya gelişi oturaklı değilken, Mecelle'de geçtiği şekilde, kaide hem daha veciz ve hem de kelimelerin birbirlerine uyumu daha güzel bir hal almıştır. Aynı durum şu örnekte de görülmektedir: Mecelle'nin on altıncı maddesi olarak zikredilen “İçtihat başka bir içtihatla bozulmaz”⁵⁹ الاجتهاد لا ينقض بمثله” şeklindeki kaide Kerhi'de انه اذا قضي بلاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله” “Kişi bir içtihatla hükmedince, bu hüküm aynı derecede olan başka bir içtihatla bozulmaz” şeklindedir.

⁵⁵ Nedvi, *El-Kavâid*, s. 137.

⁵⁶ Muhammed Emin İbn Abidîn, “*Resmu'l-Müftû*”, *Mecmuatu Resaili İbn Abidin*, yy. ts., s. 12.

⁵⁷ Ali Haydar, *Durer*, 78. Kaide, s. 165.

⁵⁸ Ebu'l-Hasen Ubeydullah b. Huseyn el-Kerhî, bu risalenin ismi belli değildir. Risale Debbusi'nin “*Te'sisu'n-Nazar*” adlı risale ile beraber basılmıştır. Matbaatu'l-Edebbiyye, Mısır, Tarih Yok (Sonraki dipnotlar “Debbusi, *Te'sis*” şeklinde geçecektir.)”

Bu örnekler bize kavaidi külliyyenin tarih içindeki gelişimini daha iyi ortaya koymaktadır. Neseî (537-1142)⁵⁹ Kerhi'nin bu risalesini örneklendirerek ve kısa açıklamalar yaparak şerh etmiştir.

b) Te'sisu'n-Nazar

Bu eser İlmü'l-Hilaf'ın kurucusu sayılan Ebu Zeyd Ubeydullah Ed- Debbusi (v. 430/1039)'ye aittir. Kitapta 86 kaide vardır. Ancak bu kaidelerin geneli Kerhi'nin Risale'sinde olduğu gibi Hanefî mezhebince kabul edilmiş kaidelerdir. Yani tüm fıkıh ekollerince kabul edilmemiştir. Debbusi bu Risale'sinde fıkıh öğrenen talebelerin, mezhep imamlarının ihtilaf ettikleri noktaları anlamada zorlandıklarını, ve hangi ölçülere göre hüküm verdiklerini anlayamadıkları tespitini yaparak, onların işlerini kolaylaştırmak için bu kaideleri bir araya getirdiğini söyler. Debbusi "Fukahanın ihtilaf ettiği meseleleri araştırdım ve onların ihtilaflarını sekiz kısma ayırdım." dedikten sonra bu kısımları sayar.⁶⁰ Debbusi de Kerhi gibi her kaidenin başında اصل diyerek başlayıp, söylediği kaidenin hükmünün geçerli olduğu cüz'i hükümler ile örnekler vererek kaideyi açıklamaya koyulur. Debbusi'nin bu risalesinden bir örnek vermek istiyoruz:

"Ebu Hanife'ye göre asıl: bir şey sabit olduğu yakini (kesin) bir şekilde bilinince aynı kesinlikte aksi bir durum olmadıkça aynı hüküm devam eder."⁶¹ ... انه متي... (الصل عند ابي حنيفة, انه متي...)
عرف ثبوت الشيء من طريق الاحاطة والتيقن لاي معني كان فهو علي ذلك ما لم يتيقن بخلافه

Bu kaide Mecelle'de geçmekte olan "Yakin, şüphe ile zail olmaz." kaidesi anlamındadır. Ancak görüldüğü gibi Debbusi'de daha uzun bir haldedir.

c) El-Eşbâh ve'n-Nezâir

Debbusi'nin bu eserinden sonra hicri onuncu asra kadar Hanefilerden bu alanda kayda değer eserler ortaya çıkmamıştır. Ancak kavaidi külliye ile alakalı çalışmalar Hanefilerin durmasıyla durmamış, özellikle Şafi alimleri başta olmak üzere devam etmiştir. Nihayet, Hicrî 970, Milâdî 1562 yılında vefat etmiş olan İbn Nuceym bu alanda özellikle başta şafi alimlerinden, Tacuddin es-Subki (v. 771/1369) olmak üzere kendisinden önce yazılmış olan

⁵⁹ Kerhi'nin risalesini şerh eden Neseî, Neseî ailesinden, akaide dair Risale'si olan, Ebu Hafs Necmuddin Ömer en-Neseî (v. 537/1142)'dir.

⁶⁰ Debbusi, Te'sis, s. 2.

⁶¹ Debbusi, Te'sis. 3. Kaide, s. 6.

kitapları inceleyerek kavaidi külliye ile ilgili değerli bir kitap telif etmiştir.⁶² Bu kitaptaki kavaidi külliyeler daha sonra Mecelle’de bulunan kaidelerin baş kaynağı olmuştur.⁶³ İbn Nuceym’de kaidelerin sayısı 25 dir. Bu kaidelerin altı tanesi, kapsamı geniş ve herkes tarafından kabul edilen temel kaideler iken, on dokuz tanesi ise diğer altısına göre kapsamı daha dar olan fer’i kaidelerdir.⁶⁴ İbn Nuceym’in bu kitabı oldukça meşhur olmuş, üzerinde yaklaşık olarak yirmi beş çalışma yapılmıştır.⁶⁵

Bunların dışında Ebu Said El-Hadimi (v. 1172/1758)’nin **Mecamiu’l Hakaik** adlı Usûlu’l-Fıkh’a dair yazmış olduğu bir kitabı vardır. Hadimi bu kitabının son kısmını kavaidi külliye’ye ayırmış ve kaideleri harf sırasına göre tertip etmiştir.⁶⁶ Mecelle, İbn Nuceym’den sonra kavaid alanında bu kitaptan istifade etmiştir.⁶⁷

Sonuç olarak, bu dönemde kavaidi külliye alanında yapılanlar şöyle özetlenebilir:

1. Kavaid alanında yapılan çalışmalar hızlanmış ve bu konuda değerli eserler verilmiştir.
- 2.Yapılan çalışmalarda kaideler, furuk ve elğaz ile iç içe olduğundan bu eserlerden kavaid noktasında istifade etmek güçleşmiştir.
3. Bu dönemde kavaidi külliye alanında öncü olan Hanefilerin yerini Şafiiler almıştır.

3) Olgunlaşma Dönemi

Bir önceki dönemde kavaidi külliye ile ilgili önemli eserler meydana getirilmesine karşın kaideler arasında bir uyumsuzluğun bulunması, aynı konuları ihtiva eden kaideler arasında tertibin olmayışı göze çarpıyordu. Ayrıca bu dönemi Mecelle ile başlatırsak Mecelle’den önce bu konu ile alakalı kitaplarda kaideler; Elğaz, Furuk gibi diğer konularla iç içeydi. Mecelle ile kaideler, ayrı konulardan ayrılarak gerek kaideleri oluşturan kelimeler gerekse anlamlarının kapsamı açısından zirve noktaya ulaştı. Ayrıca Mecelle ile başlayan fıkhın kanunlaştırılması hareketlerinde başta Mecelle olmak üzere bu kaidelere kanun maddelerinde atıfta bulunulması bu kaidelerin önemini daha da arttırmıştır.

Külli kaideler ile ilgili çalışmalar Mecelle’den sonra da devam etmiştir. Ancak bu çalışmalarda kaideler, Mecelle’de olduğu şekliyle kabul edilmiştir. Burada şu hususu belirtmekte fayda görüyoruz; Mecelle’ de bulunan kaidelere göz atınca bu kaidelerin birbiri

⁶² İbn Nuceym, **El-Eşbâh**, s. 10.

⁶³ Öztürk, , **Mecelle**, s. 35.

⁶⁴ İbn Nuceym, **El-Eşbah**, s. 1-6.

⁶⁵ Ez-Zerka, **Medhal**, c. 2, s. 957;En-Nedvi, **El-Kavaid**, s. 140.

⁶⁶ Ez-Zerka, **Medhal**, c. 2, s. 957; Heyet, **Hulasa**, s. 110.

⁶⁷ Ebu’l-Ula Mardin, **Ahmet Cevdet**, s. 179-182.

ardına dizilişinde bir insicamsızlık görünmektedir. Bu hususa dikkat çekenlerden biri olan Mustafa ez-Zerka (v. 1999) bu kaideleri şerh ederken önce bunları asli ve fer'i kaideler olarak ikiye ayırmış ardından aynı konu ile alakalı kaideleri birbiri ardına getirmiştir. Mesela: Mecelle'nin 60. kaidesi olan “Kelamın i'mali ihmalinden evladır”⁶⁸ اعمال الكلام اولي من اهماله , 12. kaidesi olan “Kelamda tercih edilen hakiki anlamdır”...., 61. maddesi olan “Hakiki anlam kullanılmayınca mecaza gidilir.” اذا تعدرة الحقيقة يصار الي المجاز ,62. kaidesi olan “Kelam i'mal edilemeyince ihmal edilir.” kaideleri aynı konuda bir zincirin halkaları gibi iken Mecelle'de ayrı yerlerde zikredilmiştir. Zerka'ya göre Mecelle'de 40 asli 59 tane ise fer'i kaide vardır.⁶⁸

Kavaidi külliye'nin doğuşu ve gelişimi konusunu bitirmeden önce İslam fıkhi mezhepleri arasında bu kaidelerle ilgilenmeleri bakımından bir sıralama yapacak olursak; Hanefiler, Şafiler, Hanbeliler, Malikiler, ve daha sonra Şia mezhebi şeklinde sıralayabiliriz.⁶⁹

C- Külli Kaidelerin İslam Fıkhındaki Önemi

İslam fıkhında külli kaidelerin önemli bir yeri vardır. Bu kaidelerle, fıkhla uğraşan bir kimse fıkhın dağınık cüz'i meselelerini belli kurallar altına toplamış olup konuları ayrı bile olsa benzer meselelerin hükümlerini, bu kaidelerle bilmiş olur. İslam hukukunu kendisine araştırma konusu edinen bir kimse bu kaideleri öğrenmekle, fıkhın değişik konularında bir çok cüz'i meselelerin hükümlerini ezberlemekten kurtulur. Mesela fıkıh kitaplarında muamelat bölümünü oluşturan tüm konularda akdi meydana getirecek sığalardan söz edilmektedir. Bütün bu sığalar yerine fakih “Akitlerde muteber olan maksat ve mânadır. Lafızlar ve kalıplar değil”⁷⁰ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ ولمباني şeklinde kaideyi ve istisnalarını bilmesi halinde her akit anlatılırken bahsedilen bu sığaları ezberlemekten kurtulacaktır. Yine aynı şekilde fıkıh kitaplarında özellikle yemin ve nezir gibi konularda örfün hakimiyetine dair “Lafzın hakiki anlamı örfün delâletiyle terk edilir.” تترك الحقيقة بدلالة العادة şeklindeki kaide ve ifade ettiği anlam çok iyi bilinirse yemin konusunda karşılaşılan sorular hakkında genel bir bilginin olaşacağı kanısındayız. Zaten İslam fıkıh alimlerinin bu kaideleri gerek yazmış oldukları fıkıh kitaplarında gerekse müstakil olarak yazmış oldukları eserlerde toplamaları ve bu kaidelere büyük önem atfetmeleri külli kaidelerin İslam fıkıh kültüründe ki yerini ortaya koymaktadır.

⁶⁸ Ez-Zerka, **Medhal**, c. 2, s. 962.

⁶⁹ Ez-Zerka, **Medhal**, c. 2, s. 957.

⁷⁰ Burhanuddin Ali b. Ebi Bekr el-Merğinani, **El-Hidaye**, Daru'l-Kutubi'l-İlmiye, Beyrut 1990, c. 3, s. 24; El-Mevsili, **el-İhtiyar**, c. 4, s. 302.

Külli kaidelerle ilgili eserler yazmış olan İslam hukukçuları da bu kaidelerin önemi ve fıkıhla uğraşan araştırmacıya neler kazandırdıklarına dair şu yaklaşımlarda bulunmuşlardır:

Karafi (v. 684/1285), **el-Furûk** adlı kitabının başında bu kaidelerin öneminden bahsederken şu ifadeleri kullanır “Hazreti Muhammed’in getirdiği şeriat usul ve furuu hükümleri kapsamaktadır. Usul ile alakalı olan kısım iki bölümdür:

1. Usulu’l-Fıkıh: bunlar genelde lafızlar ve bu lafızların delâlet ettiği anlamlar üzerinde durur.

2. Fıkhi Külli Kaideler: Bunlar altlarında sayılamayacak derecede cüz’i hükümler barındıran külli kaidelerdir.

Karafi bu ayrımı yaptıktan sonra külli kaideler ile ilgili şu değerlendirmeleri yapar: “Bu kaideler İslam fıkında önemli bir yere sahip olup, fakih’e sağladığı faydaları çoktur. Fakih bu kaideleri bildiği oranda kıymetini arttırır ve mezhep imamlarının fetva verirken hangi metotları kullandıklarını anlamış olur. Kim külli kaideleri bilmeden cüz’i hükümleri öğrenmeye kalkarsa, bu hükümler kendisine çelişiyor gibi görünür ve nihayetsiz cüz’i hükümleri ezberlemek zorunda kalır. Fıkıhı, kaideleri ile birlikte zapt altına alan kimse bu kaidelerin altına girdiği için cüz’i hükümleri ezberlemek zorunda kalmadığı gibi başkası için birbirine zıt gibi görünen meseleler de onun için gayet münasip görünür.”⁷¹

İbn Receb el-Hanbeli (v. 795/1393) ise, **el-Kavaid** adlı kitabının mukaddimesinde “Bunlar büyük faydaları olan önemli kaidelerdir. Bu kaideler fakih’e mezhebin hangi asıllara dayandığını gösterip, dağınık halde bulunan meseleleri tek bir ipte toplayıp, birbirine uzak olan konuları fakih için yakınlaştırır.”⁷²

Suyuti (v. 911/1505), **el-Eşbâh ve’n-Nazâir** adlı eserinde şöyle der : “Bil ki eşbah ve’ nezair büyük bir ilimdir. Bunları bilmekle fıkın hakikatleri ve sırları bilinir, fıkıhta mahir olunur ve bunları bilen fakih, dilediği meseleyi hemen hatırlayabilir. Ayrıca kitaplarda olmayan meselelerin hükümleri bunlarla bilinebilir.”⁷³

Suyuti ile aynı asırda yaşamış ve aynı isimde bir eser yazmış ve Mecelle’deki külli kaidelerin baş kaynağı durumunda olan *İbn Nuceym* (v. 970/1562) ise özetle “Külli kaideler aslında usulu fıkıhtır. Bunları bilmekle fakih fetvada dahi olsa içtihat derecesine ulaşır.”⁷⁴ diyerek bu kaidelerin önemine vurgu yapar.

⁷¹ Ahmed b. İdris el-Karafi (v. 684/1285), **el-Furûk**, c. 1, s. 3.

⁷² Ebu’l-Ferec Abdurrahman İbn Receb el-Hanbeli, **el-Kavaid fi’l Fıkhi’l-İslami**, Mektebetu’t- tayyibat el-Ezheriyye, Kahire 1972, s. 2.

⁷³ Suyuti, **el-Eşbah**, c. 1, s. 6.

⁷⁴ İbn Nuceym, **el-Eşbah**, s. 10.

Mecelle heyeti bu kaideleri Mecelle'nin başına neden koyduklarını mazbata da beyan ederken, külli kaidelerin ne kadar önemli olduğuna ve pratikte ne gibi faydalar sağladığını şu ifadeleriyle işaret ederler, “Gözden geçirmek suretiyle yüksek malumunuz olur ki, mukaddimenin ikinci makalesi (İbn Nuceym) ve onun yolunda yürüyen fakihlerin bir araya getirdikleri fıkhi kaideler olup, Şeriyye hakimleri sahih bir nakil bulmadıkça yalnız bunlarla hükmedemez. Fakat fıkhi meselelerin bir araya toplanmasına külli faideleri olarak gözden geçirenler meseleleri, delilleriyle zaptetmiş olurlar ve diğer memurlara da her hususta baş vurulacak kaynak olabilir. Ayrıca bunlar vasıtasıyla bir adam muamelatını mümkün mertebe şeriata uydurabilir.”⁷⁵

Mecelle şarihlerinden *Ali Haydar* ise “Bu kaideler fikhın muamelat kısmına şamil olduğu gibi ibâdet, nikah ve ukubat kısımlarına dahi şamil olduğundan bu konulardan birçok cüz’i hükümler bu kaideler tabiidir. Fakat Mecelle sadece muamelat sahasını ele aldığı için verilen örnekler bu alanla sınırlı kalmıştır.”⁷⁶ diyerek külli kaidelerin geçerlilik alanının sadece muamelat sahasıyla sınırlı olmadığını, ibâdet alanında da geçerli olduğuna vurgu yapmıştır.

Mecelle’de olan külli kaideleri babası gibi şerh eden ve onları asli ve fer’i diye ikiye ayırarak, daha uygun bir tertiple düzenleyen, *Mustafa ez-Zerka* (v. 1999) ise bu kaidelerin iyi anlaşıldığı taktirde fikhla uğraşan kimseye neler kazandıracığına dair şu açıklamaları yapar: “Bu kaideler fikhın muayyen bir konusuna has olmayıp, dalları fikhın tüm konularına uzandığından araştırmacıya genel bir fıkhi meleke verir. Araştırmacı şer’i ve kanuni öğreniminde bu kaidelerle karşılaşınca bunların mefhumlarını ve uygulamalarını anlayıp, bu kaidelerin istisnalarına vakıf olursa sonra asli kaidelerden istisna edilen cüz’i hükmün istisna edilmesinin fıkhi sebeplerini bilip, onu da başka bir asli kaidenin hükmü altına koyabilirse, araştırmasının sonunda kendisini, sanki fikhın zirvesinde duruyor ve tüm konularına bu zirveden bakıyor gibi hisseder.”⁷⁷

⁷⁵ Öztürk, **Mecelle**, s. 36. Mecelle’nin külli kaideler dışındaki maddeleri ile, külli kaideleri arasında bir mukayese yapan, *Refik GÜR* külli kaidelerin önemini şu sözleriyle dile getirmektedir: “Mecelle’nin metnini teşkil eden hükümler ne kadar münferit hadisede tatbiki kabil ve zamanın bile ihtiyaçlarına uygunluğu şüpheli ve bu bakımdan pek haklı kritiklere yer vermekte ise, aksine olarak, külli kaideler tabii hukuka ve modern hukukun hayli münakaşalardan sonra ulaştığı prensiplere o derece uygundur.” Gür bununla da yetinmeyip Mecelle’ye asıl şeref ve şöhreti bu kaidelerin kazandırdığını iddia etmiştir ki kanaatimizce de bu iddia doğrudur. Bkz: Gür, **Mecelle**, s. 98-110.

⁷⁶ Ali Haydar, **Durer**, s. 28.

⁷⁷ Ez-Zerka, **el-Medhal**, c. 2, s .949. Ez-Zerka aynı değerlendirmeleri babasının kitabına yazdığı takrizde de yapar. Bkz.: Ahmet ez-Zerka, **Şerhu kavaidi’l fikhiiyye**, Daru’l-Kalem, Dimeşk 1989 (Sonraki dipnotlar “ez-Zerka, **Şerhu Kavaid**” şeklinde verilecektir.

Sonuç olarak, külli kaidelerin yayılması ve gelişmesine hizmet etmiş, yukarıda isimleri geçen İslam hukuku alimlerinin külli kaidelerin İslam Hukukundaki yeri ve önemine dair söyledikleri alıntılandıktan sonra, tüm bu bilgiler ışığında şu özet yapılabilir:

1- Külli kaidelerin İslam fıkhnı kolaylaştırmada ve dağınıklığını gidermede önemli bir rolü vardır. Çünkü bir çok cüz’i hüküm tek bir kaide altına alınıp düzenli bir hal alır.

2- Bunları öğrenme benzer birçok meseleyi ezberlemekten kurtarır.

3- Bu kaideler araştırmacıda fıkhi melekeyi geliştirip, kendi mezhep imamının dikkate aldığı kaidelere göre hakkında bilgi olmayan meseleleri bu kaideler ışığında çıkartabilir.

4- Bu kaideler sayesinde birbirinden farklı konulardaki hükümler, illetleri tespit edilerek aralarında bağlantı sağlanabilir, bununla hükümler arasında ne kadar tutarlılık olduğunun sağlanması yapılabilmemesinin yanında tüm hükümlerin yaklaşık olarak aynı maslahatları yerine getirmek için olduğunu bilinebilir.⁷⁸

D-Külli Kaidelerin Şer-İ Delil (Kaynak) Olması

İslam Hukukunda bu kadar önemli bir yer tutan külli kaidelerin, tıpkı bir istihsan veya bir istishab gibi, kendilerinden fer’i hükümler çıkartılmaya uygun, başlı başına birer şer’i delil olup olamayacağı konusunda İslam hukukçularının farklı görüşleri vardır. Aslında bu farklı anlayışların oluşmasında, bu kaidelerin İslam Hukukunun tartışılmaz iki kaynağı olan Kur’an ve Sünnete ne kadar dayandığının önemli bir yer tutmasının yanında, bu kaidelerin fer’i meselelerin tamamını mı yoksa çoğunu mu kapsadığı, bir diğer ifadeyle hükümlerinin fer’i meselelerin tümü için geçerli olup olmaması da önemli bir yer tutmaktadır.

Aslında tek başına bir tez konusu olabilecek bu bölümü burada kendi tez konumuza ışık tutacak yönleriyle özet olarak vereceğiz. Önce bu kaidelerin şer’i kaynaklara ne kadar dayandığı, ardından da kaidelerin kapsamları ile ilgili bilgileri verdikten sonra külli kaidelerin şer’i kaynak olup olamayacağı ile ilgili yargıya varacağız.

1) Külli Kaidelerin Şer’i Delillerle İlişkisi

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, külli kaidelerden bazılarının metinleri nebevi hadislerdi. Bu yönüyle bu kaidelerden birine dayanarak hüküm verilince aslında kaideyi hükme kaynak değil, hadisi kaynak ettiğimiz söylenebilir. Ancak bu kaidelerden özellikle asli

⁷⁸ Nedvi, **el-Kavaid**, s. 327.

kaideler olarak sayılan bazı kaideler muayyen bir ayet ve hadisten çok, birçok ayet ve hadisin ifade ettiği anlamlardan istikra yoluyla çıkarılmıştır⁷⁹. Bu yönüyle bu türden kaideler muayyen bir hadisin ifade ettiği anlamdan çok daha etkili olacaktır. Bu noktaya işaret edenlerden biri olan *Seyyid Bey Muvafakat* sahibi *eş-Şatibi* (v. 790/1388)'den şu alıntıyı yaparak söze başlar:

“Maliki mezhebinin büyük imamlarından olan Muvafakat yazarı Şatibi'nin dediği gibi bu şekilde istikra yoluyla elde edilen kaideler muayyen bir şer'i delile dayanan kaidelerden daha katidir. Çünkü birbirlerini teyit eden delillerin ifade ettikleri mâna, muayyen bir delilin yalnız başına ifade ettiği ve delâlet ettiği anlamdan daha kuvvetlidir. Ayrıca birçok delilin tek bir anlama işaret etmesi şüphe ve tereddüde mahal bırakmaz.

Mesela: “Dinde zorlama yoktur” diğer bir tabirle “Meşakkat kolaylığı celbe der” kaidesi yalnız “Allah size için dinde zorluk kılmadı”⁸⁰ ayetinden çıkartılmış olsa kat-i oluşunda (delâlet açısından) tereddüt hasıl olabilir. Gerçi bu bir ayet olup Kur'an da olması yönüyle sübutu kati olmakla beraber, bu kaideye delâleti de zahirdir. Fakat her hususu kapsayacak şekilde genel oluşunda münakaşaya ihtimali vardır. Bu cihetle fıkhen bu kaidenin çıkartılmasında yalnız yukarıdaki ayeti kerimeye dayanılmamış bununla beraber “Allah sizin için kolaylık diler zorluk dilemez.”⁸¹, “Din kolaylıktır. Dininizin en hayırlısı en kolay olanıdır.”, “Ben müsamahakar Hanif diniyle gönderildim” hadisi şerifleri gibi bu babta varit olmuş ne kadar nass varsa tetkik edilmiş ve neticede gerek ibâdetde gerekse muamelatta olsun daima mükellefler üzerinden mümkün olduğu kadar zorluğun ve meşakkatin kaldırılması gerektiğine dair kaideyi çıkartmışlardır. Bu nedenle bu kaidenin şer'an sıhhatinde tereddüde mahal kalmamış ve fikhın sabit ve kat-i bir esası haline gelmiştir. Diğer kaidelerde bu şekilde elde edilmişlerdir.”⁸²

⁷⁹ *Ebu Tahir Ed-Debbas*'ın ilk olarak tesbit ettiği söylenen ve diğer külli kaidelere göre kapsamı daha geniş olan beş kaideyi (bkz; s. 13) sünnet-hadis bağlamında, kaynaklarını tesbit etmeye çalışmış olan *M. Emin ÖZAFŞAR* bu kaidelere kaynak olarak gösterilen hadislerin bazısının rivayet açısından problemliliğini bazılarının ise metin olarak takdim-te'hir gibi oynamalara maruz kaldığını söyleyerek bu kaidelerin kaynaklarını dolayısıyla bu tür hadislerden çıkartılmış kaidelerin meşruyyetini tartışmaya açmıştır. Bkz: Mehmet Emin Özafşar, **Hadisi Yeniden Düşünmek**, Ankara Okulu Yayınları, Ankara1998, s. 101-171. Ancak burada şu hususu belirtmekte fayda görüyoruz , Şayet bir hadis, hadis usulu kriterlerine göre zayıf dahi olsa insanlar (Hukukçular) tarafından kabul ile karşılanmış ve medluluyla amel edilmişse bu durum o hadis için tashih sayılmaktadır ki fikh kitapları bu türlü örneklerle doludur. (Geniş bilgi için bkz: Abdulfettah Ebu Güdde'nin, Abdulhayy el-Leknevi'nin **El-Ecvibetu'l-Fadıla**, Daru's-Selam, Halep,1997 adlı kitabının sonuna eklediği “*Lahika*”, s. 228-238)

⁸⁰ el-Hacc, 22/78

⁸¹ el-Bakara, 2/185

⁸² Seyyid Bey, **Medhal**, s. 89, 90. Ayrıca benzer ifadeler için bkz: Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuku İslamiye Kamusu**, Bilmen Yayın Evi İstanbul, trs, c. 1, s. 254, (Sonraki dipnotlar “Bilmen, **Kamus**” şeklinde verilecektir.)

Seyyid Bey'in yukarıdaki ifadelerinden anlaşılır; bu kaidelerin kendilerinden fer'i hüküm istinbat edilebilme noktasında diğer şer'i deliller gibi olduğudur.

2) Kaidelerin Kapsamı

Külli kaidelerin şer'i birer kaynak olamayacağı konusunda en büyük itiraz bu kaidelerin, konularına giren cüz'i meselelerin tamamını kapsayıp kapsamadığı noktasından gelmektedir. Külli kaideler öncelikli olarak fıkhnın; ibâdetlerden adab, borçlar, ceza, kamu, devletler hukukuna kadar değişik konularında verilen hükümlere ortak açıklama getirmeyi ve bu hükümlerin bağlı olduğu ana ilkeyi tanıtmayı hedeflediğinden fer'i meseleleri çoğunlukla ve kural olarak kapsar. Özel durumu ve delili sebebiyle kaidenin dışında kalan fer'i meselelerde olabilir.⁸³ Zaten fakihler bu kaideleri tanımlarken çoğunlukla "ağlebilik" kaydını koymuşlar ve bununla bazı fer'i meselelerin bu kaidelerin hükmünden istisna edilebileceğini belirtmek istemişlerdir.⁸⁴

Nedvi'nin, *İmamu'l-Haremeyn Cuveyni* (v. 478/1085)'nin **el-Ğiyasi** adlı kitabından naklettiğine göre; Cuveyni, "Beraatu'z-zimme" ve "İbahatu'l-asl" kaidelerini anlatırken "Bunları buraya almaktaki maksadım zihinleri uyarmaktır. Yoksa bunlarla istidlal etmeyi kastetmiyorum." diyerek bu kaidelerin şer'i birer delil olamayacağını ima etmiştir. Hanefi mezhebi alimleri içinde bu konuda en güzel eseri vermiş olan *İbn Nuceym* de kaidelerin ağlebilik yönünü ön plana çıkartarak "Kaidelerin ve dabitelerin gerektirdiği şeyle hüküm vermek caiz değildir. Çünkü bunlar külli değil ağlebidir" diyerek bu kaidelerin şer'i bir delil gibi algılanmasını doğru bulmaz.⁸⁵

Mecelle heyeti de mazbatada, külli kaidelerin bu yönüyle alakalı olarak şu mülahazalarda bulunur "Gözden geçirmek suretiyle yüksek malumunuz olur ki, mukaddimenin ikinci makalesi (İbn Nuceym) ve onun yolunda yürüyen fakihlerin bir araya getirdikleri kaideler olup, Şeriyye hakimler sahih bir nakil bulunmadıkça yalnız bunlarla hükmedemez."⁸⁶ Ayrıca Mecelle'yi şerh etmiş olan Ali Haydar da Mecelle heyetinin bu kanaatini tasvip etmiş o da bu kaidelerin şer'i birer delil sayılamayacağını ifade etmiştir.⁸⁷

⁸³ Zerka, **Medhal**, c. 2, s. 948; Baktır, a.g.m. s. 208.

⁸⁴ bkz: s. 17.

⁸⁵ En-Nedvi, **El-Kavaid**, s. 329-330.

⁸⁶ Ali Haydar, **Durer**, s. 5. Mecelle heyetinin bu bakış açısını, kavaidi külliyyenin ruhuna aykırı gören ve onların kadrini hakıyla takdir edememeye bağlayan, *Refik GÜR* şu sözleriyle heyeti eleştirmiştir: "...Esasında balığ ve fasih bir ifade kudretiyle tespit olunan bu felsefi sözlerin tefsire ziyadesiyle müsait ve binaen aleyh hukukun inkişafını temin sadedinde pek büyük rolü olması lazım geldiği halde, zamanın siyasi şartlarından ve ilcalarından çekinen Mecelle Komisyonu azalarının Esbab-ı mücibe mazbatasında da bildirdikleri üzere, "bir nakli sarih olmadıkça" bu kaidelerin hüküm tesisinse mesnet yapılamayacağını belirtmiş olmaları, -eğer bir

Bu ve benzeri görüşleri alıntılaman Nedvi Şu neticeye varmaktadır “Bütün bu görüşlerden anlaŐıldığına göre; Şer’i deliller gibi bunlardan birine dayanıp hüküm belirleme doğru olmaz. Sonra bu kaidelerden bir çoğu istisnalardan hali değildir, bizim aradığımız hüküm belki de bu istisnalar kabilinden olabilir. Bu nedenle bu kaideler üzerine hüküm bina etmek doğru olmayacağı gibi, furuu meseleleri bunlardan tahriç etmek de doğru değildir. Bunlar ancak yeni meselelerin (fıkıh kitaplarında bulunmayan) hükümlerini, tedvin edilmiş fıkhi meselelere tahriç ederken araŐtırıcıya aŐinalık kazandıran Őevahiddir.”⁸⁸

Kaideler hakkında *İslam Ansiklopedisi*’nde bir madde yazmış olan *Mustafa BAKTİR* bu kaidelerdeki ağlebilik vasfından yola çıkarak *Nedvi* gibi aynı neticeye varır “...Bu sebeple fer’i bir meselede çözüml aranırken doğrudan külli kaidelere baŐvurulması ve ondan hüküm çıkartılması doğru olmayıp o meseleye iliŐkin özel delillere dayanılması gerekir”⁸⁹

Bize göre başta asli kaideler olmak üzere külli kaidelerin, kaynakları ister nass olsun isterse fukahanın birbirine benzer fıkhi meselelerden tümevarım yoluyla çıkardıkları türden olsun, bu tür kaidelerin Şer’i delil olmaları yönündedir. Bu kaidelerin delil olmalarına engel olarak, ağlebilik vasfını öne çıkartmanın da çok tutarlı olmadığını düşünüyöruz. Çünkü bazı nasslar dahi bütün çeŐitleriyle⁹⁰ İstihsan yoluyla hükümleri kıyas olarak aynı olması gerekirken benzer meselede bu hükümden dönölüp başka bir hüküm verilmektedir⁹¹. O zaman nasslar içinde ağlebilik vasfını kullanıp onları da delil olarak kabul etmememiz gerekecektir. Madem bu durumda olan nassları hükümleri geçerli olduğu yerlerde delil olarak kabul ediyor geçerli olmadığı yerlerde İstihsan yapıyoruz diyerek genel hükümden vazgeçiyorsak aynı durumu külli kaidelerde de düşünebiliriz. Yani; hükmü geçerli olduğu yerde külli kaideyi delil sayıp onun hükmüyle amel ederiz, geçerli olmadığı yerde ise bir çeşit istihsan sayıp, o konu hakkında özel bir delile baŐvururuz.⁹²

ızdırar beyaniyle çevrili bir açıklama değilse-onu vazedenden hiçte me’mul bulunmadığı üzere, dar görüşlü olduklarını belirteceği gibi, tatbikatta hemen ekseriyetle “nakli sarih” kavlince, hukuki muamelelerin donmuŐ kaideler kalıbına sıkıŐtırılmasını da intaç etmiş bulunacağı aşıkardır.” Bkz: Gür, s. 110-111.

⁸⁷ Ali Haydar, **Durer**, s. 10.

⁸⁸ En-Nedvi, **el-Kavaid**, s. 330-331.

⁸⁹ Baktır, a.g.md. c. 24, s. 208.

⁹⁰ Farklı Őekillerle tarifi yapılan İstihsan; genel bir hükümden özel bir hükmü istisna etmektir. Usul alimleri genel hükümden özel bir hükmü istisna ederken bazı gerekçelerden bahsetmiŐlerdir. İstihsan çeşitleri de diyebileceğimiz bu gerekçeler: Nass, örf, Zaruret, Hâfi kıyas, Maslahat ve İcmadır. Bkz: Abdullatif İbn Melek, **Şerhu’l-Menar Usulu İbn Melek**, Salah Bilici Kitap Evi, İstanbul, ts, s. 285 (Sonraki dipnotlarda “İbn Melek, **Usulu İbn Melek**” Şeklinde geçecektir.)

⁹¹ Mesela “ma’dum’un satıŐının caiz olmadığına dair nassın hükmü istihsan yoluyla “selem ve icâre” de geçerli sayılmayıp bu akitler yukarıdaki hadisin hükmünden istisna edilmiştir.(Bkz.:İbn Melek, **Şerhu’l Menar**, s. 285.)

⁹² İstihsan olabileceğine dair geniş bilgi için bakınız: Ali Bakkal, **Hanefi Mezhebinde İstihsan Tipleri**, Şanlıurfa 2002, s. 117-184.

Bu kanaatimizi destekler mahiyetteki bazı ifadelere fıkıh kitaplarında da rastlamaktayız. Mesela İmam Nevevi (v. 676/1277), Şirazi'nin **el-Mühezzeb**'i üzerine yazmış olduğu **Mecmu'** adlı kitabında, "Ahmed'e (Hanbel, v. 241/855) göre abdest'i bozma noktasında deve etinin pişirilmiş, çiğ veya kebabı yapılmış olmasında bir fark yoktur. Bizim önceki sözümüzde böyledir. Ahmed'den başka bir rivayete göre ise devenin sütünü içme de abdest'i bozar ki fukahadan Ahmed dışında böyle bir şeyi söylediğini bilmiyorum. Bizim ve cumhurun mezhebine göre deve sütünü içmeden dolayı abdest gerekmez. Ahmed'in arkadaşları Useyd b. Hudayr'ın hadisi ile amel etmişlerdir. Buna göre Hz. Peygamber "Koyunun sütü ile abdest almayın fakat devenin sütü ile abdest alın." buyurmuşlardır. Bunu ibn Mace (v. 273/886) zayıf bir isnatla rivayet etmiştir. Bu nedenle bu hadis delil olmaz. Bizim delilimiz ise "asıl temizliktir" ve onu bozan bir şey yoktur kaidesidir."⁹³

Nevevi, burada "Asıl, olanın olduğu gibi kalmasıdır" **الاصل بقاء ما كان على ما كان** kaidesine dayanmış görünüyor. Ve bunu zayıf hadise tercih ediyor. Nevevi dışındaki bazı alimlerden de külli kaidelerin şer'i birer kaynak olması noktasında bu türden ifadeler nakledilmiştir.⁹⁴

Netice olarak şunu belirtmek isteriz ki külli kaideler, şer'i delil olarak görülmesi bile bu durum onların İslam hukukunda ki önemi ve değerinden hiçbir şekilde eksiltmez.

⁹³ Muhyiddin Yahya b. Şeref Nevevi, **Kitabu'l-Mecmuu**, Daru İhya et-Turasi'l-Arabi, Beyrut 2001, c. 2, s. 48-49.

⁹⁴ Zerka, Mustafa, **Medhal**, c. 2, s. 948; Nedvi, **el kavaid**, s. 330; Heyet, **Hulasa**, s. 21-22.

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKU VE DİL

İslam Hukukunun iki ana kaynağı, Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamber'in sünnetinin taşıyıcısı olan hadislerdir. Kur'an-ı Kerim, Hz. Peygambere Arapça olarak vahyedilmiş ve zımnen Allah'ın, açık olarak da Hz. Peygamberin emriyle yazıya geçirilmiştir. Hadisler ise, ilk zamanlar yazıya geçirilmesi Hz. Peygamber tarafından Kur'an ile karışması ve Kur'an üzerine yoğunlaşan gayretlerin dağılabileceği endişesiyle yazılması yasaklanmış ancak sonraları yazılı metinler haline getirilmesine izin verilmiş sahabeden bazıları da bu işi üzerine almıştır.⁹⁵

Müslümanlar dinleri ve dünyaları ile ilgili bir problemle karşılaştıklarında hemen bu iki kaynağa müracaat etmişler ve sorunlarına bu iki kaynaktan çözüm bulmaya çalışmışlardır. Ancak bilindiği gibi bu kaynaklardan sağlıklı ve doğru bir bilgi alınabilmesi için bu kaynakların dillerinin iyi bilinmesine ihtiyaç vardır.

İslam'ın ilk dönemlerinde Müslümanlar, arapçanın başka dillerle karışıp sadeliğini ve tabiiliğini henüz yitirmemesi nedeniyle arapçayı kural ve kaidelere ihtiyaç duymadan biliyorlar, Kur'an ve sünneti doğru bir şekilde anlayıp onlardan sorunlarına çözüm bulabiliyorlardı. Ancak sahabe döneminden sonra İslam topraklarının genişlemesi ve diğer milletlerden insanların İslam'a girmeleriyle, Arapça eski saflığını kaybetmeye başladı. Bu durumu fark eden bazı bilginler bazı çekincelere rağmen Kuran'ın yanlış anlaşılmasını önlemek için noktalama ve harekelemelere başlarken⁹⁶ Arap dili konusunda uzman olanlar ise Arap kabilelerini dolaşarak arapçayı kurallar altına almaya başladı.

Genel olarak arapçayı koruma adına yapılan bu çalışmaların yanında İslam Hukuk alimleri de bu kural ve kaidelerden faydalanarak İslam hukuku kaynaklarını doğru bir şekilde anlamak ve yaşanmak için gönderilen ilahi kaynağı gönderenin maksadına uygun bir tarzda yorumlayabilmek için bir metodoloji oluşturma çabasına giriştiler.

Özetle, sahabe ve onları takip eden dönemde şifahi olarak oluşturulan, bir sonraki nesilde yazıya geçirilen ve bize kadar gelen ilk örneğini imamı Şafii'nin (204-819) Risalesi'nin teşkil ettiği Fıkıh Usulü ilmi sadece bir ilim dalı olarak Fıkıhı değil Tefsir ve

⁹⁵ Sıbaî; Mustafa, **es Sünnetu ve Mekanetuha fi't- Teşrii'l- İslami**, Daru'l Verak, Beyrut,200, s. 376-79; İtr, Nureddin, **Menhecü'n-Nakd fi Ulumi'l-Hadis**, Daru'l- Fikr, Şam.1988, s. 232-233.

⁹⁶ Salih, Subhi, **Mebahisu Fi Ulumi'l-Kuran**, Daru'l- ilim, Beyrut 1997, s. 92-93; Cerrahoğlu, İsmail, **Tefsir Usulü**, TDVY. Ankara 1997, s. 91.

Hadis gibi diğer ilimlerde de bir anlama metodolojisi olarak ortaya konulmuştur.⁹⁷ Bu ilmin önemli bir bölümü, insanlara söz şeklinde intikal eden vahyin nasıl anlaşılacağı konusunda elfaz bahsine tahsis edilmiş⁹⁸ ve İslam Hukukuna dair bir hüküm çıkartılırken bu kurallara sıkı sıkıya bağlı kalınmıştır.

İslam Hukuk Usulüne dair yazılmış eserlerin içeriklerine bir göz attığımızda çok az bir bölümü dışında kitapların bu kurallarla dolu olduğunu görürüz. Bu duruma eleştirel bir nazarla bakan Abdullah Dıraz, Şatibi (v.790)'nin *Muvafakat* adlı eserinin başında şunları söylemektedir:

“.....Şer’i hükümleri istinbat etmenin iki rüknü vardır. Bunlar: Şer’i kaynakların dili olan arapçayı bilme ve şer’i hükümlerin gaye ve sırlarını teknik bir terim olarak “Mekasidu’ş-şeriayı” bilmek.

Arapçayı bilme halis arab olan sahabe ve tabiinin tabiatlarından gelen bir özellikti. Onlar Arapça olan bir sözü veya metni anlamak için kural ve kaidelere ihtiyaç duymuyorlardı. Hüküm çıkarmada ikinci rükünde olduğu gibi onlar bu özelliği Hz. Peygamberle olan uzun birliktelikleri ve şeriatın geliş sebeplerini bilmelerinden dolayı edinmişlerdi. Kur’an ve Sünnet hadiselerine göre geliyor, onlarda berrak zihinleriyle Şari’nin teşride riayet etmiş olduğu maksatları anlıyor ve hangi maslahatları gerçekleştirmek için geldiklerini biliyorlardı.

Bu dönemden sonra gelenler ise bu iki özelliği kendilerinde bulamadılar. Bu nedenle bir taraftan, Arapların dillerinde kullandıkları üslup ve yöntemleri kayıt altına alacak kuralları ve ahkâmı koyarken, diğer taraftan, Şari’nin emir ve yasaklarında hangi maksatları güttüğünü anlayabilmek için gerekli olan kaideleri anlamaya çalışıyorlardı. Bu sebeple bu kural ve kaideleri koymak için bazı alimler çalışmaya başladılar ve ortaya koydukları kurallar bütününe Usulü Fıkıh adını verdiler.

Şer’i nasslardan (metin) hüküm çıkarmada birinci esas Arap dilini çok iyi bilmek olunca, dil bilginlerinin takrir ettikleri şekilde hüküm istinbatı için gerekli olan kuralları bu ilim dalına koydular. Hatta usulü fıkha dair yazılan eserlerde çoğunluğun bu kaideler olduğu görülür. Bunun yanında hükümlerle, kelimelerin bazı meselelerini de bu ilme eklediler.

Ancak usul alimleri şer’i hükümleri istinbat etmek için gerekli olan ikinci rüknü ihmal ettiler. Usul kitaplarının kıyas ile ilgili bölümlerinde illetin mekasidu-ş şeriaya göre kısımlarını anlatırken değinmekten başka bu rükne değinmediler. Halbuki bu bölümle ilgili konular usul ilmine kelimelerin ilmine dair misafir edilen konulardan daha önemli ve daha da

⁹⁷ Karaman, Hayrettin, a.g.m., **Tefsirde Eski-Yeni Tartışması**, Kur-an’ı Kerim, Tarihselcililik ve Hermenötik, Yeni Ümit Kitaplığı, İzmir 2003, s. 23 (Sonraki dipnotlarda “Karaman, a.g.m.” şeklinde verilecektir.)

⁹⁸ Karaman, a.g.m. s. 23.

gerekliydi..”. Dıraz bunları söyledikten sonra Şatibi ile bu tavrın değiştiği anlatarak sözlerine devam eder.⁹⁹

Özet olarak İslam Hukuku kaynaklarını anlama ve hüküm çıkarmada metodoloji gereksinimini Fıkıh Usulü ilmi karşılamıştır. Daha önce de söylediğimiz gibi Fıkıh Usulündeki dil ile ilgili kaideler sadece fıkıh ilmini oluştururken kullanılmamış Tefsir ve Hadis gibi diğer İslam’i ilimlerde de kullanılmıştır.

