

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

**MECELLE’NİN TA’DİL EDİLEN MADDELERİNİN  
İSLAM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

Danışman  
**Prof. Dr. Orhan ÇEKER**

Hazırlayan  
**Ayşegül ÇOBAN**

KONYA - 2008

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
ÖN SÖZ .....	III
KISALTMALAR.....	V
GİRİŞ .....	1
I. MECELLE HAKKINDA GENEL BİLGİ.....	1
A. MECELLE'NİN HAZIRLANIŞ SEBEPLERİ .....	1
B. MECELLE'NİN HAZIRLANIŞI VE ÖZELLİKLERİ.....	3
1. Hazırlanışı .....	3
2. Özellikleri.....	4
C. MECELLE'NİN ÖNEMİ VE ETKİLERİ.....	6
1. Önemi.....	6
2. Etkileri.....	7
D. MECELLE'NİN YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI.....	9
II. MECELLE'NİN TA'DİLİ ÇALIŞMALARI.....	9
A. MECELLE'NİN TA'DİL EDİLMESİNİN SEBEPLERİ.....	9
B. MECELLE'Yİ TA'DİL KOMİSYONLARI .....	12
1. Kanun-ı Medenî Komisyonu.....	12
a) Ta'dil Prensipleri Komisyonu.....	13
b) Mecelle Ta'dil Komisyonu.....	13
c) Hukuk-ı Aile Komisyonu .....	14
2. 1923 Tarihli Komisyonlar .....	14
3. 1924 Tarihli Komisyonlar .....	15

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### KİTABU'L-BUYÛ'DAKİ TA'DİLLER

I. KİTABU'L-BUYÛ'NUN ESBAB-I MUCİBE MAZBATASI.....	16
II. KİTABU'L BUYU'DAKİ TA'DİL ÇALIŞMALARI .....	23

III. KİTABU'L BUYU'UN TA'DİL EDİLEN MADDELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	25
--	----

## İKİNCİ BÖLÜM

### KİTABU'L-İCÂRE'DEKİ TA'DİLLER

I. KİTABU'L-İCÂRE'NİN ESBÂB-I MÛCİBE MAZBATASI.....	55
II. KİTABU'L- İCARE'DEKİ TA'DİL ÇALIŞMALARI.....	59
III. KİTABU'L-İCÂRE'DEKİ TA'DİL EDİLEN MADDELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	60
SONUÇ .....	71
BİBLİYOGRAFYA .....	73

## ÖN SÖZ

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, hem Osmanlı Hukuku'nda, hem de İslam Hukuku'nda ilk medeni kanun çalışması olması açısından son derece önemlidir. Mecelle, medeni kanun ihtiyacının giderilmesi için, siyasi, iktisadi ve hukuki, yeni yeni birçok gelişmenin olduğu 19. yüzyılda çok karışık ve kısa bir zamanda hazırlanmıştır. Mecelle hazırlanırken de sadece Osmanlı'nın resmi mezhebi olan Hanefi mezhebi esas alınmıştır. Ayrıca Mecelle'de bir medeni kanunda bulunması gereken şahıs hukuku, aile hukuku ve miras hukuku bölümleri yoktur. Bu sebeplerle Mecelle, mevcut ihtiyaca tam olarak cevap veremiştir. İhtiyaçlara cevap verebilmesi amacıyla Mecelle'nin ta'diline başlanmıştır. Bu ta'dil çalışmaları yapılırken diğer mezheplerin ve şer'î hukukun delillerine aykırı olmamak kaydıyla diğer devletlerin hukuklarından da faydalanılmasına karar verilmiştir. Çalışmamızda, işte bu ta'dil çalışmalarının İslam Hukuku esas alınarak tahlili yapılacaktır.

Mecelle Ta'dil Komisyonu'nun yaptığı değişikliklerin tespiti ve değişen maddelerin metinleri için, Osman Kaşıkçı'nın "İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle" isimli eserinden faydalandık.

Ta'dil edilen maddelerin değerlendirmesini yaparken, maddelerin Mecelle'deki sıralarını esas aldık. Mukaddimeden başlayarak, ta'dil çalışması yapılan yerlerin, bab numaraları ile fasıl numara ve isimlerini belirttikten sonra, ilgili maddelerin değerlendirilmesine geçtik. Bu maddelerin değerlendirmesini yaparken, karışıklık olmaması için, değiştirilen maddeleri "D" harfi ile, eklenen maddeleri "E" harfi ile, çıkarılan maddeleri ise "Ç" harfi ile gösterdik. Ayrıca değiştirilen maddelerin, ta'dilden sonraki metinlerini parantez içinde verdik.

Tezimiz bir giriş ve iki bölümden oluşmaktadır.

Giriş bölümünde öncelikle Mecelle hakkında genel bilgi verilecektir. Mecelle'nin hazırlanış sebepleri, hazırlanışı, özellikleri, Mecelle'nin önemi, etkileri ve yürürlükten kaldırılması hususlarına kısaca değinilecektir. Daha sonra Mecelle'nin ta'dil edilme sebepleri, Mecelle ta'dil komisyonlarına ve bu komisyonların çalışmalarına değinilecektir.

Birinci bölümde, Mecelle'nin Kitabu'l-Buyû'unun esbab-ı mûcibe mazbatası verildikten sonra Mecelle Ta'dil Komisyonu'nun Kitabu'l-Buyû'da yaptığı ta'dil çalışmalarından genel olarak bahsedilecektir. Daha sonra ise bu ta'dillerin, İslam hukuk mezhepleri açısından değerlendirmesi yapılacaktır.

İkinci bölümde ise Mecelle'nin Kitabu'l-İcâre'sinin esbab-ı mucibe mazbatası verildikten sonra, Mecelle Ta'dil Komisyonu'nun Kitabu'l-İcâre'de yaptığı ta'dil çalışmalarından genel olarak bahsedilecektir. Daha sonra ise bu ta'diller, İslam hukuk mezhepleri açısından değerlendirilecektir.

Çalışmamız esnasında kıymetli yardımlarını esirgemeyen saygıdeğer danışman hocam Prof. Dr. Orhan Çeker'e ve diğer saygıdeğer hocalarımıza sonsuz şükranlarımı sunuyorum.

Gayret bizden, muvaffakiyet Allah'tandır.

**Ayşegül ÇOBAN**

**KONYA 2008**

## KISALTMALAR

<b>a.g.e.</b>	: Adı geçen eser
<b>a.g.md.</b>	: Adı geçen madde
<b>b.</b>	: İbn, bin
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>DİA</b>	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
<b>md.</b>	: Madde
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>s.a.s.</b>	: Sallallahu aleyhi ve sellem
<b>thk.</b>	: Tahkik eden
<b>trc.</b>	: Tercüme eden
<b>ts.</b>	: Tarihsiz
<b>vd.</b>	: Ve devamı
<b>yy.</b>	: Yer yok

# GİRİŞ

## I. MECELLE HAKKINDA GENEL BİLGİ

### A. MECELLE'NİN HAZIRLANIŞ SEBEPLERİ

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin hazırlanmasını etkileyen siyasi, iktisadi ve hukuki sebepler vardır.

19. yüzyılın başlarından itibaren, Osmanlı Devleti'nin eski gücünü kaybetmesi, giderek zayıflamaya başlamasıyla beraber Batılı devletlerin Osmanlı devleti üzerindeki etkileri artmıştır. Bilhassa 1839 Tazminat Fermanı ile Osmanlı Devleti'nde batılılaşma fikri yaygınlaşmıştır. Tanzimat fermanı ile ikili görüşmeler esnasında Batılılar, Osmanlı devlet ricalinden bazı kimseleri batılılaşma düşüncesine çekmişler<sup>1</sup> ve eğitim, askerlik, diplomasi, cemiyet hayatı, hukuk ve adliye sahasındaki pek çok yenilik hareketlerini batıların istekleri doğrultusunda gerçekleştirmeleri için baskı yapmışlardır<sup>2</sup>. Batılı devletlerin Osmanlı Devleti'ni, hukuk alanında batılılaştırma çabaları şu yönde olmuştur. Osmanlı Devleti'nin bir medeni kanunun olmamasının, batılı tüccarların ve azınlıkların şer'i mahkemelerde yargılanmak istememesinin bir problem olduğundan şikâyet etmişlerdir<sup>3</sup> ve bunlara çözüm olarak da batıdan kanun iktibas edilmesini, medeni kanun olarak Code Civil'in tercüme edilip yürürlüğe konulmasını, şer'i mahkemelerin dışında mahkemeler kurulmasını teklif etmişlerdir<sup>4</sup>. Batılılar, Osmanlı Devleti ve ilim adamlarından bu düşüncelerine taraftar bula- bildikleri gibi, batılılaşma düşüncelerine sıcak bakmayan ulemadan bazı kimseleri de karşılarında bulmuşlardır<sup>5</sup>. İşte batıların bu baskıları ve Osmanlı ricalinden bazı kimselerin batıların bu isteklerini gerçekleştirme hususunda gayret sarf etmeleri, başta Ahmet Cevdet Paşa olmak üzere, ulemadan batılılaşma fikrine karşı çıkanları, milli bir medeni kanun hazırlanması düşüncesine iyiden iyiye itmiştir<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Kaşıkçı, Osman, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 41.

<sup>2</sup> Öztürk, Osman, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, s. 11.

<sup>3</sup> Öztürk, *a.g.e.*, s. 12.

<sup>4</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 55–56.

<sup>5</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 42.

<sup>6</sup> Aydın, M. Akif, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *DİA*, XXVIII/232; Öztürk, *a.g.e.*, s. 17–18.

19. yüzyılda sanayi ve ticaret alanında önemli gelişmeler olmuştur. Batıda gerçekleşen sanayi devrimi ile büyük bir üretim fazlası ortaya çıkmıştır. Bu sebeple pazar bulma amacıyla olan batı devletleri ile Osmanlı Devleti arasındaki ticari ilişkiler de artmıştır. Bu ilişkileri düzenlemek için 1848'de Karma Ticaret Mahkemesi kurulmuş ve daha sonra bu mahkemelerde uygulanmak üzere Fransa Ticaret kanunu iktibas edilmiştir. Bu kanun, Ticaret Mahkemeleri'nin yetki ve görevlerini genişleterek, Osmanlı vatandaşlarının kendi aralarında çıkan uyuşmazlıklara da uygulanmaya başlanmıştır<sup>7</sup>. Fakat ticaret mahkemelerinin ticari tecrübeden öte bir birikimi ve hukuk bilgisi bulunmayan üyeleri, davaların ticareti ilgilendirmeyen ayrıntılı hususlarını bu kanuna göre çözememişlerdir<sup>8</sup>. Çünkü söz konusu kanunname rehin, kefalet, vekâlet, havale gibi alanlarda herhangi bir hüküm içermiyordu<sup>9</sup>. Bu boşlukların doldurulması için, bu mahkemelerdeki hâkimlerin de kullanabileceği bir medeni kanun yapılması gerekiyordu.

Son dönemlerde Osmanlı Devleti'nde, hem nicelik hem nitelik itibarıyla kadı sıkıntısı çekilmeye başlanmıştır. Nizamiye Mahkemeleri'nde ve Ticaret Mahkemeleri'nde icap ettiğinde fıkıh kitaplarına müracaat ederek, şüpheleri halledebilecek nitelikte fıkha intisabı olan kadı bulmak güçleşmiştir. Bu mahkemeler bir yana, Şer'iyye Mahkemeleri'nde bile kâfi miktarda kadı bulmak problem olmuştur<sup>10</sup>. Bu dönemde hukukçu ihtiyacını karşılamak için Muallimhane-i Nüvvab isimli bir hukuk mektebi açılmış, Galatasaray Mekteb-i Sultanisi'nde bir hukuk şubesi kurulmuştu<sup>11</sup>. Ancak bu çabalarda ihtiyaca cevap veremedi. Zira esbab-ı mucibede belirtildiği üzere fıkıh ilmi uçsuz bucaksız bir deniz olup, bir ummandan inci çıkarır gibi bundan lazım olan meseleleri bulup çıkararak mesele hallede bilmek epeyce maharet ve melekeye bağlıdır. Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebi üzere muhtelif devirlerde pek çok müçtehitler gelip, pek çok ihtilaflar ortaya çıkmış ve Hanefi fikhî pek geniş ve dağınık olmuştur. İşte birbirinden farklı bu kadar sözler içerisinde sahih olanını ayırarak hadiselerin ona tatbikinde büyük zorluk vardır. Kaldı ki asırların değişmesiyle, örf ve âdete dayanan fikhî meseleler de değişiklik gösterir. Esas şer'i kaide değişmeyip, bunun hadiselere tatbiki meselesi zamanın, ahvalinin değişmesiyle değişmiştir. Buna benzer

<sup>7</sup> Mardin, Ebu'l-Ulâ, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s. 244; Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 47.

<sup>8</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I/3; Esbab-ı Mucibe Mazbataları için bk. Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 80 vd.; Öztürk, *a.g.e.*, s. 33 vd.

<sup>9</sup> Aydın, *a.g.md.*, s. 231.

<sup>10</sup> Esbâb-ı Mucibe.

<sup>11</sup> Ali Haydar, *a.g.e.*, I/4; Aydın, *a.g.md.*, s. 231; Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 48.



zaman ve delil değişikliğini birbirinden ayırmak oldukça dikkat istemektedir. Fıkıh meseleleri ihata etmek ve bu meselelerin derinliklerine vakıf olmak ise pek güçtür. Bundan dolayı ihtilaflardan azade ve yalnız en uygun görüşleri içerisine almak üzere, fıkıhi muamelelere dair, anlaşılması kolay bir kitap yapılırsa herkes kolaylıkla okuyarak, muamelelerini ona tatbik ve böyle mazbut bir kitap olduğu halde kadınlara büyük faydası olacağı gibi, Nizamiye Mahkemeleri idari işlerde bulunan memurlardaki okumak suretiyle şer’i meseleleri kavrayarak, icabında güçleri yettiği kadar şer’i şerife tabi olurlar.”<sup>12</sup>

Esbab-ı mûcibedeki bu sebepler de, hukuki alanda, şer’i kaideler esas alınarak hazırlanacak olan bir medeni kanuna ne kadar ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir.

## **B. MECELLE’NİN HAZIRLANIŞI VE ÖZELLİKLERİ**

### **1. Hazırlanışı**

1868 yılında Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye nazırı Ahmet Cevdet Paşa’nın riyaseti altında bir ilim heyeti (Mecelle Cemiyeti) teşkil olunarak, fıkıh kitaplarından muamelata dair ve zamanın icaplarına uygun olmak üzere “ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye” ismiyle bir eser vücuda getirilmesine karar verildi<sup>13</sup>. Mecelle Cemiyeti baştan sona aynı kişiler olmamakla beraber, toplam olarak şu azalardan müteşekkildi: Ahmet Cevdet Paşa, Ahmet Hilmi Efendi, Seyfeddin İsmail Efendi, Filibeli Halil Efendi, Ahmed Hulusi Efendi (Şirvanizade) , Kara Halil Efendi, Ahmed Halid Efendi (Yusuf-Zade), Alaaddin Efendi (İbni Abidin-zade), Ömer Hilmi Efendi (Karin-abadlı), Muhammed Emin Efendi (Bağdat’lı), Ömer Hulusi Efendi (Gerdan-kıran), Yusuf Vehbi Efendi, Abdüsettar Efendi(Kırım’lı), Abdullatif Şükrü Efendi, İsa Ruhi Efendi<sup>14</sup>. Mecelle Cemiyeti ilk toplantısını Ahmed Cevdet Paşa’nın riyasetinde Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye Dairesi’nde yaptı. Mecelle Cemiyeti ilk olarak “ Kavaid-i Külliye” adında ilk maddesi ilm-i fıkıh tarifi olmak üzere yüz maddeden ibaret olan ve fıkıh ilminin muamelat kısmının bel kemiğini teşkil eden ana maddelerini tespit etti. Bunu takiben kısa bir zaman içerisinde 303 maddeden meydana gelen ve Mecelle’nin ilk kitabı olan Kitab’ul-Buyu hazırlanıp,

---

<sup>12</sup> Esbab-ı Mucibe.

<sup>13</sup> Cevdet Paşa, *Tezâkir*, s. 95.

<sup>14</sup> Öztürk, *a.g.e.* , s. 20-31.

Şeyhülislam'ın ve diğer ileri gelen hukukçuların incelemesine sunuldu. Bu kitap, gelen değerlendirmeler ışığında gerekli düzeltmeler de yapılarak, Mecelle'nin tedvinini gerektiren hallerden ve tedvinde takip edilen metottan bahseden bir "Esbab-ı Mucibe Mazbatası" ile birlikte padişaha sunuldu ve tasdik edilerek 1869'da yürürlüğe girdi<sup>15</sup>. Daha sonra sırasıyla icarat, kefalet, havale, rehin, vedia, hibe, gasp ve itlaf, hacr ve ikrah, şirket, vekâlet, sulh ve ibra, ikrar, dava, beyyinat, kaza kitapları yürürlüğe girdi<sup>16</sup>. Böylece toplam 16 kitap yürürlüğe girmiş oldu.

## 2. Özellikleri

Mecelle, bir mukaddime ve on altı kitap içinde 1851 maddeden meydana gelmektedir. 100 maddeden oluşan mukaddime kısmında, fikhın tanımının yapıldığı birinci madde ile doksan dokuz külli kaide yer alır. Bunlar meseleci metoda göre, İslam hukuk literatürü içerisinde zamanla çıkarılmış genel hukuk kaideleri olup diğer normatif hükümlerin fikhın bütünlüğü içinde daha iyi anlaşılmasına yardımcı olurlar. On altı kitap ise esas itibariyle borçlar, kısmen eşya ve yargılama hukukunu kapsamakta olup tam bir medeni borçlar kanunu özelliğine sahip değildir. Aile ve miras hukuku bölümleri yoktur. Öte yandan bir medeni kanunda bulunmaması gereken kısımları da içerir. Yargılama hukukuyla ilgili olan sulh ve ibra, ikrar, dava ve beyyinat ile kaza kitapları buna örnektir. Bu şekilde düzenlenişi bir yandan İslam hukukunun klasik sistematiği, öte yandan dönemin ihtiyaçları ile ilgilidir<sup>17</sup>.

Mecelle hazırlanırken, Hanefi mezhebi esas alınmıştır. Hatta Hanefi mezhebi dışında başka mezhep tercih edilmediği gibi, çoğunlukla müfta bih olan görüşün dahi dışına çıkılmamıştır. Bu husus, esbab-ı mucibe'de şöyle dile getirilir: "Hülasa bu Mecelle'de Hanefi mezhebinin dışına çıkılmayıp içerisindeki maddelerinin çoğu halen Fetvahane'de muteber ve tatbik edilir olduğu cihetle bunlar hakkında bahse lüzum görülmez. Fakat yine Hanefi fakihlerinden bazı büyük imamların muteber sözleri, halkın ve günün ihtiyaçlarına uygun olması dolayısıyla tercih olunduğundan bunların muteber kaynakları ve mucip sebepleri aşağıda beyan olunur." Şunu da belirtmek gerekir ki, her ne

<sup>15</sup> Aydın, *a.g.md.*, s. 232; Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 95; Öztürk, *a.g.e.*, s. 32-33.

<sup>16</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 97-162.

<sup>17</sup> Aydın, *a.g.md.*, s. 233.

kadar Mecelle'nin maddeleri tespit edilirken Hanefî mezhebinin dışına çıkılmasa da maddelerin tespit esnasında, bilhassa tartışmalı maddelerin tespitinde diğer mezheplerin görüşleri de gündeme gelmiştir<sup>18</sup>.

Mecelle Cemiyeti, asırlardan beri Hanefî mezhebi büyükleri tarafından verilmiş olan fetvaları gözden geçirerek, fihi muamelelerle ilgili ihtilaflardan azade ve en uygun görüşleri tespit etmeyi amaçlamıştır. Bu yüzden Mecelle hazırlanırken yaklaşık 200 eserden faydalanılmıştır<sup>19</sup>.

Kanun tedvinlerinde başlıca iki usul takip edilmektedir. Bunlardan birincisi Mecelle'de de kullanılan kazuist (meseleci) metoddur. Bu metoda göre her muhtemel hadiseyi ayrıca nizamlayan, her meseleye göre ayrı ayrı kaideler ihtiva eden, teferruatlı ve mufassal kanunlar hazırlanır. İkinci metot ise mücerret (soyut) metoddur. Bu metoda göre ise kanunlar hazırlanırken hadiselerin mahiyetine göre umumi kaideler koymak prensibinden hareket edilir<sup>20</sup>.

Mecelle'nin tedvininde kazuistik metodun benimsenmesinin sebepleri vardır. Birincisi Mecelle'nin kaynaklarını teşkil eden fıkıh kitaplarında da aynı usul kullanılmıştır. Diğer bir sebep, Mecelle'nin tedvinine başlandığı dönemde mücerret metodun henüz yeni takibe alınmış bir metot olmasıdır<sup>21</sup>. Bir diğer sebep ise şudur: Mecelle, nitelikli, yeterli hâkimlerin olmadığı bir dönemde tedvin edildiği için bu hâkimlerin de kullana bilmesi amaçlanarak yazılmıştır. Yani Mecelle, şerhli bir kanun olup, aynı zamanda Mecelle'nin bir hukuk kitabı vazifesi görmesi de amaçlanmıştır. Bunların dışında, Mecelle Cemiyeti'nin ihtilaflarından azade bir medeni kanun yapma düşüncesinde olduğu esbab-ı mucibede zikredilmiştir. Halbuki mücerret kanunlar, meseleci kanunlara nispeten hâkimlere daha geniş tercih ve takdir hakkı vermektedir<sup>22</sup>. Bu yüzden Mecelle için kazuistik metot tercih edilmiş, binaenaleyh Mecelle'nin kabul edilmesinden sonra hâkimler, gerek Hanefî mezhebi içinde gerekse başka ekollerde bulunan farklı bir görüşü

---

<sup>18</sup> Bu konuyla ilgili örnekler için bkz. Esbab-ı Mucibe.

<sup>19</sup> Bu eserlerden bir kısmı için bkz. Mardin, *a.g.e.*, s. 167-169.

<sup>20</sup> Türk Medeni Hukuku, s. 44.

<sup>21</sup> Öztürk, *a.g.e.*, s. 112.

<sup>22</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 38.

uygulama imkânını kaybetmiş, diğer ictihatlara göre hüküm vermekten men edilmişlerdir<sup>23</sup>.

Kaleme alındığı devir göz önünde bulundurulduğu takdirde Mecelle'nin lisanı sade, basit, anlaşılır niteliktedir. Birçok maddenin normatif nitelikteki birinci kısmını, konuya açıklık getiren örnek kısmı takip etmektedir. Mecelle, o devirde az çok hukuki lisana aşına olan bir kimsenin rahatlıkla anlayacağı şekilde hazırlanmıştır. Mecelle'de her bölümün girişinde o bölümle ilgili tanımlara yer verilir. 1851 maddenin yaklaşık 200 kadarı bu tanımlardan oluşur. Bunda da kanun hükümlerinin belirgin olması ve uygulanmasında yanlışlıklara yer verilmemesi isteğinin ve döneminin hukukçularını yetiştirme amacının rol oynadığı düşünülebilir. Mecelle'nin meseleci bir metoda göre kaleme alınmış olması her meselenin ayrıntılarıyla düzenlenmesine imkân tanımıştır<sup>24</sup>.

## C. MECELLE'NİN ÖNEMİ VE ETKİLERİ

### 1. Önemi

Mecelle, İslam Hukuku'na dayalı olarak hazırlanan ilk medeni kanundur. Bu sebepten sadece Osmanlı Hukuk Tarihi açısından değil, İslam Hukuk Tarihi açısından da büyük öneme haizdir. Mecelle, şer'i hukukun kanunlaştırılması devrinin başlangıcı olmuştur. Buna bağlı olarak Mecelle'yi, sırf Osmanlı Devleti'ne ait bir medeni kanun değil, beynelmilel bir kanun olarak kabul etmek gerekir<sup>25</sup>. Nitekim Mecelle, İslam ülkeleri tarafından hazırlanan kanunlara öncülük ve örneklik etmiştir.

Mecelle, mevcut şer'i kaynakları taranıp, fıkıh ve fetva kitaplarını incelenip, tamamen şer'i hukuka uygun olarak hazırlanmış bir medeni kanun olması açısından ziyadesiyle önemlidir. Esbab-ı mucibede de belirtildiği gibi Mecelle, sadece hukukçuların değil herkesin rahatlıkla okuyabileceği bir kanundur. Böyle hazırlanmasının sebebi ise şu olmalıdır: Mecelle'nin hazırlandığı dönem siyasi, iktisadi, hukuki açıdan yeni yeni gelişmelerin ortaya çıktığı karışık bir dönemdir ve bu dönemde ekonomik fayda düşüncesinin ahlakiliğin önüne geçmesi ile medreselerin eğitimi bozulmuş ve dolayısıyla insanların da eğitim seviyeleri gerilemiştir. Bu dönemde, muamelelerini şer'i hukuka uygun

---

<sup>23</sup> Aydın, *a.g.md.*, s. 233.

<sup>24</sup> Aydın, *a.g.md.*, s. 233.

yapmak isteyen herkes, fıkıh ve fetva kitaplarını kullanacak yeterlilikte değildir. İşte şer'î hukukun sade bir dille kanunlaştırılması olan Mecelle, halk nezdindeki bu ciddi ihtiyaca cevap vermiştir.

