

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
İLÂHİYAT FAKÜLTESİ YAYINLARINDAN :

IV

HUKUK TARİHİNDE
İSLÂM HUKUKU

BİRİNCİ KISIM

Ankara İlahiyat ve Hukuk Fakültelerinde
Ord. Prof. SABRİ ŞAKİR ANSAY

Düzeltilmiş ve genişletilmiş

İKİNCİ BASI

İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort. ANKARA — 1954

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
İLÂHİYAT FAKÜLTESİ YAYINLARINDAN :

IV

HUKUK TARİHİNDE
İSLÂM HUKUKU

Ankara İlahiyat ve Hukuk Fakültelerinde
Ord. Prof. SABRİ ŞAKİR ANSAY

Düzeltilmiş ve genişletilmiş

İKİNCİ BASI

İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort. ANKARA — 1953

Birinci Basıma

Ö N S Ö Z

Bu eser Ankara Hukuk Fakültesi birinci sınıfında Hukuk Tarihi dersleri arasında İslâm hukukuna dair yapılan takrirlerin genişletilmesi ile meydana gelmiştir. Bu şekilde kitap umuyorum ki genç öğrencilere İslâm hukuku ve başlıca Hanefi hukuku hakkında bilgi vermekle beraber bu hukuk üzerinde çalışmak isteyenlere düşünme ve araştırma vesile ve imkânlarını da hazırlayabilecektir. Kitapta okuyuculara Türkçe yazılmış eser ve yazıların başlıcalarından haber verilmiş. Osmanlı imparatorluğunun ve eski Türkiye'mizin bütün kurumlarında, idare ve siyaset işlerinde yaşamış olan fıkıhın tesirlerini daha yakından görebilmeleri için aydınlatıcı kayıt ve işaretler yapılmıştır. Bunlar aynı zamanda Türk ve Osmanlı tarihlerinde ve çünkü hukukumuzda geçen ve bugün genç aydınlarımıza yabancı gelen birçok mefhum ve ıstılahların pek az bir kesiminde de olsa bir lûgatçe işini görecektir. Bütün bunlarla beraber kitabın eksikliği elbette çoktur. İslâm hukuku gibi dağınık bir hukuku sistemli bir eser halinde toparlamak gerçekten güçtür. Kitapta takip ettiğim Bergstraesser'in eseri sanıyorum ki bunu bir dereceye kadar başarmaya çalışmıştır.

1/ Temmuz/1946

Ankara — Demirtepe

İslâm'ın temiz, ince ruhunu, yüksek ahlâkını sözlerinde, işlerinde temsil eden pek sevgili, rahmetli Babam Fatih Dersiâmlarından Beyşehir (Tavgana = Doğanbey) li Ahmed Şakir'in ruhuna derin hürmetlerimle.

İkinci Basıma

Ö N S Ö Z

Bu kitap 1946 da ilk defa bir nüsha olarak basıldı ve pek kısa bir zamanda tükendi. 1951 yılı Haziranında İlahiyat Fakültesi «İslâm Huku-ku» kürsüsüne davetim, eseri yeniden ele almağa beni mecbur etti. Kitapta bu kere mahy ve isbat yolunda ba'zı değişiklikler yaptım ve onu biraz da genişlettim. Billhassa kazuist bir yolda gelişerek pek dağınık bir hal almış olan Hanefi hukukunun tam bir izahını yapabilmek iddiasında, elbette gene uzağım. Bununla beraber bir işin tamamını başaramamak, hepsini ih-mâle sebep olmasa gerektir.

Hukuk, bir itikat işi değil, dünya ve hayat müessesesi, onun nizamıdır. Fakat onu Şarkta hâlâ d.n kisvesi altında tutmak isteyenler vardır. Bu telâkki millettir, memleketin kalkınmamasına, uzun ve derin ıztıraplarına sebep olmuştur. Eski devirlerden bugünkü anlamda bir lâiklik beklenemezse de bugün aramızda hâlâ Mecelleye veya Suûdî Arabistan'daki otoriteye hasret çeken ulemacılara rastlanabilmektedir. Bin bu kadar yıl önce mer'i olduğu toprakların halkına, onların yaşayış seviyelerine ve ihtiyaçlarına pek uygun olabilen bir nizamı, hayat şartları, siyasi münasebetleri büsbütün başka olan bir cemiyette özlemek, yalnız bugünü değil, dünü de anlamak kabiliyetinden mahrum bulunmak demek olur.

İslâm, bu âlemde insanların, fitratları olan medeni hayatı yaşayabil-meleri için bir nizama muhtaç oldukları ve bu nizamın muhafazası lâzım geldiği esasını pek güzel takdir eder (Mecellenin 1 inci maddesinin izahı). Ancak bu nizam ve onu muhafaza ebedî kanunlarla değil, pek tabii olarak daima değişebilen hâdisata göre lüzumlu tedbirleri almakla mümkündür. İslâm uleması, sadece sonraki devirlerin ahlâk bozukluğundan sık sık bah-setmişler, fakat hayatın mukadder olan değişmelerinden haberdar olmak istememişlerdir; İslâmın ilerde göreceğimiz ve muuzaffer bir kanun koyucusu için her vakit düstur olabilecek yüksek prensiplerini geliştirememişler ve ba'zan bütün bir tarafa bırakmışlar; ferd'n himayesinde ifrâta gider-ken öbür taraftan onu ihmal etmişler, islâmın esas umdelerinden olan ha-yat, hürriyet, mülkiyet ve iktisap haklarına, rızâ ve râdeye, krediye lâyük olduğu sağlam, mevki verememişlerdir; gene bu ulema dünyaya gözlerini kapayıp kelime ve mefhumlarla uğraşmışlar ve skolâstik, çürük bir mantık içinde bocalamışlar, nihayet yaratıcı akla hitab eden İslâmı, cehlin istilâsı altında anlayamaz olmuşlar; onun dinamik hukukunu nakillere ve muaye-

nesi, teemmülü memnu' kavillere irca' cansız hale sokmuşlar; bütün ilmi, iktidarı, hukukun gayesi olan hâdiselerin icablarını nizamlamakta değil de bil'akis onları çok eski zamanların ihtiyaçlarına göre dökülmüş kalıplara, kaidelere uydurmakta görmüşler; faideye, i'tibar etmemişlerdir. Hukuka verilen dinî karakterin çok hazin neticesi olarak bir çok çıkmazlarda bir takım çarelere baş vurmak mecburiyeti hâsıl olmuş, bu da ba'zan yalancılığa, riyaya, gerçekten hiyle denecek aşağılığa götürmüş ve böylece din kudsi, ulvi mevkiînder, hukuk da ma'nevî nüfuz ve otoritesinden kaybetmiş, her ikisine karşı bir lâübalîğe yol verilmiştir. Bunları te'yit için şu hükümleri nakl ediyorum :

Kadın, iddeti bitmiş olmadıkça kocasını gasl edebilirse de koca ölmüş karısını yıkayamaz. Bazılarına göre yıkayabilir. Bir nassda kadının öldükten sonraki durumundan «zevce» sözü ile bahsedilmiştir. Zevce ölünce kocasına mahrem ve yabancı değildir. Fakat kadın öldükten sonra dahi kocasının karısı olsa onunla c'nsî münasebeti de meşru' görülmeğe icab edecektir; ölü kadın ile böyle bir münasebet ise caiz olamayacağından kocanın ölü karısını gasl de etmemesi lâzım gelir; nass'daki zevce mecazî ma'nâdadır (Hacı Zihni, Kitâb üs salât s. 575; Fikir hareketleri, sayı 31, s. 69).

Mahmud Es'ad, Tarihi İlmî Hukuk (1331) unda yazıyor: «Hâlâ bir İslâm bankası açmak arzusunda bulunanlar muamelelerin n meşru olması maksadiyle ne yapmak lâzım geleceğini öğrenmek için ulema mevkiini işgal edenlere müvacaat ediyorlar; hâlâ gişede bir Ali efendi fetvası bulundurarak ribh i mülzem i şer'i mukabilinde biçare kitabın günde nice bin kere satılması lâzım geleceği cevabını alıyorlar. Eslâf ı izamımız, zamanlarımızın efkârı diniyesini tatmin için gerek tarafeyince ve gerek hâkim indinde hiç bir hakikati tebdil etmediği derkâr olan olan- böyle bir hiyle i şer'iyyeyi icad etmemiş olsalardı acaba bu mini mini ulemâ bu müsteftilere ne cevap verecekler ve müsteftiler muamelelerine ne yolda devam eyleyeceklerdi. İşte böyle bir zihniyette bulunan ve o ulemanın re'yine tâbî olan bankerlerin Avrupa bankerlerine karşı ne acınacak halde kalacakları izâha muhtaç değildir.» (s. 225 n. 1).

Küçük yaşta iken velis'inden başka biri tarafından evlendirilen kız, bâliğ olduğu anda işhât ile nikâhı feshettirmek hakkını haiz olduğundan kendisinde bülûğ eserini gece yarısı idrâk eden bu kız o saatte şahit bulamazsa sabah olunca tedarik edeceği kimseler huzuurunda «ben şimdi kan gördüm, nefsi mi ihtiyar ve sizi de işhât ediyorum» diye şer'an yalan söyleyecek ve eğer gece yarısı gördüm, fakat şahit bulamadım diyerek hakikati söylerse muhayyerliği sâkit olacağından nikâhı bozduramayacaktır. Bu gibi yalanların meşru' olduğu açıktan açığa fık'h kitaplarında beyan edilmektedir.

İslâm hukukçuları ba'zan kazuistde çok ileri gitmişler ve tamamıyla indî denecek fetva ve hükümler vermişlerdir. Haydar Mollanın Mecelle şer-

binden (Kitab ül gasb sonu s. 939, No. 6) aldığım şu satırları okumak bu babta bir fikiredinmek için kâfidir. «Bir kimsemiz mezru, tatarlasına başkasının himarı girip o kimse de tutarak kulağını dibinden kesse kıymetinin noksanını zâmin olur. Şu kadar ki himar kâdi nin rukubuna mahsus ise bunun kuyruğunu kesen kimseye bütün kıymetin tazmini lâzım gelir.»

Kur'an i kerim, yalnız hukukta değil ibâdetde dahi kolaylık emreder; işte Muzzemmil suresinden : «Fekreû mâ teyessere min el Kur'an i» (Sure, 77, âyet 20, aşa. s. 36 bak.). Hanefî âlimlerinden İmam Serahsî Kitab ül mebsut'unda, İslâm'da asıl olan, kolaylık için güçlüğü terktir ««terk ül usrihilyusri» demek ve müddeasını tenvir ve te'yid için «Allah s'zin için güçlük değil kolaylık murâd eder» âyeti «Yuriduullahu bikümül yüsre ve lâ yuridu bikümül usre» ile «Hayru dinikum ül yusru ve yessira ve lâ tuassirâ, karribâ velâ tuneffirâ» hadisini naklediyor (El Mebsub, cild 10, Kitab ül İstihsan s. 145). Hanbelî mezhebi âlimlerinden İbni il Kayyim il Cevzî de şeriatta harec'in, sebîli bulunmayan bir teklifin mevcudiyetini iddîa, fâhiş galattır; şeriatin mebnâsı meaş ve meâdim mesalihidir, diyor. Kur'anı, doğruluğu ta'lim, yalandan, yalancadan nefret eden, Peygamberinin Emin lâkabı ile bi-hakkın öğünen İslâmın hukuku, elbette kötü niyete ve hakkı kötüye kullanmağa, başkalarını iznara temâmen kapalı dürüst yollarda gidebilirdi. Fakat fıkâh, maalesef bu ideal istikâmetlerde inkişaf ettirilememiştir.

Fukahâ kendi kurdukları mantık ve sistemle kur'andan istedikleri ma'nâyı çıkarabildikleri, bir âyette sarîh surette «borçlandığımız zaman bunu kâtîb i adle tevsik ettiriniz» meâlinde verilen emri pek âlâ ihtiyarî bir hüküm olarak kabul ettikleri halde kadını hayattan uzaklaştırmak için kur'anı zorlamışlar, Kur'an bizzat kocanın karısını boşamasını bir takım kayıtlar altına aldığı ve Peygamber talâkı en nefret edilecek bir helâl olarak tavsif ettiği halde, meselâ evlerine dönmekte olan bir karı kocanın تنها bir sokakta veya gece vakti önlerine çıkan bir alçağın, evvelâ kocanın alınına dayadığı revolverle karısını boşatmasını ve sonra aynı muamele altında karıyı kendine nikâhlanmasını, beşikteki çocukların evlendirilmelerini mu'teber ve caziz saymışlar, miras âyetlerini ebedî akâid emirleri gibi alırken diğer taraftan zürri vakıflarla mensuh hale sokmakta beis görmemişlerdir. İslâm uleması geçinçler Kur'an'a, hadise uysun, uymasın fukahâ metrukâtını intifa' ve istismarı kendilerine tahsis edilmiş bir vakıf gibi tutmuşlardır. Kur'anda müslimin ahde, akde vefâsı, riâyeti emredildiği, ticaret, kazanç teşvik olduğu halde akidleri alay alay şartlar altında fesât ve buutlanla damgalamışlar ve böylece muâmele ve mubâdeleyi felce uğratmışlar, İslâm iktisadiyatını öldürmüşler ve bu fâsit bâtil denilen akitleri, memleketin ihtiyacı örf ve teamüü icabettirse dahi bunları helâl saymag «Meazallah din ve imanın tehlikeye düşmesini müstelzim olur» diye halkı korkutmuşlardır.

Osmanlı İmparatorluğunun Meşihât makamında ve en yüksek fetvâ

merciinde oturan mini mini ulemâ yakın zamanlara kadar bankanın, sigortanın, karantinanın gayri caiz veya küfür olduğunu, erkek hastânelerde kadın hasta bakımının hizmet edemeyeceğini ve daha bunlar gibi bir çok hükümleri fıkıh kitaplarına istinadla hep İslâm dîni (hukuku) adına iddia etmekten çekinmemişlerdir.

Kitabımızda görüleceği veçhile gerek Kur'ân i Kerimde ve gerek hadîslerde zaman zaman nesih'ler olmuş, bir takım hükümler sonradan ortaya çıkan icablar altında kaldırılarak yerlerine yenisi konmuştur. Hazret i Peygamberin işlerinde, sözlerinde değışmez, bir hukuk tasavvuru görülemez; zamana, muhite, şartlara ve icaplara göre hareket kabiliyetinin kendilerinde en mümtâz, en yüksek derecede tecelli ettiğini İslâm kaynaklarından ve tarihinden kolayca anlamak mümkündür.

Bu kitapta hukuk tarihi ile ve İslâm hukuku ile ilgilenenlere bu babda topluca bir bilgi vermek gayretinden başka memleketimizin o hukukta niçin ve nasıl cezri bir inkılâp yapma zorunda kaldığının âmilleri de yer yer görülecektir.

Ankara - Demirtepe
10/12/1952

GİRİŞ

1 — İslâm (1) hukuku, hukuk tarihi bakımından çok ilgili bir konudur. Biz Türkler için ise ayrıca önemi vardır. Türk dünyasını uzun yıllar idare etmiş (Barthold - Köprülü, İslâm Medeniyeti Tarihi s. XVII ve XIX, s. 154 bak.) ve Osmanlı İmparatorluğunun siyasi, içtimai, iktisadi varlıklarını avucu içinde tutmuş olan bu hukuk elbette bilinmeğe değer. İslâmdan sonraki bütün Türk tarihi ve o tarihin bütün safhaları bu hukuk ile anlaşılabilir denilse mübalâğa edilmiş olmaz. Hususiyile, Yeniçerilerin kaldırılmasından sonra ve Tanzimattan bu yana memleketimizde gördüğümüz bütün garblaşma teşebbüslerimiz bu hukuk ile ilgilidir ve bununla aydınlanabilir. Nihayet Cumhuriyet devrimizin önemini ve büyüklüğünü iyice anlamak, bu hukuku ve oynadığı rolleri bilmekle mümkündür.

İslâm hukukunun, sadece kendine mahsus bir hukuk tipi olarak bir mukayeseye konu olması bakımından değil de bugün hâlâ yurdumuzda bazı eski olaylar alanında kendisiyle karşılaşılması ve uzak, yakın Türkiye dışındaki İslâm toplulukları bir yana, komşumuz bulunan bir çok yerlerde, Irak, Suriye, Mısır gibi ülkelerde ve Şii mezhebi içinde İran'da az veya geniş mikyasta yürürlükte olması ve o ülkelerde vuku'u duyulan yenilik hareketlerinin anlaşılması bakımından da önemi vardır.

2 — İslâm hukuku, bütün öbür hukuklardan temel ayrılığı olan bir hukuktur. Madde ve şekillerinde başka hukuklarla zarurî surette geniş temaslara rağmen telâkkisinde ve gelişmesinde tam bir özellik taşır. Onun Roma hukukuundan alınmış, kopye edilmiş olduğu her halde iddia edilemez. Avrupalılardan, Amerikalılardan geçen ve bu yüzyıl içinde İslâm hukuku ile ciddi surette iştigal edenler çoksa da İslâm ulemâsı son günlere kadar Roma hukukuna teveccüh göstermediklerinden (2) bilhassa İslâm hukuku-

(1) İslâm, şeri' dilinde iman, lûgatte inkiyâd, teslim olma, Allahın iradesine teslimiyet gibi manâlara gelir.

(2) Sait Paşa hâtıratı cild I s. 178:

Terakki taraftarı bildiğimiz ulemâdan Ali Haydar Efendi bir gün nezdime gelüp «Hukuk Mektebinde Roma Hukuku tedris olunuyor, haberiiz var mı Tahkik ve men' etmelisiniz» zemîninde ihtarda bulunmuştur. «Mlla Husrev'in eydi ulemâda mütedâvil olan «Mirât ve Mirkât» ı Roma Usul Hukukuna mutabakat etmiyor mu? cevabıyla muâzırın ifadesini geçiştirdim.

ları tarafından bu iki hukuk arasında ve Roma hukukundan ne dereceye kadar iktibaslarda bulunulduğu hakkında tam, etraflı tetkik ve mukayeseler yapılmamış ve İslâm hukukunun başka hukuklar üzerinde tesirleri olup olmadığı üzerinde de durulmamıştır. Ömer Nasuhi Bilmem İslâm hukukunun Roma hukuku ile münâsebetlerinden bahsederken Mısır ulemâsının da tetkiklerine atf yaparak «İslâm hukuku kudsî ve istisnâî bir mahiyeti haiz olduğunu, başka hukuk müesseselerinden istifade etmiş olması düşünülemiyebileceğini söylemektedir (Hukuk i İslâmiyye ve İstilâhat i Fıkhiyye, cild 1, s. 338). Savvas Paşa da : «bu iki hukukun menbalarının farklı bulunduğu şüphesizdir. Justinien hukuku, insan aklının eseridir; İmam i âzâmın hukuku ise münhasıran Kelâm ul laha ve Peygamberin sünnetine istinad eder. İslâm kanununun hiç bir hükmü, hiç bir maddesi yoktur ki İslâm teşri'i binâsının bu iki köşe taşından biri veya öbürü üzerine oturtulmuş olmasın» diyor (Etude sur la théorie du droit Müslüman, s. XXI). Goldzieher (Vorlesungen s. 4), İslâm hukukunda Roma hukuku izlerini inkâr kabil olmadığını söyler (İslâm ansiklopedisi, fıkıh kelimesine de bak.). Bergstraesser'e göre de İslâm ansiklopedisi, fıkıh kelimesine de bak.). Bergstraesser'e göre de İslâm kendinden önceki câhiliyyeden bâriz surette ayrılmış, İslâm hukuku bir vahdet arz etmeyen, eski Arap bedevî telâkkilerini, Mekke ticâret şehrinin mübadele hukukunu, Medîne vâhasının zirai hukukunu ve fetih zamanlarında kabul edilen yabancı menşeli türlü türlü unsurları ihtiva eden hukuk malzemesinin mahsulü olup bütün bunlar, muhtelif sahalarda muhtelif surette derin tesir yapmış olan aynı dinî etik ve rituel bir görüş altında birleşmiş, hemen hemen tamamıyla asli, yepyeni bir yaratma mahiyetinde hukuk kaideleri olacak surette ortadan kaybolmuşlardır.

Hakikaten Milâdden daha yüzyıllarca önce Mina ve Sabâ tâcirleri merkez ve şimaldeki bedevîlerle temasta idiler. Arab sahillerinde bir çok İran tâcirleri vardı. Musevî şeriati pek eski zamanlarda, İsevîlik de daha ilk devirlerinde Arab yarımadasına girmişti. Örf ve âdâtın, hukukun bir câzibesi, bir şirâyet hassası vardır. Fakat şu ciheti biz de tekrar edeceğiz ki İslâm yabancı unsurlardan ne almış ise hep kendi bir ve aynı islâm potası içinde kaynatmış, kendi, büsbütün başka, dinî sistemi içine sokmuştur. Bundan dolayı İslâm hukukunu başlı başına bir hukuk olarak tammak pek yerinde olur. Bu hukuk binası tamamıyla başka bir tip, başka bir manzara arz eder (1).

(1) Şunlara da bak: Corci Zeydan, Medeniyet-i İslâmîyye Tarihî, cilt 1 s. 74. Mahmud Es'ad, Tarih i İlm i Hukuk s. 228, 252-54. Tarih i Din i İslâm, cild 1, Medhal s. 490 ve sonr. Kaytano, cild 1, s. 24, cilt 3, s. 233. Goldzieher, Paris. s. 42 ve sonr. s. 63, 64. Ahmet Reşit Turnagil, İslâmiyyet ve Milletler Hukuku s. 8 - 3 - 15 Nallino, Nuovo Digesto Italiano daki Dritto Musulmano kelimesinde Roma Hukukunun, Yahudî ve Sasanî hukukunun İslâm hukuku üzerinde pek az tesiri olduğunu söylüyor.

ESERLER

3 — İslâm hukuku üzerine yazılmış aslı eserler en ziyade ve şüphesiz Arab dilindedir. Bu eserlerden bir kısmı rahmetli hocam Seydişehirli Mahmud Es'ad'ın «Tarih i İlm i Hukuk» adlı eserinde (s. 247 - 249) gösterilmiştir. Bunlardan usûl i fıkha dâir olanları Şems ül eimme Serahsî'nin eseri ve Sadr us Şeria'nın Tenkih ve şerhi Tevzih, Sa'deddin i Teftâzânî'nin Tavzih üzerine yazdığı hâşiye olan Telvih, Mollâ Husrev'in Mirkat'ı ve şerhi olan Mir'ât ı ve sairedir. Furûa dair başlıca eserler de şunlardır.

İbrahim Halebinin Multek al Ebhur'ı (1) (ba'zı ecnebilerin fıkıh a dâir yazdıkları eserlere me'haz olmuştur. Mevkufât adıyla da Türkçeye tercüme edilmiştir). Bu eserin Mecme ul Enhur adlı hâşiyesi vardır ki Dâmad adını taşır. Multek al Ebhur'un yazılmasında başka eserlerden istifade edilmiştir: Tâc uş Şeria'nın Vikâyesi (ki oğlu Sadr uş Şeria tarafından şerh edilmiştir) ve Burhâneddin Merginani'nin Hidâyesi gibi, Molla Husrev'in Gurer ve şerhi Dureri (bu eser Mektebi Kudat da okutulurdu, Türkçeye tercüme edilmiştir); Kudurî'nin Muhtasarı ve İbn i Abidin'in (Dürrülmuhtha hâşiyesi olan) Reddülmuhtar ı (beş cilttir; tekmilesi de muteber eserlerdendir.) Tahtavi de en iyi eserlerden sayılır; Türkçeye tercüme edilmiştir (tercümesi 7 cilttir).

Türkçe fıkıh ve usul eserleri olarak Mahmud Esad'ın «Usûl i Fıkıh» ı (İstanbul 1802), «Telhis i Usûl i Fıkıh» ı (İstanbul 1309), «Münâkâhât ve Müfârekât» ı ve «Ferâid ül Ferâiz» adlı kitapları, büyük lâkabı ile anılan Haydar Molla'nın Hacı Adil tarafından neşredilen «Usul i Fıkıh Dersleri», Ahmed Hamdi'nin «Muhtasar Usûl i Fıkıh» ı, Süleyman Sırrı'nın «Hedhal i Hıkıh» ı, İstanbul Darülfünun dersleri meyânında Seyid Beyin «Usûli Fıkıh dersleri», Manastırlı İsmail Hakkî'nin «Usûl i Fıkıh Dersleri», İzmirli İsmail Hakkî'nin «İlm i Hilâf» ı ve «Yen İlm i Kelâm» ı Manastırlı İsmail Hakkî'nin «Vesâyâ ve Ferâiz» i, Hacı Zihni'nin «Münâkehât ve Müfârekât» i, Karınabadlı Ömer Hilmi'nin «Ahkâm ül Evkaf» ı ve «Kitâbüddiyyât ve Cinâyât» ı, bilâhare Fetvâ Emîni olan Ali Haydar'ın dört cildlik Mecelle

(1) İbrahim Holebi Fatih câmiinde imam ve hatip idi. Müderrisliği de vardı. Müderris ve hatib iken 956 da 90 yaşını geçkin olarak vefat etti. Müellif bu kitabını Vikaye, Kudûri Kenz, Muhtar Mecmua ul Bahriyye ve Hidâyeden alıp topladığından bu isimle adlandırılmıştır. Kitap Sultan Ahmed'in oğlu Sultan İbrahim zamanında Sonu A'zam Mustafa Paşa'nın teşviki ile Mehmet Mevkûfatı tarafından terceme edilmiştir.

şehirleri, İstanbul Müftüsü Ömer Nasuhi Bilmen'in altı ciltlik «Hukuk i İslâmiyye ve İstılâhat ı Fıkhiyye» adlı eseri vardır (bu son eserin hepsi de çıkmıştır). Bu liste şüphesiz tam değildir. Burada unutulmuş ve aşağıdaki bahislerde verilecek daha başka eserler de vardır. Eski Srât i Müstakim ve Sebil ü'r Reşât mecmu'alarında, eski İstanbul Dâr ül Fünûn Hukuk ve İlâhiyât mecmualarında neşredilmiş yazılar, Hüseyin Câhid Yalçın'ın Fikir Hareketlerindeki yazılar, Meşihatın 1330 yılından itibaren çıkardığı «Ceride i İlmiyye» de görülmelidir.

İslâm hukuku hakkında Avrupalılar tarafından yazılmış ve yayımlanmış bir çok eserleri de zikretmek lâzımdır. İtalyanlar kuzey Afrika'da yürüyen Mâliki mezhebi üzerine tetkikler yapmıştır; bilhassa Santillana'nın «Instituzioni di Diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema scifiita» sı (Roma 1926) Arabaca zengin kaynakları, sistematik tam izahı havi kıymetli bir eserdir. Karlo A. Nallino'nun (Nuovo Digesto Italiano 1938) adındaki İtalyan ansiklopedisinde, İslâm hukuku ve mezhepleri hakkında umumî bir malûmat bulunmaktadır. Fransızlar Fas ve Tunus'taki İslâm hukuku ve âdetleri üzerine kitaplar yazmışlardır. Hollandalılar da İslâm hukukuna dair değerli yayımlar yapmıştır ve yapmaktadır. Arabca fıkıh eserlerinden muhtelif dillerde tercüme edilmiş yazılar da vardır. İngiliz dilinde İngilizler ve son zamanlarda Amerikalılar tarafından eserler verilmektedir. Yabancı eserlerin bir kısmı Hahmud Esad'ın «Târîh i İlm i Hukuk» unda haber verilmiştir.

Goldzieher'in «Vorlesungen über den İslâm (Heidelberg 1910, Fransızca tercemesi, La dogme et la loi de l'İslâm, Paris 1920, Arabca tercümesi de vardır). «Mohammedanische Studien», «The influence of parsisme on İslâm» (Heidelberg 1914; Türk Tarih Kurumu kütüphanesi No. A 1914) adlı eserleri meşhurdur. «Seymour Vesey - Fitzgerald'in Hulhamadan Law London 1931) adlı eseri Hanefî mezhebi üzerine yazılmış olmakla beraber öbür mezhebler ve muhtelif İngiliz müstemlekelerindeki İslâm hukuku durumu hakkında da malûmat verir. J. Mouradgea'd Ohsson tarafından yazılan «Tableau Général de l'Empire Othoman» adındaki değerli eserde (1787-1820) İslâmâ dair mühimce bir kısım ayrılmıştır. Bu eserde Kanunî devrinin fakihlerinden İbrahim Halebî'nin yukarıda bahsettiğimiz «Multek el Ebhur» adlı kitabı temel tutulmuştur. Bergstraesser'in «Grundzüge des Islamischen Rechts» adlı eseri de bu kitaba dayanır J. H. Kramers'in Droit de l'İslâm et droit islamique, Achrive de l'histoire de droit oriental (Bruxelles 1937, 1 401 - 414), G. H. Bousquet'nin Précis élémentaire de droit modern Malikite el Algerien (Paris 1934). Joseph Schacht' (Oxford) in «The Origins of Muhammadan jurisprudenç», 1951 Sauvaget'nin Intruduction à l'histoire de l'orient musulman (Paris 1934), ve Richard Hartmann'ın «Die Religion

des İslâm» eserleri (1914) (1) ve H. A. R. Gibb'in «Modern trends in İslâm» (1947, Fransızca tercimesi «Les tendances modernes de l'İslâm, 1949), ve «İslamic society and the west» (Cild 1, 2 inci bası 1951; 11 inci cildi henüz çıkmamıştır) eserleri zikre şâyandır.

Bunlardan başka Osmanlı Hariciye nazırlığını yapmış olan Savvaş Paşa'nın «Etud sur la théorie du droit musulman» (Paris 1892), «Le tribulan musulman» adlı kitapları vardır.

Carra da Vaux'nun «Les penseur de l'İslam» ve Th. W. Juynboll, «Handbuch des islamischen gesetzes» (1910, Şafii fıkhı esas tutulmuş ve dini cepheden yazılmıştır) muteberdir. Beyrut Fransız hukuk mektebinde profesör Emil Tyan'ın «Histoire de l'organisation judiciaire en pays İslâm» adlı iki ciltlik eseri İslâm adliyesi ve kazası hakkında geniş ve esaslı bilgiler vermektedir (1938, 1943. Nihayet Millî Eğitim Bakanlığının bir heyet marifet'yle terceme, ilâve ve tashihlerle yayımladığı «İslâm Ansiklopedisi, İslâma ve İslâm hukukuna dâir bir çok kıymetli malûmatı ihtiva etmekte ve fıkh kelimesinde zengin bibliyografya vermektedir.

G. Jaeschke'nin «Der İslâm in der neuen Türkei» (Leiden, 1951) ve «Die Form der Eheschliessung nach dem türkischen Recht» (Leipzig 1921); «Die Form der Eheschliessung in der Türkei» (Leiden 1953) ve Louis Milliot tarafından neşredilen «Travaux de la Semaine International da droit musulman» (Paris 1953); de d, Santillana'nın «Legacy of İslâm» daki «Law and Society» kısmı (s. 284 - 319); Henri Massé'nin «L'İslâm» (1948); Tor Andrae'nin «Mahomet, sa vie et sa doctrine» (Almancadan terceme 1945); Arthor Pelegrin'in «L'İslâm dans le monde» (1950); Brockelmann'ın «Histoire des peuples et des etats islamiques» (1949); Demombyres'in «Les institutions Musulmanes», (1946) adlı eserlerini de bunlara ilâve etmeliyiz.

Muhtelif tarihlerdeki fetvâların da İslâm hukukunda mühim mevkiî vardır. Meşhur fetvâlar Fetâvâ i Ali Efendi, Netice, Bahce, Abdurrahim, Fevziyye, İbn i Nuceym ve Alem Giriyye (Hindiyye) dir. Bunların ilk altısından, mükerrerleri tayy ve ihrac suretiyle toplanan fetvalar iki cilt halinde «Hulasat ul ecvibe» adıyla neşredilmiştir (İkinci tabir 1325, eser sahibi, Fetvâ Emîni Çeşmi zâde Mehmet Hâlis). Bu türkçe fetvâlardan Şeyhülislâm Ali Efendinin «Fetâvâ i Ali Efendi» si, Şeyhülislâm Feyzullah Efendinin Fetâvâ i Fevziyye'si ve Şeyhülislâm Dürri zâde Mehmet Arif Efendi zamanında Fetvâ emini bulunan Ahmet Efendi tarafından tedvin edilen Netice tül Fetâvâ ve Bahce tül fetâvâ mülga fetvâhânece müteber sayılırdı (Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk i İslâmiyye cild I s. 478).

(1) Muhtasar (160 sahife) bir medhaldir. Münderecatı : Peygamber larak Muhomet, Halifeler Devleti, İman, Kanun, Dinî Vazifeler, Şahıs, Aile, Miras Hukuku, Mâmelek ve Mübadele Hukuku, Ceza ve Usul Hukuku. Siyasî Kanun Hükümleri ve Telâkkileri, İslâmna Tekvâ ve Tasavvuf, Halk İnancı, Halk İstî'mali Din ve Medeniyyet, Yenilerme damleleri, İslâmda tarikatların teşekkülü, Şîa.

İslâm hukuku ile ilgili olarak sakler ve Ferâiz cerideleri de vardır.

Yukarıdaki asıl fikh eserlerinden anlaşılıyor ki bunlar, metin, şerh ve fetvâ olarak üç isimdir. Kadı bunlarla amel ederken bir tertibe riayet mecburiyetindedir (aşa. No. 14 bak).

İslâm hukuku için şüphesiz islâm tarihinin büyük ehemmiyeti vardır. İslâm tarihi olarak Türkçe yazılmış veya tercüme edilmiş eserler arasında Cevdet Paşa'nın Kısas ı Enbiyâ, Seydişehirli Mahmut Es'adın «Târih i Din i İslâm, Seyyid Emir Ali'nin «Musavver İslâm Tarihi»; Corci Zeydan'ın Zeki Magamız tarafından terceme edilen beş cildlik «Medeniyyet i İslâmiyye Tarihi»; M. Şemseddin (Günaltay) in «İslâm Tarihi» (1341) Barthold - Fuad Köprülü'nün «İslâm Medeniyeti Tarihi» ve Kaytano'nun Hüseyin Câhit Yalçın tarafından terceme edilmiş ve fakat Milli Eğitim Bakanlığınca ancak on cildi basılmış olan «İslâm Tarihi», bunlardan başka Ömer Rıza Doğrul'un «İslâm Tarihi», «Hazreti Muhammed ve Kur'ân i Kerim» (terceme 1347); Halil Hâlid in «Düvel i islâmiyye» (İstanbul 1340): İntişar'ı İslâm Tarihi» (terceme 1343); adlı eserlerini zikredebiliriz. Şemseddin Günaltay'ın İslâm'da Tarih ve Müverrihler» i ne de bakınız (İstanbul 1340 - 1342).

Hamdi Yazır'ın Kur'ân Dili, Hak Dini adlı Kur'ân tercemesi ve tefsiri Diyanet İşlerince neşredilmiştir (8 + 1 = 9 cildir). Yabancı dilde Kur'ân tercemeleri de şunlardır: Kasimirski'nin Le Coran (Fransızcadır), müteaddit defalar basılmıştır (yeni tabı 1949); M. Savary'nin, Le Koran (Peygamberin hayatı hakkında uzunca bir mukaddeme ile 1951); Pesle - Tidjani, Le Coran (Paris, 1948); Edourad Mentet Mahomed, Le Koran, Paris (1949); M. A. Draz, La Morale du Koran (1951); Regls Blachere, İslâm d'hier et d'aujourd'hui, cild III ve IV, Le Koran 1948. Ullmann, Der Koran (Almanca 1897); Sale, The Koran (en iyi İngilizce terceme sayılır); Rodwell ve Palmer'in de tercemeleri vardır. Bell, The Quran (Edinburg 1939).

Hadîsden tecrid i Sarîd, Diyanet işlerince terceme ettirilmiş ve bastırılmıştır. Diğer, mütebe: hadisleri câmi' sayılan kitab, Müslim dir (aşa. Sünnet bahsi, No. 8 sonunda bak).

İ S L Â M H U K U K U

4 — İslâm hukukuna İslâm ulamasınca fıkıh denir. Fakat fıkıh ta'biri Avrupalıların hukuk kelimesine verdikleri ma'nâdan farkı bir ma'nâ ifade eder.

Fıkıh arabca bir kelime olup lügatte anlamak, bir şeyi bilmek demektir (1). Bundan dolayıdır ki, şeriatı bilmek ma'nasına tahsis edilmiştir; fakat bu, alelâde bir bilmek değil, şer'i hükümlerini, cüz'i mes'eleleri teemmül ve re'y, ictihat ya'ni delillerden istinbat melekesiyle bilmektedir. Böyle bir melekeye, istinbât kuvvesine malik olan kimseye fakih, müctehid derler (ki ilerde daha fazla malûmat verilecektir). Bu cüz'i hükümlerden bahseden ilim, ilm i fıkıhtır. Şer'i hükümleri delillerinden doğrudan doğruya istinbât için muayyen kaidelerden bahseden ilme de usul i fikh ilmi (2) derler.

Şer'i, şeriat islâm kanunu anlamında kullanılır, ya'ni, şari'in hitâbi demektir. Şer'i, şer'iyye sözü de şâri'in hitabına mevkuf olandır. Şari'in hitabına mevkuf demekle aklı hükümler, meselâ âlem hâdisdir gibi aklı ve zahir öldürür gibi hissi mes'eleler hariç bırakılır. Şâri' sözü İslâm kanununu koyan ma'nasına Cenab ı Hak ve onun tarafından tebliğe memur bulunması hasebiyle resûlüdür, ya'ni Hazreti Muhammed de şâri'dir.

Delil (cem'i edille), ya'ni ilm i fikhın aşlı (asılları) dörttür: kitap, sünnet, icmâ, Bunlardan ve başka delillerden aşağıda «Deliller ve fikhın kaynakları kısmında bahsedilecektir» (No. 5 - 11 bak).

İstilah ma'nasiyle fikhın iki ta'rihi vardır: biri Hanefî, öbürü Şafii imam-larınıdır. İmam ı âzam bu ilmi, şer'i hükümlerini, ya'ni insanın kendi lehinde ve aleyhinde olan hükümleri, bilmektir diye ta'rif etmiştir (Ma'rifetün nefsi mâlehâ eve mâ aleyhâ). Bu ta'rif ile imam ı âzam fıkıh ta'birin i'tikadiyat a vicdaniyât a tealluk eden hükümleri de dahil etmek istemiştir. Kendisine nisbet edilen ve ilm i kelâma dair olan kitabının adı da «Fıkıh ı Ekber» dir Allahın birliğine iman gibi i'tikâdiyâta müteallik ahkâmdan ilm i kelâm ve gene iç hayatımıza, tekvâ, sabır gibi hususlara teallük eden vicdâniyattan ahlâk ve tasavvuf ilmi bahsettiğinden, sonraki fakihler fıkıhı, amelî işlere hasretmek istemişler ve amelî şer'i mes'elelerini bilmektir diye ta'rif etmişlerdir; ya'ni ilm i fikh «mesâil i şer'iyye i ameliyyeyi bilmektir» = (Ma'rifetün nefsi mâlehâ ve mâ aleyhâ amelen) demişlerdir (Mec. M. I). Fikhın asıl meşhur olan ma'nası ve ta'rihi budur. Bu suretle ilm i kelâm, ahlâk ve tasavvuf ta'riften hariç bırakılmıştır. Şafii imanları usûl i fikhı da hariç bırakmak için bu ta'rihe «edillei tafsiliyyesinden» kaydını ilâve ederek

(1) Lehüm kulûbün lâ yefkahûne bihâ. A'râf suresi, âyet 177.

(2) Uşul aşl'n cem'idir. Asl, maddî veya ma'nevî olan temel, esas, istinadgâh demektir. Râcîh, def'i, kaide ma'nâlarında da kullanılır (Ömer Nasuhi Bilmen, cild 1 S. 9).

(1) usûl i fıkıhın, cüz'î, fer'î hükümleri tafsil etmeyip küllî kaidleri icmâl yolu ile, beyân ettiğine işaret etmek istemişlerdir. Fakat netice olarak ilm i fıkıhta ibâdâta dâir mes'eleler de dahil olmuş olur. Çünkü bu mes'eleler de ameli şer' meselelerindendir; ne i'tikat ve ne de vicdan mes'alesidir, bil'akis ameliyattan, harici şekil ve merasimden ibarettir. Hakikaten fıkıhın bu ta'rifi ahret işi olan ibâdât ve dünya umûrundan olan münakâhâta, muamelâta ve ukûbâta şâmilidir. İbâdât, fıkıh eserlerinde taharet, salât, savm, hacc ve zekât kitaplarında izah edilmiştir (2).

Şunu tekrar edelim ki Nasuhi Bilmen'in de zannımca demek istediği gibi (cild 1 s. 2) modern anlamda hukuk ve hukuk ilmi, insanlar arasındaki dış münasebetlere müteallik hükümlerle, nizâm ile meşgul olur. Dinî vezâif ve vecâibin hukuk ilmi ile ilgisi yoktur. Fıkıh ise bunları da içine almaktadır (3).

Fıkıhın yukarıda gördüğümüz dörde taksiminde miras hukuku yoktur. Ya'nî dünya işlerine teallük eden ahkâmdan yalnız yaşayanlar arasındaki hukuk gösterilmiş, ölüm haline âit hukukta sükût edilmiştir. Hukukun bu kesimi de fıkıh ilminin bir bâbını teşkil eder ve Ferâiz ilmi diye adlanır. Bunun, fıkıhın kesimleri arasına sokulmaması müstakil bir ilim olarak kabul edilmiş olmasındandır. Buna mahsus ayrıca bir takım kitaplar da yazılmıştır. Müstakil ilim sayılmasının başlıca sebebi olarak fıkıhın öbür kesimleri sırf nakle müstenit olduğu halde bunun akıl ve nakil mes'elelerini câmi' bulunması gösterilir. Filhakıka ferâiz ilmi mirasçılarının hisse ve sehimlerini ta'yin eden ilim sayılır. Bu da bilhassa münaseha halinde (4) bir takım hesap ameliyelerine lüzum gösterir. İbn i Haldun da bu ilmi hem şer'î, hem de akli ilimlere arasında gösterir (5). Bununla beraber fıkıh kitaplarında ferâiz hükümlerinden sükût edilmiş değildir (bilhassa Serahsi, Mebsut bak).

Fıkıh, bugün âmme hukuku denilen sahada dâhil olan, daha doğrusu o hukuku teşkil eden anayasa, idare hukuku gibi kesimlerle az meşgul olmuş, devlete, devlet kuvvetlerine fıkıh kitaplarında imâmet bahsinde kısaca temas edilmiştir. Fakat itiraf etmelidir ki âmme ve idare hukukunun inkişafı garbde de eski değildir: Bunlar İslâm'da esas i'tibariyle siyaset i şer'iyyenin,

(1) El ilmu bil ahkâm i şer'iyyetil fer'iyyetil müktesebi min edilletiha tef'iyyeti (Tahtâvî tercümesi cild n. 48).

(2) Bu ibâdât bahisleri rahmetli Hacı Zihni'nin «Nimet ül islâm» adlı eserinde izah edilmiştir.

(3) Mecelle macbatasının boş taraflarında «... İlm i fıkıhın emr i nünyaya teallük eden ciheti münâkehât, muamelâ, ukûbat kısımlarına münkasım olduğu gibi mi'el i mütemeddenin kavâini esâsiyyesi dahi bu üç kısma taksim ve muâmelât kısmı Kanûnî Medeni diye tevsim olunur.» denmesi doğru olmasa gerektir. Mecellenin yazıldığı sıralarda mer'iyyette bulunan meşhur me'eni kanunlar 1794 Prusya Memleket Kanunu, 1804 Fransız Kodşivili ve 1810 Avusturya Medeni Kanunu âile ve miras hukukunu da içinde olan kanunlardır (aşa. s. 50 bak.).

(4) Aşağıda Miras Hukuku bahşine bak.

(5) Hahmud Eş'ad, Ferâid ül Ferâiz, s. 3 ve 7: İbani Haldun, Kitâb ı Evvel, fasl i sâ'în tercümesi s. 51, kezâ s. 121 bak.

şer'î amme işlerinin şer'iate aykırı düşünmeyen idaresi cümlesinden sayılarak halifenin âdil takdirine bırakılmıştır. Buna mukabil fıkıh, meselâ bir kuyunun kaç kova su çıkarmakla temiz olacağı, suların hangi hayvanların hangi ifrâzâtı ile pis olacağı, nelerin yenip yenmiyeceği, nelerin giyilip giyilemiyeceği hakkında birçok hükümlerden bahsetmiştir ki bugün bizim, hele bir garplının hukuk telâkkisine tamamiyle yabancıdır. Tahtâvî'nin «Faslün fillebs» inde (cild 7 s. 404) bu yolda bir çok mes'elelere rastlanır: Kenarı ipekle kıvrılmış cübbe, bir çubuğu yün, bir çubuğu ipek kumaştan elbise, kırmızı, sarı veya siyah esvap giymek, gümüş üzerine oturmak, burun silmek için mendil kullanmak, hatırlamak için parmağa iplik bağlamak, mühür istimâl etmek helâl midir, haram midir, mekrûh mudur? (1), Bir avın yenebilmesi için bir alay şartlar vardır (Hacı Zihni, Kitâb üs sayd s. 107 bak).

5 — Görülüyor ki İslâm'da din, hukukun da kaynağıdır, dinî ve hukukî dişler, dağılmaksızın ayrılmayacak surette birbiri içine sokulmuştur. Hukuk ve din hükümleri birlikte bütün hal'inde İslâm şer'iatının muhtevâsını teşkil etmiştir. İslâm hukukçuları, dinî, siyâsî, ahlâkî, iktisadî zekât gibi malî mes'eleleri hattâ muâşeret münâsebetlerini, dinî bir damga ile din çerçevesi içine almış, bunlara aynı dinî değer ve takdiri vermiş, hepsini dinî gerekçe altında bir tutmuştur.

Mecellenin 1 inci maddesine eklenen şu fukralar hukukun dinî telâk kisini açıklar: «İnsan tabiatça medenî olduğundan öbür hayvanlar gibi tek başına yaşayamayıp bir medeniyet çevresi içinde toplanmağa ve birbirleriyle birleşmeğe ve yardımlaşmağa muhtaçtır. Halbuki kişi kendi hoşuna giden şeyi ister ve hoşlanmadığı şeyi iter olduğundan aralarında adâlet ve üüzenin bozulmaması için gerek evlenme ve gerek yardımlaşma ve birleşme hususlarında bir takım tanınmış şer'î kanunlara muhtaç olur ki birincisi fıkıhın münâkehât ve ikincisi muamelât kısmıdır. Medenîleşme işinin böylece devam edebilmesi için cezâ tertibi lâzım gelip bu da fıkıhın ukûbât kısmıdır.» Bu sözler Arist'o'nun «insan sosyal mahlûktur» sözünü hatırlatır ve aynı zamanda İslâm hukukunun ancak şer'e dayandığı telâkkisini gösterir ve bu ma'nada olarak İslâm hukukuna her şeyden önce nakle, işitmeğe dayanan bir hukuk karakteri verilir (Mahmut Es'ad, Târîh i İlm i Hukuk s. 228). Ali Haydar'ın, Mecelle Şerhi birinci cildi başındaki şu sözleri de bu karakterin ifadesidir : «Mecelle ahkâmı fıkhiyyeden ahz edilmiş olmakla buna dair yazılacak şerhin de kütübü mutebere i fıkhiyyeden iltikât edilmesi ve mecellenin ihtiyâr eylediği ekvâle tevâfuk eylemesi lâbüd bulunmuştur. Yoksa ba'zılarının yapmış olduğu vechile bir takım mütâlâât i indiyeye ve mülâhazât i akliyye serdiyle mecelleye yazılacak şerhin hiç bir kıymeti ol-

(1) Yakın vakitlerde sözde zamânın en yüksek fakihlerinin makamı ve şer'î kazânın en yüksek merci'i olan Fetvâhâne (meşihat). kendi resmî cerîdesinde (Cerîde i İlmiyyede), fıkıh kitaplarının tahâret bahsindeki bir takım eski icthadlara dayanarak levanta ve kolonyaya necaseti galiza demişti (Aded 73; Hacı Zihni, Kitâb üt tahâre s. 199 bak.)

madıktan başka mazarratı bulunduğu aşkardır.» Fihbakika bu şerhde, fıkıh kitaplarında olduğu gibi her kitab ve hukuki müessesenin, baş tarafı kitap, sünnet veya icmâ' ve kıyâs ile meşrû'iyeti isbat edilmeğe çalışılır. Hal tarzı fıkıh kitaplarında bulunamıyan bir me'sele için kendisi ve okuyucular bir nakil bulmağa dâvet edilir.

FIKHİN KAYNAKLARI

5 — Kur'an, İslâmın baş kitabıdır; şeriatın, islâm kanununun asıl kurucusu Allah'tır. Kur'an Peygamber (Resul) (1) Muhammet'le Allah tarafından vahy edilmiş (2) ve müminlere bildirilmiştir. Kur'an (3), Kelâm-ı şerif, diğer isimleriyle Furkân, Bürkân, Tenzil (Sure 2, âyet 185, sure 3, âyet 3 ve 4: sure 25, âyet 1, usre 43, âyet 3; sure 26, âyet 193; keza Hamdi Yazır, Kur'an tercemesi cilt 1, s. 21 ve 147 bak) dediğimiz bu kitab içinde serpilmiş halde bulunduğumuz emir ve hükümler şer'in, şeriatın üssül esasını teşkil etmiştir.

Kur'an 114 sureden mürekkeptir (4). Otuz cüz ve yüzyirmi hizbe ayrılmıştır. Bu surelerden 93 ü Mekke'da, 21 i Medine'de nazil olmuştur. Medine'de nazil olan sureler uzundur; fakat bütün sureler inzalleri tarihlerine göre sıralanmış, tertip edilmiş değildir. Hattâ bir suredeki bir âyetin Mekke, öbürünün Medine'de nazil olduğu söylenmiştir. Kur'an birdenbire, bir zamanda değil, kısım kısım gelmiş ve 23 yılda tamamlanmıştır (5). Genel İslâm inancına göre melek Cebrail ma'rifet-yle (6) Hazreti Muhammet'e vahy, tebliğ buyrulmuştur. Bütün sureler 6660 âyeti (7) ihtiva eder. Sureler gibi âyetlerin de bazıları uzun bazıları pek kısadır. Ayetlerin adedi bazı eserlerde başka türlü gösterilmiştir (Meselâ H. Massé 6211; Ömer Nasuhi Bilmen 6616). Bu, bir âyetin iki, veya iki âyetin bir sayılmasından ileri gelecektir. Bir de Kur'anın Tevbe suresinden maada 113 suresinde tekrar edilen Besmelelerin sayıda dahil edilip edilmemesine göre yekûnun değişeceği

(1) Hamdi Yazır, Kur'an tercemesi cilt 1, s. 370. Peygamber mürâdifi, nebi'dir. Nebî, nebee'den müştak olarak Allah ü taâlâdan vahy ile getiren demektir. Cem'inde en biyâ ve nebiyyûn gelir. Nebî resul'den cam'dır; her resul nebidir; fakat her nebi resul değildir. Maamâfih Kur'anda mürâdif olarak kullanıldığı da vardır. Diğer taraftan meleklere de resûl denir.

(2) Kur'ana vhy imetluvv sünnete de vahy gay i metluvv derler (Mahmut Es'ad Usûl i Fıkıh s. 43).

(3) Kur'an lûgatte kırâet ma'nâsıdır. Şer'î dilde Allah kelâmının mecmuuna denir. Maamâfih Fıkıh usulcülerince Kitâbı Kerîmin her bir cüz'üne de Kur'an itlâk olunur. Filhakika delil olarak Kur'andan bahsedilirken bütünü değil, çok defa bir âyeti kastedilir. (Mahmu Es'ad, Usûl i Fıkıh s. 45, 48, 49).

(4) Sure, yüksek bir makam veya binada bir kat demektir. Sure kelimesi Kur'anın bir kaç âyinde (sure 2, âyet 21; sure 10, âyet 39; sure 11, âyet 16) geçer.

(5) Ek ve son nâzil sureler ve âyetler hakkında Hamdi Yazır, Kur'an Tercemesi cilt 3, s. 1724, s. 2441, 2442 ve cilt 7, 8 s. 5249, 5943 bak!

(6) Sure 21, âyet 102 bak. Cibril İbrâni bir kelimedir.

(7) Ayet, defl, işâret, Allâh tarafından bir emir veya vahy demektir. Ayet kelimesi de Kur'anda müteandit yerlerde geçer (sure 24, âyet 1; sure 9, âyet 87).

tabiidir. Bu besmelelerin Kur'andan olup olmadığına bizzat imamlar ihtilâf etmiştir. İmam Şâfiî müsbet, İmam Malik menfi reydedir. Ömer Rıza Doğru'nun beyanına göre, küçük surelerle büyük surelerin mühim bir kısmı tam olarak ve bir defada nazil olduğu halde (Enfâl suresi. Bedir Muharebesinden sonra toptan nazil olmuştur. Mahmut Esat, Tarihi Din i İslâm cii i medeni, s. 135) daha büyük sureler ancak seneler zarfında parça parça tek-millenmiştir ve Kur'anın tertibi bizzat Peygamber tarafından olmuştur. Hazret-i Ebubekir'in veya Osman'ın Kur'anı topladıklarını veya tertip ettiklerini zannetmek yanlıştır (Kur'an tercümesi s. IV). İzmirli İsmail Hakkı da «Kitap asrı nebiden mektuptur. Hazret-i Peygamberin irtihalini müteakip zuhur eden Yemâne muharebesinde yetmiş kadar kurrâ (1) şehit olmakla bir gün ihtilâf ve tahrife düçar olmamak için Ömerulfaruk'un ihtariyle Ebubekir zamanında cem edilmiştir» diyor (Yeni ilm-i kelâm s. 28). Bu suretle Kur'anın Osman zamanında herhangi bir tağyir ve taklit vukubul-maması için müteaddit nüshaları yazılmıştır (2).

Bizzat Kur'anın da hıfzını garanti ettiği (Hicr suresi, âyet 9) bu Kitab-ı kerim, nesilden nesile tevatürlen mekuldür. Elde bulunan nüshaların, Allah kelâmı olduğunda müslümanların ittifakı vardır. Bununla beraber Arabî lisanda inzal edilmiş olan (Sure 43, âyet 3; sure 44, âyet 58) Kur'anın keli me ve kıraat şekillerinde bazı anlayış farkları olmuştur (3).

6 — Fakihlerin universal dinî görüşü neticesi, hukukî, ahlâkî nizami ve her şeyi evvelemizde Kur'anda aramak olmuştur. Bir takım kimseler her şeyini Kitâb-ı Mubîn'de mevcut olduğunu söylerler ve «Lâ ratbun ve lâ yabisun illâ fi kitâbın mubîn» âyeti ile sana Kitabı her şeyi mubîn olarak indirdik demek olan «Venezzelnâ aleyk el kitâbe tibyanen lik ülli şey'in» âyetini gösterirler. Hamdi Yazır'ın ve Ömer Nasuhi Bilmen'in de naklettikleri üzere, bizzat İslâm tefsircileri, bu âyetlerindeki kitaptan «Levhi mahfuz» u anlamışlar, yoksa maksut bizzat Kur'an değil demişlerdir. Yani her ne ararsan kur'anda bulunur yolunda bir mâna murad edilmediğini söylemişlerdir. Hayat hâdiseleri o kadar değişikdir ki böyle bir iddia kur'anı büyütmek ten ziyade ona aciz isnadı olur. Pek mahdud ve mutaassıp kimseler bunun farkına varmıyarak ve bazan zaman adamı geçinerek her şeyi Kur'anda ara-

(1) Yeni İlmî Kelâm s. 28, Evâilde Kur'an i Kerime bütün vücûhiyle ârif olan büyük sahabeler fakih ve fetvâ ehli idiler. Bunlara o vakit kurrâ denilirdi... İlm i fıkah kemâle erişip müstakil, ayrı bir sanat olunca şer'î hükümleri bilen ümmetin büyüklerine kurrâ yerine fukahâ ve ulemâ itlâk olundu. (İbn i Ha'dun, Faslı Sâdis tercemesi s. 43).

(2) Cevdet Paşa, Kısa ı Embiyâ, cüz' 3 4 s. 447, cüz' 5 16, s. 632 ve sonrakiler. Corci Zeydan, Meieniyet i İslâmiyye Târîhi, cild 3 s. 108 ve sonrakilere bak.

(3) Hamdi Yazır Kur'anın Fransızca tercemelerindeki yanlışlara temas etmiştir (cild veketleri sayı 3, 40, 62, 66).

mişlar ve onda vardır demişlerdir. Mutlâkiyyet devrinde «Etî ullahe... ve ulilemri» âyetine istinâdla bir habesi olsa dahi padişaha itâat vücubunu (Cevdet Paşa Tarihi), meşrutiyet devrinde «Ve emruhum şûra beynehüm» âyeti ile şer'an parlâmanter usulün lüzumunu ileri sürmüşler, Cumhuriyetten sonra «halk hükümetinin en müttekâmil şeklini tebliğ eden din i islamdan (1339 aile kanunu tasarısı, şer'iyye encümeni mazbatası) dem vurmışlardır. Bir din kitabı bu mahiyeti ile ebedî olmak zarurîdir; değişen beşer hayatı ve dün ya münâsebetleri için ise bu iddiada bulunulamaz ve ebediyete kadar ortaya çıkabilecek hâdiseler için hükümler koymuş olamaz. Kur'ânda her şey vardır sözü «fakat bunu herkes bulamaz, anlayamaz. Ancak ulemâ çıkarabilir» yolunda bir iddiaya götürür. Ve hakikaten bu mahiyete bir hadis de nakledilmiştir: «Eshabî kennucum i bi eyyihim iktedeytum ihtedeytum.» Bu hadis, sağlam sayılmaz (İzmirli İsmail Hakkı, Usul i Fıkıh Dersleri, kezâ ilm i Hilâf s. 23). Fakat şüphesiz bu da yapılamamıştır. Her halde hayatı, sâbit ve değişmez kavillere uydurmak gayreti, boş ve ham bir dâvâ olmaktan ileri geçemez. İslâm özünü anlamayarak bu yolda gidenler hayatı reddetmekten başka bir şey yapamamışlardır. Bin bu kadar yıl önce akla hayale gelmeyen telefon ile, bunun icadından sonra, bir akid yapmanın cevâzını kendi inadlarındaki nass'larda ve eski icthadlarda arayanlar zarurî ihtiyaçları ve realiteleri inkâra varmışlar ve bunlara göz yummuşlardır veya icabına göre mahlaslar; şer'i hileler denilen çareler aramağa ve bu nass'ların hükmünden kurtulmağa çalışmışlardır (yuk. 2 nci tab'ı önsözüne bak).

Halbuki İslâm tarihinde pek meşhur olduğu üzere Hazreti Peygamber, eshâbdan Muaz ibn i Cebeli Yemen'e memuren gönderirken nâs arasında ne ile icrâ i kazâ edeceğini sormuş, «Kitab ül lâh ile, onda bulamazsa Resul ul lâhın sünnetiyle kazâ edeceği ve onda da bulamazsa re'yi ile icthâdda bulunacağı» cevâbını alınca çok memnun olmuştur. (Ömer Nasuhî, Hukuk i İslâmiyye s. 184; Mahmut Es'ad, Telhîs i Usul i Fıkıh s. 265). Bu pek yüksek bir hukuk hissinin tezahürüdür. O günün bu müsbet kanunları karşısında bizzat Peygamber ve Muaz başka türlü hareket edemezdi. Bugünün en ileri hukukları da bu yoldadır.

Kur'ânda hukuku ilgilendiren hükümler azdır. Bunlar da başlıca zamanın ve mekânın o günkü icâb ve ihtiyaçlarına göre evlenme ve mirasa dair vârid olmuş hükümlerdir. Bir kaç suç için de cezâlar vardır. Akidlerden ve hukukî işlerden pek az bahsedilmiştir. Kur'ânda bir hâkim için düştür olacak sarîh, etraflı hükümler yoktur. Başlıca uzun medîne surelerinin hukukî hükümleri ihtivâ ettiği söylenirse de Avrupaî görüşle bütün bunlar ancak 80 - 100 arasında sayılabilir (1). Kur'ânda beyi, hakkın-

(1) Fitgerakî s. 4. Kur'ânda unumiyet itibariyle ahkâma (ya'ni ibâdâta, muamelâto, ukûbâta, münâkehâta ve saireye teallûk eden âyetler beş yüz kadardır (İzmirli İsmail Hakkı, ilm i Hilâf, s. 221).

da pek umumî surette bir iki âyetten başka hüküm gösterilemez. Ücret hakkında da ancak bir âyet bulunur. Sünnet de böyledir (1) Ayetlerin nü-zûlü ve nesh'i icablara göre olduğu gibi Hazret'i Muhammed de ahvalin iktizâlarına göre usul ve kaidelerini değiştirmiştir (Aşa, No. 7 bak.).

7 — Kur'ân asl ulu suldür. Fıkhın en baş kaynağıdır. Sünnet ve icma' Kur'âna tearuz edememek lâzım gelir. Fakat bir mes'eledede icma, vârid olursa artık Kitaba ve sünnete nazardan vaz geçilir; çünkü kitab ve sünnette vârid olan şeye muhalif olan icma' neshin (2) delili sayılır. ve çünkü Peygabmer «ümmetim İhatâ üzerene ittifak etmez» buyurmuştur. (İzmirli İsmail Hakkı, İlm i Hilâf, s. 193 Hahmud Es'ad, Telhis i Usuli Fıkh No. 494; Ömer Nasuhî Bilmen, cild 1 No. 356; aşâ. No. 9 bak.).

Kur'ânda nesh'in vuku'u bizzat şu âyette beyân buyurulmuştur: «Ma-nenseh min âyetin ev nunsihâ ne'ti bi hayr in minhâ ve mislihâ...» = «Biz bir âyetten her neyi nesh ettirir veya unutturursak ondan daha hayırlısını veya mislini getiririz.» Fakat nesh, ebed'vetle takyid edilmiş olan hükümlerde cereyân etmez. Haberlerde de nesh olmaz. Nesh, hak'ayiki imâniyya ve itikâdiyye gibi ihbarî olan yüksek esaslarda kâbil değildir fakat evâmir ve ahkâmında cereyân eder. Binaenaleyh su iç, şarap içme, nikâh yap zina etme gibi inşai olan hükümlerde nesh kâbilidir. Bunlar bir an için meşru, başka bir zaman için gayri meşru, olabilir, ebediyyetleri zarurî değildir. Bir vakt için maslahat olan şey diğer bir vakt için mefseadet olabilir; bunun aksi de vâriddir; çünkü icablar her vakit bir olmaz. Şeriat ise meâş ve meâdde ibâd ullahın mesalibi ile mütenâsibdir. Halbuki Allah islâm şeriatini kıyamete kadar muhtelif zamanların mesâlihine hâkim olmak için inzal buyurmuştur (Hamdi Yazır, Kur'ân Dili, cilt 4 s. 3127).

Kur'ân'm Kur'ân ile nesh edildiği başlıca şu hallerde görülür: Teride rûkûbât bahsinde görüleceği üzere zinâ hakkında evvelce nâzil olan âyet, sonradan başka bir hükmü ihtivâ eden âyetle nesh edilmiştir. Gene Kur'ânda kocası ölen kadının dört ay on gün bekleyeceğine dair bir âyetten son-

(1) Hazret'i Peygamber, Kaytano'nun (İslâm Tarihi tercemesi, cilt 6, s. 135, 136) nakl ettiği üzere 8 inci hicrî yılda şu dört mdameleyi gayri meşru ilân etti. Mukavelelere birbirin nakzeden ve buradan dolayı ihtilâfa bâis olabilen şartlar koymak, malî tesellüm etmeden bedelini peşin vermek, hakkı olmadığı bir şeyi satmak, malik olmadığı bir şeyden istifade yolu aramak.

(2) Nesh, lûgatte tebdil etmek, kaldırmak ya'ni bir şeye başkasını halef yapmak onun yerine başkasını koymak demektir. Nahl suresi 101 inci «ve izâ beddelhâ âyeten me-kâne âyetin...» âyetinde nesh tebdil sözü ile ifade edilmiştir. Kaldırılana mensuh **öbürüne** nâsîh derler.

İcma' ne nâsîh ve ne de mensuh olur. Nitekim kıyas için de böyle denilmiştir. Maamâfih icmâ' nesh vukuuna kâil olanlar vardır. Bir hükmün mensuhiyyeti hakkında icmâ' vukuu bilittifak câizdir (Ömer Bilmen, Hukuk i İslâmiyye ve Istulâhat Fıkhiyye cild 1 s. 98).

ra böyle bir kadının iddeti haml müddeti olduğu hakkında nâzil olmuş başka bir âyet vardır. Bu ikinci âyet birinciyi nesh etmiştir (Mahmud Es'ad, Usul i Fıkıh, s. 318, 319).

Kur'anın sünnet ile de neshi mümkündür. Bekare süresinin «ey mü'minler herhangi birinize ölüm yaklaştığı zamanda eğer bir mal bırakırsa babası ve anası ve en yakın akrabası için müsrû bir surette vasiyyet etmek müttekiler üzerine icrası vacip bir hak olarak üzerine yazıldı manasına olan «Kütibe aleyküm izâ hadere ehadeküm ul mevtu in tereke havren il vasiyyetu lilvalideyni vel ekrebine bil ma'rufi, hakken alelmüttekin» (Bekare 180) Hazreti Peygamber'in, Haccetul vedâ' hutbesinde Elâinn Allaha a'tâ kulle zi hakkın hakkehû, felâ vasiyyete livârisin» = «biliniz ki Allah her hak sahibine hakkını verdi. Artık vârise vasiyyet yoktur», buyurması ve gene «La yecûzu livârisin vasiyyetun illâ en yucizehal veresetu» = «Vârise vasiyyet caiz olmaz; meğerki öbür vârisler icazet vere» suretindeki diğer bir hadîs ile ve sonradan nâzil olan Nisâ suresindeki miras ayetlerinin işâreti ile nesh edilmiştir (Ömer Nasuhî Bilmen, Hukukî islâmiyye ve istilâhatı fikkiyye, cilt 1, No. 357; Hamdi Yazır, Kur'an dili).

Kur'anda vuku' bulan nesihleri dört kısma ayırmışlardır: Ya hem tilâveti ve hem de hükmü mensuh olur; 2 Tilâveti mensuh olmayıp yalnız hükmü nesh edilir. Yukarıdaki zinâ âyetlerinden birincisi gibi; 3 Hükmü bakî kalıp yalnız tilâveti nesh edilmiş sayılır, recim âyeti gibi (ileride ukûbât bahsine bak); 4 Asıl hükmü bakî kaldığı halde vasfı mensuh olur, meselâ farziyeti mensuh olup cevâzı devam eder (Ömer Nasuhî Bilmen, cild 1, No. 360).

Böyle Kitâbın ya'ni Kur'anın gene Kur'an ile neshine mütevâfiken nesh denir. Nitekim sünnetin sünnet ile neshinde de böyledir. Fakat nesih, mütehâliften de olabilir. Ya'ni sünnet, kitab ile ve kitab, sünnet ile nesh edilebilir. Bu, Hanefîlere göre olup Şâfiîler bunu kabul etmez.

Delillerin tearuzu, aralarında muâraza vuku'u ve bunların tercihi mes'eleleri fıkıh usulünde hususî bir bahis teşkil eder: «Bâb ül muâraza ve t tercih» (Ömer Nasuhî Bilmen, Hukuk i Islâmiyye ve Istilâhât ı Fikhiyye, cild 1, No. 491 - 495; Mahmud Es'ad, Telhîs Usul i Fıkıh, s. 305 ve sonrakiler; İzmirli İsmail Hakkı, İlm i Hilâf, s. 193 - 213).

8 — Sünnet (hadîs), İslâm dininin, şeriatinin asıl ilk kaynağı olan Kur'andan sonra ikinci kaynağı olarak sünnet gelir. İslâm Ansiklopedisinde nakledildiği üzere (hadîs kelimesine bak) daha müşriklik devrinde Arablar ataların sünnetini ta'kib etmeği bir fazilet addederlerdi. İslâm'da sünnet, Kur'an dışında kalan ve ona aykırı olmayan hususlarda Peygamberden sâdır olan söz (kavl), iş (fiil) veya sükût (takrir) dir. Bu üçüncüsü Peygamberin, ümmetinden birinin söz veya fiilini görüp de men' ve reddetmeyerek sükût etmesi, bu sükûtu ile o kimseyi o söz veya fiil üzerine bırakmasıdır. Peygambere nisbet edilen söze hadîs (çoğulu ehâdis)

derler (1), Ya'ni mutlak surette kullanılan hadis kelimesinden söz ile olan sünnet anlaşılır (Mahmut Es'ad, Telhîs i Usul i Fıkıh, s. 226) (2). Sünnetler sahâbe ve tâbiîn ve teba i tâbiîn denilen kimselerden nakil ve rivâyet edilmişlerdir (3).

Sünnet ile amel etmek için bunun Peygamber'e ittisâli lâzımdır. Bu ittisâl üç vech üzeredir ve hadislerin kuvvetleri buna göre değişir: Üç hicri karn'da, Sehâbe, Tâbiîn ve Teba i Tâbiîn karn'larında ya'ni zamanlarında haberleri kizb olmasını akıl tecviz etmeyen bir cemâatin haber verdiği hâdise mütevâtir denir. Bu, ilm i yakın ifâde eder. Mütevâtir hadis, mütevatir nakillerden olan Kur'ân gibi kat'iyyeti hâizdir. Ancak mütevâtir sünnet Kur'ân değildir; Allahın inzâl ettiği hikmettir. Öğle, ikindi, yatsı namazlarının dört, sabah namazının iki ve akşam namazının üç rekât farz edilmesi mütevâtir hâdise dayanır. Hadis, birinci karn'da haber i vâhid olduğu halde ikinci ve üçüncü karn'larda râvileri, kizb üzerine ittifakları aklın âdeten tecviz etmediği galebelik bir cemâat olursa buna meşhur hadis denir. Râviler üç karn'da kizb ittifakları aklın tecviz etmediği bir cemâat değilse böyle bir hâdise haber i âhad veya haber i vâhid derler.

(1) Hodisler iki kısımdır: 1 İlahî veya kudsi hadis. Bu, peygamberin kendi ibâresiy-le beyan buyurmakla beraber Allaha muzâf kılarak ondan nakil yoluyla hikâye ettikleri kefâmlardır. 2 Hadisi nebevî. Bu, Peygamberin Allaha muzâf kılmayarak kendi ibareleriyle ve kendi nefislerinden nakleledikleri sözlerdir (Mahmud Es'ad, rsul i Fıkıh, s. 51).

Sünnet aslında ta'kip edilmesi; âdet olan yol, ya'ni mütad fiil ve hareket tarzı ve karim orf demektir. Kur'anda «Fe len tecide li sünnetilâhi tebdila ve len tecide lisünnetilâhi tahvile». Fatıra suresi (35) ayet 43 ve «Faket mazet sünnetul evveline», Enfal suresi (8), ayet 38, ve daha bir çok ayetlerde, Ehzab suresi (33), ayet 38 ve 62. Feth suresi (48), ayet 23; Kelh suresi (18), ayet 55, İsrâ suresi (17), ayet 78, Hicr suresi (15), ayet 2, 28,33, Nişâ suresi (4), ayet 26, Mü'min suresi (40), ayet 85, Ali Umran suresi (3), ayet (137) sünnet sözü ilâhi kârun anlamında kullanılmıştır. Buna âdetullah, halk Allah da denir: Ma terâ fi halk irrahmâni min tafavutin, Mülk suresi (67), ayet 3.

(2) Goldzieher, Vorlesungen s. 41: Hadis vesikasıdır, der.

(3) Sohbet, dist, hemdem olmak ma'nâsına gelir vî kiosta da sahip denir. Sahibin, çoğulu şahb ve bunun da çoğulu eshab'dır; sahabe de şâz bir çoğul olarak eshab anlamındadır. Bunlar mü'min iken Hazreti Peygamberi görmüş ve mü'min olarak ölmüş olan kimselerdir.

Bir imâmın mezhebini kabul eden ulemâya da o imâmın eshabı denir; Ebu Hanîfe eshabı, Şafii eshabı gibi; meselâ İmâm Züfer eshabı hanefiyyededir. Tâbi' veya tâbi' sahabeden birine veya birkaçına erişmiş, onlarla bulunmuş olan kimsedir; bunun çoğulu tâbiîndir. Bunlardan sıra gelenlere ve bunlara erişenlere tebe i tâbiîn derler. Bir de hâdiş istilâhlarından olarak Muhazrem (çoğulu Muhazremûn, Muhazremîn) unvanı vardır ki bu isim veya unvan hem cahiliyyet zamanını (ya'ni İslâmdan önceki zamanı), hem de Muhammed'in peygamberlik zamanına idrâk etmiş ve Peygamberi görmek şerefine nâil olmaksızın islâm olmuş kimselere verilmiştir (Corci Zeydan, Medeniyyet i İslâmiyye Târihi, cild 2 s. 210: İkinci tabakasına da muhazremûn, muhazrem denilir). Bunlar eshabdan sayılmayıp tâbiîn büyüklerinden oddolunurlar (Tecdîd i Sahih tercemesi cild 9, s.. 355 notu).

Bir hâdis, hazreti Peygambere kadar bir raviler silsilesiyle vâsıl olursa o hâdis müned, muftasıl, bu raviler silsilesine senet, anane ve ravilerin sırasıyla adlarını zikretmeğe de isnad derler. Eğer bir hadis doğrudan doğruya Peygamberden rivayet edilip aradaki râvilerin isimleri tamamıyla veya kısmen zikredilmezse mürsel ve münkati' adını alır. İnkita'da iki türlü olur: Zâhir, bâtın. Zâhir inkita'a irsal derler. İrsal fikh usulcülerince râvi ile merviyun anı arasındaki vâsitayı terketmektir. Böyle vasıtanın terki ile rivâyet edilen hâdis mürsel denir. Bir hadis i nakl ve rivayet edenlerde vücudu lâzım olan şartlardan (akıl, islâm, zabt, adâlet) biri noksan olur veya hadis kendisinden daha kuvvetli bir delile muâriz bulunursa o hadis batın münkati'dir.

Hazret i Peygambere uyduına olarak insâd edilen asılsız rivâyetlere mevzû, hadis denir. Bunların mikdarı pek çoktur. İmâm i â'zama göre sihhatinde şüphe olmayan hâdislerin sayısı 17 olduğu söylenir. (1).

Hadisleri toplayıp yazmağa ilkin müsaade edilmemişti. Kur'ânla karışmasından korkuluyordu. Sonra Kur'ân istihar edip de bu mahzur ortadan kalktığından hicretin yüzüncü yılından itibaren toplanmasına teşebbüs edilmiştir (2).

Yukarıda işâret edildiği üzere Muhammed bir hukukcu olarak hareket etmemiştir. Önüne çıkan hâdiselerin gerektirdiği hükümleri etrafındakilere sadece amelî surette anlatmış göstermiştir. Sonradan fukahâmın dediği gibi bunun erkânı (tekili rükûn) dördtür; şunun şartları beştir, bir akdın olması için şu unsurlar lâzımdır yolunda nazari, amelî bir izahda bulunmuş değildir. O, yalnız şunu yapınız, bunu yapmayınız gibi emirler ve nehiylerde bulunmuştur. İslâm bugün sırf dinî olan ibâdâta müteallik hükümleri dahi sonradan fakihler tarafından işlenmiştir (Seyyid, Târih i Fıkıh Dersleri, taş basma 1340; Goldzieher, Vorlesungen, s. 35 ve sonr. s. 80 ve sonr.).

9 — İcma'. Peygambenin vefatıyla artık vahyin arkası kesildi. Yeni hâdiselerde kendilerine mürâcaat edilemiyordu. Hele yeni ülkeler feth edildikçe, hattâ daha Ebûbekir zamanında ihtiyaçlar çoğalmış, bunları karşıla-

(1) Corci Zeydan, Medeniyet i İslâmiyye Târîhi, cild 3 n. 122 - 129. Kaytano, Terceme İslâm Târîhi, cild 1, s. 68 ve sonrakiler; cild 8, s. 180 ve sonrakiler, İbn i Hadun Mukaddeme Tercemesi s. 33 ve sonrakiler ve s. 41; Fikir Hareketleri, sayı, 52.

(2) Hadis ilminde üstâd olan kimseler Mühaddis derler. Buna reyh, imâm denildiği de vardır. Sahih hadisleri câmi, söylenen iki meşhur eser vardır. Biri Buhari'nin (14 - 256) topladığı, ya'nî kendi zamanına kadar toplanmış ne kadar hadis varsa hepsinin içinden yalnız sahih olanlarını havî esernir. Dokuzuncu yüzyıl ricalinden Abdillâtif üç şerciyyüz Zeydi, Buhari'nin bu Sahihini Et tecdîd üs şarih li hâdisil câmi'üs sahih unvanile ihtişar etmiştir. Diyânet İşleri Reisliği bu eseri «Sâhib i Buhari Muhtasarı Tecdîd i Sarih Tercemesi» adıyla 11 cild üzerine terceme ettirmiştir. 1 ve 2 inci ciltler eski ve sonrakiler yeni harflerle basılmıştır. 1 - 3 üncü ciltler Ahmet Naim sonraki ciltler Kâmil Miros tarafından terceme edilmiştir. Buhari'nin sahibinden başka, gene sahih hadisleri câ-

yacak hükümler koymak, hâl yolları bulmak lüzumu duyulmuştur. Bu işde iki yoldan faydalanılmıştır. Biri icma, öbürü kıyâs.

İcma, ba'zı haricer ve şii'ler müstesna, İslâm fıkhnın üçüncü kaynağı sayılır. Zahirîyye mezhebine ve keza Vehhâbilere göre de yalnız eshâbun ismâ'i mu'teberdir. Maamafih Hazreti Peygamber zamanında icmâ'a lüzum görülmüyordu (İzmirli İsmail Hakkı, İlm i Hilâf, s. 310). İslâm Ansiklopedisinde de icmâ' (bu kelimeye bak), halk içinde müctehidinin, Peygamberin ölümünden sonra, her devirde ve dini alâkadar eden her hususta ittifaklarını ifâde eder suretinde gösterilmiştir. Lûgatte ittifak ma'nâsıdır. İstilâhta ilsâm müctehidlerinin bir asırda (1) bir hükm i şer'i üzerine ittifaklarıdır. Avâmın ittifakı bir icmâ' olamaz. İcmâ' tahakkuk etmek için müctehidler vefat etmiş olmaları şart değildir. İttifaktan sonra ba'zısının rüçû'u ile icmâ' bâtil olmaz. İcmâ'a muhâlefet edilemez.

İcmâ' iki yolda olabilir : Azîmet, ruhsat. Bütün müctehidlerin aynı vechile beyânda veya amelde bulunması azîmet yolunda, güç şekilde vuku, bulan icmâ'dır. Bir asırda gelen müctehidlerden ba'zısı kavli veya amelî bir mes'ele hakkında hüküm verdiği ve bu kavli veya amel öbür müctehidlere vâsıl olduğu halde bir düşünme müddetinin geçmesinden sonra sükût etmiş olmalarıyla hâsıl olan icmâ' ruhsat tariki ile, kolay yoldan icmâ' olur. Bu icmâ'a sükûti icmâ, derler. İleride ferâiz bahsinde görülecek olan «avl» mes'alesi sükûti icmâ, yolu ile olmuştur. Demek ki icmâ' da sünnet gibi kavli, amelî, tahrîrî şekillerde olabilmektedir. Her halde icmâ, bir meclisde toplanmak, oy birliğiyle karar vermek suretinde, bir konye şeklinde olmak lâzım değildir.

İcma'nın, islâm şeriatinin bir kökü sayılması, Hazreti Peygamberden nakledilen «Lâ tectemiü ümmeti al addalâleti» hadisi ile «Müslümanların güzel gördüğü şey Allah indinde de güzeldir = Mâ reâh ul muslimüne hasenen fe huve ind Allah i hasenün». hadisine dayanır.

İcmâ' şer'i olan, şer'a aykırı olmayan bir hüküm üzerinde olabilir. Böylece Kur'âna ve mütevâtir sünnete aykırı bir icmâ, esas itibariyle (yuk. 7 No. lu paragrafın baş tarafına bakınız.) olmayacağına göre bunu bir kaynak saymaktan ziyade bir derece, bir şer'i hükmü teyid edici mahiyette anlamak mümkündür. «Bütün yapılan icmâ'larda kur'ân âyetlerinin ve sünnetlerinin ma'naları araştırılır; Peygamberin filân şeyi hakikaten söylemiş, yapmış veya tahrir etmiş olup olmadığı incelenir, ya'ni

câmi diğer bir eser vardır ki buna Sahîh i Müslim derler. Bu iki sahîh câmi'den (sahîheyn'den) birincisi İbn i Ha'dun'un do teyid ettiği üzere daha sahîh sayılır.

Hadislerin sadece rivâyet ve zabt ve tahririne teollük eden bilgiye rivâyet ü'l hadîs ilmi derler. Rivayetin ve râvilerin şart ve hükümlerinden riâyet edilenlerin ervândan ve onlardan mâ'na istihracından ve sairine bahseden ilme de dirâyet ü'l hadîs ilmi denir.

(1) Asırdan maksad az veya çok bir zaman nemektir. Mahmut Es'ad, Telhîs i Usûl i Fıkhn, n. 255.

icmâ'lar hep birer şer'i delile dayandırılırdı. Çünkü İslâm bilgilerinin se-
bepsiz bir mes'ele üzerinde ittifakları düşünülmediği gibi akli sebep üze-
rine birleşmeleri de bir şer'i hüküm ifade etmeyeceğinden icmâ'nın elbette bir
şer'i delil üzerine müstenid olması tabiidir. Eğer işbu şer'i delil, bir kat'i de-
lil ise icmâ, müstakil bir huccet olmayıp müekkid huccet olurdu ve edğer ha-
beri vahid veya kıyas gibi zir zannî delil ise icmâ, müstakil huccet olur ve o
delilin zanniyetini kat'iyyete çevirdi» (1). Her halde ibâdete müteallik mes'-
elelerde ictihâd ve icmâ, câiz olmakla beraberr itikdiyatta ya'ni Allahın mev-
cudiyeti ve birliğı, Hazreti Muhammedin risâleti, Ahret günü gibi hususlarda
icmâ, olamaz (2).

10 — Kıyâs Delillerden sonuncusu ve dördüncüsü kıyâs'dır. İcmâ' bü-
tün müctehidlerin kavli iken kıyâs bir müctehidin kavli olabilir. Kıyâsın
otoritesi kıtab ve sünnet ile tanınmıştır. Şöyle ki kur'anda «Fâtebirü yâ-
ülül ebsar» buyurulması kıyâsın ma'kul bir delil olduğuna huccet sayılmış-
tır (3). Bundan başka yukarıda No. 5 de nakled'len Muaz ile Peygamber
arasındaki mühâvere de re'yin, kıyâsın kabulü zarûretini açıkça ifâde eder.
Goldzieher, İslâm Ansiklopedisinde Fıkıh kelimesinde re'yin, kıyâsın inki-
şâfî yolunun izahını yapmıştır.

Kıyâs, lûgatte takdir demektir, mikyas kelimesi de aynı kökten, ölç-
mek, takdir etmek fiilinden gelir. Usul i Fıkıh istilâhında malûm bir hâdis
hakkındaki hükmün illetini, emsâli olan diğerr malûm bir hâdisede rey ve
ictihad tariki ile izhar etmek, tehakkuk ettirmektir. Kıyas ile ictihada
rey de derler (4). Hakkında nass bulunan, kıtab ve sünnette hükmü sarih,
belli olan mes'elelerde kıyâs cari olmaz; çünkü mevrîd i nassda, ictihâda me-
sağ yoktur (Mecelle madde 14). Nass'a uygun ise ictihad lâğv, aykırı ise bâtlı
olur. Hakkında icmâ, olan mes'elelerde de artık nass hakkında bir tereddü-
de ve şüpheye yer olmayacağından kıyâs yolu lüzumsuz kalır.

Kıyâs, şer'i makkûrât denilen hudud ve ukûbatta cari değildir. ya'ni
bunlarda sarâhat olmayan yerde kıyas yoluna digilemez.

Kıyâsa, Peygamberin, Muâz ile olan mühâveresinde de anlaşıldığı üze-
re kendi zamanlarında da mürâعات edilmiştir. Şüphesiz bu yoldaki ictihad
da bir karn'ın fakihleri ittifak edince bir icmâ, hâsıl olacaktır. Zaten bir
mes'elede icmâ'nın mevcudiyeti ancak mâziye bakıp şartları dairesinde bir
ittifakin bulunduğunun tesbiti ile anlaşılır.

Şu roluna göre ba'zıları kıyasın bir asıl, kaynak olmaktan ziyade bir
metod olduğunu söylemişlerdir. Zira kıyasta bulunan illet, kıtabdan, sün-
netten, yahut icmâ'dan çıkarılmıştır. Bu suretle kıyas ile sabit olan hüküm,

(1) Mahmut Es'ad, Târih i İlm i Hukuk, s. 228.

(2) Ömer Nashui Bilmen, Hukuk i İslâm'iyye ve İstihâbat i Fıkhiyye s. 164; Mahmut
Es'ad, Telhîs i Usul i Fıkıh, s. 255 ve sonrakiler. Yuk. No. 7 bak.

(3) Hamdi Yazır, Kur'ân Tercemesi cild 6 s. 416 ya bak.

(4) Kıyâsa mecâzen ictihad de denir. Fakat ictihad kıyâstan eam'nır.

gerçekte bu üç delilden biri ile sabit olmuş demek olacaktır. Ya'ni kıyâs bir hükmü isbat etmeyip üç delilden biri ile sâbit olan hükmü meydana kor. Bu sebeple İslâm bilgilerinden bazıları fıkıhın asıllarını üçe hasrederek kıyâsı bunların fer'i saymışlardır (Mahmud Es'ad, Usul i Fıkık, s. 15; Bergstaesser s. 14). İcmâ ile farkı da onun bir müsbet delil, kıyâsın ise muzhir bir delil olduğu suretin suretinde gösterilir.

Kıyâs iki türdür. Açık (celi) kıyâs, kapalı (hafi) kıyâs, Fıkıh usul u istilâhlarında kapalı kıyâs için çok kere istihsan sözü kullanılır (Mahmud Es'ad, Telhis i Usul i Fıkık, s. 289 - 293).

11 — Yukarıda sayılan dört delilden başka daha bir takım deliller vardır. Bunlar, o delillerden birine müncer veya onları teyid edebildiğine göre müstakil delil sayılmazlar. Âdet muhakkemdir. Teâmül, ya'ni nâsın istimâli huccet dir; hâli hâzır hakem ittihaz olunur. Hâcet, umumî olsun, hususî olsun zaruret mezile sindedir. Zaruretler memnu, olan şeyleri mübah kılar. Sedd i zerîa (1) dan dolayı haram olan bir şey râcih bir maslahata mebni caiz olabilir. Aslen câiz olan bir şey âmme maslâhatı mülâhazasıyla men, edilebilir; nâsın maslahatına riâyet lâzımdır; bir iş daraldıkça genişletilir; Raiyye hakkında tasarruf, maslahata menüttur; bi kader il imkân şarta riâyet olunur gibi bir çok düsturlar çok kere mühmel kalmışlardır (2). Bütün bunlar, haklarında nass vârid olmayan mes'elelerde müracaat edilecek kaidelerdir. Hanefî mezhebine istinâd eden Mecellenin mazbatasında Cevdet Paşa ve arkadaşları yukarıya nakledilen Mecellenin külli kaideleri arasında bulunan bu deliller hakkında «hükkâm i şer, bir sarîh nakl bulamadıkça yalnız bunlarla hükmedemez» ve eski fıkıh kitaplarını aynen naklederek Mecelle şerhi yazan son devrin Fetvâ emini Haydar Molla «Bu kavâid ve zavâbitin mukteziyatıyla iftâ etmek (3) müftî ye helâl değildir; belki nakli sarîh bulmak lâzımdır » (madde 1 şerhi s. 23) ve «âdet muhakkemdir» maddesinin (madde 36) şerhinde «bu hüküm, hakkında nass vârid olmayan» hususlarda câri olur ve İmam Yusuf'dan bir rivâyete göre nass, örf ve âdete mübteni olursa örf ve âdete olup, değilse itîâbr nass'a dir; fakat bu imam dahi nass'ı terk ederek örf ile amel etmiş olmayıp belki nass'ı te'vil ediyor demiş ve 37inci maddeyi «nâs'ın istimali şer'e ve nass'ı fukahâya muhalif olmayan hususlarda huccet dir» ve «ezmânın tağayyuriyle ahkâmın tağayyuru inkâr olunamaz» maddesini de «ammâ nass ile sâbit olan ahkâm tegayyür eylemez. Zira Nass, örfden ekvâ dir; nass'ın bâtil üzerine olması aslâ muhtemel değil iken örf, bâtil üzerine olabilir» yolunda şerh etmiş, fakat örf ve ihtiyacın makbul ce mu'teber olması ve bu cihetin müsbet bulun-

(1) Zerîa (çoğulu zerây) hakkında İzmirli İsmail Hakkı, Hilâf, s. 130 ve sonrakilere bak.

(2) İstihsan ve istilâh hakkında aşağıda 19 ve 23 numaralarda izahat verilecektir.

(3) İftâ ve müftiden ileridil muhakeme usulü kısmında bahsedilecektir.

ması halinde dalî islâmın hayatını bir indî anlayışa tedarik edivermenin ne büyük gaflet ve cehalet olacağı ve Şâir Eşref'in tâbirine ne kadar hak verdiğini düşünülmemiştir. Hakikaten geçen neslin bir islâm mütefekkirinin dediği gibi islâm ulemâsı tarafından «sırf nisbî (izafi), zaman itibariyle değeri, mânâsı olan bir şeye mutlak, kat'î bir kıymet verilmiş ve doğumu zamanının ihtiyaçlarıyla, münasebetleriyle meşrut bulunan hükümler daimî ve değişmez bir mer'iyetle techiz edilmiş...» Muhammed ma'küliyyeti, beşerî tefekkürün en yüksek ve en asil fonksiyonu olarak takdis ettiği halde bizim fukahâ ve onların esir âbidleri, onun bu takdirini bir hatâ gibi göstermiştir.» (1).

12 — Hazret i Peygamber gerek vahy suretiyle ve gerek sünnet yolu ile etrafındaki kavlî ve fiilî bir çok şeyler öğretmişti. Bunlarda mündemic prensip v kaidelerle islâmın yeni yeni ihtiyaçları tatmin edilebilirdi. Hazret i Peygamber Muâz ile muhaveresinde kıyas ve ictehadı tahsin ve tasvib etmişti. Böylece rey ve icma, yollarına gidilirken bir taraftan da fıkıh esaslarının tesbiti, ona bir sistem verilmesi lüzumu hissedildi (2). Bu, kitap ve sünneti bilen, onlardan istinbatta bulunmağa ehil olan fakihler tarafından yapılabildi.

Bu tanzim işinde cemiyetin o günkü dünya kanunu da olan kitap ve sünnet düstur idi. Yapılacak şey islâmın ruhundan çıkarılacak kaidelerle ihtiyaçlara göre, boşlukları doldurmak olabiliyordu. Islâm fakihleri, islâmdaki hakikî maksadı, insanların saadetini temin gayesini bildikleri ve dünya hayatındaki münasebet ve muamelelerin tenevvü ve tebeddülü ile nizamında da değişiklikler olması zarurî olduğunu Kur'anda ve sünnette zaman zaman vuku bulan neshlerle de müşahede ve takdir ettikleri ve etmeleri lâzım geldiği, ahret, iman ve itikat işleriyle hukuk ve dünya işleri arasında Kur'anda çizilen ince sınırı sezmemiş olmadıkları halde bunları birbirinden ayırmamışlar ve koyu bir vahdete giderek devlet reislerinin de otoritesini takviye yarar surette hukuku dinin bir kolu, bir cüz'ü olarak geliştirmeğe koymuşlardır.