Fıkıh Usulünün diğer ilimlerde, özellikle de Hadis ilminde kullanılmasına değinen Mehmet GÖRMEZ metodoloji ile ilgili eserinde şöyle demektedir: “Hadis ilmi ve Usulü kendine has, müstakil bir anlama yöntemine sahip olmamıştır. Bu nedenle hadis yorumcularının, hadislerin anlaşılıp yorumlanmasında başvurduğu metodoloji zorunlu olarak, Usulu Fıkıh olmuştur. Zira Usulü fıkıh; İslam’i ilimler içinde, gerek bilgi felsefesi (epistemoloji) bakımından gerekse anlama ve yorumlama (semantik ve hermenötik) bakımından müstakil kısmen de mütekamil bir metodoloji geliştiren tek disiplindir.¹⁰⁰

İslam Hukukunun dil ile ilişkisini, dil ile ilgili kural ve kaidelerin literatürde nerede geçtiğini kısaca özetledikten sonra tezimizin konusunun dil ile ilgili külli kaideler olması nedeniyle, İslam Hukuku ve dil ile olan irtibatını iki bölüm halinde ele almayı uygun gördük. Birinci bölümde; klasik usul kitaplarında İslam Hukukunun kaynakları olan Kur’an ve Hadislerden hüküm çıkarmaya yarayan dil kurallarını, ikinci bölümde ise; günümüzde klasik anlama yöntemi olan Fıkıh Usulünün anlama yöntemi dışında metinleri yorumlama da uygulanmak istenen metotlardan söz etmek istiyoruz. Tabii ki tezimizin ana konusu bunlar olmadığından klasik fıkıh usulünün anlama yönteminden sadece Hanefilerin yöntemini özetle ele alıp, günümüzde Hukuk- Dil ilişkisinde yorum ve metotlarını ise tartışmalara girmeden tanıtma maksadıyla konumuzu aydınlatacak kadar kısaca anlatacağız.

I. NASLARDAN (METİNLERDEN) HÜKÜM ÇIKARMADA DİL KAİDELERİ

İslam Hukukçuları nassın (hukuk kuralı-metin) ne istediğinin ortaya konulmasında günümüz hukukunda “Lafzi Yorumlama Yöntemi” ya da “Deyimsel Yorumlama Yöntemi”

⁹⁹ Bkz.: Dıraz, Abdullah, **Muvafakat’ın Başı**, Daru’l-Marife, Beyrut 2004 , s. 10-11.

¹⁰⁰ Görmez, Mehmet, **Sünnet ve Hadisin Anlaşılması ve Yorumlanmasında Metodoloji Sorunu**, T.D.V.Y., Ankara 2000, s. 137.

denilen¹⁰¹ klasik Fıkıh Usulü tabiriyle “Usulu’l-Kavaidi’l-Luğaviyye” “Usule Ait Dil Kaideleri” ni kullanmışlardır.¹⁰²

İslam hukukçuları dinin asli kaynaklarını anlamak ve yorumlamak için kullanmış oldukları bu yöntemi genel bir anlama yöntemi olarak kabul etmişler, hatta bu kuralları uygularken dini bir metin ile herhangi bir metni (özellikle kanun metni, ayrıca; bu kanun metninin yazıldığı zaman Arapça olmasıyla sonradan arapçaya tercüme edilmiş olmasının da bir farkı yoktur.¹⁰³) ayırmamışlardır. Usul alimlerinin bu tavrı Mehmet Paçacı’nın şu sözleriyle anlatılabilir “Fıkıh usulcülere bir lafız/söz nasıl anlaşılır sorusunu sorarken, Kur’an’ın bir ayetiyle bir insan sözünün arasında bir fark gözetmezler. Burada Kur’an’ın ifadeleri söz/lafız olarak, dil olarak ele alınmıştır. Dildir söz konusu olan bu ayet de olabilir, mevhum bir Zeyd’in ifadesi de olabilir. Böyle bir insan yok ama gelse bir adam böyle bir söz söylese bunun anlamı nedir? Sözlerin açık oluşu, kapalı oluşu vb. bütün bunlar ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Sözlerin anlamları, bağlayıcılığı, tarihsel ortamıyla ilişkili olarak çalışılmıştır”¹⁰⁴.

Anlama yöntemi, lafzın mânaya delâleti ve bu delâletin çeşitleri üzerine bina edilen Fıkıh Usulü, Kalam ekolüne mensup usulcüler ile Fukaha (Hanefi) ekolüne bağlı usulcüler arasında farklılık arz etmiştir. Burada daha önce de söylenildiği gibi sadece Hanefi metodu esas alıp konu anlatılacaktır.

Hanefi usul bilginleri bir lafzın ifade ettiği anlamı tespit edebilmek için onu dört bakımdan ele almanın gerektiğini söylemişlerdir.¹⁰⁵

1. Lafzın hangi anlam için konulduğu (vaz’olunduğu¹⁰⁶)
2. Vaz’olunduğu anlamda mı yoksa başka bir anlamda mı kullanıldığı
3. Kullanıldığı anlama delâletinin açıklık ve kapalılık derecesi

¹⁰¹ Güler, **Ebû Hanife’nin Hukuk Anlayışı**, s. 106.

¹⁰² İmam Gazali Fıkıh Usulunun bu bölümünü ilgili ilmin en önemli kısmı olarak sayar. Bkz: Gazali; Ebu Hamid Muhammed, **El müstesfa min ilmi’l usul**, Müessesetu’r-Risale, Beyrut.1997, c. 2, s. 7. Ayrıca Gazali anılan kitabının mukaddimesinde usul ilminin bölümlerini anlatırken dil ile ilgili kaideleri meyve toplayan meyvecinin meyveyi toplarken kullandığı yöntemle benzetmiş, bunun yanında meyveciyi müctehide, meyve veren ağacı şer’i delillere, meyveyi de hüküm istinbatı neticesinde çıkarılan hükümlere benzetmiştir. a.g.e., c. 1, s. 38.

¹⁰³ Zeydan, **el Veciz fi Usuli’l- Fıkıh**, s.275 (Sonraki dipnotlar “Zeydan, **El- Veciz**” şeklinde verilecektir.)

¹⁰⁴ Paçacı, Mehmet, a.g.m. **Kur’an ve Tarihsel Yorum, Kur’an ve Dil**, Dilbilim Sempozyumu, Y.Y.Ü.İ.F. Erzurum 2001. Ancak Fıkıh Usulu’nun bahsettiğimiz anlama metodunun genel bir anlam yöntemi olarak kabul edilmesine karşı çıkanlarda vardır. Mesela, bu konuda Mehmet GÖRMEZ şöyle demektedir “Küllî ve cüz’i delillerden hüküm istinbatını esas aldığından, Usulu Fıkıhın anlama yöntemi, genel bir anlama ve yorumlama biçimi değil bir kanun yorumlama ve tahlil tarzıdır. Hatta GÖRMEZ Usulu fıkıhın dil ile ilgili kaidelerinin Hz. Peygamberin hadislerine dahi uygulanamayacağını söyler ve bu manileri beş şıkta sıralar. Bkz: Görmez, a.g.e., s. 162.

¹⁰⁵ el-Buhari, Abdülaziz b. Ahmed, **Keşfu’l esrar an Usûli Bezdevi**, Daru’l-Kitabi’l-Arabi, Beyrut 1997, c. 1, s. 80 (sonraki dipnotlar “el-Buhari, **Keşfu’l-Esrar**” şeklinde verilecektir.)

¹⁰⁶ Vaz: Lafzın bir mânâ için tahsis ve tayin edilmesidir. Bkz.:el-Buhari, **Keşfu’l Esrar**, c. 1, s. 89.

4. Kullanıldığı anlama delâletinin şekli (çıkarılan anlamın doğrudan mı yoksa dolaylı bir yolla mı ifade edilmiş olduğu)¹⁰⁷

Hanefi usulcülerinin lafızları anlamada gözetmiş oldukları bu tertip gayet yerindedir. Çünkü; lafzı önce belli bir anlam için koyarız (vaz’etme), sonra koyduğumuz anlamda veya bir alaka nedeniyle başka bir mefhum için kullanırız, koyulan anlama açık mı yoksa kapalı bir şekilde mi delâlet edip etmediğine bakarız ve nihayet ister açık isterse kapalı olsun anlamı bilme yollarını araştırırız.¹⁰⁸

Hanefilere göre lafzın anlam ile ilişkisi bu şekilde özetlendikten sonra şimdi her bir bölümün kısımları verilip sonrada bunların ne olduğu kısaca açıklanacaktır.

A-Lafzın Mânaya Konulması (Vaz’i) İtibariyle Kısımları

Lafız, mânaya konulması (vaz’i) itibariyle dört kısma ayrılmaktadır. Bunlar:

1) Hass: (الخاص)

Tek bir anlamı (bu anlamın kendisinde gerçekleştiği fertleri) teker teker göstermek için konmuş lafızdır. Ahmet, Mehmet gibi özel isimler, erkek, kadın gibi tür isimleri ve bu türleri içine alacak insan gibi cins isimlerdir. Ayrıca “hass” lafzın çatısı altında; “Emir”, “Nehiy”, “Mutlak”, ve “Mukayyed” gibi kavramlar bulunmaktadır.¹⁰⁹

2) Amm (العالم)

Bir defada bir tek (vaz’) koyma ile sınırsız bir şekilde kendisi için uygun olan tüm mânaları kapsayan lafızdır. Örnek olarak: Rical lafzı, amm bir lafızdır. Çünkü lügatta bir defada bu anlamın kullanılmaya uygun olduğu tüm fertler için konulmuştur.¹¹⁰

¹⁰⁷ Nesefi, Ebu’l-Berekat Abdullah Hafuziddin , **el-Menar fi usuli’l -fikh**, Dersaâdet, İstanbul, ts, s. 5, (Sonraki dipnotlar “en-Nesefi, **el-Menar**” şeklinde gelecektir.); Sadru’ş-şeria; Ubeydullahb. Mesud; **et Tevdih Şerhu’t-Tenkîh**, Daru’l Erkam, Beyrut, 1998, c. 1, s. 76 (Sonraki dipnotlar “Sadru’ş-şeria, **et-Tavdih**” şeklinde verilecektir.); Şaban, Zekiyyuddin, (trc.İ.Kafi Dönmez, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, s. 310, TDVY. Ankara 1996 (sonraki dipnotlar “Şaban, a.g.e.” şeklinde verilecektir.); Zeydan, **el-Veciz**, s. 277.

¹⁰⁸ Zeydan, **El-Veciz**, s. 276.

¹⁰⁹ Nesefi, **El- Menar**, s. 6; Buhari, **Keşfu’l-Esrar**, c. 1, s. 89; Sadru’ş-şeria; **et- Tavdih**, c. 1, s. 79; İbn Melek, **Usulu İbn Melek**, s. 13; Şaban, a.g.e., s. 311; Zeydan, **El- Veciz**, s. 279.

¹¹⁰ Nesefi, **El- Menar**, s. 24; Sadru’ş-Şeria, **Et-Tavdih**, c. 1, s. 77-78; Zeydan, **El- Veciz**. s. 305.

3) Müşterek:(المشترك)

Her biri ayrı vaz' ile olmak üzere birden fazla mânaya sahip olan lafızdır. Örnek olarak: “Kur” kelimesi. Bu kelime; kadının âdet dönemini ifade ettiği gibi, iki âdet arasındaki temizlik dönemi anlamına da gelir. Müşterek için Türkçe deki eş sesli kelime tabirini kullanabiliriz. Müşterek lafız, isim olabileceği gibi fiil veya harf de olabilir.¹¹¹

4) Müevvel: (المؤول)

Anlamlarından birisi tercih edilemeyen “müşterek” lafzın anlamlarından biri herhangi bir te'vil ile tercih edilirse buna müevvel denilir.¹¹²

B- Kullanımı Bakımından Lafzın Kısımları

Konulduğu (vaz'olunduğu) anlamda kullanılıp kullanılmamasına göre lafız, dört kısımdır. Bu yönüyle lafzı dört değil de, hakikat ve mecaz şeklinde iki kısım halinde değerlendirenler de vardır. Buna göre; lafız, ister hakikat isterse mecaz olsun kullanıldığında anlam hemen karinesiz olarak anlaşılıyorsa sarih; anlaşılmıyorsa kinayedir.¹¹³

1) Hakikat: (الحقيقة)

Bir lafız vaz'olunduğu anlamda kullanılıyorsa buna hakikat denilir. Örnek olarak; eli uzun tabirinin gerçek anlamı, insanın malum organı olan elinin ölçü olarak uzun olmasıdır. Şayet bu tabir açıkladığımız anlamda kullanılırsa hakiki anlamda kullanılmış olur. Hakikat; luğavi olabileceği gibi, örfi ve şer'i de olabilir.¹¹⁴

¹¹¹ Nesefi, **el-Menar**, s. 46; Şaban, a.g.e., s. 360.

¹¹² Nesefi, **el-Menar**, s. 5; Buhari, **Keşfu'l Esrar**, c. 1, s. 118; Sadru'ş-şeria; c. 1, s. 80, Sadru'ş-şeria, Müevveli, lafzın anlama konulması itibarıyla yaptığı taksimata almamasının sebebi olarak, müevvel'in, lafzın vaz-i ile olmadığını ancak müçtehidin görüşüne ve tercihinine bağlı olduğunu bu nedenle bu taksimata girmemesi gerektiğini belirtir. *İbn Melek Menar* şerhinde “müevvel'in” sadece “müşterek'in” anlamlarından birisinin karinelerle tercih edilmesi ile değil, Hâfi veya mücmel olan lafızların anlamlarının belirginleşmesi halinde de lafzın müevvel olacağını belirtir. Bkz; İbn Melek, **Usulu ibn Melek**, s. 96.

¹¹³ Sadru'ş-şeria, **et-Tavdih** c. 1, s. 76.

¹¹⁴ Nesefi, **el-Menar**, s. 53; Buhari, **Keşfu'l-Esrar**, c. 1, s. 160; Sadru'ş-şeria; **et-Tavdih**, c. 1, s. 160; Zeydan, **el-Veciz** s. 331

2) Mecaz : (المجاز)

Bir lafzın aralarındaki bir alakadan dolayı konulduğu (vaz') anlamın dışında kullanılmasıdır. Örnek olarak; cesaretli bir insana aslan denilmesi gibi, burada lafzın hakiki anlamıyla, kullanıldığı anlam arasındaki bağ (alaka) cesarettir.¹¹⁵

3) Sarih : (الصريح)

İster hakikat isterse mecaz olsun bir lafzın çok kullanılmasından ötürü anlamının açıkça, tam olarak ortaya çıkmasıdır. Dolayısıyla bir lafzın sarih kategorisinde değerlendirilmesi için sadece hakiki anlamda kullanılması gerekmemektedir. Lafız mecaz anlamda kullanılmasına rağmen bu anlamı hemen akla geliyor ve anlaşılıyorsa sarih olur. Örnek olarak; köye sor bu cümle mecaz anlamda olmasına rağmen anlamı açıkça -köy halkına sor- anlaşıldığından sarihtir.¹¹⁶

4) Kinaye: (الكناية)

Kendisi ile kastedilen anlam hemen zihne gelivermeyen ancak bir karine vasıtasıyla anlaşılabilir lafızdır. Bir lafzın hakiki ancak kullanılmayan anlamı kinaye sayılırken, aynı şekilde mecaz olarak kullanımı bilinmeyen anlamda kinaye sayılmaktadır. Örnek olarak; kişinin hanımını boşarken “ipin boynunda” vb. bir lafız kullanması gibi.¹¹⁷

C-Anlama Delâletinin Açıklığı Ve Kapalılığı Bakımından Lafzın Kısımları

Kur'an-ı kerim ve hadislerde geçen lafızların açık ve kapalı olması bakımından sınırlarının belirlenmesinin, nassların tefsirinde, dolayısıyla tefsir edilen bu nasslardan hüküm çıkarmada önemli bir etkisi vardır. Lafızları bu yönüyle ele alan usulcüler lafzı, anlama delâletinin açık veya kapalı olması yönüyle iki guruba ayırmışlardır.¹¹⁸

¹¹⁵ Sadru'ş-şeria, **et-Tavdih**, c. 1, s. 162; Zeydan, **el-Veciz**, s. 332

¹¹⁶ Sadru'ş-şeria; **Et-Tavdih** c.1, s.166; İbn Melek, **Usulu ibn Melek**, s. 164; Şaban, a.g.e., s. 367.

¹¹⁷ Buhari, **Keşfu'l-Esrar**, c. 1, s. 168; Şaban, a.g.e. s. 367.

¹¹⁸ Edib, Muhammed Salih, **Tefsiru'nusus fi'l -fikhi'l -İslami**, El mektebetu'l -İslami, Beyrut.1984, c. 1, s. 139.

1) Anlama Açık Olarak Delâlet Eden Lafızlar

Bunlar; Zahir, Nass, Müfesser ve Muhkem olmak üzere dört kısımdır. Bunların açıktan daha açığa olan sıralaması yukarıda verdiğimiz şekildedir.¹¹⁹

a) Zahir: (الظاهر)

Mânasının anlaşılması için harici bir karineye ihtiyaç duyurmayacak şekilde bu mânaya açıkça delâlet eden, fakat tevil ve nesih ihtimaline açık bulunan ve kendisinden çıkartılan hüküm, nassın asıl sevk sebebi olmayan lafızdır.¹²⁰

Örnek olarak; “Allah alışverişi helal, faizi haram kıldı” ayetindeki helal kıldı ve haram kıldı kelimeleri alışverişin helal, faizin ise haram kılındığını dışarıdan bir karineye ihtiyaç duymadan açıkça ifade etmektedir. Ancak ayetin asıl sevk ediliş sebebi bu iki mânadan hiçbiri değildir. Ayetin asıl sevk ediliş sebebi, bu ikisinin yani, faizin ve alışverişin aynı şeyler olmadığını vurgulamaktır.

b) Nass (النص)

Mânasına dışarıdan bir karineye ihtiyaç duymaksızın, açık bir şekilde delâlet eden ve kendisinden çıkarılan hüküm sözün asıl sevk sebebini teşkil eden, (bu yönüyle “nass” mânaya delâleti bakımından zahir’den daha açıktır.) bununla beraber tevil ve tahsis ihtimaline açık bulunan lafızdır.¹²¹ Nassın zahirden daha açık bir şekilde anlama delâleti, lafzın kendi sığasından değil mütekellimin lafzı kullanırken kastı(bu bir çeşit karine sayılmaktadır.) sebebiyledir.¹²²

Örnek olarak: yukarıda “zahir” için verdiğimiz örnekte; alışverişle faizin birbirinden farklı olması anlamı, ayetin asıl sevk ediliş nedeni olduğundan “nass” lafızdır. Yani Allah (c.c) bu ayeti, alışverişle faizin bir olmadığını bildirmek için indirmiştir.

¹¹⁹ Zeydan, **el-Veciz**, s. 338.

¹²⁰ Neseî, **el-Menar**, s. 46; Sadru’ş-şeria; **et-Tavdih** a.g.e., c. 1, s. 274; Şaban, a.g.e., s. 369; Hallaf, Abdulvehhab, **İlmu Usulu’l-Fıkh**, Lübnan, ts. , s. 131(Sonraki dipnotlar “Hallaf, a.g.e.” olarak verilecektir.

¹²¹ Sadru’ş-şeria; **et-Tavdih**, c. 1, s. 275; Şaban, a.g.e., s. 371; Zeydan, **el-Veciz**, s. 340.

¹²² el-Buhari; **Keşfu’l –Esrar**, c. 1, s. 126.

c) Müfesser (المفسر)

Hükme açık bir şekilde delâlet eden, te'vil ve tahsis ihtimaline de kapalı bulunan lafızdır. Bu yönüyle Müfesser te'vil ve tahsis ihtimaline açık olan zâhir ve nass'dan daha açıktır. Ancak "Müfesser" lafız nesih ihtimalini hala barındırdığından "muhkem" den daha az açıktır.¹²³

Örnek olarak "Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup, sonra dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun"¹²⁴ ayeti, kazife seksen değnek vurulması gerektiğine, te'vil ve tahsise ihtimal vermeyecek açıklıkta ve kesin bir şekilde delâlet etmektedir. Aslında bu anlam peygamberimizin hayatı ile sınırlı olan, nesh ile mensuh olmadığından artık muhkem sayılabilir.

d) Muhkem: (المحكم)

Hükme delâleti açık; te'vil, tahsis ve neshe ihtimali olmayan lafızdır.¹²⁵ Muhkem son derece açık olduğu için te'vile ihtimali olmadığı gibi, tabiatıyla veya dışarıdan bir karine sebebiyle değişikliğe ihtimali olmadığından neshi de kabul etmez. Buna örnek olarak iman esaslarını barındıran nassları verebiliriz.¹²⁶

Lafızların bu şekilde, bildirdiği hükme açık olarak delâlet etmede yukarıdaki gibi sıralanmasının pratik faydası nassların birbirleriyle tearuz etmesi halinde birini diğerine tercih etmede görülür. Yani müçtehidin kafasında iki nass birbiri ile tearuz etmişse (bu tabiri özellikle kullandık. Çünkü kaynağı ilahi olan nassların gerçekte birbirleriyle tearuz etmesi düşünülemez. Tearuz, sadece nassları yorumlayan kimsenin kafasındadır. Bu nedenle bazı alimler kabiliyetleri ile bağlantılı olarak nasslar arasında daha fazla tearuz tespit edip nasih-mensuh tabirlerini daha çok kullanırken diğerleri bunlar arasında tearuz olmadığını düşünerek bu tabirleri daha az kullanmıştır.) daha açık olan diğerine tercih edilir.¹²⁷

¹²³ Nesefi, **eI-Menar**, s. 49; Sadru'ş-şeria; **et-Tavdih**, c. 1, s. 275; Şaban, a.g.e., s. 372; Zeydan, **el-Veciz**, s. 343.

¹²⁴ En -nur, 24/4

¹²⁵ Muhkem hakkında farklı tarifler için, bkz: el- Buhari, **Keşfu'l -Esrar**, c. 1, s. 136.

¹²⁶ Sadru'ş-şeria, **et-Tavdih**, c. 1, s. 276; Hallaf, a.g.e., s. 135.

¹²⁷ Nesefi, **el-Menar**, s. 49.

2) Anlama Kapalı Olarak Delâlet Eden Lafızlar

Bunlar; Hâfi, Müşkil, Mücmel ve Müteşabih olmak üzere dört kısımdır. Kapalıdan daha kapalıya doğru bir sıralama yapacak olursak; Hâfi, Müşkil, Mücmel ve Müteşabih¹²⁸ diyebiliriz.

a) Hâfi : (الخفي)

Kapsamında birçok fertler bulunup da, kendi sığısı dışındaki bir engelden ötürü bu fertlerden bir kısmına delâleti açık olmayan, bunların onun kapsamına dahil olduğunun kavranabilmesi inceleme ve içtihadı ihtiyaç gösteren lafızdır. Yaklaşık olarak sonradan yazılmış tüm usul kitaplarında verilen örneği bizde verelim; “Hırsızlık yapan erkeğin ve hırsızlık yapan kadının ellerini kesin” ayetindeki hırsız (sarik)lafzının, hırsızlık dışındaki bir isimle anılmayan ve “çalın” herkese delâleti zahirdir. Ancak yankesici (Tarrar) ve kefen soyucu (Neşşal)gibi hırsızlık dışında bir isimle anılan ve “çalma” fiilini işleyen kişilere delâleti Hâfidir. Bu nedenden dolayı bunların hırsız sayılıp çalan kimseye verilecek cezayı hak edip etmediğine dair inceleme ve içtihat gerekmektedir.¹²⁹ Bunun neticesi olarak, işin içtihadı kaldığı her yerde olduğu gibi burada da müçtehitler farklı görüşlere sahip olmuşlardır.

b) Müşkil: (المشكل)

Kendisi ile kastedilen anlamın kendi sığısı ile değil, ancak harici karinelerle anlaşıldığı lafızdır. Hâfi ile arasındaki fark Hâfi’de kapalılık lafzın kendisinden kaynaklanmadığı halde, müşkil’deki kapalılık bizzat lafzın kendisinden kaynaklanmaktadır. Lafzın Müşkil oluşu bazen onun müşterek bir lafız olmasından kaynaklanırken, bazen de nasların birbirleriyle karşılaştırılması halinde ortaya çıkar. Örnek olarak Hanefi ve şafililerin anlamında ihtilaf etmiş oldukları “boşanmış kadınlar kendi başlarına üç kur süresi beklerler” ayetindeki kurءقرف.. lafzıdır. Bu lafız müşterek bir lafız olduğundan mânanın ortaya

¹²⁸ Sadru’ş-şeria; **et-Tavdih**, c. 1, s. 279.

¹²⁹ Nesefi, **el-Menar**, s. 50; Şaban, a.g.e., s. 382; Zeydan, **el-Veciz**, s. 348.

çıkartılmasında bir Müşkil ortaya çıkartmıştır.¹³⁰ Bazı usulcüler Müşkil ile mücmeli bir sayıp aralarında bir fark görmemişlerdir.¹³¹

c) Mücmel: (المجمل)

Kendi sığası ile, kendisi ile kastedilen anlama delâlet etmediği gibi kendisini açıklayacak lafzi ve tabii bir karinenin de bulunmadığı lafızdır. Mücmeldeki kapalılık arızı olmayıp lafzın bizzat kendisinden kaynaklanmaktadır. Bir lafzın mücmel oluşu; lafzın müşterek olup, tercih olanağının bulunmadığı durumlarda olabileceği gibi, lafzın ğarebetinden (alışılmış olmayan) veya lafzın sözlük anlamından nakledilip şer'i anlamda kullanılmasından olabilir.¹³²

d) Müteşabih: (المتشابه)

Kendisi ile kastedilen anlamın sığası ile anlaşılmadığı, ondaki bu kapalılığı giderecek bir karinenin de bulunmadığı kapalı lafızdır.¹³³ Bazılar müteşabih'i tarif ederken "bilgisini Allah'ın kendisine has kıldığı" kaydını koyarken bazıları da buna "ilimde üstün mertebeye sahip kişilerce bilinebileceği" cümlesini eklemişlerdir.¹³⁴ Müteşabih'e örnek olarak Allah'ın sıfatu'l haberiyye (el, yüz, göz vb.)¹³⁵ şeklinde ki sıfatlarını barındıran nassları örnek verebiliriz.

¹³⁰ Zeydan, **el-Veciz**, s. 350-351.

¹³¹ El- Buhari; **Keşfu'l Esrar**, c. 1, s. 141.

¹³² Hallaf, a.g.e., s. 140.

¹³³ Zeydan, **el-Veciz**, s. 353; Şaban, a.g.e. s. 390.

¹³⁴ Müteşabihin tarifindeki bu farklı anlayışların temelinde, Ali imran süresi 7. ayetindeki Hz peygambere indirilen kitabın bir kısmının muhkem diğer bir kısmının da müteşabih olduğunun bildirilmesi ve müteşabihlerin peşine, ancak kalplerinde eğrilik bulunan kişilerin tabii olduğunu, ilimde derinleşenlerin ise "bunların hepsi hakk olup hepsi rabbimiz tarafından gelmiştir" dediklerini bildiren ayetteki vav'ın atıf harfi mi yoksa isti'naf için mi olduğuna dair ihtilafların olduğunu düşünüyoruz. Bkz: İmamı'l Harameyn el Cuveyni; Abdülmelik; **el Akidetu'n-Nizamiyye**; MÜİFY. yy, ts, s. 33; Topaloğlu; Bekir, **Allah'ın Varlığı**, DİBY. Ankara 1998, s. 35; Bir usul alimi olarak Abdülaziz el Buhari, Bezdevi şerhinde kelimini ilgilendiren bu meseleye yaklaşık olarak on sayfa ayırmış ve konuyu geniş bir şekilde tartışmıştır. Buhari; **Keşfu'l Esrar**, c. 1, s. 148-158.

¹³⁵ El- fetih, 48/10; Hud, 11/37; Er -rahman, 55/27

D-Lafzın Mânaya Delâleti Bakımından Kısımları

Kur'an ve hadislerdeki şer'i nassları, hüküm istinbat ederken doğru ve sağlıklı bir şekilde tefsir edebilmek için lafızların mânaya hangi yollarla delâlet ettiğinin bilinmesi gerekmektedir.¹³⁶

Usulcüler lafızların hükümlere nasıl delâlet ettiğini tespit ederken sadece lafzın ibaresinden anlaşılan anlam ile yetinmemişler, bunun yanında lafzın mânaya başka yollarla da delâlet edebileceğini kabul ederek, lafzın mânaya dört yolla delâlet edebileceğini söylemişlerdir.¹³⁷ Bunlar:

1) İbaratu'n-nass: (عبارة النص)

Bu şekilde delâlet eden lafza “Dall bi'l- ibare” (دال بالعبارة) denilmektedir. Lafzın nassın gelişindeki asli maksat olan veya ona tabii olarak kastedilen hükme delâletidir. Örnek olarak: “Namazı kılınız zekatı veriniz” ayeti kerimesinden hemen ilk bakışta anlaşılan, namazı kılmanın ve zekatı vermenin farz oluşudur ve ayet bu anlamları ifade etmek için sevk edilmiştir. Bazen nass birden fazla anlamı ifade etmek için de sevk edilmiş olabilir. Buna örnek olarak: “Size helal olan kadınlardan ikişer, üçer, dörder kadınla evlenin. Eğer onlar arasında adaleti gerçekleştiremeyeceğinizden endişe ederseniz bir tane ile veya sahip olduğunuz cariyeler ile yetinin”¹³⁸ bu ayeti kerimenin nassından: Evlenmenin mubah olduğu, dörtle sınırlı olmak kaydıyla birden fazla kadınla evlenilebileceği, adaletli olamama endişesi halinde bir tek hanımla yetinilmesi.tüm bu mânalar ayetin ibaresinden anlaşılmaktadır.¹³⁹

2) İşaratu'n-nass: (اشارة النص)

Nassın işareti yoluyla anlama delâlet eden lafza “Dall bi'l işare” (دال بالاشارة) denilmektedir. Lafzın, nassın gelişinde asli ve tabii olarak kastedilmeyen fakat asıl maksat olan mânanın gerekli kıldığı, bununla birlikte sözün doğruluğu ve şer'i yönden sağlıklı anlaşılması kendisine bağlı olmayan hükme delâletidir. Nass bu mânaya kendi sığıması ve

¹³⁶ Mahammed Edib, a.g.e., c. 1, s. 463.

¹³⁷ Sadru'ş-şeria, **et-Tavdih**, c. 1, s. 286.

¹³⁸ En-nisa, 4/3

¹³⁹ Şaban, a.g.e., s. 393, Muhammed Edib, a.g.e., c. 1, s. 472; Zeydan, **el-Veciz**, s. 355.

ibaresi yoluyla delâlet etmeyip iltizam yoluyla işaret ve ima eder. Ancak bazen nasstan işare yoluyla bu anlamları çıkartmak uzun tefekkürü gerektirebilir.¹⁴⁰

Örnek olarak: “Onların dinen ve örfen makul ölçüler içinde yiyeceğini ve giyeceğini sağlamak çocuğun babasına aittir”.¹⁴¹ Bu ayet ibare yoluyla; emziren annelerin nafakalarını ve giyim masraflarını karşılamak babanın borcu olduğu gibi çocuğun anneye ve başka birine değil yalnız babaya nispet edilmesi gerektiğini bildirirken, işare yoluyla da şu anlamları vermektedir: Çocuğun nesebinin aidiyeti hususunda kimse babaya ortak olmadığı gibi çocuğun nafakası sadece babasına aittir. Çocuk bu ayette babasına milkiyet(aidiyet) ifade eden “Lam” ile nispet edilmiştir. Bundan, ihtiyacı halinde babasının onun malından almasının caiz olduğu ortaya çıkar¹⁴².

3) Delâletu'n-nass: (دلالة النص)

Delâletu'n-nass ile anlatılmak istenen, nassın ruhundan anlaşılman mânadır. Bir nass hükmün üzerine bina edildiği bir illet nedeniyle bir olayda ibaresi ile bir mânaya delâlet ediyorsa, bunun yanında hükmün üzerine bina edildiği illetin eşit veya daha tesirli olduğu başka bir olay meydana geldiğinde, ikinci olayın illetinin birinci olaydaki illetle aynı derecede veya ondan daha tesirli olması kıyasa ve içtihada gerek olmaksızın sadece dili bilmek ile anlaşılıyorsa bu nassın iki olayı da hükmü içine aldığı gösterir. Yani nassın ibaresi ile anlaşılman hüküm ortak illet nedeniyle nassın ruhu- mefhumu için de sabit olur.¹⁴³

Örnek olarak: Kur'an-ı Kerimde anne baba ile ilgili olarak emredilen “Onlardan biri veya her ikisi senin yanında yaşlılık çağına ulaşırsa, onlara “öf” bile deme, onları azarlama. Onlara güzel söz söyle.”¹⁴⁴ Ayet ibaresiyle, çocuğun ana babasına “öf” demesinin haram olduğunu göstermektedir. Arapçayı bilen herkes bu ibareyi duyduğunda, bu hükümdeki illetin yasaklanan sözün ana-babayı üzmesi ve onlara eza vermesi olduğunu anlar. Bu illet ise “öf” demekten çok daha fazlasıyla olmak üzere; dövme, sövme, hapsedme, yiyecek vermeme başka durumlarda da mevcuttur. Buna göre “öf” demenin haram kılındığını gösteren nass bunları da kapsamına almaktadır ve o durum için sabit olan tahrim hükmü nassın delâlet yoluyla diğer durumlar hakkında da sabit demektir.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Nesefi, **el-Menar**, s. 101-102; Şaban, a.g.e., s. 395.

¹⁴¹ El Bakara, 2/233

¹⁴² Hallaf, a.g.e. s. 117; Zeydan, **el-Veciz**, s. 357.

¹⁴³ Nesefi, **el-Menar**, s. 102; Muhammed Edib, a.g.e., c. 1, s. 516.

¹⁴⁴ El İsrâ, 17/23

¹⁴⁵ Şaban, a.g.e., s. 399; Zeydan, **EL-Veciz**, s. 362.

4) İktizau'n-nass: (اقتضاء النص)

İbare de yer almamasına rağmen sözün, şer'i yönden doğru anlaşılması kendisine bağlı olan, dilin veya mantığın gerektirdiği bir "lazım'a" delâlet etmesidir.¹⁴⁶

Örnek olarak: "Anneleriniz, kızlarınız....size haram (nikahlama) kılındı." Bu ayette parantez içine aldığımız "nikahlama" kelimesini ibarede geçmemesine rağmen var gibi kabul etmek durumundayız. Çünkü tahrim, anne vs. zatlarna değil onları nikahlama ile alakalıdır. Yani nassın ibaresinin sağlıklı bir şekilde anlaşılması bu kelimenin var gibi kabul edilerek anlamaya çalışmakla mümkün olacaktır. Diğer bir ifadeyle nass bu kelimenin olmasını "iktiza" etmektedir.¹⁴⁷

Hanefi mezhebi usul bilginleri Mütekellim usulünce delil olarak kabul edilen ve "delilu'l hitab" da denilen "mefhumu'l muhalefe"yi delil olarak kabul etmedikleri için burada Hanefi usulü¹⁴⁸ dikkate alınarak hareket edildiğinden "mefhumu'l muhalefe" anlatılmadan geçilecektir.

II. GÜNÜMÜZDE HUKUK, DİL, ANLAM VE YORUM

Toplumsal yaşamdaki beklentilerinin bir kısmını ve toplumsal yaşamı güvenceye almak için insanın kural koymakta olduğu ve sözlü hukuktan yazılı hukuka geçildiğinden beri hukukun içeriğinin de dilsel ifade olarak ortaya çıkmakta olduğu Giriş bölümünde bildirilmişti. Buna göre, hukukta dil ilişkisinin önemi, hemen kendini göstermektedir. Hukuk dil ilişkisini belirlemek için dilin işlevlerine bakıldığında, dilin genel olarak, yanıt beklemezsiniz duyurma (örneğin; çığlık, acı ifadesi, gülme gibi), iletişim ve anlaşma, yani işitilen ve anlamak-yanıtlamak üstüne kurulu diyalogsal ilişki, anlaşmanın temeli olarak algılamak, hesaplamak ve düşünmenin yolunu açan uygulama işlevleri yaptığı görülür. Dilin bu işlevleri arasında, hukuk-dil ilişkisi nitelikli olanları, iletişim ve uygulama işlevleri olmaktadır. Anlam taşıyıcısı ve iletişim aracı olarak dil, hukuk normunun da taşıyıcısı ve iletişim aracıdır. Hukuk normunun uygulanması da, onun anlaşılmasını gerektirir. Her dilsel işaret gibi hukuk da, anlaşılmak için yorumlanmalıdır. Geniş anlamda yorum, anlamı

¹⁴⁶ Şaban, a.g.e., s. 402.

¹⁴⁷ Hallaf, a.g.e., s. 121; Zeydan, **el-Veciz**, s. 364.

¹⁴⁸ Sadru'ş-şeria, **et-Tavdih**, c. 1, s. 311.

anlamadır. Daha teknik ve dar anlamda yorum, hukuktaki özgür bazı ifade ve terminolojik söylemlerin anlaşılır bir hale getirilmesidir. Böylece, doğruya ulaşılmış olunur¹⁴⁹.

Hukuk'ta yorumla ilgili olarak, *Kemal GÖZLER*'in görüşlerini burada özetleyerek sunmak, Günümüzde Hukuk, Dil, Anlam ve Yorum konusuna ait bilgilenme için yeterli olacaktır¹⁵⁰:

Yorum konusunda, genellikle, yasama yorumu, yargı yorumu ve bilimsel yorum olmak üzere “yorum çeşitleri”nden veya lafzi yorum, gai yorum, tarihsel yorum, kavramcı yorum, sistematik yorum, menfaatler içtihadı gibi “yorum metotları”ndan ya da *analogia*, *argumentum a fortiori*, *argumentum a contrario* gibi “yorumda kullanılan mantık kuralları”ndan bahsedilir.

Yorum konusunu bu şekilde işleyen yazarlar, her nedense, yorumun *kendisi* üzerinde, yorumun *niteliği* üzerinde pek durmamışlardır. Bu tavır oldukça eski ve yerleşiktir. Bu tavra “klasik yorum teorisi” ismi verilir. Bu teorinin kısaca açıklaması şöyledir:

Klasik yorum teorisine göre, hakimin yaptığı yorum yeni bir şey ortaya koymaz. Zira bu teoriye göre, gizli de olsa, karanlıkta kalmış da olsa, her hukuki durum için, her hukuki sorun için uygulanabilecek bir hukuk kuralı ortada zaten vardır. Eğer hukuk kuralı böyle karanlıkta ise, hakim yorum yaparak bu kuralı gün ışığına çıkarmalıdır. Bu teoriye göre, hakimin görevi, apaçık ortada bulunan veya yorum ile gün ışığına çıkarılan hukuk kuralını uygulamaktan ibarettir. Hukuk kuralının uygulanmasında hakim yaratıcı değildir. Zira, hakimin kararı şu tip bir akıl yürütmenin ürünüdür:

Karı kocadan biri evlenme merasimin icrası zamanında evli ise evlenme batıldır. (Medeni Kanun, m.112/2, Büyük önerme).

A, C ile evlenme merasimi yapıldığı sırada B ile evli bulunuyordu.

(Küçük önerme, somut olay).

O halde A'nın B ile yaptığı evlenme batıldır (Sonuç).

Burada büyük önerme, uygulanacak olan hukuk kuralıdır (Medeni Kanun, m.112/2). Küçük önerme ise somut olaydır. Sonuç ise hakimin vereceği hükümdür. Burada hakimin hükmü yeni bir şey ortaya koymaz. Zira, büyük önerme kanunda zaten vardır. Büyük

¹⁴⁹ Yasemin Işıktaç, “*Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi*”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2001/1, Yıl 58, s. 32-34.

¹⁵⁰ Geniş bilgi için bakınız: Kemal Gözler, “*Realist Yorum Teorisi ve Mekanik Anayasa Anlayışı*”, *Anayasa Yargısı*, Ankara 1990, s. 207-243.

önermeyi hakim mevcut halde bulur. Yargı faaliyeti, büyük önermede ifade edilen hukuk kuralının somut olaya uygulanmasından ibarettir. Dolayısıyla yargı faaliyeti, yeni bir şey ortaya koymaz. İşte bu nedendir ki, Montesquieu'nün formülüne göre, yargı kuvveti gerçek bir kuvvet değildir, âdeta “yok hükmünde”dir.

Buna karşın “realist yorum teorisi”ne göre ise, büyük önerme, yani uygulanacak olan hukuk kuralı, hakime önceden verilmiş değildir. Hakim, kanun metnini yorumlamalı, onun anlamını belirlemelidir. Dolayısıyla hakim, büyük önermenin gerçek yaratıcısı, yani gerçek kanun koyucu haline gelir. İşte realist yorum teorisinin özü buradadır: *Gerçek kanun koyucu, metnin yazarı değil, yorumcusudur.*

Realist yorum teorisini daha yakından görmeden önce, şunu belirtmek gerekir: Bu teoride yorum, “hermenötik” bir süreç olarak ele alınır. Bu anlamda, bazen “hukuk hermenötiği (*legal hermeneutics*)”nden de sözedilebilir. Hukuk hermenötiği, hermenötiğin genel teorisinin hukuki metinlerin yorumlanmasına uygulanmasından ibarettir.

Realist yorum teorisi, şu on önermeyle özetlenebilir:

1. *Norm, kanunun metni değil, bu metnin anlamıdır.*– Realist yorum teorisi ilk önce, hukukun genel teorisi açısından normun ne olduğunu hatırlatır. Hukukun genel teorisi açısından norm, beşeri irade işleminin ürünüdür. Bununla birlikte, bu beşeri irade işleminin kendisi değil, onun *anlamı* normdur. Öyleyse, norm ile bu irade işleminin maddi varlığını birbirinden ayırmak gerekir. Norm “olması gereken (*Sollen*)”, irade işlemi ise “olan (*Sein*)”dır. Bundan yola çıkan realist yorum teorisi de normun içinde yer aldığı *metin* ile *norm* arasında bir ayrım yapar. Kısacası, bu teoriye göre norm, bizatihi kanunun *metni* değil, onun *anlamıdır*.

2. *Yorumun konusu norm değil, metindir.*– Norm ile metin birbirinden farklı şeyler olduğuna göre, ikinci olarak, normun mu yoksa metnin mi yoruma konu teşkil ettiğini tespit etmek gerekir. Realist yorum teorisine göre, yorumlanan şey, norm değil, metindir. O halde, *hukuk normlarının* yorumlanmasından değil, *hukuki metinlerin* yorumlanmasından bahsetmek daha uygun olur. Açıkçası, hukukta yorum sorunu, *normun* değil, *metnin* yorumu sorunudur. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi norm, metnin kendisi değil, anlamıdır. Bu anlam ise, metnin yorumlanması ile ortaya çıkacaktır. O halde hukukta yorumun konusu, hukuk normları değil; ama hukuki metinlerdir.

3. *Yorum kaçınılmazdır.*– Realist yorum teorisi, üçüncü olarak, hukuk uygulamasında yorumun kaçınılmazlığını vurgular. Bu teoriye göre, hukuk kuralının uygulanmasından önce

mutlaka bir yorum yapılır. Zira hukuk kuralı, anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik, sözleşme gibi bir hukuki metnin içinde bulunur. Bu hukuki metnin bizatihi maddi varlığı itibarıyla uygulanması mümkün değildir. Zira, yukarıda belirtildiği gibi, hukuk normu, bu metin değil, onun anlamıdır. Bu anlam ise doğrudan doğruya algılanabilir, bilinebilir bir şey değildir; o ancak yorum ile tespit edilebilir. O halde uygulanacak olan normun belirlenmesi için, kaçınılmaz olarak, bu normun içinde yer aldığı metnin yorumlanması gerekmektedir.

4. *Bir hukuki metin birden fazla norm içerebilir.*– Realist yorum teorisi, dördüncü olarak, bir hukuki metnin anlam bakımından devamlı olarak belirsiz olduğuna işaret eder. Bu belirsizlik Kelsen’in gösterdiği gibi, iradi veya gayri iradi olabilir. Diğer bir ifadeyle, bir hukuki metin birden fazla anlam taşıyabilir. Açıkçası, kanunun bir metni vardır, ama bu metin birden fazla alternatif normlar ifade eder. Düzenleyici bir metin, aralarında seçim yapılması gereken birden çok norm içerir.