Mecelle, sadece bir medeni kanun değil aynı zamanda bir hukuk kitabıdır. Bu hukuk kitabı misyonu ile de toplumun hukuk kültürünün yükselmesine önemli ölçüde katkıda bulunmuştur. Mecelle, hukuk lisanının gelişmesine de öncülük etmiştir<sup>26</sup>. Özellikle kavaid-i fıkhıyye, hukuk mantığını formüleştirecek ve bunları özdeyişler halinde düzenleyerek, halk için akılda kalıcı, kavraması kolay ilkeler sunmuştur.

## 2. Etkileri

Mecelle, İslam Hukuk Tarihi'nde ilk medeni hukuk kanunu olması, sistem ve muhteva bakımından yenilikler getirmesinden dolayı birçok ülkede uygulanmış, kendisinden sonra yapılan birçok kanuna kaynaklık etmiş ve üzerinde birçok çalışmalar yapılmıştır.

Mecelle, hazırlandığı tarihte Osmanlı Devleti'ne bağlı olan Arnavutluk, Bosna-Hersek, Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Kıbrıs, İsrail ve Filistin'de uygulanmıştır<sup>27</sup>. Söz konusu devletler, Osmanlı Devleti'nden bağımsızlıklarını ilan ettikten sonra da uzun süre Mecelle'yi uygulamaya devam etmişlerdir. Ayrıca Mecelle Irak, Tunus, Fas, Karadağ, Bulgaristan gibi bazı devletlerin medeni kanunlarına da kaynaklık etmiştir<sup>28</sup>. Bunun dışında İsrail, Lübnan, Mısır, Suriye, Irak gibi bazı ülkelerin kanunlarında ise Mecelle'nin kullanıldığı belirtilmese dahi, Mecelle'nin izleri görülmektedir<sup>29</sup>.

Mecelle üzerine birçok şerh yazılmış olmasıdır. Bunlardan bazıları şunlardır<sup>30</sup>.

1. Mecelle Şerhi Teşrih: Mecelle Cemiyeti azalarından Kıırlı Abdüsettar Efendi tarafından te'lif edilmiştir. 700 maddeye kadar kaleme alınmış kısa bir şerhtir. Bu esrin Kavaid-i Külliye'nin şerh mahiyetinde olan kısmı ayrıca şerh edilmiştir.

---

<sup>25</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 33.

<sup>26</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 38-39.

<sup>27</sup> Aydın, *a.g.md.*, s. 233; Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 33; Öztürk, *a.g.e.*, s. 93.

<sup>28</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 33.

<sup>29</sup> Öztürk, *a.g.e.*, s. 94-95.

<sup>30</sup> Öztürk, *a.g.e.*, s. 113-115.

2. Mir'at-ı Mecelle: Kayseri Müftüsü ve fıkıh mütehasısı Mesut Efendi tarafından Arapça olarak kaleme alınmıştır. Mecelle'deki maddelerin kaynaklarını misallerle zikreder. Mecelle'nin kaynakları hakkında yazılmış kitapların en mükemmel ve en yenisidir.

3. Şerhü'l-Mecelle: Şuray-ı Devlet azalığı yapmış Lübnan'lı Selim İbni Rüstem Baz tarafından Arapça olarak te'lif edilmiştir.

4. Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelletil-Ahkâm: Temyiz mahkemesi reisi, Fetva emini, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecelle hocası ve adliye vekili Ali Haydar Efendi tarafından kaleme alınmıştır. Mecelle şerhleri içerisinde en meşhuru ve en mufassalıdır. Bu eser Fehmi el-Hüseyni tarafından Arapça'ya tercüme edilmiştir. Bu eser Beyrut'ta ve 2003'te de Riyad'da basılmıştır.

5. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi: Hafız Mehmet Ziyaeddin Türkzade tarafından kaleme alınmış, oldukça geniş bir şerhtir.

6. Ruhü'l-Mecelle: Hacı Reşid Paşa'nın sekiz cilt olarak tab olunmuş şerhidir.

7. Şerhu'l-Mecelle: Humus Müftüsü Muhammed Halid el-Attasi'nin başlayıp, oğlu Muhammed Tahir el-Attasi'nin ikmal ve neşrettiği altı ciltlik bir şerhtir. Mecellenin Arapça şerhleri içinde en mufassalıdır. Mecellenin istinad ettiği fıkhi kaynakları da zikreder.

8. Mecelle Şerhi: Evkaf-ı Hümayun İdare Meclisi reisi Kuyucaklızade Mehmed Atıf Bey tarafından kaleme alınmıştır. Şarihin vefatı dolayısıyla tamamlanamamış ve Kitabü'ş-Şirket'te kalmıştır. Eksik olmasına rağmen Mecelle şerhleri içerisinde meşhurdur.

Bunların dışında Mecelle'nin sadece belli kitaplarını şerh eden çalışmalar da vardır<sup>31</sup>.

Mecelle, Fransızca, İngilizce, Almanca, Rumca, Boşnakça, Bulgarca, Arapça, Urduca ve Malayca'ya çevrilmiştir.

---

<sup>31</sup> Öztürk, *a.g.e.*, s. 115.

## **D. MECELLE’NİN YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI**

Siyasi açıdan çalkantılı bir dönemde hazırlanmış olması sebebi ile Mecelle’nin bazı eksiklikleri vardır. Mecelle’nin bu eksikliklerinin giderilmesi ve dönemin ihtiyaçlarına cevap verebilmesi için, ileride ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğimiz ta’dil çalışmaları için komisyonlar kurulmuştur. Fakat ta’dil komisyonlarının çalışmalarından uzun yıllar bir netice alınamamış olması ve bu arada yeni kurulmuş olan Türk Devleti’nin hukuki yapısının bütünü ile Avrupa kanunlarına dayanması gerektiği yönünde bir kanaat oluşması sonucu, dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt tarafından Mecelle ta’dil komisyonlarının çalışmaları durdurularak İsviçre Medeni Kanunu’nun alınmasına hız verilmiş ve tercüme edilen İsviçre Medeni Kanunu 1926’da yürürlüğe girmiş, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye yürürlükten kaldırılmıştır<sup>32</sup>.

## **II. MECELLE’NİN TA’DİLİ ÇALIŞMALARI**

### **A. MECELLE’NİN TA’DİL EDİLMESİNİN SEBEPLERİ**

Mecelle’de normal bir medeni kanunda bulunması gereken hususların birçoğuna yer verilmemiştir. Mecelle’de normal bir medenî kanunu oluşturan hususlardan şahsın hukuku ve eşya hukuku kısmen, aile ve miras hukuku ise hiç tanzim edilmemiştir. Eksik kalan kısımlar, Esbab-ı mucibe mazbatasında değinildiği üzere davalara bakan hakimler tarafından fıkıh kitaplarına müracaat suretiyle ikmal edilecekti. Bunun dışında Mecelle’de medeni bir kanunda yer alması gereken usul hukukuna ilişkin hükümlere de yer verilmiştir.

Mecelle sadece tanzim etmediği hususlar açısından değil, aynı zamanda yer verdiği hükümler açısından da bir kısım eksiklikler içermektedir. Şarta bağlı satım, icare aktinde taraflardan birisinin ölümü halinde kira akdinin sonucunun ne olacağı ilk akla gelen hususlardandır. Bu eksiklikler dolayısıyla, daha hazırlanırken Mecelle’nin ta’dil edilmesi söz konusu edilmiştir<sup>33</sup>. Bu hususla ilgili bizim konumuzu yakından ilgilendiren ve Cevdet Paşa tarafından kaleme alındığı tahmin edilen bir belgeyi vermeyi uygun buluyoruz. Muhtemelen Cevdet Paşa, Mecelle’de tenkit edilen bu hususları yeniden gözden geçirmek

---

<sup>32</sup> Aydın, *a.g.md.*, s. 234; Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 386-387.

<sup>33</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 307.

ve gerekli gördüklerini ta'dil etmek için not almıştır. 12 maddede toplanmış bu belgenin bazı maddeleri şöyledir<sup>34</sup>:

\* Bey'i biş-şart bahsinde İbn-i Şübrüme(144/761) mezhebinin ihtiyarı, Kadı Şureyh(78/697) mezhebi bundan daha eamdır. Ona göre, herhangi bir zorlama olmaksızın kendisine bir şey şart koşan kimsenin aleyhinedir, yani onu bağlar.

\* İcarenin mevt ile münfesihi olmasında eimme-i selâse mezhebinin ihtiyarı.

\* Ecîr-i müşterek yedinde bilâ taksir telef olan mal hakkında mütalaa. İhtirazı mümkün olan şeylerde ecîr-i müştereke zaman şart değilse şart muteberdir, inde'l-imameyn.

\* Üç imama göre birlikte malik olunan şeyin hibesi, taksimi mümkün olsa bile caizdir. Üç imama göre hibe mülkiyeti (bir kişiden başka bir kişiye) nakleden bir akittir. Birlikte malik olunan ve diğer şeylerin satım gibi olan bütün (tasarruf) çeşitleri caizdir.

Mecelle'nin ta'dil edilmesinin sebeplerinden bir diğeri de Hanefi mezhebine bağlı kalmak üzere hazırlanmış olmasıdır. Osmanlı Devleti kuruluşundan itibaren Hanefi mezhebini resmî mezheb olarak kabul etmiştir. Mecelle hazırlanmadan önce Hanefi mezhebine bağlı kalıp kalmayacağı tartışılması yapılmış ve sonuçta o zamana kadarki uygulamalarda olduğu gibi Hanefi mezhebinin dışına çıkılmamaya karar verilmiştir. Bunun çeşitli sebepleri vardır: Her şeyden önce o devirde Hanefi mezhebi dışında kanun yapma tekniklerine vâkıf, yetişmiş hukukçu bulmak oldukça güçtü. Hanefi mezhebine vakıf kimseler dahi kanun yapma tekniklerine aşina değillerdi. Bir zaman sonra Cevdet Paşa yetişmiş ve kanun yapma deyince ilk olarak akla gelen kişi olmuştu. Cevdet Paşa da Hanefi mezhebine mensuptu. Bu sebeple Mecelle hazırlanırken diğer mezhep hukukçularının görüşleri tartışma konusu yapılmış olsa bile, Hanefi hukukçuların görüşlerinden ayrılınmamıştır<sup>35</sup>. Bu durum Mecelle'nin dönemin ihtiyaçlarına bütünüyle cevap veren bir kanun olmasına engel olmuştur. Mesela, kira aktinin taraflardan birinin ölümü halinde ne gibi bir müeyyideye tabi olacağı hususunda Mecelle'de hüküm bulunmamaktadır. Bunun sebebi taraflardan birinin ölümü halinde Hanefi mezhebi

<sup>34</sup> Bu belgenin tamamı ve kaynağı için bkz. Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 307-310.

<sup>35</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 311.



hukukçularına göre kira akdinin sona ermesidir<sup>36</sup>. Oysa diğer mezheb hukukçularına göre bu durumda kira akti sona ermez<sup>37</sup>.

Ayrıca Mecelle Cemiyeti, kanun yapma tekniklerine vakıf olmayan kimselerden oluştuğu için, Hanefi mezhebine bağlı kalınmasına rağmen, ancak 10 yıl gibi uzun bir sürede Mecelle meydana getirilebilmiştir. Bunun yanında bir de farklı mezheplerden istifade yolu kararlaştırılmış olsa idi herhalde bir medenî kanunun tedvini için çok daha uzun bir süre gereklidi<sup>38</sup>. Oysa daha önce bahsettiğimiz gibi Osmanlı Devleti'nin içerisinde bulunduğu durum böyle bir şeye elverişli değildi. Hanefi mezhebinin dışında bir mezhebin tercih edilmesi bir yana, Mecelle Cemiyeti mezhep içerisindeki tercihleriyle ilgili bile tenkit alıyordu. Nitekim Cevdet Paşa'nın 1870 yılında cemiyet başkanlığından alınmasının sebeplerinden birisi de Kitabı'l-Havale'nin 692. maddesinde, önde gelen Hanefi hukukçularına göre daha az bilinen Hanefi hukukçusu Züfer b. Huzeyl(158/775)'in görüşünün alınmasına, Şeyhülislam Hasan Fehmi Efendi'nin karşı çıkmış olmasıdır<sup>39</sup>. Aslında eksikliklerin en azından bir kısmı Mecelle'yi hazırlayan heyetten değil, hazırlanan tasarımı gözden geçiren encümenenden kaynaklanmaktadır. Öyle anlaşılıyor ki Mecelle Cemiyeti ve özellikle Cevdet Paşa, kanunun bir an önce tamamlanması için kendi tercihlerine aykırı olan müdahaleleri sineye çekmek zorunda kalmıştır. Cevdet Paşa, Mecelle'den uzaklaştırılmasına kadar olan dönemde en azından mezhep içi tercihlerinden daha serbest hareket etmiş, azınlık görüşlerini dönemin ihtiyaçlarına daha uygun bulduğu takdirde onları almakta tereddüt etmemiştir<sup>40</sup>.

Sonuç olarak eksikliklerin giderilmesi ve günün ihtiyaçlarına cevap verir hale gelmesi için Mecelle'nin ta'dil edilmesine karar verilmiştir.

---

<sup>36</sup> Serahsî, Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl, *el-Mebsut*, XV/153-154; Kâsânî, Alâuddin Ebî Bekr b. Mesud, *Bedâiu's-Sanâi fî Tertibi's-Şerâi*, IV/222; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kâmusu*, VI/179.

<sup>37</sup> İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Said, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, VII/5; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni*, V/271; İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Hafid, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, II/192; Bilmen, *a.g.e.*, VI/180-181.

<sup>38</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 312.

<sup>39</sup> Aydın, *a.g.md.*, s. 232-233.

<sup>40</sup> Aydın, *a.g. md.*, s. 234.

## B. MECELLE'Yİ TA'DİL KOMİSYONLARI

Mecelle'nin eksikliklerinin olması, zamanla tatbikatta zorluklar çıkması gibi sebeplerle Meclis-i Mebusan yeni bir Mecelle Cemiyeti teşkili ile eksik kalan kısımların tamamlanmasına ve ta'dili icab eden maddelerin değiştirilmesine karar verdi. Tam bir medeni kanun oluşturulması hususunda o gün, başlıca üç fikir üzerinde duruluyordu. Birinci fikre göre, diğer mezheplerin görüşlerinden istifade etmek suretiyle Mecelle tevsi edilmeliydi. İkinci fikre göre, gerek şark ve gerekse garb hukukundan memleketin şartlarına ve bünyesine uygun iktibaslar yapılmak suretiyle bir medenî kanun vücuda getirilmeliydi. Üçüncü fikre göre ise, bu mukayeseli iktibası yapabilecek mütehasıs elemanlar olmadığından münasip bir garb medenî kanunu tercüme edilmek suretiyle olduğu gibi alınmalıydı<sup>41</sup>.

Bu üç fikirden ilk ikisi birleştirilerek bu işi tahakkuk ettirmek üzere muhtelif tarihlerde çeşitli komisyonlar teşkil edildi. Şimdi bu komisyonlara değinelim.

### 1. Kanun-ı Medenî Komisyonu

Mecelle'nin ta'dili için hemen çalışmalara başlanmış ve Adliye Vekâleti'nce Kanun-ı Medenî Komisyonu adıyla bir komisyon oluşturulmuştur. Komisyon 9 Mayıs 1916 tarihinde Adliye Vekaleti'nde yaptığı ilk toplantı ile çalışmalarına başlamıştır. Komisyon ilk olarak bir kısım çalışma prensipleri kabul etmiştir. Buna göre:

1) Amacımıza ulaşmak için fıkıh hükümlerinden olduğu gibi yabancı milletlerin hukukundan da faydalanılacaktır.

2) Kanun maddelerinin dili sade, ifadeleri açık olacaktır.

3) Görüşmeler sırasında farklı fikirler ortaya çıkarsa çoğunluğun fikri kabul edilecek, eşitlik varsa başkanın taraf olduğu fikir kabul edilecektir<sup>42</sup>.

Ancak bu komisyonla hem Mecelle'nin ta'dili hem de Mecelle'nin eksik bıraktığı medenî hukuk alanlarının tamamlanması mümkün değildi. Bu sebeple, yapılması gerekenleri daha kısa sürede gerçekleştirebilmek için alt komisyonlar oluşturuldu. Bu

---

<sup>41</sup> Öztürk, *a.g.e.*, s. 96.

komisyonlar Ta‘dil Prensiplerini Tespit Komisyonu, Mecelle Ta‘dil Komisyonu ve Hukuk-1 Aile Komisyonu’dur<sup>43</sup>.

#### **a) Ta‘dil Prensipleri Komisyonu**

Bu komisyon Kanun-1 Medenî Komisyonu’nun alt komisyonu olarak, hazırlanacak değişiklik tekliflerinde esas alınacak prensipleri belirlemek amacıyla hazırlanmıştır. Gerek birlikte kurdukları alt komisyonlarda, gerekse daha sonra kurulacak olan komisyonlarda bu komisyonun belirlediği esaslar dairesinde çalışılmıştır<sup>44</sup>.

#### **b) Mecelle Ta‘dil Komisyonu**

Tezimizin konusu olan ta‘dil çalışmalarını yapan bu komisyon, Kanun-u Medenî Komisyonu’nun alt komisyonu olarak 1916’da çalışmalarına başlamıştır. Mecelle Ta‘dil Komisyonu, Mecelle’nin birinci kitabı olan Kitabu’l-Buyû’dan başlayarak Mecelle’de yer alan mevzulara ait eksiklikleri, ait oldukları bab ve fasıllara, tekmile tarzında ilave etmek suretiyle tamamlamak, gereksiz görülen maddeleri çıkarmak ve ta‘dili icab eden maddeleri asrın ihtiyacına en uygun surette değiştirmekle vazifeli idi. Komisyonun çalışmaları esnasında bağlı kalacağı temel prensipler şunlardı<sup>45</sup>:

1. Kur’an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerde mevcut olan hükümlere muhalif hiçbir şey kabul edilmeyecek.
2. İslam hukukçuları arasındaki ihtilafli meselelerde, hangi müctehidin kavli asrın ihtiyacına uygunsa o alınacak.
3. Yeni zuhur eden ihtiyaçlar için yeni hükümler icab ediyorsa, fikhî hükümlere uygun olmak şartıyla mevcut hukukî müesseselerden de istifade edilecek.
4. Daha önce olduğu gibi hakimlere fazla takdir salahiyeti verilmeyecek.

Komisyon 1916’da çalışmalarına başlamış olmasına rağmen uzun süre hiçbir değişiklik teklifinde bulunamamıştır. Ancak 1923 yılında Mecelle’nin bir kısım maddelerinde yaptığı değişiklikleri yayınlamak için ilim alemine sunmuştur. Komisyonun başka birçok mesail hakkında tetkikatta bulunduğu ifade edilmekle birlikte sadece Kitabu’l-Buyû’a ve Kitabu’l-İcâre’ye ilişkin olanları yayımlanmıştır. Yayımlananlardan

---

<sup>42</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 343.

<sup>43</sup> Aynı yer.

<sup>44</sup> Aynı yer. Ayrıca bu komisyonun belirlediği prensipler için bkz. Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 344-351.

<sup>45</sup> Öztürk, *a.g.e.*, s. 97-98.

anlaşıldığında göre Mecelle Ta'dil Komisyonu, Kitabu'l-Buyû'a ilişkin olarak 20 maddenin ta'dilini, 33 maddenin ilavesini ve 13 maddenin çıkartılmasını, Kitabu'l-İcâre ile ilgili olarak da 10 maddenin ta'dilini ve 13 maddenin ilave edilmesini teklif etmiştir<sup>46</sup>.

### c) Hukuk-ı Aile Komisyonu

Kanun-ı Medenî Komisyonu'nun alt komisyonlarından birisi olan Hukuk-ı Aile Komisyonu'nun vazifesi, Mecelle üzerinde değişiklik yapmak olmayıp, Mecelle'de eksik bırakılan aile hukukuna ilişkin kanun yapmaktır.

Komisyon, ilk toplantısında kanunu hazırlarken izleyeceği prensipleri benimsemiş ve daha sonra bu prensipler ışığında bir Aile Kanunu tasarısı hazırlanmıştır. Söz konusu tasarı Hukuk-ı Aile Kararnamesi ismiyle 1917'de yürürlüğe girmiştir. 1916 tarihli Kanun-u Medenî Kanunu'nun gerek alt komisyonlarından gerekse onun devamı olarak kurulmuş olan komisyonlardan, 1926 yılına kadar çalışmaları kararname şeklinde de olsa yürürlüğe giren tek komisyon budur<sup>47</sup>.

Bu kararname birçok yenilik getirmesine rağmen, çeşitli sebeplerle 1919 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

## 2. 1923 Tarihli Komisyonlar

1916 yılında kurulup alt komisyonları aracılığıyla uzun süre çalışmalar yapan Kanun-ı Medenî Komisyonu'ndan beklenen sonuç elde edilmeyince 1923 yılında bu komisyon ikiye ayrılıp, yeni isimler verilmiş ve görev alanları yeniden belirlenmiştir.

Bu komisyonlardan birincisi Ukûd ve Vacibât Komisyonu'dur. Bu komisyonun kuruluş amacı "terakkیات-ı hukukiyyenin istilzam eylediği tasnîf-i ilmî dairesinde kavaid-i esasiye ile emvâle ve alel-hak hukuk-ı tasarrufiyyeye ve vâcibat ve ukûda ait aksamın müzakere ve tespiti" idi<sup>48</sup>.

İkincisi ise Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'dur. Bu komisyonun kuruluş amacı ise "ahkâm-ı şahsiyyeye müteferri bi'l-cümle mebâhisin müzakere ve tedvini ile işgal etmektir"<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 352.

<sup>47</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 376.

<sup>48</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 378.

<sup>49</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 379.

### 3. 1924 Tarihli Komisyonlar

1923'te Cumhuriyet'in ilanı ile ÷lkede yeni bir döneme girilmiştir. Hilafetin ve Şer'iyye mahkemeleri'nin kaldırılması ile laik hukuka geçişin ilk provaları yapılmaya başlanmıştır. Buna bağlı olarak medenî kanun hazırlamakla görevli komisyonların da bu usul ve anlayışa uygun olarak çalışmalarının sağlanması için 1923 tarihli Ukûd ve Vacibât Komisyonu ile Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu üyelerinin görevlerine son verilmiş, yerlerine yeni üyeler atanmıştır<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 380-381.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KİTABU'L-BUYÛ'DAKİ TA'DİLLER

#### I. KİTABU'L-BUYÛ'UN ESBAB-I MUCİBE MAZBATASI

Kitabu'l-Buyû'daki ta'dil edilen maddelerin tahliline geçmeden önce, Kitabu'l-Buyû'nun esbab-ı mucibesini vermenin uygun olacağını düşünüyoruz.

“Yüksek makamınızca malum olduğu üzere fıkıh ilminin dünya işleriyle alâkalı olan kısmı münâkâhat (aile hukuku), muamelât (alış-veriş) ve ukûbat (cezalar) kısımlarına ayrıldığı gibi, medenî ve müterakkî milletlerin Kanun-u Esasileri de bu üç kısma ayrılıp, muamelât kısmı medenî kanun diye isimlendirilir. Fakat bu asırlarda ticarî muameleler pek fazla gelişmiş olduğundan poliçe ve iflas gibi pek çok hususlarda temel kanundan istisna olunmuş ve bu istisnaî meseleleri, içine alan bir de ticaret kanunnamesi tanzim edilmiştir ki, ticarî hususlarda ona uyulup, diğer hususlarda yine medenî kanuna baş vurulur. Meselâ, bir ticaret mahkemesinde ticaret kanunu hükmünce görülen bir davanın rehin, kefalet ve vekâlet gibi bazı teferruat sayılan hususlarında temel kanuna müracaat edilmektedir. Suçların sebep olduğu âdi hukuk davalarında da bu yol takib ediliyor. Medenî kanunun yerine Devlet-i Aliyye'de eski ve yeni pek çok kanun ve nizamlar yapılmıştır. Her ne kadar bunlar bütün muamelelerin hâlline kâfi değilse de fıkıh ilminin muamelat kısmı bu hususdaki ihtiyaçlara yeter de artar bile. Ayrıca davaların şeriat ve kanuna havale edilmesinde bazı zorluklar görülmekte ise de Temyiz-i Hukuk Mahkemeleri hakimlerin riyaseti altında ger'i davalara baktıkları gibi Temyiz Mahkemelerinde nizamlara göre görülen maddeler de yine onlar tarafından karara bağlanmakta ve bu tip problemler halledilmektedir. Şu kadar var ki mülkî kanun ve nizamların esas ve kaynağı fıkıh ilmi olarak nizamlara göre bakılan maddelerin bile birçok teferruata dair olan hususları fikha aid meseleleri tetkik ile halledilegelip Temyiz Mahkemeleri azası ise fikhî meselelere hakkiyle vakıf olmadıklarından, güya hakim efendiler mevcut kanun ve nizamların haricinde olarak duruşmaları istedikleri kalıba döküyorlar nazarı ile bakılıp bir takım sû-i zanlara kapılarak, dedikoduya sebep oluyorlar.