Emevîlerin din işlerinde fazla mübâlâsızlığı hilâfına olarak iptidaları doğru yolda gideceklerini iddia ve ilân eden Abbasîler, Emevîler zamanında

(1) Bak. Seyyid Ameer Ali, The spirit of Islam on the life and teaching of muhammed, Calcuta - 902).

(2) Nallino, Novo Digesto Italiana, 1948, cilt 4, Dritto Musulmano kelimesi s. 1109. «Peygamberin ölümünden sonraki 50 yıl içinde Medine'de bulunan din ulemâsının çalışmaları neticesine hukuk sistemi esas hatlarıyla te'sis ve tesbit edilmişe benziyor». Goldzieher (İslâm Ansiklopedisi «fıkıh kelimesinde «Emevîler devrinde hukuk sahasında yapılmış olan müteferrik ve dağınık teşebbüsler o zamanlarda mevcut hukukî malzemenin nispetli bir surette tedvinî neticesine varamadı. Bu netice ancak Abbâsî Hilâfetinin zuhuru üzerine ve devletin sorih surette dinî bir seciyye izhar etmesinin teşvik ve terciv edici tesiri altında ortaya çıkabildi» diyor.

İhmal edilmiş olan fakihlere siyasetleri icabı meyil ve iltifat gösterdiler. Irak'ta oldukça mühim miktarda fakihler toplandı (1). Bilhassa Hanefî mezhebi orada işlendi ve halifeler tarafından inkişafına çok hizmet edildi (2).

İctihâd, lûgatte cehd ve gayrette bulunmak, zahmete tehemmül etmek, ele geçirilmesi meşakkali olan bir şey için tâkat sarfeylemek ve fıkıh istilâhında fer'î bir şer'î hükmünü delilinden istinbat hususunda tekmil tâkatı, daha ziyadesinden acz hissedcek suret bezl etmektir. Müctehid olabilmek için fıkıhın kaynakları olan Kur'ân âyetlerinin ve sünnetlerin lûgat ve şer, bakımından mânâlarını (3), kitab ve sünnet arasında müşterek olan hâs ve âm, zahir ve nass, hafî ve müşkil, hakikat ve mecaz, ibâre ve işâre gibi beyân tarzlarını (4), hâdislerin metinlerini, bunların yukarıda sünnet bahsinde gördüğümüz nakl ve vusûl yollarını, Kur'ânın ve sünnetin nâsih ve mensuhlarını (5) ve hangi hususlarda icma' vaki olduğunu, kıyâs veçlerini (çoğulu vücûh), kıyâsın hükümlerini, makbul merdudunu usul i fıkıhda tafsil edilen şartlarıyla (6) bilmiş, ihâta etmiş olmak lâzımdır. Bu şartları haizolankimse müctehid i mutlak sayılır (7). Müctehidin ilm i kelâmı ve ilm i fikhî bilmesi şart değildir. İctihad neticesi meydana gelen şer'î hükme müctehedün fih denir. Fıkıhın mücerred fûruunu hüfzeden kimseye müctehid denmez. Böyle bir kimse mukalliddir ve ancak mecazî ma'nâda fakihdir (8).

Müctehid, nasslara ya'nî kitap ve sünnete ve icma'ı ümmet varsa ona muhalif ictihâd edemez. Fakat müctehid hatâ edebilir. Takatını bezl etmiş oldukça ma'zurdur. Özürlük üç yolda olabilir: 1) Müctehid âyet veya hadîs ile bahis mevzuu meselelerin kâs ve irâde edildiğine itikad etmez. 2) Müctehid hadîsin peygamberden sâdır olduğuna inanmaz. 3) Müctehid bahis mevzuu hükmün mensuh olduğuna itikad eder. Bu suretle eğer müctehid bir âyete veya bir hadîse muhalif reyde bulunmuş ise kendisinin onlarla amel etmemesinde her halde bir hucceti ve özlüğü vardır diye kabul edilir. Bir âyet veya bir haber (hadîs), fıkahanın mezhebine muhalif gelirse mensuh

(1) Corci Zeydan, Mezeniyeti İslâmiyye Târîhi, cild, 4, s. 326 ve sonrakilere bak.

(2) İzmirli İsmail Hakkı, Yeni İlm i Kelâm, s. 189.

(3) Bütün kur'ân ve hadîsleri ihâtası şart değildir (İzmirli İsmail Hakkı, İlm i Hilâf, s. 26, 27. Büyük Haydar - Hacı Âdil, Usûl i Fıkıh Dersleri, s. 551).

(4) Mahmud Es'ad, Telhîs i Usûl i Fıkıh, s. 12 ve sonrakiler. İzmirli İsmail Hakkı, İlm i Hilâf s. 219 ve sonrakilere bak.

(5) Yuko, No. 7 bak.

(6) Mahmud Es'ad, Telhîs i Usûl i Fıkıh, s. 285 ve sonrakiler. Büyük Haydar - Hacı Âdil, Usûl i Fıkıh Dersleri, s. 357 ve sonrakilere bak.

(7) Gerek bu ve gerek müctehid i mukayyed hakkında, Ömer Nasuhi Milmei, cildi I, No, 551 bak.

(8) İzmirli İsmail Hakkı, İlm i Kelâm, s. 213, No. 1 bak.

veya müevvel olduğuna veya tahsis veya tercih vukuuna hükm edilir. Yoksa fukahaya vâsıl olmadığına haml edilemez. Binaenaleyh fukahanın kavli i, nusus üzerine tercih edilir (Yuk. No. 7 bak.) (1).

Bir müctehid icthâdından rücu edebilir ve onu değiştirebilir. Hattâ müctehidlerden bazı meselelerde böyle birbirine mübâyin muhtelif iki icthâd rivâyet edilmiştir. Bunlardan hangisi mukaddem ise ondan rücu, ile ikincisine zâhip olduğuna haml edilir. Bihassa evâilde bir hadisten haberdar olmayan bir müctehid, sonra haber alınca icthâdından rücu, etmiştir

Fakat içtihad ile icthâd nakz olunmaz; ya'ni bozulmaz (Mecelle madde 16). Binaenaleyh müctehid olan bir hâkim bir mes'eled e hükm ettikten sonra ikinci defa başka türlü icthâd etse vermiş olduğu hüküm bozulamaz. Başka bir defa ikinci icthâd ile hükm edebilir. Nitekim içtihadî meselelerde hâkimin hükmü başka müctehidlerin icthâdiyle de nakz edilemez. Meğer ki kat'i hükümlere muhalif ola (2).

13 — Müctehid üç nevidir :

Birincisi müctehid fi şşeri'dir. Eimme i erbâa denilen dört imam ya'ni İmam i Âzam, Şafîi, Mâlik ve Hanbel bu kısımdandır.

İkincisi müctehid fil mezheb dir. Bunlar İmam ebi Yusuf, Muhammed ve sair Hanefî eshabıdır.

Üçüncüsü müctehid fi l mes'ele dir. Tahavî, Kerhî, Şerahî gibi.

Tahtavî tercümesinde (cild 1 s. 85, 86) Kemal Paşanın Vaktüf Benât risâlesinden naklen fukaha tabakaları 7 derece üzerine gösterilmektedir. (ki Ömer Nasuhî Bilmen, cild 1 s. 324, 325 de de izah edilmiştir):

1) Başlıca dört mezheb imamı olanlar müctehid ti şşeri' sayılır. Bu dereceyi iktisap şartları yukarıda gösterilmiştir. 2) Müctehid fil mezheb ki meselâ Hanefiye mezhebinde İmam i Âzâmın usul ve kaidelerine göre hareket eden ve o dairde edilleden hükümler çıkararak İmam Yusuf ve Muhammed gibi zatlar butabakadandır. 3) Müctehid fi l mes'eledir ki mezheb sahibi bir imamdan rivâyet olmayan hususlarda o imama muhalefet etmiyerek onun koyduğu kaide üzerine mes'ele istihraç eden müctehiddir. Gene Hanefî fakihlerinden Tahavî, Kerhî, Hassaf, Halvanî, Serahî, Pezdevî, Kadîhan ve emsal gibi. 4) Tahric eshabı ki bunlar icthâda muktedir olmayıp gene meselâ İmam i Âzâmdan menkul, fakat iki veche muhtemel olan müctemel veya mübhem bir kavli onun usulü üzere tafsil ve izaha kâdir olan fakihlerdir. 5) Tercih eshabının bulunduğu tabakadır. Bunlar bir mezhebde

(1) Mahmud Es'ad, Telhîs i Usûl i Fıkıh, s. 391 ve sonrakiler. Büyük Hoynar Hacı Âdil, Unûl i Fıkıh Dersleri, s. 550 ve sonrakilere bak.

(2) Mahmud Esad, telhisi Usulî Fıkıh No. 717.

mesbuk müteaddit kavillerden birini, bu daha sahihtir, evlâdır, ezhar, eş-behdîr, fetvâ bunun üzerindedir, buna itimad edilir, evceh olan budur, muhtar, ehvat olan, ihtiyata uygun bulunan budur, gibi beyânlarla öbürüne tercih edebilen müctehitlerdir. Ebil Hasan il Kuduri ve Sahibul Hidâye gibi, 6) Mukallidlerden olmakla beraber, zâhir ve nâdir rivayetlerle (1) kavi, ekvâ ve zaif kaviller arasını temyize muktedir olan müteahhir metin sahipleridir. Kenz, Muhta; Vikaye gibi. Bu zatlar merdud kavilleri kitaplarında nakl ve rivâyet etmezler. 7) Mukallidın tabakası ki yukarıda sayılan iktidarlardan hiç birine malik olmayan ve bir kavli tahrîc ve temyiz etmeyip sadece bir mezhebde mevcut kavilleri, mes'eleleri hıfz ve nakletmiş olanlardır. İbn i Abidin Kûhistanî gibi. Bunlara eshabî fetvâ denir (Mahmud Es'ad, Târih ilm i Hukuk s. 235, 236 bak!).

14 — Fukahâya göre emir ül mü'minin imamlardan birinin kavli ile amel edilmesini emrettiği takdirde ona itâat vâcibdir. Meselâ Mecellede bir çok maddeler Hanefî imamlarından İmam Muhammed'in icthadı tercih edilerek tanzim edildiği gibi cünun ve cüzam gibi kendisinde bir illet bulunan zevcden karısının ayrılabilceğine dair olan 8 Mart 1332 tarihli fetvâ ve irâdede bu imamın kavli alınmış, kendisinden nafaka tahsili müteazzir olan *gaib zevc aleyhine zevcenin tefrik dâvası* açabileceğine dair padişah irâdesi de Hanbelî mezhebi üzerine sâdir olmuştur (Bunlar 1333 tarihli Aile Hukuku Kararnamesine girmiştir (2).

Sultanın iradesine iktiran eden böyle bir tercih olmadıkça Hanefî mezhebini yürüten Osmanlı İmparatorluğunda hâkim ve müftî, İmam i Âzam kavliyle amel etmiştir, fakat bir takım istisnalar konmuştur. Eğer onun tarafından vaki' bir icthad yoksa İmam Ebû Yusuf'un ve ondan da bir rivayet mevcut değilse İmam Muhammed'in ve ondan da bir kavli bulamazsa İmam Zafer ve Hasan bin Ziyad kavillerine gidilmiştir. Fakat tercih eshabî mertebesinde olan hâkim veya müftî bazan İmam Yusuf ve Muhammed'in kavillerini İmam Âzâmın kavline tercih etmişlerdir. Mecellede İmam Züfer kavli bir takım meselelerde diğerlerine tercih edilmiştir (3).

Bundan başka metin mes'eleleri, şerh mes'eleleri üzerine ve şerh mes'eleleri fetvâ mes'eleleri üzerine takdim olunmuş, ya'ni metin, şerh ve fetvâlar arasında tearuz, ayrılık bulunursa, iki kavilden her ikisinin sıhhati gösterilmiş veya sıhhati hakkında hiç bir şey söylenmemiş ise böyle hareket edilmiş fakat metinde sıhhatinden bahsedilmediği halde şerhde beyân edil-

(1) Ali Haydar Mecelle 1801 inci madde şerhi, s. 697 ve sonrakiler; Mahmud Es'an, Telhîs i Usul i Fıkıh, No. 724 bak.

(2) Sabri Şakir Ansay, Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar (1952).

(3) Ali Haydar Mecelle 1801 şerhi, s. 700, Ömer Nasuhî Bilmen, Hukuk i İslâmiyye ve Intilâhât i Fıkıhye cild 1 s. 333 No. 40; Mahmud Es'ad, Tcrîh i Hukuk, s. 244 bak.

mîş ise şerhdeki mes'eleye itibar olunmuştur. Bu Osmanlı İmparatorluğun da Fetvahaneye de kabul edilmiş bir tertiptir. Bunlardan başka kıyas a müstehid bir kavf, istihsan kavline tercih edilir.

15 — İctihad kapısı kapalı mıdır? İctihâd şüphesiz kolay bir iş değildir. Yalnız fıkıh, islâm hukuku için değil, bugünkü garp hukuku için de böyledir. Hem çok esaslı bir bilgi, hem de ince bir sanat işidir. Geniş bir dünya görüşüne, fitrî, müktesep bir hukuk hissine ve zevkine, yüksek bir kültüre ihtiyaç gösterir. Beşik ulemâsının, dünyadan habersiz acezenin elbette bu işden nas'bi olamaz. Böyle olunca yapacak şey, icthad kapısının kapandığını ve fukahânın kavliyle amel etmek lâzım olduğunu iddia etmekten ibaret olur (1). Ve filhakika böyle de olmuştur. Ömer Nasuhî Bilmen 1951 - 1952 de yazdığı Hukuk i İslâmiyye ve Istilâhât ı Fıkhiyye adlı eserinde (cild 1, s. 250) bu salâhiyeti hâiz olmayanlar için islâm âlemince kabul edilmiş olan bir müctehid i muazzama taklidden başka yol yoktur ve illâ dinin kud'sî ahkâmını muhafaza ve idâme kabil olamaz. «Bir hâdisenin hükmü hakkında bir mezheb sah'binden sarîh bir rivayet mevcut olmadığı takdirde o mezhebin müessisi olan büyük müctehide tâbî' olan ve kendilerine «es-hâb ı tahrîc» denilen kuvvetli âlimler, o müctehidin iltizâm etmiş olduğu usul ve kavâide tatbikan o hâdisenin hükmünü o mezheb dairesinde tayine çalışmışlar, gene kendi namlarına icthada cür'et ederek fetvâ vermek ihtiyatsızlığında bulunmamışlardır» (s. 252) diyor (2). Bu, kaide veya müctehid yaşasın; fakat ummet, cemiyet isterse batsın demekten başka bir şey değildir.

Tevekkül ü azme bağlayan, atalarımızdan böyle gördük deyenleri red eden, leysel il insâni illâ mâ seâ deyen, bilenle bilmeyenin müsavi tutulamayacağını söyleyen, kader e istinâdî, tenbellerin hucceti sayan (El özru bil kader i huccet ül kusala), ibâdın ihtiyaç ve mesalihini daimâ göz önünde tutan islâm ve onun hakikî, samimî mensupları nezdinde bu özürler ve sözler makbul olamaz. İctihad kapısının kapalı olduğunu iddia edenlere İbn il

(1) Mahmud Es'ad, Telhis i Usûl i Fıkıh, No. 727; merhum daha sonra (1331) yazdığı Târih i İlm i Hukuk eserinde «Bugün dahî hâdisât i âlemi hasr ve tahdit kabil olmadığı ve her yeni bir hâdisi tekevvin ettikçe onun için bir şer'î hüküm beyan etmek icthâdın vazifesi olduğu derkâr ve icthad kapısına hiç bir vakit sed çekilemeyeceği emr i âşikârdır» der.

(2) Bergsträsser (s. 18, 19) diyor ki: İctihâd kapısı kaandıktan sonra fıkıh faaliyeti ancak vaktiyle her zaman ve hal için tesbit edilmiş olan sistemin beyan ve tatbikinden, ne söylemiş olduğunu araştırmaktan ibaret kaldı. Fıkıh, hayatı arzettiği yeni hâdiselere tatbik keyfiyeti onların an'anevî şekiller içine alınmasından ve böylece formlaştırılmasından başka bir şey değildir. Bunu müftî fetvâ vermek suretiyle yaptı. Böylece islâm hukukunda bir donma ve çoraklık oldu. Fakat aynı zamanda bir istikrar da temin edildi; yani bu suretle fıkıh, Abbâsîlerin zaaf ve intihatlara, tavâif i mülûk halindeki bir takım emaretlerin zuhuru üzerine himâyeye muktedir devlet otoritesinin kalmadığı zamanları atlatarak kendini kurtardı. Bergsträsser, kendi tâbiriyle bu donma ve çoraklık halindeki istikrar ve devamın islâm âlemine neye mal olduğundan haberdar değil gibi görünüyor.

kayyim il Cevzi bu sözzde fesad, butlân ve tenakuz vardır diyor (İzmirli İsmail Hakkı, İlm i Hilâf s. 240) (1).

MEZHEPLER

15 — Bir kıymet, değer bilg'si olan hukuk ilmi sahasında bununla işgal edenlerin muhtelif rey ve doktrinlere sahip olmaları pek tabiidir. İslâm, insanları daimâ tefekküre, te'akkule, tefehhüme, tefekkuha dâvet eder. Taşlaşmış kafalar ölümlere yakışır. Eşref i mahlûkat tanıyan insan ancak akli ile mümtazdır. Akli olmayanın dini de yoktur. Bu fitratla ve mükellefiyetle insan elbette düşünecek, iy'yi, doğruyu arayacaktır. Müctehidler — bizi hiç tatmin etmemekle beraber — düşünmüşler ve bu arada, görüldüğü üzere ihtilâflara da düşmüşlerdir. Bu ihtilâflar gene İslâm bilginlerince ümmet için bir rahmet i vâsi'a sayılmıştır (İhtilâfu ümmeti rahmetün vâsi'a-tün) (2).

(1) İbn i Haldûn, fasl i sâdis tercümesi, s. 56, 57: «İctihâdî mes'elelerde vukuu zarurî olan ihtilâflar asr i selef de tevessu' ve tekessür ederek her mukallid dilediği müctehide taklid ve tebaiyyet etmekte iken ictihad işi ulemâ ve müctehidîn içinden eimme i erbaa ya müntehî oldukda âimme i nâs onlara hasr i tebaiyyet etti.ler ve ondan sonra usul i şer'iyye de bahis ve ihtilâf kapısını kapayıp dört mezhebe başkasına taklid ve tebaiyyeti men' ey.lediler. İşte bu cihetle dört mezheb, şer'iat erkânı makamında ve bu dört imamın usulü, şer'î deliller mesâbesinde tutulmakla artık şer'î usul ve delillerde mübâhase ve münâzareye mecâl kalmayıp oadan sonra bahis ve ihtilâf bu dört mezhebe taklid ve temessül etmiş olan ulemâ i el'âm beyninde cârî olarak onların ihtilâfî müctehidlerin şer'î nass lar ve fikhî usullerdeki ihtilâfî yerine geçti ve her tâife taklid ve temessük ettiği mezhebin sıhhatine istidlâl etmek üzere kendi imâmının usul ve mesleki sahîh ve müstakim olduğunu isbâta tesaddî etmekle beyinlerinde pek çok mübâhase ve münâzareler cârî oldu ve bu mübâhase-ler bütün şer'î mes'elelerde ve fıkıh ilminin her bâbında icra olundu. İhtilâf bazan Şafî ile Mâlik beyninde olarak Ebu Hanîfe birine muvâfık olur ve bazan Şafî ile Ebu Hanîfe beyninde olup Mâlik birine muvâfık olur. Bu cihetle dört mezhebe mukallid ve mütemessik olan ulemâ beyninde günâgün mübâhase ve münâzareler vuku' buldu ve bu mübâhaseler sırasında dört imamın me'hazleri ve ihtilâf menşe'leri ve ictihâd mevki'leri beyân olunurdu. İlm'in bu sınıfına Hilâfiyyet ve Hilâf İlmî denildi». İbn i Haldûn s. 46 bak. Kezâ İzmirli İsmail Hakkı, İlm i Hilâf, İstanbul, 1330; Mahmut Es'ad, Târ.h i İlm i Hukuk s. 242 - 244.

(2) Müctehidlerin ihtilâfî ibâd için bâis i rahmet ve bir mezhebe sâlik bulunan zâtın ztırar halinde başka bir mezhebe göre bir mes'ele ile amel veya if'â etmesi şer'iatçe caiz olduğu gibi...

Hanefî kadısı Şafî veya Hanbelî mezhebe mukallid bulunan ulemâdan bir zatınâbe edip de ona nikâhı feshettirirse bu hüküm sahîh ve Hanefî kadısı tarafından tenfizî lâbûd olacağı... (Mehir ve nafakanın tahsil edilememesinden dolayı nikâhın feshi hakkındaki fetvâdan, Sabrî Şakir Ansay, Eski Aile Hukukumuz Bir Nazar, 1952 bak).

İhtilâfın çeşitli sebepleri vardır. Meselâ her beyânda olduğu gibi bir müctehid kitap ve sünette de bir vuzuhsuzluk, ibhâm, öbürü sarâhat ve temâmiyyet görebilir, bir hâdis hakkında bunlarda bir hüküm bulunmadığına kâil olduğu halde öbürü bu bâbda bir hüküm bulunduğuna kâni' olur ve bu itibarla başka başka ma'nalara ve neticelere varabilir. Bir emr in illetinde anlayışlar ayrılabilir. Bir müctehid nass ı mutlak, öbürü mukayyed ve muhassas telâkki edebilir. Metinden hakiki yoksa mecezi ma'nâ mı maksûd olduğu hakkında ihtilâfa düşülebilir. Kur'ân pek mütevâtir olmakla beraber hadislerden bir kısmı bir müctehide veya bir memlekete vâsıl olmamış ve onlarca sâbit olmamış olabilir. Sünnetlerin vakit ve zamanıyla yazılmamasından ve ağızdan ağıza nakl edilmesinden dolayı rivâyetler arasında ayrılıklar görülmesi, bir hâdis hakkında başka başka cephelerden bir kaç rivâyet ileri sürülmesi, bilhassa Emeviler ve Abbasîler gibi birbirine aykırı siyâset ve emeller taşıyan fırkaların iktidar mevkiine geçmeleri ile hadislere dair yalan ve uydurmalarının araya katılması neticesi olarak bunların mevsukiyeti ve mevzuyeti hakkında tereddüd ve şüpheler uyanması da ihtilâflar doğurmuştur. Hanefîler mürsel (1) hadise itibar ettiği halde Şafiîler bununla amel etmeği kabul etmemiştir. Ba'zılarına göre Hulefâ i Râşidîn in ittifakı icmâ, sayılmış ve ba'zılarına göre yalnız eshabın icma'ı mu'teber tutulmuştur. İmam Mâlik, Medîne ehâlisinin bir mes'le hakkındaki ittifakını müstakil bir delil olarak kabul etmiştir. Gene bu imam sahabeden bir zatın kavli ini delil olarak almış, İmam Şafiî almamıştır. İmam i Âzama göre haber i âhâd (1) kıyâsa müreccahdır, İmam Malik'e göre ise kıyâs haber i âhâddan mukaddemdir. Ba'zı müctehidler (Hanefî, Hanbelî) istihsan ı deli olarak kabul ettiği halde Şafiî etmemiştir. Ba'zısı örf ve âdete enişçe bir mevki verdiği halde öbürü vermemiştir. Bazıları bir takım işlerde niyyete itibar etmiş, öbürü etmemiştir(2).

Bu ihtilâflar ileride bol bol görülecektir. Burada bir iki misal vereceğiz. Bir hadiste «El mütebâyianü bil hiyar i mâ lem yeteferrekâ» buyurmuştur; ya'ni bâyi' ve müşteri beyi' meclisinden iftirak etmedikçe muhayyerdirler. Hiyar i meclis denilen bu muhayyerliği (3) Hanefîler sözlerde teferruk olarak, Şafiîler bedence teferruk olarak kabul etmişlerdir. Kur'anda boşanan kadınların üç kari' (4) iddet beklemeleri emr edilmiştir. «Vel mutellekât u yeterebbesne bi enfüsihinne selâsetü kurû in». Bu kelime hayz

(1) Yukarıda sünnet bahsine (No. 7) bak.

(2) Ömer Nasuhî No. 488 ve s. 326 ve sonrakilere bak.

(3) Aşağıda 'beyi' bahsine bak.

(4) Hayz mânâsıdır. Çoğulu kurû' dur. Aşağıda Aile Hukuku bahsine bak.

mâ'nâsına geldiği gibi tuhr (1) da ifâde eder. Hanefi ulemâsı, hayz ma'nâsına haml ederek hür kadının üç hayz müddeti; İmam Şafîî ve Mâlik buna tuhr ma'nâsı verrek üç tuhr müddeti beklemesi lâzım geldiğini ictihâd etmişlerdir (İleride Aile Hukukuna, İddet bahsine bak). İmam Â'zam F'ekru mâ teyessere min el Kur'ân i âyetinden. Kur'ânın başka dillerde okunabileceğini ictihâd etmiştir (★) daha başka bir misâl: İmam Şafîî, köpeğin su içtiği bir kabın temiz olması için yedi def'a yıkanmasına lüzum görür; çünkü bu yolda bir hadis rivayet edilmiştir. İmam i Â'zam hadisin dâvisi Ebu Hüreyre'nin bu hadise muhalif olarak üç def'a yıkama ile amel ve iftâ etmesini tahkik ederek hadîsin mesh edildiğine hüküm etmiş ve yedi def'a yıkamağa lüzum görmemiştir (İzmirli İsmail Hakkı, İlm i Hilâf s. 167. Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk i İslâmiyye ve Istilâhat ı Fıkhiyye s. '26 No. 29 ve No. 488, 489 bak).

16 — Yukarıda bahs ettiğimiz müctehidlerden ba'zıları birbirlerinden ayrı birer mezheb kurmuşlar, doktrinler koymuşlardır. Bu mezhepler sünnî ve bid'at olarak ikiye ayrılırlar. Birincilerden başlıca dört mezheb yürümüş, diğer ba'zı mezhepler tutunamamış, öbürleri tarafından yutulmuştur. Bid'at ehli (reterodoxe) denilen fırkaların da kendilerine mahsus fıkıh ve fakihleri vardır. Bunlar da başlıca ibâdî, Zeydî, İmâmî mezhepleri ve fıkıhlarıdır.

Sözü geçen dört sünnî mezheb aşağıda göreceğimiz Hanefî, Şafîî, Mâlikî ve Hanbelî mezhepleridir. Bu mezheplere tâbî' olanlara sünnet ehli denir. Garb müellfleri bu mezhepleri ortodox olarak tavsif ederler. Sünnîler, bunları hakikî, makbul ve mu'teber mezhepler sayarlar. Gene bir sünnî mezheb sayılan Dâvudiyye veya Zâhiriyye mezhebi vardır ki imâm Ebu Süleyman Davud bin il İsbekânî dir (Hicrî 202 de İsfahan'da doğmuş, 270 de Bağdat'ta ölmüştür) (2). Bu mezheb öbür imamlara muhalif olarak kıyası inkâr ve şer'î delilleri kitap, sünnet ve icma'a hasr eder. İcma' olarak da sahaben'in icma'mı tanır. Mezhebe Zâhiriyye denilmesinin sebebi de yalnız nass'lara i'tibar edip örfü, mensus olmayan hükümleri pek kabul etmek istememesinden dolayıdır. Bu mezhebin mensuplarına hadis ehli de denir.

(1) Tuhr iki hayz arasına giren temizliğe denir. Çoğulu ethâr dır. Aşağıda Aile Hukuku bahsine bak.

(★) Bu icthadîmlar rucu ettiği söylenir; fakat ayet sarihtir.

(2) Bilindiği üzere İslâm Tar'hi Hazret i Muhammedin ne doğduğu (Mekke'de, milâdî tarihle 7 Nisan 570, bazılarına göre 580, Denis Sakrat, Histoire des religions s. 211) ve ne vefatından (632) ve nede bi'setten, yâni peygamberliği tarihinden hesap edilmiyerek Medine'ye hicretleri tarihinden (622) başlar.

Fakat hadis ehlinin mezheplerinde kıyâs vardır; örf'e de yer verilmektedir. Bu mezhepte ise kıyâs ve örf yoktur. Bu itibarla İbni Haldûn'un yaptığı gibi (s. 44) ehl i hadîs ve ehl i re'y yanında üçüncü bir tarik olarak saymak caizdir. Mezheb Bağdat'ta zuhûr, Fars'ta intişâr etmiş, Afrika ve Endülü's'e kadar irmiş ise de sonra sönmüştür (1). Elyevm Hindistan'da pek az sâlikleri vardır.

Hanefî mezhebinde teferrüd eden İmam Züfer genç vefât ettiğinden (doğumu 110, ölümü 158) devamlı bir mezheb kuramadı. Aynı asırda yaşamış ve ölmüş olan İbn i eb i Ley'â ve İbn i Şibrime mezhepleri de devam edememiştir. İmâm Evzâin'in ve Sevri'n'in mezhepleri de böyle olmuştur.

Bunlardan başka daha bir takım sünnî mezhepler de görülmüş ise de bunlar da diğer mezhepler, ya'ni Hanefî, Şafiî, Mâlikî, Hanbelî mezhepleri içinde erimiştir (2).

Sünnî denilen mezhepler dışındaki mezheplerden İbâdiyye mezhebi Abdullah b'n İbâd'ın mezhebidir. Afrikanın kuzey taraflarında Cezair, Tunus ve Trablus'un bazı yerlerinde, doğu Afrika'da ve başlıca Meskat, Oman ve Zengibar'da mensupları vardır (3). Bunlar Kur'am ve sünneti tanırlar; icma' ve kıyâsı inkâr ederler. Mezheplerine muhalif olan ehl i kible müşrik değilse de kâfirdir. Bu mezheb sünnî mezheplere en yakın bir mezheb sayılır. Fıkhi, Şafiî fikhına yakındır. Mezheplerinin hükümleri kendilerine mahsus kadılar tarafından tatbik edilir (4).

Zeydiyye mezhebi, Hazret i Hüseyin'in torunu Zeyd den gelen eski bir mezhebidir. Tâbileri, Ebu Bekir ile Ömer'in (İzmirli İsmail Hakkıya göre üç halifenin) hilâfet'ni kabul eder; hilâfeti Fâtıma'nın evlâdına tanır. Kıyâs ve icthâd tutar fakat ehl i beyt'in icma'nı, icma' sayar. Fıkıhları sunnî ile şî'a arasında bir fıkıh olmak itibariyle enteresandır; hususî hukukta sünnî siyasî akidelerinde şîi dir. Muvakkat nikâhı red ederler. Muhtelif kol'ları vardır. Yemen Zeydîleri'ne göre imâmet irsî değil, müntehab olmalıdır. Bu mezheb sünnî mezhebe, öbür bid'at denilen mezheplerden en az uzak olanıdır; tâbileri başlıca Yemen havalisindedir.

(1) İbni Haldûn, faslı sâdis tercümesi s. 44 bak.

(2) İslâm sünnî mezheplerinden Vehhâb'yye, Ahmediyye, Mehdiyye, Sünüsüyye gibi bugün de taraftarları olan daha başka mezhepler vardır (İzmirli İsmail Hakkı, Yeni İlm i Kelâm, s. 16 ve sonrakilere bak.

(3) Kaytana, İslâm tarihi, tercümesi, cilt 6 s. 128 de bu mezheb'in islâmiyyetin en kadîm mezhebinden olup Aman da teessüs etmiş olduğunu söylüyor.

(4) Pierre Arminjon = Baron Boris Nolde - Martin Wolf, traité de droit comparé; 1951, cilt III s. 408.

İmâmiyye mezhebi, kitab, sünnet ve icma'ı tanır. Bunda kıyâs, hüccet değildir. Sünnet İmâm i ma'sum'un kavli, fiili ve takriiri ve icma' da bu imâmın rey ini keşf, muvâfakatine cezm hâsıl etmektir. İmâmiyye'nin muhtelif kollarından İsnâ aşeriyye'ye göre on iki imam vardır; on ikinci imam esrarlı surette ortadan kaybolmuştur, vakti gelince Mehdî orlünü oynamak için tekrar çıkacaktır. İmâmiyye mezhebi bil'âhare (1501 de) İran'ın resmî dini olmuştur (1).

Sünnîler bütün İslâm dünyasının onda dokuzundan fazlasını teşkil etmektedir. Takriben 250 milyonda % 91 sünnî, % 8 den biraz fazlası şii % 1 buçuk İbâbî dir. Sünnîler arasında Hanefî mezhebi takriben 118 milyon mensubiyle en kuvvetlisidir. Bundan sonra Şafiî mezhebi gelir ki tâbi'leri 73 milyon kadardır. Mâlikîler 30 milyon tutar. Hanbelîler de takriben 4 milyondur; Arabistan Vehâbîleri de buna dahildir (2). Tekrara lüzum yoktur ki bütün bu rakamları tahminî olarak kabul etmek icab eder.

17 — Dört sunnî imâmın fıkıhları, ictihâdlarında dayandıkları şer'î deliller, meslekler bakımından ikiye ayrılır : 1) Hicaz veya hadis fıkıhı, 2) Irak veya re'y ve kıyâs fıkıhı. Hadis (eser) veya Hicaz fıkıhı, Hicaz ulemâsının mesleki olan fıkıh, Irak veya re'y ve kıyâs fıkıhı da Irak ulemâsının fıkıhıdır. Birincisi Hicaz'dan, ikincisi Irak'tan yayılmıştır. Birinciler'n meslekine uyanlara hadis ehli, ikincilerin mes'ekine uyanlara re'y (3) ehli denilmiştir. Hicaz'da hadis pek yaygın ve yakinden bilinir olduğundan bu hadisleri rivâyet edenler bakımından faz'a şartlar aranmıyordu. Hicaz fakihleri hadislerle amel ediyorlardı. Medine'nin taşı, toprağı henüz peygamberin hâtıraları ile dolu idi. İmam Mâlik Medine ahâlisinin teâmüllerini, sünnetin bunlar arasında bir yayılışı şeklinde tefsir ediyordu (aşa. No. 22 bak.).

Hicaz - hadis fıkıhının imâmı, Mâlik bin Enes'dir. Şafiî ve Hanbelî de Hicaz fıkıhı mensublarından, hadis ehlinden sayılır. Ancak İmam Şafiî temâmiyle Hicazî değildir. Irak fıkıhı ile Hicaz fıkıhını cemi', bir çok noktalar da İmam Mâlike muhâlefet de etmiştir. Harbelî mezhebi, Şafiî mezhebinden sonra kuurldu usulü Şafiî usulüne yakındır.

Irak'da hadis'ler Hicaz'da olduğu kadar yakın bilinmediğinden hadisle

(1) İmâmiyye'den İsmâliyye hakkında Fuat Köprülü, İslâm Medeniyeti Târîhi s. 66, 101 - 104. Bu ve diğer sünnî, Şii mezhepleri, Haricîler hakkında İzmirli İsmail Hakkı, Yeni İlm i Kelâm, s. 117 ve sonrakiler, 11 ve sonrakiler ve 215, Fitzgerald, Muhammadan Law, s. 1, 19 ve sonrakiler, Herzî Massé'nin L'islam s. 144 - 164; Goldzieher Vorlesungen über den İslâm s. 208.

(2) Stier Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, cilt IV, 1929, Türkisches Recht s. 99. Dr. Polster, Fragen des islamischen Kollisionsrechts nach malikitischen Ritus, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1943, Heft 2, s. 147 ve sonrakiler.

(3) Re'y, doğru yolu bilmeği kasd ederek fikir işlettikten sonra kalbinin gördüğü şey'e denir. Re'y kıyâsdan eam, istihsân'a da şâmilidir (İzmirli İsmail Hakkı, Yeni İlm i Kelâm, s. 183 İlm i Hilâf s. 283 ve sonrakilere de bak.)

rin doğruluğuna hüküm etmek için bir çok şartlar aranıyor, bu şartları hâiz olmayarak rivâyet edilen hadisler Iraklılarca şer'î hükümleri isbata yeter görünmüyordu. Bundan dolayı Iraklılar çok def'a re'ye ve kıyâsa baş vuruyorlardı. İlâve tasrih edelim ki Iraklılar re'y ve kıyâs ı hadise mutlak surette üstün tutmazlardı. Nitekim Hicazlılar da doğruluğu kendilerince sabit görünmeyen her rivâyet ile iş görmezlerdi (1) Ve çok def'a re'y'e de mu-racaat etmişlerdir.

18 — Sünnî mezheplerin en büyük imâmı, İmâm i Â'zam unvanını alan Nu'man bin Sâbit Zota'dır; Ebu Hanîfe lâkabı ile de anılır. Hanefî mezhebinin başı ve imâmıdır. Hicrî 80 (Milâdî 699) tarihinde doğmuş, 150 (767) yılında Bağdad'da ölmüştür. Önceleri Bağdad'da ipek ticareti yapmış-tır. İslâmın ilk hukukçusu olmamakla beraber fıkıh bilimini hâlen mer'î şekile bâb ve fasıllarda ilk tertipleyen odur. Fakat bu yolda ilk eseri ya-zan İmâm Muhammed'dir. Rivâyet edildiğine göre (İzmirli İsmail Hakkı, İlm i Kelâm s. 91) yeni güç bir mes'ele ile karşılaştığı vakit bilginlerle ko-nuşur, görüşür, düşüncelerini arar, tartışmalarda bulunur ve nihayet kararı-nı verir bunun fıkıhın hangi kısmına ve nereye sokulacağını İmâm Yusuf a emr ederdi. Öbür üç imam Arabdır; Ebu Hanîfe Arab değildir. Şemseddin Sami Kâmus ül a'lâmında nesebi fürs ün bir büyük hânedâmna müntehî-dir der. Fitzgerald Suriyeli veya İranlı bir asıldan geldiğini (s. 10), Goldzi-eher İranlı olduğunu (Vorlesungen s. 57), Mahmud Es'ad, Afganistan'da Kâbil şehri ahalsinden olup sonradan islâmı kabul etmiş olduğunu (Târih i İlm i Hukuk, s. 204), Şemseddin Günaltay, Buhârâ'nın güneyindeki Tirmiz şehri ahalsinden Zota adlı bir Türkün torunu olduğunu (Türk Târihi Kongre-si, konferanslar, münakaşalar I, s. 286), Carra de Vaux, İranlı bir kölenin oğ-lu olduğunu (cild III s. 3,302) söyler. Kendisine Ebû Kanîfe denilmesinin sebebi, doğru yolun, tevhid yolunun, sâlikî, islâma tam mu'tekid ve münkâd mü'minlerin ma'nevî babası olarak tanınmasından (2) yahut da Iraklılar arasında Hanîfe denilen bir divit veya yazı hokkasını daimâ kullanmasın-dandır (Ömer Nasuhî Bilmem, Hukuk i İslamiyye ve Istilâhat ı Fıkhiyye, s. 386). Her halde kendisinin Hanîfe adlı bir kızı yoktur. İmâm i Â'zam den-mesinin sebebi de karîhasının açıklığı, re'yinin sıhhat ve kuvveti, kitab ve

(1) Bergsträsser diyor ki Irak, daha Emevîler zamanında fikir hayatının mihrak nok-tası idi ve Abbasîlerden beri siyasî bir merkez idi. İslâmın yabancı kültürlerle, Bizans hi-ristiyan kültürü ile, İran kültürü ile ve başlıca eski şark kül'üsünün kalıntılarıyla en hara-retli temas burada olmuştur. Bundan dolayı Hanefî mezhebi bir mektep karakterini daha az gösterir. Üç imam ile arasında çok defa ayrılıklar vardır. Her şeyi ahz ve telâkkiye hazır bir mektep durumundadır. Nisbeten, her taroftan gelen akıntılara açık bir havuz çehresini taşır (s. 15, 16; Carra da Vaux, cild, 3, s. 300 bak.)

(2) Kur'ânda hanîf kelimesi müteaddit yerde geçer: Âl i umran suresi, âyet 66; En'am suresi, âyet 79 ve 161; Bakara suresi, âyet 135.

sünnete bilgisinin genişliği bakımlarından öbür imâmlara üstün görülmesidir. İmâm Şafîî «nâs, fıkıh ilminde Ebû Hanîfenin ıyâlıdır» (1) diye kendisini öğmüŒ, İmâm Mâlik ve Hanbel de onu büyük görmüŒtür. İmâm i Â'zam Emevî Halifelerinin sonuncusu ik'nci Mervan zamanında ve sonra ikinci Abbas Halifesi Mansur zamanında iki def'a hapse atılmış ve döğül-müŒtür. Ölümü hapiste olmuŒtur (2). Kendisine izâfe edilen Fıhk ı Ekber vel âlim vel müteallim adlı kitablara varsa da tarafından yazıldığı sâbit değildir. Mesâ'si benzetmek câiz ise Sokrat'ınki gibi halefleri ve talebeleri tarafından muhafaza ve idâme edilmiştir.

İmâm i Â'zamın eshâbı ve etbai kendisini müctehid fi şŒeri' olarak tanımışlar ve onun fıkıhdaki mesleğini ve usulünü ta'kib etmişlerse de fıkıh meselelerinde pek çok ayrılıkları olmuŒtur. Bilhassa Ebû Hanîfe ile iki talebesi arasındaki ihtilâf İmam Mâlik veya Ahmed'le olan ihtilâftan daha fazla ve daha şiddetlidir. O suretle ki Hanefî mezhebi, Ebu Hanife, Ebû Yusuf ve Muhammed mezhebidir denebilir. Bu ihtilâflardan dolayı Hanefî mezhebi pek ziyade genişlemiş ve teşettüt etmiştir. Haydar Molla Mecelle şerhinde (cild 1 s. 21). «Bu fıkıhta gerçekten fakih olmak kolay bir şey değildir. Şafîî fıkıhı pek muhtasar olmakla beraber fer'i mes'elelerin oldukça bir takım kaidelere irca' edilmiş olması ahz ve zaptını teshil etmiştir. Bunun için bir zat, Hanefî mezheb olan bir kimsenin kırk yıldan önce fakih olmasına ve Şafîî mezheb olanın kırk günden evvel fakih olmamasına te'accüb ederim demiş» olduğunu söylüyor.

İmâm i Â'zam pozitivist olmaktan ziyade rasyonalist ve realist olmaktan ziyade idealist, cem'iyetçi olmaktan ziyade ferdci, individüalist bir karakter gösterir. İdeal bir ahlâk telâkkisi onun doktrinlerine müessir olmuŒtur denebilir. Meselâ karâbet onun indinde hibeden rücu'a mani'dir (Mecelle, madde 866 bak). İnsan hürriyetine, aklına, şahsiyete hürmetkârlığı yüksektir. Kendisine izâfe edilen nahnu ricalun ve hum ricalun sözü ictihadı verdiği ehemmiyetin bir ifadesidir. Bunun'a beraber şüphesiz İmâm i Â'zam da zamanın çocuğu ve muhitinin mahsulüdür. O da hukuku dinî bir müessese olarak görmüŒtür. Kitap, sünnet ve icma' onun için de hukukun baş kaynakları olarak kalmış ve nakilden kurtulabildiği yerlerde de hayattan ziyade ve ondan uzak bir akılcılık, kuru bir mantıkçılık yolunda kaideye bağlanmış ve bunun için akidlerin sıhhatini fazla şartlara tâbi' tutmuŒtur. İcâre akdi onun hukuk mantığına uygun değildir; çünkü kira akdi, beyi' gibi ivazlı, menfaatin temlîki mukabilinde alınacak bir ücreti tezam-

(1) İyâl, bir adamın besleyip nafakalarını temin ettiği kimselerdir. Çocukları, karısı ve sairesi gibi.

(2) İmam i Â'zamın hapse atılmasının sebebi, bazılarıncı kadrlığı kabulden imtina-ıdır. Bazılarınca da âl i beyt den Muhammed bin Abdullah bin Hasan'a bi'at etmesidir. İki birlikte sebep olması da mümkündür. Tahtâvî tercümesi cild 1 s. 77, 78 bak. Aşağıda İmam Mâlik bendine, No. 22 bak.

mun eden akiddir. Menfaati ise birden, bir def'ada teslim etmek imkânsızdır. Böyle olunca akdın tarafları için matlûp olan eşitlik te'min edilememektedir. Bu da kaideye ve ideale aykırıdır. Bu i'tibarla icâre akdi İmâm i Â'zam göre sesâ i'tibariyle vekiyâs icâbınca câiz olmaz. Ancak istihsân yolu ile (Aşa. No. 19 bak.) dir ki kabul edilebilir. Diğer taraftan İmâm i Â'zamm ahlâk telâkkilerine uygun görünmiyen ictihâdları da vardır: Mağsûb maldan istifa edilen menfaatin mazmun olmayacağı, ikrâh ile olan nikâhın, talâkın mu'teber olacağı hakkındaki re'yleri gibi (aşağıda icâre bahsine ve Aile Hukuku kitabına bak). Halbuki diğer imamlar bu mes'elelerde daha ahlâkî ve amelî düşünmüşlerdir.

19 — İstihsân. İmâm i Â'zam kitab, sünnet, icma' ve kıyas delillerini kullandığı gibi istihsân denilen yola da gitmiştir. İstihsân, kıyâsa aykırı görünen bir işde «Terk ul kıyâs i vel ahzu bimâ hûve evfaku linnâsi =» kıyası bırakıp nâs'ın kullanmasını hoş görmek. İmâm Serahsî'nin sözlerini evvelce görmüşük (İkinci basımın ön sözüne bak). İstihsân bir équité kaidesi sayılır (1). Başlıca Hanefilerin delilleri arasında yer alan istihsâna ba'zı fakihler yeni bir delil ihdâsı göziyle bakarak ta'riz etmişler, bunun taraftarlarına, kitab, sünnet ve icma' ve kıyâs varken ortaya bir de istihsân çıkardımız demişler ve bunun câiz olmadığını söylemişlerdir. Hanefiler cevaplarında: İstihsânı dört delil dışında yeni bir delil saymak doğru olmaz; bu, kıyâsın bir nev'idir; kıyâs iki türdür: Biri celi (açık) kıyâsdir ki mutlak surette kıyâsdan bu anlaşılır; ya'ni kıyâsın illet'ine birden bire vukuf mümkin olursa bu kıyâsa celi kıyâs veya sadece kıyâs denir. Kıyâsın illeti müctehidce birden bire anlaşılmayıp da ziyâde incelemeğe, derinlemeğe muhtaç olursa böyle kıyas, kapalı (hafî) kıyâs olur (Yuka. No. 10 bak) ki istihsân budur demişlerdir. Maamafih istihsân kelimesi husn aslından gelme olup Kur'ânda {Feyettebiüne ehsenehü} buyurulduğu gibi hadîsde de «Mâreahul müslimûne hasenen fehuve ind Allahi hasenun» denmiştir.

Hanefî imamlarının istihsân yolu ile ictihâd ve tecviz ettikleri birçok mes'eleler vardır; nitekim bilhassa akidler bahsinde icâb ettikçe ve sırası düştükçe işaret edilecektir. Burada birkaç misâl vereceğiz: Evvelce bahs ettiğimiz (Yuka. No. 18) icârenin meşrûiyyeti Hanefilere göre istihsân yolu ile olmuştur. Kezâ akd yapılırken ma'kûdün aleyh, ya'ni satılan mal, mevcud olmadığından dolayı selem akdi (İleride Beyi' bahsine bak.) kıyâsen câiz değilken istihsân ile tecviz edilmiştir. İstisna' akdi de ma'dûm u satmak olduğundan kıyâsen câiz görülmüştür (bu mes'elede icma' vardır). Meyve ve cezve gibi birden bire belirip meydana gelmiyen mahsulâtın satılması gene ma'dûmun bey'i olacağından kıyâs icâbı tecviz edilemezken beliren

(1) Louis Milliot, La conception de l'état et de l'ordre légal dans l'Islam, Académie de droit international, Recueil des cours, 1949 II, s. 683.

lere tebaan toptan satılması istihsân ile kabul edilmiştir (Mecelle madde 207). Hanefilere göre esas itibarıyla mağsub maldan gâsıbın elde ettiği menfaalin tazmini lâzım gelmezken sonraki Hanefî fakihleri sui istîmalleri görerek Şafîî mezhebinde olduğu gibi, fakat istihsân yolu ile yetim ve vakıf mallarında bu damanı tecviz etmişlerdir. Gene kefalet ancak mevcut malî bir alacak için câiz olduğundan, tehakkuk ettikçe verilmek üzere takdir edilen nefakaya kefâlet istihsân ile kabul edilmiştir. Satılan bir akarın müş-teri tarafından kabz edilmeden önce başkasına satılabilmesi de şeyheyne göre istihsân yolu ile tecviz olunmuştur (Mecelle madde, 253). Ve nihayet zenbil gibi daralıp genişleyen bir kap ile beyi, kaideye göre salih değil iken kurbalarla su almak istihsân yolunda câiz görülmüştür (Mecelle, madde 218 şerhi- ne bak).

Hanefî mezhebi, (Yuka. No. 16 gördüğümüz gibi) İslâm dünyasında en yaygın olan mezhebdir. Tükiye, Hind - Pakistan, Efganistan müslümanları, Irak, Filistin, Suriye, Makedonya ve Avrupa'daki müslümanlardan büyük bir kesimi bu mezhebe bağlıdır. İbn i Sinâ Hanefî idi. Selçukların, Herezmlerin mezhepleri de bu idi. Osmanlı İmparatorluğunda kazâ ve fetvâ bu mezheb üzerine yürümüştür (1). Böyle büyük imparatorlukların ve saltanatların mezhebi olması Hanefî mezhebinin başlıca Avrupa'da ve Asya'da

Bütün bunlarla beraber umumiyetle halifeler ve sultanlar tebealarını büyük bir üstünlük kazanmasına sebep olmuştur.

kendi mezhebi üzere gitmeğe zorlamış değillerdir. Esâsen İmam Ebu Yusuf'un bir devlet adamı olması da Hanefî mezhebine diğer mezheblere nazaran bir bakımdan daha beşeri ve daha pratik bir şekil vermişti, başlıca kadınlar, zimmiler ve müste'minler hakkındaki telâkileri ve öf ve âdeti mümkün mertebe göz önünde tutması mezhebe bir câzibe sağlamıştır denebilir (2).

20 — Hanefî mezhebinin imâmı, İmam i Â'zam olmakla beraber asıl kurucuları, daha ziyade onun iki yüksek talebesi İmam Ebu Yusuf ile İmam Muhammed'dir (3). Bu iki imam öğretmenleri olan Ebu Hanifeye yakın

(1) Diğer mezheblere mensub olanların ihtilâflarında yagı işinin nasıl cereyan ettiğine ilerde yargılama usulü içinde temas edilecektir. (aşa. s. 34 n. 2 bak).

(2) Fitzgerald s. 12 bak.

(3) Fıkıh kitaplarında «İmâmeyne göre» denildiği zaman İmam Yusuf ile İmam Muhammed kâd ediljr. Bununla beraber bu iki imam hakkında sahibeyn de denir. Şeyheyne sözü İmam i Â'zam ile İmam Ebu Yusuf'u ifade eder. Tarafeyn tabiri İmâm i Â'zam ve Muhammed'i gösterir. Hanefî fıkıh kitaplarında indenâ ya'ni bizim indimizde denildiği vakit Hanefiler kâd olunur. Eimme i selâseye göre Ebu Hanifeden gayri müctehid i fi şşeri' olan İmam Şafîî, Mâlik ve Hanbel anlaşılır. Bununla beraber bu tâ'bir İmam i Â'zam, Ebu Yusuf ve Muhammed'in üçünü ifade için de kullanılır. Bu suretle İmam Ebu Yusuf imâmî sâni, Muhammed imâmî sâlis ve imâmî Â'zam da imâmî evvel (imâm ül eimme) sayılır.

bir ün almışlardır ve hocalarının ictihâdlarından çok def'a ayrılmışlardır.

İmam Yusuf 113 (731) de Kûfe'de doğmuş 182 (798) de Bağdad'da Kad il kudât olarak vefat etmiştir. Kadılığı 16 yıl sürmüştür. Üç halifenin de büyük teveccühünü kazanmıştır. Hanefî mezhebinin ikinci imamı sayılır. Fakat yukarıda (No. 13 bak.) gördüğümüz üzere müctehid fişşeri' derecesenie çıkmamıştır. Fitzgerald bir hiristiyan için, halife aleyhine hüküm verdiğini yazıyor (s. 11). Halifenin emriyle yazdığı Kitab ül Harac meşhurdur. Arazi vergisi ve idare hakkında bir eserdir. Fıkıh usulünü koyan zat olarak tanılır. Fakat bu ilme dâir bir kitab yazmamıştır; bunu İmam Şâfiî (Errisâlesiyile) yapmıştır. Örfе yüksek bir mevki' vermek istemiştir; İmam Yusuf'a göre nass ile örf teâruz ettiği takdirde nass örfden doğma, ona dayanmakta ise örfе itibâr edilir. Çünkü örfе itibâr hakkında âyet vardır: «Hpuzil afve ve'mür b il örfi ve' eriz an il cahilin». Yukarıda da (No. 11 bak.) bahsi geçtiği üzere bu delil pek az ve dar tatbik yeri bulmuştur. Ebu Yusuf, evlâda vakfı kabul etmekle İslâm hukukunun amelî olmayan miras hukukuna karşı bir çare bulmuş imam olarak da tanınmak istenir.

21 — İmam Muhammed bin Hasan Eşşeybanî Hier' 131 (Milâdî 749) da Vasit şehrinde doğmuş 189 (Milâdî 804) de Rey'de ölmüştür. Hanefî mezhebi eshabının büyüklerindendir; bu mezhebin üçüncü imamı sayılır. Önce İmamî Â'zamdan, bunun ölümü üzerine İmam Ebu Yusuf'dan okumuştur. İmam Muhammed, İmam Şâfiî'nin babasının ölümünden sonra annesiyle izdivac ettiğinden Şâfiînin hocası ve mürebîsi de olmuştur. Bir müddet kadılık etmişse de bırakarak kendini ictihada vermiştir. Hayli kitab yazmıştır. El Câmî ul Kebir, El Câmî us Sagir adlı eserleri meşhurdur. El Câmî ul Kebir'i fıkıh fûr'una dair yazılan eserlerin birincisidir. İmam Ebu Yusuf'dan daha keskin bir münâzaracı (dialecticien) idi ve birçok meselelerde kendisine müracaat olunurdu. Menkul malların vakfını tevîz eden odur (Vakıf bahsine bak.)

22 — İmam Mâlik (bin Enes el Esbahî) Medîne'de doğmuştur. Doğum tarihi 90 (95, 97) olarak gösterilir; 179 (Milâd' 795) de Medîne'de ölmüştür. Hayatı Medîne'de geçmiştir. Dört imamdan ikincisidir. Siyasî fikirleri Ali taraftarları lehinde ve Abbasîlerin hilâfeti aleyhinde idi. Bundan dolayı Mansur tarafından döğdürüldü. Şöyle ki Emevî Saltanatının izmihlâle gittiği sıralarda Medîne'de Alevîlerin en ileri gelenlerinden ve «Nefs i Zekiye» lâkabı ile anılan Muhammed bin Abdullah hilâfet makamına intihab edilmiş, diğer taraftan Ebu Cafer Mansur Abbâsî Halifeliğine geçirilmişti. Medineliler çaresiz buna bi'at ettiler. Fakat Muhammed bin Abdullah Mansur'a karşı isyan etti. Ve Medineliler Muhammed bin Abdullah'a bi'at edip etmemekte mütereddid kalarak İmam Mâlik'ten istifâ ettiler. İmam

Mâlik Mansur'a vuku' bulan bî'atın ikrah altında gayri ihtiyarî olduğunu, Muhammed bin Abdullah'a daha önce bî'at edildiğini ve bu birinci bî'atın bî'atından daha doğru, haklı bulunduğunu söyledi. Ve Mansur'un hal'ine fetvâ verdi. Medîneliler de Muhammed bin Abdullah'a bî'at ettiler. İmam Âzam da Muhammed bin Abdullah'ı efdal ve ehak görüyordu. Fakat Mansur 145 yılında Muhammed'in katline muvaffak oldu ve Medîneliler tekrar Mansur'a bî'ate mecbur oldular. İmâm Mâlik ise Abbasilerin hilâfeti aleyhine bulunmakta devam ediyordu. Kuvvetlenen Mansur iki imamın da en büyük düşmanı kesilmişti. Yukarıda (No. 18) gördüğümüz üzere İmâm Âzamı kadılığı kabul etmedi diye habs ettirdi ve döğdürdü. İmâm Mâlik'i de Mansur'un amcası ve Medîne Valisi olan Ca'fer celb ederek çıplak halde döğdü ve omuzunu yerinden çıkardı (Corci Zeydan İmâm Mâlik'in talâkî mükreh fetvâsından dolayı (1) Mansur tarafından döğdüüğünü de yazıyor cild 2, s. 133, cild 4, s. 211).

İmam Mâlik zamanında Medîne, Peygamberin devrinden beri pek az bir tebeddüle uğramıştı. İmam Mâlik, Medîne'nin muhafazakâr muhîtinde dînî şef, üstâd ve kadı idi. Ehl-i hâdisden olmakla beraber re'ye ve kıyâsa pek az çevirmiş değıldir. Bilâkis bir takım mes'elelerde re'yimiz budur diye mu'tihadlarda bulunmuştur. Nitekim meşhur ve mu'teber eseri olan El muvatta' (düz yol) da bu mesleki görülür Hadiselerin ufak bir mecmuası olan bu kitabda İmam Mâlik kendi rey'lerini beyândan kaçınmamıştır. Bu kitab İslâm hukukuna dair en eski bir eser olsa gerektir.

İmam Mâlik, Medîne ehalesinin bir işde ittifakını bir nevi' icma' saymıştır; yahut İbni Haldun'un dediğı gibi müstakil bir şer'i delil itibâr etmişidir (2). Diğer taraftan İmam Mâlik Hanefilerin istihsân'ın bir başka nevi' olan istislâh. delil olarak kabul eder. Mâlikî mezhebinde en karakteristi hususiyet aile reisinin, karısının malları ve çocukları üzerinde hâiz olduğu kudrettir: Kadın servetinin üçte birinden fazlası hakkındaki ıvazsız ta-

(1) Keza İzmirli İsmail Hakkı, İlm-i Kelâm s. 196. İleride Aile Hukuku bahsinde de görüleceğı üzere Hanefilere göre ikrah ile vuku' bulan talâk mu'teberdir; Maliki ve diğer mezheblere göre değıldir. Mahmud Es'ad - Tarih-i İlm-i Fıkukunda (s. 238) : talâk mükreh hakkında hadis rivâyetini men' ettiği halde dinlemediğinden dolayı Halife Mansurun İmâm Mâlik'i döğdürdüğünü yazıyor.

(2) İbni Haldun diyor ki şer'i icma', eimme-i müctehidin bir asırda dînî bir husus üzerine icthâd yolunda ittifaklarından ibaret olup İmam Mâlik ise Medîne ehlinin amelini bu ma'naca itibâr etmiyerek belki eshaba ve Peygambere kadar elbette sonra gelenler öncekilere taklid ve itibâr etmişlerdir diye Medine ehlinin bir amelde ittifakını müstakil bir şer'i delil addetti. Bununla beraber bu mes'ele Mâlikî fıkıh kitaplarında icma, bâbında zikr olunmuştur. (Fasl-i sâdis tercümesi s. 45).

trrurları hibe, kefâlet) için kocasının muvâfakatını almağa mecburdur. Koca kendisinin re'yi alınmamış ise yapılan tasarrufu fesh edebilir (1).

Mâlikîmezhebi Medîne'de zuhur ettiğinden dolayı şark te'sirinden uzak bulunuyordu. Mağriblular ve Endülüslüler hac için Hicaz'a gelirlerdi. Fakat Irak bunların güzergâhı değildi. Bundan dolayı gerek bunlar ve gerek Mâlikî hukukcuları ma'rifetiyle oralarda intişar etti. Bu mezheb örf ve âdete mühim bir yer vermiştir. Hattâ intişar ettiği garbî Afrika'da kanun ve örf ve âdet aynı ma'nâyı taşır. Muhafazakâr olmakla beraber mezhebin ileri gelenlerinin hemen hepsi kadı ve tatbikatçı olduklarından pratik bir mahiyeti hâizdir. Hakikaten Mâlikîler birçok mes'elelerde hayatta uygun ichtihadlarda bulunmuşlardır. Mağrib ve Endülüs ehâlisinin mizaclarında bedeviyet gâlib olduğundan ve Irak ehline mahsus medeniyet ile me'lûf olmadıklarından bedâvet münâsebetiyle ehli Hicaz'a dahi ziyâde meyl ettikleri yolundaki hükümlerin (Mahmud Es'ad, Târîhi İlmî Hukuk s. 238; İzmirli İsmail Hakkı, Yeni İlmî Kelâm s. 197; İbn i Haldun, Faslı sâdis tercümesi s. 48) isâbetinde tereddüd edilse gerektir (Barhold - Köprülü, İslâm Medeniyeti Târîhi, s. 67 bak.).

İşte meselâ ikrâh ile talâkın mu'teber olmaması, karı koca arasında geçimsizlik halinde müracaat edilecek hakemin tefrik kararı verebilmesi, mebûin yapılan ta'rif ve tavsife uygun olması halinde hiyâr i rü'yet iddiasının dinlenmemesi, bir müddet ile tevkîf edilen iâreden vaktinden önce rücû' edilememesi ve saire gibi. İkinci Meşrutiyet devrinde İstanbul'da toplanan Kanun i Medenî Komisyonunda müteaddid mes'elelerde zemânın ihtiyaclarına uygunluğunda bahisle Mâlikî mezhebi ihtiyar olunmuştu.

Mâlikî mezhebi Nijerya'dan Tunus kö-fezine kadar şimalî Afrika'da, Yukarı Mısır'da, Sudan'da, garbî Afrika'da hâlen yürürlükte. Trablusgarb ve Bingazî'de Sünûsî'ler Mâlikî'dir. Vaktiyle İspanya (Endülüs) da tutunmuştu (2).

23 — İstislâh. Fitzgerald diyor ki Medîne'de sahib i kelâm olan aristokrat Mâlik, istislâhı bir şer î kaynak olarak kabul etti (s. 7, 13). Maamafih bunu Mâlikilere hâs bir delil olarak göstermek mu'tâd ise de Şâfiî, Hanbelî ve Hanefilerde red ve inkâr etmiş değillerdir (İzmirli İsmail Hakkı, İlmî Hilâf s. 109). Nitekim istishab da Şâfiilere has değildir. Malikî ve Hanefilerde de görülür Mecelle, madde 5, 6, 1683 bak). İstislâh maslâhat icabiyle hareket etmek, ona uymak, âmme menfaati bakımından karar verebilmek demek

(1) Santillana,

(2) Mâlikî mezhebi hakkında D. Santillana'nın İtalyanca yazılmış iki cildlik kitabından yukarda Eserler kısmında bahsetmiştik. Gene bu mezhebe dâir J. López Ortíz tarafından İspanyolca İslâm Hukuk adlı (Barcelona - Boenos Aires 1932) sistematik yazılmış kitabükemmel bir eser sayılır.

olacaktır (1). Yukarıda İbn il Kayyim il Cevzi'den de nakl ettiğimiz üzere İslâm şeratinin maksûdu da budur : Şeriat harac ve meşakkatî olan ve sebîlî, yolu bulunmayan bir şey teklif etmez.

Fıkıh eserlerinde bildirildiği üzere Hazret i Peygamber ve Ebu Bekir zamanlarında bir ağızda söylenen üç talâk bir talâk sayılmıştı. Sonra bu, kötüye kullanıldığından Halife Ömer bu suretle yapılan üç talâkı mu'teber tutmuştu. Kezâ Kur'ân müllefe i kulûbu müstehiklerden saydığı halde Ömer bunların hissesini iskat etmiş ve gene açlık, kıtlık yılında sârıktan haddi iskat etmişti. Bu icthadların ba'zısını bütîin ulemâ, bir kısmını da ba'zı ulemâ muvafık bulmuşlardı. Maslâhat, şer'i delillerin ekvâsıdır. Eshab, maslâhata riâyet esasına istinad ederek nassları terk etmişlerdir. Gene Ömer muharebe zamanında hiç bir müslümana kazif hahddi tatbik edilmemesini emr etmişti, kadından ve süt emzirenden had te'hir edildiği gibi, soöuk, sıcak, hastalık zamanlarında da had te'hir edilmiştir. Bütûn bunlar maslahatı, menfaati için haddin te'hiri câiz olunca ümmetin, cem'iyetin maslahatı için te'hir evlâ bit tarîk câiz olur (İzmirli İsmail Hakkı, İlm i Hilâf s. 98, 99, 105 ve sonrakiler).

24 — İmam Şâfiî. Ebu Abdullah bin İdris iş Şâfiî Hierî 151 (Milâdî 767) de Gazze'de doğmuş ve 204 (Milâdî 804) de Mısır'da, Kahire'de ölmüştür. Benî Haşim'dendir. Dört imamdan üçüncüsüdür. İlkın Medîne'de İmam Mâlikden okumuş, öğrenmiş ve yukarıda geçtiği üzere Hanefî imamlarından İmam Muhammed Eşşeybânî'nin de ta'lim ve terbiyesi altında Bağdad'da bulunmuştur. Bağdad'daki ilk zamanlara ait doktrileriyle K ahire'ye hicret ettikten sonraki zamanına ait icthadları ayırd edilmektedir (2). Hanefî mezhebi ile Hicaz fıkımı mezc ve armonize etmek istemiştir. Fıkı ikisini birleştirir bir durumdadır. Hanefî fıkı dağınık ve karışık olduğu halde Şâfiî fıkı münakkah ve prensiplere irca' edilmiş görünür İzmirli İsmail Hakkı, İlm i Kelâm, s. 206; Ömer Nasuhî Bilmem, Hukuk i İslâmiyye, cild 1 s. 39). Hanefîlerin caiz gördükleri birçok şeyleri İmam Şâfiî kabul etmemiştir. Şâfiî mezhebi kadınlara karşı Hanefî ve Mâlikî mezheblerinden daha serttir.

Fitzgerald (Muhammedan Law) Şâfiî mezhebi hakkında diyalektik ve biraz da akademik bir tonu vardır (Hükûmet işleriyle, amelî mes'elelerle iş-tigali azdır) diyor (s. 16).

Şâfiî fıkımı Câmî ül Ezher'de büyük mevki' verilir. Esasen Mısır'da halkın büyük bir kısmı Şâfiîdir. İmam Şâfiî'nin usul ve fûru'a dair Errisâle ve Elum adında kitapları vardır. «Errisâle» si fıkıh usulü hakkında ilk mü-

(1) Goldzieher, Vorlesungen s. 283. Carra de Vaux, cild 3 s. 321.

(2) Ömer Nasuhî Bilmem, Hukuk i İslâmiyye, Istilâhat i Fikhiyye, cild 1 s. 405.

devven kitab sayılır (yuk. No. 20 bak.). İbrahim Bacurî bu mezhebin modern müelliflerindedir. El Ezher'de şeyh (rektör) idi (ölümü 1277 - 1861).

Bu mezheb Hollanda'da, bilhassa Leyden Üniversitesinde çoktan beri tetkik, tetebbu' olunmaktadır. Snouck Hurgronje'nin riyaseti altında sabık Felemenk müstemlegelerindeki örf ve âdetlerin tetkikine büyük ehemmiyet verilmiştir.

Şâfiî mezhebi bugün İdnonezia'da, Mısır'da, Güney Arabistan'da, Malaya yarımadasında, Hindistan'ın güney sahilleride, Seylân'da, Filipin adalarında yaşamakta ve kürtler bu mezhebe sâlik bulunmaktadır.

Şâfiî mezhebi hakkında E. Sachau'nın «Muhammedanisches Recht nach schafi itischer Lehre» adlı kitabı vardır (Berlin 1897). Eski Alman Afrikasındaki hâkimler için yazılmış ameli yardımcı bir kitaptır. Şâfiî fıkhi hakkında Ebu Zekeriyâ bin Ennevâvî (ölümü 676 = 1278) nin «Minhac üt tâlibîn» adlı eseri Vanden Berg tarafından tercüme edilmiştir (I - III, 1882 - 1884). Şu iki eser de mu'teberdir : Ahmed bin Muhammed bin Hacerul Heytemî (ölümü 975 = 1567) nin «Tuhfe» si Zeyneddin Muhammed bin Ahmedur Remlî (ölümü 1006 = 1598) nin «Nihâye» si. Bunlardan başka Ebu Şüca' Ahmed bin Elhasan El İshehânî (beşinci = on birinci asır ulemâsından) nin «Takrib» i veya «Muhtasar » ı kıymetli sayılır (Keyzer tarafından tercüme edilmiştir, 1859). Bu eser üzerine Muhammed bin Elkâsım El Gazzi (ölümü 918 = 1512) tarafından yazılmış «Feth ul Karib» adlı şer'ü Vanden Berg tarafından tercüme edilmiştir (1895). Buna da yukarıda adı geçen İbrahim El Bacurî tarafından bir hâşiye yazılmıştır ki Sachau'nın eserine esas ittihaz edilmiştir.

25 — İmam Hanbel, Ebu Abdullah Ahmed bin Mehmed bin Hanbel Eşşeybânî dördüncü imamdır, 164 de Bağdad'da doğmuş, 240 da orada ölmüştür. Avrupahılarcasız tanılır, Bugün mensupları en za olan mezhebdir. İmam Hanbel'in «Müsned» adındaki hadîs ese:i meşhurdur. Abbasî Halifesi Me'mun tarafından ortaya atılıp Mu'tasim tarafından devam ettirilen Kur'ân mahluk olduğu iddiasını kabule etmediğinden şiddetli suretle döğdürülmüş ve ayağı bukağulanarak habse atılmıştır. (Corci Zeydan, Me'deniyet : İslâmiyye Târihi cild 2 s. 116, cild 3 s. 133; Mahmud Es'ad, Târihi İlm i Hukuk s. 236).

İmam Hanbel, ictehad yolundan uzak olup kıyâs ile hüküm istinbâtına az meyl etmiş ve hâdis rivâyetinde diğer imamlardaki ileri gitmiştir. Mezhebi daha ziyâde rivâyet ve hadîsleri birbiryle takviye ve teyid etmeğe dayanır. Usulü, Şâfiî usulüne yakın olmakla beraber daha çok müsaadekârlıktan uzak kalmış, fanatik bir sünnilige düşmüştür. Hükümlerinde ruhsat değil, azîmet yolunu ihtiyâr etmiştir. Bu mezhebe mensub olan İbn il Kayyim il Cevzi ileri ve parlak fikirli bir zattır. Mezhebin tahminen 15 inci yüzyıla kadar Mezopotamya, - Suriye ve Filistin halkı arasında kalabalık mensupları vardı. Helâğu vak'asında vuku' bulan istilâdan sonra çok zayıf-

ladı, Osmanlıların zuhuru üzerine Osmanlı ülkelerinde Hanbelî mezhebi yerini hemen hemen temâmiyle Hanefî mezhebine bıraktı (İbn i Haldun, Faslı sâdis tercümesi s. 46; Ömer Nasuhi bilmen cild 1 s. 407). 18 inci yüzyılda bu mezheb istikametinde âdetâ bir rönesans olmuştur. Hanbelî ulemâsından Muhammed binAbdülvehhap (1876 da ölmüştür) tarafından ortaya atılan Vehâbîlik Hanbelî mezhebinin taşkın bir şekli sayılır. Dinî - askerî bir hareket halinde 17 inci yüzyılın otuzuncu yılında başlayarak uzun zaman Osmanlı İmparatorluğuna bir gâile olmuştur (Vorlesungen, Goldzieher s. 53, 292; Cevdet Paşa Târihine bak).

HUKUK SİSTEMİ HAKKINDA GENEL MALÛMAT

26 — Garphların telâkkisine göre hukuk pratik akıl, hayat icapları, hak-kaniyet duyguları, ahlâk prensipleri gibi beşerî değerlere istinat eder. Hatta Roma'nın başlıca hukuk kaynakları halk topluluğu kararları, örf ve âdetler olmuştur. Hukuk ancak insanların birbiriyle olan dış münasebetlerinin cebrî nizamıdır. Ve bu mahiyeti ile dünya hayatını mümkün kılacak, idâme ve teshil edecek kaideler olabilir. İnsanlar bunları kendileri bulur, koyar ve kaldırır (nesh ve ilga eder, yerine daha iyisini ikame eder). Din, Allah ile insan arasındaki iç münasebetin, vicdan hayatının nizamıdır. Bu nizam, kendi alanında, müstakil bir mer'iyeti haizdir; devlet ve hukuk buna karışamaz. Netekim din de kendi sahası dışında kalan dünya işlerine müdahale edemez. Bu lâiklik prensibi pek eski olmamakla beraber gerek Batıda Hıristiyanlık âleminde ve gerek Doğu'da İslâm dünyasında uzun felâketlerin acı tecrübelerinden edinme bir ders olarak kabul edilmiş ve kabulü zarurî bulunmuştur.

İslâm bilginleri, yukarda (No. 5) söylediğimiz gibi hukuku, emr i dünyaya taalluk eden işlerin nizamını, din çerçevesi içine sokmuşlar, akli değil, nakli, yani mücerret insan aklı ile idrâk olunamayıp işitmeğe mütevakıf bir ilim saymışlardır. Bununla beraber fıkıh, insanların emr i ahirete müteallık haricî fiil ve hareketlerinin mecmuu olan ibadet kısmını, dünya işlerinden ve münasebetlerinden, muamelât münakehât, ukubât ve miras kısımlarından, ayrı tutmaktan geri kalmamışlardır.

27 — Modern hukuk, pek eski, Roma Jurisprudans'ında ve ondan naklen Corpus Juris Civilisde görülen taksime uygun olarak Hususî Hukuk, Âmme Hukuku diye ikiye ayrılır. Birincisi şahısların hususî menfaatleri ile, ikincisi devletin, topluluğun menfaatleri ile ilgilenen hukuktur. Cermen Hukuku böyle bir tefrik bilmiyordu. Bunda bütün insan münasebetleri için, komşuluktan tutunuzda hükümdar ve halk arasındaki rabitalara kadar bir ve aynı hukuk tanılıyordu.

İslâm fakihleri, Roma'da olduğu gibi hukukun hususî kısmını çok işlemişler, fakat Ulülemre, icraatında genişçe bir takdir hakkı kabul edildiğinden Devlet ve İdare hukuku alanında uzun boylu hükümler koymağa lüzum görmemişlerdir (1).

(1) İslâm hukukunda Hukukullah ve Hukukî ibad taksimi şu yoldadır: Her şeyden önce ibâdat ve buna teferru' eden hükümler Hukukullahtandır. Hadlerin ekserisi (kazif için aşa, bak.) ve katilden dolayı mirastan mahrumiyet, Hukukullahdan sayılır. Bunlara Hukukullah denmesinin sebebi icra ve ikamesinde Allah'ın bir nef'i bulunmasından değil de menfaatin bütün insanlara şamil olması ve Allah indinde mertebeye şerefli tutulması bakımındandır.

28 — Fıkhın muamelât hükümleri, bugünkü hukukta obligasyon, Türkçe borçlar veya vecibeler, alacaklı bakımından alacak hakları denilen hukuk ile eşya haklarına, aynî haklara taalluk eden başlıca hükümlerdir. Bunlar Osmanlı İmparatorluğunda Mecelle denilen bir kodda toplanmıştı; bugün Borçlar Kanunu adını taşıyan ve Medenî Kanunun beşinci kitabını teşkil eden kanunda yer almıştır. Mecelle 1286 dan 1293 (1869 - 1876) tarihine kadar muhtelif tarihlerde padişahın «mucibince amel oluna» iradesiyle çıkarılmış bir maddelik fıkhın tarifinden, 99 maddelik küllî kavaiden ve ayrıca 16 kitaptan mürekkep 1851 maddelik bir kanundur (1). Hanefî fikh kitaplarından toplanarak büyük kesimi o zamanın şöhretli bilginlerinden bilhassa 12 ciltlik tarihiyle meşhur Cevdet Paşanın başkanlığındaki bir heyet tarafından kaleme alınmıştır. Bu Mecelle şahıs hukukuna kısmen temas etmiş, diğer taraftan Fransız Code Civil'inde olduğu gibi, bugünkü Medenî Kanunumuz hilâfına olarak yargılama usullerine dair hükümleri de içine almıştır. Mecelle'de aile, miras hukukuna, vasiyete ve vakfa dair hükümler yoktur. Bugünkü medenî kanunlar ise bunları muayyen kitaplarında tam bir surette düzenlemişlerdir. Şüphesiz ukubat hukuku da Mecelle'ye dahil değildir. Nitekim bugün de âmme kısmından olan bu hukuk, ceza kanunlarında yer alır. Mecelle muhtelif tarihlerde resmî, gayiresmî ağızlardan ve hiç de haksız olmayarak şiddetli tenkidlere ve münfe-

Hukuk i ibad, hususî menfaat ve maslahatlara taalluk eden hukuktur. Muamelâtta, bir kimsenin bilhassa malına iras edilen zarardan doğan alacaklar, sırf abid hakkıdır. Bu haklarda ibâha eridir, ya'ni bunlarda ibâha, terk mümkündür. Fakat sırf Allah hukuku ibâha ile mubah olamaz (aşa. s. 59 n. 1 bak.).

Bazı haklarda Hakkullah ve Hakkî abid ictima' halinde bulunur; fakat Hakkullah galib olur. Kazif hakkı bunlardandır. Kazf edilen kimsenin şeref ve namusuna tecâvüz itibariyle bunda abid hakkı vardır, fakat bu hak aynı zamanda tecavüzün tekrarlanmasını men'etmek ve nâsa emniyet vermek maksadiyle de meşru' kılınmıştır. Bunun için bu hakta Hakkullah da vardır. Filhakika bunda afiv cereyan etmez; kazf edilenin afvi ile kazf edenden had sakıt olmaz; fakat kazf edilenin ölümü halinde had düşer. Diğer taraftan şehâdet için dâva şarttır (Mültekâ, habuşşehâdeti alezz:na verrucûu anha, babul haddilkazif bak.). Veya hakkı abd galib olur; kısas gibi. Kısas, hudud gibi şüphe ile sakıt olursa da maktulün veresi için bir teselli ve onlara bir tarziyedir. Bu itibarla kısas hakkı maktulün mirasasına intikal eder; afiv ile de sakıt olur.

(1) Birinci kitap, Buyû' madde 101 - 403; ikinci kitap icâre' madde 404 - 611; üçüncü kitap, kefalet, madde 612 - 672; dördüncü kitap, havale, madde 673 - 700; beşinci kitap, rehin, madde 701 - 761; altıncı kitap, emânât, madde 762 - 832; yedinci kitap, hibe, madde 833 - 880; sekizinci kitap, gasp ve itlâf, madde 881 - 940; dokuzuncu kitap, hacr, ikrar ve şufa, madde 941 - 1044; onuncu kitap, şirketler, madde 1045 - 1448; onbirinci kitap, vekâlet, madde 1449 - 1530; onikinci kitap, sulh ve ibra, madde 1531 - 1571; onüçüncü kitap, ikrar, madde 1572 - 1612; ondördüncü kitap, davâ, madde 1613 - 1675; onbeşinci kitap, beyyinat ve tahlif, madde 1676-1783; onaltıncı kitap, kaza, madde 1784-1851

vit kanunlarla -tam şümulde olmasa dahi- tâdillere uğramış ve nihayet yerini Medenî Kanuna bırakmıştır (1).

29 — Hususî Hukuka müteallik modern kanunların bazıları hukukun bütün kısınalarında doğrudan doğruya veya kıyas suretiyle tatbik edilebilecek olan kaideleri -umumî hükümler olmak üzere- başlı başına bir kısım yaparlar; meselâ akitlerin teşekkülüne, borçların doğumuna, doğum sebeplerine, borçların ifasına, sukutuna, tazminat nevi ve şekillerine, müddetlerin hesabına, müruri zamana, şartlara, teselsüle, takasa, hakların devir ve temlikine dair hükümler gibi.

İslâm üleması, bilhassa hanefiler - mükerreren kaydettiğimiz üzere - Kur'ân'ın ve sünnetin hukuk hükümlerine dair beyanlarındaki mücerretliğe, yani esas itibariyle umumî hatlarla iktifasına tamamiyle muhalif olarak prensiplere iltifat etmemişler, vâhî ve acze mahkûm, kazuist denilen bir yolda giderek ratb ve yabis vukubulmuş veya bulabilecek hayat tezahürleri hakkındaki münferit hükümlerle işin içinden çıkılacağı ve çıkılmış olduğunu sanmışlar ve bundan dolayı pek dağınık ve bazen bizlere mütenakız görünen hal suretleri vermeğe koyulmuşlardır. Mecelle'nin baş tarafındaki 99 maddenin ihtiva ettiği esaslar umumî hükümler mahiyetinde değildir. Esmâ-i Hüsnâ sayısından teberrük ile fıkıh kitaplarından seçilerek o miktarda tesbit edilip Mecelle'ye konulan bu hükümlere tatbikatta çok kere mer'iyet verilememiştir. Fıkıh'a göre, muamelâtın en mühim kısmı olan beyi' hakkındaki kaideler öbür akitlerde de tatbik edilebileceğinden bir nevi umumî hükümler mahiyetindedir. Bununla beraber Mecelle hemen hemen her akitte sıhhat ve nefaz şartlarını, icab ve kabul gibi rükünleri ayrı ayrı tasrih etmiş ve bu suretle bir çok tekrarlara yer vermiştir (2).

Şunu ilâve edelim ki hanefi kitaplarında bir sistem görülmez (3).

HUKUKÎ İŞLERE DAİR TEMEL MEFHURLAR

30 — İrade ve beyan. Bugünkü hukukta olduğu gibi İslâm Hukukunda da esas itibariyle bir borç (vecibe) ya bir şahsın veya şahısların iradelerinden

(1) Ebululâ Mardin, Medenî Hukuk cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, 1946. Sabri Şakir Ansay, Hukuk İnkilâbımız ve Medenî Kanunumuz, 1953; yuk. s. 16 n. 3 bak.

(2) Yusuf Ziya Özer, Cumhuriyette Hukuk İnkilâbı, Belleten, cilt II, sayı 7-8 s. 389 bak

(3) Meselâ evvelce adı geçen Multekal Ebhur'un ihtiva ettiği bahislerin sırası şöyledir: Taharet, salat, zekât, savm, hac, nikâh, ridâ, talâk, itak (köle azadı), eyman (yeminler), hudut (hadler, kanunî cezalar), sirkat, siyer, lakit, (bulunmuş çocuk), lukata bulunmuş mal, âbik (kaçak köle), mefkud (gaib), şirket, vakıf, beyi (satış), sarf, kefâlet, havâle, kazâ (yargı), şahâdet, vekâlet, da'vâ, ikrar, sulh, müdârebe, vedîa, âriyet, hibe, icâre, mükâtebe, velâ, ikrah, kacr, me'zun (köle), gasb, şuf'a, kısmet, muzâraa, musâkât, zebâih (kesimlik hayvanlar), udhiye (kurban), kerâhiye, ihyâi mevât, eşribe (içilecek şeyler), sayd (av), rehîn, cinâyât, diyat, vasâyâ, husnâ, feraiz.

veya cürümden (haksız fiil, teaddî den) doğar. Birincisinde borç doğmak için ya bir tarafın iradesi, meselâ sadece vasiyyet yapanın veya kefâlette sadece kefilin iradesi kâfidir veya birden ziyade kimselerin, meselâ, beyi'de, icarda, şirkette, bayi ile müşterinin, mücir ile müstecirin, bütün şeriklerin iradeleri lâzımdır. İradeden doğan bu borçlara bugünkü hukukta bir taraflı veya iki taraflı hukukî işten doğan borçlar denir. Hukukî iş, bir hukukî netice meydana getirmeğe matuf irade beyanıdır. İkincisinde borç, teaddiden, gayrin hakkına tecavüzden doğar. Bugün haksız fiil denilen mefhumu, fıkihta daha ziyade teaddî sözü ifade eder; gasb bir teaddidir (ilerde borç münasebetleri bahsine bak). Bir kimsenin hayatına, bedenine, şeref ve namusuna karşı yapılan teaddiler fikhin ukûbat ve cinayat kısımlarında bahis mevzuu edilmiştir.

Hukukî işlerde irade (kasd, niyet), bugünkü hukukta olduğu gibi fikhin muamelât kısmında mühim bir unsurdur. Nitekim ibâdatta da temel teşkil eder: namazda niyet şarttır. Mamafih hanefiler indinde, abdestte, guslde niyet şart sayılmaz. Mücerred, yani fiilden âri niyet üzerine, iyi veya kötü olduğuna göre ancak sevab ve günah tasavvur olunabilir, hukukan bir mükellefiyet terettüb etmez; meselâ bir kimse bir malını vakfetmeği veya karısını boşamağı veya başkasının malını gasbetmeği niyet ve kasd etse, hatta vakfetmek niyeti ile bir yer satın alsa, vakfettiğine veya boşadığına dair bir beyanda bulunmaz, gasb fiilini yapmazsa vakf, gasb ve talak hükmü ceryan etmez. Beyi', icâre, hibe ve kefâlet gibi muameleler de böyledir. Bununla beraber salt niyet üzerine tazmin terettüb eden halî vardır. İleride idâ' bahsinde görüleceği üzere vedî mes. başkasının kendinde bulunan paltosunu giyse de sonra yine giymek üzere çıkarıp garderobuna koysa mücerred bu niyeti ile teaddî etmiş olduğundan palto orada kendi fiil ve dahli olmaksızın dahi zayî olsa tazmin ile mükellef olur. Lukata da da böyledir (Mecelle 769) (1). Başkasının malını itlafta (Mecelle 912 ve sonraki maddeler), diyeti mucip hallerde (ileride ukûbat bahsine bak) niyet aranmaz.

Niyetsiz bir beyanın da hüküm ifade ettiği haller vardır. Bu hallerde beyan, bir niyetin izharı olarak değil de, kendine mahsus, Roma hukukunda ve bugünkü hukukta görülmeyen doğrudan doğruya inşaî bir kuvveti haiz olur. Hatta hilafî niyet edilse bile mücerred beyan, o beyana terettüb eden hukukî neticeyi meydana getirir: bir kimse hiç niyet etmediği halde, hatta şaka, hatâ ile karısına «seni boşadım» dese bu talak kazâen vaki olur (2): boşama böyle sarîh değil de kinayeli sözlerle olursa ancak boşama niyeti bulunduğu takdirde boşama tahakkuk eder. Bazı hallerde de sözün kalıbı

(1) Sarhoş olduğu halde yolda uyuyan bir kimsenin koynundaki parayı zayî olmasın diye alan kimse gâsib olur. İzinsiz alma, gasb, lâtife ve şaka niyeti ile dahi olsa tazmini mucip olur.

(2) Hacı Zihni, Münakehât ve Müfârekât s. 142 bak.

ehemmiyetlidir. Şehâdet mutlaka «şâhidim, şehâdet ederim» gibi «şhd» kökünden bir sözle ifa edilebilir. Mufâvaza akdinde (ileride şirket bahsine bak) bu tabir aynen kullanılmak veya bu akdin bütün şartları sayılmak lâzımdır (Mecelle 1361). Bugünkü hukukta da böyle formüller görülür, meselâ poliçe senedinde poliçe kelimesi kullanılmazsa o senet poliçe olmaz. Birşeyi yapmak veya yapmamak üzerine olan bir azmi te'kid için yapılan yemimde (bak. s. 58 n. 1) niyete bakılmaz, lafza itibar edilir; fakat manayı, örfteki istimâl tayin eder (Hacı Zihni, Münakehat ve Müfarekat s. 206 bak).

Bazı hallerde de natamam bir beyan, niyet ile muteber sayılır. Meselâ beyi', mazi sığasıyla, sattım, aldım sözleriyle yapılırsa beyan tamdır; niyet ve kaside bakılmaksızın beyi' mün'akid olur. Bayi' veya müşteri beyi' kasd ve niyet etmediğim cihetle beyi' mün'akid olmadı diyemez. Fakat bunlar muzari' sığası kullanarak alırım, satarım demişlerse beyi' kasdettiklerine göre akid tamamdır; istikbal kasdettiklerine göre va'ad demek olduğundan beyi' mün'akid olmaz. Görülüyor ki bugünkü hukukta olduğu gibi İslâm hukukunda da beyanı yapan kimsenin beyanını tutmamağı fikrinde tasarlamış olması esas itibariyle bir hüküm ifade etmez; bu kimse beyanı ile ilzam edilir.

Niyetin izharı, yani iradenin beyanı muhtelif suretlerle olabilir. Şunu kaydedelim ki Mecelle, küllî kaidelerinde, yapılan beyanlarda lafza değil, maksada, manaya itibar edilir (Mecelle 3) der; meselâ bir kimse başka birine şu malı on liraya sana hibe ettim dese bu hibe değil, beyi' olur. Bu itibarla akdin temamiyyetinde malın teslimi şart değildir. Hibe olsaydı tamam olmak için teslim ve kabz aranacaktı. Diğer taraftan bir kimse müşteriye bu malı sana bedâva sattım ve o da kabul ettim dese bu akid batıl olur.

Jestler, hareketler de beyan yerini tutabilir. Ma'hud işaret ile akid yapılabilir (Mecelle 70, 174). Dilsiz yazı bilse dahi işareti müteberdir; fakat dilsiz olmayanın işareti hüküm ifade etmez. Mecellenin 1586 ıncı maddesinde de tasrih edildiği üzere böyle bir kimsenin işaretiyle olan ikrarı müteber değildir (Mecelle 66 bak).

Teâtî ile de beyan izhar edilmiş sayılır: meselâ lâkırdısız bedelini verip fırından ekmek almak gibi.

31 — Mecellenin 67 inci maddesinde de beyan edildiği üzere sâkîte birşey isnat ve nisbet edilemez. Ancak ma'rîzi hacette sükût, beyandır (Mecelle 438 bak). Binâenaleyh bir kimse akrabasından birinin, yahut zevç, zevceden biri öbürünü huzurunda bir malı mülkündür diye satsa ve teslim etse de o hazır şahıs görüp özürsüz sükût etmişken sonra o malı benimdir diye dava etse dinlenmez. Fakat şahıs yabancı birisi ise yalnız satış ve teslim esnasında hazır bulunup sükût etmesi davasına mani olmaz. İâre, hattâ rehin ve istiğlalen beyi'de sükût yine bir hüküm ifade etmez, ya'ni

dâivâ istimâ' olunur. Çünkü sükûtun dâvaya mani' olması, kıyas hilâfına sabit olmuştur. Alâhilafilkıyas sabit olan şey saire mekîsünaleyh olamaz (Mec. 15, 1659 bak). Amma râhin, rehni beyi' ederken mürtehin ve mürtehin rehni beyi' ederken râhin görüp de sükût etse bu bey'e razı olmuş sayılır ve rehniyet ortadan kalkar. Kezâ bir kimse, bir şahsın yuğurduğu hamuru ekmek yaparken görüp de sükût etse sükûtu bu hususta emir sayılarak o şahsa tazmin lâzım gelmez ve şahıs muin sayılıp ücret alamaz. Keza kebîre bir kızı evlendirmek teşebbüsünde bulunan veli, rızasını istihsal için kendisine müra-caat ettikte kızın sükût etmesi, gülmesi veya sessizce ağlaması rıza sayılır.

