

## Emredici-Yedek Hukuk Kuralı Ayrımı ve Bunun İslam Hukuku Açısından İmkânı\*

Ali İhsan PALA\*\*

### ÖZ

*Hukuk kurallarının konulması kadar uygulanması da büyük önem arz etmektedir. Bu sebeple hukuk bilimcileri uygulamayı kolaylaştırmak üzere kuralların emredici-yedek kural şeklinde ayrılması fikrini ortaya atmışlardır. Bununla kamu düzeni alanına giren kurallar ile girmeyenleri belirleyerek insan iradesinin hukuk düzeni içindeki hareket alanını tespit etmeyi amaçlamışlardır. Bu yazıda bu ayrımın amacı, emredici-yedek kuralların mahiyeti açıklanmakta, doğurduğu hukuki sonuçlara yer verilmektedir. Bu bilgiler ışığında İslam hukuk sistemi açısından bu ayrımın mümkün olup olmadığı değerlendirilmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Modern hukuk, İslam, fıkıh, emredici, tamamlayıcı, yedek, kural, hüküm

### ABSTRACT

**The Distinction of Imperative- Constructive Law Rule and The Possibility of This in Terms of the Islamic Law**

*The implementation of the rules have importance as the setting rules. Due to this reason law scientists, have put forward the idea of separation rules as imperative rule and constructive to facilitate the application. With the determining the rules of public order and not, they have proposed to identify the movement area human will in legal system. In this paper has been explained the aim of the distinction, the nature of imperative rule and constructive rule and has been given the legal consequences. In the light of this information is considered that this distinction is possible in terms of the Islamic legal system or not.*

**Keywords:** Modern law, Islam, Fiqh, imperative, complementary law, constructive, rule, provision

\* Bu yazı, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, Fecr Yayınları, Ankara, 2009 adlı kitabımızın 386-418. sayfalar arasındaki kısmın gözden geçirilip güncelleştirilerek makale formatında yazılmış halidir.

\*\* Prof. Dr., Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı.

## Giriş

Hukuk sistemleri toplumsal kargaşayı yaptırıma bağlı olarak koydukları kurallar vasıtasıyla sağlamayı hedefler. Bu kuralların uygulanması ise yürütme ve yargı marifetiyle gerçekleşir. Kuralların uygulanması onların konulması kadar belki ondan daha büyük bir önemi haizdir. Girift toplumsal hadiseler kuralların uygulanması sırasında kimi zorluklar bulunabilir. Hukukçular bu zorlukları aşma veya asgariye indirmenin çözüm yolları üzerine çaba harcamışlardır. Sözgelimi hukuk kurallarının çeşitli açılardan tasnif edilmesine yönelik çabaların amaçlarından biri budur. Bu bağlamda hukukçular hukuk kurallarını çeşitli açılardan sınıflandırmak istemişlerdir. Özellikle hukuk kurallarının uygulayıcıları konumunda olan yargıçlar için sınıflandırmanın önemi büyüktür.<sup>1</sup> Bu durum hukuk kurallarının tasnifi konusunda pek çok yaklaşımın ortaya çıkmasının sebeplerinden biridir.<sup>2</sup> Çünkü hukuk kuralları, nitelikleri, görünümleri, kaynakları ve yöneldiği kişiler açısından farklılıklar gösterir. Onlar bu düzenlemede, emir ve yasaklar getirir, izin verir ve yetki tanır.<sup>3</sup> Buna göre hukuk kuralları, kaynaklarına, aldıkları biçimlere, yazılı olup olmamalarına, aralarındaki hiyerarşik ilişkilere, muhatapların durumuna, kendilerine uyum bakımından bağlayıcı olup olmamaları vb. durumlara göre çeşitlere ayrılmaktadır. Bunların dışında emredici, tamamlayıcı, tanımlayıcı ve yorumlayıcı ayrımına tabi tutan yaklaşımlar da bulunmaktadır.<sup>4</sup>

Hukuk kurallarının sınıflandırılmasını ilk yapan kişi Alman hukukçu Rudolph von Jhering (1818-1892)'dir.<sup>5</sup> O hukuk kurallarını birinci derece (*primary*) ve ikinci derece (*secondary*) kurallar şeklinde ikili bir ayrım yapmıştır. Birinci derece kurallar, davranış düzenleyen ve neyin yapıp neyin yapılmayacağını belirleyen kurallardır.<sup>6</sup> İkinci derece kurallar ise, birinci derece kurallara uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımı içerir. Bu tasnifte birinci derecedeki hukuk kuralları kişilere hitap ederken, ikinci derecedeki kurallar onları uygulamak durumunda olan hâkimlere hitap etmektedir.<sup>7</sup>

XX. Yüzyıl hukukçularından H.L.A. Hart (1907-1992) da hukuk kurallarını birincil ve ikincil şeklinde bir ayrımına tabi tutmuştur.<sup>8</sup> Bir eylemin yapılmasını

1 Geniş bilgi için bk. Işıқтаç, Yasemin, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulanması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 116-118.

2 Işıқтаç, *Hukuk Normu*, s. 116.

3 Işıқтаç, *Hukuk Normu*, s. 116.

4 Işıқтаç, *Hukuk Normu*, s. 116.

5 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, AÜHF Yay., 3. bs., Ankara, 1992, s. 120.; Işıқтаç, *Hukuk Normu*, s. 116'da 319 nolu dipnot.

6 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 120.

7 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 120.; P. Hotcher, George, *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 45.

8 P. Hotcher, s. 43-44.

(emir) veya yapılmamasını (yasak) öngören kurallar birincil kurallardır.<sup>9</sup> Vergi ödemeyi emreden, hırsızlık yapmayı yasaklayan kurallar bu kabildendir. İkincil kurallara ise birincil kuralların uygulanmasını sağlamak ve onlardan doğan problemleri çözmek amacıyla oluşturulmuş kurallardır.<sup>10</sup> Bu kurallar, ortaklık, akit, yasama ve yargı gibi hak ve sorumlulukları oluşturan kurumlar için aracı kurallar niteliğindedir.<sup>11</sup> Hart'a göre davranış düzenleyen kurallar olmaları sebebiyle birincil kurallar önceliklidir. İkincil kurallar ise yetki verici niteliktedirler, yükümlülük getirmezler.<sup>12</sup>

Bu tasnif genel anlamda hukuk kuralları için söz konusu olmakla birlikte, belirli bir hukuk dalının kuralları arasında da geçerli olabilir.<sup>13</sup> Söz gelimi Türk Medeni Kanununun başlangıç hükümlerinin birinci derece kurallar, diğerlerinin ise ikinci derece kurallar olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir.<sup>14</sup>

Bazı çağdaş hukukçular hukuk normlarını (kurallarını) dil-mantık yapısı, kategorik-hipotetik ve aralarındaki bağlantılar yönünden ele alarak üç açıdan tasnif etmişlerdir. Bu tasnifi yapanlardan biri Yasemin Işıқтаç'tır. Ona göre bu üç ana kategori kendi içinde ayrıca gruplara ayrılmıştır. Buna göre dil-mantık yapısı bakımından hukuk normları:<sup>15</sup>

- a) Olumlu normlar
- b) Olumsuz normlar
- c) Açıklayıcı normlar kısımlarından oluşur.

Olumlu normlar kendi içinde birinci derece normlar ve ikinci derece normlar olarak iki kısma ayrılırlar. Olumsuz normlar da a) izin veren ve yoksun bırakan normlar b) sınırlandırıcı normlar c) Yetki veren yoksun bırakan normlar olmak üzere üç çeşittir. Diğer yandan aralarındaki ilişki bakımından normlar a) bağımsız normlar b) bağımlı normlar diye iki türden oluşmaktadır. Bağımsız normlar tam ve eksik normlar olmak üzere ikiye, bağımlı normlar da a) atıf normları b) tanım normları c) tanıma normları d) yorum normları e) genişletici-daraltıcı f) gerçekleştirci-geçici normlar g) çatışma normları olmak üzere yedi kısma ayrılmaktadır.<sup>16</sup>

9 Hart'ın tasnifi hakkında bk. Noreau, Pierre, "La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire", *Politique et Sociétés*, vol. 19, n°2-3, 2000, s. 161-176.

10 Işıқтаç, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, 2. bs., İstanbul, 2006, s. 351; P. Hotcher, s. 44.

11 P. Hotcher, s. 44.

12 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 121; Hart'ın hukuk kurallarının tasnifine dair teorisi hakkında geniş bilgi için bk. P. Hotcher, s. 43-48; Shapiro, Scott J., "The Difference That Rules Make", *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, ed: Brian Bix, Clarendon Press-Oxford, 1998, s. 33-40.

13 Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, 10. bs., Ankara, 1995, s. 74-75.

14 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 122.

15 Işıқтаç, *Hukuk Normu*, s. 118-133; Işıқтаç, Yasemin - Metin, Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 144-158.

16 Işıқтаç, *Hukuk Normu*, s. 118-133.

Hukuk kurallarının bu derece farklı gruplandırılabilmesi onların fonksiyonlarıyla yakından ilgili olduğu kanaatindeyiz. Nitekim taksimatın mahiyetinden bunu görmek zor değildir.

Bu genel tasniften başka, hukuk kurallarının uygulanması açısından emredici kurallar ve yedek kurallar şeklinde de bir sınıflandırma yapılmıştır ki burada ele almak istediğimiz tasnif budur. Bu ayrımı gerekçeleriyle birlikte açıklayacak ve İslam hukuku açısından bu ayrımın mümkün olup olmadığını uygulama örnekleri ışığında inceleyeceğiz.

### 1. Modern Hukuk Literatüründe Emredici-Yedek Kural Ayrımı

Hukuk doktrinine dair bazı eserlerde bu ayrım, hukuk kurallarının uygulanması çerçevesinde ele alınırken, bazılarında hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü çerçevesinde, bazılarında ise genel tasnif içerisinde ele alınmıştır. Birinci yaklaşım, genelde medeni hukuk eserleri ile hukuka giriş türü eserlerde,<sup>17</sup> ikinci yaklaşım daha çok özel hukukun bilhassa borçlar hukuku eserlerinde,<sup>18</sup> üçüncü yaklaşım ise hukuk felsefesi türü kitaplarda yer almaktadır.<sup>19</sup>

Hukuk kurallarının başlıca amacının, insanlar arası münasebetleri düzenlemek olmasına rağmen, kendilerine uymanın mecburiyeti bakımından hepsi aynı düzeyde değildir. Bu durum en bariz olarak kamu hukuku ile özel hukuk karşılaştırmasında kendini gösterir.<sup>20</sup>

Hukuk kurallarının emredici-yedek ayrımı meselesinin modern hukuk doktrininde “hukuk ve tarafların iradesi” problemi olarak görüldüğü ifade edilmiştir.<sup>21</sup> Diğer yandan, kuralların böyle bir ayrıma tabi tutulmasının daha çok hukuk kurallarının uygulanması açısından yapıldığını görmekteyiz. Bu durum, ilk bakışta bize neden böyle bir ayrım yapıldığı veya yapılma ihtiyacı duyulduğu konusunda bir fikir verebilir. Diğer bir deyişle, hukuk kurallarının uygulanması açısından böyle bir ayrımın yapılmasındaki temel gerekçenin, hukuk kurallarının sağlıklı bir şekilde uygulanmasını temin etmek olduğunu anlamaktayız. Bununla birlikte

17 Bk. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Medeni Hukukun Umumi Esasları*, İÜHF Yay., 4. bs., İstanbul, 1951, s. 179-185; Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi Yay., 14. bs., Ankara, 2000, s. 65-67; Bilge, s. 75-80; Akı, Erol, *Hukukun Temel Kavramları*, Fakülteler Kitabevi Barış Yay., 5. bs., İzmir, 1999, s. 31-38.

18 Bu tip eserlerde emredici-yedek ayrımına, bir tasnif biçiminde değil, akdin şartları ile hükümsüzlüğün sebepleri çerçevesinde işaret edilmektedir. Bk. Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, “S” Yay., 4. bs., Ankara, 1991, I/388-389; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 70.; Ataay, Aytekin, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, İÜHF Yay., 3. bs., İstanbul, 1981, s. 257-258; Aybay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri: Genel Bölüm*, Filiz Kitabevi, 12. bs., İstanbul, 2000, s. 54.

19 Bk. Del Vecchio, Giorgio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev: Sahir Erman, İstanbul, 1952, s. 307-316; Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, İÜ. Yay., 2. bs., İstanbul, 1952, s. 112; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 122-124; Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Kitabevi, 6. bs., İstanbul, 1991, s. 58-59.

20 Oğuzoğlu, H. Cahit, *Medeni Hukuk*, AÜHF Yay., Ankara, 1963, s. 83.

21 Önen, Mesut, *Hukukun Temel Kavramları*, Beta yay., 5. bs., İstanbul, 1999, s. 153.

hukuk felsefesi yazarları bu ayrıma farklı açıdan yaklaşmaktadırlar. Hukuk felsefesinde kurallardaki “emrîlik” niteliğini temellendirmek açısından bu tasnife yer verildiği görülür.<sup>22</sup> Bu yaklaşımın temelinde, esasen hukuk kurallarının tamamının emredici karaktere sahip olduğu anlayışı vardır. Oysa hukuka giriş niteliğindeki eserlerde, hukuk kurallarının sipesifik alanlarda uygulanma tarzını izah etme amacına matuf olarak bu ayırım üzerinde durulur. Çünkü örneğin bir tanım kuralı her hangi bir şey emretmemekte yahut bir şeyi yasaklamamaktadır. Sadece tanımlamaktadır. Bu, kuralların uygulanması esnasında ortaya çıkan bir durumdur. Hukuk felsefesi açısından bakıldığında ise, her hangi bir tanım kuralı her ne kadar bir emir veya yasak içermiyorsa da, söz konusu kuralın tanımına konu olan şey hakkında takip edilecek tutum bu kuralın tanımladığı şekil olacağından burada da kişileri ve hâkimleri bağlayıcı olan bir durum vardır. İşte bu açıdan söz konusu kural da emredici özelliğe sahiptir.

Modern hukukta bu açıdan hukuk kuralları, emredici-yedek genel başlığı altında şu şekilde tasnif edilmiştir:<sup>23</sup>

- Emredici kurallar
- Tanımlayıcı kurallar
- Tamamlayıcı kurallar
- Yorumlayıcı kurallar
- Yetki verici kurallar
- İlga edici kurallar

Bazı hukukçular bu ayrımı, emredici, tamamlayıcı ve yorumlayıcı şeklinde yapmış ve tamamlayıcı kuralları yedek kurallar olarak adlandırmıştır.<sup>24</sup> Bu tespiti yaptıktan sonra her iki kural türünü ayrı ayrı ele alarak mahiyetini ortaya koymak gerekir.<sup>25</sup>

### 1.1.Emredici Hukuk Kurallarının Mahiyeti ve Özellikleri

Emredici hukuk kuralının teknik anlamda bir tanımı yapılmamıştır. Ancak bu tür kuralların özelliklerinden hareketle açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre emredici kuralı: “Bireylerin, aksine bir tutum takınmaları mümkün olmaksızın muayyen bir davranışta bulunmasını emreden” kurallar olarak tanımlamak mümkündür.<sup>26</sup>

22 Bk. Del Vecchio, s. 307-316.; Çağlı, *Hukuk Metodolojisi*, s. 112; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 122-124; Aral, *Hukuk Bilimi*, s. 58-59.