5. *Yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir.*– Eğer bir metin birden fazla norm içerebiliyorsa, somut olaya bu normların hepsi uygulanamayacağından bu alternatif normlardan birisi seçilmek zorundadır. Öyleyse, yorum bir tercih yapılmasını gerektiren bir karardır. Diğer bir anlatımla, bir kanun metnini uygulamak ile görevli organ, her şeyden önce, bu metnin anlamını, yani bu metnin içerdiği normu belirlemelidir. Tüm metinler de değişik anlamlar içerebileceği için uygulama organı, uygulayacağı normu seçmek zorunda kalır. İşte yorum bu seçimden ibarettir.

6. *Metinler kendi kendilerini yorumlayamazlar.*– Bilindiği gibi, dini hermenötüğün temel ilkesine göre, “Kitab-ı Mukaddes kendi kendini yorumlamalıdır”. Modern hermenötik ise “metinler kendi kendilerini yorumlayabilir mi” sorusuna olumsuz yanıt verir. Dini hermenötüğün klasik ilkesine benzer fikirler hukukta da zaman zaman ileri sürülmüştür. Montesquieu’ye göre, “hakimler kanunun sözlerini telaffuz eden bir ağızdan başka bir şey değildir”. Keza Fransız ihtilalinin ilk dönemlerinde yaygın olan bir anlayışa göre, yargı kuvveti yorum yapmamalı, kanun metnini doğru bir tüm dengelim yoluyla somut olaylara uygulamakla yetinmelidir. Bu doğrultuda Fransa’da 16-24 Ağustos 1790 tarihli kanun, hakimlere kanunları yorumlamayı açıkça yasaklıyordu. Bu Kanunun 12’inci maddesine göre, “mahkemeler kanunların yorumlanmasına ihtiyaç duydukları zaman, hüküm vermeyecekler, ama yasama organına başvuracaklardır”. Aslında yorum türlerinden biri olan, “yasama yorumu”nun altında yatan ana fikir, hakimlerin yorum yapmaya yetkileri olmadığı düşüncesidir. Keza, metnin anlamının açık olduğunda yorum yapılamayacağı ilkesinin

temelinde hep dini hermenötiğin klasik ilkesine (dini metinlerin kendi kendilerini yorumladıkları) benzer bir inanış yatar.

Modern hermenötik, metinlerin kendi kendilerini yorumlayabilecekleri tezini reddeder. Realist yorum teorisi de hukuki metinlerin kendi kendilerini yorumlayacaklarını, yorumun mutlaka bir yorumcu tarafından yapılabileceğini belirtir.

7. Yorum, yorumcuya bağlıdır.– Eğer bir metin kendi kendini yorumlayamaz ise, yorum kaçınılmaz olarak yorumcu tarafından yapılır. Eğer hukukta yorum, bir metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimden ibaret ise ve metinler de kendi kendilerini yorumlayamıyorsa, yorum bu seçimi yapana, yani yorumcuya bağlıdır. Diğer bir ifadeyle yorum, yorumcunun iradesinin ürünüdür.

8. Yorum, yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür.– Eğer bir kanun metninde, yargı organının uygulamak için seçebileceği birden fazla norm mevcutsa ve eğer yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimse ve eğer bu seçimi de yorumcu yapıyorsa, yorumcu bu seçimi serbestçe yapar. Diğer bir ifadeyle, yorum, yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür. Yorumcu, metnin anlamını tespit ederken geniş bir özgürlükten yararlanır. Hiçbir kurala tâbi değildir. “Yorum metotları” olarak sunulan ilkeler, hukuk kuralı değildir. Hakim karşısında hiçbir bağlayıcılıkları yoktur. Doktrinde geliştirilen, lafzi yorum, gai yorum, tarihsel yorum, kavramcı yorum, sistematik yorum ve menfaatler içtihadı gibi “yorum metotları”nın ya da “yorumda kullanılan mantık kuralları”nın hiçbir pozitif hukuki değeri yoktur. Bunlar “sözde” metodlar ve ilkelerdir. Bunlar doktrinin ürettiği yapılardır. Hukuk kuralı değildirler. Hukuki geçerlilikten yoksundurlar. Yargıç karşısında hiçbir hukuki bağlayıcılıkları yoktur.

9. Gerçek kanun koyucu, kanunun yazarı değil, yorumcusudur.– Yorumdan önce sadece metin varsa, metin de birden fazla norm içerebiliyorsa, bu normlardan uygulanacak olan norm, yorumcunun serbest iradesiyle seçiliyorsa, gerçek kanun koyucu, kanun metnini yazan veya kabul eden değil, onu yorumlayandır. Diğer bir ifadeyle, hukuk normu, bizzat normu uygulayacak organ tarafından konulmaktadır.

10. Yorum, tanıma işlemi değil, irade işlemidir.– Klasik yorum teorisine göre yorum, bir “tanıma (bilme) işlemi”dir. Yani yorumcunun faaliyeti, bilimsel nitelikte, tamamıyla tasviri bir faaliyettir. Yorum, bir takım “metodlar”ın uygulanarak, metnin anlamının bulunmasından ibarettir. Hukuki önermenin anlamı, yoruma tekaddüm eder. O metinde

“objektif” olarak mevcuttur ve okuyucunun dışındadır. Okuyucu onu “müşahede etmek” ile yetinir.

Oysa realist yorum teorisine göre, yorum tanıma işlemi, bir bilme işlemi değil, bir “irade işlemidir. Bu ise iki nedenden dolayıdır:

a) Normun tanınabilecek objektif bir anlamı yoktur.– Bir kere, hukuk normunun bilinmeye (tanınmaya) elverişli objektif bir anlamı yoktur. Zira metni yapanların her birinin bu metni kabul ederken içinde buldukları ruhi durumu bilmek imkansızdır. Bunu bilmek mümkün olsaydı bile, bir anlam değil; bir ruhi, bir psişik durum, bir olgu tanınabilecekti. Bu, bir grup adamın belirli bir dönemde bir metni anlayış şekli değil, ama yürürlükte olan hukuka göre, bir metnin uygulanması anında, bu metnin nasıl anlaşılması *gerektiği* şekliyle ilgilidir. Anlamın belirlenmesi bir emri ifade eder. Görüldüğü gibi bu bir irade fonksiyonudur.

b) Otantik Yorum.– İkinci olarak, hukuk düzeninin bazı organları tarafından yapılan yorum, *otantik* niteliğe sahiptir. Otantik yorum, hukuken kendisine itiraz edilemeyen ve kendisine pozitif hukukun hukuki sonuçlar bağladığı yorumdur. Örneğin, bir yüksek mahkeme veya bir anayasa mahkemesi tarafından yapılan yorum otantiktir. Keza devlet başkanının yorumu da, eğer işlemlerine karşı başvuru yolu yoksa otantiktir. Bu yorum doğru veya yanlış olmaya elverişli değildir. Kimse bu yoruma karşı çıkamaz. Zira bir yandan bu yorumun karşılaştırılacağı standart bir yorum yoktur; diğer yandan ise, bu yorum iptal edilemez ve içeriği ne olursa olsun sonuçlarını doğurur. O halde onun sadece geçerli olduğu söylenebilir.

Bundan şu sonuç çıkmaktadır: Hukuku uygulayan organ, otantik yorumu aracılığıyla hukuk yaratır. Bu açıdan otantik yorum yolu, sadece uygulanacak normun çeşitli yorum imkanlarından birinin gerçekleştirilmesine, aynı zamanda uygulanacak normun oluşturduğu çerçevenin tamamen dışında kalan yeni bir normun ortaya konulmasına da yol açabilir

Diğer bir ifadeyle, eğer hukuk kuralı, kanun koyucunun kabul ettiği ve resmi gazetede yayınlanan metin değil, ama bu metnin içerdiği norm ise, bu normun ne olduğunu söyleyen kanun koyucu değil, hakimdir. Sonuç olarak “*artık ne hakim kanuna, ne de kamu makamları anayasaya tâbidir. O halde hukuk normları hiyerarşisini yeniden değerlendirmek gerekmektedir*”.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUK DİL İLİŞKİSİ BAKIMINDAN MECELLE'DEKİ KÜLLİ KAİDELER

Tezin, hacim bakımından diğerlerinden büyük ve emek bakımından da yoğun çalışılan bu bölümünde, hukuk-dil ilişkisi bakımından Mecelle'deki külli kaidelerin tahlilleri yapılacaktır:

I. MECELLE'DE BULUNAN DİL İLE İLGİLİ KAİDELER

Dil ile ilgili kaideleri tespit ederken Mecelle'nin seçilmesinin nedeni; Külli kaidelerin tarihi gelişiminde vurgulandığı gibi, kaidelerin Mecelle'de gerek yapı, gerekse kullanışları bakımından Mecelle öncesi kitaplardan daha iyi bir seviyeye ulaşmış olmalarındandır. Ayrıca Mecelle'deki külli kaidelerden bazılarının sonradan bir kısım İslam ülkelerinde anayasal çalışmalar yapılırken kullanıldığını da unutmamak gerekir. Zaten Mecelle'den sonra külli kaideler hakkında yapılan çalışmalarda, bu kaidelerin yapılarına dokunulmamış, bazıları Mahmut Hamza'nın yaptığı gibi, Mecelle'deki külli kaidelere, külli olabileceğini düşündüğü başka kaideler eklerken bazıları da Mustafa Zerka'nın (1999) yaptığı gibi; kaideleri, asli ve fer'i diye ikiye ayırıp, bazı kaidelerin yerlerini değiştirerek konuyla daha irtibatlı olan başka yerlere koymak olmuştur.¹⁵¹

Kaidelerin tahlillerini yaparken aşağıdaki hususlara dikkat edilecektir:

- Dil ile ilgili kaidelerin öncelikle, dil ile doğrudan ilgili olanlar ile dolaylı olarak ilgili olanlar şeklinde ikiye ayrılması.
- Kaidenin özet olarak anlamının verilmesi.
- Mecelle'den önce konuyla ilgili Hanefi bilginleri tarafından yazılmış eserlerde -şayet varsa- kaidenin nasıl geçtiğinin gösterilmesi.
- Kaidenin daha iyi anlaşılması için, kaideyi oluşturan kavramların açıklanması.
- Kaidenin kullanışı ile ilgili örnekler verilmesi.
- Mecelle'de tercüme edilerek verilen kaidenin, orijinal şeklinin dipnotta verilmesi

¹⁵¹ Zerka, Mustafa, **Medhal**, c. 2, s. 961-961.

A-Doğrudan Dil İle İlgili Olanlar

Teze esas teşkil eden dil ile ilgili Mecelle’de geçen kaideleri iki gruba ayırmayı uygun gördük. Çünkü bu kaidelerden bazıları doğrudan dil ile ilgili iken bazıları ise, örf ve âdetin bir kelimeye sözlük (vaz’) anlamı dışındaki eklediği anlamlar ve bu anlamların insanların hukuki muamelelerinde geçerli hale gelmesi noktasında dolaylı olarak dil ile ilgilidir.

Burada Mecelle’de doğrudan dil ile ilgili olarak tespit edilen kaideler on bir tanedir. Dolaylı olarak tespit edilenler ise iki tanedir. Şimdi bu kaideler yukarıda verilen plan çerçevesinde çözümlenecektir.

1) Kelamın İ’mali İhmalinden Evladır

Mecelle’nin 60. maddesi olarak yerini almış olan bu kaide “Kelamın i’ mali ihmalinden evladır”¹⁵² şeklinde olup, *İbn Nuceym’in el Eşbah* adlı eserinde dokuzuncu kaide¹⁵³ olarak geçmektedir. *Mustafa Zerka* bu kaideyi kapsamı daha geniş olması nedeniyle asıl sayıp, sonrasında gelen kaideleri bunun fer’leri olarak görmüştür.¹⁵⁴

Kaidenin anlamı: Kelamı anlamlı saymak onu anlamsız saymaktan evladır.

Kaidenin tahlili: Kaidemizin daha iyi anlaşılması için aşağıdaki kavramları açıklamamız gerekmektedir.

İ’malu’l-kelam: Kelamı anlamlı sayıp, üzerine hüküm bina edecek şekilde kabul etmek demektir.

İhmalu’l-kelam: Kelamı anlamsız sayıp, hiç söylenmemiş gibi muamele etmektir.

Kaidenin içindeki bu kavramları açıkladıktan sonra kaideyi tam olarak şöyle anlatabiliriz: Akıl sahibi bir insandan bir söz sadır olduğunda, onu anlamsız sayıp üzerine hiçbir hüküm ve netice bina etmemek doğru olmayıp onu anlamlı saymak esastır. Bir insandan bir söz sadır olunca bir sonraki kaidede de anlatacağımız gibi öncelikle onu asli ve birinci anlamında yani hakiki mânasında anlamaya çalışırız. Şayet hakiki anlamda kullanmak mümkün olmazsa, kelamı boşu boşuna söylenmiştir deyip atmadan, mecazi anlamda

¹⁵² Ali Haydar, **Durer**, s. 132.

¹⁵³ اعمال الكلام اولي من اهماله

¹⁵⁴ Zerka, Mustafa, **Medhal**, c. 2, s. 962.

kullanmak mümkün olursa mecazi anlamda kullanırız. Ancak mecazi anlamda da kullanmak mümkün olmazsa o zaman geçersiz sayıp üzerine hiçbir hüküm bina etmeyiz.¹⁵⁵

Kaidenin kullanışı ile ilgili örnekler:

1- Bir kimse “şu evimi evlatlarıma vakıf ettim” dese, “evlatlarım” kelimesinin hakiki anlamı gereği evini kendi çocuklarına vakıf etmiş sayılır. Ancak bu kimsenin kendi evlatları yoksa, hemen cümleyi anlamsız sayıp hükümsüz bırakmak yerine evlat kelimesinin mecazen kişinin kendi torunlarını da içine aldığı düşünüp vakfı torunlar için geçerli saymak lazımdır. Fakat bu kimsenin torunları da yoksa o halde kelim ihmal edilerek hükümsüz bırakılır.¹⁵⁶

2- Bir kimse kendi hanımına “sen boşsun sen boşsun sen boşsun” dese bu kimse hanımını üç talakla boşamış sayılır. Bu kişi “ben ikinci ve üçüncü sözümle birinci sözümü tekit etmeyi kastettim.” dese diyaneten bu adamın dediği kabul edilebilir ve hanımını bir defa ric’i talakla boşamış olur. Ancak bu olay mahkemeye intikal etmişse hakim zahir ile hükmederek, bu kişinin hanımını üç talak ile boşamış olduğuna hükmeder. Yani bu kişinin ikinci ve üçüncü defa o cümleyi kullandığında tekit kastettiğine dair niyetine itibar edilmez. Çünkü kelamı i’mal edip ona yeni bir hüküm tertip etmek önceki kelamın hükmünü te’kit sayıp, onu bir nevi ihmal etmekten evladır.¹⁵⁷

3- Bir kimse bir başka kimsenin lehine olarak sebebini beyan etmeden bin lira borcu olduğuna dair şahit ve senet getirirse ve sonra yine sebebini belirtmeden ikinci bir defa senet ve şahitle o kişi lehine bin lira daha borcu olduğunu söylese, ikinci beyanı birinciden farklı olarak kabul edilip lehine ikrar ettiği kişiye iki bin lira borcu var olduğu kabul edilir.¹⁵⁸

Bu iki örnek şöyle açıklanabilir: Fıkıh bilginleri “kelamın i’ mali ihmalinden evladır” kaidelerinden “te’sis tekit’ten evladır”¹⁵⁹ dabitasını çıkartmışlardır. Buna göre; “Te’sis: önceki kelimedden ayrı bir hüküm taşıyan yeni bir anlam” iken “Te’kit: önceki kelimenin anlamını pekiştiren ancak onun hükmünden ayrı, artı bir hüküm meydana getirmeyen” anlamındadır. Bir cümlede i’mal olunan lafzın, hem te’sis hem de te’kide ihtimali olursa te’sis’e hamledilmesi daha tercih edilir. Çünkü te’sis, te’kit’ten diğer bir tabirle, ifade (yeni anlam) iadedden daha evladır. Zira; bir lafızda vaz’ en asıl (kural) olan, tekrar edilen bir kelimenin,

¹⁵⁵ İbn Nuceym, **el Eşbah**, s. 150; Ali Haydar, **Durer**, s. 132; Ali Ulvi, **Telhisu Kavaidi Külliye Fi İstilahati fıkhiyye**, İstanbul 1317h., s. 90 (sonraki dipnotlar “Ali Ulvi, **Telhis**” şeklinde geçecektir.); Zerka Ahmet, **Şerhu kavaid**, s. 316; Zerka, Mustafa, **Medhal**, c. 2, s. 1001; Bilmen, **Kamus**, c. 1, s. 274, Zeydan, **el Veciz fi şerhi’l kavaidi’l fıkhiyye**, Muessesetu’r risale, Beyrut 2001, s. 20 (sonraki dipnotlar “Zeydan, **El- veciz fi’l kavaid**” şeklinde geçecektir.)

¹⁵⁶ Ali Ulvi, **Telhis**, s. 90.

¹⁵⁷ El-Merğınani, **el Hidaye**, c. 2, s. 252; İbn Nuceym, **El-Eşbah**, s. 174; Ali Haydar, **Durer**, s. 133.

¹⁵⁸ Ali Haydar, **Durer**, s. 133.

¹⁵⁹ İbn Nuceym, **El-Eşbah**, s. 174.

aynısı da olsa önceki kelimenin ifade ettiği anlamın dışında başka bir anlam ifade etmek için gelmiş olmasıdır. Bu sebeple; bir lafız önceki kelimenin anlamını pekiştirmekten ibaret olan te’kide hamledilince bir bakıma ihmal edilmiş olur. Oysa onu te’sis anlamında kullanırsak ihmalden daha iyi bir seçenek olan i’mal etmiş oluruz.¹⁶⁰

Bu bilgiler ışığında; insanın kendi hanımına üç defa ardı ardına “sen boşsun” demesi halinde ikinci ve üçüncü sözlerini i’mal ederek ayrı ayrı hüküm ortaya çıkacak şekilde değerlendirmek kaidemize uygun olacaktır.

Bu kaide ile ilgili şu kanaatimizi de belirtmek isteriz ki; İnsanların sözlerini mümkün olduğu kadar değerlendirmeye layık bulup onlar ile geçerli bir şeyler kastettiklerini kabul etmek, onları abesle ve boş sözlerle işgal ettiklerini ima ettirecek şekilde sözleri üzerine hiçbir hüküm bina etmeyip ihmal etmekten daha doğru olup, insan onur ve haysiyetine daha çok yaraşan bir davranıştır. Ayrıca bize göre bu kaide İslam Hukukunun insanların sözlü tasarruflarına ne kadar ehemmiyet verdiği de bir delildir.

2) Kelamda Asıl (Tercih Edilen) Hakiki Anlamdır¹⁶¹

Kaidenin Mecelle’deki hali “Kelamda asıl olan ma’nayı hakikidir.” şeklindedir. Mecelle’nin on ikinci (12) maddesi olarak yerini almış olan bu kaide *İbn Nuceym’in “el Eşbah ve’n- Nezair”* adlı kitabında üçüncü kaide olan “Yakin şekk ile zail olmaz” kaidesinin bir fer’i olarak geçmektedir.¹⁶² *Mustafa Zerka*, Mecelle’nin 60. kaidesi olarak geçen yukarıdaki kaide ve sonrasında gelen kaidelerin, bir zincirin halkaları gibi anlam olarak birbirlerine yakın olmasına rağmen bu kaidenin onlardan ayrı olarak alınmasını Mecelle heyeti için kaideleri sıralamada yeterince hassas davranmamaları noktasında bir eksiklik olarak kabul etmiş ve kendisi bu kaideleri kitabında şerh ederken ardı ardına zikretmiştir.¹⁶³

Kaidenin anlamı: Bir kelam hakiki anlamında kullanılması mümkün olduğu sürece hakiki anlamda kullanılmalıdır. Aynı anda hem hakiki hem de mecazi anlamda kullanmak mümkün ise hakiki anlamda kullanmak tercih edilmelidir.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Ali Haydar, **Durer**, s. 133; Zeydan, **el Veciz fi’l- kavaid**, s. 20.

¹⁶¹ **الإصل في الكلام الحقيقية**

¹⁶² İbn Nuceym, **El-Eşbah**, s. 78; bu kaidemizi lafız olarak ayrı olsa da anlam olarak aynısını Bezdevi usulünde ele almıştır. Bkz: Abdülaziz el Buhari; **Keşfu’l Esrar**, c. 2, s. 152.

¹⁶³ Zerka, Mustafa, **el-Medhal**, c. 2, s. 961-962.

¹⁶⁴ İbn Nuceym, **El-Eşbah**, s. 78; Ali Haydar, **Durer**, s. 60; Ali Ulvi, **Telhis**, s. 32, ; Zerka, Ahmet, Şerhu Kavaid, s. 133; Zerka, Mustafa, **el -Medhal**, c. 2, s. 1003; Bilmen, **Kamus**, c. 1, s. 259; Zeydan, **el -veciz fi’l- Kavaid**, s. 12.

Kaidenin tahlili: Kaideyi tahlil etmek için onu oluşturan kavramların tek tek ele alınıp incelenmesi gerekmektedir.

El Asl: asıl kelimesi sözlükte; başka şeylerin üzerine bina edildiği şey anlamındadır. Bu kelime terim olarak birkaç anlama gelmektedir. Bunlar:

1. Delil anlamında: Fıkıh kitaplarında çok geçtiği şekliyle; bu meselenin aslı icmadır. Yani dayandığı delil icmadır.

2. Kaide (genel kural) anlamında: “Zaruret halinde olan kimsenin laşe yemesi aslın hilafıdır.” Yani genel hükümden istisnadır.

3. İstishab anlamında: “Asıl, zimmetin beraatıdır.” Yani aksi ispat edilmedikçe zimmetin kendisini meşgul eden şeylerden hali olması istishab tır.

4. Tercih edilen anlamında: Asıl kelimesi bizim kaidemizde bu anlamıyla geçmektedir.

Hakikat: Fai’letun vezninde olup, bir şeyin sabit olması demektir. Kelimenin sonundaki “te” onu sıfat olmaktan çıkartıp isim yapmıştır. Fail vezni, ismi fail olarak sabit olan şey anlamında kullanıldığı gibi ismi meful olarak sabit edilen şey anlamında da kullanılmaktadır.¹⁶⁵

Terim anlamı olarak Hakikat; kullanımı bakımından lafzın kısımları bölümünde geçtiği üzere, lafzın vaz¹⁶⁶ olarak hangi anlam için konulmuşsa o anlamda kullanılmasıdır. Lafzın “vaz” (konulması) edilmesi, karine olmaksızın lafzın bir mâna için tayin edilmesidir. Yani, bir lafız hakiki anlamda kullanılırsa biz onu dahili veya harici bir karineye ihtiyaç duymaksızın hakiki anlamda kullanılmış olduğunu anlarız.

Lafzı herhangi bir anlam için tayin edene vazı’ denilmektedir. Vazı’; lafızlara (ilk olarak) anlamları yükleyen, eşyaya ismini verip eşya alemiyle esma alemini birbirleriyle buluşturan ve böylece iletişim araçlarını oluşturan kişidir. Buna bağlı olarak vaz’ terimi fail unsuru açısından, yani tayin edene göre üç kısma ayrılmaktadır;¹⁶⁷

Luğavi Hakikat: Lafzın anlam için tayininin luğatı vaz’ eden tarafından yapılmasıdır. Mesela; Güneş, Ay gibi lafızlar bilinen ışık veren cisimler için konulmuştur. Dili oluşturan lafızların büyük çoğunluğu bu vaz’ türüyle vaz’ edilmiştir. Dolayısıyla, vaz’ kelimesi mutlak olara zikredildiğinde ilk akla gelen luğavi anlam olmaktadır.

¹⁶⁵ Şevkani, Muhammed Ali, *İrşadu’l Fuhul ila tahkiki’l- Hakki Min İlmi’l -Usul*, Daru’l Kutubi’l İlmiye, Beyrut 1994, s. 33.

¹⁶⁶ Bir ilim dalı olan vaz’ terim olarak; Bir şeyin başka bir şey için öyle tayin ve tahsis edilmesidir ki; her ne zaman birinci şey zikredilir veya hissedilir ise ikinci şey ondan anlaşılır. Bkz; Özdemir İbrahim, *Vaz’ İlminin Doğuşu Tarihi Gelişimi Ve Diğer Disiplinlerle İlişkisi*, Basılmamış yüksek lisans tezi, Elazığ 2005, s. 37 (sonraki dipnotlarda “Özdemir, Vaz’ ilmi” şeklinde verilecektir.)

¹⁶⁷ Özdemir, *Vaz’ ilmi*, s. 43.

Şer’i Hakikat: Lafzın kullanıldığı anlama şâri tarafından tayin edilmesidir. Mesela; salat, zekat, hacc gibi lafızlar sözlük anlamları farklı olmalarına rağmen şâri bunları bilinen anlamlarıyla belli ibâdetler için vaz’ etmiştir.

Örfi Hakikat: Örfün herhangi bir lafzı belli bir anlam için kullanmasıdır. Bu noktada örfün hass olmasıyla - belli bir grup tarafından kullanılması- amm olması arasında bir fark yoktur.¹⁶⁸ Bazıları yukarıdaki üç kısma bir dördüncü olarak, İstılahi hakikati eklemişlerdir. Ancak bu Örfi hakikatin altına girdiği için biz üçlü taksimatı tercih ettik.

Yukarıda verilen tüm çeşitleri ile, bir kelimenin hakiki anlamı kullanıldığı zaman harici bir karineye ihtiyaç duymaksızın kastedilen anlama delâlet eder.

Bir lafzın hakiki anlamının tespit edilmesi İslam Hukukçuları arasında farklı anlayışlara sebep olabilmıştır. Bazı hukukçular, bir lafız için hakiki anlamı şudur dolayısıyla lafızda/kelamda tercih edilen hakiki anlamdır diyerek farklı bir içtihadı sahip olmuşken diğer bazı hukukçular ise, lafzın hakiki anlamını başka bir anlam olarak tespit edip yukarıdakilerden farklı bir hükme varmışlardır. Bu durumu birkaç örnekle açıklayacak olursak:

Hanefi bilginleri Nikah lafzının hakiki anlamını cinsel ilişki, mecaz anlamını ise, evlilik akdi olarak kabul etmişlerdir. Onların bu anlayışları “Babalarımızın nikahladıkları hanımları nikahlamayın” ayetinde “Nikah” kelimesinin hakiki anlamını cinsel ilişki olarak kabul ettiklerinden; kişinin babasının cinsel ilişki kurduğu hanımıyla evlenmesinin haram oluşunu mezkur nass ile kabul ederken, sadece nikah akdi yapıp cinsel ilişki kurmadığı hanımıyla evlenmesini ise ilgili nass ile değil icma ile delillendirmişlerdir.¹⁶⁹

Yukarıdaki kelimenin hakiki anlamının tespit edilmesindeki farklı yorumlar Hanefi ve Şafii hukukçuları arasında farklı bir içtihadı daha neden olmuştur. Şöyle ki: kişinin kayınvalidesiyle veya üvey kızıyla cinsel ilişki kurması, kendi hanımıyla arasındaki evlilik bağına sona erdirip erdirmemesi noktasında farklı değerlendirmeler bu kelimenin hakiki anlamının tespitinden doğmuştur.

Hanefi hukukçuları, nikah kelimesinin hakiki anlamının cinsel ilişki, mecaz anlamının ise nikah akdi olduğunu söylediklerinden, kelamda tercih edilen anlam hakikat ise cinsel ilişki ister helal bir yolla isterse haram bir yolla olsun, kişi kayınvalidesiyle veya üvey kızıyla cinsel ilişki kurarsa hanımı ile arasındaki evlilik bağı sona erer demişlerdir. Şafii hukukçuları ise, “nikah” kelimesinin hakiki anlamını evlilik akdi, mecaz anlamını ise cinsel ilişki olarak kabul etmeleri- Hanefilerin aksine- onları, kişinin yukarıdaki kimselerle cinsel ilişki kurması, hanımıyla arasındaki evlilik bağına sona erdirmez şeklindeki kanaate sevk etmiştir. İşin ilginç

¹⁶⁸ Özdemir, **Vaz’ ilmi**, s. 44-45.

¹⁶⁹ İbn Nuceym, **el -Eşbah**, s. 78; Zerka, Ahmet, **Şerhu Kavaid**, s. 133.

tarafı, hukuki neticeleri bakımından bu kadar farklı görüşleri öne süren, Hanefi ve Şâfiî hukukçularından her biri “madem kelimenin hakiki anlamı budur, o halde kelimeyi hakiki anlamıyla kullanma imkanı varken, mecaz anlamda kullanmak doğru olmaz” tezini savunmuşlardır.¹⁷⁰

Yine İslam Hukukçuları arasında, bir kadına el değmesiyle abdest'in bozulup bozulmayacağına dair ihtilafta, muhaliflerin birbirlerine karşı öne sürdükleri delillerden biriside “lems” dokunma kelimesinin hakikat-mecaz anlamıdır. Şöyle ki: Şafii hukukçular dokunmayla abdest'in bozulacağını söylerken “Lems” kelimesinin hakiki anlamı, el ile dokunma olup ancak mecaz olarak cinsel ilişkiye delâlet eder. Madem ki kural olarak kelimelerde tercih edilen hakiki anlam ise bu kelimeyi hakiki anlamıyla alıp ona göre hüküm vermek yani dokunmakla abdest'in bozulacağını söylemek daha doğru olur demişlerdir.¹⁷¹

Kaidenin kullanışı ile ilgili örnekler:

1- Bir kimse “evlatlarıma” diyerek bir şeyi vakıf etse veya şunu “Zeyd'in evlatlarına vasiyet ettim dese, bu kimselerin evlatları varken torunları bu vasiyet veya vakıftan bir şey elde edemez. Ancak evlatları olmadığı taktirde torunları hak kazanabilir. Çünkü evladın hakiki anlamı; kişinin kendi çocukları olması cihetiyle evlat kelimesi hakiki anlamıyla alınıp ona göre hüküm verilmelidir.¹⁷²

2- Bir kimse “Ben almayacağım, satmayacağım, kiraya verip, başkasından kiralamayacağım” diyerek yemin etse, bu işleri bizzat kendisi yapmadıkça yeminini bozmuş sayılmaz. Çünkü, kişinin bu işleri ben yapmayacağım demesinin hakiki anlamı; bu işlere kendisinin mübaşeret etmesi iken vekâlet yoluyla bu işleri yaptırması mecazen kendisi yapmış demek olacağından, kelimeler hakikate hamledilerek yeminini bozmuş sayılmaz.¹⁷³

3- Bir kimse “Ben bu koyundan yemeyeceğim diye yemin etse” ancak o koyunun etini yemekle yeminini bozmuş sayılır. Sütünü veya o koyundan olacak yavrunun etini yemekle yeminini bozmuş sayılmaz. Çünkü; o koyunun etini yeme hakiki anlam olup, sütünü içmek veya yavrusunun etini yemek mecazen kullanılır. Kelamda tercih edilen hakiki anlam ise bu durumda da hakiki anlamı göre hüküm vermek gerekir.¹⁷⁴

¹⁷⁰ El-Cassas, Ebu Bekr Ahmed b. Ali, **Ahkamu'l-Kur'an**, c. 2, s. 141-142, Daru'l Kutubi'l İlmiye, Beyrut 1994; El-Merğınani, **Hidaye**, c. 2, s. 208; Es-Sabuni, Muhammed Ali, **Ravaiu'l -Beyan Tefsiru Ayati'l-Ahkam Mine'l-Kur'an**, c. 1, s. 428, Dersââdet, İstanbul, Ts.

¹⁷¹ Sabuni, a.g.e. c. 1, s. 458.

¹⁷² İbn Nuceym, **El-Eşbah**, s. 78; Bilmen, **Kamus**, c. 1, s. 259; Zeydan, **el-Medhal**, s. 79.

¹⁷³ İbn Nuceym, **El-Eşbah**, s. 78.

¹⁷⁴ İbn Nuceym, **El-Eşbah**, s. 78.

4- Şayet bir kimse “Ben evimi bu şehirde ki Kur’an hafızlarına vakıf ettim” dese, Kur’an-ı ezberleyip unutanlar buna girmez. Çünkü; ezberleyip unutanlara ancak mecazen hafız denilir ki, kelimde hakikate itibar edilir.¹⁷⁵

5- Bir kimse bahçesinde ki meyveleri vasiyet etse, vefat ettiği an bahçedeki meyveler ne ise vasiyet onlar için geçerli olup, sonradan ortaya çıkacak meyveler için geçerli olmaz. Çünkü meyve lafzı, hakiki olarak mevcut olana şamil olup, madum(o an için bulunmayan) için ancak mecazen kullanılabilir. Burada kelamı hakiki anlamıyla kullanmak mümkün olduğundan mecaza gidilmez. Ancak vasiyet eden kimse ölmeden önce “ebeden” lafzını kullansaydı kelam mecazen mevcuda da maduma da şamil olurdu.¹⁷⁶

6- İmam-ı Azam ile Ebu Yusuf arasında, İ kale’nin¹⁷⁷ bey’ mi yoksa fesh mi olduğu konusunda görüş ayrılığı vardır. İmam-ı azam, İ kale lafzının hakiki anlamı olan; kaldırma ve izale etme anlamlarından yola çıkarak, “lafızlarda asıl olan hakiki anlamdır” kaidesi gereğince, ikalenin feshten ibaret olduğunu söylemiş, fesh imkanı olmaması –yani hakiki anlamın taazzur etmesi- halinde bey’ sayılabileceğini kabul etmiştir.¹⁷⁸

7- Ayrıca bu kaidemizi dini metinlerde geçen özellikle de Ahiret ile ilgili olan birçok nass ta uygulayabiliriz. Örneğin; kıyamet gününde herkesin hakkını tam olarak alacağına dair peygamberimizin (sav) “Şüphesiz kıyamet günü haklar tam ve eksiksiz olarak hak sahiplerine verilecektir. Hatta boynuzsuz koyun boynuzludan hakkını alacaktır.” Şimdi bu hadiste anlatılmak istenen adaletin son haddine kadar uygulanması ve bundan kinaye olarak da boynuzsuz koyunun boynuzludan hakkını alması şeklinde tabir edilmesi mi?, yoksa hakikaten hayvanlar bile birbirlerinden haklarını alacak mı? Burada kaidemizi işleterek bir sonuca gidebiliriz. Şöyle ki; şayet hadisin içerdiği anlamın gerçekleşmesi mümkün ise onu mecaz anlamı olan adaletin son derece icra edilmesi şeklinde anlamak doğru olmaz ki hadisimizde de durum böyledir. Yani kelamı hakiki anlamıyla düşünebiliyoruz. Şayet hadisin içerdiği anlamı tasavvur etmemiz mümkün olmasaydı o zaman mecaz anlamı ile ele alabilirdik O halde bu hadisi ve buna benzer dini metinleri doğru anlamak için bu kaideye ihtiyacımız olduğunu düşünüyor ve kaidemizin ne kadar önemli ve kullanılabilir olduğuna vurgu yapmak istiyoruz.

¹⁷⁵ Zeydan, Abdulkerim, **el- Veciz Fi’l-Kavaid**, s. 17.

¹⁷⁶ Ali Haydar, **Durer**, s. 63.

¹⁷⁷ İ kale: Sahih ve lazım olan bir bey’ akdini fesh ve izale temekten ibarettir. Bkz: Bilmen, **Kamus**, c. 6, s. 12.

¹⁷⁸ El-Merğınani, **el- Hidaye**, c. 3, s. 61 Kaidemiz, Hidaye de yukarıda verdiğimiz lafızlara yakın bir yapıda gelmişken el İhtiyarda aynı lafızlarla verilmiştir. Bkz: El-Mevsili; **el- İhtiyar**, c. 2, s. 261.

3) Hakiki Anlam Taazzür Edince (Kullanılmadığında) Mecaza Gidilir¹⁷⁹

Mecelle'nin 61. kaidesi olarak geçmekte olan bu kaidemiz, bir önceki kaidenin fer'i durumundadır. *İbn Nuceym* bu kaideyi "*el Eşbah'ta*" dokuzuncu kaide olarak, tahlilini yaptığımız birinci kaide ve tahlilini yapacağımız bir sonraki kaide ile beraber ele almış, tercüme olarak şöyle vermiştir "Kelamın i'mali mümkün olduğu müddetçe ihmalden evladır. Ancak mümkün olmaz ise ihmal edilir. Bu nedenle dostlarımız lafzın hakiki anlamı taazzur edince mecaza gidileceğine dair ittifak etmişlerdir."¹⁸⁰ Hanefi usulüne dair yazılan kitaplara baktığımızda, *ibn Nuceym*'in "ittifak" tabirini kullanarak Hanefilere nispet ettiği tahlilini yapacağımız bu kaideyi olduğu gibi aldıklarını görmekteyiz.

Kaidenin anlamı: Daha önce tahlilini yaptığımız ilk kaide de, bir lafzı mümkün olduğu kadar i'mal edip, üzerine hüküm bina etmemiz gerektiğini, ikinci kaide de ise; kelam da asıl (tercih edilen) olanın hakiki anlam olduğunu görmüştük. Ancak bazı durumlarda kelamı hakiki anlamda kullanmamız taazzur veya taassur sebebiyle mümkün olmamakta veya ancak meşakkatle mümkün olabilmektedir. bu durumda karşımıza iki seçenek çıkmaktadır; ya kelamı- madem ki hakiki anlamında kullanamıyoruz o halde- ihmal edelim yani anlamsız sayıp üzerine hiçbir hüküm bina etmeyelim diyeceğiz veya kelamı hakiki anlamında kullanamıyoruz ama lafızda hakiki anlamın halefi durumunda olan mecazi anlamı ortaya koyup, lafzı mecazi anlamına hamledeceğiz.¹⁸¹ İşte usul alimleri bu noktada kelamı mümkün olduğu kadar anlamlı sayma çabalarının bir ürünü olarak bir lafzı hakiki anlamıyla kullanmak mümkün olmadığı zaman mecazi anlamıyla kullanmak gerektiğini ifade etmişler ve bunu kaideleştirmişlerdir.¹⁸²

Kaidenin Tahlili: Kaidemizi tam bir şekilde anlamak için ihtiva ettiği kavramları açıklamamız gerekmektedir.

Taazzur: Lafzı hakiki anlamda kullanmanın mümkün olmaması veya meşakkatle mümkün olmasıdır. bir lafzı hakiki anlamında kullanmaya engel olan taazzur; hakiki, şer'i ve örfi olmak üzere üç kısımdır. şimdi bunları sırasıyla açıklayalım.

¹⁷⁹ ادا تعدرت الحقيقة يصار الي المجاز

¹⁸⁰ İbn Nuceym; *el- Eşbah*, s. 150; Hamevi, Ahmed b. Muhammed, *Ġamzu Uyunnî'l- besair Şerhi Kitabi'l- Eşbah ve'- Nezair*, Daru'l- Kutubi'l- İlmiye, Beyrut 1985, c. 1, s. 398.

¹⁸¹ İbn Nuceym, *el Eşbah*, s. 150; Ali Haydar; *Durer*, s. 134; Ali Ulvi, *Telhis*, s. 91; Bilmen, *Kamus*, c. 1, s. 275; Zerka, Ahmet, *Şerhu kavaid*, s. 317; Zerka, Mustafa, *el- Medhal*, c. 2, s. 1004; Zeydan, *el- Veciz fi'l - Kavaid*, s. 18.

¹⁸² En-Nesefi; *El- Menar*, s. 53; Et- Taftazani, Sa'duddin Mesud b. Ömer, *et- Telvih ila Keşfi Hakaiki't- Tenkih*, Daru'l erkam, Beyrut 1997 c. 1, s. 155 (sonraki dipnotlar "Et- Teftezani, *Et- Telvih*" şeklinde verilecektir.); İbn Melek, *Usulu İbn melek*, s. 122.

1-Taazzuru hakiki: Bir lafzın hakikaten taazzuru iki şekilde düşünülebilir:

a) Lafzın hakiki anlamında kullanılması gerçekte (nefsi-l emr) mümkün olmaz. örnek olarak şu durumu verebiliriz: bir kimse asıl çocuğu olmayıp torunu bulunduğu halde “malımı evladıma vakfettim” dese, bu kelamı hakiki anlamında kullanmak mümkün değildir. Çünkü; evlat kelimesinin hakiki anlamı, kişinin kendi öz çocuğudur. Ancak örneğimizde söylediğimiz gibi bu kişinin kendi çocuğu bulunmamaktadır. bu durumda bu kelamı ihmal etmeyip, evlat kelimesinin ikincil (mecaz) anlamı olan torun mânasını öne çıkarıp, bu kimsenin kelamını imal ettireceğiz ve malını torununa vakfetmiş sayacağız.

b) Lafzı hakiki anlamında kullanmak mümkün ise de ancak meşakkatle mümkün olabilir. bu durum taassur diye tabir olunmaktadır.

örnek olarak: Bir kimse önündeki ağaca işaret ederek “şu ağaçtan yemeyeceğim” diye yemin etse bu kelamın hakiki anlamı olarak o ağacın bizzat kendisinden yeme her ne kadar mümkün ise de meşakkatle mümkündür. Bu durumda bu kelamı mecazi anlama hamledip, o ağacın meyvesini yeme veya satıp parasını yeme anlaşılır.hatta bu kimse meşakkate katlanıp o ağacın bizzat kendisinden yese yemini bozulmuş olmaz.

2-Taazzuru örfi: İnsanların bir lafzın hakiki anlamını bırakıp mecazi anlamını kullanıyor olmaları halidir. Örnek olarak; Bir kimse “ayağımı filan kimsenin evine basmayacağım” diye yemin etse, bu kelamın hakiki anlamı; ayak ile içeriye adım atmaktır. Ancak insanlar bu kelamın bahsettiğimiz hakiki anlamını bırakıp, mecazi anlamı olan eve girme şeklinde anlamışlardır. Dolayısıyla; bu kimse çeriye girmeksizin ayağını eve koysa yeminini bozmuş sayılmaz. ancak mecazi anlamına binaen eve ayakla değil de bir binitle girse yemini bozulmuş sayılır.

3-Taazzuru şer’i: Bir lafzın hakiki anlamının şer’an terk edilip kullanılmamasıdır. örnek olarak: bir kimse diğer bir kimseye “seni filan şahısla benim adıma husumet etmen için vekil tayin ettim” dese, husumet kelimesinin hakiki anlamı “niza ve kavga” olup şer’an, bu anlamların “kavga edip çekişmeyin” ayetiyle yasak olmaları nedeniyle, kelam, mecazi anlamı olan, müdde aleyh’e (sanık veya davacı) cevap verme şeklinde algılanıp buna göre hüküm tertip edilmelidir.¹⁸³

Mecaz: Daha önce kullanımı bakımından lafzın kısımları bölümünde kısaca tarifini verip geçtiğimiz mecazı burada kaidemizle olan ilişkisi bakımından genişçe ele alacağız.

Mecaz: Kendisiyle aralarındaki münasebetten ötürü vaz’ (Bir lafzın karine olmaksızın- yani mücerret o lafzın o anlama geldiğini bilmenin yeterli olması- tayin edildiği anlamda

¹⁸³ İbn Melek, *Usulu İbn melek*, s. 122, Ali Haydar, *Durer*, s. 135; Bilmen, *Kamus*, c. 1, s. 275.

kullanılmasıdır.)¹⁸⁴ olduğu anlam kastedilmeyen lafızdır. Bir başka deyimle; bir lafzı vaz'en aralarındaki alakadan¹⁸⁵ dolayı konulduğu anlamın dışında kullanmaktır.¹⁸⁶ Bazı bilginler mecazın tarifine, hakiki anlamın anlaşılmasına mani olacak bir karinenin olması gerektiğini de eklemiştir.

Mecazın tarifini bu şekilde verdikten sonra konumuzla alakalı olarak mecazın bazı hükümlerinden bahsedeceğiz.

Bir önceki kaideyi anlatırken hakikatin çeşitlerini; luğavi, şer'i ve örfi- bazı usulcüler vaz-i örfiyi, o dili konuşan tüm insanlar tarafından kullanılıyorsa, vaz-i örfi amm; o dili konuşanlardan bazıları tarafından kullanılıyorsa ıstılah adını vererek hakiki anlamı dört kısımda ele almışlardır.- hakikat şeklinde vermiştik. burada istidraden hakikat ile ilgili olarak şunu söylemeliyiz ki; bir lafzın hakiki anlamda kullanılmış olması için yukarıda saydığımız tüm çeşitleriyle hakiki anlamda kullanılmış olması gerekmektedir. Ancak lafız şayet tüm çeşitleriyle hakiki anlamda kullanılmış ise mutlak hakikat, bir kısmında hakiki anlamda kullanılmış ise mukayyet hakikat adıyla anılmaktadır.

Örnek olarak: Salat lafzı, luğat olarak vaz-i luğavi) dua anlamına gelirken, bu mâna şer'an mecaz sayılmaktadır. Dolayısıyla mukayyet mecaz kısmına dahildir.