32 — İrâde veya rızâ beyânı yazı ile de olabilir. Mecellenin 69 uncu maddesinde nakledilen kâideye göre mukâtebe, muhâtaba gibidir (Elki-tabu kelhitabi); yazan dilsiz olsun olmasın (Mecelle 173 bak). Hatta Kur'an borçlanmaların senede bağlanmasını emretmiştir: fakat fukahâ bu âyeti yerinde olarak emir manasına almamışlardır. Başkasına yazdırıp da imza edilen senet de yazdırandan sadır olmuş gibidir (Mecelle 1607); fakat yazdıranın senet muhtevasına vukufu lâzımdır (1). Senette imza yerine mühür kullanılması da câizdir (Mecelle 1609 ve sonrakiler bak).

A'mâlardan beyi'de, hiyâri rü'yet dolayısıyla bahsedilmiştir (Mecelle 329 - 331).

Verilen izahlardan anlaşılacağı üzere İslâm hukukunda hukukî iş bir şekle tabi değildir. Gerek akitlerde ve gerek vasiyet gibi bir taraflı işlerde (2) muayyen bir şekil emir edilmemiştir. Bugünkü hukukta görülen maddi hukuk, ya'ni bir hakkın doğumu bakımından ve bir hakkı isbat (beyyine) noktasından yazılı, hele resmî şekil mecburiyeti de yoktur.

İRÂDE BEYANINDA FESATLAR

33 — Fıkıh usulünde ehliyet bahsinden (bak. No. 51 ve sonr.) sonra ehliyyet ârızaları sayılan hallerden bahsedilir. Bunlar, vücut ve eda ehliyyetine ârız olup her ikisini veya birini izale eden, yahut onların bazı hükümlerinde de-ğişme husule getiren ârızalardır. İki türlüdür: Biri semavi ârızalar ki bunlarda insanın bir ihtiyarı yoktur; öbürü mükteseb ârızalardır ki insanın, gerek kendi kisbi ile gerek bertaraf etmemek suretiyle bir payı ve iştiraki bulunur. Birinciler, cinun, sıgar, ateh, nısyan (3), nevm, igma, rik, hayz, nifas, maraz ve mevttir.

(1) Okumak bilen Zeyd, vekili Amr'e talak kâğıdını yaz diye emir ve Amr dahi «üç talâk ile tatlik eyledim» diye yazsa ve Zeyd de bir talak zannı ile mezkûr kâğıdı imza edip gönderse Zeydin zevcesi üç talâk ile boş olur (Ceridei İlmiye, adet 70 s. 2241).

(2) Meselâ rehinde kabız bir tarafa (aş. No. 79 bak.).

(3) Nısyan, akılda hasıl olan sureti mulâhaza etmemektedir. Nısyan, hukuki ibadda özür olmaz. Binaenaleyh bir kimse başkasının malını nısyan ile telef etse daman (aş. s. 57. n. 1 bak.) lâzımgelmez. Hukukullahta ise abdin bir kusuru olmadıkça nısyan özürdür.

İkinciler, cehl, sekr, hezl, sefeh, hatâ ve ikrahtır. Bunların bir kısmından, hatâ ve ikrahtan bugünkü hukukumuzda rızayı ifsat eden sebepler, ârızalar arasında bahsedilir; biz de burada önce bunları göreceğiz. Cunun, sigar, ateh, sefeh hallerini aşağıda «Şahıs Hukuku» bahsinde ele alacağız, öbürlerine muhtelif vesilelerle temas edilecektir.

33° – Hatâ. Bugünkü hukukumuzda hatâ, hiyle, ikrah gibi haller irade beyânını fesâda uğrattılar. Hanefî mezhebinde irade fesatlarına lâıyk olduğu ehemmiyet verilmemiştir. Yukarıda görüldüğü üzere talâk gibi pek mühim olan bir muâmelede kocanın iradesi aranmamış, hatâ ile veya şaka ile söylediği boşamayı ifade eden sarıh sözleri mutlak surette mu'teber tutulmuştur. Nikâh, itakda da böyledir (aşa. No. 36 ve No. 50 n. 1 bak.). İrade beyanlarındaki hatâyâ dair bir prensip yoktur. Kazuistiğe saplanılmış, daha doğrusu hatâ iddiası esas itibariyle kabul edilmemiştir. Modern hukukta hatâ mevzuu işlenmiş ve ince nazariyeler tesis edilmiştir; hayattakiler arasında yapılan muamelelerde sâikte hatâ nazara alınmaz. Ölümüne bağli tasarruflarda sâikte hatâ dahi nazara alınır.

Fıkıhta kâide şudur : Kişi ikrariyle ilzâm olunur (Mecelle 79). Ve yine hukuk i ibadda ikrardan rüçü' edilemez (Mecelle 1588). Binâenaleyh bir kimse, bir şahıs için bir mal ikrar ettikten sonra ikrârında hatâ ettiğini iddia etse kabul olunmaz (Mecelle 79); ancak ikrarda kâzib olduğunu iddia edebilir (Mecelle 1589 bak.). Beher kilosu 500 kuruştan 34 kilo yağ satılsa da mecmuu 17 lira ettiği halde hatâ ile hesap 16 lira üzerine kesilse bâyi' hesapta yanlışlık olmuştur diye fazlasını müşteriden isteyemez (Reddül muhtar).

Bu misaller gösteriyor ki hatâ ve hatâdan dolayı doğacak zarar tanımak istenmemiştir. Ancak ikrarda hatâyâ ceza hukukunda (ukubatta) büyükce bir yer verilmiştir: Zinâ haddinde hadden önce veya hadd esnasında zinâ hakkındaki ikrardan rüçü'muteber ve hadd sâkit olar.

34 – Tağrir. İslâmda aldatma, iğfal merduttur. Kur'anda mekr ve hiyânet aleyhine âyetler vardır. Sadâkat, doğruluk islâmın baş şîârıdır. Medine'de Hicret'in birinci yılında yapılan mîsaka Hazreti Peygamber «hüsniyet hiyleden evlâdır» maddesini koymuştur (Kaytano, İslâm Tarihi - tercüme cilt 3, s. 141, 145). Fıkıhta tağrir hakkındaki hüküm şudur: Akdi muâvaza zımında bir kimse birini aldatmış olsa zararını zâmin olur (Mecelle 658). Ya'ni hibe, âriyet gibi teberru' nevinden olan (1) ivazsız akitlerde değil de beyi' icâre gibi ivazlı akitlerde bir tazminat bahis mevzuu olacaktır. Fakat şuf'a hakkına müsteniden bir gayrimenkulü satın alma, muâvaza olmakla beraber cebri bir satış olduğuna göre şefi', meselâ bu suretle satın aldığı arsaya bir binâ yapsa da sonradan üçüncü bir şahıs istihkak da'vâsı ile o arsayı zaptetse zararını müşteriye tazmin ettiremez (Ali Haydar mezkûr madde şerhine bak).

(1) Teberru' akitleri iki kısma ayırt edilmektedir (Ali Haydar 658 şerhine bak).

35 — Gabin. Diğer taraftan beyi' vesair ivazlı akitlerde tagrir, yâm aldatma (Mecelle 164) (1) olmadıkça sadece fâhiş bir gabin (Mecelle 165), akdi feshe sebep olamaz; şu halde beyi'de bâyi' veya müşteri'den biri, o birini aldatmış değilse kendi kendine aldanmış olan kimse gabin muhayyerliği iddiasıyla beyi' bozamaz; velevki beyi' pek fâhiş fiyatla yapılmış olsun. Ancak vakfa, yetime ve beytülmale ait bir malın fâhiş bir gabin ile beyi' bătıldır (Borçlar kanunu, madde 21 ile mukayese).

Fâhiş gabin nukutta (parada) onda birin dörtte biri, uruzda, yani ku-maş gibi şeylerde (Mecelle 131) onda birin yarısı, hayvanlarda onda bir ve akarda beşte bir veya daha ziyade aldanmaktır (Mecelle 165). Bunun mu-kâbili yesîr gabindir ki fâhiş raddeye varmayan gabin demektir. Bu gabin tagrirle olsa dahi bir muhayyerlik vermez. Yetim malının böyle az gabin ile beyi' sahihtir (Mecelle, 208, 310 bak).

Şunu da ilâve edelim ki aldatılan taraf ölürse vârisi bir gabin ve tagrir dâvâsı açamaz; fakat aldatan vefat ederse obir taraf onun varislerinde dâvâ edebilir; ya'ni beyi' fesh edebilir. Demek ki gabin ve tagrir muhayyerliği varise intikal etmez; çünkü hukukî mucerrededen sayılır.

Aldatılan müşteri fâhiş gabne vâkif olduktan sonra mebi'de malik gibi bir tasarrufta bulunsa ve hatta onu satılığa çıkarsa veya mebi' telef olmak gibi feshe mâni' bir sebep hadis olursa muhayyerlik kalmaz.

Bir de üçüncü bir şahsın tagriri halinde muhayyerlik yoktur (Mecelle 359, 360 bak.).

36 — İkraha. Fıkıhta ikrah, üzerinde en fazla durulan riza (irade) fesatlarındandır. Bu bahis Mecellede de müstakil bir bab olarak yer almıştır (dokuzuncu kitap, ikinci bab, 1003, 1007, 948, 949). Mecelle şârihi Ali Haydar icârede (m. 448) akitlerin sıhhatinde âkitlerin rızası şartından bahis ederken sadece ikraha temas etmiş, obir rizayı bozan arızaları temamiyle meskût geçmiştir. İkraha bahsi, yukarıda İmam Malik kısmında işaret edildiği üzere önem verilmiş bir meseledir.

İkraha, lugatte bir insanı istemediği, tab'an kerih gördüğü birşey üzerine zorlamaktır. Şer'i mânasiyle bir kimseyi ihâfe, yâni korkutarak rızası olmaksızın bir iş işlemek üzere bigayrihakkın icbar etmektir. İcbar olunana mukreh, icbar edene mücbir, o işe mükrehünaleyh ve ikrah edilenin korkusunu mucip ve rızasını selb eden öldürmek, döğmek gibi şeye mükrehüh denir (Mecelle 948).

İkraha edilenin akrabâ ve taallukâtına karşı bir zarar ikâ'ı ile tehdidi. bazı fakihler mu'teber ve bazıları gayrimuteber saymışlardır.

İkraha iki kısımdır : Mülci ikrah, gayrimülci ikrah. İkraha, mükrehin ihtiyârını ilcâ eder, ya'ni muztar kılırsa bu ikrah mülci'dir; öldürmek, bir

(1) Aldatana gârr, aldanana mağrur denir. Fakat gurur, mağrur kelimeleri kendi kendini aldatis manalarına da kullanılır.

uzvu kesmek, şiddetli surette döğmek ile ikrah gibi. Buna tam ikrah da derler. Muztar kalmazsa, gayrimülcidir, gam ve elemi mucip olacak surette hafif döğmek ile, hapis ile tehdit gibi. Buna nâkis ikrah da derler.

Her iki nevi' ikrahta da bunun mevcudiyeti, mu'teberiyyeti için icbar edenin tehdidini ikâa muktedir olması, ya'ni fiile çıkaracak durumda bulunması ve bundan da mükrehin korkması, yani fiile çıkarılacağına zanni galib hasil etmesi lâzımdır. Bu suretle icbar edilen kimse, icbar olunan şeyi, mücbirin huzurunda işlerse ikrah mu'teberdir (Mecelle, 1005). İkraha, hususiyle gayri mülcü ikraha müessiriyyetini, mu'teberliğini, ikraha ma'ruz olan kimsenin içtimai durumunu da nazara alarak kadı tayin eder.

İki nevi' ikrah arasındaki fark, mülcü ikraha kavli ve fiilî tasarruflarda, gayri mülcü ikraha ise yalnız kavli tasarruflarda müessir ve mu'teber olması, fakat fiilî tasarruflarda olmamasıdır. Şu halde bir kimse başka birine filânın malını itlaf et, yoksa seni öldürürüm veya bir uzvunu keserim deyip de o da itlâf etse bu ikrah mülcü, ve zaruretler memnu' olan şeyleri mübah kılar kaidesine (Mecelle, 21) mu'teber olur ve daman (1) ancak mücbire lâzım gelir. Amma filânın malını itlaf et, yoksa seni döğelim veya hapsederim gibi hafif bir zarar ile tehdit edip de o da itlâf etse ikrah mu'teber olmaz ve iztirar gayrın hakkını iptal etmeyeceğinden (Mecelle 33) itlaf edene malın kıymeti tazmin ettirilir, çünkü itlaf fiilî bir tasarruftur. Gayri mülcü ikrah fiilî tasarruflarda mu'teber değildir (Mecelle 1007. Aşa. Ukûbat bahsine de bak) (2).

Hanefi mezhebine göre ikrah, hezl ile bâtil olan kavli tasarruflarda mu'teberdir, ya'ni bu tasarruflar sahih olmaz; hezl ile bâtil olmıyanlarda mu'teber değildir, ya'ni o tasarruf sahih olur. Başka ifade ile bir tasarruf ki hezl ile sahih değildir, ikrah ile de sahih değildir ve bir tasarruf ki hezl ile sahihtir; ikrah ile de sahihtir. Binaenaleyh mu'teber bir ikrah altında ya-

(1) Daman, tazmin demektir. Vakit mânasına zemandan ayırmak için böyle yazıldı.

(2) Kavli tasarruf, beyi' icar vesaire gibi bir hukukî hüküm ortaya koyan tasarruf, hukukî iştir. Fiilî tasarruf - burada başkasının malı, nefsi aleyhine ika' edilen fiiller, çünkü hukukumuzdaki haksız fiil olacaktır. Yürürlükte olan bazı kanunlarımızda kavli, fiilî tasarruf sözlerine tesadüf edilir. Fakat Medeni hukukumuzda böyle bir taksim yoktur. Bir hukukî iş yapmayı, bununla bir mükellefiyet altına girmeyi, ve o taahhüdü bil-fiil icra ve yerine getirmeyi ifade eden mefhumlar vardır. Meselâ bir menkul malı başkasına satan bâyi', bu akt ile o malı müşteriye teslim taahhüdü altına girmiş, teslimi iltizam etmiş olur. O malı müşteriye fiilen teslim ise bir tasarruftur. Müflis olan kimse, iflas masasına giren menkul bir malını başkasına satabilir, yani o mal hakkında bir beyi'akdi yapabilir; onu müşteriye teslim taahhüdü altına girebilir, yani teslimi iltizam edebilir. Bu mu'teberdir, çünkü iflâs ile medeni hakları kullanma ehliyeti kaybedilmiş değildir. Fakat iflâs zevam ettiği müddetçe o malı müşteriye teslim edemez; çünkü iflâs müflisin tasarruf kudreti refedilmiştir; teslimi masaya karşı mu'teber olmaz. Amma iflâs kalkar ve o mal müflise iade edilirse müşteri, akdin mu'teberliğine dayanarak o malın kendisine teslimini veya tazminat itasını sabık müflisten isteyebilir.

pılan birinci nevi'den, beyi, icâr, hibe, vakıf gibi tasarruflar sahih olmaz fasiddir, fesholunur. Çünkü bu tasarruflar, hezl ile, şaka ile hüküm ifade etmezler. Fesh için öbür tarafın rizâsına veya hâkimin hükmüne hacet yoktur. Yalnız öbür tarafın ilmi lâzımdır (aşa. No. 49 n. 1 bak.). Tasarruf sonra, ya'ni ikrahın zevalinden sonra icâzet ile sihhate inkılâp eder (İkrah ile yapılan beyi' ile başka sebeplerden dolayı fasit beyi' arasında bir takım farklar vardır; Ali Haydar, 1006 şerhine bak). Fakat ikrah, hezl ile batıl olmıyan ikinci ne'vi tasarruflarda mu'teber değildir, ya'ni o tasarruf sahihtir. İşte nikâh, talak, itak (yuk. No. 3* bak) gibi bir takım tasarruflar ikrah altında da yapılsa mu'teberdir, diğer mezheplere göre mu'teber değildir (1333 tarihli Hukuki Aile Karamamesi esbabı mucibesine bak). Bununla beraber Hanefilere göre ikrah altında talâkı ikrar mu'teber sayılmaz.

37 – Muvâzaa. Buna telcie de derler. İki kimsenin bir maksada mebnî aslı olmıyarak bir tasarrufu izhar etmek üzere aralarında kararlaştırdıktan sonra o tasarrufu alenen izhar ve inşâ etmeleridir. Muvâzaa ile yapılan akit ba'zı ulemâya göre bâtil, bazılarına göre fâsittir. Fakat heriki tarafın icâzetiyle sihhate inkilab edeceği kabul edilmektedir. Muvâzaayı her iki taraf da iddia edebilir. Müddei muvâzaayı izah ile isbat ederse aktin hükümsüzlüğüne karar verilir; ya'ni hakim muvâzaalı ikrarı ibtal eder. Şöyle ki tarafın, «aramızda hakikatte beyi' akdi olmamak üzere ben bu malımı 100 liraya bu adama sattığımı hâkim huzurunda ikrar edeceğimi beraberce kararlaştırmıştık; binaenaleyh mal benimdir teslim iddiasının reddini talep ederim» yolunda tefsirli bir iddia da bulunması lâzımgelir.

ECEL, ŞART, RÜKN, MÜDDETLER

38 – Umumiyetle, İslâm Hukukunda münferit hukukî işlerde ecel ve şart bakımından lüzumsuz, hayat münasebetlerini felce uğratabilecek kazuist bir çok takyitler konmuştur. Kur'an ve Hadiste ilân edilen esas, ahte vefa ve şartlara bağlılıktır. Bu esaslar mecellede şarta bikaderil imkân riayet olunur, vaidler sureti ta'liki iktisa ile lâzım olur hükümleri ile (madde 82, 83) tekrar edilmiştir (aşa. beyi' bahsine bak).

Ecel ve şart bazı hukukî işlerin bünyesinde, mahiyetinde dahildir. Meselâ ileride beyi' bahsinde göreceğimiz selem'deki ecel ve yemindeki şart (1) gibi.

İbâdât sahasında takvimle muayyen bir takım zamanları burada bahis

(1) Yemin, fıkhıta «Kitabüleyman» da bahis mevzuu edilmiştir. Bir kimsenin meselâ vallâhi şunu veya bunu yapmıyacağım yolunda vaki' yemini gibi. Bu halde bu kimse yemin ettiği şeyi yaparsa, evlenmiyeceğim diye yemin ettiği halde bilâhare evlenirse yemininde hânis olur ve kefâret lâzımgelir; kefâret, köle azat etme, on fakiri doyurma, giydirme, bunları yapacak durumda değilse arka arkaya üç gün oruç tutma suretiyle ifa edilir.

mevzuu etmiyeceğiz. Meselâ namaz vakitleri, hacc vakti, oruç ayı gibi. Mürurizaman ve kadının evliliğin zevâlinden sonra beklemeğe mecbur olduğu iddet müddeti ve keza cariyenin mâliki değiştiği vakit tabi' olduğu istibrâ müddeti ileride bahislerinde görülecektir.

39 — Ecele izâfe. Ecel deyince bir müddet, zaman (vade) anlaşılır. Meselâ bir kimseye şu kadar kuruşa gelecek ay başı için veya biray sonra malik olmak üzere şimdiden bir mal sattığım takdirde bu, ecele muzaf bir bey'i akdidir. İslâm Hukuku böyle ileriye, istikbâle muzaf surette yapılan bir kısım muâmeleleri mu'teber ve bir takım işleri gayrimu'teber saymıştır. İşte meselâ beyi' akdi filhal temlike mahsus, mülkiyetin ihdas ve teminine ma'tuf bir akittir. Bu ve bu gibi hukukî muamelelerde (keza vakıfta) istikbâle izafe caiz olmaz. Binaenaleyh bu beyi' sahih değildir. Hibe de temlikî bir muâmele, temlikattan (1) olduğundan böyledir (Mecelle, 854). Rehin temlik ifade etmez; fakat müstakbele izafe edilemez (Reddul Muhtar); çünkü rehin kabzı ve daimî hapsi istilzam eder. Ecele muzaf kefâlet câizdir (Mecelle, 625, 636). İcârenin istikbâle izâfesi mu'teberdir; gerçi bir kısım fakihler bunun caiz olmadığını içtihadında iseler de Mecelle, 440 ıncı maddesinde sahih olduğunu kabul eden kavli tercih etmiştir (Dürer bak).

Beyi', icâre gibi akitlerde semenin, kirânın te'cili caizdir; ya'ni alacak muayyen bir vakte tehir, ta'lik edilebilir. Bu halde alacak (borçluya nazaran borç) müeccel olmuş olur. Ma'mafih tecil yalnız deynde değil, aynde de mümkündür; ister semen, ister mebi' olsun. Ecel'e bırakılmayan alacak muaccel bir alacaktır.

40 — Ecel ma'lum olmak lâzımdır. Meçhul olursa akit fasid olur. Ecelin meçhuliyeti yesir veya fâhiş olabilir. Yesir, muhakkak ve yakın olan, fakat bazen erken ve bazen geç vücut bulan eceldir; hasad vakti gibi. Bu tefrikin şu bakımdan hükmü vardır: Akit esnâsında konan ecel, gerek fâhiş, gerek yesir olsun akdin yapıldığı mecliste iskat olunursa beyi', sihhate

(1) Fıkıhta temlikât, muâvazât, iskâta, teberruât gibi terimler muhtelif vesilelerle kullanılır (Aşa. No. 45 bak.). Temlikât, beyi', icâre, iâre gibi akitlerdir. Fakat icâre ve iâre ayn'ın temlikî değil, menfaatin temlikidir. Muâvazât beyi' ve icâre gibi muamelelerdir (sadede memul olan sevab ile ivazlandırılarak muâvazâtın sayılmaktadır. Hibede rücu manîleri yoksa rücu edilebilirken sadakadan rücu edilemez). İskâkat, talak, alacağı borçluya temlik gibi muamelelerdir. Hibeden rücu' edilebildiği halde bu temlikten rücu edilemez (hibe, mevhubunlehin kabulüne mütevakkıf iker alacağın hibesi kabule mütevakkıf değildir). Teberruât, hibe, âriyet, ibâhe gibi muamelelerdir. Teberru'alarda icbar yoktur; rehin de bunlardan sayılır. İbâhe bir malı yemeğe veya ondan istifadeye izin vermektir (Mecelle 836). İbâhe eden o şey yenmiş değilse men' etmek veya artık intifaa müsaade etmemek suretiyle ibâhesinden rücu edebilir. Muâvazatta ribâ cari olduğu halde teberruâtta cari olmaz (Aşada No. 55 bak.). Mâ'mâfih bu taksim arasında tedâhuller olmaktadır. Meselâ hibe hem temlikâtın, hem de teberruâtındır.

inkılap eder (1). Meclis bozulduktan sonra iskat edilse fâhiş surette meçhûliyyette, sıhhate inkılâp etmez; yesîr meçhuliyette ise eder. Akitten sonra kabul edilen ecel ise ister fâhiş, ister yesîr surette meçhul olsun esas itibariyle bey'in feshini mucib olmaz.

41 – Şart (çoğulu şurût, şerâit). Burada şarttan maksat, bir hukukî işin mu'teberliğinin bağlı bulunduğu ileride vukuu meşkûk bir hâdisedir. Eğer hukukî işin ta'lik edildiği vukuu mümkün hâdise halen madum olmayıp da mevcut ise (buna şarti kâin derler), burada şarta bağlı bir iş değil, müneceez, sabit, filhal tahakkuk etmiş muamele, var demektir, ya'ni o iş muteberdir. Meselâ ibrâ'nın şarta ta'liki sahih olmadığı halde bir kimse, bir şahsa sende alacağım varsa ibrâ ettim deyüp de filhal alacağı olduğu da sabit olsa o şahıs borcundan kurtulur. Bunun gibi bir kimse, bir şahsa filân malını, filân adam şu kadar kuruşa fuzulen bana sattı ve o şahıs da eğer o kadar kuruşa sattı ise icâzet verdim dese ve filhakika o suretle sattığı tahakkuk etse icâzet ve beyi' sahih olur.

Temlikâtın şarta ta'liki de caiz değildir. Binaenaleyh beyi', vakıf gibi işler şarta talik edilemez. Rehinde temlik yoksa da bunlardan sayılır (yuk. No. 39 bak.). İcâre, menfaatin temliki olduğundan bunda ecel bahsinde görüldüğü üzere istikbâle izafe caiz olduğu halde şarta ta'lik sahih olmaz (Reddul Muhtar). Fakat ivaz şartıyla hibe sahih ve şart muteberdir (Mecelle 855). Kefâletin de şarta ta'liki caizdir (Mecelle 636). Talâkın ve itâkın ve vasiyetin müstakbele izafesi ve şarta ta'liki caizdir (Hacı Zihni, Münâkehât ve Mufârekât s. 168, 165; 1333 tarihli Hukuki Aile Kararnamesi 106, 107). Nikâh, bir zamana ve şarta talik edilemez (Hacı Zihni, aynı eser s. 15). Şirket akitlerinin muhtelif şekilleri şarta ta'lik ve ileriye izafe bakımından başka başka hükümlere tabi tutulmuştur. Muzâraa, musâkâtta izafe sahih, fakat talik sahih değildir; Mudârabede her ikisi caizdir. Şirketi akitte izafe gayricaiz, fakat ta'lik mu'teberdir.

Mühim olan hüküm şudur: Ta'lik mümkün olmayan hallerde gayri muteber şart bütün hukukî işi hükümsüz kılar ve caiz olan hallerde hükümsüz yapmaz. daha doğrusu şartın tahakkuku ile o iş lâzım olur, hüküm ifâ de eder.

42 – Mevkuf. Bazı haklar ve hukukî neticeler vardır ki şartlı bir hükümde olduğu gibi muallakta kalırlar. Bunlara mevkuf denir. Meselâ kölenin evlenmesi efendinin iznine mevkuftur. Mefkudun bazı hakları mev-

(1) İslâm Hukukunda böyle sıhhate inkılâb halleri vardır; gene meselâ müşterek bir tarlanın ekini hissedarlardan biri satsa bu beyi' fasit ve feshi mümkün iken ekini idrak ederse beyi' sıhhate inkılâb eder. Bunun gibi bir akdin başka bir akde tahvili de mü'mün olmaktadır; meselâ ziraat edilmek üzere âriyet verilen tarla ekildikten sonra mu'r ariyetten rücu' etse (Mecelle 882) rücu'dan sonraki zaman için ariyet icâreye tahavvül eder (Tekmile'î Reddil muhtar).

kuf tutulur. Mefkuda yapılan vasiyyet tevkif edilir; sağ olduğu zâhir olursa infaz edilir; ölümü ile hüküm edilirse musinin veresesine reddolunur. Müteveffa veresei arasında bir hamil bırakırsa bir erkek ile bir kız hissesinden hangisi ziyade ise o kadar hisse alkonur (Mahmut Esat, Ferâi dül Feraiz No. 46). Bunlar şarta bağlı haklar gibidir, yâ'ni eğer mefkud sağ olarak dönerse malları kendisine verilir, ana karnındaki çocuk sağ olarak doğarsa mirasçı olur demektir (aşâ. No. 64, mükâtebe ye bak.).

Müslümanlığı terk eden, yâ'ni irtidâd eden kimsenin malı da muvakkat bir zaman için mevkuf hükmündedir; şöyle ki irtidâdına ve ecnebi memlekete da-haletine dair henüz bir hüküm verilmeden tekrar islâma avdet ederse - İmami A'zama göre müslümanlığında kazandığı ve İmameyne göre ecnebi memlekette iken de veresei hakkında müslim farz edileceğinden irtidâdından önce ve sonra iktisabettiği - malları veresesine verilmeyip kendisine iade edilir (aşâ. s. 83, n. 1 ve No. 75 bak.).

İleride akitlerde görüleceği üzere meselâ bir kimse bir şahsın malını onun izni olmaksızın fuzulen (1) beyi' ederse beyi' o şahsın izin ve icâzetine mevkuf olarak mün'akit olur. Mecellenin 1452, 1453 üncü maddelerinde de tasrih edildiği gibi izin ve icâzet tevkil hükmündedir ve sonradan verilen icâzet, evvelce verilmiş bir vekâleti tazammun eder (aşâ. No. 55 bak.).

43 - Rükñ. Fıkıhta münferit akitlerin şartlarından başka rükünlerinden de bahsedilir. Bu daha ziyade dînî sahada önem alır. İmanın erkânı, namazın erkânı gibi. Bununla beraber akitlerde de bir istilâhdır. İşte Mecellenin 149 uncu maddesinde «rükñül beyi', yâ'ni bey'in mahiyyeti malı mala de-ğışmekten ibaret olup ancak buna delâlet etmek hasebile icab ve kabule dahi rükñi beyi' itlak olunur» denilmiştir.

Rükñ, mefkûdiyeti, mevcut olduğu takdirde kendisiyle kıymet iktisap edecek olan bir şeyin mevcut olmamasını mucip olan, başka ifade ile şer'i hükmün mahiyetinde dahil ve onun bir cüz'ü bulunan esas unsura denir. Meselâ bey'in rükñü bâyi, ve müşteri, icap ve kabul, mebi' ve semendir. Kabız, rehnin temâmiyyetinin rükñüdür. Fakat şart ile rükñün karıştırıldığı görülmektedir. İşte meselâ Ali Haydar şerhinde, rehnin beş rükñünden birisi olarak gösterilen (cilt 2 s. 231) unsura 719 uncu maddede şart denilmiştir.

44 - Müddetler, müddetlerin hesabı ve başlıca tarafların beyanlarının tefsiri hakkında bugünkü hukukta olduğu gibi İslâm Hukukunda da bir takım kaideler vardır. Bunlar başlıca icâr hükümleri arasında görülür (Mecelle 484 - 496 bak.). Müddetler bazen şeri' ile muayyendir. Bazı hallerde taraflarca mukavele ile ta'yin edilebilir.

(1) Fuzuli, şer'an me'zun olmadığı halde başka biri hakkında tasarruf eden kimseye denir. Fakat Fuzûli meselâ başka bir kimse için bir mal satın alsın o kimse buna izin ve icâzet verebilmek için akit kendisine izâfe edilerek yapılmış olmalıdır. Eğer fuzuli akdi kendi adına yapmış ise fuzûli başkası için satın aldığı niyet etmiş hatta akitten önce işhad etmiş olsa dahi mal kendinin olur ve icâzete mevkuf olmaz (Aşâ. münferit borç münâsebetleri kesimine, vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf bahsîne bak.).

TEMSİL, VEKÂLET

45 — Vekâlet. Bir kimse, bir hukukî işi (1), fıkhnın tâbiriyle kavli tasarrufu - şüphesiz ehliyeti haiz oldukça - bizzat kendisi yapar; fakat muhtelif sebeplerden dolayı, meselâ beceriksizliğinden, bilgisizliğinden veya vakti olmamasından dolayı yapılmasını başka birine tefviz de edebilir, ya'ni evini kiraya vermek, davasını takip etmek veya dükkânında mallarını satmak gibi işleri kendi adına başkasına yaptırmak için ona bu yolda selâhiyet verebilir. Bu selâhiyet itasına dair olan akde fıkhîta vekâlet denir (2). Mecelle (madde 1449) de bu manada olarak vekâlet, bir kimsenin bir işi başkasına tefviz etmesi ve onu kendi yerine ikame etmesidir diye ta'rif edilmiştir (3). O kimseye müvekkil, o başkasına vekil ve o işe müvekkelün - bih, vekil tayin etmeğe de tevkil ederler. Vekilin bâliğ olması şart değildir, mümeyyiz olması kâfidir (Mecelle 1458). Bugünkü hukukumuzda vekâlet akdinde tarafların reşit olması şarttır; buna mukabil temsil selâhiyetinin itası bir taraflı beyanla olur ve temsil edecek kimsenin reşit olması şart değildir.

Roma Hukukunda doğrudan doğruya temsil tanımıyor, dolayısıyla temsil kabul ediliyordu; ya'ni kendi adına, fakat başkasının menfaatine hukukî iş yapan vekil müvekkil ile aralarındaki dahilî münasebet icabınca yaptığı muamelenin neticesini temsil edilen kimseye, müvekkile nakletmek suretiyle vekâleti ifa ediyordu. Preteur hukukı ve Jus Gentium doğrudan doğruya temsili tecviz etmişti (4).

Mecellenin tanzimine göre iskâtattan olan işlerde ve bilhassa nikâh, muhalâa ve ibrâ da vekilin akdi müvekkiline muzaf kılması lâzımdır. Ve böylece hukuk i akit, müvekkile ait olur ve vekil sırf sefir (resul) durumunu alır. Vekil bu işlerde akdi müvekkiline muzaf kılmazsa akit müvekkil için sahih olmaz (Mecelle 1460).

Beyi' şirâ ve icâre gibi temlikâtta vekilin akdi nefsine muzaf kılması şart değildir; müvekkiline muzaf kılmayıp nefsine izâfe etmesi de sahih olur (Mecelle 1461); yani vekil akdi isterse müvekkiline muzaf kılın

(1) Ukûbatta niyâbet carî olmaz. Hudud ve kısas'ın istifasına ve yeminin ifasına vekâlet caiz değildir.

Vekâlet, sırf malî olan ibâdetlerde caiz görülmüştür: Zekât, sadakâ, fitir gibi. Hem malî, hem bedenî olan ibâdetlerde de, acz halinde niyâbet carîdir, hacc gibi. Burada vekâlet ve tevkil yerine daha ziyade niyâbet ve inabe ve vekil yerine naib kullanılır. Bedenî ibâdetlerde niyâbet carî olmaz, namaz ve oruç gibi.

(2) Bugünkü hukukumuzda olduğu gibi emir de vekâlet cümlesindedir (Mecelle 1506 - 1515).

(3) Bazı halde selâhiyet, müvekkilin haiz olduğu tasarruf hakkından aşkın olabilir; şöyle ki bir müslüman şarap ve domuz satamazken bu hususta bir zimnî yi tevkil edebilir (Hanefî imamları arasında ihtilâfıdır). Diğer taraftan köle de efendisi adına birşey satın almak için tevkil edilebilir.

(4) P. Koschaker, Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, S. 60.

ve isterse nefesine izâfe etsin her iki halde de mülkiyyet ancak müvekkilele sabit olur; şu kadar ki bu sübut bir kavle göre doğrudan doğruya müvekkile ve diğer bir kavle göre ibtidaen vekile ve ondan intikalen müvekkile ait olur. Fakat akit müvekkile muzaf kılınmaz ise hukuk i akit asaleten âkide, ya'ni vekile racidir. Eğer akit, müvekkile izâfe edilirse hukuk i akit dahi müvekkile aittir. Bu takdirde vekil, resul gibidir. Diğer taraftan hukuk i akit, bazı fakıhlere göre vekilin, akdi yaptığı mecliste müvekkilin hazır bulunması halinde ve bazı fakıhlere göre ise hazır bulunsun bulun - masın mutlak surette müvekkile ait olacaktır.

Görüldüğü üzere Mecellenin bu hükümleri kazuisttir ve karışiktir; gerek şârih Ali Haydar tarafından ve gerek Kanuni Medenî tâdili hakkındaki talî komisyon raporunda (bak. 1333 tarihli rapor s. 51 ve sonr.) tereddüdü ve tenkidi mucip olmuştur (1).

Vekile ait olan hukuk i akitten maksat, mebûi kabz, semeni mutâlebe, mebî'de ayp halinde dava ve muhasame, mebî'in istihkak ile zaptı halinde semen ile bâyi'e rücu' gibi onun lehinde olan haklarla mebûi ve semeni teslim gibi aleyhinde olan haklardır.

İslâm hukukunda umumiyet itibariyle doğrudan doğruya temsil usûlü câridir, vekilin vekili müvekkilin vekilidir, ya'ni müvekkilin ölümü ile vekilin vekili de mün'azil olur ve vekilin tevkil ettiği vekil varsa bu, müvekkilin vekili olarak kalır. Birinci vekilin ölümü veya azlı ile onun vekili mün'azil olmaz (Mecelle 1528). Fakat meselâ vekilin alacaklısı müvekkilin alacağına karşı bir takas yapabilmektedir.

Vekâlet mutlak olarak «reyinle amel et» suretinde de verilebilir. Fakat vekâlette normal, asıl olan takyittir. Bu halde muhtevan'ın açıkça tayin edilmesi lâzımdır. Bir kimse başka birine bir miktar para vererek bununla bana birşey al dese bu vekâlet caiz olmaz (Mecelle, 1456, 1459, 1468 bak); çünkü alınacak mal meçhuldür. Vekil, müvekkilin tayin ve talimatiyle bağlıdır. Bu suretle vekilin durumu resulün durumuna yaklaşır.

Müvekkil vekilini azl edebileceği gibi vekil de vekâletten istifa edebilir. Fakat gayrin hakkı taalluk etmemek lâzımdır (Mecelle 1521, 1522 bak). Bu takdirde vekil, vekâleti ifaya cebredilir. Umumiyetle vekâlet ücretsiz ise ifasına cebrolunmaz, fakat dellâl ve simsar gibi ücretle bey'e vekil olan kimse sattığı malın semenini tahsile mecburdur (2). Müvekkilünbîh in hitamı ile vekâlet sona erer (Mecelle 1526). Müvekkilin ölümü ile vekil mün'azil olur; fakat başkasının hakkı taalluk etmiş ise mün'azil olmaz (Mecelle 1527).

(1) Bu rapor Mecellenin tevsi'an ta'dili için eski Adliye nezaret'ince teşkil edilen komisyon tarafından, ta'dil işinde iktiza eden esaslı hatları ve noktaları tâ'yin etmek üzere Seyid beyin başkanlığında kurulan tâli komisyonca kaleme alınmıştır.

(2) Kendisine talâk tefviz edilen zevceden bu selâhiyet geri alınamaz.

46 — Kanunî temsil. Küçük, deli ve bunamış (ma'tuh) gibi kimseler bir hukukî işi bizzat yapacak durumda değildir. Bu takdirde velî, vasî gibi kimseler onlar adına bu işleri yaparlar ve hukukî akit kendilerine ait olur; fakat velâyet ve vasâyetin kalkmasından sonra hukukî akit doğrudan doğruya bu kâsırlara aittir. Velinin ve vasînin iki tarafı tevliyet etmesi, ya'nî kendisi ve çocuk adına hareket etmesi mümkündür. Bir şahıs, iki tarafın resulü de olabilir. Beytülmalî temsil, Emîn i Beytülmale (Defterdara) vakfı temsil mütevellîye aittir. Bunlar başkalarını tevkil edebilirler.

Bazı hallerde kadı kayyım tayin eder. Bilhassa mefkutta olduğu gibi (aş. No. 58). Kayyım ehil, emin, mu'temed bir kimsedir; mefkudun yakınlarından veya yabancidan olabilir; mefkudun mallarını muhafaza, borçlulardan alacaklarını istifa eder. Râhin gâib olup ta sağlığı veya ölümü bilinmese mürtehinin mü-racaatı üzerine kadı rehni sattığı takdirde borçtan artakalamı tayin edeceği kayyımına muhafaza ettirir.

Kayyım mefkudun malları üzerinde tasarruf hakkını haizdir. Fakat mefkudun leh ve aleyhindeki bir dâ'vada hasım, ya'nî müddei ve müddeaaaleyh olmaz. Ancak mefkudun harab ve fesâdından korkulan (1) bir malını kayyım satabilir ve bu halde müşteriden semeni dava edebilir (reddulmuhtar).

47 — Risalet. Risaleti vekâletten ayırt etmek lâzımdır. Risalet, bir kim-senin tasarrufta dahl'i olmaksızın başka birinin sözünü bir şahsa tebliğ etmesidir. O kimseye resul, o başka birine mürsil ve o şahsa mürselünileyh derler. Şu halde vekil akti yapan, akte mübaşeret eden kimse, resul ise tasarrufun icrasına müteallik iradeyi, beyanı nakleden kimsedir. Resul akdi mürsile muzaf kılmak mecburiyetindedir.

Vekil ile resulün durumu bakımından şu farkları kaydedebiliriz: Vekilin, mebfî görmesi ile müvekkilin hiyari rü'yeti (ya'nî görme muhayyerliği, aşağıda beyi' bahsine bak) sakit olduğu halde resulün görmesi ile sakit olmaz. Bey'e vekil olan kimse sattığı malın semeni için kefil olamazken resulün kefaleti sahihtir.

Tercümanın temsil selâhiyeti yoktur. Şeyhayne göre tercüman bir kişi olsa dahi kabul edilir; İmam Muhammed'e göre şehâdet nisabında olması lâzımdır.

İNSAN FİİL VE MUAMELELERİNİN DEĞER VE DERECELERİ

48 — İslâm'da mükellef'in amellerine bir takım şer'î hükümler tertip edilmiştir. Dînî ve dünyevî zâviyeden bunların muhtelif derece ve mikyasları

(1) «Hanefî mezhebinde mefkudun, harâbından korkulmayan akarının bey'i câiz değilken Kanunî Süleyman, mefkudun akârının satılmasıyla irade ederek elyevm dahi bu veçhile Hanefî hâkimleri tarafından amel olunmaktadır» (Ali Haydar, Elmecmûâtül cedit-de madde : 137, Mecelle şerhi cilt 4. s. 695 bak.).

vardır. Dini (uhrevî) bakımdan bu dereceler şunlardır: farz, vâcip, mendup, haram ve mekruh (vucup, ibahe, hörmet ve kerahet).

Bir fiilin işlenip işlenmemesi, şeri' nazarında müsavi olursa o fiil mubah-tır. Müsavi olmazsa ya işlenmesi racihtir, yahut terki racihtir. İşlenmesi ra-cih olduğu takdirde terki memnu ise vâciptir, terki memnu değilse mendup-tur. Terki racih olduğu surette eğer işlenmesi kat'i delil ile men olunmuş ise haramdır, zannî delil ile men olunmuş ise mekruhtur. Fakihler vâcibi iki kıs-ma ayırırlar. Biri farz o biri sadece vâcip. Farz, terki kat'i delil ile memnu olan fiildir (1). Vâcip, terki zannî delil ile memnu olan fiildir. Farzda hem amel, hem i'tikat lâzımdır; vâcipde ise yalnız amel vâcip, fakat i'tikat lâzım değildir. Mendup (sünnet de demektir; nitekim müstehap da menduptur), iş-lenmesi racih olup hakkında menî bulunmayan ve dinde hasen (makbûl) ola-rak yapılagelmekte olan fiildir. Mekruh iki türlüdür; biri tenzihî mekruhtur ki helâla yakındır, o biri tahrîmî mekruhtur ki harama yaklaşır (2). Vâcibi iş-leyen sevâba mazhar, terk eden ikâbe müstehik olur. Mendûbun fâili sevâ-ba mazhar olursa da terk eden ikâbe müstahik olmaz. Mübahı işleyen se-vâba nail olmadığı gibi terk eden de ikâp görmez. Haramı ve tahrîmen mekruhu işleyen ikâbe duçar (3) ve terk eden sevâba mazhar olur. Tenzi-hen mekrûhun fâili ikâbe müstahik olmazsa da onu terk eden sevâba nail olur.

49 — Mükellefin işi dünyevî maksatlar bakımından da muhtelif hüküm-lere tâbidir :

a — Sıhhat itibariyle. Akitler üç türlüdür : sahih, bâtil, fâsit..

Bir akit, gerek aslî ve gerek fer'î noktaları bakımından, başka ifade ile zaten ve vasfen kanuna (şer'e) uygun ise o vakit sahihtir (Mecelle 108) (4). Sahih akit, daima ve mutlaka lâzım akit demek değildir.

(1) Farz iki kesime ayrılır : Farzı ayn, farzı kifâye. Farzı ayn, istihdâf edilen mak-sat, mükelleflerden her biri tarafından işlenmekle hâsıl olan fiildir. Farz ı kifâyede ise mükelleflerden bir kesimî tarafından işlenmekle hâsıl olup öbürlerinden o fiil sâkit olur, cihad, cenâze namazı gibi.

(2) Mükellefin fiilleri, uhrevî maksatlara müteallik hüküm itibariyle azimet ve ruh-sat kesimlerine ayrılır. Azimet ibâdın öbürlerine mübteni olmayarak iptidâen meşru' kılınan fiil demektir. Ruhsat ise iptidâen meşru' değilken şer'î öbürler üzerine meşru' kılınan fiildir (Büyük Haydar - Hacı Adil, Usul i Fıkıh Dersleri s. 425 ve sonr. bak.).

(3) Yâ'ni ma'siyet i kebire veya sağire işlemiş, âsim, günahkâr olmuş, teaddî etmiş olur.

(4) Sahih müradîfi olarak câiz tabiri de kullanılmaktadır. Bu tabir dinî, hukukî sahada müşterek bir ta'birdir. Mu'teber, hüküm ifade eder, sahih demektir. Diyâneten mek-ruh olan bir fiil hukukan sahih ve mu'teber olabilir. Fakat o mekruhtan olan istifade tih olmaz.

Aslan sahih olup da vasfen sahih olmıyan akit ise fâsittir. Fâsit akit, eğer mebi' müşteri elinde telef olma veya onun tarafından istihlâk edilme gibi feshe mâniî bir hâl (Mecelle 372 bak.) yoksa bozular; hatta feshi, âkitlerin her biri üzerine vaciptir, feshetmemesi ma'siyettir. Fesh obir tarafın ilmüne iktiranan edecek bir taraflı beyanla olur (1). Hâkimin hükmüne veya obir tarafın muvafakatına lüzum yoktur. Âkit ölürse vârisin fesih hakkı vardır. Fâsit, kabz ile hüküm ifade eder. Fakat kabz edilen habîs bir mülkiyettir (2).

Bir akit aslen ve vasfen şer'e uygun değilse batıldır.

Butlan ve fesâdın muamelât sâhasında nazara alınacak bir taksim olduğu, ibâdatta ve bir bakımdan ibadattan sayılan münâkehâtta bunlar arasında bir fark olmayıp müterâdif tâbirlerden bulunduğu bazı ülemâ tarafından ileri sürülmüş ise de Hanefî imamlarınca bu sahada bir tefrik yapılmakta ve meselâ nikâhı memnu' olan bir mahremle evlenme İmamı Âzama göre fâsit, İmâ-meyne göre batıl sayılmaktadır. Nitekim 1333 tarihli Aile hukuku kararname-si de bu evlenmeyi fâsit, fakat gayri müslimin bir müslüman kadınla ev-lenmesini batıl saymıştır.

b – İnikad itibariyle. Bu bakımdan akit, mün'akit veya gayrimün'akittir. Gayrimün'akit, batıl demektir. Mün'akit ise sahih, fâsit, nâfiz ve mevkuf olabilir.

c – Nefâz itibariyle. Bu bakımdan akit nâfiz, ya gayrinâfizdir. Nâfiz, üzerine eser, netice terettüp eden, gayrın hakkı taalluk etmeyen akittir. Gay-ri nâfiz, üzerine filhal eser, netice terettüp etmeyen, gayrın hakkı taalluk eden akittir ki buna mevkuf denir; fuzulînin bey'i gibi (Mecelle 111; yuk. No. 42 bak.). Mevkuf beyi' fâsit değil, sahihtir; fakat nâfiz değildir.

ç – Lüzum itibariyle. Bu bakımdan akit ya lâzım (tamam) veya gayrilâ-zım olur. Lâzım, üzerine terettüp eden hükmün ref'i mümkün olmayan, hi-yârâttan arî olan nâfiz akittir. Gayri lâzım, üzerine terettüp eden hükmün ref'i mümkün olan, kendisinde hiyârâttan biri bulunan akittir ki bu da nâfiz bir akittir (Mecelle 114, 115 bak.) (3). Bunu yalnız muhayyer olan taraf fesh ede-

(1) Bugünkü hukukta vusûle, kabza muhtaç bir taraflı irâde beyanlarında bu beyan, muhatabın ittıla'ı alanına girmiş olmak kâfidir. İslâm hukukunda böyle ilme iktirânı lâzım olan beyanlar aşağılarda da görülecektir; netekim No. 55 sonuna, yuk. No. 37 bak.

(2) Yâ'ni fâsit beyi'de kabz ile mülkiyyet tahakkuk eder, müşteri ona mâlik olur; fakat yenmesi helâl olmaz. Kabz ile beyi' sahih ve lâzım hâle gelmez; kabızdan sonra dahi fesh hakkı vardır.

(3) Bu akdin de feshi kabildir. İleride beyi'de muhayyerlikler (hiyârât) bahsinde görüleceği üzere muhayyer olan taraf, dilerse akdi fesheder, ya'ni akitten rucû eder; di-lerse kabul eder, ya'ni icâzet verir.

Fesih bakımından fâsit akdi muhayyer akitten ayırmak lâzımdır. Fâsit akdi yukarda söylediğimiz gibi taraflardan her biri feshedebilir. Birincisinde fesih için bir müddet yoktur. İkincisinde, ya'ni muhayyer akitte şer'an veya mukavele edilmiş muayyen bir fe-sih müddeti vardır.

bilir. Görülüyor ki lâzım, gayri lâzım akitler, nafiz akit kesimlerindedir.

Muhayyerliklerden arı bulunmasına rağmen bazı akitler gayri lâzımdır. Beyî, selem, icâre, sulh, havâle, musâkât ölümünden sonra kabul edilen vasiyet, nikâh, mehir ve rucu' mani'leri bulunan hibe lâzım olan akitlerdendir. Rehin râhin tarafından - muhayyer olmadıkça - bozulamaz; fakat mürtehin için lâzım değildir; feshedebilir.

Bir takım akitler her iki tarafça obirinin rızası olmaksızın feshedilebilir, Şirket, vekâlet, mudârebe, vedia, âriyet, kabulden önce vasiyet gibi.

Şunu ilâve edelim ki dinî ve dünyevî sahada gördüğümüz mefhumlar, daima birbirine tetabuk etmez; yani meselâ memnu' olan şey mutlaka bâtil değildir; Cum'a ezanı sırasında ticaret, Kur'an ile memnu'dur (sure 62 âyet 9); fakat bunun hilâfına olarak bu sırada yapılan bir akit, rükn ve şartlarını haiz oldukça sahihtir. Diğer taraftan gene meselâ sarhoşun talâkı, eğer sarhoşluk haram yolu ile olmuş ise mu'teberdir, mübah yolda olmuş ise mu'teber değildir (1833 tarihli Aile hukuku kararnamesine ve gerekçesine bak.). Sırf dinî sahadaki hükümlerde de vahdetten uzaklaşıldığı görülebilir; meselâ istimâl hakkı bulunmayan bir su ile namaz abdesti almak memnu'dur. Fakat bu abdest ile kılınan namaz mu'teberdir.

50 – Yukarda gördüğümüz iki saha arasındaki farkla ilgili olarak fıkıh n diyânet ve kazâ yolundaki taksimine temas edeceğiz. Fıkıhta bazı muamelelerin hükmü diyâneten başka, kazâen, ya'ni yargı bakımından başkadır. İşte meselâ ananın çocuğunu emzirmesi diyâneten vâcib ise de kazâen vâcib değildir. Bir kimse başkasındaki alacağını muayyen zaman geçtikten (mürûrizamandan) sonra da'vâ etse hâkim da'vasını reddederse de borç diyâneten, ya'ni din bakımından yine kalır (1). Bir kat elbiselik için üç metre diye 75 liraya alınan kumaş dört metre çıksa müşteri bu fiyatla o kumaşı alır. Satan fazla bir metre için hâkim huzurunda da'vâ ile birşey isteyemezse de bir takım fakıhlerce fazla olan bir metre kumaş müşteriye diyâneten helâl olmaz. Gene bir kimse malının hepsini sıhhat halinde iken çocuğuna hibe etse câiz ve sahih olup sair mirascılar mahrum kalırlar; fakat kendisi diyâneten mes'ul, ya'ni âsim, günahkâr olur (Tahtavi tercemesi, cilt 7, s. 111).

Fıkıhın diyânet bakımından bazı tavsiyelerini de bu vesile ile kayıt edelim: meselâ kadına takarrub (2) dan önce vukubulan telâkta iddet ve mehr

(1) Bugünkü hukukta görülen tabii, eksik borçlarda olduğu gibi.

Sarih lafz ile yapılan bâin talakta koca bu sözü ağzından hatâ ile kaçırmış ve kendisi böyle bir ma'nâ kasetmemiş olsa dahi karısı kazâen boş olur. Fakat müftî'ye müracaat ederek niyetine göre bir talâk olmadığı hakkında, söziyle tasdik edilebilir; bu kendisi ile Allah arasında bir mesele olarak kalır.

(2) Aşağıya, Aile hukukuna, talâk bahsine bak.

lâzım gelmez. Bununla beraber nesebi sıyânet için kadının bir iddet beklemesi dînen muvâfık sayılmıştır. Bunun gibi kendi câriyesini teserrî etmek isteyen kimsenin, câriyenin hür, azatlı olması ihtimâline mebni haram şüphesinden korunmak için onu itak etmeksizin dahi kendisine nikâhlanması evlâ görülmüştür. Câriye bu nikâh ile azat edilmiş sayılmaz ve sahibinin ölümünde ona mirasçı olamaz. Bu muâmelelere ihtiyat, tenezzuh muâmeleleri derler.

ŞAHİS HUKUKU

51 – İster âhiret umuruna müteallik olsun, ister dünya işlerine dair hukuk nizâmı olsun her ikisi de insanlara mahsus hareket kaidelerinin heyet i mecmuasıdır. Ancak yaradılışında medenî, akıl ile mümtaz ve bir seçim kudretini haiz olan insandır ki böyle bir nizâma lâıyk ve isti'dâthdır. Hayvanlar âleminde böyle nizamlar yoktur. Bu nizam icâbı olarak insan bir takım hak ve mükellefiyetler karşısındadır. Şer'i hükümlere, emrünehiylere muhâtaptır. İnsanın böyle emir ve nehiylere muhâtap olmak, haklar ve borçlar edinmek ehliyet ve kabiliyetine fıkıh dilinde zimmet denir. Bu, insanın bir vasfından ibarettir. Ve filhakika zimmet, fıkıh usûlünde «Vasfun yasrûlinsanu ehlen li mâ lehû ve aleyhi» diye tarif edilir (1). Zimmet sahibi olan insanın ehliyeti fıkıha göre başlıca iki nevidir: 1 – Vucub ehliyeti, 2 – Eda ehliyeti. Birincisi Medenî Kanunumuzun «Medenî haklardan istifade ehliyeti» dediği: ehliyet gibidir.

Bugünkü hukukumuzda göre herkes medenî haklardan istifâde eder, insan bir şahıstır, şahsiyeti hâizdir, hürdür. Esaret yoktur. Bu şahsiyet, çocuğun sağ doğması ile başlar; fakat daha ana karnında iken mevcut farzedilir. İslâmda da ehliyet, sağ olarak vaki' doğumla başlar. Vücudunun büyük kısmı çıktıktan sonra ölen çocuk tamamen, sağ olarak doğmuş sayılır ve mirasçı olur. Doğmadan önce ancak lehine bir takım hukuk tanınmıştır: Cenin zimmet sahibidir: mirasa nail olabilir; kendisine vasiyet edilebilir (2); fakat bir hibe yapılamaz. Zira hibede kabul ve kabz şarttır; bu ise cenin bakımından tasavvur edilememektedir. Hür bir hamlin iskatına sebep olan kimse gurre adıyla bir diyet vermeğe mecburdur (3). Bu tazminat, Roma Hukukundan ve bugünkü hukukumuzdan daha ileri ve geniş bir tarzda, hamlin mirasçılara intikal etmek tedir. Bir şeyden ibaret olan, eşya cümlesinden bulunan ana karnındaki esirin satılamazsa da vasiyet edilebilir.

(1) Hamdi Yazır, Kur'an dili cilt 3 s. 2464 : Hıfız ve himâyesi lâzım gelen ve zâyîl edilmesi, mezemmeti icab eden herhangi bir emir mefhumu ile ahdü emân, taahhüt ve damân demektir ki nakzı, zemmi mucip olur. Bundan me'huz olarak şer'an bir şahsın leh ve aleyhinde icap ve isticabe ehil olması vasfına itlak edilir ki ahdi bulunan nefis diye tarif olunur. Başka tabirle şahsiyeti hukukiye yahut bunu teşkil eden vasfı mümeyyiz, ya'ni hukuk ve vezâife ehliyet demektir.

(2) Mahmut Esat, Feraidülferaiz No. 51, 87 ve Mülteka.

(3) Aşağıda ukubat bahsine bak.

Hamlin en çok müddeti iki yıl, en az müddeti altı aydır. Hamil müteveffadan olup ta iki yıl veya daha ziyade birmüddetten sonra doğarsa nesep ve mirasçılık olamaz. Müteveffanın başkasından hasıl olan bir ceninin mirasçı olabilmesi için ölümden itibaren altı ay veya daha az bir müddette doğmuş olması lâzımdır. Hamle vasiyet halinde vasiyet zamanı ile hamlin doğumu arasında altı ay geçmemiş olmalıdır (1).

52 — İslâmda asil olan hürriyettir; musavattır. Esaret ârizidir.

Bulunmuş bir lakîtin abid veya cariye olduğunu iddia eden kimse isbatla mükelleftir. Hürriyetin asıl olduğu prensibinden ancak bir kaç istisna kabul edilmiştir; o da şahadette, had'lerde ve kısas ve katildedir (2). Yine bir sabî bir müslimle bir zimmînin zilyedliğinde bulunsa da müslüman o çocuğun kendi kölesi ve zimmî de kendi oğlu olduğunu iddia etse karine, zimmi lehinedir; çünkü hür olmak sabî lehinedir; ne vakit olsa müslüman olabilir. Yine İslâm hukukunda bir köle azat edildiğini bizzat davâ edebilir (3). Roma'da ise köle, azâtlığını bizzat iddia edemez.

Evvelce de söylediğimiz gibi insan bir irâde, irâde i cüziyye ile mücehhezdir. Rizâya mukârin olmıyan fiillere esas itibariyle hüküm terettüp etmez. Fakat irâdeli, hür insan var olabilmek için şüphesiz her şeyden önce insanın hayat hakkı bulunmak lâzımdır. İslâm, bu hakkı bütün nizâmının baş temeli yapmıştır. Mademki iradei ilâhiyye «vakti mukadderedek devâm edecek olan nizâm ı âlemi muhâfazadır». Binaenaleyh yaşamak sadece hak değil, hem de vazifedir. Hayat ve hürriyet satılamaz; bunlardan feragat edilemez. Bir kimse diğerine kanımı şu kadara sana sattım deyip o da o kimseyi katletse kısas lâzım gelir. İntihar, islâmda memnûdur. Şahsiyet, şeref ve namus ile kaim olduğundan bunlar da tecavüzden masundur.

İslâmda mü'minler, Allah huzurunda müsavidirler. Birbirlerinin kardeşidirler (4) aralarında da müsavat vardır. Rûçhan ve imtiyaz ancak tekvâda tanınmıştır (5). Gene hazreti Muhammet asâletle iftihârî, câhiliye devrinin kibir ve gururunu ret etmiş, Kır'an, «bütün insanlar Adem'den gelmedir ve Adem topraktan halk olunmuştur» buyurmuştur (6).

(1) Multekâ, Mahmut Esat Ferâid ül Feraiz, aşâ. Aile ve miras bahislerine bak

(2) Ennâsu ehrârün illâ fişşehadetî velhudûdi velkısası velkatli (Tahtavi).

(3) Zeyd, Amr i müteveffânın mu'takki idigini, vârisi Bekir müvacehesinde isbat edecek Zeyd, Amr'in malından azat olur mu? Elcevap : hal i marazı mevtime ise Amr'm Zeydi i'taki sülûsden mu'teber olur; amma hâl i sıhhatinde ise cemi'maldan olur (İlmiyye salnamesi s. 398).

(4) Hucurât suresi, âyet 10.

(5) Hucûrat suresi, âyet 13.

(6) Yunus suresi, âyet 19 (Hamdi Yazır, cilt 4 s. 2693. Nisâ suresi, âyet 1. Âraf suresi, âyet 189 Hamdi Yazır, cilt 3, s. 2346). Hadis: Ennasu sevasiyetün kesnan il meştî.

Şüphesiz İslâm'da hukuk ve vecibelere sâhip olmak bakımından kadın ile erkek arasında bazı farklar görülmektedir (aş. No. 59 bak). Bütün kadim nizamlarda olduğu gibi islâm'da da görülen kölelik için, hür insanların tâbî olduklarından başka bir takım hükümler kabul edilmiştir (aş. No. 60-65 bak). İslâm cemiyeti dışında kalan kimseler, bilhassa harbîler için hususî kaideler tanınmıştır (aş. No. 66 bak.). Fakat zaman, muhit, mukâbele bilmisil, müdafaa zaruretleri, cins ve iş mahiyeti icâbı olan bu farklardan sarfınazar, ilerideki bahislerde de görüleceği üzere erkek ile kadın, Halife ile alevîde işçi ve arap ile acem arasında hukukan tam bir müsâvât vardır.

53 – Edâ ehliyeti, şer'an mu'teber surette fiil ve muamelelerde bulunmak salâhiyetidir. Bu da iki kesime ayrılır; Kâsır ve kâmil ehliyet. Birincisi mümeyyiz çocuğun ve ma'tuhun ehliyeti, ikincisi balıĝ (reşit) olan kimsenin ehliyetidir. Şahsın, haklarını bizzat kullanması selâhiyetine, bugün medenî hakları kullanma ehliyeti denmektedir.

Filhakika İslâm hukuku, bugünkü hukukda olduğu gibi insanın fiil ve muamelelerini, akıl ve irâdelerinin seviye ve inkişafı derecesini nazara alarak muhtelif takdir ve hükümlere bağlamıştır :

Çocuĝa doğduĝu andan bâliğ oluncaya kadar sabî, sagir denir. Sagir iki kesimdir. Ya mümeyyiz olur veya olmaz. Mümeyyiz olmayan (gayri mümeyyiz), bey'in şirânın, (alış verişin) mana ve hükmünü anlamayan, ya'ni «mülkiyeti, bey'in slâip ve şirânın câlip» olduğunu bilmiyen ve onda beş aldanmak gibi gabn i fâhiş olduğu belli olan bir gabn'ı, gabni yesir (1) den temyiz ve tefrik eylemeyen çocuktur; temyiz eden çocuk ise sagir i mümeyyizdir (Mecelle 943). Gayri mümeyyiz sagirin kavli tasarrufları (yuk. s. 57 n. 2 bak.) velisi izin verse aslâ sahih olmaz; ya'ni ister hibe kabulü gibi nefi mahz olsun, ister beyi' ve şirâ gibi nefi' ile zarar arasında bir işe taalluk etsin (Mecelle 966).

Mecnunun kavli tasarruflarına gelince bu da mutbik veya geyr i mutbik olduğuna göre değişir. Birincisi, ya'ni devamlı surette (2) cinnet halinde bulunan kimse, gayri mümeyyiz sagir gibidir; kavli tasarrufu hiç bir hüküm ifâde etmez. Amma ikincisi, ya'ni gâh mecnun olup gâh ifâkat bulan kimsenin ifâkat halindeki kavli tasarrufu, bir akıllının tasarrufu gibi olup mu'teberdir; velisinin icâzetine de mevkuf değildir (Mecelle 944, 979, 980).

Ma'tuh, mümeyyiz sagir hükmündedir. Ma'tuh, şuuru muhtel olan, yani fehmi kalil, sözü müşevveş ve tedbiri fâsit olan kimseye denir (Mecelle 945, 978).

Mümeyyiz olmayan sabî ile mutbik mecnuna velisi de izin veremezse de hâkim, ma'tuhun tasarrufunda menfaat gördüğü takdirde velisinin imtinâi ve-

(1) Fâhiş ve yesir gabn için yuk. No. 35 bak.

(2) Devam müddetinde fakihler ihtilaf etmişlerdir.

ya mevcut olmaması halinde kendisine izin verebilir. Mutbik olmiyan mecnunun ise, yukarda söylediğimiz gibi sahv, ya'ni sıhhat halinde yaptığı tasarruflar, zaten sahihtir.

Mümeyyiz bir sağırin hediye ve hibe kabulü gibi, hakkında sırf menfaat te'min eden tasarrufu, velisinin izin ve icâzeti olmaksızın dahi müteberdir (Mecelle 853); başkasına hibe etmek gibi sağırin sırf zararını mucip olan tasarrufu ise velisinin (1) izin ve icâzeti ile de müteber olmaz. Böyle bir küçüğün vasiyeti, nikâhı, talakı hükümsüzdür (bak. Reddül muhtar) (2). Menfaat ile mazarrat arasında bulunan akitleri velisinin (vâsisinin Mecelle 974) icâzetine mevlu'f olarak mün'akit olur. Böyle tasarruflar için veli, mümeyyiz sağıre izin de verebilir ve velisi izin vermekten imtina' eder veya velisi bulunmazsa, hâkim, menfaat gördüğü takdirde ona izin verebilir. Mümeyyiz sağır izin verilen alandaki işlerde bâliğ hükmündedir (Mecelle 967, 971, 972). Me'zun olan sağır ve matuh, velinin iştirâki olmaksızın, me'zun olduğu işlerden dolayı mahkemede müddei ve müddeaaaleyh olabilir. Hatta kendisine yemin dahi verilebilir ve başkasını da tevkil edebilir. Fakat me'zun'un, me'zun olduğu ticaret alanı dışında kalan işlerden dolayı aleyhine açılan, mese-lâ bir gasb dâvasında velisinin bulunması şarttır (Tahtavi). Bütün bunlar bugünkü hukukta da böyledir.

Velî, verdiği izni, istirdat edebilir. Velinin ölümü veya devamlı surette cinneti halinde izin bâtil olur (mecelle 976). Fakat hâkimin verdiği izni, velî geri alamaz ve onun vefâtı veya azli ile de izin hükümsüz olmaz (nitekim Sultanın ölümü veya hal'i ile tayin etmiş olduğu memurlar mün'azil olmaz). Meğer ki izni veren veya onun yerine gelen hâkim, me'zunu hacir ede (Mecelle 977).

Sefih, ya'ni malını beyhude yere sarf ve masraflarında israf ve tebzir ile itlâf eden kimse, muamelelerinde mümeyyiz sağır gibidir. Sefihin nefi' ile zarar beyninde olan muameleleri hâkimin izin ve icâzetine mevkuftur (Mecelle 990, 991). Fakat bizzat vasiyet, nikâh ve talâk yapabilir. Ebleh ve sadedil olup ahz ve itâsında aldanagelen kimseler de sefih sayılır (3). Esasen sefih lûgatte akıl hiffeti ve zaafı demektir (Mecelle 946). Sefih, İmam Yusuf'a göre hâkim tarafından hacrolunabilir (4). Hacirden önceki muameleleri sa-

(1) Velâyet, başkası üzerine onun müvâfakati olmaksızın söz geçirmektir. Şu halde velî, bu söz geçiren kimse demektir. İzin verecek velî'nin kimler olduğu Mecelle'nin 974 üncü maddesinde sayılmıştır (Nikâhta velâyet için aşağıda Aile hukuku bahsine bak).

(2) Sabinin - velevki mürâhik olsun - talâkı müteber değildir. Kölenin zevcesi hakkında mevlanın ve sabî'nin zevcesi hakkında velinin talakı hükümsüzdür.

(3) Bir kimse malını mücerred şaraba, zinaya sarf etmekle sefih ve binaenaleyh bu, Hanefilere göre hacri mücip sayılmaz.

(4) Mecelle 958. Sefih mukabili mümeyyiz reşiddir. Kur'an'da (sure 6, ayet 6): «Fe in anestüm minhüm ruşden» buyurulmuştur.

hihtir; sonrakiler değildir. İslâh ı hal ederse hâkim hacri ref eder. İmam Muhammet, sefihın hükme hacet olmaksızın mahcur olduğunu kabul eder; binaenaleyh böyle bir tefrika lüzum yoktur ve islâh i hal ederse hacri kendiliğinden zâil olur. İmam i Â'zam'a göre ise akıllı bir adamı hacr etmek onun âde-miyyetini (şahsiyetini) selb etmek demek olacağından caiz değildir. Mümeyyiz sagirin vasiyeti caiz olmadığı halde mahcur sefihinki sahihtir. Talâk ve nikâh gibi hususlarda mahçur sefih, bâ'liğ (reşit) gibidir.

Bir borçlunun kudreti varken borcunu ödemez ve alacaklıları da malının satılarak alacaklarının ödenmesini hâkimden isterlerse hâkim, onu hacreder ve bu suretle ödemeğe cebreder; ödemezse mallarını satıp öder (Mecelle 998). Fakat İmamı Â'zam'a göre burada da hacir caiz değildir; hâkim medyunu ancak cebir ve hapis ile tazyik eder. Borçtan dolayı hacir, borçlunun ancak hacir zamanında mevcut olan mallarına tesir eder (Mecelle 1001, 1002). Sefihın hacri ise bütün mallarına müessirdir (aş. Yargılama, icra bahsine bak.).

Mümeyyiz olmayan sagir ve mutbik, ya'ni devamlı mecnun (deli) ve ma'tuh olan kimseler hâkimin hükmü olmaksızın zâten mahcur'durlar (Mecelle 957, 978 inci maddesine de bak). Mahcuriyetlerinin ilânına hacet yoktur. Sefih ile medyunun hacri ilân edilir (Mecelle 961). Halkı zarara sokan cahil tabip ve müfti (müftiî mâcin) ile yalancı ve hilekâr nakliyeciler de âmme zararını defi' için hacredilirler (Mecelle 964). Bunlarda ilâna hacet yoktur. Esâsen bunlar hacredilmekle sanatlarını icrâdan menedilirler. Ölüm hastalığı içinde bulunan bir kimse dahi bir nevi' mahcuriyet halindedir.

Hacirde hacredilecek kimsenin huzuru şart değildir (Mecelle 962). Çünkü hacir, bir cihetten kazâ, bir cihetten de fetvâdır. Bu mahiyeti ile ileride yargılama usulü bahsinde görüleceği üzere bugünkü tâbiriyle «ihtilâfsız kaza» cümlesinden olacaktır. Filhakika hacir hükmü, hâle göre her vakit ref'e-dilebilir.

Sagir mümeyyiz olsun, olmasın (haksız) fiillerinden, velevki üzerine düşerek, kazara kırarak başkasının malına verdiği zarardan kendi malı ile mes'ul olur (mecnun ve ma'tuh da da böyledir (Mecelle 916, 917 bak.). Ve gene zengin ise yakınlarının infakı ile mükelleftir. Hukukullahdan olan üşür ve haraç gibi malî teklifâtâ muhataptır (hadler için ukûbat bahsine bak.).

54 – Yukarda mümeyyiz olmayan çocuk ve mecnun gibi kavli tasarrufları hiç bir hüküm ifâde etmeyenlerle nâkıs ehliyeti haiz olan kimseleri ve mümeyyiz sagiri gördük. Bir de tam ehliyeti haiz olanlar vardır ki bunları reşit olan kimselerdir. Rüşt islâm hukukuna göre bulug haddine varmakla tahakkuk eder. Bu çağa varan kimse tasarrufa, teberrua ehildir, akit yapabilir (1). Aynı zamanda dinî mükellefiyetlere de tâbidir. Amd'e mütevakkıf

(1) Küçük, âkil olarak bâliğ olduğu takdirde bütün tasarrufları muteberdir, nafizdir. Rüşdüne hüküm sadir olmak lâzım değildir.

olan cezalara, kısasa da ehildir; ya'ni tam mesuliyet ehliyetine, kâmil eda ehliyetine sahiptir; kendisinde avârizdan biri bulunmadıkça kavli ve fiilî tasarrufları mutlak surette müteberdir.

Bulug haddi, sabit, kat'î yıllara göre değil, fizik alâmetlere, cinsî olgunluğa göre tayin edilir (bu alâmetler Mecellenin 985 inci maddesinde gösterilmiştir). Bununla beraber bulug için bir başlangıç ve bir de son had kabul edilmiştir. Şöyle ki erkekte oniki ve kızda dokuz yaşın kamerî yıl hesabı üzerine ikmâlî ile küçük, bâliğ olması mümkün olan çağa girmiş olur, ya'ni bir küçük bu yaşlardan önce bâliğ oldum diye iddiâ etse dinlenmez. Her iki cins de onbeş yaşını bitirmekle İmameyne göre buluga hükmedilmek lâzım gelir, ya'ni onbeş yaşını bitirdiği halde cinsî olgunluk belirmese dahi hükmen bâliğ sayılır. İmamı Â'zam'a göre bulug haddinin sonu erkekte onsekiz, kızda onyedi yaşır.

Oniki ve dokuz yaşlarını ikmâl eden erkek ve kız çocuğa, bulug alâmetleri zâhir oluncaya veya onbeş yaşını ikmâl edinceye kadar murahik ve murahika (ya'ni buluga yakın çağda bulunan kimse) denir. Bunlar bâliğ olduğunu ikrar ve iddiâ eder, bedenleri de buluga mütehammil olup zâhir i halleri kendilerini tekzip etmezse bu iddiâları tasdik ve kabul edilir; değilse edilmez. (Mecelle 985 - 989). Kabul edildiğine göre tam ehliyete mâlik olurlar.

55 – İzin, yukarda işaret ettiğimiz üzere hacri fekk etmek ve men hakkını iskat eylemektir ki izin verilen şahsa me'zun denir (Mecelle 942 bak). İzin verecek kimse mümeyyiz küçükte ve ma'tuhda ilk derecede velî, vasî ve bunların sebepsiz imtinaları halinde hâkimdir. Sefih ve medyunda ise ancak hâkimdir; velî ve vasilerin izin verme hakkı yoktur. Köleye de mevlâsı tarafından izin verilebilir (aş. No. 62 bak.).

Mecellenin de kabul ettiği hanefî imamlarının reyine göre (mecelle 970 bak) velînin izni, zaman, mekân itibariyle ve bir nevi' veya bir şahıs ile muamele ve ticaret bakımından takyîde müsait sayılmaz; çünkü izin iskattır, inabe ve tevkil değildir. Iskat ise takyit kabul etmez. Bu itibarla böyle bir takyit yapılırsa dahi mümeyyiz küçük ve matuh her nevi' ticareti yapabilir, mal rehn edebilir, hattâ fâhiş gabin ile bey'ide bulunabilir; velî bir ay için izin verse dahi yeniden hacir etmedikçe me'zun olarak kalır. Fakat fâhiş gabin ile alım satımın cevâzı İmamı Â'zam'a göredir; çünkü küçük izinle bâliğ hükümünde olmuştur; bâliğin fâhiş gabin ile bey'i de sahihtir. İmameyne göre ise sahih değildir; çünkü ticaretten maksat kazançtır, yoksa itlâf, teberru' değildir. Şunu da ilâve edelim ki bizzat velînin fâhiş gabin ile bey'i sahih olmaz. İmam Şafii ve Züfer'e göre izin inabe ve tevkildir. Binaenaleyh zikredilen hususlarda takyit edilebilir. Mecelle vekâlet bahsinde (1452, 1453) izin ve icâzetin tevkil olduğunu söylemektedir (yuk. No. 42 bak).

İzin sarahaten verileceği gibi delâleten de verilebilir. İzin caiz olan hallerde izinsiz yapılan muameleye velî, vasî sonradan icâzet verebilir.

Velî tarafından me'zun kılınan kimsenin, bu izne ilminin lâhik olması bazı ulemaya göre mezuniyetinde ve binaenaleyh tasarrufunun sıhhatinde şart olduğu halde bazılarına göre değildir.

56 – Ölüm esas itibariyle zimmete son verir. Şu ma'nadaki ölüm fıkıh usulunca avâzı semâviyedir. Ölüm ile bilhassa ibadet kabilinden olan ve Hakkullahdan sayılan namaz, zekât ve kefarete gibi teklifler, ekaribini infak borcu sakıt olur. Ölünün zimmetindeki borçlar da düşer; meğer ki malı veya kefil buluna; bu takdirde zimmeti mevcut sayılır ve borç malından veya kefilinden istifa edilir. İmâmeyne göre bir malı olmaksızın ölen kimseye kefalet sahihtir; İmam Â'zam'a göre değildir (Mecelle 633 bak.).

57 – İslâm hukuku hükmî şahıs mefhumu ile meşgul olmamıştır. Şirket, cemiyet gibi baş başına müessese halinde kurumlar İslâm'da tanınmamıştır. Beytülmal ve vakıf, yeni eserlerde hükmî şahıs olarak gösterilmektedir (3 Ağustos 1325 tarihli Cemiyetler kanunununa ve eşhasi hükmiyenin emvali gayri menkuleye tasarrufları hakkındaki kanuna ve Medenî Kanun talî komisyon lâyihasına, 1333, s. 29 bak.). Beytülmal, Emin i beytülmal, Defterdar (1) ve vakfı da mütevellî temsil eder. Bunlar beytülmal ve vakıf adına alacaklı, borçlu ve müddei, müddeâaleyh olabilirler. Malları vardır. Beytülmal, Devlet manevî şahsiyetinin hazinesi, kasası olarak düşünülebilir. Ali Haydar Mecelle şerhinde vakfın bir zimmeti olamayacağını reddulmuhtardan naklen söyler (Mecelle 928 şerhi). İleride göreceğimiz üzere vakıf mallar ya vakfın veya Allahın mülkiyetinde sayılır; menfaatleri mesrutunlehlere, nihâyet fukaraya verilir, beytülmal de, müslimlerin Ümmetin mülküdür (2).

58 – Medenî Kanununun gaiplik hükmüne benzer surette İslâm Hukuku da hakikî ölümün yanı başında hükmî ölüm denilen mefkudiyet hakkında bir takım hükümler kabul etmiştir. Bu hükümler mefkudun mallarına ve karısına tealuk etmektedir ve oldukça birbirinden farklıdır, ya'ni fakihlerin bu hususta başka başka icthatları vardır.

Mefkut, nerede ve sağ mı, ölü mü olduğu bilinmeyen kimsedir. Bu kimse nefsi hakkında sağ sayılır; çünkü mefkut olmadan hayatta olduğu bilinmektedir. İstishab kaidesine ve bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıl olduğuna (Mecelle 5) göre mefkudun ölümüne kadı hüküm edinceye kadar bir başkası ona varis olamaz; Beytülmal de mallarına müdahale edemez. Bilâkis evvelce de (yuk. No. 46) söylediğimiz gibi mallarını idâre ve muhâfaza için

(1) Ali Haydar, Beytülmal aleyhine davaya irâdei seniye ile bir vekil tayininden bahsediyor (cilt 1, s. 551). Mahmut Esat, tarihi İlmî Hukuk, s. 273, not kısmı : Tereke bir hükmî şahıstır. «Eşhası hükmiyenin emvali gayri menkuleye tasarruflarına mahsus muvakkat kanun» un esbâbi mucibesine (Serkiz Karakoç, Tahşiyeli kavanin, cilt 1 s. 419) bak.

(2) 27 Razaman 1291 ve 23 Eylül 1293 tarihli Vilâyet belediye kanununun 39 uncu maddesinde idareî belediyelere vukubulacak iane ve hibelerden bahsedilmiş, demek ki bunlara hükmî şahsiyet tanınmıştır.

bir kayyım tayin edilir. Mefkut ancak hakimin hükmü ile ölmüş sayılır. Bunun için de muhtar olan mezhebe göre (1) doğumdan itibaren doksan yıl gibi pek uzun bir müddet geçmiş olmak lâzımdır (2). Hükümden önce ölenler mefkuda varis olamazlar. Ölümüne hüküm edildikten sonra mefkudun malları mirasçılar arasında taksim edilir. Taksimden sonra sağ olarak çıka gelse mirasçıların elinde aynen bulunduğu malları istirdad eder; telef olanları tazmin ettiremez (3). Mefkut başkası bakımından daha gaip olduğu vakitte mefkut sayılır ya'ni mefkut o vakitle ölümüne hüküm edildiği zaman arasındaki müddet içinde ölen mürisine varis olmaz.

Mefkudun zevcesinin durumu 1333 tarihli Aile hukuku kararnameşi esbabi mücibe layıhasında da görüleceği üzere hayli ihtilâflıdır. Birinci cihan harbi dolayısıyla verilmiş fetvâlarda «harp meydanında zayı' olup hayat ve memâtı ma'lum olmayan bir kimsenin ölümü gâlip zan olunacak mertebe, zaman geçtikten sonra ölümü ile hüküm olunacağı ve ölüme hüküm edildikten sonra başkasıyla evlenebileceği» beyan edilmiştir.

Ölümüne hükmedilen koca, karısı başka biriyle evlendikten sonra çıkagelse karısını bu ikinci kocadan geri alabilir mi? 1333 Aile hukuku kararnamesinde (m. 129) birinci nikâhın feshine karar verilmeksizin sadece ölüm hükmü üzerine yapılan ikinci evlenmenin mefkudun zuhuruyle münfesi olacağı (4) ve eğer birinci nikâhın feshine hüküm verilmiş idi ise mefkudun zuhuruyle ikinci nikâhın bâtil olmayacağı kabul olunmuştur (Medenî kanun, m. 31 ve sonr., m. 49, 526 ve sonr. ile mukayese).

59 -- Kadınların hukukî durumu. İslâmda kadının durumu esas itibariyle lehtedir. Câhiliye devrinde kadın, şahıs değil, şey olarak tanınmıştır. O devirde, kadın bir esir gibi satılabilir ve arap âdetlerine göre diri diri gömülebilirdi (5). İslâmın Arabistanda yaptığı büyük medenî inkılâpta kadının mevkiî yükseldi. Evli olsun, bekâr olsun bâliğ bir kadın muâmelât alanında bü-

(1) Mefkut olan Zeyd'in yevm i tevellüdünden doksan sene tamamında hakim mevtime hüküm eylese terikesi veresi beyinlerinde taksim olunmak câiz olur mu? Elcevab olur (Ceridei İlmîye, adet 4, s. 176).

(2) Medenî kanunumuz için, m. 32, 94 ve 526 bak.

(3) Bu Medenî Kanunumuzdaki haksız iktisâbı hatırlatır (aş. borç münasebetleri bahsine bak.). Lukatayı bulan onu fukaraya veya kendi nefesine tasadduk ettikten sonra sahibi gelse bu tasarruf, hâkimin izniyle olsa dahî lukata aynen mevcut ise istirdat eder ve istihlâk edilmiş ise mültekita veya fakire tazmin ettirir (Hidaye). Fakat mal sahibi tasadduk edilen lukatanın istihlâkine icâzet verebilir (Reddülmuhtar'a, Ali Haydar, Elmeçmûatülcedide fil Kütübül Erbaa Aşa. No. 73/4 bak.).

(4) Mahmud Esad, Ferâidül feraiz (No. 37), fesh olunmaz diyor. Keza Ali Haydar, Elmeçmûatül cedide fil kütübül Erbaa, madde 155 bak.).

(5) Şemsettin Günaltay, İslâmdan önce Araplar arasında kadının durumu, aile ve türlü nikâh şekilleri, Belleten, Ekim 1951, sayı 60, s. 691 ve sonr.

tün hukuka ehildir. Kendi malları üzerinde tam bir serbestlikle tasarruf eder (ancak Maliki mezhebi evli kadın hakkında bazı kayıtlar koymuştur). Kadın, bizzat da'vâsını ta'kibe veya başka birini tevkile selâhiyetlidir. Dinî bakımdan erkeğin hâiz olduğu şümulde hak ve mükellefiyeti yoktur; cihaddan müstesnadır, buna mukabil ganimete iştirâk edemez. Devlet hizmet ve vazifelerinde bulunabilir. Yalnız imâmet için erkek olmak şartı konmuştur. Fakat kadının hakimliğini caiz görenler vardır; kadın müfti, muallim olabilir.

Kadının mirastaki farklı durumu, eski cemiyet hayatı ve telakkileri ile izah edilebilir (aşa. Miras Hukukuna bak) (1). Munâkahât ve mufârakât işinde kadın, Kur'an'ın bütün ihtimamlı himayelerine rağmen ihmâl edilmiştir (2). Kadının maddeten, ma'nen kapalı hayattan uzak tutulması islâmın esas telâkkisine uygun değildir (3). Kadının şahadet ehliyeti bakımından erkeğe karşı müsavatsız durumu, daha geçen yüzyıla kadar bazı Avrupa kanunlarında da görülür. İleride ukûbât bahsinde görüleceği üzere ceza hukuku bakımından da kadın ile erkek arasında bir fark yapılmıştır. İrtidattan (No. 66, n. 4 bak.) dolayı erkeğin katli cihetine gidildiği halde bu ceza, kadın için kabul edilmemiştir. İrtidat eden kadın, islâma avdet için haps ile tazyik edilir. Kadının diyeti erkeğe nisbetle yarıdır. Kadın âkile olamaz (4).

Hunsanın, yâni erkek veya kadın olduğu belli olmayan kadın mı, erkek mi sayılacağı hakkında İslâm hukukçuları birçok şeyler söylemişlerdir. Bilhassa miras bakımından ihtilâf vardır. Hadımlar daha ziyade kölelerden

(1) 1912 tarihli İsviçre Medeni Kanunundan önce mer'i olan bazı Kanton medeni kanunlarında erkek evlâda kızdandan daha büyük hisse verilirdi (Escher, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht s. 20). Ziraî işletmelerin, çiftliklerin mirasında da erkek evlât lehine hâlâ tercihler yapılmaktadır. (Mk. 593 f. 3, bak.)

(2) Rum Suresi, âyet 21 : «Ve min ayâtihî en halaka leküm min enfüsiküm özvacen liteskünû ileyha ve ceâle beyneküm meveddeten ve rahmeten»

(3) «Şarkta islâm aileleri arasında cari olan şiddetli tesettür, erkeklerin sui zanları, aileleri halkı hakkında istipdat ile hareketleri, zevk ve safayı kendi nefislerine hasretmek istemeleri gibi sebeplerden neşet etmiştir. Yoksa zannolunduğu veçhile ahkâmı islâmiyeden değildir. Zira Kur'an-ı Kerim'de tesettüre dair varid olan ayatı şerifeyi tetkik edecek olursanız bunların tefsiri, tesettürde ileri gitmek değil, bilâkis hafifletmek lâzım olduğunu emreder... Hıristiyanların din kitaplarında bir adamın iki veya daha ziyade zevce almasına mani' sarîh bir nass mevcut değil iken rüesâyı diyânet, bir zevce almakta iktifayı ailenin saadet ve intizamına daha ziyade hâdim gördükleri için te'vil ve tefsir tarihi ile bazı karinelere istinat ederek vahdeti zevceyi kabul etmişlerdir» (Corci Zeydan, Medeniyyeti islâmiyye tarihi, Tercüme, cilt 5, s. 126).

(4) Nitekim sabı ve mecnun da âkile arasına girmez. Akile taammütsüz kâtil olan kimsenin ödeyeceği ma'kule'yi yâ'ni diyeti tediye eden kimsedir. Amd ile olmaksızın birini katledip de bu katl beyyine ile veya âkilenin ikrarı ile sabit olursa bu âkile diyeti üç yılda öder. Bir kimsenin âkilesi kabilesidir, yâni akrabasıdır. Akrabası kâfi gelmezse asaba tertibi üzere kabilenin akrabası inzınam eder. Azat edilen esirin âkilesi, sahibinin kâilesidir (Mahmut Esat, Feraidül feraiz, s. 72 n. 1).

olmak itibariyle onların hükümlerine tâbidir. Hadım etme (castration) esasen islâmda memnûdur, haramdır.

60 – Esirlerin hukukî durumu (1). Esirlere umumiyetle erkek ise rakik, kadın ise rekika (çoğulu erikka) derler. Sifat olarak rikk kullanılır. Rikk memlûk olan kimse demektir. Erkek esire, abid yahut memlûk (çoğulu memâlik), kadın esire, eme yahut câriye de tesmiye edilir. Kendisine hiç azat taalluk etmeyen esirin adı kinn'dır (2). Bu nevi esirliğe rikki vâfir, aşağıda göreceğimiz yollardan biriyle kendisine azatlık carî olan esirliğe rikki nâkis denir. Kaçak esir de âbik adını alır. Esirin sahibi seyyittir; buna mevlâ da derler. Süriye odalık, câriye, müstefrişe demektir (çoğulu serârîdir); teserrî, odalık yapmak istifraş etmektir.

Esâret, İslâmdan önce Araplarda vardı. Nitekim eski Yunan'da, Roma'da, Bâbil, de, Mısır'da ve İsrail'de de olduğu gibi. Araplarda borçlular esir olurdu, bir kimse kumar yolu ile de esir olabilirdi. Araplar, câriyelerinden olan çocuklarını esir sayarlardı. Ancak o çocuk necip ve zeki çıkarsa onu tanıyarak kendi nesebine sokar, öyle çıkmazsa esir bırakırlardı. Gene İslâmdan önce Araplar kolay surette esir azât etmezlerdi.

Bâbil'de köle olarak doğanlar ve muharebelerde esir edilenler köle idi. Fakat bir para mukabilinde hürriyetini satın alabilirdi. Esâretini inkâr eden kölenin, köleliğini hatırlaması için kulağı kesilirdi. Mamafih çocuk doğuran bir câriye para mukabilinde satılamazdı (3).

Roma'da da başlıca esâret sebebi harp esâreti idi. Bundna başka bir ceza neticesi olarak da esârete düşülebilirdi. Meselâ sirk'lerde vahşi hayvanlarla dövüşmeğe, mâdenlerde çalışmağa mahkûmiyet hallerinde olduğu gibi. Kendisini köle olarak sattıran kimse de köle olurdu (4).

(1) Osmanlı Devleti 1856 Paris Muahdesiyle Avrupa Devletler Cemiyetine girerek bu cemiyetin hak ve vazifelerini kabul etmiş ve islâm şeriatında biricik rikk sebebi olan daimî harbilik hâli Osmanlı Devleti için kalmamış, zenci esir ticaretini menedeceğine ve bu ticaret ile iştigal edenleri cezalandıracağına ve esirlerin ellerine azâtnâme verileceğine dair muahedeler de akdetmiştir. Bundan başka 1293 tarihli Kanuni Esası'de de Osmanlıların şahsî hürriyetlerine mâlik oldukları tasdik ve ilân edilmiştir. Böyle olduğu halde İstanbul'da Şeyhülislâmlık (Fetvahaneye) tarafından 1331 - 1332 tarhlerinde kanun halinde mer'î olmak üzere hazırlanan «kitabünnafakat» (babı sabi ve sâmin) tasarısında köle ve cariyeler hakkında hükümler konmuştur (Mahmut Esat, Tarihî ilmi hukuk s. 234, n. 1 bak).

(2) Serf, yani toprağa bağlı, toprakla beraber elden ele satılan, devredilen, azat edilmez köle demektir. Berthold, İslâm Medeniyeti Tarihi s. 63, sonu : «serflik, islâm memleketlerinin hiç birinde olmamış olsa gerektir» diyor. Köprülü Fuat aynı eserin 195 sayfasında buna «Berthold'un tahminine rağmen bir nevi servage, bazı islâm memleketlerinde hususî bir şekilde mevcut olmuştur» sözlerini ilâve ediyor. Filhakika Corci Zeydan da Medeniyeti İslâmiye tarihinde islâm memleketlerinde servage'in mevcudiyetini söylemektedir (cilt 4, s. 37, 86 bak).

(3) Şemsettin Günaltay, Yakınşark, S. 365.

(4) A. B. Schwarz, Roma Hukuku dersleri, 1945 s. 248 ve sonrakiler.

61 – İslâm'da başlıca esâret sebebi, ahid ve amân ile himâyeye altına alınmamış olan bir gayrimüslimin müslüman eline geçmesidir (1). Bir esirin başkasından doğan çocuğu da esir sayılır. Çocuğu veya bizzat kendini satmak suretiyle, kumar yolu ile veya borç sebebi ile esâreti, islâm katiyyen reddeder; Böylece esâret, doğumu bakımından tahdit edilirken diğer taraftan hukukî neticeleri bakımından da zayıflştırılmıştır. Bunlardan başka azat etme (îtak) kolaylaştırılmış ve bir çok vesilelerle tavsiye edilmiştir.