23 Bilge, s. 75.; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 122; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, 5. bs., Ankara, 1996, s. 19-23.; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, s. 65-67.

24 Bk. Velidedeoğlu, s. 179-185.

25 Emredici yedek kural ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bk. Van Zuylen, Jean, “Les rapports entre la loi (impérative, supplétive) et l'autonomie de la volonté”, *Les Sources Du Droit Revisitées* Anthemis, Volume 2, 2013, s. 845-886.

26 Bk. Dâvûdî, Gâlib Ali, *el-Medhal ilâ ‘ilmi'l-kânûn*, Dâru Vâil, Ammân, 2004, s. 77.

Hukukun bir unsuru olması açısından genel anlamda bütün hukuk kuralları emredici olmakla birlikte,<sup>27</sup> uygulamada bazı kuralların bir mükellefiyet yükler nitelikte olmaması veya kendilerine aykırı davranmanın mümkün olması gibi durumlar söz konusu olmaktadır. Uygulamada kolaylık sağlamak için bazı kuralların emredici, yani aksi kararlaştırılmayan özellikte olduğundan yola çıkılarak bir ayırım yapılmıştır.<sup>28</sup> İşte bu nitelikte olan kurallar emredici kurallardır.<sup>29</sup> Bu açıdan bakıldığında bir kanun hükmü ya emredici kural veya yedek kural niteliğindedir.<sup>30</sup>

Emredici kuralların en belirgin özelliği, kesin, bağlayıcı ve aksine davranmanın mümkün olmayışıdır.<sup>31</sup> Bu tür kuralların mevzubahis olduğu durumlarda kişilerin iradelerinin bir fonksiyonu yoktur. Haliyle bireyler kendi iradelerini bu kuralların önüne geçiremezler ve bunları bertaraf edemezler.<sup>32</sup> Bu kurallara uyulması mutlak surette zorunlu olduğundan<sup>33</sup> *âmir kaideler* veya *mecburi kaideler*<sup>34</sup>, eski ifadesiyle *ahkâm-ı âmire* denilmiştir.<sup>35</sup> Bu kurallar –ileride açıklanacağı üzere- yaptırımları bakımından diğer kurallardan ayrılır.

Bir kuralın emredici mi yedek mi olduğunu tespit etmek pek kolay değildir.<sup>36</sup> Buna rağmen gerek yazılış şekli yani dilsel formu gerekse konuluş amaçları gibi vasıtalarla tespit edilebilir. Bunun yanında bazen belirlemeyi yapma konusunda hâkim takdir yetkisini kullanabilir. Çoğu kere emredici kuralların yazılış biçimleri onları ele verir.<sup>37</sup> Mesela, “....yapmakla mükelleftir, ....yapmak zorundadır, uyulması mecburidir, ....olamaz, ....geçersizdir, .....gerekir, vb.” ifadeler kuralın emredici olduğunu gösterebilir.<sup>38</sup> Dilsel bakımdan bu tür ifadelerle bir kuralın emredici

27 Del Vecchio, s. 312.; Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 158.; Umrân, es-Seyyid Muhammed, *el-Ususu'l-Âmme fi'l-Kânûn*, Kulliyetu'l-Hukûk Câmi'atu'l-İskenderiyye, İskenderiye, 1999, s. 41.

28 Bk. John E. C. Brierley, “The Renewal of Quebec’s Distinct Legal Culture: The New Civil Code of Québec”, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4, University of Toronto Press (Autumn, 1992), s. 493-494.

29 Mensûr, Muhammed Hüseyin, *el-Medhal ile'l-kânûn*, Menş'urâtul-halebi'l-hukûkiyye, Beyrut, 2010, s. 93.

30 Etienne, Ilunga Kabululu, *Introduction General A Letude Du Droit*, Republique Democratique Du Congo, 2012, s. 17.

31 Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998, s. 217.

32 Bilge, s. 75; Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk*, Savaş Yay., 4. bs., Ankara, 1995, s. 14; Tekinay, Selahattin Sulhi, *Boşlar Hukuku*, İÜHF Yay., İstanbul, 1971, s. 295; Umrân, es-Seyyid Muhammed, *el-Ususu'l-Âmme fi'l-Kânûn*, Kulliyetu'l-Hukûk Câmi'atu'l-İskenderiyye, İskenderiye, 1999, s. 42; Ebu's-Su'ûd, Ramazan-Zehrân, Hemmâm Muhammed, *el-Medhal ile'l-Kânûn: en-Nazariyyetu'l-Âmme li'l-Kâ'deti'l-Kânûniyye*, Dâru'l-Matbû'âti'l-Câmi'iyye, İskenderiye, 1997, s. 68.; Ebu's-Su'ûd, Ramazan-Zehrân, Hemmâm Muhammed, *Mebâdiu'l-Kânûn: el-Medhal li'l-Kânûn ve'l-İltizâm*, Dâru'l-Matbû'âti'l-Câmi'iyye, İskenderiye, ts., s. 31; Muhammed, Mahmûd Abdurrahman, *Usûlu'l-Kânûn*, Dâru'n-Nahdati'l-'Arabiyye, Kahire, 2002, s. 74.

33 Zevkliler, *Medeni Hukuk*, s. 14.; Eren, Fikret, *Boşlar Hukuku: Genel Hükümler*, “S” Yay, 4. bs., Ankara, 1991, I/389; Umrân, s. 42.

34 Bilge, s. 75.

35 Velidedeoğlu, s. 179; İmre, s. 137.

36 Niang, Mohamed Bachir, *Introduction à l'étude du droit*, Université Virtuelle du Senegal (Support de cours version imprimable), 2014, s. 8.

37 Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 217.

38 Zevkliler, *Medeni Hukuk*, s. 15.

olup olmadığını anlamak mümkün olmakla beraber, bazen kanunun yazılış biçiminden sarahaten anlaşılabilir. Bu durumda kuralların konuluş amaçlarına bakmak gerekir. Kuralın konuluş amacı tespit edildiğinde onun emredici olup olmadığını tespit etmek mümkün olacaktır.<sup>39</sup> Örneğin, Türk Ceza Kanununun 151. maddesinin 1. fıkrasında şöyle denilmektedir: “Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”<sup>40</sup> Görüldüğü gibi bu kanun maddesinin ifade biçiminden emredici nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Zira bu kural toplum bireylerine hırsızlık yapmalarını emrettiği veya hırsızlık yapmalarını yasakladığı gibi, hâkime de hırsızlık yapanı öngörülmesi şeklinde cezalandırmasını emretmektedir.<sup>41</sup> Bu kuralın emredici olduğu aynı zamanda kamu düzeniyle ilgili olduğundan da anlaşılabilir. Çünkü kural ceza hukukunu ilgilendiren bir hususu düzenlemektedir. Ceza hukukundaki baskın karakter ise kamu düzeniyle doğrudan ilgili olmasıdır. Bu alandaki kuralların konuluş amacı kamu düzenini sağlamak olduğundan kişilerin iradelerinin bir etkisi yoktur. Medeni Kanununun aile hukuku ile ilgili hükümlerini düzenleyen 124. maddesinde yer alan “Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez.”<sup>42</sup> Hükmü de yine emredici bir kuraldır.<sup>43</sup> Bu da yine kanun hükmünün konuluş amacı yönünden emredici nitelikte olduğunu söyleyebiliriz.

Yine Medeni Kanunun 11. maddesinde yer alan “Erginlik(rüş) on sekiz yaşını doldurulmasıyla başlar.”<sup>44</sup> Hükmü emredici nitelikli bir kuraldır. Haliyle bireyler bu kanunda yer alan yaşın tamamlanmasıyla reşit olurlar. Dolayısıyla kişiler kendi aralarında bu sınıra altında ya da üstünde bir erginlik yaşı belirleyemezler.<sup>45</sup> Daha pek çok örnek verilebilir. Ancak verdiğimiz örnekler emredici kuralların mahiyetini ve belirleyici özelliğini yansıtmaya yeterli olduğu kanısındayız.

Hukukun dalları açısından bakıldığında, genel olarak kamu hukuku alanındaki kuralların emredici olduğu gözlenmektedir.<sup>46</sup> Başta Anayasa olmak üzere, ceza hukukunun kuralları büyük ölçüde emredici niteliktedir.<sup>47</sup> Aynı şekilde kendisinde kamu düzeninin ağır bastığı idare hukukunu düzenleyen hükümler ile hem kamu düzeni hem de genel ahlak ve adab esaslarının hâkim olduğu aile hukuku kuralları da büyük ölçüde emredici kurallar sınıfına dâhil bulunmaktadır.<sup>48</sup>

39 Esener, Turhan, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Alkım Yay., Ofset baskı, İstanbul, 1998, s. 7.

40 TCK, Madde 151.

41 Güriz, *Hukuka Giriş*, s. 19.

42 *Medeni Kanun*, Madde 124.

43 Güriz, *Hukuka Giriş*, s. 19.

44 *TMK*, s. 3.

45 Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 157.

46 Esener, s. 8.; Aslan, İ. Yılmaz, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi, 2. bs., Bursa, 2001, s. 54.

47 Esener, s. 8.

48 Esener, s. 8.; Birsen, Kemalettin, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İÜHF Yay., 4. bs., İstanbul, 1967, s. 47.

Buna karşılık özel hukukta emredici kurallar daha az orandadır.<sup>49</sup> Özel hukukun iki yönü bulunmaktadır. Biri, aile ve kişi hukuku diğeri de mali hukuktur. Ceza hukukunda olduğu gibi kamu düzenini ilgilendiren yönünün baskın olması sebebiyle aile hukukuna ilişkin kurallar da büyük oranda emredicidir.<sup>50</sup> Aile hukuku ve eşya hukuku alanlarındaki kuralların çoğunlukla emredici olmasının bir başka nedeni, bu alanlarda şekil şartlarına önem verilmesidir. Örneğin evlenmenin, resmi memur huzurunda yapılmasını, gayrimenkulün tapu sicil kaydının yapılmasını öngören kanun hükümleri emredicidir. Dolayısıyla, evlendirme memurunun huzurunda yapılmayan bir nikâh akdi ve tapu sicil kaydı yapılmayan gayrimenkulün satışı geçersizdir. Çünkü kanunun emredici hükmüne aykırıdır. Kısaca bu alanlarda kişilerin iradelerine fazla yer verilmemiştir. Ayrıca, emredici kuralların amaçları arasında bulunan zayıfların korunmasının ön plana çıktığı iş hukukunun pek çok hükmü de yine emredici niteliktedir.<sup>51</sup>

Mali hukukun, ticaret hukuku ile borçlar hukuku dallarında ise, kuralların çoğunluğunun yedek olduğu, hatta sınırlı sayıdaki temel kurallar hariç tutulursa, bilhassa borçlar hukuku kurallarının tamamının yedek nitelikte olduğu söylenebilir. Bunun en önemli nedeni, bu hukuk dallarında irade serbestisi ilkesinin egemen olmasıdır.<sup>52</sup> Bu da daha çok liberal ekonomiye dayalı hukuk sistemlerinde hukuki ilişkilerin düzenlenmesinin büyük oranda kişilerin iradelerine bırakılmış olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>53</sup> Bununla birlikte borçlar hukuku ve ticaret hukukunda emredici kurallar da bulunmaktadır. Kendilerinde irade serbestisinin esas olduğu bu hukuk dallarında emredici kuralların varlığı, uygulamada irade serbestinden doğabilecek muhtemel sakıncaları bertaraf etme amacına yöneliktir.<sup>54</sup> Modern hukuktaki irade hürriyeti teorisinin temel bir sonucu olarak, bilhassa borçlar hukuku sahasında konulacak hükümlerin emredici nitelikte değil, yorumlayıcı tarzda olması ve böylece mümkün olduğunca kişilerin iradelerinin emredici kurallarla sınırlandırılmaması istenmiştir.<sup>55</sup>

İslam hukukunda bilhassa Allah (c.c) hakkıyla ilgili görülen hükümler emredici mahiyette hükümler olup,<sup>56</sup> aksine davranılması caiz olmayan, kişilerin iradeleriyle de bertaraf edilemeyecek hükümlerdir. Örneğin, adam öldürmek, intihar etmek, zina, hırsızlık, içki içmek gibi fiiller yasaklanmış olup, Allah (c.c) hakkı olan fiillerdir. Bu sebepten dolayı bu suçlara karşı uygulanacak cezayı kaldırmak veya

49 Ceriše, Ali Muhammed, *el-Meşrû'iyetu'l-İslâmiyyetu'l-'Ulyâ*, Mektebetu Vehbe, Kahire, 1976, 271.

50 Muhammed, *Usûlu'l-Kânûn*, s. 79.

51 Muhammed, *Usûlu'l-Kânûn*, s. 80.

52 Aslan, s. 54.

53 Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 153.; Krş: Velidedeoğlu, s. 181.

54 Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 157.

55 Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 28-29.

56 Ebu's-Su'ûd, *Mebâdî*, s. 31.



geçersiz kılmak mümkün değildir. Çünkü bunlar emredici kurallar olup<sup>57</sup> kesin surette bağlayıcıdır. Modern hukukun yukarıda bahsedilen alanlarının İslam hukukundaki karşılıklarında da hukuk kurallarının (*fikhî hükümlerin*) baskın karakteri -İslam hukukunun kendine özgü yapısından kaynaklanan bazı durumlara mahsus hükümler dışında- emredici nitelikte olmasıdır.

Emredici kurallar olumlu ve olumsuz olmak üzere iki şekilde tezahür eder. Şöyle ki; bir hukuk kuralı ona muhatap olanlardan ya bir şeyi yapmak, yerine getirmek şeklinde bir davranışta bulunması ister ki, buna kanunun emretmesi denir; ya da bir davranışı yapmamasını yahut terk etmesini ister ki, buna da kanunun yasaklaması denir.<sup>58</sup> İş Kanununun 16/4. Fıkrasında yer alan: “İşe başlamasıyla iş sözleşmesi kurulan işçilere ücretlerini işveren veya işveren vekili her birine ayrı ayrı ödemek zorundadır.” Hükümü birinci duruma; aynı kanunun 72. Maddesinde yer alan: “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.” Hükümü de ikinci duruma örnektir.

Emredici kuralların hangi amaçla konulduğu veya bunların bu şekilde nitelenmesiyle hangi hedeflerin gerçekleştirilmek istendiği hususu da bu noktada önem arz etmektedir.

## 1.2. Emredici Kuralların Konuluş Amacı<sup>59</sup>

Hukuk kuralları tasnif edilirken kuralların bir kısmının emredici diye nitelenmesinin genel anlamda kamu düzeni ve yararı, genel ahlakın korunması, zayıfların himaye edilmesinin yanı sıra ekonomik ve siyasal sebepler gibi bir takım maksatlara dayandırılmaktadır.<sup>60</sup> Bu maksatların tespiti emredici kuralları diğerlerinden ayırt etmenin bir anlamda ölçütünü de ifade eder. Bu tür kuralları diğerlerinden ayırt etmenin yollarından birinin onların dilsel ifade biçimleri olduğunu daha evvel ifade etmiştik. Ölçütlerden biri de bu kuralların içeriğini tespit etmektir. Diğer bir ifadeyle Bu kurallar hangi konuları düzenlemektedir? Emredici kuralların içeriğine ilişkin bu soruya cevap ararken karşımıza “kamu düzeni” yahut “kamu yararı” ile “genel ahlak ve âdâb” kavramları çıkmaktadır.

