

# İslâm Hukukunda ve Mecelle’de Küllî Kâideler

Kaya KARTAL



## Giriş

Çoğunlukla Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin Mukaddimesinin ikinci makalesinde kısa ve öz hukuk ilkeleri olarak doksan dokuz maddede zikredilen haliyle gündemimize gelen küllî kâideler esasen Hicri 4. Yüzyıldan itibaren ortaya çıkmıştır denilebilir. İslâm Hukuku’nun hatta Hukukun Genel İlkeleri<sup>1</sup> olarak da ele alınabilecek bu kâideler Kur’an, Sünnet ve ilk dönem fıkıh eserlerinde de Mecelle’deki gibi kanonik bir formatta sunulmasa bile mevcuttur.

Mezhebi birikimin geriye dönük ilkesel yöntemle okunması sonucu elde edilen küllî kâideler ilerleyen yüzyıllarda Kavâid eserlerinde inceleme konusu yapılarak daha ciddi ve sistematik bir şekilde işlenmiş olup fıkıhın fer’i meselelerinden ziyade fıkıh ilminin teorik ve ilkesel yönünü esas almıştır.<sup>2</sup> Küllî Kâideler, Furu-ı fıkıh sahasını teşkil eden on binlerce meselenin incelenerek bu meselelerden birbirine benzeyenlerin aynı başlık altında toplanması suretiyle meydana getirilmiştir.<sup>3</sup>

Küllî Kâidelerin Kavâid eserlerinde müstakil olarak bir araya getirilmesi çabaları 4. Yüzyılın başlarında Bağdat merkezli Hanefi Fakihlerini işaret etmekte olup bu çerçevede Kerhî, Cessas, Debusî, Pezdevî, Serahsî gibi fakihler önemli role sahiptir. İslâm Hukukunun meselecî bir hukuk sistemi olmasının da etkisiyle 4. Yüzyıla gelindiğinde mezhep imamları ve takipçileri tarafından verilen

binlerce fetvanın sistematize edilerek tasnif edilmesi ihtiyacı hâsıl olmuş, çoğalan fetvaları belli esaslar altında toplama ihtiyacı kendisini dayatmıştır. İlk Hanefî usulcülerinden Kerhî’nin başlattığı gelenek temelde binlerce meseleyi ezberlemenin imkânsızlığı karşısında genel hükümlerin tespiti zaruretine dayanmaktadır.<sup>4</sup>

Bu çalışmada Kavâid kelimesinin sözlük ve ıstılahî anlamı verilerek küllî kâidelerin ne ifade ettiği, bu kâidelerin fıkhi hükümlerden farkı ile istisnalarının varlığının küllîlik vasfıyla çelişip çelişmediği; Küllî Kâidelerin kaynakları; bu Kâidelerin önemi ve hukuk mantığı ve düşüncesi açısından gereği başlıkları incelendikten sonra öne çıkan küllî kâideler ele alınacaktır.

Çalışmada devamla Mecelle’nin Hazırlanışı ve Mecelle’yi doğuran sebepler ele alındıktan sonra Mecelle’nin niteliklerine ve İçerdiği Küllî Kâidelere yer verilerek çalışma sonlandırılacaktır. Bu çalışmada Mecelle’nin içerdiği doksan dokuz maddenin tamamı değil Prof. Dr. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ’nın ana kâide olarak tasnif ettiği 40 Kâide aynen verilecektir.

Mecelle’nin içerdiği Küllî Kâideler ve bu Kâidelerin analizi ayrıca başka bir makalemizde Prof. Dr. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ ve Ord. Prof. Dr. Mustafa Reşit Belgesay’ın sistematiği üzerinden incelenecektir.

## 1. Kavramsal Çerçeve

Sözlükte “oturmak” manasındaki kuûd mastarından türeyen kâide (çoğulu kavâid) “binanın üzerine dayandığı temel, bir şeyin

1] Cengiz İLHAN, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, s. XXII.

2] Necmettin KIZILKAYA, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslâm Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 21.

3] Ahmet ŞİMŞİRGİL; Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, s. 72.

4] Mustafa BAKTIR, “İslâm Hukukunun Genel Prensipleri”, s. 204.

aslı, esası” anlamlarına gelmektedir. İslâm Hukukunda bu dalın hemen her alanına uygulanabilen ve hukukun temel ilkelerini yansıtan özlü ve kuşatıcı ifadelerin, fer’i meselelerin hükümlerini tamamen veya büyük oranda kuşatan tümel önermelerin adı olmuş, sınırlı bir alanda geçerliliği bulunan alt kaidelerden ayırmak için de küllî kaide veya çoğulu olan “kavâid-i küllîye” şeklinde adlandırılmıştır.<sup>5</sup>

Fıkhi bir terim olarak istilâhî anlamda bakıldığında ilk kavâid kitapları olarak nitelendirilebilecek Kerhî ve Debusî’nin eserlerinde “kâide” yerine “asıl” ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Yine küllî kâideler için Zâbıt, Nazariye, Eşbah ve’n Nezâir, Prensip, Şer’i Hüküm, Küllî Hüküm, Ağlebî Hüküm kelimeler de kullanılmıştır.

İstilahî anlamda yapılan tanımlara bakıldığında ise Kâide:

Cürcânî tarafından, “Cüziyatın tamamını içine alan Küllî bir hüküm/kaziyye”<sup>6</sup>

Şafii fakih ve dilci Feyyumi tarafından, “cüz’i-yyâyâtının tamamını kuşatan küllî emir”<sup>7</sup>

Necmuddin et-Tûfi tarafından, “cüz’i kaziyelerin kendisinden nazar yoluyla bilindiği küllî kaziyelerdir.”<sup>8</sup>

Mâliki fakihlerden Makkarî tarafından, “usûlden ve diğer genel aklî anlamlardan (el-me’ânî) daha özel; akitlerden ve bütün özel fikhî dâbıtlardan daha genel olan her küllîdir.”<sup>9</sup>

Mecelle şârihi Ali Haydar Efendi tarafından, “Cüziyyâtın ahkâmının bilinmesi için, o cüziyyâtın küllîsine veya ekserîsine uygun ve muvafık olan hükmü küllî veya ekseridir.”<sup>10</sup>

şeklinde tanımlanmıştır.

Ömer Nasuhi Bilmen, Kâide ile ilgili olarak, “Bir kat’i ve küllî hükmüdür ki, birçok cüz’iyyat kendisine muntabık olur. Cem’i: kavattir. Mesela ‘Kelâmda aslanan manayı hakikidir’ sözü bir kaidedir. Biz bir çok sözleri bu kaideye tatbik ederek onların hakiki manalarına göre hükmederiz”

5] BAKTİR, “Kaide”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C. XXIV, s. 205; Kızilkaya, s. 43.

6] BAKTİR, İslâm Hukukunun Genel Prensipleri, s. 204.; Baktir, Kaide, s. 206.

7] KIZILKAYA, s. 44; Baktir, Kaide, s. 206.

8] KIZILKAYA, s. 45.

9] KIZILKAYA s. 46.

10] BAKTİR, s. 205.

diyerek hem tanım yapmış hem de kaidenin işlevine vurguda bulunmuştur.<sup>11</sup>

Modern dönem İslâm hukukçularından Suriyeli Mustafa ez-Zerka, kâidenin lügatte evin temeli ve civarı anlamına geldiğini, istilâhî açıdan İslâm Hukuku kaidelerinin, “konusuna giren olaylar hakkında genel hukuki hükümler ihtiva eden ve kısa düsturlar halindeki hükümlerde yer alan genel hukukî asıllar” olarak tanımlanabileceğini ifade etmiştir.<sup>12</sup>

Klasik ve modern dönem tanımlarını çeşitli yönlerden eleştiren Necmettin Kızilkaya, Kâideyi, “Fıkıh değişik bölümlerine ait meseleleri kuşatan küllî kaziyeye” şeklinde tanımlamıştır.<sup>13</sup>

Kaidenin umumi hükümler ihtiva edip hukukun her alanında uygulanabilen genel prensipler olduğunu söyleyen Mustafa Baktir, TDV İslâm Ansiklopedisinde kavramın giriş kısmında kaideyi, “Hukukun temel ilkelerini yansıtan, farklı alanlardaki fer’i meselelerin hükümlerini tamamen veya büyük oranda kuşatan tümel önerme anlamındaki fıkıh terimi” olarak tanımlamıştır.<sup>14</sup>

#### a) Küllî Kâidelerin Fikhî Hükümlerden Farkı:

Fıkıh Kâideleri doğrudan mükellefleri ilgilendiren cüz’i hükümler olmayıp değişik hükümleri ihtiva eden asıllardır. Bu yüzden doğrudan mükelleflerle ilgili fer’i meselelere uygulanmazlar. Kâide ile hüküm arasındaki bu ince fark dolayısıyla ki Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Esbab-ı Mucibesinde, “... Şer’iyye hâkimleri sahih bir nakil bulmadıkça yalnızca bunlarla hükmedemez” denilmiştir.<sup>15</sup> Mecelle’nin bu ifadesini tetkik eden Ekrem Buğra Ekinci, hâkimlerin, fıkıh kitaplarında veya Mecelle’nin diğer maddelerinde açık bir hüküm bulunmadıkça yalnız bu küllî kâidelere dayanarak hüküm veremeyeceğini, bir meselenin hükmünün mutlaka kitap, sünnet, icmâ ve kıyastan bir delile dayanması gerektiğini, küllî kâidelerin hüküm kaynağı değil, sayılan dört delile istinaden verilmiş hükmün şahit ve des-

11] Ömer Nasuhi BİLMEN, Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu, C.1, s. 15.

12] Mustafa Ahmed ez-ZERKA, İslâm Hukuku, s. 749.

13] KIZILKAYA, s. 58.

14] BAKTİR, Kaide, s. 205-206.