Yukarıda hakikat için söylediğimiz mecaz için de geçerlidir. Şöyle ki; bir lafzın mecaz olabilmesi için tüm kısımlarında hakiki anlamında kullanılmaması gerekmez. Yani örneğini verdiğimiz "salat" lafzının mecaz olması için; luğavi, şer'i, ve örfi olarak beraberce hakiki anlamlarının dışında kullanılmamaları gerekmeyip sadece bir yönüyle bile hakiki anlamın dışında kullanılırsa bu yönüyle mecaz olur.¹⁸⁷

Eğer bir lafzın mecazi anlamı hakiki anlamının halefi ise, bir anda bir lafzın hem hakiki hem de mecazi anlamı kastedilemez. Örneğin: lafzı, anlama giydirilen bir elbise olarak kabul edersek, bir elbise aynı anda hem şahsi mülk hem de istiare (ödünç) olamaz. bu durum dini metinlerde böyle olabileceği gibi hukuki işlemlere konu olabilecek tüm muamelelerde böyledir. Dolayısıyla bir kişi konuştuğu veya yazdığı şeyle muhakeme edilecek olsa "ben hem hakiki hem de mecazi anlamı kastettim." diyemez.

¹⁸⁴ Et-Teftezani, **et- Telvih**, c. 1, s. 155; İbn Melek, **Usulu İbn melek**, s. 96.

¹⁸⁵ Alaka; bir lafzın vaz'olunduğu anlam ile mecazi anlamı arasındaki ilişkidir. Şayet bu iki anlam arasındaki ilişki müşabehet (benzeme) olursa "istiare" müşabehet dışında bir alaka olursa mecazı mürsel denilmektedir. Ayrıca mecazın bir kısmı olarak, fiilin gerçek failine nisbet edilmemesi halinde ortaya çıkan mecaza da mecazı akli denilmiştir. Kimi beyan alimleri hakiki anlam ile mecazi anlam arasındaki alaka sayısını 27 ye çıkartmışken, Teftazani'nin naklettiğine göre İbn Hacib (648-1250) alaka sayısını beşe indirmiş ve bunları ; şekliyet, vasfiyyet, i'tibari ma kane, i'tibari ma yekunu, ve mucaveret şeklinde sınırlandırmıştır. bkz: Taftazani, **et- Telvih**, c. 1, s. 169.

¹⁸⁶ Nesefi, **El- Menar**, s. 52; Et-Teftazani, **et- Telvih** c. 1, s. 160, İbn Melek, **Usulu İbn melek**, s. 109.

¹⁸⁷ Et-Teftezani, **Et- Telvih**, c. 1, s. 162.

Burada mecaz ile ilgili olarak, Hanefi mezhebinin müessisi sayılan Ebu Hanife (150-767) ile kendisine fıkıhın furu bölümünün üçte ikisinde muhalefet etmiş olan iki talebesi; Ebu Yusuf (182-798) ile Muhammed (189-805) arasındaki bir tartışmadan söz etmek istiyoruz.

Bir lafzın hakiki anlamı müsta'mel (kullanılıyor) olup, mecazi anlamı da insanlar tarafından biliniyorsa ve kullanım bakımından daha revaçta olması sebebiyle, mecazi anlam hakiki anlamdan daha çabuk akla geliyorsa bu durumda böyle bir lafız kullanıldığında hangi anlama hamledilecektir? Ebu Hanife bu soruya hakiki anlam diyerek cevap vermiştir. Çünkü ona göre, lafzın ikincil anlamı olan mecaz, müsta'mel olması halinde asıl olan hakikatle rekabet edemez. ancak imameyn diye tabir ettiğimiz Ebu Yusuf ve Muhammed böyle bir durumda lafzın mecazi anlamıyla anlaşılması gerektiğini kabul etmişlerdir.¹⁸⁸ Asıl bir konuda ortaya çıkan bu farklı anlayışlar örneğini vereceğimiz farklı şu fer'i hükümlerin oluşmasına sebep olmuştur.¹⁸⁹

Bir kimse "Ben şu buğdaydan yemeyeceğim veya şu Fırat'tan su içmeyeceğim diye yemin etse, Ebu Hanife ye göre o buğdayın bizzat kendisini yemedikçe veya Fırat'tan yudumlayarak su içmedikçe yemini bozulmuş sayılmaz. Dolayısıyla, o buğdaydan yapılan ekmeği yese veya Fırat'tan bir kapla su içse yemini bozulmaz. Çünkü; insanlar her ne kadar buğdaydan yeme veya Fırat'tan su içme tabirini kullandıkları zaman bunların mecazi anlamları olan, birincisinde ekmeği yeme ikincisinde kapla su içme anlamları akıllarına daha çabuk geliyorsa ve hakiki anlamlarından daha fazla kullanıyorsa da hakiki anlamı kullananlar var olduğu sürece mecazi anlamları ile değil hakiki anlamlarında anlaşılmalıdırlar. Tabii ki yukarıda verdiğimiz gibi asılda ihtilafları furu'a aksetmiş olan imameyn, yukarıdaki örneklerde mecazi anlamdan yana görüş belirtmişlerdir¹⁹⁰

Ayrıca mecazın hükümleri ile ilgili olarak, imamı azam ile imameyn arasında hükmü etkilemeyecek başka bir tartışma daha vardır. Buna göre; İmamı azam mecazın sadece konuşmada hakikatin halefi olduğunu hükümde ise mecazın başlı başına bir asıl olduğunu savunmuşken, imameyn ise mecazın konuşmada değil hükümde hakikatin halefi olduğunu söylemişlerdir.¹⁹¹

¹⁸⁸ İlmî İhlafın kurucusu sayılan *Debbusi*, "Tesisun nazar" adlı eserinde bu tartışmadan "Ebu Hanife ye göre asıl; yeminin insanlar tarafından kullanılan hakiki bir anlamı olup, yine insanlar tarafından bilinen ve kullanılan mecazi bir anlamı varsa, mecazi anlama değil hakiki anlama itibar edilir" bahsederek, birkaç örnekle konuyu anlatmıştır. bkz: *Debbusi*, **Te'sis**, s. 75; Ayrıca bu farklı anlayışlar için bkz: Abdülaziz el Buhari, **Keşfu'l-Esrar**, c. 2, s. 106.

¹⁸⁹ El-Mevsili; **el-İhtiyar**, c. 4, s. 294.

¹⁹⁰ El-Merğınani, **el-Hidaye**, c. 2, s. 365; Mevsili; **el-İhtiyar**, c. 4, s. 293; Teftezani, **Et-Telvihi**, c. 1, s. 213; İbn Melek, **Uşulu İbn melek**, s. 124.

¹⁹¹ Bu ihtilafın sebebi; mecazi anlamda kullanılan ve buna göre hüküm verilen kelamın hakiki anlamda tasavvuru ve hakikaten kullanmanın mümkün olup olmaması ile alakalıdır. İmameyn asıl -kural-olanın, hükümleri hakiki anlamlarına hamletmek olduğunu, mecazın ancak konuşmada genişlik olması için

Lafızlardaki hakikat mecaz tartışması Hass lafızlardan sayılan emir ve nehiy de geçerlidir. usulcüler karinelere hali olan emrin ve nehyin delâleti konusunda üç ayrı görüşe sahip olmuşlardır:

1- Karinelere hali olan emir vucuba; nehiy ise tahrime delâlet eder. buna göre; emirde hakiki anlam vucub iken emrin karinelerle delâlet ettiği; nedb, irşad, taciz.....gibi diğer anlamlar mecaz olmaktadır. nehiy de ise; hakiki anlam tahrime diğer anlamlar ise mecazdır.

2- Karinelere hali olan emir, nedbe , nehiy ise kerahete delâlet eder. buna göre; Emirde nedb, nehyede ise kerahet hakiki anlam diğer anlamlar ise mecazdır.

3- Usul kitaplarında vakifiye-emrin ve nehyin delâlet ettiği anlamlar hususunda bir görüş belirtmeyip tevakkuf ettikleri için bu ismi almışlardır.- diye adlandırılan diğer bir grup ise karinelere hali olan emir ve nehyin delâlet ettiği anlam karine olmadığı müddetçe tespit edilemez ,bu nedenle tevakkuf edip bir görüş belirtmemek lazım¹⁹² demişlerdir.

Bizim için burada önemli olan emir ve nehiy konusu değildir. Ancak emrin ve nehyin hakiki anlamlarının ne olduğu dolayısıyla hakiki anlamlarını tespit ettikten sonra diğer anlamların mecaz olduğu olup, kaidemiz gereği mümkün olduğu kadar emir ve nehyin hakiki anlamlarında kullanılması gerektiğini belirtmek ve kaidemizin ne kadar şümüllü olduğunu ortaya koymaktır.

Bu kaidemizin kullanışı ile ilgili örnekleri kaideyi tahlil ederken verdiğimiz için burada ayrıca örneklendirmeye gitmek istemiyoruz.

4- Kelamın İ'mali Mümkün Olmadığı Zaman İhmal Edilir¹⁹³

Mecelle de 62. madde olarak yerini almış olan bu kaidemiz, yukarıda tahlilini yaptığımız kaidelerin doğal bir neticesi olmaktadır. Bir önceki kaideyi anlatmaya başlarken İbn Nuceym in yukarıdaki kaideleri beraberce ele aldığını tahlilini yapacağımız bu kaidemizi de onların bir devamı olarak gördüğünü söylemiştik.¹⁹⁴

hakikatin yerine ikame edildiğini ve buna bağlı olarak halef olan mecaz ile hüküm isbat etmenin şartının asıl olan hakikatle isbat etmenin mümkün olmasına bağlı olduğunu söylemişlerdir. geniş bilgi için bkz: Zencani, Şihabuddin Mahmud b. Ahmed, **Tahricu'l- Furu' ale usul**, s. 387-388; Teftezani, **et- Telvih**, c. 2, s. 186; İbn Melek, **Usulu İbn melek**, s. 125.

¹⁹² Edib Salih, Muhammed, **Tefsiru'n- Nusus**, c. 2, s. 242-245.

¹⁹³ ادا تعدر اعمال الكلام يهمل

¹⁹⁴ İbn Nuceym; **El-Eşbâh**, s. 150.

Kaidenin anlamı: Yukarıda anlattığımız bilgilerin bir özeti de olabilecek bu kaidemizin anlamını şöyle açıklayabiliriz: karşımıza çıkan bir cümleyi sırasıyla şu kuralları göz önünde tutarak anlarız: öncelikle onu anlamlı sayıp, üzerine hüküm bina edecek şekilde onu i'mal ederiz. Ardından onu i'mal ederken lafızların birincil yani hakiki –gerçek anlam-anlamını esas alıp ona göre muamele ederiz. Ancak hakiki anlam çeşitli sebeplerle kullanılmıyorsa o halde lafzın ikincil anlamı olan mecaz anlamına yönelir ve kelamı öylece değerlendiririz. Bütün bu aşamalardan sonra kelamı hakiki, ardından mecazi anlamda anlamak mümkün olmaz ise o halde yapacak şey bu kelamı söylenmemiş gibi sayıp ihmal etmek yani hükümsüz bırakmaktır.¹⁹⁵

Kaidenin tahlili: Bir kelamın ihmalini gerektirecek iki sebep vardır. Bunlar

1- Kelamdan sırasıyla hakiki veya mecazi anlam çıkartılamaması: Bu bir çeşit taazzur demektir. Kelamın ihmalini gerektirecek taazzuru da ikiye ayırabiliriz:

a) Taazzuru hissi: Duyuların kelamdan kastedilen hakiki veya mecazi anlamı yalanlamasıdır. Örnek olarak: Bir kimse gelip “filan kimse benim elimi kesti” diye iddia etse veya “ben filanın elini kestim” diye itirafı bulursa, ancak her iki durumda da el kesilmemiş olsa bu insanın iddiası veya itirafı geçersiz olup bu bağlamda söylediği sözler üzerine hiçbir hüküm bina edilmeyecek şekilde ihmal edilir.

b) Taazzuru şer'i: Şer'i hükümlere muhalif olarak bir ikrar veya itirafın yapılması durumudur. Örnek olarak: Bir kimse babasından kalan mirastan kız kardeşinin kendisinden iki kat miras alacağına dair bir cümle kullansa bu kelam ihmal edilir. Çünkü şer'an erkeğin ve kızın mirastan ne kadar pay alacakları bizzat bu dinin kitabı olan Kur'an-ı kerimde tespit ve tayin edilmiştir. Tabii bu kimse bu şekilde bir cümle kullanmayıp, sebebini belirtmeksizin kız kardeşinin mirastan kendisiyle eşit veya daha fazla bir miktarı hak ettiğini söylerse bu kelam i'mal edilir ve yaptırımı tabi tutulur. Çünkü kişinin kız kardeşi lehine yaptığı bu ikrar, kızın, ölmeden önce murise borç para vermesi gibi bir çok sebeplerle mümkün olabilir.¹⁹⁶

2- Kelamın ihmal edilmesini gerektirecek ikinci bir sebep ise; lafzın müşterek olması ve iki veya daha fazla anlamdan birini tercih ettirecek ve kastedilen anlam şudur dedirtecek bir karinenin bulunmamasıdır.

Daha önce lafzın bir mâna için vaz olunması bölümünde “müşterek” lafzın ne anlama geldiğini söylemiştik. Burada bir defa daha hatırlayacak olursak; Müşterek: Her biri ayrı birer

¹⁹⁵ Teftezani, **Et-Telviḥ**, c. 1, s. 213; İbn Melek, **Usulu İbn melek**, s. 95-96; Ali Haydar, **Dürer**, s. 136; Zerka Ahmet; **Şerhu Kavâid**, s. 320; Zeydan, **el -Veciz fi'l- Kavâid**, s. 19

¹⁹⁶ Ali Haydar; **Dürer**, s. 136; Zerka Mustafa; **el-Medhal**, c. 2 , s. 1008.

vaz' ile iki veya daha fazla anlama delâlet etmesi için konulmuş lafızdır.¹⁹⁷ Türkçe de; eş sesli kelimeler diye de karşılığını bulabildiğimiz müşterek lafza şu örneği verebiliriz: Arapça da “ayn” lafzı her biri ayrı vaz ile şu anlamlar için tayin edilmiştir: Gören göz, su pınarı, casus, ticâret eşyası vb

Müşterek lafzın, kelamın ihmal edilmesine sebep olması ise Hanefilerce kabul edilen şu kaideden ötürüdür : “Müşterek lafzın umumu yoktur” yani müşterek bir lafız kullanıldığında vaz' olduğu tüm anlamlar birden kastedilemez. Müşterek lafzın anlamlarından biri tayin edilirse “müevvel” şeklini alır.¹⁹⁸

Müşterek bir lafız kullanıldığı için ihmal edilen kelama bir örnek verecek olursak: Bir kimse malımın üçte birini Mevla' ma vasiyet ettim dese, Mevla kelimesi, hem azat eden hem de azat edilen anlamlarına gelen müşterek bir lafız olmasından ve vasiyet eden kimsenin de bu iki anlamdan birisini tayin edecek ayrı bir kelime kullanmamasından ötürü bu kelam ihmal edilir ve vasiyet iptal edilerek bu konuda hiçbir işlem yapılmaz.

Kaidenin kullanışı ile örnekler: Yukarıda verdiğimiz örneklerden başka bu kaide ile ilgili bir iki örnek verecek olursak;

1- Bir kişi gelip, “katil mirasçı olamaz” hadisi mucibince “ben bana miras bırakacak olan murisimi öldürdüm” diye itirafta bulunsa ancak murisin hayatta olduğu tespit edilse bu kelam ihmal edilir.¹⁹⁹

2- Bir kişi kendisinden yaşça büyük olan birisi için “bu benim oğlumdur” diye iddia da bulunsa, bu insanın davası dinlenmez. Çünkü bu kelamı ne hakiki ne de mecazi anlama hamletmek mümkündür.²⁰⁰

3- Yine bir kişi nesebi bilinen bir kimse için ölüm hastalığında “bu benim oğlumdur” diye ikrarda bulunsa - ki bu ikrarı mirasçılarında mal kaçırmak için yani onları belli bir miktarda olsa, mirastan mahrum bırakmak için yapıyor olabilir- bu kelamı ihmal edilip gerekli işlemler yapılmaz.

Burada Mecelle şarihi *Ali Haydar*'ın bir ikazını hatırlatmak istiyoruz. “Çeşitli nedenlerle ihmal edilen bir kelamdan bazı kelimeleri atarak veya bazı kelimeleri kelama idrac –sokuşturarak- anlamlı bir hâle getirmeye çalışmak doğru değildir. Çünkü bu durumlarda tashih edilemeyecek sözlü hiçbir tasarruf yoktur. Mesela üçüncü örneğimizi idrac ile tashih

¹⁹⁷ Usul ile ilgili eser vermiş alimler bir lafzın neden müşterek olduğu ile ilgili bazı sebepler saymışlardır. Bu sebepler için bkz: M. Edip Salih, **Tefsirun'-Nusus**, c. 2, s. 136; Zeydan; **el Veciz**, s. 326-327.

¹⁹⁸ Teftezani, **Et-Telviḥ**, c. 1, s. 154, İbn Melek, **Usulu İbn Melek**, s. 96; Edip Salih; **Tefsiru'n-Nusus**, c. 2, s. 136-137; Zeydan, **el Veciz**, s. 326.

¹⁹⁹ Zerka Ahmet, **Şerhu Kavâid**, s. 320.

²⁰⁰ Teftezani, **Et-Telviḥ**, c. 1, s. 213.

etmeye kalkışırsak; adamın ölüm hastalığında nesebi bilinen bir kimse lehine benim oğlumdur diye yaptığı ikrarı; bu kişi söylediği bu sözle “o çocuğa oğlum kadar miras verilsin” demek istemiştir diyerek idrac ile tashih edemeyiz.²⁰¹

5-Tasrih Mukabilinde Delâlete İtibar Edilmez²⁰²

Mecelle'nin 13. maddesi olarak geçmekte olan kaidemizi *Mustafa Zerka*, “yakın şek ile zail olmaz” kaidesinin kapsamı içerisinde ele almış ve bu kaidenin bir fer-i olarak değerlendirmiştir.²⁰³ Zerka'nın bu değerlendirmesinin doğru olduğunu düşünüyoruz. Çünkü; “tasrih” asıl yani yakini iken “delâlet” ise aslın yerine, duruma göre geçebilmektedir. Bu nedenle asıl olduğu müddetçe fer'e itibar edilmemelidir.

Kaidenin anlamı: Bu kaidemizin geçerlilik alanı icab, kabul, rıza, red gibi irade beyanı ile alakalı olan konulardır. İnsan iradesini açıklamak için genelde sarih kelamı kullanır. Ancak bazı durumlarda sarih kelam bulunmadığı zaman hâlin delâleti sarih kelamın yerine geçmektedir ki usulcüler bunu “Delâlet ile sabit olan sarih ile sabit olan gibidir.” sözleriyle ortaya koymuşlardır. Bu söylediklerimizden de anlaşıldığı gibi sarih kelamın bulunduğu ve hâlin delâletinin de ona muarız olduğu yerlerde delâlete itibar edilmeyip sarih kelamla amel edilir. Çünkü sarih, asıl olması ve insanların gönlündeki mâna ve maksatları en iyi ve en etkili bir şekilde ortaya koyma aracı olduğu için kuvvetli iken delâlet, asıl olan tasrihin olmadığı yerde kullanılması itibariyle zayıftır. Kuvvetli olanın zayıf olana tercihi ise söze ihtiyaç bırakmamaktadır.²⁰⁴

Kaidenin tahlili : Kaidemiz iki kavram üzerine oturmaktadır. Bunlar:

Sarih: Hakikat ve mecaz gibi daha önce tarifini verdiğimiz sarih; kendisiyle anlamın apaçık ortaya çıktığı lafızdır. Bu noktada sarih lafzın hakikat veya mecaz olması arasında bir fark yoktur. Çünkü; sarihte itibar edilen, insanlar tarafından bilinip çok kullanılmakla maksadın açıkça ortaya çıkması ve karşı tarafın karinelere ihtiyaç duymadan muhatabın ne demek istediğini anlamasıdır. Dolayısıyla mecazi anlamda kullanılan bir lafız çokça kullanılmakla artık karinelere ihtiyaç kalmadan, insanlar tarafından anlaşılıyor ise sarih olmaktadır.²⁰⁵

²⁰¹ Ali Haydar, **Dürer**, s. 136.

²⁰² لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح

²⁰³ Zerka, Mustafa, **el Medhal**, c. 2, s. 972.

²⁰⁴ Ali Haydar; **Dürer**, s. 63; Ali Ulvi; **Telhis**, s. 34; Bilmen, **Kamus**, c. 1, s. 259; Zerka; Mustafa, **Medhal**, c. 2, s. 972; Nedvi; Ali, **a.g.e.**, s. 417; Zeydan, **el Veciz fi'l-Kavâid**, s. 25.

²⁰⁵ Teftezani; **Et-Telvi**, c. 1, s. 166; İbn Melek; **Usulu İbn Melek**, s. 169; Ali Haydar, **Dürer**, s. 63.

Sarih olan lafız ehliyet şartlarını taşıyan bir kimse tarafından kullanıldığı zaman niyete bakılmaksızın lafzın ifade ettiği anlam ile hüküm verilir. Mesela: bir insan hanımına talak veya onun tercümesi olabilecek bir lafızla onu boşadığını söylese, lafzın hükmü olan boşama işi gerçekleşmiş olur. Bu kişinin ben boşamayı kastetmemiştim demesi bir şeyi değiştirmez.

Delâlet: Sözlükte yol gösterme, kılavuzluk ve rehberlik yapma²⁰⁶ demek olan delâlet-dalın kesresiyle mahsusat hissedilebilen- kabilinden olan şeyleri, fethasıyla mâ'kulat – soyut-türünden şeylerde kullanılır.-

Terim olarak, “kendisinin bilinmesi, başka bir şeyin bilinmesini zorunlu kılan şeydir” veya bir başka tarif ile “Bir şeyin öyle bir konumda olmasıdır ki, onun bilinmesi ile başka bir şeyin bilinmesi lazım gelir.”²⁰⁷ bu tanımlarda geçen “kendisinin bilinmesi” ile anlatılmak istenen göstergelere “dall”; “başka bir şeyin bilinmesi” ile anlatılmak istenen gösterilene ise “medlul” denilir.

Özellikle ali –alet- ilimleri diye bilinen ilimlerin tümünde farklı isimlerle de olsa²⁰⁸ ortaklaşa kullanılan delâlet konusu, bugünkü çağdaş anlam bilimin müstakil dallarından birisi olan ve adına Göstergibilim denilen bilim dalına tekabül etmektedir.²⁰⁹

Vaz ilmi ile ilgili henüz basılmamış bir yüksek lisans tezi hazırlayan İbrahim Özdemir, delâletin İslami ilimlerdeki izdüşümünü anlatırken, delâleti ve insanların onu anlamadaki çabalarını şu cümleleriyle özetlemiştir. “İnsanoğlunun; meramını, Allah tarafından ihdas edilen lafızlar²¹⁰ –dil- vasıtasıyla ifade ettiği –lafızları iletişimin temel aracı olarak kullandığı- andan itibaren lafızlar ile anlamları arasında sıkı bir ilişki ortaya çıkmıştır. Lisani gelenekte delâlet denilen bu ilişki türü, tarih boyunca her branşa mensup bilgin ve düşünürün uğraş alanı olmuştur.” diyerek Dilcilerin, Nahiv ve Sarfçıların, Beyancıların ve diğer bilim dallarında eser veren müelliflerin delâlet merkezli çalışmalarından söz etmiştir.²¹¹

Delâlet ile bu açıklamaları yaptıktan sonra onun kısımlarından bahsetmek istiyoruz. Delâlet önce dilsel olup olmama yönüyle ikiye ayrılmaktadır:

1-Lafzi delâlet

2-Lafzi olmayan delâlet

²⁰⁶ Heyet, **El- Mu'cem**, s. 294.

²⁰⁷ El-Meğnisi, **Muğni't-Tullab**, Salah Bilici Kitap Evi, İstanbul, ts., s. 13 (sonraki dipnotlarda “El Meğnisi, Muğni” şeklinde verilecektir.)

²⁰⁸ Mesela fıkıhçılar daha çok irade beyanı, Usulcüler fehm, Mantıkçılar delâlet, Beyancılar ise isti' mâl kavramını kullanırlar. bkz; Özdemir İbrahim, **Vaz' ilmi**, s. 3.

²⁰⁹ Görmez, Mehmet, **Sünnet ve Hadisin Yorumlanmasında Metodoloji Sorunu**, s. 22.

²¹⁰ Özdemir'in bu ifadelerinden anlaşılın , onun dilin vazii –lafızları anlamlar için belirleyip tayin eden-ile ilgili tartışmalarda vaziiin Allah (cc) olduğu yönündeki görüşlere katılmasıdır. bkz; Şevkani, **İrşadu' l- Fuhul**, s. 19.

²¹¹ Özdemir; **Vaz ilmi**, s . 17.

Hem lafzi delâletler hem de lafzi olmayan delâletler, dall ile medlul arasındaki ilişkinin kaynağı bakımından üç kısma ayrılmaktadır. Biz öncelikle lafzi olan delâlet çeşitlerinden ardından da lafzi olmayan delâlet çeşitlerinden bahsedelim.

1- Lafzi delâlet çeşitleri:

a)- Lafzi vaz'i delâlet: Lafızların kendileri için konuldukları anlamlara delâlet etmesidir.

b)- Lafzi akli delâlet:Lafzın lafzı söyleyene delâlet etmesi gibi

c)- Lafzi tabii delâlet: Ah sözcüğünün ağrıya ve sancıya delâlet etmesi gibi

Görüldüğü gibi örneklendirerek verdiğimiz delâlet çeşitlerinde, gösteren ile gösterilen arasındaki ilişkiyi kuran (delâleti sağlayan) lafızdır.

2- Lafzi olmayan delâlet çeşitleri:

a)- Lafzi olmayan vaz-i delâlet: Ciheti Erbaa dediğimiz dört yönün işaret ettikleri tarafa olan delâleti gibi

b)- Lafzi olmayan akli delâlet: Sanatçının sanata delâlet etmesi gibi

c)- Lafzi olmayan tabii delâlet: Yüz kızarmanın utanmaya, sararmanın ise korkuya delâleti gibi²¹²

Lafzi olmayan delâlet çeşitlerinde de görüldüğü üzere delâleti sağlayan araç lafız yani dil değildir.

Vaz-i olan delâlet de kendi arasında vaz'ına konu olan anlamın bütünlüğü açısından üç kısma ayrılmaktadır.

a) Mutabakat delâleti: “Lafzın, vaz edildiği anlamın bütünü ifade etmesi.” Örneğin; ev denilince bütün odaların akla gelmesi.

b) Tazammuni delâlet: “Lafzın vaz edildiği anlamın bir bölümünü ifade etmesi”. Ev lafzından oda anlaşılması gibi.

c) İltizami delâlet: “Lafzın kendi anlamı için gerekli olan bir başka anlamda kullanılması.” İnsan denince ilim elde edebilen ve yazabilen kavramlarının anlaşılması gibi²¹³

Tabii delâletin bu kısımlarından bizim kaidemizde bahsedilen delâlet; lafzi-ğayri lafzi tabii ve lafzi olmayan vaz-i olmak üzere üç tanedir. Çünkü diğer delâlet çeşitleri tasrih veya

²¹² El-Meğnisi; **Muğni**, s. 13-14; Görmez; **a.g.e.** s. 22.

²¹³ Gazzali; **el -Müstesfa**, c. 1, s. 74; El-Meğnisi , **Muğni**, s. 14; Görmez, **a.g.e.** s. 22-23; Özdemir; **Vaz' İlmi**, s. 14.

tasrihe yakın olduğundan tasrih hükmündedir.²¹⁴ Kaidemizde kastedilen makbul delâlet çeşitlerine birer örnek verelim

1- Bir kimse fuzulinin- akitte asli veya vekil olarak taraf olmayan kimse- kendisini evlendirdiğini duyduğunda, tebrikleri kabul etmesi, akde icazet verdiğini gösterir. Ancak bundan önce açıkça bu akdi reddettiğini açıklarsa akdi kabul etmemiş sayılır.

2- Bir kimsenin kendi bahçesine veya mülküne başkasının geçmemesini sağlamak için diktiği işaret vb. şeyler aksine bir tasrih olmadıkça itibar edilip gereği yapılır.

3- Alay etme maksadı olmaksızın, bekâr olan bir kızın velisinin kendisini evlendirdiği haberini alınca gülmesi icazet sayılır.-lafzi tabii delâlet- fakat haber gelmeden önce veya haberle beraber reddettiğine dair açıkça bir beyanı olursa bu delâlete itibar edilmez.²¹⁵

Kaidemizde ki kavramları bu şekilde açıkladıktan sonra kaidemizin hükümlerinden bahsedebiliriz.

Tasrih iki şey üzerine tercih edilir.

1- Delâletü'l-hal üzerine tercih edilir. Örneğin; Bir kimseye bir şey için delâleten izin verilse daha sonra o şeyden açıkça yasaklansa artık delâlet yoluyla verilen izne itibar edilmez. Bu örneğimizi biraz daha somut hale getirirsek; Bir kimse ev sahibinin izniyle evine girse ortada duran bardakla su içerken bardağı kırarsa bardağın berelini ödemez. Çünkü o bardaktan su içmesine delâleten izin verilmiştir. ama ev sahibi açıkça o bardaktan su içmemesini isterse, misafir bu ikaza aldırılmayıp su içse ve bardak kırılırsa, bardağın bedelini ödemekle yükümlü olur.²¹⁶

Ancak bu kaidenin uygulanması ile ilgili önemli bir nokta vardır. Sarihin delâlete tercih edilmesi muaraza vaktinde olması yani delâlet ile hükmedilmeden önce sadır olması gerekir. Yoksa delâletin muktezasıyla hükmedildikten sonra tasrihe itibar edilmez. Mesela: Mal sahibi bir fuzulinin malını sattığını duyduğu zaman parasını istese, delâleten bey'e izin vermiş sayılır. Bu kimse sonradan "ben bey'i feshettim." dese bu tasrihe itibar edilmez. Çünkü delâlet ile hükmedildikten sonra tasrih sadır olmuştur.

2- Örf ve Âdet üzerine tercih edilir. Yani tasrih delâletten üstün olduğu gibi örf ve âdetten dâhi üstün olup, örfe tercih edilir. Örneğin; bir devlette tedavülde bulunan para birimi lira olsa, fakat âkideyn akit esnasında dolar üzerinden anlaşsalar, bey' tasrih edilen dolar üzerinden lazım hale gelip, örfe geçerli olan lira üzerinden olmaz.²¹⁷

²¹⁴ Zerka, Ahmet, **Şerhu Kavâid**, s. 141.

²¹⁵ Zerka, Ahmet, **Şerhu Kavâid**, s. 142.

²¹⁶ Ali Haydar, **Durer**, s. 64; Ali Ulvi; **Telhis**, s. 34.

²¹⁷ Ali Haydar; **Dürer**, s. 64-65.

Kaidenin kullanışı ile ilgili örnekler:

1- Müşteri satıcının huzurunda aldığı eşyanın karşılığını vermeden mebi'i kabzetse, satıcı da durumu gördüğü halde müdahale etmezse, satıcının bedel karşılığında eşyayı hapsetme hakkı izne delâlet eden sükutu ile düşer. Eşyayı tekrar isteyemez ancak bedeli talep edebilir. Buna karşılık satıcı, müşteri daha malı kabzetmeden sarahaten nehyetseydi bedeli alana kadar malı hapsetme hakkı düşmezdi.²¹⁸

2- Bir vakfın vakfiye senedi kaybolduysa, vakfın gelirlerini harcama konusunda eski mütevellilerin teâmüllerine devam edilir. Çünkü onların aynı teâmülle devam etmeleri vakfeden kimsenin akarı bu şartlarla vakfettiğine delâlet eder. Ancak vakfın tescilli senedi bulunursa ve mütevelliler bunun aksine davranmışlarsa onların teâmüllerine kaidemiz gereğince itibar edilmeyip tasrih yerine geçen senede göre davranılır.²¹⁹

6- Mutlak Kendisini Nassen Veya Delâleten Takyit Edecek Birşey Olmadıkça Mutlak Olarak Kalır²²⁰

Mecellenin 64. maddesi olarak yerini almış olan bu kaidemiz, anlam olarak, Hanefi usulüne dair yazılmış eserlerde, mutlak ve mukayyed konuları işlenirken kaidemizin metnine yakın bir biçimde geçmektedir.²²¹

İnsanların gündelik muamelelerinde –özellikle vekâlet ile ilgili konularda- müşahede ettiğimiz ve birçok tartışmaya net bir cevap verdiğini düşündüğümüz bu kaidemizin muhtevası, fıkıh kitaplarının ister yazı ister sözle olsun, irade beyanı ile alakalı bölümlerinde çokça uygulanmıştır.

Kaidenin anlamı: Kaidemizdeki kavramları açıkladıktan ve örnekler verdikten sonra daha iyi anlaşılacağı üzere; Bir kelam –lafız- anlamını sınırlandırarak ve kapsamını daraltacak herhangi bir kayıtla gelmediği sürece, olduğu gibi, anlamı hiçbir daraltmaya gidilmeden kalır ve öyle anlaşılır. Ancak bizzat o kelamda veya durumun gerektirdiği dışardan bir karine ile lafzın kapsamını daraltacak bir kayıt varsa o halde o kayda itibar edilir ve ona göre muamele yapılır.²²²

²¹⁸ Zerka, Ahmet, **Şerhu Kavâid**, s. 144; Zerka, Mustafa, **Medhal**, c. 2, s. 972.

²¹⁹ Zerka; Mustafa, **el- Medhal**, c. 2, s. 973.

²²⁰ المطلق يجري علي اطلاقه ما لم يقم دلالة التصريح نسا او دلالة

²²¹ Teftezani; **Et-Telvi**, c. 1, s. 146.

²²² Ali Haydar; **Dürer**, s. 138; Ali Ulvi; **Telhis**, s. 94; Bilmen; **Kamus**, c. 1, s. 276; Zerka Ahmet, **Şerhu kavâid**, s. 324; Zerka; Mustafa, **Medhal**, c. 2, s. 1005-1006; Zeydan; **el Veciz fi'l-Kavâid**; s. 29.

Kaidenin tahlili: Kaidemizin anlaşılmasının kendisine bağlı olduğu dört kavram vardır. Bunlar:

Mutlak: Daha önce “hass” lafzın kısımları içinde ismini verip geçtiğimiz “mutlak” lafız; “Ğayri muayyen bir ferdi veya fertleri gösteren ve kendisinin herhangi bir sıfatla kayıtladığına dair bir delil bulunmayan lafızdır. Mesela: “adam” lafzı gibi.

Mukayyed: Gayr-ı muayyen bir ferdi veya fertleri göstermekle birlikte kendisinin herhangi bir sıfatla kayıtladığına dair bir delil olan lafızdır.

Nassen: Mutlak olarak gelen lafzın, cümlede geçen bir lafızla takyit edilmesidir. Mutlak bir lafzın Nassen takyit edilmesi yedi şekilde olabilmektedir:

1- Sıfatla : örnek: “Arap atı” gibi

2- Fail veya meful un fiilin oluşması sırasındaki hal diye tabir ettiğimiz durumlarıyla: Örneğin: “Arabaya binmiş olduğum halde girersen”

3- İzafet yoluyla: örneğin: “Bana Ali’nin atını al” gibi

4- Meful ile: örneğin: “onu filana sat” gibi

5- Nehiy ile: örneğin: “Onu filan çarşıda satma” gibi.

6- Şart ile: “Şayet Allah hastama şifa verirse şöyle yaparım.” gibi

7- İstisna ile: örneğin: “şu araba hariç diğerlerini sana sattım.” gibi.

Şayet kelimada bu saydıklarımız kayıtlardan biri ile mutlak lafız takyit edilirse bunlara itibar edilmelidir.

Delâleten: Lafzı kullanan kişinin durumu göz önüne alınarak, lafzen kullanılsa da kullanılmış gibi sayılan kayıtlardır. Aşağıda örneğini verirken anlatacağımız gibi, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed örfü ve âdeti de bir nevi delâletü’l- hal kabilinden saymış ve onlarla kelimayı takyit etmişlerken, Ebu Hanife örfü ve âdeti mutlakı takyit edecek bir durum olarak görmemiştir.

Usulu fıkıh kitaplarında Mutlak ve Mukayyed ile ilgili “mutlak’ın mukayyed’e hamli” başlığı altında önemli bir konu daha geçmektedir. Biz bu konuyu ilgili yerlere havâle edeceğiz, ancak kaidemizle bu kadar yakın bir ilişkisi olan bu konudan kısaca bahsetmeden de geçmeyeceğiz.

Bir lafzın bir yerde mutlak olarak, başka bir yerde ise mukayyed olarak gelmesi, acaba mutlak olarak geleni mukayyed gibi sayıp ona hamledebilir miyiz diye Usulu Fıkıh alimlerini meşgul etmiştir. Bu konuyu beş şekilde tasavvur etmişlerdir;

1- Mutlak ve mukayyed in hüküm ve hadisede aynı olmaları

2- Hem hüküm hem de hadisede farklı olmaları

3- Mutlak lafzın hükmüyle mukayyed olan lafzın hükmünün aynı olması ancak hadiselerin farklı olması

4- Yukarıdakinin aksi olarak, hükümde ayrı olan mutlak ve mukayyed in hadisede bir olmaları

5- Mutlak ve mukayyed in sebep ve şartta olmaları²²³

Hanefî ve diğer mezhep alimleri, birinci şıkka ittifakla evet derken yani; Mutlak ve mukayyed lafız, aynı hükme sahip olmalarının yanında aynı hadise için gelmişlerse mutlak mukayyede hamledilir, derlerken Hanefiler sair mezheplerden farklı bir anlayış sergileyerek, diğer şıklarda mutlak'ın mukayyed üzerine hamledilmesini kabul etmemişlerdir.²²⁴

Kaidenin kullanışı ile ilgili örnekler:

Örnelemeye, öncelikle lafzın mutlak olarak geçtiği ve ona göre muameleye tabii tutulduğu örneklerden başlamak istiyoruz

1- Bir kimse başka birine “bana bir araba al” diyerek araba lafzını, gerek renk gerekse başka bir özellikle sınırlandırmadan kullansa, araba almakla vekil olan kimse gidip kırmızı bir araba satın alması halinde, müvekkil “hayır ben kırmızı değil beyaz bir araba istemiştım” diyerek itirazda bulursa bu itiraza itibar edilmez. Çünkü; kendisi arabayı beyaz diyerek kayıtlamadığı ve lafzı mutlak olarak bıraktığı için lafız itlakı üzere işleme tabi tutulur.²²⁵

2- Bir kimse bir başkasından kullanmak üzere bir araba ödünç alsa ödünç veren de mutlak olarak hiçbir kayda tabii tutmadan “al” dese, ödünç alan kimse arabayı dilerse kendisi kullanır, dilerse bir başkasına da kullanmak üzere verebilir.²²⁶

3- Mudarebe²²⁷ akdinde rabbu'l-mal mudaribe hiçbir kayıt koymadan sermayeyi verse, mudarib mutlak olarak meydana gelen bu akit gereği, akitten maksat kâr elde etmek olması sebebiyle, bu maksada ulaşmak için muamele türlerinden –mudarebe akdinin içine girebilecek-; alma, satma, başka bir yere gitme, vekil tayin etme, malı emânet bırakma gibi tüm muameleleri yapabilir.²²⁸

4- Yine bir kimse başka birini malını satması için vekil olarak tayin etse ve vekâlet verme sırasında hiçbir kayıt koymadan mutlak olarak bıraksa, bu mutlak vekâlet gereği,

²²³ Et-Teftezani; **Et-Telviḥ**, c.1, s. 148-149; İbn Melek; **Usulu İbn melek**, s. 185-187.

²²⁴ Et-Teftezani; **Et-Telviḥ**, c. 1, s. 149; İbn Melek; **Usulu İbn melek**, s. 187; Zeydan; **el -Veciz**, s. 286.

²²⁵ Zerka; Mustafa, **el- Medhal**, c. 2, s. 1005.

²²⁶ El-Mevsili; **el- İhtiyar**; c. 3, s. 69.

²²⁷ Mudarabe akdi; sermaye bir taraftan emek ise başka bir taraftan olmak üzere akdedilen bir şirket türüdür. Bu akidde; sermaye sahibine: Rabbul mal; emek sahibine: Mudarib; sermayeye de; ra'sul mal denilir.

²²⁸ El-Merğınani; **el- Hidaye**, c. 3, s. 227.

müvekkil, -aksi bir teâmül olmadıkça- bu malı dilerse peşin dilerse vadeli olarak satabilir. Vekil müvekkile niçin böyle yaptın diye itiraz etse itirazı kabul edilmez.²²⁹

5- Bir kimse, bir boyacı ile evini boyaması için akit esnasında hiçbir kayıt koymadan – evi, şu veya bu kimse boyasın veya özellikle ustanın boyaması gibi- anlaşsa boyacı evi kendisi boyayacağı gibi işçisine veya başka bir boyacıya boyatabilir.

Özetle bütün bu örneklerde gördüğümüz gibi; hiçbir sınırlandırmaya tabii tutulmadan mutlak olarak kullanılan lafızlar, mutlak olarak bırakılıp ona göre işleme tabii tutulurlar.

Kaidemizle ilgili örneklendirmeye, lafzın mutlak olarak değil de Nassen veya delâleten takyit edilerek mukayyed şeklinde geldiği örneklerle devam edelim.

1-Nassen takyide örnekler:

a) Mudarebe örneğinde verdiğimiz gibi; Rabbu’l- mal, mudaribe sermayeyi verirken “sermayeyi al ancak –belli bir yer tayin ederek – şu şehrin dışına çıkmayacaksın, şu tür malları alıp satmayacaksın, malı kimseye emânet olarak bırakmayacaksın veya şu şirketlerle muamele yapmayacaksın, peşin alışveriş yapacaksın gibi akit esnasında bu şekilde kayıtlamalara giderse mudaribin bu kayıtların dışına çıkmaması gerekir. Şayet mudarib, rabbu’l- malın akit sırasında söylediği bu şartlara uymaz ve mal bir şekilde telef olursa mudaribin zararı tazmin etmesi gerekmektedir.²³⁰

b) Bir kimse bir eciri müştereke mesela bir terziye bir kumaş götürerek “bu kumaşı bana takım elbise yap ancak sen kendi elinle dikeceksin” diyerek akdi mutlak olarak bırakmayıp kayıtlasa, terzi elbiseyi kendi dikmek zorundadır. Kendi eliyle diktiği bu elbisede bir problem olsa zararı tazmin etmez. Ancak terzi bu kayda dikkat etmeksizin kumaşı kendi kalfasına verip ona diktirse ve müşteri aleyhine bir zarara sebep olsa terzi zararı karşılar.²³¹

c) Bir kimse başka birine mesela arabasını ödünç olarak verse ve ona “Şanlıurfa dışına çıkmayacak, kullanmak için bir başkasına vermeyeceksin” diyerek de şarta bağlarsa, ödünç alan kimse bu şartların gereğini yapmak zorundadır. Bu şartlar çerçevesinde arabaya bir zarar gelse- çalınması, kaza yapması gibi- ödünç alan tazmin etmez. Ancak arabayı Şanlıurfa dışına çıkartır veya kendisi kullanmaz başka birine verirse ve bunların neticesinde arabaya bir zarar gelse bunu tazmin eder.²³²

d) Yine çokça karşılaştığımız sorunlardan birisi olarak emânet ile ilgili bir örnek verelim. Bilindiği gibi; kendisine emânet bırakılan kimse emâneti koruma adına kasti bir tecavüzü olmaz veya kendisinden kaynaklanan bir kusur ve eksiklik tespit edilmeden emânet

²²⁹ El- Mevsili; **el- İhtiyar**, c. 2, s. 436.

²³⁰ El- Merğınani; **el- Hidaye**, c. 3, s. 227.

²³¹ Ali Haydar; **Dürer**, s. 138-139.

²³² El- Merğınani, **el-Hidaye**, c. 3, s. 247.

mala bir zarar gelse bunu tazmin etmez. Ancak bir taksir veya teaddi olursa emânet mala gelen zararı tazmin eder. Taksir ve teaddiye giren şeylerden birisi de; emânet veren kimsenin emânet verirken söylemiş olduğu şartlara riayet etmemekten de kaynaklanmaktadır.²³³ Örneğin: emânet veren –mûdi- emânet verirken “emânetimi evinde değil de dükkanda, kasada saklayacaksınız” diyerek kayıtlarla mudiye teslim etse, emâneti alan, emâneti evinde muhafaza etse veya dükkanda, ancak kasa dışında korumaya alsın ve bu emânet mal çalınsa emâneti alan kimse tazminle yükümlü olur. Çünkü akit, mutlak olarak bırakılmamış, kayıtlarla takyit edilmiş olup emâneti alan bu kayıtlara uymak zorundadır.