Belirtilmelidir ki oldukça göreceli olan “kamu düzeni/kamu yararı” ve “genel ahlak ve âdâb” kavramları modern hukuk doktrininde esasen tam olarak netleştirilmiş değildir.<sup>61</sup> Kamu yararından kasıt nedir, sınırları nelerdir? Bu

57 Muhammed, *Usûlu'l-Kânûn*, s. 89.

58 Tuleys, Salih, *el-Menhecicyetu fi Dirâseti'l-Kânûn*, Menşûrâtu'l-Zeyni'l-Hukûkiyye, Beyrut, 2010, s. 90.

59 Bk. Oğuzoğlu, s. 86-88.

60 Güriz, *Hukuka Giriş*, s. 20; Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 156; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 218.

61 Velidedeoğlu, s. 180.

konuda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Nitekim Necip Bilge ‘kamu düzeni’ kavramını “kaypak” bir kavram olarak niteler.<sup>62</sup> Bu durum, kamu düzeni ya da yararının kendi yapısından kaynaklanmaktadır. Çünkü zaman ve şartların, toplumsal değişimlerin bu kavramın içeriğinin genişlemesi ya da daralmasında önemli etkisi vardır.<sup>63</sup> Bu sebeptendir ki belli bir dönemde kamu yararı içinde mütalaa edilmeyen bazı durumlar şartların zorlamasıyla başka bir dönemde kamu yararı kapsamında görülebilir. Aynı şekilde, bir zamanlar kamu yararı kapsamında sayılan şeyler de, başka bir dönemde o kapsamda değerlendirilmeyebilir. Hatta ülkeden ülkeye de kamu düzeni kavramı farklı anlamlara sahip olabilir.<sup>64</sup> Bu kavramın değişiklik göstermesine göre hukuki düzenleme yapmanın tipik örneklerinden biri, Medeni Kanundan önce yürürlükte bulunan kanuna (İslam hukukuna) göre çok eşlilik hukuken geçerli ve kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı değilken, 1926’da yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu’nda bu durum kamu düzeniyle ilişkilendirilmiş ve yasaklanmıştır.<sup>65</sup> Buradan açıkça anlaşılmaktadır ki, bu kavramın tanımlanmasındaki öznellik sosyal, siyasal vb. şartlarla ilgilidir. Kavramdaki bu öznelliğe rağmen yine de her hâlükârda değişmeyen niteliklerin bulunduğu durumlar kamu düzeninin ana çerçevesini belirlemektedir. Örneğin, devletin genel güvenliği, toplumun sağlıklı gelişmesi gibi konular hiçbir zaman kamusal çerçevenin dışında görülecek konular değildir.

Kamu düzeni kavramıyla emredici kurallar arasında sıkı bir münasebetin olduğu anlaşılmaktadır. Bu ilişki, kuralların bu şekilde ayrılmasının amacına dayanır. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki kamu düzenini ilgilendiren hukuk kurallarının emredici nitelikte olması, emredici nitelikli olan kuralın daima kamu düzeniyle ilgili olmasını gerektirmez. Bir başka ifadeyle emredici olan her kural kamu düzeniyle ilgili demek değildir.<sup>66</sup> Örneğin, Borçlar Kanununun 288. maddesinde yer alan: “Bağışlama sözü vermenin geçerliliği, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.”<sup>67</sup> Hükmü emredici bir kural olduğu halde, kamu düzenini ilgilendiren bir yönü bulunmamaktadır.<sup>68</sup>

Emredici kuralların önemli amaçlarından biri de genel ahlaki korumaktır. Genel ahlak kavramı da yukarıda ifade edildiği gibi zaman ve şartlara, toplumsal anlayışlara göre değişebilir. Böyle olmakla beraber, bütün toplumlarda veya her zaman ve zeminde değişmeyen ahlaki değerler mutlaka vardır.<sup>69</sup> İşte hukuk,

62 Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 77.

63 Velidedeoğlu, s. 180-181.

64 Velidedeoğlu, s. 181.

65 Velidedeoğlu, s. 181.

66 Velidedeoğlu, s. 182.

67 BK. Madde: 288.

68 Velidedeoğlu, s. 182.

69 Saymen, s. 125.

kurallar koyarken bu değerleri göz önünde bulundurur, hatta bunların bir kısmını hukuk kuralı haline getirebilir. Özellikle irade serbestisinin egemen olduğu borçlar hukukunda bu amaca yönelik olarak emredici kurallar konularak, genel ahlaka aykırı muamelelerin geçersiz olacağı ifade edilmiş ve bir anlamda irade özgürlüğüne sınırlamalar getirilmiştir. Dolayısıyla kişiler genel ahlaka aykırı işlemler yapamazlar veya bir davranışta bulunamazlar. Aksi takdirde söz konusu işlemler müeyyide bakımından geçersiz sayılır, davranışlar da cezalandırılır.<sup>70</sup> Burada şunu ifade etmek gerekir ki emredici kuralların amaçladığı ahlaktan maksat genel toplumsal ahlaktır. Bireylerin kendileriyle sınırlı bulunan ahlaki davranışları hukuk kurallarının konusu değildir.<sup>71</sup> Hukukun esasen genel ahlaka aykırı davranışları yasaklamasının sebebi, toplumdaki ahlaki değer yargıları ile uygulamada olan hukuk düzeni arasında bir denge oluşturmaktır.<sup>72</sup> Zira toplumun değer yargılarını dikkate almayan bir hukuk düzeninin sağlıklı işlemesi pek mümkün olmaz.

Hangi toplumsal yapı olursa olsun, orada insanların tamamı, ister fiziksel, ister maddi imkânlarla sahip olma, isterse akli, zihni ve ruhi bakımdan olsun eşit değillerdir. Kimileri daha iyi maddi imkânlarla sahip olabilirken kimileri böyle değildir. Bazı insanlar daha zeki, akıllı ve bir takım yeteneklere sahipken, bazıları böyle değildir. Bütün bu yönlerden, daha iyi durumda olan insanlar kendileri gibi olmayanları istismar edebilir ve bu, anlaşmazlıklara ve haksızlıklara yol açabilir. İşte emredici kuralların konulmasının bir diğer önemli amacı da toplumda çeşitli yönlerden zayıf durumda olan insanları himaye etmektir. Ancak, Ferit Saymen bunun da esasen kamu düzenini ve ahlaki değerleri korumaya yönelik olduğunu söylemektedir.<sup>73</sup> Kanaatimizce de bunu kamu düzenine irca etmek mümkündür. Çünkü hukuk düzeni burada bireyin zayıf yönünü istismar etmek isteyenlere karşı onu korumaktadır. Ancak bu hukukun doğrudan hedefi değildir. Bunu yaparken dahi hukuk aslında kamu düzenini ve ahlaki sağlamayı amaçlamaktadır. Şayet hukuk düzeni emredici kurallar vasıtasıyla toplumda böyle kişileri himaye etmezse hem ahlak hem de kamu düzeni bozulur. Örneğin, mümeyyiz olmayanların yapacakları hukuki işlemlerin geçersizliğine dair hukuk kuralları emredici hukuk kuralları olup bu tür insanları, istismar edilmelerine karşı korumak maksadıyla konulmuştur. Nitekim Medeni Kanunumuzun 15. maddesinde şöyle denilmektedir: “Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.”<sup>74</sup> Bütün

70 Saymen, s. 124-125.

71 Saymen, Ferit H., *Türk Medeni Hukuku Umumi Prensipler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948, s. 125.

72 Saymen, s. 125.

73 Saymen, s. 125.

74 *TMK*, Madde 15.

bunlardan anlaşılan şey emredici kuralların başlıca konuluş gayesi, kamu yararını sağlamak, genel ahlak ve adabı korumak ve istismar edilmeleri ihtimaline karşı zayıfları himaye etmektir. Bu aynı zamanda bir kuralın emredici mi yedek mi olduğunu belirlemede bir ölçüt niteliği de taşımaktadır.

### 1.3. Emredici Kurallara Uygunluk ve Bu Kurallara Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Emredici kurallara aykırılığın bir yaptırımının olması pek tabiidir. Bu onların emredici karakterinin bir sonucudur. Zira bu kurallara riayet etmek mecburi olduğuna göre kanun koyucunun bu amaca ulaşması için bir yaptırım (müeyyide) koyması kaçınılmazdır.<sup>75</sup>

Bu kurallara aykırılığın yaptırımları hukuk düzenlerinde değişik şekillerde tezahür edebilir ve kuralların buldukları hukuk alanına göre farklılık gösterir. En belirgin farklılık, ceza hukuku alanındaki yaptırımlarla medeni hukuk alanındaki yaptırımlar arasında ortaya çıkar. Genelde bu yaptırımlar ceza ve cibrî icra şeklindedir. Örneğin ceza hukukunda bazı suçlar için idam cezası<sup>76</sup> hapis cezası, ağır hapis, para cezası gibi yaptırımlar öngörülmüştür. Medeni hukuk alanında ise ödenmeyen alacağın borçludan zorla tahsil edilmesi, tazmin ettirme, aynen iade vb. yaptırımlar yanında emredici kurallara aykırı biçimde yapılan işlemlerin hukuken yok hükmünde sayılması, batıl sayılması, (butlan) kısmen batıl sayılması gibi yaptırımlar mevcuttur. Vergi hukuku, idare hukuku alanlarında da çeşitli yaptırımlar vardır.

Emredici kurallara aykırılığa bağlanan yaptırımlar, bir açıdan onlara uygunluğun şartlarının belirlenmesinde bize fikir vermektedir. O halde öncelikle emredici kurallara uygunluğun şartlarını tespit etmek yerinde olacaktır. Zira ister modern hukukta da İslam hukukunda da akitlerin geçerli olması için bir takım şartlar öne sürülmüştür.<sup>77</sup> Bunlardan bir kısmı akdin temel unsurlarından olan tarafların ehliyetleriyle, bir kısmı tarafların irade beyanlarıyla ilgili, diğer bir kısmı da akdin konusunu teşkil eden şeylerle alakalıdır.<sup>78</sup>

#### 1.3.1. Emredici Kurallara Uygunluğun Şartları

Söz konusu şartları pozitif hukukun borçlar hukuku alanında öngörülen şartları açıklamak istiyoruz. Bu alanda akdin konusuyla ilgili olarak ileri sürülen

75 Saymen, s. 119.

76 Bu bazı ülkelerde uygulanan bir cezadır.

77 İrade hürriyeti, kapsamı farklılık gösterse de her hukuk düzeninde benimsenmiştir. İrade hürriyeti konusunda geniş bilgi için bk. Eren, *Borçlar Hukuku*, I/364 vd.

78 Akitle ilgili şartlar hakkında bk. Oğuzman-Öz, M. Kemal-M. Turgut, *Boçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 69 vd.; Akıncı, Şahin, *Boçlar Hukuku Bilgisi: Genel Hükümler*, Nobel Yayın Dağıtım, Konya, 2000, s. 75 vd.; Bardakoğlu, "Akit Hürriyeti", s. 15-26.

en önemli şartları iki ana maddede toplamak mümkündür. Bunlardan birisi, akdin hukuka aykırı olmaması, diğeri de ahlaka aykırı olmamasıdır.<sup>79</sup>

**1- Hukuka aykırı olmama:** Bir akdin konusunun hukuka aykırılığı birkaç açıdan söz konusu olabilir.

a) *Hukukun emredici kurallarına aykırılık:*<sup>80</sup> Emredici kuralların özelliklerini ve konuluş amaçlarını yukarıda incelemiştik. Emredici kurallar aksine sözleşme yapma imkânı olmayan nitelikte kurallar olduğundan, bu kurallara rağmen yapılacak bir hukuki işlem hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Şunu da ilave eddim ki emredici kurallar derken olumlu ve olumsuz (pozitif-negatif) her iki yönüyle kastedilmiştir ki daha önce bunu örnekleriyle açıklamıştık. Hem emredici kurallara hem de yasaklayıcı kurallara aykırılık birlikte emredici kurallara aykırılığı ifade eder.<sup>81</sup>

b) *Kamu düzenine aykırılık:*<sup>82</sup> Esasen kamu düzenine aykırılığı emredici kurallara aykırılığa atfetmek mümkündür. Zira emredici kuralların amaçlarından biri hatta en önemlisi kamu düzenini sağlamaktır. Bu bakımdan kamu düzenine aykırı bir işlemin, aynı zamanda emredici kurallara aykırılığı; emredici kurallara aykırılığın da kamu düzenine aykırılığı kendi içinde barındırdığını söyleyebiliriz. Ancak, bazen akdin konusu kamu düzenini ihlal edici nitelikte olduğu halde, buna dair emredici bir kural bulunmayabilir.<sup>83</sup> Çünkü daha önce de ifade ettiğimiz gibi, kamu düzeni kavramı sınırları net olarak çizilmemiş ve çizilmesi de zor bir kavramdır. Bu bakımdan hakkında emredici kural olmadığı halde bir sözleşmenin çeşitli mülahazalarla kamu düzenine aykırı görülmesi doğal bir durumdur. İşte bundan dolayıdır ki hakkında emredici bir kural olmasa da kamu düzenine aykırı durumda olan bir sözleşmeye de hukuk yine izin vermemektedir.

c) *Kişilik haklarına aykırılık:* Gerçekten modern hukuk sistemlerinde, özellikle aydınlanmanın etkisiyle kişilerin temel hak ve özgürlüklerine büyük önem verilmektedir. Nitekim insan hakları evrensel bildirgesi bunun en somut yansımalarından biridir.<sup>84</sup> Kişi haklarının ahlaki değerlerle olan ilişkisi nedeniyle, kişi haklarına aykırılıkta bazen ahlaka aykırılığın unsurları da görülür.<sup>85</sup> Dolayısıyla yapılan bir sözleşme hukuken kişi haklarını da ihlal edici olmamalıdır. Kişi haklarına aykırı

79 Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, s. 70, 72.

80 İnan, Ali Naim, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, AÜHF Yay., Ankara, 1979, s. 145.

81 Ataay, s. 256-257.

82 İnan, s. 145.

83 Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, s. 71.

84 Burada şunu ifade etmemiz gerekir ki, kişi hakları konusunda İslam hukuk sisteminde yer alan değer hükümlere modern hukuk sistemleri asırlar sonra ulaşabilmiştir. Uygulamalardaki aksaklıklar bir tarafa bırakılacak olursak, teorik bakımdan insanlığın bu konuda ulaştığı nokta oldukça önemlidir.