15] Ali Himmet BERKİ, Açıklamalı Mecelle, s. 10.

teği olarak görülebileceğini savunmaktadır.<sup>16</sup>

Bazı son devir usulcileri (İzmirli İsmail Hakkı ve Ebu Said el-Hadimi gibi) Küllî Kâideleri fıkhn müstakil fer'î delillerinden saymışlarsa da yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Mecelle'de bunun aksi ifade edilmiş olup tabrikatta da küllî kâidelere hüküm bina edilmiş, bu kâideler hüküm zikredildikten sonra meselenin hikmet ve illetini açıklamada kullanılmış olup Osmanlı mahkemelerinde de Mecelle'nin Küllî Kâidelerine dayanılarak verilen hükümlerin temyizde bozulduğu ifade edilmiştir.<sup>17</sup>

Mecelle'deki bu kaydı eleştiren Belgesay, "... anlaşılan o devirde medeni hukuk müinasebetlerini tefsire müsait hükümlerle tanzim büyük cesarete bağlı olduğundan, mecelleyi yazarlar onun mane'î otoritesini düşürmemek, dedikodulara yer vermemek maksadile yargıçların 'bir nakli sarih bulmadıkça' bu kâidelerle hüküm veremeyeceklerini açıklamak lüzumunu hissetmişlerdir" demekte ve meseleyi faklı bir perspektiften ele almaktadır.<sup>18</sup>

Mecelle'de yer alan genel kâidelerin doğrudan meselelere ilişkin çözümler ve hâkimler için birer hüküm niteliğinde olmayıp, daha çok hukuki tefekkür için birer düstur olma özelliği taşıdığını söyleyen ez-Zerka, genel kâidelerin önemine ve değerine rağmen bunların birçok istisnası bulunduğunu, bu nedenle Mecellenin ilk makalesinde de belirtildiği üzere, hâkimlerin hükümlerinde hakkında hüküm verilecek hadiselere ilişkin özel ve genel bir nassa (hükme) başvurmadan sadece bu genel kâidelerden birine dayanılarak hüküm kurulmasına izin verilmediğini ifade etmiştir.<sup>19</sup>

### b) Küllî Kâidelerin İstisnalarının Bulunabileceği:

Şâtübî'nin el-Muvâfakât isimli eserinde, "Küllî bir durum sabit olduğu zaman bazı cüz'î meselelerin onun küllîliğinin altına girmemesi onu küllî olmaktan çıkarmaz. Aynı şekilde yaygın olan ekseri durum şeriatta genel olan kat'î durum mesabesinde görülür. Çünkü genel kuralın altına

*girmeyen cüz'ilerden sabit olan küllîye muarız olabilecek bir küllî meydana gelmez."* denilerek cüz'î olan istisnai durumların küllîliği ortadan kaldırmayacağı, küllî olandan yapılan istisnaların onun kuşatıcılığına hâlel getirmeyeceği ifade edilmiştir.<sup>20</sup> Şâtübî, zarûriyyât<sup>21</sup>, hâciyyât<sup>22</sup> ve tahsîniyyâtın<sup>23</sup> maslahatların temini için konulduğunu, bununla birlikte, bunların çerçevesine giren bazı cüz'î meselelerin bunların hükümlerini almaması ya da hükümlerini aldığı halde onlardan gözetilen maslahatı gerçekleştirmemesinin bu esasların küllî ve genel oluş özelliklerini ortadan kaldırmayacağını ifade etmektedir.

Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi, kâideler ve bunların istisnalarının birlikte değerlendirildiğinde istisnaların bağlı oldukları kâidelerin küllîliğini başka kâide ya da kâideler dolayısıyla tahsis ve takyid ettiklerini, dolayısıyla kâidelerin bir bütün halinde küllîliğini koruduğunu, istisnaların bulunmasının bir çelişki doğurmadığını ifade etmiştir.<sup>24</sup>

Ali Himmet Berki'ye göre de her kâidenin istisnası olabileceği gibi küllî kâidelerin de vardır. Fakat bu istisnalar hukuk mantığına uygun olarak fert ve cemiyetlerin menfaat ve ihtiyaçlarından doğmaktadır. Aynı zamanda bu istisnalar hukuki birer sebep ve esasa dayanmaktadır. Bunlar da kanunların mantığı ve diğer hükümleri ile halledilir.<sup>25</sup>

Aynı hususla alakalı Ömer Nasuhi Bilmen, "Vakû bu kâidelerin dairei ihatalarından müstesna bazı meseleler vardır. Fakat bu kâideler, esasen birbirini takyid, tahsis ve bu cihetle ikmal etmekte

20] KIZILKAYA, s. 56.

21] Maslahatı Zaruriye: Nefsi, dini, aklı, nesli ve malı korumaya dönük herhangi bir şeydir. Mesela nikah nesli, cihat dini, içkinin yasaklanması aklı, malı, şerefi koruma maslahatlarına dönüktür. (BİLMEN, s. 18.)

22] Maslahatı Hâcibe: İnsanların zaruret derecesinde olmayan ihtiyaçları anlamına gelip; bulunmamalı meşakkat, zahmet ve darlığa yol açan ihtiyaçlardır. İstisna ve bey bil-vefa akitleri, borçlanma, selem (para peşin mal veresiye satış) örnekleridir. (BİLMEN s. 18.)

23] Maslahatı Tahsiniye: Zaruret ya da hacetten olduğundan değil, tercihe şayan, güzel, hayırlı olduğu için tercih edilen maslahattır. Bazı haşerelerle, insan tabiatının nefret edeceği pis sayılan şeylerin haram olması bu maslahata dayandırılmıştır. (BİLMEN, s. 18.)

24] KIZILKAYA, s. 56.

25] BAKTIR, s. 205.

16] Ekrem Buğra EKİNCİ, s. 73-74.

17] BAKTIR, s. 210.

18] Mustafa Reşit BELGESAY, *Mecelle'nin Küllî Kâideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*, s. 7.

19] Mustafa Ahmet ez-ZERKA, s. 751.

*bulunmuş olduğundan yine birer kâidei küllîye olmaları mahfuz bulunmuştur*" diyerek istisnaların kaideyi kaide olmaktan çıkarmayacağını ifade etmiştir.<sup>26</sup>

Mecelle'nin birinci maddesini içeren Makale-i Ülâ kısmında da bu husus ele alınarak "egerçi bunlardan bazıı müinferiden ahzolundukta bazı müstesneyatı bulunur ise de yekdiğerini tahsis ve takyid ettiklerinden minhays-il-mecm' küllîyet ve umumiyetlerine hâlel gelmez." denilerek bazı kâidelerin istisnaları bulunsa da bunların başka bir kâideyi kayıt altına alması ve tahsis etmesi nedeniyle toplu olarak her birinin küllîlik ve umumilik vasfına hâlel gelmeyeceği ifade edilmiştir.<sup>27</sup>

Küllî kâidelerin neredeyse hepsinin istisnalarının bulunduğunu söyleyen Ekrem Buğra Ekinci, bu nedenle küllî kâidelerin her hal ve şartta muteber olduğunun söylenemeyeceğini ifade etmiştir. Bu kapsamda örnek olarak, bir başkasını öldürmek üzere ölümle tehdit eden kimsenin "Zaruretler yasakları mübah kılar" kâidesinden yararlanamayacağını, "Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir" kâidesinden şaka ile nikah ya da boşama yapanların yararlanamayacağını ve şakayla gerçekleştirilebilecek bu tasarruflarından vazgeçemeyeceklerini belirtmiştir.<sup>28</sup>

## 2. Küllî Kâidelerin Kaynakları

İlk dönem İslâm Hukuku nasların şerh ve tefsiri neticesinde ortaya çıkan içtihatlarla gelişmiş, fakihlerin fer'i meseleler hakkında verdikleri fetvaların bir araya toplanması ile geniş fıkıh külliyatı oluşmuştur. Umumi esaslardan bağımsız olarak fer'i meseleler üzerinde akıl yürütme ile bir anda değil 300-400 yıllık bir birikimin neticesinde esaslı fıkıh kitapları yazılmış, fakihler sayıları artan ve ezberlenmesi imkânsızlaşan fer'i meseleler ve bunlara ilişkin fetvalardan bazı kâidelerin tespitine yoğunlaşmışlardır. Bu çerçevede genel kâidelerin temel kaynakları olarak Kur'an ve Sünnet yanında fukahânın içtihadı sayılabilir.<sup>29</sup>

Genel Kâideleri İslâm hukukunda kimin kaleme alıp ifade ettiği bilinmemektedir. An-

cak bunlar İslâm hukukunun altın devirlerinde genel hukuk naslarının delaletinden, İslâm hukuk metodolojisinin ilkelerinden, hükümlerinin illetlerinden istinbat edilerek tedricen ortaya çıkmıştır. Bazıları doğrudan hadislerle dayanır (la darara velâ dirar - zarar ve mukabele biz-zarar yoktur). Kâidelerin bazıları uzun tarihi süreçte dilden dile söylenerek güzel ve sağlam bir üslup kazanmıştır. İmam-ı Azam'a atfedilen<sup>30</sup> 17 kâide vardır ki İmam Şafii'nin de yaptığı bir seyahat neticesinde bunları naklettiği zikredilmiştir. Bunlardan 5 tanesi İslâm Hukuku kâidelerinin anası tabir edilir ki bunlar aşağıda zikredilmiştir:<sup>31</sup>

1. Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir.
2. Zarar ve mukabele bizzarar yoktur.
3. Âdet muhakkemdir.
4. Şek ile yakîn zail olmaz.
5. Meşakkat teysiri celbeder.

