BURSA BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ

Uluslararası

mecelle

Sempozyumu

INTERNATIONAL MAJALLA SYMPOSIUM BOOK

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ

JUSTICE ACADEMY OF TURKEY

ULUSLARARASI MECELLE SEMPOZYUMU TEBLİĞLERI

INTERNATIONAL MAJALLA SYMPOSIUM BOOK

(CODIFICATION, PRACTICE AND CONTEMPORARY EFFECTS)

Bursa Büyükşehir Belediyesi Kitaplığı / **Uluslararası Mecelle Sempozyumu**

Editör
Fethullah SOYUBELLİ / Hakim-Öğretim Üyesi/ Türkiye Adalet Akademisi
ORCID / 0000-0001-6657-8508

Kapak Tasarım / Yakup Şahiner

ISBN / 978-605-9968-99-7

Basım Yılı ve Yeri / 1. Baskı; Nisan 2021, Star Matbaacılık / Bursa

Yapım / © 2021 Bursa Kültür A.Ş. Bu kitabın tüm yayın hakları Bursa Kültür A.Ş.'ye aittir. Yazılı izin olmadan kısmen ya da tamamen yeniden basılamaz.
Dağıtım / Bursa Kültür A.Ş. - Merinos Atatürk Kongre Kültür Merkezi B Kapısı Osmangazi-Bursa/Türkiye
Tel: + 90 224 253 26 46 Faks: + 90 224 253 14 85
info@bursakultur.com / www.bursakultur.com

TAKDİM VE TEŞEKKÜR
ACKNOWLEDGEMENTS

Türkiye Adalet Akademisi'nin bilimsel çalışmalar yapma görevi kapsamında 25-27 Eylül 2017 tarihleri arasında Bursa'da "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye" konulu uluslararası sempozyum (Tedvini, Uygulaması ve Günümüze Etkileri) düzenlenmiştir. Türk hukuk tarihi açısından önemli hukuki metinlerden birisi olan Mecelle üzerine böyle bir sempozyum düzenlemek Adalet Akademisi için gurur verici olmuştur. Halen birçok ülkenin cari hukukunda önemli bir yer tutan Mecelle, birçok devletin hukuki düzenlemelerinin de esin kaynağı olmuştur.

Yurtiçinden ve yurtdışından Mecelle üzerinde uzman akademisyen ve yargı mensupları ile iletişime geçilerek, etkinlik konusunda bilgilendirilmişlerdir. Sempozyum kapsamında ele alınması beklenen konular oluşturulan bilim hakem kurulu danışmanlığında titizlikle oluşturulmuştur. Özellikle hukuk ve ilahiyat fakültelerine tebliğ çağrısı yapılarak, sempozyumun bilimsel derinliğinin artırılması ve geniş kesimlere duyurulması amaçlanmıştır.

Uluslararası sempozyuma 22 ülkeden uygulamacı ve akademisyenlerden oluşan 550 katılımcı iştirak etmiş, sempozyumda Türkçe, *İngilizce ve Arapça olmak üzere toplam 43 tebliğ sunulmuştur.*

Sempozyum sonrasında tebliğler kitabının yayınlanması amacıyla toplanan tebliğler bilim kurulunun bilimsel inceleme ve değerlendirmesinden geçtikten sonra yayına hazır hale getirilmiş ve bu kıymetli eser meydana gelmiştir. Ayrıca yabancı dilde yazılan tüm tebliğler Türkçe'ye tercüme edilmiş, hem orijinal dilinde, hem de Türkçe olmak üzere yayınlanmak üzere esere konulmuştur. Bugünün ve gelecek nesil hukukçuların istifade edeceği bu eserin yapılacak diğer çalışmalara da ışık tutacağına eminim.

Sempozyumun düzenlenmesi ve bu güzel eserin ortaya çıkması için yoğun çaba sarf eden önceki dönem Türkiye Adalet Akademisi Başkanı Sayın Yılmaz AKÇİL'e ve değerli çalışma arkadaşlarına teşekkür ediyorum.

Yine hiçbir desteği esirgemeden bu sempozyuma ev sahipliği yapan ve bu kıymetli eserin yayınlanmasını sağlayan Bursa Büyükşehir Belediyesi'ne ve Kültür AŞ'ye, düzenleme ve bilim kurullarının değerli üyelerine ve sivil toplum kuruluşlarına teşekkür ederim.

Ülkemizdeki ve gönül coğrafyamızdaki hukuk çalışmalarına katkı sunması temennisiyle…

Muhittin ÖZDEMİR

Hâkim

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ

SEMPOZYUM BİLİM KURULU (SCIENCE COMMITTEE)

Muhammed Taqi USMANİ Karaçi Darululum Müftüsü
Prof. Dr. Ahmet AKGÜNDÜZ Hollanda İslam Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayhan CEYLAN İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Fahrettin ATAR Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
Prof. Dr. Farid Sufian SHUAİB Malezya İslam Üniversitesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fikret KARCİC Saraybosna Üniversitesi
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Halil CİN Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU Hacattepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hür Mahmut YÜCER Karabük Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim MARAŞ Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Orhan ÇEKER Konya Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Saffet KÖSE İzmir Katip Çelebi Üniversitesi
Prof. Dr. Şamil DAĞCI Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK Konya Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
Doç. Dr. Nuran KOYUNCU Konya Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Saim KAYADİBİ Malezya İslam Üniversitesi
Doç. Dr. Tomoki OKAWARA Tohoku Üniversitesi
Yrd. Doç. Dr. Ahmet KILINÇ Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Ebubekir SİFİL Yalova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Ghazali bin JAAPAR Malezya İslam Üniversitesi
Yrd. Doç. Dr. Mehmet AYKANAT Konya Necmettin Erbakan Ünv. Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Mustafa YAYLA Polis Akademisi
Yrd. Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Muhammed Ebu SÜNDÜS Filistin Adalet Bakanı Yardımcısı

SEMPOZYUM DÜZENLEME KURULU (ORGANIZATION COMMITTEE)

Yılmaz AKÇİL, Danıştay 10. Daire Başkanı (Eski Türkiye Adalet Akademisi Başkanı)

Mustafa ARTUÇ, Yargıtay Üyesi (Eski Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı)

Ertan AYDIN, Yargıtay Üyesi (Eski Türkiye Adalet Akademisi Bilimsel Çalışmalar Ve Enformasyon Daire Başkanı)

Dr. Yasin ÇEVİK, Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimi (Eski Türkiye Adalet Akademisi Tetkik Hâkimi)

Fethullah SOYUBELLİ, Türkiye Adalet Akademisi Tetkik Hâkimi ve Öğretim Üyesi

Muhammet ELMALI, Danıştay Tetkik Hâkimi (Eski Türkiye Adalet Akademisi Adalet Uzman Yardımcısı)

Seda ARSLAN, Adalet Bakanlığı Adalet Uzmanı (Eski Türkiye Adalet Akademisi Adalet Uzman Yardımcısı)

Menekşe ÖRME, Adalet Bakanlığı Şube Müdürü (Eski Türkiye Adalet Akademisi Şube Müdürü)

İlkay AKTAŞ, Kültür Bakanlığı, Memur (Eski Türkiye Adalet Akademisi Memuru)

SUNUŞ (INTRODUCTION)

"Ahmed Cevdet Paşa, Mecelle'nin hazırlanmasında önayak olmakla yalnız İslâm hukukuna değil, dünya hukuk hayatına da büyük bir hizmette bulunmuş, hem kendi adını hem de hazırladığı bu mükemmel eserin adını ebedîleştirmiştir."
Bernard Lewis

Lügat anlamı kitap, dergi, mecmua, risâle olan 'mecelle' kelimesi hukuk ve ilahiyat bilim çevrelerince Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye isimli eserin kısaltılması olarak kullanılmaktadır. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 1868-1876 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki bir komisyon tarafından hazırlanıp peyderpey yayınlanan İslami özel hukuk kurallarını ifade etmektedir. Söz konusu komisyonda, Abdülatif Şükri Efendi, Abdüssettâr Efendi, Ahmed Hâlid Efendi, Ahmed Hilmi Efendi, Alâaddîn Efendi (İbni Âbidînzâde), Filibeli Halik Fevzi Efendi, Isâ Ruhî Efendi, Kara Halil Efendi, Muhammed Emin Efendi (Bağdâdlı), Ömer Hilmi Efendi, Seyfeddin İsmail Efendi, Şirvânîzâde Ahmed Hulusi Efendi, Ömer Hulusi Efendi (Gerdankıranzâde), Yûnus Vehbi Efendi gibi dönemin önde gelen âlimleri üyelik yapmıştır.

Batı dünyasında gelişen hukuk kodifikasyonu hareketleri bağlamında ortaya çıkan bir anlayışla, İslam hukukunun kanunlaşma hareketi içerisinde değerlendirilen bu girişim neticesinde ortaya çıkan Mecelle 1 giriş, 16 Bölüm ve 1851 maddeden oluşan bir eserdir. Mecelle temel olarak dönemin hukuk ihtiyacına cevap verebilmesi amacıyla hazırlanmış, özel hukuk ilişkileri diyebileceğimiz, kira, kefalet, rehin, şirket, sulh, ibra, dava ve deliller üzerine hazırlanmıştır. (Kitâbu'I-Büyû', Kitâbu'l-İcâre, Kitâbu'l-Kefâle, Kitâbu'l-Havâle, Kitâbü'r-Rehin ve Kitâbü'l-'Vedîa, Kitâbü'l-Emânât, Kitâbü'l-Hibe, Kitâbü'l-Gasb ve'l-İtlâf, Kitâbu'l-Hacr vel-ikrâh ve'ş-Şufa, Kitâbü'ş-Şirket, Kitâbü'l-Vekâle, Kitâbü's-Sulh vel-Ibrâ, Kitâbü'l-İkrâr, Kitâbü'd-Da'vâ, Kitâbu'l-Beyyinât ve't-Tahlîf, Kitâbü'l-Kazâ).

Mecelle yüzyıllarca oluşan İslam fıkıh anlayışının bir yansıması olarak hazırlanmış, Osmanlı şer'iye mahkemelerinde uygulanması amacıyla yola çıkılmış ve batılı hukuk sistemlerinin Osmanlı hukuk sistemine iktibasının yoğun olarak tartışıldığı bir dönemde alınan bir kararla çalışmalar başlatılmıştır. Bu bakımdan Mecelle'nin, İslâm Hukuk (fıkıh) kâidelerinin bir kânun metni hâline getirilmesi mi yoksa Fransız Medenî Kânununun tercüme edilerek kabul edilmesi mi gerekli tartışması altında hazırlandığını söyleyebiliriz. Gerek dönemin kodifikasyon hareketleri içerisinde gerekse Osmanlı özelindeki kodifikasyon hareketleri içerisinde önemli bir yere sahip Mecelle, Tanzimat hareketi ile ortaya çıkan hukuk modernleşmesinin önemli bir parçasıdır. Mecelle, Osmanlı İmparatorluğu'nun tarih sahnesinden çekilmesine kadar uygulanmış ve dönemin hukuk eğitiminin de bir parçası olmuştur. Cumhuriyet döneminde İsviçre'den iktibas edilen Türk Medeni Kanunu bağlamında çıkarılan 864 sayılı Türk Kanun-u Medenisinin, Tanzimat Kanunun 43. maddesi ile Türk Kanun-u Medenisinin esbab-ı mucibesinde sayılan neden ve gerekçelerle yürürlükten tamamen kaldırılmıştır.

Osmanlı İmparatorluğu'nun tarih sahnesinden çekilmesi sonrası imparatorluk toprakları üzerinde kurulan birçok yeni devlette, Mecelle uygulanmaya belli sürelerle devam etmiş, hazırlanan birçok İslami medeni kanuna da esin kaynağı olmuştur. Hicaz bölgesi, Suriye, Ürdün, Lübnan, Yemen, Arnavutluk, Bosna, Kıbrıs, Filistin Bulgaristan, Kuzey Afrika devletlerinde hazırlanan bir çok kanunu etkilemiş veya uygulanmaya devam etmiştir. Özellikle birçok devlette kalan Müslüman azınlığın hukuki ihtiyaçlarına cevap verebilmesi için çalışmalara esas teşkil ettiğini belirtmekte de yarar vardır. Bunun yanında, Osmanlının geniş bir coğrafyada hüküm sürmesi ve toplumsal olarak büyük bir çeşitlilik arz etmesinden dolayı birçok dile çevrilmiştir. Örnek olarak Fransızca, İngilizce, Arapça, Bulgarca, Rumca ve Ermenice gibi dillere tercüme edildiğini söyleyebiliriz.

Böyle büyük, önemli ve değerli bir kodifikasyon çalışması üzerine uzun yıllardan beri onlarca bilimsel çalışmalar ve toplantılar yapılmıştır. Türkiye Adalet Akademisi de Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın destek ve katkılarıyla 25, 26, 27 Eylül 2017 tarihleri arasında Bursa'da "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye" (Tedvini, Uygulaması ve Günümüze Etkileri) konulu uluslararası sempozyumu düzenlemiştir. Sempozyum boyunca sunulan

bilimsel tebliğleri yayınlanarak bilim dünyasına katkı sunulması amaçlanmıştır. Sempozyumla Mecelleye tebliğlerin yayınlanması suretiyle iki boyutlu bir yaklaşım sergilenmiştir. Birinci boyutunda; bu kanunun hazırlanışı, uygulanışı gibi milli veçheleri ortaya koymak, ikinci boyutunda ise; Mecelle'nin İslam coğrafyasındaki hukuk sistemlerine yaptığı etkiyi gözlemlemek amaçlanmıştır. Sunulan tebliğlerle bu hedefe ulaşıldığı kanaatindeyiz.

Belirtilen amaca yönelik olarak sempozyuma dünyanın farklı bölgelerinde bulunan çeşitli ülkelerden yargı mensupları, hukuk ve hukuk tarihi, ilahiyat alanında uzman ve akademisyenlerin katılımları sağlanmıştır. Bunun yanında ulusal bazda akademisyen ve uzmanların sempozyuma katılımları sağlanmıştır. Bu bakımdan Türkiye Adalet Akademisi sempozyum kapsamında alanında yetkin ulusal ve uluslararası uzmanları bir araya getirmeye gayret göstermiştir. Bu alanda uzman olan yurtiçinden ve yurtdışında belirlenen ülkelerden akademisyen ve yargı mensupları ile iletişime geçilerek kendileri etkinlik konusunda bilgilendirilmiş ve bilimsel olarak tespit edilen başlıklar uzmanlara ulaştırılmıştır. Sempozyum kapsamında ele alınan konuların bilim hakem kurulu danışmanlığında oluşturulduğunu belirtmekte yarar vardır.

Üç gün süren sempozyuma 22 ülkeden 47 katılımcı iştirak etmiş ve 13 oturumda 43 tebliğ sunulmuştur. Sempozyum 550 kişiden oluşan hâkim, savcı, avukat, akademisyen, hâkim - savcı adayı, uzman ve sivil toplum kuruluşu temsilcileri tarafından takip edilmiştir.

Sempozyum sonrası tebliğler kitabının yayınlanması amacıyla tebliğler toplanmış, bilim kurulunun bilimsel inceleme ve değerlendirmesinden geçerek yayına hazır hale getirilmiştir. Tebliğler ile ilgili genel olarak yazarın tercih ettiği ıstılaha dokunulmamıştır. Yabancı dillerde sunulan tebliğler alanında uzman akademisyenlerle çalışılarak tercüme edilmiş ve tebliğler kitabına eklenmiştir. Makaleler sempozyum sunum sırasına göre ve Türkçe - İngilizce olarak sıralanmıştır.

Tebliğler kitabının düzenlenmesi sırasında çözümlemeler ve metinler tamamen gözden geçirilmiş, mümkün mertebe anlatım bozuklukları, yazım ve noktalama yanlışları ve imla hataları tespit edilmiş ve düzeltilmiştir. Ayrıca Osmanlı Türkçesi dönemine ait

sözcüklerin doğru yazılıp yazılmadıkları kontrol edilmiştir. Bu düzeltmeler yapılırken, tebliğlerde, Mecelle'nin maddelerinden yapılan alıntılarda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Mümkün mertebe dönemin Osmanlı Türkçesinin doğru kullanım şekline sadık kalınmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte günümüzde hâlâ kullanılan Osmanlı dönemine ait kimi sözcükler Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, Kubbealtı Lügatı ve Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü gibi kaynaklardaki şekilleriyle düzeltilmiş ve bu kaynaklardan azami ölçüde yararlanılmıştır.

Köklü hukuk kültür ve medeniyetimizin büyük hukukçularınca hazırlanan bu eserin ulusal ve uluslararası alanda birçok hukuk gelişmesi ve yeniliğine etki edip referans olacağına inancımızla düzenlenen Mecelle sempozyumu ve çıktısı olarak elimize aldığımız bu eser mevcut hukuk uygulamacılarına, akademisyenlere ve tüm hukukçulara faydalı olması temennisiyle. Gayret bizden tevfik Allah'tan.

Fethullah SOYUBELLİ
Hakim-Öğretim Üyesi
Türkiye Adalet Akademisi

İÇİNDEKİLER

TAKDİM VE TEŞEKKÜR ..... **iii**
Muhittin ÖZDEMİR
Hâkim – Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

SEMPOZYUM BİLİM KURULU ..... **v**

SEMPOZYUM DÜZENLEME KURULU ..... **vi**

SUNUŞ ..... **vii**
Fethullah SOYUBELLİ
Hâkim – Öğretim Üyesi Türkiye Adalet Akademisi

İÇİNDEKİLER ..... **xi**

YUGOSLAVYA KRALLIĞI'NDA MÜSLÜMANLAR AÇISINDAN ŞERİAT MAHKEMELERİNİN VE MECELLE'NİN YERİ VE ÖNEMİ **1**
Salih MURATİ
Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi

BULGARİSTAN'DA ŞERYİ MAHKEMELER VE MECELLE UYGULAMASI **5**
Dr. Mustafa Aliş HACI
Bulgaristan Başmüftüsü

BATI TRAKYA MÜSLÜMAN TÜRK AZINLIĞINDA MÜFTÜLERİN YETKİLERİ VE MECELLE'NİN YERİ **9**
İbrahim ŞERİF
Gümülcine Seçilmiş Müftüsü

1920-1924 YILLARI ARASINDA YAPILAN MECELLE TA'DİLLERİ VE MEZHEPLERARASI MUKAYESE UYGULAMASI **25**
Prof. Dr. Ahmet AKGÜNDÜZ
Rotterdam İslam Üniversitesi-İslam Hukuku Bölümü

İKİ ÖNEMLİ KODİFİKASYON ÖRNEĞİ: MECELLE VE 1734 TARİHLİ İSVEÇ (MEDENİ) KANUNU, BENZERLİKLER-FARKLILIKLAR **85**
Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ
Gazi Üniversitesi-Hukuk Fakültesi

MECELLE'YE GÖRE ZAMANAŞIMI: UYGULAMADA GÖRÜLEN AKSAKLIKLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ **129**
Yrd. Doç. Dr. Ahmet KILINÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

OSMANLI HÂKİMİYETİNDE TUNUS'TA KANUNLAŞTIRMA: ANAYASA İLANI VE FIKHIN KANUNLAŞTIRILMASINDA TUNUS'UN İSLAM - OSMANLI COĞRAFYASINDAKİ ÖNCELİĞİ ÜZERİNE BİR İNCELEME 157
Prof. Dr. Ayhan CEYLAN
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

HUKUK FAKÜLTELERİNDE OKUTULAN (MEDENÎ HUKUK VE HUKUK BAŞLANGICI) DERS KİTAPLARINDA YER ALAN MECELLE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME..... 173
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

KAZAN BÖLGESİNDE YENİ MECELLE ÇALIŞMALARI 195
Prof. Dr. İbrahim MARAŞ
Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

MECELLE'NİN RUSYA TÜRKLERİNİN VAR OLMA MÜCADELESİNE KATKISI 203
Prof. Dr. Seyfettin ERŞAHİN
Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

BİR OSMANLI ÖRFÎ HUKUK DÜZENLEMESİ OLARAK MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE..... 219
Yrd. Doç. Dr.. Yılmaz YURTSEVEN
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

HÂDİMÎ'DEN *MECELLE*'YE KÜLLÎ KÂİDELER VE OSMANLI'DA SOYUT HUKUKA GEÇİŞ ÇABALARI..... 235
Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK
Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

BİR İÇTİHAT HUKUKU OLAN İSLAM HUKUKUN'DA KANUNLAŞTIRMANIN İMKÂN VE SINIRLARI..... 255
Yrd. Doç. Dr. Muhammed Tayyib KILIÇ
Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

MECELLE'Yİ FARKLI KILAN ÖZELLİKLERİ (MECELLE'NİN ÖNEMİ)..... 285
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

TANZİMAT'TAN SONRA ZORUNLU GÖRÜLEN KODİFİKASYON FİKRİ VE BU HUSUSTA AHMED CEVDET PAŞA'NIN BATI HAYRANLARINA KARŞI VERDİĞİ MÜCADELE: "MECELLE" 287
Dr. Öğr.Üyesi Mustafa Harun KIYLIK
Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

OSMANLI ANAYASAL GELİŞMELERİ EKSENİNDE NİZAMİYE MAHKEMELERİNDEKİ YARGI SİSTEMİ 307
Yrd. Doç. Dr. Akif TÖGEL

MECELLE VE ORTA DOĞU MÜSLÜMAN DEVLETLERİNİN YASASINA ETKİSİ, IRAK ÖRNEĞİ 313
Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM
Karabük Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

MECELLE'DE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI 329
Prof. Dr. Saffet KÖSE
İzmir Katip Çelebi Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi

MECELLE'NİN BAŞINDA YER ALAN KÜLLÎ KAİDELERİN USÛLÎ TEMELLERİ 341
Prof. Dr. Ali İhsan PALA
Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

MECELLE'YE GÖRE HÂKİMİN NİTELİKLERİ VE MESLEK AHLAKI 355
Selçuk HONDU
Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu Başkan Vekili Emekli Danıştay Üyesi

MECELLE'DE İSTİMLÂK 359
Doç. Dr. Nuran KOYUNCU
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

MECELLE'NİN ON ALTINCI KİTABI "YARGILAMA"NIN BİRİNCİ BABI 373
Prof. Dr. Abdulkadir ŞENER
Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Emekli Öğrt.Üyesi
Arş. Gör. Banu ATLI
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi 373

MECELLE'DE İHYA MÜESSESESİ 387
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

MECELLE'DE YARGILAMA HUKUKUNUN ESASLARI 405
Prof. Dr. Fahrettin ATAR
Karabük Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

İKİNCİ MEŞRUTİYETTEN SONRA MECELLE CEMİYETİNİN TEKRAR KURULMA SÜRECİ 419
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ - Arş. Gör. İbrahim Enes ONAT
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

NORMLAR HİYERARŞİSİ VE MECELLE: ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME 427
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

MECELLE'YE GÖRE DOSTLUK VE DÜŞMANLIĞIN TANIKLIĞA ETKİSİ 445
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİNİ TETİKLEYEN SEBEPLER AÇISINDAN MECELLE İLE CODE CIVIL'IN MUKAYESESİ 455
Talha YILDIZ, LLM
Hollanda

MECELLE' DE ELE ALINMAYAN ÜÇ KONU: FAİZ, SARF VE KARZ 465
Prof. Dr. Orhan ÇEKER
Konya Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

1891-1893 KIBRIS YÜKSEK MAHKEMESİ'NE GELEN TEMYİZ KONULARINDA GEÇEN MECELLE MADDELERİ 479
Yrd. Doç. Dr. Mustafa YAYLA
Polis Akademisi

ADLİ HÜKÜMLER MECELLESİ'NDE KOMŞULUK MÜNASEBETLERİNDE HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMININ KRİTERLERİ VE ARAP KANUNLARINA ETKİSİNİN BOYUTU 499
Prof. Dr. Abdullah İbrahim Zeyd EL-KEYLANİ
Ürdün Üniversitesi - İlahiyat Fakültesi Fıkıh Usulü Bölümü

ADLİ HÜKÜMLER MECELLESİ'NİN KABULÜ DÖNEMİNDE OSMANLI DEVLETİ'NİN DURUMU 513
Fetiha KASIM
Celfa Üniversitesi / Cezayir

CEZAYİR MEDENİ KANUNU VE MECELLE İLE İLİŞKİSİ 523
Dr. İsa MAİZA
Zeyyan Aşur Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi Cezayir/Celfa
Yrd. Doç. Dr. Şakira SÜMEYYE
Setif 2 Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Cezayir

MECELLE'NİN YAZILMASI VE OLUŞUMUNDA İSLAM HUKUKU KAYNAKLARININ ROLÜ 531
Prof. Dr. Saim KAYADİBİ
Associate Prof. Dr., Department of Economics, Kulliyyah of Economics and Management Sciences

***MECELLE EL-AHKAM EL-ADLIYE* VE MALEZYA ŞERİAT MAHKEMESİ - İSLAM HUKUKU İDARESİ'NE KATKISI 545**
Dr. Ghazali bin JAAPAR
İslam Hukuku Anabilim Dalı Yardımcı Doçent, Hukuk Fakültesi Ahmed İbrahim Kulliyyah Uluslararası İslam Üniversitesi, Malezya

ADLİ HÜKÜMLER MECELLESİ VE LÜBNAN HUKUK SİSTEMİ 561
Halil GHOSN
Lübnan Yargıtay Hâkimi

"OSMANLI SONRASI BOSNA'DA AVUSTURYALI HAKİMLER MECELLEYİ UYGULADILAR MI?" 567
Mehmed BEĆIĆ
Saraybosna Üniversitesi - Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Bölümü

ADLİ HÜKÜMLER MECELLESİ VE TANZİMAT HAREKETİ (1839-1876) İLE BAĞLANTISI "OSMANLI DEVLETİ VE TOPLUMUNDA BIRAKTIĞI İZLER VE ETKİLER" 579
Dr. Muhammed Ali EL-AHMED
Karabük Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Osmanlı Tarihi ve Arap Dili Öğretim Görevlisi

MECELLE'NİN GÜNÜMÜZDEKİ UYGULAMALARI VE EĞİLİMLERİ (ÜRDÜN ÖRNEĞİ) ADLİ HÜKÜMLER MECELLESİ'NİN ÜRDÜN MEVZUATINA ETKİSİ 599
Dr. Samir Mazin EL-QUBC
Ürdün Haşimî Krallığı Yüksek Şeriat Mahkemesi Üyesi

MALEZYA'DA İSLAMİ FİNANS'TA MECELLE'NİN KULLANIMI: BIR ÖN ÇALIŞMA..... 611
Prof.Dr.Farid Sufian SHUAIB
Malezya Uluslarası İslam Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü

OSMANLI İMPARATORLUĞU, OSMANLI SONRASI DÖNEM VE OSMANLI DIŞINDAKİ ÜLKELERDE MECELLE LİTERATÜR İNCELEMESİ 619
Tomoki OKAWARA
Tohoku Üniversitesi

THE USE OF THE MAJALLA IN ISLAMIC FINANCE IN MALAYSIA: A PRELIMINARY STUDY 629
Prof. Dr. Farid Sufian SHUAİB
Civil Law Department Faculty of Laws, International Islamic University Malaysia

THE MAJALLAH AL-AHKAM AL-ADLIYYAH AND ITS CONTRIBUTION IN THE ADMINISTRATION OF ISLAMIC LAW IN SHARIAH COURT IN MALAYSIA..... 637
Dr Ghazali bin JAAPAR
Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws, International Islamic University Malaysia

THE SITUATION OF OTTOMAN EMPIRE IN THE ADOPTION PERIOD OF THE MEJELLE 653
Fatiha GACİM
Algeria, Djalfa Zayyan Ashur University

DID AUSTRIAN JUDGES APPLY THE MECELLE IN POST - OTTOMAN BOSNIA? 661
Mehmed BEĆIĆ
University of Sarajevo – Law Faculty

ROLE OF THE SOURCES OF ISLAMIC LAW IN CODIFICATION AND FORMATION OF THE MECELLE (*MAJALLAH*)..... 673
Saim KAYADIBI
International Islamic University Malaysia

***MECELLE* LITERATURE REVIEW OF THE OTTOMAN EMPIRE, EX-OTTOMAN AND EXTRA-OTTOMAN COUNTRIES..... 689**
Tomoki OKAWARA
Tohoku University

Sempozyum Bildiriler Programı 769

YUGOSLAVYA KRALLIĞI'NDA MÜSLÜMANLAR AÇISINDAN ŞERİAT MAHKEMELERİNİN VE MECELLE'NİN YERİ VE ÖNEMİ

Salih MURATİ

Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi

Kıymetli hazırın değerli dostlar

Her birinizi Rumeli'nin başkenti güzelim Üsküp'ten saygı ve sevgilerimle selamlıyorum.

Bu konferansın hayırlara vesile olmasın Allahtan niyaz ederim.