85 Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, s. 71.

olan bir işlem geçersiz olur. Kişilik haklarına aykırılık hakkında da emredici bir kural bulunmasa dahi, şayet işlem böyle bir hakkı ihlal edici nitelikte ise hukuk ona itibar etmeyecektir. Örneğin, makul olmayan bir ameliyata rıza göstermek böyledir.<sup>86</sup>

**2- Genel Âdab ve Ahlaka aykırı olmama:** Genel ahlak kurallarına aykırı sözleşmeler yapılamaz. Bu sadece sözleşmelerin yapılış şekli ve konusuyla sınırlı değildir. Bir akdin amacı da ahlaka aykırı olmamalıdır. Ahlaka aykırılık yapılan işlemin hukuk düzeni tarafından geçersiz kılınma sebeplerinden biridir. Burada şunun hemen ifade edilmesi gerekir ki söz konusu edilen ahlak genel toplumsal ahlaktır. Bireylerin kişisel sübjektif ahlak anlayışları değildir.<sup>87</sup> Diğer hukuka aykırılık unsurlarında olduğu gibi bu konuda da şayet genel ahlakla ilgili kanuni bir düzenleme söz konusu ise, bu durumda zaten aykırılık aynı zamanda emredici bir kuralla ilgili demektir. Ancak bazen kanunda bu konuda bir düzenleme bulunmayabilir. Böyle olsa bile yapılan sözleşme veya bir işlem, toplumun genel kabulüne mazhar olmuş ahlaki değerlere aykırı ise, hukuk bunu itibara almayacak ve ona hukuki bir sonuç bağlamayacaktır. Bir akdin ahlaka aykırı oluşunun somut göstergesi, akdin, gayri ahlaki bir amaca ve bir sonuca yönelmiş olmasıdır.<sup>88</sup> Örneğin bir randevu evi işletmek için yapılan bir ortaklık sözleşmesi hiçbir emredici kurala aykırı olmamasına rağmen, bu sözleşme, amacının ahlaka aykırılığı sebebiyle hukuken bir hüküm ifade etmez.<sup>89</sup> Bu örneğe İslam hukuku açısından baktığımızda bu hususta emredici kurala açık bir aykırılık olduğunu belirtmek gerekir.

Kanaatimizce daha önce de ifade edildiği gibi, hangi şeylerin ahlaki olduğu, hangilerinin olmadığı meselesi zaman ve şartlarla ve toplumlarda egemen olan kültürlerin farklılığıyla orantılı biçimde farklılık arz eder. Bu sebeple bu gibi değerlerde bu açıdan bir öznellik mevcuttur. Ancak her hâlükârda bütün toplumlarda hemen hemen aynı seviyede ahlaki görülen bir takım sabit değerler de yok değildir. Bu öznellikten dolayıdır ki ahlaka aykırılıktan maksadın genel ahlak olduğu ifade edilmiştir.<sup>90</sup> Ancak, buna rağmen ahlak anlayışlarında farklılıklar bulunacağı muhakkaktır.

Taraflar arasında yapılacak olan bir sözleşmenin en önemli şartlarından olan kamu düzenine, kişilik haklarına, genel ahlaka aykırı olma, hukuka aykırılığı ifade eder. Dolayısıyla hukuka aykırılık, sayılan bu unsurlardan her hangi birine aykırı olmakla gerçekleşmiş olur.<sup>91</sup>

86 Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, s. 71-72.

87 Eren, *Borçlar Hukuku*, 1/395.; Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, s. 72.

88 Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, s. 72.

89 Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, s. 72.

90 Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 395.

91 Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 390.

### 1.3.2. Emredici Kurallara Aykırılığa Bağlanan Müeyyideler

Hukuki işlemlerin hukuken geçerli olabilmesi için, emredici kurallara aykırı olmaması esastır. Aksi halde yaptırımlarla karşılaşır. Burada emredici kurallara aykırılığın hukuki sonuçlarını yani öngörülen yaptırımları somutlaştırmak için medeni hukukun özellikle borçlar hukuku alanındaki kimi yaptırımları ana hatlarıyla ele almak istiyoruz.

İrade hürriyetinin en çok konu edildiği alan borçlar hukukudur. “İrade beyanı”, “irade hürriyeti” gibi kavramların bu alanda sıkça kullanılması bunun bir ifadesidir. Çünkü bu alanda kişiler çeşitli mübadele yollarıyla bir takım borç ilişkilerine girerler ve böylece kendi uhdelerinde olan haklarını karşılıklı ya da karşılıksız olarak birbirlerine devrederler.

Borçlar hukuku alanına giren akit yapma hürriyeti, geniş çerçeveli tutulmuş olmasına rağmen, bir takım sınırlandırmalardan hali değildir. Bu sınırlandırmalar daha ziyade kamusal düzenin korunması ve bu tür muamelelerde üçüncü şahısların haklarını koruma amacına yönelik bulunmaktadır. Bu amaçların gerçekleşmesi için bazı hukuki düzenlemelerle akit hürriyetine bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Bu tür sınırlamalar hukukun emredici kurallarıyla belirlenmiştir.<sup>92</sup> Hukuk düzeninin sınırları içinde fertlerin, irade beyanlarıyla diledikleri hukuki sonuçları ortaya koyabilme özgürlüğü demek olan akit hürriyeti, birkaç açıdan ele alınmaktadır.<sup>93</sup> Bunlar, akit yapma yapmama, akdin konusunu serbestçe belirleyebilme, akdi değiştirme, akdin şeklini belirleme ve nihayet karşı tarafı seçme hürriyetidir.<sup>94</sup> Bir başka ifadeyle, akdin içeriği ve şartlarını dilediği gibi belirleyebilme serbestisinden ibarettir.<sup>95</sup>

Bugün modern hukukta, hukuka aykırılığın müeyyideleri, aykırılığın durumuna göre<sup>96</sup> çeşitli aşamalar halinde kategorize edilmiştir. Ne var ki, hukukçular arasında bu konuda tam bir birlik yoktur. Gerçekten modern hukuk literatürünü incelediğimizde, her eserde hükümsüzlük aşamalarının çeşitli mülahazalarla farklı biçimlerde belirlenmeye çalışıldığını görmekteyiz. Bu durum hükümsüzlük konusunun modern hukuk doktrininde henüz netleştirilmediği izlenimi vermektedir. Konuya dair biri klasik, diğeri de modern olmak üzere iki teoriden bahsedilmektedir:

92 Akit hürriyetinin felsefi dayanağı konusunda bk. Erman, Hasan, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *İÜHF*, cilt: XXXVIII, Sayı: 1-4, İstanbul, 1973, s. 601-603.

93 Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri -I-*, Evrim Yay., 6. bs., İstanbul, 1990, s. 9.

94 Akit hürriyetinin mahiyeti hakkında geniş bilgi için bk. Zevkliler, *Boçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, Savaş Yay., 3. bs., Ankara, 1987, s. 6 vd.; Tandoğan, I/9-12.

95 Bardakoğlu, Ali, “İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, *EÜİFD*, Kayseri, Sayı: 1, Yıl, 1983, s. 9; Haçkalı, Abdurrahman, “İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 13, Yıl: 2002, s. 122.

96 Aybay, s. 53.

Birincisi: Hükümsüzlüğü hukuki işlemlerin oluşumu esnasındaki sakatlık olarak gören klasik teoridir. Bu teoriye göre söz konusu sakatlık: Biri, mutlak butlan ve nisbî butlan olmak üzere iki aşamalı; diğeri de, yokluk, mutlak butlan ve butlan olmak üzere üç aşamalıdır.<sup>97</sup>

İkincisi: Hükümsüzlüğü, bir müeyyide veya hukuka aykırılığın bir sonucu olarak gören modern teoridir. Bu teori, birbirlerinden kesin çizgilerle ayrılmış ikili ya da üçlü ayrımı kabul etmeyip bu kategorilerden her hangi birine yakın bulunan ara kategorilerin olduğunu kabul etmektedir.<sup>98</sup> Modern teoriyi savunanlardan biri olan Aydın Aybay, eleştirilebilir olmasına rağmen klasik ayırımın, hükümsüzlük sisteminin tamamının kavranması bakımından kendisine başvurulmasının yararlı olacağını ifade etmektedir.<sup>99</sup>

İşte modern hukuk doktrindeki bu yaklaşım farklılığı sebebiyle, hükümsüzlük kategorileri tek tip olarak incelenmemiştir. Söz gelimi bazı yazarlar hükümsüzlüğü, sadece butlan ve nisbî butlan şeklinde, kimileri yokluk, butlan, nisbî butlan,<sup>100</sup> kimileri de mutlak butlan, butlan ve nisbî butlan şeklinde ele almışlardır. Bazı hukukçular da, hükümsüzlüğü, kesin hükümsüzlük ve askıdaki hükümsüzlük olmak üzere iki ana başlık içerisinde ele alırlar.<sup>101</sup> Emredici kurala aykırılık açısından hükümsüzlüğü üç aşamada ele almak uygun olacaktır.<sup>102</sup>

**a) Yokluk:** Yoklukla kastedilen hükümsüzlük hali, yapılan işlemin hiç yapılmamış ve doğmamış sayılmasıdır. Bu tür işlemler içerdikleri sakatlıktan dolayı yok sayılmaktadır.<sup>103</sup> Hukuk kurallarının emredici-yedek ayırımının ilk etkisi yokluk yaptırımında kendini gösterir. Çünkü bu yaptırıma maruz kalan işlemlerde hukukun emredici kurallarına aykırılık vardır. Bu sebeple, bu kurallara (emir ve yasaklara) aykırı bir biçimde yapılan her hangi bir işleme hukuk düzeninin sonuç bağlaması ve böylece o işlemin haklar doğurabilmesi söz konusu değildir.

**b) Mutlak Butlan:** Bazı hukukçuların sadece butlan da dedikleri bu yaptırımda, taraflarca gerçekleştirilen akit işlemleri yapılmış ve doğmuştur. Ancak, akit geçerlilik şartlarındaki bir eksiklik sebebiyle bu akit ölü doğmuştur. Taraflar isteseler de mutlak butlan ile malul olan bir işlemleri hukuken geçerli hale sokamazlar. Bu yaptırımın sonuçlarından biri, bu tür işlemlerin kendiliğinden hükümsüz olması sebebiyle, hükümsüzlüğün temini için ilgililerin dava açması gerekmemektedir.

97 Apaydın, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, Yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 96-97.

98 Apaydın, *Hükümsüzlük*, s. 98.

99 Aybay, s. 53.

100 Aybay, s. 53.

101 Tekinay, *Borçlar Hukuku*, s. 344, 348; Ataay, s. 178-180.

102 Hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü konusunda geniş bilgi için bk. Apaydın, *Hükümsüzlük*, s. 89 vd.

103 Türk hukuk doktrininin bu yaptırım için eskiden kullandığı ifade *keenlemeyekündür*. Bk. Saymen, s. 120.



Diğer yandan hükümsüzlük iddiasını ileri sürmek sadece tarafların yetkisinde olmayıp, ilgili herkes bu iddiayı ileri sürebildiği gibi, hâkim de görevi gereği, bu durumu resen dikkate almak zorundadır.<sup>104</sup> Bu yaptırıma maruz kalan akdin temel unsurları bulunmakla birlikte, emredici kurallarla bu unsurlarda bulunması gereken vasıflardan birinin olmaması bu tür muamelelerin ölü doğmasına sebep olmuş ve bundan dolayı da hukuk onu geçersiz saymıştır.

Belirtmek gerekir ki, butlan kavramının, aile hukukundaki içeriği ile borçlar hukukundaki içeriği arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Borçlar hukukundaki butlan, aile hukukundaki “yokluk”a tekabül etmektedir.<sup>105</sup>

İslam hukuk doktrinindeki hükümsüzlük kategorilerinden olan “butlan” yaptırımı modern hukuktaki “yokluk” ve “butlan”ın doğurduğu sonuçları intaç ettiği için “yokluk” şeklinde ayrı bir yaptırım söz konusu edilmemiştir. Nitekim Türk Medeni Kanununda “yokluk” diye bir hükümsüzlük çeşidi bulunmamaktadır.<sup>106</sup> Zira bu kavramın ortaya çıkmasının sebebinin, evlenme akdiyle ilgili olarak, kanunda belirlenen sınırlamalar dışında, kanunun öngörmediği durumlarla karşılaşılması olduğu belirtilmektedir.<sup>107</sup>

*c) Nisbi butlan:* Kimi hukukçular tarafından askıda kalan işlemler kategorisinde değerlendirilen bu yaptırımda da yapılan işlem doğmuş, ancak bazı sakatlıklar içerir şekilde doğmuştur. O sebeple hukuk bu tür sözleşmeleri tamamen geçersiz saymamakta ve kendisindeki sakatlığın giderilmesi halinde hukuki sonuçlarını doğurabileceğini öngörmektedir. Buradaki sakatlık tarafların iradeleriyle ortadan kaldırılabilir niteliktedir.<sup>108</sup> Kısmî butlan da denilen bu yaptırımda, akdin içeriğinde yer alan esaslardan bir kısmı akit hürriyeti sınırlarını aşmakta, bir kısmı ise aşmamaktadır.<sup>109</sup> Başka bir ifadeyle akdin bazı unsurları emredici kurallara aykırılık taşıırken bazıları taşımamaktadır. Bu durumda akit geçerli sayılacak mıdır, yoksa sadece sakat kısımlar mı geçersiz sayılacaktır? İşte hukuk düzeni, bu sorunun cevaplanması maksadıyla böyle bir yaptırım öngörmüştür.

Emredici kurallara aykırılığa dair yaptırımlar, İslam hukuk biliminin fıkıh usulü dalına dair eserlerde “nehyin fesada delalet edip etmediği” bağlamında ele alınmıştır. Bu konuda çok önemli teori ortaya koymuş olan Hanefilerin, yasağa konu olan şeylere ilişkin yaptıkları tasnife göre, kendi zatından dolayı yasak olan

104 Eren, I, 407.; Aybay, s. 54.

105 Tekinay, S. Sulhi, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 7. bs., İstanbul, 1990, s. 111-112; *Borçlar Hukuku*, s. 299-300; Oğuzman-Dural, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2. bs., İstanbul, 1998, s. 90.

106 Akıntürk, Turgut, *Aile Hukuku*, AÜHF Yay., 2. bs., Ankara, 1975, s. 166.

107 Akıntürk, *Aile Hukuku*, s. 166; Krş: Senhürî, Abdurrezâk, *Masâdiru'l-Hak fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Dâru'l-Fikr, byy., 1954, IV/86.

108 Zevkliler, *Medeni Hukuk*, s. 32.

109 Eren, I, 409.

işlemler hukuken geçersizdir. Yani batıldır. Hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Bunun anlamı akdin temel unsurlarından her hangi birinin bulunmamasından kaynaklanan bir sakatlık söz konusudur. Bu sebepten ötürü akit batıldır ve hukuki bir değeri yoktur. Akdin temel rükünlerindeki bir sakatlıktan dolayı İslam hukukçularının “bâtıl” dedikleri bu yaptırım modern hukuktaki “butlan(mutla)” yaptırımına tekabül edebilir.<sup>110</sup>

Hanefilerin “aslı itibariyle meşru, ama vasfı itibariyle meşru olmayan muamele” diye tarif ettikleri muamele fasittir.<sup>111</sup> Bu modern hukuktaki “nisbî butlan” yaptırımına tekabül edebilir. Örneğin faizli muameleler böyledir. Çünkü bu tip muameleler aslen helal olan birer alış-veriştir. Ne var ki, akdin konusu olan bedellerden birisindeki karşılıksız fazlalık, bu alış-verişin mahiyetinden olmayan ve sonradan eklenen bir unsurdur. Söz konusu bu unsur caiz olmadığı için akde bir fesat unsuru olarak girmiştir. Ancak İslam hukuku açısından meselenin dinî veçhesinin de bulunması sebebiyle bu tür muameleler, her ne kadar bazı hukuki sonuçlar doğuruyorsa da, düzeltilmesi vasıftaki arızanın giderilerek sahih hale getirilmesi gerekir. Aksi halde taraflar uhrevi bakımdan günahkâr olurlar. Bir noktaya işret etmek gerekir ki o da şudur; Hanefi doktrinindeki fesat yaptırımında kamu maslahatı anlayışı baskın iken modern hukukta yalnızca hakkı ihlal edilen tarafın hakkının korunması baskındır. Bu açıdan aralarında önemli bir fark bulunmaktadır.<sup>112</sup>

Kendilerine aykırılığın doğurduğu hukuki neticeleriyle birlikte mahiyetini ve hususiyetlerini ortaya koymaya çalıştığımız emredici kuralların karşı tarafındaki yedek kuralların da mahiyetini ve işlevlerini tespit ederek emredici-yedek kural ayrımının hukuksal mantığını görmeye çalışalım.