Genel kâideler anlamında fakihler arasında en önemli yeri Mecelle'de de kendisine atıfta bulunulan İbn-Nüceym alır. İbn-Nüceym, el-Eşbah ven'-nezair adlı kitabında 25 kâide toplamış ve bunları iki türe ayırmıştır. Birinci türe 5 kâide yanında "niyetsiz sevab olmaz" kâidesini eklemiştir.<sup>32</sup> İkinci türe ise 19 kâide kâide koymuştur ki bunlardan diğer yan kâideler ve birçok hüküm çıkmaktadır.<sup>33</sup>

Daha sonra Hicri 12. asrın ortalarında el-Hadimi bu kâideleri almış, eklemeler yapmış ve 145 kâide bulmuştur.<sup>34</sup> Küllî Kâideleri içeren 99 maddesiyle Mecelle bu kâidelerin birçoğunu ihtiva eder. Osmanlıların son dönemlerinde tedvin edilen Mecelle kendisinden sonraki çalışmaları etkilemiş ve yapılan çalışmalar bilhassa bu 99 madde üzerine yoğunlaşmıştır. Öyle ki Mustafa Baktır, günümüz hukuk muhitinde küllî kaide denilince Mecelle'de yer alan bu kâidelerin akla geldiğini ifade etmektedir.<sup>35</sup>

30] Hanefi hukukçularından ed-DEBBAS on yedi kâide toplamıştır. El-KERHİ ise bunları almış ve ilaveler yaparak otuz yedi kâide toplamıştır.

31] ez-ZERKA, s.752-754.

32] ZERKA buna gerek görmüyor. Ona göre 'bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir' şeklindeki hüküm ferisi niteliğindedir.

33] ez-ZERKA, s.756.

34] ez-ZERKA, s.757

35] BAKTIR, Kaide, s. 207.

26] BİLMEN, cilt 1, s. 254.

27] BERKİ, Mecelle, s. 18.

28] EKİNCİ, s. 74.

29] BAKTIR, s. 206.

Neticede tekrar ifade etmek gerekir ki genel kâidelerin temel kaynakları olarak Kur'an ve Sünnet yanında fukahânün içtihadı sayılabilir. Bu kapsamda bu kaynaklar aşağıda ayrı ayrı incelenmiştir.

#### a) Kur'an-ı Kerim:

Kur'an hükümlerinin sınırlı sayıda olmasına karşın meselelerin sınırsızlığı karşısında hükümlerin genelde küllî esaslar şeklinde olduğunu görmekteyiz. İslâm Hukukunun temel kaynakları Kur'an ve Sünnet olduğu gibi Küllî Kâideler de öncelikle bu kaynaklardan istinbat yoluyla elde edilmiştir.<sup>36</sup>

**Kur'an-ı Kerim'in kaynaklığı açısından bakıldığında örnek olarak aşağıdaki Ayet-i Kerimelere bakılabilir:**

"Sen af yolunu tut, başısla. Uygun olanı emret, bilgisizlere aldırış etme" (A'raf, 199)

"Kimse kimsenin günahını çekmez." (İsrâ, 15)

"Ahdî de yerine getirin. Doğrusu verilen ahidde mesuliyet vardır." (İsra, 34)

"Ey İman edenler akitleri yerine getirin." (Maide, 7)

"Allah size kolaylık ister zorluk istemez." (Bakara, 185) (Bu ayet, Mecelle'nin 17. Maddesinde zikredilen "Meşakkat teysiri celbeder" kâidesinin aslını ihtiva eder.)

Abdülkerim Zeydan İslâm Hukukuna Giriş isimli kitabında, Fıkhun Kaynakları bahsinde, Kur'an hükümlerini açıklarken bu hükümlerin birinci türünü Küllî hükümlerin yani kaidelerin oluşturduğunu ifade ettikten sonra bunlara örnek olarak aşağıdaki kâideleri ve dayanağı olan ayetleri göstermiştir:

"(...)

- Şura ile emir: Ayette "... iş hususunda fikirlerini al (müştâvere et)..." (Âl-i İmran, 159)
- Âdaletle emir ve onunla karar vermek: "Muhakkak ki Allah âdâleti emreder" (Nahl 90)
- Bir kişi başkasının günahından sorumlu değildir: "...Günahkar hiçbir nefis diğerinin günah yükünü taşımaz..." (En'am, 164)
- Ceza suç miktarı kadardır: "Kötülüğün karşılığı ona denk bir kötülük (misilleme)dir..." (Şuara, 40)
- Başkasının mal ve mülkü muhteremdir: "Aramızda mallarımızı haksız sebeplerle yemeyin

ve kendiniz bilip dururken insanların mallarından bir kısmını günahla yemeniz için hakimlere aktarma etmeyin" (Bakara, 188)

- İyilikte, cemiyyete faydalı şeylerde yardımlaşmak: "... İyilik etmek, fenalıktan sakınmak hususunda birbirinizle yardımlaşın. Günah işlemek ve haddi açmak üzerinde yardımlaşmayın..." (Maide, 2)
- Akitlere, ahde, borçlara vefa göstermek: "Ey iman edenler, bağlandığımız ahidleri yerine getirin..." (Maide, 1)
- Dinde güçlük ve darlık yoktur: "Din işlerinde üzerinize hiçbir güçlük de yükledi..." (Hacc, 78) "...Allah size kolaylık diler, size güçlük istemez..." (Bakara, 185)
- Zaruretler memnu olan şeyleri mübâh kılar: "...Fakat kim bunlardan yemeye muzdar kalırsa kimseye saldırmamak ve haddi geçmemek şartıyla, onun üzerine günah yoktur..." (Bakara, 173)"<sup>37</sup>

#### b) Sünnet:

**Sünnetin kaynaklığı açısından örnek olarak aşağıdaki Hadis-i Şeriflere bakılabilir:**

"Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir" kâidesinin aslını "Ameller niyetlere göredir." hadisinde görebiliriz.

"Allah'ın kitabında bulunmayan her şart batıldır." (Buhari, Bey' 73)

"Allah Teâlâ, ümmetimden hata, nisan ve zorlandığı şeyin günahını kaldırdı." (İbn Mâce, Talak, 16)

Prof. Dr. Mustafa Baktır Mecelle'de yer verilen küllî kâidelerden:

- 19: Zarar ve mukabele-bizzarar yoktur.
  - 76: Beyyine müddâ'i için ve yemin münkir üzerinedir.
  - 83: Bi-kaderil-imbân şarta müracat olunmak lâzım gelir.
  - 85: Bir şeyin nef'i zamânü mukaabelesindedir.
  - 94: Hayvanatın kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı hederdir.
- maddelerinin doğrudan lafız olarak hadislerden iktibas edildiğini ifade etmektedir.<sup>38</sup>

37] Abdülkerim ZEYDAN, İslam Hukukuna Giriş, s. 280-281.

38] BAKTIR, s. 208.

36] BAKTIR, s. 206.



**c) Fıkıh Eserleri:**

Mezheplerin oluşup ekol haline gelmesiyle birlikte fıkıh çalışmaları farklı bir düzeye ulaşmış, meseleci (kazuistik) bir sistemle fetvalar şeklinde tespit edilen hususlardan zamanla bazı esaslar/asıllar çıkarılmaya çalışılmış olup bu asıllar "Külli Kâideler" adıyla toplanmaya başlanmıştır. Böylece bir usul dairelerinde fıkhi meseleler belli bir sisteme oturmuştur.

Fakihler bazı kâideleri Kur'an ve Sünnetten içtihat yoluyla tespit ederken bazılarını farklı ilim dallarından istifade ile çıkarmışlardır. Mesela Mecelle'nin 36. Maddesinde de yer bulan "Âdet muhakkemdir" kâidesi ayet ve hadis olarak geçerse de fakihler tarafından nasların genel içeriğinden istifade ile konulmuş ve kullanılmıştır.

Şüpheli olanı bırakarak yakîn ile amel edilmesi gerektiği düşüncesinden hareketle Ebu Hanife'nin çeşitli tartışmalı fıkhi meselelerdeki yaklaşımının bu genel ilke ile ilişkilendirildiği görülmektedir. Bu çerçevede "Şek ile yakîn zâil olmaz" (Mecelle 4. madde) kâidesinin Ebu Hanife'nin görüşlerine hâkim bir ilke olduğu söylenmiştir.

İmam Muhammed'in Kıyas Kurumu çerçevesinde yürüttüğü tartışmaların arka planında Mecelle'nin 14. Maddesinde de yer bulan, "Mevrid-i nasta içtihadı mesağ yoktur" kâidesinin köklerine rastlanabileceği ifade edilmiştir.<sup>39</sup> Yine meselâ "Ücret ile damân (tazminat) müctemi olmaz (bir arada bulunmaz)" şeklinde düzenlenen Mecelle'nin 86. maddesinin İmam Muhammed'in eserlerinden alındığı ifade edilmiştir.<sup>40</sup>

Belirtmek gerekir ki Kavâid külliyyatının ilk örnekleri Hanefi fakihler tarafından verilmişse de fakihler arasında kendisine en çok fıkhi kâide atfedilen âlim İmam Şafiî olmuştur. Şafiî kaynaklarında birçok kâidenin ya doğrudan söz olarak ya da yorumla İmam Şafiî kaynaklı olduğu ifade edilmiştir. "Bir iş dâk olduktâ müttesi' olur" kâidesinin doğrudan söz olarak İmam Şafiî'ye atfedildiğini görmekteyiz. "Meşakkat teysîri celbeder" kâidesinin "zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar" kâidesiye beraber, az olan suya sinek düşmesi durumunu

tartışırken kullanılan ibareler bağlamında, İmam Şafiî'ye atfedildiğini görmekteyiz.<sup>41</sup>

**d) Kültürel Unsurlar:**

Kâidelerin önemli kaynaklarından birisi de başka birçok alana da kaynaklık eden kültürel unsurlardır. Bu kapsamda küllî kâidelere kaynaklık etmesi açısından atasözleri önemli bir yere sahiptir. "Zaruretlerin yasak olan durumları mübah kıldığı" yönündeki kâidenin atasözlerinde de ifadesini bulduğu belirtilmiştir.

Bahse konu kaynaklar dışında usul, dil ve mantık prensipleri de küllî kâidelere kaynaklık etmiştir. Mecelle'nin 12. Maddesinde ifade edilen "Kelâmda aslolan manayı hakikidir" kâidesinin bir dil kuralı olduğu; "Viücudda bir şeye tâbi' olan hükkümde dahi ona tâbi olur" kâidesinin bir mantık prensibi olduğu ifade edilmiştir.<sup>42</sup>

**3. Küllî Kâidelerin Önemi ve Gereği**

Küllî Kâidelerin özellikle hukukçu açılarından öğretici bir yönü olduğu açık olup birçok fakih tarafından övgü ile takdim edildikleri gibi Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de de buna vurgu yapılmıştır.