Böyle tarihi bir sempozyumun düzenlenmesinden dolayı başta Adalet Akademisi başkanı kıymetli dostum Sn. Yılmaz AKÇİL, Başkan yardımcıları Mustafa beyi, Mikail beyi, Rıdvan beyi ve tüm çalışanları canı yürekten tebrik ederim.

Bu eser son asırda Medeniyetimizin Adalet konusunda insanlığa vermiş olduğu en değerli eserlerden biri sayılmaktadır. Yazıldığı ve uygulandığı zaman diliminde hukuk alanında devrim niteliğini taşımaktadır. Bu vesile ile başta Rahmetli Ahmet Cevdet paşayı ve tüm çalışma arkadaşlarını rahmet ve minnet ile anmak isterim.

Buraya gelmezden önce hem kişisel arşivimi hem diğer belgeleri inceleme fırsatım oldu. Türkiye için bu konu ne kadar önem arz ederse bir o kadar da Rumeli ve daha geniş coğrafyalar için de önem arz etmektedir.

Mecelle, biz Balkanlar için pahı biçilmez bir eser sayılmakta. Boşnak ilim adamlar üzerinde değişik araştırmalar yapmış bulunmaktalar.

Müsaade ederseniz konunun önemini gözününde bulundurarak birkaç dakika da Balkanlar da Mecellenin konumunu, önemini, getirdikleri ve etkisin anlatmak istiyorum.

Bilindiği gibi, Osmanlının Balkanlara gelmesiyle nizam olarak Şeriat hukuku başlangıcından itibaren 1941 yılına kadar uygulanmıştır.

Osmanlı oralardan çekilmesinden sonra varlığı, medeniyeti ve mirası hüküm sürmeye devam etmiştir. Etkili nüfusu sayılan Müslüman nüfus Senjermen sözleşmesinden doğan hakları göz önüne bulundurarak Sırp, Hırvat ve Sloven Kralıyla yaptıkları pazarlıklar neticesinde 1921 Vidovden Anayasasında Müslümanlara ait Şeriat Mahkemelerinin ve Müslüman Dini okullarının varlığının devamını sağlayarak Anayasal güvenç altında almış bulunmaktalar.

Şeriat Mahkemeleri 1919 -1941 yılında varlıkların sürdürmüşler, Yugoslavya Krallığı 1929 yılında Şeriat Mahkemeleri ve şeriat yargıçları kanunu getirmiş, yüzlerce birinci derece Şeriat Mahkemesi, Saraybosna ve Üsküp olmak üzere iki Temeyyüz (Yargıtay) mahkemeleri varmış. Müslümanların Medeni hukukta ki davaları bu Mahkemeler de görünürmüş. Zorunlu olarak kişi, aile, miras ve vakıflar hukukun da Müslümanlara şeriat mahkemeleri bakmakla yetkiliymiş.

Bir yıl sonra yani 1930 yılında 'Yugoslavya Krallığında İslam İnanç Birliğinin Kanunu' getirilmiş. Bu kanunun içeriğine bakıldığında Yugoslavya krallığı İslam birliğinin bağımsızlığını

daraltmak ve kontrol altına almayı amaçlamıştır. Bu kanun Yugoslavya Müslümanlarına çok büyük sıkıntılarına vesile olmuştur. Müslümanlar bu dönemden sonra çok sayıda akıl almaz baskılara maruz kalmıştır. En nihayet 1935 yılından sonra yumuşama sürecine girilmiş. Bu döneme gidilmesine ve Müslümanların konumunun ilerlemesinin sallanılmasında o zamanın ileri gelen Müslüman aydınlarından ve liderlerinden merhum Mehmet Spaho'nun rolü çok büyüktür.

Krallık Yugoslavya'da İslam birliğinin, Şeriat mahkemelerinin durumu ve Müslümanların hak ve hukuklarının korunması üç döneme ayırabiliriz.

Birinci dönem 1918 ila 1929 yılarına ait dönem. Bu dönem içerisinde ister Yugoslavya Müslümanları, İster Şeriat mahkemeleri ve İster İslam birliği olarak hak ve hukuklarında Krallık devleti kurulmazdan önce yani 1919 yılından önce var olan hak ve hukukları korunduğu dönem olarak görünmektedir.

İkinci dönem ise 1929 ila 1935 yıları arasında ki dönem olarak sayılmakta. Bu zaman diliminde İslam birliği, Şeriat Mahkemeleri, diğer kurumlar ve genelde Müslüman toplumu için çok zor bir süreç olduğunu Kral rejiminin baskılar ve zorluklar çıkardığı bir döneme rastlanmaktadır.

Son dönem ise 1935 ila 1941 yıları arasında ki döneme denk gelmekte. Bu dönemde ister İslam birliği kanununda ki değişmeler ister Şeriat mahkemelerinin yetki ve ağırlıklarında ki ilerlemeler Müslümanların daha rahat yaşamalarına vesile olmuştur.

Hristiyan bir Krallıkta Şeriat hukukunun yürürlükte olması ve devam etmesinin sebebi o zaman için Müslümanların bekası için hayatı önem taşımaktaymış. Krallık Yugoslavya'da ağırlıklı bir Müslüman nüfus yaşamakta ve şeriat mahkemeleri ağırlıklı olarak iki bölgeye bağlıymışlar. Bosna'nın tamamı, Karadağ, Hırvatistan ve Slovenya Müslümanları merkez olarak Saraybosna'ya bağlıymışlar. Saraybosna ekolu bu bölgeler de etkin bir konumdaymış. Bu mahkemelerde resmi dil Boşnakça ve ağırlıklı hâkimler Boşnaklardan oluşurmuş.

İkinci bölge Güney Sırbistan, Kosova ve Makedonya'nın içerisinde yer aldığı Üsküp merkezli ve ekollü şeriat mahkemelerinden oluşmaktaymış. Bu bölgenin birinci ve ikinci derece şeriat mahkemeleri hukuken ve ekol bakımından Üsküp'e bağlıymışlar. Bu mahkemelerde resmi dil çoğunlukta Türkçe ve Arnavutçaymış.

Değişik sıkıntılar olmasına rağmen Krallık Yugoslavya'da Müslümanlar her konuda olduğu gibi hukuk alanında da ortak hareket ettikleri bilinmektedir. Krallık Yugoslavya'sında Boşnakların ağırlığı bariz bir şekilde görünmektedir.

Bugün Üsküp ve Saraybosna Yüksek Şeriat Mahkemelerinin tüm kararları arşivlerde mevcuttur. En kapsamlı eserler Saraybosna arşivlerinde, 1879-1936 yıllarına ait tüm kararlar bulunmakta ve çoğunun da tasnifleri yapılmıştır. Aynı ağrılıkta ki Üsküp Yüksek Şeriat Mahkemesi kararları arşivlerde bulunmak fakat yeterince ne eserlerin ne de kararların tasnifi yapılmamıştır. Her iki merkezde bu son asırda Şeriat mahkemeleri tarafından getirilen kararların ve bununla ilgili yazılan eserlerin araştırılmasında birçok soruya cevap bulunacaktır örneğin:

- Bu mahkemelerin Müslüman kimlik ve varlığının korunmasında, gelişmesinde ve bugüne kadar taşınmasında rolleri ne olmuştur?
- Mecellenin bu kararlarda kullanım oranı ve etki alanı ne kadar olmuştur? Mecellenin ağırlıklı olarak hangi alanda kullanımı daha çok olmuş? Yine mecelle kaynak olarak ağırlıklı Üsküp te mi yoksa Saraybosna da mı kullanılmış? Merkezi şeriat mahkemelerinde kulanım oranları ne durumdaymış?

- Bu zaman dilimin de ve kararların da şeriat hâkimleri geleneksel İslam hukukunu mu yoksa modernleşmiş İslam hukukunu ve prensiplerini mi kullanmışlar? Bu kararlarda batı hukukunun etkisi var mı yok mu sorularına cevap aranabilir.
- Yugoslavya Krallık Devletinin ve onun makamlarının Müslümanlar ait kurum ve kuruluşlarına, vakıflarına, Yugoslavya diyanet başkanlığına, müftülüklerine, Müslüman kişilerin hak ve hürriyetlerine karşı tutumları, yatırımları ve bakışları ortaya çıkacak.
- Bu kararlarda ve uygulamalarda Mecellenin etkisi ve şeriat mahkemelerin kararlarında kaynak olarak yer alması Krallık Yugoslavya'da Müslüman nüfusunun: statüsü, kültür varlığı, örf ve adetlerinin durumu ve etkisi ortaya çıkacaktır.
- Yine Şeriat Muhkemlerini varlığı ve Mecellenin hükümleri Kral Yugoslavya'da Müslümanların kültürel, siyası ve toplumsal alanında yeri nedir sorusunun cevabı ortaya çıkacaktır.

Bilimsel bir araştırma yapılmadan önce hipotez olarak hatırlatmakta fayda var ki mevcut duruma bakıldığında Mecellenin ve Şeriat Mahkemelerin Balkanlarda mevcut varlığımızın bu halde olması, korunması ve değişik sıkıntılara cevaz vermesi mutlaka en önemli etkenlerden biri sayılmaktadır.

Yine Müslüman varlığın bugüne taşınmasında hem Mecellenin hem Şeriat Mahkemelerini rolü çok büyük olmuştur. Yugoslavya Kralı değişik bahaneler ile en çok uğraştığı, kanunlar ve pratik ile en büyük engel çıkardığı kurumlar arasında Şeriat Mahkemeleri ve Şeriat hâkimleriymiş. Elimizde ki Eserlerde ve tarihi araştırmalarda bu çok net görünmektedir. Onun yüzdendir ki Balkanlarda Osmanlının çekilişinden sonra 50 yılık siyası pazarlamalarda Müslümanların birinci öncülüğü Şeriat mahkemelerinin varlığı ve bağımsızlığı olmuştur.

Son yüzyılda tüm olumsuzluklara rağmen bu gün Rumeli'de 15 milyon Müslüman'ın varlığı, konumu ve etkisi başta krallık Yugoslavya'ya Diyanet Başkanlığına, Vakıflar Müdürlüğüne, İslami Okullarına ve Şeriat Mahkemelerine borçludur. Rumeli'de Tüm ilim adamları kayıtsızı ve şartsız İslam adına tüm insanlık medeniyetine bıraktığı en büyük miras Şeriat nizamıdır. O yüzdendir ki Rumeli'de var güçleriyle ister ilim dünyasından ister siyasi arenadan Şeriat mahkemelerinin rolü ve varlığı için büyük mücadeleler ve fedakârlıklar verilmiştir.

Mevcut kaynaklara bakıldığında hemen hemen tüm birinci şeriat Mahkemelerinde ve her iki Yüksek şeriat Mahkemelerinde Mecelle başlangıcından (1876) yılından 1941 yılına kadar kesintisiz bir şekilde ana kaynak olarak kullanılmıştır.

Diğer yandan o dönemde ister Sırbistan'da İster Karadağ'da ve diğer devletlerde getirilen Medeni kanunlarda Mecellenin etkisi açık bir şekilde görünmektedir. En barız örneği 1888 yılında getirilen Karadağ Medeni kanununda görünmekte. Bu kanunun yazarı Bogoşiç bir Osmanlı düşmanı olmasına rağmen Mecellenin etkisinde kurtulamamış. Balkanların son asrın en büyük Şeriat hukukçularından biri olarak sayılan Merhum Profesör Mehmet Begoviç "Mecelle ile Karadağ Medeni kanunu arasında ki benzerlikler ve etkileşmeler" adlı eserinde vurgulamaktadır.

Mecellenin diğer bir özeliği kısa zamanda değişik dünya dillerine tercüme edilmesi, bunlar arasında Fransızca, Almanca, İngilizce, Arapça, Sırpça, Hırvatça, Bulgarca ve Yunaca dilleri bulunmaktadır.

Balkanlar için ise Sırpça ve Hırvatça dilline tercüme edilmiş ve Mecelle paha biçilmez bir eser sayılmaktadır. En evvela Osmanlıcanın zenginliğinin, etki alanının ve gücünün bir göstergesi olarak görünmekte. Orijinal metni göz önünde bulundurularak yapılan Sırpça ve Hırvatça tercümenin araştırılması Osmanlıcanın bu dillere ki etkisini kanıtlayacaktır. Sanırım çok sayıda ki hukuk terimler tercüme edilmeden alıntı olarak bu dillere aktarılmıştır. Bunu Sayın Begoviç kendi eserinde de açıkça vurgulamaktadır.

Bütün bu soruları ve konuyla ilgili ileride cevap bekleyen diğer sorular ancak ve ancak MECELLE Enstitüsünün kurulmasıyla aşılabilir. Bu enstitü tüm yönleri ve etkileri ile ister İslam dünyasında ister daha geniş coğrafyalar da Mecellenin hukuka, insanlığa, bilim dünyasına ve bizzat Balkanlarda bugüne kadar gelinen noktanın ve varlığımızın devamı için var olan önemi ortaya çıkaracaktır.

Kaynaklar

Vidivdenski Ustav (Vidovden Anayasası) 1921

Zakon o İslamskoy Verskoy Zayedniçi u Kralyevini Yugoslaviye (1930) (Yugoslavya Krallığında İslam İnanç Birliğinin Kanunu)

Zakon o urecenyu Şeriyatskih sudova i Şeriyatskim sudiyama 1929 (Krallık Yugoslavya'da Şeriat Mahkemeleri ve Şeriat Yargıçları Kanunu)

Şerijatski Sudovi u Kralyevini Yugoslaviye –Senko Raşlyanin-Mak, broy 12, Novi Pazar 1996 (Yugoslavya krallığında Şeriat Mahkemeleri)

İslam ANSİKLOPEDİSİ Begoviç MEHMET (1904-1990) Bosna- Hersekli İslam hukukçusu

Pravni Polojay i Organizaçiya İslamske Zayednice u Yugoslaviyi 1918-1941 godine- Dr. Mustafa İmamoviç, (Yugoslavya'da İslam birliğinin hukuki durumu ve organizasyonu)

Sliçnosti izmecu Mecelle i opştog İmovinskog Zakonika za Crnu Goru-d-r Mehmet Begoviç (Mecelle ile Karadağ Medeni kanunu arasında ki benzerlikler ve etkileşmeler)

De l'evolation du Droit musluman en Yougoslavie, Beograd Mehmed BEGOVİÇ

Akademik Mehmet Begoviç - Mr. Mustafa Hasani

Muslumanska Kultura u Şeriyatskom Ogledalu - M-r. Enes MAKİÇ 2016, Şeriat Aynasından Şeriat kültürü

Drjavata i İslamskata verska zaednica na jugot-1,2,3,4,5,6,7 i 8'mi del www.islamski –centar.org -2014 (Devlet ve Güneydeki İslam Dini Birliği)

BULGARİSTAN'DA ŞERYİ MAHKEMELER VE MECELLE UYGULAMASI

Dr. Mustafa Aliş HACI

Bulgaristan Başmüftüsü

93 harbinden önce Osmanlı Devletinin tebaası arasında yer alan Bulgaristan Müslümanları, bu tarihten sonra Bulgaristan devleti kurulmasıyla söz konusu olan Müslümanlar Bulgaristan vatandaşları olmuştur. 1878 – 1908 yılları arasında otuz yıl boyunca Bulgaristan, Osmanlı Padişahına vergi veren özerk bir prenslik olarak kalmıştır. İlk yıllarda, özellikle 1878-1886 dönemi, Tuna vilayeti ve Doğu Rumeli olarak bilinen bölgelerde Müslüman halkı ikamet etmektedir. Bu yıllarda gerekse Türk eğitiminin, gerekse din kurumlarının şiddetli bir şekilde darbeler yediği ve gerilediği bir dönemdir. Türklerin ve özellikle de müftü, müdderis, hoca vb. aydın kişiler Anavatana göç edip geride yalınız yoksul ve eğitimsiz halk tabakasının kalması, yegane finans kaynağı olan vakıflar başta olmak üzere Müslümanlara ait olan mal- mülkün yağma edilmesi veya Bulgar hükümeti tarafından zorla alınması ve dini kurumları yıktırılması bu çöküşün başlıca sebeplerinden diyebiliriz (Osmanlı sonrası Bulgaristan Türklerinin dini yönetimi ve özel yargı teşkilatı; 21).

Bütün bunlara rağmen Bulgaristan topraklarında kalan Müslümanların dini hayat devam edebilmesi için, dini kurumların var olması gerekliydi. Bulgaristan siyaseti gereği Müslümanları Hıristiyanlaştırmak ve asimile etmek isteniyor, hâlbuki o yıllarda Bulgarlar Müslümanlara bazı hakları tanımak zorunda kalmıştır, çünkü Bulgaristan henüz Osmanlı devletinden bağımsızlığını kazanmamış olması ve Müslümanların ayaklanmasından tehlikesiyle karşı karşıdaydı. Ayrıca Bulgaristan prensliği kuran 13.07.1878 tarihli Berlin anlaşması, Bulgaristan'da kalan Müslüman toplumunun dinlerinde serbest olacaklarını özgürce dini örgütlerini kurabileceklerini ve rahatça dini liderleriyle ilişkide bulunabileceklerini öngörüyordu. 1879 tarihli ilk Bulgar Anayasası da bu hükümleri göz önünde bulundurarak hazırlanmıştı (Bulgaristan'da Baş müftülük tarihi: 1:124).

Verilen haklardan arasında, Osmanlı döneminden miras kalmış olan müftülük teşkilatı ve şeriye mahkemeleriydi (Bulgaristan'da Başmüftülük tarihi: 1:124). Azınlıkların kendi işlerindeki anlaşmazlıklarını kendi mahkemelerinde çözümleme hakkı tanımıştır. (Bulgaristanda Başmüftülük tarihi: 1:119).

Rus işgalinden sonra Bulgaristan Prensliği geçici yönetmelik ile idare edilmiştir ve bu yönetmelikte de kadılıklar yer almıştır. Ancak osmanlı döneminden farklı sözkonusu kadılıklarda bütün davalara değil sadece aşağıdaki davalara bakacaklardı:

1. Evlad ile ebeveyn arasındaki şahsi ve mali davalar
2. Eşler arasındaki şahsi ve mali davalar
3. Talak, nikah ve subuti nesep davaları
4. Kanun veya vasiyetle kazanılan miras meselelerinden doğan davalar (Müessesatı Diniye idare Teşkilatı Nizamnamesi: md 32).

Yukarıda belirtildiği gibi Bulgar devletinin politikası Müslümanları eritip asimile etmekti ve bu politikanın uygulamalarından biri de şeri mahkemeleri kapatmak suretiyle Müslümanları dinden uzaklaştırmaktı. Bu nedenle 1878 deki Osmanlı – Rus harbinden sonra açılan şer'i mahkemeler Osmanlı devletinden tevarüs edilen yapı ve usullere göre faaliyet gösterdiği görülmektedir. Bir farkla ki 1880 yılına kadar bütün bölgelerde müftülüklerden ayrı ve bağımsız kadılıklar mevcut iken, 1880 den itibaren kadılıklar kaldırılmış ve bunların görevleri müftülüklere devredilmiştir (Osmanlı sonrası Bulgaristan Türklerinin dini yönetimi ve özel yargı teşkilatı; 110).

Ayrıca Bulgar Prensliği hukuken Osmanlı devletine bağlı olduğu için de Bulgaristan şer'i mahkemeleri de esas itibariyle İstanbul'daki Meşihata bağlı olup bu mahkemelerce verilen nihai kararlar ve hükümler ilke olarak Meşihat Makamına temyiz edilebilmekte idi. Bu durum 1909 yılına kadar devam ederken, 1909 ve 1913 yıllarında Bulgaristan ile Osmanlı Devleti arasında akdedilen protokol mücibince Başmüftülük kurumu ihdas edilmiş ki bu Başmüftülük şer'ie mahkemeleri sistemine bir nevi Temyiz Mahkemesi göreviyle dâhil edilmektedir (Osmanlı sonrası Bulgaristan Türklerinin dini yönetimi ve özel yargı teşkilatı; 110).

1909 yılana kadar Bulgaristan'da Başmüftülük söz konusu olmuş olsa da, o tarihten itibaren o kurum resmi oluyor ve başmüftü seçim ile göreve başlıyor. Durum öyle olunca başmüftülük sistemi ve şer'i mahkemelerin idaresi için bir tüzük ihtiyacı duyulmakta idi. Bu sebepten dolayı 1919 yılında Müslüman Müessesatı Diniye İdare Teşkilatı Nizamnamesi yürürlüğe girmiştir.

Nizamnameye göre Bulgaristan şer'i mahkemelerini, bidayet, istinaf ve Divani Ali Şer'i olmak üzere üç derece kategorize edilmektedir. Bunlardan ayrı olarak de Yüksek Genel Kuruldan söz edilmektedir (Müessesatı Diniye idare Teşkilatı Nizamnamesi: Md. 131). 1919 yılında Türkiye'de henüz rejim değişikliği olmadığı için halen yürürlükte olan 1909 ve 1913 antlaşmalarına sadık kalınarak bu nizamnamede şeriye mahkemelerinin nihai olarak Meşihata baglı teyit edilmiştir. Nitekim Nizamnamesinin 132 maddesinde müftü ve müftü vekillerinin şeriye hakimliği görevini ifa edebilmesi için kendilerine başmüftülükten muraselei şeriye verilmesi ki Başmüftü bunu Meşihattan aldığı yetkiye dayanarak verebilmektedir. Ayrıca yüsek genel kurulun ekseriyeti bir davanın tetkikinde bazı şer'i noktalarda şubhe ve tereddüde düşerse anılan kurulun kararı ile başmüftülüğün usulü dairesinden Meşihat Makamının görüşüne başvurabileceği ve Meşihattan aldığı cevapla karar vereceği ve bölece hüküm ihtilaflı şer'i davalarda son sözün Meşihat Makamnında olduğunu anlatmaktadır (Osmanlı sonrası Bulgaristan Türklerinin dini yönetimi ve özel yargı teşkilatı; 112).

Genel olarak dava başvurusu davalının ikamet ettiği bölgedeki birinci derece (bidayet) müftülük mahkemelerine yapılır (Müessesatı Diniye idare Teşkilatı Nizamnamesi: md 10). İkamet yeri belli olmayan kimselere karşı açılan davaya hangi mahkemenin bakacağı, Çarlık sınırları içinde ki son ikamet yerine veya davacı tarafından ele geçirildikleri yere göre tespit edilir. (Müessesatı Diniye idare Teşkilatı Nizamnamesi: md 11). Gayrimenkul mallara ilişkin bütün davaları, malın bulunduğu bölgedeki müftülük mahkemesinde bakılır (Müessesatı Diniye idare Teşkilatı Nizamnamesi: md 14). Şeriye mahkemelerinin yetkisine ilişkin bu hükümlerin sıkı bir şekilde uygulandığı, mahkeme belgelerinden anlaşılmaktadır (Osmanlı sonrası Bulgaristan Türklerinin dini yönetimi ve özel yargı teşkilatı; 129).

Yılların geçmesi ve Bulgaristan hükümetlerin değişmesi ile, Müslümanlara karşı Bulgarların tutumu değişmemiştir. Müftülerin ve aynı zamanda da şer'i hâkimlerin hariciye ve mezahip bakanlığın tarafından atanmaları, Bulgar Devletinin Müslümanların iç işlerine karışmak

demektir. Yeri gelince müftülüğün tüzüğünce aranan müftü şartları yerine getirilmemiştir. Bilakis mümkün olduğu kadar Bulgar devleti ehil olmayan kişileri o göreve getirmiş ki şeriata ve Müslümanlara değil Bulgar devletine uygun biçimde görevini yapsınlar. Özellikle Türkiye'de cumhuriyet kurulunca, Bulgaristan Müslümanları arasında ihtilaflar vuku bulmuş ki Bulgar Devleti Müslümanları parçalamak ve asimile edebilmek için söz konusu ihtilafları da kullanmışlardır. 1925 yıllarından sonra şer'i mahkemelerin kaldırılması için bazı Türkler tarafından Bulgar makamlarına teklif edilmiştir. Bulgar yetkilileri bundan yararlanarak şer'i mahkemeleri kaldırmak teşebbüsünde bulunur.

Ve nihayet 27 Haziran 1938 de Bulgaristan adliye bakanı İliya Kojuharov tarafından, Bulgaristan şeriye mahkemelerinin görev ve yetkilerinin sınırlandırılmasına ilişkin bir kanun tasarısı hazırlanarak 1 Temmuz 1938 de Bulgaristan Millet Meclisine sevk edilmiştir (Osmanlı sonrası Bulgaristan Türklerinin dini yönetimi ve özel yargı teşkilatı; 100).

1938 de veraset, vasiyet ve vesayet davalarına bakma yetkileri alınan şer'iye mahkemeleri, bundan sonra görev ve yetkilerinde kalan diğer konulara ilişkin uyuşmazlıkları çözüme kavuşturarak bir süre daha faaliyetlerini sürdürmüşlerdir. Gerçi Bulgaristan Müslümanlarının dini idarelerine ilişkin gerek 1945 de gerekse ondan sonra kabul edilen tüzüklerde hem isim hem de müessese olarak şer'iye mahkemelerine yine yer verilmiştir. Ancak bu mahkemelere verilen görev ve yetkiler incelendiğinde, bunların bilinen teknik anlamında mahkemeler olmaktan çok din görevlileri için bir nevi disiplin kurulları olarak düzenlendikleri açık bir şekilde anlaşılmaktadır (Osmanlı sonrası Bulgaristan Türklerinin dini yönetimi ve özel yargı teşkilatı; 107).

Görüldüğü gibi şer'i mahkemelerin kaldırılmasından sonra da Müslümanlar şer'i hükümlerden yani mecelle uygulamasından vazgeçmemişlerdir. Hatta Hüsein efendinin gayreti ile açılan Nüvvap okulunun ali kısmının müfredatında mecelle okutulması yer alıyor. Daha da önemli bölge müftüleri göreve başlamadan sınavdan geçerler ki, o sınavın soruları tamamen mecelle ve dürer kitaplarından oluşmakta idi. 1944 yılından sonra Bulgaristan'da komünizm dönemi başlar ve Müslümanların hakları daha sınırlandırılır. Her şeye rağmen Müslümanlar din eğitiminden vazgeçmezler ve okutulan kitaplar arasında yine mecelle görünmektedir.

BATI TRAKYA MÜSLÜMAN TÜRK AZINLIĞINDA MÜFTÜLERİN YETKİLERİ VE MECELLE'NİN YERİ

İbrahim ŞERİF

Gümülcine Seçilmiş Müftüsü

Giriş

19. Yüzyılın başlarında dünyayı etkisi altına alan milliyetçilik akımı, balkan coğrafyasını da etkilemiş ve bölgenin huzurunu sarsmıştır. Osmanlı İmparatorluğunun duraklama dönemin de etkisiyle bu milliyetçilik akımından etkilenen Yunan devleti, ülkesinde kalan azınlıklara bir takım haklar vermek şartıyla 1830 yılında bağımsızlığını kazanmıştır. 1830 Londra Protokolü, 1881 İstanbul uluslararası sözleşmesi, 1913 Atina Barış Antlaşması ve 1920/2345 sayılı kanun ile Yunanistan sınırları içinde kalan Müslümanların bütün hakları hukuki açıdan güvence altına alınmıştır. Müslümanların dini önderleri olan müftüleri ve eğitim sisteminin ekonomik temelini sağlayan vakıfların yönetimini Türk azınlığın seçim yoluyla belirleyeceği kabul edilmiştir. Yukarıda zikredilen antlaşmalarda karara bağlanan hususlardan birisi de müftülerin yetkileridir. Yunanistan'da tanınan müftülük kurumu, dini boyutu ile birlikte yargılama görev ve yetkisine de sahip olan bir kurumdur. Özel bir mahkemedir. Başka bir ifade ile Müftü, Yunanistan'da sadece bir dini lider olarak değil, Yargıç/Kadıdır aynı zamanda. Örneğin, Müftü nikâh işlemlerini Kadı sıfatıyla değil, bir dini lider, din görevlisi, Müftü olarak yapar. Boşanma işlemlerini ise Kadı sıfatıyla yapar.