Eski Araplar çocuk batna, yâni anaya çeker kaidesini kabul ederlerdi. İslâm, sahibinin câriyesinden doğan ve o sahip tarafından kabul edilen çocuğun, onun medenî haline tâbi olacağı esasını koymuştur (2).

Fakat câriyenin, sahibince verilen izin ile başka birine, vevlevki hür bir kimseye nikâh edilmesinden doğan çocuk anaya tâbî'dir. Daha doğrusu nikâh akdinde bu hür zevceden gelecek çocuğun hürriyeti şart edilmiş olursa çocuk hürdür; şart edilmemişse çocuk câriyenin sahibine ait, yâni onun kölesi veya câriyesi olur.

62 – Esir haddizatında bir maldır (3).

Evlenmemiş câriye sahibinin metresi, odalığı durumundadır. Fakat köle; sahibi olan kadına karşı bu durumda değildir. Kadın, kendi kölesine nefsinin teslim edemez ve azat etmedikçe onunla evlenemez.

Bununla beraber esir'in dinî bakımdan bir ehliyeti vardır; ancak, bir hür gibi müstakil olmadığından bu tam bir mes'uliyeti ve mükellefiyeti tazammun etmez. Meselâ cihad ile mükellef değildirler. Bu itibarla hususi bir durumu haizdirler. Esir şahsî hakkına (ta'bir câizse şahsa bağlı hakkına) maliktir (4); ya'ni, bilhassa evlenme hakkı vardır; fakat nikâhı, mevlâsının iznine mevkuf olur (5). Mevlâsının izni olsa dahi köle teserrî edemez. Ancak a'zamî iki kadın nikâhlayabilir. Bir câriye kendi mevlâsı olmayan bir hür ile ve bunun aksi olarak hür bir kadın başkasının kölesi ile evlenebilir. Evlendirilen köle veya câriyenin râkabesi yine mevlâsına aittir. Bunları yanında bulundurup istihdam edebilir; azat edebilir; beyi ve hibet edebilir, fakat istifraş edemez.

Evlenmeye izin veya icâzet, mevlânın, evlenme akdinin icaplarından olan malî hukuka müteallik mehr ve nafaka gibi mükellefiyetler bakımından kö-

(1) Hammer (cilt 7, s. 73 ve 261), Şeyhülislâm İbni Kemal Ahmet Şemseddin'in İranilerin cesâreti caiz olduğuna dair fetvalar verdiğini kaydediyor.

(2) Hür Mevlâdan doğan çocuğun böylece hür olması, İslâmın hürriyete olan temayülünü gösterir (Bergsträsser s. 39 bak.).

(3) Osmanlılar devrinde esirlerin satılması için İstanbul'da bir pazar, çarşı vardı. Burada satılan esirlerden üçür alınır.

(4) A. B. Schwarz, Roma Hukuku Dersleri, s. 236 : «Digesta'nın bir parçasında Ulpianus şöyle diyor : Jus gentium'a göre köleler hiç mesabesinde oldukları, yâni şahsiyetleri bulunmadığı halde tabii hukuk bakımından vaziyet öyle değildir. Tabii hukuka nazaran bütün insanlar eşittir.»

(5) Tahtavîye ve Dürrül muhtar, velî babına bak.

lenin şahsı ile mes'uliyetini tazammun eder; ya'ni bu borçlar rekik'in rekabe- sine taalluk eder. Mevlâ, esiri, evlenmeye icbar da edebilir. Bu halde câri- ye eğer sonra azât edilmiş olursa bu nikâhı feshedebilir. Buna itik muhayyer- liği denir. Köle için buna lüzum yoktur; çünkü köle zevcesini bizzat, Mevlâ- sının iznine muhtaç olmaksızın her vakit boşayabilir; boşamak münhasıran kendisine aittir.

Esir hukukî işler yapmak, medenî hakları kullanmak ehliyetini haiz de- ğildir. Fakat bir vekâleti icra edebilir ve Ebu Hanifeye göre eğer bütün mi- rasçılar küçük iseler sahibinin vasiyetini icraya memur da edilebilir. Fakat esir, şahit olamaz.

Sahibi, esire ticâret ve bir mal vakfetmek için medenî hakları kullanma ehliyeti verebilir (1). Fakat me'zun olan esirin giriştiği işler, sahibinin ken- disine işletmek için verdiği mameleki ve kendi şahsını (rakabesini) mes'ul kılar, esir bu takdirde borçlu olur ve bu suretle esir bu borç için satılır, yahut sahibi isterse onun borcunu ödeyerek satılmaktan kurtarır. Borçtan ödenmiyen bir kesim kalırsa bu, itfa edilmiş sayılmaz; bilâkis borç olarak kahr ve esir azat edildiği takdirde kendinden istenir.

63 — Esirlerin ceza hukuku bakımından himâyesi hürlerin himayesinden zaiftir. Bir esirin sahibinden başka biri tarafından amd ile katli halinde Hanefilere göre kâtil hür olsa dahi kısas lâzım gelir (Şafii, Mâliki ve Han- belî mezheplerine göre lâzımgelmez; aşa. ukubat bahsine bak.). Nefse kar- şı olmayan cinayetlerde kısasa gidilmez; diyet alınır. Esirin diyeti, kıymeti- dir. Bir esire karşı kazif de hadde tabi değildir. Sahibi esirine karşı ancak İmamın (Halifenin) izni ile had tatbik edebilir. Mamâfih sahibine karşı ceza hukuku bakımından tam bir himayeye mazhar değildir (2).

(1) Ticaret için kullanılan esirlere, memluklere «memalik i ticaret» ve ticaret için olmayıp hizmete mahsus olan memluklere «memalik i hizmet» derler.

(2) Esire karşı sahibi, tâzir (tedib) hakkını haizdir; fakat esire eza ve cefa etmeğe mezur değildir; onun kâfi derecede dinlenmesine, istirahatine müsaade etmeğe mecburdur; buna aykırı harekette devam ederse esiri satmağa icbar edilebilir. İslâm esi- re iyi muamele edilmesini daima emir ve tavsiye etmiştir : «Esirleri takatları dışında şeylerle mükellef tutmayınız, siz ne yiyorsanız esirinize o yemekten yediriniz» «sizden bir kimse kölem ve cariye demesin, oğlum kızım desin» sözleri Peygamberden rivayet edil- miştir ve İslâm memleketlerinde esirlere fiilen de daima iyi muamelelerde bulunulmuştur (İslâm Ansiklopedisi abd kelimesine bakınız). Kur'anda «Köle ve cariyelere, rıfk ve ih- san ile muamele edilmesi, onlara karşı cebbarlıktan ve kibirden kaçınılması tavsiye edil- mektedir.

Ululemrin, esir sahipleri üzerinde bu ödevlerin icrası bakımından bir nazaret ve mü- rakabe hakkı vardır.

1267 tarihli Ceza Kanunu 3 üncü fasıl 19 uncu maddesinde şöyle deniyor : «Gulam ve cariye haklarında dahi ledel iktiza hududî şer'iyyenin ikamesi tarafı saltanatı seniyye- ye ve tâzir ve te'diblerinin icrası efendilerine ait ve râci bulunduğundan efendilerin ba- zıları te'dib ve tâzir hususunda ifrat ile gulam ve cariyelerine zulm ve teaddi ve bazıları- nın tefrit ile ihmal ve müsamaha edip veyahut hemen beyi' ile mefsedeti vakiasını ahe- re sirayete badi.....»

Esirin ceza hukuku bakımından mesuliyeti tam değildir. Zina halinde recmi kabul edilmemiştir, çünkü muhsan değildir (aşa. ukûbat bahsine bak.). Bilâkis bu halde kendisine celde vurulur, bu celde de muhsan olmıyan hür celdesinin yarısı miktarındadır. Şarap içme halinde ve kazifte cezası yarısıdır.

64 — Azat etme (i'tak, itk). Esir, azat edilme suretiyle hür olur. Azat edene mu'tik, azat olunana mu'tak derler. İslâm, yukarda dediğimiz gibi i'taki tavsiye, teşvik etmiştir; bazı hallerde günahlar için kefarete (ceza) olarak bir borçtur (yuk. No. 38 notuna bak.). Esir kendisiyle evlenmesi caiz olmıyan ekrahasından (zi rahm mahreminden) birinin mülkiyetine geçerse kendiliğinden yâni şer'an, kanunen azat edilmiş olur. İstidât yolu ile de câriye âzat edilir (1).

Azat etmeyi kolaylaştırmak için tereddütlü hallerde esirin azatlığı lehine (yâni azathğına) hükmedilir. Azatlık hakkında bir intizar bulunan hallerde esire azatlığını tahakkuk ettirebilmesi için serbest çalışma imkânı verilir. Böyle esire müstes'î ve bu hale saiy, siâye, istis'â derler. Bu, esirde şayi' mülkiyet bulunduğu, yani esir birden ziyade kimselerin müşterek mülkü olduğu ve bunlardan biri esir üzerindeki hissesini azat ettiği yahut azatlık hakkında ona bir intizar verildiği takdirde başlıca bahis konusu olur (2).

Sahibinden ve onun tarafından tanılan bir çocuk doğuran cariye ümmi veledir. Bu ümmi veled, ya'ni çocuk anası, sahibinin ölümü halinde hür olur.

Sahib (seyyid) ümmi veledi üzerinde tasarruf edemez.

Azat etmenin daha başka şekilleri, vardır: esir, sahibinin ölümü hâline ta'lîkan azat edilebilir. Buna tedbir derler. Böyle bir esir (müdebber), ümmi veled gibi başkasına devredilemez (3).

Bir de takyit suretiyle azat etme vardır. Bu da ölüm halinde, fakat bir hususî şarta bağlı surette azat etmedir; meselâ esir, sahibinin şu veya bu hastalıktan ölümü halinde azat edilmek gibi. Bu takdirde, yani ölüm bu şart ile tahakkuk ettiği surette azat etme vasiyet olarak yerine getirilir. Bu yolda azat etme, esire hiç bir imtiyazlı hukukî durum vermez.

(1) İstilâd, cariye ümmi veled kılınmak, ona çocuk doğurtmak demektir. Ümmi veled'e müstevled denir. Mevlâsının ölümü halinde müdebber gibi azat olur. Ancak arada şu fark vardır : müdebber terekenin üçte birinden azat olduğundan tereke borçlu ise kendi kıymetinin tamamını öder; tereke borçlu olmayıp da yalnız mirasçılarının hakkı taluk ediyorsa kıymetinin üçte ikisini ödemeğe çalışır (sa'y eder). Ümmi veled ise doğrudan doğruya azat olur. Fakat nikâhlı bir zevce gibi terekeden miras alamaz.

(2) Bu İmamı Azama göredir. Bu azatlıya mu'tekk ülba'iz, kadın ise mu'tekketulba'iz derler. Mustes'î, rekabesini elde etmek için kıymetinin bakiyesini tahsile çalıştırılan demektir.

Mu'tekkül ba'iz da İmamı Azam'a göre rıkkıyyet mevcuttur. Âdeta mükâteb gibidir. İmameyne göre ise esirin bazıını i'tak tamamında i'taki icabeder. O, borçlu bir hürdür.

(3) Hanefî ve Maliki mezheplerine göre tedbirden rücu edilemez. Şafiî'ye göre herhangi bir vasiyet şartı gibi burada da rücu' ve tebdil caizdir.

Bunlardan başka bir de esirin kendine satılması suretiyle azatlık yolu vardır. Buna mükâtebe ve bu esire mükâtep derler. Böyle bir satışla esir, derhal hür olur ve bedeli (semeni) sahibine borçlanır. Bu azatlığı satın alma (mükâtebe) akdi, çok defa taksit üzerine de olur. Bu takdirde esir, mülkiyeti bakımından sahibine ait ise de üzerindeki tasarruf kudreti, ziyetlik bakımından azattır (aşa. No. 72 bak). Akdi yerine getirince, yani borcu ödeyince rekabesi bakımından da hür olur. Mükâteb (mükâtebe akdi yapmış olan esir) me'zun esir gibi medenî hakları kullanma ehliyetini iktisab eder ve artık sahibi onu cebr ile evlendirme hakkını haiz olmaz. Mükâtebede kesilen para ödenmediği takdirde mükâtebe ya iki tarafın anlaşması ile veya sahibinin talebi üzerine hâkim tarafından feshedilir. Mükâtebin ziyedliğindeki şeylerde mülkiyet meselesine gelince bu mülkiyet mevkuf kalır; ne sahibine ve ne mükâtebe ait olmaz. Neticeye göre bunlardan birine veya öbürüne ait olmak üzere muamele edilir (Yuk., No 42 bak.) (1).

65 — İ'takın bütün hallerinde, yani ister zirahın mahremin temellükü hallerindeki kanunî, mecburî olanında, ister tedbir ve kitabet gibi hallerde velâ denilen bir hukuki netice doğar. Esir azat etmiş olan kimseye mevla-l-atâka derler (ki mirascılar arasında yeri vardır; ileride miras bahsinde görülecektir). Bundan başka mevlal atâka'nın (aşa. miras bahsine bak.) ve onun yerine geçenlerin, azatlı esirin evlenmesinde velâyeti vardır. Azatlıyı öldüren tarafından verilecek diyet de bunlara ait olur (2).

66 — Müslüman olmayanların hukuki durumu. İslâm'da dinî hükümler ancak mü'minler içindir. Gerçi Hazreti Peygamberin bütün insanlara meb'us olduğunu bildiren ayetler vardır; Kur'an'da «Kul ya eyyühennâsü innî resullullahi ileyhim» buyurulmuştur (3). Fakat yine Kur'an'a göre «dinde ikrah yoktur». Binaenaleyh fıkın bedenî ve malî ibadete dair olan hükümleri müslüman olmayanlara tatbik edilmez; Munâkehât ve mufârekât sahasında daha ziyade dinlerine bırakılmış, diğer hususlarda da aşağılarda görüleceği üzere kendilerine serbestiyet verilmiştir. Ukubata taalluk eden hükümler esas itibarıyla onlar hakkında da carîdir. Gayrimüslimlerin fıkha karşı bu durumları hukuken şahsiliğinden mütevellit birşey olmayıp onun dinî mahiyetinin bir neticesi olarak görülmeğe lâzım gelir.

(1) Mükâteb beyi' ve hibe edilemez. Mükâteb olan cariye, kitabet bedelini ödemekten aciz haline düşmedikçe mevlâsının onunla cinsî münasebette bulunması helâl olmaz (Hacı Zihni, Münâkehât ve mufârekât s. 263 notu).

(2) Roma'da eski efendi, azatlısının patronu oluyordu. Patron azatlısının mirasçısı olabiliyordu (A. Schwartz, Roma Hukuku dersleri s. 247, 248).

(3) Keza Kur'an'da Resul'ün vazifesi ancak elçiliktir. «Ma alerresûli illelbelâğü» buyurulmuştur. Hamdi Yazır, Peygamberin yalnız arap kavmine değil, bütün âlemîn'e meb'us olduğu hakkındaki şu âyetleri de zikrediyor : «İn hüve illa zikrâ lil'âlemin» (En'am suresi, ayet 90); «Vemâ erselnâke illa kaffeten linnâsi beşîren ve nezîren» (Sebe' suresi, ayet 28; Kur'an dili, cilt 3, s. 1980, 1981, Mahmut Esat, Usul ı fıkıh s. 269).

İslâmda «Hükümdarın dini, teb'ası için de mecburîdir» (Cujus regio ejus religio) yolunda bir düstur yoktur. İslâm, gayrimüslimleri imha etmemiş, huktan mahrum kılmamış, onlar için aşağılık bir hakuk da koymamış ve hiç bir zaman onları mutlak surette müslüman olmağa da zorlamamıştır (1). Hazreti Peygamber, islâmiyete ve kendisine inkiyat etmek isteyen halklarla müzakerelerinde onları, ihtida ile cizye tediyesi arasında muhayyer bırakmıştır (Kaytano - Hüseyin Cahit, İslâm tarihi cilt 6, s. 335, cilt 7, s. 99). İslâm, gayrimüslimlerin, oldukları yerlerde kalmalarına müsaade etmiş; onlardan müfrit mütalebelerde bulunmamıştır. İslâmın geniş fütuhatında bu müsaadekârlık önemli bir âmîl olmuştur (Bergstreasser s. 43).

İslâmda, müslüman olmayan ve islâm ülkesi dışında kalan yabancılar o zamanki fiilî duruma uygun olarak harbî sayılır. Ve o yabancı memlekete de

(1) Engelhard, Türkiye ve Tanzimat s. 457 : «Müslüman, başkalarını kendi dinine dâvet etmez. İslâmiyet, müslüman olmak isteyen ecnebiyi, yahut yerli hiristiyan'ı ihtiyat ile kabul eder. Fakat buna mukabil bir kerre kabul edince artık islâmıdan çıkmasına müsaade etmez. İrtidat cezası, idam idi. Bu ceza Paris muahedesinden sonra icra edilmez oldu ve reaya denilen zımmî gayrimüslimleri başka bir mezhebe ve dine girebilmesini meneden hükümler de kaldırıldı.» diyor. Hakikaten islâmıda müslümanlığa dâvet varsa da girmeye, kabule cebir yoktur. «La ikrahe fiddin» (dinde ikrah yoktur) sözü Allah Kelâmıdır. Bekara suresinin 56 ncı âyeti olan bu emir, Mekke'de değil, İslâmın kuvvetlendiği, bir devlet halinde geliştiği devirde Medine'de nâzil olmuştur. İrtidada verilen katil cezası Kur'an'da yoktur; icmâ ile kabul edilmiştir; Kur'anın sarîh emri dışında görünür (Hüseyin Cahit Yalçın, Fikir Hareketleri, sayı 48, 50; ileride ukubat bahsine, yuk. No. 42 bak.).

Corgi Zeydan'da bu bahiste şunları söyler : «İslâmlar, medeniyetlerinin itilâsı devrinde herhangi din ve mezhepten olursa olsun kendi reayaları arasında din hürriyeti kaidesiyle âmîl olmuşlardı. Beni Umeyye devrinde para tahsili için Arap olmayanlar hakkında bunca şiddet ve tazyikat icra edildiği esnada bile dinde taassub sevkiyle sair dinler erbabından bir cemaatin islâmiyeti kabule icbar edildiği işitilmemiştir.» (Cilt 4, s. 246).. «..... Bu gayrimüslimler devletçe, serbestii mezâhip usulü carî olduğunu, mezhep ihtilâfından dolayı kimseye cebir ve tazyik icra edilmediğini, herhangi din ve mezhepten olursa olsun erbabi iktidar ve mezîyet takdir edildiğini görerek, her taraftan Abbasilerin hizmetine koşmuşlardı» (cilt 4, sahife 230). «Şam, Irak, Mısır ve Faris kıt'alarında bulunan halk, islâmiyetten önce pek dehşetli bir istibdat kâbusu altında yaşamak ve bir kısmı esir bulunmakta idi. İslâmiyet bunlar için bir rahmeti ilâhiye, ihyakâr bir nimet olmak üzere yetmişti; çünkü bunlar islâmiyet sayesinde kurtularak hukuki insaniye ve tabiiyelerine nail olmuşlardı. Bunlardan islâm olanlar hür ve islâmların haiz oldukları hukukun kâffesine nail oluyorlardı. İslâm olmayıp da islâm hâkimiyeti altına iltica edenler ise İslâmların ahdümisakları altına giriyorlardı» (cilt 5. s. 33), Halil Halit, İntişar i İslâm tarihi, s. 53 ve sonr. bak.

Mürtetler hakkında tevbe ve salâhi zâhir ve me'mul olanların imamı a'zam kavliyle amel olunarak katlolunmayıp ta'zir ve haps ile iktifa edilmesi, bu makuleden olmayanların sair imamların kavli ile amel edilerek katledilmesi 944 tarihinde Memaliki mahrusada bulunan kadınlara emri sultanî ile tebliğ olunduğu ve 955 tarihinde bu emrin diğer fermanla takrir edildiği Tahtavi tercemesinde (cilt 5 s. 37) naklolunmaktadır.

darulharb denir. Aslî halin, harp hali olduğu bir zaman ve yerde bunu tabî görmek icabeder. Yoksa islâm aslında kendi adıyla de sulh ve selâmet ve musalemet dinidir. Cihadın illeti, katl ile islâma icbar değil, islâmın emniyetini ihlâl, ona taarruz edenlere karşı bir müdafaadır. Gayrimüslim, ihtida ederse veya islâm hakimiyetini, cizyeyi kabul eder, bu suretle ahdu eman almış olursa öldürülmez (1); katdlien kadınlar, çocuklar gibi harp dışı olanlar müstesnadır. Bir de nakledildiğine göre Arap müşrikler, vesenî'ler ya islâmı kabul edecekler veya öldürüleceklerdir. Bazıları bu hükümden İslâmın bir Arap dini olacağı neticesini çıkarmak istemişlerdir.

Hakikaten islâmda, gayri müslimler (gayri müminler), kitabî denen İsevî ve Musevîler, yani bir peygambere inanıp bir mukaddes kitap tanıyanlar ile mecusîler, müşrikler (veseniler), meselâ yıldızlara tapanlar olarak tefrik ve aralarında ba'zı dereceler yapılmıştır; meselâ muhtelif dinlerde olanların evlenmelerinde çocuk, üstün tutulan dine mensup sayılır. Kitap ehli ile şirk ehli arasında doğan çocuk kitâbidir. Yahudi ile nasrânî arasında doğan çocuğun yahudi veya nasrânî sayılacağı ihtilâflıdır (2). Kitabî, müslümana yakın bir muameleye tabîdir (3). Onun usûlü dairesinde Allah adına (besmele ile) kestiği hayvan müslüman için de makbuldür yenmesi caizdir (kesilmemiş olan hayvan (meyte) gayri müslim için de memnûdur). Müslim, bir kitab' kadın ile evlenebilir. Fakat bir kitabî, müslüman kadın ile evlenemez.

İslâm hakimiyetini kabul ile dinleri üzerine terk edilen gayrimüslimler, İslâmın himayesi altındadır. Bunlara zimmi, ehlizimmet denir (Yuk, s. 69, n. 1 bak.). (4). Bu bir ahde, taahhüde istinad eder. Bununla, gayrimüslimin canı, ırzı malı, himaye altına alınmış, zimmeti kabul eden gayrimüslim de buna mukabil vergilerini vermeği kabul ve taahhüt etmiş olur. Bir zimmi, müslümana karşı bir suç işlemekle, hatta bir müslümanı öldürmekle bu zimmet ahdini bozmuş sayılmaz. Hatta vergilerini vermekten imtina etmek, Pey-

(1) Kur'an'da kıtal ayetleri müteaddittir. Medine'de ilk nazil olan âyeti kital olarak Bekara suresinin «ve kâtılı fi sebillahî» ayeti (ayet 190) gösterilmektedir. Hamdi Yazır bilhassa bu âyetin izâhında müfessirler arasındaki ihtilâfı nakletmektedir. Merhum kıtal, a - yetlerini fiili tecavüz haline hasr etmek istemiyor. Fakat sözlerinden anlaşıldığına göre yine müdafaaya haline hasretmiş oluyor (Hak dini - Kur'an Dili, cilt 1 s. 687 ve sonr.; İzmirli İsmail Hakkı, İlmî Hilâf s. 66, 67 bak.). İleride Devlet bahsinde bu konuya temas etmek istiyoruz.

(2) Zeyd i müslim, tevellud edecek veled nasranî olmak üzere harbi olan nasranî Hinde nikâh etmek maalkerahe sahih ve veled müslim olup nasranî olması şartı lagv olur mu? Elcevap olur (Ceridei İlmîye, aded 6, s. 386).

(3) Kur'anda kitabîler, kitap ehli, yani Tevrat ve İncil'e uyanlar, öğülmüşler ve haklarında iyilikle muamele edilmesi tavsiye edilmiştir (Corci Zeydan, Medeniyeti İslâmiyet Tarihi, cilt: 4, s. 17 bak).

(4) Zimme sözü, müslümanlar hakkında da kullanılmıştır (Kaytano - Hüseyin Cahit, İslâm Tarihi, cilt 6, s. 102 bak).

gambere söğmek (sebb etmek) gibi bazı emirlere muhalefet hallerinde de böyledir. Yalnız onun dari harbe geçmesi, müslümanlara karşı harbe girmesi ile bu himaye mürtefi' olur.

Gayri müslimler, dediğimiz gibi zekât ile mükellef değillerse de, haraç ve cizye gibi vergileri ödemeğe mecburdurlar. Ganimete iştirâk edemezler. Kendi dinlerince caiz olan şeyler prensip itibariyle kendilerince düstur sayılır. Şarap ve domuz onlar için mütekavvim maldır. Onları itlâf eden müslüman olsa dahi tazmin ile mükellef olur. Bunları satabilirler, hibe edebilirler (yalnız domuz ticareti bakımından bir tahdide tâbidir). Fıkha göre evlenmeleri caiz olmayan kimse ile evlenme kendi dinlerine göre câiz ise tearruz olunmaz ve böyle bir nikâha istinat ile kadıdan nafaka talep olursa hükmedilir. Bu suretle zimmiler medenî hukuk alanında müslümanlarla hemen hemen temamiyle aynı hukuka maliktirler. Ancak bir müslim, zimmi ile mufavaza akdi yapamaz. Bir gayri müslim diğèrinin âkilesine dahil olamaz. Din ayrılığı miras maniidir (fakat vasiyete manî olmaz). Zimmînin ekalliyet hakları diyebileğèimiz hakları, şu noktalarda kendini gösterir: zimmî şahit olamaz (1), fakat zimmîlerin içinde, kendi aralarındaki davalarda olabilir. Zimmî, müslüman çocuğun velisi olamaz; fakat müslüman çocuğun annesi olarak hıdâne hakkını haizdir. Zimmî, müslim üzerine vâsi de tayin edilemez. Niha yet zimmî, müslüman esirin mevlâ'sı durumuna giremez; girse köleyi satmağa icbar edilir.

Zimmî, ceza hukuku bakımından esas itibariyle hadlere ta'zirlere tâbi'dir. Haklarında kısas ve diyet hükümleri tatbik edilir. Zimmîyi öldüren bir müs-

(1) Gayri müslimlerin Müslüman aleyhine şehadetleri bilhassa tanzimattan sonra içerden ve dışardan bir çok itirazlara sebep olmuş ve nizâmiye mahkemelerinde bunların şehadetini kabul cihetine gidilmiş ise de son zamana kadar şer'îye mahkemelerinde bu şehadete itibar edilmek istenmemiştir (Engelhardt - Ali Reşat, Türkiye ve Tanzimat s. 79, 208, 335 ve bilhassa s. 350 bak.; Cevdet Tarihi 7 inci cildindeki fermâna bak.). Hıristiyanların şer'î mahkemelerde şehadetlerinin kabulü hakkında 93 kanun i esasisi lâyihasına konulan hüküm sadr i a'zamın ihtarı ve ısrarı üzerine tay edilmiştir (Seignobos - tarih i siyasi, cilt 2, s. 397). Berlin muahedesinin 62 inci maddesinde «din ve mezhebe bakılmıyarak mahkemeler huzurunda cümlesinin şehâdeti kabul edileceğî» yazılıdır. İslâma göre ecnebilerin, yani müste'minlerin İslâm tebaasından olan gayri müslimlere de şehâdeti makbul değildir (Ebululâ Mardin - Ahmed Cevdet Paşa, s. 61 bak.).

Ecnebi gayri müslimler, daha kanunî devrinden itibaren elde ettikleri kapitülasyon denilen imtiyazlarla Osmanlı imparatorluğu içinde hususî bir kazâ hakkına ve kanunlar karşısında hükümler hakkını ağır surette ihlâl eden istisnâlara malik idiler. Bunlar birinci umumî harp içinde Osmanlı hükümetince bir taraflı olarak ilga edilmişse de devletlerce tanınmamış, ahden ve fiilen kaldırılmaları Lozan muahedesiyile olmuştur.

Bugün Türkiye Cumhuriyetinde her iki nevi imtiyaz kalmamış, lâyiklik esasları daire-sinde her kes kendi din ve mezhebinde serbest ve himaye altında bulunmuştur; bütün kanunlar karşısında müslim ve gayri müslim müsavidir (Anayasa madde 69). Şüphesiz ecnebiler için muayyen takyidat vardır.

lûman - şartları mevcut oldukça- müslüman öldürmüş gibi Hanefilere göre kısas edilir. Şafii ve Hanefî mezhepleri aksi içtihaddır.

Aman ile İslâm memleketine giren harbiye müste'min denir. Harbî, zimmeti ve cizyeyi kabul ederse veya islâm memleketinde bir arazi satın alır da üzerine harac konursa zimmi, yani devamlı surette himayeye mazhar, ahte nail olur. Fakat umumiyetle kitabî olanlar, yani Museviler ve Hıristiyanlar zimmi olabilir.

Dar i harbe giden bir müslim de orada müste'min sayılır. Bu müslümanın, oradaki gayrimüslimlerin mallarına, kanlarına tearruz etmesi helâl olmaz; bilâkis gadr olur. Hazreti Peygamber gadri men' buyurmuştur (yukarıda s. 22 n. 1 bak.). Eğer müslüman müste'min birşey gasbedip dâr i islâma soksa ona habîs ve haram bir mal olarak malik olur; onu tasadduk etmesi icabeder. Herhalde kadına tecavüz memnu'dur (mevkufat, cilt 1, s. 391 bak).

Zimmiler, zaman zaman kendilerini islâmlardan tefrik için ayrı renk ve işaretli elbise, serpuş giymek, ata binmemek, silâh taşımamak, dinî âyin ve âdetlerini gürültülü surette yaparak, alenî surette şarap içerek müslümanları kızdırmamak gibi idarî, siyasi kayıtlarla mükellef tutulmuşlardır. Yeniden Kili-se, sinagog ve zaviyeler inşasına me'zun kılınmamışlardır (1).

(1) Osmanlı imparatorluğunda gayri müslimlerin rühânî reisleri nikâh akdi ve feshî zevce nefakası, drahoma, ve cihaz işlerinde kazâ hakkını haizdi. Terike ve vasiyet gibi daha başka hususlarda da selâhiyetli idiler (1333 tarihli Aile hukuku karamanesi madde 156 ve Rum Patrikhanesi nizamnamesi umumisi I inci tertip düstur, cilt 2 s. 902 ve sonr.; Ermeni patrikhanesi hakkında nizamname I inci tertip düstur, cilt 2, s. 938 ve sonr.; Ermeni cemaatine ait mezhebi imtiyazlar hakkında, Ceride i ilmiye, aded 2; Museviler hakkında, cilt 2, s. 262; Protestan cemaati hakkında cilt 4, s. 615. Stier - Somlo Handwörterbuch der Rechts wissenschaft, Türk'sches Recht s. 104, 105. Engelhardt - Ali Reşat Türkiye ve Tanzimat s. 119 ve sonr. Cemil Bilsel, Lozan, cilt 2, s. 283 ve sonr. bak. Medenî kanununun kabulü üzerine Museviler, Ermeniler, Rumlar ve Protestanlar Adliye Vekâletine verdikleri ayrı ayrı mahzarlarla bu ayrılıklardan vaz geçtiler. Bu mahzarlar Büyük Millet Meclisi arşivinde mevcuttur.

EŞYA HUKUKU

67 — Fıkıhda eşya hukuku toplu ve sistemli surette gösterilmiş değildir. Modern hukukta, mâmelek hukukunun obligasyon hukukundan ayrı bir kısmını teşkil eden ve aynı haklar tâbiriyle de adlanan bu hukuk, hak sujesi olan insanın dış âlemdeki şeylere müteallik iktidar ve salâhiyetinden bahsederek. Daha doğrusu bu hukuk, insana o eşya üzerinde doğrudan doğruya bir sahiplik, iktidar temin eder. Bu mahiyeti ile bu haklar «mutlak haklar» dandır; herkese karşı ileri sürülebilir. Obligasyon (vecibeler) hukukundan, diğer adı ile şahsî haklardan, alacak haklarından farkı bu noktadadır; bu alacak haklarına « nisbî haklar » denir; çünkü ancak aralarında mevcut bir hukukî münasebete istinatla alacaklı tarafından borçlusuna karşı iddia ve dermeyan edilebilir. Mülkiyet, zilyetlik, rehin hakkı ve bunlara vukubulan tecavüzün men'î bir kimsenin elinden alınan veya çalınan şeyi kimin elinde bulunursa bulunsun istirdat gibi haklar aynı haklar ve beyi' icâre gibi akitlerden ve insana ve eşyaya vaki' zararlardan doğan tazminat iddiaları ise obligasyon hakları cümlesindedir. Bununla beraber bu iki hukuk dalının bir-biriyle sıkı irtibatı vardır.

Aynı hak ile obligasyon hukuku arasındaki fark, bilhassa iflâs halinde açıkça gözüktür. Bir saatçiden parasını vererek saat alan kimse onu tesellüm etmiş olmadıkça, saatçinin iflâsı halinde saatin veya semenin aynen teslim veya iade edilmesini isteyemeyip alelâde bir alacaklı sıfatı ile guremâya dahil ve obir alacaklılarla birlikte -iflâs masasınca yapılan tevziattan ancak kendine düşecek hisseye müstehik olur. Fakat aynı saatçiye tamir edilmek üzere kendi saatini bırakan bir kimse, masadan saatini aynen geri alır. Aynı hak ile beyi' gibi obligasyondan doğan alacak arasında bugünkü hukukta açık, kat'î ve mantıkî neticeleriyle görülen fark islâm fakihlerince kabul edilmemekle beraber tamamıyla meçhul kalmıştır denemez. Şöyle ki rivayet edilen bir hadîse (1) göre bir kimse malını, iflâs halindeki bir kimsenin elinde aynen bulursa o mala başkasından ehaktır. Hanefî fakihleri bu hadîsi bey'a teşmil etmezler, yâni bayi', sattığı ve teslim ettiği malın semenini almış değilse müşterinin iflâsı halinde mebi'i aynen istirdat edemiyerek gurema'ya dahil olacaktır. Fakat gasb edilen, âriyet, vedia veya kira olarak verilen bir malın zilyedi iflâs ederse mâlik bunları aynen geri alacaktır; imam Şafii, Malik ve Hanbel ve İmam Davut gibi daha bir kısım fakihler ise bey'a da şamil

(1) Men edrek malehû bi aynihî inde reculin kad eflése fehuve ehakku bihî min gavrihî.

olduğunu kabul ederler (İzmir’li İsmail Hakkı, Kitabülifta vel kazâ s. 9, 10 bak.) Fakat biraz sonra göreceğimiz üzere bayı, sattığı malı müşterisine teslim etmiyerek başka birine satıp teslim etse birinci müşteri, mâlik sıfatıyla ikinci müşteri’den mebi’i geri alabilecektir (aş. No. 74 bak.).

68 – İslâm hukukunda şey mefhumu, maddî birşey mefhumu olarak işlenmemiştir. Ayn mefhumu deyn mukabili olarak kullanılır. Ayn, muayyen ve müşahhas olan şeydir. Bir ev, bir at, bir büfe, meydanda mevcut bir para, bir yığın veya çuval patates vesaire gibi hariçte görülen ve el ile tutulabilen şeyler ayn mefhumu içine girer. Ayn’ın çoğulu a’yandır (Mecelle 159 bak). Deyn ise borçlunun zimmetinde, yâni zâtında, nefsinde sabit olan şeydir. Bir kimsede olan şu kadar alacak, o kimsenin - zimmetinde bir deyn’dir. Bu mahiyeti ile deyn, hariçte ve meydanda olmayan bir şeydir. Bununla beraber meydanda mevcut olan ve gösterilebilen bir yığından ayrılmamış muayyen bir miktara da deyn denir. Bu itibarla deyn yalnız hariçte görülmeyen şeylere, ödünç para (karz) alacaklarına mahsus değildir (Mecelle 158 bak). Deyn’in çoğulu düyun’dur (1).

69 – İslâm hukukunda mal, insanın tab’an meyl ettiği ve lüzum ve hâcet zamanı için toplanıp saklanabilen şeydir. Bu itibarla menfaat ve zimmetteki alacak hakikatte ve esas itibariyle mal değildir. Fakat gerek menfaat ve gerek deyn bir mülk ifade eder. Mülk, insanın malik olduğu ve kendisinde ihtisas üzere tasarruf edebildiği şeydir (2). Şu halde her mal, mülk ise de her mülk mal olamayacaktır. Mübadeleye mevzu teşkil edecek olan mal, hifzedilebilen bir mal olacağına göre (Mecelle 126 bak) ayn, bir maldır. Fakat bir ayn’ın menfaati ve zimmette mevcut bir deyn iddihar edileme-

(1) Deyn’den ibra olabilirse de (mazmun olan) ayndan ibrâ olamaz; ibrâ edilse bile aynen istirdat etmek hakkı sakit olmaz.

(2) «Görülüyor ki Mecelle, mülk hakkındaki tarifi ile memlûk olan şeyi bildiriyor; fakat mülk ve malik olmak nedir, onu söylemiyor. Mülk, fıkihta biri masdar ve biri de meful manasına olarak iki manada kullanılır : masdar manası ile mülk, insan ile birşey arasında şer’î bir ihtisasdan ibarettir ki bu ihtisas sebebi ile insanın o şeyde yalnız başına (ala vechil istibdad) tasarrufu meşru’ ve başkasının tasarrufu memnu’ olur. Bu şer’î ihtisasa, ihtisas i hâciz denir. Ba’zen de şer’î ihtisas yerine şer’î ittisal sözü kullanılır. Mef’ul manasıyla mülk, ihtisas suretiyle ve istiklâl ile tasarruf edilen şeydir.

Hanefîlerin ve Mecelle’nin mal hakkındaki tarifine göre herşeyden önce menfaat mal değildir. Menfaat ancak akit ile, akit zımında ve istisnâ surette ma’kûdünaleyh, mütekavvim olabilir. Menfaatin bey’i olan icâr, kıyas hilâfı istisnâ yolu ile kabul edilmiştir. Bundan dolayıdır ki bir mal gasb edilir ve ondan intifa’ olunursa bu intifa’ (menfaat) prensip olarak mazmun, yani tazmini mûcip değildir; megsubun gâsib elinde ahkonusulmasından, iade edilmemesinden dolayı mahrum kalınan menfaat de tazmin edilemeyecektir; meğer ki megsubun aynı, ya’ni ya kendisi veya bazı cüzü’leri istihlâk edilmiş olsun. Fakat Şafiî mezhebine göre menfaat, mütekavvim maldır. Ayn nasıl mazmun ise menfaati de gerek akit halinde ve gerek gasıb halinde mazmundur.»

diğinden bunlar tam ve hakikî manada değil (her iki halde de bugünkü hukukumuz hilâfına olarak) ancak hükmen maldırlar. Bu telâkki neticesi olarak deyn, ancak borçluya temlik edilebilir; üçüncü şahsa temlik edilemez ve şirket sermayesi de yapılamaz (Mecelle 1341) (1). Başkasının malından intifa' bir akit zımında olmadıkça esas itibarıyla tazmini mücip değildir (Gasb bahsine bak.).

İslâm hukukunda kendisinden intifa' edilen şeye (ayn'a) rekabe adı verilir. Ayn'ın menfaati birine, rekabesi başka bir kimseye ait olabilir. Bugünkü hukukumuzda böyle bir rekabeye çıplak mülkiyet denir; vakıf malın mülkiyeti, yâ'ni rekabesi Allah'ındır, menfaati ise meşrutünleh'lerindir, ve nihayet fukaranındır. Mamafih İslâm hukuku, menfaati, bir mânada şey gibi saymıştır. İntifa' daima başkasının malı üzerinde bir hak değil, menfaat üzerinde bir mülkiyettir. Fakat diğer şeylerle bir tutulmamıştır. Ancak akidelerde menfaatin mülkiyetinden bahs olunmaktadır. Meselâ âriyet, menfaatin meccanen temlikidir. İcâre menfaatin bey'i, ivaz mukabilinde temlikidir; müste'cir, me'cur'un mülk i menfaatine maliktir. Nemâ getiren şeyler (mal i nâmin) de menfaatin bir kesim semereleridir; galledir. Galle sözü, icardaki gelire ve kiralananmış kölenin ücretine de şâmildir (fakat daha ziyade vakfın getirdiği menfaate, mahsule, ribha denir). Semereler meselâ vasiyet suretiyle hususî bir hakkın mevzuu olabilir. Vasiyet, aynî karakteri haiz olduğundan, yalnız mirasçıya karşı değil, herkese karşı da dermeyeran edilebildiğine göre bilhassa önemlidir.

MALLARIN NEV'İLERİ

70 — İslâm hukukunda mal olan şeylerin yanibaşında mal olmayanlar da vardır. Fakat bu iki mefhum, malların mutlak bir tefrikini tazammun etmez; bilâkis daha başka nev'ilerle de karşılaşılır.

a. Kendilerinde hiç bir veçhile mübadele, ticâret mümkün olmayan, hiç bir hakka mevzu teşkil edemeyen şeyler. Bunlar üzerinde mülkiyet iktisap edilemez; satışları bâtıldır: hür bir kimse şer'î usul üzere kesilmemiş veya ölmüş bir hayvan (meyte) veya kan satılamaz; bunlar mütekavvid mal değildir (2).

b. Fi'len mülkiyete alınamıyan (gayrimemlûk) şeyler. Bunlar muhrez olmayan hava, su ve emsâlidir. Nehirler ve umumî yollar da bunlar gibi

(1) Mecelle tadilât komisyonu, mecellenin mülkü ta'rif eden 125 inci maddesine deyn sözünü de sokarak şu yolda tadil teklifinde bulunmuştu : «İnsan, mâlik bulunduğu ayn ve menfaatte dilediği veçhile tasarrufa kâdir olduğu gibi mâlik olduğu deynde de envâ i vücûh i tasarruf ile tasarruf edebilir (Adliye ceridesi, Ağustos 1340 nushası).

(2) Mâl i mütekavvim, ticarî mübadele kıymeti olan mal, iki manada kullanılır : bir intifa' mübah olan şeydir. O biri mâl i muhrez demektir; meselâ balık denizde iken gayr i mütekavvimdir; avlayıp ihraz edildikte mal i mütekavvim olur (Mecelle 127, 199, 198, 209 bak. Muhrez ve hurz hakkında aşağıda ukûbat, sirkat bahsine de bak).

kimseye ait olmıyan şeylerdir. Âmmeye bir zarar vermemek şartı ile bunlardan herkes istifade, intifâ edebilir; fakat hiç bir kimse bunlar üzerinde tasarruf edemez (Mecelle 1234 - 1238, 1254 bak). Vakfı da bu katagoriden sayabiliriz. Bunlardan başka, malûm olmayan, havadaki kuş, denizdeki balık gibi şeyler, kaçak ve kimsenin zilyetliğinde bulunmıyan köle (âbık) de satılmaz. Kaçak kölenın, kaçak hayvanın teslimi makdur değildir (Mecelle 219) (1). İslâm hukukçuları bu suretle, meçhuliyetten doğacak bir nizâ'ı, bir zararı bertaraf etmek ifratına gitmişlerdir; ecelin, semenin, muayyen, ma'lum olması gibi kayıtlar da hep bu endişeye istinat ettirilmiştir. Yukarıki misallerde balık, kuş bâyi' tarafından tutulsa, köle sahibine avdet etse beyi' sıhhate inkilâp etmez.

c. Müstakil, başlıbaşına varlığı olmayıp ancak ayrılması hâlinde mevcudiyet alan (başak danelerindeki un gibi), yahut mevcut olup da henüz tefrik edilmemiş bulunan (memedeki süt, sağ hayvanın derisi, kuyruğu, kırılmamış yünü, zeytinden, üzümünden henüz sıkılmamış yağ, şıra gibi) şeyleri satmak batıldır (Mecelle, 215, 219 bak). Sonradan müstakil varlık alınca müşteriye teslim edilse, beyi' sıhhate inkilâp etmez. Fakat meselâ bir kimse binasındaki muayyen bir direği satsa bu beyi', fasit olur ve söküp de teslim etmekle sahih olur (Hindiyye); o bir taraftan bir binanın üst katı müstakil bir mülkiyet teşkil edebilir. Haddizatında müstakil olup ancak kullanma bakımından başka bir şeyin fer'i sayılan anahtar gibi şeyler aksi sözleşilmedikçe asıl şeyi takip ederler. Fakat bir arsanın satılmasında tohum, ağacın satılmasında meyvaları beyi'de dahil olmaz. Bir kimse bahçesini satarken içinde bulunan bir ağacı istisna etse beyi' sahih olur.

ç. Yukarıda da (No. 64) görüldüğü veçhile ümmi veled, mukâteb ve mudebber üzerlerinde ancak mahdut bir mülkiyet tanınmıştır.

d. Müllk olmakla beraber tasarruf tahdidine tâbi şeyler : 1 - Değeri pek az olan şey; mal en az bir dirhem kıymetinde olmalıdır. 2 - Dînî, kud-sî değeri olan şeyin meselâ Mekte toprağının satılması mekruhtur (2). 3 - Şarap ve bilhassa domuz. Bir takım şeyler de münferit hükümlere bağlanmıştır (3).

(1) Üzerinde zilyetlik bulunmıyan ve zilyetliğin tekrar iktisabı intizar edilemeyen şeylere mal i dimar denir (Ve huve mâ lâ yumkin ul intifa'u bihî maa bekâil mülki ey malun gayru makduril intifai b'hi); meselâ kaybolmuş, musadere edilmiş mallarda sahibinin mülkü mevcut, kaimdir; fakat ele geçirme, ondan intifa' mümkün değildir. Bir hadîse göre bu gibi mallardan zekât alınmaz (La zekâte fi mali d dimari).

(2) Ceridei ilmiyye, adet 12, S. 701 bak.

(3) Mecelle'nin mal tarifindeki «insan tabiatının meyl ettiği» kaydına göre, gübre, ve pis kokulu maddeler mal olmamak lâzım gelir. Öbir taraftan mecellenin 210 uncu maddesi Bu madde şerhinde (Ali Haydar) de beyan edildiği üzere yenmesi haram olduğu halde derisi, boynuzu, gibi cüz'üleriyle infa' edilen ehli olsun, olmasın bütün hayvanların, kedi, köpek, vesairenin beyi' caizdir. Ancak akrep, fare, kurbağa gibi beynennâs intifa' edilme-

Bütün bu sistemde bir vahdet, umumî bir tanzim yoktur. Kategorilerin hükümleri münferit işlere, göre değişebilir. Yapılan işin hukukî neticeleri, fasit mi, batıl mı olduğu da kâfi derecede açık değildir. Yukarlarda misal olarak bey' alınmıştır. Bazen muhtelif hal suretleriyle karşılaşılır. Bir mal satılmadığı, hibe edilemediği, mehr olarak verilemediği halde pekâlâ tevariis olunabilir, vasiyet edilebilir. Meselâ yukarıda gördüğümüz üzere köle cenin satılmaz; fakat vasiyet edilebilir (Yuk. No. 51 bak.).

71 – Menkul ve gayrimenkul (akar) mallar. Mallar bugünkü hukukta da görüldüğü gibi ikiye ayrılır. Menkul mal, bir yerden başka bir yere nakledilebilen, gayrimenkul, nakledilemeyen (bina, arazi) mallar. Mallar mülk ve vakıf olarak da bir taksime tabî tutulabilir. Mülk ve vakıf, menkul de gayri menkul de olabilir. Mirî erazinin bir hususiyeti vardır; başlıca ferâiz, intikal ve tasarruf usulleri ayrıdır (aş. No. 91 bak.). Vakıf mallar hakkındaki hükümler üzerinde ileride vakıf bahsinde durulacaktır.

Mallar mislî, kıyemî diye de bir taksime tâbidir. Bir malın gerçekten bir muadili bulunuyorsa o mal mislîdir (Mecelle, 146), ma'nen muadili varsa kıyemîdir (Mecelle 145). Mislî tekrar, kap ile ölçülebilen (mekil veya keylî, Mecelle, 133), tartılabilen (mevzun veya veznî, Mecelle, 134), ve müsavi surette sayılabilen (ma'dud i mütekârib, Mecelle 135, 147, 1119) diye tefrik edilir.

Ma'dud i mütekâribin karşıtı gayrimüsavi surette sayılabilen şeylerdir; bunlar adediyyati mutefâvitedir, ma'dudı mutefâvit misli değil, kıyemîdir (Mecelle 148, 1119); koyun, karpuz gibi.

Bütün bu taksimlerin satış, icâr gibi akitlerin şartları ve saire bakımından, dâ'va ve isbat noktasından önemi vardır (Mecelle 217-230); (1). Kısmen kur'an'ın ribâ hükümleriyle ilgilidir. İleride münferit borç münasebetleri bahsinde görülecektir.

MÜLKİYET VE ZİLYETLİK

72 – Gayrimenkulün hususiyetlerini aşağıda bahis mevzuu edeceğiz. Mülkiyet, birşey üzerinde tam ve hasren sahiplik hakkıdır. O şey yukarıda söylendiği gibi mülk demektir. Mülkün sahibine mâlik veya rabb denir. Zil-

yen haşerelerin bey'i sahih değildir. Fakat kendilerinden intifa' edilen sülük gibi şeylerin bey'i caizdir. Şunu tekrar edelim ki birçok fakihlerce kabul edilen kaideye göre eşyada asıl olan ibâhedir. Renan'ın «l'İslâm est une religion d'hommes» sözünü nakleden Santillana diyor: «Considering its spirit, therefore, we see that the tendency of islamic law is to allow human action the widest limits, and we may agree with the Muslim jurists, when they teach that the fundamental rule law is liberty (ibaha) (Legacy of Islam s. 289).

(1) Mecellenin 131, 132, 217, 218, 220, 223, 225, 227, 228, 273, 316, 352 - 354, 382 - 385, 1117 - 1119, 1133, 1134, 1147, 1175 inci maddelerine bak.

yedlik, malı elde bulundurmaz. Elde bulunduran kimse, bugünkü tâbiriyle de zilyed'dir. İslâm hukukunda bugünkü hukukta görüldüğü gibi zilyed ve zilyed yardımcısı diye bir tefrik yoktur. Mülk sözü yalnız aynı mülkiyet hakkına münhasır olmayıp menfaat ve zilyetlikte de kullanılır. Malikin ayn üzerinde iki mülkü vardır : biri mülk i mal, obiri mülk i yeddir. Nikâhta zevcin karısına karşı iktidarı da yed sözü ile ifade edilir ve yedi-nikâh sözü kullanılır. Emanette yed i emanet emniyet ve itimat üzere elde bulundurma manasına gelir (1). Gene yed kelimesi bilhassa ilerde gasıb bahsinde görüleceği üzere yed'i muhtile ve muhikka şekillerinde kullanılır.

Mülkiyet ve zilyetlik, başka başka kimselere ait olabilir (yukarda No. 69 bak). Mükâtebede mükâteb mevlasının zilyedliğinden ayrılmış, fakat mülkiyetinden çıkmamıştır (Harece an yed il mevlâ düne milkihi). (yukarda No 64 bak). Rehin müddetinde râhinin, merhun üzerinde mülkiyedi yoktur; ya'ni merhun mal onun yeden memlûkü değildir. Mürtehinin ise merhun üzerinde mülk i yedi vardır; fakat mülk i mali, diğer tâbirle mülk i rekabesi yoktur, yâni merhun onun rakabeten memlûku değildir. Bunun içindir ki bunlardan hiç birine o merhun maldan dolayı zekât lâzım gelmez; çünkü zekât için mülk i mutlak lâzımdır (Tahtavî ve Dürr ül Muhtar). Miri arazide rekabe ile zilyetlik (tasarruf) ayrılığını pek açık olarak görürüz.

MÜLKİYETİN İKTİSABI

73 — Mülkiyetin iktisabı ya aslı veya fer'i (muştakk) olur.

Aslı iktisap, I. Sahipsiz mal üzerinde (istilâ, işgal, ihya ile) olur (Mecelle 1248 - 1253. Aşa. No. 91/5 bak.). Yağmur suyu almak için konan fıçıya toplanmış su, denizde ve karada avlanmak için kurulan âletlere tutulmuş hayvanların iktisabı bu cümledendir. Ancak İslâm hukuku bugünkü hukukta olduğu gibi bu iktisabı, işaret edildiği üzere, niyete, iradeye bağlamıştır (2). Ya'ni eğer fıçı su almak için konmuş ve ağ bu gibi hayvanları ihraz etmek kasdiyle kurulmuş ise toplanan su ve tutulan hayvan fıçı ve ağ sahibinin olur, onlar üzerinde mülkiyet kendisininindir. Böyle değil de fıçı unutulmuş, ağ kurutulmuş için bra-

(1) Buna mukabil yed i daman, mesuliyeti, tazmini mucip olan zilyetliği ifade eder.

(2) Temellük sebepleri esas itibarıyla üçtür : meselâ bey'i. hibe gibi bir yolda mülkün mâlikten başkasına nakli veya irs gibi bir kimsenin başkasına halef olması veyahut mâliki olmıyan mübah birşeyin istilâ edilmesi, ya'ni ele geçirilmesi ve mevat'ın ihya edilmesi suretiyle olur. Bunlardan üçüncüsünde, yukarıda görüldüğü üzere bir iktisap, ihraz kasdi lâzımdır (Mecelle, 1250). Birincisinde akit icabı tarafların rızası şart olduğuna göre irade unsuru var demektir. İkincisi, İslâm hukukuna göre hiç de iradeye muhtaç değildir; çünkü ilerde miras bahsinde görüleceği üzere mirasçılar borçlar ve vasiyetler ifa olunduktan sonra bakiye terekenin şer'an, kanunen maliki olurlar.

kılmış ise tutulan hayvanlar, onları alan herhangi bir kimsenin mülkü olur, velevki ağ başkasının arazisi üzerinde bulunsun. Bir kimsenin arazisinde yetişen ağaçlar ve bu araziye kayan topraklar o kimsenin mülküdür (Mecelle, 1240, 1244, 1248 bak).

2. Kıymetli ma'denler. Ma'denler, bulunduğu arazinin sahibine aittir. Eğer arz kimseye ait değilse ma'den bulana ait olur (1).

3. Define, onu kendi arazisinde bulandır. Fakat ihraz suretiyle mülkiyet iktisabı hakkındaki bu hükümler definenin islâmdan önceki zamana ait olma takdirinde carîdir. İslâm zamanına ait olan bir define sahihsiz değil, malikinin zilyetliğinden ayrılmış lukata sayılır.

Bir kimse satın aldığı evin duvarında gömülü para bulup kendisinin mülkü olduğunu iddia ederse onun olur; kendisinin olmadığını söylerse lukata olur (Reddülmuhhtar).

4. — Lukata, yani bir yerde bulunan ve sahibi belli olmayan mal (2) üzerinde bir mülkiyet iktisap edilemez (Mecelle 769 bak; belli ise fakihlerce ihtilâflıdır). Malı bulan kimse (ki buna multekit veya lâkit denir) onu kendisine mal etmek üzere alırsa gâsıb durumuna girer (Mecelle 769 bak). Bu duruma girmek için sahibine isâli lâzımdır. Sahibini bilmiyorsa -bozulacak şeylerden olduğu takdirde- bozulmadan önce ilân (tarif) eder. Sahibi çıkıncaya kadar yedinde emanet olur (Mecelle 770); ve nihayet kimse çıkmadığı takdirde fakirlere tassadduk eder; ya'ni sadaka olarak verir. Bulan fakir bir kimse ise lukatadan intifa' edebilir. İmam Şafii'ye göre lukata satılıp bedeli bir yıl saklanır (Multeka).

Lukata hakkında fıkıh kitaplarında «kitabül lukata» unvânı altında tafsilli hükümler vardır. Mecelle bundan kitâbül emânatta (Mecelle 769 ve 770) kısaca bahs etmiştir (3).

(1) Fakat bu hüküm mülk topraklara aittir. Miri arazide ve tahsisat kabilinden olan mevkuf arazide (aşa. No. 91 bak.) çıkan mâdenler hakkında arazi kanunu hükümleri koyduğu gibi 25 Ağustos 303 tarihli mâden nizamnamesi de ayrıca hükümler koymuştur.

(2) Bulunan çocuk ise buna İakit derler Aile hukuku bahsine bak.

(3) Lukatayı bulan gâsıb durumuna girmek için üç şart aranır : 1 — Onu sahibine vermek üzere (ya'ni bu niyetle) almış olmalıdır; 2 — İki şahit huzurunda bu suretle aldığıni söylemelidir (bu İmam i Âzama ve Muhammed'e göredir; Mecellede bu şarttan bahsedilmemiştir); 3 — Bunlardan başka ayrıca ilân da etmelidir. Bunları yaparsa lukata bulanın nezdinde emânet olur. Medenî kanunumuza (madde 695) göre ilân veya zabıtaya ihbardan itibaren beş yıl içinde sahibi çıkmadığı takdirde lukatayı bulan kimse, vazifesini yapmış ise ona malik olur ve çıkar da iade ederse masraflarına karşı bir tazminat alır. Fıkha göre multakit kadıdan izin almaksızın yaptığı masraftan dolayı bir ücret (cuul) istiyemez. Her iki hukukta da lukata satılmağa muhtaç ise satılır (Mk. 694, Mecelle 785 bak.)

Mal sahibi tazmin hakkından (yuk. s. 76 n. 3 bak.) vazgeçerek istihlâke icâzet verebilir. İtlâfa icâzet lahik olmadığı halde burada câizdir denilmektedir. Fakat meselâ bir terzi ta'mir edilmek üzere verilen elbiseyi lekelese, ayıplasa sahibi onu böylece kabul edebilir, ya'ni icâzet verebilir. Bu mu'teberdir, artık bir tazminat istiyemez. Demek ki icâzet yalnız kavî tasarruflarda değil haksız fiillerde, fi'lî tasarruflarda (teaddî ifâde eden fiillerde) de olabilmektedir.

5. Hukukî tağyir ve karıştırma. Bugünkü eşya hukukunda bir temlik sebebi olarak sayılan bir malı başka hâle sokma veya başka şeyle karıştırma islâm hukukunda daha ziyade gâsıb ve vedia bahislerinde mütalâa edilmiştir (Mecelle 788, 789, 897 ve 899). İki malın, sahiplerinin ittifakiyle veya izinleriyle birbirine karıştırılması veya iki kimsenin meselâ pirinç çuvaları delinip birbirine karışması halinde aralarında şirket mülk denilen müşterek mülkiyet meydana gelir. Yani karışan bu mallar ikisinin müşterek malı olur (Mecelle 1060). İki mal, maliklerinden biri tarafından, o birinin izni olmayarak veya üçüncü bir şahıs tarafından, maliklerinin izni olmayarak birbirine karıştırılırsa mahlut mal karıştırmanın mülkü olur ve tazmin ile mükellef tutulur. Bir kimse diğzerinin malını gasb ile ismi değışecek surette değıştirir, tağyir ederse o malda malikin hakkı, mülkü nihayet bulur ve gâsıb o mala malik olur ve bedelini malike tazmin eder. Meselâ bir kimse başkasının toprağından tuğla, kiremit yapsa, demirlerinden parmaklık imâl etse, buğdayını öğütüp un yapsa, zeytininden yağı çıkarırsa, koyununu kesip kıyma, kavurma haline soksa, ipliğinden, yününden çorap, fanila örse bütün bunlar iş ve emeği sarf eden gâsıba ait olur. Tağyir edilen maddenin mâliki malını ona tazmin ettirir (Mecelle 898). Bu hanefî mezhebine göredir. Şafii'ye göre maddenin sahibi malik olarak kalır; gâsıp bir ücret talebinde bulunabilir.

Asli iktisap nevilerinin usul hukuku, yargılama bahsinde isbat bakımından önemi vardır : tekerrürü kabil olmayan bir sebebe müstenit mülkiyet davalarında ziyedin beyyinesi ve tekerrürü kabil olan davalarda ziyed olmayanın (haricin) beyyinesi tercih edilir. Süt sağımak, hayvanın yününü kırk mak, pamuğu, ipliği bükme gibi şeyler tekerrürü kabil olmayan işlerde, tohum atmak, ağaç dikmek, bina yapmak gibi şeyler de tekerrürü kabil olan işlerden sayılır (Mecelle 1758, 1759 bak); çünkü ağaç bir yerden çıkarılarak başka bir yere dikilebilecek, saçılan tohum kalburlanarak başka yere ekilebilecek, yapılan bina yıkılarak enkaziyle başka yerde inşa edilebilecektir.

74 — Fer'i İktisap (Telekkilmülk). Bu iktisap, bir kimseye zaten ait olan bir mülkiyeti ondan nakil suretiyle iktisaptır. Bugünkü hukukumuzda bir menkulün bu yolda iktisabı için sadece malik ile yapılan akit, esas itibariyle kâfi değıldir. Beyi akdi sadece mülkiyetin müşteriye nakli taahhüdünü tazammun eder. Müşteri akdi yapmakla bu meb'i üzerinde aynı bir hak, mülkiyet iktisap edemez. Bu iktisap için menkul malda ayrıca onun müşteriye teslimi prensip itibariyle lâzımdır. Başlıca Alman, İsviçre, Türk Medeni Kanunları bu yolda gider.

İslâm Hukukunda da bir takım hukukî işlerde kabz'ın teslimin, istifâ ve tesellümün mühim rolü vardır. Bey'in temâmiyeti için kabız şart değıldir (Mecelle 262); akitle müşteri meb'â mâlik olur. Ancak müşteri üzerine daman terettüp etmek için kabız şarttır (Mecelle 293 aşa. bey'i balisine bak). Bizâtilâ bey'in temâmiyetinde kabız şart olmadığına göre bay'i bir kimseye sattığı

malı ona teslim etmeden, başka bir kimseye daha satıp teslim etse birinci müşteri, onu ikinci müşteriden, mal elinde ise, aynen alır ve telef olmuş ise dilerse bey'i fesih ile semeni bāyiinden geri ister, dilerse bedelini ikinci müşteriye ödetir. Bu takdirde o da verdiği parayı bāyiinden istirdat eder (1). Ve gene bay'i mebi'i teslimden önce ölse bugünkü hukuk hilâfına olarak müşteri sair alacaklılardan ehakk olur (2); müşterinin satın alıp ta henüz bayı' elinde bulunan meb'i bir üçüncü şahıs itîâf etse müşteri zararını, itlaf edene tazmin ettirebilir. Demek ki mücerret beyi' akdi ile müşteri mebi'in maliki olmakta ve onun üzerinde aynı bir hak iktisap etmektedir.

Rehinde de bir aynı hak karakteri görülür; ancak rehin şüphesiz mürtehin'e bir mülkiyet hakkı vermez; Rehnin hükmü, onun satış bedelinden alacağı istifadan ibarettir. Rehni tesellüm etmekle mürtehin rehin üzerinde aynı hak iktisap eder. Râhin, bir yolunu bulup rehni eline geçirerek mürtehinin izni olmaksızın bir kimseye satsa ve teslim etse mürtehin dilerse rehni müşteriden istirdat eder (Borç ödenmiş olmadıkça, Mecelle 747 aşı. No 79 bak.)

Fakat kabız her vakit hüküm ifâde etmez. Muhayyerlik altında satın alınan bir malın kabz'ı gibi; çünkü burada tam bir mülkiyeti devir arzusu yoktur. Hibede ise mülkiyetin sübutu için mevsuf bir kabız aranır; Buna, kabz ı kâmil denir. Bu kabız her mevhubu, kendine münasip surette kabız ile olur. Meselâ mevhub ev ise anahtarını almakla kabız edilmiş olur. Muşa' daki hissenin hibesinde kabz ı kâmil olamaz. Kabz ı kâmil karşısı kabz ı nâ-kıs, kabz ı kâsırdır.

Bir hukukî iş olan vasiyet ile de bir fer'i mülkiyet iktisâbı meydana gelir; yani vasiyet doğrudan doğruya aynı bir tesiri haizdir, musâleh kabza muhtaç olmaksızın vasiyet edilen şeyin mâliki olur; daha açığı, mücerret vasiyet ile mirasçılara karşı (bugünkü hukuk dili ile obligasyon cümlesinden) bir iddiâ değil de mülkiyet, bir aynı hak tevellut eder; bu itibarla musaleh istihkak iddiasıyla mirasçuları takip eder.

75 – Mülkiyetin zevâli normal halde onun başkasına nakil ve devri su - retiyle olur, (bu, devir alan kimse için fer'i iktisaptır). Bu zeval bazen de mâlikin rızası hilâfına vukubulur; meselâ bilhassa gâsıp, magsup malı ismi değışecek surette tağıyir etmiş ise mâlikin o mal üzerindeki mülkiyeti niha - yet bulur ve gâsıp, aslı iktisap ile malın maliki olmuş olur (No. 73/5 bak). İslâmdan irtidat halinde de irtidat edenin, malları üzerindeki mülkiye - ti muallakan, mevkûfan mürtefi' olur. Eğer bu kimse ölürse veya İslâm di -

(1) Zeyd, mülk arsasını Amr'e malûm semen mukabilinde beyi ettikten sonra Amr'in izni olmaksızın Bekr'e dahi beyi' ve teslim etse ikinci beyi' nafiz olur mu? Elce - vap olmaz (Ceridei İlmiye adet 12 S. 686).

(2) Vefaen bayı'de bulunan kimse teslimden önce ölse müşteri mebi'e sair gure - madan ehakk olamaz.

nine dönmeksizin İslâm memleketini terkederse (dar i harbe giderse) bu mevkufiyet katiyete inkılâp eder (Yuk. No. 42 ve 66 bak.).

76 — Muşa'. Şirket i mal ve şirket i mülk denilen (Mecelle 1060 ve sonrakilere bak) muşa' ile İslâm hukukçuları çok meşgul olmuşlardır. Bugünkü hukuk dilimizde buna müşterek mülkiyet diyebiliriz.

Muşa' şâyi' hisseleri hâvî olan şeydir (1). Şâyi hisse de, müşterek malın her cüz'üne sârî ve şâmil olan sehimdir (Mecelle 138, 139 ve 214, 215 bak.), nasıbdır. Sehim daha ziyade ideâl hisse olacaktır; hakikî hisseye de, cüzü, ba'ız denir.

Birden ziyâde kimselerin bir malda satın alma, vasiyet ve tevâriis gibi sebeplerle iştirâki hep şirket i mülk (müşterek mülkiyet) nevinden iştirâktir. İki malın kendiliğinden birbirine karışması veya riza ile bunların birbirine karıştırılması halindeki bir kazanç şirketinde (şirketi akit, Mecelle, 1329 ve sonraki maddeler) elde edilen ribihdeki mülkiyet de böyledir. Bugünkü hukukumuzda meselâ mirasçılık yolu ile olan şirket (miras şirketi), müşterek mülkiyet değil, iştirâk halinde mülkiyet ifade eder. İştirâk halinde mülkiyet daha ziyade entim, hususî bir itimâdı ve yakınlığı tazammun eden iştirâklere olur. İştirâk devam ettiği müddetçe bir şerik hissesini başkasına devredermez. Bu yolda bir iştirâk İslâm hukukunda görülmez (2). Nitekim Roma Hukukunda da yoktur.

Şirket i mülkte (mülk i müşterekte), sahipleri bilittifak müstakil mâlik gibi diledikleri tasarrufu yapabilirler (Mecelle 1069). Obir hissedarların izniyle de müstakillen hareket edebilirler. Hâsılat da aralarında hisselerine göre taksim edilir. Fakat şeriklerden her biri öbürlerinin hissesinde esas itibarıyla ecebdir; biri öbürünün hukukan vekili değildir (Mecelle 1075). Gerçi öbürlerine muzir olmyan, meselâ eve girip çıkmak gibi alelâde kullanılmaldan mâlik gibi istifâde ederse de onun hissesinde başkasına iare, icâre gibi tasarruflarda bulunamaz, bulunursa gâsıp durumuna girer. Hissedarlardan biri hissesini başkalarına, bir zararı mucip olmadığı surette şerikine, hatta ondan izin almaksızın üçüncü bir şahsa satabilir. Ancak hall ve ihtilâl suretiyle hasıl olan muşa' da izin lâzımdır (Mecelle 1088; yuk. No. 73/5 bak.). Muşa'ın böylece bey'i câiz olduğu halde başkasına icâresi İmamı Â'zam'a göre caiz değildir (Mecelle 429), fasittir (3). Fakat iâresi, idâ'i, karzı câizdir

(1) Medenî Kanunumuzda şayan ve şuy' kelimeleri kullanılmıştır. m. 211, 463, 623, 630, 659 bak.). Şâyî, herkesçe duyulmuş, malûm olmuş mânasına da gelir (Medenî Kanun 545 bak).

(2) Zeyd, birkaç kimesneler ile aleliştirâk mâlik olduğu menzilden hissesini Amr'e bey' etmek murat ettikte mezburlar, bigayriveçhin zeydi men'e kadir olurlar mı? Elcevap, olmazlar, ilmiye salnamesi s. 502).

(3) Vela tesihhu icaretül muşa'i illa mineşşerîki ve indehumâ tesihhu mutlaka (Multekâ). Buradaki şuyudan maksad aslî, mukarın olan şuyudur. Fakat târi olan şuyu' icareyi ifsat etmez; meselâ bir kimse evini başkasına icar ettikten sonra yarısı bir üçüncü şahıs tarafından istihkak ile zaptedilse obir yarısında icâre sahih olarak kalır. Keza bir

(vakıf hakkında ilerde vakıf bahsine bak.), Burada karıştırma (hal: ve ihtilât) suretiyle olan şirketin mülk'ünde bir tahdit yapılmaktadır: (Mecelle 1083) Bunda şirket, şirketteki hissesini şerikine satabilirse de onun izni olmaksızın başkasına satamaz.

77 – Taksime kısmet derler. Şirket i mülk hâ inde müşterek olan mal, kısmeti kabil olup olmamasına göre taksim edilir (aynen ifarz, kıymete göre mübadele, trampa, teadül); Cinsleri bir müşterek ayınlar (a'yan) da ve cinsleri bir misliyat da ve gene cinsleri bir kıyemiyat da, kısmeti cemî suretiyle taksim yapılır ve şirketler kısmete mahkeme marifetiyle cebir de edilebilir. Bu mânâda taksime kısmet i kazâ derler; mukâbili kısmet i rizâ -dır ki hissedarların uzlaşması ile olan kısmettir. Kısmeti cemî', meselâ dört kişi arasında müşterek olan sekiz altın ikişer ikişer dörde taksimi suretiyle olur. Kısmet i cemî'nin mukâbili kısmet i tefrik'dir; parçalanması hissedarlardan hiç birine zarar vermeyen bir arsayı dört hissedara bölmek i e olur; buna kısmet i ferd de denir (Mecelle 1115, 1139). Hissedarlar râzı olmazsa hâkim cebren bu taksimi yapar. Kısmet bunlardan birine menfaatli, obirlerine zararlı olursa menfaati olan şirketin talebiyle gene kısmet i kazâ yoluna girilebilir. Her birine zararlı ise taksime cebredilemez (bir fabrikanın taksimi gibi). Kısmet neticesi hissedarlardan her biri hissesini kabzetmekle o hissede mâlik olur.

Fıkıhta, taksimi yapan hâkim tarafından riâyet edilecek bir takım maddi hükümler konmuştur (Mecelle 1147 ve sonrakilere bak).

Müşterek mal taksimi edilemezse menfaati taksim edilir. Buna muhâyee derler; fakat bu, mirî ve vakıf arâzide câri değildir. Muhâyee ya yer veya zaman bakımından olur: birincisi şirketlerin, bir evin muayyen mahallerinde oturması suretiyle olur. Bu mümkün olmazsa ikincisine, yani nöbet üzerine, şirketlerden her birinin bir evde birer ay oturması, bir esiri, hissedarlardan her birinin birgün kullanması gibi suretlerle olur (Mecelle 1083, 1174 ve sonrakilere bak.) (1).

evin tamamı icâr edildikten sonra yarısında icâre feshedilse kalanında icare fasit olmaz. Bu, muşa'nın icaresinde bir hiyle (çâre) olarak gösterilmektedir. Keza bir şirket tamamını icar edip te obir hissedar icazet vermiyerek feshedilirse kalan yarıda icâre sahih olur; fakat bu defa müstecir fesh edebilir. Muşa'nın rehin ve hibesinde de ihtilâflar vardır ve hiylelerden bahs edilmiştir.

(1) Mecellenin 1140 ıncı maddesi mucibince muşa' olan bir gayrimenkulün taksimi sahiplerinden birine menfaatli olup da o birine zarar verdiği, yani menfaatini izale ettiği ve meselâ müşterek bir evde şirket olanlardan birinin hissesi az olup da taksimden sonra onda oturulamıyacak olduğu takdirde menfaati, hissesi çok olan şirketin talebi ile hâkim onu kazâen taksim eder. 1/12/1329 tarihli «Biliştirik tasarruf olunan emvali gayri menkulenin taksimi hakkındaki muvakkat kanun» ise (m. 1) bütün, yani mirî ve vakıf arazi ile vakıf müsekkafat ve müstegallatdaki ve mülk gayrimenkuldeki süyu'un izâlesini herhangi bir şirketin isteyebileceğini kabul etmiştir. Gene Mecellenin 1130 uncu maddede

78 — Mülkiyetin himâyesi. Evvelce de söylediğimiz gibi İslâmda mülkiyet himâye altındadır. Herkes mülkünde (yalnız mülk i rekabesinde değil, mülk i menfaatinde de) istediği gibi tasarruf eder. Ancak başka bir kimsenin hakkı taalluk ederse bu kimse mâliki, mülkünde istiklâl üzere tasarruftan meneder (Mecelle 1192 bak.). Bir yere mâlik olan kimse, altına da, üstüne de mâlik olur (Mecelle 1194 bak.). Hiç kimse mülkünde tasarruftan menedilemez. Meğer ki başkasına fâhiş zararı ola; o halde men'olunabilir (Mecelle 1197). Bir kimse bir şahsa mülkümdür diye bir mal satsa da o şahıs elinden istihkak dâvası neticesi zaptedilse, hüsnüniyet sâhibi müşteri bayı'den scene ni geri ister; yani bayı' mebi'in bu aybından mes'uldür. Bu mes'uliyete derek derler; kefâ'et câizdir (kefalet bidderek) (No. 83). Müstevda' kendisine verilen vediayı mâlikinin izni olmaksızın başkasına icâre veya iâre edip müstecir veya müsteir nezdinde telef (helâk) olsa, mâlik dilerse müstevda'a ve dilerse doğrudan doğruya müstecire, tazmin ettirir.

İsâm Hukuku ziyedliğin himâyesi fikrinden uzak kalmıştır. Mecelle (830) de görüldüğü üzere magsup mal kimin elinde bulunursa bulunsun mâlikine, müstehkına iâde edilmek lâzımdır; velevki o kimse o malı gâsıb'dan, başkasının olduğunu bilmiyerek satın almış olsun. Fakihler gasb'ı hiç bir veçhile teviz etmemek, gasbı ve gâsıbı, mülkiyet düşmanı olarak telâkki etmekte haklı olmakla beraber obir taraftan âmme nizâmı ve umûmun menfaati ve faydası ihmâl edilmiştir; çünkü bu hal sureti, menkullerin tedâvülünde emniyetsizliği, kararsızlığı muciptir; bu da şüphesiz âmmenin zararladır (adâlette ifra, adâletsizlik olur). Böyuce mâlik malını gâsıptan ve ondan almış olanlardan alelâde müruri zaman müddeti olan onbeş yıl içinde istihkak dâvasıyla istirdat edebilir. Chucri Cardahi, bundan, ticâretin hiç mesabesinde olduğu zamanlarda, yani İslâm hukukunun henüz teşekkül ettiği devirde belki müdafaa edilebilir diye bahsetmektedir (1). Aşa. beyi' bahsine bakınız.

Roma Hukuku, mâlikten gayri bir kimseden bir menkulü iktisap edene karşı hüsnüniyetle olsa dahi üç sene içinde bir istihkak dâvası kabul etmiştir. Fransız hukukuna göre bir menkulün hüsnüniyet sâhibi olan ziyedine karşı prensip itibariyle mâlik tarafından istihkak dâvası açılmaz. Yalnız çalınmış mallar hakkında bir istisnâ vardır. Alman, İsviçre Hukuku ve bugünkü Mecenî Kanunumuz da hüsnüniyetli iktisabı himâye eder; ya'ni bir kimseye

si mucibince gayrimenkulün taksimi kâbil ise hâkim onu cebren taksim, değilse 1183 üncü maddeye göre muhâfâze emreder; mezkûr muvakkat kanun mucibince ise taksimi kâbil olmayan gayrimenkul müzâyede ile satılıp bedeli şeriklere taksim edilir. Şerikler şüyu'un devamı hakkında, beş yılı geçmemek üzere mukavele yapabilirler.

(1) Chucri Cardahi, La possession en Droit Ottoman, s. 8, 9 (Paris 1936). Chafik Chehata, L'acte translatif de propriété en droit musulman hanafite (Travaux de la semaine internationale de droit musulman, Paris 1953).

malik tarafından icâr, iâre, vedia gibi rizâyâ müstenit bir hukukî iş zımında verilmiş olan menkul, ondan iyi niyetle, onu malik sanarak satın alan kimsenin elinden, istihkak dâvası ile alınmaz. Mâlik, malını i'imat ile teslim ettiği adamdan tazminat ister. Çalınmış mallar müstesnadır (Aşa. beyi' bahsine bak.).

Ma'mafih İslâm'da zilyedlik, mülkiyete bir karine teşkil eder. Bir kimsenin elinde bulunan bir mal hakkında bir şahıs mülkiyet dâvası açsa müddei isbat ile mükellef olup isbat edemediği takdirde müddealeyle yemin düşer. (Elbeyyinetu lil müddei velyemin u alâ men enker), yani hâric isbatla mükelleftir (1). Fakat bu her iki tarafın bir ve aynı adamdan telâkki i mülk iddiâ etmedikleri ve mülkiyetleri hakkında bir târih beyan eylemedikleri haldedir. İki de aynı adamdan telâkki i mülk etmiş olduklarını iddia ederlerse - pek izah edilemeyecek bir hüküm olarak - zilyedin beyyinesi tercih edilir (Mecelle 1758 bak.). Bir temellük târihi beyan ederlerse târihi daha eski olanın beyyinesi evlâdır (Mecelle, 1760).

Fıkıhta zilyedin ve hâricin tesbiti yolunda bir alay kazuist hükümler konmuştur. Bunlardan bir kaçını nakledeyim :

İki kişi, biri giymiş, obiri de yenisinden yakalamış olduğu halde bir elbisenin zilyedliğinde münazaa etseler giymiş olan, iki kimseden biri hayvanın dizginini, obiri kuyruğunu tutmuş olarak zilyetlikte ihtilâf etseler dizginden tutan, iki kimseden biri hayvan üzerine yükünü yüklemiş o biri de küpünü asmış olsa yük sâhibi zilyetlikte tercih edilir ve o biri hariç sayılır. İki kimseden biri bir elbisenin bir tarafını o biri de diğer tarafını tutarak zilyetlikte niza' e'seler her ikisinin de zilyetliğine hükmolunur (Dürere bak.).

11 Nisan 1329 tarih i Sulh Hâkimleri hakkındaki muvakkat kanun gayri menkullerde zilyetliğin himayesi bakımından bazı hükümler kabul etmiştir (madde 24 ve sonrakiler) (2).

(1) «Fakat bu suretle hâricin durumu, zilyedin durumundan daha müsâit oluyor. Çünkü şahitlerini dinletmekte rüçhan hakkını haiz bulunuyor. Ahlâkın daha saf ve d'ni telâkkiletin daha sağlam olduğu Hicretin ilk yüzyıllarında şahadet beyyinesi belki çok sulistimal edilmiyor, isbat işi gerçekten bir yük teşkil ediyordu» (Cardahi).

(2) Bu kanunun esbabı mucibe layihasında şu mutalaalar görülür :

Emvali gayrimenkulede yedin iadesi meselesinde muhtelif iki esas mevcuttur ki bunlardan birisi Mecelle i Ahkâmı Adlyenin ve diğeri Avrupa Kavaninî Medeniyesinin kabul ettiği esas ve kaidedir. Avrupa Kavaninî Medeniyesi nokta nazarından yedin iadesi meselesi hiç bir kimsenin bizzat ihkak i hakka teşebbüs etmemesi fikrinin neticesidir... Avrupa Medenî kanunları yed'in iadesi suretiyle mülkiyet ve tasarruf meselesinde dâ'vâ ve beyyine külfetlerini harice hasr etmiş olduğu gibi zilyedin subut i yed i tabiaten mülkiyetin delili olmak hasebiyle fazla olarak zilyet tarafından mülkiyet da'vası ikamesini lüzumsuz ve gayri makbul saymıştır. Bundan başka bir fayda daha mulahaza olunmuştur ki o da mülkiyet da'vasının devam ettiği zaman zarfında hariç olan müddei akâr'ın menafi i hasılasını hacz edebilmek şerâiti kânuniyesini haiz olmadıkça mezkûr menfaatlardan zilyed'e ait kalmasının

79 – Rehin. Bir malı ondan istifâsı mümkün olan bir hak mukâbilinde mahbus ve mevkuf kılmaktır diye ta'rif edilir (Mecelle 701). Rehin verene râhin, alana mürtehin, o mala da merhum veya sadece rehin, rehin almağa da irtihan denir. Rehin bir akit olmak itibariyle icap ve kabul ile mun'akid olur. Râhin ve mürtehinin âkil olması şart ise de bâliğ olması şart değildir. Mümeyyiz olan küçüğün dahi rehin ve irtihanı caizdir (Mecelle 708 bak.). Kefalette ise kefilin âkil ve bâliğ olması şarttır (Mecelle 628).

Rehin mutlaka borçlunun mülkü olmak şart değildir. Bir kimse borcu için başkasının bir malını onun izniyle, yani borçludan başkası kendi malını bu borç için rehin verebilir. Buna müsteâr rehin derler.

İslâm Hukukunda ipotek yoktur (1).

te'mininden ve yed i hâdis'in da'vâ da murur edecek zamandan istifade ederek o hasil olan menfaatlardan temettu' ve intifa'nın men'inden ibarettir... Fakat Mecellei Ahkâm i Adliye zilyedin temellük da'vâsı ikamesini gayri makbul ad etmiş olmayıp akarın zilyedi her vakit mülkiyet ve tasarruf iddiasıyla men'i muaraza da'vâsı ikâmesine sâlihtir. Kaldı ki Mecelle i Ahkâm i Adliye akarın menâfi'i hasilasını nazar i i'tina'ya almamış ve ancak husûmet teveccühünü ve beyyine külfeti tahmilini esas ittihaz etmiş bulunduğu için bir da'vâda zilyedliğin subutu temellük ve tasarruf hakkındaki esas da'vânın kat'i hüküm neticesine iktirânından önce yed'in îadesi hükmünü müstelzim olmadığından yed'in sübutundan sonra dahi yıllarca devam edebilen muhâkemede mülkiyet ve tasarruf davası kat'i karara mukarin oluncaya ve bu karar istinaf ve temyiz yollarından geçerek kesinleşinceye kadar olup karin oluncaya ve bu karar istinaf ve temyiz yollarından geçerek kesinleşinceye kadar bir çok zaman akarın menfaatleri yed'i batılda heder olup gitmek ihtimalini dâif olmaktadır. Bu sebeple memleketimizde cebren ve tegallüben gasb i akar ve izâle i yed hususunun vukuu pek çoğalmağa başlamış ve bundan dolayı bir çok hukuk ziya'a uğramakta bulunmuş olduğundan âdetâ temellük ve tasarruf emniyetinin insilâbını intac eden sebeplerin mühimlerinden ma'dut olmuş ve artık mal ve mülkün muhafazasında hükümet nüfuzundan ziyâde şahsî kudrete istinat edilegeldiğinden her iki tarafca kuvvet istimaline ve neticede cürüm ve cinâyet i'kâ'na kadar varılarak memleketin asayışı ihlal edilmekte bulunmuştur..... Mecelle i Ahkâm i Adliye zilyedlik meselesinde her iki taraf için beyyine ikâmesine müsait olup her ikisi de müstakillen zilyet olduklarına beyyine ikâme ettikleri takdirde müştereken zilyet olduklarına hüküm edilmek muktazi ve bir şahsın hem zilyet olması, hem olmaması hakkındaki mutehâlif beyyine iştirakin sübutunu mutezamın olamayacağı bedîhî olduktan başka Binâenaleyh zilyetliğin tapu senediyle subutu muvafık görülmüş ve daha doğrusu tapu senedi yed in delil i sayılmıştır.

(1) «İpoteğin tanınmaması, bilhessa çiftçiye arâzisini elden çıkarmaksızın muhtaç olduğu parayı elde etmesini imkânsız kılar. Teslimi meşrut rehin usulü bu neticeyi husule getirmedeği gibi müstekriz mebi'i, istiglal usulü ile isticar etmedikçe beyi' bilvefa dahi husule getmez (Mecelle m. 118, 119 bak). İstiglal suretinde ise mustekriz icar bedelinin tayini hususunda alacaklının keyfine terk edilmiş olur. Hangi şekil altında olursa olsun faiz mukabilinde ikraz şer'an memnû olduğundan eğer şeriat darlık vaktinde vüs'at gösterilmek lâzım geleceği hakkındaki fi'h kaidesine (Mecelle M. 17) binaen selem gibi bir kolaylık yolu göstermemiş olsaydı itibar külliyyen muhtel olurdu», Mahmut Esat, Tarihi İlmi Hukuk, s. 257. (beyi' bil vefa, beyi' bil istiglal ve selem hakkında aşağıda beyi' bahsine bak). Memleketimizde ancak 25 Şubat 1328 tarihli «emvali gayri menkullerin deyn için teminat gösterilmesine dair olan kanunla ilk defa ipotek usulü kabul edilmiştir (keza emval i gayri menkulenin tasarrufu hakkında kanun, m. 5, tahşiyeli havanın, cilt 1 s. 471 ve 479).

Rehin kabz ile tamam olur. Bu itibarla teslimden önce rehinden rücu edilebilir. Kabızdan önce beyi' mülk ifâde ederken rehnin hükmü yoktur; râhin hakkında lüzum ifâde etmez ve mürtehinin de damânına dahil, yani telefinden mürtehin mes'ul olmaz. Çünkü denildiği üzere rehin bir cihetten teberrudur; teberru' ise teslim olmaksızın lâzım olmaz. Fakat kabızdan sonra mürtehinin rizâsı olmadıkça râhin akdi feshedemez (Mecelle 717). İmam Mâlike göre mücerret rehin akdi ile râhin üzerine rehnin teslimi lâzım gelir; imtina' ederse teslimi cebredilir; çünkü rehin taahhüdü ile kefâlette olduğu gibi bir teminat alınmıştır.

80 — Bugünkü Hukukta rehin aynı haklara, eşya hukukuna dâhildir. Hakikatte rehnin bir de obligasyon cephesi vardır: Alacaklı rehin, için, rehnin kıymeti veya borçtan hangisinin miktarı daha aşağı ise ondan mes'uldür ve kendi teaddisi ile rehnin ziyayı halinde bütün kıymeti ile mes'ul olur; yani meselâ 500 liralık borç için 250 lira kıymetinde bir mal rehin edilip de rehin mürtehinin teaddisi olmaksızın telef olsa borcun 250 lirası sukut eder; mürtehin kalan 250 lirayı râhinden ister. Bilâkis 250 liralık borç için 500 liralık bir mal rehin edilse rehnin teaddisiz telefî halinde borç temâmiyle sakıt olur ve fazla 250 lira kıymet için mürtehin zâmin, mes'ul olmaz (Reddü Muhtar ve Dürer). Ve gene meselâ râhin 500 lira borcu mukabilinde 1000 liralık malını rehin etse de bu rehin mürtehin elinde kendi (yani mürtehinin) teaddisi ile helâk olsa 500 lira borç sakıt olur; rehnin geri kalan 500 lira kıymeti mürtehin tarafından tazmin edilir (Şafîye göre rehin, deyn ile mazmun değildir; rehin mürtehinin yedinde sırf emânettir, teaddisiz telef halinde borç sakıt olur). Borç itfa edilince mürtehin, rehni geri vermekle mükelleftir.

Merhun, mürtehin elinde iken kıyme'i düşse borç sakıt olmaz; meselâ iki yüz liralık bir mal rehin ve teslim edildikten sonra kıymeti yüz liraya inerse borcun yarısı sukut etmez.

81 — Rehnin kabız ile meşrut olması yukarıda da işaret ettiğimiz üzere (No. 74) onun aynı cephesini gösterir; İslâm Hukukunda daima teslimi meşrut rehin kabul edilmiştir. Kabız ile rehnin zilyedliği mürtehinine geçer. Borçlu rehin üzerinde tasarruf edemez; borcu ödemek maksadı ile satmak için rehnin teslimini isteyemez. Rehnin zilyedliğini nakil yerine geçmek üzere bir yed i adle tevdi'i mukâvele edilebilir. Borcun muaccel olması halinde mürtehin alacağını istifâ için onu satmak hakkını haizdir. Mamafih rehin, borcun mutalebesine mâni olmaz; yani alacaklı rehni elinde tuttuğu halde alacağını almak için borçlusunu tâkip edebilir, hatta hapsettirebilir (Mecelle 730 bak).

82 — Rehin satılmağa sâlih bir şey, mebi'de olduğu gibi akit zamanında mevcut, mütekevvim ve teslimi makdur (mümkün) bulunmak şarttır (Mecelle 197, 198, 199, 709). Binaenaleyh bilhassa alacak (deyn) rehin ediemez;

nitekim alacak borçludan başkasına, üçüncü şahsa temlik de olunamaz; çünkü deyn teslimi mümkün ve kabızdan önce vüsuku haiz sayılmaz. Fakat meselâ râhin mürtehin elindeki rehni başkasına satsa ve mürtehin de bu bey'e icâzet vererek rehni müşteriye teslim etse mebi'in semeni onun yerine rehin olur (Mecelle 747 bak). Ve gene bir kimse, yani râhin ve mürtehinden gayrı üçüncü bir şahıs rehni itlâf etse itlâf günündeki kıymeti mürteherine merhun sayılır (Mecelle 742 bak); yani üçüncü şahıstaki alacak rehin edilemezken bu, câizdir; çünkü iptidâen câiz olmanın şey bekâen câiz olur (Mecelle 55 bak).

83 — Rehinin sahih olması için onunla temin edilecek hakkın, bir alacağın mevcut olması, fıkıhın tâbiriyle, temin edilecek şeyin binefsihî mazmun (1) bir mal olması şarttır (Mecelle 710); nitekim kefalette de borcun, asıl üzerine mazmun olması, yani ifâsı lâzım bulunması şarttır (Mecelle 631). Bu itibarla semen, icâr bedeli, diyet, magsub mal gibi aynen veya misli ile, kıymeti ile ödenmesi lâzım gelen mallar için rehin alınabilir. Fakat bigayrihî mazmun olan veya me'cur, âriyet, vedîa gibi aslâ mazmun olmayıp emânet kabilinden bulunan şeylerde rehin almak câiz olmaz. Ancak mal teaddî ile emanet olmaktan çıkarak magsub hale gelirse demin söylediğimiz gibi bunun için rehin almak caiz olur. Derek'e, yani mebi'in bilistihkak zabtına karşı rehin almak bâtıldır; alınan rehin mürtehin yedinde sırf emânet kabilinden olur; çünkü mebi'in semenini iâde etmek bayî' üzerine henüz lâzım değildir; istihkak ile zapdedildikten sonradır ki bu iâde alacağı doğacaktır; vucub'dan önce istifâyaya ise cevaz yoktur. Fakat kefalet bahsinde de görüleceği üzere derek'e kefalet caizdir (keza yuk. No. 78 bak.). İleride lâzım gelecek bir deyn için rehin almak da bâtıldır. Vâdedilen bir borç için rehin sahihtir, yâni bir kimse birine para ikraz edeceğini vâdeder de o da bu kimseye vâdedilen para mukabilinde rehin verirse sahih olur; sebep olarak insanın vâ'dinden dönmiyeceğinin asıl olması, farzedilmesidir, ve vâdedilen şey'in, mevcut gibi sayılacağı söylenmiştir! Henüz muaccel olmayan kiraya karşılık rehin almak da câizdir.