#### 1.4. Yedek Hukuk Kurallarının Mahiyeti ve Özellikleri

Adından da anlaşılacağı üzere yedek kurallar, uygulamada emredici kuralların zorluklarını gidermek için konulmuştur. Bunlara *tamamlayıcı*<sup>113</sup> veya *tanzim edici* (düzenleyici) kurallar da denilmektedir.<sup>114</sup> Yedek kuralların ya da tamamlayıcı kuralların en önemli özelliği, nihai tarzda bir bağlayıcılıklarının bulunmaması, başka bir ifade ile kişilerin sözleşme yaparken bunların aksine karar alabilmeleridir. Kişiler kendi iradeleri doğrultusunda hareket ederek, bu tür kuralların aksini kararlaştırabilirler. Şu halde yedek kuralları: “Kendilerine uymak zorunlu olmayıp,

110 Bk. Apaydın, s. 146.

111 Bk. A. Buhari, Abdulaziz b. Ahmed, *Keşfü'l-Esrâr 'an Usûli'l-Pezdevî*, Thk: Muhammed el-Mutasımbillah, Dâr-ur'l-Kitâbi'l-Arabî, 2. Bs., Beyrut, 1994, I/531.; İsnevî, Cemâluddîn Abdurrahîm b. El-Hasen (ö. 772/1370), *et-Temhîd fî Tahrîci'l-Furû' 'ale'l-Usûl*, Thk: Hasan Heyto, Muessesetu'r-Risâle, 4. bs., Beyrut, 1987, s. 59.; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Nesil Yay., İstanbul, 1991, II, 261.

112 Bk. Apaydın, s. 146.

113 Velidedeoglu, s. 183.; Saymen, s. 127; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, s. 65.; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 196.

114 Saymen, s. 127; Bilge, s. 79.

bireylerin iradesiyle bertaraf (göz ardı) edilebilen, ancak, bertaraf edilmeyip, anlaşmazlık çıkması halinde uygulanacak olan kurallar” olarak tanımlamak mümkündür.<sup>115</sup>

Yedek kurallar emredici kuralların aksine, göz ardı edilebilen kurallardır. emredici kurallarda kişilerin en küçük bir müdahaleleri söz konusu olmayıp, onları doğrudan bağlamaktadır. Emredici kurallarda olduğu gibi yedek kuralları da dilsel üsluplarından yani yazılış biçimlerinden tespit etmek mümkündür. Bunlar genellikle, “....ma(e)dıkça, ...ebilir, ...almazsa, ...değilse” vb. ifade kalıplarıyla yazılıdır.<sup>116</sup> Örneğin, Borçlar Kanununun 95. maddesi bu niteliktedir. Maddede şöyle denilmektedir: “Süre uzatılmış ise yeni süre, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, önceki sürenin sona ermesini izleyen birinci günden başlar.”<sup>117</sup> Bu kanun maddesinde altı çizili ifadeler, bu kuralın bir yedek kural niteliğinde olduğunu bize göstermektedir. Zira bu ifade açık bir şekilde, tarafların bu kanunda belirtilen sürenin aksine bir zamanı süre başlangıcı olarak belirleyebileceklerini göstermektedir. Bu durumda, kural kendisine ihtiyaç duyulduğu zaman uygulanacak ve o takdirde bağlayıcı niteliği ortaya çıkmış olacaktır.

Aynı kanunun 12. Maddesinde şöyle denilmektedir: “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.”<sup>118</sup> 43. Maddesinde ise şöyle denilmektedir: “Hukuki işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durumlarında sona erer.”<sup>119</sup> Bu kanunun 207. Maddesinin b fıkrası şöyledir: “Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler.”<sup>120</sup>

Ticaret Kanununun 229. maddesinde de şöyle denilmektedir: “Ortaklar oybirliği ile karar almadıkça hiçbir ortak, sermayesinden eksilen kısmı tamamlamaya zorlanamaz. Sermayenin zararla eksilen kısmı, aksine karar yoksa gerçekleşecek kâr ile kapatılır.”<sup>121</sup> Bu kanun maddesinde de altı çizili olan ifadeler bu kuralın yedek nitelikli olduğunu göstermektedir.

İş Kanununun 63. Maddesi ise şöyledir: “Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır.”<sup>122</sup>

115 Saymen, s. 127; Kısmen sadeleştirildi. Krş., Tuleys, *el-Menhecıyettu'l-Kânûniyye*, s. 91.

116 Saymen, s. 117.

117 BK, Madde 95.

118 BK, Madde: 12.

119 BK, Madde: 43.

120 BK, Madde: 207/b.

121 TK, Madde 229.

122 İş Kanunu, Madde 63.

Medeni Kanununun 24. maddesinde “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.”<sup>123</sup> Denilmektedir. Görüldüğü gibi bu kuralda, kanunda sözü edilen kişilerin istemesi halinde devreye girecek ve uygulanacak olan bir yedek kuraldır.

Şayet kuralın yazılı ifadesinden anlaşamıyorsa kuralın hangi menfaatle ilgili olduğuna bakılır. Bireyin yararını gözetiyorsa büyük oranda yedek kural olduğu anlaşılır.<sup>124</sup>

Kişilerin iradelerine geniş serbestiyet tanınmış olan borçlar hukuku gibi hukuk dallarında hukuk kuralları ağırlıklı biçimde yedek kural niteliğindedir. Bu husus Fransız Medeni Kanununun 1103. maddesinde şöyle yer almıştır. Söz konusu maddede şöyle denilmektedir: “*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. /Kanuna uygun olarak yapılmış sözleşmeler, onları yapanlar açısından kanun mahiyetindedirler.*”<sup>125</sup> Nitekim Borçlar Kanunumuzun 26. maddesi de bu doğrultuda bir hüküm koyarak şöyle demiştir: “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”<sup>126</sup> Kanununun ifade ettiği hüküm şudur; sözleşmede taraflar emredici hükümlere aykırı olmamak üzere sözleşmeleri diledikleri gibi düzenleyebilirler.

Yedek kurallar taraflara yapacakları sözleşmelerde geniş bir serbestlik tanır. Bu sayede onlar sözleşmenin muhtemel sonuçları hakkında ayrıntılarla uğraşmazlar.<sup>127</sup> İşlemlerini yalnızca anlaştıkları şartlar doğrultusunda yaparlar. Aralarında bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda, yedek kurallar devreye girer ve bu kuralların uygulanmasıyla da anlaşmazlık sorunu yargı önünde çözülmüş olur. Zira tecrübeler, insanların genelde hukuki muameleleri yaparken sözleşmenin ana çerçevesi üzerinde anlaşmaya vardıklarını, fakat ayrıntıları üzerinde durmadıklarını göstermiştir.<sup>128</sup> Bu sebeple, sözleşmelerde zaman zaman boşluklar bulunabilmekte ve bu da anlaşmazlıklara yol açmaktadır. Taraflarca bırakılan bu boşluklar, bilinçli olabileceği gibi bilgisizlik, ihmal vb. durumlarda olduğu gibi, bilinçsiz de olabilir.<sup>129</sup> İşte yedek kuralların bir amacı da söz konusu boşlukların doldurularak anlaşmazlıkların giderilmesidir.<sup>130</sup>

Bazı hukuk kurallarının yedek hukuk kural sınıfına dahil edilmesi, kişilerin iradesine geniş serbestlik alanı tanıma esasına dayanmasına rağmen, bazı

123 TMK, Madde 24.

124 Tarakçıoğlu, s. 43.

125 Bk. Code civil - Article 1103: <https://www.legifrance.gouv.fr/> Erişi: 12.10.2016.

126 BK, Madde 26.

127 Tarakçıoğlu, İhsan, *Türk Medeni Hukuku*, Emel Matbaacılık Sanayi, Ankara, 1978, s. 43.

128 Tarakçıoğlu, s. 43; Krş: Sadeh, Abdulmünim Ferec, *Usûlu'l-Kânûn, Dâru'n-Nahdati'l-'Arabiyye*, Beyrut, ts., s. 72.

129 Binath, Yusuf Z., *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, Sevinç Matbaası, 3. bs., Ankara, 1975, s. 65.

130 Tarakçıoğlu, s. 43.; Esener, s. 10.; Akı, s. 36.

hukukçular bu durumun giderek daraldığını ifade etmektedirler. Kemalettin Birsen bu konuda şunları söylüyor: “Anlaşıyor ki borçlar kanunu alanında yorumlayıcı, yedek hukuk kaidelerine fazlaca rastlanmakta ise de içinde bulunduğumuz durumlar dolayısıyla ve çeşitli kanunlar gereğince, şahısların iradelerinin eskiye oranla daha fazla tahditlere uğradığı, ferdiyetçi liberal düşüncelerden yavaş yavaş uzaklaşıldığı da bir gerçektir. Fransız büyük devriminin yarattığı ferdiyetçilik, hürriyetçilik eğilimleri 19. asır sonlarında, özellikle 20. asırda, yaşadığımız yıllarda fazlasıyla sınırlanmıştır.”<sup>131</sup> Birsen’in bu açıklaması, hukuki düzenlemelerde yedek kuralların nispetinin zaman ve şartlara, ülkelerin takip edecekleri yönetim anlayışlarına göre şu veya bu oranda azalıp eksilebileceğini göstermektedir. Ancak her hâlükârda yedek kurallar varlığını sürdürecektir.

Yedek kurallara ilişkin yapılan bu izahlardan anlaşılmaktadır ki bu kuralların bir kısmı tamamlayıcı, bir kısmı tanımlayıcı ve bir kısmı da yorumlayıcı niteliktedir. Örneğin, alış-veriş yapmış olan iki kişi, hangi tarafın borcunu daha önce ödeyeceğini aralarında kararlaştırmamış olmamaları sebebiyle anlaşmazlığa düşmeleri halinde ortaya bir boşluk çıkmaktadır. Borçlar Kanununun 207. Maddesi b fıkrasında yer alan “Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler.”<sup>132</sup> Hükmü bu boşluğu doldurduğundan tamamlayıcı nitelikte bir yedek hukuk kuralıdır.<sup>133</sup> Şu kadar var ki yedek kuralların mutlak surette, tamamlayıcı, tanımlayıcı veya yorumlayıcı nitelikte olması gerekmez. Bu üç durumun hiç biriyle ilgisi olmadığı halde bir kural yedek nitelik taşıyabilir.<sup>134</sup> Bu durum tamamen kuralın konusu ve konuluş amacıyla açıklanabilir. Nitekim Medeni Kanunun bazı hükümleri böyledir.<sup>135</sup>

Özetle yedek kurallar başlangıç itibariyle bağlayıcı olmayan ama sonuç itibariyle bağlayıcı olan kurallardır. Bunları aksine davranmanın mümkün olması, onları esas itibariyle emredici olmaktan çıkarmaz.<sup>136</sup> Çünkü yedek kurallar, kendilerine aykırı sözleşmelerin yapıldığı zaman, bir etkinlik göstermezler. Onların etkinliği, kendilerine aykırı sözleşmelerin yapılmadığı durumlarda gündeme gelir ve o takdirde kesin bağlayıcı olurlar.<sup>137</sup>

Yedek kuralların diğer iki çeşide de şunlardır:

131 Birsen, s. 48.

132 BK, s. 66.

133 Oğuzman, *Medeni Hukuk*, s. 64.

134 Bk. Oğuzman, *Medeni Hukuk*, s. 64-65.

135 Oğuzman, *Medeni Hukuk*, s. 64-65.

136 Sadeh, s. 73-74.; Umrân, s. 43.

137 Umrân, s. 43.

a) Tanımlayıcı kurallar: Hukuk düzenlerinde, bu tür kurallar kişilere her hangi bir yükümlülük getirmemekte, bir emir veya yasak içermemektedirler. Bu kuralların varlık nedeni, diğer hukuk kurallarında sözü edilen kavram ya da ifadelerin veya bazı meblağların miktarını tarif edip belirleyen nitelikteki kurallardır. Kanunlarda bu tür kurallar çok fazla olmamakla beraber zaman zaman var olduğu görülür.<sup>138</sup>

Örneğin, Medeni Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir.”<sup>139</sup> Hükmü bir tanımlayıcı kuraldır. Görüldüğü gibi bu kural, kişilere bir şey emretmemekte veya yasaklamamakta, yani bir sorumluluk yüklememektedir. Sadece bir tarif yapmaktadır. Bu açıdan bakıldığında bu kural, ikametgâh ile ilgili diğer âmir hükümlerin anlaşılıp uygulanması için tanımlayıcı bir kural olarak yedek kural niteliğindedir. Ancak, bu kural, kanun koyucu tarafından bir kanun maddesi olarak vazedildiğine göre, ikametgâh ile ilgili diğer kurallar uygulanırken bu maddede yazılan tanıma uyma zorunluluğu vardır. Bir başka ifadeyle bu kanun maddesi, yargıçlara ikametgâh konusunda nasıl davranmaları gerektiğini bildiren bir emir niteliğindedir. İşte bu açıdan bakıldığında bu kural emredicidir.

Medeni Kanununun 118. maddesinde yer “Nişanlılık, evlenme vaadiyle olur.”<sup>140</sup> Hükmü nişanlanmayı tarif eden bir yedek kuraldır. Aynı şekilde Ticaret Kanununun 12. maddesi de taciri tanımlayan bir yedek kural niteliğindedir.<sup>141</sup> Madde şöyle: “Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir.”

b) Yorumlayıcı kurallar: Yedek hukuk kurallarının ikinci kısmını yorumlayıcı kurallar oluşturur. Kuralın yorumlayıcı olmasının anlamı, başka kurallarda yer alan ve ihtilafa neden olabilecek ifadeler veya bir sözleşmede tarafların kullandıkları ifadelerin ne anlama geldiğine açıklık getirmesidir.<sup>142</sup> Tamamlayıcı kurallar ile yorumlayıcı kurallar arasında bazı benzerlikler bulunmakla birlikte, ikisini birbirinden ayıran en önemli husus, tamamlayıcı kuralların boşluk doldurucu olmalarına karşılık, yorumlayıcı kuralların ifadelerin nasıl anlaşılması gerektiğini belirleyen kurallar olmasıdır.<sup>143</sup> Bu tür kurallarda emir, onları uygulayarak anlaşmazlıkları çözmekle yükümlü olan yargıçlara yönelmektedir.<sup>144</sup> Örneğin, taraflar arasında yapılan bir alış-veriş muamelesinde borcun ödenmesine dair bir süre (on gün, bir hafta, bir yıl vs.) belirlemeleri halinde bu sürelerin nasıl hesaplanacağını

138 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 123.; *Hukuka Giriş*, s. 20.

139 *TMK*, s. 4.

140 *TMK*, s. 27.

141 İmregün, Oğuz, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 10. bs., İstanbul, 1993, s. 33.

142 Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 155; Esener, s. 10.; Tarakçıoğlu, s. 43.; Binatlı, s. 65.

143 Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, s. 66.; Akı, s. 36-37.