Böylece müftüler Kadı sıfatıyla yargılama ve hüküm verme yetki ve hakkına sahiptir. Batı Trakya Türkleri, şahsın hukuku, aile hukuku, velâyet, vesayet, evlenme boşanma, evlat edinme, nafaka ve miras hukuklarını ilgilendiren konularda kendilerine Yunan ulusal hukuku değil, Batı Trakya Türklerinin kendi ulusal, dinsel başka bir deyişle İslâm/şeriat hukuku, gelenek hukukları uygulanmaktadır. Bunun nedeni Yunanistan'ın taraf olduğu ve yükümlülük altına girdiği uluslar arası antlaşmalardır. Aile, miras hukuku, velayet, vasiyet, nafaka, evlat edinme, şahsın hukuku gibi antlaşmalarda sayılmış bulunan konularda çıkabilecek uyuşmazlıklarda ve sorunlarda yargılama görev ve yetkisine Müftü sahip olup, Yunan medeni/sivil mahkemeleri sahip değildir ve Yunan hukuku uygulanmaz. (Yukarıda zikredilen antlaşmalar gereği Yunanistan uyruğundaki Müslüman Türkler hukuki özerkliğe sahip olup, kendilerine kendi İslâm hukukları, gelenek ve görenek hukukları uygulanmaktadır.) Yunanistan'daki Müslüman Türklerin Müftüleri, Kadı sıfatıyla yargılama ve hüküm verme yetki ve hakkına sahiptir. Bu nedenle Yunanistan'daki Müftü, fetva veren, Kur'an-ı yorumlayan ve kural koyan bir makam olarak, Kadı sıfatıyla yargılama yetkisini 1881 yılından beri yerine getirmekte olup, uluslararası hukuk gereği Batı Trakya Müslüman Türkleri bakımından bir örf ve adet kuralı niteliği kazanmış bulunmaktadır.

Yunan Mahkemeleri, Müftülerin Kadı sıfatıyla vermiş oldukları kararları içerik bakımından inceleme, denetleme ve eleştirme hakkına sahip değildir. Sadece, Müftünün vermiş oldukları kararları şekil bakımından Yunan Anayasasına uygunluğunu inceleyip, onaylamama veya onaylayıp,

icrası için yetkili mercilere tevdi ve ilân ederler. Bu kararlar sadece Yunanistan'da değil, Yunanistan dışında da geçerlidir. Diğer taraftan Türkiye ile Yunanistan'ın taraf olduğu antlaşmalar gereği Müftülerin Kadı sıfatıyla verdikleri hükümleri içerik bakımından sadece Yunanistan'daki Başmüftü denetleme ve inceleme yetkisine sahiptir. Ancak Yunanistan, bu konudaki antlaşmaları ihlâl ederek Başmüftülük Kurumunun açılmasına ve Başmüftünün seçilmesine izin vermeyerek, Müftülerin verdiği hükümleri inceleyecek merciden, dolayısıyla Müftünün Kadı sıfatıyla vermiş olduğu kararların özü veya içerik bakımdan denetimden, temyizden mahrum bırakmaktadır. Buna bağlı olarak Yunan Devleti, Ortodoks Hıristayan Vali Başkanlığında, Batı Trakya Müslüman Türk Azınlığın karşı çıktığı kişileri Batı Trakya'da Müftü olarak seçip, atadıktan sonra bu kişilerin resmi Müftü sıfatı ile verdikleri bazı hatalı kararları ve diğer bazı görüşleri öne sürerek, Müftünün 'Kadı' sıfatıyla gerçekleştirdiği yargılama yetkisinin iptal edilmesi gerektiğini savunmaktadır Böylece Yunanistan, 1991 yılında 1920 sayılı (1920/1991) yasa ile Müftülerin Yunanistan uyruklu Müslümanlarca özgür iradeleriyle seçilmelerini de hüküm altına almış bulunan 1920 tarihli ve 2345 sayılı (2345/1920) yasayı iptal etti ve 1882 yılında çıkarılan ΑΛΗ' sayılı (ΑΛΗ/1882) yasa dönemindeki gibi yine Müftülerin atanması yöntemini 1913 Atina Barış Antlaşmasına aykırı olarak uygulamaya koydu. Bu bağlamda Yunanistan, 1881'den beri Müftülerin Kadı sıfatıyla Yunanistan'da gerçekleştirdikleri ve devletler hukuku bakımından bir örf âdet hukuku kuralı niteliği kazanmış bulunan yargılama yetkilerinin kaldırılmasını tartışmalarını da başlatmış bulunmaktadır[1].

Günümüzde Yunanistan sınırları içerisinde bir tek Batı Trakya'da müftülükler bulunmaktadır. Tarihte Batı Trakya dışında müftülükler kurulmuş olsa da[2], zaman içerisinde bunlar kapatılmıştır.

Batı Trakya'da günümüzde müftülerin şu konular üzerinde yetki sahibi olduğunu söylemek mümkündür:

a. Nikâh akdetme ve onaylama,
b. Boşama,
c. Nafaka tayin etme,
d. Velayet-Vesayet,
e. Miras taksimi,
f. Vakıfların denetimi,
g. Din görevlilerinin göreve gelmesi ve görevden alınması,
h. İslam Hukuku ile ilgili konularda görüş bildirme.

Müftülerin bu yetkileri, uluslararası antlaşmalarla kendilerine verilmiştir. Nitekim Yunan Yargıtay'ının 1723 sayı ve 1980 tarihli kararına göre[3] Yunanistan'da yaşayan Yunan uyruklu Müslümanların bazı yasal ilişkilerinde –ahval-i şahsiye- İslam hukukunun uygulanma sebebi:

a. 1881 İstanbul Antlaşması,
b. 1913 Atina Barış Antlaşması,
c. 1920 Sevr Antlaşması ve
d. 1923 Lozan Barış Antlaşması'dır.

---

1 Turgay Cin, *Yunanistan'daki Türk Azınlığın Hukuki Özerkliği*, Orion kitabevi, Ankara 2009, s .6- 19-20-147-155.

2 Γεωργούλη, Σταμάτη Χρ. *Ο Θεσμός Του Μουφτή Στην Ελληνική Και Αλλοδαπή Έννομη Τάξη*, Αντ. Ν. Σακκουλα, Αθήνα-Κομοτηνη 1993, s. 45.

3 Kararın Türkçe tercümesi için bkz. Turgay Cin, *Yunanistan'daki Türk Azınlığın Hukuki Özerkliği*, Orion kitabevi, Ankara 2009, s. 194-198.

I. Uluslararası Antlaşmalarda Müftülerin Yetkileri

A- İstanbul Antlaşması

Şer'î mahkemelerin işleyişi ilk defa 1881 İstanbul Antlaşmasıyla birlikte kabul edilmiştir. Buna göre mahkemeler, Yunan vatandaşı Müslümanların aile ve miras hukuku ile ilgili davaların çözümünde yetkili olacaklardı[4].

İstanbul Antlaşmasının üçüncü maddesi şu şekildedir:

"Yunanistan'a terk olunan mahallerde sakin olub idare-i Yunaniye tahtında (Yunan idaresi altında) kalacak olan ahalilerin can ve mal ve namus ve din ve adatına (geleneklerine) kâmilen riayet edilecek (bütünüyle uyulacak) ve ahali-yi merkume (adı geçen ahali) an-asl (asıl olarak) teb'a-yı Yunaniye'den bulunan kisan (kişiler) misüllü hukuk-u medeniyye ve politikiyyeden aynıyla ve temamıyla müstefid olacakdır (yararlanacaktır)."[5]

Antlaşmanın sekizinci maddesinde ise şu hüküm kabul edilmiştir:

"Yunanistan'a terk olunan mahallerde sakin ahali-yi İslamiyyeye serbesti ve icra-yı ayin (ibadet) ve mezhep hususu kain olmuşdur (hakkı tanınmıştır). El-yevm (bugün) mevcud bulunan ve ilerüde teşekkül idebilecek olan Cemaat-ı İslamiyyenin muhtariyetine (özerkliğine) ve sisile-yi meratib (hiyerarşik olarak) üzere tertibine ve anlara aid emlâk ve muhassenatın (hayır kurumları) idaresine ve cemaat-ı mezkurenin (adı geçen cemaatın) umur-u mezhebiyyece (mezhepsel işleri hakkında) rüesa-yı ruhaniyyeleriyle (dinsel lider) olan münasebatına asla ika-yı müdafi (müdahale) olunamayacakdır. Mehakim-i Şer'iyye-yi Mahalliye (yerel kadı mahkemeleri) sırf mevadd-ı diniyyede (dini konularda) icra-yı hükm (hüküm verme) ve kazada (görev yapmada) devam edeceklerdir."[6]

İstanbul antlaşmasından sonra Yunanistan "Ruhanî Liderler ve Muhammedî Cemaatler Hakkında" ΑΛΗ΄/1882 sayı ve tarihli yasayı çıkarttı. Bu yasada müftülerin yetkileri de düzenlenmiştir. Buna göre müftüler, dini konularda, miras ve aile hukukunda Müslümanlar arasında görüş bildirme yetkisine sahiptir. Müftüler evlilik izinleri (izinname) verir ve aile kurullarına katılıp başkanlık eder. Oyların eşit çıkması durumunda ise müftünün oyu belirleyici olur. Müftüler ayrıca dini ve hayır kurumlarının menkul ve gayrimenkul malvarlığı ile ilgili yönetim üzerinde denetim, bu kurumların yöneticilerini atama ve azletme yetkisine sahiptir. Bu yasa haddi zatında müftülere, var olan ve ileride oluşacak olan Müslüman okulların seçim kurullarına başkanlık etme yetkisini de tanımaktadır[7].

B- Atina Barış Antlaşması

14 Kasım 1913 yılında Osmanlı Devleti ile Yunanistan arasında imzalanan Atina Barış Antlaşması, Yunanistan ile Osmanlı Devleti arasındaki savaş durumunu da ortadan kaldırmıştır. Bu

---

4 Τσιτσελικής, Κωνσταντίνος, *Η θέση του μουφτή στην Ελληνική έννομη τάξη; Νομικά ζητήματα θρησκευτικής ετερότητας στην Ελλάδα,* Κριτική & KEMO, Αθήνα 1999, s. 276.

5 Adıyeke, Ayşe Nükhet, *Yunanistan Sınırları İçinde Müslüman Cemaat Örgütlenmeleri:"Cemaat-ı İslamiyeler" 1913-1998*, SAEMK Yayınları, Ankara:2001, s. 9; Antlaşmanın resmi olmayan Türkçe tam metni için ayrıca bkz: Cin, Turgay, *Yunanistan'daki Müslüman Türk Azınlığın Din ve Vicdan Özgürlüğü*, Seçkin yayıncılık, Ankara 2003, s. 425-429.

6 Adıyeke, Ayşe Nükhet, *Yunanistan Sınırları İçinde Müslüman Cemaat Örgütlenmeleri "Cemaat-ı İslamiyeler" 1913-1998,* s. 10.

7 Γεωργούλη, Σταμάτη Χρ. *Ο Θεσμός Του Μουφτή Στην Ελληνική Και Αλλοδαπή Έννομη Τάξη,* s. 45.

antlaşma iki ülke arasında önceden imzalanmış ve yürürlükte olan antlaşmalardaki azınlık hakları ile ilgili hükümleri yeniden onaylamıştır. Aynı zamanda müftülerin ve başmüftünün seçimi ve yetkileri gibi Lozan Antlaşmasında yer almayan bazı konular da ayrıntılı olarak yer almıştır[8].

Antlaşmanın 11. maddesine göre[9] müftüler, dini işlerinin yanında vakıf mallarının idaresi üzerinde denetim ve gözetim yetkisine sahip olacaklardır. Müftüler ayrıca nikâh, boşanma, nafaka, vesayet, velayet, ispat-ı rüşt, Müslümanlara ait vasiyetler, tevarüs ve tevliyet konularında Müslümanlar arasında hüküm verme yetkisine sahip olacaklardır. Müftülerin verdiği bu kararlar yetkili yunan makamları tarafından icra edilecektir. Miras işlerinde ise, konuyla ilgili Müslümanlar kendi aralarında anlaştıktan sonra hakem sıfatıyla müftüye başvurabilirler.

14 Kasım 1913 tarihli Atina Barış Antlaşması ΔΣΙΓ΄ (4213) sayı ve 14.11.1913 tarihli yasa ile Yunanistan tarafından onaylandı[10].

Yunanistan, 1913 Atina Barış Antlaşmasının hükümlerinin uygulanmasına ve yürürlüğüne ilişkin olarak 1914 tarihli ve 147 sayılı yasanın 4. maddesi ile 1920 tarihli ve 2345 sayılı yasaları tanzim etti[11].

1914 tarihli ve 147 sayılı yasanın 4. maddesine göre[12] Müslüman ve Yahudilerin, evliliğin hukuki oluşumu ve dağılması, eşlerin kişisel ilişkileri ve akrabalık bağı ile ilgili konular onların kutsal yasalarına göre düzenlenir ve hükme bağlanır. Bunun yanında Müslümanlarla ilgili olarak Türkiye ile Yunanistan arasındaki son antlaşmanın özel hükümleri uygulanır.

C- 2345 Sayı ve 1920 Tarihli Kanun

Yunan Meclisi 24 Haziran - 3 Temmuz 1920 tarihinde 2345 sayılı yasa ile iç hukukunda Yunanistan'daki İslâm Cemaatinin haklarının korunması ile ilgili olarak yeni düzenlemeler yapmıştır. Buna göre, 2345 sayılı yasa, "Müftüler ve Başmüftü İntihabıyla İslâm Cemaatlerine Ait Varidat-ı Evkafın Suret-i İdaresine Müteallik Kanun" Yunan Hükümet gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir[13].

2345 sayılı ve 1920 tarihli yasanın[14] konumuz ile ilgili 10. maddesinin 1.paragrafına göre ise müftüler, sırf dini görevlerinin yanında kendi bölgesindeki Müslüman cemaatlerin din ve eğitim adamlarını denetler. Bunun yanında, Cemaat-ı İslamiye tarafından idare edilen vakıfların malvarlığını da denetleme yetkisine sahiptirler. Müftüler ayrıca, Müslümanlar arasında evlilik, boşanma, nafaka, velayet, vesayet, kazaî rüşt, vasiyet ve kanuni mirasçılık konularında hüküm verme, bunun yanında, gerek dini konularda, gerekse miras ve aile ile ilgili her çeşit konuda görüş bildirme yetkisine sahiptirler. Aynı yasanın 10. maddesinin 3. paragrafına göre de şu sonuca varılmaktadır:' Müftünün Kadı sıfatıyla verdiği kararı, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından icra edilebilir olarak ilân edilmedikçe uygulama şansı bulamaz.' Ancak Müftünün evlenmeye ve

---

8 Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları,** Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 213; Turgay Cin, **Yunanistan'daki Müslüman Türk Azınlığın Din Ve Vicdan Özgürlüğü (Başmüftülük ve Müftülükler Sorunu),** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 105.

9 Antlaşmanın metni için bkz. Erim, Nihat, *Devletlerarası Hukuku ve Siyasî Tarih Metinleri*, Ankara 1953, I, 477-488.

10 ΦΕΚ Α΄229, 14.11.1913

11 Cin, Turgay, *Yunanistan'daki Türk Azınlığın Hukuki Özerkliği,* s. 68.

12 ΦΕΚ Α'25, 1.2.1914'ten naklen Γεωργούλη, Σταμάτη Χρ. *Ο Θεσμός Του Μουφτή Στην Ελληνική Και Αλλοδαπή Έννομη Τάξη,* s. 177.

13 **Yunan Krallığının Resmi Gazetesi,** Sayı: 148, 1920, s. 1423 vdm.

14 ΦΕΚ Α'148, 03.07.1920

boşanmaya ilişkin verdiği hükümleri daha önceden Asliye Hukuk Mahkemesince 'icra edilebilir olarak ilân edilmeden' yetkili nüfus memurluklarınca işleme konulmaktadır.

Bununla birlikte söz konusu yasa, Asliye Hukuk Mahkemesince Müftünün verdiği kararların özü bakımından incelenmesini yasaklamaktadır[15].

D- Yunan Sevri ve Lozan Barış Antlaşması

Yunan Sevri Antlaşmasının konumuzla ilgili 14.maddesinde Yunanistan, aile hukuku ve kişisel durumla ilgili konuların Müslümanların örf ve adetlerine göre halledilmesi için gerekli tüm tedbirleri almayı kabul etmiştir[16]. Lozan Antlaşmasının 42. maddesinin ilk paragrafında[17] da bu hüküm benimsenmiş, 37. maddeye göre ise hiçbir yasa, kanun, nizam ve resmi muamelenin buna aykırı ve bu maddeden üstün olmayacağı taahhüt edilmiştir[18].

II. Günümüzde Müftülerin Yetkileri

Daha önce de ifade edildiği gibi Atina Barış Antlaşmasının hükümleri 2345/1920 sayı ve tarihli yasayla iç hukuka geçmiş ve 1991 yılına kadar bu yasa yürürlükte kalmıştır. 1991 yılında çıkartılan 1920 sayılı (1920/1991) kanun hükmünde kararnameyle 2345/1920 yasası yürürlükten kaldırılmış ve o tarihten itibaren müftülerle ilgili konular bu yasaya göre düzenlenmiştir.

Müftülerin yetkileri açısından 2345/1920 yasası ile 1920/1991 yasası[19]nı karşılaştırdığımızda şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır: 2345/1920 yasasında müftülere vakıf mallarıyla ilgili yetkiler tanırken (Cemaat-ı İslamiye'leri denetleme), 1920/1991 yasasında bu ifadelerden kaçınılmıştır. Bunun haricinde, en son çıkartılan yasa ile bundan önceki yasa arasında müftülerle ilgili iki önemli fark daha bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, müftülerin seçim meselesidir. Atina Barış Antlaşmasında müftülerin seçimle göreve gelmesi karara bağlanmıştı. 2345/1920 yasası da buna sadık kalarak bu düzenlemeyi yunan iç hukuka almıştı. Ancak 1920/1991 yasası, bu uygulamayı kaldırarak müftülerin tayin uygulamasını getirmiştir.

Yapılan bir diğer önemli değişiklik de, müftülerin verdiği kararlarla ilgilidir. 2345/1920 yasasına göre müftülerin verdiği kararlar, kendi bölgelerindeki Bidayet mahkemesinin başkanı tarafından onaylanmadıkça ilâm sayılmazdı. Bidayet mahkemesinin başkanı, müftülerin vermiş olduğu bu kararların sadece müftünün yetkisi dâhilinde olup olmadığını inceleyebilirdi. Kararların içeriğini inceleme hakkına sahip değildi.

Oysa 1920/1991 yasası bundan farklı bir uygulama getirmiştir. Bu yasaya göre müftülerin verdiği kararlar, kendi bölgelerindeki Tek Hâkimli Bidayet Mahkemesi tarafından onaylanmadıkça hüküm teşkil etmezler. Mahkeme, müftülerin vermiş olduğu bu kararların müftülerin yetkisi dâhilinde olup olmadığını incelediği gibi, bu kararların anayasaya aykırı olup olmadığını da inceler.

Müftünün vermiş olduğu kararları içerik yönünden, antlaşmalar gereği sadece Başmüftü denetleyebilir. Ancak bugün Yunanistan'da Başmüftülük kurumu antlaşmalara aykırı olarak Yunanlılar tarafından açılması engellediğinden Müftünün kararları sadece Yunan Anayasasına

---

15 Turgay Cin, **Yunanistan'daki Türk Azınlığın Hukuki Özerkliği**, Orion kitabevi, Ankara 2009, s. 111- 112.
16 ΦΕΚ Α΄311, 30.10.1923
17 Düstur, Üçüncü Tertip, İstanbul 1931, V, 39.
18 Düstur, Üçüncü Tertip, İstanbul 1931, V, 36.
19 ΦΕΚ Α΄11, 04.02.1991

uygunluğu bakımından Tek Hâkimli Asliye Hukuk Mahkemesince denetlenmektedir. Tek Hâkimli Asliye Hukuk Mahkemesinin, özellikle Müftünün görevini yetki alanı çerçevesinde yapıp yapmadığına ilişkin olarak verdiği hükmü yasa gereği ikinci dereceli bir mahkeme olan Çok Hâkimli Asliye Hukuk Mahkemesi denetleyebilir. 2345 sayılı yasayı yürürlükten kaldıran 1991 tarihli ve 1920 sayılı yasanın 5.maddesi ile bu durum düzenlenmiş bulunmaktadır. Oysa bu daha önce (1991'den önce) yoktu ve durum antlaşmalarda da öngörülmemektedir. Yunanistan bunu iç hukukuna yeni ithal etmiştir ve bu kabul edilebilir nitelikte değildir[20].

1920/1991 yasasına göre müftülerin yetkilerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

a) Kutsal İslam Yasalarından kaynaklanan dini görev ve sorumluluklarını ifa ederler,

b) Müslüman din görevlilerini atar, denetler ve azlederler,

c) Müslümanlar arasındaki dini nikâhları akdeder veya onaylarlar,

d) Kutsal İslam Yasaları ile ilgili konular üzerinde görüş bildirirler ve

e) Kutsal İslam Yasaları öngördüğü takdirde Evlilik, boşanma, nafaka, velayet, vesayet, kaza-i rüşt, İslami vasiyetname ve kanuni mirasçılık konularında hüküm verme yetkisine sahiptirler.

Şimdi, diğer yasaları da göz önünde bulundurarak müftülerin günümüzde sahip oldukları yetkilerini incelediğimizde;

A- Nikâh Akdetme ve Onaylama

Yunanistan'da 1982 yılına kadar bir tek dini nikâh resmi olarak geçerliydi. Bu tarihte çıkartılan yasayla gerek dini nikâh, gerekse medeni nikâh eşit derecede geçerli kabul edilmiştir[21].

Yunan Medeni Kanunu'nun 1367. maddesinin ilk paragrafında[22] da nikâhın gerek medeni nikâh şeklinde, gerekse Doğu Ortodoks Kilisesi papazı tarafından ya da Yunanistan'da tanınmış bir başka dogma ya da din adamı tarafından dini nikâh şeklinde icra edilebileceği ifade edilmiştir.

Nikâh bizzat müftü tarafından kıyılabileceği gibi, nikâh kıymaya yetkili imamlar (Müftünün Mürâsele verdiği imamlar. Bu bapdan her yerleşim biriminde şehir merkezinde ise her mahallede bir imam vardır.) tarafından da kıyılabilir[23]. Daha önce evlenmemiş bir kıza "izinname-i bâkire", dul bir kadına ise "izinname-i seyyibe" isimli evlilik izin belgeleri verilmektedir.

B- Boşama ve Nafaka Tayini

Yunan Medeni Kanunu'nun 1438. maddesine göre, gerekli şartların mevcut bulunması durumunda, boşanmanın mahkeme kararıyla gerçekleşebileceği karara bağlanmıştır[24]. Söz konusu şartlar ise sonraki maddelerde şiddetli geçimsizlik[25], gaiplik[26] ve anlaşarak boşanma[27] diye belirlenmiştir. Yunan Medeni Kanunu'nun 1439.maddesine göre, davalı aksini ispat etmedikçe, çift

---

20 Turgay Cin, **Yunanistan'daki Türk Azınlığın Hukuki Özerkliği,** Orion kitabevi, Ankara 2009, s. 113-114.

21 Papastathis, Charalambos, "Yunanistan", *Avrupa Birliği Ülkelerinde Din-Devlet İlişkisi*, İsam yayınları, İstanbul 2008, s. 288.

22 Νασίκα, Αγάπη Χρ, *Αστικός Κώδικας και Εισαγωγικός Νόμος*, Σακκουλα, Αθήνα- Θεσσαλονίκη 2009, s. 258.

23 Σολταρίδης, Συμεών Α, *Η Ιστορία Των Μουφτειών Της Δυτικής Θράκης,* Νέα Σύνορα-Α.Α Λιβανη, Αθηνα 1997, s. 179.

24 Νασίκα, Αγάπη Χρ, *Αστικός Κώδικας και Εισαγωγικός Νόμος*, s. 271-272.

25 1439. madde

26 1440. madde

27 1441. madde

eşlilik veya zina, davalının davacıyı terk etmesi veya canına kast etmesi ve aile içindeki şiddet sebebiyle şiddetli geçimsizliğe karar verilir[28].

İslam hukukunda ise üç çeşit boşamanın varlığından söz etmek mümkündür. Bunlardan birincisi, taraflardan birinin boşamasıyla gerçekleşen talâk; ikincisi, kadının malının bir kısmından veya tamamından vazgeçmesi sonucunda gerçekleşen muhâlea ve üçüncüsü de, taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine mahkemenin (kadının) tarafları boşamasıyla gerçekleşen tefrîkdir.

İslam hukukunda boşanmadan sonra kadının beklemek zorunda olduğu iddet süresi vardır ki, iddet süresi içinde kadın, kocasının evinde kalmaya devam ettiği gibi[29], nafakası da kocası tarafından karşılanır. Nafaka hayatın normal ihtiyaçlarının hepsine şamildir. Bu bağlamda[30];

a. Yiyecek ve içecekler,
b. Giyecekler,
c. Mesken,
d. Tedavi,
e. Muhtaç olduğu veya emsali sahip bulunduğu ve kocası bunu karşılayabildiği takdirde hizmetçi… nafaka mefhumunun kapsamına dahildir.

Ev eşyası, elektrik ve su masrafları, temizlik araçları ve örfen gereken diğer şeyler, mesken kapsamında değerlendirilmektedir[31].

Batı Trakya'da müftülerin, iddet süresine ait nafakayı belirleme yetkisi bulunduğu gibi, evliliğin devam ettiği süre içerisinde eşinin gerekli ihtiyaçlarını karşılamaması durumunda da müftünün kocaya nafaka yükleme yetkisi bulunmaktadır[32]. İslam hukukuna göre nikâh akdi ile birlikte kadının almaya hak kazandığı mehir, ödenme zamanına maccel ve müeccel diye iki sınıfta değerlendirilir. Mehr-i muaccel, peşin ödenmesi gereken, yani nikah akdiyle birlikte hemen kadına teslim edilmesi gereken mehre denir. Mehr-i müeccel ise vadeli ödenmesi kabul edilen mehre verilen isimdir. Yani müeccel olan mehrin hemen ödenme zorunluluğu bulunmamaktadır. Olası bir boşanma durumunda, o ana kadar Mehr-i müeccel kadına teslim edilmediyse, boşanma durumunda erkeğin bu mehri verme mecburiyeti çıkmaktadır. Batı Trakya arşivlerinde yapılan araştırmalarda, kadına mehrini vermekten imtina eden erkeklerin sahip oldukları mallarının müftünün kararıyla satıldığı ve elde edilen gelirle de kadına mehir hakkının verildiği görülmüştür.

C- Velayet-Vesayet

İslam hukukunda doğumla birlikte küçükler üzerinde üç türlü velayetin olacağı kabul edilir. Bunlar, doğrudan doğruya küçüğün şahsına bağlı hakların kullanımıyla ilgili velayet, küçüğün mallarının koruma ve idaresine yönelik velayet, üçüncüsü de küçüğün bedenen ve ruhen sağlıklı bir şekilde yetiştirilmesini, gözetilip eğitilmesini konu alan velayettir[33].

---

28 Νασίκα, Αγάπη Χρ, *Αστικός Κώδικας και Εισαγωγικός Νόμος,* s. 272.
29 Talak 65/1.
30 Durmuş, Üzeyir, *İslâm Hukukunda İddet ve Hükümleri (Yüksek Lisans Tezi, M.Ü, S.B.E. 2006)*, İstanbul 2006, s. 62.
31 Durmuş, Üzeyir, *İslâm Hukukunda İddet ve Hükümleri,* s. 62-63.
32 Örnek bir belge için bkz: EK II
33 Bardakoğlu, Ali, "Hidâne", *DİA,* XVII, 467.

Velayet kavramı daha çok doğrudan doğruya küçüğün şahsına bağlı hakların kullanımı için kullanılmaktadır. Küçüğün mallarının korunması ve idaresi vesayet, bedenen ve ruhen sağlıklı bir şekilde yetiştirilmesi, gözetilip eğitilmesi ise hidâne kavramıyla ifade edilmektedir[34].

Hidâne müddeti çocuğun buna olan ihtiyacına bağlıdır. Umumiyetle "kendi kendine yiyip içene ve giyinene kadar" devam eder denmiş, sonraları ihtilafa yer kalmaması için erkek çocukta 7 ve 9, kızda 9 ve 11 yaşlar nihai had olarak kabul edilmiştir[35].

Yunan aile hukukunda ise çocuklar ile ebeveynlerin ilişkilerini 1983 tarihli ve 1329 sayılı (1329/1983) yasa düzenlemektedir. Bu yasayı iki temel görüş/ilke belirlemektedir: a- Birincisi çocuk merkezli anlayış, b- ikincisi de ortak çocuklara karşı ebeveynlerin eşitliği. Bu iki ilke evlilik devam ederken veya evlilik boşanma ile sona erince çocuklar ile ebeveynler arasındaki ilişkiyi biçimlendirmektedir. Bu son yasada ebeveynlerin eşitliği ilkesi tartışmasız olarak kabul edilmiştir. Oysa Yunanistan'da 1983 tarihli ve 1329 sayılı yasadan önceki yasada babanın iktidarı ile babaya öncelik tanınması düzenlenmişti ve koca "aile reisi" idi[36].