İki alacaklıya bir rehin verilebilirse de bu, bir akit ile ve bütün halinde olmak lâzımdır; iki akitle veya yarısını birine ve öbür yarısını diğer alacaklıya rehin etmek câiz değildir. Rehin ancak iki alacağın memcuu mukabilinde olabilir ve iki borç da tamamen ödenmiş olmadıkça rehni kurtarmak seâhiyeti yoktur. Bir veya iki borçlusundan bir veya iki rehin alan alacaklı da ala-

(1) Fıkıhta a'yan (aynlar) üç kısma ayrılır : 1 — Binefsihî mazmun ayn ki yukarıda neler olduğu söylenmiştir. 2 — Bigayrihî mazmun ayn, yâni telefi halinde bedelinin tediyesi değil, belki başka bir şeyin verilmesi lâzım gelir. Kabız'dan evvel mebi' ve merhun mal gibi; merhun, mürtehin elinde teaddî ve taksiri olmaksızın helâk olsa mürtehin üzerine bedelinin tediyesi lâzım gelmeyip mukabili olan deyn sakit olur. Emanetler hiç mazmun olmayan aynlardır.

cağını tamamen alıncaya kadar bu rehiner üzerinde hapis hakkını haizdir. İslâm hukukunda bugünkü hukukumuzda olduğu gibi rehin sıra ve dereceleri mevcut değildir.

84 — Beyi'de zikredilmeksizin dâhil olan şeyler rehinde de dâhildir (niketim bugünkü hukukumuz mucibince de «gayrimenkul rehni, mütemmim cüzülerine ve teferruatına şâmil olur» Medenî Kanun 777); bir arsa rehin edilirse üzerindeki ağaçlar, mahsuller ve binalar da dâhil olur; fakat bunlar rehinden istisnâ edilebilir (Mecelle 711 bak.). Rehindeki tezâyüde gelince bu ziyade rehinden mütevellit olmadığı halde onunla ittisal (irtibat) halinde ise — ayrıca rehin edilmedikçe merhun sayılamaz; meselâ merhun arsa üzerine sonradan bir bina yapılması gibi. Merhun hayvanın, akarın ücreti gibi rehinden mütevellit olmayan ve onunla ittisal halinde bulunmayan şey de ayrıca rehin edilmiş olmadıkça merhun olmaz (1). Râhinin verdiği rehne sonradan bir rehin daha ilâve etmesi halinde şüphesiz her iki rehin aynı borç için merhun olur (Mecelle 713).

Rehnin icap ettirdiği bütün masraflar (hayvanın çoban ücreti, gayri menkulün tâmiri gibi masraflar), râhine aittir. Çünkü rehin üzerinde râhinin mülkiyeti bakidir (Mecelle 724 bak.). Rehinin muhafazası için iktiza eden, yer kirası gibi, masraflar mürtehinine aittir (Mecelle 723 bak.).

84* — İslâm Hukuku rehinden intifa' tanımaz; râhin ve mür'ehin*rehinden intifa' edemez (Mecelle 750). Mürtehin, merhun meselâ hayvan ise ona binemez, ev ise onda oturamaz, tarla ise ziraat edemez, başkasını irae, icâre edemez. Çünkü rehnin hükmü hapisten ibarettir. Onunla intifa' temlik edilmiş değildir. Mürtehin bunları yaparsa teaddi etmiş ve gâsıp olmuş olur; teaddiyi refi' etmiş değilken meselâ hayvan alelade bir gezinti sırasında ölse onun bütün kıymetini zamin olur. Fakat râhin mürtehinine istimal hususunda izin verebilir, intifa'mı, hasulâtını ibâha edebilir; bu takdirde intifâ caizdir ve rehin, mürtehin elinde telef olursa emânet olarak telef olacağından borçtan bir şey sakit olmaz. Ancak ibâha izinden ibaret olup hibe olmadığından râhin her vakit bu ibâhasından rucu' ve mürtehinini intifa'dan men' edebilir. Bunun için râhinden alınacak izin, ibâhadan rucu' etse dahi rehin devam ettiği müddetçe mürtehin intifa'a me'zun olmak üzere alınır (Yuk. s. 59 n. 1 bak.).

Karz akdinde, izinli intifa'mın bu akit sırasında şart edilmemesi lâzımdır.

(1) Dört nevi ziyade vardır : 1 — Şeyden mütevellit olup ittisal halindeki ziyade, büyüme, yağlanmak, semizlemek gibi 2 — Şeyden mütevellit olmayan ittisal halindeki ziyade, bir arsa üzerine bina inşası gibi. 3 — Şeyden mütevellit olup ittisal halinde olmayan (münfasıl) ziyade, hayvanın yavrusu, merhun cariyyeden çocuk gibi. 4 — Şeyden mütevellit olmayan ve ittisal halinde de bulunmayan ziyade, merhun akarın ve hayvanın ücretleri, intifâ bedelleri gibi. 1 ve 3 numaralardaki ziyadeler asıl rehin ile birlikte merhun olur (Mecelle 715 bak.).

Ödünç verme bu şarta bağlanırsa intifa' ribâ olur; bunun için karz para verilirken bu ibahadan bahsedilmiyerek akitten sonra beyan edilmelidir. Bu takdirde izin müstakil bir ibaha olacaktır.

85 – Hapis hakkı. Birşey üzerinde onunla murtabit bir alacağın te'mini için onun tevkif ve hapsini rehinde karıştırmamak lâzımdır. Hapis hakkı muhtelif hallerde bahis mevzuu olur; bir aynı haktır. Meselâ bâyi'in, muaccel olan semeni almaya kadar mebi' üzerinde (Mecelle 278) (1), boyacı, boyadığı elbise üzerinde (Mecelle 482), vekâlet akdine müsteniden semenini kendisi ödeyerek bir mal sa'm alan kimse müvekkilinden semeni almaya kadar o mal üzerinde (Mecelle 149), lukatayı bulan kimse onu infak için yaptığı masraflardan dolayı o lukata üzerinde, fasit olan bir beyi, fesih olundukta eğer semen kabzedilmiş ise bayi' bu semeni reddedinceye kadar müşteri mebi' üzerinde hapis hakkını haizdir. Hapseden kimsenin mesuliye'i rehinde olduğu gibi alelade bir mes'uliyet mi veya daha ağır bir mes'uliyet mi olduğu hakkında fakihler ihtilâf etmişlerdir. Bugünkü hukukumuzda görülen müstecirin me'cûre getirdiği eşya üzerindeki hapis hakkı İslâm hukukunda yoktur.

86 – Gayri menkul hukuku. İslâm Hukukunda gayri menkul, «müstakil şey» ifâde etmez, yani bir akarın üst katı (uluvv) ve a't katı (sifl) müstakil bir mülkiyet mevzuu olabilir. Üst kattaki hak, gayri menkulün üzerinde bir irtifak hakkı mahiyetinde olmayıp hakiki, gerçek bir mülkiyettir (Mecelle 1011, 1192, 1315 bak.); üst kat her hangi suretle çökse, yıkılsa, bu kat hakkının satılması câiz değildir; ta'liye hakkı (aşâ. No. 89 bak.) satılamaz (Mecelle, 205 bak). Kat sâhiplerinden biri obirinin izni olmadıkça kendi binâsını yıkmaz. Kısaca biri obirine zarar verecek tasarruflarda bulunamaz (Mecelle 1192 bak.) (2). Çünkü üst kat sahibinin bu katta tasarrufu muktazi ve alt kat sâhibinin üstte sakf, tavan hakkı, güneşten, yağmurdan tahaffuz hakkı bulunduğu cihetle, her birinin kendi katında istediği gibi tasarrufa hakkı bulunmasına rağmen mani' ile muktazi te'aruz ettikte mani' takdim edilir (Mecelle 46) kâidesi mucibince mani' tarafı tercih olunur. Bir ev (dâr) ın münferit odalarında da müstakil mülkiyet olabilir.

Umûma ait mülkiyet (mülkül âmme). Geniş mâ'nada beytülmal ve vakıf da umûma aittir. Evvelce de görüldüğü üzere bir kısım nehirler, denizler, büyük göller herkesin intifa'ına mulhastır. Kimsenin malı olmayan mevât

(1) Mebi'deki hapis hakkı ile merhun'daki hapis hakkı arasında bir fark yapılmaktadır. Başlıca mürtehin, rehni râhine iâre etse rehindeki hakkı bâtil olmaz; istirdat edebilir. Fakat bâyi, mebi'i müşteriye iâre veya idâ etse hapis hakkı sakıt olur; artık geri alamaz.

(2) Uluvvu Zeydin mülkü, sifli Amr'ın Mülkü olan menzil'in uluvv'ünde Zeyd, Amr'ın izni olmaksızın sifli'ine muzır bina ilâve etmek istese Amr, Zeyd'i bundan men'e kadir olur mu? Elcevap olur (Ceridei ilmiyye, adet 12, s. 69).

arâzi ve diğerk arâzi nevileri hakkında ayrıca malûmat verilecektir (No. 91 bak.).

Âmme mülkiyeti, bir taraftan oldukça mahduttur; meselâ çıkar bir yol (tarik i nâfiz) da âmme mülkiyeti vardır; fakat çıkmaz bir sokak (tarik i gayri nâfiz) orada oturanların şâyi' mülküdür (Mecelle 1213 bak.). Umuma ait mallardan intifa' muayyen derecede herkese aittir, yani her fert umuma zarar olmadıkça onun üzerinde dükkân vesaire yapabilir, bununla beraber herkes onun bertaraf edilmesini da'vâ edebilir. Bir köyün civarında bırakılan mer'ayı orada oturanlar hasadlarını, samanlarını yığmak için kullanırlar.

Osmanlılarda defterhane kayıtlarına ehemmiyet verilmiş ise de İslâmda bir tapu sicil hukuku yoktur.

87 — Komşu hukuku (cîran ve hîtan (1) a müteallik hükümler). Müşterek sokak kapıları olan kimseler birbirini oraya girip çıkmaktan menedemezler. Bir kimse evinin saçağını komşusunun binası üzerine uzatamaz. Uzatırsa refedilir.

Ve gene bir kimsenin bahçesindeki ağaçlarının dalları komşusunun evi, bahçesi üzerine uzanmış ve havasına mani' bulunmuş olsa ve bağlayıp çekmek mümkün olmazsa komşu, hakime müracaatla kesirmeğe icbar veya kendisine bu bapta izin verilmesini talep edebilir. Fakat ağacın gölgesi bahçesindeki mezruâta zarar veriyor diye ağaç kestirilemez (Mecelle 1196) (2). Kadınların oturacakları ve bulunacakları yerlere nezâreti olan pencere refedilir (Mecelle 1202 ve sonraki maddelere bak). Müşterek duvar sâhiplerinden biri obirinin izni olmadıkça onu yükseltmez (Mecelle 1210). Üst kat mülkiyetinden yukarıda bahsetmiştik (No. 86, aşa. No. 88, 89 bak.).

88 — Şuf'a hakkı. Şuf'a hakkı mülkiyetin bir nevi' tahdididir. Şuf'a, bir kimsenin satın aldığı malı, ona kaç mal oldu ise o miktar ile, ya'ni misli ile mal olduysa mislini ve kıyemî ile mal olduysa (3) onun kıymetini müşteriye vererek rızâsına bakılmaksızın temellük etmektir. Şuf'a hakkı olan kimseye şefi', bu hakkın taalluk ettiği akara meşfu' ve şuf'a hakkının subutuna sebep olan mülke, ya'ni satılan akara bitişik eve, meşfûun bih derler (Mecelle 950 - 953). Bu ta'rifeye göre şuf'a hakkına, yapılan bir bey'i akdine girmek hakkı diyebiliriz; fakat bu beyi' akdi sahîh olmak lâzımdır; fâsit beyi'de şuf'a ceryan etmez, yani bir satış'a mebi', ne meşfu', ne de meşfûun-

(1) Hitân, hât'in cem'idir. Hait duvar, tahta perde ve çit demektir. Cîran komşu mânasına olan câr'ın cem'idir.

(2) Zeyd'in ceviz ağacının dalları Amr'ın mezru' tarlası üzerine uzanıp ekinine zararı olsa Amr o dalları, çekilerek zararı def'i mümkün olanları Zeyd'e çekirip olmayanı katettirmeğe kadir olur mu? Elcevap olur (Ceridei ilmiyye, adet 32, s. 901).

(3) Misli ve kıyemî için yuk. No. 71 bak.

bih olabilir. Şuf'a ancak, gayrimenkulde (akarda) olur. Gemide, menkul-lerde, mirî arâzide ve vakıfta şuf'a yoktur (Mecelle 1017 bak.) Bir mülk akar satıldığı takdirde bitişiginde bulunan vakıf akar mütevellisi veya mutasarrıfı şuf'a iddiâ edemez (Mecelle 1018 bak). Üstkatın satılması halinde de şuf'a vardır (Mecelle 1011 bak). İvazsız hibe ve vasiyet gibi bedelsiz olarak başkasına temlik edilen akarlarda şuf'a carî olmadığı gibi (Mecelle 1023 bak.) ücret olarak veya mehr olarak veri en akarda da şuf'a olmaz (Mecelle 1025 bak.). Akarın taksimi halinde de bitişik komşu (câr i mülâsık) için bir şuf'a hakkı tanınmaz (Mecelle 1027).

Şuf'a hakkı sırasıyla şunlara tanınmıştır :

1. Taksim edilmemiş birşeyde müşterek mâlik olan bir kimseye (halit fi nefsi'l mebi'); 2. Gayri menkul üzerinde bir irtifak hakkı olan kimseye (halit fi hakkil mebi'); 3. Bitişik gayri menkulün mâlikine (car i mulâsık). Şu halde 1 inci No. mucibince bir akarda şâyian hissedar olan şerik; 2 inci No. mucibince meselâ bir kimsenin mülkünde su akıtmak yolu olan kimse ve 3 üncü No. mucibince akarı, mebi gayri menkule yanyana veya arkadan bitişik olan komşu şuf'a hakkını haiz olur. Su yolu kendisinin olmaksızın mücerret su akıtmak hakkı şuf'aya sebep olmaz. Bu üç kategoriden birinci varken ikincinin ve ikinci varken üçüncünün şuf'a hakkı yoktur (1).

Şuf'a hakkının ku lanılması muhtelif fiillerle olur; daha doğrusu şuf'ada üç talep lâzımdır (2): 1. Taleb i muvâsebe; 2. Taleb i tahrir ve işhad; 3. Taleb i husûmet. Birinci talep, şefiin beyi' akdini duyduğu mecliste derhal (3) mebi'in şefi'iyim yahut şuf'am hasebiyle talep ediyorum gibi bir söz söylemesidir. Bu talepten sonra şefi'in iki kişi huzurunda müşteriye, filanın akarını satın almışsın veya bâyi'e, filan akarını filâna satmışsın, ben onun şu sebepten şefi'iyim, şuf'a talebinde bulunmuştum şimdi de talep ediyorum, şahit olunuz demesi lâzımdır. Bu tahrir ve işhaddan sonra nihayet şefi' hâkim huzurunda dava açacaktır (Mecelle 1028 - 1034 bak). Şuf'a davası, işhaddan sonra başka bir memlekette bulunmak gibi şer'î özür olmaksızın tehir edilirse şuf'a hakkı sakıt olur.

Şuf'a hakkının tahakkukundan önce iskatı için fıkıh kitaplarında bir takım hilelerden (çarelerden) bahsedilmiştir. «Bu çârelerin isti'mali imam Ebu Yusuf indinde mekruh da değildir (4); gayre zararı mucip olsa bile mü-

(1) Din ittihadı şart olmadığı gibi bülüğ de şart değildir.

(2) Muvasebe sıçramak demektir.

(3) İhtilâfıdır. Bazılarına göre bir teemmül zamanı beklenecektir; bu da şuf'a hakkında ittilâ' hasıl edilen meclisin sonuna kadardır.

(4) Ve la tükreh ül hiletu fi iskatihâ inde ebi Yusuf ve bihi yufta kable vucûbiha ve inde Muhammedin tükrehu (Mülteka).

bahtır; Muftâbih olan kavil budur». Haydar Molla şerhinde Mecmaul Enhur den nakledilen biri şudur: Bayi' satacak olduğu arsasının, ruhan hakkını haiz olan şefi'a bitişik tarafından bir arşın miktarını onun duvarı boyunca ayırıp kendisine alıyarak yahut bu parçayı müş'eri olacak kimseye hibe, teslim ederek geri kalanı satsa komşunun onda hakkı olmayacaktır; çünkü bu parça satılmış değildir. İfraz edilen bu kısmın öbür tarafındaki arsada ise artık bir komşuluk kalmamıştır. Şerh sahibi bu hiyleye karşı bir çâre arayarak diyor ki: «Hiylenin iskati için hiyle yoktur; bunu çok aradık amma bulamadık.»

89 – Gayri menkul üzerinde irtifa hakları (1). Bunlar yol hakkı (mürur hakkı) su akıtma hakkı (mesil hakkı), su almak hakkı (şirb hakkı) ve sairedir (Mecelle, 1165 - 1172, 1220 - 1233 bak.). Üst kat inşâ etmek (ta'liye) hakkı da böyle sayılma kicabederse de bu hak normal surette öbürleri gibi gayri menkule taalluk etmeyip eski üst kat malikinin şahsına aittir. Evvelce söylediğimiz gibi üst kat satılabilirse de ta'liye satılamaz (mul-tekal elbhur) (2); ya'ni üstteki bina yıkılıp veya yanıp kalmasa, mevcut olmayan bir üst katın bey'i caiz olmaz, çünkü üst kat (uluvv) mevcut olmadı-ğında ortada mal yoktur. Bey'in mahalli, mal olan şeydir, ya'ni ancak mal, mebi' olabilir. Bu itibarla kalmayan katı, malikinin ancak tekrar inşâ etmek hakkı vardır (Yuk. No. 86 bak.).

Bir kimse kendisinin mürur hakkı kalmak üzere, mülkü bulunan yolun rekabesini veya üst katın karar hakkı kalmak üzere alt katını satsa câiz olur. Alt kat (sifil) her ne kadar sâhibinin mülkü ise de uluv sâhibinin dahi onda karar hakkı bulunduğundan sifil sâhibi bunu yıksa önceki haliyle binâya cebredilir.

Mürur, mesil, şirb, şuf'a hakkı gibi haklar hukuki mücerrededen sayılır; ya'ni bir şahsın kendi mülkünde değil de gayrin mülkünde mücerreden sabit olur. Bunlardan bir kesimine müekked diyenler de vardır. Bu hakların her iki kesimi de iptal veya iskat ile sakit olur; ya'ni bir kimse meselâ mürur, mesil hakkını, şuf'a hakkını, iskât ettim dese artık bu hakkı kalmaz. Ayn olan mülkte ise ibrâ, iskat carî ve bunun ile mülk bâtil, sâkî olmaz. Mülk hakkı sâkî olmak için temlik lâzımdır (Mecelle 1227 bak.) İskat mukâbilinde bir bedel, ivaz almak (i'tiyâz), eğer bu hususta umumî örf varsa câiz, hususî örf varsa ihtilâflı, hiç bir örf yoksa gayri câizdir. Şuf'a da itiyaz câiz değildir (3). Mürur, şirb ve mesil hakkının arza teba'an, yahut arz ile birlikte satılması caizdir (Mecelle 216); ya'ni meselâ bir kimse kendi bahçesine, başkasının arsasından geçmek hakkı olsa da bu kimse bahçesini o

(1) İrtifak lugatte hâcet talep etmek, intifa' mânâsındadır. Bu tâbir fıkıh kitaplarında geçer. Medenî Kanunumuzdan önce Türkçe eserlerde de görülür. Umumun intifa'ına terk edilmiş olan erâziye erazii mürfaka denir. Medenî Kanunda irtifak sözünü servitüde mukabili kullanılmıştır.

(2) Ve lâ tecûzu bey'u uluvvın sekata.

(3) Hamdi Yazır, İrsâd ul Ahlâf fi Ahkâm il Evkaf, 1330, s. 75.

başkasının arsasındaki mürur hakkı ile beraber satsa bu beyi' sahihtir. Fakat mekke'de hukuktan sayılan mürur hakkı bir rivayete göre ayrıca da satılabilir. Mesil hakkı ise ayrıca satılamaz.

90 – Su hakkı. İslâm hukukçuları su meselesiyle bilhassa meşgul olmuşlardır. Buna şarktaki su meselesinin ehemmiyeti başlıca âmîl olmuştur. Bu ehemmiyet, daimî akar sular bulunmayan Mekke ve Medine gibi şehirler bakımından değil, Şuriye ve sun'î sulama işlerinin klasik memleketi olan Irak ve Mısır hakkında da variddir. Bu itibarla denebilir ki İslâm Hukukunun bu bahsinde kadim şarkın mirası ile temastayız (Bergsträsser).

Fırat, Dicle ve Nil gibi büyük nehirler mülk değildir (gayri memlûktur). Küçük sular, kanallar, gayri menkul mâliklerinin mülküdür. Bunun birçok obligasyon mahiyetinde neticeleri vardır; hususiyile kanalların temizlenmesi, ayıklanması (kery) bir mükellefiyet, borçtur. Suyun mecrasını herhangi bir suret ve vasıta ile değiştirmek kadim bir hak mahiyetinde değilse ancak müşterek mâliklerin muvafakati ile mümkündür. Müşterek mâliklerin sudan intifa' (şirb) ini temin etmek, ya muayyen ağızlı kanallar açmak yahut sabit büyüklükte gözlere taksim etmek suretiyle veya zaman itibariyle olur. Bu intifa' satılamaz.

Böyle bir kanalın suyu her ne kadar memlûk ise de üzerinde tam, hususî bir mülkiyet yoktur. Herkes ondan içmek (şefe) hakkını haizdir (Mecelle, 143, 1262 ve sonraki maddelerine bak).

İhraz suretiyle suda tam bir hususî mülkiyet mümkündür (yuk. No. 73 bak.)

İslâm Hukuku denizde ve karada av ve avlanma işlerinde boşluklar bırakmıştır.

91 – Mülkten gayri arâzi. Fıkıh kitaplarında mülke ve mülk üzerindeki haklara ve tasarruflara dair hükümleri yukarıki paragraflarda kısmen ve kısaca gördük. Mülkün miras hukuku bakımından durumu da aşağıda miras bahsinde görülecektir. Burada mülkten başka gayri menkul neveleri hakkında mülk arazi ile birlikte topluca şu malûma'ı vermek istiyoruz :

Fıkıh hükümlerine göre feth ile elde edilen topraklara karşı devletin dört türlü muhayyerliği vardır: 1. Fethedilen toprağın beşte birini devlet için alıyarak artanını harbi kazananlara dağıtmak; 2. Beşte biri alınmaksızın tamamını eski sâhiplerine bırakmak; 3. Tamamını oraya getirilen müslim veya gayri müslim ahâliye dağıtmak 4. Tamamını devlet, beytülmal için alıkoymak (arâzii emiriyeye). Bunlardan üç önceki memlûk arâzidir. Fakat arâzi nev'ileri, bu gördüğümüz mülk ve mirî arâziden ibâret değildir. Arâzi, tasarruf, intifa' ve intikal tarzları bakımından esas itibariyle beş nev'e ayrılır. Bunları kısaca ayrı ayrı görelim :

1. Yukarıda bahsettiğimiz memlûk arazi, adından da anlaşılacağı üzere sâhibinin mülkü olan, istiklâl üzere ona âit ve muhtas bulunan topraklar-

dır. Bu memlûk arâzi, Kur'anın, şeriatın miras hükümlerine tevfikân mirasçılara intikal eder; vakıf, rehin, hibe ve vasiyet edilebilir. Yukarılarda söylediğimiz gibi kendilerinde şuf'a hükümleri câri olur (1274 tarihli arâzi kanunu madde 1 bak).

1274 tarihli arâzi kanunu, memlûk arâziyi dört nevi'de gösterir: 1. Arâzi i uşriyye, 2. Arâzi i harâciyye, 3. Köy ve kasaba içlerinde ve kenarlarında bulunan arsalar, 4. Mirî arâziden ayırıp mülk olmak üzere şahıslara temlik edilen arâzi.

2. Arâzii emîriyyenin rakabesi imamül müslîminin malı sayılarak beytülmal için alıkonur. Yalnız ziraat ve intifa' hakkı (tasarrufu, menfaati) bir takım şartlarla şahıslara tefviz edilebilir (Arazi kanunnamesi, madde 3 bak.) Osmanlılar Rumeli ve Anadolu'da fethettikleri memleketlerin arâzisinde bu yolda muâmele etmişlerdir ve böylece Rumeli ve Anadolu arâzisi arâzii miriyyeden olmuştur. Bu kesim arâziye, arâzii memleket ve arâzii havz da denir. Bu arâzi fıkıhın miras hükümlerine tabi' değildir, ancak bazı derecelerdeki yakınlarla intika edebilirdi. Bir başkasına tasarrufun devri, bey'i suretiyle değil, ferağ yolu ile olurdu. Ve bunda arsa sâhibinin (rakabe malikinin) izni, iştirâki lâzımdı. Bu arazi rehin (arazi kanunu m. 116 bak) hibe, vakıf ve vasiyet edilemez; haklarında şuf'a câri olmazdı (Mecelle 1017, arazi kanunu, m. 41, 42 bak.). Ayı intikal usullerine tâbi' tutulmuştu.

3 — Bu memlûk ve mirî iki nevi' arâziden başka bir de arâzii metrûke vardır (1). Bu arâzi ya tariki âm, panayır, pazar ve mesire yerleri, meydanlıklar gibi umûm nâs için tahsis edilmiş mahallerdir. Veya mer'alar, kışlak ve yaylaklar, baltalıklar gibi intifa' ve istimâli muayyen bir köy veya kasabaya bırakılmış yerlerdir. Her iki kesim arâzinin de rekabesi devlete, beytülmal'e aittir. Bunlarda irs ve intikal yoktur.

4 üncü nevi' arâzi, arâzi i mevkûfe, yani vakfedilmiş arâzidir. Bu da iki kesimdir : ya 1. mülk olan arâziden şer'î usuller dâiresinde sahih surette vakfedilmiş olan arâzidir ki bunların rekabesi ve tasarruf hakkı ve menfa'î vakfa aittir. Bunlarda vakfedenlerin koydukları şartlara riâyet ve itibar olunur. 2. tahsisat kabilinden olan mevkuf arâzidir ki mirî arâziden iken padişahlar tarafından bizzat veya onların izni ile başkaları tarafından beytülmal'e âit olan tasarrufu veya menafîi veya her ikisi bir cihete vakıf ve tahsis edilmiş arâzidir. Bu tahsise irsâd da denir. Birinci kesim vakıf arâzi, sahih surette vakfedilmiş arâzi iken bu ikinci kesim arâzi, sahih olmayan mevkuf arâzidir. Ve gene bu ikinci kesim vakıf arâzi, yukarıda ikinci nevi' olarak gördüğümüz sırf mirî arâziden ayrılmalı için mirî vakıf arâzi (arâzi i emîriyye i mevkûfe) adını da alır. Bununla beraber bu arâzinin de rakabesi vakfa değil, beytülmal'e aittir. Hükümleri hememn aş-

(1) Bu arâziye erâzi i mahmiyye de denilir.

ğıda görülecektir. Osmanlı İmparatorluğundaki mevkuf arâzinin büyük kesimi bu tahsisat kabilinden olan mevkuf arâzi idi.

Sahih surette vakfedilmiş olmıyan bu arâzi üçe ayrılır : 1. Mirî arâzinin ya rakabesi ve tasarruf hakkı beytül mâle âit olarak a'şâr ve rüsûmat gibi beytül mâle ait olan menfaatleri bir cihete vakıf ve tahsis edilmiş veya 2. Rakabesi gibi mirî menfaatleri de beytül mâle ait olarak yalnız tasarruf hakkı bir kimseye veya bir yere tahsis edilmiş ve yahut da 3. Yalnız rakabesi beytül mâle ait olup tasarruf hakları ile beraber mirî menfaatleri bir cihete tahsis edilmiş olabilir. Bunlardan birincisinde arâzi kanunu hükümleri cârî idi. Obir iki kesimde tasarruf hakları vakfa ait olduğundan arâzi kanunu tatbik edilmezdi; ferağ, intikal, â'til, müstehakk i tapu, mahlul olmak gibi kanun hükümleri cârî değildi. Birinci kesim mevkuf arâzi tapu senedi ile fertler tarafından tasarruf edildiği halde ikinci ve üçüncü kesim mevkuf arâzi sultan beratları ile, fermanlarla veya defterhane kayıtları ile vakıf ve meşrutunleheri tarafından ve ölürlerse yerlerine geçecek olanlar, meselâ bir türbedara tahsis edilmiş olan arâzi o türbedar ve ölürlerse beratla yeni nasb edilecek şahıs tarafından tasarruf edilirdi. Tahsisat kabilinden olan gayri sahih vakıf arâzide vâkıfın şartlarına riâyet vâcib değildi. Bunlarda da mirî arâzide olduğu gibi şufa ceryan etmez; fakat buna benzer surette muayyen kimselere hakkı rüchan tanınırdı. Bunlara mülkteki miras ve tasarruf hükümleri de tatbik edilmezdi (1).

Bir vakıf arsa üzerine bina yapılmış veya meselâ ağaç dikilmiş olursa mutasarrıfı tarafından vakfa verilmek üzere yıllık bir icâre kesilir ve buna mukataa veya icarei zemin ve böyle arâziye de mukataalı arâzi denirdi. Arsa sahih vakıf veya tahsisat kabilinden vakıf olduğuna göre bunun intikal usulleri başka başka idi. Ve arâzii memlukenin miras hükümlerine tabi tutulmazdı.

5. inci nevi' arâzi, arâzii mevat tır; bu, harap, işlenmemiş arâzi demektir (mukabili, arâzii âmire, ma'mur arâzi). Müslim ve gayri müslim bir kimsenin temellük ve tasarrufunda olmadığı gibi vakfa da âit olmıyan ve şehir ve kasaba ehalisine terk ve tahsis kılınmayan, köy kenarından yarım saat uzaktaki dağlık, taşlık, kıraç ve halî yerlerdir (2). Bu nevi' arâziden ihya suretiyle intifa' veya mülk edinilebilir. Görülüyor ki ihyâ edilecek arâzi işlenmemiş, kimsenin olmıyan arâzidir. Mirî arâzide ihyâ cârî olma. Mülk arâzi, mâlikinin, ölmüş ise veresesinindir; mâliki ma'lûm değilse lukata hük-

(1) Vakıf bahsinde icârei vahideli vakıfla icâreteynli vakıf ve mukataalı vakıf ve müstesnâ vakıflar gibi, bir takım tasarruf nevi'leri görülecektir.

(2) Arâzinin mevat olduğunu tâyinde esas İmam Yusuf'a göre aksayı imrandan uzak olmasıdır. İmam Muhammed'e göre inkitâ i irtifaktır; yâni ehâlinin ondan intifa' etmemekte olmalarıdır.

mündedir; bazı fakihlere göre böyle bir arâzi mevât arâzi gibi sayılır. 1274 tarihli Arâzi Kanunu böyle sahipsiz bulunan memlûk arâzinin mirî arâzi olup beytûlmâle kalacağını kabul etmiştir. Su altında iken suyun bir daha avdet etmemek üzere çekilmesiyle meydana çıkan arâzi dahi mevât sayılmıştır. Fakat bir kimsenin arâzisi batıp deniz olduktan sonra tekrar meydana çıkarsa başkası tarafından ihyâ edilmekle onun mülkü olmaz; bilâkis eski malikinin mülkü olur. Mevât arâzinin ihyâsı İmam ı Azâma göre sultan tarafından bu bapta verilecek izin ile olur. İmameyne göre bu izin şart değildir (1). Mecellenin 1271 inci maddesi mucibince ihyâya ya mülk olmak üzere veya intifa' etmek üzere izin verilir. İkincisinde ihyâ eden malik olmaz; fakat arâzi kanunu (madde 103), mülk olmak üzere ihyâya müsaade etmemiştir (2). Şubat 1328 tarihli emvâli gayri menkulenin tahdit ve tahriri hakkındaki kanun ihyâ usulünü kabul etmiştir (madde 28, 53 bak.). Daha sonraki kadastro ve tapu tahriri kanunu (15. 12. 1934, No. 2613 m. 27 G) ve tapu kanunu (22. 12. 1934; No. 2644 m 6) da ihyadan bahsetmiştir. Nihayet Çiftçiyi topraklandırma kanunu ihyayı men etmiştir (3).

Bütün bu çeşitlerden başka Osmanlılarda nev'i kendine mahsus bir mülkiyet ve tasarruf şekli daha görülür ki çok karışıklıklara sebep olmuştur; bu, Gedik usulüdür; bir esnaf veya sanat mensubu tarafından daimî surette müstekar olmak üzere bir dükkân içine konmuş olan alâta ve bunlarla orada sanat ve ticaret edebilmek selâhiyetine denir. Bunlar da mülk gedik ve kavîf gedik kesimlerine ayrılmıştır. 16 Şubat 1328 tarihli bir kanunla İstanbul'daki gedikler kaldırılmıştır. Esasen İstanbul ve havalisi dışında, taşrada gedik pek az tesis edilmiştir (4).

Sırf mirî arâzi ile vakıf mirî arâzide ve icâreteynli gayri menkullerde yürümüş olan intikal usulleri ileride miras bahsinde görülecektir.

(1) İmamı Azam ile İmameyn arasındaki bu ihtilâf ihyâ eden kimse İslâm tab'asından olduğuna göredir. Fakat ihyâ eden ecnebi tab'asından olursa aslâ mâlik olamayacağına ittifak vardır.

(2) Arâzi kanunu (madde 103) mucibince ihyânın üç yıl içinde yapılması şarttır (nitekim Çiftçiyi Topraklandırma kanunu m. 7, 57 bak). İhyâ hakkındaki Mecelle'nin 1270 ve sonraki maddelerine ve 5 Şubat 1328 (1912) tarihli emvali gayri menkulenin tahrir ve tahdidi hakkındaki kanuna, 4/10/1926 tarihli Medenî Kanuna (madde 635, 641), 2613 No. lu ve 22/12/1934 tarihli kadastro ve tapu tahrir kanununa, 2644 No. lu ve 22/12/1934 tarihli tapu kanununa, topraklandırma kanununa bak.

(3) 4753 No. lu ve 11 Haziran 1945 tarihli kanun, m. 64. Arazi hukuku hakkında Ali Haydar'ın, Hüseyin Hüsnî'nin şerhlerine, Halil Cemalettin'in Telhis i Ahkâmî Arâzî'sine, Erich Nord, Die Reform des türkischen Liegenschaftsrechts, 1914.

(4) Gedikler ve çeşitleri hakkında «Gedikler» adlı esere (müellifi: Sıtkı, İstanbul 1325); 16 Şubat 1328 tarihli Gediklerin ilgası hakkındaki muvakkat kanuna (Serkis Karakoç, Tahşiyeli kavanin, cilt 1 s. 425 ve sonr.); Padel et L. Steag, De la législation foncière ottomane (Paris, 1904 s. 267 - 270) bak.

92 – İslâme hukukla bugünkü anlamda bir mürüri zaman yoktur. Bu, mecellenin 1674 üncü maddesinde «tekâdumi zaman ile hak sâkıt olmaz suretinde ifâde edilmiştir; ya'ni zaman aşımı ile hak ortadan kalkmaz. Bundan dolayı bilhassa arâzide dâima istihkâk da'vâlarına yol açıktır. Arazi kanunu 78 inci maddesinde: bir kimse arâzi i miriye ve mevkufeyi niza'sız on sene zirâat tasarruf etmiş olursa hakk i karar ı sabit olup... fakat bigayr i hakkın zapt etmiş olduğunu ikrar ederse murur izaman a itibar olunmaz denmiş ve tatbikatta bu hak, intikâl teferrug ve tefevvuz sebeplerine istinat ettirilmezse mü'cerret on senelik tasarrufla sabit sayılmamıştır (Tapu ta'limatnamesi, bent 8). Aşada borç münâsebetleri genel kesiminde mururi zaman hakkında mütemmim malûmât verilecektir (1).

(1) Mecellenin 1660 - 1662 inci maddelerine ve 30 Mart 1329 tarihli Emvali gayri menkulenin tasarrufu hakkında kanuni muvakkatin 15. inci maddesine (Serkis Karakoç, Tahşiyeli Kavanin, cilt 1 s. 493) bak.

BORÇ MÜNASEBETLERİ

GENEL OLARAK

93 — Burada genel olarak borçmünasebetlerine, mukavele serbestliğine, örf ve âdete, iyi niyete ve akitlere dair bazı malûmat verilecek; haksız iktisap (ribâ) dan ve borç münasebeti ile sıkı ilgisi bulunan mesuliyetten, haksız fiillerden ve borç münasebetlerinin sukut ve zevalinden, ve saireden bahsedilecektir.

Evvelce de işaret edildiği üzere İslâm, eşyada ibahayı asıl addeder (İbni Abidin, cilt 1 s. 98); mübâdele ve kazancı makbul ve helâl görür. Şüphesiz bu yolda başkasını izrâra, tâğrîre, haksız iktisaba müsaade edilmemiştir. Bu, bu gün de böyledir. Böyle olduğu halde İslâm hukukçuları pek çok muamelelere kolayca bir haram damgası vurmuşlar, âdeti vehim halinde bir ribâ endişesiyle ve kendileri tarafından kurulan dini hukuk sisteminin muhafazası gayretiyle en mühim ve en geniş hayat münasebetlerini, sert bir tazyik ve kontrol altına almışlar, böylece akit tiplerini, çeşitlerini tayin, tahdit, akitleri sıkı suretle takyit ederek bunlar için aşağıda (No. 129 bak.) da görüleceği üzere bir çok butlan ve fesat sebepleri ihdas ve tesbit etmişlerdir.

Gariptir ki Fıkıh kitaplarında ve onu tekrar suretiyle mecelle şerhlerinde her hukukî iş ve muamele Kur'an ve sünnete ve icma'a dayandırılarak meşru gösterilmiştir. Denebilir ki meselâ bu kaynaklarda icarın makbul olduğuna dair bir hüküm çıkarılamamış olsa, İslâm hukukçularını akıl ve mantık icaplarıyla böyle bir muamelenin meşrûiyetine ikna' etmek mümkün olmayacaktır ve hakikatte de olmamıştır. Bu suretle İslâm cemiyetlerinde kuru bir taassup yaratılmış (1) öte taraftan alay alay uydurulan çirkin çâre (hiyle) ler (2) hçş, şer'i görülmüştür.

(1) Kur'an, gulüv ve inadı men eder. Kul ya ehlel kitâbi lâ teglû fi dinikûm gayrel hakkî (Mâide suresi, Âyet 77).

(2) Hiyle sözü yol, çâre mânâsındır (Nisa sûresi, âyet 98 bak.). Cem'i hiyledir. Şer'i hiyle şer'i mahlas, tedbir, çâre olmak üzere kullanılmıştır. Asıl hiyle dediğimiz şeye araplar hud'a derler (mekr ve keyd kelimeleri hakkında A'raf suresi, âyet 98; Enfal suresi, âyet 18 ve 30 bak.). Fıkıhda hiylenin en maruf nümunesi faizi, beyi' yolunda meşru kılma muamelesinde görülür (aşa. No. 152). Hiyleye fıkıhın yalnız muamelât kesiminde değil, başka bahislerinde, talâk ve nikâh işlerinde de başvurulmuştur ve «her hiyle ki onunla haramdan kurtulmak yahut helâle ulaşmak için olur, hasendir, iyidir, güzeldir denilmiştir (Tahtavî; yuk. s. 6, 96 n. 3, 106, n. 4 107; Ali Haydar şerhi cilt 2 s. 261; Hacı Zihni,

Bilhassa içtihat kapısı kapatıldıktan, atâlet, cehâlet ve taassup etrafı bürüdükten sonra İslâm âlemi tamamen ışıksız, havasız kalmış, yavaş yavaş ölü hale sokulmuştur. Vakit vakit alınan tedbirler gene eski imamların reylerinden birini ihtiyardan ibaret kalmıştır.

Gerçi eski Roma hukukunda da bugün bildiğimiz akitlerden bir takımı meçhul idi (A. B. Schwarz, borçlar hukuku dersleri 1948, s. 10); fakat garp hukukçuları akla istinat eden, hayattan ilham alan hukuk telekkilerinden hareket ederek iktisadî hayatın inkişaflarını ve bu suretle ticaret ve refâhı kolaylaştırdıkları halde İslâm hukukçuları akli ihmal etmişler, mecelle mazbatasını yazanlar insanın medeni bittabi' olduğunu (1) tekrar etmekle beraber medeniyet icaplarına uymak mecburiyetini idrâk edememişlerdir.

İslâm hukukunda hükümler esas itibariyle âmirdir, mecburidir (Yuk. No. 44 bak). Taraflar mukaveleli ne'ini, muhtevasını istedikleri gibi ta'yin edemezler, ticarî, iktisadî hayatın inkişafında büyük rol oynayan mukavele serbestliğine, bugünkü hukukda dispozitif hukuk denilen, tarafların ahlâk ve adâba, amme nizamı ve menfaatine, kanunun sarîh hükümlerine aykırı olmak şartıyla hilâfına mukavele yapabilecekleri kaidelere İslâm Hukukunda hemen hemen yer verilmemiştir; daha doğrusu kendi anlayışlarına muhalif olan her şey bütünü bunlara aykırı görülmüştür (2).

Mukâvele serbestliği hakkında hakiki İslâm görüşünü, Seyit beyin başkanlığındaki «medenî kanun tâli komisyonu», nun 1332 yılında tesbit ettiği esasların birincisini teşkil eden ve 1339 yılında toplanan «Kanunî medenî ve ukûd münâkehât ve müfârekât, s. 208 ve s. 264 bak.). Mezhepler arasında hiyleyi en ziyade tervec eden Hanefî mezhebidir (İzmîrî İsmail Hakkı, İlmî Hilâfında fıkıhın hiyle bahsi hakkında malûmat vermiştir; s. 145 ve sonrakilere bak; Jean Baz, Essai sur la fraude à la loi en droit musulman, Paris, Sirey. Bu günkü hukuk için, Hamide Topçuoğlu: Kanuna karşı hiyle 1950).

(1) Annêl insane medeniyun bittabi', ey muhtacum fi taayyühî illetmeddüni ve hüve ictimâuhü maa benî nevîhî yeteâvenüne ve yeteşâreküne fi tahsil gîzâ vel libası vel meskeni ve gayrihâ.

(2) Kimıldama alanı pek dardır (yuk. No. 44 bak.). Mebi'in teslim edileceğine dair mukaveleye şart konabilir (mecelle 285). Bir mal her türlü ayıp dâvasından beri olmak şartıyla satıldıkta müşteri için ayıp muhayyerliği yoktur (mecelle 342 bak.). Fakat icarda mecurun başkasına icar edilemeyeceği hakkında bir şart konulsa dahi, müstecir mecuru başkasına kiralayabilir (mecelle 428). Hibe teahhüdü hükümsüzdür. Sigorta mukavelenemesine, tesadüfe bağlı ve ribâyı mutazammın görüldüğünden cevaz verilmemiştir (M. Züh-tü, sigorta 1926 s. 97 - 126; Cevat Paşa tarihi cilt 11, s. 6 ve sonr. Mahmut Esat, Tarihî İlmî Hukuk, s. 258 bak.). Esasen üçüncü şahıs lehine bir mukavele kabul edilmemiştir. (Kanunî medenî tâli komisyonu lâyihasında (s. 26, 27) deniliyor ki: ... pek eskidenberi vakif yapılırken hazır, hatta belki de mevcut olmayan eşhasın meşrûnunleh olarak gösterildiği maruf ve meşrudur. Bu itibarla bir akid zımında tarafların üçüncü bir şahıs lehine şart dermiyan etmeleri caiz ve bu şahsın meşrûnaleyhe karşı bizzat müracaat hakkı makbul olması esası kabul edilerek hem fıkıh hükümlerine ve hem de asrın ihtiyaçlarına uyulmuştur.) (aşa. No. 129 bak.). Bir alacağın borçludan başkasına temlikî sahih değildir. Anonim şirkete yer verilmemiş, umumiyetle sermaye hakkında bir çok tahditler konmuştur (yuk. No. 69 ve notlarına, aşağı. No. 122 bak.).

ve vacibât komisyonu» nda aynen teyit edilen aşağıdaki satırlardan anlayabiliriz (1).

«Mecellenin şart ile beyi' (ve icare) hakkındaki mevaddı mahsusasına (ve diğer akitlerdeki şartlara) göre muamelelerin ekserisi kanunen muteber olmak lâzımgelir. Zira tüccar olsun, zürra olsun veya diğer efraddan olsun her sınıf halk arasında icra edilmekte olan bilcümle ukut ve mukavelelerde taraflar bilâ tefrik her nevi' şartları dermiyan etmektedir. Mezkûr şartların ekserisi mecelleye göre müfsit şartlar cümlesindedir. Bu misillü akitleri ve mukaveleleri muteber tutmak nâsın muamelelerinin genişlemesine ve ticârî, sınâî, zıraf işlerin ve binnetice kamu servetinin istenildiği derecede gelişmesine engel olmak demektir. Bu cihetle zamanımızda mukavele serbestliği esasının kabulü zarurî ihtiyaçlardan sayılır. Bu esâsın ticaret kanununa derci de yetmez. Buna öbür muamelelerde dahi şiddetle ihtiyaç vardır. Fazla olarak bu esâsın kabulüne karşı hiçbir şer'i memnûiyet olmadığı gibi fıkıh, hilâf kitaplarında ve mecellenin mazbatasında dahi beyan bulunduğu veçhile büyük müçtehidlerden İmam İbni Şibrime'nin mezhebine de uygundur. Zira müşarünileyhe göre her nevi' şart ile hem beyi', hem de şart sahih ve muteberdir. «Elmüslimüne inde şurûtihim» ve «Ennâsu alâ şurûtihim» suretlerinde vârid olan hadîsi meşhur da bu fikri müeyyittir... Kur'an'ın «Ya eyyuhel lezine amenû lâ tekülû emvâleküm beyneküm bilbâtılı illâ en tekûne ticareten an terâzin minküm» ve «Yâ eyyühellezine âmenû evfû bil ukûdi» ve «Evfû bil ahdi» (2) gibi nassları da bunu teyit ediyor. ... İbnül kayyim'in dediği gibi eşya ve ef'alde asl olan ibahadır kaidei fikhiyesi de zikrolunan esas ve mezhebin sıhhatine ayrıca şahadet etmektedir.» (3).

94 — Diğer taraftan İslâm Hukukçuları şekil hususunda gayet serbest davranmışlardır, yani caiz görülen bütün akit tipleri için yazılı bir şekil mecburiyeti koymamışlardır. Gayrimenkul malların temlik, evlenme akdi, umumiyetle hibe, kefalet gibi akitler için bugünkü hukukumuzun, muteberlik şartı olarak koyduğu yazılı şekil veya bir memurun huzuru aranmaz ve gene aşağıda yargılama bahsinde de görüleceği üzere İslâm Hukukunda herhangi bir hakkın şahit ile isbatı mümkündür. Arazinin ferâğında arazi sahibinin izni lâzım olmasının sebebi başkadır (A. B. Schwarz, Borçlar hukuku dersle-

(1) Kanunî medenî tali komisyonu lâyahası, İstanbul, Matbaai âmire 1332, s. 5, Yuk. s. 63 n. 1; Ceridej adliye, Ağustos 1339 bak.

(2) Ahde vefâya dâir âyetler: İsrâ sûresi, âyet 34; Nahl sûresi, âyet 91, 92, Ali İmran sûresi, âyet 76; Tevbe sûresi, âyet 4 ve 8; Mu'minûn sûresi, âyet 8; Bekara sûresi, âyet 177 Mâide sûresinin 1 inci âyeti.

(3) Ömer Nasuhî Bilmen, başkasının mülkünde veya cebinde bulunan altınlara karşı bir ibâha dan bahsedilemeyeceğini söylüyor. Bu, pek tabiidir; fakat mesele bu değildir. Akitlerin şu veya bu şartlarla fâsit veya bâtil olacağı yolunda ferdin ma'kul ve hayatın nakbul gördüğü irâdesine müdâhale roahiyetindeki içtihatlar bahis mevzuudur. Yoksa İbâna ye dayanarak gayrin izrarı, mülkiyete tecavüz caizdi gibi bir iddiada bulunan yoktur (Hukukî İslâmiye ve istilâhâtı fikhiye, cilt 1, s. 185 bak; yuk. s. 59 n. 1, s. 90, n. 3 ve s. 103, s. 129 n. 3).

ri 1948, cilt 1, s. 241 n. 3 ve s. 242, n. 5 bak; Kabz şartı hakkında yuk. No. 32, n. 2 bak.).

95 – İslâm hukukuna göre bir takım akitler bir taraflı olarak fesh edilebilir; meselâ beyi, ileride görüleceği üzere (No. 133 bak.) mün'akid olduktan sonra bir çok muhayyerlikler sebebiyle tehlikededir ve bunlardan biriyle fesh edilebilir (mecelle 115). İcar bir taraftan muhayyerlikler ve öbür taraftan özür sebebi ile feshe ma'ruzdur (aş. No. 141). Rehin ancak kabz ile tamam olduğundan râhin teslimden önce rücu' edebilir (mecelle 706, yuk. s. 101 baş tarafına bak.). Mutlak havâlede teva (aş. havale bahsine s. 140 n. 1 bak.)nın tahakkuk etmesi mukayyet hâvalerde muhalünbih'in telef olması halinde havaleden rücu edilebilir (mecelle 693 - 695). Hibede mevhuu mevhubunleh'in elinde mevcut oldukça ve rucua manî' muayyen sebepler bulunmadıkça rücu' caizdir. Vekâlet (mecelle 1521, 1522), âriyet (mecelle 806) mutlak olsun muvakkat olsun rücu' edilebilen akitlerdendir. İda' da böyledir (mecelle 774 şirket akdini (mecelle 1353) şeriklerden biri fesh edebilir (1). Bugünkü hukukumuzda da akitler için bir takım rücu' sebepleri şüphesiz vardır (2).

96 – İslâm hukukçuları evvelce de işaret ettiğimiz gibi iyi niyete lâzımgelen ehemmiyeti vermiş sayılmaz. Bilhassa yukarıda görüldüğü üzere taraflar akdin muhtevasını iyi niyet esasına dayanarak bizzat tayin hususunda serbest değildir. Bir şahsın zilyet bulunduğu malı iyi niyet ile, onu mâlik sayarak iktisap eden kimse bu iktisabında daima himaye edilmez (yuk. s. 98, aş. No. 131 bak.). Nitekim hukukî işde hata halleri de işlenmemiştir. Münferit meselelerde iyi niyete i'tibar edildiği görülür; meselâ istihkak muhayyerliğinde müşterinin satın aldığı malın başkasına ait olduğunu bilmemiş olması gibi (Reddi muhtar ve Tahtâ'vi) (3).

(1) Mahmut Esat, tarihi ilmi hukuk s. 256. Ebul ula Mardin, Ahmet Cevdet Paşa s. 222 No. 7 bak; aş. No. 146 bak.

(2) Meselâ vekâletten her iki taraf rücu' edebilir (Bk. 396); âriyette müddet tâyin edilmemiş ise âriyet geri istenebilir (Bak. 806). Hibeden rücu' mümkündür (Bk. 244, 245). Havaleden de BK. 461 dairesinde rücu' olunabilir. İda' da müddet ta'yin edilmiş olsa bile müdi' her vakit ida' edileni geri alabilir (Bak. 466). Gerek İslâm hukukunda ve gerek bu günkü hukukda bir takım akitler taraflardan birinin ölümü veya iflâsı sebebiyle veya başka sebeplerle feshedilir. Münferit borç münâsebetleri kısmına bak.

(3) Bir reculi adl zevce nezdinde gaip zevcesinin kendisini boşadığına şahadet etse zevce inandığı takdirde iddeti geçtikten sonra başka bir erkeğe varabilir (Ceridei İlmiye, adet 26). Gene meselâ gasb da iyi niyet, uhrevi mesuliyetten kurtarır; yani başkasına ait bir malı, onun olduğunu bilmiyerek almış ise âsim olmaz. Şu âyete bakınız: «Leyse aleyküm cünahun fima ehta'tüm bihi velâkin mâ taammedet kulübüküm» Ahzab sûresi (33 üncü süre âyet 5). Ayetin mâ'nası şudur: «Mamafih hata ettiğiniz hususlarda - yani gerek bu nehiyden evvel ve gerek sonra kasdınız olmaksızın sehve nisyan ile yaptığımız yanlışlıklarda üzerinize bir günah yoktur, lâkin kalplerinizin teammüt ettiği, işte günah ondadır. Allah gafur, rahim bulunuyor - hata edeni af eder (Hamdi Yazır, Kur'an Dili, cilt 5, s. 3870. Yuk. o. 33, aş. No. 126 bak.).

Hakkın kötüye kullanılmasını men' yolunda da bir prensip yoktur denemez; esas itibariyle böyle bir prensibin yürür olduğunu kabul etmek lâzımdır. Bilhassa yukarda, aynı haklar bahsinde görüldüğü üzere herkes kendi mülkünde keyfomâyeşâ tasarruf ederse de başkasını izrar edemez. Mecellenin 1261 inçî maddesinde de tasrih edildiği gibi bir kimse mülkü olmayan sahrada ateş yaksa herkes ondan intifa' edebilir: ısınabilir, elbisesini kurutabilir ve ışığında bir şey dikebilir, okuyabilir; ateş sahibi onu bundan men' edemez. Fakat sahibinin izni olmadıkça ondan kimse bir kor alamaz. Veli, vasi gibi kimseler kendilerine âit olan hak ve selâhiyetleri yerinde olmayarak kullanmaktan imtina' ederlerse kadı müdahale eder. Koca ikametgâhı tâyinde haklı ise de onu başka bir yere nakil, karısını ehlinden uzaklaştırmak, eza vermek kasdiyle olursa müsaade olunmaz (Ali Haydar, Kitabünnafakat, madde 182).

97 – Örf ve âdet. İslâm hukukçuları örfe - bugünkü hukukda olduğu gibi - ikinci derecede bir mevki' vermişlerdir, yani hakkında nass olmayan hususlarda örfe itibar edilebileceğini kabul etmişlerdir. Şu farkla ki modern hukukda örfe tekaddüm eden, lâyük bir makamın esas teşkilât kanununa göre koyduğu yazılı hukuk, yani beşeri kanundur. İslâm hukukçularınca ise bu kitap, sünnet ve nihayet içtima olarak tanınmıştır.

Adet (çoğulu avâit) islâm hukukçularınca nüfusda (yani nefislerde) müstakar ve tabâyi'i selîme indinde makbul olan tekrarlanmış umura, işlere (ki amelî de, fi'lî de olur, İzmirli İsmail Hakkı; İlmi Hilâf s. 110) denir. Örf ise ukûl'ün şahâdetiyle şöhret bulup tebâyi'i selîmenin kabullandığı şeydir. Bununla beraber bu iki mef'hum bir mâ'nada kullanılmaktadır. Nitekim mecelle 36 mncı maddesinde böyle yapmıştır. Örf ve âdete teâruf ve teâmül de denilir.

Örf ve teamül iki türdür: Amm, külli veya hâss olur. Bütün bir cemaatin örfü birincisini, muayen bir taifeninki ikincisini teşkil eder.

Örf ve âdet gerek âmm olsun, gerek hâss olsun muhakkemdir; yani bir hükmü ispat için örf ve teâmül hakem kılınır; niza' halinde ona müracaat edilir. Mecellerin 36 mncı maddesinde tasrih edilen ve «Müslümanların iyi gördükleri şey Allah indinde de iyidir» meâlindeki hadîse dayanarak bu esastan islâm hukukçuları daha bir takım kaideler çıkarmışlardır: Nâsın istimali bir huccettir ki onunla amel vâcib olur (mecelle, 37 yuk. No. 19 bak). Adeten mümten'i olan şey hakikaten mümteni gibidir (mecelle 38). Ezmân ın tebeddülü inkâr olunamaz (mecelle 89). Adet'in delâleti ile hakiki mâna terk olunur (mecelle 40). Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir (mecelle 43). Beynettüccar ma'ruf olan şey beyinlerinde meşrut gibidir (mecelle 44). Örf ile tayin nass ile tayin gibidir (mecelle 45).

Bâyi ayıplı olduğunu bildiği bir malı ahara satacak oldukça ayıbını müşteriye beyan etmesi lâzımgelip gizlemekle müşteriye zarar vermesi haram ve memnu'dur (Ali Haydar şerhi cilt 1, s. 74). Keza icarda, cilt 2, s. 874 bak.

Fakat yukarıda işaret ettiğimiz üzere «şer'a muhalif olan örf ve adete i'tibar yoktur. İmam Ebu Yusufdan bir rivayete (Yuk. No. 11 ve 20 bak.) nass âdet ve isti'male mebnî ise i'tibar örf ve âdete ve değil ise nassadır. Şöyle ki altın ve gümüşün veznî ve buğday, arpa, hurma ve tuzun keyli olması hakkında nass, yani hadisi şerif varid olmakla tarafeyne - İmamı Azama ve Muhammed'e - göre bunlarda nass'a itibar olunacağından buğdayın buğday mukabilinde beyi' ve mübadelesinde keyl'de tesâvi ya'ni eşitlik şart olup keyl'de buna riayet edilmiyerek vezin de tesaviye riayet edilse mübâdele câiz değildir, nitekim altın ve gümüş mevzûnât dan olmakla bunlarda kile ile müamele, yani meselâ ikraz ve istikraz caiz değil iken İmam Ebu Yusuf'a göre bu altı şey (eşyâi sitte) den (1) altın ve gümüşün veznî ve buğday ve arpanın, tuz ve hurmanın keyli olması hakkındaki nass, asrı saadetteki nâs'ın örf ve âdeti ve isti'mali öyle olduğundan ve bu gibi örf ve âdete ve isti'male mebnî olan nass'ın hükmü örf ve âdetin tebeddülüyle tebeddül edeceğinden i'tibar örf ve âdete ve isti'maledir. Bu, nefselemerde nass'a muhalif bulunan örf ile amel olmayıp, belki nass'ı te'vildir. Zamanımızda altın ve gümüş gerek madrub ve gerek gayri madrub olsun asrı saadette olduğu gibi mevzun, ve gümüş madrub ve gerek gayri madrub olsun asrı saadette olduğu gibi arpa ve buğday dahi mekil bulunmuştur. Vakıa altın ve gümüşün madrup olan kısmı nâs arasında sayı ile teati ve tedavül ediyorsa da bunun sebebi üzretlerinde vezin alâmeti olan darb mevcut olmasından ileri gelip yoksa bunlardan dolayı zamanımızda bunlar adedi olmuş değildir. Hatta bunların silik olmak gibi vezinde eksiklik alâmeti bulunduğu takdirde sayı ile kabul edilmemesi de bunların mevzun olmasındandır. Fakat zamanımızda tuz ve hurma da vezin ile nuamele edilmekte olması İmam Yusuf mezhebine mebnî bulunmuştur. Yağ, şeker ve un gibi mallar hakkında nass varid olmamakla bunlarda nâs'ın öf ve âdetine tevfiik olunur» (Ali Haydar, mecelle 37 şerhi; İzmirli İsmail Hakkı, İlmî Hilâf s. 117 bak.).

BORÇ DOĞURAN SEBEPLER

AKİT

98 - İki veya daha ziyade kimseler arasında birinin öbürüne bir şey edâ etmek mecburiyetini tazammun eden hukuki bağa Roma hukukunda obligatio, denir (2). Bu kimselerden biri alacaklı öbürü borçludur. Obligasyon alacaklı için bir alacak, borçlu bakımından bir borç, bir mükellefiyettir. İslâm Hukukunda obligasyonu ifade eden umumî bir tâ'bir yoktur. Avrupa'î kanunların ve hukukî eserlerin tercümelerinde buna vecibe ve cemî' olarak vecâip, vâcibât denildiği olmuştur, arapça kitaplarda da bu söz görülür (El mukârenat uttesriyye bak). Deyn tâbiri esas itibariyle ayn karşılığını ifade eder (Yuk.

(1) Bunlara eşyâ'i ribeviye denir.

(2) A. B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri 1948 s. 1.

No. 68 bak.) (1).

Bergsträsser, obligasion mukabili en uygun tabirin zimmet olduğunu söyler (2) Mecellenin 8 inci maddesinde nakledilen berâeti zimmet asıldır kaidesinde zimmet sözü bir mükellefiyet, mes'uliyet ifade eder. Türkçemizde zimmeti var, zimmeti çıktı tâbirleriyle de borç kastedilmektedir (Ahmet Resit, İslâmiyet ve Milletler arası Hukuk s. 24 bak.). İsviçrenin obligation kanunu da bize borçlar kanunu diye tercüme edilmiştir.

Obligasion (vecibe, borç) yukarıda (No. 30) gördüğümüz üzere irâdeden, cürümden doğar. Vakıalardan, yani insanın irâdesi ve fi'li olmaksızın da doğabilir. İşte Mecelle 1060 ıncı maddesinde söylendiği gibi iki kişinin zahireleri içinde buldukları çuvalların delinmesi suretiyle birbirine karışır sa bu zahire ikisi arasında müşterek olur.

Borcun doğması bir vucûb ifade eder, yani mükellefin zimmeti deyn ile meşgul olur ve bugünkü tâbirle alacaklı için de subjektif bir hak doğar; meselâ bir beyi akdi yapılmakla müşteri semeni vermek ve bâyi' de malı müşteriye teslim etmek mükellefiyeti altına girer. Bu günkü hukukda Subjektif hak ile iddia nasıl birbirinden başka ise İslâm hukuku da nefsi vucûb (subjektif hak) ile vucûbi edâ yı, yani iddia yı (mutâlebeyi) birbirinden ayırır; meselâ bir kimse altı ay va'de ile birinden borç alsa bu karz akdinin yapıldığı anda nefsi vucûb, borç tahakkuk eder. Fakat eccl hulul etmeden ödenmesi vâcip olmaz; alacaklı borçluyu mutâlebe edemez; vucûb'i edâ (iddia) ecelin hulûliyle tahakkuk eder.

99 – İrâdeden, hukuki işten doğan borçlar, ya bir tarafın irâdesine veya iki tarafın irâdesine müstenit olur. Bir taraflı irâdeye müstenit borca cuâle misal verilebilir (3). Mahmut Esat Tarih İlmi hukukunda (s. 254 - No. 3) ke-fâleti göstermektedir.

İki veya daha ziyade tarafın iradelerinden meydana gelen hukuki münasebete, hukuki işe akit denir. Akit, obligasyonun en önemli doğum sebebidir.

(1) Her deyn in bir alacaklısı vardır. Alacaklıya bu kelimenin ismi fail - sigasıyla dâin, borçluya medyun veya garim denir. Gârım tabiri alacaklıya da ifade eder, cem'i guremâ dır. Bu, daha ziyade müteaddit alacaklılar, iflâs ve terike alacaklıları için kullanılır.

(2) Zimmet insanın, leh ve aleyhine hukukun şubütuna ehliyetini tazammun eden vasfı olarak ta'rif edilmiştir. Bu ta'bir patrimoin karşılığı olarak da kullanılmıştır, yuk. No. 51 bak.

(3) Cuâle, zâyi olan bir şeyin reddi mukabilinde veya ma'lum veya meçhul bir amel hakkında muayyen veya gayri muayyen şahıs için bir borç iltizamıdır. Bu ivaza cu'ul (Kamus: ayakteri ve elkîrâsı gibi bir iş, amel mukabelesine şart olunan ivaz ve ücrete) denir; meselâ bir malın zayı eden bir kimsenin bunu bana kim bulup getirirse şu kadar lira vereceğim diye ilan etmesi gibi. Bu ilanı yapana hanefî mezhebine göre üsret la-zingelmez. Çünkü bulan (ecir), iltizam zamanında meçhul olmakla teahhüt sahih değildir. Fakat Şafii ve Maliki fihına göre caizdir. Çünkü nâs'ın buna ihtiyacı vardır (Ali Haydar mecelle madde 449 ve 769 şerhine, yuk. No. 73 4 üncü bendine ve Bidayetül Müctehit fi Nihayetül Muktasit, cilt 2 s. 196 bak. Sultan Süleyman kanunnamesinde cu'ul

Fıkıhın muâmelât kesimi asıl bu akitler sâhasıdır. Akitleri bir tarafa veya daha ziyade taraflara mükellefiyet yükleyen akitler diye ikiye ayrabiliriz. Hibe, ariyet gibi akitlerde tarafların her ikisi borç altına girmeyip mükellefiyet bir taraflıdır. O bir taraf sadece alacaktır. Fakat icâ'e, beyi' akitleri her iki tarafa borç tahmil eder. Bunlar muâvezâtür. (Yunancadan alınma tâbiriyle bugün bunlara synallagmatik akitler denir).

Akitler bir taraflı veya iki taraflı mükellefiyet doğursun esas itibariyle bir tarafın icâbı ve öbür tarafın kabulü ile münakid olur (1) Akdın mevzuu üzerinde tarafların rızâları birleşmiş olmalıdır, zımnen muvafakat kâfidir (mecelle 178); icâp ne muhtevada yapılmış ise kabul ancak ona dair olabilir; yoksa âkitlerin semeni yahut müsemmeni teb'iz ve tefrik etmeye selâhiyeti yoktur (2). Kefalet yalnız kefilin icâbiyle mün'akit ve nâfiz olur. Fakat mekfülün leh dilerse reddedebilir (aşâ. No. 157 ve sonr. bak. imamlar arasında ihtilâf vardır). Rehin ve hibede akdın tamam olması için kabız da lâzımdır (mecelle, 706 ve 837). İcâp ve kabul sözle veya yazı ile (mecelle 173) ve nihayet yukarıda (No. 30) görüldüğü üzere dilsizin maruf işareti ile de olabilir. Kabul, icâbın yapıldığı mecliste yani akit için vukubulan görüşme içinde olmak lâzımdır. Fakat icâbi yapan, meclisin sonuna kadar muhayyerdir; öbür tarafın kabulünden önce, icabında rücu' edebilir. Bu suretle icâp batıl olacağından ondan sonra kabul ile akit, mün'akit olmaz. (mecelle 181 - 184). Bu günkü hukukda ise icâbi yapan, meclis dağılıncaya, yani taraflar birbirinden ayrılincaya kadar icâbı ile bağlıdır. İcâbi yapanın kabulden önce ölümü veya ehliyetsizliği ile de - esas itibariyle - icâp batıl olmaz (A. B. Schwarz, borçlar hukuku dersleri, s. 219, 221). Fakat kabulden sonra taraflardan her biri, henüz bir birlerinden ayrılmış olmasalar dahi artık akitten dönemez; ancak akitten rücu' hakkı şart koşulabilir (şart muhayyerliği için aşâ. münferit borç münasebetleri, beyi' bahsine bak.) İmam Şafiîye göre ayılma olmadıkça tarafların hiyari meclisleri vardır; yani kabulden sonra dahi bir taraf akdi feshedebilir, s. 85 bak)

100 - İcâp ve kabulde ciddi, bir hukukî iltizam kasdı bulunmalıdır. Alay ve şaka kabilinden sözlerle bir akit meydana gelmez. Fakat akdın ciddi

den bahis vardır (madde 96). İstanbul'da toplanan vâcibat komisyonu cuâle hakkında müteaddit maddeler kabul etmişti (Ceridei Adliye, 1339 - 1340, sayı 16 - 18, s. 56 bak. Bugünkü hukuk için A. B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, 1948, s. 274 sonu ve s. 275 bak.) Bir taraflı hukukî iş olması lazımgelen vasiyet hakkında ilerde miras hukukuna bak.

(1) Hak ihdas eden, yani tasarrufî iş mahiyetinde olan, modern hukukda inşai, yapıcı işlere, haklara taalluk eden bir taraflı beyanlarda kabule mahal yoktur. Bir rakikin (kölenin) itakı (azad edilmesi), bir borçlunun ibrâsı gibi. Bunlar mücerret bir beyan ile hukukî netice meydana getiren işlerdir. Bunlara müneccez yahut naciz tasarruflar da denir.

(2) Safka, âkitlerden birinin elini öbürünün eline vurması ma'nasına olup mecaz manasıyla akdın kendisine denir.

olarak yapılmış olduğu asıl sayılır (Ali Haydar, cilt 1, s. 260 bak.). Mücerret vaidler ilzam kuvvetini haiz değildir. Fakat bir hususa ta'lik edilen vaid, o hususun tahakkuku ile lâzım olur (mecelle 84, 623); meselâ bir kimseye bu malı falan adama sat, parasını vermezse ben veririm diyen şahıs mal satılıp müşteri tarafından para ödenmezse bunu ödemeğe mecbur tutulur (Yük. No. 83 bak.) Amma bir kimse benim şu kadar borcumu kendi malından öde diye bir şahsa emir edip o da vaid ettikten sonra ödemekten imtina etse mücerret bu vaidle borcu ödemeğe icbar olunamayacaktır (Ali Haydar, madde 84 şerhi). Muaşeret adabı ve nezaket icabı ve mülâhazalariyle yapılan vaid ve meselâ dâvetler de bir borç doğurmamak icabeder.

Akitler esas itibariyle mazi sigasiyle olur. Geleceğe taalluk eden sözlerle, yani meselâ alacağım, satacağım, kiralayacağım gibi sözlere karşı sattım, aldım suretinde vaki cevap ile akit mün'akit olmaz. Şu kadar liraya satın al gibi sözlerle şimdiki zaman, hal murat olunur veya söz gelişi iktizâ ederse bu mu'teber bir icap sayılır (mecelle 169 - 172, 434, 435, 623; yuk. No. 30 bak.) aksi takdi de öbür taraftan bir kabul ile akit tamam olmaz (1).

Akitlerde tarafların âkil, mümeyyiz veya baliğ olmaları şarttır. Bu ehliyet, fıkıhda şart olarak gösterilmiş ve kazuistik yolda tanzim edilmiştir. Bu, mecelle maddelerinde (beyi' 361, icâre 444, kefâlet 628, havâle 684, rehin 708, vedia 776, âriet 809, hibe 859 bak) görülmektedir. (yuk. No. 43 bak.)

R'sâlet yolu ile yapılan akitte resul, akdin muhtevasını muhâtaba ihbar ve tebliğ edip de muhatap aynı meclisde kabul ederse akit mün'akit olur. (yuk. No. 47 bak.) Mektup ile yapılan icâba mektubun diğer tarafa vusûliyle okuyup muhtevasına vâkif olması üzerine kabul ederek cevap yazsa veya vâkif olduğu meclisde şifâhen kabul etse bu suretle yine akit tamamlanmış olur.

HAKSIZ İKTİSAP

101 – Haksız iktisap, bu tabir, yeni hukukumuzda görülen bir tabirdir; bu makamda sebepsiz iktisap, sebepsiz zenginleşme sözleri de kullanılmıştır. Medeni kanun tali komisyonu lâyi' asında «me'huzat i gayri muhikkadan - tevellüd eden vecaib» adı verilmiştir.

Fıkıhda bunu başlıca ribâ teşkil eder. Ribâ, ziyade mânasınadır; fıkıh istilâhında ivazdan hali olan mal fazlası diye tarif edilmiştir (huve faz'lun, halin an ivazin) yahut (fazlu mâlin, hâlin an ivazin) (2). Muâvazât da bahis mev-

(1) Ve levkâne ehadul lafzeyni ibaretün aril müstabbeli bien yekule ehadühümüa bi'ni feyekululâlaru bi'tu ev yekulu işteri feyekulu iştereytü la yen, akidül bey'u indenâ bi hilâfm nikâhi (Serabsi; cilt 12 s. 109; keza Tahtâvi (Fibeyani şurutil bey'i); ilel emru-izâ delle al el hâli

(2) Abdurrahmanul cezîri, kitabülfıkıh al el mezahibil erbaa, cüz'i sani s. 245: Emma fi istilâhil fukahai fehuve ziyadetu ehadil bedeleyn il mütecânisiyeni min gayri en yukâbile hazihizziyadete ivazzun.

zuu olur. Bir muâvaza akdinde ivazsız kalan her hangi bir fazla demektir. Bu mânada ribâ karz akdinde cari ve mutad olan faizden daha geniş bir mefhumdur (yuk. s. 59 No. 1 bak.).

102 — «Bir muâvaza akdi zımnında olmayınca riba tasavvur olunamaz. Cinsi, ölçüsü bir olan şeyler birbirleriyle mübâdele edildiği zaman iki bedel arasındaki tefazül tahakkuk eder; yani riba'nın miyasyı cins ve miktar veya her biridir. Muâvaza akdinin esası, malı mala bitterazi, yani iki tarafın rızasıyle mübâdele demek olan beyi'dir ki menfaatin beyi demek olan icare de buna mülhaktır. Gerçi beyi' bazan ribhi ifade eder; fakat bu ribh bir değil lâakal iki akdin semeresi olduğundan ivazsız olamaz; yani sayılamaz. On kuruşa alınan bir şey on bir kuruşa satıldığı zamandır ki bir kuruşa kâr denir. Ribâ ise bir akit zımnında olur. Bir akitte cins ve miktarı müttehit iki mal birbirine tekabül ettirilerek mübadele edilmiş olduğu halde arada bir tarafa bedelsiz bir fazla tahakkuk etti mi işte bu bir riba dır ki bedelli olmak üzere verildiği halde karşılığı yoktur; meselâ birine bedelini bilâhare almak üzere karzan on lira verdiniz, harç etti; bir müddet sonra yerine on lira getirip verdi, verdiği anda bu muamele bey'i sarf (aş. No. 127 bak.) suretiyle iki on lirayı bir biriyle mübadeledir. Bunlar cins ve miktarda tamamen mütekabildir. Fakat on lira yerine meselâ on lira on kuruş verilirse bu on kuruş açıktan, bedelsiz verilmiş bir ziyadedir. İşte ribâ âyeti (Bakara suresi, 275 ve sonraki âyetler) nazil olduğu zaman böyle altın ve gümüş nuket ikraziyle ribalandırmak câhiliye araplarında ma'ruf idi. Hatta eğniyasının alelekser yediği, içtiği hep ribâ demekti, biri diğerine bir vâde ile altın veya gümüş bir miktar para ikraz (aş. Na. 152 bak.) eder ve o müddet için istikraz miktarına, aralarında ki teraziye göre - bir miktar ziyade de şart eyle-di. Bu âyet nazil olduğu zaman aralarında en meşhur olan ribâ bu idi. Her hangi bir borçta vâ'de hulul ettiği zaman borçlu veremezse alacaklısına «veremiyeyeğim, irbâ et, yani artır derdi, gene bir miktar daha ribâ zam edilir ve bu suretle vâ'de yenilendiği borcun miktarı artardı ve arta arta aslının bir veya bir kaç mislini bulurdu. Asıl deyn'e re'sülmal ve ziyadesine ribâ ta'bir edilirdi... Cihanın bu günkü fâiz muâmelâtı da mâhiyyeten câhiliye devrinin bu âdetinden başka bir şey değildir» (Hamdi Yazır, Kur'an Dili, cilt 1 s. 952, 953).

Ribâ iki kısımdır: Biri nesie ribasıdır; bu, alınan şeyin iadesini tehir mukabili olan, yani bu tehirten edinilen intifa', ziyadedir. Daha doğrusu bir cinsten olan iki şeyin birini öbürü mukabilinde veya başka başka cinslerden olup veznî, keylî, ziraî veya adedî olmak hususunda müttehit bulunan iki şeyden birini öbürü mukabilinde veresiye olarak mübâdele etmektir. Bunlar mü-savi olsa dahi bu mübâdelede ribâ mevcuddur.

İkincisi fazl ribâsıdır; bu tehirten mücerret ve mukabilsiz olan ziyadedir. Mevzûnat veya mekilattan bir şeyin kendi cinsiyle peşin olarak bir fazlalıkla mübâdelesinde fazl ribâsı bulunur.

103 — Yukarıki misalde vâ'deli ikrazda zam edilen on kuruş tam mânasiy-

le bir ribâ sayılır, haramdır. Bunun gibi, meselâ ağırlıkları müsavi iki altın iki buçuk altına veya iki altın ve şu kadar kuruşa veya bir kile buğdayı bir buçuk kile buğday ile peşin mübâdele etmek haram olduğu gibi on gram gümüşü o miktar veya daha az veya daha çok gram gümüş mukâbilinde, kezâlik iki kile buğdayı bir veya iki veya üç kile buğday veya arpa mukâbili veresiye satmak da caiz değildir; bir metre şam kumaşını aynı cinsten bir veya iki metre şam kumaşı veya başka cinsten mesela o kadar bursa kumaşı mukâbilinde veresiye satmakta da bir ribâ vardır (Ömer Nasuhî Bilmen, cilt 5 s. 114, 115) (1).

Bu hükümler yukarda (No. 71, 97) işaret ettiğimiz üzere Kur'an'ın bu baptaki âyetlerine ve bir hadîs'e istinat eder. Kur'anı Kerim'de ribâyâ dair olan bu âyetlerin biri Mekke'de öbürleri Medine'de nazil olmuştur. Rum sûresindeki Mekki'dir; Bekara, Nisa, Ali İmran sûrelerindeki Medeni'dir. Hadîs, Hac-cetul vedâ'da irad buyurulmuştur.

Âyetler şunlardır: «Ve inâ ateytum min ribâ li yerbû fi emvalin nâs'i fe-la yerbû indellahi vemâ ateytum min zekâtin turidune vechallâhi ve ulâike hum ul muflihûn» (Rum sûresi, âyet 39). «Ve ahzihimur ribâ ve kad nehû an hu ve eklihîm emvalen nâsî bil batilî ve a' tednâ lil kâfirine minhum azaben elimen» (Nisa sûresi, âyet 161). «Ya eyyuhellezi amenû la te' kulû ribâ ez'a-fen muzaafeten vettekullâhe lealleküm tuflihûn» (Ali İmran sûresi, âyet 130). Ve nihayet «Ellezine ye'kulûne rriba la yekûmune illâ kemâ yekûmullezi vete-habbetuhu şeytanu minel messi zâlike bi ennehum kalu innî me elbey'u mislur-riba ve ehallel lâhul bey'e ve harremerribâ, femen cae mev'izatun min rebbihî fenteha felehu ma selefâ ve emruhu ilallahî ve men ade fe ulâike eshabun nari hüm fiha halidun. Yemhakkullahurribâ ve yurbissadakati vallahu la yu-hibbu külle keffarin esimin. Innellezine amenû ve amilussalihati ve ekamus-salate ve atuzzekate lehüm ecruhum inde rabbihim vela hafvun aleyhim vela hum yahzenun. Ya eyyuhellezine âmenû ttekullahe ve zerû mâ bakiye miner-ribâ in küntüm mi'minin. Fe in lem tet' alû fe'zenu biharbin minnalla-hi veresulihî ve in tübtüm fe leküm ruûsu emvalikum lâtazli mune ve la tuz-lemûn. Ve in kane zu usretin fe naziretin ilâ meyseretin ve en tesaddeku hayrun leküm in kütüm ta'melun. Vettekû yevmen turceune fihi ilallahî süm-me tuveffa küllünefsin ma kesebet vehum la yuzlemun.» (Bekara sûresi, â-yet 275 - 281) (2).

(1) İletürribâ el kadru velcinsu ... Fe in vücüd el vafânî hurrîmel fazlu vennes'u ve in udimâ, halle ve in vücüde ahaduhuma fekad halle ttefazulu le nnes'e'u (Mulkâ, Bâbur

(2) Âyetlerin ma'naları; Rum sûresine ait: «nas'ın mallarında nemâlansın diye verdiğiniz ribâ (faiz), Allah yanında nemalanmaz, Allah yüzünü (rızasını) murat ederek verdiğiniz zekât ise, işte kat kat yapanlar onlardır» (Hamdi Yazır, Kur'an dili, cilt 5, s. 3819, 3829). Nisa sûresine ait: «ve nehiy edildikleri halde riba almaları ve halkın emvalini haksızlıkla yemeleri sebebiyledir ki (evvelce onlara helâl kılınmış bir çok nimetleri kendilerine haram ettik ve kâfir kalanlarına elim bir azap hazırladık» (Hamdi Yazır, cilt 2, s. 1512). Ali İmran sûresine ait: «ey, o bütün iman edenler, öyle kat kat katlayarak ribâ yi-

Hadis de budur : «Ezzehebu bizzahebi vel fiddatu bil fiddati vel burru bil burri veşşairu bişşairi vettemru bittemri vel milhu bil milhi, mislen bil mislin, savâun bi sevâin, yeden biyedin. Fe iza ihtelefet hâzihil esnafu fe bi'u keyfe şî'tum izâ kâne yeden biyedin» (Abdurrahman ul ceziri, kitabül fıkıh a-lemmezahib il eraba, cüz'i sani s. 248) (1).

Ribâdaki hürmet'in illeti hakkında İmamlar arasında ihtilaf vardır. Hanbeliler ve Hanefilerce keyl ve vezn, Şafiîlerce nakid ve yenir şey olmaktadır. Malikilere göre ziyadelikteki hürmetin illeti, nakdiyyet nakid olmaktadır. Taanda, yani yiyecek şeylerdeki hürmetin illeti fazl ve nesi'e ribalarına göre değişir (Bunlar ve diğer ihtilâflar hakkında yukarıda adı geçen eser, s. 249 - 251. Serahsinin nebsut'u, cilt 12 s. 110 ve sonrakiler. Muhammet Bin Ruşd, bidayetül-müçtehit ve nihayetül muktasit, ikinci cüz s. 107 ve sonrakiler. Ömer asuhi Bilmen, Hukuki islâmiye ve ıstılahatı fıkhiye kamusu. İstanbul Hukuk Fakültesi mecmuası, cilt XVIII sayı 3-4, S. 859 ve sonrakiler. Ali Haydar - Hacı Adil, Usuli fıkıh dersleri s. 354 ve 358. İzmirli İsmail Hakkı, İlmi Hilâf s. 117).

Hamdi Yazır, Âli İmran sûresindeki âyet hakkında: Müfessirlerin ez'afi müzââfa kaydının ihtirazi olmayıp o zamanki hallerin cereyanına göre vuku'î olduğunu ve binaenaleyh asıl nehyin mutlak surette ribâyî tahrim'e müteveccih bulunduğunu beyan ettiklerini, bu âyetin Uhud vak'asını tezkir sadedinde varid olması bunun ilk nazil olan men' ayeti olduğuna delâletten hali olmadığını,

meyin. Allah'dan korkun ki felâh bulasınız.» (Hamdi Yazır, Kur'an dili cilt 2 s. 1173). Bekara suresine ait: «riba yiyen kimseler şeytan çarpan kimse nasıl kalkarsa öyle kalkarlar, bu işde onların «beyi' tıpkı ribâ gibidir.» demeleri yüzünden; halbuki Allah bey'i helâl kıldı, ribâyî haram, bundan böyle her kim rabı tarafından kendine bir öğüt gelir ve ribâdan vaz geçerse artık geçmişi ona ve hakkında hüküm Allah'a aittir. Her kim de döner yeniden ahırsa onlar nâr ashabındandırlar, hep orada kalacaklardır. Allah Ribâyî mahveder de sadakaları nemâlandırır. Hem Allah, vebal yüklenici musırr kâfirlerin hiç birini sevmez. İman edip iyi işler yapan ve namaz kılp zekât veren kimselerin Rabları indindecirleri şüphesiz kendilerinin dir. Ve onlara bir korku yoktur ve mahzun olacak değildir onlar. Ey, o bütün iman edenler; Allahdan korkun ve riba hesabından kalan bekaya yi bırakın, eğer gerçekten mü'minlerseniz. Yok eğer yapmazsanız o halde Allah ve Resulünden mutlak bir Harp olunacağını bilin ve eğer tevbe ederseniz re'sulleriniz sizindir, ne zalim olursunuz ne mazlum ve şayet borçlu sıkıntıda ise o halde bir kolaylıkla intizar, bununla beraber tesadük etmeniz halkınızda daha hahyırldır, eğer bilerseniz. Hem korkun, öyle bir güne hazırlanın ki döndürölüp o gün Allah'a götürüleceksiniz. Sonra herkese kazandığı tamamıyla ödenecek ve hiç bir zulme maruz olmayacaklar.» (Hamdi Yazır, Kur'an dili, cilt 1 s. 951).

(1) Hadisin mânası : «Altını altın ile ve gümüşü gümüş ile ve buğdayı buğday ile ve arpayı arpa ile ve hurmayı hurma ile ve tuzu tuz ile, misli misli ile, birbirine müsavi olarak bir elde satınız. Bu sınıflar muhtelif olursa bir elde (tecil, tehir olmadıkça) istediğiniz gibi satabilirsiniz», ya'nî bu malların bir cinsden olanları misli ile arada bir ziyadelikle ve kabızda tecil suretiyle satılamaz; satılması caiz değildir. Cinsler ihtilaf ederse ziyade ile veya noksan ile satış sahihdır(Yukarıda adı geçen eser, aynı sayfaya, Sahihi Buhâri muhtasarı tercümesi, Tecriidi Sahih tercümesi cilt 6 bilhassa 993 ve 1004 numaralara bak).

tahkikatı fihhiyeye nazaran da Bekara suresi ayetlerinin nuzul itibariyle bundan muahhar idiğini, Bî'set i nebeviyyenin son senelerinde ve Mekke'nin fethi sıralarında nazil olduğunu ve men'in tatbikatı umumiyesi itibariyle ilânı, hacce-tülveda'a musadif bulunduğunu, hatta muahhar olmasa bile her halde mukad-dem de olmadığından lâ akal mukarenete mahmul olması lazımgeldiğini söy-leyor (Kur'an dili cilt, 1 s. 955 ve cilt 2, s. 1174). El'ezhher profesörlerinden şeyh Draz da Bekara ayetlerinden 278 - 281 inci ayetleri nakilden sonra bun-ların peygamber'in hayatı sonlarına doğru nazil olan kat'i ayetler olduğunu, umumiyetle islâm hukukçularınca ribanın hürmeti mutlak ve karşılıksız olan he:hangi bir miktarın haram bulunduğu reyinde olduklarını beyan edi-yor (1).

104 - Bilindiği üzere eski Yunanistanda Solon'dan evvel ve Roma'da on iki levha kanunundan önce faiz tamamıyla cari idi ve borcunu ödeyemiyen-ler esir sayılırdı. Solonun kanunlarıyla ve on iki levha kanuniyle faiz işlerin-de ıslahat yapıldı. Tevrat faizi, kavmi iç'n menetmişti (2). İncil'de de ribâ mem-nuiyetini görüyoruz (3). Papalar, konsiller, kilise babaları da bu memnuiyeti benimsediler, nihayet bütün ortaçağ bu doktrini muhafaza etmek istedi. İslâm'dan önceki cahiliye devrinde de faizcilik ve borçtan dolayı esaret yukarı-da görüldüğü üzere mevcut idi. Faizcilik ile geçinen servet sahibi bir takım mukrizler vardı. Sakif ve Kureyş kabileleri faizcilik ederlerdi (4). Ödünç pa-

(1) Travaux de la semaine international de droit musulman, s. 149, Abdurrahman-ul Ceziri: Kitabul fıkıh al el mezâhibil erbaa, cüzi sâni s. 247 bak.

İzmirli İsmail Hakkı: Fazıl ribası hadislerle sabittir; bu ribânın hürmeti kati değildir. Nesie ribâsının hürmeti kat'idir. Birincisinde ihtilâf var, ikincisinde yoktur. Ali İmran suresindeki âyet, ribâ nefyini takyit ediyor, menhi olan ribânın ancak ez'afi muzâafa ta-rikiyle olan ribâ olduğunu gösteriyor. Her ne kadar «ve harremerribâ...» ve sair âyetler mutlak ise de mutlak ile mukayyet tearuz ederse mukayyet mutlaka racih olup mutlak mukayyete hamil olunacağından nehy edilen ribânın ancak muzâaf ribâ olması lâzım geliyor. Bu da Cahiliyye zamanındaki ribâdır. Peygamberimizin kaldırdığı ribâ bu Cahiliyye ribâsıdır diyor (Usul i fıkıh dersleri, İstanbul, Matbaai hukukiyye 1329 s. 60 bak.).

(2) Tevrat'ın Huruc kitabı 22 inci babı 25 inci âyetinde «eğer kavminden yanında bulunan bir fakire ödünç verirsen ona muameleci gibi olmayıp üzerine faiz koymayasın». Lâviler kitabının 25 inci babının 35 - 37 inci âyetlerinde «biraderin fakir düşüp senin yan-na kudretsiz kalır ise garip ve misafire yardım eder gibi ona yardım eyle ki yanında yaşaya, ondan faiz ve mürabaha almayasın ve All.h'dan korkasın. Ta ki biraderin senin yanında yaşaya. Akçanı ona faiz ile vermiyesin». Tesniyenin 23 üncü babının 19 ve 20 inci âyetlerinde de «biraderine ne faiz ile akçn, ne faiz ile zahire velhasıl faiz ile verilen hiçbir şeyi faiz ile vermiyesin. Ecnebiye faiz ile verebilirsin. Amma biraderine faiz ile vermiyesin...» denilmektedir.

(3) Luka İncilin 6 mcı babının 34 ve 35 inci âyetlerinde «eğer bedelini almağı ümit ettiğiniz kimselere ödünç verirsenez ne faziletiniz olur. Zira günahkârlar dahi günahkârla-ra mukabilini geri almak üzere ödünç verirler. Amma düşmanlarımızı sevip iyilik ediniz ve hiç bir bedel ümit etmiyerek ödünç veriniz ve ecriniz çok olup muteal'ın oğulları olacak-sınız.»

(4) Hamdi Yazır, Kur'an dili, cilt 5, s. 3829.

ra alanların da büyük sayıda fakir, nafakası dar veya yok kimselerden ibaret bulunduğu anlaşılmaktadır. Hadiste sayılan altı kalem eşyanın, bilhassa zarurî maddelere, gıda mallarına taalluku bu duruma delâlet etmektedir. İslâm bu yolda çok ahlâkî ve idealist davranmıştır. Kur'an ve Peygamber daima tesadduk ve fakirleri infak tavsiyelerini tekrar ede durmuştur. Bu bapta yalnız Bekara sûresinin tahrime dair olan âyetlerden önceki bir çok âyetlere göz atmak kâfidir (1).

Hohler diyor ki (2) resûlmalden intifa, faiz meselesi ile sıkı fıkı ilgilidir. Eski Milletlerin hayatında - ki onlarda istihsal umumiyetle ziraî idi ve menkul sermaye az rol oynardı - karz hemen hemen daima istihlâk mahiyetinde idi. Karz ya zaruret veya hiffet ânında verilirdi. Komşular tarafından veya kabile efradı tarafından, yalnız resûlmalın değil, biraz fazla bir şeyin de geri istenmesinin bir taziyik, bir ıztırıp gibi sayılması sebebi bununla izah edilir. Yakınlarına müzaheret etmeli, fakat ıztırar, iktisap mevzuu yapılmamalıdır. Bu kimseler hiffeti halinde korunacaksa işi mümkün olduğu kadar az onun zararına, aleyhine nizamlamalıdır. İşte fâiz almanın memnuiyetine dair olan hükmün men'şei budur. Bu memnuiyet, menkul sermayenin az kullanıldığı zamanlara aittir.

