

Mecelle'nin "İki Fesâd Te'aruz Ettikde Ehaffi İrtikâb ile A'zaminin Çaresine Bakılır" Şeklindeki Külli Kaidesine Dair Bir İnceleme | Gülnihal Yılmaz

İDE AKADEMİ | DÖNEM ÖDEVİ 2022-2023

Özet

İslam hukukunda kanunlaşma alanındaki ilk çalışma olan Mecelle-i Âhkâm-ı Adliyye'de hukukun belirli alanlara ilişkin birtakım prensipleri içeren maddelere yer verilir. Bu maddeler öz itibarıyla ana başlıklar altında ele alındığı takdirde birçoğunun yine Mecelle'nin bir kaidesi olan "Zarar izale olunur." maddesinin altına girdiği görülmektedir. Nitekim İslam hukukunda zararın giderilmesi temel gayelerdendir.

"İki fesâd te'aruz ettikde ehaffi irtikâb ile a'zaminin çaresine bakılır" kaidesi de bu açıdan zikredilen kaidenin fûruu olarak değerlendirilir. İslam hukukunun zararı giderme ilkesi gereği esas olan zararın var olduğu yerde onu tamamen izale etmektir. Ancak bunun mümkün olmadığı durumlar söz konusu olabilir. Bu halde de daha hafif olan zararı işlemek gibi çarelere başvurulur.

Giriş

Osmanlı Devleti'nde 1869-1876 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında Hanefi mezhebi esas alınarak hazırlanan Mecelle-i Âhkâm-ı Adliyye İslam hukukunda ilk kanunlaşma hareketidir. Şahıs, aile ve miras hukukuna yer vermeksizin ağırlıklı olarak borçlar, eşya ve yargılama hukukunu içerir. Mecelle bugünkü Suriye, Ürdün, Lübnan gibi çeşitli ülkelerde uygulanmış, Osmanlı Devleti'nin ardından belirli bir süre daha bu ülkelerde yürürlükte kalmıştır. Türkiye'de de İsviçre Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle Mecelle kaldırılmıştır. [1]

İslam hukukunun gelişme ve teşekkül döneminde meselelerin ayrı ayrı incelenmesini ifade eden kazuistik (meselecî) yöntem anlayışı hakim olmakla birlikte hukukçular binlerce meseleyi inceleyip benzerleri bir arada toplamak suretiyle hüküm açısından külli kaideler meydana getirmişlerdir. Hukukun genel prensiplerini içeren bu maddeler Mecelle'nin ilk yüz kaidesini oluşturmuşlardır. [2]

İslam hukukunda haksız fiil veya hakkın kötüye kullanılmasından kaynaklı meydana gelen zararın giderilmesi gibi birçok hüküm Mecelle'nin "Zarar izale olunur." [3] kaidesi ile açıklanır. [4] Bu çalışma bu kaidenin fûruu mesabesinde olup yine Mecelle'nin ilk yüz maddesi içerisinde yer alan bir maddeyi inceleme üzerinedir.

Mecelle'nin 28. Maddesi " İki Fesâd Te'aruz Ettikde Ehaffi İrtikâb ile A'zaminin Çaresine Bakılır "

امه فخأ بالكتراب اررض امه مضعأ ي عور ناتدس فم ضراعت اذإ

ريليقاب هني س هراج كنمضعأ هلي بالكتر ايفخا هكدتيا ضراعت داسف يكا

Bu kaide ile ilgili Hâdimî'nin şerhinde farklı ibarelere yer verilmiştir. Bunlardan bazıları şöyledir [5] :

عرشال سايق ي ف ربت عملأ وه امه مضعأ لجأل ني ت دس فملا فخأ لامتحأ.

عقد امه اندأ لامتحأ اب ني ررضال ىلعأ.

أردى امه دحأ عوقو ني عت اذإ امه رسيأ لامتحأ اب ني ت دس فملا مضعأ.

فخال ررضال اب لازي دشال ررضال.

اررض عم تحأ اذإ ربكال رغصال طقسا ن.