Yunan yasasını belirleyen bu iki amile karşılık İslam hukukunda merkezde bulunan husus bir tek çocuğun menfaatidir. Merkezde çocuğun menfaati bulunduğundan dolayı da ebeveynin eşitliği ön planda değildir. Sonuçta bu işi yapmaya birisi daha ehildir ve İslam hukuku da bunu gözetmiştir. Bu sebepten dolayı da, erkek olmasından dolayı daha rahat takip edebileceği ve çocuğun hakkını daha rahat muhafaza edebileceği için velayet ve vesayette öncelik babaya; şefkat ve merhametiyle çocuğu en iyi bir şekilde yetiştirecek, doğası itibarıyla buna ehil olmasından dolayı hidânede ise öncelik anneye tanınmıştır. Dolayısıyla tarafların güç ve kabiliyeti göz önünde bulundurularak çocuğun fiziki ve ruhi ihtiyaçlarının en iyi bir şekilde karşılanabilmesi için adeta bir işbölümüne gidilmiştir.

D- Miras

Yunanlı yazarlar tarafından en çok eleştiri konusu olan mevzu, İslam miras hukukudur. Özellikle İslam miras hukukunda kadına erkeğe göre yarım pay verilmesi ve şahitlikte bir erkeğin şahitliğine iki kadının denk görülmesi Yunanlı yazarlar tarafından İslam'ın kadını daha alt derecede görmesi olarak yorumlanmıştır.

Yunan Medeni Kanunu'nun 1813.maddesine[37] göre çocuklar mirastan eşit pay alırlar. Yunan anayasasının 4.maddesi de kadın erkek eşitliğini kabul etmiştir[38]. Bu sebepten dolayı Yunanlı yazarlar, anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğu gerekçesiyle müftülerin yetkilerinin kaldırılması gerektiği kanaatindedirler[39].

Ktistakis'in verdiği bilgilere göre son yıllarda müftülüğün çözdüğü miras davaları son derece azalmıştır. Gümülcine müftülüğünün gayri resmi verilerine göre 1985 yılı öncesinde miras hukukunda yıllık dört yüz fetva verilmiş, günümüzde ise bu sayı on beş-yirmiye düşmüştür[40].

---

34 Örnek bir belge için bkz: EK III.
35 Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İz yayıncılık, İstanbul 2006, I, 396.
36 Cin, Turgay, *Yunanistan'daki Türk Azınlığın Hukuki Özerkliği,* s. 128; Κοτζάμπαση, Αθηνά, *Οι οικογενειακές έννομες σχέσεις Ελλήνων και Ελληνίδων μουσουλμάνων,* s. 53-54.
37 Νασίκα, Αγάπη Χρ, *Αστικός Κώδικας και Εισαγωγικός Νόμος,* s. 364.
38 *Σύνταγμα Της Ελλάδας*, Βουλή Των Ελλήνων, 2008, s. 20.
39 Τσιτσελικής, Κωνσταντίνος, *Η θέση του μουφτή στην Ελληνική έννομη τάξη,* s. 316.
40 Κτιστάκις, Γιάννης, *Ιερός Νόμος του Ισλάμ και Μουσουλμάνοι Έλληνες Πολίτες*, s. 82.

E- Vakıfların Denetimi

İstanbul Antlaşmasının sekizinci maddesinde gördüğümüz gibi Cemaat- ı İslamiyenin özerkliği kabul edilmiş, bunlara ait mal varlığı ve hayır kurumlarının idaresi yine cemaatin hiyerarşik yapılanmasına bırakılmış, bunlara müdahale edilmeyeceği karara bağlanmıştır.

Atina Barış Antlaşmasının 11.maddesinde[41] de bu hüküm tekrar edilmiş ve müftülere vakıf mallarının idaresi üzerinde denetim ve gözetim hakkı tanınmıştır.

Sevr antlaşmasının 8. maddesi[42] ve Lozan antlaşmasının 40. maddesine göre[43] de azınlık, masrafları kendilerine ait olmak üzere hayır kurumları, dini veya sosyal kurumlar, okul ve diğer eğitim kurumları kurma, yönetme ve denetleme hususunda diğer yunan vatandaşlarıyla eşit haklara sahip olacaklardır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi Atina Barış Antlaşmasının ardından Yunanistan, 1920 tarihinde 2345 sayılı yasayı tanzim etti. Bu yasanın 10.maddesinde de[44] müftülere, Cemaat-ı İslamiyye tarafından idare edilen vakıfların malvarlığını denetleme yetkisi verilmekteydi. Ancak 1949 yılına gelindiğinde Yunanistan, Batı Trakya Müslüman Türk Azınlığın eğitimin finans kaynağını sağlayan vakıfları eritebilmek için 1949 Tarihli Kral İradesi[45] ile '**Cemaat-i İslamiyeler'in Yerine İslam Cemaatlerine Ait Servetleri İdare Komisyonlarının Kurulması'** nı kararlaştırarak eğitim ve vakıfların kontrolü, valiliklerin emrine verilmiştir. Bu durumda Yunanistan, imza koyduğu antlaşmaların bütün hükümlerine karşı bir tutum sergilenmiştir. 1913

---

41 Antlaşmanın 11. Maddesi şöyledir: "Yunanistan'a terk olunan mahaller ahalisinden zir-i idare-i Yunaniyede kalacak olanların can ve mallariyle namus ve din ve mezhep ve âdâtına kemal-i ihtimam ile riayet olunacak ve bu kısım ahali an asıl tebea-i Yunaniyeden olanların haiz oldukları aynı hukuk-ı medeniye ve siyasiyeyi tamamiyle haiz bulunacaktır. Müslümanlar hürriyet-i diniyeye ve âyin-i dininin alenen icrası hususunda serbestiye malik olacaklardır. Zat- ı hazret-i padişahinin nam-ı nami-i hilâfetpenahilerinin hutbelerde zikrine devam olunacaktır. Elyevm teessüs etmiş veya âtiyen teessüs edecek olan cemaat-ı islâmiyenin muhtariyetine ve silsile-i meratip itibarıyle teşkilâtına ve anlara ait nukut ve emvalin idaresine aslâ iras-ı nakisa edilemeyeceği gibi ahali ve cemaat-ı islâmiyenin Dersadet'te makam-ı meşihat-ı ulyâya tabi bulunacak olan rüesa-yı diniyeleri ile olan münesabatına dahi aslâ iras-ı nakisa olunamıyacak ve baş müftünün menşuru makam-ı âli-i meşihattan ita kılınacaktır.
Müftülerden her biri kendi dairesi dahilinde Müslüman müntehipler tarafından intihap olunacaktır.
Baş müftü Yunanistan'ki bilcümle müftülerden mürekkep bir meclis-i intihap tarafından intihap ve irae olunan üç namzet meyanında bittefrik haşmetlû Yunan kıralı hazretlerince tayin olunur.
Hükumet-i Yunaniye baş müftünün intihabını Dersaadet'teki Yunan sefareti vasıtasiyle makam-ı âli-i meşihatpenahiye tebliğ edecek ve taraf-ı âli-i meşihatpenahiden müfti-i numaileyhe bir menşur ve umur-ı memurisini ifa ve bu bapta kendisi dahi Yunanistan'daki diğer müftülere hüküm ve iftâ salâhiyetini bahşedebilmesi için bir mürasele gönderilecektir.
Müftüler sırf dini umur ve hususat hakındaki salâhiyetlerinden emval-i vakfiyenin idaresi üzerindeki teftiş ve nezaretlerinden maada nikâh, talâk, nafaka, velâyet, ispat-ı rüşt, Müslümanlara ait vasiyetler, tevarüs ve tevliyet gibi mevadda beynelmüslimin icray-ı ahkâm edeceklerdir.
Müftüler tarafından isdar olunan ilâmlar Yunan memurin-i iadesi tarafından icra edilecektir.
Umur-ı irsiyeye gelince Müslümanlardan işte alâkadar olan taraflar evvel beevvel beyinlerinde itilâf hasıl ettikten sonra hakem sıfatiyle müftüye müracaat edebilirler. Bu veçhile sadır olacak hakem kararına karşı mahakm-i mahalliyeye vukubulacak ter türlü müracaatlar kabul olunacaktır. Meğerki aksi kaziyeyi mübeyyin olarak sarahaten bir kayıt ve şart mevcut olmuş ola.'' Bkz: **Mecmua-i Kavanin-i Yunaniyye**, yayına hazırlayan: Hristaki Karagöz, Yeni Asır Matbaası Selanik, 1921, ss. 38-39.

42 ΦEK,A΄311,30.10.19

43 Düstur, Üçüncü Tertip, İstanbul 1931, V, 38.

44 ΦEK A΄148, 03.07.1920

45 Ülkedeki Müslümanların Geçici Başmüftü ve Müftülerle Müslüman Cemaatleri Mülklerinin Yönetimine dair 24 Haziran- 3 Temmuz 1920 tarih ve 2345 Sayılı Kanun'un 12. Maddesinin Batı Trakya'da uygulanması hakkındadır. 16 Haziran 1949 tarihli Cemaat Seçimlerine ait Kral İradesi.- Hükumet Gazetesinin 29 Temmuz 1949 tarih ve 164 sayılı nüshasında neşredilmiştir.

Atina Anlaşması ve 1920/2345 sayılı kanuna göre müftülüklere ait olan denetleme yetkisi, bu düzenlemeyle kaldırılmış ve valilere devredilmiştir. Kral İradesi ile bütçeleri valiliğe tescil ettirmek zorunluluğu doğmuştur. Bu uygulama, vakıflarının yenilenmesi veya yeni bir yerin yapılmasını neredeyse imkânsız hale getirmiştir. Kral İradesi azınlığın vakıflarına bir darbe gibi indirilmiştir[46]. Çünkü cemaatin dava açma yetkisi görülmekle birlikte açılan davalar uzun sürmüş ve genellikle cemaat aleyhine sonuçlanmıştır. Bu durum ise, birçok vakıf mülkünün el değiştirmesi ve devlet tarafından gasp edilmesi anlamına geliyordu[47].

Yunanistan'da vakıflarla ilgili günümüzde geçerli olan yasa 3647/2008 sayı ve tarihli yasadır[48] ki bu yasaya göre de güya müftülere vakıflar üzerinde denetim yetkisi verilmektedir. Ancak günümüzde, antlaşmalara göre yapılması gereken müftülük seçimlerinin yaptırılmadığı, dolayısıyla halkın benimsemediği kimselerin devlet tarafından müftü olarak atandığını ve müftülük makamında oturduğunu belirtmek gerekmektedir.

Yunanistan'da vakıfların idaresi de 1967 yılından beri Batı Trakya Müslüman-Türk toplumunun güvenmediği kimselerin elinde bulunmaktadır. Dolayısıyla günümüzde ecdat yadigârı vakıfların idaresi de denetimi de azınlığın tasvip etmediği ve güvenmediği şahısların ellerinde bulunarak Türk İslam Kültürünün izleri tarih sahnesinden kazılmaktadır.

Din Görevlilerinin Göreve Gelmesi ve Görevden Alınması

Yukarıda da gördüğümüz gibi, 1920/1991 yasasında din görevlilerinin göreve gelmesi ve görevden alınması müftülerin eline verilmiştir. Bu yasadan önce de uygulama aynı şekilde olmuş ve din görevlileri aynı usulle göreve gelmişlerdir.

Herhangi bir bölgeye imam atanacağı zaman müftülük kurumu, ilgilenen ve gerekli özelliklere sahip kimselerin belli bir zaman dâhilinde müftülüğe başvuru yapabilmesi için atamanın yapılacağını müslümanlara duyururdu. Başvuruda bulunanlar heyet tarafından sınava tabi tutulur ve bunun sonucunda başarılı olan kişi müftü tarafından daimi veya geçici bir süre için din görevlisi olarak atanırdı. Herhangi birilerinin başvuru yapmaması halinde ise müftü, kendi görüşüne göre hareket eder ve uygun gördüğü bir Müslümanı göreve getirirdi[49].

2007 yılına kadar uygulama bu şekilde gelmiş ancak o yıl 3536 sayılı yasayla[50] (240 İmam Yasası), din görevlilerinin atamalarına ilişkin yeni bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu bu yasanın 38.maddesine göre imamlar[51] müftünün görüşü alındıktan sonra İçişleri Kamu Yönetimi ve Adem-i Merkeziyet, Dışişleri ile Milli Eğitim ve Dinişleri Bakanlıklarından birer, Yunan üniversitelerinden İslam dini ile ilgili konularda uzman iki üniversite öğretim görevlisinden oluşan

---

46 1920/2345 sayılı kanuna göre:
a- cemaatlerin bütçelerini vilayet tasdik hakkına malik değildir.
b- Cemaat bir kararla istikraz akdedebilir
c- Gayrimenkul istimlak edebilir.
d- Hibe kabul etmek başlıca hakkıdır
e- İstediği gibi dava ikame edebilir.
f- Uzlaşma yapabilir
g- Türlü sigortalar yapabilir.

47 İskeçe Türk Cemaat Heyeti Karar Defteri, Karar No: 11, 9 Temmuz 1962.

48 ΦΕΚ Α΄ 37, 29.02.2008

49 Σολταρίδης, Συμεών Α, *Η Ιστορία Των Μουφτειών Της Δυτικής Θράκης,* s. 176-177.

50 ΦΕΚ Α΄42, 23.02.2007

51 Yunanca metinde esasında din eğitimcisi manasına gelen "ιεροδιδάσκαλος" ifadesi kullanılmaktadır. Ancak gerek azınlık ileri gelenleri ve yerel Türk basını, gerekse Yunan basını bu yasayı imamlar hakkında anlamış ve yorumlamıştır. Bu sebepten dolayı biz de imam kavramını kullandık.

beş kişilik bir heyet tarafından seçilecektir. Heyet üyeleri Milli Eğitim ve Dinişleri bakanlığının kararıyla atanacaktır. Yunanistan'da yönetimin, kiliselere herhangi bir atama yetkisinin olmamasına rağmen Müslüman din görevlilerinin bu şekilde beş kişilik Hıristiyan bir heyet tarafından belirlenmesi düşündürücüdür.

Batı Trakya Müslüman-Türk azınlığı, tamamı Hıristiyanlardan oluşan beş kişilik bir heyetin imam atamasına karşı çıkmış, böyle bir düzenlemeyi kabul etmeyeceklerini sık sık duyurmuştur[52]. 240 imam yasası ile, azınlığın antlaşmalardan doğan hakkı elinden alınmak istenmekte ve Batı Trakya Müslüman Türk Azınlığı anavatan Türkiye'den dolayısıyla da Türk İslam kültüründen koparılarak asimilasyonu hedeflenmektedir.

Sonuç

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Uluslararası antlaşmalarda müftülere tanınan yetkiler daha çok aile, miras, ve vakıflar hukuku alanında tanınmıştır. Borçlar hukukuyla ilgili yetkiler ise sınırlı bir alanda kalmıştır. Müftülerin bu alanlar dışında görüş ve fetva vermesi mümkün olsa da, resmi hüküm niteliğine sahip kararlar vermesi yasalar çerçevesinde mümkün değildir. Mecelle'nin içeriği göz önünde bulundurulduğunda ise daha çok borçlar hukuku alanında hazırlanmış bir kanun olduğu görülecektir. Oysa Batı Trakya'daki müftülerin borçlar hukuku alanında sahip oldukları yetkiler oldukça sınırlıdır. Ancak yaptığımız araştırmalarda, muhakeme hukukuyla ilgili olarak Batı Trakya'da cereyan eden şer'î davalarda takip edilen yöntemlerin Mecelle'de yer alan muhakeme hukukuyla paralellik arzetmiştir. Bunun dışında, kısmen borçlar hukuku alanında yetki sahibi olan müftülerin bu yetkilerini kullanırken (karar verirken) Mecelle'de yer alan maddeler çerçevesinde hüküm verdikleri görülmüştür. Örneğin vekâletle ilgili verilen kararlarda gözetilen hususlar, Mecelle'deki "*Kitâbü'l-vekâle*" başlığında karara bağlanmış hususlarla paralellik arzetmektedir.

Batı Trakya Türklerinin öteden beri talepleri Kadı sıfatıyla yargılama yetkisine sahip olan Müftünün Yunanistan'daki Müslüman Türk cemaati tarafından antlaşmalara ve 1920 tarihli 2345 sayılı yasaya uygun bir biçimde seçilmesidir. Başka bir deyişle 1913 Atina Barış Antlaşmasının 11. Maddesinin uygulanması talebidir. Müftü aynı anda birden fazla görev icra etmektedir ve antlaşmalar gereği bu hakka sahiptir. Yunanistan'ın taraf olduğu ve yükümlülük altına girdiği uluslararası antlaşmalar gereği Müftünün Kadı sıfatıyla verdiği kararlar içerik bakımından denetimi Başmüftülük yapacaktır. Ancak bu denetimin yapılabilmesi için Yunanistan tarafından Başmüftülük kurumunun açılmasına izin verilmesi gerekmektedir. Oysa Yunanistan Müftünün yargılama yetkisini sınırlandırmakla kalmayarak 240 imam yasası ile camilere çoğunluğu Hıristiyanlardan oluşan beş kişilik bir heyetle imam atamaya girişmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Yunanistan'ın azınlığın antlaşmalardan doğan haklarını çiğnemesi ve böylece müftülerin yetkilerinin gasp edilip halkın benimsemediği kişileri atamasının sebebi şudur. Asimilasyon politikasını önleyebilecek bir güç merkezi olarak müftüleri kontrol altına almayı kararlaştırmıştır. (Müftü bazen yargıç, bazen hakem, bazen noter, bazen okulları denetleyen Müfettiş, bazen de tanıktır. Bir kişide bu kadar iktidarın toplanması Müftülük kurumunu çok önemli kılmaktadır. Batı Trakya gibi bir bölge söz konusu olunca bu daha da önem

[52] İskeçe milletvekili Çetin Mandacı'nın 6 Şubat 2008'de mecliste yaptığı konuşmanın yunanca metni için bkz. http://www.millet.gr/haber.php?haberid=1054 (05.04.2010);Batı Trakya Türk Azınlığı Danışma Kurulu'nun yayınladığı açıklama için de bkz. http://www.bttadk.org/TR/default.asp?P=AnnouncementsRead&id=43 (31.03.2010)

kazanmaktadır). Bundan dolayı devlet, önce müftülerin seçimle belirlenemeyeceğini ilan etmiş, sonra da müftüleri atama yoluyla kendisi tayin etmeye başlayarak Kadı sıfatıyla yargılama yetkisini sınırlandırmaya başlamıştır.

Böylece devlet, 2345/1920 sayılı kanunu ilga etmiş ve bunun yerine 1920/1991 sayı ve tarihli yasa ile azınlığa müftü atamaları yapmıştır.

1980'li yıllardan sonra devletin bu anti demokratik uygulamalarını fark eden Azınlığın ileri gelenleri, basın ve din adamları, Azınlığı bilinçlendirme ve örgütlendirme faaliyetlerine girişmişlerdir. Bu faaliyetin ilk meyvesi, azınlığın kendi müftüsünü seçme hakkının kullanılması olmuştur. Batı Trakya Müslüman-Türk azınlığı bilinçlenmenin ve ardından da örgütlenmenin değerinin farkına varmış, oylarıyla seçtiği müftüleri desteklemiştir. Bu harekete karşılık olarak devlet, seçilmiş müftüleri itibarsızlaştırmaya çalışmıştır. Gümülcine seçilmiş Müftüsü İbrahim Şerif, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine baş vurmak suretiyle Yunan devletinin azınlığa karşı uyguladığı antidemokratik baskıyı dünya kamu oyuna duyurmakla kalmamış aynı zamanda sözü edilen mahkemenin Yunan Devletini mahkûm edip tazminat ödemesini sağlamıştır.

Azınlığın bilinçlenmesiyle birlikte 1990'lı yıllardan günümüze değin başarılı projeleri hayata geçirmeyi başarmıştır. Sözgelimi bu dönemde Gümülcine Seçilmiş Müftüsü İbrahim Şerif, hızlı bir biçimde Kur'an kursları açmış ve böylece yeni neslin dinine ve kimliğine sahip çıkmasını sağlamıştır. Bu sürece tahammül edemeyen Yunan devleti, bütün anlaşmalara aykırı olan bir yasa çıkarmıştır. 3536/2007 sayı ve tarihli bu yasa, 'İki Yüz Kırk İmam Yasası' olarak adlandırılmaktadır. Yasa ile Yunan devleti, azınlığa hizmet eden camilere ve Kur'an kurslarına görevlileri kendisinin atamasını sağlamak istemektedir. Devlet bu sürecin kesintiye uğramaması için azınlığı Müslüman- Türk kimliğinden koparması gerektiğinin farkındadır ve bunun için de camilerdeki imamların ve yenilenen Kur'an kurslarındaki öğretmenlerin tayin yolunu istemektedir. Ne var ki Yunan devleti azınlığın, bilinçlenme yolunda hızlıca ilerlediğinin ve yeni projelere başlamak üzere çaba sarf ettiğinin farkında değildir.

Kaynakça

Ayşe Nükhet, Adıyeke, **Yunanistan Sınırları İçinde Müslüman Cemaat Örgütlenmeleri: "Cemaat-ı İslamiyeler" 1913-1998,** SAEMK Yayınları, Ankara: 2001.

Ali, Bardakoğlu, **"Hidâne",** *DİA*, XVII, 467.

Charalambos, Papastathis, **"Yunanistan",** ***Avrupa Birliği Ülkelerinde Din-Devlet İlişkisi*,** İsam yayınları, İstanbul 2008.

Düstur, **Üçüncü Tertip V,** İstanbul 193139.

Erim, Nihat, **Devletlerarası Hukuku ve Siyasî Tarih Metinleri I,** Ankara 1953.

ΦEK A΄229, 14.11.1913

ΦEK A'25, 1.2.1914.

ΦEK A'148, 03.07.1920

ΦEK A΄311, 30.10.1923

ΦEK A΄11, 04.02.1991

ΦEKA΄311,30.10.1923

ΦEK A΄148, 03.07.1920

ΦEK A΄ 37, 29.02.2008

ΦΕΚ Α΄42, 23.02.2007

Γεωργούλη, Σταμάτη Χρ. **Ο Θεσμός Του Μουφτή Στην Ελληνική Και Αλλοδαπή Έννομη Τάξη,** Αντ. Ν. Σακκουλα, Αθήνα-Κομοτηνη 1993.

Hristaki Karagöz, **Mecmua-i Kavanin-i Yunaniyye,** Yeni Asır Matbaası Selanik, 1921, ss. 38-39.

Hayreddin, Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku,** İz yayıncılık, İstanbul 2006.

İskeçe Türk Cemaat Heyeti Karar Defteri, Karar No: 11, 9 Temmuz1962.

Κοτζάμπαση, Αθηνά, **Οι οικογενειακές έννομες σχέσεις Ελλήνων**

και Ελληνίδων μουσουλμάνων,

Κτιστάκις, Γιάννης, **Ιερός Νόμος του Ισλάμ και Μουσουλμάνοι Έλληνες Πολίτες**

Νασίκα, Αγάπη Χρ, **Αστικός Κώδικας και Εισαγωγικός Νόμος,** Σακκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009,

Σύνταγμα Της Ελλάδας, **Βουλή Των Ελλήνων,** 2008.

Σολταρίδης, Συμεών Α, **Η Ιστορία Των Μουφτειών Της Δυτικής Θράκης, Νέα Σύνορα-Α**.Α Λιβανη, Αθηνα 1997.

Turgay Cin, **Yunanistan'daki Müslüman Türk Azınlığın Din ve Vicdan Özgürlüğü,** Seçkin yayıncılık, Ankara 2003.

Turgay Cin, **Yunanistan'daki Müslüman Türk Azınlığın Din Ve Vicdan Özgürlüğü (Başmüftülük ve Müftülükler Sorunu),** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Toluner, Sevin **Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları,** Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.

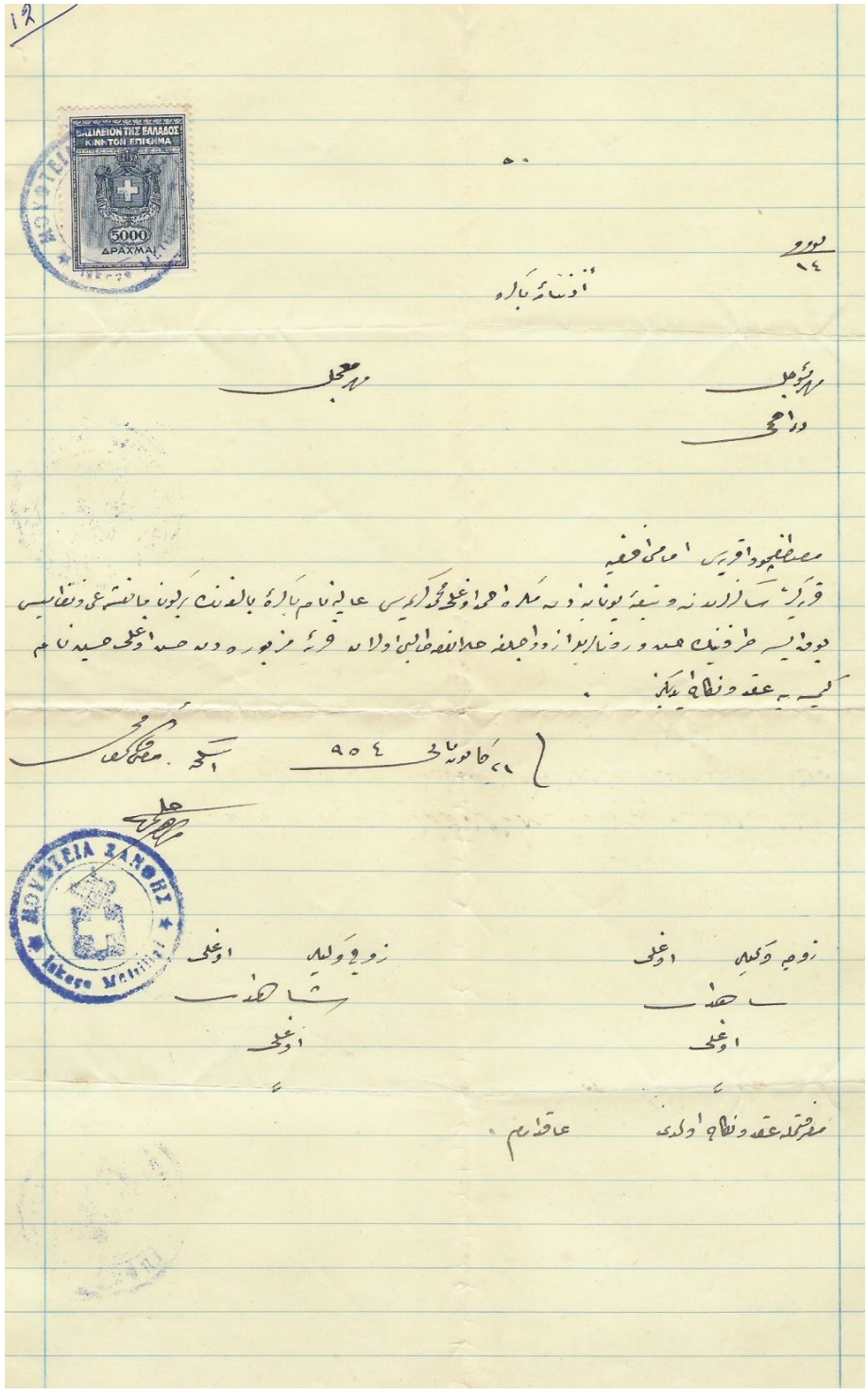
Τσιτσελικής, Κωνσταντίνος, **Η θέση του μουφτή στην Ελληνική έννομη τάξη;** *Νομικά ζητήματα θρησκευτικής ετερότητας στην Ελλάδα*, Κριτική & ΚΕΜΟ, Αθήνα 1999.

Üzeyir, Durmuş, ***İslâm Hukukunda İddet ve Hükümleri*** *(Yüksek Lisans Tezi, M.Ü, S.B.E. 2006)*, İstanbul 2006.