2-Delâleten takyide örnekler:

a) Nakliyecilik yapan birisi, başka birine “bana bir araba al” diyerek onu vekil tayin etse bu kimse de gidip nakliye için kullanılmayacak lüks bir araba satın alsın bu alışveriş nafiz olmaz. Çünkü nakliyeciyi her ne kadar vekâleti verirken nakliye arabası ile kayıtlamadan mutlak olarak vekâlet vermişse de kendisinin durumu ve yaptığı iş, delâleten bu kaydı gerektirmektedir.²³⁴

b) Delâleten takyide günümüz problemlerinden biri olan trafikle ilgili bir örnek de verebiliriz: Daha önce bir taşıtı ödünç verme ile ilgili olarak hem mutlak hem de nassen mukayyed bölümünde birer örnek vermiştik. Burada ise örneğimizi farklı bir şekilde yorumlayalım; Bir kimse kendisinden arabasını ödünç isteyen kimseye “arabamı ödünç olarak sana veriyorum” şeklinde mutlak bırakarak bir sözlü tasarrufta bulunsa, ödünç alan kimse mutlak lafız gereği olarak aracı kullanabilir. Ancak bu tasarruf, trafik kurallarının -akitte söylenmemiş olsa bile- uyulmasına bağlı olup delâleten bu kurallara uyma kaydıyla kayıtlanmaktadır. Buna göre bu kimse arabayı kullanırken trafiğin belirlediği hız sınırını aşarsa ve bu arabanın kaza yapmasına, dolayısıyla zarar görmesine sebep olursa bu durum tespit edildiği zaman ödünç alan kimse delâleten koyulmuş olun bu kayıtlara uymadığı için tazminle yükümlü olur. Çünkü bu, bir nevi taksir sayılmaktadır.

c) Bir kimse başka birini kendisine kurbanlık bir koyun alması veya bir soba alması için vekil tayin etse, müvekkil de kurbanlığı kurban bayramından sonra, sobayı da kış bittikten sonra satın alsın bu tasarruflar geçerli olmaz. Çünkü mutlak olarak söylenilen bu sözler delâleten takyit edilmiştir.²³⁵

d) Örfün delâletinin Ebu Yusuf ve İmam Muhammede göre delâletü-l hal gibi olduğunu daha önce söylemiştik. Buna göre; Bir şeyi almak veya satmakla vekil olan kimse,

²³³ El-Merğınani; **el-Hidaye**, c. 3, s. 240.

²³⁴ Ali Ulvi; Telhis, s. 94.

²³⁵ El-Merğınani; **el-Hidaye**, c. 3, s. 162; Zerka Mustafa; **el-Medhal**, c. 2, s. 1006.

alacağı veya satacağı şeyi ancak kıymeti veya az bir aldanma (fikhi tabir ile; ğabnı yesir) ile satabilir. Çünkü akit her ne kadar mutlak olarak zikredilmişse de “mutlak emir örf ile takyit edilir”²³⁶ dabitası gereğince örfün delâletiyle mukayyedir. Ancak İmamı Azam, mutlak olarak zikredilen böyle bir vekâletin örf ile kayıtlanmasını uygun görmemiş, vekilin alacağı veya satacağı eşyayı az veya çok bir kıymetle satabileceğini savunmuştur.

Aynı durum birisini evlendirmek için vekil bırakılan kimse için de geçerlidir. Bu kimse evlendireceği şahıs adına ancak mihri misli aşmamak üzere kıza mihir teklif edebilir. Mehri misilden daha fazla mihir verirse bu akit nafiz olmaz. Tabii İmamı Azamın bu örneğimizde de farklı düşündüğünü söylememize gerek yoktur.²³⁷

Görüldüğü gibi verdiğimiz bu örneklerin tümünde; mutlak olarak hiçbir kayıt ve şartla sınırlandırılmamış bir söz delâlet yoluyla kayıtlanmış olup, böyle tasarrufların hukuki sonuç doğurabilmesi için bu kayıtlara uymak gerekmektedir.

Kanaatimize göre bu kaide hayatın her alanında bu kadar geçerli olması yönüyle tek başına bile külli kaidelerin İslam Hukukunda ki yerini ve önemini ortaya koymaya yetmektedir.

7-Akitlerde Esas Olan, Maksatlar Ve Mânalar Olup Lafızlar Ve Kalıplar Değildir²³⁸

Mecelle'nin üçüncü maddesi olarak geçmekte olan bu kaidemiz. Külli kaidelerin tarihi gelişimini anlatırken bahsettiğimiz beş temel kaideden biri olan “el umuru bi mekasidiha” İşler maksatlarına göre değerlendirilir”. kaidesinin bir fer'i olarak düşünülmektedir. İbn Nuceym bu kaidenin bir bölümünü el Eşbah adlı kitabının Kavâid ile ilgili bölümünde değil de “Fevaid” bölümünde “muteber mânadır lafızlar değil”²³⁹ şeklinde ele almış ve gereken açıklamalara yer vermiştir.

Kaidenin anlamı: Lafızlar mânaları ihtiva eden kalıplardır. Bu nedenle insana gereken anlamların kalıpları olan lafızlara takılıp kalmak değil, onların taşıdığı mâna ve içeriği iyi anlayıp ona göre tavır takınmaktır. İslam Hukukçuları bu durumu çok iyi analiz edip, muamelattan olan bey', İcâre, Havâle, Rehin, Hibe, Kefâlet gibi akitlerde akde taraf olan kimselerin akit esnasında kullandıkları lafızlara değil, âkideynin hedeflediği mânaya itibar

²³⁶ El-Merğınani; **el- Hidaye**, c. 3, s. 162.

²³⁷ El-Merğınani; **el- Hidaye**, c. 3, s. 161-63; Mevsili; **el-İhtiyar**, c. 2, s. 436-437.

²³⁸ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني

²³⁹ İbn Nuceym, **el- Eşbâh**, s. 242.

etmişlerdir.²⁴⁰ Ancak bu durum, anlamların elbisesi ve onları tabir etmeye yarayan lafızların tamamen terk edilmesi ve onlara hiç önem verilmemesi anlamına gelmemektedir. Bu konuda alınacak tavır; öncelikle lafızlara riayet etme, lafızlar ile âkideynin maksatları arasında bir uyumsuzluk olması halinde ise lafızların terk edilip onlarla kastedilen mâna ve maksatlara yönelmektir.²⁴¹

Bu kaidenin içerdiği anlamı bir türlü istihsan görenlerde vardır. Mesela; Hukuku İslamiyye Kamusunun birinci cildinde külli kaideleri ele alıp bunları kısa açıklamalarla veren *Ömer Nasuhi BİLMEN* bunlardan biridir. *Bilmen* “lafızlara değil de maksatlara olan bu itibar, bir istihsan²⁴² neticesidir ve lafızlara muraat kabil olmayan yerlerde caizdir. Yoksa kıyasen değildir. Çünkü lafızlar mânaların kalıpları olduğundan lafızları esasen ilğa sahih olmaz.” diyerek İstihsan bi’ d-darure yani zaruretle istihsan olarak algılamıştır.²⁴³

Kaidenin tahlili: Kaidemizde, açıklanmamız gereken bazı kavramlar vardır:

1- Ukud: Akit kelimesinin çoğuludur. Akit, Mecelle’nin 103. maddesinde açıklandığı üzere “Tarafeynin bir hususu icab ve iltizam etmeleridir ki icab ve kabulün irtibatından ibarettir.”²⁴⁴

2- Makasid-Maani : maksat kelimesinin mimli mastar olarak çoğuludur. kastetmek anlamına gelir. Maani kelimesi ise; mâna kelimesinin çoğuludur. Maksat kelimesine atfı tefsir (önceki kelimeyi açıklayıcı) olarak getirilmiş olup, aynı şekilde kastetmek anlamındadır.

4- Elfaz- Mebani: lafız kelimesi; insanın bir maksadı ifade etmek için ağzından çıkan söz anlamındadır. Mebani kelimesi de lafızla aynı anlama gelip atfı tefsir için kaidede yerini almıştır.²⁴⁵

Kaidemizde geçen kavramları bu şekilde verdikten sonra kaidemizin kullanışı ile ilgili örneklere geçebiliriz.

Kaidenin kullanışı ile ilgili örnekler: Fıkıh kitaplarında özellikle akitlerde kullanılacak sözlerden bahsedilirken, kaidemize müracaat edilmektedir. Mesela: Hidaye sahibi Merğınani (v.593/1197) alışverişin hangi sözlerle gerçekleşeceğini anlatırken şöyle demektedir: “alışverişte asıl olan, bey’in; inşa anlamına gelen; aldım ve sattım lafızları ile

²⁴⁰ Mustafa Zerka bu kaideyi, öneminden ötürü “altın kaide” olarak nitelemiştir. Bkz:Zerka; Mustafa, **Medhal**, c. 1, s. 321.

²⁴¹ Ali Haydar, **Dürer**, s. 35; Zerka; Ahmet, **Şerhu Kavâid**, s. 55; Zeydan; **Medhal**, s. 79.

²⁴² Çeşitli şekillerde tarif edilen istihsan, İbn Melek in tarifıyla “Zayıf kıyastan daha kuvvetli olanma dönmektir” bkz: İbn Melek; **Usulu İbn Melek**, s. 284.

²⁴³ Bilmen; **Kamus**, c. 1, s. 256.

²⁴⁴ Öztürk Osman; **Mecelle**, s. 165.

²⁴⁵ Ali Haydar; **Dürer**, s. 35; Ali Ulvi; **Telhis**, s. 15.

meydana gelmesidir. Ancak bu anlamlara gelebilecek; razı oldum, onu sana verdim gibi lafızlarla da akit olabilir. Çünkü bu gibi akitlerde muteber olan mâna ve maksattır”²⁴⁶ Bu tür cümlelere mezkur kitabın başka yerlerinde ve diğer fıkıh kitaplarında da rastlamaktayız.

1- Bir tür akit olan “bey’ bi’l-vefa”²⁴⁷, akit esnasında bey’ (satma) lafzı geçti diye mebi’in (satılan şeyin) müşteriye temlik olmayıp, satıcının müşteriye olan borcunu temin için ve burcunu ifa edinceye kadar borcu güvence altına alacağından rehin mânasına gelip rehinin hükümleri uygulanır. Şöyle ki: satıcı müşteriye olan borcunu eda ederse müşteri razı olmasa bile mebi’i müşteriden alabileceği gibi; müşteri de satıcı razı olmasa dahi mebi’i satıcıya reddetmek suretiyle alacağını ondan isteyebilir. çünkü âkideyn her ne kadar sattım, aldım lafızlarını kullanmış olsalar bile maksatları bey’ (satma) olmayıp, borcu temin ve güvence altına almak olduğundan bu akitte tamamıyla rehin hükümleri cereyan etmektedir.²⁴⁸

2- Bir kimse başka birine “şunu sana bin lira karşılığında hibe ettim” dese bu akit, hibe sayılmayıp bey’ (alışveriş) sayılır ve ona göre hükümler uygulanır. Çünkü hibe: karşılıksız olarak bir şeyi başkasına temlik etmek, demek iken bey’; bir şeyi bir karşılıkla başkasına temlik etmek demektir. Oysa burada hibe edilen şeyin karşısında bir bedel zikredilmiş olup bu da akdi hibeden çıkartıp bey’ haline dönüştürmüştür. Dolayısıyla mesela, hibe edilen bir gayrı menkulde şufa hakkı yokken örneğinde verdiğimiz şekliyle meydana getirilen bir tasarrufta maksat bey’ olduğundan şufa hakkı vardır.²⁴⁹

3- Bilindiği gibi Kefâlet akdi; Mecelle’nin 612. maddesinde tarif edildiği gibi “Bir şeyin mutalebesi hakkında zimmeti zimmete zammetmektir” tariftten de anlaşıldığı gibi kefâlet akdinde; borçlu hala borçlu olarak kalmakta ancak alacaklı dilerse alacağını borçlunun kendisinden dilerse borçluya kefil olan kimseden isteyebilmektedir. Buna bağlı olarak: bir kimse “benim zimmetim borçtan hali olmak üzere seni borcumu kefil ettim” dese, bu akit kefâlet akdi sapılmayıp, Havâle²⁵⁰ akdi meydana gelmiş olur.

Bunun aksi olarak; bir kimse diğerine “zimmetim borçtan hâli olmamak üzere –yani alacaklı borcunu benden de istemesi kaydıyla- borcumu sana havâle ettim” dese, bu durumda

²⁴⁶ El-Merğınani; **el-Hidaye**, c. 3, s. 24; El-Mevsili; **el-İhtiyar**, c. 2, s. 252.

²⁴⁷ Bey bil vefa, Mecelle’nin 118. maddesinde şöyle tarif edilmektedir: bir kimse bir malı ahara (diğer bir kimseye) semeni (bedel) reddettikte geri vermek üzere şu kadar kuruşa satmaktır ki müşteri mebi’ ile faydalanmasına nazaran caiz bir bey hükmünde ve tarafeyn (satıcı ve alıcı) bunu feshe muktedir oldukları cihetle bey-i fasid hükmünde ve müşteri mebi’i ahara (üçüncü bir kimseye) satamadığı cihetle rehin hükmündedir. bkz: Öztürk; **Mecelle**, s. 166.

²⁴⁸ Ali Haydar; **Dürer**, s. 36; Ali Ulvi, **Telhis**, s.15.

²⁴⁹ Ali Haydar; **Dürer**, s. 37, Zerka; Mustafa, **el-Medhal**, c. 2, s. 966.

²⁵⁰ Havâle akdi; yine Mecelle’nin 673. maddesinde tarif edildiği gibi “borcu bir zimmetten diğer bir zimmete nakletmektir” bkz: Öztürk; **Mecelle**, s. 239.

akit havâle akdi şeklinde değil kefâlet akdi şeklinde gerçekleşmiş olur. Çünkü burada âkideynin maksadı, akit esnasında havâle lafızlarını kullanmış olsalar da havâle değil, kefâlet akdidir. Kaidemizde de belirtildiği gibi akitlerde esas olan maksatlardır.²⁵¹

4- İare akdi; menfaatlerin karşılıksız olarak bir başkasına temlikidir. Menfaatin karşılık ile temlik edilmesi halinde ise İcâre akdi doğar;²⁵² Bu tariflerden yola çıkarak; bir kimse, diğerine “şu evi bin lira karşılığında bir seneliğine sana ödünç olarak veriyorum” demesi bu akdi iare akdi yapmaz. Çünkü akdi yapanlar, akit esnasında her ne kadar “iare” lafzını kullanmış olsalar da “bin lira karşılığında” şartı bu akitten maksadın İcâre olduğunu ortaya koymaktadır. Kefâlet ve Havâle ile ilgili örnekte ifade ettiğimiz gibi burada da, kişi, “bu evi sana bir seneliğine İcâre ediyorum” dese bu akit İcâre olarak değil iare akdi olarak gerçekleşir.²⁵³

Bu kaidemizle ilgili olarak -yeterince anlaşıldığı düşüncesiyle- bu kadar örnekle iktifa ediyoruz.

8-Soru Cevapta Tekrar Edilmiş Sayılır²⁵⁴

Mecelle'nin 66. maddesi olarak yerini almış olan kaidemizi *İbn Nuceym* “*el Eşbah*” ta on birinci kaide olarak ele almış ancak kaide hakkında hiçbir açıklama yapmadan örneklendirmeye gitmiştir.²⁵⁵ Mecelle şarihi *Ali Haydar*, bu kaidenin hiçbir kayda tabi tutulmadan mutlak olarak söylenilmesini, fıkıhın tüm konularında uygulanabileceğine delil saymıştır.²⁵⁶

Kaidenin anlamı: Mufassal bir soruya mücmel edatlardan “evet- hayır” gibi bir edatla cevap verilse, cevap, soruda bulunan tüm tafsilatı içine almış olur. Bir başka tabirle; bir soruya evet veya hayır şeklinde cevap vermiş olan kimse sorulan sorunun içeriğini söylemiş gibi sayılır.

Kaidenin kullanışı ile ilgili örnekler: Kaidemizde açıklanması gereken kavram olmadığı için doğrudan örneklere geçiyoruz.

²⁵¹ El-Merğınani; **el- Hidaye**, c. 3, s. 99.

²⁵² El-Mevsili; **el- İhtiyar**, c. 2, s. 308; İcâre akdi Mecellenin ikinci kitabında şöyle tarif edilmiştir “Menfaati ma'lumeyi ivaz-ı malum mukabelesinde bey etmektir” bkz: Öztürk; **Mecelle**, s. 201.

²⁵³ Ali Haydar; **Dürer**, s. 37; Ali Ulvi; **Telhis**, s. 16; Zerka Ahmet; **Şerhu Kavâid**, s. 56-57; Zerka Mustafa; **el Medhal**, c. 2, s. 966; Zeydan; **el- Medhal**; s. 79.

²⁵⁴ السعال معاد في الجواب

²⁵⁵ İbn Nuceym; **el- Eşbâh**, s. 177.

²⁵⁶ Ali Haydar; **Dürer**, s. 142.

1- Bir kimseye “şu nedenden dolayı filana bin lira borcun var mı? diye sorulsa ve o kimse de evet diye cevap vermiş olsa, cevap veren kimse sorulan sorudaki tüm kelimeleri kabul etmiş sayılır ve “filan kimseye bin lira borcum var” diye cevap vermiş gibi olur. Sorunun cevapta tekrar edilmesi bu demektir.

2- Bir kimse, diğerine “sen hanımını boşadın mı?” diye sorup karşı tarafta evet derse, cevap veren kişi sorunun içeriğini ikrar etmiş sayılır ve hanımını boşamış kabul edilir.

3- Bir kimse diğerine “senin malını şu kadar liraya satın aldım derse o kimsede evet diye cevap vermiş olsa, satış mün’akit olur.

4- Ölmek üzere olan birine “malının üçte birini hayır yollarına sarf etmek için beni vasi tayin ettin mi? dediğinde, o kimseye cevap olmak üzere “ettim” demekle malını hayır yollarına sarf etmesi için o kişiyi vasi tayin etmiş olur.²⁵⁷

5- Hakim mahkemede sanığa “senin şu suçları işlediğin iddia ediliyor. Ne diyorsun?” diye sorsa, sanıkta “evet” diye cevap verse, hakimin söylediği tafsilatları verdiği cevap ile tekrar etmiş sayılır.

9-Susan Kimseye Söz İsnad Edilmez. Fakat Konuşulması Gereken Yerde Susma Dil İle Beyan Gibidir²⁵⁸

Mecelle'nin 67. maddesi olarak yerini almış olan bu kaidemizi; *İbn Nuceym*, “Susan kimseye söz isnat edilmez” bölümüne kadar kitabının 19. kaidesi olarak almış. İkinci bölümünü ise bu kaidenin istisnaları olarak görmüş ve 37 tane istisna saymıştır.²⁵⁹ Daha önce de söylediğimiz gibi. Mecelle'nin kaidelerini ayrı bir tertiple; kapsamlarını dikkate alarak, asli ve fer'i diye ikiye ayıran *Mustafa Zerka*, bu kaideyi “Yakin şek ile zail olmaz” şeklindeki tüm mezheplerce temel kaide sayılan bu kaidenin bir fer-i gibi düşünmüş ve öylece vermiştir.²⁶⁰ *Zerka*'nın bu tavrında haklı olduğunu düşünüyoruz. Çünkü; sözün olmaması yakini, yani kesin iken, sükutun delâleti ise şüphelidir. Öyle ise zaruret olmadığı sürece sükut konuşmanın yerini almamalıdır.²⁶¹

Kaidenin anlamı: İnsanlar muamelelerini yaparken kalplerinde taşıdıkları rızayı, icab ve kabulün birbirleriyle irtibatı demek olan akit ile ortaya koyarlar. Zaten insanın zihninde

²⁵⁷ Örnekler için bkz: İbn Nuceym; *El-Eşbâh*, s. 177; Ali Haydar; *Durer*, s. 142-143; Ali Ulvi; *Telhis*, s. 96-97; Zerka, Ahmet; *Şerhu kavâid*, s. 335; Zerka, Mustafa; *Medhal*, c. 2, s. 1007; Zeydan; *el- Veciz fi'l-kavâid*, s. 205.

²⁵⁸ لا ينسب الي ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الي البيان بيان

²⁵⁹ İbn Nuceym; *El-Eşbâh*, s. 178-179.

²⁶⁰ Zerka; Mustafa, *el- Medhal*, c. 2, s. 975.

²⁶¹ Nedvi; *el- Kavâid*, s. 455.

taşıdığı rıza bilinemediği için icab ve kabul şeklinde akde taraf olmaları kalplerinde ki rızanın yerine geçmiş ve onu yansıtmış sayılmaktadır. Yani usuli bir tabir ile, hüküm hikmeti değil de illeti üzerine bina edilir. Bu nedenle akitlerde kalpteki rıza, akdin meşru kılınmasında gerçek neden (hikmet) iken sübjektif olması ve bilinmemesi sebebiyle akdin neticesi ona bağlanmazken, hüküm, illet olarak, bilinebilen ve objektif olan icab ve kabul üzerine cereyan eder.

İnsanlar iradelerini iki şekilde ortaya koyarlar:

1- İradenin lafız ile ortaya konulması:Lafız iradeyi tabii olarak ortaya koymaya yarayan araçtır. Lafız ile istisnasız olarak tüm akitler meydana gelir.

2- İradenin lafzi olmayan araçlarla ortaya koyulması: İrade lafız (söz) ile ortaya koyulduğu gibi -sözün iradeyi yansıttığı kadar iradeyi yansıtmasa da- söz dışı unsurlarla da ortaya koyulabilir. Bunlar üç tanedir.

a) Yazışma: Bununla ilgili ayrı bir kaidemiz olduğu için daha sonra açıklayacağız.

b) İşaret: Mecelle işaret ile ilgili de bir kaideye yer vermiştir.

c) Sükut: İrade tabirinde esas olan, başta lafzi olmak üzere yukarıda saydığımız araçlarla olmasıdır. Ancak kaidemizin de ifade ettiği gibi bazı durumlarda, şartlar gerektirdiği zaman, susma, irade tabirinde kullanılmaya elverişli olabilir. Böylelikle akit, bir taraftan icab ile diğer taraftan ise susma ile meydana gelir. Tabii ki icab, hiçbir halde susarak ortaya konulmaz.²⁶² Kaidemizin anlamını bir cümle ile özetlersek: Susan bir kimseye sen böyle veya şöyle diyorsun denilemez. Ancak konuşması gereken yerde susuyorsa bu ikrar ve beyan sayılır.²⁶³

Kaidenin tahlili: Kaidemizde açıklanmasını düşündüğümüz üç kavram vardır.

Ma'rid: İkinci baktan ismi mekan olarak gelmiş olan bu kavram; bir şeyin arz olunduğu yer anlamına gelmektedir.

Hâcet: Açıklama yapılıp, görüş bildirmenin şiddetle gerekli olması halidir.

Beyan: İradenin açığa vurulmasıdır. Fıkıh usulü alimleri, Şari'nin maksadını anlamak için, beyan konusuna oldukça önem vermişler ve beyanın beş şekilde olabileceğini söylemişlerdir. Bunlar:

1- Beyan-ı tefsir

2- Beyan-ı takrir

3- Beyan-ı tağyir

²⁶² Zeydan, el- Medhal, s. 247-251.

²⁶³ Ali Haydar; Dürer, s. 145; Ali Ulvi; Telhis, s. 97; Bilmen; Kamus, c. 1, s. 277; Zerka; Ahmet, Şerhu Kavâid, s. 337-340; Zerka, Mustafa, Medhal, c. 2, s. 974; Zeydan; el- Veciz fi'l-Kavâid, s. 21; Nedvi; El-Kavâid, s. 455.

4- Beyan-ı tebdil

5- Beyan bi'd-darure

Kaidemizin bahsettiği sükutta, karşı tarafa bir şey anlattığı ve zarureten de olsa üzerine hüküm bina edilmesi yönüyle bir beyan sayılmaktadır. Ancak sözün olduğu yerlerde geçerli olmaması ve konuşulması gereken yerlerde susarak tepki verme şeklinde bir beyan olduğu için “beyan bi'd- darure” kısmına girmektedir.²⁶⁴ Zarureten beyan da kendi arasında dört kısma ayrılmaktadır.²⁶⁵ Ancak biz bunlara girmeden Kur'an-dan ve peygamberimizin davranışlarından beyan bi'd-darurenin meşru olduğuna dair örnekler vermek istiyoruz:

Kur'an da anne ve babanın evlatlarına mirasçı olması şöyle anlatılmaktadır “..Anne ve babadan her biri için altıda bir vardır. Şayet ölenin çocukları yoksa o halde anneye üçte bir vardır...”²⁶⁶ Bu ayette anneye, ölenin mirasından üçte bir hisse verileceği belirtilmiş, ancak babanın payı açıklanmamıştır. Ancak söylenmeyen bu kısım ayetten zarureten anlaşılabilir olup babaya, anne üçte bir aldıktan sonra kalan miktarın verileceği çıkartılmıştır. Yani ayette söylenilmeyen kısım söylenilmiş gibi kabul edilmiştir.²⁶⁷

Zarureten beyan'a peygamberimizin hayatından çokça örnek bulmak mümkündür. Mesela: peygamberimizin, insanların yaptıkları; alış veriş vb. muameleleri ile yeme, içme, giyme gibi devam ede geldikleri şeyleri görüp onları susarak takrir etmesi, inkâr etmemesi gibi Hz. Peygamberin sükutu kendisine vahyedilmiş şeriatın beyanıdır ve bunların tümünün mubah olduğunu gösterir. Çünkü; peygamberimizin insanların yaptıkları mahzurlu şeyleri ikrar etmesi, şeriatın batılı değiştirme noktasında susmayacağı zaruretindedir. Bu nedenle efendimizin sükutu beyan sayılmaktadır.²⁶⁸

Kaidemizin kullanılışı ile ilgili örnekler: Örneklendirmede önce kaidenin birinci bölümü olan; “Susana söz isnat edilmez.” kısmını daha sonra “Ancak konuşulması gereken yerde susma, söz ile beyan gibidir” kısmına örnekler vereceğiz

A-Susana söz isnat edilmez

1- Bir kimse yabancı birinin kendi malını sattığını görse ve sussa, bu suskunluk izin anlamını taşımaz.

2- Bir kimse, birinin kendi malını telef ettiğini görse ve sussa, susması o kişiye malını telef etmesine izin anlamı taşımaz.

²⁶⁴ Sadru's-şeria; **et-Tavdih**, c. 2, s. 44; Edip Salih; **Tefsiru'n-Nusus**, c. 1, s. 41-42.

²⁶⁵ İbn Melek; **Usulu İbn Melek**, s. 240-241.

²⁶⁶ En-Nisa; 4/11

²⁶⁷ Sadru's-şeria; **Et-Tavdih** c. 2, s. 92.

²⁶⁸ Sadru's-şeria; **Et-Tavdih**, c. 2, s. 92; Edip Salih; **Tefsiru'n-Nusus**, c. 2, s. 42; Nedvi Ali; **el Kavâid**, s. 456; ayrıca fıkıh kitaplarında bir muamelenin meşru olduğuna, peygamberimizden delil getirirken; “Hz. Peygamber, peygamber olarak gönderildiğinde insanlar bu muameleyi yapıyorlardı. O da onların bu yaptıklarını ikrar etti” şeklinde ifadelere rastlamak mümkündür. Bkz: El-Mevsili; **el-İhtiyar**, c. 2, s. 251.

3- Hakim, eda ehliyetine sahip olmayan çocuk veya bunamış kimsenin alışveriş yaptıklarını görse ve sussa, onun susmasından, çocuk ve bunağa ticâret yapmaları için izin verdi anlamı çıkmaz.

B-Konuşulması gereken yerde susma , söz ile beyan gibidir.

1- Bir kimse diğer bir kimseden bir mal satın alacağı sırada, bir şahıs o kimseye, bu mal ayıplıdır diye haber verip de o kimse susarsa ayıba razı olmuş demektir. Dolayısıyla satın alacağı bu malda hıyar-ı aybı olmaz.

2- Şuf'a (öncelikli alım hakkı) hakkına sahip olan bir kimse satıştan haberdar olduğu halde susarsa, bu susma ile şufa hakkı düşmüş olur. Buna bağlı olarak sonradan bu durumu mahkemeye götürse davası dinlenilmez.²⁶⁹

3- Bekâr bir kıza kendisini isteyen birisi olduğu söylenildiğinde susarsa, bu suskunluğu evliliğe razı olduğu anlamına gelir.²⁷⁰

Burada susmanın beyan kabul edilip edilmemesinin çok önemli olduğu bir konudan, detayı ilgili yerlere bırakarak kısaca bahsetmek istiyoruz.

Bilindiği gibi; İslam Hukukuna kaynaklık eden (asli) şer'i deliller dört olup, bunların üçüncüsü icmadır. Terim olarak İcma: Müçtehitlerin bir asırda şer'i bir hüküm üzerinde ittifak etmeleridir. Müçtehitlerin bir konuda ittifak etmeleri iki şekilde olmaktadır.

a) Sarih icma: Herhangi bir meselede tüm müçtehitlerin görüşlerini açıkça belirterek fikir birliğine varmalarıdır. Bu tür icma İslam Hukukçularına göre (az bir kesim hariç) kesin bir delil olup, kabul edilmesi gerekir.

b) Sükuti icma: Herhangi bir meselede bir veya birkaç müçtehidin görüş belirttikten sonra bu görüşten haberdar olan o devirdeki diğer müçtehitlerin açık bir şekilde olumlu veya olumsuz beyanda bulunmaksızın sükut etmeleridir.

Bu tür icmanın şer'i bir delil olup olmadığı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Acaba bir görüş belirtmeyerek susan müçtehitlerin susmasını kaidemizin birinci bölümünü esas alarak "susan kimseye söz isnat edilmez" deyip bunun icma olamayacağını mı söyleyeceğiz? Yoksa araştırma ve düşünme için yeterince süre geçtikten sonra, böyle bir konuda konuşmaları ve görüş belirtmeleri gerekir - kaidemizin ikinci bölümünü uygulayıp-diyerek, susmalarını beyan gibi mi kabul edeceğiz?

²⁶⁹ El-Mevsili; **el -İhtiyar**, c. 2, s. 301.

²⁷⁰ El-Merğınani; **el- Hidaye**, c. 2, s. 214; El-Mevsili; **el -İhtiyar**, c. 3, s. 115; susmanın beyan kabul edildiği yerlerden daha fazla örnekler için, bkz: İbn Nuceym; **el- Eşbâh**, s. 178-180; Ayrıca verdiğimiz diğer örnekler için, bkz:Ali Haydar; **Dürer**, s. 144-145; Zerka; Ahmet, **Şerhu Kavâid**, s. 337-340; Zerka; Mustafa, **Medhal**, c. 2, s. 975.

Biz burada bu sorulara cevap verme durumunda değiliz. Zaten bu sorulara olumlu ve olumsuz cevap verenlerin tartışmaları Fıkıh Usulüne dair yazılmış kitaplarda yeterince bulunmaktadır.²⁷¹ Bu konuya vurgu yapmamızın sebebi, kaidemizin ne kadar önemli ve hayati olduğunu ortaya koymak olup, külli kaidelerin İslam Hukukundaki yerine bir kez daha işaret etmektir.

10-Yazışma Konuşma Gibidir²⁷²

Mecelle'nin 69. maddesi olarak yerini alan bu kaidemizi, Mecelle'nin kavâid noktasında ana kaynağı olan *İbn Nuceym, el Eşbah*'ta *Merğınani*'nin *Hidaye* adlı kitabından naklederek almıştır ve bu kaidenin hükmünün fıkıhın çeşitli konularından birçok bölümde geçerli olduğunu ifade etmiştir.²⁷³

Kaidenin anlamı: İrade tabirinde sözlü beyandan sonra ikinci yol, yazışarak maksadın ortaya konulmasıdır. Bu nedenle İslam Hukukçuları, “kitap hitap gibidir” diyerek, akdin sözle olabileceği gibi kitabetle de olabileceğini söylemişlerdir. Akde taraf olan kimselerin anladığı müddetçe yazılanın hangi dille olması önemli olamayıp, akit sığasının gereklerinden olan iradenin kesin bir şekilde ortaya konulması ve anlamın karşı tarafın anlayacağı bir şekilde açıkça belirtilmesi yeterlidir. İcab ve kabulden her ikisinin de yazı ile olabileceği gibi biri sözlü diğeri yazı ile de olabilir.²⁷⁴

İradenin yazı ile ortaya konulması halinde; akdin lazım bir hale gelmesi diğer tarafın bilgisini gerektiriyorsa, yazının hükmü, ibarelerin yazıya geçirilmesi ile değil karşı tarafın eline geçip okuması ile başlar. Örneğin: bir malı almak isteğini yazı ile satıcıya bildiren bir kimse, mala ancak satıcının, gönderdiği yazıyı okuması ve yazının muhtevasına rıza göstermesi ile sahip olabilir. Ancak karşı tarafın bilgisini gerektirmeyen tasarruflarda iradenin yazıya geçirilmesi ile yazının hükmü meydana gelir. Mesela: hanımı boşamak arzusunu yazıya döken bir kimse bunu yazdığı andan itibaren hanımı ile boşanmış olur.²⁷⁵ Çünkü bu tür bir tasarruf karşı tarafın rızasına bağlı değildir.

²⁷¹ Teftezani, *et-Telviḥ*, c. 2, s. 96-97; İbn Melek, *Usulu İbn Melek*, s. 254-255; Zeydan; *el -Veciz*, s. 184-188.

²⁷² *الكتاب كالخطاب*

²⁷³ Merğınani bu kaideyi *Hidaye* adlı kitabının *Bey*' bahsinde ele almış, *bey*'in hitapla olabileceği gibi kitabet ile de olabileceğini, Hanefi mezhebinde kabul edilen “Kabul Muhayyerliğinin” mektubun ulaştığı yer olduğunu belirtmiştir. Bkz: *el- Hidaye*, c. 3, s. 24; İbn Nuceym; *El-Eşbâh*, s. 403;

²⁷⁴ Ali Haydar; *Dürer*, s. 152; Zerka, Ahmet, *Şerhu Kavâid*, s. 350; Zeydan; *el- Medhal*, s. 249.

²⁷⁵ Zerka; Mustafa, *Medhal*, c. 1, s. 328.

11-Dilsizin Bilinen İşaretleri Dil İle Beyan Gibidir²⁷⁶

Kaidemiz, Mecelle'nin 70. maddesi olarak geçmektedir. İbn Nuceym bu kaideyi, kitabının "el cem-u ve'l furuk" bölümünde, "İşaretin hükümleri" başlığı altında "Dilsiz olan kimsenin işaretleri; bey, icâre, hibe, nikah talak vb. muamelelerde dil ile beyanın yerine geçer" cümleleriyle ele almış ve dilsiz kimse ile alakalı hükümlerden bahsetmiştir.²⁷⁷

Kaidenin anlamı: Sükut ile ilgili kaidemizi anlatırken, insanda asıl ve en etkin iletişim aracının sözcükler ile yapılan iletişim olduğunu söylemiştik. Zaten yüce Mevla'da, indirdiği bir ayetinde "insana beyanı öğretti" buyurarak, vermiş olduğu bu büyük nimetle kendisini nitelemiştir.²⁷⁸ Ancak konuşarak maksadını izhar edenlerin yanında konuşma kabiliyeti olmayan insanlarda bulunmakta ve bu insanların ihtiyaçlarının bir şekilde karşılanması gerekmektedir. Bu insanlar iradelerini konuşarak ortaya koyamıyorlar diye onları akde taraf olmaktan alı koymak doğru bir hüküm olmasa gerekir. Yani; kalpteki iradeyi ortaya koymak demek olan beyanda asıl, her ne kadar söz/konuşma ise de söz, tek başına beyan vasıtası değildir. Bunun yanında ihtiyari veya zorunlu durumlarda başka beyan vasıtaları da vardır.²⁷⁹ Bu nedenle İslam Hukukçuları bu tür insanların akde taraf olmalarını caiz görmüşler ve onların karşı tarafça anlaşılabilir işaretlerini dil ile beyan gibi kabul etmişlerdir. Ayrıca işaretlerle tasarrufta bulunan kişilerin yazı yazmayı bilmeleri ile bilmemeleri arasında da bir fark görmemişlerdir.²⁸⁰

B-Dolaylı Olarak Dil İle İlgili Olanlar

Dil ile ilgili kaideleri tahlil etmeye başlamadan önce bu kaideleri, doğrudan dil ile ilgili olanlar ile dolaylı olarak dil ile ilgili olanlar şeklinde iki kısma ayıracağımızı söylemiştik. Yukarıda birinci bölüme giren kaideleri tahlil ettik. Burada ise dolaylı olarak dil ile ilgili olanları tahlil etmeye çalışacağız.

²⁷⁶ الإشارة المعهودة للاخرس كالبيان باللسان

²⁷⁷ İbn Nuceym; **El-Eşbâh**, s. 407.

²⁷⁸ Er-Rahman; 55/4, Hasen el Basri'nin (110/728) "ona beyanı öğretti" ayetindeki "beyan" lafzını "ona konuşmayı öğretti" şeklinde tefsir etmesi, kitabet, işaret gibi beyan yolları arasında konuşmayla yapılan beyanın önemine ve en etkin iletişim yolu olduğuna bir işarettir. Bkz: İbn Kesir; Ebû'l -Fida İsmail, **Muhtasarı Tefsiri İbn Kesir**, Daru'l Fikir, Beyrut 1996, c. 3, s. 412.

²⁷⁹ Zerka; Mustafa, **Medhal**, c. 1, s. 326.

²⁸⁰ İbn Nuceym; **el-Eşbâh**, s. 407; Ali Haydar; **Durer**, s. 152-153; Zerka; Ahmet, **Şerhu kavâid**, s. 352; Konuşma kabiliyeti olmayan insanların işaretlerinin yeterli görülmeyip kabul edilmediği yerler de vardır. Bunlar: Hadler ile şahâdet bahisleridir. Kısasta ise, bazı hukukçular işaretlerin yeterli olmadığını söylemişlerse de çoğunluk kısasta işaretlerin yeterli olduğu görüşündedir. Bkz: Zeydan; **el- Medhal**, s. 249.

Bizim Mecelle’de dolaylı olarak dil ile ilgili belirlediğimiz kaideler, örfün İslam Hukukunda kendisinden hüküm çıkartılmaya elverişli bir şer’i kaynak olması yönüyle dile(luğata) etkisi ve bu etkinin İslam Hukukuna olan yansıması ile ilgili olacaktır. Yani burada alacağımız kaideler, asıl konusu İslam Hukukunda örfün yeri ve işlerliği olması bakımından tezimizle alakalı değilken örfün ve âdetin dile etkisi yönüyle dolaylı olarak tezimizle ilgilidir. Bu nedenle biz bu kaideleri ele alırken sadece konumuzla alakalı olan taraflarını inceleyeceğiz.

1-Âdet Hakem Kabul Edilir²⁸¹

Mecelle’nin 36. maddesi olan bu kaidemiz, tüm mezheplerce kabul edilmiş beş temel kaideden biridir. Mecelle, bu temel kaidenin kapsamı altına girebilecek dokuz kaideyi (36-46 maddeler arası) daha almıştır.²⁸² Bu kaidelerin konusu aşağıda anlatacağımız gibi örf ve âdettir.²⁸³

Biz bu kaidelerden yukarıdaki temel kaide ile birlikte bir²⁸⁴ kaideyi ele alacağız ve talilini yapmaya çalışacağız.

Kaidenin anlamı: Şer’i bir hükmü ispat etmek için örf hakem kılınır. Yani şer’i hükmünün ne olduğu araştırılan bir meselede nass yoksa o konuda şer’i kaynaklara muhalif olmayan, insanların alışageldikleri şeyden ibaret olan örfe ve âdete müracaat edilir ve bu hususta örf, şer’i bir delil sayılır. Hatta bu durumda örfe muhalif olarak fetva vermek dahi caiz olmaz.²⁸⁵ Kaidemizin dil ile ilgili olan bölümü ile alakalı olarak şunları söyleyebiliriz; konuşan kimsenin sözleri kendi örfündeki kullanımı ile anlaşılmalıdır. Bu anlamın, lafzın hakiki anlamıyla çelişmesi de önemli değildir. Daha önce de söylediğimiz gibi; örf lafızların anlamlarını başka mânalara nakleder. Ve böylece bu anlamlar luğavi hakikatin karşılığı olarak örfi hakikat şeklinde tezahür eder. Çünkü: mütekellimin sözlerini örfi değil de luğavi anlama hamlelersek bu kimsenin, ikrarında, akitlerinde ve diğer tasarruflarında kastetmediği ve

²⁸¹ العادة محكمة

²⁸² Bu kaideler: 1-İnsanların kullanımı hüccet sayılıp onunla amel etmek gerekir. 2-Âdeten mümteni’ olan hakikaten de mümteni’dir. 3-Zamanın değişmesiyle hükümlerin değişmesi inkâr olunamaz. 4-Kelamın hakiki anlamı, âdetin delâletiyle terk edilir. 5-Âdet ancak sürekli olduğunda muteber olur. 6-Yaygın ve galip olana itibar edilip, nadir olana itibar edilmez. 7-Örfen bilinen şey şart kılınmış gibidir. 8-Tüccann yanında bilinen şey şart kılınmış gibidir. 9-Örf ile tayin nass ile tayin gibidir. Bkz: Ali Haydar; **Dürer**, s. 92-110; Öztürk Osman, **Mecelle**, s. 123-132.

²⁸³ İbn Nuceym; **el-Eşbâh**, s. 101.

²⁸⁴ Örf ile ilgili kaideler, yaklaşık olarak aynı anlamları ihtiva ettikleri için biz bir aslı bir de fer-i kaideyi tahlil etmeyi uygun gördük.

²⁸⁵ İbn Abidin; **Neşru’l-Arf fi binai badi’l Ahkâmi ale’l-Örf**, s. 112-113, Mecmuati resaili İbn abidin içinde basılmıştır. Ts. (sonraki dipnotlarda “İbn Abidin, **Neşru’l-Arf**” şeklinde verilecektir.) s. 113.

iltizam etmediği yükümlülükleri ona yüklemiş oluruz ki bu durumun şeriatın maksatlarına uymadığı aşıkardır.²⁸⁶

Kaidenin tahlili:Kaidemizde, sonraki kaidenin de anlaşılması, kendisine muhtaç olan âdet kavramını açıklayacağız.

Âdet: Örf kelimesi ile müteradif olan âdet²⁸⁷ “insanların çoğunluğunun benimseyip alışkanlık haline getirdiği işler veya duyulduğunda hatıra başka anlam gelmeyecek özel bir anlamda kullanmayı âdet edindikleri lafızlardır.²⁸⁸

Verdiğimiz tariftten örfün iki kısma ayrıldığı anlaşılmaktadır:

1- Ameli örf: İnsanların belli davranışları alışkanlık haline getirmeleridir. Örneğin: nikah akdinde mihrin muaccel ve müeccel diye ikiye ayrılması gibi.

2- Kavli (Lafzi) örf: insanların bazı lafızları muayyen anlamda kullanmalarıdır. Öyle ki bu lafız kullanıldığında insanların aklına başka bir anlam gelmez. Örneğin: dirhem lafzının asıl anlamı gümüştan yapılmış, gramı ve kıymeti belli olan para demek iken, insanların artık bu lafzı maddesi neden olursa olsun tedavülde olan para anlamında kullanmaları ve artık bu lafzın hakiki anlamını unutmaları gibi.

Kavli örfle alakalı olarak, bir lafzın kavli örf olabilmesi için kullanıldığında akli bir alakaya veya karineye ihtiyaç duymamasını şart koşanlar da vardır. Eğer bir lafız kullanıldığında karineye ihtiyaç duyarsa, -örneğin: bir insanın elindeki sopayı göstererek bunun ile filanı öldüreceğim demesi gibi. Bu kişinin sözünden karine vasıtasıyla anlaşılan onu şiddetli bir şekilde dövecek olmasıdır.- Veya akli bir alakaya ihtiyaç duyarsa, -örneğin: Mahkeme filan hakkında hükmetti. Sözüyle anlatılmak istenen, mahkeme heyeti filan hakkında hükmetti demektir. Dolayısıyla hükmün mahkemeye isnadı aklidir.-bu örfi olmayıp, mecaz sayılmaktadır.²⁸⁹

Ayrıca İslam hukukçuları, gerek ameli gerekse kavli olsun örfü iki kısma daha ayırmışlardır. Bunlar:

1- Örf-i amm: Herhangi bir devirde bütün Müslüman ülkelerde halkın bir davranışı veya bir lafzın kullanılmasını âdet haline getirmesidir.