Mecelle'nin Fıkıhın Tanımı'nı yaptığı 1. Maddesinde "Ancak fâkihlerin meseleleri derinlemesine tahkik ve tetkik edenleri, fikhî meseleleri genel kurallara bağlamışlardır ki, her bir kural, birçok meseleyi ihtiva eden fıkıh kitaplarında herkesin bildiği örnek problemler şeklinde, bu meselelerin ispatı için delil kabul edili." denilmek suretiyle küllî kâidelerin önem ve işlevine vurgu yapılmıştır.

Küllî Kâidelerin önemine vurgu yapmak üzere ifade etmek gerekir ki Mecelle'nin tanımıyla Fıkıh İlmi, "amellerle ilgili şer'î meseleleri bilmek" olup, bu bilme işlevinin sayısız denilebilecek kadar çok fer'î meseleyi ve bunlara uygulanacak hükümleri bilmekten öte bir anlamı olduğu açıktır. Bu çerçevede Şer'î meseleleri bilmenin en pratik yolu yüzyıllara yayılmış fıkıh birikiminin damıtılması ile elde edilen küllî kâideleri bilmek olduğu söylenebilir. Yani "İlmi fıkıh/hukuk ilmi, küllî kâideleri (hukukun genel ilkelerini) bilmektir" denilebilir.

Küllî Kâideler bir meselenin anlaşılmasının

39] KIZILKAYA, s. 97.

40] EKİNCİ, s. 72.

41] KIZILKAYA, s. 100-101.

42] KIZILKAYA, s. 107.

da genel kıyas usulleri ile temel fıkıh tefekkürü meydana getirir. Fıkıh hükümlerin zihinde temel bir esasa dayanmasını sağlar, toplayıcı bir illet işlevi görür ve hükümler arasında mukayese imkânı sunar. Bu çerçevede fıkıh meselelerin doğru değerlendirilmesi ve hukuk formasyonu kazanılması için küllî kâideler zaruridir.

Refik Gür, Mecelle'nin küllî kâidelerinin öneminden bahsederken, bu kâidelerin, insan düşüncesinin derinlik ve genişliğinde billurlaşmış, mücerret her çağ ve devirde realite ile bağdaşabilen, insanlık yaradılış ve müm-taziyetlerinin ayrılmaz cüz'ü sayılan, insanın yaradılışı ile birlikte tabiatta mevcudiyeti farz olunan tabii hukuk verimlerinin parlak bir şekilde ifade ve teyidinden ibaret olduklarını ifade etmektedir.<sup>43</sup> Gür, Kavâid-i Küllîye'nin Roma Hukukunun aksine olarak şekilperestliği, dar görüşlülüğü bir hamlede ve bir kalemde reddederek veciz beyanının bünye ve mevcudiyetiyle hukukta geniş bir tefsir kapısı açtığını vurgulamıştır.<sup>44</sup>

Mustafa Ahmed ez-Zerka, bu kâidelerin, hukuki tefekkür için birer düstür ve İslâm hukuku hükümlerinin düşünce tutunacağı aslı bir bağ olduğunu, İslâm Hukuku hükümlerini zahirleri birbirleriyle çatışan birçok fîru olmaktan kurtardığını, ifade etmiştir.<sup>45</sup> ez-Zerka küllî kaideleri ve onların açıklamalarını tetkik edenlerin süratli bir hukuk melekesine kavuşacaklarını ve İslam Hukukunun afakini ve bünyesini keşfeden bir nura kavuşacaklarını, İslam Hukukunu anlamada sağlam ve sabit bir çizgide yürüyeceklerini savunmaktadır.

#### **Küllî Kâidelerin önemi ve gerekliliği ile alakalı olarak:**

**Karafi:** "Bunları ihatadaki gücüne göre fakih büyüür ve şerefi artar. Fıkhın güzelliği bu kâidelerle ortaya çıkar ve bilinir. Fetva usulleri bunlarla anlaşılır

"Kim ki fîru' meseleleri, Küllî kâideler olmaksızın cüz'i benzerliklerle elde etmeye başlarsa ona göre fîru' meseleler karışır ve tenakuzlar meydana gelir. Artık onun zihni bu meselelerle karışır

ve çıkmaza girer. Bundan dolayı da gönlü daralır ve başarmaktan ümidini keser. Artık sayısız cüz'i meseleyi ezberlemeye ihtiyaç duyar. Böylece ömrü biter, tükenir de istediği şeyleri yerine getiremez."

"Fakat kim fıkhı bu kâidelerle öğrenirse fîruat bu külliyelerin içinde mevcut olduğundan, cüz'i meselelerin çoğunu ezberlemeğe ihtiyaç duymaz. Başkasına göre tenakuz teşkil eden bir mesele, ona göre uygun ve doğru olur. Çok uzakta olanlara bile cevap verir ve zihne yaklaştırır. En kısa zamanda maksadı hâsıl olur"<sup>46</sup> demektedir.

**Suyuti ise:** "Eşbah ve'n-Nezâir ilmi, büyük bir ilimdir. Fıkhın özüne, kaynaklarına ve asıllarına ancak bu kâidelerle muttali olunabilir. Bu kâidelerle fıkhın anlaşılması ve elde edilmesinde maharet kazanılır. Fıkhî hükümleri ilhak ve tahriç, hükmü zikredilmeyenlerin bilinmesi, zamanın geçmesiyle nihayete ermeyen vakia ve hadiselerin hükümlerinin verilmesi de ancak bu kâidelerle mümkün olur. Bunun için de, bazı Şâfiî fakihleri dediler ki, fıkhı, Nezâiri yani birbirine benzeyen meseleleri bilmektir"<sup>47</sup> demektedir.

**Zâhidü'l-Kevserî:** "Her ne kadar son zamanlarda onların tedrisi ihmal edilmiş olsa da, bu kâidelerin fıkhı öğrenmede ve öğretmede çok büyük ehemmiyetleri vardır"<sup>48</sup> demiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanlığı da yapmış modern dönem hukukçularından Ali Himmət Berkî, Küllî Kâidelerin İslâm hukukunun ayinesi mesabesinde olduğunu, İslâm Hukuku'nun makullüğü ve muhkemliğinin göstergesi olduklarını ifade etmiştir. Berkî'ye göre, öyle muğlak ve karışık hadiseler söz konusu olabilir ki insan bunların hukuki mahiyetlerine nüfuz edebilmek için günlerce düşünebilir, Küllî Kâideler bu tür güç hadiseleri tahlil etmek için büyük bir imkan sunar.

Yine modern dönem hukukçu akademisyenlerinden Belgesay: "Prensipler hâkimlerin işini kolaylaştırır, hükümlerine güveni artırır, onları hatadan korur. Bir hadisede verilecek kararı bir prensibe dayama lüzumu hiss olunmazsa karara iştirak edecekler arasında çekişmelerin sonu gelmez, onların her biri şahsi temayül ve menfaatine uygun gördüğü noktada ısrar eder" demektedir.<sup>49</sup>

43] Refik GÜR, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, s. 107.

44] GÜR, s. 110.

45] ez-ZERKA s. 751.

46] BAKTİR, s. 208.

47] BAKTİR, s. 209.

48] BAKTİR, s. 209.

49] BELGESAY, *Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk*, s. 25.

Belgesay bir başka eserinde ise: “Mecellenin metnini teşkil eden hükümler ne kadar kazuistik ve zamanının bile ihtiyaçlarına uygunluğu şüpheli ve bu bakımdan pek haklı kriterlere yer vermekte ise de aksine olarak, Küllî Kâideleri tabii hukuka ve modern hukukun hayli münaakaşalardan ve tekâmül-den sonra ulaştığı prensiplere o derece uygundur. (...) Bugünkü hukukun önemli bir kısmı Mecelle'nin müsellemtan<sup>50</sup> addettiği kâidelere dayanır. Binaenaleyh, Mecelle'nin doksan dokuz maddesini yeni hukuk prensiplerinin ve felsefi mülahazaların ışığı altında tetkik ve izah bu hukukun da çabuk kavranması ve öğrenilmesi bakımından büyük faydalar sağlayacaktır” demektedir.<sup>51</sup>

Ömer Nasuhi Bilmen: “İslâm Hukukundaki Kavâidi Küllîyye; insanda hukuk fikrinin inkişafına hizmet eder, bir çok hadiselerin hükümlerini tayine yardım ederek erbabi hukuka birer rehber mesabesinde bulunur” diyerek bu kâidelerin önemine dikkat çekmiştir.<sup>52</sup>

Mehmet Akif Aydın'a göre Küllî kâideler, meseleci metoda göre oluşan İslâm Hukuk literatürü içinde zamanla çıkarılmış genel hukuk prensipleri olup diğer normatif hükümlerin fikhin bütünlüğü içinde daha iyi anlaşılmasına yardımcı olurlar.<sup>53</sup>

Ayrıca yine Mecelle'nin Esbab-ı Mucibe Mazbatasında da ifade edildiği üzere “küllî kâideler”, sadece hukukçular için değil fertler için de muamelatını şeriata uydurmada bir kaynak niteliğindedir.<sup>54</sup> Fıkıh meselelerinin anlaşılmasında umumî faydaları bulunduğundan, bu küllî kâideleri bilenler, fıkıh meselelerini delilleriyle öğrenmiş olur ve muamelelerini dine uygun yapma imkânı bulurlar.<sup>55</sup>

Netice olarak ifade etmek gerekir ki Küllî Kâideler ya da Cengiz İlhan'ın deyişiyle İlkel, özellikle hukuk mantığının geliştirilmesi, hukuki düşünce ve görüş derinliğinin oluşturulması bakımından önemli ve değerlidir.<sup>56</sup>

50] Müsellemtan: Doğruluğundan şüphe edilmeyen bilgi ve kâideler.