144 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 124.

hükme bağlayan kurallar yorumlayıcı nitelikli kurallardır.<sup>145</sup> Nitekim Borçlar Kanununun 91. maddesinde yer alan “Borcun ifası için bir ayın başlangıcı veya sonu belirlenmişse, bundan ayın birinci ve sonuncu günü; ayın ortası belirlenmişse, bundan da ayın onbeşinci günü anlaşılır.”<sup>146</sup> Hükmü bu durumu açıklığa kavuşturan yorumlayıcı bir kuraldır.<sup>147</sup> Bu kanunun 92. maddesi de sürelerin izahını ayrıntılı bir şekilde yapan bir yedek kuraldır.<sup>148</sup>

İşaret edildiği gibi yedek kurallar, kendi içindeki çeşitlerine göre, hemen hemen hukukun tüm alanlarında bulunabilmekle beraber, kamu düzeni unsurunun pek fazla etkin olmadığı borçlar hukukunda daha çok bulunmaktadır. Hatta bazı istisnalar hariç tamamının yedek kural olduğu söylenebilir. Bunun temel sebebi ise borçlar hukukunda akit hürriyeti ilkesinin esas olmasıdır. Bir başka ifadeyle, bu alanda temel unsur akit yapma özgürlüğüdür. Bu sebeple kişiler, kanunun öngördüğü esaslara, yani emredici kurallara aykırı olmamak kaydıyla, diledikleri akitleri diledikleri tarzda yapabilirler. Burada şekil şartlarının fazlaca bir önemi yoktur.

Şunu söyleyebiliriz ki hukuk kurallarının çeşitli açılardan pek çok tasnife tabi tutulduğu görülmektedir. Ancak bu sınıflandırmalar içinde, emredici-yedek kural ayrımının bilhassa özel hukuk alanında oldukça önemli bir yer işgal etmekte olduğu ve bundan dolayı ayrı bir önemi haiz bulunduğu ayrıca dikkat çeken bir husustur. Bu ayrımın uygulamada bir takım kolaylıklar sağlayacağı muhakkaktır. Hayatın akışını kolaylaştırmak, insanlar arası ekonomik ve ticari ilişkilerin gelişmesine imkân vermek vb. sebeplerle bilhassa borçlar hukuku ve ticaret hukuku alanında, hukuk düzeninin emredici kurallarına ve genel ahlaka aykırı olmamak kaydıyla kişilerin iradelerine serbestlik tanımak açısından bu düzenlemenin yerinde ve isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

## 2. Emredici-Yedek Hukuk Kuralı Ayrımının İslam Hukuku Açısından İmkânı

İslam hukuk doktrininde hükümler için teknik manada bir emredici-yedek hukuk kuralı ayrımından söz etme imkânı yoktur. Tabiidir ki, böyle bir ayrımın bizzat yapılmamış olması, yapılamayacağı anlamına gelmez. Nitekim modern hukukta bu ayrımın tarihi 19. yüzyılı öteye geçmemektedir. Hukukçuları bu noktaya getiren ise tarihi, kültürel ve sosyal şartlar olmuştur. Uygulamadan elde edilen deneysel birikimler sonucu böyle bir ayrımın, insan davranışlarının hukuk

145 Saymen, s. 131.

146 BK, Madde 91.

147 Bk. Bilge, s. 80.

148 Bk. BK, Madde 91,92.

karşısında hür olduğu alanı belirlemek açısından yararlı olacağı ve hukuk kuralını uygulamak durumunda olan yargıçlara kolaylık sağlayacağı anlaşılmıştır. Hukuk kurallarını böyle bir ayrıma tabi tutmak ihtiyaçtan doğmuş olduğundan,<sup>149</sup> İslam hukukunda böyle bir ayırımın olmayışını doğal kabul etmek gerekir.

İslam hukukunun temel iki kaynağı Kur'ân ve Sünnet nasslarıdır. Bu her iki kaynakta yer alan hukuki nitelikli nasslar, -bugünkü manada- doğrudan birer kanun metni biçiminde değildir. Çünkü Kur'ân'ın tek amacı hukuki ilişkileri düzenlemek olmadığından onun içerisinde, kişi ile yaratıcısı arasındaki münasebetleri düzenleyen öğretilerden, ahlakî ve insanî değerlere kadar pek çok husus yer almaktadır. Bundan dolayıdır ki zaman zaman hukuki nitelikli ayetlerde, diğer münasebetlerin işaretleri görülür. Dolayısıyla, naslarda yer alan emirlerin kişilerden hangi ölçüde taleplerde bulunduğu, bazen yoruma gerek duyulmayacak kadar açık ifade edilirken, bazen bu taleplerin derecelerini tespit etmek için yorum gerekebilmektedir.

Hukukun dalları açısından dikkatlice bakıldığında, İslam hukukundaki hükümlerin de, modern hukukta olduğu gibi, emredici-yedek ayırımına tabi tutulabileceği görülür. Zira her iki hukuk sistemi arasında ayrıntılar açısından bazı farklı noktalar bulunsa da temel hukuk nosyonu ve mantığı açısından kayda değer bir farklılık bulunmamaktadır. Bu sebeple emredici-yedek ayırımının İslam hukukunda da yapılmasının mümkün olabileceğini düşünüyoruz. Mesela, İslam kamu hukuku alanına giren hususlarda konulan hükümlerin, kişilerin iradeleriyle bertaraf edilecek nitelikte olmadığı açıktır. Teknik ifadesiyle, bu tür hükümler "Allah hakkı" (*hukûkullah*) kapsamında olduğundan, insanların onları bir şekilde ıskat etme ya da bertaraf etme yetkileri bulunmamaktadır. Yedek kuralların egemen olduğu borçlar hukuku açısından ise, İslam hukukunda durum modern hukuktan çok farklı değildir. Çünkü İslam hukuk doktrininde de bu alanda, irade hürriyeti ilkesine bağlı olarak, akit hürriyeti prensibi benimsenmiştir.

Akitlerle ilgili olarak Kur'ân'daki düzenlemelere bakıldığında, akitlerde temel bazı ilkelerin bulunduğu görülür. Mesela, *Ey iman edenler akitleri yerine getirin.*<sup>150</sup> Ayeti akitlere bağlı kalmayı emrederken, *Ey iman edenler, mallarınızı aranızda haksızlıkla değil, karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle yiyin.*<sup>151</sup> Ayeti de akitlerde rıza unsurunun bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Bu sonuncu ayet, rıza unsuruna vurgu yapmasının yanı sıra, muamelelerin, hukuka aykırı olamayacağını da ifade etmiş bulunmaktadır. Bu durumda ayet, İslam borçlar hukukunda temel ilkeyi koyarak, ayetin belirlediği esaslara aykırı olmamak üzere, kişilerin diledikleri

149 Ebu's-Su'ûd-Zehrân, *Medhal*, s. 65.

150 Mâide, 5, 1.

151 Nisâ, 4,29.



akitleri, diledikleri biçimde yapabileceklerini de ima etmiş olmaktadır. Çünkü gerek Kur'an-ı Kerim'e ve gerekse Sünnete bakıldığında, borçlar hukukuyla ilgili olarak yapılan düzenlemelerin, temel esaslar niteliğinde olduğu ve geri kalan alanın kişilerin iradelerine bırakıldığı görülür. Bu ayetin ifade ettiği bir başka hususta, akitlerde her hangi bir şekil şartının öngörülmemiş olmasıdır. İsimli-isimsiz akitler açısından bu önemli bir noktadır. Zira fıkıh kitaplarında, bugüne kadar insanlar tarafından uygulanagelen ve bilinen akit türleri dışında, zamanla çeşitli borç ilişkileri doğuran sözleşmeler ortaya çıkmaktadır. Bunların belli bir akit türü kapsamı içinde değerlendirilmesi zorunlu değildir.

Öte yandan belirttiğimiz gibi İslam borçlar hukukuna dair hükümler büyük oranda yedek kural niteliindedir. Bu alanda sadece yapılamayacak işlemlerin sınırları belirlenmiş ve olabildiğince daraltılmıştır.<sup>152</sup> İslam hukukçuları akitlerde temel ilkenin yasaklık mı yoksa serbestlik mi (*ibâhe*) olduğu yönünde iki yaklaşım ortaya koymuşlardır.<sup>153</sup> Biri akitlerde aslolanın yasaklık (*hazr*) olduğu, diğeri de mubahlık (*ibâhe*) olduğu yönündedir.<sup>154</sup> Belirtilmelidir ki birinci yaklaşım dikkate alınsa dahi serbest alanın daha geniş olduğu gözlenmektedir. Özellikle Hanbeli mezhebi akitlerle ilgili şartların belirlenmesinde çerçeveyi en geniş tutan ekoldür. Buna göre akit hürriyeti çerçevesinde, genel esaslara yani hukuk düzenince konan emredici hükümlere aykırı olmadıkça, taraflar diledikleri akit türlerini diledikleri şartlar çerçevesinde belirleyebilirler.

Ayrıca, faiz alıp vermeyi yasaklayan ayetler de zayıfların himayesi noktasından akit hürriyetine bir sınırlandırma getirmektedir. Hz. Peygamber (s.a.v) de: *Müslümanlar şartlarıyla bağlıdırlar.*<sup>155</sup> Diğer bir rivayette ise, *Müslümanlar şartlarıyla bağlıdırlar; Ancak, bir haramı helâl veya bir helâli haram kılan şart hariç.*<sup>156</sup> Buyurarak akitlerde hangi tür şartların ileri sürülemeyeceğini<sup>157</sup> beyan etmiş, ayrıca kişilerin akitlerde iradelerini diledikleri gibi ortaya koyabileceğini belirtmiş ve bir anlamda akit hürriyetinin sınırlarını belirleyen bir başka ilkeyi koymuştur.

152 Hadis eserlerinde "....*إبھی النبی عن* Resulullah (s.a.v.) ....*satışını yasakladı.*" vb. (Buhâri, Buhâri, Muhammed b. İsmâil, *el-Câmi'u's-Sahih*, Thk.: Muhammed Zühayr b. Nasır, Dâru Tüku'n-Necâti, Beyrut, 2001, Had. No: 1486, 2086, 2124, 2142, 2189, 2246, 2281, 2381, 5142, 6756.; Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş'as, *es-Sunen*, Thk.: Şuayb Arnavut, Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye, Beyrut, 2009, Had. No: 3382, V/263.) şeklinde yasak muameleleri belirleyerek ibahe alanını genişletmiştir.

153 Zuhayli, Muhammed, *el-Kavâ'idu'l-Fikhiyye ve Tatbikâtuhâ fi'l-Mezâhibi'l-Erba'a*, Dâru'l-Fikr, Dimaşk, 2006, II/815.

154 Geniş bilgi için bk. Haseni, Abbas, *el-Akdu fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, byy., 1993, I/41-85.

155 Buhâri, *İcâre*, 14.

156 Tirmizî, *Ahkâm*, 17.

157 Akitlerde ileri sürülebilen ve sürülemeyen şartlar konusunda geniş bilgi için bk. Şazeli, Hasan Ali, *Nazariyyetu-Şarti fi'l-Fikhi'l-İslâmî: Dirâsetun Mukârenetun beyne'l-Fikhi'l-İslâmî ve'l-Kânûn*, Dâru'l-İttihâdi'l-'Arabî, Kahire, ts.

Bazı akitlerde şekil şartları bulunmakla birlikte bunlar akdin mahiyetinin ve kamu düzeninin gereği olarak konulmuş şartlardır.<sup>158</sup> Örneğin, rehin akdinde rehin bırakılan malın teslim edilmesi şartı bir şekil şartı olup, rehin akdinin mahiyetinden kaynaklanan bir durumdur. Çünkü rehin bırakılan mal, teslim edilmediği takdirde rehin akdinden söz edilemez.<sup>159</sup> Nikâhta şahit bulundurulması şartı da bir şekil şartıdır. Çünkü bu şart aile hukukuyla ilgilidir. Aile hukukunda ise kişilerin iradelerinden çok, kamu düzeni unsuru baskındır. Şu halde buradaki şekil şartlarına ilişkin hükümler emredici mahiyettedir ve kişiler bunları kendi iradeleriyle bertaraf edemezler.

İslam hukukçuları, emrin delalet ettiği manayı tespit etme sadedinde, naslardan elde edilecek hükümler bakımından emir sigasındaki talebin beş kategoriden birine tekabül ettiğini tespit etmişlerdir. Elde edilen bu sonuca “hüküm” adını vermişlerdir ki bu modern hukukta “hukuk kuralı”na tekabül etmektedir. Bunlar vucûb, haram, nedb, ibahe ve kerahettir. Vücup her halükarda bağlayıcı bir hüküm olup aksine davranılması halinde; şayet hüküm sadece dini nitelikli ise uhrevî ceza/yaptırım, şayet hukuki nitelikli ise, hem uhrevî hem de dünyevî ceza söz konusudur. Nedbde ise uhrevi veya dünyevi bir yaptırım söz konusu olmayıp yapılması halinde kişilerin uhrevi mükâfata nail olması vardır.<sup>160</sup> Haram vucubun, kerahet de nedbin zıttıdır. İbahede ise kişiler, yapıp yapmamakta serbesttirler. Öte yandan İslam hukukçularının emrin mucebinde, uhrevi ve dünyevi maslahata yönelik teşvikleri ayırarak, ilkinde nedb, ikincisine de irşâd demiş olmaları önemlidir. Biz hukuki bakımdan bu ayrımın göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Şöyle ki; irşad dünyevi maslahatlara yönelik teşvik olduğuna göre, irşada delalet eden emir sigalarındaki taleplerin konusu olan hususlarda insanlara esnek bir alan bırakılmıştır. İnsanlar, bu alanlarda kendi maslahatları doğrultusunda diledikleri gibi düzenleme yapabilirler. Bununla birlikte, maslahat nassın tavsiye ettiği yönde olabilir.<sup>161</sup> Bu durumu daha ziyade zaman ve şartlar belirler. İrşad kavramı hukuk kurallarını tasnif ederken ya da yedek kuralları belirlerken bize ipucu vermesi bakımından da önemlidir. Yukarıdaki açıklamalarda yedek kuralların, akit hürriyetiyle ilgili olduğunu belirtmiştik. Bu tür kuralların söz konusu olduğu alanlar, daha ziyade kişilerin maslahatlarının ön planda olduğu alanlardır. Özellikle borçlar hukuku böyledir. Zerkeşî'nin bir usul bilgininden naklettiği şu ifadeler, emredici-yedek ayrımı konusunda bize bir fikir verebilir. Söz konusu ifadeler şöyledir: “Muamelat ve akitlerle ilgili ne kadar

158 Bardakoğlu, “Akit Hürriyeti”, s. 12.

159 Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhu'l-İslâmî ve Edilletuh*, Dâru'l-Fikr, 3. bs., Dımaşk, 1989, V, 207.