²⁸⁶ Zerka; Mustafa, **el- Medhal**, c. 2, s. 852.

²⁸⁷ Bazı bilgiler, örf ve âdetin tamamen aynı olmadığını aralarında husus ve umum olduğunu belirtmişlerdir. Buna göre âdet örften daha geneldir. Bkz: Zerka Mustafa; **el Medhal**, c. 2, s. 843.

²⁸⁸ İbn Nuceym; **el -Eşbâh**, s. 101; İbn Abidin; **Neşru'l -Arf**, s. 112-113.

²⁸⁹ Zerka; Mustafa, **el- Medhal**, c.2, s. 845.

2- Örf-i hass: Belirli bir ülke yahut bölge halkının veya belirli bir çevrenin bir davranışı veya bir lafzı özel bir anlamda kullanmayı âdet edinmesidir.²⁹⁰

Bazı alimler bu iki kısma bir üçüncüsünü eklemişler ve buna örfü şer'i adını vermişlerdir. Ancak örfü şer'i yi örfü hass içinde mütalaa edebiliriz.²⁹¹

Tabii ki örfün amm veya hass şeklinde taksimata tabii tutulmasının, bunlara dayanan hükümlere etkisi vardır: örneğin: örfü âmm ile genel bir hüküm doğarken; örfü hass ile ancak özel bir hüküm verilebilir. Mesela: bir ülke halkı bir şeyi âdet edinmişse, örf dayanak gösterilerek verilecek hüküm yalnızca o ülkeyi bağlamış olup o âdetin geçerli olmadığı ülke halkını bağlamaz.

İslam Hukukçuları şartlarını taşıyan örf ve âdete ciddi önem atfetmişler, fıkıhın ibâdet, muamelat hatta ceza hukuku alanında dahi onu hüküm kaynağı yapmışlardır.²⁹² İslam Hukukunda bu kadar mühim bir yere sahip olan örf ve âdetin dili etkileyemeyeceği düşünülemez. Bu kaidemizin tahlilinde örf ile ilgili özet bilgiler verdikten sonra aşağıdaki kaidemizde örfün dil ile olan bu ilişkisini anlatmaya çalışacağız.

2- Kelamın Hakiki Anlamı Âdetin Delâletiyle Terk Edilir²⁹³

Mecelle'nin 40. maddesi olarak geçmekte olan kaidemiz,²⁹⁴ yukarıdaki beş temel kaideden biri olan “Âdet muhakkemdir.” yani; “örf ve âdet hakem kabul edilir.” kaidesinin kapsamına girmektedir. *İbn Nuceym* bu kaideyi âdet hakem kabul edilir kaidesi çerçevesinde ele almış ve şu açıklamaları yapmıştır: “Örf ve âdet, fıkıhta bir çok meselede muteber olduğundan asıl kabul edilmiştir. Usulcüler “Hakikatin kendisiyle terk edildiği yerler” başlığı altında lafzın hakiki anlamının, âdetin ve isti'malin delâletiyle terk edileceğini söylemişlerdir.”²⁹⁵ Örneğin; *İbn Melek*; lafzın hakiki anlamının beş şey ile terk edileceğini belirtmiş ve ilk olarak örf ve âdeti saymıştır.²⁹⁶

²⁹⁰ Zerka; Mustafa, **el-Medhal**, c. 2, s. 846.

²⁹¹ İbn Abidin; **Neşru'l-Arf**, s. 112.

²⁹² İbn Nuceym; **El-Eşbâh**, s. 106; Örfün İslam Hukukundaki yerini ifade etmesi bakımından; Ebû Yusuf'un, kaynağı örf olan nassın o konuda ki örfün değişmesiyle değişeceğine-veya tevil edilmesi gerektiği- dair görüşü ilgi çekicidir. Zerka; Mustafa, **el-Medhal**, c. 2, s. 851.

²⁹³ **تترك الحقيقة بدلالة العادة**

²⁹⁴ Aslında bu kaide dil ile doğrudan ilgili olan kaideler başlığı altında incelenebilirdi. Ancak kaidemiz örf ile ilgili olan temel kaidenin bir fer-i olması ve Mecelle' de de böyle ele alınması nedeniyle dolaylı olarak dil ile ilgili olan kaideler içinde ele almayı uygun gördük.

²⁹⁵ İbn Nuceym; **el-Eşbâh**, s. 101

²⁹⁶ İbn Melek; **Usulu İbn Melek**, s. 127; Kaidemiz usul kitaplarında verilirken isti'mal (kullanma)lafzını da eklemişlerdir. Âdet ve isti'malin aynı şeyler olduğunu söyleyenlerin yanında bunların farklı şeyler olduğunu söyleyenler de vardır. Buna göre: İsti'mal: lafzın vaz-i anlamından nakledilerek şer'i anlamda kullanılması ve bu kullanımın daha yaygın bir hale gelmesidir ki bu kullanıma şer'i hakikat denilir. Salat lafzı gibi. Âdet ise: lafzın

Kaidenin anlamı: Bir lafzın hakiki yani gerçek anlamı insanlar tarafından terkedilmiş ve artık mecazi anlamı kullanılıyor hale gelmişse, örfün ve âdetin böyle oluşması sonucu lafzın hakiki anlamı terk edilir ve artık örfen kullanıldığı anlama itibar edilir. Aslında bu kaidemiz daha önce tahlilini yaptığımız “hakiki anlam taazzur edince mecaza gidilir” kaidesiyle çok yakından ilgilidir. Çünkü bir lafzın örfte ve âdette mecazi anlamının yaygınlaşması ve hakiki anlamıyla kullanıldığı zaman anlaşılabilmesi, o lafzın hakiki anlamının taazzur etmesi demektir.

Bu kaidenin İslam Hukukunda nasıl bir yer ettiğini İslam Hukukçuların şu görüşü ortaya koymaktadır “Bir müftüye başka beldenen birisi gelip, bir şey sorsa, müftü kendi bulunduğu beldenin âdeti üzerine –yani lafızların kendi şehrindeki kullanımları ile- değil müsteftinin yani fetva soranın beldesinde lafzın örfi bir anlamı olup olmadığını araştırıp ona göre fetva vermesi gerekir.”²⁹⁷

Bu görüşün fetva usulünde çok önemli bir nokta olduğunu ancak fetva müesseslerinin bu durumu fetva verirken göz ardı ettiklerini düşünüyoruz. Mesela: Bir kişi gelip, boşama ile alakalı hanımına sarf ettiği bir sözü müftüye nakledeken, müftü kitaplara bakarak bile olsa bu genel kaidenin fıkıh kitaplarındaki bazı cüz-i meseleleri tahsis ettiğini hiçe sayarak fetva soranı yanlış yönlendirmelerde bulunabiliyor. Bu duruma örnek olarak doğu bölgelerinde kişinin hanımını boşamak istediğinde kinayeli olarak ona ;“sen artık benim anam gibisin” gibi sözler sarf etmesi yaygındır. Bu cümlelerin örfi anlamda kullanımı göz ardı edilip, fıkıh kitaplarında hükümleri anlatılan zihar konusuna bakıldıktan sonra “sen hanımınla zihar yapmışsın” diyerek ona ziharın hükümlerini uygulamak oldukça yanlış bir netice doğuracaktır. Oysa bu cümlelerin âdeten tamamen boşama anlamında kullanıldığı dikkate alınır, bina bir boşama kabul edilmeli ve onun hükümleri uygulanmalıdır.

Kısacası insanların kullanımına dikkat etmeden onların sözleri üzerine hüküm bina etmek yanlış bir tutumdur. Bu konuda Mustafa Zerka'nın el Medhal adlı kitabının Örf Nazariyesi adlı beşinci bölümünü oluşturan ve lafzi örfün, anlamlar üzerindeki etkisini konu edinen paragraftan şu değerli açıklamaları alıntılıyoruz “Bir sözün anlamı luğat ta talak olabilir. Ancak bu lafız örfte sakındırmak anlamında kullanılır veya bunun aksi de mümkündür. Veya bir lafzın asli anlamı, yaptırım olan bir akit iken, örfte mülzim olmayan

vaz-i anlamından nakledilerek, örfi anlamda kullanılmasıdır. Buna ise; örf-i hakikat denilir. Bkz: Abdülaziz el Buhari; **Keşfu'l-Esrar**, c. 2, s. 175.

²⁹⁷ Ali Haydar; **Dürer**, s. 105.

va'd olarak kullanılır. Veya bir lafzın asli anlamı bey' iken örfte hibe olarak kullanılabilir. ..özetle lafızlarda muteber olan onların kullanıldıkları zaman geçerli olan örfi anlamlarıdır.”²⁹⁸

Bir lafzın âdeten bir anlamda kullanılması şer'i anlamla veya luğat anlamla tearüz edebilmektedir. Bunları açıklayacak olursak:

1-Örfi anlamın şer'i anlamla tearuzu: Bir lafzın şer'i anlamda kullanılışı ile örfi kullanışı arasında tearuz olursa özellikle yeminler ile alakalı konularda lafzın örfi anlamı tercih edilir. Örneğin: “Bir kimse ben “fıraş” ta –yaygıda- oturmayacağım, “sırac” -kandille-aydınlanmayacağım” diye yemin etse-Kur'an-ı kerimde yeryüzüne fıraş²⁹⁹ güneşe sırac³⁰⁰ tabirleri kullanılmış olsa da- yer üzerinde oturmakla ve güneş ile aydınlanmakla yemini bozulmuş sayılmaz. Yine bir kimse ben et yemeyeceğim diye yemin etse balık yemekle yemini bozulmaz. Oysa Kur'an'da balığa et denilmiştir. Buna rağmen bu lafzın Kur'an-ı kerimde kullanışı ile örfte kullanışı tearuz edince örfteki anlamı tercih edilip ona göre hüküm verilir.³⁰¹

2- Örfi anlamın luğavi anlamla tearuzu:Bir lafzın örfi anlamda kullanılıp luğavi yani hakiki anlamının kullanılmaması halinde örfi anlamın geçerli olduğunu daha önce belirtmiştik. Fıkıh kitaplarının özellikle de “Yemin” ile ilgili konularında “yeminde muteber olan örf olup, hakikat değildir”³⁰² cümlesini çokça görmekteyiz. Bu nedenle bir lafız bir bölgede nasıl ve hangi anlamda kullanılıyorsa kullanıldığı anlama göre değerlendirilmelidir.

Kaidenin kullanışı ile ilgili örnekler: Kaidemiz özellikle; vakıf, nezir, vasiyet ve yemin edenlerin kullandıkları lafızlarda geçerlidir.³⁰³

1- Bir kimse “ben ekmek yemeyeceğim” diye yemin etse bu kimse ancak kendi örfünde bilinen ekmeği yemekle yemini bozulmuş sayılır. Mesela: Kendi beldesinde buğday ekmeği yenilen bir kimse böyle bir yemin etse, mısır veya pirinçten yapılan bir ekmek yemesi halinde yemini bozulmuş sayılmaz.³⁰⁴

²⁹⁸ Zerka; Mustafa, **Medhal**, c. 2, s. 853.

²⁹⁹ Ez-Zariyat, 51/48

³⁰⁰ En-Nebe, 78/13

³⁰¹ El-Merğınani; **el- Hidaye**, c. 2, s. 364; El- Mevsili; Hanefi mezhebinde “el mutunu'l Erbaa” diye meşhur olan dört muteber metinlerden birisi olan “Muhtar” adlı kendi yazdığı metnin şerhi olan “İhtiyar” adlı eserinde, bu konuda Kur'an lafzına değil örfte itibar edilmesi gerektiğini savunur ve “semek” balık kelimesinin örfte nasıl kullanıldığına dair örnekler verir c. 4, s. 297-298.

³⁰² El-Mevsili; **El-İhtiyar**, c. 4, s. 302.

³⁰³ İbn Nuceym; **El-Eşbâh**, s. 106.

³⁰⁴ El-Merğınani; **el- Hidaye**, c. 2, s. 365; El-Mevsili; **El-İhtiyar**, c. 4, s. 94; İbn Nuceym; **El-Eşbâh**, s. 107.

2- Bir bölgede hanımı boşamada kullanılan lafızlar, kullanıldığında boşama meydana gelirken başka bir bölgede bu lafızlar boşamada kullanılmıyorsa boşama sayılmaz. Örneğin: Şanlıurfa bölgesinde insanlar “şart olsun ki” lafzını boşamada kullanırken başka bölgelerde bu lafız bu anlamda kullanılmamaktadır. Bu nedenle aynı lafız kullanıldığında iki bölgede ayrı hükümler meydana gelmektedir.

3- Bir kimse kendi zürriyeti için bir mal vakıf ederken “vakfın gelirleri aralarında şer’i feraize göre dağıtılsın” diye eklese, vakfın gelirleri; erkeğe iki, kıza bir şeklinde taksim edilir. Çünkü; insanlar şer’i dağıtımdan, Feraiz ilminde belirlenen ölçülere göre dağıtımını kastetmektedirler. Her ne kadar insanın çocukları arasında eşit bir dağıtıma dikkat etmesi arzu edilen bir şeyse de, vakıfta, vakfeden kimselerin iradeleri esas olduğundan eşit bir şekilde taksim yapılmayıp miras hukukuna göre gelir dağıtılır.³⁰⁵

Bu kaidemiz ile ilgili örnekler, fıkıh kitaplarının yemin, nezir ve vakıfla ilgili bölümlerinde çokça verildiğinden biz burada bu kadar ile yetiniyoruz.

³⁰⁵ Zerka; Mustafa, el -Medhal, c. 2, s. 854.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUK-DİL İLİŞKİSİ İLE İLGİLİ KÜLLİ KAİDELERİN

MECELLE'DEKİ UYGULAMALARI

Tezin bu bölümünde, yukarıda çözümlenmeleri yapılmaya çalışılan dil ile ilgili kaidelerin, Mecelle'deki yasalara nasıl etki ettiği, bir başka deyişle, bu kaideler dayanak gösterilerek Mecelle'de hangi maddelere yer verildiği ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

Şunu hemen belirtelim ki; yukarıda tahlilini yaptığımız kaidelerin her biri aynı derecede Mecelle'deki kanunlara etki etmemiştir. Bazı kaideler birçok maddeye kaynaklık etmiş, bazıları ise daha az. Ayrıca Mecelle'de karşılığını kanun olarak bulamadığımız kaide de vardır.³⁰⁶

Biz bu kaidelerin Mecelle'deki uygulamalarını verirken, kaynak eser olarak *Ali Himmet Berki*'nin bazı açıklamalar yaparak türkçeye çevirdiği ve “*Açıklamalı Mecelle*” adını verdiği kitabından istifade ettik. Ancak şunu hemen belirtelim ki bu çeviri, bir tercüme şeklinde olmayıp Osmanlıca kelimeleri Latin alfabesine dönüştürmek şeklinde olmuş, Osmanlıca tabirler dipnotta Türkçeleri verilmekle beraber tercümede olduğu gibi alınmıştır. Bu nedenle biz ilgili maddeleri ele alırken Berki'nin çevirisine katkıda bulunarak maddeleri günümüz Türkçe'siyle sadeleştirerek vermeye çalıştık.

Ayrıca kaidelerin uygulamalarını verirken, Mecelle'nin sistematüğini göz önünde bulundurarak, örneğin: Mecelle'nin ilk kitabı olan *Kitabu'l-Buyu*'da hangi kaidelerimiz uygulama alanı bulmuş ise bu maddeleri sıralayacak ve ardından diğer kitaplara geçeceğiz.³⁰⁷ Bununla beraber, her bir kitabın hangi bölümlerden oluştuğunu ve kaç madde ihtiva ettiğini de kısaca belirteceğiz.

A- Kitab'ul- Buyu: (Alışveriş Kitabı)

Kitabımızın adını; *Alışverişler Kitabı* olarak Türkçeye çevirmemiz mümkündür.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin ilk kitabı olan *Kitabu'l- Buyu*'; insanlar arasında cereyan eden alış-veriş muamelelerine dair olup, bir mukaddime ile yedi babdan oluşmaktadır. Mecelle'nin tüm kitaplarında olduğu gibi, bu kitap ta, konu ile ilgili fihhi

³⁰⁶ Mecelle maddeleri arasında yaptığımız taramada tahlil ettiğimiz kaidelerden sadece “Soru cevapta tekrar edilmiş sayılır” kaidesinin yasa olarak karşılığını bulamadık.

³⁰⁷ Tezimin başında Mecelle'nin sistematüğinden bahsederken, her bir konunun kitap başlığı altında verildiğini söylemiştik

ıstılahların verildiği bir mukaddime ile başlar. Yaklaşık 66 maddeden oluşan bu mukaddime 101. ve 166 maddeler arasındadır. Kitabı'l- Buyu', toplam 303 maddeden oluşmaktadır. 1869 yılında Mecelle'nin niçin yazıldığını bildiren mazbata ve iki makaleden oluşan mukaddime ile beraber üst makamlara onaylanması için gönderilmiş ve padişah tarafından imzalanarak yürürlüğe girmiştir.

Kitabu'l-Buyu'da beş ayrı kaidemiz ile ilgili sekiz madde tespit edebildik. Şimdi bu maddeleri ele alıp, kaidelerimiz doğrultusunda çözümlenmeye çalışalım.

1- Akitlerde esas olan maksatlar ve mânalar olup lafızlar ve kalıplar değildir

Mecelle'nin ilk kitabı olan Kitabı'l- Buyu' da yaptığımız taramada bu kaide ile ilgili iki maddeye rastladık. Bunlar:

175. madde: İcab ve kabulün asıl maksadı, alışverişi yapan satıcı ve alıcının yaptıkları akit'i rızaları ile yapmalarıdır. Bu nedenle her iki tarafın rızasına delâlet eden karşılıklı değişirme ile dahi satış münakid olur ve buna (bey-i teati) denilir.

Mesela: pazarlıksız ve konuşmaksızın müşteri akçeyi verip ekmekçi dahi ona ekmeyi verse bey' mün'akid olur. Ve keza müşteri akçeyi verip kârpuzu alsa ve bayi sükut etse yine bey' münakid olur. Ve kezalik müşteri buğday almak için buğdaycıya beş altın verip şu buğdayı kaçaya satıyorsun deyip, o dahi kilesi bir altına demesi üzerine müşteri sükut ettikten sonra buğdayı istediğinde bayi' yarın veririm dese ve aralarında icab ve kabul cereyan etmezse bey yine münakid olur. Hatta ertesi gün buğdayın kilesi bir buçuk altına çıksa bayi' yine bir altın fiyat ile vermeye mecbur olur. Ve bilakis buğdayın değeri düşse müşteri bundan dolayı evvelki fiyat ile almaktan kaçınmaz.

Kezalik müşteri bu etin şurasından bana şu kadar kuruşluk tart demesi üzerine, kasap dahi kesip tartsa bey münakid olup müşteri almaktan kaçınmaz.³⁰⁸

192. madde: (İkale)³⁰⁹ İcab ve kabul yerine geçebilecek teati suretiyle dahi ikale sahih olur.³¹⁰

³⁰⁸ Berki; Ali Himmet, **Açıklamalı Mecelle**, Hikmet Yayınları, İstanbul, ts. s. 36 (sonraki dipnotlar "Berki, Mecelle" şeklinde verilecektir.)

³⁰⁹ İkale; Mecelle'nin tarifıyla; alışveriş akdinin karşılıklı rızayla fesh edilmesidir. Bkz: Berki; **Mecelle**, s. 35, 163. madde

³¹⁰ Berki; **Mecelle**, s. 41.

Maddelerin çözümlenmeleri

Daha önce ilgili kaidemizi tahlil ederken söylediğimiz gibi, kaidemiz ve ona uygun olarak vazedilmiş olan maddelerimiz, akidelerde irade beyanı ile alakalıdır.

Bilindiği gibi akitlerde esas olan; akde taraf olan âkideynin iradelerinin birbirlerine uyumlu olması yani karşılıklı rızadır. İnsanın bu iradeyi dil ile ortaya koyduğu lafızlar ise bu iradenin tercümesinden başka bir şey değildir. Ancak bu lafızların kalpteki iradenin tercümesi olması onları önemsiz kılmaz. Çünkü irade insanın gözle gördüğü, tam olarak vakıf olabileceği bir şey değildir. Dolayısıyla insanların hayatlarını devam ettirebilmeleri için haciyat kabilinden meşru kılınmış olan muameleler sübjektif olan şeyler üzerine bina edilemez, aksi halde anarşi meydana gelir. Bu nedenle İslam hukukçuları insanın kalpte gizli olan iradesini yansıtacak ve yaptığı akde razı olduğunu gösterecek somut lafızları ve davranışları irade beyanı olarak kabul etmişler, akdin neticelerini bu sözlere ve davranışlara bağlamışlar ve iradeyi yansıtan bu lafızları akdin rükünü olarak kabul etmişlerdir.³¹¹ İşte biz bu rükne; “icab ve kabul” diyoruz.

Yukarıdan anlaşılacağı üzere, icab ve kabul iradeyi ortaya koyan vasıtalarlardır. Ancak bu vasıtanın tam olarak iradeyi yansıtmış olabilmesi için bünyesinde şu üç şeyi barındırması gerekir. Bunlar:

1- İcab ve kabulü oluşturan lafızların anlamlarının apaçık olması: yani, her bir akitte icab ve kabulde kullanılan lafızların örfen akde taraf olan kimselerin maksatları hangi akitse o akdi yansıması. Çünkü akitler mevzu ve hükümleri bakımından birbirlerinden farklıdır. Şayet âkideynin hangi akdi arzu ettikleri kesin olarak bilinmezse bu, onları iltizam etmedikleri hükümlerle bağlamak olur ki doğru değildir.

Mesela: akde taraf olan kimseler malı mal ile değiştirmekten ibaret olan bey’ arzusunda iseler, bey’ veya aynın ivaz mukabilinde temlikini ifade eden başka lafızlar kullanmalıdırlar. Eğer kira akdi yapmak istiyorlarsa, icâre veya menfaatin bir karşılıkla temlikini ifade eden başka bir lafız kullanmalıdırlar. Özetle kalpteki rızayı gösterecek lafızlar, maksadı açıkça ortaya koyan cinsten olmalıdırlar.

İradeyi yansıtmada kullanılan lafızlar, açıkça görevini ifa ettikten sonra bu lafızların hakiki veya mecazi anlamlarla kullanılmış olması arasında bir fark yoktur. Kinayeli lafızlar ise, kullanıldığı anlama ve başka anlamlara ihtimali olduğundan, anlamları teke indirecek ve böylece kastedilen anlama açıkça delâlet edecek bir kârineyle iradeyi yansıtabilir.

³¹¹ İcab ve kabulün akdin yegane rükünü olması Hanefilere göredir. Diğer fıkh ekolleri icab ve kabulün yanında; Âkideyni ve Akdin mahallini de akdin rükünlerinden saymışlardır.

Mesela: karşılık istenilerek, hibe lafzıyla verilen bir malda hibe değil alışverişin hükümleri cereyan eder. Ve keza, karşılık istenilerek iare lafzıyla karşı tarafa teklif edilen bir menfaat kabul edildiği takdirde iare değil icâre akdi olup kiralama hükümleri uygulanır. Çünkü; bu akidlerde her ne kadar hibe ve iare lafızları kullanılmışsa da âkideynin iradeleri bu yönde değildir. Her iki akit örneğinde, karşılığın zikredilmesi birinci de, akdi yapanların bey'i arzuladıklarını ikinci de ise, icâre akdini istediklerini açıkça ortaya koymaktadır. Eğer bu durumlarda kaidemizin hükmünü bir tarafa bırakarak, hibe ve iare lafızlarına takılıp kalsak ve bunlara göre hüküm versek, icabı yapan tarafı iradesi dışında bir yükümlülükle baş başa bırakmış oluruz ki bu akdin hikmetini gerçekleştirmez. İşte burada altın değerinde ki kaidemizi devreye sokâr ve akitlerde esas olanın, akde taraf olan kimselerin güttükleri maksatlardır diyerek herkesi iltizam ettiği şeylerle yükümlü kılarız.³¹²

2- İcab ve kabulün bir birine uyumlu olması: yani akitle ilgili ilk girişimde bulunan kimse, akde hangi şartlarla razı olduğunu gösterir bir ifade kullansa, karşı taraf onun razı olmayacağı bir seçenikle kabul ettiğini söylese bu kabul geçerli olmaz. Örneğin; satıcı satmak istediği malı bir milyona sattığını veya hepsini beraberce sattığını söylese, alıcı “ben beş yüz bine satın aldım veya beş yüz bine yarısını aldım” şeklinde kabul ettiğini söylese bu kabul geçerli olmayıp hiçbir hüküm ifade etmez.³¹³ İslam Hukukçuları buna “tefriku's-safka” demektedirler.

3- İradenin kesin olarak belirtilmesi:Yani iradeyi ortaya koyan icab ve kabulü oluşturan akid sığasının kesinlik bildirmesi gerekir. Tereddüt barındıran lafızlarla akit vücuda gelmez.³¹⁴ Bu nedenle İslam Hukukçuları akit sığasında kullanılan lafızların, kesinlik bildirmesi sebebiyle mazi (geçmiş zaman) kipleriyle veya şimdiki zamanın kastedildiği muzari sığası ile olması gerektiğini, bunların dışında iradeyi tam olarak yansıtmadığı ve tereddüde imkan verdiği için emir sığaları³¹⁵ ile akdin oluşamayacağını ilgili eserlerde geniş bir şekilde anlatmışlardır. Ancak burada unutulmaması gereken, İslam Hukukçularının bu konuyu böyle etraflıca işlemelerinin sebebi, insanların yapmış oldukları akitlerde tam olarak net ifadeler kullanmaması sebebiyle ortaya çıkacak sorunları baştan ortadan kaldırmaktır.

³¹² Zerka; Mustafa, **Medhal**, c. 1, s. 319.

³¹³ Zerka, Mustafa, **Medhal**, c. 1, s. 321.

³¹⁴ Zerka; Mustafa, **Medhal**, c. 1, s. 322; Akit sığasında olması gereken bu şartlar için ayrıca, bkz: Zeydan; Abdulkarim, **Medhal**, s. 247-251.

³¹⁵ Emir ile akdin gerçekleşmemesinden nikah akdi istisna edilmiştir. Şöyle ki; evlenmek için icab eden erkek kızın velisi veya vekiline veya kızın bizzat kendisine “beni nefsinle evlendir” dedikten sonra karşı taraf “evlendirdim” derse nikah akdi meydana gelmiş olur.

Maddelerimizin anlaşılması için gerekli olduğunu düşündüğümüz bu bilgileri verdikten sonra, doğrudan maddelerimizi açıklayabiliriz:

Her iki maddemizde de, akdin, söz yerine geçebilecek, teati dediğimiz - alma ve verme lafızları kullanılmadan bir tarafın parayı diğer tarafın ise malı vermesi şeklindeki- fiili muameleyle olabileceği belirtilmiştir. Teati ile ilgili hükümleri daha sistematik olması açısından maddeler halinde özetlersek:

- Teati, akitlerde iradeyi ortaya koymaya yarayan araçlardan biridir. Akit nasıl sözleşle olabiliyorsa teati ile de olabilir.³¹⁶

- Teati ile yapılan akitte; satılan malın değerli –nefis- olması ile basit –hasis- olması arasında Hanefi alimlerinin çoğunluğuna göre bir fark yoktur. Örneğin: bir ekmek alırken parayı verip konuşmadan ekmeği almakla akit tamam olduğu gibi; bir kuyumcuya girip fiyatını bildiğimiz çok değerli bir taşı sattım-aldım lafızlarını kullanmadan almakla da akit tamam olur.³¹⁷

- İcâre, ikale, sarf vb. ivazlı akitler ve iare, hibe gibi ivazsız akitler de aynı bey’ gibi teati ile de olabilir. Örneğin, nakil vasıtalarına herhangi bir söz telaffuz etmeden binerken parayı verir geçer oturabiliriz³¹⁸

- İslam hukukçuları nikah akdinin teati ile olmayacağına görüş birliği içindedirler³¹⁹

- 175. maddede özellikle belirtildiği gibi; akdin teati ile olmasında, ivazlardan birinin verilmesi yani her iki ivazdan biri üzerinde kabız yeterlidir. Örneğin: bir şeyi almak isteyen biri alacağı şeyin kıymetini sorduktan sonra parayı mal sahibine verse, mal sahibi de parayı kabzettikten sonra malı sonra teslim edeceğini belirtse, bey’ mun’akid olur. Sonra fiyat değişse bile daha önceki fiyat ne ise onun üzerinden malın teslim edilmesi, teati suretiyle meydana gelen akitte iltizam edilen şartlara riayet edilmesi gerekir.

Burada şu hususu belirtmekte fayda görüyoruz; akitlerin sadece sözlerle meydana gelebileceğini kabul edip onun dışındaki beyan vasıtalarını reddetmek büyük sıkıntı

³¹⁶ El Kasani; Alauddin Ebi Bekr Mesud, **Bedai’-s-Sanai fi Tertibi’ş-Şerai’**, Daru İhya-i’t- Turasi’l- Arabi, Beyrut 1998, c. 4, s. 320 (sonraki dipnotlar “El-Kasani, Bedai’” şeklinde verilecektir.); El-Merğınani, **el -Hidaye**, c. 3, s. 24; el Mevsili; **el -İhtiyar**, c. 2, s. 252.

³¹⁷ el Kasani teati ile yapılan akdin değerli şeylerde caiz olmadığı görüşünü, Kuduri’dan (428-1037) nakleder ve buna karşı Kur’an’dan ayetlerle ve akli gerekçelerle cevaplar vererek bu görüşü reddeder.bkz: el Kasani; **Bedai’**, c. 4, s. 320. Ayrıca, Hanefilerden Kerhi’nin (340-951) de teatinin değerli şeylerde caiz olmadığına dair görüşü nakledilmiştir. Bkz: el Mevsili, **el -İhtiyar**, c. 2, s. 252.

³¹⁸ Zerka; Mustafa, **Medhal**, c. 1, s. 331; Zeydan; **Medhal**, s. 250.

³¹⁹ Bunun sebepleri ile ilgili olarak bkz: Zerka; Mustafa, **Medhal**, c. 1, s. 332-336.

doğuracaktır. Şayet akitlerde esas olan akde taraf olmak isteyen kimselerin rızası ise bu rızayı ortaya koyacak aracın söz veya başka bir şeyle olması arasında ne fark olabilir. Özellikle günümüzde insanların muameleleri öyle hızlı bir hal almış ki onları bu gibi lafzi kalıplara koymak ve buna uymaya mecbur etmek uygun olmayacağı gibi böyle bir zorunluluk itaatsizliğe sebep olacaktır. Örneğin: günümüzün vazgeçilmezleri arasında olan marketlere gidildiğinde her malın üzerinde bir etiket olduğunu görmekteyiz. Etiketle görünen fiyatın geçerli olmadığını muhakkak dil ile icabın yapılması gerektiğini söylemek her gün binlerce insanın girip çıktığı bu alışveriş merkezlerini çalışmaz hale getirmeyecek midir? Ayrıca gündelik olarak kullandığımız nakil vasıtalarına binerken o kadar kalabalığa rağmen, her defasında şoföre, ne kadar deyip fiyatı öğrendikten sonra tamam kabul ettim demek ne kadar doğru olacaktır?

İşe Makasidu'ş-şeria açısından bakınca da, akitlerde esas olanın, irade yani kalpteki rıza olduğu bu iradeyi ortaya koyacak vasıtaların zamâna göre değişebileceğini kabul etmenin gerekli olduğu görülecektir. Bu husus Kur'an-ı Kerimde de "Ey iman edenler mallarınızı, sizden karşılıklı anlaşmadan doğan bir ticâretten başka haksız nedenler ve yollarca yemeyin.." ayetiyle apaçık belirtilmiştir.³²⁰ Zaten İslam Hukukçuları –Mütekaddimin Şafi mezhebi hukukçuları dışında- bu durumu kabul etmiş, akitlerin nasıl meydana gelebilecekleri anlatılırken örnek olsun diye; bey', sattım aldım gibi lafızlarla olur gibisinden ifadeler kullanılırken, akdin geçerli olmasının sadece bu lafızlarla sınırlı olmadığını bu lafızların anlamlarını ihtiva edecek ve rızayı tüm şartlarıyla tam olarak yansıtabilecek diğer lafızlarla da akdin meydana gelebileceğini söylemişler bununla da yetinmeyerek esas olanın rıza olması nedeniyle teati ile de bey ve diğer akitlerin oluşabileceğini belirtmişlerdir. Yani lafızcılık ve şekilciliğe takılıp kalmamışlardır. Ayrıca konu ile ilgili metinlerde ilgili kaidemize de gönderme yapmışlardır.³²¹

2- Susan kimseye söz isnat edilmez. Fakat konuşulması gereken yerde susma dil ile beyan gibidir

Bu kaidemiz ile ilgili Kitabu'l- Buyu'da yukarıdaki kaide de olduğu gibi iki madde bulabildik. Bunlar.

276. madde:Müşteri satın aldığı malı kabzederken bayi'in görüp de men etmemesi kabza ruhsattır.³²²

³²⁰ En nisa; 4/29

³²¹ el- Kasani; **Bedai'**, c. 4, s. 318; el -Merğinani, **el -Hidaye**, c. 3, s. 24; el- Mevsili; **el İhtiyar**, c. 2, s. 252.

³²² Berki; **Mecelle**, s. 55.

278. madde: Peşin satışta müşteri aldığı malın kıymetini tamamen satıcıya verinceye kadar bayi'in mebi'i habs ve yanında alıkoyma hakkı vardır.³²³

Maddelerin çözümlenmeleri:

Daha önce ilgili kaideyi tahlil ederken belirttiğimiz gibi, insanların sükutu asıl konuşması ise arızidir. Bu nedenle bu kaidemiz, “yakın şekk ile zail olmaz” temel kaide içinde değerlendirilmiştir. Dolayısıyla insan bir şey söylemedikçe ona sen şunu söyledin veya şunu demek istedin şeklinde sözler isnat etmek doğru olmaz. Ancak bazı durumlarda insan kendisine dönecek zararlardan korunabilmesi için konuşmalıdır. Böyle durumlarda konuşmayıp susması durumu onaylaması ve ikrar etmesi demek olacağından konuşmuş gibi sayılıp ona göre hukuki muamelelere tabii olur.

Bu kaidemizin gereği olarak düzenlenen ilgili maddelerde, bir satıcı sattığı malın bedelini müşteriden almadığı müddetçe –yapılan satış vadeli değilse- malı müşteriye teslim etmeme hakkına sahiptir. Ve bu hakkını, müşteri yapılan alışverişten sonra malı almak istediğinde “parayı ver sonra malı götür” diyerek kullanabilir. Ancak müşteri parayı vermeden malı almak istediğinde satıcı bu durumu gördüğü halde müdahale etmeyip, sesini çıkartmazsa, müşterinin malı böylece almasına razı olmuş, malı alıkoyma hakkını düşürmüş sayılır. Çünkü satıcı konuşması gereken böyle bir yerde konuşmamakla hukuken sükutu ikrar sayılıp konuşmanın yerine geçmiştir.

3-Yazışma konuşma gibidir

4-Dilsizin bilinen işaretleri dil ile beyan gibidir

İrade beyanı ile alakalı olan her iki kaideyi, ilgili maddelere tesirleri ve ardı ardına gelmeleri bakımından beraberce almayı uygun bulduk. Bu kaideler esas alınarak Kitabu'l-Buyu'da iki maddeye yer verilmiştir. Bunlar:

173. madde: İcab ve kabul sözleşme olduğu gibi yazışma ile dahi olur.

174. madde:Dilsizin bilinen işaretleriyle bey' mün'akid olur³²⁴

Maddelerin çözümlenmeleri:

İslam Hukuku akitlerin meydana gelmesi için temel aracın dil olduğunu yani akitlerin esasen sözlü tasarruflarla oluşabileceğini sözlü tasarruflar dışında iradeyi açığa vurmada kullanılan yazı, işaret ve teatiyi sözün halefi olarak görmüşlerdir. Sözün, iradeyi ortaya koyma

³²³ Berki; **Mecelle**, s. 56.

³²⁴ Berki; **Mecelle**, s. 36.

demek olan beyanda en tabii araç olduğunda şüphe yoktur. Ancak bu durum onun yegane vasıta olmasını gerektirmez. Bu nedenle İslam Hukukçuları iradenin söz ile ortaya koyulabileceği gibi yazı ile ve zaruret halinde işaret ile de ortaya koyulabileceğini kabul etmişler hatta bu durumu özet ifadelerle kaideleştirmişlerdir. Mecelle de bu kaideleri ihtiva ettiğinden bu kaidelerin gereği olarak maddeler koymuştur. 173. madde de akitlerde yazının sözün yerine geçebileceğini diğer madde de ise konuşamayan insanların işaretleri ile iradelerini beyan etmelerini kabul etmiş ve geçerli saymıştır.

5- Tasrih mukabilinde delâlete itibar edilmez

Yaptığımız taramada bu kaide ile ilgili iki maddeye rastladık. Bunlar:

183. madde: İcab'dan sonra, kabul den önce akide taraf olan iki taraftan birinden akidden vazgeçmeye delâlet eder bir söz yahut fiil bulunursa icab batıl olup kabule mahal kalmaz.

Mesela: alıcı veya satıcıdan biri satdım yahut aldım dedikten sonra, ikisinden birisi başka bir işle yahut bir diğer bahis ve müzakere ile meşgul olsa icab batıl olup ondan sonra kabul ile bey' mün' akid olmaz.³²⁵

378. madde: Bey-i fuzulide³²⁶ mal sahibi veya vekili yahut velisi yahut vasisi icazet verirse nafiz ve vermese geçersiz olur. Fakat icazette bayi' ve müşteri ve akde olur veren ve satılan malın kaim olması şarttır. Bunlardan birisi helak olsa icazet caiz olmaz.³²⁷

Maddelerin çözümlenmeleri

Mezkur kaideyi tahlil ederken söylediğimiz gibi, ortada açık bir ibare –tasrih- varken delâlete itibar edilmez. Ancak delâlet ile hüküm verildikten sonra tasrih meydana gelirse bu tasrih muteber değildir. Şöyle ki: alıcı veya satıcının bir şeyi satın almak veya satmak için yaptıkları icabın hukuki bir netice doğurması için karşı tarafın kabul etmesi gerekir. Karşı taraf kabul etmediği müddetçe akit tamam olmaz. Ancak İslam Hukukunda bir akit yapılırken bir taraf icab ettikten sonra, diğer tarafa istediği zaman kabul etme yetkisi verilmemiş, kabul etme süresi icabın yapıldığı meclis ile sınırlandırılmıştır. Hanefilerin “kabul muhayyerliği”

³²⁵ Berki; **Mecelle**, s. 39.

³²⁶ Fuzuli; Şer'i bir izin olmaksızın diğer bir kimsenin malında tasarruf eden kimsedir. Böyle birinin yaptığı satışa bey'i fuzuli denir. Bkz: Berki, **Mecelle**, s. 30, madde: 112

³²⁷ Berki; **Mecelle**, s. 72.

dedikleri bu süre içinde icab kabul edilirse akit geçerli ve tamam olur. Ancak kabul gerçekleşmez ise akit tamamlanmaz. Kabulün olmaması sarih bir biçimde olabileceği gibi delâleten de olabilir. 183. maddemizde belirtildiği gibi icab yapıldıktan sonra karşı taraf başka bir şeyle meşgul olur veya konu değişir ise artık o icab geçersiz hale gelip daha sonra sarahaten kabul edilse dahi bu kabule itibar edilmez. Çünkü sarahat, ancak delâlet ile hüküm verilmeden geçerli olup delâlet ile hüküm verildikten sonra bir şey ifade etmez.

378. madde de ise, kendisine izin verilmediği halde başka birinin malını satan fuzuli'nin yaptığı bu satıştan mal sahibi veya onun yetkili kıldığı kimse haberdar olup, fuzuli'den veya satın alan kimseden malın bedelini isterse, bu satışa delâleten izin vermiş sayılır ve bu delâlet sarahat yerine geçer. Daha sonra açıkça ben bu satışı onaylamıyorum demesi geçerli değildir. Çünkü; mal sahibinin akdi onaylamadığına dair bu tasrihi delâlet ile hüküm verildikten sonra meydana geldiğinden muteber olmaz.

B- Kitabu'l- İcâre (Kiralama Kitabı)

Bu kitabımızın adını türkçeye, “Kiralama kitabı” olarak çevirmemiz mümkündür.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin ikinci kitabı olan Kitabu'l- İcâre, ilk kitabın onaylanıp, mahkemelerde uygulanmasından yaklaşık bir sene sonra 28 Kasım 1869 da bir mazbata ile beraber hazırlanıp yukarı makamlara gönderilmiştir. İlgili mazbata da, maddelerin daha önceki kitapta olduğu gibi Hanefi Mezhebinde kuvvetli olan fetvalardan seçilmiş olduğu tekrar vurgulanmakta ayrıca iki madde hakkında ayrıntılı bilgi verilmektedir.³²⁸

Kitabu'l-İcâre, bir mukaddime ile sekiz babdan oluşmaktadır. Mukaddime de; Mecelle'deki bütün kitapların mukaddimelerinde olduğu gibi, 404 ve 419. maddeler arasında kitabın muhtevasını oluşturan konular hakkında ıstılahlar verilmiştir. Kitabu'l-İcare toplam 207 maddeden oluşmaktadır. Bu kitap 1870 yılında padişahın onayından sonra yürürlüğe girerek mahkemelerde uygulanmaya başlanmıştır.³²⁹

Kitabu'l İcâre'de üç farklı kaidemiz ile ilgili altı madde tespit edebildik. Şimdi bunları çözümlemeye geçelim.

1-Susan kimseye söz isnat edilmez. Fakat konuşulması gereken yerde susma söz ile beyan gibidir.

Kitabu'l-İcâre'de bu kaidemizle ilgili iki madde vardır. Bunlar:

³²⁸ Öztürk; Osman, *Mecelle*, s. 47.

³²⁹ Öztürk; *Mecelle*, s. 50-52.

438. madde: İcarede, sükut rıza ve kabul sayılır.

Mesela: bir adam aylık elli kuruş kira ile bir dükkan isticar edip de birkaç ay oturduktan sonra, ay başında dükkan sahibi “eğer altmış kuruşa razı olursan otur, olmazsan dükkanı bırak deyip, kiracı onu red ile altmış kuruşa razı olmam dedikten sonra, dükkanda devamlı olarak otursa daha önce olduğu gibi elli kuruş kira lazım olur. Ve eğer altmış kuruşa razı olduğunu söylemeyip ve dükkandan çıkmayıp da devamlı olarak oturmuşsa aylık altmışar kuruş vermesi lazım gelir.

Aynı şekilde; Dükkan sahibi yüz kuruşa ve kiracı seksen kuruşa dese ve dükkan sahibi kiracıyı bırakıp, o dahi dükkanda otursa seksen kuruş ücret lazım olur. Ve eğer tarafeyn sözlerinde ısrar eyledikleri halde kiracı oturursa ecr-i misil (aynı durumda olan bir dükkanın kirası ne kadarsa lazım gelir.³³⁰

472. madde:Akit olmaksızın ve izinsiz, bir kimse birinin malını kullandığı suretde gelir elde etmek için hazırlanmış ise ecr-i misil lazım olur; değilse lazım olmaz. Fakat mal sahibi ücret istedikten sonra kullanırsa gelir getirmek için hazırlanmış olmasa dahi ücret vermesi lazım gelir. Zira bu halde kullanmasıyla ücrete razı olmuş olur.³³¹

Maddelerin çözümlenmeleri:

Susmanın normal şartlarda beyan sayılmadığını, ancak bazı durumlarda konuşma gerektiği halde susmada ısrar etmenin ise ikrar olduğunu ifade etmiştik. 438. maddemizde; dükkan sahibi kiracıya, “artık bu aydan sonra altmış kuruşa oturuyorsan kabul et” dediği zaman kiracı birinci şıkta buna itiraz edince bu şarta razı olmadığını ortaya koymuştur. Ancak maddenin ikinci şıkta sayılan bölümde; dükkan sahibinin bu teklifine ve şartına karşı kiracı, konuşması gerektiği halde sustuğu için bu susma o şartı kabul ettiğini gösterir. Çünkü kendi aleyhine olacak bu duruma ses çıkartmaması onun bu duruma razı olduğuna işaret sayılıp iradesinin bu yönde olduğuna delil olur

472. madde, Hanefi Mezhebi'nin diğer fıkıh ekollerinden ayrı düşündüğü bir kuralın fer'idir. Şöyle ki; Hanefi Mezhebinde, menfaatler ihraz edilememesi ve saklanabilmesi mümkün olmaması yönüyle mal sayılmamaktadır. Bu nedenle Hanefiler, bir evi gasbedip orada oturan bir insanın evden çıkartıldıktan sonra oturduğu müddetin kirasını

³³⁰ Berki; **Mecelle**, s. 82.