51] BELGESAY, *Mecelle'nin Küllî Kâideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*, s. 8.

52] BİLMEN, s. 254.

53] Mehmet Akif AYDIN, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, C. XXVIII, s. 233.

54] BERKİ, s. 10

55] EKİNCİ, s. 74.

56] İLHAN, s. XXVI

Öyle ki Fıkhın/hukukun bu kâideleri öğrenmek olduğu dahi söylenebilir.

#### 4. Öne Çıkan Küllî Kâideler

“Küllî Kâideler konusunda müstakil olarak ilk eser veren hukukçu, Hicrî 3. asırda yaşamış Hanefî hukukçusu Ebû Tâbir ed-Debbâs'tır. Debbâs'tan sonra Kerhî, Debbûsî, İbn Nüceym, Hâdimî gibi Hanefî; Hirevî, Cüveynî, İzzeddin bin Abdisselâm, Suyûtî gibi Şafiî; Karâfî gibi Mâliki ve İbn Receb gibi Hanbelî mezhebinden hukukçular bu sahada çalışmış ve eser vermişlerdir. Debbâs, hukukun umumî prensiplerini on yedi madde hâlinde özetlemiş ve bazı hukukî meseleleri bu prensiplere indirgemıştır. Debbâs'ın tespit ettiği kâidelerden bazıları şunlardır:

Şek ile yakîn zail olmaz;  
Meşakkat teysiri celbeder;  
Zarar izâle olunur;  
Âdet muhakkemdir;  
Bir işten maksat neyse hüküm ona göredir;  
Kelâmın i'mâlî ihmâlinden evlâdır.

Hukukunun Küllî Kâidelerinin bunlardan ibaret olduğu söylenemez. Bu maddeler dışında da küllî kâideler vardır. “Hüküm için başlangıcına izafe olunur”, “Hüküm zahire göre verilir”, “Rızâya ilm, hurmeti nefy eder”, “Şart-ı vâkıf nass-ı sâri' gibidir”, “Kesret-i ilel ile tercih vâki' olmaz”, “Cem'-i müleffak bâtıldır” gibi başkaca küllî kâideler de bulunmaktadır.<sup>57</sup>

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere İmam-ı Azam'a atfedilen<sup>58</sup> 17 kâide vardır ki İmam Şafiî'nin de yaptığı bir seyahat neticesinde bunları naklettiği zikredilmiştir. Bunlardan 5 tanesi İslâm Hukuku kâidelerinin anası tabir edilir ki bu kâideler aşağıda zikredilmiştir.<sup>59</sup>

Şek ile yakîn zail olmaz;  
Meşakkat teysiri celbeder;  
Zarar ve mukabele bizzarar yoktur;  
Âdet muhakkemdir;  
Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir.  
Genel kâideler anlamında en önemli yeri

57] ŞİMŞİRGİL; EKİNCİ, s. 73.

58] Hanefî hukukçularından ed-Debbas on yedi kâide toplamıştır. El-KERHÎ ise bunları almış ve ilaveler yaparak otuz yedi kâide toplamıştır.

59] ez-ZERKA, s. 752-754.



ise İbn-Nüceym alır. İbn-Nüceym, el-Eşbah ven'-Nezair adlı kitabında 25 kâide toplamış ve bunları iki türe ayırmıştır. Birinci türe 5 kâide yanında "niyetsiz sevap olmaz" kâidesini eklemiştir.<sup>60</sup> İkinci türe ise 19 kâide koymuştur ki bunlardan diğer yan kâideler ve birçok hüküm çıkar.<sup>61</sup> Daha sonra Hicri 12. asrın ortalarında el-Hadimi bu kâideleri almış, eklemeler yapmış ve 145 kâide bulmuştur.<sup>62</sup> Mecelle ise bu kâidelerin birçoğunu ihtiva etmekte olup son başlıkta Mecelle'nin içerdiği Külli Kâidelere yer verilecektir.

## 5. Mecelle'yi Doğuran Sebepler

### a) Tanzimat ve Islahat Fermanları ile Kanunlaştırma Hareketlerinin Etkisi:

Hicri 4. Yüzyıldan itibaren yargı men-supları ile fetvâ makamındaki kişiler fıkhi meselelerin geniş biçimde tartışıldığı temel kaynaklara müracaat etmede çeşitli zorluklar yaşamış olup bu zorlukların giderilmesine dönük çalışmalar her dönemde farklı şekillerde de olsa yapılmıştır. Bazı müellifler fıkhi kâidelere ulaşmayı ve hatırlamayı kolaylaştırmak için bu kâideleri alfabetik sırada bir araya getirmeye çalışmış olup bunun dışında da farklı yollar denenmiştir. Ancak 18. Yüzyıla gelindiğinde Avrupa'da başlayan kanunlaştırma hareketlerinin etkisi ile mahkemelerde uygulanacak kanun metinleri hazırlanması fikri de geliştirilen çözüm önerileri arasına girmiştir. Bu durum Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin de ortaya çıkmasının temel nedeni olarak gösterilebilir.<sup>63</sup>

19. Yüzyıl, Batıda da büyük kanunlaştırma hareketlerinin meydana geldiği bir yüzyıl olup bu hareketler Osmanlı'yı da ciddi şekilde etkilemiştir. Tanzimat dönemi Osmanlı Devletinin askeri, idari, iktisadi, hukuki ve sosyal yapısında birçok köklü değişikliklerin meydana geldiği bir dönem olup Hukuki değişikliklerin başında kanunlaştırma hareketleri gelir.<sup>64</sup>

60] ez-ZERKA buna gerek görmüyor. Ona göre 'bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir' şeklindeki hükmün ferisi niteliğindedir.

61] ez-ZERKA, s. 756.

62] ez-ZERKA, s. 757.

63] KIZILKAYA, s. 269-270.

64] AYDIN, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s. 34-35.

3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı,<sup>65</sup> Lâle Devri ile gayri resmi olarak başlayan Batıya yönelişi resmileştirmiş, şer'i kanunlarla idare olunmayan memleketlerin yaşayamayacakları tespitini içermesine rağmen ferman da yer alan "kavânin-i cedide vaz' edilmesi" hükmüne dayanılarak batılı kanunlar iktibasla yürürlüğe konulmuştur. Fransız Medeni Kanununun (Code Civile) iktibası çabası da bu çerçevede gündeme gelmiş özellikle Cevdet Paşa'nın itiraz ve katkılarıyla Mecelle hazırlanmıştır. Bu şekilde Tanzimat Fermanı dolaylı da olsa Mecelle'nin hazırlanmasında etkilidir.<sup>66</sup>

Yine özellikle 1855 Kırım Savaşı sonrası Rusya'nın azınlıklar üzerinden Osmanlı'ya karşı sertleşen tutumu özellikle Avusturya, İngiltere ve Fransa'yı azınlık haklarının bir fermanla ilan edilmesi konusunda Osmanlı'ya baskı yapmalarına neden olmuş ve 1856 yılında Âli Paşa önderliğinde Islahat Fermanı<sup>67</sup> ilan edilmiştir. Fermanla gayrimüslim azınlıkların bütün yönlerden Müslüman ahali ile eşit olduğu, mahkemelerde eşit şahitlik imkânı, ilamların yayımlanması, müsaderenin kaldırılması, ticaret ve ceza davaları için karma mahkemelerin kurulmasına yer verilmiştir. Islahat Fermanındaki hususların kâğıt üzerinde kalmaması açısından Medeni Kanun meselesi önemli bir aşama niteliğinde görülmüştür.<sup>68</sup>

### b) Yeni Mahkemelerin Kurulması:

Tanzimat süreci, "adliye teşkilatı" açısından oldukça etkili olmuş, Şer'i mahkemeler yanında ve bu mahkemelerin yetkileri azaltılarak, Ceza, Hukuk, Ticaret, İhtilat gibi şer'i olmayan mahkemeler kurulmaya başlanmıştır. Şer'i mahkemeler, Miras ve Aile hukuku işleri dışında diğer alanlarda söz sahibi olmaktan çıkarılmıştır.<sup>69</sup>

65] Muharrem BALCI, Tanzimat'tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın Hukuki Gelişim Süreci, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler I, Danuşman, İstanbul 2003, s. 51. (Tanzimat Fermanı'nun Sadeleştirilmiş Metni için bkz.)

66] Osman KAŞIKÇI, "Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle", *Adalet Kitabı*, s. 256.

67] BALCI, Tanzimat'tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın Hukuki Gelişim Süreci, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler I, s. 53. (Islahat Fermanı'nın sadeleştirilmiş metni için bkz.)

68] KAŞIKÇI, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 43.