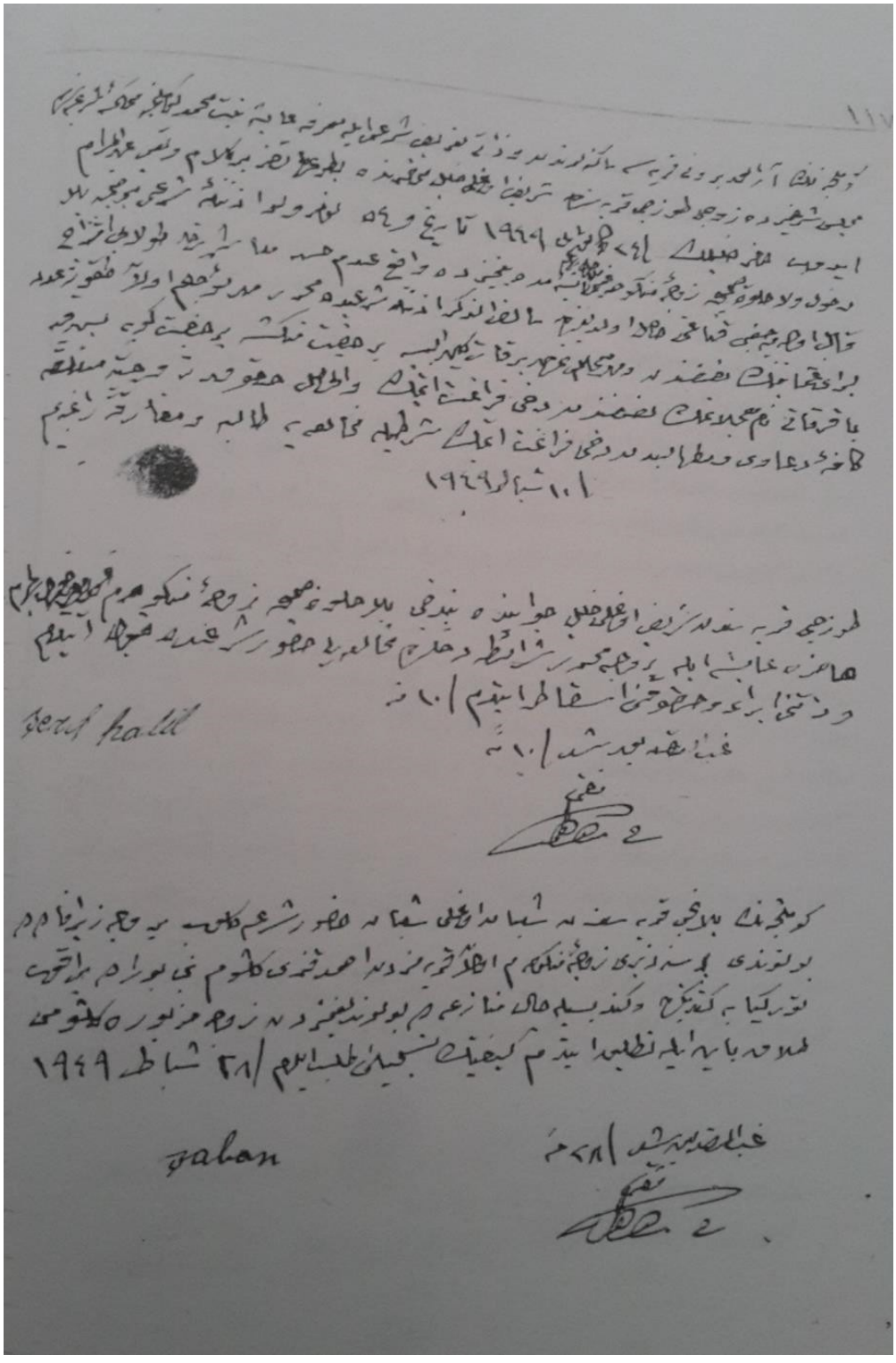
Yunan Krallığının Resmi Gazetesi, Sayı: 148, 1920, s. 1423 vdm.

EKLER

EK I



EK II



EK III

1920-1924 YILLARI ARASINDA YAPILAN MECELLE TA'DİLLERİ VE MEZHEPLERARASI MUKAYESE UYGULAMASI

Prof. Dr. Ahmet AKGÜNDÜZ

Rotterdam İslam Üniversitesi-İslam Hukuku Bölümü

1916 yılında kurulan Mecelle Ta'dil Cemiyeti ve 1923-24'de yenilenen Mecelle ve Vâcibât Komisyonu çok ciddi çalışmalar yapmıştır. Bunları zikretmek Osmanlı ve İslam Hukuku açısından çok önemlidir. Biz burada sadece Mecelle Tadillerinin Esbâb-ı Mûcibe Layihasını zikredecek ve yapılan ta'dilleri de sadece Alım-Satım Sözleşmesine ait olanları aktaracağız. Mecelle Ta'dil Komisyonu bu çalışmaları yaparken aşağıdaki gerekçeyi esas alıyordu:

> *"'İhtiyâc-ı zamana binâ'en Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin ba'zı maddelerinin ta'dîli ve noksânının ikmâli zımnında teşekkül eden encümenimiz bu vazîfenin ağırlığını müdrik idi. Çünkü husûl-i maksada hizmet, ihtiyâc-ı zamanı ve memleketdeki örf-i hâss ve örf-i âmmı bilmekle beraber ilm-i hukûka dâ'ir bir çok müdevvenâtı tetebbu' ve ahkâmında tebahhura muhtâc olduğu ve hâlbuki her tarafdan ervâhı tazyîk etmekde olan ahvâl-i zamâni'yenin huzûr- ı bâl ile iştigâle müsâ'id olmadığını takdîr ediyordu."*

Komisyon, çoğu hukukçuların kabul etmediği telfik tehlikesine düşmeden, Mezheplerarası Mukayeseli Hukuktan istifade edeceklerini açıklıyorlardı. Nitekim mülkiyetin tarifi ile alakalı 125. Madde; Mal kavramının izahı ile alakalı 126, 127 ve 130. Maddeler; irtifak hakları ile alakalı 144. Madde; mebî' ile alakalı 151. Madde; icab ve kabul ile alakalı 176. Maddeden sonra ilave edilen iki madde; şartlı alım satım ile alakalı 187. Maddeden sonra ilave edilen yedi madde; alım satım akdinin feshi ile alakalı 196. Madde; mebî'in şartları ile alakalı 204. Maddeden sonra yapılan ta'diller; irtifak haklarının satılabilmesi ile alakalı 216. Madde; parçalanmasında zarar görülen malların satımı ile alakalı 224 ve 225. Maddeler; va'de ile satışla alakalı 247. Madde; teslim den önce mebî'in satımı ile alakalı 253. Madde; mebî'in helâk olmasıyla alakalı 297. Madde ve benzeri maddelerdeki ta'diller bu makalemizde incelenecektir.

1916-1924 TARİHLERİ ARASINDA ÇALIŞAN MECELLE TA'DİL KOMİSYONLARI VE FAALİYETLERİ

Mecelle'yi 1876'da tamamlayan *Mecelle Cemiyeti,* kanunun eksikliklerini giderici bazı çalışmalar daha yapmış ise de, 1889'da kendisinden bekleneni vermez duruma düşünce, II. Abdülhamid tarafından lağvedilmiştir.

Mecelle'yi sadece Hanefi mezhebinin görüşlerini değil, bütün İslâm hukukunu yansıtan ve bu konuda Avrupa Kanunlarından da istîfâde eden bir kanun haline getirmek üzere 1916'da *Mecelle Ta'dil Komisyonu* kurulmuş ve bu komisyon yeri geldikçe temas edeceğimiz bazı değişiklikleri yapmıştır. 1916'da da yasanın tadili için -bütün kitapları ile tamamlanmasının ardından henüz kırk yıl geçmişken- zamanın ihtiyaçlarını karşılayamaz hale geldiği belirtilerek, 1923-24 yılında üç alt komisyona ayrılacak olan Kanun-i Medeni Komisyonu oluşturulmuştur. Mecelle Tadil

Komisyonu'nun amacı, Mecelle- i Ahkam-ı Adliyye'nin zamanın ihtiyaçlarına uygun bir medeni kanun haline gelebilmesi için gerekli çalışmaları yapmaktı. Ancak komisyon 1923'e kadar hiçbir değişiklik teklifinde bulunmamış, 1923'te Kitâbü'l-Büyû ve Kitâbü'l- İcârât ile ilgili değişiklik tekliflerini yayınlamıştır. 1923'te Kanun-i Medeni Komisyonu, Ukud ve Vacibat Komisyonu ve Ahkam-ı Şahsiyye Komisyonu olarak ikiye ayrılmıştır. 29 Ekim 1923'te Cumhuriyetin ilanının, 3 Mart 1924'te Hilafet'in kaldırılmasının ve yine aynı yıl içinde, şeriye mahkemelerinin varlığına son verilmesinin ardından, Ukud ve Vacibat Komisyonu ve Ahkam-ı Şahsiyye Komisyonunun üyeleri, yenileri ile değiştirilmiş ve 1924'te adeta yeni komisyonlar oluşturulmuştur. Tüm bu komisyonların çalışmalarına rağmen, eksikliklerin giderilemediği iddia edilmiştir.

Neticede Lozan görüşmelerinin direkt etkisi ile İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasına karar verilmiş, komisyonların görevlerine de son verilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu TBMM'de kabul edildikten sonra, Resmi Gazetede yayınlanmış, her iki kanun 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı tarihte yürürlüğe giren Kanun-i Medeni'nin Suret-i Meriyet Şekl-i Tatbiki Hakkında Kanun'un 43. Maddesinin hükmü ile Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye yürürlükten kaldırılmıştı. Neticede Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin yürürlük süresi, ilk yürürlüğe sokulan kitabının yürürlük süresi dikkate alınırsa elli yedi yıl olmuştur[1].

1923 yılında Mukayeseli İslam Hukuku kaideleri esas alınarak bir Medeni Kanun hazırlamak üzere, komisyonlar oluşturulmuş ve hatta ciddi toplantılar ve müzâkerele neticesinde bazı hazırlıklar ve madde yazımları da yapılmıştır. Bu komisyonun çalışmalarından Borçlar Hukuku ile alakalı hazırladıkları tasarıyı ve toplantı tutanaklarını burada zikretmek istiyoruz.

Komisyon üyeleri şöyledir: Vâcibât Komisyonu Re'îsi Seyyid, a'zâ: Re'îs Vekîli Osman Beyefendi, Ebul-Ulâ Mardin, Abdurrahman Münib, Feyzi Daim, Mustafa Seniyyüddin Beyefendiler[2].

Bu konu ile alakalı bir Talimatnâme de hazırlanmıştı. Talimatnamede özetle, düzenlemelerde öncelikle fıkıh hükümlerine, tali olarak da diğer ulusların hukuki çözüm ve uygulamalarına başvurulabilecegi belirtilmişti. 1923 tarihli Talimat uyarınca kurulan Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu 2 Mayıs 1923 yılında yaptığı ilk toplantısında yenilemeler için "şer'î istinadgâh=müstened-i şer´î" aranacağını belirlemiş; 16 toplantı yapabilmişti. Diğer komisyon olan Vâcibât Komisyonu ise yapılacak düzenlemelerin Şerî'ata aykırı olamayacağını belirlemiş ve 41 toplantıda 21 madde düzenleyebilmişti.

1924 yılında Ahkâm-ı Şahsiye ve Vâcibât komisyonlarının yeniden kurulması kararı alındı. Bu komisyonların sürekli toplanmaları, toplantı tutanaklarının özet halinde olması, düzenlemelerin çağdaş bir devletin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde olması, Batı hukuk kurallardan yararlanılması belirtilirken; komisyonların "ahkâmı fıkhiye"den yararlanmasından söz edilmemekteydi.

Bu talimatlar uyarınca çalışmalarına başlayan komisyonlardan Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu 1924-25 yılları arasında "Hukuku Aile Kanunu Layihası" adında 142 maddeden olusan tasarıyı olusturdu. Tasarı, geniş ölçüde 1917 Hukuku Aile Kararnamesi'nden yararlanılarak yapılmıstı. Vâcibât Komisyonu ise satım ve kira hukuku konularında iki rapor hazırlamıs ve Adâlet

[1] Akgündüz, *Külliyât*, 367.
[2] Cerîde-i Adliyye, Cilt: 1, sh. 17-21; sh, 462 vd. Sy: 10 sene 1339 (1923).

Bakanlığı'na sunmustu. 251 maddeden olusan bu tasarıda İsviçre Borçlar Kanunu'ndan geniş ölçüde yararlanılmış; fıkıh ve Şerî'ata pek fazla atıfta bulunulmamıştı[3].

Bu ta'diller hazırlanırkan uyulması gereken prensipler çok önemlidir:

1. Maddelerin ta'dilinde gözetilen birinci düstur, İslam Hukuku mezheplerinin bütün asırların ihtiyaçlarını kuşatır bir genişlikte olduğu kanaati esasdır.
2. Her ne kadar taklidi câiz yahut câiz olmadığı tartışılmış ise de, Kitap ve Sünnet'ten hüküm çıkarmaya muktedir olan müctehidlerin istinbat ettikleri hükümlerle amel etmenin gerekli olduğu hususu esas alınmıştır.
3. Her ne kadar, mezhepten mezhebe intikal İslam hukukçuları arasında tartışılmış ise de, ayrı ayrı meselelerde farklı mezhebin görüşüyle amel etmeye cevaz veren fakihlerin görüşü tercih edilmiştir.
4. İnsanların mu'âmelelerini iptal etmekten ziyade mümkün mertebe şer'-i şerife yaklaştırmak evladır kaidesi esas alınmıştır.
5. Bu mevzuda kaçınılan nokta, aynı meselede farklı farklı mezheplerin görüşlerini bir araya getirmek demek olan telfikten uzak durmak olmuştur.

İslam Mukayeseli Hukukunu esas alarak hazırlanmak istenen Birinci Komisyonun çalışma prensipleri şöyledir ve orijinali Türk Tarih Kurumunda bulunmaktadır:

MECELLE KOMİSYONU'NCA KİTÂBÜ'L-BÜYÛ'UN TA'DÎLÂTINA DÂ'İR İHZÂR OLUNAN LÂYİHA-İ KÂNÛNİYE İLE ESBÂB-I MÛCİBESİ[4]

''İhtiyâc-ı zamana binâ'en Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin ba'zı maddelerinin ta'dîli ve noksânının ikmâli zımnında teşekkül eden encümenimiz bu vazîfenin ağırlığını müdrik idi. Çünkü husûl-i maksada hizmet, ihtiyâc-ı zamanı ve memleketdeki örf-i hâss ve örf-i âmmı bilmekle beraber ilm-i hukûka dâ'ir bir çok müdevvenâtı tetebbu' ve ahkâmında tebahhura muhtâc olduğu ve hâlbuki her tarafdan ervâhı tazyîk etmekde olan ahvâl-i zamâni'yenin huzûr-ı bâl ile iştigâle müsâ'id olmadığını takdîr ediyordu. Lâkin (مالا يدرك كله اليرتك كله) kâ'idesine binâ'en ve Allâhu te'âlânın (لنهدينهم سبلنا وان الله لمع المحسنين) âyet-i kerîmesi hükm-i münîfine i'timâden bezl-i makdereti imtinâ'dan ahsen gördü. Zâten beyne'n-nâs icrâ-yı adâlet ve imhâ-yı zulm ve mezellete[5] kâfil olan kânûnların tekemmülü tedrîcî olacağı cihetle noksânımızın bizden sonra gelecek erbâb-ı fazl ve kemâl tarafından ikmâl olacağı i'timâdıyla müsta'înen bi'llâh mücâhede-i fi'l-laha besmele keşi mübâderet olundu.

Evvelâ tarîk-i mesâ'înin ta'yîni hakkında cereyân eden müzâkere ilm-i hukûkda pek müte'âlî olan mezâhib-i İslâmiye dâ'iresinde hakk-ı mevlânın ihtiyârına müncir oldu ve (رطب ولا يابس الا في كتاب مبين) ve (الملوي ان هو الا وحي يوحى) ve (وما ينطق عن الهوى) âyet-i kerîmelerinin delâleti vechile mezâhib-i İslâmiye'nin me'hazı olan şerî'at-i mutahharadaki ihâtalıdır dendi.

Mezâhib-i İslâmiye dâ'iresinde cevelân-ı mesâ'il-i Şer'iyye-i fer'iyyede meslek-i taklîde sülûk olup bunun cevâz ve adem-i cevâzı dahi muhtelefün-fîh ise de derece-i ictihâdı ihrâz içün muktezî olan kudretin hayli zamandan beri fıkdânı hasebiyle Kitâb

---

3 Özsunay, Ergun, *Medeni Hukuka Giriş*, 5. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1986, s. 147.

4 Epey zamandan beri mesâ'î ve fa'âliyetde bulunan Mecelle Komisyonu'nun ihzâr etdiği ta'dîlât ve ilâvâtdan elde edilen kısımlarıdır. Cerîde-i Adliye, Sy: 2, Sene: 1-ll. Seri 1339- Sh. 92 vd.

5 **Mesulle**: Engeller ve işkenceler manasınadır. *El-Kamus el-Muhît.*

ve Sünnete muttali‘ ve anlardan istinbât-ı ahkâma muktedir olanların rivâyetleriyle amel vâcib olmuş olmağla encümenimizce de o vücûba ittibâ‘ zarûrî görüldü.

Vâkı‘â mezâhib-i İslâmiye dâ’iresinde cevelân mezhebden mezhebe intikâl ve hâdîsât-ı müte‘addide ve mesâ’il-i muhtelifede muhtelif mezheblerin ihtiyârını müstelzim bulunmuş ve bu ise ba‘zı ulemâ tarafından men‘ olunmuş ise de, diğer ba‘zı ulemâ taklîd için bir mezheb-i mu‘ayyenin iltizâmı lâzım olmadığını ve binâ’en-aleyh hâdîsât-ı müte‘addide ve mesâ’il-i muhtelifede mezâhib-i mütehâlifeye ittibâ‘ın câ’iz olduğunu beyân ve ashâb-ı güzîn - rıdvânu'llâhi aleyhim ecma‘în- hazerâtının ba‘zı mesâ’ilde kendülerinden ba‘zısını ve ba‘zı mesâ’ilde diğerlerini taklîd edenler hakkındaki sükûtlarını delîl olarak ityân etmişlerdir.

Hele ‘Nâsın mu‘âmelâtını ibtâlden ise mehmâ-emken şer‘a takrîb evlâdır’ kâ‘idesi ve inde'z-zarûre mezhebinin gayriyle amel eden ma‘zûrdur fetvâsı, cevâz cihetini takviye eden delâ’ilden bulunduğu gibi, bir Cum‘a namâzı içün hamâmda gusl etdikden ve Cum‘a namâzını kıldıkdan sonra gusl etdiği hamâmın kuyusundan bir fâre-i meyyite çıkdığını haber alan e’imme-i Hanifiyye'den Ebû Yusuf rahmetü'llâhi aleyhin (ناخذ بقول اخواننا من اهل المدينة اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا) diye Cum‘a namâzını i‘âde etmemesi hâdisenin vukû‘undan sonra da cevâzın pek vâzıh bir delîli görüldü.

Bu husûsda ictinâb olunacak nokta kat‘iyyen memnû‘ olan telfîka düşmekden ya‘ni hâdise-i vâhidede mütehâlif mezhebleri cem‘ etmekden ibâret olup encümenimiz dahi bu vartadan tebâ‘üdü elzem gördü. Bundan sonra Kitâbü'l-büyû‘dan bed’ ile Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye peyderpey kırâ’et ve tedkîk ve ihtiyâcât-ı zamâna vukûfumuz nisbetinde der-pîş ve mezâhib-i İslâmiye'ye dâ’ir müdevvenât-ı mevcûde tetebbu‘ olunarak tekrârdan ve fî zamânina lüzûmu görülmüş mesâ’ili idhalden ictinâb ile nâsa erfak ve zamâna evfak sûretde ba‘zı maddeleri ta‘dîl ve mevcûd olmayan ba‘zı mevâdd dahi â’id oldukları bâb ve fasıllar irâ’e olunarak tekmile tarzında ilâve ve her kitâb hakkındaki tedkîkat resîde-i hitam oldukça o kitâba â’id mevâdd-ı mu‘addele ve munzammanın tahrîri tensîb olundu.’[6]

1924’de teşkil edilen Mecelle Tadil Komisyonu ise aşağıdaki isimlerden oluşmaktadır:

TA‘DÎL-İ KAVÂNÎN KOMİSYONLARINI TEŞKÎL EDEN ZEVÂTIN ESÂMÎSİ

Mecelle, Vâcibât Komisyonu:

Re’îs: Ali Haydar Efendi (İsti‘fâ etmişdir)
A‘zâ: Temyîz Re’îs-i Evvelliği'nden mütekâ‘id Osman Beyefendi
: Mülgâ A‘yân a‘zâsından Seyyid Beyefendi
: Hukûk müderrislerinden Mustafa Fevzi Beyefendi
: Hukûk müderrislerinden Ebul Ulâ Beyefendi
: Hukûk müderrislerinden Abdurrahman Münib Beyefendi
: Bidâyet Re’îs-i Evveli Feyzi Daim Beyefendi
: Seniyyüddin Beyefendi.

Bu yeni komisyon da yine İslam Mukayeseli Hukukunu esas alarak nakledeceğimiz tadilleri yapmışlardır:

[6] Mecelle Cemiyeti İhzârâtından Kitâb’ül-Büyû’un Bazı mevâddının Ta’dilâtı ve Esbâb-ı Mûcibesi, *Cerîde-i Adliye*, Mart 1338, Sy. 2, sh. 92-93.
Mecelle Ta’dil komisyonu 1340 tarihinde yeniden bazı çalışmalar yürütmüştür ve gerekçesi şöyledir. Mecellemizin, ihtiyâcet-ı hâzıraya adem-i tevâfuku hasebiyle müsta‘celen ta‘dîline lüzûm görülen mevâddını memleketin örf ve âdetine mutâbık ve telekkiyât-ı asriyeye muvâfık sûretde ta‘dîl ile ol bâbda bir lâyiha vücûda getirmek üzere
20 Mayıs 340 târîhiyle tezkire-i vekâlet-penâhîleri mûcebince teşekkül eden komisyonumuz ol bâbdaki ta‘lîmnâme ahkâmına tevfîkan ictimâ‘larına devâm ederek Mecelle'nin Kitâbü’l-Büyû‘ hakkındaki ta‘dîlâtını ikmâl eylemiş olduğundan ta‘dîlât-ı vâkı‘a ile Esbâb-ı mûcibesinin hülâsa-i arzına ber-vech-i zîr mücâseret olunur. *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 894 vd.

1923-1924 TARİHLİ VÂCİBÂT KOMİSYONUNUN TAKİP ETTİKLERİ ESASLAR[7]

Adliye Vekâlet-i Celîlesi'nin emir ve ta'lîmâtıyla teşekkül edip 3 Mayıs 339 tarihinde ilk celsesini akd eden (Kânûn-ı Medenî Ukûd ve Vâcibât) Komisyonu'nun tarih-i mezkûrdan i'tibâren 30 Haziran 339 tarihine kadar sebk eden mesâ'îsini mübeyyin rapordur.

Komisyonumuz, bu bâbdaki ta'lîmâtnâmenin madde-i muvakkatası mûcebince evvelemirde 332 senesinde ictimâ' eden Mecelle Komisyonu'nun tâlî encümenince ihzâr olunan lâyihada münderic esâsâtın tedkîkine bi'l-ibtidâr cereyân eden müzâkerât netîcesinde esâsât-ı mezkûrenin bazılarını aynen, bazılarını da ta'dîlen kabûl eylemişdir. Hangiler aynen ve hangiler ta'dîlen kabûl edilmiş olduğunu irâ'e maksadıyla evvelâ sâlifü'z-zikr encümence tesbît edilen esâsâtı aynen tahrîr etmek ve sonra ne gibi noktaların ta'dîline lüzûm görüldüğünü ber-vech-i zîr Esbâb-ı mûcibesiyle arz ve beyân eylemek münâsib görülmüşdür. Şöyle ki:

1. Esas – "Nusûs-ı kâtı'a-i Şer'iyye ile sâbit ahkâm-ı Şer'iyyeye muhâlif olmamak şartıyla beyne'l-fukahâ muhtelefun fîh olan mesâ'il-i ictihâdîyede akvâl-i fukahâ bi'l-istikrâ' tedkîk olunarak hangi müctehidin tavli ihtiyâcât-ı hâzıraya tevâfuk ediyorsa onun re'yi bi't-tercîh Mecelle'nin ol bâbdaki mevâdd-ı mahsûsası ona göre ta'dîl olunacakdır."

2. Esas – "İhtiyâcât-ı cedîdenin vaz'ına lüzûm gösterdiği ahkâmda ahkâm-ı mevzû'a ve fıkhiyyemiz ile insicâm ve tenâzuru muhâfaza şartıyla bi'l-umûm mü'essesât-ı hukûkiyeden istifâde edilecekdir."

Kavânîn lâyihalarını ihzâra me'mûr komisyonların usûl-i mesâ'îsine dâir vekâlet-i celîleden mevrûd ta'lîmâtnâmenin Birinci Maddesi'nde [komisyonlar deruhde eyledikleri vazîfenin icrâsında mu'amelât-ı nâsa erfak ve ihtiyâcât-ı zamâna evfak ve bi'l-hassa memleketin terakkiyât-ı iktisâdîyesinin inkişâfına hâdîm ahkâm vaz'ına sarf-ı mesâ'î edecek ve husûl-i maksad için gerek ahkâm-ı fıkhiyye ve hukûkıyemîzden ve gerek milel-i sâirece kabûl ve tatbîk edilen esâsâtdan istifede eyleyecekdir.] diye muharrer olduğu cihetle bâlâya aynen derc ve tahrîr olunan iki esâsın lâyihadan tayyedilmesi a'zâdan bazıları tarafından teklîf olunmuş ise de madde- i mezkûre ile zikr olunan esaslar arasında bir mübâyenet bulunmadığından teklîf-i vâki' komisyonumuzca şâyân-ı kabûl görülmemişdir.

Gerçi birinci esasda "nusûs-ı kâtı'a-i Şer'iyye ile sâbit ahkâm-ı Şer'iyye"ye muhâlefet edilmemesi şart asıl olmak üzere dermeyân edilir. Fakat şart-ı mezkûr komisyonumuza muhavvel olup ukûd ve vecâibe ve hukûk-ı tasarrufiyeye müte'allik ahkâmın tanzîminden ibâret bulunan vezâifin îfâsını işkâl edecek bir şart değildir. Çünkü husûsât-ı mezkûreye ta'alluk eden ahkâm-ı Şer'iyye meyânında nusûs-ı kâtı'a ile sâbit ahkâm yok denecek derecede az olmakla beraber yalnız ru'ûs-ı mesâ'il ve ahkâm-ı esâsiye-i evveliye hakkındadır. Ve bu cihetle ihtiyâcât- ı zamâneye aslâ muhâlif değildir. Mesâ'il-i sâire hakkında vârid olan nusûs-ı Şer'iyye ise hep nusûs-ı zanniyeden ibâretdir, nusûs-ı kâtı'a cümlesinden değildir. Bunun içindir ki nusûs-ı mezkûrenin ma'nâsını ta'yînde ve zikr olunan mesâ'ilin ahkâmını istihrâc husûsunda fukahâ-yı İslâm ihtilâfa düşmüşlerdir. İşte bu mülâhazaya mebnî komisyonumuz, sâlifü'z-zikr birinci esasda münderic şart-ı mezkûru kabûl etmekle vazîfe husûsunda serbestî-i hareketini takyîd etmiş olmayacağından ânifü'l-beyân tâlî encümeninde kaleme alınıp bâlâda zikr olunan o iki esâsın ikisinin de hâli üzre ibkâsını ekseriyetle kabûl etmişdir.

3. Esas – "Mevâdd-ı kânûniyenin tertîb ve tanzîminde her cihet mümkün olduğu kadar tasrîh edilerek hükkâma fazla salâhiyet-i takdiriye bahşedilmeyecekdir."

Hükkâma diğer devletlerin verdikleri salâhiyet derecesinde salâhiyet-i takdiriye bahşedilmesi daha münâsib olacağı a'zâ tarafından dermeyân edilmiş ise de mezkûr tâlî encümence tanzîm olunan lâyihada pek doğru olarak beyân edildiği vechile "zamânımızda ehliyet ve kifâyeti hâiz hükkâm, pek az bulunduğundan mevâdd-ı kânûniyenin hîn-i tahrîrinde bazı devletlerin kânûnlarında olduğu gibi hükkâma fazla hakk-ı takdîr bahşetmek birçok hatâların vukû'unu tecvîz eylemek demek olacağı gibi vazîfesini sû-i isti'mâl isti'dâdında bulunanlar için de vâsi' bir meydan bırakılmış olacağından ahvâl-i mezkûreye mahal bırakmamak için" mevâdd-ı kânûniyenin hîn-i tanzîminde zikr olunan üçüncü esâsın umde ittihâz edilmesi pek muvâfık olacağı ve binâen aleyh esâs-ı mebhûsün anhun kabûlü karar-gîr olmuşdur.

[7] Cerîde-i Adliye, Mayıs 1339, Sayı, 13-14-15, Ek, sh. 1 vd. Bu kısım, takriben 28 toplantının sonucudur.