Külli kaideler birçok fıkhi hükmün üzerine bina edildiği fıkın rüknü konumundadır. Bu kaidelerden beş tanesi literatürde ana kaide olarak değerlendirilmiştir. Bunlar "Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir." [6] , "Şek

ile yakîn zâil olmaz.” [7] , “Meşakkat teysîri celbeder.” [8] , “Zarar izâle olunur.” [9] ve “Âdet muhakkemdir.” [10] maddeleridir. [11] “Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir” maddesi “ Ameller niyetlere göredir. ” [12] hadisinden çıkarılmıştır. [13] “Şek ile yakîn zâil olmaz”, kesin olarak bilinen şeyin şüpheye bağlı ortadan kalkmayacağını ifade eden bir kaidedir. Mesela bir kimse abdest aldığından emin olmasına rağmen sonradan abdestin bozulduğuna dair şüphe taşıdığı anda abdestli kabul edilir. [14] İslam hukukuna göre kişi açlıktan ölme endişesi yaşadığında normal şartlarda haram hükmündeki gıdayı yeme ruhsatına sahiptir. Bunun gibi şeri hükümlerdeki ruhsatlar “Meşakkat teysîri celbeder.” maddesine bağlıdır. [15] “Âdet muhakkemdir.” maddesi ise şeri hükmü ispat noktasında örfün hakem olduğunu ifade etmektedir. [16]

İslam hukukunun en temel prensiplerinden birisi zararın giderilmesidir. Bu hususla alakalı “Zarar izale olunur” [17] ve “Defi mefâsid celb-i menâfiden evlâdır” [18] kaideleri örnek verilebilir. “ Defi mefâsid celb-i menâfiden evlâdır” kaidesi gereğince bir meselede hem zarar hem fayda söz konusu olduğu takdirde zararın giderilmesi faydanın sağlanmasından önceliklidir. İslam hukukunun birçok hükmü “Zarar izale olunur” kaidesine bağlıdır. Mesela ayıp, görme gibi muhayyerlik hakları meydana gelebilecek bir zararı ortadan kaldırmak için konulmuş hükümlerdir. [19]

Mecelle’nin çeşitli kaideleri “Zarar izale olunur” kaidesinin fûruu olarak değerlendirilmiştir. Çalışmanın konusunu teşkil eden “İki fesâd teâruz ettikde ehaffi irtikâb ile azamının çaresine bakılır.” maddesi bunlara örnektir. [20] İlgili maddede yer alan kelimelerden fesad sözlükte özde olmayan, dış unsurlarda mevcut bulunan sakatlık [21] , mefsedet ise maslahatın zıddı olup zarar manasındadır. Mefsedet, fesada götüren şeyleri ifade eder. [22] Te’âruz bir meselede delillerin birbirinin gereği ile çelişmesi [23] ve irtikap, kötü iş yapma [24] anlamına gelir.

Bütüncül olarak ele aldığımızda kaide kişinin fesat unsurunun büyüklüğü ve küçüklüğü bakımından arasında fark bulunan iki fiilden birini işlemeye mecbur kalması halinde fesat yani zarar açısından hafif olanı tercih etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim Mecelle’nin başka maddelerinde de “Zaruretler memnu` olan şeyleri mübah kılar.” [25] ve “Zaruretler kendi miktarlarıncı takdir olunur.” [26] şeklinde belirtildiği üzere yasaklanmış eylemin yapılması zaruret halinde caiz olur ve bu cevaz zaruret miktarıyla sınırlı olduğu için zorunlulukla orantılıdır, zarureti gidermenin üstünde bir fazlalığa gidilmez. Bu meselenin aslı şudur ki din maslahatı, insanlardan zararı def etmek ve onlara menfaati sağlamak suretiyle gerçekleştirmek için gelmiştir. Bu nedenle zararlar karşılaşıldığında esas olan imkan dairesinde tamamını ortadan kaldırmaktadır. Ancak iki zarar çatışmış ve her ikisini birden izale etmek yok etmek mümkün değilse zarar açısından hafif olanı işlemekle büyük zarardan kurtulunur. Çünkü mefsedetde asıl olan defetme(nefy)dir. [27]