³³¹ Berki; **Mecelle**, s. 89.

vermeyeceğini,³³² bir evi kiralayıp birkaç ay oturduktan sonra kiracının ölmesi halinde yakınlarının bu evde kalan süre içinde oturamayacaklarını söylemişlerdir.³³³ Tabii, Mecelle Hanefi Mezhebini esas aldığı için aynı görüşü maddeleştirmiştir.

Bu anlayışın uzantısını bu madde de görmekteyiz. Maddemizde bir kimse, bir başkasının kiraya vermek suretiyle gelir elde etmek için tanzim ettiği bir evde oturmuşsa onun ecri misil vereceğini, gelir getirmek için hazırlanmamışsa, bu evin menfaatini gasbettiği halde hiçbir ücret ödemeyeceğini söylemektedir.

Maddemizin kaidemiz ile ilgisi ise; ev sahibi evinde izinsiz oturan kişiye gelip oturmaya devam etmek istiyorsa ücret vermesi gerektiğini söylemesi halinde, o adam iradesini konuşarak ortaya koyması gerekirken susarsa, bu susma ev sahibinin şartına razı olduğunu gösterir yani sükutu ikrar ve beyan sayılır.

2-Mutlak kendisini nassen veya delâleten takyit edecek bir şey olmadıkça mutlak olarak kalır

Bu kaidemiz Kitabı'l- icâre'de, üç maddenin yer almasına etki etmiştir.

571. madde: Binnefs amel etmek yani, kendi işlemek üzere kiralanan işçi kendi yerine başkasını kullanamaz.

Mesela: Bir kimse bir cübbeyi şu kadar kuruşa terzinin kendi eliyle dikmesi üzere pazarlık edip, terzi onu başkasına diktiremeyip kendisi dikmesi lazım gelir ve başkasına diktirdiği takdirde telef olsa tazmin eder.³³⁴

572. madde: Mutlak olarak mukavele olunduğu zaman kiraya veren kendi yerinde başkasını kullanabilir.³³⁵

573. madde: Kiralayan kimsenin ,ücretle çalışan kimseye “bu işi yap” demesi ıtlaktır.

³³² El- Merğınani, **el- Hıdaye**, c. 4, s. 345; el Mevsili; **el- İhtiyar**, c. 3, s. 80; el Meydani; Abdulğani, **el- Lubab Fi Şerhi'l-Kitab**, Daru'l- Kitabi'-l Arabi, Beyrut 2003, c. 2, s. 110 (sonraki dipnotlar “El Meydani, **El-Lubab**” olarak verilecektir.)

³³³ el Kasani; **Bedai'**, c. 4, s. 90; el Merğınani; **el- Hıdaye**, c. 3, s. 280; el Mevsili; **el-İhtiyar**, c. 2, s. 320; el-Meydani; **el -Lubab**, c. 2, s. 41; Zeydan; **Medhal**, s. 186.

³³⁴ Berki; **Mecelle**, s. 105.

³³⁵ Berki; **Mecelle**, s. 105.

Mesela: bir kimse terziye bizzat yahut kendin diye takyit etmeksizin, “şu kadar kuruşa bu cübbeyi dik” deyip de, mukavele ederse terzi onu kalfasına yahut diğer bir terziye diktirse anlaşmış oldukları ücreti hak eder. Ve kasıt olmaksızın cübbe telef olsa tazmin etmez.³³⁶

Maddelerin çözümlenmeleri:

İşlerliği oldukça fazla olan bu kaidemiz, yukarıdaki maddelerden; 571. maddede, mutlak’ın nassen takyit edildiği şekliyle gelmiştir. Çünkü; bir işi yaptırmak isteyen kimse ücretle tuttuğu kişiye, aşağıda gelecek maddelerde olduğu gibi “bu işi yap” şeklinde hiçbir kayda tabi tutmaksızın mukaveleyi mutlak yapmamış, işin bizzat ücretle tutulan kimse tarafından yapılmasını istemiştir. Bu durumda arzulanan, iş kim tarafından yapılırsa yapılsın değil, istenilen işin bizzat ücretle tutulan kimse tarafından yapılmasıdır. Örnekte de belirtildiği gibi; bir kişi terziye gelip, “şu elbisemi sizin dikmenizi istiyorum” diyerek akdi yapsa, terzinin o elbiseyi kendi eliyle dikmesi gerekir. Belki müşteri o terzinin işi çok iyi yapması nedeniyle özellikle ona diktirmek istiyordur. Bu nedenle bu kaydın dikkate alınması ve uyulması gerekir.

Peki akdin mutlak olarak değil de mukayyet olarak gelmesinin pratik faydası nedir? Akdin mukayyet olarak meydana gelmesinin pratik faydası terzinin o işi kendisi değil de bir başkasına yaptırması ve malzemenin hangi sebeple olursa olsun telef olması halinde görülecektir. Böyle bir durumda terzi, telef olan kumaşın kıymetini müşteriye tazmin etmelidir.

572 ve 573. maddeler ise, akdin hiçbir kayda tabi tutulmaksızın mutlak olarak oluşması halini anlatmaktadır. Bu durumlarda istenilen işin yapılması olup, şu veya bu kimsenin özellikle yapması değildir. Buna bağlı olarak; örneğin dikilmek üzere terziye verilen kumaş, akdi yapan tarafından değil de bir başkası tarafından dikilirken kasıtsız telef olsa, terzi müşteriye kumaş parasını tazmin etmez.

Tabii yukarıda ki maddelerde belirtilmemiş, ancak dikkat edilmesi gereken başka bir nokta da, akdin örf vb. bir şeyle delâleten takyit edilmiş olmamasıdır. Şayet örfen bir iş, ücretle anlaşılan kimseye verildiği zaman bizzat o kimsenin yapmasını gerektiriyorsa akit esnasında mutlak olarak bırakılıp belirtilmemiş olsa dahi söylenmiş gibi riayet edilmesi gerekir.

³³⁶ Berki; **Mecelle**, s. 105.

3-Yazışma konuşma gibidir.

Söz ile yapılan akitlerin tamamında yazının geçerli olduğunu anlatan bu kaidemiz, bunun yanında bazı yerlerde ayrı bir madde olarak belirtilmeye ihtiyaç duyulan dilsizin işaretleri ile de akdin geçerli olduğunu anlatmaktadır. Bu maddenin muhtevasıyla ilgili açıklamaları daha önce Kitabı'l- Buyu'da yaptığımız için burada maddemizi verip geçiyoruz.

436. madde: Kiralama akdi sözleşme olduğu gibi yazı ile ve dilsizin anlaşılabilir işaretleri ile dahi mün'akid olur.³³⁷

3-Kitabul Kefâle (Kefâlet Kitabı)

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin üçüncü kitabı olan Kitabı'l- Kefâle, 12 Nisan 1870 tarihinde diğer kitaplarda olduğu gibi, gerekçeli mazbata ile yukarı makamlara gönderilmiş, aynı ay içinde onaylanarak yürürlüğe girmiştir.³³⁸

Kitabı'l- Kefale, ilgili konuya ait ıstılahların olduğu bir mukaddime ile, üç babdan oluşmaktadır. Mukaddime; 612- 620. maddeler arasında olup sekiz maddedir. Kitab Mecelle'nin 612 672. maddeleri arasında yer alıp toplam altmış maddedir.

Biz yaptığımız taramada bu kitapta sadece bir kaidemize ait iki maddeye rastlayabildik. Bunlar:

Akitlerde esas olan maksatlar ve mânalar olup, lafızlar ve kalıplar değildir.

Belki de kaidemizi bizlere anlatacak en güzel örneklerin bulunduğu maddeler, bu kitabımızda ki aşağıdaki maddelerdir.

648. madde: Kefâlette asilin beri olması şart kılınırsa akit havâleye döner.³³⁹

649. madde: Havâle eden kimsenin borçtan beri olmaması şartıyla havâle kefâlettir.

Binaenaleyh bir kimse “borçluya sendeki alacağımı sen dahi ödeme şartıyla filanın üzerine havâle et” dese borçluda bu şekilde havâle etse, alacaklı alacağını hangisinden isterse alır.³⁴⁰

Maddelerin çözümlenmeleri:

Bilindiği gibi, Kefâlet akdinde borçlu olan kimse bu borcu için alacaklıya bir kefil gösterir ve alacaklı da kefilin kefâletini kabul ederse, borç, borçlu kimsenin zimmetinden düşmeyip, alacaklı alacağını, dilerse borçludan; dilerse borçlu olan kimseye kefil olan

³³⁷ Berki; Mecelle, s. 82.

³³⁸ Öztürk; Mecelle, s. 53.

³³⁹ Berki; Mecelle, s. 122.

³⁴⁰ Berki; Mecelle, s. 122.

kimseden isteyebilir. Ancak Havâle akdi böyle değildir. Havâlede; borçlu borcunu havâle edince borç zimmetinden düşer ve artık alacaklı alacağını ondan değil de borcun havâle edildiği kimseden isteyebilir.

Buna bağlı olarak; bir kimse kendi borcu için bir başkasını kefil edince, akit esnasında “artık borcun benden istenmemesi şartıyla akdi yapıyorum” dese ve kefil olan kimse de bunu kabul etse, bu akit, lafzi olarak her ne kadar kefâlet kelimesiyle akdedilmiş olsa da, ortaya çıkan kefâlet değil, havâle akdidir. Çünkü akde taraf olan kimselerin iradeleri kefâlet akdi yapmak yönünde olmayıp, havâle akdi yönündedir. Yani lafızlar önemli olmayıp maksat esas alınmalıdır. Bunun tam tersi durum havâle lafzının geçtiği ancak akdin kefâlet akdi şeklinde gerçekleştiği haldir. Şöyle ki: akit esnasında borçlu “borcun benden de istenmesi şartıyla borcumu sana havâle ediyorum” dese ve karşı taraf kabul etse, akit havâle değil kefâlet akdi şeklinde mün’akid olur. Çünkü, âkideyn akit esnasında, her ne kadar havâle tabirini kullanmış iseler de, alacağın hala borçludan istenmesi şartı maksadın havâle değil kefâlet olduğunu gösterir. Bu durumlarda maksat dikkate alınmayıp, kullanılan lafızlara göre değerlendirme yapılırsa ve ona göre akdin hükümleri uygulansa, akde taraf olan kimselerin iltizam etmedikleri yükümlülüklerle onları yükümlü kılmış oluruz ki bu uygun değildir.

D-Kitabu'l-Emânat(Emânetler Kitabı)

Dört ve beşinci kitaplarda kaidelerimizle ilgili madde bulamadığımız için dördüncü kitap olarak verdiğimiz Kitabu'l- Emânat, Mecelle-i Ahkâmı Adliyye'nin altıncı kitabıdır.

Ahmed Cevdet Paşa'nın büyük bir kısmını hazırladıktan sonra çeşitli sebeplerle Adliye Nazırlığından ve Mecelle heyeti başkanlığı görevinden ayrılması/azledilmesinden³⁴¹ sonra Mecelle'nin beşinci kitabı olarak hazırlanan Kitabu'r- Rehn ve'l-Vedia onaylanarak yürürlüğe girdi. Cevdet Paşadan sonra Mecelle heyetine kapasite bakımından zayıf kişilerin getirilmesi ve bu kişilerin mezkur kitabı hazırlaması bazı problemleri beraberinde getirdi.zaten kitap bu haliyle her taraftan bir çok itirazlar almıştı. Bu sebeple bu işin Cevdet Paşasız olmadığı anlaşılmış ve Cevdet Paşa tekrar Mecelle heyetinin başına getirilmiştir.Cevdet paşa'nın tekrar eski görevine dönmesiyle,Kitabu'l Vedia hükümsüz

³⁴¹ Cevdet Paşanın görevinden azledilmesinin sebepleri ile ilgili olarak bkz: Ebû'l-Ûla Mardin, **Ahmed Cevdet**, s. 82-84. bu sebeplerden biri olarak söylenen amillerden birisi oldukça dikkat çekicidir. Buna göre; Mecelle'nin 692. maddesinde Hanefi Mezhebinde,mezhebe söz sahibi olma bakımından dördüncü sırada gelen İmam Züfer'in görüşünün tercih edilmesi başta o dönemdeki Şeyhu'l-İslam'ın tepkisini çekmiş ve Cevdet Paşa'nın görevinden azledilmesinin sebepleri arasında yer almıştır.

bırakılmış ve ardından 5 Mart 1872 tarihinde Mecelle'nin altıncı kitabı olarak tekrar hazırlanmıştır.³⁴²

Kitabu'l Emânat, tüm kitaplarda olduğu gibi, konu ile ilgili istılahların olduğu bir mukaddime ile üç babdan oluşmaktadır. Mukaddime, 762 -768. maddeler arası olup altı madde iken, kitap toplam yetmiş maddedir.

Kitabımızda üç kaidemizle ilgili olarak beş maddemiz vardır. Bunlar:

1- Susan kimseye söz isnat edilmez. Fakat konuşulması gereken yerde susma söz ile beyan gibidir.

Bu kitabımızda yukarıdaki kaide ile ilgili bir madde vardır.

805. madde: Emânet verenin sukutu kabul sayılmaz. Binaenaleyh bir kimse birinden bir şey ödünç isteyip de sahibi sükut eylemiş olduğu halde alsa gasbetmiş olur.³⁴³

Maddenin çözümlemesi:

Bu madde kaidemizin birinci şıkkı diyebileceğimiz; “susana söz isnat olunmaz” bölümünün bir neticesidir. Burada kaidemizin ikinci şıkkı olan “konuşmaya ihtiyaç olması halinde susma konuşma gibidir” bölümü uygulanamaz. Çünkü burada ihtiyaç yoktur. Örneğin: bir kimse diğer birinden arabasını ödünç istese o da sussa, bu suskunluk arabasını vermeye razı olduğunu göstermez. Buna rağmen karşı taraf arabayı alsa, gasbetmiş sayılır. Muhakeme anında “ben ondan arabasını istedim o da sustu demek ki razı oldu” diyemez. Çünkü suskunluk ancak kaidemizin de ifade ettiği gibi konuşmaya ihtiyaç duyulduğu zaman söz ile beyan sayılır ki, bu durumda böyle bir ihtiyaç söz konusu değildir.

2-Tasrih mukabilinde delâlete itibar edilmez

772. madde: Delâleten izin sarahaten izin gibidir. Fakat sarahaten nehiy varsa delâlete itibar olunmaz.

Mesela: bir kimse birinin izniyle hanesine dahil olduktan sonra, ortada duran bardak ile su içmeye delâleten izinlidir. Ve su içerken kazayla elinden düşüp kırılrsa tazmin etmesi lazım gelmez.

Fakat ev sahibi o bardağa dokunma diye nehy etmişken eline alıpta düşerek kırılrsa tazmin eder.³⁴⁴

³⁴² Ebû'l-Ûla, Ahmed Cevdet, s. 92; Öztürk; Mecelle, s. 59-61.

³⁴³ Berki; Mecelle, s. 156.

³⁴⁴ Berki; Mecelle, s. 147.

Maddenin çözümlenmesi:

Daha önce bu kaidemizi tahlil ederken anlattığımız gibi, delâlet ile ancak açık ifadelerin bulunmadığı zaman amel edilebilir. Ortada müspet veya menfi açık bir ifade varsa artık delâlete itibar edilmez. Bunun sebebi, tasrihin delâletten daha kuvvetli olmasıdır.

Buna bağlı olarak, maddemizde verilen örnekte olduğu gibi, kişi normal olarak âdet gereği yapılmasında mahzur olmayan hal'in delâleti ile bazı şeyler yapsa ve yaptığı bu şeyler kasıt olmaksızın bir tarafta bir zarar meydana getirirse bunlardan sorumlu değildir. Ancak açık bir şekilde ortada bir yasaklama varsa delâletü'l- hal ile yapılmasında sakınca olmayan şeyler yapılamaz. Çünkü tasrih delâletin hükmünü kaldırır. Suyun teyemmümün hükmünü kaldırdığı gibi. Buna rağmen kasıt olmasa da yapıldığı taktirde meydana gelecek zarar tazmin eder.

3- Mutlak kendisini nassen veya delâleten takyit edecek bir şey olmadıkça mutlak olarak kalır

Kaidemizle ilgili kitabımızda üç madde vardır. Bunlar:

818. madde: Ödünç verme, bir nevi menfaat ile takyid olunursa, ödünç alan kendisine kullanımında izin verildiği menfaatin üstüne tecavüz edemez. Amma ona eşit veya daha hafif surette isti'mal edebilir.

Mesela: Buğday yükletmek için istiare olunan hayvana demir yahut taş yükletilemez. Amma buğdaya müsavi veya ondan daha hafif bir yük taşıtabilir. Ve keza; binmek için ödünç alınan hayvana yük yükletilemez. Amma yük için ödünç alınan hayvana binilebilir.

819. madde: Ödünç veren eğer faydalanacak kimseyi tayin etmeksizin mutlak olarak iare etmişse, ödünç alan onu kayıtsız olarak kullanmaya salahiyeti vardır. Yani dilerse onu kendi isti'mal eder ve dilerse başkasına ödünç vererek kullanırabilir.

Ariyet gerek oda gibi kullananların ihtilafı ile muhtelif olmayan şeylerden olsun gerek binek atı gibi kullananın ihtilafı ile muhtelif olan şeylerden olsun.

Mesela: bir kimse “odamı sana ödünç verdim” dediği surette ödünç alan onda dilerse kendi ikamet eder. Ve dilerse başkasını iskan eder.

Ve keza: şu atı sana iare ettim dediği surette müsteir dilerse o ata kendi biner ve dilerse başkasını bindirir.³⁴⁵

826. madde: Nassen veya delâleten muvakkat olan bir ariyetin süresi bitmesi halinde ödünç verene iadesi lazımdır. Fakat örfen bekleme süresi affedilmiştir.

³⁴⁵ Berki; **Mecelle**, s. 159.

Mesela: filan gün ikindi vaktine kadar isti'mal olunmak üzere istiare olunan süs eşyasını o vaktin bitmesiyle red ve iade etmek lazımdır.

Kezalik: Filanın düğününde kullanmak üzere istiare olunan takıları o düğünün bitiminde red ve iade lazımdır. Fakat bunu red ve iade için âdet olan mertebe vaktin geçmesi affolunmuştur.³⁴⁶

Maddelerin çözümlenmeleri:

Yukarıdaki maddelerin anlaşılması için iare ile ilgili akitte geçebilecek ifadeleri ve hükümlerini dört şekilde ele alabiliriz.

1- Ödünç verilen şeyin ödünç verilirken zamanın ve faydalanma şeklinin tayin edilmeksizin mutlak olarak bırakılması: bu durumda, kullanıcı akitteki mutlak olan ifadeler gereği, ödünç aldığı şeyi dilediği zamanda kullanabileceği gibi âdetin dışına çıkmadan dilediği şekilde kullanabilir.

2- Hem kullanma zamanının, hem de kullanma şeklinin belirlenip takyit edilmesi hali: Bu durumda ödünç alan kimse akitte belirlenen ölçülerin dışına çıkamaz. Çıkması halinde doğacak zararları tazmin eder.

3- Kullanma zamanının belli bir süre ile kayıtlanıp, kullanma şeklinin mutlak olarak bırakılması hali: Bu durumda, faydalanma hakkına sahip olan kişi belirlenen süreleri aşmadan âdetin dışına çıkmaması şartıyla dilediği şekilde kullanabilir.

4- Bir önceki maddenin tersi olarak; kullanma süresinin mutlak, kullanma şeklinin takyit edilmesi hali: Mesela “bu arabayı sana başka hiç kimseye kullandırmaman ve şu şehrin dışına çıkmaman kaydıyla dilediğin kadar kullanman için ödünç veriyorum.” Bu durumda ödünç alan kişi belirlenen şartların dışına çıkmadığı sürece kusuru olmaksızın ortaya çıkacak zararları karşılamaya mecbur değildir. Ancak belirlenen kayıtlara uymaz ve kendisine kullanma yetkisi verilen şeye bir zarar gelse bunu tazmin eder.³⁴⁷

E-Kitab-ul-Hibe (Hibe Kitabı)

Kitabımızı bağışlama kitabı olarak da Türkçeye çevirmemiz mümkündür.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin yedinci kitabı olan Kitabul-Hibe, 4 Nisan 1872 tarihinde yürürlüğe girmesi için padişahın onayı için üst makamlara gönderilmiş bir gün sonra da onaylanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁴⁶ Berki; *Mecelle*, s. 161.

³⁴⁷ el Merğınani, *el Hidaye*, c. 3, s. 248.

Konu ile ilgili ıstılahların bulunduğu bir mukaddime ile iki babdan oluşan Kitabı'l-Hibe toplam kırk altı maddeden oluşmaktadır.

Biz yaptığımız taramada kitabımızda, iki ayrı kaidemizle ilgili dört maddeye rastladık. Bunlar:

1-Akitlerde esas olan maksatlar ve mânalar olup lafızlar ve kalıplar değildir

Bu kaidemiz dikkate alınarak Kitabı'l-Hibede iki madde kanunlaştırılmıştır.

838.madde: Hibede icab, bağışladım ve hibe ettim ve hediye ettim gibi karşılıksız bir malı temlik mânasında musta'mel olan sözlerdir. Ve zevcin zevcesine bir çift küpe yahut takılardan diğer bir nesne verip de al takın demesi gibi karşılıksız temlike delâlet eden tabirler dahi hibeyi icabdır.³⁴⁸

847. madde: Bir kimse alacağını borçluya hibe yahut, borçluyu ondan ibra eyleyip o dahi reddetmese hibe sahih ve borç hemen düşer.³⁴⁹

Maddelerin çözümlenmeleri:

Bir malı karşılıksız olarak bir başkasına temlik etmekten ibaret olan hibe akdi, hibe etmek isteyen bu konudaki iradesini yansıtacak ve karşı taraf hibe edilen şeyi aldığında ona bunun hibe olduğunu iş'ar edecek tüm tabirlerle mün'akid olur. Kaidemizin de ifade ettiği gibi bu konuda ille de şu veya bu lafızları kullanmak gerekmemektedir. Maddemizde verilen örnekte olduğu gibi, kişi hanımına bir küpe veya başka bir takı alıp "al bunu tak "demesi bile hibe akdinin –karşı tarafın kabul etmesi halinde- meydana gelmesi için yeterlidir.

Yine 847. maddemizde belirtildiği gibi, bir kimse alacağı olan birine "sana olan alacağımı artık istemiyorum. Bu hakkımdan vazgeçtim" gibi bir tabir kullansa ve borçlu olan kimse bunu kabul etse hibe akdi sahih olur ve borçlu borçtan kurtulmuş sayılır.

2-Tasrih mukabilinde delâlete itibar edilmez

Bu kaidemiz ile de kitabımızda iki madde vardır.

843. madde:Hibe eden kimsenin icabı delâleten kabza izindir. Amma sarahaten izni, hibe edilen şey eğer hibe edilen mecliste hazırsa bu malı sana hibe ettim al demek ve eğer mecliste yoksa filan malı sana hibe ettim var al demek gibi emri sarihtir.³⁵⁰

³⁴⁸ Berki: **Mecelle**, s. 164.

³⁴⁹ Berki: **Mecelle**, s. 165.

³⁵⁰ Berki; **Mecelle**, s. 164.

863. madde: Hibe edenin icab'dan sonra kendisine hibe edilen kişiyi kabzdan nehiy etmesi hibeden vazgeçtiğini gösterir.³⁵¹

Maddelerin çözümlenmeleri:

Daha önce kaidemizi tahlil ederken tasrihin delâletten daha kuvvetli olduğunu, bir yerde sarahaten bir şey söylenmişse artık delâlete itibar edilmeyeceğini söylemiştik. Buna bağlı olarak; bir kişi bir başkasına bir şeyi karşılıksız olarak temlik etmiş, yani hibe etmişse delâleten, hibe edilen şeyi karşı tarafın alması için izin vermiş sayılır. Ancak 863. maddede belirtildiği gibi, hibe eden kişi, hibe ettiğine dair icab'da bulunduktan sonra -ki bu delâleten kabza izindir demiştik- açıkça, hibe ettiği kişiye hibe edilen şeyi almamasını söylerse bu hibeden vazgeçtiği anlamına gelir ve hibeye dair yapılan icabın hükmü kalmaz. Çünkü hibe ettiğine dair yaptığı icab delâleten kabza izinken, açıkça alma denilmesi tasrihtir. Kaidemizin de ifade ettiği gibi tasrih karşısında delâlete itibar edilmez.

F-Kitabu'l-Hacr ve'l-İkrah ve's-Şuf'a (Hacr, İkrah Ve Şuf'a Kitabı)

Kitabımızı Türkçeye; Hacr İkrah ve Şuf'adan³⁵² bahseden kitap şeklinde de tercüme edebiliriz.

Mecelle-i Ahkâm-i Adliyenin dokuzuncu kitabı olan bu kitabımız, Cevdet Paşa'nın sekizinci kitap hazırlandıktan sonra Mecelle cemiyeti başkanlığından alınıp İstanbul dışına gönderilmesinden on sekiz gün sonra tekrar eski görevine iade edilmesiyle hazırlanıp 24 Ocak 1873 de padişah onayından geçtikten sonra yürürlüğe girmiştir.³⁵³

Kitabımız, on beş maddelik bir mukaddime ile, üç babdan oluşmaktadır. Muhteva bakımından geniş olan kitap, toplam yüz üç maddeden mürekkeptir.

Kitabımızda, iki kaidemizin kaynaklık ettiği yedi madde vardır. Bunlar:

1-Akitlerde esas olan maksatlar ve mânalar olup lafızlar ve kalıplar değildir

Kaidemiz, kitabımızın sadece Şuf'a ve hükümlerinin anlatıldığı bölümde üç maddeye tesir etmiştir.

³⁵¹ Berki; **Mecelle**, s. 167.

³⁵² Hacr: (941. madde) Kanun yolu ile birinin kendi malını istediği gibi kullanmak dan alı konması; İkrah: (948. madde) Birine zorla bir iş yaptırma. Şuf'a: (950. madde) Satılık bir mala ortak veya komşu olanın aynı para ile alma hakkı üstünlüğü. Bkz: Berki; **Mecelle**, s. 186-188.

³⁵³ Ebû'l-Üla, **Ahmed Cevdet**, s. 103; Öztürk, **Mecelle**, s. 67.

1021. madde: Şuf'a ancak alışveriş akdiyle sabit olur.

1022. madde: Karşılık şart koşularak yapılan hibe, bey' hükmündedir.

Binaenaleyh bir kimse mülk hanesini karşılık alma şartıyla diğer bir kimseye hibe ve teslim etse bitişik olan komşusu ona şefi' olur.

1023. madde: Karşılıksız hibe ve miras ve vasiyet gibi bedelsiz diğer bir kimseye temlik olunan akârda şuf'a cari olmaz.³⁵⁴

Maddelerin çözümlenmeleri:

Yukarıdaki maddeler şuf'anın (öncelikli alım hakkı) hangi hallerde şefi' (şuf'a hakkına sahip olan kişi) için sabit olacağını anlatmaktadır.

Şuf'a, Hanefi mezhebine göre üç sebepten doğar. Bunlar: bitişik komşuluk, satılan şeyin kendisinde ortaklık, satılan şeyin irtifak haklarında ortaklık.³⁵⁵ Bu sebeplerden biri ile öncelikli alım hakkına sahip olan kişiye şefi' denir.

Şuf'a hakkı, ancak akâr sahibinin akârını satmasıyla ortaya çıkâr. Üç sebepten biri ile şef'i olan kişi akârın satışını duyunca, gelip akârı kendisinin almak istediğini söyler ve akâr böylece sahip olabilir. Ancak akâr sahibi, akârını bir başka kimseye 1023. maddede sayıldığı üzere, hibe gibi karşılıksız bir şekilde temlik ederse şefi' hak iddia edemez. İşte kaidemiz tam burada devreye girmektedir.

1022. maddede anlatıldığı gibi, akâr sahibi, akârını bir başka kişiye bir karşılık alarak hibe etse, şefi' gelip hak iddia ettiği zaman "ben akârımı hibe ettim. Bu nedenle sen hak sahibi değilsin" demeye hakkı var mıdır? Eğer akâr sahibinin hibe akdi yaparken kullandığı hibe lafzına takılır kalırsak, şefi'e "senin hakkın ancak akâr sahibinin satış akdi yapmasıyla ortaya çıkâr. Akâr sahibi ise hibe etmiş, bu nedenle senin hakkın yok" dememiz gerekir. Ancak kaidemizin ifade ettiği anlamı dikkate alarak, akâr sahibi her ne kadar hibe lafzını kullanmışsa da karşılık şart koştuğu için bu bir hibe değil, satış akdidir deyip, şefi'nin hala hak sahibi olduğunu söylememiz gerekmektedir. Çünkü akitlerde muteber olan, akde taraf olan kimselerin gözettikleri maksatlardır. Burada da, âkideyn hibeyi değil bey' akdini hedeflemişlerdir. Bu madde ile kaidemizin, insanların muamelelerine etkisi bakımından ne kadar önemli olduğu bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

³⁵⁴ Berki; **Mecelle**, s. 201.

³⁵⁵ el Kâsani; **Bedai'**, c. 4, s. 97; el Merğınani; **el Hidaye**, c. 4, s. 349; el Mevsili; **el İhtiyar**, c. 2, s. 299; Berki; **Mecelle**, 1008. madde, s. 198.

2-Susan kimseye söz isnat edilmez. Fakat konuşulması gereken yerde susma söz ile beyan gibidir.

Kitabımızda kaidemiz ile ilgili dört maddemiz vardır. Bunlar.

971. madde: İzin sarahaten olduğu gibi delâleten dahi olur.

Mesela iyiyi kötüden ayırt edebilen bir çocuğu, velisi alışveriş ederken gördüğü zaman sükut edip de men' etmese delâleten izindir.³⁵⁶

1032. madde: Şefi' eğer taleb-i muvasebeyi te'hir ederse mesela akdi bey'i duyduğu gibi o mecliste taleb-i şuf'a etmeyip de başka iş ile yahut başka sadede dair bir bahis ile meşgul olmak gibi vazgeçmeye delâlet eder bir halde bulunursa yahut taleb-i şuf'a etmeden o meclisten kalkârsa şuf'a hakkı sakıt olur.

1033. madde:Şefi' eğer taleb-i takrir ve şahit tutmayı velev ki mektup ile olsun icra edecek kadar vakit geçip de te'hir ederse şuf'a hakkı sakıt olur.

1034.madde:Talebi takrir ve şahit tuttuktan sonra şefi' eğer başka bir şehirde bulunmak gibi şer'i bir özrü yok iken talebi husumeti bir ay te'hir ederse şuf'a hakkı düşer.³⁵⁷

Maddelerin çözümlenmeleri:

971. maddemiz Hacr ile alakalıdır. İslam hukukunda insan üç sebepten dolayı Hacr edilebilir. Bunlar: küçüklük, delililik ve köleliktir. Bu üç kişiden biri bey' gibi bir akde bilerek ve kasıtlı olarak girişmişse, yapılan akit bunların maslahatına ise veli dilerse akdi geçerli sayıp akdi onaylar, dilerse geçersiz sayıp onaylamayabilir. Yani bunların yaptıkları akit mevkuftur.³⁵⁸ Ancak maddemizin de ifade ettiği gibi, veli mümeyyiz çocuğun akit yaptığını gördüğü halde ses çıkârmayıp sussa ve ona engel olmazsa, bu sükut onun, çocuğun yaptığı akde razı olduğunu gösterir. Çünkü; konuşulması gereken bir yerde susmak, dil ile beyan gibidir.

Diğer maddelerimiz ise şuf'a hakkına sahip olan kimsenin bu hakkı nasıl kullanması gerektiği ve hakkının hangi hallerde düşeceği ile ilgilidir.

Şuf'a hakkına sahip olan bir şefi' akâr sahibinin akârı sattığını duyunca akârı kendisinin almak istediğini hemen belirtmelidir. Bu da üç talep ile olur. Bunlar:

Taleb-i Muvasebe: Şefi'nin akârın satıldığını duyduğu anda hemen "ben akârı şuf'a hakkıyla talep ediyorum" gibisinden bir söz söylemesi.

³⁵⁶ Berki; **Mecelle**, s. 191.

³⁵⁷ Berki; **Mecelle**, s. 204.

³⁵⁸ el Merğınani, **el Hidaye**, c. 3, s. 314.

Taleb-i İkrar ve İshad: talep-i muvasebeden sonra, şefi'nin malın, müşterinin veya satıcının yanında iki şahit tutarak, "bu mal satılmış, ancak ben şefi' olarak onu talep ediyorum şahit olunuz." demesidir.

Taleb-i Husumet: yakârıdaki iki talepten sonra şefi'nin hakim huzuruna çıkıp davada bulunmasıdır.³⁵⁹

Demek ki, şefi'i öncelikli alım hakkını kullanmak için yukarıdaki taleplerle müracaatta bulunmalıdır. Şefi', konuşması ve tepkisini ortaya koyması gereken bu durumda susar ve satışa engel olmazsa, bu sükut onun yapılan satışa razı olduğunu ve şuf'a hakkından vazgeçtiğini gösterir.³⁶⁰ Özetle, şefi'i iradesini susarak ortaya koymuş olur.

G-Kitabu'ş-Şirket (Şirket Kitabı)

Kitabımızın adını Türkçeye, Ortaklık Kitabı şeklinde de çevirebiliriz.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin onuncu kitabı olan Kitabu'ş-Şirket, diğer kitaplar gibi bir mazbatayla yukarı makamlara gönderilmiş ve onaylanarak yürürlüğe girmiştir.

Şirket çeşitleri ve şirket ile ilgili ıstılahların bulunduğu 19 maddelik bir mukaddime ile sekiz babdan oluşan Kitabu'ş-Şirket, 403 maddeyle gayet uzun bir içeriğe sahiptir.³⁶¹ Ayrıca, fıkıh kitaplarında Şirket konusundan ayrı olarak işlenen; Kısmet, Mudarabe, Muheyaa, Ölü toprağı ihya etme vd. bazı konular Mecelle'de Kitabu'ş- Şirket başlığı altında incelenmiştir. Yani kitabın başlığına bakıp, fıkıh kitapları göz önüne alınarak, kitabın sadece Şirketle alakalı konuları ihtiva ettiği sanılmamalıdır.

Kitabımızda, iki kaidemizle ilgili üç madde vardır. Bunlar:

1-Akitlerde esas olan maksatlar ve mânalar olup lafızlar ve kalıplar değildir

Yaklaşık olarak Mecelle'nin tüm kitaplarında akdin kurulması sırasında kullanılan lafızlar anlatılırken dikkate alınan kaidemiz, bu kitapta da kendine bir maddelik yer bulmuştur.

1351. madde: Şirket-i emvalde sermaye ortaklar arasında eşit yahut biri diğerinden fazla müşterek olur.

³⁵⁹ el Merğınani; **el Hıdaye**, c. 4, s. 352; el Mevsili; **el ihtiyar**, c. 2, s. 301; Berki; **Mecelle**, 1028. madde ile ilgili açıklama, s. 203.

³⁶⁰ el Kâsani; **Bedai'**, c. 4, s. 120.

³⁶¹ Ebû'l-Ûla; **Ahmed Cevdet**, s. 113; Öztürk; **Mecelle**, s. 71.

Amma birinden sermaye ve diğ erinden amel olursa eğer kâr aralarında müşterek olmak üzere mukavele olursa Mudarabe olur.

Ve kâr tamamen amiline ait olacak ise borç olur. Ve eğer kârın tamamen sermaye sahibine ait olması şart edilirse o sermaye emek sahibinin elinde kârı tamamen kendisine ait olmak üzere sermaye olur ve amel sermayeyi alan kimse olur.

Sermayeyi alan kimse ise bağışlayanın vekili hükmünde olacağından kâr ve ziyan tamamen mal sahibine ait olur.³⁶²

Maddenin çözümlenmesi:

Ortakların, ortaya sermaye olmak üzere birer miktar mal koyarak kurmuş oldukları şirket demek olan Şirketu Emval, tarifin de gereği olarak akit yapılırken karşılıklı mal ile beraber, iradelerin bu yönde olduğunu gösterecek lafızlar kullanılarak akdedilir.

Ancak her iki tarafta ortaya mal koymadan mal şirketi kurduklarını söyleseler böyle bir şirket kurmuş olurlar mı? Cevap; kaidemizin gereği olarak hayır olacaktır. Zaten maddemizde de bu durum açıklanmış; mal şirketi kurma lafızları geçtiği halde , bir taraftan mal diğ er taraftan emek ve elde edilecek kârın aralarında müşterek olması şartıyla kurulacak şirketin Mal şirketi değı l Mudarabe; Elde edilecek kâr tamamen emek sahibine ait olması şart koşulursa, sermaye sahibinin emekçiye sermayeyi borç vermiş olacağı... belirtilmiştir. Yani, önemli olan akit esnasında kullanılan lafızlar değı l akde taraf olan kimselerin güttükleri maksatlardır.

2- Mutlak kendisini nassen veya delâleten takyit edecek bir şey olmadıkça mutlak olarak kalır

Kaidemizle ilgili, Mudarabe şirketinde akit esnasında kullanılan lafızların mutlak veya mukayyet olmalarına göre, mudaribin yetkilerinin anlatıldığı iki maddemiz vardır.

1414. madde:Mudarabe-i mutlakada, mudarib, mücerret akd-i Mudarabe ile mudarebenin gerektirdiğı ve teferruatından olan işleri yapmağı yetkili olur.

Şöyle ki; evvela: Satıp kâr etmek için mal satın alabilir. Fakat ğ abnı fahiş ile mal satın alırsa kendisi için almış olur. Mudarebe hesabına dahil olmaz.

³⁶² Berki; **Mecelle**, s. 277.

Saniyen; Gerek peşin para ile ve gerek veresiye olarak az ve çok fiyat ile mal satabilir. Fakat tüccarlar arasında örf ve âdet olduğu merteye mühlet verebilir. Yoksa tüccarlar arasında maruf olmayan uzun müddet ile mal satamaz.

Salisen; Sattığı malın parasını havâleten kabul edebilir.

Rabian; Diğer bir kimseyi satması ve alması için vekil yapabilir.

Hamisen: Mudarabe malını, emânet ve kârın tamamen kendisine ait olmak üzere diğer bir kimseye sermaye vermek demek olan ibda' ve rehin verme, rehin alma ve icar ve isticar edebilir.

Sadisan; Alış veriş etmek üzere başka bir şehre gidebilir.³⁶³

1422. madde: Sermaye sahibi eğer mudarebe malı ile filan mahalle gitme yahut veresiye mal satma diye nehiy etmişken mudarib ona muhalefet ederek malı mudarebe ile o mahalle gidip de malı mudarebe telef olsa yahut veresiye mal satıp da parası batsa mudarib tazmin etmek zorunda kalır.³⁶⁴

Maddelerin çözümlenmeleri:

İlk maddemizde, sermaye sahibinin hiçbir kayda tabi tutmaksızın sermayeyi emek sahibi olan mudaribe vermesi ve mudaribin buna göre ne yapmaya yetkili olduğu anlatılmıştır. Çünkü, mudarebe akdinin yapılmasının gayesi kâr elde etmektir. Kâr ise ancak tüccarların gündelik olarak normal sayılan muameleleri yapmaları ile mümkün olabilmektedir.

422. maddemizde ise, mal sahibi sermayeyi mudaribe verirken akdi mutlak olarak bırakmamış, bazı kayıtlara tabi tutmuştur. Bu durumda mudaribe düşen, bu kayıtlara uymaktır. Çünkü, mal sahibi “malımı filan şehre götürme” gibi bir kayıt koyarken düşündüğü bir şey olabilir. Veya “filan insanlara borç verme” diye bir kayıt koysa, o insanlar hakkında daha önce bir tecrübesi olduğu ve alacağını alamadığı, bu nedenle mudaribin tasarruflarında böyle bir sınırlama koyduğu anlaşılır. Eğer mudarib bu kayıtlara uymaz ve mal herhangi bir sebeple telef olursa bu durumda mudarib zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, Mudaribin, mudarebe akdi gereği yapabileceği şeyleri üçe ayırabiliriz.

1-Mutlak mudarebe akdi ile yapabileceği şeyler: 1414. maddede anlatılanlar.

2-Mutlak mudarebe akdi ile yapamadıkları ancak “görüşüne göre amel et” denmesiyle yapabilecekleri: bu türden tasarruflar mudarebe akdine girmesi muhtemel olan işlerdir. Mesela: mudaribin sermayeyi başka birine mudarebe yapmak için sermaye olarak vermesi

³⁶³ Berki; **Mecelle**, s. 292-293.

³⁶⁴ Berki; **Mecelle**, s. 294.

veya başka biriyle şirket kurması gibi. Fukaha bu kısma giren örnekleri “bir şey kendisi ile aynı kuvvette olanı barındırmaz” şeklindeki dabıta içinde değerlendirmiştir.

3-Mutlak mudarebe akdiyle ve “görüşüne göre amel et” sözüyle yapılamayan ancak, akid esnasında özel bir şerhle mudaribin yapabilecekleri türden tasarruflar: Süftace³⁶⁵ yapması bir başkasına sermayeyi borç olarak vermesi gibi.³⁶⁶

H-Kitabu'l- Vekâle (Vekâlet Kitabı)

Mecelle'nin on birinci kitabı olan Kitabu'l-Vekale, yine bir mazbata ile beraber, diğer kitaplarda olduğu gibi önce meşihata ardında da padişahın onayı alınmak üzere sadarete gönderilmiş, 4 Ağustos 1874 de onaylanarak yürürlüğe girmiştir.³⁶⁷

Kitabımız bir mukaddime ve üç babdan oluşmakta olup, toplam 79 maddeden ibarettir.

Biz yaptığımız taramada bu kitabımızda, üç ayrı kaide ile ilgili on maddeye rastladık.

Bunlar:

1-Mutlak kendisini nassen veya delâleten takyit edecek bir şey olmadıkça mutlak olarak kalır

Vekâlet akdi ile vekil olan kimsenin yukarıda mudarebe de olduğu gibi, akdin mutlak veya mukayyet oluşuna göre yapabileceklerinin belirlendiği aşağıdaki maddelerimiz:

1473. madde: Müvekkil süt al deyip de ne sütü olduğunu tasrih etmezse belde de maruf olan süte hamlolunur.

1474. madde: Müvekkil pirinç al dese vekil olan kimse çarşıda satılan her nevi pirinçten alabilir.³⁶⁸

1479. madde: Vekâlet bir kayıt ile takyid olunursa, vekil ona muhalefet edemez. Ederse satın alması müvekkil hakkında nafiz olmayıp aldığı mal kendi üzerinde kalır.

Fakat müvekkil hakkında daha faydalı bir surette muhalefet ederse manen muhalefet sayılmaz.

Mesela: bir kimse filan haneyi benim için on bir kuruşa al derse, vekil daha ziyadeye satın alsa müvekkil hakkında nafiz olmayıp o hane kendi üzerinde kalır. Amma on bin kuruştan aşağı ise müvekkil için alınmış olur.

³⁶⁵ Süftace:birine borç para verirken ondan bir menfaat beklenen bu nedenle fukahaca mekruh sayılan bir tasarruftur. Terim olarak:bir kişinin gideceği yere kadar parasını koruması şartıyla diğerine verdiği borçtur. Bkz: el Mevsili, **el İhtiyar**, c. 2, s. 287.

³⁶⁶ el Merğınani, **el Hidaye**, c. 3, s. 234; el Mevsili, **el ihtiyar**, c. 3, s. 26-27.

³⁶⁷ Ebû'l-Üla, **Ahmed Cevdet**, s. 114; Öztürk; **Mecelle**, s. 74.

³⁶⁸ Berki; **Mecelle**, s. 309.

Kezalik veresiye al deyip de vekil peşin akçe ile alsa ol mal vekilin üzerine kalır amma peşin akçe ile al deyip de vekil veresiye alsa müvekkil için alınmış olur.³⁶⁹

1482. madde: Bir şeyin fiyatı beyan olunmaksızın satın almak için vekil olan kimse o şeyi dengi kıymeti ile alabildiği gibi az bir aldanma ile dahi alabilir.

Fakat et ve ekmek gibi fiyat ve kıymeti muayyen olan şeylerde az bir aldanma dahi affedilmez.

Amma aşırı aldanma ile alırsa her halde satın alması müvekkil hakkında nafiz olmayıp ol mal kendisinin üzerinde kalır.

1483. madde: Mutlak olarak satın al demek nakit parayla ile satın almaya masruf olur.

Bu suretde bir şeyin iştirasına vekil olan kimse onu bir mal ile trampa etse müvekkil hakkında nafiz olmayıp o şey vekilin üzerinde kalır.