69] Kaya KARTAL, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Huku-

Tanzimat'la birlikte tek hâkimli ve tek derece klasik Osmanlı mahkeme sistemi geniş ölçüde terkedilerek toplu hâkimli ve çok derece yeni bir adli teşkilat kurulmaya başlanmıştır. Ancak bu dönem her alanda olduğu gibi yargı alanında da çift başlı bir şekilde seyretmiş, 1840'ta klasik Osmanlı mahkemesi yanı sıra Ticaret Mahkemeleri de kurulmuştur. Yine 1864'te kaza, sancak ve vilayetlerde bidayet ve istinaf mahkemeleri kurulmuştur. Hukuk davalarına bakan bu yeni mahkemeler Nizamiye Mahkemeleri olarak adlandırılmıştır. 1868'de bu mahkemelerin temyiz mercii olarak Ahmed Cevdet Paşa riyasetinde Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye kurulmuştur.<sup>70</sup>

Özellikle Tanzimat'tan sonra kurulan Ticaret ve özellikle hukuk davalarına bakan Nizamiye Mahkemelerinin acilen bir Medeni Kanuna ihtiyaç duymuşlardır. Bu çok hakimli mahkemelerin başkan dışındaki üyelerinin hukukçu olmayan kişilerden oluşması, Fransız Ticaret Kanunundan çevrilerle uygulanan Kanunnâme-i Ticaret'in uygulamada rehin, kefalet, vekalet gibi konularda Medeni Kanun hükümlerine ihtiyaç duyması, hukukçu olmayan üyelerin İslâm Fıkhı hükümlerini ihtiva eden kitaplardan istifade etmelerinin imkansızlığı bu mahkeme hakimlerinin anlayacağı tarz ve sistematikte bir Medeni Kanun ihtiyacı özellikle hukuk davalarına bakan Nizamiye Mahkemelerinde had safhaya ulaşmıştır. Nizamiye Mahkemelerinin bu ihtiyacı Mecelle'yi doğuran en önemli sebep olarak zikredilebilir.<sup>71</sup>

#### c) Hâkimlerin Yetersizliği:

Tanzimat'a kadar fıkıh eserlerine müracaatla yürütülen yargı işleri bu dönemden itibaren, özellikle medreselerin üzerine düşen görevleri aktif bir şekilde yerine getirememelerinin de etkisiyle ve fıkıh eserlerine başvuracak niteliklere sahip âlimlerin azlığı sebebiyle, aksamıştır. Bu konuda Mecelle'nin Esbab-ı Mucibesi'nde şeri ilimlerde mahir kişilerin azalması sebebiyle Nizamiye Mahkemelerinin baktığı davalarda ihtiyaç halinde fıkıh

eserlerine müracaat edecek kimselerin bulunmamasından, hatta Şer'îyye Mahkemeleri'ne yeterli kadı bulmanın dahi zorlaştığından yakınılmaktadır.<sup>72</sup>

Osmanlı yargı sisteminde oluşan bu açığı kapatmak ve Nizamiye Mahkemelerinin hâkim ihtiyacını karşılamak için, 1853-1854 yılında Muallimhâne-i Nüvvâb isimli bir kadı mektebi (medreset'ül-kudât) kurulmuştur. Ancak buralardan mezun olanlar medreselerde yetişen kadılardan daha iyi bir fıkıh bilgisine sahip olmadıklarından ihtiyaç karşılanamamış, neticede Nizamiye Mahkemeleri hâkimleri için fikhun kanunlaştırılması ihtiyacı hasıl olmuştur. İşte bu çerçevede Mecelle'yi doğuran sebeplerden birisinin de mevcut hâkimlerin yetersizliği olduğu söylenebilir.<sup>73</sup>

#### d) Batı'nın Etkisi ve Baskısı:

Mecelle'yi doğuran ihtiyaçlardan birisi de batının yani Avrupa devletlerinin etki ve baskısıdır.<sup>74</sup> Bizzat Tanzimat'ın bu baskının bir ürünü olduğu dahi söylenebilir. Tanzimat paşaları diye de anılan dönemin yüksek bürokratları zaten yüzlerini her anlamda batıya dönmüş ve batıyı örnek almışlardır. Mustafa Reşit Paşa, Âli Paşa ve Fuat Paşa batılılaşma taraftarı olmaları hasebiyle bir baskı olmaksızın dahi rızaya dayalı olarak batıyı da etkisine alan kanunlaştırma hareketlerinden etkilenmişler ve bu etki kısa sürede devleti de içirisine almış her alanda köklü kanunlaştırma hareketleri şeklinde kendisini göstermiştir.<sup>75</sup>

Bu anlamda en önemli kanun denilebilecek Medeni Kanun için de benzer bir çaba gösterilmişse de bu şekli olarak karşılığını bulsa da içerik olarak özellikle Cevdet Paşa'nın da etkisiyle İslâm Hukuku dışına çıkılmamıştır.

Kanunlaştırma hareketlerinde sadece bir etkiden değil aynı zamanda ciddi bir baskıdan da bahsedebiliriz. Avrupa açısından Osmanlı'nın açık bir pazar haline gelmesi, Avrupalı tacirleri kendi alışık oldukları ve güvenecekleri bir hukuk düzenini talep etmeleri ile sonuçlanmıştır. Yine gayrimüslim azınlıklara da belli haklar sağlayarak hem onlara etki etmek

kun Laikleşmesi", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birlikleri* 3, Hukuk Vakfı, İstanbul 2009, s. 88.

70] AYDIN, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s. 36.

71] AYDIN, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s. 35-37.

72] BERKİ, s. 9.

73] AYDIN, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s. 38.

74] KAŞIKÇI, "Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle", s. 257.

75] AYDIN, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s. 39.

hem de Osmanlı'nın içişlerinde söz sahibi olmak düşüncesi de kanunlaştırma süreçlerinde etkilidir. Kanunlaştırma aynı zamanda batı devletleri açısından bir prestij meselesi olup kendi hukuki yapılarını ve kanunlarını Osmanlı devletine empoze etmek batılı devletler için oldukça önemlidir. Özellikle Code Napoleon denilen Fransız Medeni Kanununun aynen alınması ciddi şekilde bastırılmışsa da neticede bu baskılar Mecelle'yi doğurmuştur.<sup>76</sup>

## 6. Mecelle'nin Hazırlanışı

Yukarıda sayılan çeşitli iç ve dış sebepler sonucunda, Ahmed Cevdet Paşa başkanlığında kurulan Mecelle Cemiyeti tarafından hazırlanan ve Osmanlı Medeni Kanunu diyebileceğimiz<sup>77</sup> Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin (Adliyyeye İlişkin Hükümler Mecmuası)<sup>78</sup> hazırlık çalışmaları 1868-1889 tarihleri arasında yapılmıştır. İsviçre Medeni Kanununun tam da Mecelle'ye karşı bir kanun olarak<sup>79</sup> yürürlüğe sokulduğu 1926 yılına kadar yani 57 yıl yürürlükte kalmıştır. 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun, Mahmut Esat Bozkurt tarafından yazılan, "Esbab-ı Mucibe Layihası"nda, Türk milletinin kararının muasır medeniyeti kayıtsız şartsız tüm prensipleriyle taklit olduğu ve modernleşme tarihinde Âli Paşa'nın Fransız Medeni Kanunu'nun aynen kabulü isteğinin, milletin haklı menfaatlerini nazarı dikkate almayanlarca (Cevdet Paşa kastediliyor) geçiştirildiği ve şimdi İsviçre Medeni Kanunu'nun medeni kanunlar arasında en yeni ve mükemmeli olduğu için iktibas edildiği belirtilmiştir.<sup>80</sup>

Hanefi Fıkhı esas alınarak hazırlanan Mecelle'nin tıpkı diğer kanunlar gibi Fransa Kanunlarının tercüme edilmesi fikrine karşın Ahmed Cevdet Paşa'nın "*Bir milletin kavani-ni esasiyesini böyle kalp ve tahvil etmek ol milleti imha hükmünde olacağından bu yola gitmek caiz olmayıp*" diyerek karşı bir hareket başlatmasıy-

la İslâm Hukuk tarihinin ilk kanunu diyebileceğimiz Mecelle doğmuştur.<sup>81</sup>

Mecelle'nin hazırlanması için, 1855 yılında, dönemin önde gelen ilim adamlarından müteşekkil bir komisyon oluşturulmuş ancak bu komisyon kısa sürede dağılmıştır. Metn-i Metin hazırlığı da denilen bu teşebbüsten sonra her ne kadar Fransız Medeni Kanununu (Code Civile) alma yönünde baskı ve çabalar yoğunlaşmışsa da neticede Cevdet Paşa, Fuat Paşa ve Şirvanizâde Rüştü Paşa'nın çabaları ile Cevdet Paşa başkanlığında yeni bir komisyon kurularak çalışmaya başlamıştır. Kitapları ayrı ayrı neşredilerek yürürlüğe konulan Mecelle'nin 1869'da Fıkhun tanımı ve Küllî Kâideleri ihtiva eden Mukaddime ile bey' ve şira (alış-veriş) bahislerini ihtiva eden 1. Kitabı neşredilerek yürürlüğe konulmuştur. Mecelle 16. Kitabı Kitâbü'l-Kazâ'nın 1876'da yürürlüğe konulması ile 1851 madde olarak tamamlanmıştır.<sup>82</sup>

Esasen Batılı devletlerin ve içerideki hizmetçilerinin çabaları devam etmiş hatta bir ara Mecelle'nin dördüncü kitabı yazıldıktan sonra Ahmed Cevdet Paşa Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye nazırlığından geçici de olsa azledilerek Bursa Valisi olarak atanmıştır. İfade etmek gerekir ki bu konuda Şeyhülislamlığın da etkisi farklı gerekçelerle de olsa büyüktür.<sup>83</sup>

## 7. Mecelle ve Mecelle'nin İçerdiği Küllî Kâideler

Mecelle'nin 1. Maddesinde fıkah ilmi tanımlanmış olup devamındaki 99 maddede dağınık bir şekilde olmak, sistematığı bilinmemek ve kanun tekniğinden farklı olmak üzere küllî kâidelere yer verilmiştir.

Mecellenin fıkhun tanımını yapan birinci maddesinden sonraki 99 maddesi küllî kâideleri ihtiva eden Makaale-i Sâniye başlığı altında zikredilmiştir. Mecelle'de de açıkça ifade edildiği üzere bu kâideler Hanefi fakih İbn Nüceym ve onu takip eden fakihlerden yararlanılarak oluşturulmuştur.<sup>84</sup> Esbab-ı Mucibe Mazbatasında bu kaynak dışında Hidâye,

76] AYDIN, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s. 40-41; Kaşıkçı, "Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle" s. 257-258.

77] AYDIN, Mecellenin Hazırlanışı, s. 31.

78] KAŞIKÇI, Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle, s. 255.

79] Bkz. Türk Medeni Kanununun Mahmut Esat BOZKURT tarafından kaleme alınan Esbab-ı Mucibe Layihası

80] KARTAL, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Hukukun Laikleşmesi", s. 89.

81] AYDIN, Mecellenin Hazırlanışı, s. 31.

82] AYDIN, Mecellenin Hazırlanışı, s. 48.; İkinci s. 56.; Gür, s. 26-27.

83] AYDIN, Mecellenin Hazırlanışı, s. 50.