Devlet-i Aliyye'nin Ticaret Mahkemeleri'nde ise Ticaret Kanunnamesi tatbik edilmekte olup, davanın ticaretle alâkası olmayan hususlarda büyük zorluklar çekilmektedir. Şöyle ki; Avrupa kanunlarına müracaat olursa bunlar padişahın iradesi ile vazedilmiş kanunlar olmadığından Devlet-i Aliyye'nin mahkemelerinde tatbik olunamaz. Şeriata havale olduğunda ise; Şeriyye Mahkemeleri böyle hususlarda murafaayı esasından tutmağa mecbur olur. Halbuki iki mahkemenin mahkeme usulleri esasen muhtelif olduğu için tabiatıyla işde çatallık ortaya çıkması dolayısıyla buna benzer hususlarda Ticaret Mahkemeleri'nden, Şer'iyye Mahkemeleri'ne müracaat edilemiyor. Ticaret Mahkemeleri azası fıkıh kitaplarına müracaat etsin denilirse bu bile mümkün değildir. Çünkü fıkiha intisab hususunda onlar da Temyiz Mahkemeleri azasıyla aynı durumdadır.

Fıkıh ilmi ise uçsuz bucaksız bir deniz olup, bir ummandan inci çıkarır gibi bundan lâzım olan meseleleri bulup çıkararak mesele halledebilmek epeyce maharet ve melekeye bağlıdır. Bilhassa Hanefî mezhebi üzere muhtelif devirlerde pek çok müctehitler gelip, pek çok ihtilaf ortaya çıkmış ve Hanefî fikhî Şafiî fikhî gibi işlenmeyip pek geniş ve dağınık olmuştur. İşte birbirinden farklı bu kadar sözler içerisinde sahih olanını ayırarak hadiselerin ona tatbikinde büyük zorluk vardır. Kaldı ki, asırların değişmesiyle örf ve âdete dayanan fikhî meseleler de değişiklik gösterir. Meselâ; eski fıkıh âlimlerine göre satın alınacak evin bir odasını görmek kâfidir. Fakat sonrakilerin görüşüne göre her odasını görmek lazımdır. Bu ise delil bakımından bir ihtilâf olmayıp, inşaat hakkında örf ve âdetin değişmesinden ortaya çıkmıştır ki, evvelce evlerin her odası aynı tarz üzere yapılageldiğinden bir odasını görmek diğerlerini görmeye hacet bırakmazmış. Sonraları evlerin odaları birbirinden farklı yapılmak âdet olduğundan, her odasını görmek lâzım gelmiştir. İşin hakikatinde lâzım olan keyfiyet ise alış verişin maksadına göre kâfi bir bilgi edinmekten ibaret olduğu için, esas şer'î kaide değişmeyip, bunun hadiselere tatbiki meselesi, zamanın ahvâlinin değişmesiyle değişiyor. Buna benzer zaman ve delil değişikliğini birbirinden ayırmak oldukça fazla bir dikkate muhtaçtır. Fikhî meseleleri ihata etmek ve derinliklerine vakıf olmak ise pek güçtür. Bir aralık Hanefî fikhîyle alâkalı meseleleri bir araya getirip toplamak üzere asrın fakih ve âlimleri bir araya getirilerek Tatarhâniyye ve Fetâvâ-i Cihangiriyye gibi kitaplar telifine gayret edilmiş ise de, yine fikhî teferruat ve mezhebi ihtilaflar bütünüyle halledilememiştir.

Gerçekten fetva kitapları hadiselerin fikhî kaidelere tatbikine dair verilmiş olan fetvaları hâvî eserler demek olup, halbuki bunca asırlardan beri Hanefî mezhebi büyükleri tarafından verilmiş olan fetvaların bir araya toplanmasının ne kadar güç olduğunu ifadeye lüzum yoktur. Binaenaleyh (İbn Nüceym) bir takım kaide ve temel meseleleri toplayarak bunların ışığında fikhî teferruatı muhtasar olarak bir araya getirmek yolunda güzel bir çıkır açmış ise de ondan sonraki asırların âlim ve fakîh yetiştirmek yolunda evvelki bereketi görülemediğinden onun yolunu takib ederek açmış olduğu çıkırı geliştirecek zatların zuhuriyle bu yolda gayret göstermelerine müsaid olmamıştır. Şimdi ise şer'î ilimlerde maharetli zatlar ender görülür olduğundan Nizamiye Mahkemeleri'nde icab ettiğinde fıkıh kitaplarına müracaat etmek suretiyle şüpheleri halledebilecek aza bulundurmak şöyle dursun, memleketimiz dahilinde bulunan bu kadar Şer'iyye Mahkemeleri'ne kâfi kadı bulmak problem olmuştur.

Bundan dolayı ihtilâflardan azade ve yalnız en uygun görüşleri içerisine almak üzere fikhî muamelelere dair anlaşılması kolay bir kitap yapılırsa herkes kolaylıkla okuyarak muamelelerini ona tatbik ve böyle mazbut bir kitap olduğu halde nâib efendi (kadı)-lere büyük faydası olacağı gibi Nizamiye Mahkemeleri azasiyle idarî işlerde bulunan memurlar dahi okumak suretiyle şer'î meseleleri kavrayarak, icabında güçleri yettiği kadar şer-i Şerîfe tâbî' olurlar. Hem şer'î mahkemelerde muteber ve geçerli hem de Nizamiye Mahkemeleri'nde hukuk davaları için kanun kaynağı lüzumu kalmaz mütalâasına mebnî öyle bir muhteşem eserin vücuda gelmesi hayli vakitten beri arzu olunan bir hâl olup, hatta bunun için Meclis-i Tanzimat Dairesinde bir ilmî cemiyet teşkil edilmiş ve haylice meseleler yazılmış iken, fiiliyat sahasına konamayıp (el-Umûru merhûnetun bi-evkatiha: işler vakit ve saati gelmeden yapılamaz) hükmünce tesisi son derece mühim olan bir çok hayırlı işler gibi asırların imrendiği gıpta ettiği padişahımızın hayırlı işlere sahne olan devrine kalmıştır.

Padişah hazretlerinin feyzinin bir semeresi olarak iftiharla göze çarpan bunca mükemmel eserler sırasında bu dahi husule gelmek üzere fıkıh ilminden asrın ihtiyaçlarına göre günün getirdikleri muamelelerin tatbikine kâfi gelebilecek öyle bir hayırlı eserin vücuda getirilmesi; biz acizlere havale buyurulmuş olduğundan irade-i aliyye mucibince Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye Dairesinde toplanarak fikhî muamelât kısmından çok vuku' bulan ve zamanın muamelelerine göre lüzumu aşıkâr olan maddeler hakkında Hanefî



mezhebi büyüklerinin muteber sözleri bir araya getirilerek müteaddid kitaplara taksim ve (Ahkâm-ı Adliyye) diye isimlendirilmek üzere bir Mecelle tertibine başlanarak mukaddimesiyle birinci kitabı tamamlanmış ve bir nüshası Fetvahane yüksek makamına verildiği gibi fıkhîta maharet ve kâfi bilgisi olan diğer bazı büyük zatlara da birer nüshası takdim edilerek, gelen tenkidleri müteakip lâzım gelen değişiklik yapıldıktan sonra temize çekilerek vekâletiniz yüksek makamına arz olundu. Bunun arapçaya nakli hazır olduğu gibi diğer kitaplar dahi cem' ve te'lif olunmak üzeredir.

Gözden geçirmek suretiyle yüksek malûmunuz olur ki, mukaddimenin ikinci makalesi (İbn Nüceym) ile onun yolunda yürüyen fakihlerin bir araya getirdikleri fikhî kaideler olup, Şer'îyye hakimleri sahih bir nakil bulmadıkça yalnız bunlarla hükmedemez. Fakat fikhî meselelerin bir araya toplanmasına küllî faideleri olarak gözden geçirenler meseleleri, delilleriyle zaptetmiş olurlar ve diğer memurlara da her hususta baş vurulacak kaynak olabilir. Ayrıca bunlar vasıtasıyla bir adam muamelâtını mümkün mertebe şeriata uydurabilir. Dolayısıyledir ki, kitap yahut bab ünvanıyla yazılmayıp mukaddimede toplanmıştır. Fıkıh kitaplarında ekseriyetle meseleler ile temel kaideler karışık olarak zikrolunmuş ise de bu Mecelle'de her kitaba aid olan ıstılahat o kitabın mukaddimesi olmak üzere zikrolunarak meseleler sadece tertib üzere yazılıp fakat bu aslî meseleleri izah için misal olarak fetva kitaplarından bir hayli mesele nakledilmiş ve ilâve olunmuştur.

Zamanımızda cereyan eden alış-veriş çok kere bazı şartlara bağlı olup Hanefî mezhebinde ise akdin yapıldığı anda, öne sürülen şartların çeşitlerinin çoğu alış veriş fesad edici olması sebebiyle Kitabu'l-Buyû'un en mühim bahsi (bey'i bi's-şart : şarta bağlı alış-veriş) faslı olarak cemiyetimizce pek çok bahs ve münzarayı icab ettirdiğinden geçen tartışmaların hülâsasının aşağıdaki şekilde takdimi münasip görülmüştür.

(Şarta bağlı alış-veriş) hakkında müctehidlerin çoğunluğunun sözleri birbirine uymaz. Maliki mezhebinde cüzî bir müddet için ve Hanbelî mezhebinde her hâl u kârda satıcı kendisi için satılan şeyde şahsî bir menfaat şart edebilir. Fakat satıcıda bu selahiyet olup da müşteride olmaması re'y ve kıyasa muhalif görülür. İmam A'zam hazretleri ile muasır olup da sonraları kendi yolunu takib edenleri kalmayan müctehidlerden (İbn Ebî Leylâ) ile (İbn Şübrüme) hazretleri bile bu hususta birbirine tam olarak zıd olan birer görüşte bulunmuşlardır. Şöyle ki İbn Ebî Leylâ'ya göre umumî olarak bey' ve şart fâsid, İbn Şübrüme'ye göre ise her hal u kârda hem bey' hem de şart caizdir.

İbn Ebi Leyla'nın mezhebi *المسلمون عند شروطهم* hadisine zıd görünür. İbn Şübrüme mezhebi bu Hadîse tamamiyle uygun ise de bayi' ve müşteri icrası caiz ve kabil olmayan şartlar öne sürebilir, şarta riayet ise imkân nisbetinde olmak fakîhler nazarında kabul edilmiş olmasıyla şarta riayet meselesi tahsis ve istisna kabul eder bir kaidedir. Bundan dolayıdır ki Hanefî mezhebinde mutedil bir yol takib edilerek bey'in şartları; (caiz), (müfsid) ve (lağıv) diye üç kısma ayrılmıştır. Şöyle ki satış akdinin zarurî icablarından olmayıp veya akdin zarurî icapları satışı teyid etmeyip de taraflardan birinin menfaatine olan şart müfsid ve ona bağlı olan satış fâsid olur. Bir tarafın menfaatine olmayan şartla ise satış sahih ve şart lağıvıdır. Zira alış-verişten maksad temlik ve temellük hususudur. Yani herhangi bir mani ve müşkülât olmaksızın müşterinin satılan şeye, satıcının ise paraya malik olması hâlidir. Halbuki faydası bir tarafa olan şartın icrasını o taraf ister, diğer taraf ise istemez ve böylece bir anlaşmazlık ortaya çıkabilir. Fakat örf ve âdet anlaşmazlığı giderici olduğundan her hâl u kârda herkes tarafından kabul edilen şart ile satışa müsaade edilmiştir.

Ticari muameleler yukarıda izah edildiği üzere zaten müstesna bir halde olup, esnafın ekserisinde dahi birer herkesçe kabul edilen muamele yerleştiğine ve sonradan giren âdetler de muteber olduğuna nazaran fesadı icab ettirecek yalnız bir takım münferid ve perakende alış-veriş edenlerin örf ve âdet harici yapmış oldukları münferid alış-veriş de hiç bir değeri ve münakaşa götürür yeri olmadığından asrın muamelelerinin kolaylaştırılması için Hanefî mezhebinin dışında İbn Şübrüme mezhebini takip etmek münasip görülmeyip diğer fasıllarda olduğu gibi birinci babın dördüncü faslında da Hanefî mezhebi üzere bey'i ifşad etmeyen şartların beyaniyle iktifa olunmuştur.

Hülasa bu Mecelle'de Hanefî mezhebinin dışına çıkılmayıp, içerisindeki maddelerin çoğu hâlen Fetvahane'de muteber ve tatbik edilir olduğu cihetle bunlar hakkında bahse lüzum görülmez. Fakat yine Hanefî fakihlerinden bazı büyük imamların muteber sözleri, halkın ve günün ihtiyaçlarına uygun olması dolayısıyla tercih olduğundan bunların muteber kaynakları ve mucib sebepleri aşağıda beyan olunur.

Yüzdoksan yedinci ve ikiyüzbeşinci maddeler mucebince mevcut olmayan bir şeyin satışı sahih değildir. Halbuki gül ve enginar gibi çiçek nevinden ve birbiri ardınca yetişen sebze ve meyve mahsulleri bazı kısımları meydana çıkmadan diğer bazı kısımları gelip geçer olduğu cihetle çok kere buna benzer şeylerin meydana çıkmış ve çıkacak olan

mahsulatı toptan olarak satılmak örf ve âdet olmuştur. Bu kabil mahsullerde mevcuda bakarak mevcut olmayanın da beraber olarak toptan satılmasına (İmam Muhammed b. Hasan'uş-Şeybani) hazretleri istihsan yoluyla cevaz vermiş, (İmam Fazlî), ( Şems'ul-Eimmet'il-Hulvani) ve (Ebu Bekr b. Fazl) O'nun kavli ile fetva vermiş olduklarından ve insanları buna benzer âdetlerinden vaz geçirmek mümkün olmayıp, halkın muamelelerini fesada nisbetten imkân dahilinde sıhhatte hamletmek evlâ olduğundan bu Mecelle'de de Muhammed'in kavli tercih edilerek ikiyüzyedinci madde ona uygun olarak yazılmıştır.

(Subrâ) meselesinde meselâ, kilesi şu kadar kuruşa olmak üzere bir yığın buğday satıldıkda İmam A'zam hazretlerine göre yalnız bir kilesi hakkında satış sahih olur, Imameyn'e göre ise o yığın tamamen satılmış olarak kaç kile çıkarsa ona göre parası verilmek lazım gelip halkın muamelelerini kolaylaştırmak düşüncesiyle Hidâye sahibi gibi bir çok fakihler bile bu hususta onların kavlini seçmiş olduklarından ikiyüzyirminci madde o suretle kaleme alınmıştır.

İmam A'zam hazretleri katında şartın muhayyer oluş müddeti üç günden fazla olamayıp, İmameyn'e göre ise her kaç gün mukavele olunursa caiz olduğuna ve bu hususta da onların kavli hâl ve duruma uygun görüldüğünden seçilerek üçyüzüncü maddede müddet mutlak olarak ifade edilmiştir.

Nakdin muhayyerliğinde dahi bu ihtilâf carî olup, bunda müddetin mutlak oluşu hususunda (İmam Muhammed) hazretleri yalnız kalmış ise de halkın menfaatlerine uygun düşmesi sebebiyle onun kavli ihtiyar olunarak üçyüzonüçüncü maddede filan vakte kadar deyip, müddet mutlak oluşu üzere bırakılmıştır.

İmam Azam hazretlerine göre ısmarlama usûlü yapılan alış -veriştten ısmarlayan kimse vazgeçebilir ise de İmam Ebu Yusuf hazretlerine göre ısmarlama yapılan şey tarife uygun olduğu takdirde vazgeçemez. Şimdi ise dünyada pek çok fabrikalar yapılarak bunca toplar, tüfekler ve vapurlar mukavele ve sipariş ile yaptırıl gelip ısmarlama işi her zaman yapılagelen büyük işlerden olmasıyla ısmarlayanın ısmarlama akdini fesihde muhayyer olması bir çok büyük işleri bozacağından ve ısmarlama hususu kıyasın hilâfına olarak halkın örfüne dayanarak istihsan yoluyla meşru olan seleme kıyaslanan ve örfe dayanan bir durum olduğundan asrın ihtiyacına göre İmam Ebu Yusuf kavlinin alınmasına lüzum görülerek üçyüzdoksanikinci madde ona uygun olarak yazılmıştır.

İçtihadı icab ettiren meselelerde müslümanların reisi herhangi bir kavi ile amel olunmak üzere emrederse icab ettirdiği şekilde amel olunmak vacip olduğundan maruzatımız yüksek vekâletlerinde de tasvip buyurulursa ekte takdim olunan Mecelle'nin üstü halife hazretlerinin hatt-ı hümayunları ile iradesi alınmak babında.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Esbab-ı Mucibe Mazbatası için bk. Öztürk, *a.g.e.* , s. 33-39; Kaşıkçı, *a.g.e.* , s. 80-85.

## II. KİTABU'L BUYU'DAKİ TA'DİL ÇALIŞMALARI

Mecelle Ta'dil Komisyonu, Kitabu'l-Buyû'un 20 maddesini değiştirmiş, Kitabu'l-Buyû'a 33 madde eklemiş ve Kitabu'l-Buyû'dan 13 madde çıkarmıştır. Bu ta'dillerin bablara göre dağılımı şöyledir:

Mukaddime bölümü: 5 ta'dil, 2 ilave, 1 çıkarma.

Rükn-i bey' faslı: 2 ilave.

Şartla bey' faslı: 5 ilave.

İkale-i bey' faslı: 1 ilave.

Mebiin şurût ve evsafı faslı: 1 ta'dil, 2 ilave.

Bey'i caiz olup olmayan şeyler faslı: 1 ta'dil, 1 ilave, 2 çıkarma.

Mebiin keyfiyet-i bey'ine müteallik mevad faslı: 2 ta'dil.

Vade ile satış faslı: 2 ta'dil.

Bad'el akit ve kabl'el-kabz bayiin semende ve müşterinin mevide tasarrufları faslı: 1 ta'dil, 1 ilave.

Helak-ı mebia müterettip olan mevad faslı: 1 ta'dil, 2 ilave.

Sevm-i şira ve sevm-i nazar faslı: 1 ta'dil.

Hıyâr-ı şart faslı: 2 ilave.

Hıyâr-ı vasf faslı: 1 ilave.

Hıyâr-ı nakd faslı: 3 ta'dil.

Hıyâr-ı ta'yin faslı: 4 ilave.

Hıyâr-ı ru'yet faslı: 8 çıkarma.

Hıyâr-ı ayb faslı: 4 ilave.

Ğabn ve tağrir faslı: 4 ilave.

Enva-ı buyûun ahkâmı faslı: 1 ilave.

Selem faslı: 3 ta'dil, 1 ilave, 2 çıkarma.

Komisyon, bu ta'dil çalışmalarını yaparken, şunları amaçlamıştır: Mecelle'nin zamanın ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir medenî kanun haline gelebilmesi, yeterince açıklayıcı olmayan veya sukût edilen hususların, kapsamının genişletilmesi, gereksiz olan veya da tekrar edilen maddelerin çıkarılması.

Komisyon, bu amaçlarını gerçekleştirmek için, ta'dil çalışmalarını yaparken farklı mezheplerin görüşlerini benimsemekten imtina etmemiştir. Fakat Kitabu'l-Buyû'daki ta'dillerin yarısından fazlası yine Hanefî mezhebine göre düzenlenmiştir. Hanefî mezhebine göre yapılan ta'dillerde çoğu zaman, mezhepte müfta bih olan görüşün dışında, başka görüşlere başvurulmuştur. Hanefî mezhebinden sonra en çok Malikî mezhebi tercih edilmiştir. Malikî mezhebenden sonra daha çok Hanbelî mezhebinin görüşleri tercih edilmiştir. Şafiî mezhebi, komisyonun ta'dil çalışmalarında en az başvurduğu mezheptir.

### III. KİTABU'L BUYU'UN TA'DİL EDİLEN MADDELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

**Mukaddime:** Buyûa müteallik ıstılahat-ı fikhiyye beyanıdır.

**D) 125. Madde:** Mülk, insanın mâlik olduğu şeydir, gerek a'yân olsun ve gerek menafî' olsun.

(Mülk, insanın mâlik olduğu şeydir, gerek a'yân olsun ve gerek menafî' olsun ve gerek düyûn olsun.)

Deynin mülk olduğu Hanefî hukukçular tarafından kabul edildiği<sup>52</sup> halde, Mecelle Cemiyeti önceleri düyunu mülkiyet olarak önemli görmediğinden olsa gerek, mülk tarifine almamıştır. Fakat komisyon, bu eksikliği gidermiştir.

**D) 126. Madde:** Mal<sup>53</sup>, tab-ı insanî mail olup da vakt-i hâcet için iddihar olunabilen şeydir ki menkule veya gayr-ı menkule şâmil olur<sup>54</sup>.

(Mal, ânda menafî ve bezl cari olan şeydir)

“ Tab-ı insani mail olup” yani insan tabiatının meylettiği ifadesiyle, laşe ve hür insan gibi şeyler ve “ vakt-i hacet için iddihar olunabilen” yani ihtiyaç vakti için biriktirebilen ifadesiyle de bir buğday tanesi gibi kendisinde ahz ve ita cereyan etmeyen şeyler dışarıda bırakılmıştır<sup>55</sup>. Biriktirelebilme şartıyla özellikle menfaatin tarif dışı

<sup>52</sup> Kâsânî, *a.g.e.*, VII/195.

<sup>53</sup> Lügatte mal, bir kimsenin mâlik olduğu şeydir.

<sup>54</sup> İbn Âbidin, Muhammed Emin, *Hâşiyetü Reddi'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenviri'l-Ebsâr*, IV/501.

<sup>55</sup> Ali Haydar, *a.g.e.*, I/ 228.

kalması murad edilmiştir. Çünkü Hanefiler'e göre menfaat mal değil, mülktür. Mülk, özelliği itibariyle kendisinde tasarruf caiz olan demektir. Menfaatin kira karşılılığı elde edilmesi ve ona malik olunması, menfaatin mülk olması hasebiyledir<sup>56</sup>.

Diğer üç mezhebe göre ise menfaat de ayn gibi maldır.

Menfaatin mal sayılıp sayılmama problemi icarede, gasbda ve mirasta kendini gösterir. Örneğin, ilerde de değineceğimiz gibi Hanefilere göre icare aktinde taraflardan biri öldüğü zaman icare akti sona erer. Çünkü menfaat mal olmadığı için varise intikal etmez. Yine ileride tekrar değinileceği üzere Hanefilere göre bir eşyanın, mal sahibinden izinsiz kullanımından dolayı, kullanan kişiye zaman lazım gelmez. Çünkü menfaat mal değildir.

Mecelle'nin bu tarifi, tenkit edilmiştir, çünkü eksiktir şamil değildir. Mesela; sebze, meyveler çabuk bozulduğu için her ne kadar biriktirilemiyorsa da maldır. Yine insan tabiatının esas alınması hatalıdır, çünkü istikrarlı değildir. Zira bazı mallar -meselâ acı ilaçlar, zehirler- mal olmasına rağmen insan tabiatı ondan hoşlanmaz<sup>57</sup>. Fakat Mecelle'nin mal ile ilgili bu iki ibaresi şu şekilde anlaşılabilir: İnsan tabiatının mail olması demek, yalnız istek duyması, değil, ihtiyaç duyması da demektir. İddihar olunabilmesi ise üzerinde doğrudan ferdî hakimiyet kurulabilmesi unsuru ifade eder<sup>58</sup>. Bu unsur, bilhassa bir malın kullanılması ile elde edilecek faydayı ifade eden menfaati, mal temenninin dışında tutmak gayesiyle tanıma eklenmiştir. Zira menfaatlerin doğrudan elde edilmesi Hanefiler'e göre mümkün değildir.

Mecelle'ye göre menfaatin mal sayılmamasından dolayı, bahsettiğimiz muamelelerdeki problemler giderilememiştir. Mecelle'nin en çok eleştiri alan hususlarından biri de budur. Bu sebeple bu madde değiştirilmiştir.

**Ç) 127. Madde-** Mâl-ı mütekavvim, iki manaya isti'mâl olunur. Biri intifai mubah olan şeydir. Diğeri mal-ı mührez demektir. *Meselâ denizde iken balık gayr-ı mütekavvim olup istiyad ile ihraz olundukta mâl-ı mütekavvim olur.*

<sup>56</sup> İbn Abidin, a.g.e., V/50-51.

<sup>57</sup> Zuhayli, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletüh*, IV/41.

<sup>58</sup> Hacak, Hasan, "Mal", *DİA*, XXVII/462.



Hanefiler'e göre menfaat, ihrazı mümkün olmadığı için mal değildir. Bir önceki maddede geçtiği üzere komisyon, malın tarifini değiştirerek menfaatin mal olduğunu kabul etmiştir. Menfaatin ihrazı mümkün değildir. Menfaatler an be an meydana gelir ve bir vakitten bir vakte kadar geçip giderler. Dolayısıyla menfaatler bu maddeye göre mütekavvim olmazlar.

Komisyon ise, bir önceki maddenin değiştirilmesiyle beraber, menfaatin de tıpkı ayn gibi mütekavvim bir mal olduğu kabul etmiştir.

**D) 130. Madde:** Nukud, nakdin cem'i olup altın ve gümüşten ibarettir.

(Nikel meskûkat ve kavaim-i naktiyye gibi şeyler dahi örfen nakitten ma'duttur)

Altın ve gümüş ister meskuk (sikkelenmiş) olsun, ister külçe halinde bulunsun, semeniyyat için kullanıldıklarından nakit sayılırlar<sup>59</sup>.

Aslen altın ve gümüş para kabul edilir. Mesela “nakdeyn” ifadesi altın ve gümüş için kullanılır. Fakat zamanla farklı madenlerden de para basılmış ve bunlar semen olarak kullanılır olmuştur<sup>60</sup>. Ve bu madenî paralar da rayiç oldukları zaman nakit hükmünde kabul edilmiştir<sup>61</sup>. Zaten Mecelle 1339. maddesiyle, nakdin sadece altın ve gümüşten ibaret olmadığını kabul etmiştir: “Râyiç olan bakır sikke örfen nukûdden ma'duttur.”