105 — Her halde fâhiş fâiz muâmelelerine bugün de hiçbir suretle iyi gözle bakılmamaktadır. Hudutsuz bir fâiz serbestliği memlekette sefalet yaratır. Fakat bütün bütün men de umumi ihtiyaçlara uymaz. Böyle bir memnuiyet iktisadî, ticarî hayatı baltalar. Faizsiz, hele geri almamak üzere muhtaç kimselere para vermek dün de, bugün de her halde çok iyi bir iştir. Fakat fi'li hayatın, realitenin icaplarını unutmamak lâzımdır. Hayatın zaruretleri, tabiatın istekle:i kendini daima tanıtır ve tanıtmıştır.

Kur'an ve Hazreti Muhammed bir çok tebliğleriyle bu ezeli kanunun şaşmaz düstur olduğunu göstermiş ve öğretmiştir. Bütün eski hukukçularımızın beyan ettikleri türlü türlü formüllere ve yer yer tatbikatına bakılırsa bu hakikatı anladıklarına şüphe etmemek lâzım gelmekle beraber hukukî ve dinî ahlâkî nizamı birbirinden ayıramıyarak, icabı hal le idealin sınırını belirtmiyerek, malzemelerinin birbirleriyle imtizaca kabiliyetini çok defa takdir edemiyerek yapılarına bir bütünlük veremediklerini görüyoruz. İşte faiz meselesinde de böyle olmuş, bir taraftan faiz memnuiyeti mutlak bir dinî ahlâkî emir olarak yürütülmek istenirken öbür taraftan güya şer'i çarelerle de, ribâ ilzâmı usulle:yle ribâ ve haram itikadî adeta alaya alınmıştır. Fakat bunu yapamayanlar paralarını toprağın bir köşesine gömmüş veya faizsiz yabancı bankalara yatırmıştır. Bu suretle sermaye fikri olgunlaşmamış, ticaret yolu tıkanmıştır. Şunu da ilâve edelim ki yalnız İslâmda değil, bütün Avrupa'da,

(1) M. Daulibi: La theorie de l'usure en droit musulman, Travaux de la semaine international de droit musulman, s. 140 No. 8 bak.

(2) Josef Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, üçüncü bası, 1922, paragraf 105.

hıristiyanlık aleminde de bu memnuiyete karşı çare yolları aranmış ve muhtelif şekiller bulunmuştur (J. Kohler, aynı eser, paragraf 105 II). İngilterede Kilisa kanunlarının faiz memnuiyetinden kurtulmak için baş vurulan kurnazlık da kısa bir vâde ile ikrazda bulunup vâde gününde para iade edilemeyince tazminat talebi şeklinde olmuştur (Hüseyn Cahit Yalçın - İngiltere tarihi, cilt 1, s. 188).

Hamdi Yazır ve Ömer Nasuhi Bilmen bugünkü hayattan haberleri yokmuş gibi konuşmuşlardır: Cahiliye devrindeki durum ile bugünkü durumun aynı olduğunu, ribâ ile uğraşmak bir çok insanları ziraatle, ticaretle, san'atla iştigalden menettiğini, çünkü ellerinde bulunan bir miktar serveti ribâ suretiyle tenmiye ederek başkalarının kazancından geçindiklerini, kendilerini ticaret gibi, hırfet gibi şeylerle uğraşmaktan müznağni gördüklerini, bu ise memleketin imrânına, cemiyetin iktisadî, hakiki menfaatlerine muhalif olduğunu, ribâ, nâs arasında lutuf ve ihşan ve muavenet vazifelerinin inkıtama sebebiyet verdiğini, çünkü ribâ haram olunca mu'tekit olan zevat muhtaç olanlara karz i hasen suretiyle muavenette bulunacaklarını, fakat ribâ tecviz edilecek olsa herkes elindeki paraları karz suretiyle tenmiye etmek hevesine düşeceğini ve mürabahacılığın çoğalacağını iddia etmişler ve nass da vezni olduğu bildirilen şeyler ebediyen vezni ve nass da keyli olan şeylerde daima keyli olduğunu, ribânın hürmeti hakkındaki emri dinî, bir emri teabbüdi olup buna riayet etmemiz diyanetimiz muktezası bulunduğundan, velev ki bu emrin hikmetlerini tamamen bilmiş olmayalım ribânın azı da çoğu da Kur'anın sarahati ile haram olduğundan bahis etmişlerdir (Hamdi Yazır, cilt 1. s. 964 ve sonrakiler, Ömer Nasuhi Bilmen, cilt 5. s. 119 - 121).

Bu sözler Hamdi Yazır'ın da işaret ettiği üzere yüz yıllarca önce basit bir hayatın o günkü İslâm Üleması tarafından ileri sürülmüştür. Avrupada orta çağ klâsikleri de ribânın hürmetini aşağı yukarı böyle müdafaa etmişlerdir (J. Kohler, aynı eser, paragraf 105, I, 2. bak.).

Fakat hakiki hayat bu iddiaları tekzip edecek kuvvettedir ve açık söylemek lâzım gelirse gülünç görmektedir. Mavekâ'larla, akıl ve mantıkla, hakiki hayatla, ilimle, fenle, tarihle, uzun yüz yılların tecrübeleriyle hiç bir ilgisi olmayan bu basit düşüncelerin tatbiki modern dünyada bir cemiyeti felce uğratar. Bugün ne ödünç para alanlar aç ve ne de borç verenler toklardan ibarettir. Karz muameleleri karın doyurmak ve kese doldurmak için yapılmamaktadır. En yüksek borçlara giren en kuvvetli olan devlettir. Devletin mukrizleri, sade zenginler değil bir çok zaif, ortahalli kazancından beş on kuruş artıran fertlerdir. Şirketler, bankalar açlık gidermek için borçlanmamatakdırlar. Büyük imar işleri, medeniyet yolundaki ilerileme ve yükselme teşebbüsleri büyük çapta yapılan istikrazlarla mümkün olmaktadır. Bütün bunlar halkı israfandan men'e, tasarrufa teşvika, memlekette iş hacminin genişlemesine, işsizliğin, tenbelliğin, miskinliğin azalmasına, yok olmasına, yardım etmektedir. Parasını

bir bankada, işleyen kimse de pek tabii hayır imkânları bulur. Şüphesiz sermaye sahibi bir kimsenin ticaret etmesi, kendi emeği ile onu nemalan - dırması temenni edilecek bir yoldur. Fakat bu herkes için her vakit mümkün müdür? Mudarebe, müzaraa gibi şirketler bu günün ihtiyaçlarını, medeniyetini karşılar, doyurabilir mi? Müsakat'ın (aş. no. 142 bak.) meşruiyetini teyit sadedinde, nâs müsâkâta muhtaçtır, bazı kimselerin ağaçları bulunur, fakat işlemeğe muktedir olmaz ve bazısının amele iktidarı vardır, ağaçları olmaz. Bu iki kimsenin mesalihini tanzim ve menfaatini temin lâzımdır deniyor. Bu böyle olduğu halde faiz meselesinde bu taassubun, kırk dereden su getirmenin mânası var mıdır? Bir kimsenin binasına yatırdığı sermayeden mûcir sıfatı ile, müdarebe akdinde para sahibinin, rabbül mal sıfatı ile intifai caiz görüldüğü gibi gene parasından ribh iltizamı oyununa baş vurmaktan istifade edebileceğini eski hukukçular ne derse desin artık düşünebilmeliyiz. Bugün artık ribânın hikmetlerini bilmiyen, anlamıyan münevver kimse de kalmamıştır.

Yukarılarda bütün teferruatına girmiyerek asıllarını izaha çalıştığımız ribâ memnuiyetinden çıkarılan karışık, dolambaçlı bin bir ahkâm içinde bütün muamelât kadük kalmağa mahkûmdur. Büyük miyasta ticaret işleri değil, emniyetle alelâde bir alış veriş, herhangi bir akit ve teahhüt imkânsız denemek kadar güçtür. Bu şartlar içinde parası olanlara ticaret tavsiye edenler, ticaretin ne olduğundan haberdar değil görünmekte: ler (aş. No. 129 za da bak.) Birinci meşrutiyet devrine kadar Müslümanların ticaret hayatını muhterem Ömer Nasuhi Bilmen benden iyi bilirler. O zamanlara ait kaç müslüman tacir gösterebilirler. Fakir bir mahalle bakkallığı ticaret değildir. Bu işler bile ulemamızın sayısız örgülerden kurdukları ribâ memnuiyetinin ağına düşmekten kurtulamamıştır. Şunu da unutmıyalım ki hesap, kitap bilmiyen kimse ciddi ma'nasiyle ticaret yapamaz. Bunları bilelim. Halkımızı izlâl değil, hakikat yolunda tenvir edelim. Müslümanların muhtaç oldukları, bugünün geçer ilimleridir; onları bu yolda ta'lime, terbiyeye niçin hâlâ irşad etmiyoruz.

Bütün medeni memleketlerde yalnız fahiş faiz taleplerine değil, umumiyetle fahiş kira mukavelelerine, hava paralarına, kara borsalara, her türlü ihtikârlı kazançlara, kaçakçılığa karşı koruyucu tedbirler alınmakta, bunlarla mücadele edilmektedir. Memleketimizde de faiz miktarının tahdidi yolunda daha 1268 tarihli fermanla, yani 110 bu kadar yıl önce ilk adım atılmıştır. Bundan sonra 1280 tarihli murabaha nizamnamesi çıkarılmış ve 1303 tarihinde faiz haddi yüzde 9 a indirilmiştir. Bu suretle Nizamiye malikemeleri devletin tesbit ettiği faiz iddialarını kabul ederken fetva makamı son günlerine kadar şer'i ribih ilzam edilmedikçe herhangi bir faiz hükmedilmesini, bu bapta bir şartı, mukaveleyi tanımamakta ısrar etmiştir.

106 — İslâm Hukukunda ivazdan hâlî mal fazlası edinen kimse onu sahibine iade etmek, mümkün olmazsa fakirlere sadaka olarak vermekle mükel-

leftir (1). Mecellenin külli kaidelerinden birine (madde 97) göre de «bilâ sebebi meşru' birinin malını bir kimsenin ahzeylemesi caiz olmaz»; çünkü ibâd hakkı muhteremdir. Kendine vacip olmayan şeyi ahere veren kimse onu istirdat edebilir; meğer ki meselâ hibe olarak vermiş olup da red mâni'i buluna veya ibâhe edip de yenmiş ola (yuk. s. 59. n. 1, s. 76 n. 3, s. 91 n. 3 devamı.).

Haksız iktisabı iadeye kadar iyi niyetle, mallarında bir ziyade olmaksızın elinden çıkarmış olan kimsenin yalnız elinde bulunanla me'sul olacağını söyleyen bu günkü hukukda gördüğümüz haksız iktisap kaidesi yolunda bir hüküm İslâm hukukunca mechuldür denemez (2). Bu iktisap esas itibariyle bir emânet mahiyetindedir (aş. No. 150, yukarda mefkut bahsine, s. 76 baş tarafına bak.). Fakat fasit beyi ile alınan bahçenin mahsulü bir kaç yıl müşteri tarafından istihlâk edildikten sonra bayı', fesadına mebni bayı' fesihle semen'i geri verip bahçeyi istirdat etse, istihlâk edilen mahsulü müşteriye tazmin ettirebilir (Ali Haydar, cilt 1 s. 626, 637 bak.). Füzulen satılıp teslim edilen bir bağın müşteri tarafından alınan semeresi hakkında da böyledir.

Teslim edilen sadakadan hiçbir veçhile rucu' edilemez (mecelle 835, 840, 874 bak.). İbâhe edilen yiyecek şeylerin yenmesi halinde de bir istirdat, tazmin bahis mevzuu değildir (mecelle 875 yuk. s. 59, No. 1. ve No. 84 bak.). Bunlar dinî, ahlâkî bir vazifenin ifası zımında verilen şeylerdir (BK. 62 ile mukayese) (3).

(1) Z. nin zimmetinde bazı hukuki nâs olup lâkin uzun zaman geçmekle hak sahipleri kimler olduğunu hatırlıyamamakla reddi mümkün olmasa Z. tevbe ve rucu' edip meblâğı me'hzununu, ya miktarını kazâyı deyn niyeti ile fukaraya tesadduk ettiği takdirde mazur olur mu? Elcevap olur (Ceridei ilmiye, adet 12 s. 693).

(2) Bir kız birisine mücerret namzet ve nişanlı olmakla ona henüz zevce olmadığından nişan yahut ağırlık (mehri muaccel) adıyla verilen şey kızın akitten önce ölümü halinde mevcut ise aynen ve istihlâk edilmiş ise misli veya kıymeti ile geri alınabilir. Çünkü hentiz tamam bulmamış bir muâvazadır. Akitten önce zevcin vefâtı halinde istirdat hakkı mirasçıdır (Hacı Zihni: Münakahat ve müfârekât s. 76, 77, not 5). Hediye olarak verilmiş olması halinde de yine istirdat olunabilirse de bu, hibe olduğundan ve istihlâk halinde hibe rucu olunamayacağından geri istenemez.

Bir kimsenin borcunu üçüncü bir şahıs teberru' suretiyle, yani o kimsenin emri olmaksızın ödedikten sonra alacaklının alacağı olmadığı anlaşılrsa yahut alacaklı borçluyu iskat yollu ibrâ etse (aş. No. 117 bak.) üçüncü şahsın vermiş olduğu şey kendi mülküne avdet eder, yoksa borçlunun mülküne değil. Fakat borçlunun emriyle ödedikten sonra alacağın olmadığı, sabit olsa verilen mal borçlunun mülküne avdet eder; borçlu da me'mure dâmin olur (Ali Haydar şerhi, cilt 3 s. 316).

Alacaklı olsa de meydanda bilinir bir varisi olmadığından beytülmal memuru alacaklının üçüncü şahısdaki alacağını tahsil ettikten sonra varisi çıkıp gelse borçludan alacağı tekrar ister (Hindiyye). Bu icthad kaideye aykırı görünür. Hiç olmazsa borçlu beytülmale rücu edebilmelidir.

(3) Sebze ve meyve döküntülerini atmak ibahedir. Bunlar gene malikinin mülkünde kalacağı cihetle mal sahibi bunları alanın elinde aynen buldukça istirdat edebilir; çünkü ibâhe temlik değildir. Hibede bağışlanan şey üzerinde bağışlayanın mülkiyeti zail olur. (yuk. s. 59, No. 1 ve No. 84, No. 93 bak.).

Emânet sayılan hallerde istihlâk suretiyle olmayan taaddisiz, taksirsiz he-
lâktan emin dâmin olmaz. Fakat gâsıbın gasbolunan malda evsâfını tağyir ma-
hiyetinde yaptığı ziyadenin (yuk. No. 13/5 bak.) kıymeti menkulün aynen iade-
si halinde mağsubün minh tarafından gâsıba tazmin edilmek lâzımdır (me-
celle 898 bak.). Bu hüküm Bk. da gördüğümüz haksız iktisabın iadesi hakkın-
daki prensiplerden faydalı masrafların iade mükellefine tazmin edileceğine
dair olan kaideyi hatırlatmaktadır.

Mecellenin 370 inci maddesinde görüldüğü üzere «bâtil beyi' asla hüküm
ifade etmez. Binaenaleyh bâtil beyi'de müşteri bâyi'in izni ile mebi'i kabz et-
miş ise müşteri elinde emanet kabilinden olarak taaddisiz telef halinde müş-
teriye damân lâzım gelmez (1). İzinsiz alırsa bu, bir gasp olur (aş. No. 881
bak.).

Gene meselâ rüzgâr ile bir kimsenin bahçesine komşusunun bir çamaşırı
düşse bir akid ve kasid bulunmadığından bu mal bahçe sahibi nezdinde ne
vedia ve ne de lukata olmayıp sırf emanet olacaktır (mecelle, 762).

Kefil, borcu ödedikten sonra asılın daha önce ödediğini anlamışsa kefil
verdiğini alacaklıdan geri isteyebilir. Keza bir alacak üzerine sulh olunduk-
tan sonra müddeinin müddeaaaleyhde hiçbir hakkı olmadığı tahakkuk etse ve-
rilen sulh bedeli istirdat edilir. Bir kimse başkasına borcu olduğu zannı ile
bir miktar para verdikten sonra borcu olmadığı meydana çıksa onu geri ala-
bilir. Ve meselâ beş lira borcu varken yanılarak on lira verse fazlası olan beş
lira emanet olur. Bütün bunlar mecellede yer alan «hatâsı: zahir olan zan-
na, yani böyle zan üzerine vaki olan fi'le itibar yoktur» kaidesinin (mecelle
72; Ali efendi ve Behce Fetâvâ ları, kitabussarf bak.) tatbik halleri olarak gös-
terilir (yuk. Hata bahsine No. 33 bak. aş. No. 126 bak.).

Bugünkü hukukda «haksız yahut ahlâka ve adaba mugayir bir maksat istih-
tiali için verilen şey istirdat edilemez (Borçlar kanunu 65). İslâm hukukun-
da, verilen rüşvet istirdat edilebilir. Keza hava parası gibi bir adla verilen
para da geri alınabilir (2). Alması memnu olan şeyin verilmesi de memnudur
(mecelle 34). Bu itibarla alanı da, vereni de mahrum etmek daha mantiki o-
lurdu.

Evvelce (No. 50) gördüğümüz üzere kazaen, yani mahkemece, ilzam edi-
lemiyen, fakat diyâneten vacip olarak kalan borçları da burada hatırlayabili-
riz. Bu günkü hukukta eksik tabii borçlar der' en bu borçlar arasında baş-
lıca murufi zamana uğramış borçları gösterebiliriz. Bunlar riza ile ödenirse
geri alınmaz. Bir kimse başkasının icar için hazırlanmış olmayan evinde icar
akdi olmaksızın hodbehod bir müddet sâkin olsa bu müddet için ücret ver-
mesi lâzım gelmez (Mecelle 596). Fakat o kimse sâkin olduğu bu müddetin
ücretini verirse istirdat edemez.

(1) Fasit beyilerin küllisi ribâ kabilindedir (Tahtavi tercümesi, cilt 5 Baburribâ.)

(2) Bir handa müstecir olanlar kilit akçası namına mücire verdikleri akçayı icâreye
tutmağa kadir olur mu? Elcevap olur; rüşvettir (İlmiye salnamesi s. 477).

107 — Mesuliyet. Bu günkü hukukda mes'uliyet borcun bir ikmalidir. Borç edayi icabettir, mes'uliyet ise borcun eda, ifa edilmemesi halinde onun neticelerini tahammül ve deruhte mecburiyetidir. İslâm hukuku Roma hukuku gibi prensip olarak borçlunun mes'ul da olduğu noktaı nazarını kabul eder (Aşağıda, yargılama bahsine bak.). Bu mes'uliyetin yanı başında fer'i mes'uliyet de vardır: Rehin münasebetinde merhun, bunu üzerinde alacaklıya temin edilen aynı hak ile mes'uldür. Kefalette üçüncü bir şahıs borçlu ile beraber veya borçlu için mes'ul tutulur.

İslam Hukuku, lâzım bir akdin ifa edilmemesi halindeki zararlar haksız fiilden teaddiden, itlaftan doğacak zararın tazmini arasında bir fark yapmaz.

Şu manadaki bu hukukda mesela meb'ii müşteriye teslim etmiyen, itlaf eden bayi'in mes'uliyeti ile bir kimsenin malini teammütlü veya teammüt-süz itlaf eden kimse ancak meb'i'in, malın kıymetini zamin olur. Daha doğrusu bey'de malın müşteriye teslim edilmemesi halinde müşteri de semeni vermez; vermiş ise, geri isteyebilir. Hanefi fıkhında mebi, semen ile mazmundur (1). Teslimin hiç veya tamam yapılmamasından veya teslimdeki teahhurdan müşteri için bir zarar vukubulup bulmadığı ve bunun tazmini lâzımgelip gelmediği aranmamış, bu bapta hükümler konmamıştır (2). Kısaca ve daha doğrusu bütün bunlarda böyle bir zarar ve ziyan iddiası kabul edilmemiştir. İfa edilmiyen bir teahhüdü başkasına yaptırmak ciheti düşünülse bile bu mümkün olmadığı veya yapmamak yolunda bir teahhüde muhalif hareket edildiği takdirde bir tazminat istenmiyecektir.

İslâm Hukukunda bâyi' ve müşteri icâbı halinde birbirlerine karşı ancak meb'i'in teslimi, semenin tediyesi veya iadesi hakkında dâva edebilirler. Bu günkü hukukda olduğu gibi müsbet veya menfi zararlar nev'inden tazminat kaideleri yoktur. Başkasının malını gasp veya itlâf eden kimse de esas itibariyele mal aynen mevcut olduğuna göre iâde, telef edildiğine göre kıymetini tazmin ile mükellef tutulur.

Roma Hukuku ve bugünkü hukuk tazminat meselesinde kasit, ağır veya hafif ihmal olarak muhtelif dereceler kabul eder ve borç münasebetinin nev'ine göre borçluyu zararın tamamı ile veya bir kesimi ile mes'ul tutar. Borçlar kanunu akitlerin hiç veya tam olarak ifa edilmemesinden doğan zararlar hakkındaki hükümlerin haksız fiillerden doğacak zararlara da kıyasen tatbik edilebileceğini kabul etmekle beraber (madde 98 f. 2) bu hükümleri esas iti-

(1) Meselâ bâyi' bir malını, yüz liralık malı 60 liraya sattıktan sonra müşteriye teslim etmiyerek istihlâk etse müşteri bâyi'den yüz lirayı değil, ancak 60 lirayı tazmin etdirebilir, yani bu semeni vermiş se geri isteyebilir; zira meb'i' kabzdan önce semen ile maznun ve vermemiş ise helâk olmakla semen sakat olur (Ali Haydar, 293 şerhi).

(2) Me'curun teslim edilmemesinden dolayı mucir üzerine yalnız kira alamamak zararı terettüp eder (Ali Haydar, Mecelle şerhi, cilt I, s. 931). Eski ticaret kanunu zeyli 91 inci maddesinde oldukça umumî bir kâide vazedilmiş, sonra usulî muhakemeî hukukiye müvakkat kanununun 106 ncı maddesi kabul edilmiştir (Medeni kanun tali komisyonu lâ-yihası, s. 23 bak.).

bariyle ayırmıştır. Bilhassa haksız fiil ile akde muhalefetten doğan zararların tazmin dâvalarında mururi zaman müddetleri başkadır; birincilerde zararın ispatı zarar görene ait olduğu halde, ikincilerde muhalefette bulunan, yani tazminden kurtulmak isteyen taraf bu hususta hiç bir sun'u, taksiri olmadığını isbat edecektir.

HAKSIZ FİİL

108 — Haksız fiil. Bu günkü hukukta gördüğümüz bu tabir İslâm hukukunda yoktur. İslâm Hukukunda, bu, daha ziyade cinâyâtı (delikt) tazammun eden, haklara, şahsa, mala karşı tecavüzü ifade eden, insanlar, hayvanlar ve eşya tarafından ve bunlar vasıtasıyla ika edilmiş zararı mucip olan fiildir; fıkah kitaplarında ya muamelât arasında gasb ve itlâf bahsinde veya ukubat kısmında kitabülcinâyatta tetkik olunmuştur. Ömer Nasuhi Bilmen de hayvanlar tarafından ika edilen zararlar hakkındaki hükümleri kısmen amme hukukuna tahsis ettiği üçüncü cildin ceza hukukuna dair yedinci kitabında ve kısmen de muamelâta dair olan altıncı cildin itlâf bölümünde toolamıştır. Bergsträsser insana ve mala karşı insan vesaire marifetiyle olan haksız fiilleri ceza hukuku bahsine ve bir nevi haksız fiil olan ve İslâm hukukularınca akitler meyanına sokulan gasbı da münferit hukuki münasebetler kısmına almıştır. Biz bir taraftan meccellenin ve diğer taraftan bugünkü hukukumuzun tertibine ve sistemine giderek gasb ve itlafı münferit hukuki münasebetler bölümüne ve cezayı, bilhassa haddi, kisası ve bunlara teferru' eden meseleleri ve cezaları, tazminatı (diyet ve saireyi) ceza hukuku kısmına bıraktık.

Bugünkü hukukda bir fiilin haksız ve tazmini mucip olması için objektif bakımdan o fiil haksız olmalı ve sübjektif bakımlardan failde temyiz kudreti bulunmalı, ondan bir zarar çıkmış ve bu zararlar o fiil arasında bir münasebet bir bağıllık bulunmuş olmalıdır.

Fıkha (meccellenin 89, 90, 912 ve sonraki maddelerine) göre bir fiilin hükmü, fâiline muzaf kılınır. Zarar, mücbir, mükrih olmadıkça amire, fi'li emredene yükletilmez (El âmîru la yazmenu bil emri) (1). İslâm Hukuku fâilin mümeyyiz olmasını aramadığı gibi fiil ile netice (zarar) arasında bir illiyet, sebebiyet râbitası, bağı da aramaz. Zararı doğrudan doğruya ortaya koyanı böyle bir bağıncı mevcudiyetini aramaksızın tazmin ile mükellef tutar. Bu sert hüküm, malların her halde ismetini, masûniyetini temin içindir. Binaenaleyh mümeyyiz olmayan bir küçük yapmış olduğu zarardan mes'uldür (meccelle 916) çünkü mübâşir, yani bir fiilin bizzat fâili, müteammit olmasa da zâmin olur (meccelle 92); mübâşeretle itlafın damanı mucip olmasında kasit şart değil-

(1) Yuk. No. 36 bak. Bir kimse cadde üzerindeki dükkânın önünü sulaması için bir adama emir edip de o da sulasa ve birinin hayvanı da kayıp telef olsa istihsanen zâmin olur, yoksa sulayan değil (Ali Haydar, meccelle şerhi, cilt 2, s. 915, Reddi muhar'dan).

dir; temyiz kudretinden mahrumiyet mes'uliyeti bertaraf etmez (1). Bu günkü hukuka göre mes'uliyet için kaideten temyiz kudreti, kusuru şarttır; ancak hakkâniyet iktiza ederse yargıç temyiz kudreti, kusuru olmayan bir kimse- nin ika' ettiği zararı tamamen veya kısmen ona, onun malından tazmin ettirebilir (medeni kanun 15, borçlar kanunu 54).

Bir adamın cadde üzerinde usulsüz, haksız olarak açtığı çukura başkası- nın hayvanı kendiliğinden düşüp telef olsa çukuru kazan mes'ul olur. Başka bir fıkıh kaidesine göre bir zarara dolayısıyla sebep olan kimse (mütesebbib), teammüt ve teaddisi olmadıkça zararı tazmin ile mükellef olmazsada (mecelle 93) burada bir hakkı olmadığı halde caddede çukuru kazanın teaddisi aşıkârdır ve bu teaddi ile zarara sebep olmuştur. Gene birinin hayvanı bir kimseden ür- küp de kaçsa ve bulunmasa o kimse mes'ul tutulamaz; çünkü bir kasit ve te- addi yoktur; fakat kasden ürkütmüş ise zamin olur (mecelle 923). Bu günkü hukukda da böyledir.

Fakat birinin kazdığı çukura başka biri tarafından bir hayvan atılıp ölse burada mübaşir (bizzat fâil) ile mütesebbib içtima ettiği takdirde hüküm i- kinciye değil birinciye muzaf kılınacağından zarar fâile, kazana değil, atana tazmin ettirilir (mecelle 90 bak). Bir kimse telefı mucip olan bir iş işlemiş ol- duğu halde araya ihtiyarî bir fiil girse, yani başka biri o şeyi (mübâşeretten) itlaf etse ihtiyarî fiil sahibi olan kimse mübaşir sayılır ve zararı tamamıyla o zâmin olur (mecelle 925) (2). Burada çukuru kazana bir şey lâzımgelmez; me- ğer ki kazan, hayvanın çukura atılmasında mücbir bir âmir ola. Bu günkü hukukda böyle mutlak bir kâide yoktur; illiyet irtibatı kaidesi esastır ve birde fail ile şerik ve mu'in birleşirlerse mütesebsil bir tazmin ile mükellef tutulabi- lirler (Borçlar kanunu, 50, 51; aş. No. 125 ve ukûbat bahsine bak.) (3).

Çukuru kendi mülkünde kazmış olan bir kimse kendiliğinden o çukura düşen hayvandan dolayı mes'ul tutulmaz. Bunda haksızlık, teaddi unsuru yoktur. Çünkü herkes kendi mülkünde tasarrufda serbesttir, kuyu kazabilir.

(1) Mümeyyiz olmayan bir küçük başkasının malını itlaf ederse kendi malından da- man lâzımgelir. Malı yoksa genişliği zamanına bırakılır; velisine tazmin ettirilmez. Bir kü- çük sokakta taş atıp da bir kimsenin evinin camını kursa başıboş salıverdin diye velisine tazmin ettirilmez (Ali Haydar mecelle 916 şerhi). Katilde diyet'in âkile üzerine lâzımgel- mesi bundan bir istisna olarak gösterilebilir (aş. ceza hukuku kısmına bak.).

(2) Bir kimse bir çocuğa tutmak için bir bıçak verse de çocuk kendini veya başka- sını öldürse silâhı veren kimseye daman lâzımgelmez. Fakat çocuk düşse de bıçak karnına batarak ölse onu veren zamin olur. Bu hallerin birincisinde çocuğun ihtiyarı var, teaddi yok, ikincisinde çocuğun ihtiyarı yok, teaddi var sayılır (medeni kanun tâlî komis- yonu lâyihası s. 8 bak.). Bugünkü hukuka göre bilhassa çocuğun terbiyesile, ona nazâ- retle mükellef olan kimseler bu ihtimamı yapmamalarından dolayı mes'ul olurlar (medeni kanun, 318 ve sonr. bak.).

(3) Bir mahalle içinde bir takım kimseler döğüşüp içlerinden Z. nin başı yarılıp evi- ne gittikten ve bir kaç gün gezdikten sonra kan aldırarak bir kaç gün mururunda fevt ol- sa mahalle ahalisine kasame (aş. ukubat bahsine bak.) ve diyet lâzım olmaz (Abdurrahim fetâvâsından).

Gene başka bir fıkıh kaidesine göre cevazı şer'i daman'a münafi dir, yani haklılık, fi'lin meşruiyeti, mes'uliyeti, tazmin mükellefiyetini bertaraf eder (mecelle 91, 92 bak.). Bununla beraber, bir kimsenin kendi mülkündeki fi'li selâmet şartıyla «bi şartis selâme», korumak, tedbir almak lâzım (mümkünut taharruz) olan hallerde başkasına zarar vermemek şartıyla muteberdir. Mülkünde mutad hilâfı, ateş yakan bir kimse ondan komşusunun evi veya bir malı yanabileceğini, meselâ bahçesinde kuru otları yakarken rüzgârın, ateşi etrafa sırayet ettirebileceğini nazara almak mecburiyetindedir. Bu itibarla bundan bir zarar çıkarsa onu tazmin ile mükellef tutulur (Behcetül fetâvâya bak.).

109 -- Hayvanların kendiliğinden yaptığı zarar hederdir; sahibi tazmin ile mükellef değildir (mecelle 94, 929). Bu hüküm bir hadise istinat ettirilir. Ancak sahibi, bir kimsenin malını veya şahsını telef ederken gördüğü hayvanı menetmezse kıymetini veya diyetini zamin olur. Süsgen öküz veya dalayıcı köpek gibi zararı belli bir hayvan sahibine, hayvanını muhafaza et diye tekaddüm edildiği halde salıverilmiş ve bu suretle bir kimseye veya maline zarar verilmiş ise sahibi mes'ul tutulur. Şu halde bunların yaptığı zarar hayvan sahibinin tesebbubu ile vukua gelmiş sayılıyor demektir. Tekaddüm olmaksızın vukua gelen bu zararlardan hayvan sahibi mes'ul tutulmaz, yani bu zararlar heder olur (Behce Fetâvasına bak.). Mecellede misal olarak beyan edilen hayvanlardan insana karşı tehlike arzeden hayvanlar kastedildiği anlaşılmaktadır, netekim böyle izah edilmektedir. Şu halde bir kimsenin koyunu, tavuğu bahçemdeki sebze ve çiçeklere zarar ika ettiği takdirde bunlar da tekaddüm bir hüküm ifade etmeyeceğine ve sahibi de bunların yendiğini görmemiş olduğuna göre zarar ne olacaktır (1). İslâm'da kabul edilen zarar ve mukabele bizzarar yoktur, zarar izale olunur kaidelerine ve ismeti emval prensibine taban tabana zıd görünen bu içtihatlarla mal masunuiyeti ağır surette ihlâl edilmştir denebilir. Hayvanların kendiliğinden ika ettikleri zararların heder olması sahihsiz hayvanlarda düşünülebilir (2). Bu günkü hukukta, tekaddüm gibi kifayetsiz ve gayri ameli bir hüküm yerine, hayvan sâhibine bir takayyüt ve iyi muhafaza mükellefiyeti tahmil edilmiştir. Hayvan sahibi, hayvanı elinde bulunduran kimse zararın vukua gelmemesi yolunda bütün tedbir ve ihtimamları yaptığını isbat etmiş olmadıkça mes'uldür (Borçlar kanunu, 56, medeni kanun talî komisyonu lâyihasında bu mânada hükümler teklif edilmiştir, s. 16 - 21 bak.). Başkalarını istihdam edenlerin mes'uliyeti hakkında da fıkıhda umumî bir zâbita yoktur (borçlar kanunu, madde 55 ve 100; aynı lâyiha,

(1) Ali efendi fetvasında kitabulgastaki fetvalara bak.

(2) Hayvanların ika ettikleri zararlar hakkında fıkıh kitaplarında kazuistik bir alay hüküm vardır (Ömer Nasuhi Bilmen'in Hukuku İslâmiye ve İstılâhatı fıkhiyesine, cilt 3, No. 383 ve sonr. bak. Şâfiî fıkıhına göre aynı eser s. 138 - 140 dakî'11 ve 13 numaralara bak.).

s. 17, 18 bak). (1).

110 – Bir binadaki kusurdan doğan zararlara gelince Mecellenin bilhassa 928 inci maddesine göre «bir kimsenin divarı yıkılıp da birine zarar verse daman lâzımgelmez. Fakat bu divar evvelce yıkılmağa meyl etmiş olup da o kimseye birisi divarını yık diye tekaddüm ve tenbih etmiş ve divarı yıkacak kadar vakit geçmiş ise tazmin lâzımgelir. Şu kadar ki o kimse hakkı tekaddüm ve tenbih ashâbından olmak şarttır...». Bu hüküm hakkında şöyle denilmektedir. Divar sahibinin divarın ihdasında teaddisi olmadığı gibi divarın meyli dahi kendi fi'li olmadığı cihetle kıyas olan tazmin lâzımgelmezken tekaddüm halinde istihsânen tazmin ettirilmektedir. Demek ki divarın esasen inşasında bir kusur mevcut ise tekaddüm şart değildir. Böyle bir binanın yıkılmasından doğan zarar mutlak surette tazmin edilmek lâzımdır (Borçlar kanunu 58 ve 59 ile mukayese). Fakat tekaddüm lâzımgelen ahvalde tekaddüm yapıldıktan sonra sahibi binayı başkasına satsa ve bina müşteri elinde iken yıksa ne bâyi' ve ne de müşteri zarardan mes'ul olur.

111 – Zarara rıza ve muvafakat : haksız fiilden (itlaftan) zarar gören kimsenin bu zararın vukuunda (taksirde) bir iştirâki bulunursa bu cihet bugünkü hukuk mucibiince tazminatın ta'yininde bir rol oynar, tazminatın miktarı tenzil, hal ve şartlara göre indirilir, hatta bütün bütün kaldırılabilir (borçlar kanunu 44). İslâm hukukunda da bu yolda kazuist hükümlere tesadüf edilir : Her şeyden önce sâhibinin izni ile bir malı itlâf eden tazmin ile mükellef olmaz (Hindiyye) (2). Bir kimse başkasının elbisesini çekip de yırtarsa tamam kıymetini öder; fakat bir kimse başkasının elbisesine yapışıp da sahibi çekmekle yırtılsa nisf kıymetini zamin olur. Bir kimse başkasının eteği üzerine oturup da sahibi bunu bilmiyerek kalkmakla elbisesi yırtılsa o kimse elbisenin kıymetinden yarısını tazmin eder (mecelle 915). Bir mahalde hayvan bağlamağa hakkı olan iki kimse hayvanlarını bağlayıp bunlardan biri öbürünü öldürse daman lâzımgelmez (aşa. No. 125 n. 1 bak.).

112 – Tazminat, itlaf edilen malın kıymeti (3) ve nefse karşı cinayetlerde diyet, erş gibi muayyen şer'i miktarlardır; yukarıda söylediğimiz gibi mahrum kalınan, kaybedilen kazanç adıyla bir şey istenemez (4). Fıkıh hükümlerine

(1) Z. dükânında olan işçilerden B. ye mutad hilâfı ateş yakmağa izin verip o da böyle bir ateş yaksa ve yangın çıkarak civardaki A. nın dükânı da yansa B. ye daman lâzımgelir (Abdurrahim fetvasından). Musteyda'n hizmetkârı elinden vedi'a üzerine bir şey düşse de vedi'a telef olsa hizmetkârı zâmin olur (mecelle, 778 bak.).

(2) Belki sadece günah işlemiş olur. Bir kimse, bir tacirin yağına satın almak maksadıyla bakarken burnundan kan boşatıp yağı berbat ettiği takdirde eğer yağcının izniyle bakmış ise daman lâzımgelmez.

(3) Bir kimse diğeri malına kıymetçe bir güna noksan getirirse noksan kıymetini zâmin olur, mecelle 917.

(4) Z. A. yı darp ve cerh eylediğinden naşi A. yatakta kalıp kış (kazanç) dan aciz olsa A. nın nafaka ve tedavi ücreti Z. üzerine lâzım olur (Behce fetvasından).

göre diyet ve arş gibi cezalar bir nevi' tazminat mahiyetinde olduğundan ayrıca bir tazminat düşünülmemiştir. Fakat kısas lâzımgelen hallerde de mali bir mesuliyete yer verilmemiştir. Halbuki bugünkü hukukda aynı fiilde her iki mes'uliyet bir arada pek alâ birleşebilir.

İleride ceza hukukunda görüleceği üzere diyet ve erş, uzuvların nevine ve yaranın derecesine göre değişmektedir; miktarları muayyen ve maktu'dur. Bugünkü hukukta ise tazminatın miktarı böyle liste halinde tesbit edilmiş değildir. Meselâ öldürülenin ölümüne kadar işten kaldığı günlere ait zarar ve ziyan ve infak ve iâşesinden mahrum kalan kimselerin zararları ve diğer masrafları nazara alınarak yargıç tarafından takdir edilir.

Bugünkü hukukda yukarda bahsettiğimiz maddî zararlara mukabil bir tazminata hüküm edileceği gibi bazı hallerde manevi tazminata da hükmedilir; yani fâil, fiilden mutazzarın olana veya mirasçılara bir teselli, bir elem tazminatı olarak ayrıca bir miktar vermeğe de mahkûm edilebilir. İslâm Hukukunda böyle bir tazminat tanınmış değildir. Ancak ileride ceza hukuku bahsinde, hiçbir eseri kalmamış olsa bile erşi mucip yaralara elem erşi adıyla bir meblâğa hükmedilebileceği görülecektir (1).

113 — Mes'uliyeti ref eden haller (2). Harp halinde düşmanı öldürmek tabii bir mes'uliyeti mucip olmaz. Bunun gibi meşru' müdafaa halinde mes'uliyet yoktur. Meşru' müdâfaa hâli, tehlikeli bir hücum ve taarruz halinde bahis mevzuu olur. Tehlikenin mutlaka nefse karşı vaki' olması lâzımgelmeyip, mala, namusa karşı olması da müdafaayı meşru' kılar. Büyük bir kasabada güpe gündüz vaki' bir taarruz, mücerret bir sopa, baston ile hücum, müdafaayı hemen haklı, meşru' kılmaz; bilhassa geceliyen veya kasaba dışında olursa meşru' olur. Misal olarak şu fetvaları nakletmek kâfidir: Z., A. üzerine katil aleti ve kast ile hücum edip A. başka yolda nefsini kurtarmak mümkün olmadığından Z. yi katil ve bunu beyyine ile ispat ederse kendini mes'uliyetten kurtarır (Behce fetavasından). Haydut tayfası Z. nin geceleyin evini basıp malini gâret ederlerken Z. bu tayfadan birini öldürse mes'ul olmaz (Abdurrahim fetavasından). Şakî olan hırsız Z, A. nın muhrez mekânından hayvanlarını çalıp götürürken A. Z. nin arkasından gidip başka yolda hayvanlarını kurtarmak mümkün olmasa Z.yi öldürüp hayvanlarını kurtarmakla A.ya nesne lazımgelmez (Behce fetavasından). Z. H. yi cebren zina kastiyle alıp H. öldürmekten başka yolda nefsini kurtarmak mümkün olmamakla Z. yi katil etse mes'ul turulmaz (Ali efendi fetavasından). Z. A nın ağzını yırtmak için parmağını ağzına sokup çekerken A. başka türlü kurtulmak mümkün olmadığından parmağını ısırıp işeyaramaz halde bıraksa mes'ul edilemez (Abdurrahim

(1) Ve lev şecce reculen fe 1 tahamet ve nebet eş şâ'ru ve lem yekba leha eserun yesku tul erşu ve inde Ebi Yusuf yecibu erş ul elemi ve huve hükümetul adli (Multeka). (Hukumeti adl hakkında ilerde ukubat bahsine bak.).

(2) İkrâh altında yapılan tasarruflar hakkında yuk. No. 36 bak.

fetâvâsından) (2): Zaruretler memnu olan şeyleri mubah kılsa da ancak kendi miktarlarınca takdir olunur (Mecelle 21, 22 bak.). Bu itibarla tehlikeden daha hafif yolda kurtulmak mümkün iken ağır bir vasıtaya baş vurmamak lâzımgelir.

Şer'an verilen cevâza müstenit kısıydan dolayı veya had ve ta'zir cezalarının icrâ ve tenfizi dolayısıyla vukûb olan ölüm ve zarar bir mesuliyeti mucip değildir (2).

İztırar, gayrin hakkını iptal etmeyeceğinden (mecelle 33 bak.) Bir adam aç kalıp da birinin ekmeğini yese sonra kıymetini vermesi icabeder.

BORÇ MÜNASEBETİNİN ZEVALİ

114 - Yukarda (No. 51) de geçtiği üzere vücub ehliyeti ile insana, bir zimmet bir borç terettüp etmiştir; bir subjektif hak, bir borç, yani bir borç münasebeti doğmuştur. Bu münasebetin sona ermesi, zimmetin borçtan kurtarılması lâzımdır. Bu kurtarma muhtelif sebeplerle olabilir. Normal hal ifâ (kazâ) dır. Biz bu kâzaya bugün eda demekteyiz. İslâm hukukçuları edâ ile kazayı birbirinden ayırmaktadır. Eda, şer'i emir ile vâcip, lâzım olan şeyin aynını, kâza ise, bu vâcibin mislini müstehakkına teslim etmektir. Bu tefriğ bilhassa halk arasında dinî mükellefiyetler bakımından yapılmakta, namazını edâ etti, kazâyâ bıraktı sözlerinde görülmektedir; meselâ sabah namazının muayyen vaktinde kılınması bir edâdır. Ertesi gün kılınması bir kazadır. Yani zimmete vâcip olup vaktinde aynen edâ edilmeyen bu namaz sonra misli ile, yani kaza suretiyle ifâ edilir.

Edâ, üç nevidir: 1 - Kâmil edâ, 2 - Kâsir edâ, 3 - Kazaya benzer surette edâ. Gasp edilen bir malı aynı ile iade, kâmil edâ (edâ'i mahz i kâmil), satılan bir malı ayıplı olarak müşteriye teslim kâsir edâ (edâ i mahz i kâsir); ve bir kimsenin başkasına ait bir malını fuzuli olarak başkasına satıp sonra mâlikinden işti'â ile müşterisine teslim etmesi kazâ'ya benzer (şebih) edâdır.

Kazâ'ya gelince bu da 1 - kâmil misli ma'kul (misli ma'kul i kâmil) ile kazâ, (akzâ i kâmil), 2 - kâsir misli ma'kul (misli ma'kul i kâsir) ile kazâ, (kaza'i kâsir.) 3 - Gayri ma'kul misl ile kazâ ve nihayet 4 - edâyaya benzer surette kazâ adlariyle dört nevidir. Gasbedilen mal, misliyattan olup da (yuk. No. 71) telif olduğu surette onu misli ile tazmin etmek kâmil misl ile kazâdır. Gasp edilen mal (mağsup) kıyemiyattan (aynı No. bak.) olduğu veya misli olup bulunamadığı takdirde kıymeti ile tazmin olunmak kâsir misl ile kazâdır. Kâmil misl ile kazâ mümkün oldukça, kâsir misl ile kazâ cihetine gidilemez. Gayri ma'kul misl ile kazâ, şer'an emredilen şeye mumaselet'ini aklımızın idrak et-

(1) Yakınlarından birini zina halinde öldürme, ceza hukuku bahsinde görülecektir.

(2) Kadı, A. hakkında ta'zir ile hüküm ederek muhızır'ı B. ta'ziri icra için değnek vurmak üzere A. yı kaldırıp yere vursa ve bundan A. nın beli kırılıp fevt olsa diyet, B. ye lâzımgelir (Behce fetâvâsından).

mediği; sureta benzerliği olmıyan bir şey'i teslim ederek kazâdır; vereseden birisinin, kâtili afvetmesi ile veya mirasçuların bu katilden mal üzerine sulh olmaları ile alınacak diyet bu kâbiliden kazâdır. Gayri muayyen bir altın bilezik mehr tesmiyesile bir kadın nikâhlıyarak bu vasıfda mutavassıt bir bileziğin kıymetini vermek bu nevi'den kazâdır.

Nass ve nass'ın delâleti olmıyan yerlerde gayri ma'kul misl ile kazâ yoluna gidilemez. Bu kaideye istinatlıdır ki Hanefilerce menfaat, mütekavvim mal ile tazmin edilemez; çünkü menfaat ancak hükmen maldır; iddihar edilemez. Mütekavvim mal ile aralarında mümâselet makul değildir (yuk. s. 88, No. 2 ve s. 89, no. 2; aşa. münferit borç münasebetlerine (gasp bahasına bak.).

115 — İfâ. Borcu tediye etmek, ödemektir. Bâyi'in borcu mebi'i teslim etmekle, müşterinin borcu semeni vermesiyle ödenmiş olur. Ödeme ve teslim yerini taraflar tâyin edebilirler. Mutlak bir beyi' de mebi' akit yapıldığı sırada nerede bulunuyorsa orada teslim edilmek lâzımdır. Fakat muayyen bir mahalde teslimi şart koşulmuş ise orada teslim olunur. Karz, vedi'a nerede teslim edilmiş ise orada reddedilir (mecelle 797 bak.). Ariyette de böyledir. Kıymetli şeyler, ariyet verenin kendisine iade edilir (mecelle 829 bak.). Gasp edilen mal nerede gasbedilmiş ise orada red ve teslim olunur (mecelle 890). İcârede me'curu teslim ve istirdat mücire aittir (mecelle 594 bak.). Teslim ve tesellüm alacaklının önüne koymak, yani almasını mümkün kılmak, izin vermek suretiyle de olabilir (mecelle 263 ve sonra, bak.). Teslim masrafları bakımından hükümler konmuştur (meşela mecelle 288 - 292 bak.).

Bir borç üçüncü bir şahsın ödemesiyle de ifâ edilir. Borcun olmadığı sonradan sabit olduğu takdirde eğer ödeme borçlunun emriyle olmuş ise verilen şey borçluya ait olur ve borçlunun, onu memura, ya'ni ödeyene tazmin etmesi lâzımgelir; kendiliğinden ödemiş ise verilenin ona iadesi icâbeder.

Alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının birleşmesi ile de borç sâkit olur; alacaklı ölüp de borçlunun ona münhasıran vâris olması gibi.

Alacaklı hakkının cinsinden borçluya ait bir mal bulursa onu alacaklının izni olmaksızın dahi alabilir. Bu halde tabii borç-ifâ edilmiş, sâkit olmuş olur. Hattâ üçüncü bir şahsın dahi borçludan alacağın cinsini cebren alacaklıya vermesi caizdir (1).

116 — Takas. Takas iki türlüdür. Cebri (zaruri) ve rıza'î (ihtiyari).

Bir kimsenin on lira alacağı olup da borçlu kendisine on liraya bir mal satsa yahut borçlunun on lira kıymetindeki bir malını itlâf etse cebri takas vaki' olur. Bundan sonra birbirinden bir şey isteyemezler. Bu günkü hukuk da da olduğu gibi iki tarafların bu hususta terazisi, anlaşması şart değildir.

(1) Daha ileri gidilmiştir: Bir kimseye on lira borçlu olarak ölen bir adamın bir şahıstan on lira alacağı olmakla o kimse öledeki alacağını istifa maksadiyle o şahıstan on lirayı cebren alsa gâsıp olmaz; çünkü bu alma şer'in izniyledir (Hanîe den Ali Haydar). Halbuki müteveffa sağlığında borçlusundaki alacağını bir başkasına temlike mezun değildir (aşa. No. 122 bak.).

Cebri takas için dört şart vardır : 1. İki de deyn olmalıdır. Biri deyn, öbürü emânet olursa cebri takas olamaz; meselâ Z. nin A. ya on altın borcu olup da Z. ona on altın vedi'a vermesi halinde olduğu gibi. Burada iki deyn den biri mazmun, öbürü sırf vedi'a (emânet) dir, yani mazmun değildir (yuk. s. 102, No. 1. bak.). 2. İki deyn muaccel olmalıdır. İki de muaccel veya biri müaccel öbürü muaccel olursa iki taraf ittifak etmedikçe takas olmaz. 3. İki deyn cinsce müteahhüt olmalıdır, biri altın öbürü gümüş olursa cebri takas cereyan etmez. 4. İki deyn kuvvetce birbirine müsavi olmalıdır; kocanın karısı zimmetinde mebi' semeninden veya karz dan dolayı bir alacağı ve karının da kocasından nafaka alacağı olması halinde kuvvetçe müsavilik olmadığından cebri takas yapılamaz (Borçlar kanunu 123. bak.). Bütün bunlarda rızâ bir takas mümkündür.

117 — İbrâ, bir kimsenin, başka birinden olan hakkının tamamını iskât etmesi yahut bir miktarını indirmesidir; buna ibrâi iskât denir (1). Bir de ibrâi istifâ vardır ki bir kimsenin başkasında olan hakkını istifâ etmiş olduğunu i'tiraf dan ibarettir; bu bir nevi' ikrardır (aşâ. No. 126 bak.). İbrâ bir taraflı bir beyanla hasıl olur, ya'ni alacaklı, falanda olan hakkımı tamamen aldım, falanla bir da'vam yoktur gibi sözlerle borçlusunu ibrâ etmiş ve bu suretle hakkı sâkit olmuş olur. Artık onu da'vâ edemez (mecelle 1561, 1562 bak.). İbrâ, muayyen bir hususa müteallik da'va için olursa hass, bütün dâvalardan beri kıldım suretinde olursa âmm olur.

İbrâ, şarta muallak olmamalıdır (yuk. s. 59, n. 1 bak.). Fakat vasiyet şeklinde bir ibrâ yapılabilir.

İskâtı kabil olmayan haklarda ibrâ cari olmaz; meselâ hibeden rucu' hakından ibrâ mu'teber değildir (2). Bu günkü hukukumuzda ibrâ hakkın da hüküm yoktur. İsviçre borçlar kanununun bu baptaki maddesi (115) kanunumuza alınmamıştır. Ma'mâfih kanunlarımızda ve mahkeme kararlarında bu tâ'bire tesâdüf edilmektedir.

118 — Fesh, bir borç münasebeti mevcut değilmiş gibi bir durum meydana getirir. Bir çok hallerde bir taraflı fesih kabildir (mecelle, 442, 443, 380, 581 bak.). Fâsit akitlerde (yuk. No. 49 a, aşâ. No. 129 b. bak.) ve kendisinde muhayyerlik olan akitlerde (mecelle 376 yuk. No. 49 ç. Aşâ. No. 133 bak.) böyledir. Nâfiz bir akit, ancak tarafların rızâlarıyla fesh ve ikâle edilebilir (mecelle 191, 375 bak.).

119 — İkâle, akitten önceki hâli iade etmektir. İki tarafın rızâsiyle icap ve kabul ile, olabilir. Mecellenin 190 - 196 ncı maddelerinde bahis mevzuu

(1) Alacaklı, borçlusunun öldüğünü işiterek onu borçtan ibrâ ettikten sonra ölmediği anlaşılırsa ibrâsından rucu' edemez; çünkü borç sâkit ve berâet tamam olmuştur (Ali Haydar gerhi).

(2) Yuk. s. 88 n. 1 bak. Ali Haydar: Elmecnûatul cedide fil kütübil erbaa - Kitâbul istikâsâ fi Meşail il ibrâ, İstanbul 1332 bak.

edilmiştir. Bununla beraber yalnız beyi' akdine mahsus değildir. İcârede de ikâle mümkündür. İkâlede akdin mahalli (meselâ mebi') mevcut olmak lâzımdır (mecelle, 194); telef olmuş ise ikâle yapılamaz; fakat bir kısmı telef olsa kalan da câizdir, yani kalanı iade edilir ve ivazdan hissesi indirilir. Mebi' de vukua gelen, şeyden mütevellit olmayıp ittisal halindeki (meselâ kitabın ciltlenmesi gibi) ziyade ile şeyden mütevellit olup infisal halindeki (meselâ hayvanın yavrulaması gibi) ziyade ve mebi'in isminin değişmesi (meselâ buğdayın bulgur edilmesi) de ikâleye ma'nidir (yuk. s. 103 n. 1 bak.). İkâle mebi'in kabzından sonra olursa üçüncü şahıs hakkında yeni bir beyi' gibi sayılır; binaenaleyh şefi' için şuf'a hakkı tahakkuk eder. Müeccel veya kefilli bir alacağın semen mukabili kullanılması suretiyle yapılan bir akit ikâle edildiği takdirde bu, âkitler arasında yeni bir akit sayılacağından alacak, ecelsiz ve keffilsiz avdet eder.

120 — Sulh. Tarafların rızâlarıyla niza'ı kaldıran bir akittir (mecelle 1531 bak.). Sulh akdini yapana musâlih, sulhda kararlaşan bedele musâlehun aleyh ve müddeabih'e de musâlehun anı derler (mecelle 1532 - 1534 bak.).

Sulh her ne kadar nizai kaldırmak gayesine matuf ise de sırf usulî bir iş değildir (netekim bu günkü hukukda da böyledir); bilâkis alacaklının mevcut alacağını iddia etmekten bir bedel mukabilinde feragatini icabettirir surette tarafların asıl borç münasebetini değiştirmek için ortada bir dâ'va bulunmaksızın dahi daima yapabilecekleri bir anlaşmadır. Sulh iki türlü: ya an îkrarın, yani îkrar üzerine veya an inkârın, yani inkâr üzerine olur :

1. İkrar üzerine sulhde borçlu, mevcut bir borç münasebetini kabul eder. Bu sulhde konkre bir borç münâsebeti yerine artık doğum sebebi ile bir bağı kalmayan mücerret bir borç münâsebeti geçer. Bu halde sulh başka hukukî işlere, başlıca beyi' veya icâreye irca' edilir; ya'ni sulh mal üzerine yapılmış ise beyi', menfaat üzerine olmuş ise icâre hükmünde olur (mecelle 1548, 1549 bak.). Bu irca'ın ehemmiyeti vardır; bu suretle sulh, hâle göre ribâ memnuiyeti hükümlerine tabi tutulur :

2. İnkâr üzerine sulhde borçlu, iddia edilen borç münasebetine karşı sükkût veya inkârda bulunur (mecelle 1550 bak.). Bu halde sulh hususî bir hukukî iştir.

Sulh yalnız obligation alanına münhasır değildir. Rikkiyete dair olan hukuktan (yuk. No. 60 ve sonra. bak.), aile hukukundan, haksız fiillerden doğan iddialardan hale göre sulh yolu ile uzlaşılabilir. Bilhassa hadlerde sulh cari olmaz.

121 — Bir borç münasebeti nihayet, onun havâle yolunda başka bir borç münasebetine inkılâbı ile de zeval bulur (1). Havâle arapçada ihâleden isim-

(1) Havâle de muhilin borcundan kurtulması muvakkattır; havâle nihayet bulmakla borç bazan muhile avdet eder. Havâlenin hükmü iki vech ile nihayet bulur. 1 Tevâ ile, 2 Havâlenin feshi ile. Tevâ, deynin telefı demektir. Şöyleki muhâlung aleyh havâleyi inkâr

dir; nakil demektir. Hukuk ıstılahı olarak havâle deyn i bir zimmetden, ya'ni muhıl'in zimmetinden başka bir zimmete, ya'ni muhâlün aleyh in zimmetine nakil ve tahvil etmektir (Mecelle 673 bak.). Muhıl, ya'ni havâle eden kimse borçlu (medyun) olan kimsedir. Muhâlun aleyh de havâleyi kendi üzerine kabul edendir (buna muhtâlun aleyh de denir). Havâleyi alana, yani muhil de alacağı olan kimseye (dâyin e) muhâlunleh (keza muhtâl) derler. Havâle olunan mal da muhâlun bih dir (mecelle 674 - 677 bak.).

Havâle her şeyden önce bir ifa emri, ifa için bir vekâlettir; ya'ni, alacaklım A. ya (muhtâl e) bir miktar borçlu olan ben (muhıl) bu borcu ödemesini muhâlun aleyh olan Z. ye söylerim; veya mecellenin tasvirine göre alacaklım A. ya sana borcum olan şu kadar kuruşla seni filânın (Z. nin) üzerine havâle ettim derim. Bu, havâlenin normal halidir ve mecellenin 680 inci maddesinde tasrih edildiği üzere muhâlun leh ile muhâlun aleyhin kabulle-riyle, daha açık olarak muhil in, muhalun leh ve muhâl'un aleyhin, icap ve kabulleriyle meydana gelen havâledir. Fakat havâle de Z. tarafından bir borç üzerine alma (borcun nakli) işi de mevcut olabilir. Muhâlun lehe yapılacak ödeme, benim Z. deki bir alacağımdan verilmek şart ve kaydı ile olmadıkça bu havâleye muvafakatim şart değildir. Mecelle'nin 681 inci maddesi mucu - bince böyle bir havâle yalnız muhâlunleh ile muhâlun aleyh arasında olabi- lir (1). Havâle yalnız muhil ile muhâlun leh arasında da mümkündür. Fakat bu takdirde havâle muhâlun aleyhin kabulüne mevkufl kalır (mecelle 682, 683) (2). Görülüyor ki her üç halde de muhâlun lehin (icma' ile) ve muhâlun aleyhin rızası ve kabulü şarttır.

Havâle de muhilin muhâlun lehe borçlu olması lâzımsa da muhâlun aley- hin muhil'e borçlu olması şart değildir (mecelle 673, 686). Muhıl'in muhâlun aleyhde bir alacağı veya bir vedi'a veya mağsup gibi bir aynı bulunur da havâle, muhâl'un lehe bunlardan verilmek kaydiyle yapılırsa bu, bir mukayyet havâle olur; böyle bir kayıt olmaksızın yapılan havâleye mutlak havâle derler.

ettiği halde ne muhil ve ne de muhâlunleh havâleyi ispat edemiyerek muhâlun aleyhin ha- valeten borcu üzerine almadığına yemin etmesiyle tevâ tahakkuk etmiş olur. Bir de mu- hâlun aleyhin müflis olarak vefat etmesiyle tevâ hasıl olmuş olur. Bu, İmami A'zama göre- dir. İmâmeyne göre tevâ ile muhâlun leh muhil e rucu' edemez; çünkü havâle ile muhâ- lun lehin muhildeki hakkı sâkit olmuştur; hatta rucu' şart edilmiş olsa bile (yuk. No. 95 bak.).

(1) Bazıları, haysiyet ve mürüvvet erbabı kendi borçlarını başkalarının üzerlerine almalarına râzı olmayacaklarını ileri sürerek mahilin de rızası şart olduğunu söylemişlerse de mecelle bunu kabul etmemiştir. Diğer bazı ulemaya göre şarttır ve bu muhâl'un aley- hin muhil'e rucu'edebilmesi için lâzımdır, yani muhil'in rızası ve emri ile havâle olunduğu takdirde muhâl'un aleyh edâ dan sonra ona rucu' eder; aksi takdirde havâle sahih olmakla beraber rucu' edemez (Ali Haydar 681 şerhi).

(2) Bu, Hanefi İmamlarının mezhebidir ve emri padişahi ile ma'mulünbihdir. Şu ka- dar var ki Hanefi ashabından İmam Curcanı muhâl'un aleyh muhil'e borçlu olduğu tak- dirde havâlede muhâl'un aleyhin rızası şart olmadığına kail olmuş ve İmam Malik ve Şafii'nin mezhepleri de bu merkezde bulunmuştur (Ali Haydar 682 şerhine bak.).

Mukayyet havâle adeta alacağın temlik neticesini verir. Şöyle ki ben Z. deki alacağımı A. nın bendeki alacağını ifâ için A. ya temlik ederim. Muhâl'un aleyh kabul etmekle havâle tamam ve Z. nin alacaklısı artık A. olmuş olur. Fakat A. nın bende bir alacağı bulunması da mutlak bir şart değildir. A. yı bende bir alacağı olmadığı halde Z. üzerine havâle edersem bu, havâle değil, alacağı kabz'a tevkil olur; yani A. yı, Z. deki bir alacağımı tahsil için tevkil etmiş olurum.

Mutlak havâlede muhil'in muhâlun aleyhde bir alacağı veya malı varsa bu havâle ile alacağı istemek hakkı sakıt ve muhil'in, bu alacağı veya malı muhâlun aleyhden alması ile havâle batıl olmaz. Fakat mukayyet havâlede muhil, muhâl'un aleyhden o alacağı veya malı alamaz. Zira o alacak veya mal üzerine havâle yapılmakla onu istemek hakkı muhâlun aleyhte ait olmuş, ya'ni gayrin hakkı tealluk etmiştir. Muhâlun leh o alacak veya malı hibe ve temlik edebilir (mecelle 692 bak.).

122 — Yukarda işaret edildiği üzere Hanefilere göre alacaklı borçlusundaki alacağımı başkasına veya kendi alacaklısına devir ve temlik edebilmek için borçlusunun rızası şarttır. Filhakika bu fıkıh'a göre alacağı borçludan başkasına satmak, temlik etmek sahih değildir; meğer ki borçlu muvafakat ede. Alacak ancak borçlusunun kendisine temlik edilebilir. Alacağın başkasına intikali, miras ve vasiyet yollarıyla olabilir; alacaklı onu sağlığında kendi başına üçüncü bir şahsa devir ve temlik edemez (1). Fakat mecellenin 848 inci maddesinde tasrih edildiği üzere bir kimse birinin zimmetindeki alacağını başkasına hibe ederek git al diye sarîh surette izin verse ve bağışlanan kimse de gidip alsa hibe tamam olur, yani o alacağa, malik olur (yuk. No. 115).

Alacağın üçüncü şahsa temlik edilememesinin sebebi her alacaklının, alacağımı talep hususunda, borçlusuna karşı hareketi bir olamayacağı düşüncesidir. Halbuki gene fıkıh kaidelerine göre tevehhüme itibar yoktur, itibar gâlib'i şâyia dır, nâdire değildir (mecelle 42, 72-74 bak.). Bu günkü hukukda borçlusunun borcunu şu veya bu kimseye ödemesinde bir fark olmayacağı göz önünde tutularak alacaklının değişmesinde onun bir muvafakatine lüzum görülmemiş, muamelât kolaylaştırılmıştır. Filhakika alacağın şartları, va'desi, miktarı değişmediğine ve borçlu haiz olduğu def'i'leri, itirazları herhangi alacaklıya karşı aynı suretle ileri sürebileceğine göre (borçlar kanunu 165 bak.) temlikî menetmek, muameleleri güçleştirmek olur. Öbür taraftan fıkıhda kabul edildiğine göre alacaklı borçlusunun alacak cinsinden bir parasını ele geçirse onun rızası olmaksızın alacağımı ondan alabilir ve gene bir üçüncü şahıs alacaklıya yardım için alacağının cinsini borçludan cebren, gasp suretiyle, alıp ona verse muftâ bih kavle göre caiz olur (Ali Haydar, cilt 3 s. 320, 321, mesele 20, 21, yuk. No. 115 sonu ve notuna bak.).

(1) Yuk. No. 69 ve No. 82 ve s. 114 n. 2 bak. Geçen yüz yılda çıkarılan ticaret kanunu, ticarî senetlerde ciro ve tedavülü tervic etmiştir.

Gene İslâm hukukunda bir borç, borçlunun borçlusundan istenemez (mecelle 1640). Avrupa kanunlarının bazısı bunu sarıh surette teryîç eder (meselâ bugün yürürlükte olan en eski bir kanun olarak Fransız Code civil madde 1166 gibi). 1330 tarihli (muvakkat) icrâ kanununda da alacaklının borçlusunun borçlusunu, tazyik ve ta'kip edebileceği tasrih edilmiştir (madde, 80).

123 — Mururi zaman, İslâm hukukunda mururi zaman esas itibariyle, hakkın sukutunu, icâp etmez. Bundan garp hukukunda daha ziyade, borçların sukutu sebepleri arasında bahsedildiğinden biz de burada esâsen evvelce de söylediğimiz gibi (yuk. No. 92 bak.), bazı malûmat vermek istiyoruz.

Avrupa kanunlarında umumiyetle iki türlü mururi zaman vardır. Biri, iktisabî, o biri iskâtî dir. İktisabî mururi zamanla, yirmi otuz yıl gibi uzunca bir müddet, sahipsiz veya sahibi adına tescil edilmemiş bir gayri menkule niza'sız, devamlı surette tasarruf edilmekle o mal üzerinde mülkiyet elde edilebilir. Bu suretle mururi zaman mülkiyet isbat ve te'min eden başlı başına, müstakil bir vasıta, bir hüccettir. O bir taraftan alacak haklarında bir kimse muayyen bir zaman geçtikten sonra bir alacak da'vasında bulunsa müddeâ aleyh mücerret mururi zamana istinatlâ kendini müdafaa edebilir; velev ki borcu ödemediği ifadelerinden anlaşılın.

İslâm hukukunda, iktisabî mururi zaman ancak hakkı karar da görülür; fakat bunda da temellük sebeplerinden birine dayanmak icabedecektir (yuk. No. 92 bak.) (1). İskâtî mururi zamana gelince, mecellenin 1674 üncü maddesinde de görüldüğü üzere, tekâdum'î zaman ile hak sakıt olmaz kâidesi burada tam mânasiyle câridir; borçlu mahkemâ huzurunda kazâ'en mesuldur (yuk. No. 50 ve No. 106 bak.). Şöyle ki müddeâ aleyh, müddeinin da'vasına karşı sadece mururi zaman hâdisesine istinat edemeyip müddeinin hakkı olup olmadığına dair bir beyanda bulunarak borcunu, ya'ni müddeinin hakkını inkâr etmek şartıyla bu defi' vasıtasından istifade edebilecektir ve bu suretle davanın reddini isteyebilecektir. Müddeâaleyh, müddeinin da'vası veçhile hâlâ kendisinde hakkı olduğunu ve da'va edilen hak, mal, hakikatte müddeiye ait bulunduğunu, ödemediğini ikrar ederse mururi zaman olduğunu iddia etse bile buna itibar edilmiyerek ikrarı mucibince ilzam, yani mahkûm edilir.

İslâm hukukçuları evvelce de işaret ettiğimiz gibi (yuk. No. 78 bak.), Amme nizamı prensibini kabul etmekle beraber adaleti ve fert haklarının siyasette çok defa ifrata düşmüşlerdir. Hakikatte mururi zaman, üzerinden uzun müddet geçmiş ve bu suretle daha çok ödenmiş olması mefruz olan iddialarla mahkemeleri meşgul etmemek, tezviri da'valara meydan vermemek için kabul edilmiştir.

(1) 1274 tarihli arazi kanunundaki on yıllık hakkı karar müddetinin yeni hukukumuz mânasiyle iktisabî mururi zaman olduğu hakkında yargıtay dairesinin kararı vardır (Adliye dergisi, Nisan 1945, s. 77 bak.).

124 - İslâm hukukçuları tezviri da'valara mâni' olmak için umumiyetle otuz altı yıllık bir müruri zaman müddeti tesbit etmişlerdir (mecelle 1801 inci maddesinde tasrih edildiği üzere kazâ, yargı işi sultanın emriyle zaman ve mekân bakımından ve bazı hususlarda takyit ve tahsis edilebilir). Arazinin ve vakfın rekabesine dair olan da'vaların müruru zamanı otuz altı yıldır (1). Şahsın olsun, devletin olsun, deyn ve ayne dair mülk da'valarında, miras da'valarında, icâreteyn ve mukataa ile tasarruf (ilerde vakıf bahsine bak.) da'valarında tevliyet, galle gibi asıl vakfa ve umuma tealluk etmeyen da'valarda müruri zaman on beş yıldır (mecelle 1660 bak) (2). Arazi i emiriye da'vaları on yıl geçmekle müruri zamana uğrar (mecelle 1662). Yol (mürur) hakkı, su akıtma hakkı sulama (şirb) hakkı (yuk. No. 88 bak.), mülk akarda ise onbeş yıllık, miri arazide ise on yıllık ve vakıf akarda ise otuz altı yıllık müruri zamana tabi'dir (mecelle 1662 bak.) Eski arâzî kanununda bir takım da'valar için beş ve bir yıllık müruri zaman müddetleri de vardır. Talak, nikâh ve vasiyet için ayrıca bir müruri zamandan bahsedilmemiştir. Ammeye tahsis edilen yollar, nehir ve mer'a gibi menfaati umuma ait olan yerler için müruri zamana itibar yoktur (Mecelle 1675 bak.). Şu'fa dâvası bugünkü hukukda olduğu gibi (medeni kanun, 658) bir ay tehir edilmekle sâkit olur (Mecelle 1034, arazi kanunu 102 yuk. No. 88 bak.). Bazı haklar derhal, fevri surette kullanılmak lâzımgelip kullanılmadığı takdirde **sakit olur**.

Garp hukukunda da müruri zaman müddetleri nihayet kanun koyanın takdirine kalmıştır; meselâ haksız fiiller, haksız iktisaplar için subjektif ve objektif olmak üzere iki türlü müruri zaman kabul edilmiş, alelâde alacaklarda beş, on sene olarak konmuş (borçlar kanunu 126, 128 bak.), aile hukukundaki müruri zamanlar ayrıca gösterilmiş ve nihayet ayn'i haklarda da bu müddetler muhtelif olarak tesbit olunmuştur. Müruri zamana uğramayan haklar da vardır (tapuda müseccel gayri menkul mülkiyeti, aciz vesikasına bağlı olan ve karı koca arasındaki alacak gibi).

Müddeti içinde dâva edilmekle müruri zaman kesilir. İkrar ile müruri zamanın ortadan kalkacağını yukarıda gördük. Bu günkü hukukda gördüğümüz (Borçlar kanunu 132 bak.) müruri zamanın işlemesine mani' sebeplere benzer bir takım haller İslâm hukukunda da kabul edilmiştir: Küçük, mecnun, ma'tuh olmak, sefer müddeti denilen uzaklıkta başka bir memlekette bulunmak (3), hasım taraf mütegalibeden bulunmak gibi (mecelle 1663 bak.).

(1) 30 Mart 329 tarihli emvali gayri menkulenin tasarrufu hakkındaki muvakkat kanununun 15'inci maddesine bak.

(2) Deyn ve kısas da'valarının müruri zamanı da böyledir. Cezaî fiillerin müruri zamanı için ileride ceza hukuku bahsine bak.

(3) Sefer müddeti, mu'tedil bir yürüyüşle (yani yayan veya atla), mu'tad ıstirahatlerle en kısa günlerde üç günlük, yani on sekiz saatlik mesafedir (Mecelle 1664; Ali Haydar, bu madde şerhine bak.). Şimendifer, vapur, uçak ve emsali makine ile müteharrik ve sür'atle seyre malik vasıtalarla seyreden bir müslümanın namazı kâsır etmek için ne kadar

Mehir davası muaccel olmadıkça müruri zamana uğramaz; muaccel ol-
duktan (zevcin ölümünden) sonra onbeş sene özürsüz terk olunursa dinlenmez
(Ali efendi fetâvâsından; keza ceridei ilmiye, adet 32 s. 901).

Müruri zaman kamerî yıla göre, yani arabî yıl üzerine hesap edilir (1).

HUKUKİ MÜNASEBETLERDE TARAFLARIN TEADDÜDÜ

125 — Akitlerde ve diğer hukukî münasebetlerde bazan bir taraf bir kaç
kişi bir şirket, keza bir mülkte müşterek malikler olabilir. Bir tarafda meselâ
iki müşteri, iki müstecir, iki vekil, iki kefil görülebilir. Bir kimse iki kişi-
ye bir mal satsa veya bir mal icâr etse, bir kimse iki kişiye karz verse, iki kişi
birlikte bir kimsenin malını telef etse veya bir kimseyi diyeti mucip bir katil
ile öldürse (2), iki kişi bir kimsenin borcunu havale yolu ile üzerlerine alsal-
ar bunlar birbirlerine kefil olmadıkça birinin borcunu öbürünün vermesi lâ-
zım gelmez (3). İki kimse, bir borçluya veya bir kimse bir borçluya kefil
olduğu akidde alacaklı bunların, her birinden borcun tamamını isteyebilir
(Mecelle 644 - 647). Şirketlerden bilhassa mufâvaza şirketinde şirket icabı or-
taklar arasında bir kefalet münasebeti mevcuttur.

İki kişi bir kimseden bir mal satın alıp da semen tamamen ödeninceye
kadar bâyi'in malı hapis etmeğe hakkı olması (yuk. no. 85 bak.) ve fakat bu
müşterilerden birisinin nerede olduğu malûm olmayacak surette gâip bulun-
ması sebebi ile hazır olan müşteri, semenin tamamını ödeyerek o malı tesel-
lüm etse gâip olan müşterinin hazır olması halinde semenden hissesini verin-
ceye kadar malı hapis edebilir ve mal semeni ödeyenin elinde - velevki öbür
müşteri hazır olmadan önce - telef olsa ona rucu' eder.

Bazı hallerde müştereken muamelede bulunmak lâzımdır; meselâ iki ve-
kilde (mecelle 1465), ida' edilen mal, taksimi kabil olmadığına göre iki müstev-
da da (mecelle 783) olduğu gibi. Maada hallerde her biri kendi hesabına ha-
reket eder; meselâ iki alacaklıdan biri bir sulh yaparsa bu sulh arkadaşına
te'sir etmez; hissesinden fazlası hakkındaki sulha arkadaşısı isterse icâzet ve-
rir; isterse vermez (aş. yargılama, dava bahsine bak.).

mesâfe seyreylemesi lâzım olacağına dair vaki' istiftaya cevap : «ma'ahstrabat seyriüsefer
ile üç günlük mesafe miktarı yer katolunursa mesafei sefer add ve itibar olunur» (Ceridei
ilmiye, adet 76, 77 s. 2476).

(1) Müruru zamanda senei şemsiye ile senei kameriyeden hangisi muteber olur?
Elcevap senei kameriye muteber olur (ceridei ilmiye, adet 32, s. 901).

(2) Dört kişi birlikte büyük bir direk kaldırırken kaza ile bu direk ellerinden boğ-
nup onlardan birinin üzerine düşmekle helak olsa o üç kişinin her biri diyetin dörtte birini
tazmin ve son dörtte bir de ölenin hissesine düşerek sakıt olur (Medenî kanun - tali ko-
misyonu lâyihası, s. 20).

(3) Z. nin A. zimmetinde karzdan olan şu kadar kuruluş borca B. ve C. beraberce ke-
fil olup her biri dahi aherin zimmetine lâzım gelen meblâğa birbirinin emri olmadan kefil
oldukları surette B, C. nin emri olmaksızın borcun mecnuunu Z. ye tediye ettikde nisfını
C. den almağa kadir olur mu? Elcevap olmaz (Ceridei ilmiye adet 23, s. 483).

MÜNFERİT BORÇ MÜNASEBETLERİ

126 — İkrar, bir kimsenin başka bir şahsın kendisinde olan hakkını haber vermesidir diye tarif edilir. «Huve ihbârun bihakkın liâhere alâ nefsihi» (mecelle 152 bak). İkrarı yapan kimseye mukirr, aleyhine ikrar yapılan kimseye mukarrunleh, ikrar edilen şeye mukarrunbih denir. İkrar bir taraftan maddi hukuku ve öbür taraftan usul hukukunu ilgilendirir. Usul hukuku bakımından ikrar bir hüccettir; fakat kâsır (zaif) bir hüccettir. Buna karşı beyine (şehâdet), muteaddi bir hüccet sayılır (Mecelle 78 bak). İkrarın zaif bir hüccet olması bilhassa ceza hukukunda (ukubatta) görülecektir.

İkrar, mukarrunlehin tasdik ve kabûlüne tevakkuf etmez, fakat ret edilirse hükmü kalmaz (Mecelle 1580). Hukuki ibad'da ikardan rücû edilemez (Mecelle 1588). Bununla beraber ikrarın ciddi olması lâzımdır; istihza, şaka, ikrah ve muvâzaa suretiyle, uyku halinde ikrar hüküm ifade etmez. İhtilaf halinde bu arızaları iddia eden, ispata mecbur olur; ispat edemezse mukarrunlehe yemin verilmek icabeder (2).

İkrarın âkil ve bâliğden sâdir olması da lâzımdır; mümeyyiz olmayan küçük, deli gibi kimseler ikarda bulunamayacakları gibi aleyhlerine veli ve vasinin ikrarı da sahih olmaz; nitekim mutevellinin de vakıf aleyhine ikrarı mu'teber değildir (ceridei ilmiye, adet 22, s. 454). Husumete (davaya) vekil olan kimsenin ikrârından aşağıda, yargılama kısmında bahsedilecektir. (oraya bak). Fakat mümeyyiz ve bunak, mezûm oldukları hususlarda ikrar edebilirler (yuk. NO. 53 bak).

İkrarın hükmü, inşâî mi, ihbârî mi olduğu hakkında fakihler ihtilaf et-

(1) Bir kimseyi «oğlumdur» diye vuku' bulan ikrar (ikrar binnesep) yalnız başına bir şey ifade etmez. O kimsenin oğul olabilecek bir yaşda olması (mecelle 1577 bak) ve ikrar edenin tasdik etmesi lâzımdır.

(2) Bir kimse bir şahsın zimmetinde şu kadar alacağım olup ikrar dahi ederek senet vermiştin diye da'vâ ve o şahıs, mezkûr senet muteber ikrah altında olmuştu diye defettekte bu def'i isbat et: § takdirde o kimse ondan bir şey alamaz (Ali Haydar, Mecelle 1006 şerhi).

İkrah ile vaki' ikardan sonra ikarda bulunan dilerse bu ikrarında kâzip olduğunu iddia edebilir (Mecelle 1575 şerhine bak.).

Z., şeriki A. ile hesap gördüklerinde zimmeti çıkıp hesapta yanlışlık yoksa diye kat'i olmayarak ikrar eylese tekrar hesap görelim demeğe kadir olur (Netice Fetâvâsından).

mişlerdir; yukarıdaki ta'rif'e göre ihbârî mâhiyette olduğu anlaşılır. Bu mâhiyyet, bilhassa ölüm hastalığındaki (marazimevt deki) ikrar da görülür. Bir kimse, ölüm korkusu olan hastalığında (Mecelle 1595), bütün mallarını vârislerden başka biri için ikrar etse varislerin icâzetine mevkuf olmaksızın sahih olur (Mecelle 1601); halbuki vârislerinden başka birine bir mal hibe etse ve mirascular icâzet vermese ancak sülüs miktarında, yani mallarından üçde birinde sahih olur (Mecelle 879) (1). Hakikaten ikrarın hükmü, mukarrunbihin zuhurudur; yoksa ibtidâen inşası, hudûsu değildir. Bu cihetle ikrar milk sebebi olamaz denilmiştir (Mecelle 1628 bak); yani müddet, mücerret müddealeyhin ikrarını milk sebebi tutarak ondan deyn veya ayn olarak re'sen bir şey da'vâ, benim için yüz lira ikrar ettin, onu ver diye iddiâ etse, da'vâsı dinlenmez (2). Demekki alacaklı, müddealeyhe karşı sende yüz lira alacağım vardır; bunu ikrar da ettin suretinde dava edebilecektir (3).

İkrar edilen şey malum olmayabilir. Fakat fâhiş bir mechuliyet ikrarın sıhhatine mani'dir. Filanın bende emaneti vardır yahut malını gasp ettim yolunda vukubulan ikrarlar sahihtir; mukarr, o şeyi beyan ve tayine cebredilir (Mecelle 1579). Ve gene ikrarın müteber olması bir sebep beyanına muhtaç değildir : Filana 50 lira borcum vardır diye ikrarda bulunan kimse bu ikrarı ile ilzam edilir (4).

Bazı hallerde ikrar müteber olmak için sâlih, yakışır bir sebep gösterilmek, mesela haml (ana karındaki çocuk) lehine yapılan ikrarda ikrar edilen malın, mirasdan veya vasiyetten gelme bir mal olduğunu beyan etmek lâzımdır, nitekim görünüşün (zâhir i hâlin) ikrarı tekzip etmemesi de şarttır; meselâ bedenen bulug'a tahammülü olmayan bir küçük, bâliğ oldum diye ikrar etse müteber olmaz (Mecelle 1577 bak). Fıkıh kitaplarında ikrarın tekerürü hâlinde bunun sebepli olup olmadığına, sebepli olduğu takdirde sebebinin her ikisinde de aynı veya muhtelif bulunduğuna, sebebe muzaf değilse senetli, senetsiz ve senedin de bir veya müteaddit olduğuna ve gene ikrarın

(1) Gene bunun içindir ki bir zimminin bir müslümâna bir miktar şarap ikrar etmesi sahihtir; onu mukarrunlebe teslim etmesi lâzımdır. Eğer ikrar iptidaen temlik olsaydı sahih olmamak icabederdi.

Hanefilerce ikrah ile talak ve i'tak müteber olduğu halde talak ve i'tak'ın ikrah ile ikrarı sahih değildir (Mutekalebbhur).

(2) Mücerret ikrarı sebep tutarak açılan dava dinlenmez ve bu ikrarı hâvi hucdet ile amel edilmez (Abdurrahim fetavâsından).

(3) «Bazı ulama, bir kimsenin, milkiyetini milk sebebi olmayan ikrara istinat ederek bu malın benim olduğunu ikrar etmiştin diye dava etse bu davanın sahih olacağını beyan etmişlerdir» (Ali Haydar, Tatbikat i şer'iyye dersi 1333, s. 90 No 33).

(4) Bergsträsser diyor ki: ikrar, böyle mücerret, doğum sebebinden müstakil bir borç münasebeti tesis etmek itibarıyla hususi bir önemi haizdir. Akit tiplerindeki darlığa karşı bir kaçamak yolu olabilir.

yargıç huzurunda yapıp yapılmadığına göre bir takım hal suretleri gösterilmiştir (1).

İkrarın bölünüp bölünmeyeceği meselesi ilerde yargılama hukuku bahsinde görülecektir.

127 — Beyi' ve şirâ (satma ve satın alma) akdi. Fıkıhda akitlerin birinci derecede önemlisi beyi'dir. Evvelce de söylediğimiz gibi beyi' hükümleri muamelat hakkındaki genel kaideleri de teşkil eder mahiyettedir.

İcâre de bir nevi beyi' sayılır. Beyi' ayn'ın temlikini tazammun ettiği halde icârede temlik edilen, satılan şey ayn değil, menfeattir (Mecelle 405). İvaz şartı ile hibe (Mecelle 1022) ve ikrar suretiyle sulh (Mecelle 1548) birer beyi' hükmündedir. Karşılıksız hibe bir aynın ve âriyet bir menfeatin bedava temlikidir (2). Nihayet istisna' da bir beyi'dir. Bir de müesseli muaccele satmak demek olan selem vardır. Bunlar aşada görülecektir.

Beyi', malı mala mübadele etmektir ve böyle ta'rif edilmiştir (Mecelle 105); mebi' itibariyle dört türüdür. Ya para mukabilinde bir malı satmak suretiyle (buna mutlak beyi' denebilir, en çok kullanılan budur). Veya parayı paraya satmak suretiyle (beyi' sarf) veya bir ayn'ı başka bir ayn mukabili satmak suretiyle (mukâyaza beyi') olur (3).

Beyi'de satılan mala mebi' (bey'in mahalli, muteallakı), satana bâyi, satın alana müşteri, her ikisine birden mütebâyian derler. Semen satılan şey'in bahâsıdır; ya müsemmâ olur ki bu, tarafların rızalarıyla mebi' için tesmiye ve tayin ettikleri semendir; mebi'in hakiki kıymetinin aynı olmak, tam değeri bulunmak zaruri değildir. Veya semeni misildir ki bu, malın hakiki bahası, tam değeridir; buna kıymet de denir.

Beyi'de mebi'in mevcut, teslimi mümkün ve mutekavvim ve nihayet müşterinin de malumu olması lazımdır (Mecelle 197 - 200 bak. Yuk. No. 69 ve 70

(1) Bir kimse ben bu malı Z. den, hayır A. dan gasp ettim dese Z. ye o malı ve A. ya da kıymetini borçlanır. Çünkü Z. ye yapılan ikrardan «hayır» söziyle rucu' mu'teber değildir ve ikinci ikrara müsteniden aynı veçhile A. ya borçlanılan o mal, Z. ye yapılan ikrar ile helâk olduğundan kıymeti onun yerine kaim olur (Bergsträsser).

(2) İslâm hukukcularının câiz gördüğü, İmamlık, Hatiplik vesire gibi hukuk i mücerrede dahi denilen bir takım vazifelerin ivaz mukabili başkasına devri, beyi' değildir (yuk. s. 107 bak.). Buna ferağ ve nuzul derler ki sahihdir (Ali Haydar, Ahkâmül vukuf, madde 61, 62; Reddül Muhtar, beyi' bahsine bak). Mîri arazinin mutesarrıfı tarafından memurun izniyle malum bir bedelle başkasına devri de mücerret bir haktan i'tiyâz (ivaz laşmak) olarak teviz edilmiştir. Buna arazi hukukunda ferağ denir ve ferağ oden, o araziyi istirdat edemeyeceği gibi diğer taraf da artık bundan rucu' edemez. Ferağ meccânen de olabilir.

(3) Beyi' sarf, nakd'i nakde satmaktır, buna para bozmak da denir (yuk. No. 102; Mecelle 121 bak.) Mukâyaza, trampa akdi demektir (Mecelle 122, 279).

bak.) (1). Semen malum ve muayyen olmak lazımgelirse de ferden tayin edilmesine lüzüm yoktur (Mecelle 237 - 244 bak.). Bunun neticesi olarak akit sonradan fesh edilmiş olsa bile semenden intifa' caizdir; halbuki böyle bir fesh halinde ferden muayyen bir şeyin istimâli, bir haksız iktisâbı (rib'â yı) mucip olur. Bundan başka kabzdan önce bâyi' semen üzerinde tasarruf edebilirken müşteri mebi' menkulü başkasına satamaz (Mecelle 252, aşa. No. 130 bak.).

128 — İslâm hukuku, bey'in kile, vezin, sayı, arşın ile vukuuna ve menkul, gayrimenkul mallara teallukuna göre bir takım hükümler koymuştur; meselâ keyli (mekilât), vezni (mevzûnât), adedi (madut adediyyat), zer'i (mezru' mezru'at) dan olan şeylerin (2), kile, tartı, sayı veya arşın ile satılması câiz olduğu gibi cuzâfen (3) dahi satılması câizdir. Ve gene kile ile satılan mallarda ve müsavi surette sayılabilen şeylerde, bölünmesinde zarar olmayan tartı ile satılır şeylerde bir mecmu'un miktarı beyan olunarak o mecmu' satıldıkda gerek yalnız o mecmu'un semeni beyan olunsun, gerek kilesinin veya sayısının, vezninin bahası tafsil edilsin bey'i' sahihdir; fakat teslim edilirken tamam çıkarsa beyi' lazım olur; eksik çıkarsa müşteri muhayyer olup dilerse bey'i fesh eder ve dilerse çıkan miktarı semenden hissesiyle alır, fazla çıkarsa ziyadesi satıcındır. Bölünmesinde zarar olan tartı ile satılır şeylerden bir mecmu'un miktarı beyan ve yalnız onun bahası söylenerek satıldığı takdirde teslim sırasında eksik çıkarsa müşteri muhayyer olup dilerse bey'i fesh eder, dilerse çıkan konuşulan semenin tamamı ile alır; fazla gelirse ziyadesi müşterinin olur, satıcının muhayyerliği yoktur. Eğer böyle bir mecmu'un miktarıyla eczâsinin bahası beyan olunmuş ise eksik veya fazla çıkışın müşteri muhayyerdur, dilerse bey'i fesh, dilerse çıkanı beher cüz için kararlaşan beha hesabıyla alır (Mecelle 217 - 229 bak.).

Bir beyide sarih surette beyan edilmeksizin dâhil olup olmayan şeyler hakkında da kazuistik hükümler vardır. Umumiyetle belde örfünde mebi'in şamil olduğu her şey konuşulmasa dahi beyi'de dâhil olur ve bunların semen'den ayrıca hissesi yoktur.

(1) Bey'in nâfiz olması için satan, mebi'in maliki, yahut mâlikin vekili, velisi veya vasisi olmak şarttır (Mecelle 365 bak.). Baba hüsnî hal sahibi (mahmudül hal) olmak, yani fâsik, müsrif olmamak şartıyla çocuğunun menkul veya akârını, yesir gâbin (yük. No. 35 bak.) ile dahi satabilir. Vasi, küçüğün akârını satabilmek için bunu tevîz eden ser'i sebepler (müsevviği ser'i, çoğulu müsevviğât'i ser'iyye) den biri bulunmak lazımdır. Bunlar: küçüğün nafakası için o akârın semen'ine ihtiyacı olması, müteveffanın akârı satıl madıkça ödenemeyecek borcu bulunması, akâra iki kat kıymetle tâlip çıkması, akârın harap olmağa yüz tutması gibi hallerdir.

Küçüğün miri arazisini ve bu arazi üzerindeki milk binasını vesairesini baba dahi ancak bu ser'i sebepler altında başkasına ferağ edebilir.

(2) Bunlara mukadderat derler (yük. No. 71 ve No. 103 bak.).

(3) Ölçüsüz vesâiresiz tahmini olarak, demektir

129 — Hanefî mezhebi beyi'de koşulan yani akdin muhtevâsına ithal edilen şartları câiz, müfsit ve lâğv olarak üçe ayırır (Mecelle, 186 - 189 bak) :

a — Akdin muktezâsını teyit eden mülâyim şart ile veya akdin muktezâsını te'yit etmese dahi muteârif ve mahallî örf ve âdette câri şartla beyi' (istihsanen) sahih ve şart mu'teberdir; meselâ bir mal terhin etmek, bir kimseyi kefil vermek gibi şartlarla yapılan akit gibi.

b — Âkitlerden birine fayda veya menfaati olmayan şartla beyi' sahih olup şart fâsit, lağvidir; meselâ başkasına satmamak, hibe etmemek kaydiyle beyi' gibi.

Bu hükme göre menfaati âkitlerden birine değil de ecnebiye âit bir şartla yapılan beyi'de şart mu'teber değildir. Binâenaleyh bir kimse birine mal satarken üçüncü bir şahsa şu kadar para borç veya hediye vermek veya sattığı evde üçüncü bir şahsı oturtmak şartı koşulsa bu beyi' sahih, fakat şart hükümsüz olacaktır (Ali Haydar Mecelle serhi 188 bak). Halbuki meselâ vakıf daha ziyade üçüncü şahıslar menfaatine yapılmakta ve vakıftan pekalâ onlar istifade etmektedir. Üçüncü şahıs lehine bir sigorta ise hiç caiz değildir. Esasen sigorta ribalı bir iş sayılmıştır (yuk. s. 114. n. 2 bak.).

c — Akdin muktezâsından olmadığı gibi muteârif de bulunmayan, fakat âkitlerden birine faydası olan şartla beyi' fâsittir. Fâsit bir akit bozulmağa mahkûmdur (yuk. No. 49 ve bu numaraya ait n. 2 ve 3 bak) (1).