Bakara suresinde bu kaidenin kullanımına örnek teşkil eden ayet bulunmaktadır. İlgili ayette şöyle buyrulmaktadır: “ Sana haram ayı, onda savaşmayı soruyorlar. De ki: Onda savaşmak büyük günahdır. Allah’ın yolundan menetmek ve O’nu inkâr etmek, Mescid-i Harâm’dan (insanları) engellemek, halkını oradan çıkarıp sürmek ise Allah katında daha büyük günahdır. Fitne de öldürmekten daha ağırdır .” [28] Bu ayet haram ayda kafirlerin savaş yoluyla Müslümanlardan intikam aldığını haber vermektedir. Aslında içerdiği zarardan dolayı haram aylarda savaş yasaklanmıştır. Ancak ayette de zikredildiği üzere Allah’ın yolundan menetmek, Allah’ı inkar etmek, Mescid-i Haram’ın ziyaretine engel olmak, halkını oradan çıkarmak gibi durumlar Allah katında haram ayda savaşmaktan daha günahdır. Yine kafirlerin fitne çıkarmaları ve müminleri şirke sevk etmeye çalışmaları haram ayda savaşmaktan daha eziyet vericidir. Dolayısıyla bazı durumların meydana gelmesi neticesinde haram ayda savaşmaktan daha büyük mefsedetler ortaya çıkacağı için zarar açısından hafif olan savaş yolu tercih edilir. [29]

Kaidenin Tatbikleri

Mecelle’nin 919. maddesinde açıklandığı üzere bir mahalle de yangın çıktığında bir kişi yangının sönmesi için sahibinin izni olmaksızın evi yıksa ve yangın sönmüş olsa eğer bina yetkili bir kişinin izni ile yıkılmış ise evi yıkan kişinin tazmin etmesi gerekmez. Çünkü ev yıkılmadığı takdirde yangının yayılmasıyla ortaya çıkacak zarar o evin yıkılmasıyla ev sahibinin uğradığı zarardan daha fazla olacaktır. Burada görüldüğü üzere iki zarar

karşılaşmıştır. Ev yıkılmak üzere hafif olan zarar işlenmek suretiyle yangının yayılması gibi büyük zararın önüne geçilmiştir. [30]

İbadet niteliği taşıyan müezzinlik, imamlik, Kur'an ve fıkıh öğretimi gibi işlerden ücret almak zaruret sebebiyle caiz kılınmıştır. Normalde bu işler ibadet özelliğinde olduğu için ücret alınmamalıdır. Ancak zamanla bunların yapılması için istekliler azalınca zaruret hasıl olmuş ve ücrete cevaz verilmiştir. Bu işlerin hiç yapılmaması daha büyük zarara yol açacağı için hafif zarar öncelenmiştir. [31]

Annenin ölmesi durumunda çocuğun yaşadığı düşünülüyorsa çocuğu çıkarmak için annenin karnının yarılması da bu kaide gereğince caizdir. Yine bir kimse zaruret haline bağlı olarak haram şekilde avlanmış bir av veya leş (meyte)den birini yemek zorunda kaldığında leşi yer. Çünkü haram avın yenilmesinde avlanma şekli, kesimi ve yenmesi olmak üzere üç suç varken leş de tek bir suç vardır. [32]

İşte bu örneklerde görüldüğü üzere karşılıklı iki durumda zarar unsuru taşıdığı için daha hafif olanı işlenerek diğerinin giderilmesi sağlanır. Ancak karşılaşılan zararlar birbirine eşit olduğu takdirde kişi hangisini dilerse onu seçebilir. Mesela bir adam gemi ile giderken gemide yangın çıkıp söndürülmesi mümkün olmasa ve gemide durduğu takdirde yanacağı, denize atladığı takdirde boğulacağı kesin olsa, Ebu Hanife'ye göre burada iki zarar eşittir ve adam seçme hakkına sahiptir. Yani ister kendisini denize atar, dilerse de gemide oturur ve yanar. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre denize atlaması kendi fiiliyle kendisini öldürmesi demek olduğundan iki zarar eşit olmadığı için gemide oturup sabretmesi gerekir. Bunun gibi bir adamı bir kimse alıp yüksek bir minareye çıkarıp ya buradan kendini aşağıya atacaksın ya da seni öldüreceğim diye tehdit edip zorladığında burada da bir önceki meselede olduğu gibi ihtilaf vardır. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre kendisini minareden aşağıya atmaz, sabreder. Ebu Hanife'ye göre ise dilediğini seçebilir. [33] Yıldırım bu içtihat hakkında kişi açısından neticenin her halükarda ölümüne çıktığını belirterek makul olanın Ebu Hanife'nin görüşü olan tercih hakkı olması gerektiğini ifade etmiştir. [34]