84] BERKİ, Mecelle, s.10.

Fetâvâ-i Cihangiriye ve Tatarhaniye gibi Hanefî kaynaklara da atıfta bulunulmuştur.<sup>85</sup>

Mecelle'nin başında yer alan 99 küllî kâidenin bir kısmının tekrar, bir kısmının cüz'î mahiyette olması eleştiri konusu yapılmıştır. Mecelle bir Kavâid metni olarak daha önceki eserlerden farklı olmakla da eleştirilmiş, Mecelle öncesinde doktriner ve nitelikli olan kavâid çalışmalarının Mecelleden sonra Mecelle'nin ve Avrupa'daki kanunlaştırmaların da etkisiyle uygulama ağırlıklı bir hale geldiği ifade edilmiştir. Mecelle öncesinde kavâid eserleri fihhi tartışma ve birikimin etkisinde iken Mecelle mahkemelerde uygulanmak üzere hazırlanan bir kanun metni olduğundan fihhi şartlardan ziyade yargı alanındaki pratik ihtiyaçları karşılamaya yönelik olduğu ifade edilmiştir.<sup>86</sup>

Mecelle'nin teknik manada bir kavâid kitabı olmaktan ziyade, fıkıh eserlerinden hareketle kaleme alınmış "kendi içerisinde tutarlı modern bir hukuk kitabı" olduğu; fıkıh ve Fetâvâ kitaplarının sistemine bağlı kalınmayıp konuların yeni bir tertiple ele alındığını ve bu haliyle batılı hukuk sistemlerine ait kanun metinlerine benzediği gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Üstelik Mecelle kendisinden sonra yazılan kavâid eserlerini de ciddi biçimde etkilediği ve neredeyse hepsinde Mecelle'nin 99 maddesini açıklama çabası bulunduğu düşünüldüğünde bu eleştiriler normal karşılanmalıdır.<sup>87</sup>

Necmettin Kızılkaya, Mecelle'nin giriş bölümündeki kâidelerin daha önce takip edilen yöntemlerin hepsinden farklı bir tertibe sahip olduğunu, bu tertibin ne tür bir sisteme göre yapıldığının bilinemediğini ve bunun tenkit konusu yapıldığını ifade etmiştir.<sup>88</sup> Bu kapsamda örneğin Hıfzı Veldet tarafından, bu kâidelerin bazılarının hususi olduğu, genel olarak aralarında irtibat ve ahenk gözetilmeksizin sistemsiz bir şekilde dizildikleri ifade edilerek eleştirilmiştir.<sup>89</sup>

Gerçekten de incelendiğinde Mecelle'nin

99 kâidesinin hangi sistematığe göre tasnif edildiğini anlamak zordur. Birbiriyle alakalı denilebilecek, birbirinin mefhum-u muhalifi ya da istisnası sayılabilecek ya da birbiriyle yakın anlamlı olan kâideler farklı maddelerde yer bulmuştur. Yine konu itibarıyla birbiriyle alakalı kâideler de farklı maddelerde yer bulmuştur. Bu kapsamda örneğin Belgesay, Tefsir Kâideleri içerisinde sayılabilecek 3-60-64-65-13-61-40-67-66-43-44-63-69-70 ve 71. Maddeleri birlikte zikrederek incelemiştir.<sup>90</sup> Yine İspat Hukuku Kâideleri içerisinde sayılabilecek 79-73-78-74-4-75-42-78-80-81 ve 38. Maddeleri ise birlikte incelemiştir.<sup>91</sup> Suriyeli hukukçulardan Mustafa Ahmed Zerkâ ise 99 maddeyi 40 ana kâide ve bunlara bağlı 59 yan kâide şeklinde tasnif ederek incelemiştir.<sup>92</sup>

Bu hususta Belgesay, Mecelle'nin küllî kâidelerinin çoğunun muhtelif şekil ve terimlerle birbirinin tekrarı olduğunu, bu tekrarın bazen bir kâidenin yeni bir izahı, yeni bir ifade şekli bulunması itibarıyla faydalı bulunmuşsa da bazen de tamamen lüzumsuz ve faydasız bulunmuştur, diyerek eleştirisini dile getirmiş ve Mecellenin Küllî Kâideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri isimli eserinde küllî kâideleri gruplara ayırarak ve sentezleyerek incelemiştir.<sup>93</sup>

Belgesay'a göre; Mecelle kâideleri arasında birbirinin zıddı olan maddeler (50. Madde ile 81. Maddenin birbirinin zıddı olduğunu ifade eder) yanında; küllî kâide niteliğinde olmayan maddeler de (54. Maddenin küllî olmayıp 27. Maddenin tatbikatı olabileceğini; 51. Maddenin umumi olamayacağını ifade eder) bulunmaktadır; bazı küllî kâideler ise bir hukuk prensibi olmaktan öte tabii bir münasebeti (99. Madde ve 18. Maddenin böyle olduğunu ifade eder) ifade etmektedir.<sup>94</sup>

Mustafa Ahmed ez-Zerka da Mecelle Komisyonu'nun kaidelerin takdiminde, ne sınıflandırma yaptığını, ne de tenasüp ve mana bağlantılarını nazara aldığını, aksine gelişmiş güzel serdettiğini, aynı mana ve konudaki

85] BERKİ, Mecelle, s. 9.

86] KIZILKAYA, s.276.

87] KIZILKAYA, s. 277

88] KIZILKAYA, s.286.

89] KIZILKAYA, s.286-287'den atıfta "Veldet, Hıfzı "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", Tanzimat I, s.194"

90] BELGESAY, *Mecelle'nin Küllî Kâideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*, s. 9-15.

91] BELGESAY, *a.g.e.*, s. 42-49.

92] Ez-ZERKA, s. 763-860.

93] BELGESAY, *a.g.e.*, s. 8.

94] BELGESAY, *Kur'an Hükiimleri ve Modern Hukuk*, s. 26-27.



birbirine yakın kaidelerin farklı ve birbirinden uzak yerlere yerleştirildiğini ifade ederek farklı bir sıralama önermiştir.<sup>95</sup>

Kendisinden sonraki Kavâid külliyyatını da derinden etkilemesi bağlamında Mecelle'nin sistematığı ile alakalı eleştirilerle alakalı olarak, mevcut dağınık sıralamanın, aynı zamanda Mi'yar-ı Sedat isimli bir Klasik Mantık kitabı yazarı da olan Cevdet Paşa'nın bilinçli bir tercihi olduğunu düşünüyoruz. Unutmamak gerekir ki Mecelle ve mukaddimesinde yer alan küllî kâideler esasta üyeleri hukukçu bile olmayan Nizamiye Mahkemeleri hâkimleri başta olmak üzere yetkinliklerinden yakınulan hâkim ve kadılar için yazılmıştır. Bu çerçevede Mecelle'nin Küllî Kâideleri dizilirken muhatapları da esas olarak öğrenmeyi ve anlamayı sağlamak üzere, mantık ilkeleri çerçevesinde, kendi içerisinde farklı bir sistematik ve tekrar usulü güdüldüğünü düşünmekteyiz.

Madde sayısının 99 olması ile alakalı olarak Ekrem Buğra Ekinci: "Mecelle'yi hazırlayan heyetin, esmâ-ı hüsnâ (Allah'ın isimleri) sayısı olan doksan dokuz ile teberrük ettiğini, yani bereketlenmek istediğini söylemek mümkündür." diyerek farklı bir bakış sunmuşlardır.<sup>96</sup>

Ayrıca ifade etmek gerekir ki aynı konuyu düzenleyen kâideleri alt alta ele alınması makale, tez ya da diğer teorik çalışmalar için pratik ve ilmi açıdan faydalı olabilir. Ancak Mecelle gibi temel hedef kitlesi uygulayıcılar olan ve pratik hedefleri bulunan bir kanun metni için asıl olan bu kaidelerin özümsemek üzere yerleşmesi ve bir hukuk kültürü oluşturabilmesidir. Cevdet Paşa tabir yerinde ise uygulayıcılarını adeta bir öğrenci ile muhatap oluyormuşçasına eğitmek ve hukukçusunu yetiştirmek, ona hukuk mantığı kazandırmak için bu yolu seçmiştir diye düşünüyoruz. Zaten 1851 maddelik Mecelle'nin kanun tekniğine aykırı olarak 200'e yakın tanım maddesine yer vermesi de bu hususa işaret etmektedir.

Netice itibarıyla Prof. Dr. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nın ana kâide olarak tasnif ettiği 40 Kâideyi aşağıda zikrederek makaleyi sonlandırabiliriz:

95] Ez-ZERKA, s. 759-760.

96] EKİNCİ, s. 73.