4. Esas – "Kânûnen men‘ edilmemek, intizâm-ı âmme ve ahlâk-ı umûmiyeye münâfî bulunmamak ahvâl ve ehliyet-ı şahsiyeye mütallik veya âmmenin veyâhûd eşhâs-ı sâlisenin te’mîn-i hukûku mülâhazasıyla mevzû‘ ahkâm ile ve emvâl-i gayr-ı menkûlenin sûret-i tasarrufuna mütedâir ahkâm-ı kânûniyeye mugâyir olmamak şartlarıyla ale’l-umûm ukûd ve mu‘amelâtda ve bi’l-cümle ta‘ahhüdât ve mukâvelâtda serbestî esâsı kabûl edilmişdir." …

"Serbestî-i mukâvele" esâsının kabûlüne vâbeste olduğu gibi, sâlifü’z-zikr lâyihada tafsîlen beyân olunduğu üzere bu esâsın şer‘-i şerîfe muhâlif bir ciheti dahi bulunmadığından komisyonumuz, bu esâsı bilâ-tereddüd ve bi’l-ittifâk kabûl eylemişdir.

5. Esas – "Bir fi‘lin hükmü fâ‘iline muzâf kılınır. Fâ‘il ile mutasarrıf ictimâ‘ edüp de fâ‘il-i mukassırın taht-ı murâkabe ve nezâretine mevdû‘ ise nazar olunur: Eğer zarar vâki‘ murâkıb-ı mukassırın mümeyyiz olmayan fâ‘ili fi‘le emr ve taslît veya teşvîk etmesi veya zararı mü’eddî olacağı meczûm olan bir fi‘l ile zarara sebebiyet vermiş ise murâkib-i mezkûr mübâşir hükmünde addolunarak zarar-ı vâki‘i bizzat tazmîne mecbûr olacakdır. Fakat murâkıb-ı mukassırın bu bâbdaki taksîri yalnız teseyyüb ve ihmâlden ibâret ise bu sûretde fâ‘il ile murâkib munâsafeten tazmîn-i zarara mecbûr olacaklar ve hiçbirinin diğerine hakk-ı rücû‘‘u olmayacakdır. Murâkıbın taslîti tesübbübü ve teseyyübü dahi yok ise hüküm tamâmen mümeyyiz olmayan fâ‘iline izâfe edilecekdir."

"Eğer fâ‘il ile mukassırdan her biri mümeyyiz olup da fâ‘il mukassırın taht-ı murâkabesinde [istîcârında] ise mutazarrır olan şahıs dilerse fâ‘ile, dilerse mukassıra mürâca‘at edebilecek ve mukassıra mürâca‘at hâlinde onun fâ‘iline hakk-ı rücû‘u olacak ve fakat fâ‘ilin mukassıra hakk-ı rücû‘u olmayacakdır."

"Bir maldan mütevellid olan zararı o malın, mâlik veya vâzı‘u’l-yed olan şahıs mukassır olmak şartıyla tazmîne mecbûr olacakdır."

Kezâlik bir şahsın taht-ı murâkabesinde olan eşhâs tarafından îkâ‘ olunan veyâhûd ol şahsın mülkünde veya yedinde bulunan emvâlden mütevellid olan zararların tazmîni mesâ’ilinde murâkıb veya mâlik veyâ sâhib-i yedin mukassır olması asl olmak ve kendisi tarafından aksi isbat olunabilmek esâs tensîb edilmişdir."

"Bir zarardan mes’ûl olanlar ta‘addüd etdiği halde haklarında mes’ûliyet-i müteselsile esâsı tatbîk olunacakdır."

Kosimyonumuz, işbu esasları burada zikri pek uzun gidecek olan Esbâb-ı mûcibe ve mülâhazât-ı hukûkiyesiyle uzun uzadıya tedkîk ve müzâkere etdikden sonra aynen kabûlüne müttefikan karar vermişdir.

6. Esas – "Evvel emirde hayat ve cisme karşı vukû‘a getirilen zararların tazmîni bahsinde diyet ahkâmının tatbîki olunabilip olunamayacağı noktasında cereyân eden münâkaşât netîcesinde diyet şer‘an cezâ veyâhud cezâ ile müctemi‘ zararın tazmîni mâhiyetinde olmasına ve komisyonumuzca cürmden tevellüd eden zarar-ı hakîkînin tazmînine hasr-ı tedkîkât edildiğine binâen tazmîn-i zarar bâbında ahkâm-ı diyâttan bahse mahal olmadığı müttefikan kararlaşdırıldıkdan sonra gerek ef‘âl-i gayr-ı meşrû‘adan ve gerekse ma‘kûdun aleyhin adem-i icrâ veya te’hîr-i icrâsından dolayı doğrudan doğruya tevellüd eden zararların tamâmen tazmîni lüzûmuna ve zamân husûsunda maddî zararlar gibi ma‘nevî zararların da kânûnun hîn-i tanzîminde nazar-ı dikkate alınması münâsib olacağına karar verilmişdir."

"Bir akd zımnında tarafeynin bir şahs-ı sâlis lehine şart dermeyân etmeleri câiz ve meşrût olan şahs-ı sâlisin meşrûtun aleyhe karşı bizzat hakk-ı mürâca‘atı makbûl olması esâsı tensîb edilmişdir."

"Mezheb-i Mâlikî ile hukûk-ı Garbiye mukâyese edildikden sonra mu‘amelât-ı medeniyenin iltizâm etdiği bazı ta‘dîlât vaz‘ edilmek şartıyla iflâs kavâ‘idinin gayr-ı tâcir olanlara da tatbîk ve teşmîli tensîb edilmişdir. Medyûnun dâ’inlerinin zararına olarak vaki ve kendi servetini tenkîs edecek mâhiyetde bulunan bazı ukûdâtın feshi dâ’inlerin talebe salâhiyetleri olması ve dâ’inlerin medyûn makâmına kâim olarak onun nâmına adem-i ta‘kîbinden mutazarrır olacakları da‘vâları ikâme edebilmeleri esasları kabûl olunmuşdur."

Bu esasların vaz‘ına zamânımızda pek ziyâde ihtiyâç bulunduğundan esâsât-ı mezkûre komisyonumuzca dahi şâyân-ı kabûl görülmüşdür. Bununla beraber hayat ve cisme karşı vukû‘a getirilen zararların tazmîni bahsinde diyet ahkâmının da mümkün mertebe nazar-ı mütâla‘âya alınması tensîb edilmişdir.

7. Esas – "Arâzî-i emîriye ile arâzî-i emîriye-i mevkûfe arâzî-i memlûkeden add ve i‘tibâr olunmuşdur."…

Arâzî-i emîriye ile tahsîsât kabîlinden olan arâzî-i mevkûfe-i gayr-ı sahîhanın arâzî-i memlûkeden addolunması hakkında sâlifü'z-zikr tâlî encümenin lâyihasında dermeyân olunan mütâla'ât ve hele evlâda pek ma'kûl görülür. Fi'l-hakîka arâzînin hâl-i hazırda olduğu gibi envâ'- ı muhtelifeye munkasım bulunması, gerek usûl-i tasarrufiyesi ve gerek ahkâm-ı irsiye ve intikâliye i'tibârıyla pek ziyâde teşvîşât ve müşkilâtı mûcib olmaktadır. Bu cihetle ale'l-umûm arâzîyi bir nev'a ircâ' ile bir usûle tâbi' kılmak ve binâen aleyh bu bâbda vaz' edilecek ahkâmı tevhîd eylemek müşkilât ve teşevvüşât-ı mevcûdeyi ref' etmekle beraber servet-i umûmiyece de fevâid-i kesîreyi müstevcib olur.

Bu mülâhazaya mebnî zikr olunan esâsı kabûlde tereddüd etmemek iktizâ eder.

Fakat bu esâs kabûl edildiği sûretde bundan başka bir mahzûr tevellüd edecekdir ki cây-ı te'emmüldür. Ma'lûmdur ki arâzî-i memlûke(ولذكر مثل حظ الانثيين)nass-ı kâtı'ı mantûkınca vereseden zükûr ve inâsa ikili birli olmak üzere mevrûs olur. Arâzî-i emîriye ile tahsîsât kabîlinden olan arâzî-i mevkûfe arâzî-i memlûkeden addedildiği takdîrde onların da vereseye o sûretle intikâl etmesi lâzım gelecek ki ma'kûs bir netîceyi istilzâm edecek demek olur. Ve bunu âmmeye kabûl etdirmek de pek müşkil ve inâsa seviyyen intikâl etdirmek ise, mine'l-kadîm cârî olagelen âdât ve ananâta ve zikr olunan nass-ı kâtı'a muhâlif olacağından bunun da kabûl-i âmmeye mazhar olması müte'assir ve belki de müte'azzirdir.

Halbuki arâzî-i emîriye ile tahsîsât kabîlinden olan arâzî-i mevkûfe-i gayr-ı sahîhayı nev'an ve intikâlen hâli üzre terk ile beraber bey' ü şirâ, hibe ve îcâr gibi usûl-i tasarrufiyede haklarında tamâmen mülk ahkâmı icrâ ve tatbîk etmek mümkün ve pek kolaydır. Bununla beraber arâzî-i mezkûrenin ecânib tarafından sû-i maksadla vakf ve vasiyet edilmesine de meydan verilmemiş olur.

8. Esas – "İcâreteynli ve icâre-i vâhide-i kadîmeli ta'bîr olunan arâzî-i mevkûfe-i sahîhanın icâre-i mü'eccele-i seneviyesi ve otuz senede bir tedâvül i'tibârıyla kabz edilen cüz'-i bedeller ve yüz senede bir mahlûliyet sûretiyle istîfâ olunan bedelât, îrâd farzıyla lâzım gelen sermâye mutasarrıfları tarafından vakfına i'tâ sûretiyle istibdâl olunarak mülkiyete tebdîl edilmesi münâsib görülmüşdür."….

Yukarıda arâzî-i mîriyenin arâzî-i memlûkeden addedilmesi hakkında dermeyân olunan mahzûr – ki vereseden zükûr ve inâsa ikili birli mevrûs olmasıdır. İcâreteynli arâzî-i mevkûfenin mülkiyete tebdîli hakkında da vâriddir. Bu cihetle komisyonumuz bu esâsın da tayyını ekseriyetle tensîb eylemişdir. Ma'a-hâzâ bu nev' arâzî ve akârât-ı mevkûfe-i sahîhanın mikdârı arâzî-i emîriyeye nisbetle az olduğundan re'y-i âcizânemce bu kabîl arâzî ve akârât-ı mevkûfenin mülkiyete tebdîlinde pek o kadar umûmî bir mahzûr yokdur. Hiç olmazsa bu keyfiyet-i tebdîli kânûnen mecbûrî kılmayup mutasarrıfların re'y ve ihtiyârına terk etmek ve fakat bur mutasarrıf bu ciheti ihtiyâr etdiği sûretde cânib-i vakfı bunu kabûle mecbûr tutmak daha münâsib olur.

9. Esas – "Mukâta'aya merbût olan arâzî-i mevkûfe-i sahîhada arz üzerinde mülk akâr mevcûd olduğu halde yalnız zemînin kıymetini vakfı cânibine i'tâ ile mutasarrıfın arsayı temellük eylemesi ve mülk akâr mevcûd olmadığı halde icâreteynli arâzîde kabûl olunan kâ'ide- i istibdâlin tatbîki muvâfık görülmüşdür.

Gediklerin sûret-i ilgâsı hakkındaki kânûnun taşraya da teşmîl-i ahkâmı münâsib görülmüşdür. Bir akâr hakkında rakabesi yerine, gedik ve icâreteyn veya mukâta'a ile îcâr gibi bir sûretle tasarrufu diğer bir kimseye âid olmasını istilzâm edecek sûretde akd-i mukâvele edilmesi memnû' addedilmelidir."…

Arâzî-i emîriye ile icâreteynli arâzî-i mevkûfenin mülkiyete tebdîlinde ber-vech-i ma'rûz vârid olan mahzûr mukâta'alı arâzî-i mevkûfenin mülke tahvîlinde vârid olmadığından işbu dokuzuncu esas ile gediklerin ilgâsı esâsı ve bir akâr hakkında rakabesi yerine ve bâlâda beyân olunduğu vechile tasurrufu diğer bir kimesneye âid olmak üzere akd-i mukâvelenin memnû'iyeti keyfiyeti komisyonumuzca münâsib görülmüşdür.

10. Esas – "Medenî şirketlerin ekser ticârî şirketlerde olduğu gibi şahsiyet-i hukûkiyeyi hâiz olmaları tensîb edilmişdir. Medenî şirketlerin teşekkül eder etmez şahsiyet-i hukûkiyeyi hâiz olmaları tensîb edilmiş ve şirketin teşkîlinin isbâtı husûsunda kavâ'id-i umûmiyenin tatbîki muvâfık görülmüşdür. Cemiyetler hakkında bugüne kadar kavânîn-i mahsûsa ile vaz'-ı ahkâm edildiğinden kânûn-ı medenîde cem'iyyâtdan bahs edilmemesi hükûmetin re'yine terk edilmelidir."

Medenî şirketlerin de ticârî şirketler gibi şahsiyet-i hukûkiyeyi hâiz olmaları, memleketimizin ahvâl ve âdâtıyla mütenâsib olmayup birçok teşevvüşât ve müşkilâtı dâ'î olacağından komisyonumuz bu esâsı muvâfık bulmamışdır. Lâyihada cem'iyyetler hakkında vaz' edilecek ahkâmın kânûn-ı medenîye derci keyfiyetinin hükûmetin re'yine terk edilmesi tercîh

edilmiş ise de komisyonumuz bu terke lüzûm görmeyüp bi'l-akis fasl-ı mahsûsunda cem'iyyetler hakkında dahi vaz'-ı ahkâma karar vermişdir.

11. Esas – "Şimdiye kadar hükmen mal addedilmiş olan alacakların esas i'tibârıyla emvâl- i sâire gibi bey' olunabileceği esâsı kabûl edilmişdir. Alacak bâyi'i alacağın mevcûdiyet-i hukûkiyesini müte'ahhiddir.

Fakat müşteri için deyni istîfâ edecek kadar zaman geçmemiş iken imkân-ı istîfâ zâil olursa bâyi' mebî'i tazmîn edecekdir."

Bu esâsa lisân-ı fıkıhda "temlîkü'd-deyn min-gayr men aleyhi'd-deyn" deyni medyûndan başka bir kimseye temlîk" ıtlâk olunur ki Fıkh-ı Hanefî'ye göre câiz değilse de Fıkh-ı Mâlikî'ye göre câizdir. Bizde mine'l-kadîm Fıkh-ı Hanefî ile amel edile gelmiş olduğundan emre muharrer senedler gibi senedât-ı ticâriyeye merbût olmayan duyûn-ı âdîyede dâ'inin alacağı medyûndan başka bir şahsa bey' ve temlîk etmesi tecvîz olunmamışdır. Halbuki çok kerre dâlinler henüz va'deleri henüz hulûl etmemiş olan alacaklarını renpay istîfâ etmek ihtiyâcında bulunurlar. Dînin şerâ'iti va'desi ve mikdârı değişmediği halde dâ'inin alacağını âhara satabilmesi keyfiyetinde ise medyûn için hiçbir mahzûr yokdur. Binâen aleyh duyûnun emvâl-i sâire gibi bey' olunabilmesi esâs kabûl edilirse bu husûsdaki ihtiyâc-ı şedîd tatmîn edilmiş olmakla beraber Mezheb-i Mâlikî'ye muvâfık olduğu cihetle bunda bir mahzûr-ı şer'î de bulunmamış olacağından komisyonumuz işbu esâsı aynen kabûl eylemişdir.

12. Esas – "Bey' mâhiyet i'tibârıyla mâlikiyeti nâkil olarak kabûl eylediği halde esnâ-yı akidde ta'ayyün ve teşahhus eden mebî'in menâfi' ve hasârı tamâmen kable'l-kabz dahi müşteriye âid olmak lâzım geleceği ve bey' yalnız bâyi' tarafından bir malın mâlikiyetini nakl ta'ahhüdünden ibâret kasd eylediği halde mu'ayyen ve müşahhas olan mebî'lerde dahi hasâr ve menâfi'in bâyi'a âidiyeti muktezî bulunduğu cihetle bu iki re'yden birinin tercîhi komisyonun tensîbine terk edilmişdir. Ve her iki re'ye göre müşterinin kable'l-kabz menkûl veya gayr-ı menkûl olan mebî'de tasarrufunun cevâzı lâzım geleceğinden ve bu sûret Mezheb-i Mâlikî cânibinden dahi tecvîz buyurulduğundan bu nokta müttefikan tensîb olunmuşdur."…

Komisyonumuz bu (12)'nci esâsı uzun uzadıya tedkîk ve müzâkereden sonra zikr olunan her iki re'yi te'lîf için birinci mes'elede yani mebî'in kable'l-kabz zarar ve hasârı bâyi' ile müşteriden hangisine âid olması lâzım geleceği mes'elesinde dahi Mezheb-i Mâlikî'yi tercîh ve kabûl eylemişdir. Şöyle ki: Mebî' eğer âdediyât, mevzûnât ve mekîlâtdan olmak hasebiyle bâyi' üzerine vücûb-ı tevfiye sâbit olursa (mebî'i ta'dâd etmek veya vezn eylemek veyâhûd kile ile ölçmek sûretiyle îfâ-yı vazîfe eylemek) kable'l-kabz o gibi mebî'in hasârı bâyi'a âiddir. Ve eğer mebî' adediyât ve emsâlinden olmaz veyâhûd adediyât ve emsâlinden olup da mücâzefeten satılmış olur ise nazar olunur, eğer mebî' meclis-i akidde hazır ise zarar ve hasârı müşteriye âiddir. Fakat mebî' gâib ise hasârı bâyi'a âiddir. Meğer ki hasâr-ı vâki'in müşteriye âid olması şart kılınmış ola. Ol vakit müşteriye âid olur. Bâlâdaki esâsda mezkûr ikinci mes'ele aynen kabûl edilmişdir.

13. Esas – "Tarafeynce sarâhaten şart ve kabûl edilmedikçe hiyâr-ı ru'yete mahal olmaması ve nümûne ile satılan şeylerde hıyâr-ı vasf ahkâmının tatbîki ve hıyârât-ı sâire için îcâb eden ta'dîlâtın metn-i kânûnun tedvîni sırasında icrâ edilmek üzere şimdiden bahse lüzûm olmadığı takarrur etmişdir."…

Beyâna hâcet yokdur ki, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye"nin ahkâm-ı hâzırasınca herhangi bir akd-i bey'de müşterinin hıyâr-ı ru'yeti vardır. Binâen aleyh bir kimse görmeden iştirâ etdiği bir malı gördükde muhayyer olup dilerse kabûl eder ve dilerse hakk-ı hıyâr-ı ru'yetine binâen bey'i fesh edebilir. Velev ki mebî' hiçbir ayb ile mu'ayyem olmamakla beraber ta'rîf ve tavsîfe de tamâmen muvâfık olsun. Böyle mebî' aslâ mu'ayyeb olmamakla beraber mevsûfa da mutâbık bulunduğu halde dahi yine müşterinin mebî'i mücerred evvelce görmediğinden bahisle akd-i bey'i fesh edebilmesini tecvîz etmek bu gibi müşterilere istedikleri zaman bilâ-mûcib ve belki de sû-i niyetle bey'i feshetmek salâhiyetini bahşetmek ve bi'n-netîce bâyi'lerin bilâ sebep mutazarrır olmalarını tecvîz eylemek demek olur ki şübhesiz şâyân-ı kabûl değildir.

Gerçi bir malı görmeden iştirâ eden bir müşterinin hıyâr-ı ru'yete ta'alluk eden ilm ve vukûfun noksânı hasebiyle aldanmış olması da melhûzdur. Fakat bu aldanış garar-ı yesîr kabîlindendir. Yoksa garar-ı kesîr ve fâhiş değildir. Husûsuyla müşteri aldanmamak için hıyâr-ı ru'yeti şart edebilir. Ve böyle bir şart dermeyân edildiği sûretde o şart mu'teber olmak lâzım gelir. Bazı kütüb-i Hanefiye'de hıyâr-ı ru'yetin meşrû'iyetini isbât zımnında [*men iştarâ şey'en lem-yerâhu felehu'l-hıyâru izâ ra'âhu* = bir kimse görmediği bir şeyi iştirâ ederse onu gördükde muhayyer olur] tarzında bir hadîs rivâyet olunursa da [Minhâc-ı Nevevî] şerhi [Muğni'l- Muhtâc]'ın kitâbü'l-bey'inde bu hadîsin mevzû' olup aslı olmadığı mezkûrdur. İşte bu mütâla'âtabinâen komisyonumuz, hıyâr-ı ru'yete dâir bâlâda zikr olunan onüçüncü esâsı kabûl eylemişdir. Yalnız fikr-i âcizânemce bu esâsdan

hâne, hân ve hamâm ve müştemilât-ı kesîreyi câmi‘ çiftlikler gibi musakkafât ile müstagallât-ı cesîmenin istisnâsı ve binâen aleyh bu gibi mebî‘leri görmeden iştirâ eden bir müşterinin hiç olmazsa münâsib görülecek bir müddet-i muvakkate zarfında hıyâr-ı ru’yete mâlik bulunması daha muvâfık olur.

14. Esas – "Selem hakkında ahkâm-ı bey‘ tatbîk edilmek lâzım geleceğinden bunun için ayrıca bâb-ı mahsûs lüzûm olmadığına karar verilmişdir."…

"İstisnâ‘da gerek sâni‘ ve gerek müstasni‘in i‘lâmâtın hitâmından mukaddem akidden rücû‘ edememeleri ve ba‘de’l-i‘mâl masnû‘un reddedilebilüp edilemeyeceği ve her sûretde tarafeynin yekdiğerine karşı ma‘deletin mukteziyâtına muvâfık sûretde hareket edebilmek için ne gibi masârıf veya tazmînât i‘tâ edebilecekleri gibi gâyet ehemmiyetli nukât nazar-ı i‘tibâra alınarak istisnâ‘ hakkındaki bâbın bütün ihtimâlâtı câmi‘ bir sûret-i mufassalada tedvîni için komisyonun nazar-ı dikkati celb olunacakdır."…

El-yevm beyne’n-nâs cereyân eden mu‘amelâtda (Mecelle)'nin selem hakkındaki ahkâmına ri‘âyet edilmemekde olduğundan ve "mu‘amelât-ı nâsı fesâda nisbetden ise sıhhata haml etmek evlâ" bulunduğundan komisyonumuz da ale’l-ıtlâk bey‘in kavâ‘id-i umûmiyesinden müstesnâ olmak üzere selem için ayrıca ahkâm vaz‘ını münâsib görmeyüp mârru’l-arz (14)'üncü esâsı kabûl eylemişdir.

Zamânımızda istisnâ‘ keyfiyeti pek mühim ve medeniyetin rûhu mesâbesinde bir mu‘âmele olduğundan mezkûr (14)'üncü esasda buna dâir dermeyân olunan mütâla‘ât ve temenniyât doğru ve pek becâ olduğu cihetle ileride metn-i kânûnun tanzîmi sırasında komisyonumuzca mütâla‘ât-ı mezkûrenin nazar-ı i‘tibâra alınacağı pek tabi‘îdir.

15. Esas – "Vâhibin kable’l-kabz hibeden rücû‘unun cevâzına ve mâni‘-i rücû‘ olan kabz, maddeten vâki‘ olabileceği gibi emvâl-i gayr-ı menkûlede me’mûr-ı mahsûs tarafından tutulmakda olan defâtire kayd vukû‘u ve emvâl-i menkûlede tarafeynin kabz vukû‘unda tesâduku veya vâhibin mevhûbün lehin yedi makâmına ikâmesini kabûl etmeleri sûretiyle de vâki‘ olabileceğine karar verilmişdir. Metn-i kânûnda hükmen kabzın teferru‘âtı da tavzîh olunmalıdır.

Fıkh-ı Hanefî üzerine mübtenî olan ahkâm-ı hâzıramızda mevâni‘-i rücû‘ bulunmadığı sûretde ba‘de’l-kabz hibeden rücû‘ sahîhdir. Halbuki mezâhib-i sâire-i fikhiyyece bu rücû‘ yani ba‘de’l-kabz hibeden rücû‘ sahîh değildir. Kabz-ı vâki‘ rücû‘a mâni‘dir. Mezâhib-i sâirenin bu hükmü maslahat-ı asra muvâfık olduğundan ve çünkü mevhûbun lehin mülküne geçen mâl-ı mevhûba istinâden iltizâm edebileceği ta‘ahhüdât ve mu‘âmelât-ı sâiresinden vâhibin hakk-ı rücû‘‘u isti‘mâl ile hem mevhûbün lehin, hem de eşhâs-ı sâlisenin ızrârına meydan verilmemesi lüzûmu derkâr bulunduğundan komisyonumuz, işbu (15)'inci esâsı aynen kabûl eylemişdir.

16. Esas – "Me’cûrun âhara bey‘i hâlinde müşterinin icâreyi fesh edemeyeceği, me’cûrun vefâtı hâlinde icârenin me’cûrun veresesiyle müste’cir beyninde devâm edeceği ve müste’cir vefât etdiği halde gerek mûcirin ve gerekse müste’cir veresesinin hakk-ı feshi hâiz olmaları ve mûcirin iflâsının icâreye te’sîr etmemesi ve müste’cirin iflâsı hâlinde gerek ashâb-ı matlûb ve gerek mûcir için hakk-ı fesh olması esasları kabûl edilmişdir. Müste’cirin âilesiyle beraber şehr- i âhara nakl-i hâneye mecbûr olduğu ahvâlde icâreyi feshe salâhiyeti tensîb edilmişdir."…

Me’cûrun mûcir tarafından bir şahs-ı sâlise bey‘i hâlinde bey‘-i vâki‘in müste’cir hakkında nâfiz olmayacağı zâten ahkâm-ı hâzıramız iktizâsındandır. Bu hükmün ta‘dîl ve tebdîline de bir sebeb yokdur.

Mûcirin vefâtı hâlinde de icârenin kemâ-fi’s-sâbık devâm etmesi keyfiyeti de hem kıyâsa hem de maslahata muvâfikdar. Kıyâsa muvâfıkdır. Çünkü me’cûrun satılması sûretiyle mâlikin tebdîl etmesi nasıl ve neden dolayı icâreye te’sîr etmiyorsa, mûcirin vefâtı sebebiyle mâlikin tebeddül etmesi de o vech ile icâreye te’sîr etmemesi iktizâ eder. Aynı illet her ikisi arasında müşterekdir. Maslahata da muvâfıkdır. Çünkü hân, hamâm, depo ve fabrika gibi cesîm kârgâhları bir müddet-i mu‘ayyene için istîcâr edip ona göre masârıf-ı azîme ihtiyâr etmiş olan müste’cir mûcirin ansızın vukû‘ bulan vefâtı sebebiyle icârenin infisâhından mütevellid zarardan vikâye edilmiş olur.

Müste’cir vefât etdiği halde gerek mûcirin ve gerek müste’cir veresesinin hakk-ı feshi hâiz olması esâsı da ihtiyâc ve maslahata pek muvâfikdır. Çünkü müste’cirin şahsı ve mecûr hâne gibi akâr olduğu halde hattâ efrâd-ı âilesinin mikdârı mûcir nazarında hâiz-i ehemmiyetdir. Bu cihetle bu bâbda mûcire hakk-ı fesh bahşi lüzûmu derkârdır. Bu böyle olduğu gibi diğer tarafdan müste’cir makâmına kâim olan vereseyi de mutlakâ akd-i mütekaddem icâre ile mülzem kılmak da muvâfık-ı maslahat değildir.

İhtimâl ki verese mûrisleri gibi me'cûrdan intifâ'da devâm edemeyecek hâl ve sîfâtda bulunurlar. Mûrisleri tüccâr veya bir san'atkâr olduğu halde kendileri başka bir meslekde veya kadın olabilirler. Bu sebeple vârisi müste'cir mûrisin akd-i icâresiyle mülzem kılmak onu kudretinin fevkinde bir hükm ile mükellef tutmak demek olur ki ma'delete münâfîdir. Esbâb-ı mezkûre müste'cirin iflâsı hâlinde de vârid olduğundan gerek müste'cirin vefâtı ve gerek iflâs takdîrinde mûcir ile müste'cir veresesinin veya müste'cirin masasının icârenin feshine salâhiyetdâr olmaları muvâfık-ı maslahatdır.

El-hâsıl komisyonumuzca kânûnda tasrîh edilecek a'zârdan dolayı icârenin feshi câiz olması esâsı kabûl edilmiş ve bu a'zârın metn-i kânûnda tasrîh ve tafsîl edilmesi karar-gîr olmuşdur. Bu cümleden olmak üzere sâlifü'z-zikr tâlî encümeninin tensîbi vechile [müste'cirin âilesiyle beraber şehr-i âhara nakl-i hâne etmesi] keyfiyetinin icâreyi feshe sâlih bir özür olması mes'elesi, mutlak zikredildiği sûretde bazı müste'cirlerce hîleye vesîle teşkîl edebileceğinden ileride mevâdd-ı kânûniyenin tanzîmi esnâsında bu cihetin tafsîlen nazar-ı i'tibâra alınması lâzımeden görülmüşdür.