Hanefî mezhebinden alınan Mecellenin bu hükümleri, 1295 tarihli eski «Usuli Muhakemei Hukukiye Kanunu» muzun 64 üncü maddesinin 30 Nisan 1330 tarihli ta'dili ile hükümden iskat edilmiş ve mukavele serbestliği temin

(1) Semenî her ne vakit müşteriye red ederse mebi'i geri almak şartıyla bey' fâsit olur (Ali Efendi fetâvâsından).

Bir kimse yüz lira alacağı bulunan bir şahıstan bu borç ile takas yapılmamak şartıyla yüz liraya mal satın alsa fâsit olur (Hindiyye); çünkü cebri takas vaki' olmuştur (yuk. No. 116 bak.).

Bir kimse ölünceye kadar icarını kendi almak şartıyla dükkanını abara beyi' eylese sahih olmaz (Abdurrahîm fetâvâsından).

Zimmetinde olan deynini te'cil etmek şartıyla bey' sahih olmaz (Abdurrahîm fetâvâsından).

Boşamamak şartıyla karının kocasına bir şey beyi' etmesi fasittir (Ali efendi fetâvâsından).

Bayi'a icar olunmak veya bayi' ölünceye kadar içinde oturmak şartıyla ev beyi' fasittir (Ali efendi ve Behce fetvalarından).

Ölünceye kadar görüp gözetmek şartıyla beyi' fasittir (Netice fetâvâsından). Fakat Mecellenin 855 inci maddesi mucibince bir kimse ölünceye kadar kendisini beslemek şartıyla milk akarını veya menkulunu hibe ve teslim etse caizdir. Bunun gibi arazinin ve sahib vakıf olan musakkafât ve müstegallata da ölünceye kadar bakıp beslemek şartıyla başkasına meccanen ferağ muteberdir (aş. hibe No. 146 bak.).

edilmek istenmiştir. Bu ta'dilin gerekçesinden esas parçayı öneminden dolayı aşağıya naklediyoruz (1) :

130 — Evvelce söylediğimiz gibi (yuk. No. 74 bak.) bey'in tamam olması için kabz şart değildir (Mecelle 264, 841 bak.) İcap ve kabûlün birleşmesi ile beyi' akdi tamam ve müşteri mebi'a ve bâyi' semene mâlik olmuş olur (Mecelle 167, 369) (2). Fakat semen müeccel değilse akitten sonra evvela müşteri semeni bâyi'e ve saniyen bâyi' mebi'i müşteriye vermeğe borçludur (Mecelle 262) (3), Mebi'in bilfiil teslim edilmesi şart olmayıp müşterinin, bir mani' olmaksızın mebi'i kabz edebilecek surette tesellüm (kabz) etmesine bâyi'in izin vermesi de teslim demektir; bu suretle müşteri de onu kabz etmiş sayılır (Mecelle 263, 264) (4). Bütün bunlar sahih bir beyi' akdi içindir. Fasit beyi'

(1) «Ukut ve mukâvelâtın serbestisi ve istikrarı, hukuki tasarrufiyenin serbestisi de-recesinde terekkiyât i iktisâdiye üzerinde müessirdir. Mecellemiz ukudu, öyle şerait i but-lan ve fesâda ma'ruz kılmıştır ki bugün mukâvelât, kanunun teminatından ziyade âkitlerin hulûs i niyetine ibtinâ ediyor. Taahhüdâtını ifadan istinkâf etmek arzu eden âkitlerin mü-him kısmı maatteessüf kanuni medenîmizin hâlihâzır, ile mukâveleleri feshettirebilmek-ten emindir. Zira şurût i hâzıra ile fesat tehlikesinden masun olarak mukâvele tanzimi güç bir iştir. Mecellemizi zemanın ihtiyaclarına evfak (en uygun) ve nâsın muamelelerine erfak (en varar) bir surette baştan başa tâdil etmek büyük bir teşebbüs ve şüphesiz ki fıkıh hükümlerimiz' bunu mütekâfildir. Ne kadar müşkül olsa dahi bunu iktiham etmek lâzım olduğunu takdir ile beraber iktisâdi ilerlemelerimizi buna ta'lik etmeği muvâfık görmiyerek mukâvelelerin serbestliğini te'min için ba'zı kanuni tedbirlere tevessül ey-le-dik. Usul i muhakemenin 64 üncü maddesini bu esası mümkün mertebe temin edecek surette ta'dil ettik. Sâir medenî memleketlerde mukâveleler bazı umumî şartlara tabi kılınmıştır. Bu şartlar dairesinde tanzim edilen bütün mukâveleler âkitlerin hususî kanunu telakki edilerek ma'mülünbih ve mu'teber tutulmuştur. İhtiyacların günden güne tekes-sür, muâmelât ve mübâdelâtın hergün mütezâyet bir kuvvetle tenevvü' ve tevessü' ettiği şu terakki zamanında ukut ve mukâvelâtın tâbî' olması icap eden bilcümle şartları derpiş eylemek vâzı i kânun için imkânsızdır ve tarafların kendi hususî menfaatlarını daha iyi takdir eyleyecekleri de şüphesizdir. Biz de bu yeni ta'dilde ehkinden sadir olup tarafların rızasıyle akd olunan ve mahalline muzaf olan ve âdât ve intizâm ı âmmeyi muhâfazâ maksadı ile mevzu' ahkâm ve kavanîni ihlâl etmeyen bilcümle mukavelelerin âkitler için ma'mulünbih ve mu'teber olduğunu kabul ettik. Akıt mahallî olan mütekavvim mâli, tedâvülü mütearif olan bilcümle a'yan, menâfi' ve hukuka teşmil ettik. Bu suretle mü-tekâbil taahhütleri tereddüt ve teşevvüsten tahlis ve medenî ve ticarî muâmelelere daha ziyâde emniyet ve istikrar bahsettik» (yuk. No. 93 bak).

(2) Bâyi' muhayyer olduğu takdirde teslim vaki' olsa dahi mülkiyet intikal etmez. Müşterinin muhayyerliği halinde ise bu intikal ihtilâflıdır. İmameyn'e göre mebi' müşterinin-malı sayılır (Mecelle 309 bak).

(3) Borçlar kanunu 210 uncu maddesine göre «hilafına mukavele mevcut değilse satı-lan, alıcının eline geçince satıcı semene müstehak olur».

(4) Kabz, ikrar ile de tahakkuk edebilir (İbni Nuceym fetavasından). Mal zaten müşte-rinin elinde ise yeni bir teslim'e lüzum yoktur.

mebi' kabz edilmek ile hüküm ifade eder; yani müşteri bâyi'in izniyle mebi'i kabz edince ona mâlik olur (yuk. s .66 No. 2 bak).

İslâm hukukuna göre mebi' kabz edilmeden, daha doğrusu teslim edilmiş veya tesellüme izin verilmemiş olduğu halde bâyi' elinde ve hatta müşterinin de rizasıyla muhafaza etmek üzere tevdi' edilen üçüncü şahıs nezdinde tamamen veya kısmen - velevki teaddi ve taksir bulunmaksızın - telef olsa beyi' infisah eder ve müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyüp zararı bâyi'e ait olur (Mecelle 293) (1); hasarın müşteriye aidiyeti mukavele edilmiş olsa dahi böyledir. Fasit bey'i taraflardan her biri öbür tarafın ilmi lâhık olmak şartıyla (2) fesh etmeğe haklı (3) ve hatta diyâneten borçlu olduğundan mebi' aynen mevcut ise bâyi' bey'i fesh ile mebi'i geri alabilir ve müşterinin bir teaddi ve taksiri olmaksızın fesihden önce veya sonra nezdinde telef olmuş ise kararlaşan semen değil, dâmân lâzımgelir. Ancak geri alma halinde, eğer semen ödenmiş ise müşteri, bu semen iade edilinceye kadar mebi'i hapis etmek hakkını haizdir (Mecelle 372, 373; yuk. No. 85 ve notu 1 bak) (4).

Diğer taraftan Mecellenin 236 mıcı maddesinde de söylendiği üzere sahih ve lazım bir beyi'de akitten sonra ve kabz'dan önce mebi'de hasıl olan semere ve ziyade müşteriye aittir (5). Fâsit beyi'in, feshine mani' bulunmadıkça (Mecelle 372 bak) fesh'i lâzım olduğundan ve mebi'a ancak kabz ile malik olunacağından zevâidin müşteriye âit olup olmaması bahis mevzuu olmaz. Mevkuf

(1) Velev helek fi yed il bâyi'i helek aleyhi ve infeschal bey'u ve lâ şeye al el müş-teri (Dürer).

(2) Yuk. s. 66, No. 1 bak.

(3) Ali Haydar şerhinde (cilt 1 s. 623) fasit bey'in fesh edilemeyeceği 12 hali nakl etmektedir.

(4) Fasit beyi'de müşterinin veya bayi'in iflas veya ölümü ile fesih hakkı batıl olmaz; müşteri iflâs eder veya ölürse bayi' fesh ederek mebi'i geri alır ve semeni almış ise ret eder, bayi' ölür veya iflas ederse müşteri mebi'i ret ederek semeni geri alır (üstteki n. 3 bak.).

Sahih beyi'de müşteri mebi'i kabz etmeden iflas ederse bayi' muaccel olan semeni alıncaya kadar onu hapsedebilir; kabz ettikten sonra iflas etse bayi' mebi'i istirdat edemeyip semen için garâmeye dahil olur. Semen müaccel ise filhal garâmeye dahil olamaz. (yuk. s. 104 bak.).

Murtehin rohni râhine iare etse rehindeki hakkı sakıt olmadığı halde bayi' mebi'i müşteriye mesela iare etmekle hapis hakkı sakıt olur; artık istirdat edemez

(5) Ali Haydar Mecelle (273) şerhi «kabletleslim bâyi' mebi'i ahare icar etse ücret bâyi'in dir; çünkü bir şeyin nef'i, dâmân i mukabelesindedir, Mecelle 85, 236 mıcı madde ve şerhine de bak.

Mecellede verilen misallerden de anlaşıldığı üzere kastedilen ziyade yukarda s. 103 notunda yazılı dört nevi' ziyadeden 1 ve 3 numaralardaki, yani mebi'den mütevellit ziyadelerdir. İcar suretiyle alınan kira (s. 103 No. 4) müşteriye ait olmayıp bâyi'a âit olmaktadır (Mecellenin 903 üncü maddesine bak.).

beyi'de zevâit, muhayyerliğin iskati halinde müşteriye, feshi halinde bâyi'â ait olur (1).

Ve nihayet müşteri kabızdan önce mebi' akarı satabilirse de menkulî satamaz (Mecelle 253 bak); nitekim icârda da müste'cir me'cur akar ise kabızdan önce başkasına icar edebilir; fakat menkul ise edemez (Mecelle 586).

131 — Görüldüğü üzere İslâm hukuku beyi'de, mülkiyetin müşteriye intikali anını, akdın in'ikad zamanına izafe etmiştir; nitekim Fransız hukukunda ve buna iltihak eden kanunlarda da böyledir; ancak iki hukuk arasında mühim fark vardır. Fransız hukuku mucibince de mülkiyet sadece akdın yapılmasıyla müşteriye intikal ederse de bâyi' mebi'i müşteriye vermeden başka birine satıp teslim etse birinci müşteri daha önce mâlik olmasın rağmen ikinci müşteriden mebi'i isteyemez; çünkü ikinci müşteri bâyi'in zilyetliğine itimat ve istinat ederek malı ondan satın almış ve kabz da etmiştir. Menkullerde bu zilyetliğe istinat ve zilyetliğin himayesi keyfiyeti modern hukukun en kıymetli prensiplerindendir ve iyi niyetli üçüncü şahısları koruma bakımından lazımludur. İslâm hukukunda ise zilyetlik mefhumu bu önemiyle takdir edilmiş olmadığından böyle bir halde birinci müşteri, malı kendisinden gasp edilmiş bir mâlik gibi mebi' kimin elinde ise ondan, yani ikinci müşteriden veya herhangi bir gâsıp elinden istirdat hakkını hâizdir (2); ikinci satış nâfiz değildir; çünkü fuzûlî olmuştur (3).

(1) Mevkuf bey'e icâzet verilirse bu icâzet akit zamanına muzaf olarak hüküm ifade eder.

(2) Yuk. No. 67 sonu ve No. 74 bak. Akitlerden hangisinin önce yapıldığı, malum olmasa mebi' iki müşteri arasında müşterek ve ikisi de muhayyer olur. Bâyi'in bu müşteriye daha önce sattım demesi dinlenmez. Onlar dilerlerse bey'i fesh ederek vermiş oldukları semenleri bâyi'den isterler; dilerlerse her biri mebi'in yarısına yarı semen ile râzı olarak ödedikleri semenlerin o bir yarısını satıcıdan alırlar. El mecmuatul cedide fil kütübü'l erbaâ (Kitâb ul istihkak madde 186).

Bir kimse bir malı ayrı ayrı şahıslara sattıktan sonra bir müstahik çıkarak her iki bey'e de icâzet verse câiz ve mal ikisi arasında müşterek olur. Ancak bunlar muhayyer olup isterlerse bu suretle kabul ve dilerlerse red ederler. Fakat müstahik ikinci bey'e icâzet verirse birinci beyi' bâtül olur; birine beyi' öbürüne hibe ve teslim etmiş olsa hüküm aynıdır.

(3) Bir kimse başkasının malını üçüncü bir şahısdan fuzûlen iştirâ ve kabz etse o kimse üçüncü şahsa nisbetle müşteri ve o başkasına nisbetle gâsıp olur. Mal sahibi bu bey'e icâzet verirse fuzûlî olan bâyi' satışı vekil durumuna girer.

Bir kimse bir malını bir şahsa sattıktan sonra bir ikinciye daha satarsa ikinci satış nâfiz olmaz, fuzûlî olur. Bu şahıs ikinci bey'e icâzet verdiği takdirde bakılır; eğer mali kabz etmiş ise icâzeti sahih olur. Kabz etmemiş ise sahih olmaz; zira icâzet o malın müşteri tarafından satışı demektir, halbuki bu müşteri mali kabz etmiş değildir; menkulün, kabızdan evvel satışı hükümsüzdür. Ancak mal akar olduğu takdirde - kabz etmemiş olsa bile - icâzeti sahihdir; çünkü akarın kabızdan evvel başkasına satılması caizdir. İcâzet ver-

Şüphesiz İslâm Hukuku amme menfeatini koruyucu mahiyette sayılmaz. Fransız hukuku iyi niyet sahibi kimseyi, yani malı elinde bulunduran kimsenin o malın maliki olduğunu farz ve zan eden kimseyi hakkıyla himaye etmemiştir.

Roma, Alman, vesaire ile İsviçre ve bugünkü Türk hukukunda menkullerde mülkiyetin intikali bey' akdinden başka ayrıca bir teslim muamelesiyle olabilir. Sadece akit, bir teslim borcu tahmil ederse de mülkiyetin intikaline kâfi değildir. Fakat bütün bu hukuk, yani gerek Fransız ve gerek Alman sistemi diyebileceğimiz zümreler hukuku arasında nefi' ve hasarın intikali bakımlarından ayrılıklar görülür. İsviçre ve Türk hukukunda, İslâm hukukunda olduğu gibi mebi'in teslimden, kabızdan önceki menfaat ve zevâidi müşteriye âit olduğu halde hasarın intikali, Roma hukukunda akd'in in'ikâd'ı ile Alman ve bu çevreye dahil hukukda mülkiyetin intikalinde olduğu gibi teslim ile, Fransız hukukunda ise gene mülkiyetin intikalinde olduğu gibi akd'in yapılması ile tahakkuk eder. Demek ki (Roma), İsviçre ve Türk hukuku mülkiyetin intikalini teslim ve hasar'ın intikalini kaideten (İsviçre borçlar kanunu 185, Türk 183 üncü maddeleri) âkit anma izafe etmek suretiyle Fransız ve Alman sistemlerinden ayrılmıştır (1). Bu son iki sistem gerek mülkiyetin ve gerek hasarın intikalini paralel, mütenazır surette, yani her ikisini ya akd'in yapıldığı veya menkul malın teslim edildiği zamana izafe ederek tanzim etmiştir. Bu bakımdan İslâm hukuku, A. B. Schwarz'ın tertiplelediği yukarıda nakledilen üç garp sisteminin dışında dördüncü bir sistem arz etmektedir. Görülyorki İslâm hukukunda, Roma, İsviçre ve Türk hukukunun tamamen aksine olarak mülkiyetin intikali akd'in yapıldığı zamana, hasarın intikali ise teslim zamanına bağlanmıştır.

İslâm hukukunun ve onun nakli olan Mecelle'nin bu tanzim tarzı bun-

mediğine göre mebi' ikinci müşteri elinde aynen mevcut ise istirdat edebilir. Mebi' ikinci müşteri elinde telef olursa icâzet veremez; çünkü icâzette mebi' mevcut (kaim) ve mahiyeti değişmemiş olmak lâzımdır (Mecelle, 378 bak). Birinci müşteri muhayyerdir; ya bey'i ipka ile ikinci müşteriye tazmin ettirir; bu takdirde ikinci müşteri verdiği parayı bâyi'den istirdat eder veya bey'i fesh eder. Bunun gibi başka bir kimse bâyi'in elinde mevcut bulunan mebi'i itlâf etse müşteri muhayyerdir: dilerse bey'i fesh eder; bu halde mebi' bâyi'in mülküne avdet eder; dilerse bey'i kabul ederek mebi' misliyattan ise mislini kıyemiyattan ise itlâf ve gasp zaman ve mekâmdaki kıymetini telef edene tazmin ettirir. Müşteri bu tazmin teşebbüsü ile mebi'i kabz etmiş olur. Bey' fesh edilip bâyi'in mülküne avdet ettiği takdirde tazmin ettirmek hakkı bâyi'in olur ve müşteri semeni ödemiş ise bâyiden geri ister.

(1) İsviçre borçlar kanunu (madde 220) ve Türk borçlar kanunu (madde 216) gayri-menkul satışında hasarın intikali için ayrı bir hüküm koymuştur: satılanın alıcı tarafından kabz edilmesi için mukavele ile bir müddet tayin edildiği takdirde onun nefi' ve hasarının bu andan önce alıcıya intikal etmemesi asıldır.

dan on yıllarca eyvel o vakit İstanbul'da Rus sefreti tercümanı olan Mandelstam tarafından (1) ve İsviçre Türk Kanunlarının hükümleri de yakın zamanda Profesör A. B. Schwarz tarafından (2) tenkit ve tahlil edilmiştir.

Profesör Mardin (Ahmet Cevdet Paşa, 1946) adlı eserinde Mecellenin 293 üncü madde hükmünü müdafaa yolunda, onu tenkit eden Mandelstam'ın Fransız hukuku tesiri altında kaldığını ve Alman, Avusturya gibi memleketlerin kanunlarında da mebi'in tesliminden önceki nefi ve hasarının bâyi'â bırakıldığını, şu halde böyle büyük milletlere ait medenî kanunlara nakîse teşkil etmeyen hükmün Mecelle için bir noksan sayılması haylı garip olduğunu söylüyorsa da bu mukayese ve işhad tam ve yerinde olmasa gerektir; çünkü yukarıda görüldüğü üzere Alman sisteminde yalnız nefi ve hasar değil, mülkiyet de teslimden önce bâyi'in uhdesindedir (Alman Medenî Kanunu 446 ve 929) ve bu suretle her iki hüküm makul bir ahenk içindedir. Bu günkü İsviçre ve Türk medenî kanunlarında mülkiyet intikalinin teslim ile ve fakat hasar intikalinin akit ile olması nasıl bir düzensizlik olarak tenkit edilebiliyorsa (3) Mandelstam da Mecellenin bunun tersine olarak mülkiyetin intikalini akt ile, hasarın intikalini ise teslim ile tahakkuk ettirmesinin aynı suretle bir mantıksızlık ve haksızlık olduğunu iddia etmiştir (4).

Şunu da ilâve edelim ki Mecellenin hükmü yalnız Mandelstam tarafından tenkit edilmiş olmayıp rahmetli Seyyit beyin başkanlığındaki ve Ebul'ülâ Mardin'in âzasından bulunduğu 1332 (1926) tarihli medenî kanun tâli komisyonu lâyihasında da ele alınmış ve şer'i şerifin, her mülkün hasarından yalnız malikin müteessir olması lâzımgelceğini kabul ettiği, İmam Malik ile bütün ehli zâhirin akdi esas ittihaz ederek hasarın müşteriye aidiyetine kail oldukları kavî ve beyan olunmuştur (Lâyihâ s. 37) (5).

(1) Mandelstam'ın tenkidi Profesör Ebul'ula Mardin'in (Ahmet Cevdet Paşa) adlı eserinde (İstanbul 1946, s. 214) ve Profesör Halil Arslanlının (Ticari Bevi') adlı eserinde (İstanbul 1953, s. 216 No. 85) nakledilmiştir.

(2) Prof. A. B. Schwarz, satış akdinde hasâr'ın intikali, Ankara Hukuk Fakültesi dergisi cilt IV, 1947 sayı 1 - 4 s. 159 - 167

(3) Prof. A. B. Schwarz, satış akdinde hasarın intikali, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, yuk. yıl ve sayısı geçen nüsha.

(4) Halil Arslanlı Ebul'ula'nın müdafaasına iştirâk etmemektedir.

(5) Bevi'de hasârın aidiyeti meselesi ötedenberi tereddüt ve ihtilâflara sebep olmuş bir meseledir. Nitekim İslâm hukukunda da bütün mezhepler bu hususta mütefik değildir. Öser İsviçre medenî kanunun borçlar hukukuna ait 930 tarihli büyük ve kıymetli almanca şerhinde (madde 185) bu tereddüt ve münakaşaların İsviçre'de de cereyan ettiğini kaydederek «emtia satışından (warenkauf)» hareket eden Roma

132 — Maliki mezhebi mebi'in, âkit ile müşteriye intikali hükmünün mantikî neticelerine sadık kalarak -ihtikârından korkulan yiyecek şeyler müstesna- mebi'in kabızdan önce müşteri tarafından başkasına satılabileceğini de mutlak surette kabul eder. Hanefilere (İmam-ı Azâm ve Yusuf'a) göre mebi' gayri menkul kabızdan önce bayî'â satılamazsa da başkasına satılabilir; fakat menkulün kabızdan evvel satılması mutlak surette caiz değildir. Hanefilerin bu baptaki gerekçesi şudur : Mebi'in kabızdan önce bâyi' elinde helâk olması halinde beyî', infisah edeceğinden bu infisah tehlikesi altında bâyi' malik olmadığı bir malı satmış olmak durumuna düşecektir ki bunun zarardan başka bir neticesi olmayacaktır; ve menkullerde bu infisah garer'i gâlipdir (1). Hatta akarm dahi eğer deniz, nehir kenarında ve su baskını tehlikesi altında olup da yıkılma ihtimali varsa gene kabızdan evvel satılması câiz olmaz. Bu hüküm de modern ticari münasebetleri, ciddi ve zarurî ihtiyaçları tatmin edecek mahiyette olmadığından ve muamelât bunun hilâfına yürüdüğüünden bahisle tenkitten kurtulamamıştır (2). Hanefilerin bu dar içtihadı, bu baptaki rivayetler karşısında kendilerinde uyanan tereddüde ve ihtiyata müstenit olabilir: Bir hadise göre kabızdan önce menkulün satılması men'edilmiştir; başka bir rivayete göre memnuiyet yalnız yiyecek şeylere hasredilmiştir (3).

Mebi' menkulün kabızdan önce başkasına satılmaması, üçüncü şahısların himayesini bir nebze sağlayabilmişmidir? Kahire Birinci Fuat Üniversitesi Hukuk Fakültesi Profesörü Şefik Şehata bu tezi ele almıştır: Şöyle ki meselâ A, B ye menkul bir malı satmış, B de onu henüz kabz etmeden C ye satmış ve bilâhare kabz ederek, fakat C ye teslim

hukukunun (ki bunda bâyi'in mebi'i nezdinde alıkoymakta hiçbir menfaati yoktur) hasarda düstur olması lâzımgelen ân'ı akdin yapıldığı ân olarak kabul ettiğini ve hayvan alın satımı esasından hareket eden Cermen hukukunun (ki bunda menfaat evvelemirde bâyi'â düşmektedir), bunun aksine olarak hasâr'ı mülkiyetin intikali ile, yani zilyetliğin devri ile müşteriye intikal ettirdiğini söylüyor. Oser, İsviçre borçlar kanunundaki bu madde hükmünün İsviçre halk hayatına henüz girmediğinden de bahsetmektedir.

(1) Ve lâ yesihhu bey'ul menkul i kable kabzihî li nehyihî aleyhisselâm-i an bey'in mâlem yukbaz ve li enne filhî gararu infisâh il akdi alâ itibâr il helâki... ve yesihhu fil akâr, ey yesihhu bey'u akarm la yuhşa helâkiuhu kable kabzihî indesşeyheyne hilâfen li Muhammedin ve Zufere veş Sâfiî (Mecmaul Enhurden, Miratı Mecelle). Bazı fukahâ akarda da istihkak tehlikesi bulunduğunu ileri sürüyorlar, Serahsi, cilt 13 s. 9 bak.

(2) Ebul'ülâ Mardin, Ahmet Cevdet Paşa, s. 213, No. 1; Ali Haydar, Mecelle serhi, cilt 1, s. 409, No. 1, Medeni kanun tâli komisyonu lâyihası, s. 39.

(3) Sahihî Buhari muhtasarı, Tecdid'i Sârih tercümesi, Cilt 6 No. 991, 992 bak.

etmiyerek D ye satmış olsun. Burada B, malı C ye satmasına rağmen malın tam mülkiyetini muhafaza etmekte olduğundan ve çünkü kabızdan önce menkulün başkasına bey'i hüküm ifade etmeyeceğinden C malik olmamıştır; bu itibarla mâlik B tarafından D ye yapılan devir muteber olacaktır (4). Filhakika bu suretle islâm hukukunda da zilyetliğin -velevki zaif olsun- bir rolü olduğu görülmektedir. Fakat A, B ye bir menkul mal satıp da teslim etmeden bir başkasına satsa ve teslim etse birinci müşteri ikinci müşteriye müracaat edebileceğinden ikinci müşteri, bâyi'nin zilyedliğine güvenmiş olmasında bir himayeye mazhâr değildir.

133 — Hiyar hakkı, muhayyerlik. Evvelce söylediğimiz gibi (Yuk. No. 49. ç. Bak.) muhayyerlik, muhayyer olan tarafa akdi bir taraflı fesh veya akde icâzet hakkı verir. Muhayyerlik müddeti içinde bu fesh yapılmazsa beyi' tamam olur.

İslâm hukuku beyi' de taraflar için muhtelif muhayyerlikler kabul etmiştir. Başlıcaları hiyâr i şart, hiyâri vasıf, hiyâri tâyin, hiyâri rü'yet, hiyâri ayıp, hiyâri istihkak'dır. İşaret ettiğimiz üzere daha başka muhayyerlikler de vardır (1).

Hiyâr'i rü'yet, müşteri lehine şer'ân (kanunen) kabûl edilmiş bir muhayyerliktir (2). Bu, mebi'i görmek muhayyerliğidir, malı görmeden satın alan kimseye gördüğü vakit beyi' fesh etmek hakkı verir (3); hilâfına yapılacak bir mukavele ile bertaraf edilemez; akitte mebi'in vasfı beyan edilmiş olsun olmasın birdir. Ancak vasıf beyan edildiği takdirde vasıf muhayyerliği bahis mevzuu olur. Bununla beraber görmek, dar mâ-nâda alınmamaktadır (Mecelle 323 ve sonraki maddelere bak.).

Görme muhayyerliği müşterinin mirascısına intikal etmez. Çünkü bu muhayyerlik nass ile ancak âkit için sabit olmuştur. Şu halde müşteri malı henüz görmeden ölse mirascısı o mala mâlik olur; yani murisinin

(4) Chafik Chehata, l'acte translatif de propriété en droit musulman hanefite (Travaux de la semaine internationale de droit musulman s. 40 bak.

(1) Hiyâri meclis, hiyâri nakt gibi (Ali Haydar bunları 22 nevi olarak gösteriyor).

(2) Nikâh, malı mala mübadele olmadığından beyi' değildir. Ali Haydar şerhinde diyor: «zevç olacak kimsenin kadını görmeden nikâhlanmasının cevâzı ve lüzumu, meşakkat, teysirî celp eder kaidesine teferru' eden meselelerdendir. Çünkü çok kıraseler kızlarını talibe göstermekten imtina' edeceklerinden kolaylık için bunda hiyâri rü'yet meşru' kılınmamıştır. Ancak meşakkat nass olmayan yerlerde kolaylığı câlip olup hakkında nass varit olan mevzilerde meşakkat özriyle o nass'ın hilâfı irtikâp edilemez».

(3) Bu hususda şu hadis rivayet edilir: «Men isterâ şey'en ve lem yerehû, fe lehül hiyâru izâ reâhu», yani bir şeyi görmeden satın alan kimse onu gördüğü vakit muhayyerdir. Fakat bu hadisin mevzu' olup ash' olmadığı zikredilir

muhayyerliğine istinat ile bey'i feshedemez. Yukarıda bahsettiğimiz üzere (No. 22) Mâlikî mezhebine göre mebi'in, yapılan tarif ve tavsife uygun çıkması halinde hiyâr'i rüyet iddiası dinlenmez. Şafî mezhebi, giyaben yapılan bey'i tanımadığından esasen böyle bir muhayyerlik yoktur (1).

Gene müşteri lehine olan hiyâr'i ayıp mebi'deki ayıptan dolayı bey'i feshetmek hakkıdır. Ayıp, ehli ve erbabı arasında malın bahasına noksan veren, kıymetinin azalmasını mucip olan kusura derler (Mecelle 338 bak); yemek pişirmesini bilmek şartıyla alınan bir kölenin (rakikin), bu vasfı haiz olmaması, koyun eti diye alınan etin keçi eti olması, taşlı, topraklı olmamak üzere alınan buğdayın, bulgurun taşı, topraklı çıkması, ayıptan dolayı muhayyerlik hakkı verir. Fakat böyle şartlar konulmaksızın mutlak surette aktedilen beyi' de mebi'in ayıptan salını olmasını iktiza ettirir (Mecelle 336 bak.). Ayıptan dolayı muhayyerlik, dediğimiz gibi yalnız fesih hakkı verir; fakat bugünkü hukukumuzda olduğu gibi (BK. 202) semenden indirme hakkı vermez. Semenden indirme, ancak müşteri indinde mebi' telef veya onda herhangi bir ayıp hadis olduktan sonra daha önce bâyi elinde iken ayıplı olduğu anlaşılırsa mümkündür (Mecelle 345 - 350 bak.; BK. 204 ile mukayese). Bu, noksanla rücu hakkı, meselâ ayıplı olan yenecek şey'i yemekle veya rakik'i azat etmekle sâkit olur.

Bir akitle satın alınmış olan yumurta gibi şeylerin veya tefrikinde zarar olan keyl veya vezn ile satılan şeylerin bir kısmında ayıp bulunduğu takdirde tatbik edilecek hükümler ayrıca tesbit edilmiştir (Mecelle 351 ve sonrakilere bak.).

Müşteri ayıplı mal üzerinde râzı olduğuna delâlet eder surette bir mâlik gibi (tasarruf i müllâk ile) tasarruf ettiği takdirde muhayyerliği sâkit olur. Bir de esasen malı ayıplı olarak kabûl etmiş ise veya bâyi, herhangi bir ayıptan mes'ul olmamak şartıyla satmış ise gene muhayyerlik yoktur. Ayıp muhayyerliği vârise intikal eder.

Hiyâr'i istihkak, mebi'in bir kısmı veya bazısı üçüncü bir şahıs tarafından bilistihkak zabt edildiği takdirde bahis mevzuu olur; meselâ bir kimse bir akitte iki malı yüz lira ya satın alıp da biri, veya bazısı istihkak iddiasıyla zabt edilse müşteri o malın başkasının olduğunu bilmiyor idise

(1) Mecellenin görme muhayyerliği hakkındaki hükmü medenî kanun talî komisyonu lâyihasında (s. 41) tenkit edilmiş ve «hiyârât bâbında alelhlâk serbesti i mukavelâta ve taahhütlerin adem i ifasından mütevellit ahkâma ehemmiyet atfedilerek icabeden kaideler kabul edilmek üzere teferruat sayılan bu mesele hakkında komisyonca fazla iştigâle lüzum görülmemiştir. «Mandelstam'ın tenkidi ve Ebul'ülâ'nın cevabı için (Ahmet Cevdet Paşa) adlı esere (s. 215 No. 3) bak.

muhayyerdir; dilerse bey'i fesih ve dilerse zabt olunmayan malı semenden hissesiyle kabul eder. Biliyor idi ise istihkak muhayyerliği yoktur. Kalamını semenden hissesiyle alması lâzımdır (Reddül muhtar: bak, Ali Haydar, Mecelle 351 şerhi ve yine Ali Haydar, El mecmua tül cedide, fil kütüb il erbaa, kitab ul istihkak bak.).

Kiyemî şeylerden iki veya üç şey, ayrı ayrı bahaları beyan olunarak bunlardan müşteri dilediğini almak yahut bâyi' dilediğini vermek üzere satılabilir. Bu cevaz, istihsan yolu iledir. Bu muhayyerliğe hiyâr i tayin derler (Mecelle 316). Muhayyerlik müddeti bundan sonra göreceğimiz hiyâr i şartta olduğu gibi tarafların arzusuna bırakılmıştır. Bu hiyâr, hakkı muhayyer olan tarafın mirascısına intikal eder (Mecelle 219). Misliyatında bu muhayyerlik yoktur. Üçden ziyade şeylerde hiyâr i tayin sahih olmaz; bunun sebebi üç şeyde iyi, orta, fena bulunabileceğinden fazlasına hacet görülmemesidir. Binaenaleyh meselâ bir sürüden beğenilen koyun tayin edilmek üzere yapılan satış fasittir. Hanbelî, Şafii, Maliki İmamlarına göre hiyâr i tayin ile beyi' caiz değildir.

Muhayyerlikler arasında görülen hiyâr i şart (Mecelle 300 ve sonrakilere bak.), bâyi', müşteri veya üçüncü şahıs lehine kabul edilebilen hiyârdır. Bunda âkit, muhayyerlik şartıyla yapılır; yani meselâ bâyi', bu malı filan kimse muhayyer olmak şartıyla, razı olursa şu kadar liraya sattım diye icap ta bulunsa ve müşteri de kabûl ettim dese üçüncü şahıs için bir muhayyerlik şart edlimiş ve satış bu şart ile yapılmış olur. Bu şahıs, şart edilen müddet içinde razı olur, beyi' feshetmezse beyi' lazım olur. İmam Âzama göre bu muhayyerlik müddeti üç günden ziyade olmaz. Ziyade şart edilirse bey fasit olur. Gerek İmam Malike ve gerek İmam Ebu Yusuf ve Muhammede göre taraflar istedikleri müddeti şart edebilirse de Mecelle, İmameyn'in kavlini ihtiyar etmiştir. Muhayyer olan taraf, muhayyerlik müddeti içinde, öbür taraftan ilmi lâhik olmak şartıyla beyi' feshedebilir.

Hiyâr i şart varise intikal etmez; yani muhayyer olan taraf ölürse muhayyerlik sakıt olur. Eimme i selâse'ye, yani Şafii, Malik ve Ahmet bin Hanbel'e göre mirascıya intikal eder. İmam Şafii'ye göre icâre de hiyâr i şart sahih değildir (Tahtavî cilt 7 s. 193).

Vasif muhayyerliği, bâyi'in mergup bir vasif ile muttasif olmak üzere sattığı malın o vasıfdan âri çıkması halinde müşterinin haiz olduğu muhayyerliktir; meselâ sağır diye satılmış olan ineğin süten kesilmiş olduğu anlaşılrsa müşteri muhayyer olur. Fakat meselâ bir hayvanı gebe olmak veya bir ineği günde şu kadar kilo süt sağır olmak şartıyla yapılan beyi' eşasında fasit olur, yani bu gibi vasıfların şart koşulması caiz değildir. Hiyâr i vasif mirascıya intikal eder (Mecelle 300 bak.).

134 — Bey'in neveleri arasında selem'in hususiyeti vardır. Selem peşin para ile veresiye mal almak, müeccele, muaccel mukabilinde satmaktır; yani selemde sonradan teslim edilecek bir mal için şimdiden derhal semen'in (re'sülmâlin) tediyesi bahis mevzuudur. Derhal teslim edilen mal için semen'in te'ciline selem aksine olarak nesie derler. Selem hâlen mevcut olmayan şeyi satmak olduğundan caiz olmamak lâzım gelirdi; fakat ihtiyaç bunu zaruri kılmıştır; hakkında sunnet ve icma'da nakledilir (Bidayet ül müctehit fi nihayet il muksasit, cüzi sâni s. 167, 168).

Selem'in sıbhatinde dokuz şart say'arlar (1). Ecel, laâkal bir ay olmak lâzımdır. Bir selemde mütevali teslimât için ayrı ayrı eceller kabûl edilebilir; meselâ bir ay sonra şu kadar kilo ve iki ay sonra şu kadar kilo patatesin teslimi teahhüt olunabilir. Selemde hiyâr i şart ve hiyâr i rüyet kabul edilmez; fakat ayıp muhayyerliği vardır. Selem ancak miktarını, vasfını, meselâ âlâhğını ednâlığın, yani iyiliğini, kötülüğünü tayin etmek kabil olan şeylerde sahîh olur. Ne gibi şeylerde selem carî olacağı, selem'in mevzuu, mebi' (müslemünfih ki deyindir, aş. istisnâ'a, No. 139 bak.) kazuist surette tayin edilmiştir. Selem esas itibariyle misli olan şeylerde caridir. Kiyemî olan şeyler, altın ve gümüş mallar selem'in mevzuû olamaz (Mecelle 382 ve sonrakilere bak.) (2).

Selem bey'i şahsî itibare müstenit bir akitir. Fıkıhda ipotek usulü mevcut olmadığından çiftçi arazisini elinden çıkarmaksızın muhtaç olduğu parayı selem yolu ile tedarik edebilecektir. Mebi'in semenî olan re'sülmâl tabiri, selem'in iktisadî karakterine işaret sayılabilir. Parayı verecek olan müşteriye rabbuselem, müslim derler. Malı satan bâyî de müslemün ileyh'dir. Selem mudarebe kadar olmaşa da faiz memnuiyeti-ne karşı bir çare hizmetini görür denebilir.

Rabbuselem'in ölümü ile ecel batıl olmadan da müslemünileyh'in vefatıyla ecel batıl olur ve müslemünfih derhal terekesinden istifa edilir.

(1) Selem gibi şerâiti kesîresi olan bir akit sobeyle alacak davasında o akitin şartlarının beyânı ve mesela akit yapılırken müslemün fih'in hangi mekânda teslimi şart edilmiş ise onun ve Mecelle'nin 368 inci maddesinde sayılan ve fukahâ tarafından ilâveten beyan olunan şartların gösterilmesi lâzımdır (Fetvahane kararlarından, Ceridei ilmiye).

(2) Kömür misliyattan olmakla selem câiz olur (Netice fetvâsından); hayvatta selem caiz olmaz (Ali efendi fetâvâsından); vezn üzerine cinsî malum peynirde, adet üzerine limonda, mekilatta, mevzunatta selem câizdir (Netice, Behce fetvâlarından; gene şartlarına riâyet edilmek üzere şapta, peynirde, fındıkta, tuzda, kahvede, kalayda selem yapılabilir (keza Feyziye fetvâlarına da bak.). Pekmez envainda selem caiz olmaz (Behce fetvâsı).

135 — Bey'in, semen hususunda bir tafsil ve izaha tabi tutulup tutulmamasına göre aldığı hususi isimleri vardır. Müsâveme, murâbaha, tevliye, vazî'a, Bulardan müsâveme, bâyi'in kendi satıcısına verdiği semen zıkr ve tasrih edilmiyerek alelülak tarafların rızâlarıyla kararlaşan bedel ile yapılan satışa denir ki pazarda, piyasada yapılan satışlar hemen hemen hep bu yolda cereyan eder. Murâbaha, bir kimsenin mâlik olduğu malını kendisine kaçâ mal olmuş ise onu beyan ederek kâr ile başkasına satmasıdır : bana beş liraya mal oldu, size 550 kuruşa satarım demek gibi. Tevliye bir kimsenin, malını kendisine kaçâ mal olmuş ise onu beyan ederek ondan ziyade veya noksanına olmayarak o kadara satmasıdır. Vazî'a da gene bir kimsenin, bir malı kendisine kaçâ mal olmuş ise onu söyleyerek ondan noksana satmasıdır. Bunlar hakkında bir takım hususi hükümler konmuştur; bunlarda malın satın alınmasıyla satılması arasında husule gelen kıymet azalmasını veya kıymet değişmesini mucip o'lan hal-lerin beyan edilmesi lâzımdır; meselâ bâyi' veresiye aldığı bir malı satar-ken veresiye almış olduğunu müşteriye bildirmezse veya bana yüz kuru-şa mal oldu diye yetmiş kuruşa sattığı malın seksen kuruşa a'ındığı ta-hakkuk ederse bu, ribaya yol vereceğinden ve bu suretle haksız bir ik-tisap meydana geleceğinden müşteriye bir muhayye:lk (hiyanet muhay-yerliği) tanınmıştır.

Bunlardan başka bey'in eski şekillerinden olan mülânese, muzâbene, muhâkale, munâbeze ve ilkâ il hacer adlarını taşıyan beyi'ler vardır. Mülânese bey'i müşterinin müteaddit mallarından birine gelişi güzel el atıp elinin isabet ettiği malın satılmış sayılması, müzâbene (1) ağaçtaki hurmanın tahmin edilen aynı miktarda toplanmış hurma mukabilinde satılması ve üçüncüsü tarladaki hububatın henüz yetişmeden satılması, (kâ-musa bak.), dördüncüsü âkitlerden birinin öbürüne bir malı bakmaya-rak atıp da bu atılan malda beyi'in lâzım tutulması ve nihayet beşincisi müteaddit mallar içine bir taş atarak taşın isabet ettiği malın, mebi' ola-rak kabul edilmesidir. Bunlar memnu' ve metruk eski beyi' şekilleridir, ribâ ve kumar karakterini haizdirler, memnuiyetleri hakkında hadisler ri-vâyet edilmiştir (kamusa bak.).

Bey'i ina için aşağıda karz bahsine (No. 145) bak.

136 — Bey'i marîz. Ölüm hastalığı içinde yapılan bey'i dir. Ölüm hastalığı, kendisinde ölüm korkusu bulunan hastayı erkek ise evinin dı-şındaki ve kadın ise evinin içindeki işlerini görmekten âciz bırakan ve bu

(1) Veled i menbuz, lakîta, yani atılmış çocuğa derler.

hal üzere hastanın - yatakta kalsın, kalmasın - bir yıl geçmeden ölümü vukubulan hastalıktır. Hastalık uzayıp da şiddetlenmiyerek daimî bir hal üzere bir yıl geçerse hastanın yaptığı tasarruflar, sıhhat hâlinde olan kim-
senin tasarrufları gibidir; fakat hastalık şiddetlenir ve hastanın hâli de-
ğişir de böylece bir yıl geçmeden ölüm vukubulursa değişmeden itibaren
ölümüne kadar olan hâli, ölüm hastalığı hâli sayılır (Mecelle 1595).

Bir kimse ölüm hastalığı içinde varislerinden birine bir şey satsa bu, öbür varislerin ölümünden sonra verecekleri icâzete mevkuf kalır; ölümünden sonra icâzet verilerse nâfiz olur; vermezlerse olmaz (Mecelle 393 bak.). Bu kimse kendisine vâris olmayacak olan birine semeni misliyle bir şey satsa bu beyî' sahihtir. Noksan kıymeti (muhabat) ile satmış ise malının üçte biri buna müsâit olduğu takdirde bu satış gene muteberdir; müsâit olmazsa bütün mirasçılardan icâzetine mevkuf olur. Müşteri noksan miktarı ikmal ederse mirasçılar beyî' fesh edemezler; ikmal etmezse beyî' fesh ve murislerinin aldığı semeni ona red ile malı geri alabilirler (1)

Terekesi borca boğulmuş olan kimse ölüm hastalığında malını semeni mislinden noksan kıymet ile mirasçı olmayan bir şahsa satıp da öldüğü surette alacaklıları mebi'in semeni mislini müşteriye ikmal ettirirler; ikmal etmezlerse beyî' fesh edebilirler. Burada mirasçılardan icâzet'i hükümsüzdür; çünkü borca boğulmuş olan terekeye mirasçılar malik olamayacağından onda tasarruf edemezler; böyle bir terekeyi satmak yargıcın vazifesidir (Mecelle 399 ve Ali Haydar şerhi) (2)

137 — Bey'ulvefa. Bir malı, kararlaştıran şart altında semeni ve mebi' karşılıklı iade edilerek istirdat edilmek üzere satmaktır. Buna vefâ'en beyî', beyî' bilvefâ da derler. Bunda bâyi' semeni ret ile mebi'i istirdat edebileceği gibi müşteri dahi mebi'i iade ederek semeni geri alabilir. Beyî' bilvefa ile satılan malı ne bâyi' ve ne de müşteri öbürünün izni olmaksızın başkasına satabilir (Mecelle 397 bak.). Bu karşılıklı ahde vefâ'yı tazammun etmek üzere kendisine bu ad verilmiştir (3). Vefâ'en beyî'

(1) Z., sıhhat halinde iken yaptığı borcu mukabilinde, ölüm hastası iken alacaklına bir malı beyî' edip düyunu terekesinde ezyet olarak ölse o mal garâmeye idhal olunur (Abdurrahim fetâvâsından).

Z. nın ölüm hastalığında karısına beyî' ve teslim ettiği şeye b'la veled ölümünden sonra beytül mal Emîni müdahale edemez (Feyziyye fetâvâsından).

(2) Bir mirî veya mevkuf arazi mutasarrıfının ölüm hastalığında yaptığı ferağ, mülkdeki beyî' hilafına olarak muteberdir. İcareteynli gayrimenkullerde mutasarrıf miktikal hakkını haiz mirasçı bıraktığı takdirde muteber olur (Halil Cemalletin, telhis i ahkâmı arazi, s. 286).

(3) Yuk. No. 79 not. 1 bak.

gayrimenkullerde carî olup menkullerde olmaz (1).

Bu, caiz bir bey'i olduğuna göre müşteri, mebi' den intifa' edebilir; meselâ bu yolda satılan bir bağın üzümü bâyi' ile müşteri arasında yarı yarıya paylaşılacak üzere mukavele edilse bu şarta riayet edilmek lâzımdır (Mecelle 398 bak.). Fakat öbür taraftan mebi', alınan borç mukabilinde bir teminat teşkil ettiğinden rehin hükmündedir ve bundan dolayı mukâvele müddetince başkasına satılamıyacaktır. Görülüyor ki vefâen bey'in bir rehin cephesi vardır ve bir çok hükümlerinde rehin hükümleriyle birdir. Hakikaten vefâ ile satılan mal, müşteri elinde telef olsa karşılığı olan borç, rehinde rehin murtehin elinde telef olması halinde olduğu gibi, sâkıt olur; bu malı, bâyi' veya müşteri rahin veya murtehin gibi öbürünün müsaadesi olmadan başkasına satamaz; rehin edemez. Bu beyi' de mebi'in bazı menfaatleri müşteri için şart kılınabildiği (2) gibi rehinde de merhunun menfaatleri murtehin bırakılabilir (ibâha edilebilir); gene bu beyi'de müşteri öbür alacaklılardan ehakk (daha haklı, üstün) olduğu gibi murtehin de merhûn üzerinde ruchân hakkını hâizdir. Her iki akitte de tarafların veya birinin ölümü halinde yerine mirasçıları geçer ve her ikisinde de şufa cârî olmaz. Rehinin temâmiyetinde kabz şart olduğu gibi vefâen beyi'de de kabz şarttır.

Fakat vefâen mebi'i müşteri kabz'dan sonra bâyi'ine icar etse sahihtir; murtehin ise rehni râhine icar edemez. Vefâ satışında, istiglal mukavelesi câiz iken rehinde böyle bir mukavele olamaz (3).

138 — Beyi' bilistiglal. İstiglal, gelir, menfaat manasına olan galle den müştakdir; bir şeyin gallesini almak manasıdır. İstiglal suretiyle beyi' istilâhda bir kimsenin bir malı kendisi isticar etmek üzere vefâen birisine beyi' etmesidir (Mecelle 119), yani bu beyi'de mebi' tahliye ve müşteriye teslim edildikten sonra bâyi' bu mebi'i müşteriden malûm bir müddet ve ücretle kendisine kiralar ki sahih ve muteberdir ve bâyi' bu ücreti vermekle mükelleftir (4). Beyi' bilistiglal, yalnız gayri menkulde olur.

(1) Behce fetâvâsına bak.

(2) Şart kılınmamış, izin verilmemiş ise müşteri intifa' edemez, ederse dâmin olur; borcu ödeyip mebi'ii geri alırken tazmin ettirebilir.

(3) Mîri arazide ve icareteyenli (çift icâr ile) tasarruf olunan vakıf müsekka-fât ve müstegallatta beyi' bilvefâyâ benzer muameleye vefâen ferag denir. Bu ferag bir kimsenin, ödünç aldığı bir para mukabilinde, mutasarrif olduğu böyle bir gayrimenkulünü, borcunu ödedikde gene kendisine ret olunmak üzere alacaklısına mutevellînin veya arz sahibinin (Defterhane memurunun) izniyle yaptığı feragdır. Bu feragda arâzî veya icareteyenli mal telef olsa borçtan bir şey sâkıt olmaz.

(4) Yuk. No. 79, not. 1 bak.

Beyi' bilistiglal da icâre müddeti bitmekle ücret sakıt olur; ancak mebi' yetim veya vakıf malı ise ec'ri misil lâzımgelir. Gene bu beyi'de mebi' bâyi' elinde telef olsa borç sakıt olur (1).

139 — İstisna (2): Fıkıhın kabul ettiği üzere bu da bir beyi' akidir. Fakat madûmun, mevcut olmayan bir şeyin bey'idir. Bu itibarla kaideye ve kıyasa göre caiz olmamak lâzımgelirse de sünnet ve icma ile sabit sayılır. Mecellenin 124, 383 ve sonraki maddelerinde bahis konusu edilmiştir.

İstisna, para mukabili bir şey yapmak üzere san'at ehli ile olan bir mukâveledir. Yapana sâni', yaptırana mustasni' ve yapılan şeye masnu' denir. Bir kimse, bir sanat sahibine, malzemesi senden olmak üzere bana şu kadar liraya, meselâ şu kadar boy ve en ve derinlikte ve şu kadar gözlü kuru kestane tahtasından bir kitap dolabı yap dese de o da kabul etse istisna' suretiyle bir beyi' akt edilmiş olur.

İşaret edildiği üzere istisna da masnu' cins, nevi, miktar, vasıf itibariyle tayin ve tarif edilmiş olmak lâzımdır. İstisna, ferden muayyen bir mevzu taalluk eder. Hakikaten istisna'da mebi', ayındır (3) Selemde ise akdın mevzuu ferden gayri muayyen bir şey (deyn) olmalıdır. Bilhassa gerek amel ve gerek ayrı (yani malzeme) sâni'den olmak şarttır (4). Ayn, mustasni'den olursa adam icâresi (icâreî âdemi) olur (Mecelle 421 a.ş. icâre bahsına, No. 143 bak.). İstisna'da bir ecel, müddet olmamalıdır ve hiç olmazsa selemde görüldüğü tarzda uzunca bir müddet, ecel denecek bir va'de konulmalıdır. Bu bakımdan istisna', gene bir nevi beyi' akdi olan selemden ayrılır, böyle bir ecel konulduğu takdirde akit istisna değil, selem olur ve selem akdinin şartlarına riâyet lâzımgelir; yâni karşılık ivaz (semen, resûlmâl) akit yapılırken kabz edilmiş olmak icabeder, çünkü selemde bu şarttır. İstisna' ise peşin

(1) Miri arazide ve icâreteyn'li akarlarda bu yolda yapılan muameleye ferağ bil istiglal denir. Bu da, ferağ edilen malı mefrûgunlehden kiralamak şartıyla olan vefâen ferağdır. Bunda da ferağ edilen mal telef olsa borç sakıt olmaz, yani mülk malın istiglal suretiyle bey'inde telef halinde deynin sukutu hükmü burada cari değildir.

(2) Erich Pritsch - Otto Spies: Der islamische Werklieferungsvertrag 1953 (Sonderabdruck aus Zeitschrift für vergleichende, Rechtswissenschaft, Band 56)

(3) Yoksa sâni'in ameli, işi değildir. Bu itibarla sâni', akitten evvel kendisinin yahut başka bir kimsenin yaptığı, meselâ ayakkeşiyi mustasni'a götürüp de o da kabul etse sahih olur (Dürrülmuhtar selem bahsi, Ali Haydar 388 şerhi).

(4) Ali Haydar «zamanımızda alelumum levzım, kalfeden olmak üzere bina inşa edilmek müteâmil bulunmuştur. Fukahâ bu mukavelenin fesadına kail olmuştur. Teâmule binaen bu zamanda buna istisna' denebilir mi?» diye sormaktadır (şerhi, cilt 1 s. 227 notu).

para ile olacağı gibi tamamen veya kısmen (bir aydan az veya çok eceli de olabilir (Mecelle, 391).

İstisna' müteamil, yani örf ve âdetin makbul gördüğü şeylerde olabilir. İmameyne göre ecel (bir ay veya daha ziyade bir müddet) konmuş olsa dahi böyledir. Fakat İmamı Âzama göre bu, selem olur; hiç müddet beyan olunmazsa akit, bilittifak istisna'dır.

Müteamil olmayan şeylerde istisna akdi yapılamaz, yapılırsa fasit olur. Bu bakımdan Ali Haydar, Mecellenin 389 uncu maddesi son fıkrasını fıkıh kitaplarına uygun bulmamakta haklıdır (cilt 1 s. 658. Ömer Nasuhi Bilmen, cilt 5, S. 129 bak.) (1).

Gene istisna'ı müteamil olan şeylerde müddet beyan edilip bu müddet bir aydan az olmak gibi selemde muteber olan ecel'e bâliğ değilse akit bilittifak istisna' olur. Bir mühlet mahiyetinde olmayarak işin çabuk bitirilmesine (isti'cale) matuf müddet, ecel demek olmaz ve ecel beyan edilmedikçe selem vücut bulmaz (Reddül muhtar alâ Dürri muhtar) (2).

İstisna' mücerret bir vaid olmayıp yukarıda dediğimiz gibi bir akit olduğuna göre taraflardan biri öbür tarafın rızası olmaksızın bundan dönemez. Ancak masnu' tarif ve tavsife uygun değilse mustasni', ayıp veya vasf muhayyerliği ile muhayyer olur, dilerse kabûl, dilerse ret eder; uygun ise rüvet muhayyerliğinden dolayı ret edemez (3). Fakat bu günkü hukukumuzda (Borçlar kanunu 367, 369) iş sahibi, işin (i'mal) in devamı sırasında istisna' akdini fesih edebildiği halde islâm hukukunda işin, tahmin edilen masraflardan pek fazlaya mal olacağı akit yapılırken anlaşılrsa dahi akitten dönemiyecektir (Mecelle 392 bak.).

(1) Ve lâ yasıhhu fima lem yutearaf kes sevbi (Multa).

(2) Ve in duribel ecelu fima linnâsi fihi teâmulun sâre seleman inde ebi hanifete hatta la yecûzu illâ bişerâitiselemin ve lâ vesbütü fih il hiyaru ve indehümâ yebkâ istisna'an ve yekûru zikr il müddeti littâcil i ve «in duribe l ecelü fima la teâmüle fihi sâre selemen bil icmaî».

(3) Mecelle cemiyetinde tanzim edilen mezbatadan : «İmamı Âzam hazretlerinin indinde istisna'ın mün'akid olan beyi'den mustasni' rücu' edebilirse de İmam Yusuf Hazretlerinin indinde masnu' tarife muvafık olduğu halde rücu' edemez. Şimdi âlemde pek çok kârgâhlar yapılarak burca toprak tüfekler, vapurlar mukavele ve sipariş ile yaptırılı gelip istisna' keyfiyeti mesalih'i cesime i cariye'den olmasıyla istisna' müstasni'in istisna' akdini fesihde muhayyer olması nice mesalih i cesimeyi ihlâl edeceğinden ve istisna' hususu, kıyas hilâfı olara' râsın örfüne mebrî istisnânen meşru' olan seleme - maks ve örf müstenit bir keyfiyet olduğundan meslahetü asra nazeren İmam Yusuf kavlinin ihtiyarına lüzûm görülerek 392 inci madde ona muvafık olarak yazılmıştır».

140 — İcâre. Mecelle'nin ikinci kitabı icâreye dairdir. İcâre, fıkıh istilahında ma'lum menfaati, malûm ivaz mukabilinde beyi' etmek demektir (Mecelle 405) (1). Lügatta ücret manasınadır; fakat icâr mânasında da kullanılır : İcâre'i vâhideli vakıf sözünde icare' ücret manasına kullanılmıştır (ileride vakıf bahsine bak.). Ücrete ecr de denir : Ecr i misil ve ecr'i müsemmâ tâbirlerinde olduğu gibi. İsticar, kira ile tutmak; mücir veya âcir veya mükârî, icareye (kiraya) veren, müste'cir, isticâr eden, kira ile tutan kimse; me'cur, mucer veya müstecer, kiraya verilen şey demektir. Kendini kiraya veren kimseye ecîr (2) ve ona iltizam ettiği ameli ifa için teslim olunan mala, meselâ dikmek üzere terziye verilen kumaşa müste'cerün fih denir.

İcâre, yukardaki ta'rifinden anlaşıldığı üzere bir beyi' dir. Bundan dolayı bir çok beyi' hükümleri icâreye de tatbik olunur; daha doğrusu bir çok beyi' hükümleri icârede de tekrar edilmiştir; meselâ başlıca rü'yet muhayyerliği, (Mecelle, 507 - 512) ayıp muhayyerliği, (Mecelle 513 - 521) şart muhayyerliği (Mecelle 497 ve sonrakiler) hakkındaki hükümler (Mecelle 406 bak.) ve feshe (yuk. No. 118), ikâleye (yuk. No. 119) dair kaideler gibi. Beyi' gibi icâre dahi şarta talik edilemez; fakat istikbale izafe caizdir (Yuk. No. 41 bak.). Bey'i ifsat eden şartla icâre fasittir (keza yuk. No. 129 b, bak.).

Bir kimse malını ifraz, yani taksim etmeden evvel, meselâ yarısı beşde biri gibi şâyi' bir malûm hissesini başkasına veya başkasıyla müşterek olan maldaki malûm hissesini hissedarına veya hissedarından izin almaksızın üçüncü bir şahsa satabildiği halde (Mecelle 214, 215) şâyi' hissesini başka birine icâr edemeyeceği gibi başkasıyla müşterek olan maldaki hissesini şerikinden gayrı bir şahsa kiralayamaz. Kiralarsa bu icâre fasit olur, müste'cirden ancak ecri misil isteyebilir. Fakat muhâyee'den sonra nöbetini icar edebilir (Mecelle 429 bak.) (3). Görülüyorki bir

(1) Menfaatin şeriat nazarında makbul ve ma'kul (objektif) olması şarttır; yalnız müstecire göre, sırf sübjektif bir menfaatin, maksud olması icârenin sıhhatinde kâfi değildir; mesela bir kimse, halk kendisinin atı var sansınlar için evin önünde tutmak üzere bir at veya kıymetli esvabı var desinler için bir elbise kiralsay ücret lâzım gelmiyecektir. Gerçi fasit icârede kullanmak ile ücret lâzımgelirse de bunda da şer'î, ciddî bir menfaat bulunmak lâzımdır (Ali Haydar, cilt 1, s. 676).

(2) 29.5.1926 tarihli Ticaret kanunumuzun 17 inci maddesindeki ecir bu mâ'nada işçi, amele demektir (aşa. No. 143 bak.).

(3) Bu İmami Â'zam kavlidir; Mecelle bunu kabul etmiştir; İmameyne göre hisse beyan edilmek şartıyla caizdir (Yuk. s. 96 sonu n. 3; hibe için aşağı. No. 146 bak.).

malın şuyu'lu olarak icâri fasittir. Bu şuyu'a mukârin şuyü' derler; tari, sonradan vukua gelen şuyu' ise icâreyi ifsat etmez; mesela bir kimse evini başkasına icar ettikten sonra üçüncü bir şahıs yarısına mustahik çiksa kalanında icâre sahih olur (Mecelle 430).

141 — İcâre, ma'kûdun aleyh, yani hakkında akit yapılan mevzu' itibariyle iki nev'a ayrılır : Biri a'yân'ın menfaati üzerine yapılan icârdır; bu da üç kısımdır : Akar (bina ve arazi) icâri, urûz (elbise, kap kaçak gibi şeyler ve hayvan) icâri, öbürü de amel üzerine icârdır; amele ve hizmetçi tutmak gibi (Mecelle, 421, 475 bak.).

İcâre sahih, fasit, batıl olabilir.

İcaredede sıhhat şartlarından olarak mecur muayyen, menfaat ve ücret malûm olmak lâzımdır. Aksi takdirde icare fasit olur. İcâre'nin in'ikat şartları, rükünleri (yuk. No. 49, Mecelle 458 ve sonrakilere bak.), yani ehliyet ve icap ve kabulün birbirine muvafakati bulunmazsa icâre batıldır.

Ücret olarak kendisine elbise yapmak veya bir at almak gibi lâalet-tayin kıyemiyattan bir şey verilmek üzere ecir tutmak fâsittir; çünkü ücret meçhuldur. Böyle bir halde ancak ecr'i misil lâzımgelir. Fakat çok eski bir akit olarak bu yolda, yani giyeceği, yiyecek ve içeceği müstecirden olmak üzere süt nine istica:ı İmamı Âzama göre istihsanen câizdir. Çünkü buna ihtiyaç vardır; muteârifdir.

Sahihi icârede, mecurdan intifa'a yani mecuru kabza iktidar hasil olmakla ücret lâzımgelir (Mecelle, 424, 425, 469, 470). Fasit icârede ücret için sadece bu iktidar kâfi olmayıp hakikaten intifa' bulunmak lâzımdır; Burada yetim ve vakıf mallar hakkında bir istisna yapılmaktadır. Bâtil icâreye gelince bunda intifa' ile dahi ücret lâzımgelmez; çünkü menfaat haddizâtında mütekavvim değildir; ancak akit ile tekavvün eder (Yuk. s. 88 No. 2 bak.). Bâtil icârede ise bir akit mevcut olmadığından müste'cir olacak kimse me'curu sâhibinin izni olmaksızın kullanmış demektir (1). Bu bir gasptir. Mağsup malın menfaatleri ise mazmun sayılmaz, yani tazmin edilmez (aşa. No. 163 bak). Fakat me'cur, muaddün lil istig'lâl ise yani kiraya verilmek üzere tayin edilmiş, hazırlanmış, sahibi kiralık olduğunu ilân etmiş, kiralık olarak yapılmış akar, araba gibi şeylerden ise (2)

(1) Hatta icâre fasit olarak akd edilse de mu'cir me'curu teslimden imtina' ve müstecir de cebr ile alıp istimal etse bu teslim ile ücret lâzım gelmeyecektir. Çünkü gasp suretiyle kullanmış demektir.

(2) Bir şeyin üç yıl icar olunması onun kiralık olduğuna delâlet eder. Bir de akitsiz ve izinsiz, bir kimse birinin malını kullanırken mal sâhibi ücret istedikten sonra kullanmakta devam ederse kira için i'dad edilmemiş olsa dahi ücret verilmesi lâzımgelir (Mecelle 472 bak.).

su - fasid icarede olduğu gibi - ecri misil lâzımgelir (Mecelle, 417, 458 - veya yetim, mecnun, veya vakıf malı ise kullanmakla ücret, daha doğrusu 462, 471, 472, 496 ve sonrakilere bak; aş. gasp bahsine bak.) (1).

İcâre akdi yapıldıktan sonra me'curdan intifa' imkânını kaldıran veya azaltan bir ayıp hâdis olursa, meselâ ev yıkılır, değirmenin suyu kesilir, kira ile tutulan köle hastalanırsa müste'cir, mucire haber vererek icâreyi fesh edebilir (Mecelle 513 ve sonrakiler). Akdin icrasına mani' olan bir özür zuhur ettiği takdirde icâr fesh edilebilir, daha doğrusu icâre münfesi' olur (Mecelle 443). Akdin icrası nefse veya mala bir zararı mucip olması özür sayılır. Fakat bu hükme genişçe bir tatbik sahası ve ilmektedir; meselâ düğün için yemek pişirmek üzere bir aşçı tutulup da karı kocadan biri ölse veya bir mahalle gitmek üzere kiralanmış at ile yola çıkılıp yolda at hastalansa da yola devam edilmese, dışı ağrıyan bir kimse dişini çıkarması için dişçi ile mukavele yaptıktan sonra ağrısı dinse icâre münfesi' olacağı gibi bir kimse yolculuğu için bir at kiralayıp sonra yolculuktan vaz geçse veya binasında yaptıracığı tamir için veya tarlasını belletmek için bir amele tuttukdan sonra nedamet etse icâreyi fesh edebilecektir (Ali Haydar, madde 443 şerhine, keza Mecelle, madde 580 bak.). Halbuki bey' bu kabil özürlerle fesh olunamaz. Bu özür açık, herkesce bilinen mahiyette ise fesh için hakim'in hükmüne lüzûm yoktur. Böyle değilse hâkimin hükmüne lüzûm vardır. Her halde, yani fesh edilsin, edilmesin ayıb'ın hudusünden sonraki zaman için ücret lâzımgelmez (Mecelle 478).

İcârede âkitlerden birinin veya her ikisinin ölümü icârenin feshini mucip olur; Mecelle yalnız süt anası kiralayanın ölümü halinde icârenin fesh edilemeyeceğini, fakat çocuğun veya süt ananın ölmesi halinde

(1) Vakfın ve küçüğün malını gasp olarak kullanmakla mutlaka ecr'i misil lâzımgelir. Fakat muaddün lil istiglal olan bir malın izinsiz kullanılması, te'vili mülk veya te'vili âkit denilen suretlerle olmuş ise gene ücret lâzımgelmez. Bunlardan birincisi meselâ müşterek bir malı ortaklardan birisinin öbürünün izni olmaksızın -akitsiz- bir müddet müstakillen tasarruf ve istimal etmesi suretinde olur; bu halde ortak o mal kira için i'dad edilmiş olsa dahi bir ücret vermeye mecbur tutulamaz (Mecelle 597 bak.). İkincisi gene meselâ bir kimse müşterek bir dükkânı ortağının izni olmaksızın birine satsa da müşteri bir müddet ondan intifa' ettikten sonra ortak bu bey'e icazet vermiyerek hissesini istirdat etse dükkân kira için hazırlanmış olmasına rağmen müşteriden , mevcut akde güvenerèk vukubulan kullanmasından dolayı ücret istenebilir (Mecelle 598, aşağıda gasp bahsine, No. 162 bak.).

icârenin sona ereceğini tasrih etmiştir (Mecelle, 443 son fıkra) (1). Ölüm ile icârenin feshe uğrayacağı Mecellede yazılı değildir. Fakat Mecellede bulunmayan meselelerde Hanefî mezhebi üzerine hükmedilmek icap edeceğinden, çünkü Osmanlı Devletinin kuruluşundanberi kadılar, hatta öbür mezheplerden birine mensup olsalar dahi bu mezhebe göre hüküm vermeğe izinli olduklarından bu suretle hareket edegelmişlerdir. Fakat sonraları Şâfiî mezhebi (1°) ihtiyar edilmiş ve daha sonra mesele meskût bırakılarak Mecelle ile onun me'hazı olan fıkha göre halledilmek münasip görülmüştür (2).

Me'curün mücir tarafından başkasına satılması halinde bu beyi' müstecir hakkında nafiz olmaz (3). Fakat bâyi' ile müşteri arasında muteberdir; yani icâre sona erdikten sonra müşteri onu almaktan intina edemez. Fakat müşteri, icâre müddeti içinde bu mebi'in teslimini bâyi' den istiyemez; çünkü müstecirin hakkından dolayı teslim mümkün değildir; ancak kadiya müracaatla bey'i fesh ettirebilir. Diğer taraftan müstecir bey'e icazet verebilir. Bununla beraber mucire peşin ödediği kira varsa nisbet üzere bunu istirdat edinciye kadar me'curu hapis edebilir (Mecelle, madde 590 bak).

Me'curu kullanacak şahsın tebeddülüyle menfeat ve mazarratca bir değişiklik varid olan hallerde icârenin takyid'i muteberdir: müstecirin

(1) Mecelle, madde 581 : süt ana hasta oldukta icâreyi fesh edebildiği gibi böyle hasta olur veya gebe kalır veyahut çocuk onun memesini almaz ise veya sütlünü kusarsa süt anayı kiralayan (müsterdi') dahi bozabilir.

(1°) Öbür mezheplere göre icâre âkitlerden birinin veya her ikisinin ölümü ile münfesiñ olmaz.

(2) Şöyle ki Şaban, 1284 tarihinde çıkarılan kontrato nizamnamesinin (birinci tertip düstür cilt I) 1 inci maddesinde âkitlerden birinin ölümü ile icârenin infisah edeceği tasrih edilmişken bu nizamname yerine geçen 10 Rebi'ul evvel 1291 tarihli nizamnamenin 21 inci maddesinde (tarafardan birisinin veya ikisinin vefatı sebebi ile icârenin infisahu dava edilirse dinlenmez denilmiştir. Bundan sonra 28 Cumâ zel evvel 1299 tarihli üçüncü icari akar nizamnamesinden bu madda çıkarılarak bu bapta hiçbir şey söylenmemiştir (Ali Haydar, cilt I, s. 743 ve notu). Medeni kanun talî komisyonu gerek ölüm ve gerek iflâs halinde İsviçre kanundaki tanzim suretine iltihak etmek istemiştir (lâyihâ s. 46).

(3) Bu günkü hukukumuzca ve İsviçre hukukuna göre me'cur'un başkasına beyi' halinde müşteri mevcüt icarı kabul etmek isterse müstecir akdi fesh ve mücir'den tazminat isteyebilir. Fakat gayrimenkul icarı tapu siciline şerh verilmiş ise müşteri bu icarı tanımak mecburiyetindedir. Fransız ve Alman Hukuku ise kiracıyı zarardan korumak için müşterinin satışdan önce yapılmış olan icâr akdine riâyet mükellefiyetinde olduğunu kabûl etmektedir.

binmesi için kiralanan hayvana başkası bindirilemez. Fakat bir değişiklik bahis mevzuu değilse takyit muteber değildir. Bu itibarla oturmak için tutulan evde başkası oturtulabilir. Hatta ne için olduğu beyan edilmiyerek tutulan bir evde müstecir binaya bir zarar vermeyecek herhangi bir işi yapabilir (Mecelle, 426 - 428, 522, 528 bak.).

İcar müddetleri kazuistik tanzim edilmiştir (Mecelle 484, 496 nci maddelere bak.).

142 — A'yan icârı zaman üzerine olur. Bilhassa ev, arâzi icârı gibi. Bu, bir nevi hasılât icârıdır. Mü'cirin menfeatine olan şeyleri, meselâ değirmenin hark'ını, yani su akacak yolunu, evin künklerini, borularını, binaya müteallik işleri yapmak mü'cire âittir, yapmazsa mustecir oradan çıkabilir. Kendi tarafından yaparsa teberru' etmiş olur, yani masrafını âcir eden alamaz. Me'cûrun vergisi de mü'cire âittir. Sırf müste'cirin menfaatine olan masraflar, hilâfı şart edilmedikçe âcirten a'mamaz (Mecelle 529, 530, 532 bak.) Ziraat için isticar edilmiş olan arazide mahsulun idrakından önce icâre müddeti nihayet bulsa müstecir idrak zamanına kadar ecri mislini vererek ekini ibka edebilir (Mecelle 526, 1440, aşa. No. 151 bak). Müste'cir kiralınmış akarda mezun olmaksızın bina yapsa yahut ağaç dikse akdın hitamında âcir muhayyer olup dilerse hiçbir tazminat vremiyerek binayı, ağacı kaldırtır, dilerse az olsun çok olsun kıymetini vererek alıkor.

Bir araziyi ziraat olunmak üzere ziraat olunacak başka bir arazi mukabilinde icar, ribâ olacağından memnudur. Fakat birer nevi hasılât icarı şekli sayılan musâkât ve muzâraya, ihtilâflı olmakla beraber müsâade edilmiştir (1). Bu iki akit Mecellede şirket kitabına alınmıştır. Çünkü bunlar bir cihetden de şirket mukaveleleridir. Yani bu âkitler bir taraftan arazi öbür taraftan amel, yani ziraat sözleşilerek hasılât üzerine yapılan mukavelelerdir (Müzâraa akdine muhâbere ve muhâkele de denir (2). Ma'mâfih bunlar, müzâraanın rükünleri sayılan toprak, tohum, iş ve hayvan (öküz) ün iki taraf arasındaki âdiyetine göre başka başka müzâraa nevilerinin terimleri olabilir (Ömer Nasuhi Bilmem, cilt. 5 s. 533 bak.) (3). Her halde müzâraa ve müsâkatta, arz, bir

(1) İmam Ebu Yusuf'a ve Muhammed'e göre sahihdir. İmamı Azam'a göre sahih değildir. Gerek Hanefi ve gerek öbür mezhep İmamları arasında başka noktalardan da ihtilâflar vardır.

(2) Fıkıhda âdi icâr, hasılât icârı şeklinde bir taksim yoktur.

(3) Müzâraa akdinde tarla sahibine rabbul arz ve işleyecek çifçiye (âmile), müzâri' denir.

müste'cire sadece intifa etmek üzere verilmiş bir me'cur gibi olmayıp diğer tarafa, onda işlemek, amelde bulunmak için ve bilhassa musâkatta ağaçlara bakmak, onları terbiye etmek için teslim edilmektedir (1).

143 — A'yan'ın menfeati üzerine icârın yanı başında yer alan amel üzerine icar akdine fıkıhda icârei âdemî derler. Bu akit, bugünkü hukukda hizmet akdidir. İşçiye yukarda söylediğimiz gibi ecir derler. Bu da hâs ecir veya müşterek ecir diye ikiye ayrılır. Hâs e'cir ücret üzerine müste'cir için çalışan hizmetkâr gibi kimselerdir. Müşterek ecir, müste'ci'den başkasına işlemek kaydıyla bağlı olmayan hammal, terzi, kalaycı gibi kimselerdir (Mecelle, 421, 425, 608, fıkra 2, 608 fıkra 3, 610, 661 bak.). Ma'mâfih bir kimse birden ziyade şahıslar tarafından da hâs ecir olarak tutulabilir. Bir köyün hayvanları için tutulan çoban gibi.

Görülüyor ki adam icarı, hizmet ve âmel üzerine yapılan bir âkitir, müşterek ecirde malzeme (yani işe, amele mevzu' olacak madde) müste'cir (yani iş sahibi, işi yaptıran) tarafından verilir. Ve bu suretle müşterek ecir (işçi) ile yapılan âmel üzerine icâre akdi, istisna' akdinden ayrılır (Yuk. No. 139 bak).

144 — İcâre akdi sahih olsun, olmasın kiralanan şey (me'cür), kiracı elinde emanettir (Mecelle 600 bak.). İcâre bittikten sonra da emanet olarak kalır. Bundan dolayı müste'cir, teâddisi, taksiri olmadıkça ve mezuniyetine aykırı bir harekette bulunmadıkça me'curun telefinden mes'ul olmaz (Mecelle 601 bak); hattâ tazmin edileceği şart edilse bile böyledir. Fakat teaddî ile, müste'cirin emri veya mu'tât hilâfına hareket ile veya muhafaza hususundaki taksir ile vukuâ gelen telefden veya kıymetçe noksandan mes'uldür (Mecelle 602 - 605). Ecir hakkında da hüküm budur. Meselâ çoban, muayyen bir yerde otlatmak üzere kendisine verilen koyunları başka bir yerde otlatır, sürüden kaçan bir koyunu gördüğü halde tutmaz da zay' eyleser, boyacı kırmızıya boyamak üzere kendisine teslim edilen şey'in iâdesi istenildiği vakit inkâr ederse emin olmaktan çıkarak gâsıp durumuna girer. Bu halde teleften mes'uldür (aş. No. 162 bak.)

(1) Musâkât (Mecelle 1441) : Bir taraftan eşcar ve diğer taraftan terbiye, bakım olmak ve hasil olan meyveler aralarında taksim olunmak üzere bir nevi şirkettir. Muzâraa (Mecelle 1431) : Bir taraftan arazi ve diğer taraftan amel, iş, yani ziraat olarak hasılat aralarında taksim edilmek üzere bir nevi şirkettir.

Hâs ecir'in yedi yedi emânet olduğu halde müşterek ecir'in yedi İmâmeyn'e göre yedi dâmandır. Mecelle, İmamı Âzamın reyini, yani yedi emâneti kabul etmiştir (1).

İmameyn'in icthadı, müşterek ecir'in çok ücrete tama' ederek iktidarı dışında iş almış olması mülâhazasına dayanır. Fakat müşterek ecir teaddî veya taksiri olsun olmasının kendisinin fiil ve sün'undan doğan zarar ve hasarı tazmin ile mükellef olur (Mecelle 611 bak.). Şöyle ki böyle bir halde şeyin maliki muhayyerdir; dilerse ecîre ücreti vererek imâl edilen şey'in kıymetini isterse hiçbir ücret vermiyerek kendi malzemesinin imâl edilmemiş haldeki kıymetini ona tazmin ettirir (aşa. gasp bahsı No. 162 bak.). Müşterek ecir'in kendi fiilinden doğmayan zarar ve hasar hakkında İmamı Âzam ile İmâmeyn arasında ihtilâf vardır. Birinciye göre bu hasar teharruzu mümkün olsun olmasının tazmin edilmez; ikincilere göre teharruzu mümkün olan hasarın tazmini lâzımgelir.

145 — Karz. Fıkıh kitaplarında keşz hakkında hükümler vardır. Mecelle buna dair meselelerden bahsetmemiştir (2). Karz, bir kimsenin, gene mislini iade etmek üzere başka birine misli (yani mekilâtdan, mevzûnâttan veya mütekarip adediyattan) bir mal (3) vermesi hakkında yapılan akittir. Bu tarif ile bir taraftan vedia, âriyet ve öbür taraftan hibe ve sadaka hariç kalır. Filhakika vedia ve âriyetin aynı ret edilmek lâzımdır. Hibe ve sadakanın ise ne aynı ve ne de bedeli iade edilir. Misliyyattan olmayan mallarda karz caiz olmaz; fasit sayılır : hayvan ve mutefâvit adediyatta olduğu gibi.

Karz (ödünç) verene, ikraz edene mukriz, karz alana mustakriz, ödünç vermeğe ikraz, ödünç almağa istikraz, karz alınan şeye makruz denir.

Karz, icap ve kabûl ile mün'akit ve kabz ile tamam, yani mülkiyeti

(1) Yedi, yedi emânet olduğu takdirde emin, zimmetinin beraeti hakkında yemini ile tasdik edileceğinden (Mecelle 1774 bak.) ayrıca bir ispata muhtaç değildir. Binaenaleyh meselâ vedia, âriyeti alan kimse ve işte burada, İmamı Âzama göre müşterek ecir, vedia, âriyetin, müstecerünfihin, teaddî ve taksiri olmazsınız elinde telef olduğunu, çalındığını iddiâ etse kendisinin bu hususta yapacağı yemin ile tazminden kurtulur. Fakat yedi, emânet yedi olmadığı takdirde - meselâ gene bahsımızda İmâmeyn'e göre - müşterek ecir'in bu iddiâsını şahitlerle ispat etmesi lâzımgelir. İspat edemezse öbür tarafa, yani müste'cire yemin ettirilir.

(2) Ali Haydar şerhinde kitabı şirkette buna temas eder (cilt 3 s. 309 ve sonr. keza Ömer Nasuhî Bilmen, cilt 5, s. 103 ve sonr. bak.

(3) Yuk. No. 71 bak.

müfit olur ve karz vermek caiz olan şeylerde iâre sözü ile de olabilir. Bir kimse başka birine, sonra sana mislini vermek üzere şu kadar kile buğday ver dese de o da verse bu akit karz olur.

Bununla beraber karz, lâzım bir akid değildir. Karzın tecili muteber sayılmaz (1).

Bir menfeat şartıyla yapılan karz, haramdır. Binaenaleyh karzda faiz şart edilemez (Ömer Nasuhi Bilmen, cilt 5 s. 108, 113 bak.) (2).

(1) Ali Haydar, cilt II s. 310. Karz da tecil batıl olup halen edası lâzımgelir (Ali Efendi Fetâvası). Meselâ bir kimse semeni bir ay müeccel olmak üzere sattığı bir malın semenini bir ay bitmedikçe müşteriden almaya müstahik olamaz; fakat bir ay müddetle ikraz ettiği bir parayı daha ay dolmadan isteyebilir. Çünkü karz intihâen bir muâvaza ise de bidayeten iâredir, fahri bir yardımdır, mukriz bir müteberri'dir. (Ömer N. Bilmen, cilt 5 No. 373; ve lezime te'cilülkulli deynin ill el karzı, tahtavî, fi beyanı ademi tecilil karzı. Ma'mâfih gene Tahtâvide de nakl edildiği üzere peşin olan bir karza, başka bir kimsenin müeccelen kefil olması suretiyle karzda bir tecil mümkün olacaktır. Bu da karzda tecil için bir hyledir. Çünkü kefil hakkında tecil, asilin tecilini istilzam etmezse de (Mecelle 655) kefil peşin olan bir borca müeccelen kefalet etse deyn hem asil ve hem de kefil için müccel olur (Ali Haydar, Mecelle 655 şerhi; Tahtâvi: kultü ve min hiyel tecil il karzı kefaletuhü müeccelen feyeteahharu an il asil i li emmeddeyne vâhdün. Ömer N. Bilmen adı geçen cildin 112 inci ve 113 üncü sayfalarında şunları söylüyor: «mukrize nef'i celbedecek bir ikraz muamelesi haramdır; mesela mukriz, redi (kötü) para yerine ceyyid (sağlam) bir para vermek şartıyla ikrazda bulunsa sahih olmaz. Kezâhık mukriz bir müddet müccel olmak şartıyla ikrazda bulunabilir. Eğer tecilden dolayı mukriz için bir fayda, sahih bir maksat melhuz değilse ikraz sahih olur, tecil şartına bakılmaz. Fakat mukriz için zengin olan mustakriz vasıtasıyla malını muhafaza ettirmek gibi bir sahih garaz bulunursa esah kavle göre bu ikraz akdi fâsıt olur; çünkü burada mukriz için cerri menfaat vardır.

Karz akdi kabul ile tamam, kabz ile lazım olur. Artık mukriz bunu istirdat hakkına malik olamaz. Kendisi için filhal bedel sabit olur; çünkü mukriz kendi rizasıyla ondaki hakk i mülkün bir kad i lâzım ile izale etmiştir, meğerki müstakrizin iflâsına hükmedilsin. O zaman elinde mevcut olan ödünç malı mukriz istirdat edebilir.

Mukriz alacağını tecile mecbur değildir; fakat tecil etmiş ise bu bir va'd mahiyetinde bulunur. Artık layık olan, buna vefâ etmektir. Fakat bazı fukahaya göre bir deyn, karz olsun, olmasın tecil edilince ona riâyet lazım olur; çünkü «elmumî-nune inde şurûtihim = müminler şartlarına bağlırlar»...

(2) Bir kimse bir şahsa hitâben «bana şu kadar meblağı borç ver, arâzimi sana âriyet vereyim, borcumu ödeyinceye kadar onu ekiver» dese de bu vecdile müdayene muamelesi yapılsa bu, kerâhetten hali olmaz (Ömer N. Bilmen, aynı cilt, s. 109). Bu yola, Kohlerin naklettiği üzere faiz memnuiyetine karşı bir çare olarak vaktiyle Avrupada da gidilmiştir (yuk. s. 127 başına bak). İslâm hukukçularına göre bu intifa' ibâhe edilmek suretiyle riba ve haram olmayacaktır (yuk. No. 48* bak.).

Ancak ribh ile ikraz için bazı çareler, dolambaçlı yollar kabûl edilmiştir. Bu suretle ribh alınması caizdir (Yuk. s. 6, No. 101 ve sonr. bak):

1 — İkraz eden, ödünç alana müeccel semen ile bir malı satıp teslim ve ödünç alan da o malı aldığı bedelden aşağı bir fiyatla bilvasıta ödünç verene muaccel semen ile beyi' ve teslim eder. Böylece iki semen arasındaki karz ribh olmuş olur. Meselâ bir kimse bir şahısdan ribh ile yüz lira ödünç almak istedikde o şahıs muayyen bir malı yüz beş liraya bir sene müeccel olmak üzere o kimseye satar ve teslim eder. O kimse de kabz ettikten sonra onu yüz liraya daha başka birine ve o da o şahsa "ni mukriz'a beyi' ve teslim ve yüz lirayı ondan alarak ödünç alana verir. Bu suretle guya hıyâ, yüz beş liraya sattığı malı yüz liraya tekrar eline geçirerek beş lira bir kazanç elde etmiş olur.

2 — Bir kimse bir şahıs zimmetinde olan yüz lira alacağı için beş lira ribh ilzam etmek maksadiyle bir kitabını beş liraya bir sene müeccel olarak o şahsa beyi ve teslim, o şahıs dahi bu kitabı kabz ettikten sonra başka birine hibe ve teslim ve o da o kimseye hibe ve teslim etse bu sonuncusu yani esas alacaklı yıl nihayetinde o şahısdan beş lirayı alır (1).

İna bey'i de faiz memnuiyetine karşı bir hiyle rolunu oynar (Ömer N. iBlmen, cilt 5 s. 109,110 bak.).

Borçlu ecelin hululundan önce borcunu ödese veya borçlu olup borç terekkesinden alınsa ancak geçen günlerin ribhı istifa edilir, ölüm tarihinden sonraki ribh sakıt olur.

146 — Hibe (bağış). Bir malı ivazsız başkasına temlik etmektir. İslâm hukukunda hibe va'di, bu günkü hukukumuzda kabul edilen hibe teahhüdü (Borçlar kanununu 238), bir hüküm ifade etmez; hibe, elden hibe mahiyetindedir.

Temlik eden kimseye vâhip, kabûl eden kimseye mevhubünleh, o mala da mevhub derler. Hibede kâmil kabz lâzımdır, yani bu kabz ile

(1) Yüzde ne miktar ribh alınmasına Sultan tarafından müsaade edilmiş ise o miktar ribh ilzam olunabilir. Onu onbir buçuktan ziyade ribh memnu olmakla ziyade ribh davası dinlenmez (Ali efendi Fetavası). Z, A ya beyi' ve teslim ve semeni kabz ettiği malı A ziyade ile Z ye müeccel olarak satsa ve teslim etse o ziyade ribâ olmaz (Abdurrahim Fetavası). Şer'i muamele ile ilzam olunan ribh helâldir (Ali efendi Fetavası). Murabaha nizamnamesiyle yüzde dokuza kadar ribh'a müsaade edildiğinden mahkemeler ondan fazlasıyla hüküm edemez (Ali Haydar, mecelle şerhi).

hibe tamam olur (Yuk. s. 95 bak.) (1). Kabz vâhibin sarîh veya zimnî izniyle olmalıdır. Mamafih vâhibin hibe hususunda icapta bulunması kabza izin sayılır. Mevhub, esasen bağışlanan kimsenin elinde ise kabza lüzûm yoktur. Veli vesairenin küçüğe yaptığı hibe kabza muhtaç olmaksızın mücerret icap ile tamam olur (Mecelle 851). Hibe sahih olmak için beyîde olduğu gibi hibe edilen şey, hibe edildiği vakit mevcut, malûm ve muayyen ve şüphesiz bağışlayanın mülkü olmak şarttır. Ölüm hastalığında yapılan hibe vasiyet hükmündedir.

Muşa'ın hissesini satmak caiz olduğu halde hibesi değildir (Mecelle 55 bak.). Mamafih bu hususta fakihlar arasında bir takım ihtilâflara ve bir takım hiyâlelere (çarelere) tesadüf edilir. Taksimi kabil olan malın şayi' hissesi hibe edilemez; fakat bu şuyu, hibenin değil, teslimin vuku'u zamanındaki şuyu'dur. Çünkü sahih olmamanın sebebi kâmil bir kabzın mümkün olmamasıdır. Binaenaleyh bir kimse malının yarısını bir kimseye hibe edip henüz teslim etmeden öbür yarısını da hibe ederek bütünü birliktede teslim etse sahih olur. Bir kimse menkul malındaki şayi' hissesini başkasına hibe etmek isterse bu hibe sahih olmak için o hisseyi malûm bir semen karşılığında satıp semenünden müşteriyi ibra etmelidir (1*). Bu suretle şuyu'lu hisse hibe edilmiş olur. Bundan başka Mecellenin verdiği misal mucibince tamamı hibe edilen bir malın şayi' hissesini, bir müstahik çıkararak zabt etse hibe batıl olmayıp kalan yarı hibe edilmiş yani mevhubünlehin malı olmuş olur (Mecelle 56 f. 2) (2). Nitekim bir kimse taksimi kabil olan bir malın bütünü hibe ve teslim ettikten sonra yarısında rücu' etse öbür yarısında hibe sahih olarak kalır; çünkü hibenin tam ve sahih olmasına mani' olan şuyu', aslı olandır, yoksa ârizî (târî) olan şuyu' değildir ve çünkü «iptidada tecviz olunmayan şey, intihada tecviz olunabilir (Mecelle 55) ve beka iptidadan eshel (çok kolay) dir (Mecelle 56) (3).

Taksimi kabil olmayan, kayık, hayvan gibi bir malın hissesini hibe etmek sahihtir, zira bu gibi müşa'da kâmil bir kabz mümkün değildir (4).

Bir kimse malının, meselâ evinin içinde bulunan bir şeyi (şagili)

(1) Teslimden önce ölümle hibe batıl olur (Netice Fetavasından).

(1*) Memnuiyeti bertaraf etmek için bu yolda daha başka çarelere baş vurulmuştur.

(2) Bu halde şuyu'un târî (ârizî) olmayıp aslı (mukârin) olduğunu binaenaleyh hibenin sıhhatine mani olacağını beyan edenler vardır.

(3) Yuk. s. 96 No. 3 bak.

(4) Z taksimi kabil olmayan dükkânın şayi'i hissesini kebir oğlu A ya hibe ve şayien teslim etse hibe tam olur (Abdurrahim fetavasından).

hibe etse caiz, fakat içinde bazı şeyler bulunan malini (meşgulu) hibe etse gayri caizdir; meselâ evinin içindeki eşyasını hibe ve evi ile beraber teslim eder de mevhubunleh eşyayı kabz eylerse hibe tamam olur, içinde eşya bulunan evi hibe ederse evle beraber teslim etse dahi sahih olmaz. Hibe olmak için eşya çıkarılıp ev teslim edilmiş olmak lâzımdır (1). Fakat zevce zevciyle beraber oturduğu ve içinde eşyasının bulunduğu evini zevcine hibe edebilir (2). Babanın da küçük çocuğuna böyle bir hibesi sahihdir.