160 Abdulberr, Muhammed Zekî, *el-Hukmu's-Şer'i ve'l-Kâ'idetu'l-Kânûniyye*, Dâru'l-Kalem, Kuveyt, 1982, s. 89.

161 Maslahatın İslam Hukukundaki yeri konusunda bk. Şennâvî, Sa'd Muhammed, *Meda'l-Hâceti li'l-Ehzi bi Nazariyyeti'l-Mesâlihi'l-Mursele fi'l-Fikhi'l-İslâmî (I-II)*, el-Matba'atu'l-Fenniyye, 2. bs., Kahire, 1981.

emir varsa bunlar, ya irşada, ya yasaklamaya, ya da ibaheye delalet ederler.”<sup>162</sup> Gerçekten bu ifadeler üzerinde durulmaya değerdir. Şöyle ki; Burada muamelat ve akitlerde iki temel unsura vurgu yapılmaktadır. Birincisi, yapılan muameleler ve akitlerin, nassın öngördüğü yasaklara aykırı olamayacağı hususudur ki bu emredici kurala işaret etmektedir. Diğeri de, yasağa (emredici kurala) aykırı olmamak üzere, kişiler akitlerini düzenleme ve yapma konusunda serbesttirler ki bu da yedek kurala işaret etmektedir.

İslam hukuku açısından emredici-yedek kural ayrımına bir başka açıdan da bakılabilir.<sup>163</sup> Bilindiği gibi, İslam hukukçuları, hakları genel olarak iki ana guruba ayırmışlardır.<sup>164</sup> Birisi, Allah (c.c) hakkı, diğeri de kul hakkı. Allah (c.c) hakkı olan konular daha ziyade kamu maslahatıyla ilgili olan konulardadır.<sup>165</sup> Kul hakları da daha ziyade kişilerin bireysel maslahatlarıyla ilgilidir.<sup>166</sup> Borç veren kimsenin borcunu talep etme hakkı gibi.<sup>167</sup> Biz biliyoruz ki emredici kuralların konuluşunun en başta gelen amacı, kamu düzenini ve genel ahlakı korumaktır. Bu açıdan bakıldığında, İslam hukukunda, hukukun hangi alanıyla ilgili olursa olsun bu tür hükümler bulunmaktadır ve bunlar naslardaki emirlerden çıkarılmıştır. Dolayısıyla bu hükümlerle ilgili naslardaki emirler vucuba delalet etmektedir veya karinelere gereği vucuba hamledilmişlerdir. Kul haklarıyla ilgili düzenlemelerde de emredici hükümler bulunmakla birlikte, genelde yedek nitelikli hükümler kişilerin maslahatlarıyla ilgilidir. Çünkü kul haklarıyla ilgili konularda kişiler, başkaları lehine kendi haklarından vazgeçebilirler.<sup>168</sup>

Emredici-yedek ayrımının tespit edilebileceği bir başka yön de hükümlerin amaçları açısından yapılan tasnif olabilir.<sup>169</sup> İslam hukukçuları, bu açıdan hükümleri üç ana kategoriye ayırmışlardır:<sup>170</sup>

**Zaruriyyat:** Bu tür hükümler, toplumsal hayatın idamesi için zaruri olup kamu yararını gözetici mahiyettedir. Bu guruba giren temel unsurlar, din, can, akıl, ırz ve malın korunmasıdır.<sup>171</sup> Gerçekten naslarda bu hususlarla ilgili olarak pek çok

162 Zerkeşi, Bedruddin Muhammed b. Bahâdir, *el-Bahru'l-Muhît*, Thrc. ve Mür: Ömer Süleyman el-Aşkar-Muhammed Süleyman el-Aşkar- Abdussettâr Ebû udde, Vezâretü'l-Evkâf veş-Şu'ûni'l-İslâmiyye, Kuveyt, 2. bs., 1992, II, 364.

163 Ebu's-Su'ûd-Zehrân, *Medhal*, s. 93.; Krş: Muhammed, s. 85-89.

164 Pezdevî, IV/230 vd.; Serahsî, *Usûl*, II/289 vd.; Sââti, II/656 vd.; Neseî, *Keşf*, II, 56 vd.

165 Muhammed, s. 86.

166 Muhammed, s. 88.

167 Muhammed, s. 88.

168 Muhammed, s. 90.

169 Ebu's-Su'ûd-Zehrân, *Medhal*, s. 94-95; Krş: Muhammed, s. 90-95.

170 Şâtibi, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ, *el-Muvâfakât fî Usûli's-Şerîa*, Thk: Abdullah Dırâz, el-Mektebetu't-Ticâriyyetu'l-Kübrâ, Kahire, ts., I/30, 77; Haseballah, Ali, *Usûlu't-Teşri'i'l-İslâmî*, Dâru'l-Me'ârif, Kahire, 1985, s. 296-297; Muhammed, s. 90.

171 Şâtibi, II, 10.

hükümler sevk edilmiştir. Bu alana giren hükümler emredici niteliktedir.<sup>172</sup> Bu sebeptendir ki bütün dinler ve hukuk sistemleri bu esasların korunmasının gerekliliğini kabul etmiştir.<sup>173</sup>

**Haciyyat:** Bu kategorideki hükümler, insanların hayatlarını kolay kılmak, onların ihtiyaçlarına cevap vermek ve maslahatlarını gözetmek üzere konulmuştur<sup>174</sup>. Bu hükümlerde, duruma göre emredici sınıfına katılabilecek olanlar bulunabileceği gibi, yedek olarak kabul edilebilecek hükümler de vardır. Özellikle, muamelat konusunda kişilerin iradelerine bırakılan irşadî ve ibahe hükümler yedek hükümler olarak görülebilir.

**Tahsiniyyat:** Buradaki hükümler daha çok ilk iki kategorideki hükümleri tekit ve tamamlayıcı niteliktedir. Burada da emredici hükümler bulunabileceği gibi, yedek hükümler de bulunabilir.

Modern hukuk kurallarının, dini bir hukuk sistemi olmasından kaynaklanan kendine özgü bazı hususlar hariç tutulacak olursa, büyük ölçüde İslam hukukundaki hüküm kategorilerinde karşılıklarının var olduğu söylenebilir.<sup>175</sup>

İslam kamu hukuku alanına dahil olan hükümlerin genel karakteri emredici niteliktedir. Örneğin İslam ceza hukukunda adam öldürmeyi yasaklayan ayetin<sup>176</sup> gösterdiği hüküm bir hukuk kuralı olarak emredici bir kuraldır. Kişinin öldürmek istediği şahıs buna rıza gösterse bile yani kendi iradesiyle bunu istese dahi bu fiilin işlenmesi yasaktır ve suçtur. Hırsızlık, zina vb. fiilleri yasaklayan bütün hükümler bu kabil hükümlerdendir.

Aile hukukuyla ilgili olarak, kendileriyle evlenmenin yasak olduğu kadınları beyan eden ayetin gösterdiği hüküm<sup>177</sup> emredici bir hukuk kuralı olup bir erkek - tarafların rızası olsa bile- bu kadınlardan biriyle evlilik yapamaz. Çünkü bireyler emredici kuralın hilafına bir akit yapamazlar.

Aynı şekilde İslam miras hukuku hükümlerinin bilhassa mirasın taksimi açısından yedek nitelikte olduğu söylenebilir. Miras, mirasçılarının tereke üzerindeki hakkı olduğundan sıklıkla rızaya atf yapılmıştır. Nitekim varisler terekeyi naslarda belirlenen oranlar üzerinden değil de aralarında kendi rızalarıyla belirleyecekleri miktarlar üzerinden bölmek isterlerse bu taksim geçerlidir. Bu durumda payları belli oranda belirleyen hükümler yedek kural konumundadır. Ancak sonradan paylaşımı yapan varisler arasında bir niza ve ihtilafın ortaya çıkması halinde

172 Şâtıbî, I, 132.

173 Şâtıbî, I, 38.

174 Haseballah, s. 297; Muhammed, s. 92.

175 Örnekler için bk. Abdulber, *Hukm*, s. 87 vd.

176 En'am, 6/151; İsrâ,

177 Nisâ, 4/23.

bunun bertaraf edilmesi mevcut hukukî hükme bağlı olacağından ilgili hükümler devreye girecek ve taraflar kanunun belirlediği paylara göre haklarını alacaklardır. Örneğin ölen birinin terekesi mirasçılar arasında hâkim kararıyla değil de rızaya dayalı olarak paylaşılsa bu paylaşım geçerlidir. Fakat sonradan ölene mirasçı olduğu anlaşılan birisi ortaya çıkar hak iddia ederse yapılan taksim iptal olur.<sup>178</sup> O takdirde kanunda öngörülmediği şekilde taksim edilir veya isterlerse yeniden rıza ile paylaşım yapabilirler. Rıza ile yapılan paylaşımın sonra ölenin birine vasiyet yapmış olduğu anlaşılır ve vasiyetin lehtarına çıkarsa gene hüküm aynıdır. Ortak malların paylaşımında da benzer uygulamalar vardır.<sup>179</sup> Bölmenin nasıl yapılacağını öngören hükümlere rağmen tarafların bölmeyi rıza ile yapmaları halinde bu geçerlidir.<sup>180</sup> Ancak ihtilaf etmeleri halinde hukuki hüküm devreye girecek ve hâkimin ona göre vereceği hüküm bağlayıcı olacaktır.

Burada Mecelle'den iktibas ettiğimiz aşağıdaki birkaç maddeden ilk kısmı emredici, diğerleri ise yedek kuralların tipik örneklerini teşkil etmektedir.

Emredici kural niteliğinde olan maddeler:

Madde-921: “*Bir kimse mazlûm olmakla, âhara zulm etmeye sâlahiyyeti olamaz.*” Mesela birisi tarafından haksız yere malı itlaf edilen kimse buna karşılık o kişinin malını itlaf etme yetkisi yoktur.<sup>181</sup> Şayet itlaf ederse her ikisi de tazmin etmekle yükümlü olurlar. Çünkü zarara zarar karşılık vermek yasaklanmış olduğundan<sup>182</sup> emredici hükme aykırılık söz konusudur.

Madde-1341: “*Sermâyenin ayn olması şarttır. Deyn, yani zimem-i nâsda olan alacak, sermâye-i şirket olamaz.*” İki kişi başka bir şahsın zimmetinde olan alacaklarını şirket sermayesi yapacak olurlarsa bu geçersizdir. Aynı şekilde birinin sermayesi ‘*ayn*’ diğerinin ki zimmetteki borç (*deyn*) olsa ortaklık yine geçersiz olur. Ortaklıkta şirket sermayesinin ‘*ayn*’ olması şart olması emredici bir kuraldır. Taraflar bu kurala aykırı işlem yapamayacaklarından bu ortaklık geçersizdir. Çünkü başkasının zimmetinde bulunan alacak ile alım satım yapmak ve kâr elde etmek mümkün değildir.<sup>183</sup>

178 Kâsânî, Melikü'l-Ulemâ Alâuddîn Ebî Bekr b. Su'ûd, *Bedâi'us-Sanâi' fi Tertîbiş-Şerâi'*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1986, VII, 30.

179 Kâsânî, VII, 30.

180 Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kâmûsu*, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul, 1985.VII, 138.

181 Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, Arapça'ya çeviren: Fehmi el-Hüseynî, Dâru Âlemi'l-Kutub, Riyad, 2003, II, 611.

182 Bu konudaki hadis için bk. İbn Mâce, Muhammed b. Yezîd, *es-Sunen*, Thk.: Muhammed Fuâd Abdalbâkî, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ts., Had. No: 2340, II, 784.

183 Ali Haydar, III, 358.; Atf Bey, *Mecelle-i Ahkâmı Adliye Şerhi*, İstanbul, 1338/1919, s. 176.

Madde-267: “Üzerinde ekin olan arzun tesliminde, üzerindeki ekini biçip yahut hayvana yedirip arzı tahliye etmeye bâyi’ mecbur olur.” Çünkü arazinin satışı sırasında üzerindeki ürün akde dahil edilmemişse akde dahil olmaz. Dolayısıyla ürünün tahliye edilmesi gerekir. Kanun hükmü bunu emretmektedir.

Madde-268: “Üzerinde meyve olan ağacın tesliminde, meyvesini devşirip ağacı tahliye etmeye bâyi’ mecbur olur.” Bir önceki madde ile aynı hükme tabidir.

Madde-318: “Hıyâr-ı ta’yin ile muhayyer olan kimse, müddet-i muayyene mürrûrunda aldığı şeyi ta’yine mecbur olur.” Bu durumda akdi feshetme hakkı bulunmaz.<sup>184</sup>

Madde-193: “Bey’ gibi ikaalede dahi ittihad-ı meclis lâzımdır.” Alış veriş yaparken icap ve kabulün aynı mecliste olması şarttır. Aynı hüküm akdin iptal edilek istenmesi (ikâle) halinde taraflardan biri ikale için icapta bulunduktan sonra meclis dağılmadan diğerinin de kabul etmesi gerekir ki ikale geçerli olsun. Aksi halde emredici hüküm olan bu şartı taşımadığından geçersiz olur.<sup>185</sup>

Madde-197: “Mebî’in, mevcud olması lâzımdır.” Mecelle’nin 205. Maddesinde mevcut olmayan (ma’dûm) şeyin satılması geçersiz (bâtil)dir. Bu sebeple mesela henüz hiç oluşmamış meyvenin satışı gibi.<sup>186</sup>

#### Yedek kural niteliğinde olan maddeler:

Madde-621: “Yalnız kefilin icabıyla kefalet münâkid ve nâfiz olur. Fakat mekfûlün leh dilerse reddedebilir. Ve mekfûlün leh reddetmedikçe kefalet bâki kalır.” Kefalet sözleşmesi iki tarafın icap ve kabulü ile kurulabildiği gibi, yalnızca kefil olan kişinin kefil olma teklifinde (îcâb) bulunmasıyla da gerçekleşmiş olur. Maddenin ifadelerinden de anlaşılacağı gibi kefaletin devam etmesi lehdarın reddetmemesine bağlanmıştır. Yani isterse reddedebilir ve kefalet sona erer.<sup>187</sup>

Madde-727: “Mal sahibinin izni mutlak ise, müsteîr anı her vechile rehin edebilir.” Burada görüldüğü üzere birisinden bir malı ödünç alan kimseye rehin alma izni vermektedir. İsterse malı rehin almaz.

Madde-505: “Bir iş filan vakte kadar ifâ olunmak üzre, ücreti ta’yin olunarak akd-i icâre câiz ve şart muteber olur.” Bir kimse terziye aynı gün yetiştirmek şartıyla gömlek dikmesi için bir kumaş verse bu akit geçerlidir. Şayet terzi şarta uygun olarak gömleği dikerse aralarında anlaştıkları ücrete hak kazanır. Eğer o gün yetiştiremezse emsal ücrete (ecr-i misil) hak kazanır.<sup>188</sup> Çünkü bu durumda

184 Ali Haydar, I, 313.

185 Ali Haydar, I, 168.; Atf Bey, s. 51.

186 Ali Haydar, I, 177, 181.; Atf Bey, s. 53, 55.

187 Ali Haydar, I, 739.; Atf Bey, s. 7.

188 Ali Haydar, I, 578.; Atf Bey, s. 69.

söz konusu şart olmaksızın akit yapmış sayılacaklarından kanunun öngördüğü emsal ücret hükmü uygulanmak durumundadır.