1484. madde: Bir belli bir mevsimde lazım olan şeyi almak için bir kimse diğerini tevkil etse o mevsime masruf olur.

Mesela: bir kimse bir bahar mevsiminde şali cübbe almak için birini tevkil etse o yazın kullanılmak üzere cübbe alması için tevkil edilmiş olur. Mevsim geçdikten sonra yahut gelecek senenin baharında alsa müvekkil hakkında nafiz olmayıp cübbe kendi üzerinde kalır.³⁷⁰

1494. madde: Mutlak olarak bey'e vekil olan kimse müvekkilinin malını aza çoğa yani münasip gördüğü fiyat ile satabilir.

1495. madde: Müvekkil eğer fiyatı belirlemiş ise, ya'ni şu kadar kuruşa sat demiş ise vekil ondan noksana satamaz. Satarsa bey' müvekkilinin icazetine mevkufen mün'akid olur. Ve kendi kendine noksanına satıp da malı müşteriye teslim ederse müvekkil ona o malı tazmin ettirebilir.³⁷¹

Maddelerin çözümlenmeleri:

Yukarıdaki maddelerimizden bazıları mutlak olarak yapılan vekâlet akdini anlatırken diğer bazıları da vekâlet akdinin nassen ve delâleten mukayyet olarak akdedilmesini ve buna göre ortaya çıkacak hükümleri anlatmaktadır. Buna göre maddelerimizi üç grupta sınıflandırabiliriz:

1- Mutlak vekâlet akdi ile ilgili maddeler: 1474. ve 1494. maddeler mutlak olarak akdedilen vekâlet akdi ile ilgilidir. Çünkü; bu iki maddede de müvekkil vekâlet verirken akdi

³⁶⁹ Berki; **Mecelle**, s. 310.

³⁷⁰ Berki; **Mecelle**, s. 311.

³⁷¹ Berki; **Mecelle**, s. 313.

hiçbir kayda tabii tutmaksızın mutlak olarak vekâleti vermiş, müvekkil de buna göre tasarrufta bulunma yetkisine sahip olmuştur.

2- Nassen takyit edilen mukayyet vekâlet ile ilgili maddeler: 1479. ve 1495. maddelerde, müvekkil bizzat akit esnasında hangi şartlarla vekili vekil tayin ettiğini belirtmiştir. Bu nedenle maddelerimizde de hükmü açıklandığı üzere, vekil bu sınırları aşar, müvekkilin koyduğu kayıtlara uymaz ise yaptığı akdi müvekkil için değil kendi için yapmış sayılır.

3- Delâleten mukayyet olan vekâletle ilgili maddeler: ilk iki grupta sınıfladığımız maddelerin dışındaki maddeler ise delâleten mukayyet olan vekâlet akdini anlatmaktadır. Yani; akit esnasında müvekkil açıkça kayıtlar koymamasına rağmen, akit örf ve delâletü'l-hal ile kayıtlanmıştır. Şöyle ki; 1482. maddede olduğu gibi, vekil aldığı malı örfen bilinen normal fiyatı üzerinde bir fiyat ile alırsa bu akit mevkufl olacaktır. Veya; 1484. madde de olduğu gibi; yazın giyilebilecek bir cübbe alması için vekil tayin edilen kişi cübbeyi kışın alır veya; soba alması için vekil tayin edilen kişi sobayı yazın alırsa bu akitler müvekkil adına geçerli olmaz. Vekil, müvekkile “sen sobayı kışın al demedin veya cübbeyi yazın al demedin ki” şeklinde bir itiraz da bulunamaz. Çünkü müvekkil her ne kadar bunları akit esnasında belirtmemişse de delâletü'l-hal gereği belirtilmiş ve takyit edilmiş sayılır.³⁷²

2-Susan kimseye söz isnat edilmez. Fakat konuşulması gereken yerde susma söz ile beyan gibidir.

Maddemizin kaidemiz ile ilgili olan bölümü sadece son cümlesidir.

1485. madde: Bir muayyen şey'in iştirasına vekil olan kime ol şey'i kendisi için iştirada edemez. Ve iştirada ederken ben bunu kendim için aldım dese bile kendisinin olmayıp müvekkilinin olur.

Meğer ki müvekkilinin tayin ettiği fiyattan ziyadeye ve fiyatını belirlemediği surette aşırı bir aldanma ile alırsa o vakit vekilin olur.

Ve bir de müvekkil hazır olduğu halde “ben bunu kendim için aldım” derse o mal vekilin olur.³⁷³

Maddenin çözümlemesi:

Maddemizde de belirtildiği gibi, vekil müvekkil tarafından alması için tayin edilen şeyi kendisi için alamaz.³⁷⁴ Ancak, vekil müvekkilin de hazır bulunduğu bir ortamda aldığı

³⁷² el Merğınani, *el Hidaye*, c. 3, s. 155; el Mevsili; *el İhtiyar*, c. 2, s. 343

³⁷³ Berki, *Mecelle*, s. 312.

³⁷⁴ el Mevsili, *el İhtiyar*, c. 2, s. 345.

şeyi “bunu ben kendim için aldım” der, müvekkil de “ma’radu’l hacat” diye tabir ettiğimiz konuşması gereken bu yerde susarsa, bu sükut vekilin söylediği şeye razı olduğunu gösterir.

3-Hakiki anlam taazzur edince mecaza gidilir

Bu kaidemiz, aşağıdaki maddenin bir kelimesinin kullanışıyla ilgilidir.

1517. madde: Husumete vekil olan kimsenin müvekkili aleyhine ikrarı eğer hakimin huzurunda ise, ise muteber olur. hakimin huzurunda değilse muteber olmaz ve kendisi vekâletten azledilmiş sayılır.³⁷⁵

Maddenin çözümlemesi:

İlgili kaidemizi tahlil ederken söylediğimiz gibi, bazen bir kelimenin hakiki anlamı üç sebepten biriyle kullanılmadığı zaman, lafzın ikincil anlamı diyebileceğimiz mecazi anlamıyla anlaşılmalı çalışılır. Hakiki anlamın kullanılmamasına, “taazzur” denilmektedir. Maddemizde taazzur sebebiyle hakiki anlamda kullanılmayan kelime “husumet” kelimesidir. Husumet, sözlükte, kavga etmek anlamına gelmektedir ki kavga etmek ise şer’an yasaklanmıştır. Bu nedenle bir kişi diğerini, kendisine husumette vekil olması için tayin etse, kavga etmede vekil olmuş sayılmaz. Ancak kelime hakiki anlamıyla kullanılmıyor diye atılmaz ve kelimenin mecazi anlamda kullanılıp kullanılmayacağı araştırılır. Mecazi anlamda kullanılabilirse, kelime ona göre anlam kazanır. Buna göre husumet kelimesi mecazen, aralarında ki cüziyyet- külliyyet ilişkisinden dolayı cevap verme anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, bu kelimenin kullanıldığı vekâlet geçerli olup, vekil müvekkili adına cevap vermekle vekil tayin edilmiş sayılır.

I- Kitabü’l- İkrar (İkrar Kitabı)

Mecelle’nin on üçüncü kitabı olan Kitabü’l- İkrar, Cevdet Paşa’nın Adliye Nazırlığının atanmasından sonra hazırlanmış, Hukuk Muhakeme Usulu ile alakalı konuları ihtiva eden bir kitaptır. Bilindiği gibi Hakimin hüküm verme yollarından biri de ikrardır. Kitap, padişahın onaylaması için gönderilmesinden dört ay sonra 1 Haziran 1876 da onaylanarak yürürlüğe girmiştir.³⁷⁶

Diğer kitapların aksine bu kitapta mukaddime bölümü yoktur. Dört babdan oluşan kitap toplam kırk maddeden ibarettir.

³⁷⁵ Berki, **Mecelle**, s. 318.

³⁷⁶ Ebû’l-Üla; **Ahmed Cevdet**, s. 134; Öztürk; **Mecelle**, s. 77.

Kitabımızda, dört farklı kaidemizle alakalı altı maddemiz vardır.

1-Kelamın hakiki anlamı âdetin delâletiyle terk olunur

1584. madde: Şarta bağlanan ikrar batıldır. Fakat insanların örfünde müddetin gelip çatmasına elverişli olan bir zamâna bağlanırsa, vadeli borcu ikrara hamlolunur.

Mesela: bir kimse diğer kimseye, “ben filan mahalle varırsam yahut filan maslahatı üzerime alırsam, sana şu kadar kuruş borcumdur.” Dese, iş bu ikrarı batıl olup zikredilen paranın verilmesi lazım gelmez. Amma “filan ayın başlangıcı yahut Kasım ayının ilk günü gelirse sana şu kadar borcumdur.” dese vadeli borcu ikrara hamlolunur. Ve o vaktin girmesiyle zikredilen miktarın ödenmesi lazım gelir.³⁷⁷

Maddenin çözümlenmesi:

Bir kimsenin, başka birinin kendisinde olan hakkını haber vermesi demek olan ikrar³⁷⁸, geçerli olabilmesi için bazı şartlara ihtiyaç duyar. Bu şartların ne olduğunu Fıkıh kitaplarının ilgili yerlerine havâle ediyoruz.. Ancak burada maddemizde geçmekte olan bir şartı anlatmamız gerekmektedir. Bir kişinin yaptığı ikrarın geçerli olabilmesinin bir şartı da, ikrarın herhangi bir şarta bağlanmamasıdır. Sadece yapan kişiyi bağlaması yönüyle, fıkhi tabirle, kasır bir hüccet olan ikrar, bir şarta bağlandığı zaman inandırıcılığını kaybeder ve geçersiz hale gelir. Ancak bu hükmün bir istisnası vardır. Şayet ikrar eden kimse, yaptığı ikrarı örfen vadeli olan borçlarda, vade süresinin bitimi için kullanılan bir zamâna bağlarsa ikrar geçerli olur. Çünkü bu durumda, ikrar eden kimse belki de kendisi lehine ikrar edilen kişinin bilmediği veya hatırlamadığı bir borcunun tayin ettiği sürede olduğunu söylemiş olabilir. Tabii burada belirlenen sürenin insanların muamelelerinde biliniyor olması gerekmektedir.

2-Dilsizin bilinen işaretleri dil ile beyan gibidir

1586. madde: Dilsizin bilinen işaretleri ile ikrarı muteberdir. Amma konuşabilen kimsenin işaretleri ile olan ikrarı muteber değildir.

Mesela: bir kimse konuşabilen kimseye “filanın sende şu kadar kuruş hakkı var mıdır?” dediğinde o kimse başını eğmesi ile o hakkı ikrar etmiş olmaz.³⁷⁹

³⁷⁷ Berki; **Mecelle**, s. 336.

³⁷⁸ el Merğınani; **el Hidaye**, c. 3, s. 200; el Mevsili, **el İhtiyar**, c. 2, s. 398.

³⁷⁹ Berki, **Mecelle**, s. 37.

3-Yazışma konuşma gibidir

1606. madde:Kitabetle yani yazı ile ikrar lisan ile ikrar gibidir.

1607. madde: Bir kimsenin kendi ikrarını yazmak üzere diğer bir kimseye emretmesi hükmen ikrardır.

Binaenaleyh, “filan kimseye şu kadar borcum olduğuna dair bir sened yaz” diye katibe emrederek yazdırıp da imza eylemiş yahut mühürlemiş olduğu sened kendi el yazısı ile olan sened gibi yazı kabilindedir.

1608. madde:Tüccarın güvenilir olan defterlerindeki kayıtları dahi yazı ile ikrar kabilindedir.

Mesela: Bir tacir bir kimseye şu kadar borcu olduğunu kendi defterine kaydetmiş olsa o kimseye o kadar borç ikrar etmiş olup ihtiyaç halinde ikrar-ı şifahisi gibi muteber ve yürürlükte olur.³⁸⁰

Maddelerin çözümlenmeleri:

Yukarıdaki iki kaide ile ilgili maddeler, iradenin söz dışında ortaya konulmasında araç oldukları için beraberce çözümlenmeye tabi tutacağız.

1586. maddede dilsiz insanın insanlar tarafından anlaşılan işaretleriyle ikrarın olabileceği anlatılmaktadır. İradenin ortaya konulmasında esas olan sözdür. Ancak dilsiz için bu sözden işaretlere geçiş zaruret sebebiyledir. Ancak zaruretle ilgili önemli bir kaide daha vardır. Bu da “zaruret kendi miktarınca takdir olunur” buna bağlı olarak zaruret sebebiyle meşru görülen bazı şeyler, zaruret ne kadar varsa o kadar geçerlidir. Zaruret miktarının aşılması durumunda meşruluğunu kaybeder. Bu kuralı maddemize uygularsak; dilsiz için maksadını işaretlerle anlatmak zaruretken, konuşabilen kişi için böyle bir zaruret yoktur. Dolayısıyla zaruret gereği meşru olan işaretle iradeyi beyan etme, konuşabilen kimse için geçersizdir ki maddemizle bu hüküm Mecelle’de kanunlaşmıştır.

İkrarın yazı ile caiz ve geçerli olduğunu anlatan diğer maddeler de, kişinin kendi yazısıyla yaptığı ikrarın geçerli oluşuna ilaveten, başka birine yazmasını emretmesi durumunda da ikrarın sahih olduğunu anlatmaktadır.

4-Kelamın i’ mali mümkün olmadığı zaman ihmal edilir.

Kaidemiz bir maddenin kanunlaşmasına tesir etmiştir.

³⁸⁰ Berki, **Mecelle**, s. 346.

1577. madde:Dış görünüşün ikrarı yalanlamaması şarttır. Binaenaleyh bedeninin buluğa tahammülü olmayan bir küçük çocuk baliğ oldum diye ikrar etse sahih ve muteber olmaz.³⁸¹

Maddenin çözümlemesi:

Akıl sahibi bir insanın kullandığı bir kelamı, mümkün olduğu kadar anlamlı sayıp, üzerine hüküm bina etmek gerekir. Hatta onu anlamlı saymak için, kullandığı lafızların hakiki anlamı düşünülemezse, hemen atılmayıp, mecazi anlamıyla anlaşılmaya çalışılır. Bu da mümkün olmaz ise, kelamı anlamsız saymaktan başka bir çare kalmamaktadır. Bir kelamın anlamsız olmasının bir sebebi de, aklın ve duyguların onu yalanlamasıdır. Maddemizde verilen örnekte olduğu gibi, fiziki yapısı henüz buluğa girmeye elverişli olmayan bir çocuğun, “ben baliğ oldum” şeklindeki kelamı kabul edilemez. Çünkü; çocuğun dış görünüşü, söylediğini yalanlamaktadır. Bu nedenle bu çocuğun sözü ihmal edilip, söylediği sözlere itibar edilmez. İkrarın geçerli olmasının bir şartı da, ikrar edenin baliğ olması³⁸² olunca, bu çocuğun yapacağı ikrar da geçersiz olmaktadır.

İ- Kitabı'd- Da'va (Dava Kitabı)

Mecelle'nin on dördüncü kitabı olan Kitabı'd-dava, aynı şekilde diğer kitaplarda olduğu gibi, bir mazbatayla yukarı makamlara gönderilmiş, 31 Haziran 1876 tarihinde padişah tarafından onaylanarak kanunlaşmıştır.³⁸³

İstılahların olduğu bir mukaddime ve iki babdan oluşan kitabımız, 62 maddeden meydana gelmektedir

Biz yaptığımız taramada, kitabımızda bir kaidemizi ilgilendiren yalnızca bir maddeye rastlayabildik.

Kelamın i'mali mümkün olmadığı zaman ihmal edilir.

1629. madde: Davaya sebep olan şeyin var olmasının mümkün olması şarttır. Binaenaleyh; aklen ya âdeten bulunması imkansız olan şeyi iddia etmek sahih olmaz. Mesela: bir kimse kendisinden yaşça büyük yahut nesebi bilinen kimse hakkında bu benim oğlumdur diye iddia etse davası sahih değildir³⁸⁴

³⁸¹ Berki; **Mecelle**, s. 334.

³⁸² El Mevsili, el **İhtiyar**, c. 2, s. 398.

³⁸³ Ebû'l-Ûla, **Ahmed Cevdet**, s. 135; Öztürk, **Mecelle**, s. 78.

³⁸⁴ Berki; **Mecelle**, s. 354.

Maddenin çözümlenmesi:

Bir kimsenin diğerk birinden hakkını hakimin huzurunda talep etmesi demek olan davanın, mahkemede görülebilmesi için dava edilen şeyin imkansız olmaması gerekir. Buna binaen bir kimse aklen veya âdeten mümkün olamayacak bir iddia ile hakimin huzuruna çıksa bu kişinin davası dinlemez. Maddemizde örneği verildiği şekliyle, bir kimse yaşça kendisinden daha büyük olan biri için, “bu benim oğlumdur” diyerek davada bulunsa, demiş olduğu şey imkansız olduğu için davası dinlenilmez. Kitabı’l- İkrar’da aynı kaide ile ilgili geçen maddemizde genişçe anlattığımız için burada şunu demekle yetiniyoruz; böyle bir iddiada bulunan kimsenin kullandığı kelam ne hakiki ne de mecazi anlamıyla anlaşılması mümkün olmadığı için ihmal edilip, söylenmemiş gibi kabul edilir.

K-Kitabu’l- Beyyinat ve’t-Tahlif (Deliller Ve Yemin Ettirme Kitabı)

Kitabımızın adını, *A. Himmet Berki*’nin tercümesiyle, “Delil, şahit ve yemin ettirme kitabı” şeklinde de Türkçeye çevirmemiz mümkündür.

Mecelle’nin o beşinci kitabı olan, Kitabı’l- Beyyinat ve’t-Tahlif, bir önceki kitabın padişah tarafından onaylanışından yirmi gün sonra bir mazbata ile beraber, sadarete oradan da padişaha gönderilmiş ve 3 Eylül 1876 da padişah tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiştir.³⁸⁵

Kitabımız, bir mukaddime ile dört babdan meydana gelmiş olup, toplam 107 maddeden oluşmaktadır.

Biz yaptığımız taramada, bu kitabımızda yalnızca bir kaidemizin kapsamına giren bir madde bulabildik.

Kelamın i’ mali mümkün olmadığı zaman ihmal edilir.

1697. madde: İnsanın duygularının hilafına ikame olunan delil makbul olmaz

Mesela: bir kimsenin yaşıyor veya bir hanenin ma’mur olduğu görülüyor iken o kimsenin vefat ettiğine yahut o hanenin harap olduğuna delil getirilse makbul ve muteber olmaz.³⁸⁶

³⁸⁵ Ebû’l- Ūla; **Ahmed Cevdet**, s. 136; Öztürk; **Mecelle**, s. 79.

³⁸⁶ Berki; **Mecelle**, s. 376.

Maddenin çözümlenmesi:

Kitabu'l-İkrar'ın aynı kaide ile ilgili olan 1629. maddesini çözümlerken söylediğimiz gibi, bir kimsenin söylediği bir sözün i'mal edilebilmesi için aklın ve hissin söylenilen sözü yalanlamaması gerekir. Maddemizde verilen örneklerde görüldüğü gibi, kişi yaşayan ve yaşadığı herkesçe bilinen birinin öldüğüne dair delil getirirse, getirdiği delilin hiçbir anlamı yoktur. Buna bağlı olarak kelam, ne hakiki ne de mecazi anlamıyla düşünülemediğinden en son seçenek olarak ihmal edilir.

Bizim dil ile ilgili olarak düşündüğümüz ve tezimizin üçüncü bölümünde tahlillerini yapmaya çalıştığımız külli kaidelerin, bu bölümde Mecelle'de bulunan kanunlara etkisini ve bu kaideler esas alınarak Mecelle'de hangi maddelere yer verildiğini tespit etmeye ve tespit ettiğimiz maddeleri çözümlenmeye çalıştık. İlgili maddelere bakılınca, daha önce de söylediğimiz gibi, tahlil ettiğimiz tüm kaidelerin aynı derecede Mecelle'deki yasalara etki etmediği görülecektir.

SONUÇ

Yüksek Lisans Tezi olarak, “**Mecelle’de Bulunan Hukuk-Dil İlişkisine Yönelik Külli Kaidelerin Çözömlenmeleri**” konulu çalışmada, “Özet”, “Yargı” ve “Öneriler” başlıkları altında verilen sonuçlara ulaşılmıştır:

I. ÖZET

Mecelle, tam adıyla **Mecelletu Ahkâmi’l-Adliyye** (Adli Kaideler Kitabı, yada Yargılamaya Ait Hukuk Kuralları Derlemesi) akitler ve borçlar hukuku ile sivil muhakeme usulünü maddeler halinde ihtiva eden bir kanunname dir. Mecelle; birincisi fikhın tarifi ikincisi 99 külli kaidenin bulunduğu iki makalenin oluşturduğu bir mukaddime ile konuları birbirinden ayrı 16 kitaptan meydana gelmiş ve toplam 1851 kaideden oluşmuş bir kanun mecmuasıdır. Sekiz senelik bir çalışma sonucu meydana getirilen Mecelle’nin tedvininde, başta *Ahmet Cevdet* olmak üzere devrin tanınmış hukuk otoriteleri vazife görmüşlerdir.

Mecelle metot olarak fıkhıta bir dönemi başlatmış ve sahasında birçok yenilikler getirmiş olmasına rağmen bazı eleştirilerden kurtulamamıştır. Bu eleştirilerden bir kısmı Mecelle’nin sistematığı ile ilgiliyken diğer bir kısmı da, muhtevasına yönelik olmuştur. Muhtevasına yönelik eleştiride, sadece Hanefi mezhebiyle yetinmiş olması ve kendisini tam bir Medeni Kanun yapacak bazı bölümlerden yoksun olması dile getirilmiştir.

Mecelle bazı amillere mebni olarak ortaya çıkmıştır. Bu amiller iki gruba ayrılmaktadır: Birincisi, siyasi ve iktisadi amiller; ikincisi de hukuki amillerdir.

Mecelle heyeti, Mecelle’yi oluştururken kaynak olarak, Hanefi Mezhebini esas almıştır. Kavaidi külliyelerin bir çoğu, *İbn Nuceym* (v. 970/1562)’in “**el- Eşbâh ve’n-Nazâir**” adlı kitabından iktibas edilmiştir.

Mecelle kurulu ilk çalışmasını *Ahmet Cevdet Paşa*’nın başkanlığında, Mecelle üyelerinden; *Seyyid Halil*, *Seyfeddin*, *Seyyid Ahmet Hulusi*, *Seyyid Ahmet Hilmi*, *Mehmet Emin* ve *İbn’ Abidin* oğlu *Alauddin* efendilerin katılımlarıyla Divan- Ahkâm-ı Adliye Dairesinde yapmıştır.

Mecelle kurulu bu çalışmaları, ilk olarak “**Kavâidi-i Külliye**” adı altında, biri fikhın tarifi olmak üzere, toplam yüz maddeden oluşan ana maddelerin tespitine çalışmıştır. Bunu takiben kısa bir zaman içinde 303 maddeden meydana gelen ve Mecelle’nin birinci kitabı olan

“*Kitabu’l- Buyu*” hazırlanmış ve 8 Muharrem 1286 (21 Mart 1869) da padişahın onayıyla kanunlaşmıştır.

Mecelle kendi dönemine göre sistem açısından bazı yenilikler getirdiğinden sadece Türkiye sınırları içinde değil diğer İslam ülkelerinde de uygulama alanı bulmuştur. Nihayet Mecelle, 1917 yılında kendisini tam bir Medeni Hukuk haline getirecek olan Hukuku Aile Kararnamesi’nin ayrı bir heyet tarafından oluşturulmasından birkaç yıl sonra 4 Ekim 1926 da yerini İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’ndan tercüme edilen kanunlara bırakmıştır. Osmanlı devletinin yıkılışından sonra kurulan Türkiye Cumhuriyeti’nde ilğa edilmesine karşın etkileri uzun süre devam etmiştir.

Sözlükte “oturmak” anlamındaki *قعود* mastarından türemiş olan “kaide” (çoğulu: kavâid) binanın üzerine dayandığı temel, bir şeyin aslı esası anlamlarına gelir. Terim anlamı olarak kaide, (ç: kavâid) “Her biri bir çok cüz’inin hükmünü kapsamına alan külli önermeler” demektir.

Külli kaideler, ifade ettikleri anlam ve yapıları bakımından fikhın geliştiği asırlarda, büyük hukukçuların eliyle tedrici olarak ortaya çıkmış ve tekamül etmiştir. Bu kaidelerin metinlerinin ilk olarak, Peygamber Efendimize ait olanları dışında, kimler tarafından söylendiği de bilinmemektedir.

Külli kaidelerde de olan bu tekâmülü göz önüne alarak, bu kaidelerin ortaya çıkışı ve gelişimi üç safhada incelenmiştir:

1-Oluşum ve Ortaya Çıkma Dönemi: Bu dönem, külli kaidelerin müstakil olarak tedvin edilmediği dönem olup, Peygamber Efendimizden, bu tür kaidelerin tedvin edilmeye başlandığı dönem olan hicri dördüncü asra kadar mezhep imamlarının çıktıkları devreyi de içine alan bir dönemdir.

2-Gelişme ve Tedvin Dönemi: Külli kaidelerin müstakil bir ilim haline gelmesi hicri dördüncü asır ve sonrasına rastlar. Bu dönemde külli kaidelerin tedvini özellikle Hanefi Hukukçuları tarafından başlatılmış ve konuyla ilgili güzel eserler verilmiştir. Bu eserlerin en önemlileri; *Ebu’l-Hasen el-Kerhi* (v. 340/951)’nin 39 kaideyi kapsayan **Risâle**’si, *Ed-Debbusi* (v. 430/1039)’nin **Te’sisu’n-Nazar**’ı ve *İbn Nuceym*(v. 970/1562)’in **El-Eşbâh ve’n-Nazâir**’idir.

3-Olgunlaşma Dönemi: Bu dönem, Mecelle ile başlar. Bu dönemde kavaidi külliyye’ler arasında bir uyumsuzluğun bulunması, aynı konuları ihtiva eden kaideler arasında tertibin olmayışı giderilmiştir. Ayrıca Mecelle ile başlayan fikhın kanunlaştırılması hareketlerinde başta Mecelle olmak üzere bu kaidelere kanun maddelerinde atıfta bulunulmaya başlanmıştır.

İslam fıkhî mezheplerinin bu kaidelerle ilgilenmeleri, sırasıyla, önce Hanefiler, Şafiler, Hanbeliler, Malikiler, ve daha sonra Şia mezhebi şeklinde görülür.

Külli kaidelerin İslam Hukukundaki yeri ve önemi hakkında şunlar söylenebilir: Külli kaidelerin İslam fıkhını kolaylaştırmada ve dağınıklığını gidermişlerdir; çünkü bir çok cüz’i hüküm tek bir kaide altına alınıp düzenli bir hal alır; Bunları öğrenme benzer birçok meseleyi ezberlemekten kurtarır; Bu kaideler araştırmacıda fıkhî melekeyi geliştirip, kendi mezhep imamının dikkate aldığı kaidelere göre hakkında bilgisi olmayan meseleleri bu kaideler ışığında çıkartabilir; Bu kaideler sayesinde birbirinden farklı konulardaki hükümler, illetleri tespit edilerek aralarında bağlantı sağlanabilir.

İslam Hukukunda bu kadar önemli bir yer tutan külli kaidelerin, tıpkı bir istihsan veya bir istishab gibi, kendilerinden fer’i hükümler çıkartılmaya uygun, başlı başına birer şer’i delil olup olamayacağı konusunda İslam hukukçularının farklı görüşleri olmasına rağmen, bu kaideler şer’i delil olurlar. Bu kaidelerin delil olmalarına engel olarak, ağırlık vasfını öne çıkarmak tutarlı görülmemektedir. Başka bir anlatımla, hükmü geçerli olduğu yerde külli kaideyi delil sayıp onun hükmüyle amel edilir, geçerli olmadığı yerde de, bir çeşit istihsan yapıp, o konu hakkında özel bir delile başvurulur.

Toplumsal yaşamdaki beklentilerinin bir kısmını ve toplumsal yaşamı güvenceye almak için insanın kural koymakta olduğu ve sözlü hukuktan yazılı hukuka geçildiğinden beri hukukun içeriğinin de dilsel ifade olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre, hukukta dil ilişkisinin önemi, hemen kendini göstermektedir. Hukuk dil ilişkisini belirlemek için dilin işlevlerine bakıldığında, hukuk-dil ilişkisi nitelikli olanları, iletişim ve uygulama işlevleri olmaktadır. Anlam taşıyıcısı ve iletişim aracı olarak dil, hukuk normunun da taşıyıcısı ve iletişim aracıdır. Hukuk normunun uygulanması da, onun anlaşılmasını gerektirir. Her dilsel işaret gibi hukuk da, anlaşılmak için yorumlanmalıdır. Geniş anlamda yorum, anlamı anlamadır. Daha teknik ve dar anlamda yorum, hukuktaki özgür bazı ifade ve terminolojik söylemlerin anlaşılır bir hale getirilmesidir.

İslam Hukukçuları nassın (hukuk kuralı-metin) ne istediğinin ortaya konulmasında günümüz hukukunda “*Lafzi Yorumlama Yöntemi*” ya da “*Deyimsel Yorumlama Yöntemi*” denilen klasik Fıkıh Usulü tabiriyle “*Usulu’l Kavaidi’l Luğaviyye*” “*Usule Ait Dil Kaideleri*” ni kullanmışlardır.

Günümüz Hukuku’da da, yorum konusunda, genellikle, yasama yorumu, yargı yorumu ve bilimsel yorum olmak üzere “yorum çeşitleri”nden veya lafzi yorum, gai yorum, tarihsel yorum, kavramcı yorum, sistematik yorum, menfaatler içtihadı gibi “yorum metodları”ndan ya da *analogia*, *argumentum a fortiori*, *argumentum a contrario* gibi “yorumda kullanılan

mantık kuralları”ndan bahsedilir. Yorum konusunu bu şekilde işlenişi “*klasik yorum teorisi*” olarak adlandırılır. Buna karşın “*realist yorum teorisi*” de vardır. Bunda, gerçek kanun koyucu, metnin yazarı değil, yorumcusudur.

Hukuk-dil ilişkisi bakımından Mecelle’deki külli kaidelerin çözümlemeleri, dil ile doğrudan ilgili olanlar ile dolaylı olarak ilgili olanlar şeklinde yapılabilir; çünkü bu kaidelerden bazıları doğrudan dil ile ilgili iken bazıları ise, örf ve âdetin bir kelimeye sözlük (vaz’) anlamı dışındaki eklediği anlamlar ve bu anlamların insanların hukuki muamelelerinde geçerli hale gelmesi noktasında dolaylı olarak dil ile ilgilidir. Mecelle’de doğrudan dil ile ilgili olarak tespit edilen kaideler on bir tane olup, dolaylı olarak tespit edilenler ise iki tanedir.

Dil ile ilgili kaideler, Mecelle’deki yasaları etkilemiştir, bir başka deyişle, bu kaideler dayanılarak Mecelle’de maddeler meydana getirilmiştir. Ancak, bunda, kaidelerin her birinin aynı derecede Mecelle’deki maddelere etki etmediği görülür. Bazı kaideler birçok maddeye kaynaklık ederken, bazıları ise daha az etki etmiştir; hatta, Mecelle’de maddelere dayanak olmayan kaide bile vardır.

II. YARGI

“Mecelle’de Bulunan Hukuk-Dil İlişkisine Yönelik Külli Kaidelerin Çözümlemeleri” adlı tezin, İslam Hukukunda özelde dil ile ilgili, genelde konu farkı olmaksızın külli kaideler alanındaki katkısını şöyle belirtmek mümkündür.

Külli kaideler kavramının sözlük, terim anlamlarının verilmesi ve konuyla alakalı diğer kavramların açıklanması ve külli kaidelerle olan ilişkisinin belirtilmesi, külli kaidelerin çerçevesinin çizilmesine yardımcı olmuştur.

“Mecelle’de Bulunan Hukuk-Dil İlişkisine Yönelik Külli Kaidelerin Çözümlemeleri” adlı tez, tarihi Peygamber Efendimize kadar dayanan külli kaidelerin nasıl ortaya çıktıkları ve tarih içindeki seyri, İslam Hukukçularını bu konuda çalışmaya sevk eden saikler, dolayısıyla külli kaidelerin İslam Hukukundaki yeri ve önemi ve Külli kaidelerin şer’i delil olabilmeleri ile ilgili konularda etraflıca bir bilgiye ulaşma imkânı sağlamıştır.

Tezde İslam Fıkıh Usulünde hükümler çıkartılırken kullanılan dile dayalı kavramlar açıklanmış günümüzde hukuk dil iliklisinden bahsedilmiş ve bunlarla İslam Hukukunda dilin önemi ortaya konulmuştur.

Mecelle esas alınarak konusu dil olan külli kaideler tespit edilmiş bunlar kendi içinde doğrudan ilgili olanlarla dolaylı olarak ilgili olanlar şeklinde ikiye ayrılmış ve örneklendirilerek tahlil edilmiştir. Ayrıca kaideler tahlil edilirken ortaya çıkışından itibaren yapı olarak bir değişime uğramışsa bu da belirtilmiştir.

Tahlile tabi tutulan kaidelerin Mecelle'deki yasalara nasıl etki ettiği belirtilmiş, bununla soyut ve genel hukuk kuralının somut ve özel bir hadiseye nasıl uygulandığının ortaya konulmasının yanında, Mecelle taranarak çözümlenen kaideler dayanak gösterilerek oluşturulan yasalar tespit edilmiştir.

III. ÖNERİLER

Günümüzde hayatın akışına uymaması nedeniyle meseleci hukuk anlayışının yerine hayatın akışına uygun soyut ve genel hukuk kurallarının benimsendiği bir dönemde, “Mecelle’de Bulunan Hukuk-Dil İlişkisine Yönelik Külli Kaidelerin Çözümlemeleri” adlı tez çalışması hukukta sadece dile yönelik bir alanı kapsamaktadır. Bu nedenle Mecelle’deki diğer külli kaidelerinde takip ettiğimiz metoda benzer bir metot kullanılarak konularına göre ayrılıp yüksek lisans tezleri formatında veya konu farkı gözetmeksizin tümünü ele alarak tahlile tabi tutan doktora tez çalışmaları şeklinde yapılması bu tez çalışmasının faydasını tamamlayacaktır.

Ayrıca tezimizde ancak bir başlık olarak ele alabildiğimiz, Külli Kaidelerin Şer’i Delil olmaları konusunun en az bir yüksek lisans tez çalışması biçiminde araştırılması, külli kaidelerle ilgili yapılacak tüm çalışmalara faydalı olacağından bu konuda da bir çalışma yapılması önerilebilir.

BİBLİYOGRAFYA

- Ali Haydar, *Dürretü'l- hükkam Şerhi Mecelleti'l- Ahkam*, İstanbul 1330h.
- Ali Ulvi, *Telhisu kavaidi'l Külliye Fi İstilahati'l Fıkhiyye*, İstanbul 1317h.
- Bakkal, Ali, *Hanefi Mezhebinde İstihsan Tipleri*, Şanlıurfa 2002.
- Baktır, Mustafa, "*kaide*" maddesi, D.İ.B.İ.A., İstanbul
- Bedir, Murtaza, *Oryantalistlerin İslam Hukuku'nun Mahiyetine dair Tartışmaları*, D.İ.B.Y., Ankara 2003.
- Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle*, Hikmet Yayınları, İstanbul 1982.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, (v.1971) *Hukuku İslamiyye Kamusu*, Bilmen yayınevi, İstanbul, Ts.
- Cerrahoğlu, İsmail, *Tefsir Usulu*, T.D.V.Y., Ankara 1997.
- Dıraz, Abdullah, *Muvafakat ön sözü*, Daru'l- Marife, Beyrut 2004.
- El-Buhari; Abdülaziz b. Ahmed, (v.730) *Keşfu'l- Esrar An Usuli Bezdevi*, Daru Kitabi'l- Arabi, Beyrut 1997.
- Ed-Debbusi, Ebu Zeyd, (v.430) *Te'sisu'n-Nazar*, Yy. Ty.
- Ebu'l-Ula el-Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet*, T.D.V. Ankara 1996
- El Cessas, Ebu Bekir Ahmed b. Ali (v.370), *Ahkamu'l- Kur'an*, Daru'l-Kutubi'l- İlmiyye, Beyrut 1994.
- El- Kâsâni; Alauddin Ebi Bekr Mesud (v.587), *Bedaiu's-Sanai fi Tertibi's-Şerai'*, Daru İhya-i't- Turasi'l- Arabi, Beyrut 1998.
- Ebu Gudde, Abdulfettah (v.1999), Abdulhayy El-Leknevi'nin *El- Ecvibetu'l- Fadila* adlı eserinin sonundaki lahika, Daru's-Selam, Haleb 1997.
- Edip Salih, Muhammed, *Tefsiru'n- Nusus Fi'l- Fıkhi' l-İslami*, Dimeşk 1984.
- El-Ğazzali, Ebu Hamid Muhammed (v.505), *El-Mustesfa Min İlmi'l- Usul*, Beyrut 1997.
- El -Mevsili, Abdullah b. Mesud (684), *El-İhtiyar Li Ta'lili'l- Muhtar*, Şirketu Dari'l- Erkam, Beyrut 1999.
- En-Nedvi, Ali, *El-kavaidi'l- fıkhıyye*, Dimeşk 1994.
- En-Nevevi, Ebi Zekeriyya Muhyiddin b. Şeref (v.676), Kitabu'l- Mecmu' *Şerhi Mühezzeb*, Daru İhya et- Turasi'l- Arabi, Beyrut 2001.

- Es- Sabuni, Muhammed Ali, *Ravaiu'l- Beyan Tefsiri Ayati'l- Ahkam Mine'l- Kur'an*, Dersaâdet, İstanbul, Ts.
- Eş- Şafii, Muhammed b. İdris (v.204), *El-Umm*, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1993.
- Et- Teftezani, Sa'duddin Mesud b. Ömer (v.793), *Et- Telvih ila Keşfi Hakaiki Tenkih*, Şirketu Dari'l- Erkam, Beyrut 1998.
- El- Megnisi, Mahmud b. Hasen, *Muğni't- Tullab*, Salah Bilici Yayın Evi, İstanbul, ts.
- El-Merğınani, Burhaneddin Ali b. Ebi Bekr (v.593), *el-Hidaye*, Daru'l Kutubi'l- İlmiye, Beyrut 1990.
- El- Meydani, Abdulğani el Ğuneymi, *El-Lubab Fi Şerhi'l-Kitap*, Daru'l-Kitabi'l- Arabi, Beyrut 2003.
- En-Nesefi, Ebu'-Berekat Hafuziddin Abdullah (v.710), *El- Menar Fi Usuli'l- Fıkh*, Dersaâdet, İstanbul, ts.
- Hallaf, Abdulvehhab, *İlmu Usuli'l-Fıkh*, Lübnan, Ts.
- Hamevi, Ahmed b. Muhammed, *Gamzu Uyuni'l- Besair Şerhi Kitabı el Eşbah Ve'n- Nezair*, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1985.
- Heyet, *Kur'an'ı Kerim, Tarihselcilik ve Hermenötik*, Yeni Ümit Kitaplığı, İzmir 2003.
- Heyet, *El Mu'cemu'l- Vesit*, "Kaide" maddesi, Çağrı yayımları, İstanbul 1996.
- Heyet, *Hulasatu Usuli'l- Bahs Fi'l- Kavaidi'l- Fıkhiyye*, Kahire 2003.
- Görmez, Mehmet, *Sünnet ve Hadisin Anlaşılması ve Yorumlanmasında Metodoloji sorunu*, T.D.V.Y., Ankara 2000.
- Gözler, Kemal, *Realist Yorum Teorisi ve Mekanik Anayasa Anlayışı*, Anayasa Yargısı, Ankara 1990.
- Güler, Mehmet Nuri, *Ebu Hanife'nin Hukuk Anlayışının Batılı (Avrupa) Hukuk Ekolleri Arasındaki Yeri*, İ.A.D. Türkiye Ekonomik ve Kültürel Dayanışma Vakfı, Ankara 2002.
- Gür, A. Refik, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, Sebil Yayınevi, İstanbul 1975.
- Işıқтаç, Yasemin, *Dil Yorumlama Ve Hukuk İlişkisi*, Ankara Dergisi, Sayı 2001/1
- İtir, Nureddin, *Menhecu'n- Nakdi fi Ulumi'l- Hadis*, Daru'l- Fikir, Dimeşk 1988.

- İbn Abidin, Muhammed Emin (v.1252), *Resmu'l-Mufti*, (Resailu İbn Abidin içinde) yy. ts.
- İbn Abidin, Muhammed Emin, *Neşru'l Arf fi binai Ba'di'l- Ahkami Ale'l- örf* (Resailu İbn Abidin içinde) yy. ts.
- İbn Kayyim el Cevzi, Muhammed b. Ebi Bekr (v.751), *İlamu'l- Muvakkiin An Rabbi'l- Alemin*, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1991.
- İbn Melek, Abdullatif, *Şerhu'l Menar Usulu İbn Melek*, Salah Bilici kitap Evi, İstanbul, ts.
- İbn Nuceym, Zeynuddin b. İbrahim (v.970), *El-Eşbah ve'-n Nezair*, Daru'l- Fikir, Beyrut 1999.
- İbn Haldun, Abdurrahman (v.808), *Mukaddime*, Daru't-Turas, Kahire 2004.
- İbn Kesir, Ebi'l- Fida İsmail, *Tefsiru İbn Kesir*, Daru'l- fikir, Beyrut 1996.
- İbn Receb el Hanbeli, Ebi'l-Ferec Abdurrahman, *el-Kavaid fi'l Fıkhi'l İslami*, Mektebetu't- tayyibat el Ezheriyye, Kahire 1972.
- İmamu'l-Harameyn El Cüveyni, Abdumelik (v.478), *Akidetu'n-Nizamiyye*, M.Ü.İ.F.Y., İstanbul, Ts.
- Hayrettin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul 1989.
- Özafşar, M. Emin, *Hadisi Yeniden Düşünmek*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 1998.
- Özdemir, İbrahim, *Vaz' İlminin Doğuşu, tarihi Gelişimi Ve Diğer Disiplinlerle İlişkisi*, Fırat Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Elazığ 2005.
- Öztürk, Osman, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İ.İ.A.V., İstanbul 1973.
- Paçacı, Mehmet, *Kur'an ve Tarihsel Yorum*, Kur'an ve Dil, Dilbilim Sempozyumu, Y.Y.Ü.İ.F. Erzurum 2001.
- Sadru'ş-Şeria, Ubeydullah b. Mesud (v.747), *Et- Tevdih Şerhi't- Tenkih*, Şirketu Dari'l- Erkam, Beyrut 1998.
- Seyyid Bey, *el-Medhal*, Asitane kitap evi, İstanbul, ts.
- Soysaldı, Mehmet, *Kur'an'ı Kerimi Anlama Metodolojisi*, Fecr Yayın Evi, Ankara 2001.
- Sıbai, Mustafa, *Es'- Sünnetu Ve Mekanetuha Fi't-Teşrii'l-İslami*, Daru'l- Varak, Beyrut 2003.
- Subhi Salih, *Mebahisu Fi Ulumi'l-Kur'an*, Daru'l-İlim, Beyrut 1997.

- Suyuti, Celaluddin Abdurrahman (v.911), *El-eşbah Ve'n-Nezair Fi Kavaid Ve Furuu'ş-Şafiyye*, Mektebetu Mustafa el Baz, Riyad 1997.
- Şa'ban, Zekiyyuddin, *İslam Hukukunun Esasları*, trc: İbrahim Kafi Dönmez, T.D.V.Y., Ankara 1996.
- Şevkani, Muhammed Ali (v.1255), *İrşadu'l- Fuhul ila Tahkiki'l-Hakki min ilmi'l Usul*, Beyrut 1994.
- Topaloğlu, Bekir, *Allah'ın Varlığı*, D.İ.B.Y., Ankara 1998.
- Zencani, Şihabüddin Mahmud b. Ahmed, *Tahricu'l- Furu' Ale'l- Usul*, Muessesetu'r-Risale, Beyrut 1979.
- Zerka, Ahmet Muhammed, *Şerhu'l-Kavaidi'l-Fıkhiyye*, Daru'l kalem, Dimeşk 1989.
- Zerka, Mustafa, Zerka, Mustafa Ahmet, *El Medhalu'l-Fıkhi'l- Amm*, Matbaatu'-Turbin, Dimeşk 1968.
- Zeydan, Abdulkerim, *El-Veciz fi şerhi'l- kavaidi'l- Fıkhiyye*, Muessesetu'r-risale, Beyrut 2001.
- -----, *El-Medhal li Diraseti'ş-Şeriati'l-İslamiyye*, Muessesetu'r-Risale, Beyrut 2002.
- -----, *El-Veciz fi Usuli'l- Fıkıh*, Muessesetu'r-Risale, Beyrut 1999.