Bir kimse arsasındaki binasını arsasız hibe edip binayı yıkmak için mevhubunlehe izin vererek o da yıkıp kabz etmedikçe caiz olmadığı halde mükâtaalı vakıf veya mirî arz üzerindeki evin hibesi sahihdir (Ali Haydar, 858 den sonraki lahikaya bak.).

147 — Hibe bir ivaz şartıyla da olabilir, meselâ bir kimse malûm bir ivâz vermek şartıyla - taksimi kabil olmayan bir mal olduğuna göre velevki şeyi' hisse de - birine bir şey hibe eder, o da bu şartı yerine getirirse hibe lâzım olur ve artık bu hibeden rucu' edilemez; bu bir beyi'dir ve beyi' gibi muâmele edilir. Kezalik bir kimse ölüncüye kadar kendisini beslemek şartıyla mülk akârını birine hibe ve teslim ettiği takdirde o da bu şart üzere bağışlayanı beslemeğe râzi bulunmakta ise hibesinden rucu' edemez (Mecelle 855 bak.). (3). Bu şart, mülâyim bir şart sayılır (yuk. No. 129 a bak.).

Fakat mülâyim mahiyette olmayan bir şart beyi'de olduğu gibi hibeyi fasit yapmaz; belki şart bâtıldır (yuk No. 128 Bak.). Hibe - muâvazattan olmadığından ribâ korkusu yoktur. Binaenaleyh bir kimse malını başkasına satmamak veya hibe etmemek şartıyla bağışlayıp teslim etse hibe sahih ve şart batıl olur.

148 — Hibeden rucu' mekruhdur. Kabzdan sonra hibeden rucu', iki tarafın rızâsiyle, muvafakatları yoksa yargıcın hükmü ile mümkündür (Mecelle 864 bak). Bağışlayan hodbehot geri alırsa gâsıp olur.

Hibe edilen şey, bağışlanan kimsenin elinde bina yapılmak, ağaç dikilmek veya hayvan olup semizlenmek gibi muttasıl bir ziyade iktisap ederse (4)

(1) Ve hiyletü hibet il meşgûli en yudea aşşâgile evvela ind ol mevhubilehû sümme yüsellimehû dâre (dürrü Muhtar).

(2) Li ennel mer'ete ma a ddâri vel metâi fi yedizzevci fe kâneti ddaru fi yed il mevhubi lehu ma'nen fe sahhat ul hibetu (Tahtavi).

(3) Mevhûbunleh beslemekte devam ederken vâhipden önce ölür ce varisler terk ederse vâhip, mevhubu bu varislerden geri alabilir (ceridej ilmiye nüsha 51 s. 1607. Arazi v musakkafat ve müstegallatta verese besliyeceğiz diyebilir (Ali Haydar, Mecelle 669 şerhi bak.). Mecellenin 855 inci maddesinde olduğu gibi 1296 tarihinden itibaren mirî arazide ve vakıf musekkafat ve mustegallatta dahi ölüncüye kadar bakıp beslemek şartıyla ahere meccanen ferağ caiz görülmüştür.

(4) Yuk. s. 103 No. 1 bak.

veya ismi değişecek surette tağyire uğrarsa, bağışlayan veya bağışı alan 6l6rse. yukarıda işaret ettiğimiz 6zere hibe ivazlı olursa, bağışlanan şeyi mevhubunleh m6lk6nden 6ıkarırsa, bağışlayan kimse vâhibin karısı, kocası, us6l ve furu'undan veya sâir akrabâsından biri ise (1) ve nihayet mevhub he'âk olup yok olursa libeden rucu' edilemez. Bu yedi mani'den hiçbiri yoksa ya gıç hibeyi feshedebilir (Mecelle 862 ve sonrakilere bak). Alacaklı alacağını borçluya hibe ettiği takdirde bu mani'lerden hiçbiri bulunmasa dahi hibeden rucu' edilemeyeceği gibi kabzdan sonra sadakadan da bir veçhle rucu' caiz değildir (Mecelle 873, 874 Bak.).

149 — İslâm hukuku; hibenin iki şeklinden umrâyı, yani bir kimsenin başka birine şu evimi 6l6m6nden sonra bana ret edilmek veya 6l6m6nden sonra veresime iâde olunmak 6zere sen sağ olduğuğa sana verdim diye yaptığı hibeyi alelâde bir hibe saymıştır (2). Fakat rukbâ denilen hibeyi sahih tutmamıştır (İmam Ebu Yusufa g6re umrâ gibi bu da caizdir). Rukbâ bir malın, ta aflareğan hangisi sağ kalırsa onun m6lk6 olmak 6zere hibe edilmesidir (3). Burada gelecek vakte muzaf bir hibe vardır, bu vakit muayyen olmamaktan dolayı hatar vardır, bunun için sahih değildir. Nitekim hibe esas itibariyle şarta ta'lik edilemez.

150 — şirket. Evelce işaret ettiğimiz gibi (Yuk. No. 57 bak.), islâm hukukunda korparasyon mahiyetinde teşkilât meçhuld6r. Devlet, vakıf gibi varlıklara h6km6 şahsiyet izafesi modern hukuk tesiri altında bir g6r6ře atfedilebilir, Mahsur olmayan iki k6y arasındaki davada k6y halkından bazılarının huzuru, hepsinin bulunmasındaki g6çl6k'ten dolayı caiz g6r6lm6ř, ahalisi mahsur olan k6y davasında buna m6saade edilmemiştir (4). Bergstrâsser'in

(1) Hanefilere g6redir. Mahrem yakınlık rucu'a mânidir. İmam Malik, şafii ve Ahmede g6re, rucu' caizdir; ç6nki baba evlâdının yardımına muhtaç olabilir.

(2) Umrâ, bir adamın bir malı bir kimseye, kendisinin veya o kimsenin sağlağına ta'lik ederck tefviz ve ita eylesine denir : meselâ 6mr6m olduğuğa bu ev senindir 6l6m6nden sonra benimdir suretinde yapılan temlik gibi. Temlikâtın şarta ta'lik, caiz olmadığından (yuk. No. 41 bak) ve hibe fâsit şart ile batıl olan akidlerden sayılmadığından şart batıl, temlik sahih olur ve mevhubunleh 6lse mal vâhibe veya veresine iâde edilmeyip onun mirasçılara âit olur. Bu bapta nakledilen hadis şudur : «Men a'mere umrâ fe hiye lil muammari ve li verisetihî min ba'dihî». Maam.f.h hadis metin'leri muhtelifdir. (Bidayet6l müçtehit ve nihayet ul muktasit bak.).

(3) Rukba vâhip ile mevhubunlehden hangisi 6nce 6l6rse hibe edilen mal sağ kalan 6b6r6n6n m6lk6 olmak 6zere yapılan hibedir. Bunda taraflardan her biri 6b6r6n6n 6l6m6ne m6terakkip ve intizar edeceğinden İmamı Âzam ve Muhammede g6re sahih değildir. Yukarıda naklettiğimiz hadiste bu bapta da bir kayıt vardır.

(4) Mecelle 1645 - 1646 bak.

beyan ettiği üzere biricik korparasyon kabile cemaati (âkil) olacaktır (1). Akile yerine ledelhasse mahalle kaim olur. Bir cemiyet kurmak serbestliği mevcut değildir. Yalnız muayyen tipte şirketlere müsâade edilmiştir, fakat bunların hükmü şahsiyetleri yoktur. Mudâaba şirketi (aş. No. 153 bak.) dahi lüzüm ifade eden bir akit değildir (2).

(1) Akile, fertleri arasında kan davası teâmülü bulunan cemaat demektir (Şemsettin Günaltay, İlahiyet Fakültesi mecmuası, 1926, ekim, sayı 4 s. 75 No. 2, yuk. s. 77 No. 4 bak.).

(2) Mandelstam'ın Mecelleye müteallik tenkitleri meyânında, Mecellenin şirket kitabının altıncı babını teşkil eden şirketi akde müteallik bazı zabıtalardan dördüncü fasıldaki 1353 üncü madde de vardır. Ebulûlâ Mardin Ahmet Cevdet paşa adlı eserinde (s. 222 No. 7) bu meseleyi de ele almış, Mandelstam'a cevaplar ve mek istemiştir. Fakat bu cevaplar gerek Mecelle ve gerek bu günkü hukukumuz bakımından eksik ve yanlış olsa gerektir: Mandelstam diyor ki «şirket, fesh arzusunun diğer şirketlerin ittula'larına arz edilmesi suretiyle, bir şirketin iradesi ile, kabili feshdir». Her şeyden evvel diğer şirketlerin fesh beyanına ittula'ları tenkidin kuvvetini hiçbir suretle zayıflatmaz; nitekim Mandelstam Mecelle maddesini aynen naklederek tenkidini yapmıştır. Bu bildiriye bir taraflı bir irade beyanından, yeni bir hukukî durum meydana getirmek, şirkete son vermekten, öbür tarafa ihbardan ibarettir. Böylece şirket akit cümlesinden olan mufâvaza vesair şirket aktilleri şirketlerden birinin bir taraflı fesih beyanıyla bozulabilir. Esa şirketi akitin altı kısmı da vekâleti mutazammındır (Mecelle, 1333).

Mudârebe'ye gelince Profesör Ebulûlâ bunun hakkında «böyle tek taraflı bir feshe, bildirmek suretiyle de olsun cevaz yoktur» diyor. Bu sözler bizim anlayışımıza göre bu şirketin mahiyetine ve fıkıhın verdiği malûmata uygun görünmemektedir. Mudârebe akdi fıkıhda bir şirket olmaktan ziyade bir nevi vekâlet münasebeti sayılmıştır (aş. No. 151 bak.); bir taraflı pek âlâ bozulabilir; çünkü her vakit rabbül mal, müdürîb'i (yani vekili) azl edebileceği gibi (Mecelle, 1454) vekil (yani müdürîb) de nefsinin azl edebilir. Böyle olunca Ali Haydarın pek haklı olarak tasrih ettiği üzere mudârebe de iki taraf için lüzüm olmayan aktillerdendir (Mecelle 1424 üncü madde şerhi sonuna ve 1429 uncu maddeye bak. Keza Dürrülmuhtar şerhi, Babul müdürîb: «ve yen'azilu biazlihi liennehu vekûlun, in alime bihi bihaber i reculeyni mutlaka ve illa la yen'azilu fe in alime bilazli velev hükmen ke mevt il mâlik i»).

Bu günkü hukukumuzla mukayese sadedinde Profesör Ebulûlânın naklettiği borçlar kanununun 536 (İsviçrenin 546) ncü maddesi, kendinden bir önceki 535 inci maddenin 6 ncü numarasının ihtiva ettiği bir kısım hükümdür ve münakaşa mevzuu ile pek alakalı değildir. 6 ncü numara metni şöyledir: «Şirket mukavelesinde bu hak (yani fesih hakkı) muhafaza edildiği veyahut şirket gayri muayyen bir müddet için veya şirketlerden birinin hayatı müddetince tesis bulunduğu hallerde bir şirketin feshi ihbar eylemesiyle şirket nihayet bulur». Demek ki şirket mukavelesinde fesih hakkı mahfuz tutulmamış ve diğer numaralardaki zarurî sebepler altında bir fesih de bahis mevzuu değilse 7 inci numara da tasrih edildiği üzere başkaca haklı sebepler bulunmak lâzımdır ve böyle bir fesih de ancak mahkemece verilecek bir hüküm ve ilâm ile olacaktır. Oser, Becker ve v. Tuhr gibi ünlü hukukçular, verilecek olan bu hükmün, inşâ'i (constitutiv) mahiyette olduğunu ve ancak kesinleşdikten sonra fesihın tesiri tahakkuk edebileceğini beyan etmekte-

151 — İslâm hukukunda muhtelif muayyen şirket tipleri vardır. Başlıcası satın alma, hibe, malların birbirine karışması, irs, vasiyet, mubah bir mal'e geçirme gibi sebeplerden biriyle hasıl olan şirket i mülk veya mal (yuk., No. 76 bak.), öbürü bunun karşıtını teşkil eden şirket i akit, kazanç şirkettir. Dar manada bir şirket olan bu kazanç şirketi akitle meydana geldiğinden şirket i akit (akit şirketi) adını almıştır. Akit şirketin muhtelif neveleri vardır. Bu neveler i Mecelle şirket kitabının 6 ıncı babının üçüncü mebhasinde 1329 - 1400 üncü maddelerinde bahis konusu etmişti . Şirket kitabın 7 inci babı müdârebe (madde 1404 - 1430) ve 8 inci babı müzâraa ve müsâkât (madde 1431 - 1448) hakkındadır. Müzâraa ve müsâkât evvelce (No 142 bak.) görülmüştür.

Akit şirketinin bütün nevelerinde, yani aşağıda göreceğimiz emval ve vucuh şirketlerinde alıp satmak ve a'mâl şirketine, başkalarından ücretle iş kabul etmek, hulâsa tasarruflarda bulunmak hususlarında şeriklerden her biri öbürünün vekilidir (Mecelle 1333 bak.).

Mufâvaza akdi, ortakların, aralarında tam, yani tasarrufda, malda ve ribh (kâr) da müsavi olmak şartıyla (1) ve bilcümle malları şirkete idhal edilmek üzere yapılan şirket akdidir.

Mufâvaza akdi din ihtilâfı halinde olan kimseler, yani müslim ile gayri müslim arasında, küçük ile bâliğ arasında ve hür ile abd arasında sahib değildir; çünkü müslimin satın aldığı şarabı, domuzu, vekli olan müslüman satamaz. Küçük ile abd tasarrufda balığ ile hurre müsavi değillerdir; ancak velînin ve mevlânın izniyle tasarruf edebilirler ve nihayet kefalete de ehliyetleri yoktur (2).

Bu akte bu günkü ıstılahiyle kollektif şirket akdi diyebiliriz (3). Şirkette şerikler birbirinin vekili olmakla beraber (4) kefilidirler ve müsavi hisse sa-

dirler. Şunu da ilâve edelim ki Mecellenin şirket hükümlerinin, memleketin ihtiyaçlarına hiç de kâfi olmadığı 1332 tarihli «Kanunu medeni tali komisyonu lâyhası»nda açıkca tebarüz ettirilmiştir (s. 64, 65 bak.).

(1) Emma mufâvazatun min ettefvizi bi ma'n el musavati fi külli şey'in. Kamus «iki kimse cemi' mallarında müşterek olmak ma'nasınadır, fi l asil müsavat ma'nasına dir ve minhu şirketul mufâvazati...» diyor.

(2) Lâ yahfâ en net tesavî fittasarrufi yestelzinuttesâvi fiddini ve ecâzehâ Abu Yusuf ma'a ihtilaf il milleti ma'al kerahati; fela tasihhul mufâvazatu beyne hurrin ve adbin ve sabiyyin ve bâliğin ve müslimin ve kâfirin (tahtavî).

(3) Ancak bu günkü hukukumuzda kollektif şirket, hükmi şahsiyeti haizdir.

(4) Bazı fakıhlar böyle meçhul bir vekâlet ile meçhul vekâleti tazammun eden bir akdin kıyas icabı câiz olmaması reyinde bulunmuştur; çünkü her ikisi müferiden câiz olmadığına göre bir arada içtimai halinde evleviyet ile câiz olmamak icabeder. Fakat bir hadîse istinat edilerek istihsan yolu ile câiz görülmüştür.

hibidirler. Şi ket, bütün şeriklerin mallarını içine alır; bundan ya'nız mufâvızlardan (yani bu şirket şeriklerinden) birinin kendine ve ehl ve eyal'ine (ailesine) aldığı yiyecek, giyecek ve başka zaruri esya hariçtir; yani öbür şerik'in bunlarda hakkı yoktur. Fakat bunları şerika satan bâyi', semenini, kefaleti dolayısıyla öbür şerikten isteyebilir (Mecelle 1333, 1334, 1356, 1360, 1387, 1388 bak). Şirketin kendine has bir sermayesi yoktur.

Mufâvaza akdinde mutlaka bu kelime yani mufâvaza kelimesi söylenmek (1) yahut bu akd'in bütün şartları sayılmak lâzımdır (Yuk. s. 53 baş tarafına bak.). Böyle yapılmazsa şirket, inân şirketi olur.

İnân (2) şirketi mahdut mes'uliyetli bir şirkettir. Bunda da şerikler arasında karşılıklı vekâlet vardır; fakat kefalet yoktur. Çünkü bu şirket müsavat iktiza etmemektedir. Bununla beraber akit yapılrken şerikler kefaleti şart edebilirler. Bu takdirde mufâvazanın öbür şartları da mevcut olursa akit inanlıktan çıkar, mufâvaza olur. İnân şirketinde her bir şerik üçüncü şahıslara karşı ancak kendi yaptığı işden mes'uldür. Yani şerik bir mal satın almış olsa bâyi' semeni ancak bu şirketten isteyebilir. Çünkü hukuk i akit ancak akdi yapen şerike âttir. Fakat semeni kendi malından ödeyen şerik, hissesinden fazlası ile öbür şerike rucu' edebilir. Bir de bu şirkette kefalet sözleşilmiş ise bâyi' alacağını şeriklerin her hangisinden isteyebilir. Diğer taraftan bir şerikin sattığı malın bedeli ancak ona ödenebilir; öbürüne verilemez. Verilirse yalnız, alan şerikin hissesi miktarında borcundan kurtulur (Mecelle 1377 bak.).

İnân şirketinde, şerik olanların sermayele'i mütesavi o'mak şart değildir. Birinin sermayesi öbürünün sermayesinden daha fazla olabilir ve şirkete koydukları sermayelerinden fazla şirket sermayesi o'abilecek malları, paraları olabilir. Şirket ancak kenan mallara şamil olur ve muayyen ticari işlemlere hasredilebileceği gibi şerikler arasında sermayeleri miktarına uygun olmasına bakılmaksızın muhtelif kâr hisse (rihb) leri şart edilmesi de mümkündür (Mecelle 1361, 1362, 1365 - 1384 bak.).

152 — Gerek mufâvaza ve gerek inân şirketinden her biri ya emval şirketi, ya a'mâl şirketi veya vucuh şirketi olabilir; yani böylece akde müstenit şirket (akit şirketi) altı nevi olmuş olur.

Eğer şerikler ortaya sermaye olmak üzere birer miktar mal (3) koyup da

(1) Ve in lem ya'rifâ ma' nâhâ.

(2) İnân, bir adamın önüne ansızın bir iş çıkmak manasına olan anene kökündendir. İnân şirketi, iki adam bir muayyen maldaki müşterek olup sair mallarında müşterek olmayalar; güya ki o mal önlerine ansızın çıkıp iştirâ ve şirket akit edeler. Bir kavle göre de bir kimne bir mala müşteri iken onun önüne çıkıp bunda beni de şerik et demekle akit olunan şirketten ibaretir... (Kamus).

(3) Deyn şirket sermayesi olamaz (s. 89 başa bak.).

birlikte yahut ayrı ayrı veya mutlaka alış veriş (ti-aret) etmek ve hasıl olan kâr (rihb) i aralarında taksim eylemek üzere şirket akd ederlerse bu, emval şirketi olur (Mecelle 1332, 1338 - 1344, 1365 ve sonraki maddelere bak.).

Ve eğer amellerini sermaye edip başkalarından iş kabûl, yani teahhüt ve iltizam ederek hasıl olacak kazancı, yani ücreti aralarında paylaşmak üzere şirket akdederlerse bu, a'mâl şirketi olur; bu şirkete sanat erbabı için olduğundan dolayı sanâyi ve tekabül şirketi de der'ler. Bedenle çalıştığı istilzam ettiğinden ebdân şirketi de denir (Mecelle, 1332, 1385 - 1398 bak.).

Şerikler, sermayeleri olmadığı halde kendi itibarlarıyla veresiye mal alıp satacak hasıl olacak ribh'i aralarında taksim etmek üzere şirket akdederlerse bu da vucûh, yani kredi ve itibar şirketi olur (Mecelle 1332, 1360 son fıkra, 1399, 1403 bak.). Bu şirketin şeriklerine mal satanlar, bunların vecihlerine, görünüşlerine itibar edeceklerinden dolayı bu ad verilmiştir.

153 — Mudârebe şirketi. Bu günkü ticaret kanunumuzun hususî şirketi gibidir. Hakiki bir şirket değildir, müzâraaya ve müsâkât'a benzetilebilir. Bir emanet münasebetini ve bir vekâleti tezammün eder (Mecelle 1413 bak). Mudârebe şirketi bir ta'afdandan sermaye, öbür taraftan sayı ve amel olmak üzere akdedilir. Sermaye sahibine rabbülmal ve amel sahibine müdârip derler ve ancak kâr üzerinde yapılan bir şirkettir. Zararı rabbülmal çeker. Bunun karz akdinden farkı mudarebede kârın bir kısmının rabbul mala ait olmasından ibarettir; yani bütün ribhın, re'sülmalî alana ait olacağı şart edilirse verilen para şirket re'sülmali değil, karz olur (1). Mudârebenin yakın, komşu olduğu bir başka muamele de işi idare için verilen vekâlettir. Buna ibdâ (2) akdi, işi görene mustebdi' derler. İbda' da ribh'in küllisi rabbul mal için şart edilmiştir. Müdârip daha doğrusu müstebdi', ücretsiz bir vekil durumundadır; ne bir ribh alabilir ve ne bir ücret; helâkten de mes'ul olmaz.

Mudârebe akdinin sahih olması için altı şart, re'sülmalın şirket sermayesi olabilecek mal olması, deyn olmayıp ayn olması, müdârebe teslim edilmesi, re'sülmalın malûm olması, müdârip ile rabbülmalın ribhden hisseleri (nasibi) akit zamanında malûm, muayyen bulunması ve nihayet ribh'in şayi' cüz olması aranır. Şu halde meselâ âkitlerin hisseleri şayi' cüz olarak tayin edilmiyip ribhden şu kadar lira verilmek üzere kesin, maktu' surette tayin edil-

(1) Ali Haydar mudârebe akdine hicaz ehlinin mukaraza ve kırâz ded'klerini söylüyor. Keza kamus, bidayetül müctehit ve nihâyetül muktasit cüz'i sâni s. 197 «kitabu'l kırâz» bak.

Teberrüken Kur'andaki âyetten iktibas edilmiştir. «Ve âherüne vadribüne fil ardi yebtegüne min fadlil lahi» (diğer bir takımları da Allah'ın fazlından bir kâr aramak üzere yer yüzünden yol tepecekler) (Müzzemmil suresi ayet 20, Mecelle 1414).

(2) Bir nesneyi sermaye eylemek (Kamus),

se mudârebe fâsit olacağı gibi kira, ribh'in bir kısmı olmak üzere mudâribin, rabbülmalin evinde oturması, zararın yalnız mudâribe yükletilmesi suretinde yapılan mudârebe akitleri de fâsittir (Mecelle, 1409 - 1412 bak.)

Mudârebe fasit olduğu takdirde icâre hükmüne girer ve ribhin tamamı rabbül'mala ait olur; mudârip de onun ec'ri gibi ec'ri misil alır (Mecelle 1426 bak.). Fakat bu ücret, akitte şart edilen miktarı aşamaz ve ribh yoksa ec'ri misil de lazım gelmez (Mecelle 1426 bak.).

Şirket için yapılacak masrafların kime ait olacağı, şirket mallarına mı yoksa mudâribe veya rabbül'mala mı tahmil edileceği ayrıca bahis mevzuu edilmiştir. Mudâribin şirket işinden dolayı yapmağa mecbur olduğu yol masrafları ve nafakası mudârebe malından alınır (Mecelle 1419 bak.). Fakat rabbul mal böyle bir masraf alamaz. Mudâribin tecâvisi için yapılan masraflar kendisine, mudâreb'e aittir. Kârdan sonra zarar ve ziyan vuku' bu'sa güya ribh taksim edilmiş gibi farz edilerek sonraki zararın mudârib'e bir tesiri olamaz, yani zarar ve ziyan her halde rabbul mala ait olur (Mecelle 1428 bak.).

154 — İda' (istida'); lugatta terk manasına olan vede' kelimesinden gelmedir. Fıkıhda, teslitul gayri alâ hıfzı mâlihîdir. Mecelle «İda' k'ndi malının muhafazasını başkasına ihâle etmektir» suretinde ta'rif etmiştir. İhâle eden kimseye müdi' bunu kabul edene vedi' ve müstevda', mûda', o mala da vedi'a denir (Mecelle 763, 764) (1).

Vediâ müstevda' elinde bir emânettir ve Mecellenin kitabü'emanatında iâre ile birlikte bahsedilmiştir. Fakat emânet ve vediâ mefhumları birbirinin aynı değildir. Bir çok şeyler vedi'a olmadığı halde emânettir; meselâ lukata, sahibine verilmek üzere sarâhaten veya delâleten izin ile alınmış emânettir; kendine edinmek maksadıyla alınmış ise gasptır.

Vedi'a emânet olmak itibariyle müstevda'in bir sun' ve teaddisi ve muhafazada kusuru o'maksızın telef veya zâyi' o'sa tazmin lazım gelmez (Mecelle 768 ve 777 bak); hattâ şart koşulsa dahi. Bu hüküm şu hadise için t'ettirilir : «leys alel müste'iri gayril mugilli damanun ve lâ alel müstevda'i gayril mugilli damanun», yani hiyaneti olmıyan müstevda' ve müste'ir için tazmin mükellefiyeti yoktur (2). Fakat ücretle hıfz için idâ' edilmişse çalınma gibi, kaçın-

(1) Otto Spies, Depositum nach islamischen Recht (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft XLV Band, s. 244): «Vediâ kelimesi veder'dan müstaktır. Gerek hıfz için verilen şeye ve gerek tevdi suretiyle meydana gelen akdin kendisine deldir. Bu terime lâtincede hukuk metinlerinde depositum kelimesi tekabül eder; bu kelime de işbu iki ma'na mündemiçtir.»

(2) Bu da emariete, sadakat ve hiyanet hakkında rivayet edilen bir hadistir: «El emânetu tecurrul ginâ vel hiyanetu tecurrul fakre' (Tahtavî).

ma (teharruz) mümkün olan bir sebeple telef veya zâyi' olduğu surette tazmin ettirilir.

Vedi'a müstevda' veya iyâli (âile mensupları) tarafından hıfzedilir. Vedi'anın menfaati sahibine âittir. Her iki taraf da her ne vakit dilerse bu akdi feshedebilir (Mecelle 774 bak.). Vedi'anın iâdesinden imtina' veya inkâr edilmesi, müstevda'ın onu kendi mülkü ile karıştırmaması gasptır ve mes'uliyeti (tazmini) muciptir. Vedi'ada sahibinin izni olmayan şey'i yapmak, bilhassa onu izinsiz kullanmak teaddidir. Hıfz da teaddînin hükmü icâre ve iâredekinden daha başkadır. Vedi'â da mes'uliyet, teaddî devam ettiği müddetçe mevcuttur; müstevda', vifâk'a avdet (teaddiyi izale) etmekle tazminden kurtulur (yuk. s. 52 bak.) Halbuki öbür emânet hallerinde bir kere vaki' teaddî huku-ki münasebetin bütün devamı müddetince, şey fi'len hakikaten iâde edilinceye kadar devam eder (1). Şu halde müsteir, yani âriyet alan kimsese, emânete teaddî ettikten, meselâ izinli olmayarak âriyet ata bindikten sonra bir daha teaddî etmemek niyeti ile teaddiyi izâlâ etse bile tazmin mükellefiyeti, mes'uliyet hükmü ortadan kalkmaz ve izinsiz ata binmek suretiyle teaddî (gasp) etmiş olduğundan mes'uliyetten kurtulması ancak atı fi'len sahibine iade etmesiyle mümkün olur, yani müsteir'in emânet eli, mücerret o atı artık kullanmamak hususundaki niyetle tekrar emânet eline inkılap etmez (Mecelle 814 bak.). Vedi'a ile öbür emânetler arasında iâde bakımından da fark vardır. Vedi'ada bunu alelâde teslim kâfi olmayıp mâlik'e teslim şarttır (Mecelle 795 bak) (2).

İda' akdi, ücret mukabili olmuş ise vedi'a, çalınmak gibi teharruz'ü mümkün olan bir sebeple telef veya zâyi' olursa müstevda' tazmin ile mükellef olur. Fakat önüne geçilemeyen, meselâ bir büyük yangında helak olmuş ise mes'uliyet yoktur (Mecelle 777). Görülüyor ki müşterek eîrde müste'cerünfiş telef oldukça İmamı Âzama göre, velev ki teharruz mümkün olmayan bir sebepten dolayı olsun kendi fi'linden olmadıkça, eîre daman lazımgelmediği halde (Mecelle 611 bak.) ücretli ida'da tazmin cihetine gidilmiştir. Bu, Ali Haydar'ın kayd ettiği üzere, İmâmeyn kavli olacaktır.

155 — İâ'e. Âriyet fıkıh ıstılâhında, meccânen, bedelsiz olarak menfaati

(1) Kaide şudur : her eminki emânete bir kere teaddî ve muhalefet ede, ondan sonra vifaka avdet, yani teaddiyi ref etse bile emin olmak sıfatı avdet etmiş olmaz ve bu itibarla ondan sonra dahi emânet telef olmakla, bu telef teaddî ve taksir bulunmaksızın olsa dahi dâmin olur. (Mecelle 814. Ali Haydar 813 şerhi ve 762 şerhi. İda' da hüküm böyle değildir; Mecelle 787 ve şerhi).

(2) Vedi'a ile âriyetin iâdesi arasında fark yapılmaktadır (Mecelle 795, 828 829 bak.); bazıları vedi'anın bizzat müdâa ve bazıları kezalik iyâline iade edilebileceği reyindedir.

temlik edilen maldır (Mecelle 765 bak.) (1); bu mala muar, müstear da denir (müstear rehin, yuk. No. 79 bak.). Nitekim âriyet veren muir, âriyet alan muste'ir, âriyet almak isti'âredir. Fakat âriyeti, aynı bâki kalmak üzere bir şey üzerindeki menfaatin bedelsiz temliki olarak ta'rif daha açık olacaktır, yani misli olan, istihlak için muayyen bulunan şeylerde âriyet mümkün değildir. Bu gibi şeyler de iâre, karz ve istikraz demektir.

Yukarda (No. 150) söylediğimiz gibi âriyet muste'ir elinde emânettir. Teaddi ve taksirsiz telef hâlinde muste'ire, daman lâzımgelmez; ida'dan farklı olarak âriyette tazmin şartının câiz ve sahih o'acağı söylenmiş ise de Mecelle iki akit arasında böyle bir fark yapmamıştır (Mecelle 813 b. k.) (2).

Âriyette kabz şarttır. Âriyetin istimalinde zaman ve mekân bakımından konan kayda riâyet edilir; mu'ir başkasına verme diye men' etmiş ise muste'ir onu başkasına kullanıramaz; fakat böyle bir men' mevcut ve kullanmalar arasında bir başka'lık da bahis mevzuu değilse iâre edebilir. Mecelleye göre başkasına ida'da edebilir (Mecelle 824 bak.) se de izinsiz icâre, rehne ve e-mez, nitekim vediâ da sahibinin izni olmaksızın başkasına ila' ve iâre olunduzmaz (Mecelle 791, 792 bak.).

Iâre lâzım bir akit değildir; teberrüâtandır. Muir istediği vakit iârede bir müddet tayin edilmiş olsun olmasın iâreden rucu' edebilir (Mecelle 806 bak.) (3). Bu günkü hukukumuzda da evvelden binemiyen bir halden dolayı âriyeti veren, ona acele muhtaç bulunduğu takdirde daha önce geri isteyebilir (Borçlar kanunu 303 b. k.). Mâliki mezhebine göre muayyen bir vakit üzerine yapılan iârede o vakit hulûl etmeden önce rucu' câiz değildir. Mecelleye göre de ziraat için iâre olunan arazide mu'ir âriyet'nden rucu' edilmekle beraber hasat vaktinden önce onu geri alamaz; belki iâre icârcye münkalip olarak bir ecri misil alınmak suretiyle hasat vaktine kadar arazi, müsteir elinde bırakılır (yuk. s. 60, 10 bak.). Ve gene bina yapmak ve ağaç dikmek gibi uzunca bir zaman için yapılan iâre akitlerinden mu'ir rucu' edip-te bunları yıktırmak, sökmek istediği takdirde bunlar için bir tazminat verecektir (Mecelle 831, 832 bak.).

Muir ve müsteir den biri veya her ikisi ölürse iâre akdi münfesiş olur. Vediâ'da da mustevda' ölürse vedi'a mirascısına ve mudi ölürse -- terekesi borca boğulmuş olmamak şartıyla onun mirascısına verilir. Her ikisinde de âriyet veya vedi'a olan mal mustevda'nın veya müsteirin terekesinde çıkmazsa ve ne

(1) Temlikül menâfi'i meccânen.

(2) Ve lâ tuzmenu bil helâki min gayri te'ddin ve şartuddamâni batilun keşarti ademihî firrehni hilâfen lil cevhereti (Durrul Muhtar).

(3) Iâre muayyen bir zaman için ise vaktından önce rucu' mekruttur.

olduğu, nerede bulunduğu hakkında müteveffa tarafından bir beyanda bulunulmamış olduğu gibi mirascılar da bilmediklerini söyler'erse (buna mücehhilen vefat derler) kıymeti terekeden alınır. Bu günkü hukukumuzda âriyet akdi âriyet alanın ölümü ile nihayet bulur (Borçlar kanunu 305).

156 — Kefâlet. Kefâletin bir adamın şahsını teslimine kefâlet (kefâletbin-nefs), bir alacağın edasına kefâlet (kefâ'et b'imal), bir malın teslimine kefâlet, mebi'in istihkak ile zabıt olmasının halinde semenin iadesine yahut bâyi'n nef-sine kefâlet (kefâ'et bidde ek, Mecelle 616, 638 bak.) gibi nevileri vardır (Mecelle 613 - 616 bak.); (1) fakat biz burada kefâleti, nefse kefâlet ve mala kefâlet olarak kısaca iki kesim üzerine göreceğiz. İslâm hukukunda kefâlet borca karşı değil, alacağına karşı munzam bir mükelleflik ihdasıdır. Bu mana'ya olarak mecelle kefâleti, bir deynin değil, «bir şeyin mutalebesi hakkında zimmeti zimmete zam eylemektir diye tarif eder (Mecelle 612 bak.); bu suretle kefâlet, borcu üzerine almak olmayıp ancak mes'uliyet deruhde etmektir ve usulî bir menşe'i haizdir.

Fakat fakihlar bu hususta ihtilâf etmişlerdir : Bazıları kefil'in zimmetinde sabit olan, yalnız mutâlebe hakkıdır, deyn değildir dedikleri halde bir kesimi kefilin zimmetinde sabit olan asıl'ınki gibi hem deyn ve hem mütalebe olduğunu söylerler. Bilhassa İmam Malik ve Şafiî bu reydedir; çünkü mütalebe deynin fer'idir, asl olmadıkça ferî düşünülemez ve deyn olmaksızın bunun ifasını mütalebe bahis mevzuu olamaz. Mecellenin kabul ettiği birinci reye göre kefaletin hükmü kefil'e karşı mütalebe hakkının kabulü ile hasıl olur; kefil zimmetinde bir deynin subutunu tasavvura ihtiyaç yoktur ve kefaletle asıl zimmetindeki deyn sakıt olmamakta, mevcudiyetinde devam etmektedir. Kefaletle kefil zimmetinde ikinci bir deyn sabit oluyor değildir; deyn birdir.

Şu tarife göre kefil (veya zaim) (2) kendi zimmetini ahar'n zimmet'ine zam eden, yani aharın teahhüt ettiği şey'i kendisi dahi teahhüt eden kimsedir. Bu ahar kimseye asıl ve mekfûlünanh, kefalet hususunda talip ve alacak'ı olan kimseye mekfûlünleh, kefilin, teslimini veya edasını teahhüt ettiği şey'e mekfûlünbih denir (kefalet binnefs'de mekfulunanh ile mekfulünbih aynı şey olduğu halde kefalet bilmalda bunlar ayrı ayrı şeylerdir. Mekfûlünbih kefalet bidderek'in mala taalluk edeninde semen, nefse taalluk edeninde bavi'dir.

157 — Kefâlet yalnız kefilin icabiyle münakit ve nafiz olur; mekfûlünleh

(1) Mutlak, yani tecil veya taksit şartı olmaksızın vukubulan kefalete mürsel kefalet, şarta tâlik ve gelecek zamana izafe edilmeyen kefalete müneccez kefalet, şarta tâlik edilmiş meselâ falan adam vermezse ben veririm suretindeki kefalete muallak kefalet, falan vakte kadar kefil olmağa muvakkat kefalet derler.

(2) Ezza'imu gârimün (Hadis).

dilerse red edebilir ve red etmedikçe baki kalır (Mecelle 621). Bu İmam Ebu Yusufun reyidir; İmam Malik, Şafii ve Ahmet dahi bu icthaddadır. Fakat İmamı Âzam ve Muhammede göre kefalet'in in'ikadında mek'û'ün'eh ile kefil arasında icap ve kabûl bulunmak lâzımdır, yalnız kefilin icabiy'e kefalet akt edilmiş olmaz. Kefâ'let münakit olduktan sonra kefil kendisini kefaletten çıkaramaz; fakat muallak ve geleceğe izafe edilmiş (muzaf) kefalette şart ve zaman tahakkuk ve hulul etmeden kefil mütâlebe edilemeyeceğinden (Mecelle 636 bak) deynin zimmete terettübünden önce kefil kendisini k f le t n çıkarabilir (1).

Alacaklı alacağını dilerse kefiliden, dilerse asılden veya her ikisinden bi likte isteyebilir (Yuk. No. 125 bak.). Fakat borç bir olduğundan tamamını her ikisinden ayrı ayrı alamaz. Alacaklının kefile karşı muamelelerinin borçluya karşı ne dereceye kadar tesir edeceği veya etmeyeceği mes'lesine ge'ince burada genel prensip şudur: kefilin mükellefiyeti, borçlunun'ni tecavüz edemez; meselâ borçluya karşı ibrâ, kefil hakkında da hüküm ifade eder, tersine olarak kefilin ibrâ asılın ibrasını mucip olmaz (Mecelle 659 - 662 bak); nitelik asıl hakkında alacağı tecil kefiller hakkında da tecili mucip olur, fakat kefil'i tecil, asili tecil değildir. Asılın as'â bir borcu olmadığına yem'in etmesi, borcunu kefaletten önce ödediğini isbat etmesi ile berâeti kefil'in beraetini mucip o'maz (Dürrül Muhtar (2); Ali Haydar 612, 659, 602 şerhine bak.).

158 — Nefse kefalette mekfulünbih malûm olmak şarttır. Bu kefalet'in hükmü, mekfulünbih i ihzardan ibarettir (3), yani bu kefaletle kefil hangi vakitte mekfulünbih'in (borçlunun veya vekilinin) teslimi şart edilmiş ise talep edilince o vakit onu duruşma mümkün olan yere getirip ihzar ve teslim etme hakkında bir teahhüt ve mes'uliyet altına girer, ihzar etmezse cebir ve hapis edilir. Kefil bizzat ihzara muktedir olmazsa kadıya müra'aatla zabita marifetiyle muavenet isteyebilir. Kefil, mekfulünbih i mekfulünlehe teslim ettiği takdirde kabûl etsin etmesin kefaletten kurtulur. Fakat muayyen bir kasabanın kadısı huzurunda teslim etmek üzere kefil olmuş ise sokakta teslim ile beri olmaz, zabita huzurunda teslim ederse beri olur (Mecelle 663 bak).

Kefâlet binnefsde mekfulünbih ölürse kefil beri olacağı gibi kefilin ke-

(1) Zimmî, zimminin borcuna kefil olduktan sonra bu kefil islâm olsa bu sebepten dolayı kefaletten çıkamaz (Abdurrahim fetvasından) (H. bade de böyledir).

(2) «Berie l kefilü bi edâil asil i icmâen, lâ iza berhene alâ edaihi kebl el kefalati feyebreu fakat kemâ lev halefe.

Kefil kefaleti inkâr edip alacaklı isbat ederek alacağını alsa inkârı borçluya rucuuna mâni değildir. (Behce fetvasından).

(3) Roma hukukundaki Vindex (A. B. Schwarz, Roma hukuku dersleri; 2 inci bası, 1945 s. 87, 88 bak.).

fili varsa o da beri olur. Kefilin ölümü halinde de böyledir. Fakat mekfûlün-
lehin ölümüyle kefil kefâletten beri olmaz; vârisi kefâlet dairesinde ihzari
ister.

159 — Mala kefâlet, ancak mevcut malî bir alacak için caizdir. Bu kefâ-
lette mekfûlünbihin malûm olması şart değildir. Falan adamın fa'an adama
olan borcuna kefilim demekle borcun miktarı malûm olmasa dahi kefâlet sa-
hîh olur (Mecelle 630 bak.). Had ve kısas için, bir mükâtebe akdinde bedel
için kefalet olmaz. Fakat diyet'e, erşe kefalet sahihdir. Öbür taraftan yalnız
para borcu için değil, misli olmayan şeyler hakkındaki alacaklar için de - eğer
başka bir mes'ul yoksa - kefâlet caizdir. Meselâ kabzdan önce mebi'in aynına
kefâlet sahih olmaz (1), çünkü mebi' telef olunca bey'i münfesihi ve bayi' hak-
kında binefsihi mazmun olmayarak eğer semeni almış ise bu semeni îade ile
mes'ul olur.

Filhakika mala kefâlette rehinde olduğu gibi mekfûlünbih asıl üzerine
mazmun olmak (2), yani asıl üzerine ifâsı lâzım gelmek şarttır. Bu itibarla
sahîh beyi'de mebi'in semenine, (3) icâre bedeline ve sahih deynlere kefâlet
muteberdir. Fakat merhun, müstear, mecur vesair emanetler asıl üzerine maz-
mun olmadığından bunların aynlarına kefalet olmaz; ancak istih'âkleri halin-
de tazmin edilecek kıymete kefalet caizdir.

Mala kefalette asılın beri olması şart kılınırsa bu kefalet havaleye mün-
kalip olur; nasıl ki muhîlin beri olmaması şartıyla olan havale de kefalettir
(Mecelle 648, 649).

Müflis olarak ölen kimse'nin borcuna kefâlet İmamı Âzarra göre sahih de-
ğildir; İmameyne göre sahihdir. Ali Haydar, Mecellenin ne'rine kadar İmamı
Âzam kavlinin müftâbih olduğunu ve mecellenin öbür içtihadı kabûl ve ih-
tiyar ettiğini nakletmektedir (Mecelle 633 bak.).

İslâm hukuku, bugünkü hukukumuzun, mevcut bir hakkın tehlikeye düş-
mesinin veya istifasının güçleşmesinden korkulan hallerde kabul ettiği mah-
keme ma'ifetiyle teminat itasına icbar yolunda ve fakat oldukça mahdut
surette nafaka ve ecele bağlı borçlarda ancak istihsanen borçludan kefil alın-
masına müsaade etmiştir. Yalnız muamelâtı ihtiva eden mecellenin 656 nci
maddesinde görülen bu bapta hükme göre «müeccelen borçlu olan kimse,

(1) Fakat mebi'in, emânetlerin teslimine kefâlet sahihtir. Fakat bunların telef olması
halinde, kefâlet binnefs de olduğu gibi kefâlet münfesihi olur ve teslim kefil olan kim-
se kefâletten kurtulur.

(2) Yuk. s.102 notuna Bak.

(3) Çünkü fasit beyi'de asıl, mebi'in aynını veya bedelini tazmin eder; yoksa se-
meni değil; asıl üzerine sabit olmayan şey üzerine kefâlet edilmiş demektir (Fasit şart ile
sâtılan şeyin semenine kefâlet sahih olmaz; Behce fetâvâsından).

ecelin hululundan önce başka bir memlekete gidecek olup da a'acak'ı hakime müracaat ederek ondan mali bir kefil veya rehin istediği takdirde kefil vermeğe mecbur olur». Borçlunun emriyle nefsinı teslim kefil olan kimse de bu yö'de asili başka memlekete gitmekten menedebilir.

Umumiyetle kefilin eda ettiği miktala asile (borçluya) rucu'u, an ak kefilin kefâleti kabul etmesi için borçlu tarafından kendisine müracaat (emr) edilmiş olması halindedir.

160 — Vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf. Bu tabiri bugünkü hukukumuzdan a'arak kullanıyoruz. İslâm hukukunda bunu ifade için hususî bir terim yoktur. Bu bir nevi teberrüdür (Yuk. s. 55 n. 1) ve bir kimsenin kendiliğinden yaptığı bir teşebbüsdür. Vekâleti olmadan başkasına hesabına tasarruf dediğimiz fiil ve hareket, İslâm hukukcuları nazaran a'ya'nız faaliyette bulunan kimseyi mükellef kılan hukukî bir muameleyi ifade eder. Vekâletsiz bir tasarrufdan, başka birinin işini vekâletsiz görmekten o başkasının mükellef tutulması İslâm hukukunda bir prensip olarak tanınmamıştır. İslâm hukuku bu bahiste lukata (yuk. s. 76 N. 3, s. 93/4 bak.) ve fuzûî (yuk. s. 59 N. 1, s. 61) hakkında bazı hükümler koymuştur.

Medenî kanun talî komisyonu lâyihasında (1332) şöyle denilmektedir: «Mecelle, 96 ncı maddesiyle gayrimalında izinsiz tasarrufun mutlak surette câiz olmadığını söyledikten sonra icazet verilmekle vekâletsiz yapılmış o' an akidlerin tamam olduğunu da bu bapta kitabında beyan etmiştir. Bu ikinci kaide garp kanunlarında da mevcuttur. Fakat birinci kaideye gerek fıkıh kitaplarında ve gerek garp kanunları hükümlerinde bir çok istisnalara tesadüf edilir. Fakihler muayyen hallerde vekâlet ve i-âzete lüzum hissetmeksizin fuzulen vaki bazı tasarrufları tecviz etmişlerdir. Vereseden birinin veya vasinin, ölenin borcunu kendi malından eda ile terekeye rucu'u marizin muhtaç olduğu şeyi malından, emr ve izni olmaksızın veled ve vâlidin'in satın almağa ehliyeti; hakimden hüküm almak kabil olmayan yerlerde müdi'in ebeveynini müstevda'nın izinsiz infakı, sefer esnasında ölen şahsın mallarında arkadaşlarının tasarrufunda bulunmalarının cevazı, mezru' tarlanın izinsiz iskâ (sulama) sının cevazı hakkındaki fıkıh hükümleri hep bu kabildendir. Nitçkim Mecellen'in vekâlet kitabında (madde 1479) mukayyet vekâlette vekilin müvekkili hakkında daha faydalı bir surette vukubulan muhalefetinin mânen muhalefet sayılmayacağı tasrih edilmiştir. Bütün bu hükümlerin de açıkça gösterdiği veçhi'e bazan bir şahs için onun emir ve icazetini almaksızın bazı tasarruflarla bulunmasında, onun adına bazı muamelelere girişmesinde kâh zaruret, kâh menfaat vardır. Bu yolda vukubulan tasarruflar sebebiyle fuzulî tarafından bazı masraflar ihtiyar olunduğu veya bazı taahhütler iltizam edildiği takdirde fuzuliyi daima müteberri saymak, onun rucû hakkını teslim etmemek bilhassa za-

manımızda icrası temenniye şayan olan müdahalelerden herkesi tebrid eder, soğutu, uzak'aştırır. Fransa, Almanya ve İsviçre medeni kanun'ar nda bu menfaat esasî umumî surette kabul edilerek menfaat tahakkuk edin'e fuzulî-ye icazet lahik olmasına hacet bulunmaksızın rucu hakkı verilmiştir...».

Filhakika İsviçre kanunundan alınan borçlar kanunumuz 410 ve sonraki maddeleri bu hususta kâfi ve tatmin edici hükümleri ihtiva eder : Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına tasarrufda bulunan kimse (fuzûî) o iş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre yapmağa meburdur. İş sahibinin menfaati için yapılmış olan bir işde yapan kimsenin, hal icabına göre zarurî veya faydalı bulunan bütün masraflarını faizi ile edaya ve bu kabîl teahhüt'lerini ifaya ve hakimî takdir edeceği zararı tazmine iş sahibi mecburdur. İş sahibi yapılan işe icazet verirse vekâlet hükümleri cari olur (Madde 410, 413, 415) (1).

İslâm hukukunda, lukata için, bilhassa bulunmuş bir hayvan, bir lakit ve kaçmış bir esir (âbik) için sarf edilen nafaka, eğer bu - sonradan da verilebilen - hakimî izni ile olmuş ise bir obligasyon meydana getirir. Kaide emirsiz yapılan masrafların teberrü sayılmasıdır. Fakat âdet ve hal icabı tasarruflara hakimî hüküm olmaksızın cevaz vardır. Nitekim yukarıda görüldüğü üzere çocuk, hasta olan ana babasına veya onlar hasta çocuğuna hastanın malından izinsiz sarfiyatta bulunabilir. Birlikte yorulmuş eden bir kaç arkadaşdan biri hastalansa öbürleri bedeli ona ait olmak üzere lâzım olan şeyleri izinsiz satın alabilir; çünkü âdetle sabittir, ayrıca tasriha lüzum yoktur (2). Örf ile tayin nass ile tayin gibidir. Kadı bulunmayan kasabada mürtehin rahine âit olan masrafı ona rucu etmek üzere sarf ettiğini isbat ederse rucu edebilir. Üstü ve altı başka kimselerin mülkü olan b'na yansa ve müracaatı üzerine alt kat sahibi inşadan imtina etse üst kat malik hakimden izin alarak binayı inşa eder, fakat hakimden izin almaksızın binayı yapma kıymetinden onun hissesine düşeni gene ondan alır.

(1) Bu hükümlere göre, meselâ bir müstahdem, mağazada çıkan yangın esnasında akitle muayyen hizmet münasebeti dışında kendini bir tehlikeye maruz kılar ve zarara uğrarsa vekâleti olmadan başkasının işini görmüş olmaktan dolayı mağaza sahibi aleyhine tazminat davası açabilir.

Bir köylü bir tarlada, sahibi meçhul yaralı olarak yatmakta olan bir hayvan görse de onu kendi ahırına getirerek yemini, suyunu verse ve hatta bir bytar celp edip tedavi ettirse masraflarını, sonra meydana çıkacak sahibinden isteyebilir.

Zeyd, Amrin bir maslahatına, emri olmaksızın kendi malından şu kadar akçe sarf etse Z. mücerret senin maslahatına sarf eyledim deyü masrafı namına A. dan nesne almağa kadre olur mu? Elcevap olmaz (Şeyhülislâm Ahmet Esat Efendi fetvâsı, İlmiye salnâmesi s. 570).

(2) Li ennel izne sabitün bi'tibaril âdeti, fimâ yuhtacu ileyhi minettaâmı vedtedavi, fesaretkel musarrahi.

Görülüyor ki İslâm hukuçuları bu bahiste de kazuist bir yol tutmuşlardır.

161 — Gasp (asurpation). Mecelle, gasbı, bir kimsenin izinli olmaksızın başkasının bir malını gizli olmayarak (1) ahz ve zapt etmesidir diye tarif eder (madde 881) (2). Bu suretle ahz eden, alan kimseye gâsıp, alınan mala mag-sup ve malın sahibine magsûbunminh denir. Kur'an da gâsp sözü - teknik manada olmayarak 18 inci sure (fıkıh) da geçer (âyet 79) (3).

Fakıhlar gaspta iki rükün üzerinde bir çok münakaşalar yapmışlardır. Bu rükünle-, yed'i muhikkânın izalesi, yed'i muptilenin isbatı suretinde ifade edilir (4). Birincisi gasp edilen ayn da yapılacak bir fiil ile, malik n mülkündeki tasarrufunu izale ile, ikincisi haksız olarak o mala el komakla tahakkuk eder. Eğer her iki rükün mevcut ise bu fiil ittifakla gasptir. İmam Âzam ve Ebu Yusuf gasp için bu iki rükünün bulunmasını şart koşar. İmam Muhammede göre yalnız yed'i muhikkânın izalesiyle gasp tahakkuk eder. Öbür üç mezhebe göre gaspda yalnız yed'i muptileyi isbat kâfidir. Mecelle tatbikatı birinci rey üzerine gitmiştir.

(1) Sahibinin izni olmamakla beraber şer'in izin verdiği bir şeyi almak gasp değildir; meselâ ana baba muhtaç halde çocuğunun nafaka cinsinden malını alâbilir. Alacaklı, borçlusunun alacağı cinsten olan bir malını ele geçirip alsa gasp olmaz. Bir kaç kişi sefere çıkıp yolda biri hastalanarak öbürlerinin ona lâzım olan şeyleri onun maliyle satın almalarında ve âdet üzere alması izinli bulunan hususlarda gasp yoktur.

Keza harp halinde ganimet gasp olmayacağı gibi şer'an mal olmayan şeylerde de gasp olmaz. Bir şeyin gizli yolda alınması gasp değil, sıkkattir. Gaspta had cezası yoktur (aşagıda sıkkat, ukubat bahsine bak). Amma yolda uyuyup kalmış veya kendini kaybetmiş derecede sarhoş olan kimsenin parmağındaki yüzüğünü veya kesesindeki parayı zayı' olmasını diye hıfz için alan bir kimse gâsıptır. Bununla beraber bir kimsenin yolda düşen paketini muhafaza için almak gasp değildir (Ali Haydar efendi şerhi cilt 2 s. 763). Sahibinin tasarrufunu izale bakımından gasba müsavi olan hal ve keyfiyet hükmen gasp kabîlinden sayılır; vediayi, iade talebi üzerine inkâr gasp hükmündedir (Mecelle 779, 901 bak.).

Gayrimenkulün gasbı hakkındaki ihtilâf için Mecelle şerh, cilt 2 s. 844 ve sonrakiler, madde 905 ve sonrakilere bak.

(2) Bergsträsser gasbın, münferit borç münasebetleri kesiminde bahis mevzuu etmiştir. Mecelle hibe kitabından sonra ve hacre, ikrâha ve şuf'a ya dair olan kitaptan önceye itlâf ile birlikte sekizinci kitap olarak (madde 881, 940) koymuştur. Otto Spies (halen Bonn Üniversitesinde Profesördür): «gasp, çok kere borçlar hukuku arasında bahis mevzuu edilmekte ise de tariflerine göre insanın gasbı, zorlu, haksız nezi' ve kendine edinme farıklarile ceza hukukuna dahildir diyeceği geliyor» diyor ve notda Attabari'nin ihtilâfülfetehâ kitabında (s. 146) gasbı benzer unsurlardan ayırdığını söyleyerek nakilde bulunuyor. (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft'dan ayrı bası: Verarbeitung und Verbindung nach den Lehrmeinungen des Islamischen Recht 1923, s. 50 ve oradaki not bak.).

(3) Ceridei Adliye, 20 Şubat 1326, No. 30 deki makaleye bak.

Şu halde bir kimse başka birine ait olan otomobile izinsiz binerek yol-
lansa, bu bütün imamlara göre ittifakla gasptır; çünkü her iki rükün de
mevcuttur. Fakat bir kimse bir koyun sürüsünün başında bulunan sahibini
oradan uzaklaştırıp koyunlar zayi olsa bunda yed'in izalesi varsa da bir el
koyma mevcut olmadığından Şeyheyne göre gasp fiili tahakkuk etmiyecek-
tir. Bir kimse bir şahsı, evine girmekten menederek evindeki bazı eşyası
çalınsa bu kimse tarafından o eşya üzerine hakkı iptal eden bir el konmuş
olduğundan gene Şeyheyne göre gasp yok ve İmam Muhammede göre
vardı. Gene bir kimse bir kısrakı gasp edip yavrusu kendiliğinden onu ta-
kip ederek yolda kurtlar tarafından yense onda bu iki rükünüm hiç birisi yok-
tur dendiği takdirde yalnız kısrak gasp edilmiş olacaktır.

Bir kimsenin bahçesine serdiği halıya hariçten bir şahıs gelip otursa
da bu şahsın fiili ile olmayarak halı telef olsa hakkı iptal edici yed'in isbatı
varsa da haklı yed'i izale mevcut olmadığından Hanefî İmamlarının hiç bi-
rine göre gasp hükmü tatbik edilmeyecektir. Fakat öbür üç mezhebe göre
burada gasb tahakkuk etmektedir. Keza magsubun zevâid'i (meselâ hayva-
nın gâsıp elinde doğan yavrusu) gâsıbın teaddî ve taksiri olmaksızın telef
olsa Hanefî imamlarına göre tazmin edilmeyecektir; çünkü onlara göre bun-
da haklı yed'in izalesi yoktur, ve bu yavru üzerinde malikin yedi sabit ol-
madığından onun izalesi bahis mevzuu değildir. Amma öbür üç mezhep
imamlarına göre gâsıp, yavru üzerinde de iptal edici yed'i ispat etmiştir.

162 — Gasp, ahiret bakımından günâhı muciptir (1). Hukukân magsu-
bu, gasp olunan yerde malikine iâde mükellefiyeti doğurur. Gaspta sert bir
mes'uliyet vardır. Bu mes'uliyet gaspda baş mevzuu teşkil eder. Gâsıp, mağ-
subun helâkinden mes'uldür. Hatta sahibi tarafınan eli kesilmiş olan rakik
gasp edilir de elinin kesilmiş olmasından dolayı ölürse gâsıp bu helâkten
mes'ul tutulur, çünkü gasp malikin fiilinin sirayetini ref eder. Bunun gibi
kaçırılan hür bir çocuk yıldırım çarpmasından veya yılan ısırmasından ölür-
se gâsıp aynı mes'uliyete uğrar, çünkü gâsıp, gasp suretiyle onu tehlikeye ma-
ruz bırakmıştır. Gâsıp, gasp edilen şeyde işleme (tağyir), karıştırma suretiyle
vukua gelen mülkiyet iktisabından dolayı da mes'uldür (Yuk. No. 73/5 bak).
Gâsıp'ın mes'uliyeti esas itibariyle ve biraz önce dediğimiz gibi (Mecelle 890
ve sonraki maddelerine bak.), magsubu mevcut ise aynen mâlike iâde etmek-
ten ibarettir. Gâsıbın gâsıbı aynı gâsıp hükmündedir (Mecelle 910). Gâsıp,

(1) Kur'anda, gasbı men eden sarîh bir ayet yoksa da «mallarımızı aranızda batıl
bahanelerle yemeyiniz» maâlindeki şu ayet vardır: «Yâ eyyuhellezine âmenû lâ tekulû
em vâleküm beyneküm bil bâtili, illâ enteküme...» Nisâ suresi (4 üncü sure), ayet 29.
Müfessirler buradaki bâtili şer'in müsaâde etmediği gasp, ribâ ve kumar gibi şeylerle izah
etmektedir. Keza Hamdi Yazır Kur'an dili, cilt 2 s. 1341.

gasp edilen malı istihlâk etmiş ise veya mal teaddi ile veya teaddısız telef zayi olmuş ise mal kiyemiyattan olduğuna göre İmamı Âzamca gasp edildiği zaman ve mekândaki, İmameynce istihlâk vaktindeki kıymetini öder (1). Misliyattan olduğuna göre mislini verir, Gâsıp kendi malından bir şey ziyade ederek mağsubun vasfını değiştirmiş olursa mağsubunminh, muhayyerdir; dilerse mağsubu tazmin ettirir, dilerse ziyadenin kıymetini verip onu aynen istirdat eder (Mecelle, 898, yuk. No. 144 bak. İsmi değişecek surette tağyir hali için yuk. No. 73 bak.) (2). Gâsıp bundan başka kıymet azalmasından da mes'ul olur (Mecelle 900 üncü maddesinde bundan tafsilen bahsetmiştir). Hatta gasp edilen köle bir cinâyet işlese bundan doğrudan doğruya mes'ul olan mâlik, gasıba rucu eder (Bergsträsser s. 81 bak.).

Mağsubun zevâidine (yuk. s. 153 No. 1 bak.), gelince bunlar, ondan mütevellid oldukça, ister hayvanın semizlenmesi gibi muttasıl, ister yavru'aması gibi munfasıl olsun mal sahibine âittir ve bu itibarla mazmundur. Mütevellit olmayan zevâit, yani menfaatler mal sahibine âit olmayacağından mazmun değildir (Mecelle 539, 908 bak.) (3); fakat tazmin hükmü, onların gâsıp elinde emânet itibar edildiğinden dolaydır, yani bu zevaitde esas itibariyle, yani gâsıbın bir teaddi ve taksiri olmaksızın veya mal sahibi isteyip de iâdeden imtina edilmeksizin telef olursa dâmân lâzımgelmez. Ancak gâsıp, onu istihlâk etmiş, başkasına satmış veya mâlik tarafından istendiği halde vermemiş olmak gibi bir teaddisi bulunursa o vakit tazmin ile mükellef olur. Bu, Hanefilere göredir, yani Hanefî mezhebince mağsubun kendisi teaddi ve taksir olmaksızın telef olsa dahi mazmun iken zevait teâddi halinde tazmin edile-

(1) Kıymet hakkındaki ihtilâf için, Ali Haydar madde 891 şerh'ine bak. Bir kimse yavruyu gasp ve istihlâk etse de anasının sütü bundan dolayı kurusa ana gasp edilmiş olmadığı halde hem yavrunun hem anadaki noksanın tazmini lâzımgelir (Ali Haydar, cilt 2 s. 763). Gâsıptan yapılan gaspta mağsubun minh dilerse birinci gasıba ve dilerse ikinci gasıba ve dilerse bir kesimini birinciye, öbür kesimini de ikinciye tazmin ettirir. Birincinin, ikinciye rucu hakkı varsa da ikincinin birinciye yoktur. Gâsıp elindeki mağsup bir malı, başkası telef etse, telef eden gâsıbın gâsıbı olur.

(2) Mağsup, meselâ taze ceviz ağacı olup da gâsıbın fiili olmaksızın kurusa, mal sahibi mâlik olmaktan çıkmaz.

(3) Munfasıl zevaidin istihlâki yahut başkasına satılıp teslim edilmesi halinde bilittifak tazmin lâzımgeldiği halde muttasıl zevaidin bu gibi teaddi hallerinde İmamı Âzama göre tazmini lâzımgelmez, fakat İmameyne göre gâsıp bunları da tazmin eder. Şöyle ki gâsıp mağsubu muttasıl olan ziyadesiyle başkasına satıp teslim etse mağsubunminh onu, mevcut olduğuna göre müşteriden o ziyade ile birlikte alır ve müşteri elinde telef olduğu takdirde dilerse gasp zamanındaki kıymetini gâsıba tazmin ettirir, dilerse müşteriye, mali kabz zamanındaki kıymetini ödetir, yani İmamı Âzama göre mâlik, satıp teslim etmek suretiyle istihlâk ettiği ziyade kıymeti gâsıb'a tazmin ettiremez. Fakat İmameyne göre onu da ettirir.

cektir (1). Fakat mal sahibinin, zevait için, meselâ hayvanın büyümesi, semirmesi, gasp edilen ekilmiş tarlayı sulaması yolunda yapılan masrafları gâsıb'a ödemesi lâzımgelmez.

İmam Şafiye göre mağsubun zevaidi muttasıl olsun, munfasıl olsun tazmin edilmek lâzımdır.

163 — Mağsup malın kendinden mütevellit olmayan zevaidi, yani menfa'atları mal sahibinin malı sayılmaz ve mazmun olmaz. Hanefi İmamlarına göre bu hüküm mutlakdır: «menafi'i mağsup mazmun değildir» (Mecelle 596 bak). Yalnız küçüğe, vakfa âit malda veya muaddünlil istiglâl denilen, kira için hazırlanmış malda bir istisna kabûl edilmiştir. Mal sâhibi gâsıptan bir ücret isteyemediği hallerde onun, mağsubu başkasına icar suretiyle aldığı kirayı dahi isteyemez. Şafiye göre ise bu menâfi' zevâit de olduğu gibi mutlak surette mazmundur. Şunu da ilâve edelim ki hanefilere göre lâzımgelmediği halde mal sahibine verilen ücret istirdat edilemez.

Görülüyor ki menfeatin mazmun olup olmaması Hanefi mezhebi ile Şafiî arasında ihtilâflıdır ve ihtilâf öneminden dolayı İslâm hukukcularınca hararetle bahis mevzuu ve münakaşa edilmiştir. Gerek bunları ve gerek yukarıda söylediklerimizi hülâsa ile diyeceğiz ki bir mal mücerret gasp edilmekle mazmundur, yani gâsıp elinde teaddî ve taksiri bulunmaksızın telef olsa tazmini lâzımgelir. Buna gasp damâni denir. Bunun gibi itlâf bahsinde gördüğümüz üzere bir kimse başkasının malını itlâf etse, meselâ ayağı kayıp da düşerek başkasının malını telef etse zamin olur (Mecelle 913). Bu tazmin mükellefiyetine de teaddî veya udvan damâni denir (2). Mağsup aynı damâni gasp ile, zevâidin damâni teaddî ile mazmun olmasında imamlar arasında ittifak vardır. Fakat bu zevâidin teaddî ve taksir olmaksızın kendiliğinden telef olması halinde gâsıba damân lâzımgelip gelmiyeceği meselesi ihtilâflıdır. Şöyle ki Hanefiye göre mağsuptan mütevellit ziyade, istihlâk gibi bir teaddî olmadıkça tazmin edilmez; çünkü bu zevâit gâsıp elinde emânettir. Emânet ise teaddî ve taksir olmaksızın mazmun değildir (Mecelle 767 bak). Mütevellit olmayan ziyade, yani menâfi' ise Hanefiye göre esasen tazmin edilmez; menfeatten istifade edilsin, edilmesin bahsedilen istisnalardan sarfınazar bir mes'uliyet yoktur. Şafiye göre mağsubun bütün zevâidi onun aynı gibi gasp edilmiş demektir. Binaenaleyh bir teaddî ile mukayyet olmaksızın mücerret gasp ile tazmine tabi olur.

(1) Mecellenin 903 üncü maddesinde zevait sözü mutlak olarak geçmiş ise de 596 mncü maddede tasrih edildiği üzere «menfeati ödemek lâzımgelmez».

(2) Yuk. s. 53 de gasp bir teaddidir sözünü bu yolda anlamak gerekir.

İhtilâfın sebebi ve menşei' gasbın mahiyeti hakkındaki telâkki ayrılığıdır : İmamı Âzama göre gasp yukarıda geçtiği üzere yedi muhikka yi izale ve yedi muptıla yi isbattır. Yani mağsubünminh in haklı ve meşru olanı tasarruf kudretini, gasp edilen maldan izale etmek ve o mal üzerinde haklı ve meşru olmayan eli koymaktır. İmamı Şafiî'inde gasp tahakkuk etmek için yalnız iptal edici eli isbat, yani tahakkuk ettirmek kâfidir; haklı eli nezi etmek, gidermek gasbın mahiyetinde dahil değildir. İmamı Âzama göre bahsedilen zevâitte iptal edici eli koyma varsa da haklı eli bertaraf etme yoktur. Zira bu zevâit gâsıp elinde meydana gelmiştir. Gâsıp mal sahibinin elini ondan uzaklaştırmamıştır.

Hanefiler menfaatin mazmun olmaması fikrini şu delillerle de isbat etmek isterler. Gasp sebebiyle esasen bir damân tahakkuk etmiştir. Damân ile ücretin içtima etmeyeceği bir fıkıh kaidesidir, yani ücret ile damân birleşmez (Mecelle 86 bak.). Bir de zevâidin kâmil veya kasır ma'kul misli bulunduğu halde menâfiin ne kâmil ve ne de kasır misli vardır. Gayrima'kul misli ile tazmin hakkında da sarahaten veya delaleten bir nass varid olmamıştır.

Şafiîye göre menfaat hakikaten örfen, hükmen maldır. Eşya insanların mesâlihi için halk olunmuştur. Maslahat eşyanın zatiyle değil, menfeatlariyle kaimdir (Yuk. No. 88 N. 2 bak.).

Bütün bu izahlardan anlaşıldığı üzere Hanefî mezhebi kaideden, Şafiî mezhebi faideden hareket etmiştir. Fakat kabul edilen kaide esasen müsbet, ma'kul değildir. Maslahata, ihtiyaca uyar yeri yoktur. Tehlikelidir. Adeta çapulculuğa yol verir mahiyettedir. Bizzat Hanefî mezhebinde fâsit icâre, ecri misli icap ettirmekte, diğer taraftan menfaat mehr olarak kabul edilmektedir; meselâ malum bir müddet evinde oturmak üzere bir mehr tesmiyesi ve bu suretle tezevvuc caizdir (Hindiyye) ve gene yukarıda görüldüğü üzere sonraki İslâm üleması (fukahâi müteahhirin) başka söz ile sonraki fakihler nâs'ın bedavacılığa, yağmacılığa hırs ve tama'larını müşahede ederek küçüğe ve vakfa âit mallarda Şafiî mezhebini ihtiyar etmişlerdir (1). Bunun içindir ki Osmanlı İmparatorluğunun son zamanlarında Mecelle şârihi, fetva emini mevkiini işgal eden Ali Haydar efendi ve Seyit Bey gibi Türk İslâm hukukçuları Hanefî mezhebi rey ve kıyasa, Şafiî mezhebi ise ihtiyaca evfak olduğunda bahisle nâs'ın hukukunu hederden sıyanet için Şafiî mezhebini ihtiyar etmek ve mecelleyi bu suretle tadil etmek amme maslahatı ve zamanın ilcaâtı iktizasından olduğunu söylemişlerdir.

(1) İzmirli İsmail Hakkı ve gerek Mecelle Şârihi Ali Haydarın tasrih ettiği üzere bu ihtiyarla Hanefî mezhebinden harice çıkılmamıştır; bu da Mecelle mazbatasında ki beyana uygundur. Hanefî ülemâsı bu mesele de istihsan delili ile hareket ve hüküm etmişlerdir. Bilindiği üzere Hanefî usullerinden biri de istihсандır (yuk. No. 19).

Kitaptaki Bahisler

	Sayfa	Paragraf
Birinci basıma ön söz	4	
İkinci basıma önsöz	5	
Giriş	9	3
Eserler	11	3
İslâm Hukuku	15	4

FIKHİN KAYNAKLARI (DELİLLER)

Kur'an	19-23	5-7
Sünnet	23-25	8
İcmâ'	25,27	9
Kıyas	27	10
Başka deliller	28-29	11
İctihad	29-31	12
Müctehidler	31-33	13-14
İctihad kapısı kapalı mıdır?	33	15

MEZHEBLER

İhtilâflar	34-36	15
Sünnet ve bidat ehli	36-38	16
Hicaz ve Irak ehli	38-39	17
İmamı A'zam	39-41	18
İstihsan	41-42	19
İmâm Ehbû Yûsuf	42-43	20
İmam Muhammed	43	21
İmam Mâlik	43-45	22
İstisnab	45-46	23
İmâm Şâfiî	46-47	24
İmam Ahmed Bin Hanbel	47-48	25

HUKUK SİSTEMİ HAKKINDA GENEL MALÛMAT

Hukukun tarifi	49-	26
Hususî Hukuk, Amme Hukuku	49	27
Mecelle	50	28
Umumî Hükümler	51	29

HUKUKÎ İŞLERE DAİR TEMEL MEFHURLAR

	Sayfa	Paragraf
İrade ve beyan	51-53	30
Sukût'un beyan olduğu haller	53-54	31
Yazı ile beyan	54	32

İRRADE BEYANINDA FESATLAR

Vucub ve edâ ehliyetindeki ârizalar	54-55	3
Hatâ	55	33
Tağrîr	55	34
Gabin	56	35
İkrah	56-58	36
Muvâzaa	58	37

ECELE, ŞART, RÜKN, MÜDDETLER

Umumiyet itibariyle	58-59	38
Ecele izâfe	59	39
Ecel ma'lum olmak lâzımdır	59-60	40
Şart	60	41
Mevkuf	60-61	42
Rûkn	61	43
Müddetler	61	44

TEMSİL, VEKÂLET

Vekâlet	62-63	45
Kanunî temsil	64	46
Risalet	64	47

İNSAN FİİL VE MUAMELELERİNİN DEĞER VE DERECELERİ

Dinî bakımdan	64-65	48
Dünyevî bakımdan	65-67	49
İftâ ve kazâ bakımından	67-68	50

ŞAHIS HUKUKU

Ehliyet	69-70	51
İslâmda hürriyet	70-71	52
Edâ ehliyeti	71-73	53
Rüşt	73-74	54
İzin	74-75	55

	Sayfa	Paragraf
Şahsiyetin zevâli (ölüm)	75	56
Hükmî şahıs	75	57
Mefkud	75-76	58
Kadınların hukukî durumu	76-78	59
Esirlerin Hukukî durumu	78-82	60-65
Müslüman olmayanların hukukî durumu	82-86	66

EŞYA HUKUKU

Aynî hak	87-89	67
Ayn, deyn	88	68
İslâm'da mal	88-89	69
Malların neveleri	89-91	70-71
Mülkiyet ve zilyetlik	91-92	72
Mülkiyetin iktisabı, aslî iktisab	92-94	73
Fer'î iktisab	94-95	74
Mülkiyetin zevâli	95-96	75
Muşâ	96-97	76
Taksim	97	77
Mülkiyetin himayesi	98-99	78
Rehin	100-104	79-84
Hapis hakkı	104	85
Gayri menkul hukuku	104-105	86
Komşu hukuku	105	87
Şuf'a hakkı	105-107	88
İrtifak hakları	107-108	89
Su hakkı	108	90
Mülkten gayri arazi	108-111	91
Mururi zaman	112	92

BORÇ MÜNASEBETLERİ (Genel olarak)

Akitler	113-115	93
Şekil serbestliği	115-116	94
Akitlerin bir taraflı feshi	116	95
İyi niyetin himayesi	116-117	96
Örf ve âdet	117-118	97

BOERÇ DOĞURAN SEBEPLER

	Akit	
Akit	118-119	98
İradeden doğan borçlar	119-120	99
İcap ve kabuldeki hukuki iltizam	120-121	100

	<u>Sayfa</u>	<u>Paragraf</u>
Haksız iktisab (ribâ)	121-130	101-106
Mesuliyet	131-132	108
Haksız fiil	132-134	108
Hayvanların yaptığı zarar	134	109
Bir binadaki kusurdan doğan zararlar	135	110
Zarara rıza ve muvafakat	135	111
Tazminat	135-136	112
Mesuliyeti ref eden haller	136-137	113

BORÇ MÜNASEBETİNİN ZEVALİ

Edâ	137-138	114
İfâ	138	115
Takas	138-139	116
İbrâ	139	117
Fesh	139	118
İkâle	139-140	119
Sulh	140	120
Havâle	140-142	121
Alacağın temlik	142-143	122
Mururi zaman	143-145	123

HUKUKÎ MÜNASEBETLERDE TARAFLARIN TEADDÜDÜ

125

MÜNFERİT BORÇ MÜNASEBETLERİ

İkrar	145-148	126
Beyi' ve şirâ	148-157	127-132
Hıyar Hakkı	157-159	133
Selem	160	134
Bey'in hususi isimleri	161	145
Bey'i mariz	161-162	136
Bey'ul vefa	162-163	137
Beyi' bilistiglâl	163-164	138
İstisna akdi	164-165	139
İcâre	166-171	140-142
İcârei âdemî	171-172	143-144
Karz	172-174	145
Hibe	174-177	146-149
Şirket	177-178	150

	<u>Sayfa</u>	<u>Paragraf</u>
Mufâvaza akdi ve inân şirketi	179-180	151
Emval, a'mâl ve vücûh şirketleri	180-181	152
Mudârebe şirketi	181-182	153
İda, (Vedia)	182-183	154
İâre (ariyet)	183-185	155
Kefâlet	185-186	156-157
Nefse kefâlet	186-187	158
Mala kefâlet	187-188	159
Yekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf	188-190	160
Gasb (asurpation)	190-194	163

KELİME ÜZERİNE FİHRİST

A

Âkile 77, 85, 133, 178
Âkitlerde şekil 115
Alacağın temliki 142
A'mâl Şirketi 181
Amd ile katl 80
Amme hukuku 49
Arazii emiriye 109
Arazii metrûke 109
Arazii mevât 110
Arazii mevkûfe 109
Aslî iktisab 92
Âyet 19
Ayrıp muhayyerliği 158
Ayn 88, 102, 118
Azat etme (İ'tak) 81
Azimet tarikiyle icmâ' 26
Azimet yolu 47, 65

B

Bâtil akit 66
Bey' (satış akti) 53, 94, 127
Bey'cl vefa 162
Bid'at ehli 36
Buluğ haddi 74

C

Celî kıyas 41
Cenin 69
Cuâle 119
Cürüm 52

D

Damân 57
Delillerden istinbat melekesi 15

Deyn 88, 118
Dirayetül hadis ilmi 26
Diyet ve erş 136

E

Ecele izafe 59
Ecir i hâs 171-172
Ecir i müşterek 171-172
Edâ 137
Edâ ehliyeti 71
Ehli Hicaz 37,38
Eimmei selâse 42
Emvâl şirketi 81

F

Fâiz 121-128
Farz 65
Fâsit akit 66, 130
Ferağ 148
Fer'i iktisap 94
Fesih 139, 149
Fuzuli 61

G

Gabın 66
Galle 89
Gasp 52, 95, 167, 190
Gayri menkul hukuku 104
Gayri mülcet ikrah 57
Gayri mümeyyiz 71
Gedik usulü 111
Gurre 69

H

- Haberi âhad 24, 35
Hacir 72, 73
Hadis ehli 36, 37, 38, 44
Hafî kıyas 28, 33, 41
Hakmın kötüye kullanılması 117
Haksız fiil 132
Haksız iktisap 121, 149
Haml 70
Hapis hakkı 104
Haram 65
Harbî 83
Hâric 99
Havale 140-143
Hayz 35-36
Heder 134
Hibeden rüçû 40, 176
Hicaz Ehli (bak. Ehli Hicaz)
Hilafet 37
Hilâfiyyat 34
Hıyârî rü'yet 45, 157
Hıyârî şart 159
Hıyârî tâyin 159
Hukuki ibad 50
Hukuki iş 52
Hukukî tağyir ve karıştırma 94
Hukukullâh 49, 50
Hukukun dînî telakkisi 17
Hunsâ 77
Hususi hukuk 37, 49

İ

- İbâhe 129
İbrâ 139
İcâre akti 40-41
İcârei âdemi 171
İcmâ' 22, 25, 26, 28, 35, 36, 37, 38
İctihad 36-38
İctihad kapısı 33
İddet 35
İkâle 139

- İkrar 146
İkrarda hata 55
İmameyn 42
İmamı ma'sûm 38
İnân şirketi 180
İpotek 100, 103
İradeden doğan borçlar 119
İrade ve beyan 51
İrade ve rıza beyanı 54
İrtidat 95
İrtifak hakları 107
İşkâtat 59, 62
İstihkak muayyerliği 158
İstihsan 35, 41
İstîlâd 81
İstishab 45
İstislâh 45
İstisna' akdi 41, 164
İvazsız tasarruflar 44-45
İvaz şartıyla hibe 176
İyi niyetin himayesi 116
İzin 74

J

- Justinien hukuku 10

K

- Kabz 94-95, 101, 151
Kanunî temsil 64
Kari' (bak: hayz)
Karz akdi 172
Kavlî ve fiilî tasarruf 57
Kayyım 64
Kazâ 137
Kefâlet 185
Kefâret 58
Kıyas 50
Kısmet 97
Kıyas 27-28, 33, 36, 37, 39, 44, 47

Kitâp (bak. Kur'ân)
Komşu hukuku 105
Kur'ân 19, 37-38, 58
Kurrâ 20

L

Lâzım akit 66
Lukata 93

M

Mal 88
Mala kefâlet 187
Ma'tuh 71
Mefkud 61, 64, 75-76
Mehir 34
Mekrûh 65
Memlûk arazi 108, 109
Menfaat 88
Mesuliyet 131, 133, 191
Meşru müdafaa 136
Mevkuf 60-61, 66
Muâvazat 59, 120
Mudârebe şirketi 181
Mufavaza akdi 53, 85, 179
Muhaddis 25
Muhadram 24
Muhâyee 97
Muhayyer akit 66
Mukallid 32
Mukataalı arazi 110
Mükâtebe akdi 82
Mukâyaza 148
Mümeyyiz 71
Munkati' hadis (bak mürsel hadis)
Murâbelha 161
Mürsel hadis 25, 35
Murur hakkı 107
Mururi zaman 112, 143
Musâkat 170,-171
Müsned hadis 25
Muste'min 86

Mut'a (bak. muvakkat nikâh)
Muttasil hadise (bak. Müsned hadisler)
Muvakkat nikâh 37
Muvâzaa 58
Muzâraa 170-171
Muzhir delil (bak. kıyas)
Müctehid filmes'ele 31
Müctehid filmezhep 31
Müctehid fişşeri' 31, 34, 43
Müctehidi mutlak 30
Müftî 33
Mülci ikrah 56 - 57
Mülk 88, 91
Mülkiyet (bak. Mülk)
Mülkiyetin Zavâli 95
Münasaha 16
Müsaveme 161
Müsbit delil (bak. ismâ')
Müşa' (bak. müşterek mülkiyet)
Müşterek mülkiyet 96, 179
Mütekevvim mal 89
Mütevâfikan nesh 23
Mütehâliften - 23
Mütevatir hadis 24

H

N

Nafaka 34
Nâfiz akit 66, 149
Nefse kefâlet 186
Nesh 22, 36, 49

O

Obligasyon (bak. vecibe)

Ö

Örf ve âdet 35, 37, 42, 49, 117

R

Rehin 95, 100, 163
Rekabe 89

Re'y 38-39, 44

Ehli (bak. Ehli rey')

Ribâ (bak. fâiz)

Ribh ile ikrâz 174

Risâlet 64

Rivâyetulhadîs ilmi 26

Roma Hukuku 9, 49, 52, 62, 69-70 98,

114, 118, 131

Rucû' (Akitlerde) 116

Ruhsat tariki ile icmâ (bak. sükûtî icma

Ruhsat yolu 47

Rûkn (akidlerde) 61

Rüşt 73

S

Sair 71

Sahâbe 24

Sahih akit 65

Sefer müddeti 144

Sefih 72

Selem 160

Semâvî ârizalar (vücüb ve edâ ehliye-
tinde) 54, 75

Su hakkı 108

Sulh 140, 145

Sure 19

Sükûtî icmâ' 26

Sünnet 19, 23, 36, 38, 39

Sünnet ehli (bak. sünnî mezheb)

Sünnî mezheb 36

Ş

Şahsa bağlı hak 79

Şartî kâin 60

Şer'î deliller 36, 38, 44

Şer'î hîle 113

Şer'î mahlas (bak. Şer'î hîle)

Şer'î makdûrât 27

Şeyh (bak. muhaddis)

Şeyheyn 42, 191

Şirb (bak. su hakkı)

Şirketi akit 179

Şirketi mülk (bak. müşterek mülkiyet)

Şuf'a hakkı 105-106

T

Tabii borçlar 130

Tağrîr 55

Tahrîc eshâbı 31

Takas 138

Taksim, (bak. kismet)

Talâk ı mükreh 44-45

Tam ikrah (bak. mülcî ikrah)

Tarafeyn 42

Tazmînat 135

Teâmul (bak. örf ve âdet)

Teâruf (bak. «)

Teberruât 59

Tuhr 36

Trampa (bak. mukâyaza)

Tercih ashâbı 31

Temlikât 59, 60 62

Telcie (bak. muvâzaa)

U

Ukûbat (bak. şer'î makdûrat)

Umrâ 177

Umuma aid mülkiyet 104-105

Usul i fikh ilmi 15

Ü

Üst kat mülkiyeti 107

V

Vâcib 65

Vahyi gayri metluvv (bak. sünnet)

Vahyimetluvv (bak. Kur'ân)

Vasif muhayyerliği 159

Vasiyet 95

Vecibe 51, 87, 118

Vekâlet 62

Velâyet 72

Vucûb ehlyeti 69

Vucûh şirketi 181

Y

Yedi emânet 172

Yemin 58

Z

Zâhiriye mezhebi 26

Zarara rıza 135

Zevâid 103, 192

Zilyed 99

Zilyedlik 91, 92, 153

Zimmet 69, 137

Zimmî 84

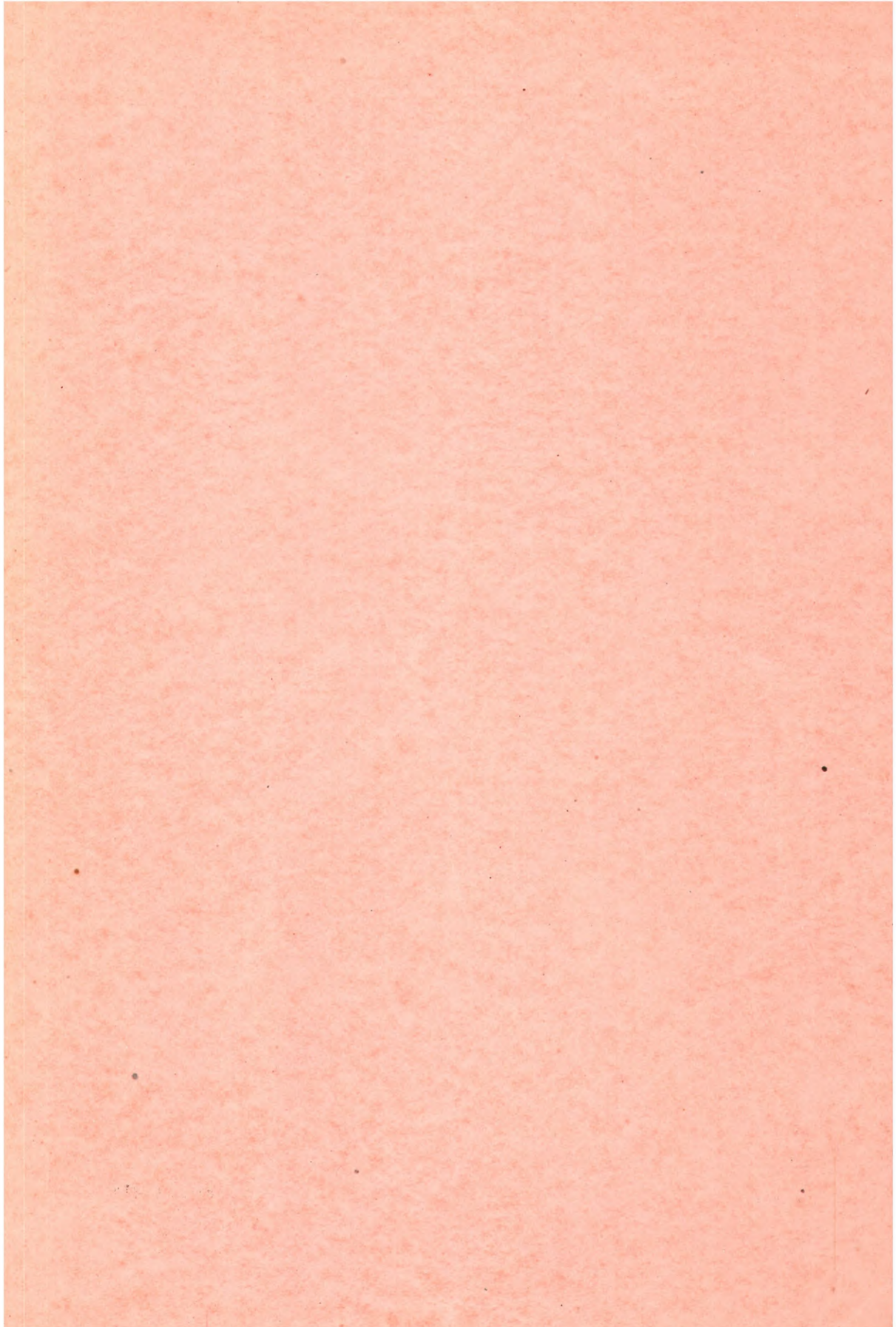
Ziyade (bak, Zevâid)

YANLIŞ DOĞRU CETVELİ

Sayfa	satır	yalnış	Doğru
10		29 Őirayet	sirayet
12		39 jurisprudenz	jurisprudence
16	Not	1 muktesebi	müktesebü
16	Not	1 tefsiliyeti	tafsiliyeti
16	Not	2 cild s. 48	cild 1. s. 38
17		6 fillübs	Fillibs
20		24 nübüñ	mübñ
20	not:	7 cild reketleri sayı	(cild 11 s. 742 ve sonraki-
3, 40, 62, 66			lere bak)
24	not:	4 rsul ı Fıkh	usûl i fıkh
24	not:	10 Âli Umran	Âli İmrân
25	not:	8 Zeydî	Zebîdî
26		34 sünnetlerinin	sünnetlerin
26	not:	7 buradaki soru işa- reti fazladır.	
28		17 genişletilir	genişletilir.
32		27 İmam Zafer	İmam Züfer
33		21 mütehid	müctehid
34		4 15	15 (*)
35		28 iktilâflar	ihtilâflar
36	not:	3 ictihadımlar	ictihadından
38		10 ibâbî	ibâdî
39		17 iman	imam
39	not:	8 Âli Umrân	Âli İmrân
40		5 Abbas	Abbasî
45	not:	4 İslâm Hukuk	İslâm Hukuku
46		2 sebîlî	sebîli
51	not:	9 kacır	hacr
51	not:	11 husnâ	hunsâ
54		1 dâîvâ	dâvâ
59	not:	5 iskâkat	iskâtât
71		21 slâip	sâlip
75	not:	3 şahsıdır	şahıstır
78		22 bundna	bundan
79		13 zevceden	zevcden
79	not:	2 cesâreti	esâreti
81		10 istidât	istilâd
84		6 katdlien	katilden

Sayfa	Satır	Yanlış	doğru
84	19	kitâb,	kitabî
86	2	Hanefî	Hanbelî
89	25	mütekavvid	mütekavvim
94	7	mülkiyem	mülkiyet
100	3	merhum	merhun
107	15	Multekal elbhur	Multekal ebhur
111	21	kavif	vakif
112	1	İslâm hukukla	İslâm Hukukunda
115	9	tutmak	tutmamak
116	not:	9 zevcesinin	zevcinin
117	18	ictima	icmâ
117	34	Ezmânın tebeddülü inkâr olunamaz (mecelle 89)	Ezmânın tağayyürü ile ah- kâmın tağayyürü inkâr olunamaz (mecelle 39)
118	38	uttesriyye	utteşriyye
121	not:	1 aril mustabbeli	anil mustakbeli
121	not	2 feyekuluâları	feyekulul âharu
124	2	bilmislin	bimislin
126	8	Hohler	Kohler
136	Not	1 lem yekba	lem yebka
137	29	(akzâi kâmil)	(kazâi kâmil)
142	12	muhalun aleyhe	muhalun lehe
147	9	muddet	muddeî
148	12	müesseli	müecceli
160	8	muksasıt	muktasıt
167	26	tekavvün	tekavvüm
168		ikinci satır birinci satır	olacaktır.
170	13	âcireden	âciriden
173	not	24 mülkün bir kadi lâ- zım	mülkünü bir akdi lâzım
176	not	1 evvela indol	evvelen indel
178	not	31 mukalevesinde	mukavelesinde
179	21	müslimin	gayri müslimin
181	4	ve eğe	ve eğer
186	not	3 kebl	kabl
190	not	23 ihtilâfulfetehâ	ihtilâfulfukahâ
191	not	3 entekûme	entekûne
193	9	muaddu	muaddun
194	33	hukukunun	hukukunu

İkinci Kısım Aile Hukuku (Münâkehât, Mufarekât), Miras (Ferâiz),
Vakıf, Dâva (Muhakeme Usulü), İcra, Ceza Hukuku ve saire
bahislerini ihtiva edecektir.



Fyatı (5) Lira