1. "Bir işten maksad ne ise hüküm ona göredir." [md. 2]
2. "Şek ile yakîn zâil olmaz." [md. 4]
3. "Zarar ve mukabele-bizzarar yoktur." [md. 19]
4. "Meşakkat teysiri celb eder." [md. 17]
5. "Âdet muhakkemdir."
6. "Kelâmın i'mali ihmalinden evlâdır." [md. 60]
7. "Mevrid-i nasda içtihadı mesağ yokdur." [md. 14]
8. "İçtihat ile içtihat nakz olunmaz." [md. 16]
9. "Alâ-hilâf-il-kıyas sabit olan şey sâire makis-ün-aleyh olmaz." [md. 15]
10. "Mâni zail oldukda memnu' avdet eder." [md. 24]
11. "Al(in)ması memnu' (yasak) olan şeyin ver(il)mesi dahi memnudur." [md. 34]
12. "Kim ki bir şeyi vaktinden evvel isti'cal eyler ise mahrumiyetle muâteb olur." [md. 99]
13. "Her kim ki kendi tarafından tamam olan şeyi nakz etmeğe say ederse say'i merduttur." [md. 100]
14. "Baka ibtidadan esheldir." [md. 56]
15. "Vücutta bir şeye tabi olan hükümde dahi ona tabidir." [md. 47]
16. "Aslın ifası kabil olmadığı halde bedeli ifa olunur." [md. 53]
17. "Sakit olan şey avdet etmez." [md. 51] Ya'ni giden geri gelmez.
18. "Teberru ancak kabz ile tamam olur." [md. 57]
19. "Bir şeyde sebab-i temellükün tebeddülü ol şeyin tebeddülü makamına kaimdir." [md. 98]
20. "Şartın sübutu indinde ana muallâk olan şeyin, sübutu lazım olur." [md. 82]
21. "Bi-kaderil-imbân şarta müraat olunmak lâzım gelir." [md. 83]
22. "Cevâz-ı şer'i zamâna münafi olur." [md. 91]
23. "Bir şeyin nef'i zamânı mukabelesindedir." [md. 85]
24. "Mazarrat menfaat mukaabelesindedir." [md. 87]
25. "Külfet nimete, nimet külfete göredir." [md. 88]
26. "Ücret ile zamân cemi'/müctemi olmaz." [md. 86]
27. "Bir kimsenin mülkünde anın izni olmak-

- sızın âhar bir kimsenin tasarruf etmesi câiz değildir." [md. 96]
28. "Bir fiilin hükmü fâiline muzaf kılınır ve mücibir olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz." [md. 89]
29. "Mübaşir müteammid olmasa da zâmin olur." [md. 92]
30. "Mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz." [md. 93]
31. "Mübâşir ya'ni bizzat fail ile mütesebbib müctemi oldukta hükm ol fâile muzaf kılınır." [md. 90]
32. "Hayvanatın kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı hederdir." [md. 94]
33. "Velâyet-i hassa velâyet-i âmmeden akvâdir." [md. 59]
34. "Raiyye yani tebe'a üzerine tasarruf maslahata menuttur." [md. 58]
35. "Tercümanın kavli her hususta kabul olunur." [md. 71]
36. "Bir şeyin umûr-u bâtnada delili ol şeyin makamına kâim olur." [md. 68]
37. "Kişi ikrarıyla ilzam/muaheze olunur." [md. 79]
38. "Bürhan ile sabit olan şey iyânen sâbit gibidir." [md. 75]
39. "Beyyine hilâf-ı zâhiri isbat için ve yemin aslı ibka içindir." [md. 77]
40. "Tenâkuz ile hüccet kalmaz, lâkin mütenâkızın aleyhine olan hükme hâlel gelmez." [md. 80]

### Sonuç

İslâm Hukuku'nun hatta Hukukun Genel İlkeleri olarak da ele alınabilecek Külli Kâideler, Kur'an, Sünnet ve ilk dönem fıkıh eserlerinde, Mecelle'deki gibi kanonik bir formatta sunulmasa bile, mevcuttur.

Mezhebi birikimin geriye dönük ilkesel yöntemle okunması sonucu elde edilen küllî kâideler ilerleyen yüzyıllarda Kavâid eserlerinde inceleme konusu yapılarak daha ciddi ve sistematik bir şekilde işlenmiş olup fıkıhın fer'i meselelerinden ziyade fıkıh ilminin teorik ve ilkesel yönünü esas almıştır.<sup>97</sup> Küllî Kâideler, Furu-ı fıkıh sahasını teşkil eden on binlerce meselenin incelenerek bu meselelerden birbirine benzeyenlerin aynı başlık altında

97] KIZILKAYA, *Haneî Mezhebi Bağlamında İslâm Hukukunda Küllî Kâideler*, s. 21.

toplanması suretiyle meydana getirilmiştir.<sup>98</sup>

İslâm Hukukunun meselecî bir hukuk sistemi olmasının da etkisiyle Hicri 4. Yüzyıla gelindiğinde mezhep imamları ve takipçileri tarafından verilen binlerce fetvanın sistematize edilerek tasnif edilmesi ihtiyacı hâsıl olmuş, çoğalan fetvaları belli esaslar altında toplama ihtiyacı kendisini dayatmıştır. İlk Hanefî usulcülerinden Kerhî'nin başlattığı gelenek temelde binlerce meseleyi ezberlemenin imkânsızlığı karşısında genel hükümlerin tespiti zaruretine dayanmaktadır.<sup>99</sup>

Bu çalışmamızda Külli Kâidenin anlam ve mahiyeti, fıkhi hükümlerden farkı ile istisnalarının varlığının küllîlik vasfıyla çelişip çelişmediği; Külli Kaidelerin kaynakları; bu Kâidelerin önemi ve hukuk mantığı ve düşüncesi açısından gereği başlıkları incelendikten sonra öne çıkan külli kâideler ele alınmıştır.

Çalışmada devamla Mecelle'nin Hazırlanışı ve Mecelle'yi doğuran sebepler ele alındıktan sonra Mecelle ve Mecelle'nin İçerdiği Küllî Kâidelere yer verilerek çalışma sonlandırılmıştır. Bu çalışmada Mecelle'nin içerdiği doksandokuz maddenin tamamı değil Prof. Dr. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nın ana kâide olarak tasnif ettiği 40 Kâide aynen verilmiştir.

Kendisinden sonraki Kavâid külliyyatını da derinden etkilemesi bağlamında Mecelle'nin sistematığı ile alakalı eleştirilerle alakalı olarak, mevcut dağınık sıralamanın, aynı zamanda Mi'yar-ı Sedat isimli bir Klasik Mantık kitabı yazarı da olan Cevdet Paşa'nın bilinçli bir tercihi olduğunu düşünüyoruz. Unutmamak gerekir ki Mecelle ve mukaddimesinde yer alan küllî kâideler esasta üyeleri hukukçu bile olmayan Nizamiye Mahkemeleri hâkimleri başta olmak üzere yetkinliklerinden yakınılan hâkim ve kadılar için yazılmıştır. Bu çerçevede Mecelle'nin Küllî Kâideleri dizilirken muhatapları da esas olarak öğrenmeyi ve anlamayı sağlamak üzere, mantık ilkeleri çerçevesinde, kendi içerisinde farklı bir sistematik ve tekrar usulü güdüldüğünü düşünmekteyiz.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki aynı konuyu düzenleyen kâideleri alt alta ele alınması

98] ŞİMŞİRGİL; EKİNCİ, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, s. 72.

99] BAKTİR, "İslâm Hukukunun Genel Prensipleri", s. 204.

makale, tez ya da diğer teorik çalışmalar için pratik ve ilmi açıdan faydalı olabilir ancak Mecelle gibi temel hedef kitlesi uygulayıcılar olan ve pratik hedefleri bulunan bir kanun metni için asıl olan bu kaidelerin özüm-senerek zihne yerleşmesi ve bir hukuk kültürü oluşturabilmesidir. Cevdet Paşa tabir yerinde ise uygulayıcılarını adeta bir öğrenci ile muhatap oluyormuşçasına eğitmek ve hukukçusunu yetiştirmek, ona hukuk mantığı kazandırmak için bu yolu seçmiştir diye düşünüyoruz. Zaten 1851 maddelik Mecelle'nin kanun tekniğine aykırı olarak 200'den fazla tanım maddesine yer vermesi de bu hususa işaret etmektedir.

Küllî Kâidelerin önemine vurgu yapmak üzere tekrar ifade etmek gerekir ki Mecelle'nin tanımıyla Fıkıh İlmi, "amellerle ilgili şer'i meseleleri bilmek" olup, bu bilme işlevinin sayısız denilebilecek kadar çok fer'i meseleyi ve bunlara uygulanacak hükümleri bilmekten öte bir anlam olduğu açıktır. Bu çerçevede Şer'i meseleleri bilmenin en pratik yolu yüzyıllara yayılmış fıkıh birikiminin damıtılması ile elde edilen küllî kaideleri bilmek olduğu söylenebilir. Yani "İlmi fıkıh/hukuk ilmi, küllî kâideleri (hukukun genel ilkelerini) bilmektir" denilebilir.

### Kaynakça

- AYDIN, Mehmet Akif; "Mecelle'nin Hazırlanışı", *Osmanlı Araştırmaları*, IX, İstanbul 1989.
- AYDIN, Mehmet Akif; "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", Türkiye Diyanet Vakfı *İslâm Ansiklopedisi*, C. XXVIII, Ankara 2003.
- BALCI, Muharrem; "Tanzimat'tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın Hukuki Gelişim Süreci", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler I*, Danuşman, İstanbul 2003.
- BAKTIR, Mustafa; "İslâm Hukukunun Genel Prensipleri", *Ekev Akademi Dergisi*, Kış 2008.
- BAKTIR, Mustafa; "Kaide", Türkiye Diyanet Vakfı *İslâm Ansiklopedisi*, C. XXIV, İstanbul 2001.
- BELGESAY, Mustafa Reşit; *Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963.
- BELGESAY, Mustafa Reşit; *Mecelle'nin Küllî Kâideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1947.
- BERKİ, Ali Himmet; *Açıklamalı Mecelle*, Hikmet Yayınları, İstanbul 1979.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi; *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C.1, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1985.
- EZ-ZERKA; Mustafa Ahmed, *İslam Hukuku*, Gündönümü Yayınları, İstanbul 2006.
- GÜR, Refik; *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, Sebil Yayınevi, İstanbul 1993.
- İLHAN, Cengiz; *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2007.
- KARTAL, Kaya; "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Hukukun Laikleşmesi", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler 3*, Hukuk Vakfı, İstanbul 2009.
- KAŞIKÇI, Osman; "Osmanlı Medeni Kanunu: Mecelle", *Adalet Kitabı*, Yeditepe Yayınevi, İstanbul 2015.
- KAŞIKÇI, Osman; *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, OSAV Yayınları, İstanbul 1997.
- KIZILKAYA, Necmettin; *Hanefti Mezhebi Bağlamında İslâm Hukukunda Küllî Kâideler*, İz Yayıncılık, İstanbul 2013.
- ŞİMŞİRGİL, Ahmet; Ekinci, Ekrem Buğra, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, KTB Yayınları, İstanbul 2009.
- ZEYDAN Abdülkerim; *İslam Hukukuna Giriş*, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1995.