17. Esas – "İcâre-i a'yânda tarafeynin müddet-i tavîle için akd-i îcâr edebilmeleri ve şu kadar ki, otuz altı sene nihâyetinde tarafeyn için akdi fesh edebilmek salahiyetinin kabûlü tensîb edilmişdir."

"İcâre-i âdemî de kezâlik uzun müddet için yapılacak mukâvelâtın sıhhatini kabûl etmekle beraber beş sene mürûrunda her iki tarafın icâreyi fesh edebilmeleri muvâfık görülmüşdür. Şerâ'it-i mukâveleye adem-i ri'âyetden dolayı fesh-i îcâr mes'elesinin ve zamân-ı menfa'at husûsunun evvelce kabûl edilmiş olan kavâ'id-i umûmiyeye göre halledilmesi lâzım geleceği takarrur etmişdir."

"İstihlâk-ı ayn üzre icârenin cevâzı mes'elesinin de komisyonumuzca menfatin kabûl edilen ma'nâsına göre zâten mevzû'-ı bahs olmasın lüzûm olmadığı kararlaşmışdır."

> İcârenin ukûd-ı lâzımeden veya gayr-ı lâzımeden olmasına ale'l-ıtlâk kâil olmak ihtiyâcât-ı hâzırayı tatmîn edemeyeceği uzun uzadıya cereyân eden müzâkerât netîcesinde anlaşıldığından hâdiselerin nev' ve mâhiyetine göre tarafeyne veya tarafeynden birine hakk-ı fesh verilip verilmemesi mevâdd-ı kânûniyenin tesbîti sırasında tasrîh edilmesi komsiyonumuzca daha münâsib görülmüşdür.

İcâre-i tavîlenin esas i'tibârıyla kabûlü ve akd-i mezkûrun bir müddet-i mu'ayyene için lüzûmu ve müddet-i mezkûrenin inkızâsından sonra kâbil-i fesh olması komisyonumuzca kabûl edilmiş ise de akdin lüzûmu için ta'yîn olunacak müddetin tesbîti de kezâlik metn-i kânûnun tanzîmi esnâsında mebhas-i mahsûsuna ta'lîk olunmuşdur. İstihlâk-ı ayn üzerine vârid olan icâre Fıkh-ı Hanefiye'ce câiz değil ise de komisyonumuz nâsın ihtiyâcına binâen icâre-i mezkûrenin cevâz ve sıhhati kabûl etmeyi maslahata muvâfık bulmuşdur.

18. Esas – "İ'ârede sarâhaten veyâ örfen ve delâleten bir vakit ta'yîn olunduğu halde müddet-i mu'ayyenenin hulûlünden (mürûrundan) mu'îrin hakk-ı rücû''u olmaması ekseriyetle tensîb edilmişdir. Vakit ta'yîn edilmiş olmadığı halde rücû'un müste'îre muzır olmayacak bir zaman ve şekilde vukû'u münâsib olup olmadığının ta'yîni komisyonun re'yine terk olunmuşdur."…

Fıkh-ı Hanefîce i'âre ukûd-ı gayr-ı lâzımeden olup mu'îr dilediği vakit i'âreden rücû' ile mâl-ı müste'ârı istirdâd edebilir. Fıkh-ı Mâlikî'ye göre ise bir vakit ile muvakkat olan i'âre akd- i lâzım hükmünde olup mu'îr vakt-i mu'îrin mürûrundan mukaddem i'âreden rücû' edemez. İ'âre sarâhaten veyâ delâleten bir vakit ile muvakkat olmadığı sûretde de Fıkh-ı Mâlikiye'ce âriyetin nev'ine göre beyne'n-nâs mürûru muktezî olan müddetin mürûru lâzımdır. Bu müddetin mürûrundan evvel mu'îr müste'ârı istirdâd edemez. Mezheb-i Mâlikî maslahata daha muvâfık olduğundan komisyonumuz onu tercih husûsunda tereddüde mahal görmemişdir. Âriyetin mazmûn olup olmadığı hakkında fukahâ-yı İslâm ihtilâf etmişlerdir. İmâm-ı Şâfi'î'ye göre mâl- ı müste'âr mazmûndur. Velev ki bi-nefsihî telef edilmiş olsun. İmâm-ı A'zam Ebû Hanife'ye göre mazmûn değildir. Meğer ki te'addî veya taksîr vukû' bula. İmâm-ı Mâlik Hazretleri mes'eleyi mutlak almayup tafsîl ediyor. Şöyle ki, mâl-ı müste'ârın bilâ-te'addî velâ taksîr kendiliğinden telef olduğuna bilâ-beyyine kâim olur ise mazmûn olmaz ve binâen aleyh müsta'îr üzerine zamân lâzım gelmez. Fakat o sûretle bi-nefsihî telef olduğuna beyyine taleb kâim olmazsa bu takdîrde mazmûn olur ve binâen aleyh müsta'îr o mâl-ı müste'ârı zâmin olur.

Komisyonumuz bu mes'elede dahi Mezheb-i Mâlikî'yi maslahat-ı asra evfak bulduğundan kânûnun bu mes'ele hakkındaki mevâddını mezheb-i mezkûr üzerine tanzîm etmesini münâsib görmüşdür. Bundan başka hîn-i isti'ârede her ne sûretle olursa olsun mâl-ı müste'âr telef olduğu takdîrde müsta'îrin zâmin olması şart edilmiş olur ise o şarta binâen müsta'îrin zâmin olması lâzım geleceğine dâir olan mezheb (Katâde) ihtiyâr olunmuşdur."…

19. Esas – "Vekâletin ıskâtından addolunan husûsâtda dahi tecvîzi tensîb edilmişdir."… Bu mes'ele hakkında komisyonumuzca cereyân eden müzâkere netîcesinde zikrolunan esâsın ciddî bir fâide-i ameliyesi olmadığından kabûl edilmeyüp yalnız istikrâzında ale'l-ıtlâk vekâletin câri ve sahîh olması esâsı kabûl edilmiş ve ıskâtât-ı sâirede Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin ahkâm-ı mevcûdesinin kemâ-kân ibkâsı tensîb olunmuşdur.

20. Esas – "Fuzûlînin icrâ etdiği mu'âmelâtda icâzet lâhik olmasa dahi kânûnen ta'yîn olunacak şerâ'ite ri'âyet kaydıyla sâhib-i hakka rücû'unun tecvîzi tensîb edilmişdir."…Bu esas komisyonumuzca da kabûl edilmiş ve fakat bu esâsın gerek tarz-ı tahrîri ve kuyûd- ı şurûtu ve gerek bu gibi mu'âmelâtı icrâ eden zât hakkında (fuzûlî) ta'bîrine bedel başka bir ta'bîrin taharrîsin husûsâtı metn-i kânûnun buna dâir olan mevâddının tanzîmi zamânına ta'lîk olunmuşdur.

21. Esas – "Ücretle misâfir kabûl eden otelci, hamâmcı ve emsâli eşhâsın otel ve emsâli derûnuna idhâl olunan eşyânın ziyâ'ından dolayı sûret-i derece-i mes'ûliyetleri hakkında ahkâm- ı mahsûsa tedvîni."…

İşbu temennî komisyonumuzca kabûl olunarak tafsîlât-ı lâyiha-i kânûniyenin hîn-i tahrîrinde nazar-ı i'tibâra alınması takarrur etmişdir.

22. Esas – "Alacağı mü'eccel olan dâ'inlerin kable hulûli'l-ecel medyûnundan kefâlet i'tâsını talebe hakkı olduğuna dâir Mecelle'de zâtin bu husûs için kabûl edilmiş olan esâsın kânûnen ta'yîn olunacak mesâ'il-i mahsûsada dâ'inin insilâb-ı i'timâdını mûcib Esbâb-ı sâirenin hudûsu hâline de teşmîl ve tevsî'i."…

Bu temennî ve esas dahi komisyonumuzca kabûl olunarak ona göre mevâdd-ı mahsûsa-i kânûniye tanzîmi takarrur etmişdir.

23. Esas – "Şerikât-ı medeniyenin şahsiyet-i hukûkiyeyi hâiz olmaları, işbu şahsiyetin şirketin teşkîli ibtidâr etmemesi, teşkîl-i şirket mes'elesinin isbâtı husûsunda kavâ'id-i umûmiyenin tatbîki."…

Bu esas komisyonumuzca arîz ve amîk tedkîk ve te'emmül olunarak ve şahsiyet-i hukûkiye nazariyesi hakkında hukuk-şinâsân arasında son zamanlarda cereyân eden tenkîdât dahi der-pîş edilerek netîcede medenî şirketlerin şahsiyet-i hukûkiyeyi hâiz olmalarına hâlen lüzûm görülmemişdir. Şu kadar ki, işbu esâsa müteferri' fevâ'id ve netâyic-i hukûkiyenin memleketin ihtiyâcına muvâfık olanlarını kabûl etmek münâsib görülmüşdür. Netâyic-i mezkûrenin ihtiyâcına muvâfakat ve adem-i muvâfakati mes'elesinin de ileride tedvîn-i ahkâm edilirken tedkîk edilmemesi daha münâsib olacağı ekseriyetle kabûl edilmişdir. Ve şahsiyet-i hukûkiye nazariyesi kabûl edilmeyince bi'n-netîce şahsiyetin sûret-i teşekkülü ve teşekkül-i şirket mes'elesinin sûret-i isbâtı kaziyyelerinden bahse lüzûm görülmemişdir.

24. Esas – "Sermâye-i şirket bâbında her nev' emvâlin rakabe ve menâfi'inin ve a'mâlin ve i'tibârât-ı ticâriyenin sermâye ittihâz olunabilmesi ve emvâlin şirket-i mülküne dühûlünde kavâ'id-i umûmiyenin lüzûm ve tatbîki."…

Sermâye-i şirkete müte'allik olmak üzere tâlî encümenin vaz' etdiği esâs-ı mezkûr komisyonumuzca kabûl edilmiş ise de emvâlin şirket mülküne dühûlünde kavâ'id-i umûmiyenin lüzûm-ı tatbîkine dâir olan ikinci esas şahsiyet-i hukûkiye mes'elesinin fer'î olduğu cihetle kabûl edilmemişdir. Çünkü onun aslı ve müstenidün ileyhi olan şahsiyet-i hukûkiye nazariyesi de ber- vehc-i ma'rûz kabûl edilmemiş idi.

25. Esas – "Şirket müfâvaza ve inân diye ikiye ayrılmasında bir fâ'ide-i tatbîkiye mevcûd olmadığı ve bâlâdaki esaslar düşünülerek akdi lâzım mâhiyetini hâiz olan şerikât-ı âdîye hakkında ahkâm-ı mahsûsa-i cedîde tedvîni."

Şirketlerin müfâvaza ve inân nâmlarıyla ikiye taksîminde fâide olmadığına dâir tâlî encümenin mütâla'ası lede'l-müzâkere komisyonumuzca ekseriyetle kabûl edilmişdir. Şirket-i âdîyelerin ukûd-ı lâzımeden ma'dûd olması husûsunda ittifâk hâsıl olmuşdur.

26. Esas – "Müşâ'ın izâle-i şüyû'unu her vakit taleb ve da'vâya hissedârlardan herbirinin hakkı olmaması ve tarafeyn arasında bir müddet şüyû'da devam olunacağına dâir yapılan mukâvelâtın komisyonun tensîb edeceği a'zamî bir müddeti tecâvüz etmemek şartıyla mu'teber olması, böyle bir mukâvele olmadığı veyâ müddeti nihâyet bulduğu takdîrde izâle-i şüyû' da'vâsının mevzû'u müşâyi'in taksîmi veya bi'l-müzâyede fürûhtu şekline inhisâr eylemesi.

"Taksimin sûret-i icrâsı hakkında ahkâm-ı mezû'amızda mevcûd olan tahdîdât ile ma'deleti te'mîn ve indî mu'âmelâtı men' gâyesi kasd edilmiş olup işbu gâyenin ihtiyâcât-ı hâzıraya göre bi-hakkın te'mîni zımnında usûl-i taksîmin efrâdını câmi' bir sûretde lüzûm-ı tedvîni."…

Müşâ‘ın izâle-i şüyû‘una dâir tâlî encümence kaleme alınan esâs-ı mezkûr, komisyonumuzca cereyân eden müzâkere netîcesinde ber-vech-i âtî ta‘dîl olunmuşdur. Zikrolunan esâsda "tarafeyn arasında bir müddet şüyû‘da devâm olunacağına dâir tanzîm edilen mukâvelâtın – müşâ‘ gerek mütekavvil ve gerek gayr-ı mütekavvil olsun – ale’l-ıtlâk mu‘teber olacağı muharrerdir. Menkûl olan müşâ‘ların bu hükümde dâhil olup olmaması komisyonumuzca tezekkür edilip netîce-i müzâkerede müşâ‘-i menkûlde müddet-i şüyû‘un devâmına dâir tarafeynce akdedilecek mukâvelenin bir fâide-i ciddiyeyi te’mîn edemeyeceği der-pîş te’emmül edilerek ekseriyetîmizce menkûl olan müşâ‘larda mukâvele-i mezkûrenin mu‘teber olması tensîb edilmişdir.

Ma‘a-hâzâ müşâ‘-ı menkûlde dahi izâle-i şüyû‘ talebi maddesi, gayr-ı menkûl olan müşâ‘larda nazar-ı i‘tibâra alınan esâsa tâbi‘ olması ve binâen aleyh bu noktada menkûl ve gayr- ı menkûl müşâ‘lar arasında bir fark bulunmaması bi’l-ittifâk kabûl olunmuşdur. Sâlifü’z-zikr tâlî encümence taksîmin sûret-i icrâsı hakkında dermeyân olunan mütâla‘ât komsiyonumuzca da bi’l-ittifâk tensîb edilmişdir.

27. Esas – "Menkûlâtda kânûnen ta‘yîn olunacak bazı müstesniyâtdan mâ‘adâ husûsâtda eşhâs-ı selâse için vaz‘u’l-yedin mâlik addolunması: Gayr-ı menkûlâtda eşhâs-ı selâseye karşı mülkiyetin nakl edilmiş addedilmesi için nakli müstelzim olan akdin tescîli, rehn, bey‘ bi’l-vefâ, te’mînât irâ’esi gibi aynî te’mînât akidlerinde eşhâs-ı sâlisenin te’mîn-i hukûku için akdin ta‘alluk etdiği yani medâr-ı te’mîn olan aynın mâhiyetine göre bir usûl-i aleniyet ihdâsı."

"Rehn-i menkûlde mürtehinin bi’l-fi‘l merhûna vâzı‘u’l-yed olmadığı halde şahs-ı sâlise karşı hakk-ı imtiyâz addedememesi ve menkûlâtın bazı envâ‘-ı mahsûsasında vaz‘-ı yed makâmına kâim olacak bazı husûsî usûller ihdâsı."…..

Menkûlâtda eşhâs-ı sâliseye nazaran zi’l-yed mâlik addolunması lüzûmuna mütedâir tâlî encümeninin kabûl etdiği umde hakkında uzun uzadıya tedkîkât ve müzâkerât icrâ edildikden sonra gerek hukûk-ı Garbiye'nin ve gerek hukûk-ı Şarkiye'nin bu bâbdaki delilleri kuvvetli olduğu cihetle metn-i kânûnun bu bahsine müte‘allik olan mevâddının tanzîmi esnâsında bu mes’ele yeniden münâkaşa edilmek üzere şimdiden işbu esâs için müsbet veya menfî bir karar ittihâz olunmamasına ve bu bâbda ittihâz-ı karar olunmazdan evvel Ticâret Komisyonu'yla da müdâvele-i efkâr edilmesine ekseriyetle karar verildi.

Gayr-ı menkûlâtın eşhâs-ı sâliseye göre nakl-i mülkiyeti için akdin tescîli lüzûmuna müte‘allik esas hakkında icrâ kılınan müzâkere netîcesinde yalnız vasiyyet tarîkiyle olan temlîkât için ahkâm-ı mahsûsa vaz‘ kaydıyla mezkûr esâs kabûl olunmuşdur.

Aynı te’mînâta mütedâir bulunan akdlerde medâr-ı te’mîn olan aynın hakkı te’mîn olunan kimsenin yedinde bulunmasına ve sâireye müte‘allik tâlî encümence teklîf edilen esâsât ile usûl- i aleniyet ihdâsına dâir olan esâs ekseriyetle tensîb edilmişdir.

Sonradan değiştirlen isimlerle, mesele yön değiştirilmiş ve Avrupa hukuk sistemleri de mukayese tasarruflarına dahil edilmiştir. Biz burada sadece İslam Mukayeseli Hukuku prensipleri altında yapılan Mecelle Ta’dillerini inceleyeceğiz. Son Komisyon çalışmaları da önemlidir. Hele bazı modern kanunlarla İslam Hukuku hükümlerinin mukayesesi enteresandır[8].

MECELLE TA’DİL KOMİSYONLARININ BORÇLAR HUKUKU İLE ALAKALI TA’DİLLERİ

Konuyu belli başlıklar altında incelemeyi tercih ediyoruz:

Nakit Ne Demektir

Satım akdinin üçüncü unsuru semendir. *Semen*, satılan şeyin bedelidir ki, alıcının zimmetinde borç olarak sabit olur. Semen, mislî olan şeylerden tesbit olunur. Satım akdi esnasında semenin tesbiti gerekir; aksi takdirde akid fâsid olur. Tesbit olunan semenin belli olması gerekir; ancak ferden

[8] Ahmed Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku,* c. III’de tamamı temel kaynaklara dayanılarak açıklanmıştır; Krş. Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi, (*OTAM*, 29/Bahar 2011), sh. 93 vd.

ta‘yînine gerek yoktur. Semen olarak tesbit olunan mislî eşyanın başında para yani nakid gelmektedir. Nakidle ilgili olarak fıkıh kitaplarında ayrıntılı bilgiler var ise de biz bu kadarıyla yetiniyoruz[9]. Yapılan tadillerle nikel ve benzeri paralar ile kâğıt paralar da nakidden sayılmıştır.

“MADDE 130 – Nükûd, nakdin cem‘i olup altın ve gümüşten ibarettir.

MC. 128, 1359.

Madde-i Mu‘addele- Nukûd nakdin cem‘i olup altun ve gümüşden ibâretdir. Nikel meskûkât ve kavâ’im-i nakdiye gibi şeyler dahi örfen nakden ma‘dûddur.

Yüz otuzuncu maddenin sebeb-i ta‘dîli fî zamâni‘na kavâ’im-i nakdiye ve nikel sikkenin ve kadîmen fülüs-ı nâfikanın beyne'n-nâs revâcıdır. Vaktiyle râyic olan bakır sikkenin örfen nukûddan ma‘dûd olduğu Mecelle'nin bin üç yüz otuz dokuzuncu maddesinde nasıl zikr edilmiş ise kavâ’im-i nakdiye ve nikel meskûkât için de sırası geldikçe ahkâm derci tabî‘î olmakla bunların ta‘rîfden hâric kalması tenâzur kâ‘idesine mugâyir görüldü.”[10]

Mebî’ Kavramına Dâhil Olan Şeyler

Mebî‘ yani satılan şeydir. Satım akdinin asıl konusunu teşkil eder. Mebî‘ tabiri dört çeşit satım akdi için de kullanılabilir. Semen karşılığı satılan mebî‘lere ise ayrıca *müsemmen* de denilir. İkisi arasında fark vardır. Mebî‘ kavramına nelerin dâhil olduğu Mecelle'de ve fıkıh kitaplarında hususî başlıklar altında tetkik edilmiştir.

Mebî‘e dâhil olan şeyleri üç gurupta toplayabiliriz:

Birincisi, mahallî âdete göre mebî‘nin kapsamına giren her şey, zikredilmeksizin akdin konusuna girer. Ev ile beraber mutfak ve tuvaletin girmesi gibi.

İkincisi, mebî‘in devamlı olarak kendisine bitişik olan teferruatı *(tevâbi-i muttasıla-i müstakırresi)* zikredilmese de mebî‘e dâhildir. Arâzî satıldığında üzerindeki ağaçların girmesi gibi. Mütemmim cüzler de aynı hükme tabidir.

Üçüncüsü, satım akdi sırasında *"bütün hakları ile"* şeklinde kullanılan umumî beyanlara dâhil her şey de mebî‘e aittir. Mesela, *"bütün hakları ile"* denilmişse, irtifâk hakları mebî‘e dâhil olur[11].

“MADDE 151 – Mebî‘ satılan şey ki bey‘de teayyün eden ayn'dır ve bey‘den maksûd-ı aslî odur. Zira intifâ‘ ancak a‘yân ile olup semen mübâdele- i emvâle vesîledir.

MC. 126, 150, 159, 175, 194, 197, 198, 243; TBK. 19, 182-183.

"Mebî‘ satılan şeydir ve bey‘den maksûd-ı aslî budur.

151'inci maddenin ta‘dîline sebeb mebî‘in ayna münhasır kalmayup duyûna ve sâlifü'l-arz hukûk-ı mü’ekkededen münferiden bey‘ olanlara dahi şâmil olması maksadına mebnîdir.

Çünkü 142, 143, 144 ve 216'ıncı maddelerin suver-i mu‘addelesi ile tekmiledeki 9 ve 10'uncu maddelerin Esbâb-ı mûcibesinde beyân olunduğu vechile ba‘zı hukûkun dahi münferiden bey‘i câ’iz olduğu gibi kütüb-i fikhiyyede büyük envâ‘ı ta‘dâd olunurken [اما بيعسلعة بسلعة ويسمي مقايضة او بالثمن و هو البيع المشهور او بيع ثمن بثمن و هو الصرف اودين

[9] *Mecelle*, md. 152-155, 237-244; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/238-243; Kadri Paşa, md. IV/415-426.
[10] Cerîde-i Adliye, Sy: 3. Sene: 1, 1338, Sayfa: 143.
[11] *Mecelle*, md. 230-234; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/368 vd.; Kadri Paşa, *Mürşid'ül- Hayrân*, md. 469 vd.

بعين و هو السلم diye beyân ya‘ni selemde mebî‘in deyn olduğu tasrîh olunmuşdur. Heyetden Hasan Efendi maddenin alâ hâlihâ ibkâsıyla ayn lafzının mâl kelimesiyle ve a‘yân lafzının da emvâl kelimesiyle tebdîl edilmesi re’yinde bulundu ve bi-nefsihî hükmü mutazammin olmadığı cihetle tayy edilmiş olan madde-i asliyenin âhırındaki [semen mübâdele-i emvâle vesîledir] cümlesinin de heyetden Ebul Ula ve Atıf Beyler tarafından ibkâsı lüzûmu der-meyân edildi[12].

Bu madde 20 Mayıs 1340 tarihinde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Mecelle'nin 151'nci maddesinde [mebî‘ satılan şey ki bey‘de ta‘ayyün eden ayndır ve bey‘den maksûd-ı aslî odur] denilerek mebî‘in akiddeki ta‘yîn ile müte‘ayyen bir ayn olacağı beyân edilmişdir. İşbu ifâde bey‘in ta‘rîfindeki [mal] ta‘bîrinin deyne şâmil olmayacağı hakkındaki telakkîye muvâfık ise de bâlâda malın ta‘rîfini ta‘dîl sadedinde arz olunduğu üzere komisyonumuz malın ta‘rîfini deyne ve hukûka da şâmil olacağı şekilde ta‘dîl eylediğinden deyn dahi ayn gibi mebî‘ olabilir. Ve bey‘de ta‘yîn etmez. Silm ve istisnâ‘da olduğu gibi. Binâen aleyh mebî‘i bey‘de ta‘yîn eden ayna hasr muvâfık-ı nefsü’l-emr olamayacağından komisyonumuzca [ki bey‘de ta‘ayyün eden ayndır] fıkrasının tayyına ve [zîrâ intifâ‘ ancak a‘ân ile olup semen mübâdele-i emvâle vesîledir] fıkrası Esbâb-ı mûcibe kabîlinden olup metn-i kânûnda ise Esbâb- ı mûcibe îrâdına mahal görülemediğinden işbu fıkranın dahi tayyına karar verilerek madde şekl-i âtîye ifrâğ edilmişdir:

[151. Madde – Mebî‘ satılan şeydir ve bey‘den maksûd-ı aslî budur.]

İşbu 151'nci maddenin şekl-i mu‘addeliyle 204'ncü madde arasında tenâzur ve insicâmı muhâfaza için 204'ncü maddeye [ayn ise] kaydı ilâve olunarak madde-i mezkûre ekseriyetle ber- vech-i zîr ta‘dîl olunmuşdur.[13]”

İcab ve Kabul ile Alakalı Ta’diller

Akdin kurulabilmesi için şart olan irâde beyanından maksat îcâb ve kabûl beyanlarıdır. *İcab*, hukukî bir tasarrufu inşa için ilk söylenen sözlü beyana denilir. *Kabûl* ise, îcâb beyanından sonra söylenen sözlü beyandır. İcab, akdi meydana getirir; kabûl ise, onu tamamlar[14].

İcab ve kabûl beyanlarının geçerliliği için, bir kısmını daha sonra izah edeceğimiz bazı şartlar aranır. Kabulün îcâba uygunluğu, kabûl anında îcâb sâhibinin sağ olması, îcâbından rücu etmemiş bulunması, muhatâbının îcâbı reddetmemesi, tarafların îcâb ve kabul beyanlarını işitmeleri, îcâb ve kabül beyanlarının ayrı ayrı şahıslardan sudûru ve bu beyanların ciddiyetle îfâde edilmiş olmaları, bunların başlıcalarıdır[15].

Aynı şekilde yazılı olarak gönderilen mektup da irâde beyanına vasıta teşkil eder. Bütün bunların geçerliliği için, kabul beyanının haberin ulaştığı mecliste yapılması şarttır. Mecelle Ta'dil Komisyonu'nun eklediği bir madde ile irâde beyanının telgraf ve telefon ile de câ’iz olacağı kabul edilmiştir[16].

1340 tarihinde yapılan Mecelle tadilleri çalışmalarında, Mecelle'nin Kitâbü’l-büyû‘unun 1. Babının 1. Faslına şu madde ilave edilmiştir:

"**MADDE** – İcab ve kabul, telgraf ve telefon ile dahi olur."

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kitâbü'l-büyû‘a tekmile olarak ilâvesi mütâla‘a ve teklîf olunan maddelerdir.

Bâb-ı evvelin Fasl-ı Evveline ber-vech-i zîr iki madde ilâve olundu[17]

12 Cerîde-i Adliye, Sy: 5, 1338, Sene: 1-Sayfa: 237.
13 *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 895.
14 *Mecelle*, md. 101-102; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/211-213.
15 *Mecelle*, md. 167, 169, 177, 184; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, II/250 vd.
16 *Mecelle*, md. 173; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/264-265; Akgündüz, *Külliyât*, 391; Karaman, II/68-69.
17 Keza Mecelle Cem‘iyyeti İstihzârâtından, *Cerîde-i Adliyye*, Cilt: 1-Sayfa: 94.

Madde 1- Îcâb ve kabûl telgraf ve telefon ile dahi olur.

Tekmiledeki birinci maddenin sebeb-i tahrîri ihtiyâc-ı zamândır. Delâ'il-i cevâziyesi ise a'mâların akdinin ve gâ'iblerin bi'l-mükâtebe akdinin ve bir duvarın arkasında bulunan ile beri tarafında bulunanın akdinin ve bir damın aşağısında bulunan ile yukarısında bulunanın akdinin ve sağîrların bir takım âlât vâsıtasıyla akdinin cevâzı hakkında kütüb-i Hanefiye'de mevcûd olan sarâhat ile kütüb-i Mâlikiye'den Fetâvâ-yı Aliş'inde:

ما قولكم في حادثة في سنة احدي و ثمانين هي انه بعد صلاة الجمعة حضر خبر من

الشام بالتلغراف لبعض الثغور بانه ثبت في الشام رؤية هلال رمضان ليلة يوم الحاضر يوم الجمعة فافتي مفتيه بالعمل بهذا الخبر و الحكم بثبوت الشهر في ذلك النوادر و حكم قاضيه بذلك مسكا بقول بعض حواشي التنوير. الظاهر انه يلزم اهل القري بسماع المدافع او رؤية القناديل ثبوته عند قاضي المصر لانها علامته ظاهرة تفيد وغلبة الظن حجة موجبة للعمل كما صرحوا به. واحتمال كون ذلك لغير رمضان بعيد اذ لا يفعل مثل ذلك عادة ليلة الشك ولا لثبوت رمضان. ولما سمع بذلك بعض علماء القطر الشام عارضوا ذلك غاية المعارضة و ردوا الفتوي المذكورة قائلين بعدم جواز الحكم بثبوت رمضان. بناء على ذلك مستدلين بعبارة من الكتب المعتبرة. فهل يعول علي الفتوي المذكورة و علي قول المعارضين افيدوا الجواب؟ ,

diye muharrer olan fetvaya cevaben

فاجبت بما نصه: الحمد لله و الصلاة والسلام علي سيدنا محمد رسول الله يعول علي

الفتوى المذكورة لان سلاطين المسلمين وضعوا التلغراف لتبليغ الاخبار من البلاد القريبة و البعيدة في مدة يسيرة جدا و اقاموا لاعماله اشخاصا مسلمين و انفقوا لذلك اموالا جسيمة واستغنوا به عن السفارة و ارسال المكاتيب غالبا فصار قانونا معتبرا في ذلك فيما طيب به السلاطين بعضهم بعضا في مهمات الامور و تبعهم الناس علي ذلك. و يوءيد ذلك ما تقدم عن الشيخ

ابي محمد و الحطاب و غيرهما و الله سبحانه و تعالي اعلم و صلي الله علي سيدنا محمد و اله و سلم

diye muharrer olan fetvâdır. Heyetden Atıf Bey maddenin aslına muvâfakatla sûret-i tahrîr hakkında muhâlif kaldı.