**E) 142. Madde-** Hukuk-ı mücerrede, def'i zarar için sabit olan haklardır. Hakk-ı şuf'a ve hıyar-ı şart gibi.

**E) 143. Madde-** Hukuk-ı müekkeke, def'i zarar için olmayıp asaleten sabit olan hukuktur. Hakk-ı mürur, hakk-ı şirb, hakk-ı mesil gibi.

142 ve 143. maddelerin Mecelle'ye eklenmesinin sebebi, 216. maddede yapılan değişikliğin nazariyatını oluşturmaktır.

**D) 144. Madde:** Hakk-ı mesîl bir hanenin harice suyu ve seli akmak ve damlalık hakkıdır.

<sup>59</sup> *Fetâvâ-yı Hindîyye (Fetâvâ-yı Âlemgirîyye)*, ( trc. Mustafa Efe), Heyet, Ankara 1988, I-XVI, XVI/277; Ali Haydar, a.g.e., I/230; Mecelle md. 1340.

<sup>60</sup> *Fetâvâ*, VI/15.

<sup>61</sup> Aynı eser, XVI/277; Ali Haydar, a.g.e., I/230.

(Hakk-ı mürur, âherin mülkünden geçmek hakkıdır. Hakk-ı şirb bir nehirden nasib-i muayyen-i malumdur. Hakk-ı mesîl bir hanenin harice suyu ve seli akmak ve damlalık hakkıdır)

Mecelle Ta'dil Komisyonu bu madde ile 142. ve 143. maddeleri birleştirerek tek bir madde haline getirmeyi teklif etmiş, 142. ve 143. maddelerin yerine de yeni maddeler teklif etmiştir<sup>62</sup>. Böylece 144. madde bu şekli almıştır.

**D) 151. Madde:** Mebî satılan şey ki bey'de taayyün eden ayndır ve bey'den maksad-ı aslî odur. Zira intifa ancak a'yan ile olup semen mübadele-i emvâle vesiledir.

( Mebi satılan şeydir ve bey'den maksad-ı aslî budur.)

Ta'dil Komisyonu, bu maddede bir değişiklik yapmayıp, maddeyi ihtisar etmiştir.

**1. Bâb, 1. Fasl:** Rük-n-ü bey.

**E) Madde I-** İcab ve kabul, telgraf ve telefon ile dahî olur.

Bu hükmün Mecelle'ye ilave edilmiş sebebi, zamanın ihtiyaçlarıdır. Telefon, telgraf, mesaj, e-mail gibi iletişim vasıtaları günümüz teknolojisinin getirmiş olduğu yeniliklerdendir. Dolayısıyla eski kaynaklarda telefon ve telgrafla icab ve kabulün yapılmasıyla ilgili bir şeye rastlayamayız. Körlerin konuşmak suretiyle, gaiblerin yazışmak suretiyle<sup>63</sup>, aralarında duvar ve çatı bulunan iki kişinin birbirlerini görmeden yapmış oldukları akitler ile sağır ve dilsizlerin bir kısım işaretlerle yapmış oldukları akitler Hanefi hukukçular tarafından geçerli kabul edilmiştir<sup>64</sup>. Yani birbirlerinin seslerini duyabilecek uzaklıktaki şahıslar<sup>65</sup> ya da aralarında duvar bulunan şahıslar akit yapabileceklerine göre, telefon ve telgraf ile icab ve kabulün yapılabileceği kıyas yolu ile kabul edilmiştir.

Klasik eserlerde kitabet ve risalet ile icab ve kabulde özellikle meclis meselesi söz konusu edilmiştir. Mektup yazılan kimseye mektubun ulaştığı vakit, elçi gönderilen

<sup>62</sup> Ta'dil Komisyonunun bu şekilde maddeleri birleştirerek, yeni maddeler eklemesinin sebebi, madde sayısını mümkün olduğunca değiştirmeden Mecelle'yi ta'dil etmektir (Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 353).

<sup>63</sup> Mecelle, 69. md.: "Mukatebe muhataba gibidir" ve 173. md.: "İcab ve kabul şifâhen olduğu gibi mukatebe ile dahi olur".

<sup>64</sup> Mecelle, 70. md.: "Dilsizin işareti ma'hudesi lisan ile beyan gibidir" ve 174. md.: "Dilsizin işaret-i marufesiyle bey' mün'akid olur"

<sup>65</sup> Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 56.

kimseye de elçinin bayiin teklifini haber verdiği vakit, akit meclisi kabul edilmiştir<sup>66</sup>. Telgraf da bu şekilde değerlendirilebilir. Telefonda ise zaten meclis birliği vardır. Çünkü meclis içinde akitlerin yapıldığı zamandır.

**E) Madde 2-** Bad'el-muhasebe taayyün edecek semen mukabilinde ceste ceste mal satın almak caizdir. Buna bey-i isticrâr denir.

Bey-i isticrar, itimat suretiyle yapılan pazarlık yapılmaksızın, fiyat söylenmeksizin bakkal benzeri esnafın yağ, pirinç, nohut ve tuz gibi erzak cinsinden malları, kullanıldıktan sonra hesap edilip semeni tediye edilmek üzere peyderpey satmasıdır<sup>67</sup>. Günümüzde birçok yerde kişiler bakkallarıyla aylık veya haftalık ödeme yapmak üzere anlaşmakta ve önceden ihtiyaç duydukça aldığı malların bedeli, bir kart veya deftere yazılmakta ve günü gelince de toplam semen ödenmektedir. Bu çeşit bey'in, semenin ödenmesi esnasında mal mevcut olmadığı için caiz olmaması gerekir. Çünkü ma'dumun satışı batıldır. Ancak zaruretler nazara alınarak istihsanen caiz kabul edilmiştir. Zaten Ali Haydar Efendi, madumun satışının batıl olduğunu belirten maddenin (md. 205) şerhinde bey'i isticrarın caiz olduğunu beyan etmiştir, fakat komisyon bu hususu ayrı bir madde şeklinde ele almayı uygun görmüştür.

Halk arasında açık hesap diye adlandırılan uygulama da bey-i isticrardır.

#### **1. Bâb, 4. Fasl: Şartla bey'.**

Ta'dil Komisyonu “ Şartla bey hakkındadır” olan bu faslın ismini “ Bey'in şart ile takyidi” olarak değiştirmiştir<sup>68</sup>.

**E) Madde 3-** Ehad-i akideyne nef-i malumu olan şartla bey' sahih ve mu'teberdir. Meselâ, bâyiin şu kadar müddet binmek şartıyla bir hayvan satması veyahut müşterinin ma'lum olan hanesine nakledilmek şartıyla bir şey satın alması sahih ve şart mu'teberdir.

Hanefiler'e göre akd-i bey'in muktezasından olmayan ve muktezay-ı akdi teyid de etmeyen ve mütearef ve meşru bulunmayan, fakat âkitlerden birine faydalı bir şarta

<sup>66</sup> Molla Hüsrev , *Gurer ve Dürer Tercümesi*, III/206; Mes'ûd Efendi, *Mir'at-ı Mecelle*, s. 46; Senhuri, Abdurrazzak, *Masadiru'l- Hakfi'l- Fıkhi'l- İslami*, I/ 99-105.

<sup>67</sup> İbn Abidin, *a.g.e.*, IV/516; Ali Haydar, *a.g.e.*, I/328.

<sup>68</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 370.

mukarin olan bey' fasid olur<sup>69</sup>. Bu maddede Maliki ve Hanbeliler'in görüşü tercih edilmiştir. Âkitlerden birine menfaat sağlayan şartı caiz görenlerin delili, Cabir'den rivayet edilen şu hadistir: "Hz. Peygamber (s.a.s.), benden bir deve satın aldı ve Medine'ye varana kadar deveye binme hakkını bana şart koştı". Malikiler'e göre, kişinin evini satarken bir ay kadar –bir kavle göre bir yıl kadar- kendisinin evde oturmasını şart koşması gibi, kendine küçük bir menfaat şart koşması –Cabir'in hadisine istinaden- caizdir. İmam Malik'e göre, taraflardan birine menfaat sağlayan şartın caiz olması için, o satışta gararın az olması gerekir. Örneğin, Cabir hadisinde olduğu gibi bir hayvana binmek şartıyla satışta mesafenin yakın olması gerekir. Veya da bir evin, evde oturmak şartıyla satışında, süre kısa olursa satış caizdir, uzun olursa caiz değildir<sup>70</sup>.

Hanbeliler'e göre de böyle bir bey'in caiz olması için menfaatin malum olması şarttır. Mesela, bayiin bir ay oturmak şartıyla ev satması, belli bir yere gitmek şartıyla deve satması veya hizmetinde bir yıl çalışması şartıyla köle satması caizdir. Hanbeliler'e göre, bir alışverişte iki şartı nehyeden hadisten bir şartın mubahlığı anlaşılır<sup>71</sup>.

**E) Madde 4-** Ehad-i akıdeyne nef'i olan iki şartın cem'iyile vuku' bulan bey' fasittir. Meğer ki bu şartlar akdin muktezası veya muktezay-ı akti müeyyed veya mütearef olalar.

Dört mezhebe göre de, ehad-i akıdeyne nef'i malumu olan iki şart caiz değildir. Delili ise şu hadistir: " Satış ile selef (selem) caiz değildir. Bir satışta iki şart, uhdeye geçmeyen şeyin kârı ve yanında olmayan şeyi satmak da caiz değildir<sup>72</sup>". Bu şekilde yapılan bir bey, Hanefiler'e<sup>73</sup>, Şafiiler'e<sup>74</sup> ve Malikiler'e<sup>75</sup> göre fasittir. Hanbeliler'e göre ise batıldır<sup>76</sup>. Bir alışverişte iki şart şu şekilde olur. Mesela, müşterinin, kumaşı bayiin hem biçip, hem dikmesini şart koşması veya buğdayı hem öğütüp, hem taşımasını şart koşması gibi. İki şartın sahih şartlar veya batıl şartlar olması arasında bir fark yoktur. Bu şekilde

---

<sup>69</sup> Bilmen, a.g.e., 6/24.

<sup>70</sup> İbn Rüşd, a.g.e., II/134.

<sup>71</sup> İbn Kudâme, a.g.e., IV/81.

<sup>72</sup> San'ani, Muhammed b. İsmail, *Sübülü's-Selam Şerhu Buluği'l-Meram*, III/26.

<sup>73</sup> Bilmen, a.g.e., 6/24.

<sup>74</sup> Ceziri, a.g.e., 2/228.

<sup>75</sup> İbn Rüşd, a.g.e., II/133.

<sup>76</sup> İbn Kudâme, a.g.e., IV/156.

yapılan alışverişin sahih olmamasının sebebi, şartların niteliği değil, birden fazla olmasıdır<sup>77</sup>.

Akdin muktezasından olan veya akdin muktezasını kuvvetlendiren veya mütearef olan şartlar bu hükümden istisna edilmiştir. Bunun sebebi şudur. Akdin muktezasından olan şartlar, akit yapılırken ileri sürülmesi dahi yerine getirilmesi gereken şartlardır<sup>78</sup>. Bu sebeple bu şartlar akde yeni bir şey eklemesler. Belki var olan bir hususu kuvvetlendirici bir özellik arzederler. Bu sebeple söz konusu şartlara bağlı olarak yapılan akitler geçerlidir<sup>79</sup>. Aynı şekilde akdin muktezasını teyid eden şartlar da akdin amacına uygundur ve muteberdirler<sup>80</sup>. Bir şeyi satış bedeli karşılığında rehin vermek, akit meclisinde bulunan bir şahsı kefil göstermek, akti şahitler huzurunda yapmak ve onları şahit olarak göstermek, satış bedelini üçüncü bir şahsa vermek, bir müvekkilin vekilini her zaman seni vekaletten azledersem vekilimsin ifadelerinde olduğu gibi. Bu şartlar da akdi geçersiz kılmayıp, sadece akdin unsurlarını kuvvetlendirirler. Yine mütearef yani adet ve örf haline gelmiş şartlar da caiz şartlardan kabul edildiğinden, bunlara bağlı olarak yapılan akitler de geçerlidir. Mesela kürkü kaplamak, kilidi yerine mıhlamak ve yırtık elbiseyi yamamak şartıyla satmak sahih olup, bu şarta bayii riayet etmesi gerekir<sup>81</sup>.

**E) Madde 5-** Bir akd-i aher şartıyla vuku' bulan bey' fasit ve şart bâtıdır. Meselâ müşteri bayie veyahut bayi müşteriye bir miktar akçe ifraz etmek yahut bir şey satmak gibi bir şartla vuku bulan bey' fasit ve şart bâtıdır.

Cumhura göre ikinci bir akit şartıyla bey' caiz değildir. Hz. Peygamber (s.a.s.), bir alışverişte iki şartı yasaklamıştır<sup>82</sup>. Akd-i aher şartıyla satış, dört mezhebe göre de fasittir<sup>83</sup>. Malikiler'e göre, şarttan vazgeçilirse bey' caiz olur<sup>84</sup>.

**E) Madde 6-** Ba'd el-akit îrad olunan şurût-ı caize asl-ı akde iltihak eder. Lâkin şurût-ı faside asl-ı akde iltihak etmeyip lâğv olur.

---

<sup>77</sup> Aynı yer.

<sup>78</sup> Bkz. Mecelle md. 186.

<sup>79</sup> Şirazi, Ebu İshak, *el-Mühezzeb*, I/268; Serahsi, *a.g.e.*, XIII/14.

<sup>80</sup> Bkz. Mecelle md. 187.

<sup>81</sup> Bkz. Mecelle md. 188.

<sup>82</sup> San'ani, *a.g.e.*, III/26.

<sup>83</sup> İbn Rüşd, *a.g.e.*, II/134; Şirbini, Muhammed el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc ila Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, II/31; Bilmen, *a.g.e.*, VI/24; Ceziri, *a.g.e.*, II/230.

<sup>84</sup> İbn Rüşd, aynı yer.

Bu hususla ilgili Hanefi mezhebinin görüşü bu şekildedir. Bu ta'dille Mecelle'de eksik olan bir husus giderilmiştir. Akitten sonra dermiyan edilen fasit şart, akde iltihak etmediği gibi bey'i de ifsat etmez. Mütebayian, bey' akdinde fasit şartı zikrettikten ve akdi ona bina etmeyerek bey'i inşa ettikten sonra, vaad tarikiyle şartı zikrederlerse bey'in sıhhatine halel gelmez<sup>85</sup>.

**E) Madde 7-** Bey'in şarta ta'liki caiz değildir. Şu kadar ki, müşteri ba'del-akit semen-i müsemmadan bir miktarını bayie verip de mebiî alır ise, verilen miktar semenden mahsup edilmek, almazsa bâyiin olmak şartıyla talikte, bey' caiz ve şart mu'teberdir.

Fıkıhta bu tür satışa urbun adı verilir. Urbun satışını, Hanbeliler dışındakiler kabul etmemiştir. Çünkü müşteri semeni almadığı takdirde bayi karşılıksız bir kazanç elde etmiş olur ki, bu da caiz değildir<sup>86</sup>. Ahmet b. Hanbel'e göre ise, bu alışverişte bir mahzur yoktur<sup>87</sup>.

### 1. Bâb, 5. Fasl: İkâle-i bey'.

**E) Madde 8-** İkale, akıdeyn hakkında bey'e hamli mümkün ise bey', değil ise fesihdir. Amma şahs-ı sâlis hakkında bey'dir. Binaenaleyh semen-i evvelin tezyid veya tenkisi şartıyla ikale, bey'i cedid hükmündedir. Ve bey'-i mukayazada bedellerden birinin telefinden sonra ikale fesihdir. Ve akar hakkındaki ikalede şuf'a cereyan eder.

Hanefi mezhebinin ikale ile ilgili görüşleri yeterli olduğu için başka bir mezhebe başvurulmamıştır. Mecelle'de ikale ile ilgili eksik kalan hususlar olduğu için bu madde ilave edilmiştir. İkalenin mahiyeti hakkında Ebu Yusuf'un görüşü tercih edilmiştir. Ebu Yusuf'a göre ikale, hem akıdeyn hakkında hem de üçüncü şahıs hakkında bey'dir. Ancak ikaleyi bir satış olarak kabul etmeye imkan olmazsa fesih kabul edilir<sup>88</sup>. Tarafların semenin artmasını veya eksiltmesini şart koşmaları, yeni bir akit yapma kastında olduklarını gösterir. Çünkü ikale, taraflardan birinin zararlı olduğunu düşünmesi sebebiyle akitten caymasıdır. Yani önceden üzerinde anlaştıkları mebiî ve semeni iptal etmeleridir. Dolayısıyla semenin teğayyürü ile yapılan anlaşma, yeni bir akit olur.

<sup>85</sup> Ali Haydar, *a.g.e.*, I/296-297.

<sup>86</sup> İbn Rüşd, *a.g.e.*, II/135; Remlî, Şemsüddin Muhammed b. Ebi'l-Abbas Ahmed b. Hamza b. Şihâbüddin, *Nihayetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, III/394.

<sup>87</sup> İbn Kudame, *a.g.e.*, IV/160.

<sup>88</sup> Kâsânî, *a.g.e.*, V/306.

Bey'i mukayaza, malı malla değiştirmektir. Bey'i mukayazada bedellerden biri helak olduğu zaman, helak olan ayn, semen hükmünde olur, diğeri mebi kabul edilmiş olur. İ kale yapılırken helak olan mebinin kıymetinin verilmesi gerekir<sup>89</sup>. Bedellerden ikisinin de helak olması ikaleye engeldir<sup>90</sup>.

Akar hakkındaki ikalede şüf'a cereyan eder. şef'i, şahs-ı salis olduğu için ikale onun için bey'dir ve şüf'a talebinde bulunabilir<sup>91</sup>.

## 2. Bâb, 1. Fasl: Mebiin şurût ve evsafı.

### D) 204. madde: Mebî akitteki ta'yin ile taayyün eder.

*Meselâ, bâyi işaret-i hissiye ile ta'yin ederek şu saati sattım deyip müşteri dahi kabul ettikde bâyiin ol saati aynen vermesi lazım gelir. Yoksa onu alıkoyup da yerine ol cinsten bir saat vermez.*

(Mebî ayn ise akitteki ta'yin ile taayyün eder. Kanevâta teb'an suyun bey'i caizdir.)

*(Meselâ, bâyi işaret-i hissiye ile ta'yin ederek şu saati sattım deyip müşteri dahi kabul ettikde bâyiin ol saati aynen vermesi lazım gelir. Yoksa onu alıkoyup da yerine ol cinsten bir saat vermez.)*

“Kanevata teb'an suyun bey'i caizdir” ibaresi 216. maddenin bir parçasıdır. Fakat ta'dil komisyonu 216. maddeyi değiştirmiş ve hukuk-ı müekkedenin münferiden satışını caiz görmüştür. Suyun münferiden satışının bu hükümden istisna edilmesi amacıyla, bu ibare buraya alınmıştır.

**E) Madde 9-** Hakk-ı teallinin bey'i caizdir. Meselâ bir kimse muayyen bir bina yapmak üzere dükkanının ulüvvünü aher bir kimseye bey' etse sahih olur.

Hanefiler'e göre hakk-ı teallinin satışı caiz değildir. Çünkü hakk-ı tealli, ihrazı mümkün olmadığı için mal değildir ve hakk-ı teallinin satışı, ma'dumun satışıdır<sup>92</sup>. Komisyon bu hususta Hanefi mezhebinin görüşünü terk ederek, Maliki ve Hanbeli

<sup>89</sup> İbn Abidin, *a.g.e.*, V/129.

<sup>90</sup> Aynı yer.

<sup>91</sup> İbnü'l-Hümmam, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, VI/119.

<sup>92</sup> İbnü'l-Hümmam, *a.g.e.*, VI/64; Ali Haydar, *a.g.e.*, I/326; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, III/257.

mezheplerinin görüşünü tercih etmiştir. Maliki ve Hanbeli mezheplerine göre üst hakkının müstakil olarak satımı caizdir<sup>93</sup>.

**E) Madde 10-** Vaz-ı haşeb hakkının dahî bey'i caizdir. Meselâ bir kimse hâitinin muayyen mahalli üzerine miktar ve evsâfı ma'lum kirîş vaz' etmek hakkını aher bir kimseye bey' etse sahih olur.

Hakk-ı teallînin satışının caiz olduğunun kabul edilmesiyle, kirîş koyma hakkının satışı da caiz görülmüştür. Bu ta'dilde yine Malikî ve Hanbeliler'in görüşü esas alınmıştır<sup>94</sup>.

**2. Bâb, 2. Fasl:** Bey'i caiz olup, olmayan şeyler.

**Ç) 211. Madde-** Mütekavvim olmayan malı satmak bâtıldır.

**Ç) 212. Madde-** Mütekavvim olmayan mal ile bir mal satın almak fasittir.

Mal-ı mütekavvimin tanımının yapıldığı 127. maddenin çıkarılmasına bağlı olarak yukarıdaki iki madde de çıkarılmıştır.

**D) 216. madde:** Arza tebean hakk-ı mürurun ve hakk-ı şîrb ve hakk-ı mesîlin ve kanevâta tebean suyun bey'i caizdir.

(Hakk-ı mürûr ve hakk-ı şîrb gibi hukuk-ı müekmedenin arza tebean bey'i caiz olduğu gibi münferiden bey'i dahî caizdir.)

Hanefî mezhebinde var olan "haklar tek başına satılamaz" kaidesine göre, hakk-ı şîrb, hakk-ı mesîl gibi haklar ancak arza teb'an satılabilir veya kiralanabilir<sup>95</sup>. Malikî ve Şafî mezheplerinde ise, hak ve menfaatler mütekavvim olduğu, mal gibi kıymetlendirilip rivazlı olarak devredilebileceği için, bu hakların münferiden satışları caiz görülmüştür<sup>96</sup>.

**E) Madde 11-** Esnaf arasında mütearef olduğu üzere alât ve edevat-ı mahsusanın peştemallık nâmıyla bey'i caizdir.

<sup>93</sup> İbn Kudâme, *a.g.e.*, IV/326; Desûkî, Muhammed b. Ahmed, *Hâşiyetü'd-Desûkî alâ eş-Şerhi'l-Kebir*, V/456; Daha geniş bilgi için bkz. Dursun Aygün, *İslam Hukukunda Mücerred Hakların Satışı*, s. 112.

<sup>94</sup> İbn Kudâme, *a.g.e.*, IV/326; Desûkî, *a.g.e.*, V/456..

<sup>95</sup> Kâsânî, *a.g.e.*, VI/189.

<sup>96</sup> Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III/121.



Peştemallik, ticari bir müessenin başkasına devri halinde o yerin ticari ehemmiyetine karşılık olmak üzere verilen bedele denmektedir. Söz konusu maddede ve esbab-ı mucibesinde belirtildiğine göre, peştemallik ismi ile verilen, devre konu olan yerin içerisindeki aletlerin bedelidir. Ancak yukarıdaki tariften de anlaşılacağı üzere devre konu olan yerin içerisinde aletler bulunmasa da bir yerin ticari ehemmiyetine (mevkiine) karşılık olmak üzere verilen bedele de peştemallik denmektedir. Sonucu durumda söz konusu edilen hava parasıdır. Madde metninde olmasa bile, esbab-ı mucibesinde bu farklılığa işaret edilerek her ikisinin de caiz olduğu belirtilmiştir. Gerekçe olarak da insanları bundan menetmenin mümkün olmaması ve mümkün olduğu kadar insanların akitlerinin geçerli kabul edilmesi gerektiği söylenmiştir<sup>97</sup>.

Peştemallik hakkı da, hukuk-u müekke içinde değerlendirilebilir. Hanefi hukukçuları peştemallik hakkını hulûv, yani bir akarın rakabesi üzerinde, o akarın lehine verilen belirli bir bedel karşılığında malik olunan intifa hakkıyla aynı hükme tabi tutmakta ve satımına cevaz vermemektedirler<sup>98</sup>.

## **2. Bâb, 3. Fasl:** Mebiin keyfiyet-i bey'ine müteallik mevâd.

**D) 224. madde:** Teb'izinde zarar olan mevzunâttan bir mecmuun miktarı beyan ve yalnız ol mecmuun bahası zikrolunarak satıldıkta led'et-teslîm nâkıs çıkarsa müşteri muhayyer olup dilerse bey'i fesheder, dilerse çıkan miktarı mecmu' semen-i müsemma ile alır ve zâid gelirse ziyadesi müşterinin olup bâyi muhayyer olmaz.

*Mesela beş kıratdır diye yirmibin kuruşa satılan bir elmas taş dört buçuk kırat çıkarsa müşteri muhayyer olup dilerse terk eder, dilerse ol taşı yirmiibn kuruşa alır ve eğer beş buçuk kırat çıkarsa ol taş yirmibin kuruşa müşterinin olup bunda bayi muhayyer olmaz.*

(Teb'izinde zarar olan mevzunâttan bir mecmuun miktarı beyan ve yalnız ol mecmuun bahası zikrolunarak satıldıkta led'et-teslim tamam çıkarsa bey'i lâzım olur. Nâkıs çıkarsa müşteri muhayyer olup dilerse bey'i fesheder, dilerse semen-i müsemmadan hissesiyle kabul eder. Bu taktirde bâyiin rızası şarttır. Ve zâid çıkarsa ziyade bâyiindir. Bu surette gerek bâyi ve gerek müşteri muhayyer olur. Şu kadar ki, bâyi ziyadeyi meccânen

<sup>97</sup> Kaşıkçı, a.g.e., s. 367.