Kaidenin Diğer Kaidelerle İlişkisi

Bu kaide, yine Mecelle'nin külli kaidelerden "Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur." [35] ve "Ehveni's-şerreyn ihtiyar olunur" [36] maddeleriyle eş anlamlıdır. [37] Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur kaidesi zararın kendi benzeriyle değil, kendinden daha hafif bir zararla giderileceğini ifade eder. Mesela bir doktor hamile bir kadının karnındaki bebekten dolayı hayati tehlike altında olduğunu tespit ettiği takdirde ceninin alınmasında mahzur yoktur. Çünkü bu durumda cenine verilecek zarar anneye nispetle daha hafiftir. [38] Ehveni's-şerreyn ihtiyar olunur kaidesine göre bir kimse iki şer durum arasında birini seçmek durumunda kaldığında kötülüğü diğerine nispetle az olanı tercih eder. [39] Kişinin kolunun kangren olması halinde vücudunu kurtarmak amacıyla kolunun kesilmesi bu kaideye örnek verilebilir. Yıldırım bu kaideye ilişkin kamuyu ilgilendiren konularda daha az zararlı olanın tespitinin titizlikle yapılması gerektiğini vurgulamıştır. [40] Dolayısıyla Mecelle'nin 27, 28 ve 29. maddelerinde daha büyük bir menfaati korumak için kendisine nispeten aşağı derecede bir menfaatin feda edilebileceği esasının kabul edildiği görülür. [41]

Sonuç

İslam hukukunda birçok hüküm çalışmada ele alınan Mecelle kaidesinde de görüldüğü gibi zararın mümkün olduğu kadarıyla giderilmesi düşüncesine dayanmaktadır. Bir meselede maslahat ve mefsedet bir arada bulunduğu zamanda zararlarda asıl olan nefy yani yok etmek olduğu için öncelikle zararın defedilmesi amaçlanır. Çünkü zararı savuşturmak, yararı sağlamaktan önemlidir. Bir diğer nokta zararın tamamen ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı hususudur. Bu açıdan derece bakımından birbirinden farklı iki zararın varlığında her halükarda birinin gerçekleşeceği göz önüne alındığında büyük zararı uzaklaştırmanın yolu diğerine nispeten hafif olan zararı işlemeyi tercih etmektir.

Kaynakça

Ali Haydar Efendi. Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l- Ahkâm . 4 Cilt. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2. Baskı, 2017.

Atıf Bey, Kuyucaklızade Mehmet. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kaideler Şerhi . İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 1. Baskı, 2020.

Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye". Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi . 28/213-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.

Belgesay, Mustafa Reşit. Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri . İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947.

Berki, Ali Himmet. Açıklamalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye . İstanbul: Hikmet Yayınları, 1990.

Bigiyef, Musa Carullah. Kavâid-i Fikhiyye. Ankara: Ankara Okulu Yayınları , 2018.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu'fî. Sahîhü'l- Buhârî . Riyad: Dârüsselâm, 1999.

Demir, Abdullah. Mecelle ve Külli Kaideler. İstanbul: Işık Akademi Yayınları, 2011.

Döndüren, Hamdi. İslam Hukukuna Giriş . Konya: Kto Karatay Üniversitesi Yayınları, 2017.

Ekinci , Ekrem Buğra . Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle'den Düsturlar. İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 9. Baskı, 2021.

Ergüney, Hilmi. Mecelle Külli Kaideleri. İstanbul: Yenilik Basımevi, 1965.

Erdoğan, Mehmet. Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü . İstanbul: Ensar Yayınları, 3. Baskı, 2010.

Hâdimî, Ebû Saîd Muhammed b. Mustafa. Şerhû Kavâidi'l Hâdimî. Riyad: Daru İbnü'l-Kayyim; Kahire: Daru İbn Affan, 2013.

İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim. el-Eşbah ve'n-Nezâir . Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1999.

Karaman, Hayreddin. "Fıkıh". Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. 13/1-14 . İstanbul: TDV Yayınları, 1996.