Madde-563: “*ücret mukavele edilmeyerek bir şahıs bir kimsenin talebi üzerine ol kimseye [bir müddet] hizmet ettikde [şahs-ı mezkur] ücret ile hizmet eder makûleden ise [o şahıs ol kimseden] ecri misil alır.*” Yani bir kimse normalde ücretle iş gören ve ücreti belli olan bir kesimden olan birine: “Gel filanca işi yap” dese o da gelip aralarında bir anlaşma olmaksızın ve ücrette belirlenmeden işe başlarsa iş sözleşmesi fasid olarak gerçekleşir. İş yapıp bitirdiğinde ecri misile hak kazanır. Eğer işe başladığı sırada ücreti belli ise belirlenen ücreti alır.<sup>189</sup>

Madde-781: “*İsm-i mebi’in müştetilâtından olmayıp, yahut mebi’in tevâbi-i müttetile-i müstekirresinden olmayan ve mebi’in cüz’i hükmünde veya anınla beraber satılması örf ve âdet iktizâsından bulunmayan şeyler, hîn-i bey’de zikrolunmadıkça bey’de dahil olmaz. Fakat örf ve âdet-i beldece mebi’a tabe’an satılalagelen şeyler, min gayr-i zikr bey’de dahil olur.*” Satışa konu olan şeye yerleşik bir ilintisi veya onun bir parçası olmayan yahut örf bakımından satılan türden olmayan şeyler satış sözleşmesine ayrıca belirtilmedikçe satışa dahil olmazlar.<sup>190</sup>

Belirtelim ki Mecelle’nin hemen hemen bütün bölümlerinde yer alan tanımların tamamı yedek kural kategorisindedir.

### Sonuç Yerine

Hukuk kurallarının sınıflandırmalara tabi tutulması çeşitli sebeplere dayanmaktadır. Uygulamada kimi kolaylıklar sağlaması, kamu yararı, genel ahlakın korunması ile muamelelerde bireylerin serbest hareket alanlarını belirleme gibi nedenlerin hukuk kurallarının emredici-yedek şeklinde ayrılmasında etkin faktör olduğu anlaşılmaktadır. Bu faktörler aynı zamanda emredici kurallar ile yedek kuralları birbirinden ayırt etmenin ölçütlerinden birini oluşturmaktadır. Hukuk kuralı olmaları itibariyle her iki kural türü de konuldukları andan itibaren herkes için bağlayıcı (emredici) niteliktedir. Emredici kurallara aykırı bir işlem yapmanın mümkün olmamasına karşılık, yedek kuralların aksine işlem yapılabilir olması, onları hukuk kuralı olmaktan çıkarmadığından, bağlayıcı olmadığı anlamına gelmemektedir. Yedek kurallar kendilerine ihtiyaç duyulduğunda devreye sokulan ve işletilen kurallardır. Toplumsal maslahatın tezahür ettiği kamu hukuku alanındaki hükümlerin emredici kural kategorisinde yer aldığı gözlemlenirken, bireysel maslahatın temininde önemli rolü bulunan irade hürriyetinin baskın olduğu borçlar hukuku vb. alanlardaki hükümlerin ise çok büyük kısmının yedek kural niteliğinde olduğu tespit edilmiştir.

189 Ali Haydar, I, 648.; Atf Bey, s. 106.

190 Ali Haydar, I, 211.; Atf Bey, s. 71.

Dini karakterli olmasından kaynaklanan bazı hususi durumlar bir kenara bırakıldığında, hukuk mantalitesi bakımından İslam hukukunda da hükümlerin bu ayrıma tabi tutulmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Zira emredici kuralların yöneldiği amaç ile düzenledikleri alanlara bakıldığında İslam hukukunda bu yapının olmadığı söylenemez. Aynı durum yedek kurallar bakımından geçerlidir. İslam hukuk sistemi de bireysel maslahatların gerçekleştirilmesinde irade hürriyetine büyük önem verilmiş ve bu alanda olabildiğince genişlik tanınmıştır. Hz. Peygamber (s.a.v.)'in şartlara bağlı kalmayı öngören hadis bu konuda bir umde gibidir.

Gerek mahiyet gerekse içerik olarak bir benzerliğin ve uygunluğun var olmasının yanı sıra, yasaklayıcı bir hükmün ya da ilkenin bulunmaması da bu ayrımı mümkün kılmaktadır. Emredici-yedek ayrımının temel esprisini dikkate aldığımızda ise, bu ayrımın İslam hukuku bakımından da uygulamada katkı sağlaması beklenir. Bununla beraber belirtilmelidir ki İslam hukuku açısından hükümleri bu şekilde bir ayrıma tabi tutmak, modern hukukun gözettiği amaçlar ve kullandığı araçların aynen benimsenmesi anlamına gelmez. Zira modern hukukta emredici kuralların belirlenmesinde ölçüt olarak dikkate alınan kamu düzeni ve yararı ile genel ahlakın korunması esaslarında İslam hukuku ile uyuşmayacak nitelikler bulunabilir ki, fiilen vardır. Bu ise 'kamu düzeni' ve 'genel ahlak' kavramlarındaki rölativiteden ve her iki hukukun yapısal farklılığından kaynaklanmaktadır. Dinî karakterli olması sebebiyle İslam hukukunun kabul edeceği genel ahlak ve kamu düzeni anlayışıyla, sırf beşeri karakter taşıyan modern hukukun bu kavramlara yükleyeceği anlamlar farklı olabilmektedir. Kuşkusuz bu farklılığın yanında, evrensel hukuk normlarının bir gereği olarak örtüşen noktalar da bulunabilir. Nitekim İslam hukukunun batı hukukuna birçok konuda -Endülüs aracılığıyla- etki ettiği ve katkısının olduğu gerçeğini dikkate aldığımızda bu örtüşmenin tabii olduğu anlaşılır. Aynı şekilde yedek kuralların belirlenmesinde de bir görelilikten söz edilebilir ve bu noktada da İslam hukuku ile modern hukuk arasında ayrışan ve örtüşen noktalar bulunabilir.



## Kaynakça

- A. Buhari, Abdulaziz b. Ahmed, *Keşfu'l-Esrâr 'an Usûli'l-Pezdevî*, Thk: Muhammed el-Mutasımbillah, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 2. Bs., Beyrut, 1994.
- Abdulberr, Muhammed Zekî, *el-Hukmuş-Şer'î ve'l-Kâ'idetu'l-Kânûniyye*, Dâru'l-Kalem, Kuveyt, 1982.
- Akı, Erol, *Hukukun Temel Kavramları*, Fakülteler Kitabevi Barış Yay., 5. bs., İzmir, 1999.
- Akıncı, Şahin, *Boçlar Hukuku Bilgisi: Genel Hükümler*, Nobel Yayın Dağıtım, Konya, 2000.
- Akıntürk, Turgut, *Aile Hukuku*, AÜHF Yay., 2. bs., Ankara, 1975.
- Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, Arapça'ya çeviren: Fehmî el-Hüseynî, Dâru Âlemi'l-Kutub, Riyad, 2003.
- Apaydın, Hacı Yunus, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, Yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989.
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Kitabevi, 6. bs., İstanbul, 1991.
- Aslan, İ. Yılmaz, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi, 2. bs., Bursa, 2001.
- Ataay, Aytekin, *Boçlar Hukukunun Genel Teorisi*, İÜHF Yay., 3. bs., İstanbul, 1981.
- Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâmı Adliye'den Şerhi Kitabîş-Şerikât*, İstanbul, 1338/1919.
- Aybay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri: Genel Bölüm*, Filiz Kitabevi, 12. bs., İstanbul, 2000.
- Bardakoğlu, Ali, "İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", *EÜİFD*, Kayseri, Sayı: 1, Yıl, 1983.
- Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, 10. bs., Ankara, 1995.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kâmûsu*, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul, 1985.
- Binatlı, Yusuf Z., *Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk*, Sevinç Matbaası, 3. bs., Ankara, 1975.
- Birsen, Kemalettin, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İÜHF Yay., 4. bs., İstanbul, 1967.

- Buhârî, Buhârî, Muhammed b. İsmâîl, *el-Câmi‘u’s-Sahîh*, Thk.: Muhammed Zühêyr b. Nasır, Dâru Tûku’n-Necâti, Beyrut, 2001.
- Cerîşe, Ali Muhammed, *el-Meşrû‘iyyetu’l-İslâmiyyetu’l-‘Ulyâ*, Mektebetu Vehbe, Kahire, 1976.
- Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, İÜ. Yay., 2. bs., İstanbul, 1952.
- Dâvûdî, Gâlib Ali, *el-Medhal ilâ ‘ilmi’l-kânûn*, Dâru Vâil, Ammân, 2004.
- Del Vecchio, Giorgio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev: Sahir Erman, İstanbul, 1952.
- Ebu’s-Su‘ûd, Ramazan-Zehrân, Hemmâm Muhammed, *el-Medhal ile’l-Kânûn: en-Nazariyyetu’l-‘Âmme li’l-Kâdeti’l-Kânûniyye*, Dâru’l-Matbû‘âti’l-Câmi‘iyye, İskenderiye, 1997.
- Ebu’s-Su‘ûd, Ramazan-Zehrân, Hemmâm Muhammed, *Mebâdiu’l-Kânûn: el-Medhal li’l-Kânûn ve’l-İltizâm*, Dâru’l-Matbû‘âti’l-Câmi‘iyye, İskenderiye, ts.
- Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş‘as, *es-Sunen*, Thk.: Şuayb Arnavut, Dâru’r-Risâlet-i’l-‘Âlemiyye, Beyrut, 2009.
- Eren, Fikret, *Boçlar Hukuku: Genel Hükümler*, “S” Yay., 4. bs., Ankara, 1991.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, “S” Yay., 4. bs., Ankara, 1991.
- Erman, Hasan, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *İÜHF*, cilt: XXXVIII, Sayı: 1-4, İstanbul, 1973.
- Esener, Turhan, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Alkım Yay., Ofset baskı, İstanbul, 1998.
- Etienne, Ilunga Kabululu, *Introduction General A Létude Du Droit*, Republique Democratique Du Congo, 2012.
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi Yay., 14. bs., Ankara, 2000.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, 5. bs., Ankara, 1996.
- Güriz, *Hukuk Felsefesi*, AÜHF Yay., 3. bs., Ankara, 1992.
- Haçkalı, Abdurrahman, “İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”, *Dînî Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 13, Yıl: 2002.
- Haseballah, Ali, *Usûlu’t-Teşrî‘i’l-İslâmî*, Dâru’l-Me‘ârif, Kahire, 1985.

- Işıқтаç, Yasemin - Metin, Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003.
- Işıқтаç, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, 2. bs., İstanbul, 2006.
- Işıқтаç, Yasemin, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulanması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- İbn Mâce, Muhammed b. Yezîd (ö. 273/887), *es-Sunen*, Thk.: Muhammed Fuâd Abdalbâkî, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ts.
- İmregün, Oğuz, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 10. bs., İstanbul, 1993.
- İnan, Ali Naim, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, AÜHF Yay., Ankara, 1979.
- İsnevî, Cemâluddîn Abdurrahîm b. El-Hasen (ö. 772/1370), *et-Temhîd fî Tahrici'l-Furû' 'ale'l-Usûl*, Thk: Hasan Heyto, Muessesetu'r-Risâle, 4. bs., Beyrut, 1987.
- John E. C. Brierley, "The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture: The New Civil Code of Québec", *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4, University of Toronto Press (Autumn, 1992),
- Kâsânî, Melikü'l-Ulemâ Alâuddîn Ebî Bekr b. Su'ûd, *Bedâi'us-Sanâi' fî Tertîbiş-Şerâi'*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1986.
- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Nesil Yay., İstanbul, 1991.
- Muhammed, Mahmûd Abdurrahman, *Usûlu'l-Kânûn*, Dâru'n-Nahdati'l-'Arabiyye, Kahire, 2002.
- Niang, Mohamed Bachir, *Introduction à l'étude du droit*, Université Virtuelle du Senegal (Support de cours version imprimable), 2014.
- Noreau, Pierre, "La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire", *Politique et Sociétés*, vol. 19, n°2-3, 2000.
- Oğuzman-Dural, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2. bs., İstanbul, 1998.
- Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Oğuzman-Öz, M. Kemal-M. Turgut, *Boçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Oğuzoğlu, H. Cahit, *Medeni Hukuk*, AÜHF Yay., Ankara, 1963.

- Önen, Mesut, *Hukukun Temel Kavramları*, Beta yay., 5. bs., İstanbul, 1999.
- P. Hotcher, George, *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- Pala, Ali İhsan, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, Fecr Yayınları, Ankara, 2009.
- Sadeh, Abdulmünim Ferec, *Usûlu'l-Kânûn*, Dâru'n-Nahdati'l-'Arabiyye, Beyrut, ts.
- Saymen, Ferit H., *Türk Medeni Hukuku Umumi Prensipler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948.
- Senhûrî, Abdurrezzâk, *Masâdiru'l-Hak fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Dâru'l-Fikr, byy., 1954.
- Shapiro, Scott J., "The Difference That Rules Make", *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, ed: Brian Bix, Clarendon Press-Oxford, 1998.
- Şâtıbî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ, *el-Muvâfakât fi Usûli'ş-Şerî'a*, Thk: Abdullah Dîrâz, el-Mektebetu't-Ticâriyyetu'l-Kübrâ, Kahire, ts.
- Şâzelî, Hasan Ali, *Nazariyyetu'ş-Şarti fi'l-Fikhi'l-İslâmî: Dirâsetun Mukârenetun beyne'l-Fikhi'l-İslâmî ve'l-Kânûn*, Dâru'l-İttihâdî'l-'Arabî, Kahire, ts.
- Şennâvî, Sa'd Muhammed, *Meda'l-Hâceti li'l-Ehzi bi Nazariyyeti'l-Mesâlihi'l-Mursele fi'l-Fikhi'l-İslâmî (I-II)*, el-Matba'atu'l-Fenniyye, 2. bs., Kahire, 1981.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri -I-*, Evrim Yay., 6. bs., İstanbul, 1990.
- Tarakçıoğlu, İhsan, *Türk Medeni Hukuku*, Emel Matbaacılık Sanayi, Ankara, 1978.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 7. bs., İstanbul, 1990.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, İÜHF Yay., İstanbul, 1971.
- Tuleys, Salih, *el-Menheciiyyetu fi Dirâseti'l-Kânûn*, Menşûrâtu'l-Zeyni'l-Hukûkiyye, Beyrut, 2010.
- Umrân, es-Seyyid Muhammed, *el-Ususu'l-Âmme fi'l-Kânûn*, Kulliiyyetu'l-Hukûk Câmî'atu'l-İskenderiyye, İskenderiye, 1999.
- Van Zuylen, Jean, "Les rapports entre la loi (impérative, supplétive) et l'autonomie de la volonté", *Les Sources Du Droit Revisitées* Anthemis, Volume 2, 2013.

Velidedeoğlu, Hıfzi Veldet, *Medeni Hukukun Umumi Esasları*, İÜHF. Yay., 4. bs., İstanbul, 1951.

Zerkeşi, Bedruddîn Muhammed b. Bahâdır, *el-Bahru'l-Muhît*, Thrc. ve Mür: Ömer Süleyman el-Aşkar-Muhammed Süleyman el-Aşkar- Abdussettâr Ebû udde, *Vezâretu'l-Evkâf veş-Şu'ûni'l-İslâmiyye*, Kuveyt, 2. bs., 1992.

Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk*, Savaş Yay., 4. bs., Ankara, 1995.

Zevkliler, *Boçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, Savaş Yay., 3. bs., Ankara, 1987.

Zuhaylî, Muhammed, *el-Kavâ'idu'l-Fıkhiyye ve Tatbikâtuhâ fi'l-Mezâhibi'l-Erba'a*, Dâru'l-Fikr, Dimaşk, 2006.

Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuh*, Dâru'l-Fikr, 3. bs., Dimaşk, 1989.