<sup>98</sup> İbn Abidin, a.g.e., IV/521.

müşteriye terk ederse müşterinin muhayyerliği sâkıt olur ve ziyâde mukabelesinde bir ivaz itâsıyla bey'in tahririnde tarafeyn ittifak ederlerse caiz olur.)

**D) 225. madde:** Teb'izinde zarar olan mevzunattan bir mecmuun miktarı ile aksam ve eczasının bahası dahi beyan ve tafsil olunarak satıldıkta led'et-teslim gerek nâkıs çıksın ve gerek zâid çıksın müşteri muhayyer olup dilerse bey'i fesheder ve dilerse çıkan miktarı aksam ve ecza için beyan olunan baha hasebiyle alır.

*Mesela, beş kıyyedir diye her kıyyesi kırkar kuruşa satılan bir bakır mangal dört buçuk yahut beş buçuk kıyye çıksa iki surette dahi müşteri muhayyer olup dilerse terk eder ve dilerse ol mangalı dört buçuk kıyye ise yüz seksen kuruşa ve beş buçuk kıyye ise iki yüz yirmi kuruşa alır.*

(Teb'izinde zarar olan mevzunâttan bir mecmuun miktarı ile aksam ve eczâsının bahası dahi beyan ve tafsil olunarak satıldıkta led'et -teslim gerek tamam çıksın ve gerek nâkıs ve zâid çıksın hükmü madde-i ânifenin hükmü gibidir.)

224. ve 225. maddelerde Mecelle hükmü muhtasar belirtmiştir. Ta'dil Komisyonu, ilave edilen kısımda, hükmün biraz daha tafsilatına girerek, muhtemel eklemeler yapmıştır. Bu yapılan ilaveler, Hanefî anlayışa uygun ilavelerdir.

### **3. Bâb, 2. Fasl:** Vade ile satış.

**D) 246. madde:** Semen in te'cilinde ve taksitinde müddet malum ve muayyen olmak lâzımdır.

(Semen in te'cilinde ve taksitinde müddet malum ve muayyen olmak lâzımdır. Binaenaleyh şu kadar gün ya ay veya sene veyahut rûz-ı kasım gibi akıdeyn indinde malum ve muayyen bir vakte kadar vade ile pazarlık olsun bey' sahih olur.)

Bu madde, bir sonraki madde ile birleştirilmek suretiyle ta'dil edilmiştir.

**D) 247. madde:** Binaenaleyh şu kadar gün ya ay veya sene veyahut rûz-ı kasım gibi akıdeyn indinde malum ve muayyen bir vakte kadar vade ile pazarlık olsun bey' sahih olur.

(Hasat mevsimi gibi beyn'en-nas muâref olan bir müddet beyanıyla pazarlık olursa bey sahih olur.)

Yukarıdaki maddede de geçtiği üzere Hanefilere göre, şu kadar gün veya hafta veya ay veya sene veyahut rûz-ı kâsım gibi malum ve muayyen olan bir vakte kadar vade ile pazarlık olsun, bey sahih ve tecile riayet lâzım olur. Fakat yağmur yağacağı veya rüzgar eseceği veya hacılar hacdan geleceği veya ekinler biçileceği gibi bir vakte kadar müeccel olmak üzere yapılan bir bey, bu müddetin malum olmamasına mebni fâsîd olur. Müddet gerek cehalet-i yesîre (vücudu muhakkak olup yalnız bazen erken bazen geç vücuda gelen eceldir. Ekinlerin biçilme zamanı gibi) ile ve gerek cehalet-i fâhişe (vücuda gelip gelmeyeceği bilinmeyen veya vücudu mechul olup ne zaman zuhur edeceği kestirilemeyen eceldir. Yağmur yağacağı zaman gibi) ile mechul olur da ecelin hululiyle fesad takarrür etmeden veya fesada mebni bey feshedilmeden menlehü'l-ecel kendi rızasıyla eceli iptal edip müeccel semeni peşin kılsa bey sıhate döner. Cehalet-i fahişede ise bâ'yî ile müşteri meclis-i akitten henüz ayrılmadan menlehü'l-ecel o mecliste eceli iptal ederek semeni peşin kılsa bey sahih olur. Fakat meclis dağıldıktan sonra peşin kılsa sahih olmaz<sup>99</sup>.

Komisyon bu maddeyi değiştirerek Mecelle'nin kabul ettiği esaslara binaen fasit kabul edilen akitlere geçerlilik kazandırmak istemiştir. Buna göre komisyon, Maliki mezhebinden yararlanarak halk arasında az çok zamanı malum olan hasat mevsimi gibi durumlarda akdin geçerli kabul edilmesi gerektiğini uygun görmüştür.

Ebû Hanife ve İmam Şafî'nin tersine İmam Mâlik'e göre, vadenin –meyvelerin bozumu veya ekinlerin biçim zamanı gibi- mevsimlere tayin edilmesi caizdir. Aynı çevrede bulunan bahçe ve ekinlerin bozum ve biçim mevsimleri arasındaki zaman farkını -kâh otuz gün, kâh otuzdan bir gün eksik olan aylar arasındaki zaman farkı gibi- az görenler “Caizdir. Çünkü şeriatta az olan ğarara göz yumulur” demişlerdir. “Meyve ve ekinlerin bozum ve biçim mevsimleri arasındaki zaman farkı - aylar arasındaki zaman farkı gibi- sadece bir olmayıp kâh daha çok kâh daha az olduğu için mevsimlerle tayin edilen vadede ğarar vardır” diyenler ise caiz görmemişlerdir<sup>100</sup>.

**4. Bâb, 1. Fasl:** Ba'de'l-akit ve kable'l-kabz bâ'yîin semende ve müşterinin mebîde tasarrufları.

---

<sup>99</sup> Bilmen, *a.g.e.*, VI/41.

**D) 253. madde:** Müşteri kable'l-kabz mebi akâr ise âhere satabilir ve eğer menkul ise satamaz.

( Müşteri kable'l-kabz mebi akâr ise âhere satabilir.)

Bu maddenin menkullerin kable'l-kabz satılamayacağı ile ilgili kısmının çıkarılması teklif edilmiştir. Bunun gerekçesi ise şu şekilde beyan olunmuştur: “253. maddenin ta‘dili, ihtiyac-ı zamana ve Basra fukahâsından ve tabiinden ve ruvvât-ı hadisten Osman el- Bettî'nin tecvizine mebnidir”<sup>101</sup>

Hanefiler'e göre müşteri menkulattan olan bir mebi kabzetmedikçe ne bâyiine ne de başkasına satamaz ve icar edemez<sup>102</sup>. Zira menkulde helak nadir değildir. Hatta akıntıya ve sel hücumuna maruz olan hane gibi mahv ve harap olmasından korkulan bir akar dahi menkul hükmündedir<sup>103</sup>. Ayrıca Mecelle 293. maddeye göre “ Mebi kable'l-kabz bayiin yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı bayie ait olur.” Bu madde hükmünce, mebi bayi-i evvelin yedinde telef olsa bey münfesih olur. Bu halde bayi-i sani başkasının malını satmış olur ki, bu ikinci bey faidesizdir. Âkil olanların böyle bir işle iştigal etmesi ise caiz değildir<sup>104</sup>.

Malikiler'e göre ise, müşterinin kable'l-kabz mebide tasarrufu sahihtir. İmam Malik'in mezhebinde yiyecek maddeleri dışında kalan malların teslim alınmadan satılabildiğinde ve ribaya tâbî olan yiyecek maddelerinin de teslim alınmadan satılamadığında ihtilaf yoktur<sup>105</sup>.

Hanbeliler'e göre ise mebide kable'l-kabz tasarruf caizdir. Şu kadar var ki mebi; mekîl, mevzun, ma'dud veya mezru bulunmuş olmamalıdır. Böyle olursa kable'l-kabz satılamaz. Ama mekîlat ve emsalinden bir şey cüzafen satılmış bulunursa kable'l-kabz satılabilir<sup>106</sup>.

---

<sup>100</sup> İbn Rüşd, *a.g.e.*, II/170.

<sup>101</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 364.

<sup>102</sup> Damad Efendi, Abdullah b. Muhammed b. Süleyman, *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Multeka'l-Ebhur*, II/79.

<sup>103</sup> Bilmen, *a.g.e.*, VI/44.

<sup>104</sup> Ali Haydar, *a.g.e.*, s. 409.

<sup>105</sup> İbn Rüşd, *a.g.e.*, II/120.

<sup>106</sup> Cezîrî, Abdurrahman, *Kitabü'l-Fıkh alâ Mezâhibü'l-Erbâa*, II/235.

**E) Madde 12-** Müşteri mütesâri'ül-fesat<sup>107</sup> olan mebiî kabz, semeni îfa etmeden taayyüb ettikde bayi, hükm-i hakime hacet kalmaksızın mebiî ahere satabilir.

Bir kimse çabuk bozulan bir şeyi, muhayyerlik olmamak şartıyla satar, müşteri ise, bu malı teslim almadan ve bedelini de ödemedi kaybolursa; satıcı, o şeyi bir başkasına satabilir<sup>108</sup>. Bu madde, Hanefî mezhebine uygun olarak tertip edilmiştir.

**5. Bâb, 5. Fasl:** Helak-ı mebia müterettip olan mevad.

**D) 293. madde:** Mebî kabl'el-kabz bâyiin elinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı bâyia ait olur.

(Mebi kabl'el-kabz bâyiin elinde müşterinin sun'u olmaksızın telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı bâyie ait olur. Şu kadar ki, bâyi bir ay kabz-ı mebiî müşteriye arz edip de müşterinin imtinaından sonra mebî telef olsa telefte müşterinin sun'u olmasa bile zararı müşteriye ait olur.)

Bu hususta başka bir mezhebin görüşüne gidilmeksizin, eksik bırakılmış bir husus tamamlanmıştır. Mebiin teslimi hasıl olunca müşteri onu kabzetmiş sayılır. Bilfiil eline geçmesine hacet yoktur. Bu halde mebi zayi olsa zararı müşteriye ait olmuş olur<sup>109</sup>. Çünkü mebi, müşterinin yedinde sayılır.

**E) Madde 13-** Mebiin bir kısmı kabl'el-kabz bâyiin yedinde müşterinin sun'u olmaksızın telef olsa müşteri muhayyer olur. Dilerse kalan kısmı semen-i müsemmâdan hissesiyle alır dilerse bey'i fesheder.

Teslim almadan önce malın bir kısmı helak olmuşsa, müşteri fiyattan eksilen miktarı düşer. Eksikliğin miktarda veya vasıfta olması fark etmez. Müşteri satışı fesh ile kabul arasında muhayyerdir<sup>110</sup>.

**E) Madde 14-** Müşteri semeni tediye edinceye kadar yedinde kalmak üzere mebiî "filana teslim et" deyup de bayi dahî bu veçhile teslim ettikten sonra mebi telef olsa zararı bayie ait olur.

<sup>107</sup> Çabuk bozulan ve çürüyen et, balık, süt, taze sebze gibi şeyler ( Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, mütesâri'ül-fesad md.)

<sup>108</sup> *Fetâvâ*, V/191.

<sup>109</sup> Bilmen, *a.g.e.*, VI/48.

<sup>110</sup> İbn Abidin, *a.g.e.*, IV/566.

Burada, bayiin teslim etmeme hakkı varken, bunu kabul etmesi, telef olursa tazmin etmeye razı olduğunu gösterir. Komisyon, bu hususta kendi değerlendirmesini esas almış olmalıdır.

**5. Bâb, 6. Fasl:** Sevm-i şira ve sevm-i nazar.

**D) 298. madde:** Sevm-i şira tarikiyle yani tesmiye-i semen olunarak iştirâ etmek üzere müşterinin kabzedip götürdüğü mal müşterinin sun'u olmaksızın yedinde telef ve zâyi oldukça kıyemiyattan olduğu taktirde kıymetini ve misliyâtta olduğu taktirde mislini bâyia vermesi lâzım gelir. Amma semeni tesmiye olunmamış ise müşteri yedinde emanet hükmünde olarak bilâ taad telef ve zâyi olduğu halde zaman lâzım gelmez.

*Mesela, bayi bu hayvanın bahası bin kuruştur, götür beğenirsen al deyip müşteri dahi ol veçhile iştirâ etmek üzere alıp götürse ve hanesinde hayvan telef olsa değer-i bahasını bayie vermesi lazım gelir. Amma bahası beyan edilmeyerek bayi götür beğenirsen alırsın deyip müşteri dahi beğenirse badehu pazarlığını edip de iştirâ eylemek üzere götürdükte yedinde bila teaddi telef olsa zaman lazım gelmez.*

(Sevm-i şira tarikiyle yani tesmiye-i semen olunarak iştirâ etmek üzere müşterinin kabzedip götürdüğü mal müşterinin sun'u olmaksızın yedinde telef ve zâyi oldukça kıyemiyattan olduğu taktirde kıymetini ve misliyâtta olduğu taktirde mislini bâyia vermesi lâzım gelir. Ve müşterinin sun'u ile telef ve zayı oldukça semen-i müsemmayı vermesi lazım gelir. Amma semeni tesmiye olunmamış ise müşteri yedinde emanet hükmünde olarak bilâ taad telef ve zâyi olduğu halde zaman lâzım gelmez.)

Bu maddenin ta'dili de eksik bir yönün tamamlanması şeklindedir ve mezhep dışı bir görüş tercih edilmemiştir.

Müşterinin, sevm-i şira tarikiyle yani satın alma kastıyla, kabzedip götürdüğü mal kendiliğinden helak olsa, müşteri, o malın kıyemi ise kıymetini, misli ise mislini bâyie öder. Şayet müşteri, kendisi istihlak ederse kıymetini değil tesmiye olunan semeni vermesi gerekir<sup>111</sup>.

Ayrıca bu maddenin misal kısmı da, belki maddenin anlaşılmasında güçlük olmamasından dolayı çıkarılmıştır.

## 6. Bâb, 1. Fasl: Hıyâr-ı şart.

E) **Madde 15-** Muhayyer olan taraf müteaddit olduğu takdirde fesh veya icazette mukaddeme itibar olunur. Binaenaleyh bunlardan biri fesh ettikten sonra diğerinin icazetine ve bunlardan biri mûciz olduktan sonra diğerinin feshine itibar olunmaz. Hıyar-ı ayb ve ru'yette dahî hüküm böyledir.

İki kişi muhayyerlikle bir şey satın alırlar da birisi sarahaten veya delaleten satışa razı olursa diğeri dönemez. Onun muhayyerliği batıl olur. Bu Ebu Hanife'nin görüşüdür. İmameyn'e göre ise, diğersahıs kendi hissensi reddedebilir<sup>112</sup>.

E) **Madde 16-** Yalnız müşteri muhayyer olup da mebi, ba'del-kabz yedinde taayyüb ettikde ayb-ı hâdis, müddet-i hıyar zarfında zail olmazsa hakk-ı fesh bâtil ve semen-i müsemmânın 'itası lâzım gelir.

Bu Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşüdür. Onlara göre, müşteri muhayyer olur ve satın aldığı şeyi teslim almış bulunursa, bu şeye bir noksanlık gelmesi halinde, alışveriş akdi bozulmaz. Muhayyerlik ise geçersiz olur. Bu noksanlığın, satıcı veya bir başkasının fiili ile meydana gelmiş olmasının bir farkı yoktur<sup>113</sup>.

## 6. Bâb, 2. Fasl: Hıyâr-ı vasf.

E) **Madde 17-** Vasf-ı merğubdan ârî çıkan mebiin bir sebeple reddi mümteni olsa, müşteri noksan-ı semen talep edebilir.

Bir kimse, ekmekçi veya yazıcı olması şartıyla bir köle alsın ve kölenin böyle olmadığı ortaya çıksa, müşteri muhayyer olur. Çünkü vasf-ı merğubun, akitte biçilen bedelde bir karşılığı bulunur. Müşteri, dilerse mebiin semen-i müsemmâ ile alır, dilerse terk eder. Yoksa semenden indirim talep edemez. Çünkü vasıfların semenden hissensi yoktur<sup>114</sup>. Fakat mebiin başka bir sebeple bayie reddi mümkün değilse, müşteri noksan-ı semen talep edebilir<sup>115</sup>.

## 6. Bâb, 3. Fasl: Hıyâr-ı nakd.

---

<sup>111</sup> İbn Abidin, IV/573.

<sup>112</sup> İbn Abidin, a.g.e., IV/587.

<sup>113</sup> *Fetâvâ*, V/196.

<sup>114</sup> Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, II/13.

<sup>115</sup> Damad Efendi, a.g.e., II/34.

**D) 313. madde:** Bâyi ve müşteri filan vakte kadar tediye-i semen olunmak ve olunmazsa bey' olunmak üzere pazarlık etseler sahih olur. Buna hıyâr-ı nakd denilir.

(Bâyi ve müşteri filan vakte kadar tediye-i semen olunmak, olunmaz ise aralarında bey' olmamak yahut bâyi semeni kabzedip de filan vakte kadar iade-i semen olursa aralarında bey' olmamak üzere pazarlık etseler sahih olur ve buna hıyâr-ı nakd denilir. )

Bu maddenin ta'dilinin sebebi, sadece müşteriye verilen hıyâr-ı nakdin bâyie de verilmek istenmesidir. Nitekim mezhebdeki görüş de bu şekildedir. Hıyâr-ı nakd ile muhayyerlik müşteri için olduğu gibi, bâyi için de şart edilebilir. Alışveriş esnasında müşteri semeni bâyie verip de bâyi, "eğer falan güne kadar bu semeni sana red ve te'diye edersem aramızda alışveriş bulunmamış olsun" diye pazarlık etse, müşteri de bunu kabul etse, bey sahih ve şart muteber olur<sup>116</sup>.

**D) 314. madde:** Müddet-i muayyenede müşteri semeni tediye edemezse hıyâr-ı nakd ile akdolunan bey' fâsid olur.

(Müddet-i muayyenede müşteri semeni tediye edemez ise hıyâr-ı nakd ile akdolunan bey' münfesi ve bâyi semeni iade etmezse bey' lâzım olur.)

Bu maddede de, bir önceki maddenin değişmesine mebnî olarak değişmiştir.

**D) 315. madde:** Hıyâr-ı nakd ile muhayyer olan müşteri müddet-i muayyene içinde vefat ederse bey' bâtil olur.

(Hıyâr-ı nakd vârise intikal eder. Binaenaleyh muhayyer olan kimse müddet-i muayyene içinde vefat ederse, veresi onun makamına kaim olur.)

Haneffler'e göre, bazı muhayyerlikler varise intikal etmez. Şart, ru'yet, nakd muhayyerlikleri gibi. Bu muhayyerliklerde, muhayyer olan tarafın vefatıyla akit batıl olur. Çünkü muhayyerlikler, mücerred dileyip, irade etmektir. Bu muhayyerlik sahibinin vasfıdır. Vasıflar ise miras olarak alınamazlar. Fakat bundan ayıp, ta'vin ve vasıf muhayyerliğini istisna etmişlerdir<sup>117</sup>.

<sup>116</sup> Ali Haydar, *a.g.e.*, I/508; Bilmen, *a.g.e.*, VI/63.

<sup>117</sup> İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, V/514-515; İbn Abidin, *a.g.e.*, IV/581-582.



Komisyon, bu hususla ilgili Hanefîler'in görüşünü terk ederek, Şafîî ve Mâlikîler'in görüşünü tercih etmiştir. Şafîî ve Mâlikîler'e göre, muhayyerlik şartını koşan taraflardan biri, yetkisini kullanmadan ölürse, onun bu yetkisi varislerine geçer. Varisleri de tıpkı onun gibi satışı bozmak veya kesinleştirmekte muhayyerdirler. Bu iki mezhebe göre kişinin malı, kişinin ölümüyle nasıl varislerine kalıyorsa, kişinin sahip olduğu yetkilerin de varislerine kalması lazım gelir<sup>118</sup>. İmam Şafîî ve İmam Mâlik'e göre, muhayyerlik hakkı, insanlar için bağlayıcıdır, bu sebeple vârislere de intikal eder<sup>119</sup>.

#### 6. Bâb, 4. Fasl: Hıyâr-ı ta'yin.

Hıyâr-ı tayin faslı, konuyu açıklayıcı nitelikte olmadığından, bu fasla aşağıdaki dört madde ilave edilmiştir. Hıyâr-ı ta'yin faslına eklenen hususlarla ilgili başka mezheblere başvurulmamıştır.

**E) Madde 18-** Hıyâr-ı ta'yin ile vuku' bulan bey'de ta'yin olunan eşyanın lea'let-ta'yin biri mebi, bakisi emanettir. Binaenaleyh bunlardan biri helak olduğu veya ta'ayyüb ettiği taktirde nazar olunur. Muhayyer müşteri olup kabz dahî vuku' bulmuş ise, helak olan veya ta'ayyüb eden şey mebi olarak taayyün eder. Muhayyer bayii ise, kabz vukubulmuş olsun olmasın helak olan şey emanet olarak taayyün eder.

Hıyâr-ı tayin ile satışta müşteri muhayyer olduğu surette, bunları bâyiin izniyle kabzetmiş olsa, biri mebi diğerleri emanet sayılır. Bu halde bunlardan biri müşterini elinde telef olsa, telef olan mebi olmakta teayyün eder ve müşterinin semenini vermesi lazım gelir. Diğerleri ise elinde emanet kalır. Yani, bilahare bunlardan biri veya ikisi teaddi ve taksir olmaksızın telef olsa, müşteri üzerine bir şey lazım gelmez<sup>120</sup>. Muhayyerlik satıcıya ait olduğunda ise, mebilardan birisi müşteri teslim almadan önce veya teslim aldıktan sonra helak olursa, emanet helak olmuş olur. Bu durumda satıcı muhayyer olur; dilerse geride kalanlardan birini verir, dilerse alışverişi fesheder<sup>121</sup>.

**E) Madde 19-** Hıyâr-ı ta'yin ile vuku' bulan bey'de muhayyer müşteri olduğu halde ta'yin olunan eşyadan biri kabl'el-kabz helak olur veya taayyüb ederse müşteri ya

<sup>118</sup> İbn Rüşd, *a.g.e.*, II/176; Heytemî, Şihâbüddin Ahmed b. Hacer, *Tuhfetü'l-Muhtâc bi Şerhi'l-Minhâc* (Şirvânî Haşiyesi ile birlikte), IV/340; Şirvânî, Abdulhamid, *Hâşiyetü alâ Tuhfeti'l-Muhtâc*, aynı yer.

<sup>119</sup> İbnü'l-Hümmam, *a.g.e.*, V/515.

<sup>120</sup> Bilmen, *a.g.e.*, VI/65.

<sup>121</sup> *Fetâvâ*, V/215.

bey'i fesheder veyahut helak suretinde bakide ve taayyüb suretinde dilediğinde infaz eder. Muhayyer bayi olduğu halde kabz vuku' bulmuş olsun olmasın bayi' fesh veyahut helak suretinde baki ile ve taayyüb suretinde dilediği ile müşteriyi ilzam ettiği şey müteayyib olduğu takdirde ta'yib ba'd el-kabz ise müşteri kabule mecbur ve kabl el-kabz ise müşteri kabul veya redde muhayyer olur.

Müşteri hıyâr-ı tayin ile muhayyer olarak iki köle satın alırsa ve bu iki köleden birisi kabzetmeden ölürse, müşteri muhayyerdir. İsterse geride kalan köleyi alır, isterse reddeder<sup>122</sup>. Ayıplanma da helak gibidir.

Bâyî hıyâr-ı tayin ile muhayyer olarak, iki veya üç elbise satsa ve bu elbiselerden biri veya ikisi kabzdan önce veya sonra ayıplansa, bâyi bunlardan dilediğini müşteriye verebilir. Şayet bâyi, kusursuz olanı verirse, müşterinin onu almama hakkı yoktur. Eğer ayıplı olan elbiseyi vermek isterse bakılır. Şayet elbise, müşterinin kabzından sonra ayıplanmış ise bunu yapmaya hakkı vardır. Fakat elbise, müşterinin kabzından önce ayıplanmış ise, müşteri muhayyer olur. Ayıplı olan mebi, dilerse alır, dilerse reddeder<sup>123</sup>.

**E) Madde 20-** Hıyâr-ı ta'yin ile vuku' bulan bey'de ta'yin olunan eşyanın cümlesi birden kabl'el-kabz helak olursa muhayyer müşteri olsun bayi olsun bey' bâtil olur. Ba'd el-kabz helak olur ise muhayyer müşteri olduğu halde makbuzun iki veya üç olduğuna göre her birinin semenin nisfini veya sülüsünü vermesi lâzım gelir. Ve muhayyer bayi' olduğu halde müşteri makbuzun iki veya üç olduğuna göre her birinin kıymetinin nisfini veya sülüsünü zamin olur.

Hıyâr-ı tayin ile vuku' bulan bey'de, kabzdan önce, tayin olunan eşyanın tümüyle helak olması alışverişi iptal eder<sup>124</sup>. Çünkü mebiin tümünün yok olmasıyla, akdin mahalli yok olmuştur.

Hıyâr-ı ta'yin ile satılan iki veya üç şeyin hepsi müşterinin elinde helak olsa, bunlar iki şey ise, her birinin semeninin yarısını, üç şey ise, her birinin semeninin üçte birini bâyie vermesi lâzım gelir. Çünkü bunlardan herhangi birinin mebî veya emanet sayılmak için önceliği yoktur. Bey' ve emanet vasfi hepsine şâmindir<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> *Fetâvâ*, V/213.