Nedvî, Ali Ahmet. el-Kavâidü'l Fikhiyye . Dimeşk: Darü'l-Kalem, 3. Baskı, 1994.

Köse, Saffet. İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2. Baskı, 2018.

Yıldırım, Mustafa. Mecelle'nin Külli Kaideleri . İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2009.

Zerkâ, Mustafa Ahmet. Şerhu'l Kavâidi'l- Fikhiyye . Dimeşk: Daru'l-Kalem, 1989.

[1] Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

[2] Hayreddin Karaman, "Fıkıh", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 13/3; Ekrem Buğra Ekinci , Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle'den Düsturlar (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2021), 80.

[3] Mecelle, md.20.

[4] Saffet Köse, İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2018), 190.

- [5] Ebû Saîd Muhammed b. Mustafa el-Hâdimî, Şerhû Kavâidi'l Hâdimî (Riyad: Daru İbnü'l-Kayyim; Kahire: Daru İbn Affan, 2013), 51.
- [6] Mecelle, md.2.
- [7] Mecelle, md.4.
- [8] Mecelle, md.17.
- [9] Mecelle, md.20.
- [10] Mecelle, md.36.
- [11] Ali Ahmet en-Nedvî , el-Kavâidü'l Fıkhiyye (Dimeşk: Darü'l-Kalem, 1994) , 351.
- [12] Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu'fî el-Buhârî, Sahîhü'l- Buhârî , Riyad: Dârüsselâm, 1999, Bed'ü'l-vahy, 1.
- [13] Kuyucaklızade Mehmet Atif Bey, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kaideler Şerhi (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2020), 39.
- [14] Ekinci, Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle'den Düsturlar , 110.
- [15] Hamdi Döndüren, İslam Hukukuna Giriş (Konya: Kto Karatay Üniversitesi Yayınları, 2017), 155.
- [16] Ali Himmet Berki, Açıklamalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (İstanbul: Hikmet Yayınları, 1990), 22.
- [17] Mecelle, md.20.
- [18] Mecelle md.30.
- [19] Mustafa Yıldırım, Mecelle'nin Külli Kaideleri (İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2009), 94; Abdullah Demir, Mecelle ve Külli Kaideler (İstanbul: Işık Akademi Yayınları, 2011), 248-249.
- [20] Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l- Ahkâm (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2017), 1/79.
- [21] Mehmet Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü (İstanbul: Ensar Yayınları: 2010), 141.
- [22] Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 355.
- [23] Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 552.
- [24] Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 257.
- [25] Mecelle, md.21.
- [26] Mecelle, md.22.
- [27] İbn Nüceym Zeynüddin b. İbrahim, el-Eşbah ve'n-Nezâir (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1999), 76; Hâdimî, Şerhû Kavâidi'l Hâdimî, 52; Musa Carullah Bigiyef, Kavâid-i Fıkhiyye (Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2018), 150.
- [28] Bakara 2/217.
- [29] Nedvî, el-Kavâidü'l Fıkhiyye , 314-315.
- [30] Hilmi Ergüney, Mecelle Külli Kaideleri (İstanbul: Yenilik Basımevi, 1965), 51; Atif Bey, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kaideler Şerhi , 99 .

- [31] Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, Şerhu'l Kavâidi'l- Fıkhiyye (Dımeşk: Daru'l-Kalem, 1989), 201; Hâdimî, Şerhû Kavâidi'l Hâdimî , 52; Yıldırım, Mecelle'nin Külli Kaideleri , 92.
- [32] Hâdimî, Şerhû Kavâidi'l Hâdimî , 52-53; Zerkâ, Şerhu'l- Kavâidi'l- Fıkhiyye, 202.
- [33] Atıf Bey, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kaideler Şerhi , 99-100.
- [34] Yıldırım, Mecelle'nin Külli Kaideleri , 92.
- [35] Mecelle, md.27.
- [36] Mecelle, md.29.
- [37] Demir, Mecelle ve Külli Kaideler , 250.
- [38] Yıldırım, Mecelle'nin Külli Kaideleri, 90.
- [39] Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l- Ahkâm , 1/89.
- [40] Yıldırım, Mecelle'nin Külli Kaideleri, 93.
- [41] Mustafa Reşit Belgesay, Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947), 39.