<sup>123</sup> *Fetâvâ*, V/215.

<sup>124</sup> İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, V/524.

<sup>125</sup> İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, V/524; Damad Efendi, *a.g.e.*, II/32.

Bu hüküm bâyî için de geçerlidir.

**E) Madde 21-** Hıyâr-ı ta'yin ile vuku' bulan bey'de ta'yin olunan eşyanın cümlesi birden taayyüb ederse müşteri muhayyer olup taayyüb dahî bad'el-kabz vuku' bulunduğu halde dilediği birinden infazda muhayyer olur. Bayi' muhayyer olduğu halde dilediği ile müşteriyi ilzam veya bey'i fesih eder. İlamı halinde taayyüb ba'd el-kabz ise müşteri kabule mecbur kabl'el-kabz ise müşteri kabul veya redde muhayyerdir. Fesih halinde taayyüb kabl'el-kabz ise bir şey lâzım gelmez. Bad'el-kabz ise müşteri noksan-ı kıymetle zamin olur. Noksan-ı kıymet makbuzun iki olduğuna göre her biri için nısf, üç olduğuna göre sülüstür.

Muhayyer olan müşterinin elindeki eşyanın hepsi birden ayıplanırsa, müşteri birini alıp diğerlerini bâyie reddedebilir<sup>126</sup>. Bâyî muhayyer olduğu halde kabzdan önce veya sonra, ta'yin olunan eşya ayıplanırsa, bâyî dilerse satışı fesheder, dilerse eşyadan istediğini müşteriye verir. Yine bâyî muhayyer olduğu halde müşteriye iki köle satsa ve bu köleler müşterinin yanında ayıplanırsa, müşteri onlardan her ikisinin de kıymetlerinin yarısını satıcıya öder<sup>127</sup>.

#### **6. Bâb, 5. Fasl:** Hıyâr-ı ru'yet.

**Ç) 320. Madde-** Bir kimse bir malı görmeden iştira etse görünceye dek muhayyerdir. Gördükte dilerse fesheder ve dilerse kabul eder. Buna hıyar-ı ru'yet denilir.

Ru'yet muhayyerliğinin tarifinin yapıldığı bu madde, şu sebepten dolayı Mecelle'den çıkarılmış olmalıdır. Hıyar-ı ru'yette, muhayyerliğin zamanı ile ilgili olarak fıkıh kitaplarında “gördükte muhayyerdir” denilmektedir. Bu maddedeki “görünceye dek muhayyerdir” tabiri ile “gördükte muhayyerdir” tabiri arasında fark vardır. Mecelle'nin tabiri hıyâr-ı ru'yetin, görmeden önce sübutu ve fukahanın tabiri görme vakti sübutunu iktiza eder. Hıyâr-ı ru'yet ise görmeden önce değil, görüldüğü anda sabit olur. Görmeden önce müşteri için hakk-ı fesh sabit ise de bu hakk-ı fesh hıyar-ı ru'yetten dolayı değildir<sup>128</sup>. Mesela, bir kimse bir malı satın alır da sonra satın aldığı şeyi görmezden önce razı oldum deyip, sonra o malı görse, onu reddetme hakkı vardır. Çünkü muhayyerliğin sübutu görmeye bağlanmıştır. “مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ” ( Bir kimse görmediği şeyi satın

<sup>126</sup> Fetâvâ, V/214; Bilmen, a.g.e., VI/65.

<sup>127</sup> Fetâvâ, V/215-216.

<sup>128</sup> Ali Haydar, a.g.e., I/522.

*alsa; o şeyi gördükte, onun için muhayyerlik vardır*<sup>129</sup> ) hadisine göre görmezden önce muhayyerlik sabit olmaz<sup>130</sup>. Görme muhayyerliğindeki amaç, kişilerden, maksadlarına uygun olmayan malı satın alma zararını def etmektir. Müşteri ise, aldığı malın amacına uygun olup olmadığını görmeden ya da o malın hal ve mahalline vakıf olmadan bilemez.

**Ç) 321. Madde-** Hıyâr-ı ru'yet varise intikal etmez.

Binaen-alâ-zalik müşteri almış olduğu malı görmeden vefat etse vârisi muhayyer olmaksızın ol mala malik olur.

Hanefiler'e göre ru'yet muhayyerliği varise intikal etmez. Çünkü hıyâr-ı ru'yet meşiyet ve iradedden ibaret olan bir vasf-ı mücerreddir<sup>131</sup>. Mâlikîler ve Şafîler ise, muhayyerlikler arasında ayırım yapmadan, muhayyerliklerin varise intikal edeceğini kabul etmişlerdir<sup>132</sup>.

**Ç) 322. Madde-** Malını görmeden satan bayi için hıyar-ı ru'yet yoktur. Meselâ bir kimse kendisine irsen intikal eden malı görmeden satsa bey' bilâhıyar mün'akid olur.

Hanefî<sup>133</sup>, Şafî<sup>134</sup> ve Malikîler'e göre, hıyâr-ı ru'yet müşterinin hakkıdır. Bunun delili ise şu rivayettir: “ Hz. Osman, Kufe'deki görmediği bir arazisini Talha b. Ubeydullah'a sattı. (Çevreden) Hz. Osman'a aldandın, denildi. Hz. Osman cevaben: Ben muhayyerim, çünkü ben görmediğim bir malı sattım, dedi. Talha'ya aynı şekilde aldandın, denilince Talha şöyle cevap verdi: Ben görmediğim bir malı satın aldığım için muhayyerim. Bunun üzerine Cübeyr b. Mut'im'i hakem tayin ettiler. Cübeyr de Talha'ya muhayyerlik hakkı verdi. Bu olay sahabenin huzurunda oldu ve bunlardan kimsenin itirazı olmadı”<sup>135</sup>.

Hanbelîler'e göre ise, hem bâyi için, hem müşteri için hıyâr-ı ru'yet vardır. Onlara göre, malın vasfını bilmemek hususunda bâyî, müşteriye benzer<sup>136</sup>.

**Ç) 323. Madde-** Hıyâr-ı ru'yet bahsinde ru'yet, mebiin asıl maksadı bildiren hal ve mahalline vâkıf olmaktan kinayedir.

<sup>129</sup> Zeylaî, Cemalüddin b. Muhammed Abdillâh b. Yusuf, *Nasbu'r-Râye li-Ehâdîsi'l-Hidaye*, IV/9.

<sup>130</sup> Molla Hüsrev, *a.g.e.*, III/237.

<sup>131</sup> Ali Haydar, *a.g.e.*, I/525.

<sup>132</sup> İbn Rüşd, *a.g.e.*, II/176.

<sup>133</sup> Damad Efendi, *a.g.e.*, II/35.

<sup>134</sup> Senhûrî, *a.g.e.*, IV/239.

<sup>135</sup> Mevsilî, *a.g.e.*, II/16.

<sup>136</sup> İbn Kudâme, *a.g.e.*, IV/16.

*Meselâ müşteri için dışı bir olan sade bez ve kumaşın dışını ve çiçekli ve çubuklu kumaşın çiçeklerini ve çubuklarını görüp ve döl alınan koyunun memesini ve eti için alınan koyunun arkasını yoklayıp ve me'kilât ve meşrubatın çeşnisini tadıp da ba'dehu iştiraya eylese hıyar-ı ru'yet yoktur.*

Hıyar-ı ru'yetteki ru'yet, gözle görme manasında değildir. Mebiin maksadını bildiren hal ve mahallinin, muhayyer olan kişi yanında malum olmasıdır. "Mebiiin şurut ve evsafı" faslında ise mebiin malûmiyyeti ile ilgili şöyle bir madde mevcuttur: "*Mebiiin malûmiyyeti, sairinden temyiz edecek hal ve vasfını beyan ile hasıl olur. Mesela şu kadar kile kızılca buğdayı yahut filan ve filan hudud ile mahdud olan arsa diye satılsa mebi malum ve bey' sahih olur*" ( md. 201). Komisyon, belki bu maddeyi bu konuya da şamil görerek, tekrar olmasın diye bu maddeyi Mecelle'den çıkarmıştır.

**Ç) 327. Madde-** Mütefavit şeylerin toptan iştirasında her birini başka başka görmek lâzımdır.

Bu maddenin Mecelle'den çıkarılmasının nedeni, bir sonraki maddenin bu maddeyi de kapsamaması sebebiyle, bu maddenin gereksiz olması olmalıdır. 328. madde şu şekildedir: "*Müşteri mütefavit şeylerin bazısını görüp de bazısını görmeden toptan olarak iştiraya etse ve görmediğini gördükte beğenmese, muhayyer olup dilerse hepsini birden kabul eder ve dilerse hepsini birden reddeder. Yoksa beğendiğini alıp da beğenmediğini reddedemez*".

**Ç) 332. Madde-** Bir kimse şıra kastıyla yani alıcı gözüyle görmüş olduğu malı bir müddet sonra ol mal olduğunu bilerek iştiraya etse hıyar-ı ru'yeti yoktur. Fakat ol malda bir teğayyür hasıl olmuş ise ol vakit muhayyer olur.

Bu, zaten maruf olan ve hakkında ayrıca bir madde vaz' edilmesine gerek olmayan bir durum olması hasebiyle, Mecelle'den çıkarılmış olmalıdır. Yani, bir işin halledilmesi açısından, bu maddenin olması ile olmaması arasında fark yoktur.

**Ç) 333. Madde-** Mebi'in iştirasına yahut kabzına vekil olan kimsenin ru'yeti, asilin ru'yeti gibidir.

İştiraya yani satın almaya vekâlet, müşterinin vekil olacak kimseye: " Şu şeyi satın almaya benim vekilim ol" demesi şeklindedir. Kabza yani teslim almaya vekalet ise, müşterinin vekil olacak kimseye: " Benim satın aldığım ve gördüğüm şeyi teslim almaya vekil ol" demesi şeklindedir. İştiraya vekilin mebi görmesi muhayyerliği düşürür. Fakat kabza vekilin mebi görmesi, Ebû Hanîfe'ye göre, o şeye bakarak teslim almışsa

muhayyerliği düşürür. O zaman ne vekil, ne de müvekkil onu geri veremez. İmameyn'e göre ise kabzetmeye vekil olan şahsın ru'yeti, müşterinin muhayyerliğini düşürmez<sup>137</sup>.

**Ç) 334. Madde-** Rasûlün yani mücerret mebiî alıp göndermeye memuren gönderilen adamın ru'yeti müşterinin hıyâr-ı ru'yetini iskat eylemez.

Mecelle'nin Kitâbu'l-Vekâle'de bulunan 1462. maddesi şöyledir: *“Risalette hukuk-ı akd mürsile aid olur. Rasûle asla teallük etmez”*

Mecelle'nin eleştirilen yönlerinden birisi de genel hükümlerin, her bir konuyla ilgili ayrı ayrı zikredilmesidir. Bu hususta da, müşterinin ru'yet muhayyerliği hakkının, rasûlün görmesiyle düşmemesi, yukarıdaki genel kaidenin gereğidir. Bu sebeple, bu madde gereksiz görülüp çıkarılmış olabilir.

#### **6. Bâb, 6. Fasl: Hıyâr-ı ayb.**

**E) Madde 22-** Müşteri kabl'el-kabz mebiin ayb-ı kadimine binaen bey'i fesh etmek ister ise bâyiin huzurunda hod be hod feshedebilir. Amma mebiî makbuz ise müşterinin feshedebilmesi bâyiin rızasına veya hakimın kazasına mütevakıftır. Bir-rıza fesh, ikale hükmündedir.

Bu maddenin ta'dilinde başka bir mezhebe başvurulmadan, Hanefî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Ayıplı mal, eğer satıcının elindeyse müşterinin: “Geri verdim” demesiyle, hakimın hükmüne ve bâyiin rızasına gerek kalmadan satış fesholur<sup>138</sup>. Eğer müşteri ayıplı malı kabzetmişse, bey', ancak hakimın hükmü ve yahut karşılıklı rıza ile fesholabilir. Çünkü kabzdan sonra fesih, akde bina edilerek yapılır. Zira fesih, akdi ortadan kaldırır. Diğer taraftan akit taraflardan sadece birisiyle gerçekleşmediğinden, ötekinin rızası olmaksızın sadece biriyle veya hakimın hükmü olmaksızın fesholunmaz. Yani durum kabzdan önce fesihten farklıdır. Çünkü kabzdan önce akit tam değildir; akdin tamamlanması kabz ile olur.

**E) Madde 23-** Bey'i mukayazada ba'd el-kabz bedellerden biri ayb-ı kadimine binaen red olundukta bedel-i aher kemâ kâne kâim ise aynen istirdad olunur. Bedel-i aherde noksan-ı kıymeti mücib bir hal hadis olduğu ve mani-i red bulunmadığı taktirde hıyar-ı ayb ile red eden taraf dilerse bedel-i aheri aynen istirdad eder ve dilerse yevm-i

<sup>137</sup> Molla Hüsrev, *a.g.e.*, III/239.

<sup>138</sup> İbn Abidin, *a.g.e.*, V/6.

kabzdaki kıymetini alır ve mani-i red bulunduğu taktirde yalnız bedel-i aherin yevm-i kabzındaki kıymeti ile rücu eder.

Bu madde de Hanefî mezhebinin görüşüne uygun olarak düzenlenmiştir<sup>139</sup>.

**E) Madde 24-** Ayb-ı kadimi zuhur eden mebiî müşteri yedinde gerek kabl'el-iblâğ ve gerek bad'el iblâğ helak olsa müşteri noksan-ı semen ile rücu edebilir.

“Bey-i mutlak ile satılan bir malın ayb-ı kadimi tebeyyün ettikde müşteri muhayyerdir. Dilerse reddeder ve dilerse semen-i müsemma ile kabul eyler. Yoksa malı alıkoyup da aybı için bahasını tenkis edemez. İşte buna hıyar-ı ayb denilir” (Mecelle, md. 337). Hıyâr-ı aybla muhayyer olan müşteri, semenden indirim talep edemez. Fakat mebiin bayie reddini engelleyen bir durum ortaya çıkarsa, müşteri noksan-ı semen talep edebilir. Nitekim Mecelle'nin 345. maddesi şu şekildedir: “*Mebiiin, müşteri indinde bir aybı hâdis olduktan sonra, ayb-ı kadîmi meydana çıksa, müşterinin bayie reddetmeye selahiyeti olmayıp, fakat noksan-ı semen iddiasına selahiyeti vardır. Mesela, müşteri satın aldığı bir top kumaşı kesip biçtikten sonra, çürük yahut yanığı olmak misillü bir ayb-ı kadîmine muttalî olsa, çünkü kesip biçmesiyle bir yeni kusur daha peyda olduğundan, reddedemeyip fakat ayb-ı kadîminden dolayı noksan-ı semen alır*”.

Mebiiin müşteri elinde ayıplanması, mebiin bayie reddini engelleyen bir durum olduğuna göre, helak da aynı şekildedir. Komisyon, bu eksikliğin giderilmesi amacına matuf bu maddeyi eklemiştir. Buna göre, ayb-ı kadîmi olan mebi, müşteri yanında helak olduğu zaman, müşterinin noksan-ı semenle bayie rücû etme hakkı vardır<sup>140</sup>. Bu İmameyn'in görüşüdür. Ebû Hanîfe'ye göre ise, ayb-ı kadimi olan mebi, müşterinin yanında ayıplansa da, helak da olsa, müşteri mebiî bayie iade edip semenin tamamını alabilir<sup>141</sup>.

**E) Madde 25-** Aybına binaen red olunan mebiin meûnet-i reddi müşteri üzerinedir.

Hıyâr-ı ayb bahsinde, reddolunan mebiin teslim masrafının kime ait olduğuna dair bir bilgi bulunmadığından bu madde eklenmiştir. Bu madde, Hanefî mezhebine göre düzenlenmiştir<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> Bkz. *Fetâvâ*, V/287.

<sup>140</sup> İbn Abidin, *a.g.e.*, V/33.

<sup>141</sup> *Fetâvâ*, V/275.

<sup>142</sup> İbn Abidin, *a.g.e.*, V/8.

## 6. Bâb, 7. Fasl: Ğabn ve taĝrîr.

**E) Madde 26-** Taĝrîr fiili ile maĝrur olan müşteri muhayyer olup hîn-i akidden itibaren üç gün zarfında ya mebiî red veya semen-i müsemma ile kabul edebilir.

Bu maddenin eklendiği “ğabn ve taĝrîr” faslında, aldandığı için muhayyer olan müşterinin, muhayyerliğinin süresi ve sonucu hakkında bir bilgi olmadığından bu ta’dil yapılmıştır.

Bu muhayyerlik, insanların aldanmalarından doğan zararların önüne geçilmek için meşru kılınmıştır. Aldanma muhayyerliğinin delili ise, alışverişte devamlı aldanan Hibban b. Münkiz’in hadisidir: *“Hibban’ın yakınları, onu Rasulü Allah (s.a.s.)’a şikayet ettiler. Rasulü Allah (sav) da ona: “Alışveriş yaptığın zaman aldatmak yok, ben üç gün muhayyerim de” buyurdular”*<sup>143</sup>.

Ebû Hanîfe, İmam Züfer ve İmam Şafî’ye göre, muhayyerliğin müddeti üç gündür ve üç günden fazlası caiz değildir. İmameyn’e göre ise, alışverişte zikredilen malum bir müddetle muhayyerlik caizdir<sup>144</sup>.

**E) Madde 27-** Taĝrîr fi’li koyunun sütünü sağmayıp hapsedmek ve değirmenin suyu çok görünmek için suyu biriktiği zaman salıvermek ve hayvanı makbul addolunmak için boyamak gibi fiillerdir.

Konunun daha iyi anlaşılmasına matuf, bu madde ilave edilmiştir.

**E) Madde 28-** Dikkat ve itibar ile anlaşılabilir iken müşterinin taksirinden dolayı esnay-ı akitte mektum kalan taĝrîr-i fi’liyelerde hıyar yoktur.

Hanefiler’e göre müşteri, gözlenerek bilinen bir malı, görerek satın alsın ve onda aldatıldığı ortaya çıksa, aldanma muhayyerliği olmaz<sup>145</sup>. Müşterinin dikkatli davranarak taĝriri anlayabilecekken, dikkatsiz davranması rıza gibi düşünülebilir.

**E) Madde 29-** Sütü için iştirâ olunan hayvan taĝrîr-i fi’liye ile red olunmak istendiği ve bad’el-akit sütü sağılmış olduğu halde nazar olunur. Süt mevcut ve gayr-ı

<sup>143</sup> San’anî, *a.g.e.*, III/54.

<sup>144</sup> İbnü’l-Hümmam, *a.g.e.*, V/499.

<sup>145</sup> İbn Abidin, *a.g.e.*, V/146.



müteğayyar ise mebi ile beraber sütü dahî red olunur. Süt tağayyür etmiş veya telef olmuş ise mebi ile beraber sütün kıymeti verilir.

Bu hususla ilgili olarak Hz. Peygamber (s.a.s.)'in şöyle bir hadisi vardır: *“Satılık deve ve davarların süyelerini sağlamamak suretiyle sütlerini memelerinde biriktirip (sütlü gibi) göstermeyin. Kim (böyle bir hayvanı) satın alırsa, bu alışverişinin arkasından hayvanı sağdıktan sonra muhayyerdir. (Hayvandan) razı olursa alıkoyar, değilse geri verir. Hem de sağdığı süt mukabilinde bir sa' hurma verir”*<sup>146</sup>.

Hanefîler'e göre bu hadis, Kitap, sünnet ve icma ile olan kıyasa muhaliftir. Kıyasa göre, bir malın tazmini, o malın ya misli ile veya kıymeti ile olur. Hurma ise sütün ne mislidir, ne kıymetidir. Kıyasa muhalefet, Kitap, sünnet ve evvelkilerin icmama muhalefet demektir. Bu sebepten dolayı Hanefîler'e göre, bu hadisle amel edilmez. Ebû Hanîfe'ye göre, müşteri mebi reddemez fakat bâyiden semen-i noksan talep edebilir. Ebû Yusuf'a göre ise; müşteri, hayvan ile beraber sütün kıymetini de iade edip, semeni alabilir<sup>147</sup>.

Bu maddede Ebû Yusuf'un görüşü tercih edilmiştir.

#### **7. Bâb, 2. Fasl:** Envâ-ı buyû'un ahkamı.

**E) Madde 30-** Bey'i fasidde müşteri yedinde mebie noksan arız olması feshe mani değildir. Ledel-fesh müşteri mebi'i red ve noksanı tazmin eder.

Hanefî mezhebine göre, fasit bir satış ile satılan şeydeki eksiklik, satıcını onu geri almasına mani değildir<sup>148</sup>.

#### **7. Bâb, 3. Fasl:** Selem.

**D) 381. madde:** Selem ancak miktarını ve sıfatını, meselâ âlâlığını ve ednâlığını tâyin eylemek kâbil olan şeylerde sahih olur.

(Selem müteâmel olan şeylerde ale'l-ıtlak sahihtir.)

Selemin, miktarı ve sıfatı bilinemeyen şeylerde caiz kabul edilmemesinin sebebi, insanlar arasında niza çıkmasını engellemektir. Mesela, selem yapılan malın miktarının, o

<sup>146</sup> Buhari, Buyû 64; Müslim, Buyû 11.

<sup>147</sup> İbn Abidin, *a.g.e.*, V/44.

<sup>148</sup> İbn Abidin, *a.g.e.*, V/100.

beldede kullanılan bir ölçü ile ölçülmesi gerekmektedir. Değilse, taraflar arasında anlaşmazlık çıkar.

Komisyon, insanlar arasındaki muamelelerde cârî olan ve hakkında niza çıkmayan tüm şeylerde selemin caiz olabileceğini Mecelle'ye eklemiştir. Bu ta'dilde insanların nizaya düşüp düşmemesi ölçü alınmıştır. Müteâref ve müteâmel olan şeylerde ise, niza çıkmayacağı için, bunlarda selem caiz görülmüştür.

**Ç) 382. Madde-** Mekîlat ve mevzûnat ve mezruâtın miktarı keyl ve vezin ve zira' ile tayin olunur.

Bu maddenin çıkarılmasının sebebi, içerdiği hususların, Kitabı'l-Buyû'un mukaddime bölümünde ayrı ayrı maddeler halinde vaz' edilmiş olmasıdır. Bu maddeleri zikredecek olursak:

Madde 133: *Keylî ve mekîl, keyl ile ölçülen şey.*

Madde 134: *Veznî ve mevzûn, tartılan şey.*

Madde 136: *Zer'î ve mezrû, arşın ile ölçülen şey.*

**Ç) 383. Madde-** Adediyat-ı mütekaribenin tâyin-i miktarı sayı ile olduğu gibi keyl ve vezin ile dahî olur.

Mecelle'nin 147. maddesine göre: “*Adediyat-ı mütekaribe, ahad ve efradı beyninde kıymetçe tefaviüt olmayan ma'dudattır ki, hep misliyyattandır*”. Bu maddeye göre, adediyat-ı mütekaribe, misliyyattan olduğuna göre ölçülen ve tartılan şeylerin hükmüne tâbî olabilir. Bunun ayrıca bir madde halinde düzenlenmesine gerek yoktur.

**D) 386. madde:** Selemin sıhhatinde mebiin cinsi, meselâ buğday ve pirinç ve hurma diye, ve nev'i mesela yağmur ile ya saky ile hâsıl olan diye ve sıfatı meselâ âlâ yahut ednâ diye ta'yin ve gerek mebiin ve gerek semenin miktarı ve mebiin zaman ve mekân-ı teslîmi beyan olunmak şarttır.

(Selemin sıhhatinde mebiin cinsi, meselâ buğday ve pirinç ve hurma diye, ve nev'i mesela yağmur ile ya saky ile hâsıl olan diye ve sıfatı meselâ âlâ yahut ednâ diye ta'yin ve gerek mebiin ve gerek semenin miktarı ve mebiin zaman ve mekân-ı teslîmi beyan olunmak şarttır. Şu kadar ki, mebiin zaman-ı teslîmi beyan edilmezse bu hususta örf ve âdete bakılır)

“Kim bir şeyde selem yaparsa, belli ölçek ve belli tartı ile belli müddete kadar yapsın”<sup>149</sup>

Mecelle Cemiyeti, 386. maddeyi, yukarıdaki hadis-i şerifi de göz önünde bulundurarak düzenlemiştir. Fakat komisyon, teslim zamanı beyan edilmediği takdirde, yine selemın geçerliği olacağı, teslim zamanının tesbiti için de örf ve adete başvurulacağı görüşünü kabul etmiştir. Mebiin teslim zamanı beyan edilmese de, selemın yapıldığı beldede, tarafların mebiin teslim zamanını kestirebildiği bir örf ve adet varsa, bu nizaya engel olur. Dolayısıyla, taraflar arasında niza çıkmayacağı için, teslim zamanının belirlenmesinin örf ve adete bırakılmasında bir sakınca yoktur.

**D) 387. madde:** Sıhhat-i selemın bekasında semenin meclis-i akitte teslimi şarttır. Ve âkideyn kable't-teslim iftirak ederlerse akd-i selem münfesih olur.

( Sıhhat-i selemın bekâsında, semenin meclis-i akitteki yahut tarih-i akitten itibaren üç gün zarfında teslimi şarttır. Şu kadar ki, müsellemin fihin zman-ı tesliminin hulülünden mukaddem tediye edilmek üzere bilâ-şart semenin, üç günden ziyade te'hir-i teslimi dahi selemi ifsat etmez.)

Bu hususun ta'dil edilmesinin sebebi, akit meclisinde teslim edilmesi gereken re'sulmalın bir çok alışverişte teslim edilmemekte olmasıdır. Bu yüzden “insanların muamelelerini fasit kabul etmektense caiz kabul etmek daha evladır” hükmü de göz önüne alınarak, bu madde ta'dil edilmiştir<sup>150</sup>.

Bu hususla ilgili Malikî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir<sup>151</sup>.

**E) Madde 31-** Hayvan ve deri gibi şeylerde selem caizdir. Bunlar mahall-i akidde carî olan adet veçhile zabt ve tayin edilir.

Hanefîler'e göre, hayvanlar birbirilerinden farklı oldukları için, hayvanın selemi caiz değildir<sup>152</sup>. Çünkü, İbn Abbas'tan gelen rivayete göre Hz. Peygamber (s.a.s.),

<sup>149</sup> San'anî, *a.g.e.*, III/76.

<sup>150</sup> Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 369.

<sup>151</sup> Cezîrî, *a.g.e.*, II/305.

<sup>152</sup> Merginânî, Burhanüddin Ebi'l-Hasen Ali b. Ebîbeker b. Abdilcelil, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, III/71-72.

hayvanda selemi nehyetmiştir<sup>153</sup>. Fakat diğer üç mezhebe göre, hayvanlarda selem caizdir<sup>154</sup>.

Ayrıca Hanefîler’de hayvan derilerinin bilinen bir hal ile beyan edilmesi halinde ve tabaklanmış derilerin eninin, boyunun ve iyi olduğunun beyan edilmesi halinde, bunlarda selem caizdir<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> Dârekutnî, Ali b. Ömer, *Sünen*, III/71.

<sup>154</sup> Maverdî, Ebi’l-Hasen Ali b. Muhammed, *el-Hâvi’l-Kebir* (thk. ve ta’lik: Ali Muhammed Muavvız, Adil Ahmed Abdulmevcud), V/399; İbn Rüşd, *a.g.e.*, II/168; İbn Kudame, *a.g.e.*, IV/186-187.

<sup>155</sup> *Fetâvâ*, V/509.

## İKİNCİ BÖLÜM

### KİTABU'L-İCÂRE'DEKİ TA'DİLLER

#### I. KİTABU'L-İCÂRE'NİN ESBÂB-I MÛCİBE MAZBATASI

“Evvelce hazırlanmış olan Mecelle'nin mukaddimesi ile birinci kitabı arzolanarak bütün mahkemelerde tatbik olunmak üzere irade-i seniyyesi alınıp tab' ettirilmişti. Bu defa da icare hakkında olan ikinci kitabı hazırlanarak, Şeyhülislamlık makamının ve bazı ileri gelen İslâm hukukçularının kontrolünden geçtikten sonra temize çekilen nüshası yüksek Sadaret makamına arz olundu.

Tetkik buyurulunca anlaşılacağı üzere burada bulunan fıkıh meseleleri 1. kitapta olduğu gibi Hanefî mezhebi müctehidlerinin en kuvvetli seçilmiş sözleri olduğu için bu bahsi uzatmağa lüzum yoktur. Fakat iki madde hakkında bazı malumat vermekte zaruret görmekteyiz. Şöyle ki 506. maddede beyan olduğu üzere altı şeyde, yani işde (amelde), işleyende taşıyan ve mesafede, mekân ve zamanda terdîd vâki olursa meselâ; terziye bir elbiseyi bugün dikerse elli ve yarın dikerse otuz kuruş verilmek üzere pazarlık edildiğinde İmameyn'e göre iş hangi vakit görülürse ona göre kararlaştırılmış olan ücreti vermek lâzım gelir. Halbuki Ebû Hanîfe'ye göre, terzi ilk söz verdiği günde dikerse elli kuruş alır, sonraki güne kalırsa ecr-i misil lazım gelir. Zamanımızda ise vaktin kıymeti çok büyüktür ve bilhassa zaman hususunda sözde durmamak sık sık cereyan eden şeylerdendir. Zaman hakkında büyük mukaveleler yapılabilir. Meselâ bir yere zahire vermeyi taahhüd eden bir tüccar, mukavelesini ifaya mecbur olduğu gün zahire yetiştirilirse daha fazla para vermeye razı olur. Bir gün sonraya kalsa mukavele şartlarını yerine getirmek için bulduğu yerden daha pahalı fiatla zahire alıp vermeye mecbur ve bu sebeple de zarar görmüş olur. Bundan dolayı mecbur olduğu gün zahireyi yetiştirmek üzere kiraladığı gemi, araba veya hayvanlar için daha fazla ücret vermeye razı olur. Bir gün sonraya kalırsa kendisince maksat elde edilemeyeceği cihetle yarı ücretin kendi rızasıyla istemiş olduğu ücrete muvafık olması

adalete yakın görünür. Asrın ihtiyaçlarına göre insanların muamelelerini fesada hamletmektense sihhate hamletmek evla olduğundan bu meselede İmameyn'in kavli daha uygun görülerek 506. madde yukarıda geçen altı hususun hepsinde terdîd sahih olur diye kaleme alınmıştır.

Müşterek ecîrin kendi kusuru ile elinde bulunan kiralanmış şeyin yok veya kayıp olması halinde tazmin etmek lazım geleceğinde ittifak etmişlerdir. Fakat kendisinin bir kusuru olmadan yok veya kaybolan malın tazmini hakkında müctehidler ihtilâf etmişlerdir. İmam Azam bu halde mutlaka tazmin lazım gelmez demiştir. Kıyasa yakın olan da onun bu sözüdür. Fakat ahval-i zamanın değişmesi dolayısıyla ecirler zümresinde emniyet azalmış olduğundan halkın malını telef olmaktan kurtarmak maksadiyle İmam Muhammed'le İmam Yusuf etraflı bir hâl çaresi bulmak maksadiyle demişlerdir ki; eğer o mal şiddetli yangın gibi kaçırılması mümkün olmayan bir sebeple telef olursa tazmin lâzım gelmez ve eğer çalınmak gibi korunup sakınılması mümkün olan bir sebeple mahvolursa tazmin ettirilir. Fakat bu hal mutlak böyle olmayıp telef olan mal eğer işlenebilecek mal ise o halde İmameyn'e göre tazmin icab eder. Fakat muhafaza edilmek için bırakılmış olursa çalındığı takdirde ittifakla tazmin lazım gelmez. Şu hâle göre her iki imamın görüşünün işlenebilecek olmayan mallar hakkında bir tesiri olmayıp işlenebilecek mallar hakkında müşterek ecirler tarafından yapılması düşünülebilen hile ve hıyanet kapısını kapayarak sahipleri hakkında emniyeti mucib olursa da bir çok müşterek ecirlerin hiç kusurları olmadığı halde kayıpların bedeli olarak pek çok para vermeleri lazım gelir. Böyle yapılması ise onlara zulümdür. İşte bunun için son gelen hukukçulardan bazıları kaybolan veya yok olan malın yarı kıymetini müşterek ecir tazmini kabul etmek üzere sulh yoluyla işi bitirmek istemişler, fakat bu anlaşma iki tarafın rızasıyla yapılacak bir iş olduğundan taraflardan biri çekimser kaldığı takdirde kendisi zorlanamayacağı için sulh yoluyla işi bitirmek isteyenlerden bazıları bu sözden rücu etmişlerdir. Fakat bir kısmı da o suretle işi bitirmek hususunda kararlı olarak taraflardan birinin çekimserliği halinde uyuşmak için zorlanır demişlerdir. Bu hükmün manasının ruhu ve hususiyetleri müşterek ecirlerin elinde bir mal telef olunca bunda herhangi bir kusur ve hilesi olmak ihtimali düşünülerek yarı kıymetini tazmin ettirmesinden ibarettir. Bu hüküm ise ne İmam-ı Azam'ın mezhebine uyar ne de İmameyn'in görüşü ile bağdaşır ve bir şeyin hakikaten ne suretle zayi olduğu bilinemez diye şüphe ve ihtimal üzerine velevki yarı kıymetinin olsun hiç bir kusuru olmayan ecîre ödettirilmesi fikir ve kıyasa uygun olmadığı aşikardır. Zorlama ve uyuşma

arasında ise tenakuz vardır. Sonraki hukukçulardan bazıları dahi müşterek ecîrin hâline bakarak etraflı bir hâl sureti bulunulmasına inanarak şöyle demişlerdir: Müşterek ecirler eğer doğru ve dürüst oldukları bilinen kimselerden ise İmam-ı Azam mezhebine uyularak tazmin lazım gelmez. Öyle değilse İmameyn'in kavline uyularak tazmin ettirilir. Ve eğer onların nasıl adam oldukları bilinmiyor ise o zaman tazmin yarısı üzerinden sulh yolu ile yapılması emr olunur demişlerdir. Zamanımızda müşterek ecirlerin haline bakılarak işi bitirmek zor olmasına rağmen bu hükme göre dahi durumu bilinmeyen müşterek ecirler hakkında yarı üzerinden sulh ile tazmin edilmesi için emr olunmak lazım geldiği için yukarıki itirazdan salim olmaz.

Yukarıda arz olunduğu üzere İmam Azam hazretlerinin kavli hem re'y ve kıyasa daha yakın hem de işin iktizasına ve zamana uygun olduğundan 611. madde onun en doğru olarak kabul edilen kavli üzerine yazılmıştır. Şu kadar var ki, zamanımızda hali bilinmeyen bazı şeylere bazan fazla kıymetli şeyler bırakılır. Böyle hiç tazmin mesuliyeti olmadığı halde dahi müşteriler büyük şüphe ve endişede kalacağından tazmin şartı ile efkârın tatminine ihtiyaç görülüyor. Fakat İmam Azam hazretlerine göre bu şart muteber olup da mal zayi olduğu takdirde şart mucibince tazmin lazım gelir mi? Yoksa muteber sayılmaz mı? Burada iki rivayet vardır. Kûhistânî'de beyan olunduğu üzere birinci rivayet Fakih Ebu Bekir'in kavli, ikinci rivayet ise Fakih Ebu Ca'fer ile fakih Ebu'l-Leys'in kavilleridir. Müteahhirinden çoğu, ikinci rivayeti tercih etmişler ise de Hülasa'da ve Mecmûa-i Ankaravî'de ve İbn-i Melek'in Şerh-i Mecma'ında ve Bahr'ul-Mesail'de ve diğer fıkıh kitaplarında Câmi'den nakl edilerek İmam Azam'a göre tazmin lazım gelmemektedir. Ancak ecîr üzerinde tazmin şart edilmediği surettedir. Helak olduğu takdirde tazmin edilmesi şart koşulursa ittifakla tazmin eder diye açıklanmıştır.

İbn Nuceym de Eşbah'da onlara uyararak İmanı Azam ile İmameyn'in ihtilaf ettikleri ecir üzerine tazmin şart kılınmadığı hâldedir, fakat şart olursa ittifakla tazmin edilir diye yazmıştır. Şu izahata göre şarta riâyet zamanımızın muamelelerine uygun olduğundan bu Mecelle'de dahi birinci rivayet tercih edilerek adı geçen 611. maddenin zeylinde meğer ki, kaçınılması mümkün olan bir sebeple telef olduğu zaman tazmin şart edilmiş ola diye istisnaî bir fıkra yazılmıştır.

Yukarıda arz edilen mütâlâalar yüksek makamca kabul edildiği takdirde birinci kitapta olduğu gibi bu ikinci kitap da bütün Şer'iyye ve Nizamiye Mahkemeleri'nde mer'î

olmak üzere tab' edilmesi için üzeri padişah hazretlerinin mübarek hatt-ı hümayunu ile tasdiki için arzına müsaade buyurulması babında emr ve ferman sahib-i selâhiyetindir.”<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> Esbâb-ı Mucibe Mazbatası için bk. Öztürk, *a.g.e.*, s. 47-50.



## II. KİTABU'L- İCARE'DEKİ TA'DİL ÇALIŞMALARI

Komisyon, Kitâbu'l-İcâre'nin 10 maddesini değiştirmiş ve bu kitaba 13 madde ilave etmiştir. Bunların bablara göre dağılımı şöyledir:

Zavâbıt-ı umumiye babı: 2 ta'dil.

Rükn-i icareye müteallik mesail faslı: 6 ilave.

İcârenin şerâit-i in'ikad ve nefâzı faslı: 1 ta'dil.

Ücretin sebab-i lüzumuna ve acirin ücrete keyfiyet-i istihkakına dair olan mesail faslı: 2 ta'dil.

Hıyar-ı şart faslı: 1 ta'dil, 1 ilave.

İcâre-i hayvan faslı: 1 ta'dil, 2 ilave.

İcâre-i ademî faslı: 4 ilave.

Zaman-ı menfaat faslı: 3 ta'dil.

Komisyon, Kitâbu'l-İcâre'deki ta'dillerde de Kitabu'l-Buyû'un ta'dillerinde göttüğü amaçları gütmiştir.

Bu kitaptaki ta'dillerin büyük bir kısmında Hanefî anlayış benimsenmiştir. Diğer mezheplere nadirattan başvurulmuştur.

### III. KİTABU'L-İCÂRE'DEKİ TA'DİL EDİLEN MADDELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

**1. Bâb:** Zavâbıt-ı umûmiye.

**D) 420. madde:** İcârede ma'kûdun aleyh menfaattir.

(İcârede ma'kûdun aleyh menfaattir. Şu kadar ki, ağaç kat'ı için orman îcarı gibi beyne'n-nâs müsta'mel olan şeylerde istihlâk-ı ayn üzerine varit olan icare caizdir.)

Hanefiler'e göre ağaçları kiraya vermek sahih değildir. Çünkü icare, menfaati temliktir. Binaenaleyh bir malın kendisinin tüketilmesi üzerine icare batıl olur<sup>157</sup>. Fakat maddede geçtiği üzere, aynın istihlakı ile olan icare beyne'n-nâs müsta'mel olduğu için, bu hususta Hanefiler'in görüşü terk edilerek, Malikîler'in görüşü tercih edilmiştir<sup>158</sup>.

**D) 429. madde:** Gerek kâbil-i taksim olsun ve gerek olmasın bir kimse hisse-i şâyiasını şerîkine îcar edebilir ise de âhara îcâr edemez. Fakat ba'de'l-muhâyee, nöbetini îcâr edebilir.

( Şüyû-u aslî icâreyi ifsat etmez. Binaenaleyh gerek kâbil-i taksim olsun ve gerek olmasın, bir kimse hisse-i malume-i şâyiasını şerîkine îcâr edebileceği gibi ahare de îcâr edebilir.)

Ebû Hanîfe'ye göre bir kimse hisse-i şâyiasını başkasına kiraya veremez. Çünkü icare, kiralanan şeyden intifa için meşru kılınmıştır. Hisse-i şâyianın ise yalnız olarak teslimi mümkün değildir. Böyle olunca menfaat, makduru't-teslim olmamış olur ve icare fasit olur<sup>159</sup>.

Komisyon, Ebû Hanîfe'nin görüşünü terk ederek, İmâmeyn'in görüşünü tercih etmiştir. İmameyn'e göre, bir kimse hisse-i şâyiasını, miktarını beyan etmek şartıyla âhere îcar edebilir. Fakat, miktarını beyan etmezse, bu caiz değildir<sup>160</sup>.

**2. Bâb, 1. Fasl:** Rûkn-i icâreye müteallik mesâil.

<sup>157</sup> İbn Abidin, *a.g.e.*, VI/8.

<sup>158</sup> Desûkî, *a.g.e.*, V/363.

<sup>159</sup> Ali Haydar, *a.g.e.*, I/707.

<sup>160</sup> Zeylaî, Fahrüddin Osman b. Ali, *Tebyînü'l-Hakâik şerhu Kenzü'd-Dekâik*, VI/120.

**E) Madde 1-** Müddet-i icarenin bir kısmı geçtikden sonra mucir, mecuru teslim etmek istedikte, müstecir icareyi feshе muhayyerdir. Dilerse kabul, dilerse icareyi fesheder.

Haneñler'e göre, bir kimse bir haneyi bir sene müddetle isti'câr ettiği halde hane kendisine mûcir tarafından teslim edilmeksizin bir ay geçse de sonra tehakkümde bulunsalar, müste'cir, o haneyi kalan müddette kabzetmekten imtina edemez. Hanenin kendisine teslim edilmesini evvelce talep etmiş olsun olmasın fark etmez<sup>161</sup>.

Komisyon ise bu maddeyi Şafîler'in görüşüne göre tertip etmiştir. Şafîler'e göre, bu durumda müste'cir teferruk-i safkadan dolayı muhayyer olur. Kalan müddette icareyi feshedebilir<sup>162</sup>.

**E) Madde 2-** Tahvil-i memuriyet dolayısıyla diğer bir beldeye gidecek olan memur müste'ciren sakin bulunduğu hanenin icarını feshedebilir.

Haneñler'e göre, bir şehirden başka bir şehre taşınmak akarın icare akdini bozmak için özürdür. Çünkü akardan faydalanmak ancak başında durmakla mümkün olur. Başında durmadıkça ondan zarar etmiş olur. Zarar da fesih sebeplerindendir<sup>163</sup>.

**E) Madde 3 -** Akıdeynden bir tarafın yahud iki tarafın vefatıyla icare münfesiñ olmaz. Meğer ki, vefat eden taraf mecurun yalnız menfaatine malik ve malikiyeti kendi hayatıyla mukayyet mucir yahud ecîr-i muayyen ola.

Haneñler'e göre, icare akdi, taraflardan birinin vefatıyla hakimın hükmüne gerek kalmaksızın münfesiñ olur<sup>164</sup>. Diğer üç mezhebe göre ise, tarafların vefatıyla icare akti sona ermez<sup>165</sup>. Çünkü, icare de bey' gibi bağlayıcı bir akittir. Bey' nasıl taraflardan birinin ölümüyle münfesiñ olmuyorsa, icarenin de taraflardan birinin vefatıyla münfesiñ olmaması gerekir.

**E) Madde 4-** Müste'cir bedel-i icareyi tediye etmeden müddet-i icare esnasında müflis olarak vefat ederse mucir hakime müracaat etmeksizin icareyi fesh ve mecuru istirdat edebilir. Şu kadar ki bedel-i icarın deyn-i muacceli müste'cir tarafından kefil veya

---

<sup>161</sup> Bilmen, *a.g.e.*, VI/224-225.

<sup>162</sup> Heytemî, *a.g.e.*, VI/193; Şirvânî, *a.g.e.*, aynı yer.

<sup>163</sup> İbn Abidin, *a.g.e.*, VI/83.

<sup>164</sup> Serahsî, *a.g.e.*, XV/153-154; Kâsânî, *a.g.e.*, IV/222; Bilmen, *a.g.e.*, VI/179.

<sup>165</sup> İbn Hazm, *a.g.e.*, VII/5; İbn Rüşd, *a.g.e.*, II/192; İbn Kudâme, *a.g.e.*, V/271; Bilmen, *a.g.e.*, VI/180-181.

rehin ile temin edilmiş bulunması ve feshin alel-fevr olması şarttır. Hatta kefilin yüsri usra münkalib olur yahud kefil kefaleti münkir ve beyyine mefkud bulunursa mucirin hakk-ı feshi vardır.

**E) Madde 5-** Müstecir bedel-i icareyi tediye etmeden müddet-i icare esnasında iflas sebebiyle hacr olunursa mucir hakime müracaat etmeksizin icareyi fesh ve mecuru istirdad edebilir. Şu kadar ki bedel-i icarenin madde-i ânife veçhile deyn-i muaccel müstecir tarafından kefil veya rehin ile temin edilmiş bulunması ve feshin alel-fevr olması şarttır.

Hanefîler'e göre, müste'cir, kirayı ödeyemez durumda olursa, geçen zamanın, semenden hissesiyle ücreti ödenir. Kalan zaman için herhangi bir talepte bulunulmaz<sup>166</sup>. Ta'dil Komisyonu, 4. ve 5. maddelerde hacr, kefil ve rehin konusunda da bu anlayışı işletmiştir.

**E) Madde 6-** Alel-fevr yani mevt veya hacre ittılai müteakib isti'mali meşrut olan hakk-ı fesh, terahi ile sakıt olur.

Müste'cir, ölmesi veya hacr altına alınması sebebiyle ücreti ödeyemeyeceğinden, mûcirin icare akdini feshetme hakkı vardır. Fakat, bu hakkını kullanabilmesi için, fesh hakkını hemen talep etmesi gerekmektedir. Şayet geciktirecek olursa, başka bir sebepten feshetmek arzusu olduğu anlaşılır ki, bu sebep de, fesh için özür sayılabilecek bir sebep olmayabilir.

Bu madde Hanefî anlayışına uygun olarak tertip edilmiştir. Bu mevzudaki boşluğu gidermek amacıyla eklenmiştir.

## **2. Bâb, 2. Fasl: İcârenin şerâit-i in'ikâd ve nefâzı.**

**D) 447. madde:** Fuzulînin îcârı mutasarrıfın icazetine ve mutasarrıfı sağır veya mecnun ise ecr-i misliyle îcâr olunduğu surette velisinin veya vasisinin icazetine mevkufen mün'akid olur. Fakat icazetin sıhhatinde dört şeyin, yani akıdeyn ve mâlik ve ma'kudun aleyhin ve bedel-i icâre urûzdan olduğu taktirde anın dahi kıyam ve bakası şart olup bunlardan birisi ma'dum olsa icazet sahih olmaz.

---

<sup>166</sup> Mevsilî, a.g.e., II/62.

(Fakat icazetin zamanında ma'kudun aleyhin kısmen veya tamamen bekası şart olduğu gibi bedel-i icâre urûzdan olduğu taktirde onun dahi kıyam ve bekâsı şarttır. Makudun aleyh kısmen bâki iken icâzet lâhik olmuş ise, mal sahibi ücretin tamamına müstehik olur.)

Fuzulinin, mülkiyeti veya velayeti bulunmadığından dolayı icârı geçerli değildir. Bey'de olduğu gibi, icarede de fuzulinin tasarrufu mal sahibinin icazetine mevkuftur. Fakat icazetin sahih olması için müste'cir, mûcir, mâlik, me'cur (ma'kudun aleyh) ve uruzdan olduğu taktirde bedel-i icarenin kıyam ve bakası şarttır. Ancak bu maddede icazetten önce menfaatin bir süre kullanılması durumunda ne olacağına dair bir açıklama bulunmamaktadır. Komisyon, eksikliği gidermek amacıyla bu maddeyi ta'dil etmiştir. Bu konuda mezhep içinde üç görüş vardır. Birinci görüşe göre, mal sahibi, fuzulinin icar ettiği mal kullanılmadan önce, akde icazet verecek olursa, bu caizdir ve mal sahibi ücretin tamamına müstehik olur. Ancak, makudun aleyh bir süre kullanıldıktan sonra icazet verecek olursa, bu geçerli değildir ve kiraya veren kişi yani fuzuli, o vakte kadar olan kullanım ücretini alır. Mecelle'nin "kıyam ve baka"yı mutlak olarak ifade etmesine bakılırsa, bu görüşün tercih edildiği söylenebilir. Ebû Yusuf'a göre ise, mal sahibinin icazeti, malın kullanımından sonra olmuş olsa dahi geçerlidir. Ve mal sahibi ücretin tamamına müstehik olur. İmam Muhammed'e göre ise, mal sahibinin icazeti, malın kullanılmasından sonra da olsa, önce de olsa geçerlidir. Fakat malın kullanılmasından önce icazet verirse, ücretin tamamını alır. Malın kullanımından sonra icazet verecek olursa, icazetten önceki ücrete fuzuli, icazetten sonraki ücrete mal sahibi müstehik olur<sup>167</sup>.

Komisyon, Ebû Yusuf'un görüşünü tercih etmiştir.

**3. Bâb, 2. Fasl:** Ücretin sebab-i lüzumuna ve âcirin ücrete keyfiyet-i istihkâkına dair olan mesail.

**D) 471. madde:** İcâre-i fâsidede istifay-ı menfaata iktidar kâfi olmayıp hakikaten intifa' bulunmadıkça ücret lâzım olmaz.

(İcâre-i fâsidede istifây-ı menfaate iktidar ile ecr-i misil lâzım olur.)

---

<sup>167</sup> Kâsânî, *a.g.e.*, IV/177.

Haneffî mezhebine göre, fasid olan icarede, ücretin vacip olması için, menfaatin hakikaten temin edilmiş olması şart koşulur<sup>168</sup>. Komisyon ise, ücretin lazım gelmesi için menfaate iktidarı yeterli görmüştür. Bu değişikliğin sebebi ise, mûcirin mağdur olmasını engellemek olmalıdır. Bilhassa muaddün li'l-istiğlal olan yani, kiraya verilip gelir getirsin diye hazırlanan mallar, menfaate iktidarı olduğu halde –ki bu da kabzla mümkündür– müste'cir tarafından intifa edilmeyerek, bunların ücretleri sakıt olursa, mûcir zarar etmiş olur. İşte bu mefsedetin def'i için, komisyon bu maddeyi değiştirmiş olmalıdır.

Bu ta'dil, hukuki olarak şu şekilde temellendirilebilir. Mecelle'nin 371. maddesi şu şekildedir: “Bey-i fâsid inde'l-kabz hüküm ifade eder. Yani müşteri bayiin izniyle, mebi kabzettik de âna malik olur. Binaenaleyh bey-i fâsid ile iştirâ olunan mebi, müşteri indinde telef olsa zaman lazım gelir. Şöyle ki, misliyattan ise mislini ve kıyemiyattan ise yevm-i kabzındaki kıymetini müşterinin bayie vermesi lazım gelir”.

Bey-i fasid, kabz ile hüküm ifade ettiğine göre, icare-i faside de kabz ile hüküm ifade eder. İcarede ma'kudun aleyh menfaat olmakla beraber, menfaatin elde edileceği aynın kabzı, menfaatin kabzı hükmündedir. Dolayısıyla, istifay-ı menfaat etse de etmese de müste'cirin o malı elinde tutmasıyla, mûcir o maldan istifade edemez. Dolayısıyla, mûcir açısından o malın menfaati telef olmuş demektir. Bu yüzden istifay-ı menfaat etmese dahi müste'cirin ücret vermesi lazım gelir.

**5) 472. madde:** Min gayr-i akd ve bilâ izin bir kimse birinin malını isti'mâl ettiği surette muadd'ün-li'l istiğlâl ise ecr-i misil lâzım olur, değilse lâzım olmaz.

Fakat mal sahibi ücret mütalebe ettikten sonra isti'mâl ederse muaddu'n-li'l-istiğlâl olmasa dahi ücret ifası lâzım gelir.

( Min gayr-ı akit ve bilâ izin bir kimse birinin malına vaz-ı yed ettiği surette ecr-i misil lâzım olur.)

Ta'dil Komisyonu'nun, daha önceden mal kabul edilmeyen menfaati mal kabul etmesine binaen, bu madde de değişmiştir. Hanefiler'e göre, menfaat, ihraz edilememesinden dolayı mütekavvim değildir. Menfaatler ancak bir akde konu olurlarsa mütekavvim olurlar. Mütekavvim olmayan malların ise tazmini gerekmez. Binaenaleyh,

---

<sup>168</sup> Fetâvâ, III/373.

bir kimse başkasının malını izinsiz kullansa, menfaati gasbetmiş olmasından dolayı, o kişiye herhangi bir ücret lazım gelmez. Nitekim bu hususla ilgili olarak, Mecelle'nin 596. maddesi şu şekildedir:

“ Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın isti'mal etmiş olsa, gasb kabilinden olarak menafiini ödemek lazım gelmez.

Fakat mal-ı vakf ya mal-ı sağır ise herhalde ve muaddün li'l-istiğlal ise te'vil-i mülk ve akd olmadığı halde zaman-ı menfaat yani ecr-i misil lazım olur.

*Mesela, bir kimse âharın hanesinde akd-i icare etmeksizin hod-be hod bir müddet sakin olsa, ücret vermesi lazım gelmez. Fakat ol hane, vakfın ya bir sağırin malı ise, gerek te'vil-i mülk ve akd bulunsun ya bulunmasın, sâkin olduğu müddetin ecr-i mislini vermesi lazım gelir. Kezalik, kira hane olup da te'vil-i mülk ve akd olmadığı halde yine ecr-i misil lâzım olur.*

*Ve keza bir kimse sahibinin izni olmaksızın, bir kira beygirini alıp da bir müddet kullansa ecr-i mislini vermesi lâzım gelir”*

Görüldüğü gibi Mecelle, menfaatlerin tazmin edilmemesinden üç şeyi istisna etmiştir. Bunlardan muaddün li'l-istiğlal olan malı istisna etmesinin sebebi, bu malların kiralamaya tahsis edilmesinden dolayı, karşılıklı akit yapılmasa bile akde konu olmuş gibi kabul edilmesindedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Hanefiler'e göre akde konu olan menfaatler, mütekavvim kabul edilir. Vakıf ve sağırin malının istisna edilmesinin sebebi ise, bu malların korunmak istenmesidir.

Ta'dil Komisyonu, malın tarifinin yapıldığı ve menfaatin mal kabul edilmediği 126. maddeyi değiştirmesi ve menfaatin mal-ı mütekavvim kabul edilmediği 127. maddeyi Mecelle'den çıkarmasına mebni bu maddeyi de değiştirmiştir. Komisyon, menfaati mütekavvim mal olarak kabul ettiğine göre, burada da akitsiz ve sahibinden izinsiz kullanılan menfaatin tazmin edilmesini kabul etmesi gerekmiştir.

##### **5. Bâb, 1. Fasl: Hıyâr-ı şart.**

**D) 503. madde:** Şu kadar zira ya dönüm olmak üzere isti'car olunan yer ziyade yahut nâkıs çıksa icare sahih olur. Ve ecr-i müsemma lâzım gelir.

Fakat noksan suretinde müste'cir muhayyer olup dilerse icareyi feshedebilir.

( Şu kadar zira veya dönüm olmak üzere isti'car olunan yer, led'et-teslim tamam çıkarsa icare lâzım olur. Nâkıs çıkarsa, müste'cir muhayyer olup, dilerse icareyi fesheder. Dilerse ecr-i müsemmadan hasesiyle kabul eyler. Bu taktirde mûcirin rızası şarttır. Zâid çıkarsa gerek mûcir gerek müste'cir muhayyer olur. Şu kadar ki, mûcir ziyâdeyi meccânen müste'cire terk ederse müste'cirin muhayyerliği sâkıt olur ve ziyâde mukabelesinde bir ıvaz ifasıyla icârenin takririne tarafeyn ittifak ederse câiz olur.)

Bu madde, Kitâbu'l-Buyû'daki 224. ve 225. maddelerin değiştirilmesine mebni olarak değiştirilmiştir<sup>169</sup>.

**E) Madde 7-** İcarenin şarta taliki caiz değildir. Şu kadar ki müste'cir badel-akit ücretten bir miktarını mucire verip de mecuru alırsa verilen miktar ücretten mahsup edilmek almazsa mecurun olmak şartına talik ederse icare caiz ve şart mu'teberdir.

İcare akdi, menfaatlerin satımı olması sebebiyle bey' akdine benzer. Bey'deki şart muhayyerliği ile ilgili hükümler, icare için de geçerlidir. Bu maddede icare için söz konusu edilen şart, bey' için de geçerli kabul edilmiştir. Böyle bir şarta sadece Hanbeliler'in cevaz verdiğini söylemiştik<sup>170</sup>.

**6. Bâb, 3. Fasl:** İcâre-i hayvan.

**D) 550. madde:** Rukûb için istikra olunan hayvana yük yükletilemez. Ve yükletilip de hayvan telef olsa zamân lâzım gelir. Lakin bu halde ücret lâzım olmaz.

( Rukûb için istikra olunan hayvana yük yükletilemez. Ve yükletilip de hayvan telef olsa zaman lâzım geleceği gibi ecr-i misil dahi lâzım olur.)

Hanefîler'e göre, ücret ile zaman müctemi olmaz<sup>171</sup>. Çünkü müste'cir hayvanı telef ettiği zaman, gâsıb hükmünde olur ve hayvanı tazmin eder. Böylelikle o hayvanın menfaatini de gasbetmiş olur ki, daha önce de geçtiği üzere Hanefîler'e göre menfaatler tazmin edilmez. Yine bu madde de menfaatlerin mal kabul edilmesiyle değişmiştir.

<sup>169</sup> Bkz. s. 35.

<sup>170</sup> Bkz. s. 41.

<sup>171</sup> Kâsânî, *a.g.e.*, IV/176; Mecelle md. 86.



**E) Madde 8-** Müstecir, isticar eylediği hayvanı imsak edüb istifay-ı menfaat etmese ücret lâzım gelir.

Bu madde de tıpkı, 471. maddenin ta'dil sebebi olan mûcirin zarara uğramasını engellemek maslahatına binaen eklenmiştir.

**E) Madde 9-** Yükün nev'i ve mikdarı zıkr ve beyan olunarak isticar olunan hayvana o nev'den fazla yük yüklenildiği hayvana nazar olunur; hayvan sahibi beraber değil ise, ecr-i müsemma ile beraber fazla için ecr-i misil ve hayvanın telefi halinde kıymetinin tamamen zamanı lâzım gelir. Amma hayvan sahibi beraber olub da fazladan haberdar olmadığı taktirde yine ecr-i müsemma ile beraber ecr-i misil ve hayvanın telefi halinde yalnız kıymetinden fazlaya isabet eden hesabın zamanı lâzım gelir. Hayvan sahibi beraber ve fazlaya muttali olduğu halde fazla için ecr-i misil ve telef halinde zaman lâzım gelmez.

Bu madde Hanefî anlayışına uygun olarak düzenlenmiştir. Mevzunun daha iyi anlaşılmasına mebni, bazı örneklendirmeler yapılmıştır.

#### **6. Bâb, 4. Fasl: İcâre-i âdemî.**

**E) Madde 10-** Müstecir amel-i muayyen ile müddet-i muayyeni akd-i vahidde cem' ettiği ve amelin az müddet zarfında ifası mümkün olmadığı halde icare zamana muzaf olarak münakit olur. Ve ecir nefsinin teslim ile ecrine kesb-i istihkak eder.

Yine bu madde de Hanefî anlayışa uygun olarak düzenlenmiş ve eklenmiştir.

**E) Madde 11-** Bir kimse kendi mülkünde umkunu ve vüs'atini beyan ederek bir kuyu hafri için birini isticar edüb ecir dahî bir mikdar hafri ettikten sonra kırılması meşakkat-ı zâideye muhtaç kayaya tesadüf etse nazar olunur; kayanın kuyu hafrine mahsus alât ile kırılması mümkün ise ecir ikmal-i hafri için cebr olunur, değilse cebr olunmaz.

Burada alışverişteki vasıf muhayyerliğine benzer bir durum ortaya çıkmıştır. Bey'de müşteri için olan vasıf muhayyerliği, icarede müste'cir için sabit olur. Buradaki hüküm de, buna göre verilmiştir.

**E) Madde 12-** İcare-i zimmetde yani amel üzerine varid olan icarede vefat eden ecirin terekesi vâfi ise zimmeti terikesinden istifa olunur, değil ise veresesi muhayyerdir,

dilirse ecirin zimmetini îfâ ve ecrine kesb-i istihkak eder, etmedikleri takdirde müstecir icareyi fesh edebilir. Amma mucirin vefatıyla münfesih olmayan icare-i aynda mecur bihükml icare müstecirin veya vârisinin yedinde kalır.

**E) Madde 13-** İnşaat akitleri esnaf tarafından vaz' olunacak lüzum veya yapılacak bina mani-i münazaa olur suretde tavsif olunduğu halde sahih ve bedeli ceste ceste verilür ise bey' ile icarenin ictimaından ibaret olur.

Bu iki maddenin düzenlenmesinde de, mezhebdeki alışılmış olan ilkeler ve fikhî esaslar, ta'dil sırasındaki alışkanlıkla kullanılmış ve ilkelerin işletilme sahası ihtiyaca binaen genişletilmiştir. Bu genişletilme yapılırken de, örneklendirme usûlü benimsenmiştir.

#### **8. Bâb, 1. Fasl:** Zamân-ı menfaat.

**D) 596. madde:** Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın isti'mal etmiş olsa gasb kabilinden olarak menafini ödemek lâzım gelmez.

Fakat mal-ı vakf ya mal-ı sağır ise herhalde ve muaddün li'l-istiğlâl ise te'vil-i mülk ve te'vil akd olmadığı halde zaman-ı menfaat yani ecri misil lâzım olur.

*Mesela, bir kimse âharın hanesinde akd-i icare etmeksizin hod-be hod bir müddet sakin olsa, ücret vermesi lazım gelmez. Fakat ol hane, vakfın ya bir sağırin malı ise, gerek te'vil-i mülk ve akd bulunsun ya bulunmasın, sâkin olduğu müddetin ecr-i mislini vermesi lazım gelir. Kezalik, kira hane olup da te'vil-i mülk ve akd olmadığı halde yine ecr-i misl lâzım olur.*

*Ve keza bir kimse sahibinin izni olmaksızın, bir kira beygirini alıp da bir müddet kullansa ecr-i mislini vermesi lâzım gelir.*

( Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın isti'mal etse ecr-i misil lâzım gelir.)

Bu ta'dilin sebebi, 472. maddenin ta'dilinin sebebiyle aynıdır<sup>172</sup>.

**D) 597. madde:** Te'vil-i mülk ile isti'mal olunan mal muaddün li'l-istiğlâl olsa dahi zaman-ı menfaat lâzım gelmez.

---

<sup>172</sup> Bkz. s. 63-64.

*Meselâ, bir mal-ı müştereki şeriklerden birisi diğer şerikinin izni olmaksızın bir müddet müstakillen tasarruf ve isti'mal eylese, mülkündür deyu isti'mal etmiş olacağı cihetle muaddün li'l-istiğlal olsa dahi diğer şeriki hissesinin ücretini alamaz.*

( Bir mal-ı müştereki şeriklerden biri, diğer şerikin izni olmaksızın bir müddet müstakillen tasarruf ve isti'mal eylese, diğer şeriki gerek hazır ve gerek gaib olsun, ol kadar müddet o malı müstakillen tasarruf ve isti'mal edebilir. )

Hanefiler'e göre bir kişi, muaddün li'l-istiğlal yani gelir için hazırlanmış bir binada, te'vil-i mülk ile yani mülkündür diye oturursa, ona zaman yoktur. Mecelle'nin 1075. maddesine göre, müşterek hane sahiplerinden biri, diğerinden izin almaksızın bir müddet o hanede sâkin olsa, kendi mülkünde sâkin olmuş demektir ve ortağına, hissesini kullanmasından dolayı ücret vermesi lazım olmaz. Zaten mal-ı müştereki kullanan ortak malı te'vil-i mülk ile isti'mal ettiği için, ücrete rızası bulunmuş olmaz<sup>173</sup>.

Komisyon, bu konuda meseleyi halletmek amacıyla muhâyea ve tazmin ilkelerini işletmiştir.

**D) 598. madde:** Te'vil-i akd ile isti'mal olunan mal muaddün li'l-istiğlâl olsa dahi zaman-ı menfaat lâzım gelmez.

*Mesela, bir kimse müştereken malik olduğu dükkanı şerikinin izni olmaksızın birine satmakla müşteri dahi bir müddet tasarruf edip diğer şeriki bey'e icazet vermeyerek hissesini zapt eyedikte dükkan her ne kadar muaddün lil-istiğlal ise de hissesinin ücretini mutalebe edemez; zira müşteri anı te'vil-i akd ile istimal etmiş yani akd-i bey ile mutasarrıfım diye kullanmış olduğu cihetle zaman-ı menfaat lazım gelmez.*

*Kezalik bir kimse bir değirmeni mülkü olmak üzere birine bey ve teslim ile müşteri bir müddet zabt ve tasarruf ettikten sonra başka bir kimse ol değirmene müstehik çıkıp bade'l-isbat ve'l-hükm müşteriden alsa müşterinin müddet-i mezburede tasarrufu için ücret namına bir şey alamaz; zira bunda dahi te'vil-i akd vardır.*

( Te'vil-i akt ile isti'mal olunan malda zaman-ı menfaat lâzım gelmez. )

---

<sup>173</sup> Ali Haydar, a.g.e., I/955.

*(Mesela, bir kimse müştereken malik olduğu dükkanı şerikinin izni olmaksızın birine satmakla müşteri dahi bir müddet tasarruf edip ancak diğer şeriki bey'e icazet vermeyerek hissesine zapteyledikte hissesinin ücretini mütalebe edemez. Zira müşteri onu te'vil-i akd ile istimal etmiş yani akd-i bey ile mutasarrıfım diye kullanmış olduğu cihetle zaman-ı menfaat lazım gelmez. Kezalik bir kimse bir değirmeni mülkü olmak üzere birine bey ve teslim ile müşteri bir müddet zabt ve tasarruf ettikten sonra başka bir kimse ol değirmene müstehik çıkıp bade'l-isbat ve'l-hükm müşteriden alsa müşterinin müddet-i mezburede tasarrufu için ücret namına bir şey alamaz; zira bunda dahi te'vil-i akd vardır)*

Komisyon, ilk maddedeki “muaddün li'l-istiğlâl olsa dahi” ifadesini kaldırmıştır. Yeni madde, ilk maddeyi de ifade ettiğinden, birincideki fazla lafız çıkarılmıştır.

## SONUÇ

Çalışmamızda İslam ve Osmanlı Hukuk Tarihi'ne yenilikler getiren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin ta'dil edilen maddelerinin İslam Hukuku açısından değerlendirmesini yaptık.

Mecelle, 19. yüzyılın başlarından itibaren, Osmanlı Devleti'nin eski gücünü kaybetmesi ve batılı devletlerin Osmanlı'nın içişlerine karışarak batıdan kanun iktibas etmeye zorlaması gibi siyasî, batıda gerçekleşen sanayi devrimi ile diğer ülkelerle olan ticari ilişkilerin artması sonucu kurulan Ticaret Mahkemeleri'nde kanun ihtiyacı olması gibi iktisadî ve mekteplerde fıkıh kitaplarını inceleyip onlardan hüküm istinbat edecek nitelikte yeterli kadı yetişmemesi gibi hukukî sebepler sonucunda hazırlanmıştır.

Mecelle, 1868-1876 yılları arasında hazırlanmıştır. Bir mukaddime ve on altı kitap içerisinde 1851 maddeden meydana gelmektedir. Mecelle, borçlar, kısmen eşya ve yargılama hukukunu kapsamaktadır. Mecelle hazırlanırken kazuistik (meseleci) metod tercih edilmiş ve içerik olarak da Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanmıştır.

Mecelle'nin, İslam ve Osmanlı Hukuku'nun kanun formunda hazırlanan ilk çalışması olması, mevcut şer'î kaynakların taranıp tamamen şeriata uygun olarak hazırlanması, sadece bir medeni kanun değil aynı zamanda bir hukuk kitabı olması hasebiyle, hukuk tarihimizde önemli bir yeri vardır. Mecelle birçok ülkede uygulanmış ve üzerine birçok şerh yazılmıştır.

Mecelle, siyasi açıdan çalkantılı bir dönemde hazırlanmış olması sebebiyle ve bazı eksiklerinin olması sebebiyle 1926'da yürürlükten kaldırılmıştır.

Mecelle, normal bir medeni kanunda bulunması gereken hususların birçoğuna yer vermemesi, yer verdiği hususlarda da hükümlerinin eksik olması gibi bazı sebeplerle ta'dil edilmiştir. Mecelle'nin ta'dili ve tamamlanması için birçok komisyon kurulmuştur. Fakat bu komisyonların çalışmaları, Osmanlı Devleti'nin karışık bir dönemde olmasından dolayı verimli olmamış, Mecelle'yi ihtiyaçlara tümüyle cevap veren tam bir medenî kanun haline getiremeye yetmemiştir. Zaten Mecelle'yi ta'dil çalışmalarından, yalnızca Hukuk-ı Aile Komisyonu'nun hazırladığı Hukuk-ı Aile Kararnamesi yürürlüğe girmiştir.

Mecelle Ta'dil Komisyonu, Kitabu'l-Buyû'da 20 maddenin değiştirilmesini, bu kitaba 10 maddenin eklenmesini ve bu kitaptan 13 maddenin çıkartılmasını teklif etmiştir. Komisyon, Kitabu'l-İcâre'de ise 10 maddenin değiştirilmesini ve bu kitaba 13 maddenin ilavesini teklif etmiştir. İşte bu madde değişikliklerine neden ihtiyaç duyulduğunu ve komisyonun mezhepler arası tercihlerini ele aldık. Komisyon, ta'dillerin yarısından fazlasını yine Hanefî mezhebini esas alarak gerçekleştirmiştir. Hanefî mezhebinin esas alındığı ta'dil çalışmalarının birçoğunda, mezhep içi tercihlerde bulunulmuştur. Hanefî mezhebinden sonra ise, en fazla Malikî mezhebenden faydalanılmıştır. Malikî mezhebenden sonra Hanbelî mezhebi, ondan sonra ise şafî mezhebi esas alınmıştır.

Mecelle, alışmamızda bahsettiğimiz üzere birçok eleştiriye maruz kalması ve yıllar önce yürürlükten kaldırılmasına rağmen, hala canlılığını koruyan bir kanundur.

## BİBLİYOGRAFYA

- Ali Haydar (1936), *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul 1330, I-IV.
- Aydın, M. Akif, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", *DİA*, Ankara 2003, XXVIII/232.
- Aygün, Dursun, *İslam Hukukunda Mücerred Hakların Satışı* (basılmamış yüksek lisans tezi), Konya 1991.
- Bilmen, Ömer Nasuhi (1971), *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kâmusu*, İstanbul ts., I-VIII.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail (256/870), *el-Câmiu's-Sahih*, İstanbul 1981, - VIII.
- Cevdet Paşa (1895), *Tezâkir*, İstanbul 1963.
- Cezîrî, Abdurrahman (1941), *Kitabü'l-Fıkh alâ Mezâhibü'l-Erbaa*, Kahire ts., I-IV.
- Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akitler*, İstanbul 2006.
- Damad Efendi, Abdullah b. Muhammed b. Süleyman (1078/1667), *Mecmau'l-Enhur fî Şerhi Multeka'l-Ebhur*, Beyrut ts., I-II.
- Dârekutnî, Ali b. Ömer (385/995), *Sünen*, Medine 1386/1966, I-IV.
- Desûkî, Muhammed b. Ahmed (1230/1815), *Hâşiyetü'd-Desûkî alâ eş-Şerhi'l-Kebir*, Beyrut 1417/1996, I-VI.
- Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 2005.
- Fetâvây-ı Hindiyeye (Fetâvây-ı Âlemgiriyye)*, Heyet (trc: Mustafa Efe), Ankara 1985, I-XVI.
- Hacak, Hasan, "Mal", *DİA*, Ankara 2003, XXVII/462.
- Heytemî, Şihâbüddin Ahmed b. Hacer (973/1565), *Tuhfetü'l-Muhtâc bi Şerhi'l-Minhâc* (Şirvânî Haşiyesi ile birlikte), İstanbul ts., I-X.
- İbn Âbidin, Muhammed Emin (1252/1836), *Hâşiyetü Reddi'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr*, İstanbul 1984, I-VIII.

- İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Said (456/1064), *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, Beyrut 1988, I-VII.
- İbn Kayyım, el-Cevziyye, Ebû Abdullah b. Ebû Bekr (751/1350), *İ'lâmu'l-Muvakkiîn an Rabbi'l-Alemîn*, Kahire ts., I-IV.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed (620/1223), *el-Muğnî*, Beyrut 1985, I-XVI.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Hafîd (595/1198), *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, İstanbul 1985, I-II.
- İbnü'l Hümam, Kemalüddin (861/1457), *Şerhü Fethi'l-Kadir*, Beyrut 1340, I-IX.
- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1991, I-III.
- Kâsânî, Alâüddin Ebî Bekr b. Mesud (587/1191), *Bedâiu's-Sanâî fî Tertîbi's-Şerâî*, Kahire 1328/1910, I-VII.
- Kaşıkçı, Osman, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997.
- Mardin, Ebu'l-Ulâ (1957) , *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, İstanbul 1946.
- Maverdî, Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed (450/1058), *el-Hâvi'l-Kebir* (thk. ve ta'lik: Ali Muhammed Muavvız-Adil Ahmed Abdulmevcud), Beyrut 1414/1994, I-XVIII.
- Merginânî, Burhanüddin Ebi'l-Hasen Ali b. Ebîbekr b. Abdilcelil (593/1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, Kahire ts., I-IV.
- Mes'ud Efendi (1894), *Mir'at-ı Mecelle*, İstanbul 1302.
- Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (683/1284), *el-İhtiyâr li-Ta'lili'l-Muhtâr*, İstanbul 1996.
- Molla Hüsrev (885/1480), *Gurer ve Dürer Tercümesi* (trc. Arif Erkan), İstanbul 1980, I-IV.
- Müslim, Ebu'l-Hüseyin b. Haccac en-Nisabûrî (261/874), *el-Câmiu's-Sahîh*, İstanbul 1981, I-III.
- Öztürk, Osman, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul 1973.



- Remlî, Şemsüddin Muhammed b. Ebi'l-Abbas Ahmed b. Hamza b. Şihâbüddin (1004/1596), *Nihayetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, Beyrut 1426/2005, I-VIII.
- San'ani, Muhammed b. İsmail (1182/1768), *Sübülü's-Selam Şerhu Buluği'l-Meram*, Beyrut 2003, I-IV.
- Serahsî, Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl (483/1090), *el-Mebsut*, Beyrut 1398, I-XXX.
- Senhuri, Abdurrazzak (1971), *Masadiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslami*, Dimaşk 1954, I-VI.
- Şirazi, Ebu İshak (475/1083), *el-Mühezzeb*, Kahire 1376.
- Şirbini, Muhammed el-Hatîb (977/1570), *Muğni'l-Muhtâc ila Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, Kahire 1377/1958, I-IV.
- Şirvânî, Abdulhamid, *Hâşiyetü alâ Tuhfeti'l-Muhtâc*, İstanbul ts., I-X.
- Zeylaî, Fahrüddin Osman b. Ali (740/1342), *Tebyînü'l-Hakâik şerhu Kenzü'd-Dekâik* (Haşiyetü'l-İmami'l-Allameti's-Şeyhi's-Şelebî ile birlikte, thk. Ahmed Azzû İnâye), Beyrut 1420/2000, I-VII.
- Zeylaî, Ebu Muhammed Cemalüddin b. Muhammed Abdillâh b. Yusuf (762/1360), *Nasbu'r-Râye li-Ehâdisi'l-Hidâye*, Beyrut 1407/1987, I-IV.
- Zuhayli, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletüh*, Dimaşk 1987, I-VIII.