1340 tarihindeki ta'dil: Kitâbü'l-Büyû'un Tekmilesi

Buyû'un bâb-ı evvelinin fasl-ı evveline madde-i âtiye ilâve olunmuşdur: [Madde 1 – Îcâb ve kabûl telgraf ve telefon ile dahi olur.][18]

MADDE 204 – Mebî' akiddeki ta'yin ile ta'ayyün eder.

Meselâ, bâyi' işâret-i hissiyye ile ta'yîn ederek şu saati satdım deyup müşteri dahi kabul ettikde bâyi'in ol saati aynen vermesi lâzım gelir. Yoksa onu alıkoyup da yerine ol cinsten diğer bir saat veremez.

"Mebî' ayn ise akiddeki ta'yin ile ta'ayyün eder. Meselâ bâyi' işaret-i hissiyye ile ta'yîn ederek şu saati sattım deyip müşteri dahi kabul ettikde bâyi'in ol saati aynen vermesi lâzım gelir. Yoksa onu alıkoyup da yerine ol cinsten bir saat veremez."

204'üncü maddenin ta'dîli 151'inci maddenin sûret-i mu'addelesine tevâfuk etmesi içündür. Çünkü nasıl 151'inci maddenin aslı mukayyed iken 204'üncü maddenin aslı mutlak olarak yazılmış ise el-hâletü hâzihi 151'inci maddenin

[18] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 899-900.

mutlak olarak yazılması da 204'üncü maddenin mukayyed olarak tahrîrini mûcib olmuş ve bu sûretle her iki madde arasındaki ilticâm muhâfaza edilmişdir[19].

MC. 151, 243, 253.

20 Mayıs 1340 tarihli değiştirilmiş şekli aşağıdaki gibidir:

İşbu 151'nci maddenin şekl-i mu'addeliyle 204'ncü madde arasında tenâzur ve insicâmı muhâfaza için 204'ncü maddeye [ayn ise] kaydı ilâve olunarak madde-i mezkûre ekseriyetle ber-vech-i zîr ta'dîl olunmuşdur.

[204. Madde – Mebî' ayn ise akiddeki ta'yîn ile ta'ayyün eder. Meselâ bâyi' işâret-i hissiye ile ta'yîn ederek şu sa'atı satdım deyüp müşteri dahi kabûl etdikde bâyi'in ol sa'atı aynen vermesi lâzım gelir. Yoksa onu alıkoyup da yerine ol cinsden bir sa'at veremez.]

Abdurrahman Münib Bey işbu maddenin tayyı re'yinde bulunmuşdur.

Mecelle'nin 211'nci maddesinde mütekavvim olmayan malı satmanın bâtıl olduğu ve 212'nci maddesinde her kıymeti olan şeyin mal telakkî olunmasına nazaran ayrıca mal-ı gayr-ı mütekavvim bulunmayacağından ekseriyetle işbu iki maddenin tayyına karar verilmişdir. Mustafa Fevzi Efendi muhâlifdir[20].

Şartla Bey' Konusundaki Ta'diller

İslâm hukukçuları buna *şartla bey'* demekte ve bu çeşit şartlara da *ca'lî ve takyidî şart* adını vermektedirler. *Ta'likî şart* konumuzun haricindedir. Yapılan akdi kayıtlayan şartlar konusunda Hanefi mezhebi çoğunluk itibariyle müsamahasızdır ve bu çeşit şartları akdi fâsid kılan şartlar olarak görmektedir. Bu sebeple Mecelle heyeti, başta şart teorisini en geniş tarzda benimseyen Hanbeli hukukçular ve özellikle de İmâm A'zam'ın muâsırı olan İbn-i Şübrüme'nin görüşlerinden ilham alarak, ancak Hanefi mezhebinin esaslarından da çıkmamaya çalışarak, *takyidî şartları* üç kısma ayırmışlardır. Birincisi; câ'iz yani hem şart ve hem de akid mu'teber olan şartlardır.

Bunlar, akdin sonucu olarak ortaya çıkan; akdin hukukî sonuçlarını teyid eden ve örfen yahut şer'an müsaade olunan şartlardır. Semen kabzedilinceye kadar satıcının hapis hakkını şart koşması gibi. Bu çeşit şartlar geçerli oldukları halde akde de zarar vermezler[21].

İkincisi; *lağv şartlar* yani kendisi geçersiz kabul edilen ama akde zarar vermeyen şartlardır, Hiç kimseye yararı olmayan ancak zararı olabilen; üçüncü şahıslara faydalı bulunan ve taraflara yararlı olmayan; yararı ve zararı olmayan şartlar bu kabildendir. Başkasına satmak veya salıvermek şartıyla bir hayvanın satılması şartı gibi. Bu durumda şart fâsid, akid ise sahîhdir[22].

Üçüncüsü; *müfsid şart* yani sadece kendisi geçersiz olmakla kalmayıp akdi de bozan şartlardır. Taraflardan sadece birisi için yararlı olan veya aldatma (garar) gayesini güden şartlar gibi. Mecelle bu son şartla ilgili hususî bir madde zikretmemiştir[23]. 1921 yılında yayınlanan Mecelle tadillerinde taraflardan sadece birine belirli bir yarar sağlayan şartlar sahîh görülmüştür[24].

A) Bey'-i İsticrâr: Bey'-i isticrâr (Tedarik) sözleşmesiyle kastedilen, akit yapan taraflar arasında, ileride toptan veya taksit taksit ödenecek malum bir ücret karşılığında, belirli tarihlerde, vasıfları belli bir takım taşınır veya taşınmaz malları yahut elektrik, su ve doğal gaz gibi muayyen hizmetleri temin etmek amacıyla yapılan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde satıcının malı

19 Cerîde-i Adliye, Sy: 5- 1338, Sene: 1-Sayfa: 237.
20 *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 895.
21 *Mecelle*, Mazbata, Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/5-6; *Mecelle*, md. 186-188, A1i Haydar, 1/297.
22 *Mecelle*, Mazbata, Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/5-6, md. 189; Ali Haydar, *Durer el- Hukkam*, I/297-302.
23 *Mecelle*, Mazbata, Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/6, 291; Karaman, II/189 vd.
24 Akgündüz, *Külliyât*, 394.

ileriki tarihlerde teslim etmeyi, müşterinin de ücreti malı teslim aldıktan sonra ödemeyi taahhüt etmesinden dolayı bedeller genellikle veresiyedir. Bu açıdan tedarik sözleşmelerinin caiz olup olmadığı çağdaş âlimler arasında tartışma konusu olmuştur. Bir kısım âlimler bazı gerekçelerle bunun caiz olmadığı görüşünü benimsemişlerdir. Buna karşılık çağdaş âlimlerin çoğunluğu İslam fıkhındaki benzer akitlerden hareketle bunun caiz olduğu kanaatine sahip olmuşlardır. **Bu şartla bey'a dahildir.**

Bâb-ı evvelin Fasl-ı Evveline ilâve olunan ikinci madde:

"Madde: 2- Ba'de'l-muhâsebe ta'ayyün edecek semen mukâbilinde ceste ceste mâl satun almak câ'izdir. Buna bey'-i isticrâr deniyor.

Tekmilenin ikinci maddesinin tahrîrine sebeb hemen umûmî denecek derecede bakkaldan ve kasabdan bedel-i isticrâr sûretiyle vukû' bulmakda olan bu nevi' bey'a dâ'ir Mecelle'de bir

madde bulunmamasıdır. Me'hazımız Dürrü'l-Muhtâr'daki [ما يستجر الانسان من البياع اذا حاسبه علي اثمانها بعد استهلاكها جاز استحسانا] ibâresiyle bunu mü'eyyid hâşiyede beyân olunan tafsîlâtdır. Kütüb-i fikhiyyede biri (ان) diğeri (علي) olarak iki edât-ı şart mezkûr olduğu ve ba'zı ulemâ tarafından alâ ile olan şartlara şart-ı takyîdi ve (ان)ile olan şartlara da şart-ı ta'lîkî nâmı verildiği el-hâsıl (ان)ile olan şartlar ile (علي) ile olan şartlar arasında mâhiyeten ve hükmen bir fark bulunduğu hâlde Mecelle'nin bâb-ı evvelinin fasl-ı râbi'ine verilmiş olan (*şart ile bey' hakkındadır*) unvânı iki nevi' şartı birleşdirmiş ve hâlbuki ihtiyâc-ı zamâna mebnî her ikisine müteferri' olarak yazılması muktezî olan maddelerin â'id oldukları fasıllara teb'an zikriyle yekdiğerinden tefîki zarûrî bulunmuş olmağla unvân-ı mezkûr ta'dîl olunarak *Bey'in şart ile takyîdi hakkındadır* hâline ifrâğ olundukdan sonra bu fasla â'id olarak Mecelle'de mevcûd tekmilede mezbûr olan maddelerin nihâyetine *Fasl-ı râbi'a lâhıka* ser levhası altına *bey'in şarta ta'lîki hakkındadır* unvânı tahrîr ve bu unvâna müte'allık olarak ilâvesi lâzım gelen madde dahi zîrine tastîr olunmuşdur.

Bâb-ı evvelin fasl-ı **râbi***'i ber-vech-i zîr ta'dîl olunarak lâzım olan*

maddeler ilâve olundu[25] *Fasl-ı Râbi'*

B) Diğer Şartlar:

Madde: 3- Ehad-ı âkideyne nef'-i ma'lûmu olan şart ile bey' sahîh ve şart mu'teberdir. Meselâ bâyi'in şu kadar müddet yenmek şartıyla bir hayvan satması ve yâhûd müşterinin ma'lûm olan hânesine nakl edilmek şartıyla bir şeyi satun alması sahîh ve şart mu'teberdir.

Madde: 4- Ehad-ı âkideyne nef'i olan iki şartın cem'iyle vukû' bulan bey' fâsiddir. Meğer ki bu şartlar akdin muktezâsı veya muktezâ-yı akdi mü'eyyid veya müte'ârif olalar.

Madde: 5-Bir akd âhar müstakil şartla vukû' bulan bey' fâsid ve şart bâtıldır. Meselâ müşteri bâyi'e yâhûd bâyi' müşteriye bir mikdâr akçe ikrâz etmek ve yâhûd bir şey satmak gibi bir şartla vukû' bulan bey' fâsid ve şart bâtıldır.

Madde: 6- Ba'de'l-akd îrâd olunan şürût-ı câ'ize asıl akde iltihâk eder.

Lâkin şürût-ı fâside asıl akde iltihâk etmeyüp lağv olur.

Bey'in şart ile ya'ni (alâ) edâtıyla takyîdi Mezheb-i Hanefî'de nasıl gayr-i câ'iz ise Mezheb-i Mâlikî ve Şâfi'î'de dahi öyle câ'iz değildir. Lâkin el-hâletü hâzihi vukû' bulan büyû'un hemen ekseri bu üç mezhebe muhâlif olarak vukû' bulduğu anlaşılıyor. O hâlde mu'âmelât-ı nâsı mehmâ-emken cevâza takrîb için ba'zı hâlâtda müsâ'id-i cevâz olan Mezheb-i Hanbelî'ye mürâca'at zarûrî görüldü. Bu husûsdaki ihtilâfât-ı mezâhibin aslı ber-vech-i âtî zikr olunan ehâdîs-i Nebeviyedir.

Biri;

[25] Keza Mecelle Cem'iyyeti istihzârâtından. Cerîde-i Adliyye-Cilt: 1-Sayfa: 95vd.

حدثني جابر بن عبد الله أنه كان يسير على جمل له قد أعيا ، فأراد أن يسيبه ، قال : فلحقني رسول الله صلى الله عليه و سلم فضربه و دعا له ، فسار سيراً لم يسر مثله ، ثم قال : بعنيه بوقية قلت : لا ، ثم قال : بعنيه بوقية ، قال : فبعته فاستثنيت حملانه إلى أهلي ، فلما قدمنا أتيته بالجمل فنقدني ثمنه ثم انصرفت فأرسل على إثري : إني ما ماكستك لآخذ جملك ، خذ جملك و دراهمك فهما لك .

hadîsidir. Bu hadîs-i sahîh "Buhârî" ve "Müslim" de mezkûr olduğu gibi "Müsned-i Ahmed" de dahi mündericdir.

İkincisi;

عن عائشة رضي الله عنها ، قَالَتْ : كَانَتْ يفي بَيريرَةَ ثَلاثُ قَ ي ضيَّاتٍ , أَرَادَ أَهْلُهَا أَنْ يَبيعُوهَا وَيَشْ ي ترطُوا وَلاءَهَا , فَذَكَرْتُ ذَليكَ ليلنَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْه وَسَلَّمَ . فَ قَالَ : " اشْ يَ تريهَا وَأَعْتيقيهَا , فَيإِنَّ الْوَلاءَ ليمَنْ أَعْتَقَ " . قَالَتْ : وَعَتَ قَتْ , فَخَيَّ رَهَا رَسُولُ اللَّيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْه وَسَلَّمَ فَاخْ تَارَتْ ن فَ ْسَهَا , وَكَانَ النَّاسُ ي تَ صَدَّقُونَ عَلَيْ هَا وَت هُ ي دي لَنَا , فَذَكَرْتُ ذَليكَ ليلنَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْه وَسَ لَّمَ , فَ قَالَ : " هُوَ عَلَيْ هَا صَدَقَةٌ وَهُوَ لَكُمْ هَ ي ديَّةٌ ، فَكُلُوه .

hadîsidir. Bu hadîs Sahîhayn'de mündericdir.

Üçüncüsü;

حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبِصلى الله عليه وسل نهى عن بيع و شرط , البيع باطل والشرط باطل.

hadîsidir. Bu hadîs dahi diğerleriyle beraber Taberânî'nin Mu'cem-i Vasatı'nda mezkûrdur.

İmâm Şâfi'î rahmetu'llâhi aleyh üçüncü ya'ni Amr bin Şuayb radıya'llâhu anhün hadisini, ikinci ya'ni Hazreti Ayişe radıya'llâhu anhânın hadîsiyle tahsîs ederek "*Şart ile bey' câ'iz değildir. Meğer ki şart ıtka dâ'ir ola*" demişdir. Ebû hanîfe rahmetu'llâh'dan dahi böyle bir rivâyet vardır. Ammâ diğer rivâyete ve te'essüs eden mezhebe göre âmm olan üçüncü hadîs ile hâss olan ikinci hadîs arasında ta'âruz olduğu ya'ni hadîs-i Aişe radıya'llâhu anhâ ibâhaya ve hadîs-i Amr bin Şuayb men'e dâ'ir bulunduğu cihetle mâni' olan tercîh edilerek üçüncü ya'ni Amr bin Şuayb'in hadîsiyle amel iltizâm olunmuşdur. Ve İbn-i Ebî Şübrime ile İmâm Ahmed bin Hanbel birinci ya'ni Câbir radıya'llâhu anhin hadîsine binâ'en hem bey'in hem şartın cevâzını İbn-i Ebî Leylâ dahi ikinci ya'ni Aişe radıya'llâhu anhânın hadîsine istinâden bey'in cevâz ve şartın butlânının ihtiyâr ve İmâm Mâlik rahmetu'llâh ise ehâdîs-i Nebeviyenin cem'ini iltizâm etmişdir.

Suver-i ictihâdîyenin daha ziyâde tafsîli sadedinden hurûcu müstelzim olacağı cihetle bu kadarla iktifâ ederek mezâhib-i erba'adan zamâna evfak görülen Mezheb-i Hanbelî'deki tafsîlâta intikâl olundukda; İknâ'ın Kitâbü'l-Bey'inde

النوع) الثالث شرط بائع نفعا (مباحا) معلوما (غير وطء ودواعيه) في البيع كسكنى الدار (المبيعة شهرا أو أقل منه أو أكثر) وكحملان البعير (أو نحوه) إلى موضع معلوم فيصح (لما روى جابر } أنه كان يسير على جمل قد أعيي ، فضربه النبِ صلى الله عليه وسلم فسار سيرا لم يسر مثله فقال : بعنيه فبعته ، واستثنيت حملانه إلى أهلي { متفق عليه يؤيده : } أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم { وهذه معلومة وأكثر ما فيه تأخير تسليمه مدة معلومة فصح ، كما لو باعه أمة مزوجة ، أو دارا مؤجرة ونحوهما] ص: 191 [و) كحبسه على ثمنه (وخبر : } أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط { أنكره أحمد وقال لا نعرفه مرويا في مسند.

ونفقة المبيع المستثنى نفعه مدة الاستثناء : الذي يظهر أنها على البائع ; لأنه مالك المنفعة لا من جهة المشتري ، كالعين الموصى بنفعها لا كالمؤجرة والمعارة) لا وطء الأمة (المبيعة) ودواعيه (أي دواعي الوطء من قبلة ونحوها فلا يصح استثناؤه ; لأن ذلك لا يباح إلا بملك أو نكاح وقد انتفيا

)وله (أي للبائع) إجارة ما استثناه (من النفع) وإعارته لمن يقوم مقامه (كالعين المؤجرة لمستأجرها إجارتها وإعارتها و) لا (يملك إجارتها أو إعارتها) لمن هو أكثر منه ضررا (كالمستأجر)وإن تلفت العين المستثنى نفعها قبل استيفاء بائع له (أي للنفع) بفعل مشتر أو تفريطه لزمه (أي المشتري) أجرة مثله (أي فعل النفع المستثنى فيما بقي من المدة ، لتفويته المنفعة المستحقة على مستحقها) لا إن تلف (المبيع) بغير ذلك (أي بغير فعل المشتري وتفريطه ; لأن البائع لم يملكها من جهة فلم يلزمه عوضها له

قال في الاختيارات: وإذا شرط البائع نفع المبيع لغيره مدة معلومة فمقتضى كلام أصحابنا جوازه فإنهم احتجوا بحديث أم سلمة أنها أعتقت سفينة وشرطت عليه أن يخدم النبِ صلى الله عليه وسلم ما عاش واستثناء خدمة عبده في العتق كاستثنائها في البيع) أو شرط مشتر نفع بائع

في مبيع ك (اشتراطه عليه) حمل الحطب (للمبيع) أو تكسيره أو خياطة ثوب (مبيع) أو تفصيله ، أو حصاد زرع (مبيع) أو جز رطة (مبيعة) ونحوه (كضرب قطعة حديد اشتراها منه سيفا أو نحوه) صح (الشرط ; لأن غايته أنه جمع بيعا وإجارة وهو صحيح) إن كان (

النفع) معلوما ولزم البائع فعله (وفاء بالشرط) فلو شرط (المشتري) الحمل إلى منزله ، وهو (أي : البائع) لا يعرفه (أي : المنزل) لم يصح (الشرط كما لو استأجره لذلك ابتداء قاله في شرح المنتهى وظاهره صحة البيع وعليه فيثبت له الخيار على ما يأتي في الشرط الفاسد غير المفسد

)وإن باع المشتري العين المستثنى نفعها (مدة معلومة) صح البيع وتكون في يد المشتريالثاني مستثناة أيضا (كالدار المؤجرة إذا بيعت) وإن كان (المشتري الثاني) عالما بذلك (أيبأنها مبيعة مستثنى نفعها) فلا خيار له ، كمن اشترى أمة مزوجة أو (اشترى) دارا مؤجرة (

عالما بذلك) وإلا (بأن لم يكن عالما بذلك) فله الخيار (كمن اشترى أمة مزوجة لا يعلم ذلك.

diye muharrer ve şart ile bey‘in cevâzını musarrah olmağla tekemmülenin üçüncü maddesi bu sarâhate binâ’en yazılmış ve fakat yalnız bu madde ile iktifâ muhtevî olduğu hükmün umûmiyetini ifâde edüp hâlbuki bir hadîse binâ’en ve(ان جمع بين شرطين ولو صحيحين لم يصح البيع الا ان يكون من مقتضاه او من مصلحة الضرب الثمي فاسد يحرم اشترلطه و هو ثلاثة انواع احدها و ان يشترط احدها علي صاحبه عقدا اخر كسلف او قرض)diye takyîd edilmiş olduğu gibi diğer hadîse istinâden de(او بيع او اجارة او شركة او صرف الثمن فيبطل البيع و هو بيعتان في بيعة المنهي عنه) diye takyîd edilmiş olduğu cihetle bu kuyûdu beyân içün de dördüncü ve beşinci maddeler yazıldı.

İhtiyâc-ı zamâna ve mu‘âmelât-ı nâsın cevâza takrîbine mebnî yazılan altıncı madde Fetâvâ-yı Anakaraviye’de (الشرط الفاسد اذا لحق رجل اشتري عبدا شراء باتا فلما تم البيع بينهما قال البايع بالعقد يلحق عند ابي حنيفة لا عندهما) 294 للمشتري جعلتك بالخيار ثلاثة ايام بعد شهر قال ابو يوسف و محمد يثبت الخيار من ساعة شهر ثلاثة ايام و قال ابو حنيفة يلتحق الخيار كما قالا و يفسد العقد و لو الحقا بالعقد الصحيح مكان الخيار شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قول ابي يوسف و محمد يلتحق الشرط الفاسد و يفسد البيع و لو الحقا بالعقد الصحيح شرطا جائزا يلتحق في قولهم) diye muharrer olan ibâreden ahz ve İmâm Ebû Yusuf ile İmâm Muhammed rahimeha'llâhın mezheblerine binâ edildi.[26]

Lâhika

Bey‘in şarta ta‘lîki hakkındadır[27]

Madde 7- Bey‘in şarta ta‘lîki câ’iz değildir. Şu kadar ki müşteri ba‘de'l- akd semen-i müsemmâdan bir mikdârını bâyi‘e verüb de mebî‘i alursa verilen mikdâr semenden mahsûb edilmek almaz ise bâyi‘in olmak şartına ta‘lîk ederse bey‘ câ’iz ve şart mu‘teberdir.

Bey‘in şarta ta‘lîkine dâ’ir olan yedinci maddeye gelince: Bu maddenin mülhemiyet-i tahrîrine sebeb ba‘zı kimselerin (pey) nâmıyla para vererek şu şeyi aldığım hâlde semeninden mahsûb ederiz ve illâ senin olsun yolundaki mu‘âmeleleri ve bu mu‘âmelenin gitdikçe tevessü‘ ve ta‘ammüm etmek üzre bulunmasıdır. Binâ’en-aleyh yalnız Mezheb-i Hanbelî'de makbûl ve (bey‘u'l-urbûn) nâmıyla mevsûm bulunan bu bey’ hakkında İknâ‘da

ا

االثالث: أن يشترط شرطاً يعلق البيع عليه كقوله بعتك إن جئتني بكذا أو اذا رضي فلان او يقول للمرتهن ان جئتك في محله وإلا فالرهن لك مبيعا بمالك فلا يصح بيع إلا بعت و قبلت ان شاء الله فيصح و إلا بيع العربون واجارة فيصح وهو ان يشتري شيئا او يستأجره و يعطي

البايع او المؤجر درهما او اكثر من المسمي و يقول ان اخذته فهو من الثمن و الا فالدرهم لك فان تم العقد فالدرهم من الثمن و الا للبايع او المؤجر .

diye muharrer ve ibâre me’haz-i ittihâz olunarak madde-i mezkûre Mezheb-i Hanbelî'ye tevfîkan tahrîr olundu.

1340 yılındaki tadiller şöyledir:

Kitâbü'l-büyû‘un bâb-ı evvelinin fasl-ı erba‘ına mevâdd-ı âtiye ilâve olunmuşdur: [Madde 2 – Ehad-i âkideyne nef‘i ma‘lûm olan şartla bey‘ sahîh ve şart mu‘teberdir.] Abdurrahman Münib Bey ehad-i âkideyne nef‘i olan bey‘in fâsid

[26] Mecelle Cemiyeti İhzârâtından Kitâb’ül-Büyû’un Bazı mevâddının Ta’dilâtı ve Esbâb-ı Mûcibesi, *Cerîde-i Adliye*, Mart 1338, Sy. 2, sh. 95-96.

[27] Keza Mecelle Cem‘iyyeti istihzârâtından. Cerîde-i Adliyye-Cilt: 1, Sy. 4,Sayfa: 190-191.

olacağına dâir Mecelle'de bir hükm-i sarîh mevcûd olmadığından işbu maddenin tahrîrine lüzûm olmadığı re'yinde bulunmuşdur.

Pey akçesi nâmıyla bir mikdâr peşin para vermek sûretiyle akd-i bey' zamanımızda müte'âref olup müşteri mebî'i alırsa pey olarak verilen meblağ semen-i müsemmâdan mahsûb edilerek mu'âmele-i vâkı'a ikmâl oluyor ise de müşteri mebî'i almakdan imtinâ' ederse bâyi' pey akçesini i'âde etmek istemediğinden aralarında tahaddüs eden da'vânın hall ve faslı duçar-ı müşkilât olmakdadır. Bu husûsda kavânîn-i mevcûdemizde sarîh bir hüküm olmadığı gibi mehâkimin ictihâdı da mütehâlif olduğundan komisyonumuz ekseriyetle madde-i âtiyenin ilâvesine karar vermişdir:

[Madde 3 – Bey'in şarta ta'lîki câiz değildir. Şu kadar ki, müşteri ba'de'l-akd semen-i müsemmâdan bir mikdârını bâyi'a verüp de mebî'i alır ise verilen mikdâr semenden mahsûb edilmek almazsa bâyi'in olmak şartıyla ta'lîkde bey' câiz ve şart mu'teberdir.]

Abdurrahman Münib Bey işbu maddede tesbît edilen şekil pey akçeleri hakkında câri olan örfe tamâmıyla mutâbık olmadığı gibi bey'in şarta ta'lîkinin adem-i tecvîzi için de bir sebep bulunmadığını dermeyân ederek muhâlif kalmışdır.

Esnâf arasında öteden beri peştemallik bey'i müte'âref olmakla beraber bu husûsda kavânîn-i mer'iyyemizde bir sarâhat olmadığından mu'âmelât-ı nâsı tanzîm ve bu cihetden tekevvün edecek de'âvînin sühûletle hal ve hasmını te'mîn için madde-i âtiyenin ilâvesi ekseriyetle takarrur eylemişdir[28].

Şart Muhayyerliği Konusundaki Ta'diller

Şart muhayyerliği, belirli bir süre içinde akdi feshetmek yahut icâzet vererek devamını sağlamak hususunda taraflardan birine veya ikisine tanınan muhayyerlik hakkına denir ve *hıyâr-ı şart* diye tabir edilir. Şart muhayyerliği akid icrâ olunurken veya sonradan da tanınabilir. Tarifden de anlaşılacağı gibi bu hakka, taraflardan biri, ikisi ve hatta bazı hallerde üçüncü şahıslar da sahip olabilir. Muhayyerlik süresi, Ebu Hanife'ye göre üç günden fazla olamaz, aksi takdirde akdi ifsâd eder. Mecelle'nin kanunlaştırdığı Ebu Yusuf ve İmâm Muhammed'in görüşüne göre ise, belirli olmak şartı ile söz konusu süre taraflarca tesbit olunur[29].

Bâb-ı sâdîsin fasl-ı evveline ber-vech-i zîr maddeler ilâve olundu

Madde 15- Muhayyer olan taraf müte'addid olduğu takdîrde fesh veya icâzetde mukaddeme i'tibâr olunur. Binâ'en-aleyh bunlardan biri fesh etdikden sonra diğerinin icâzetine ve bunlardan biri mücîz oldukdan sonra diğerinin feshine i'tibâr olunmaz. Hıyâr-ı ayb ve rü'yetde dahi hükm böyledir.

Madde 16- Yalnız müşteri muhayyer olub da mebî' ba'de'l-kabz yedinde ta'ayyüb etdikde ayb-ı hâdîs müddet-i hıyâr zarfında zâ'il olmazsa hakk-ı fesh bâtıl ve semen-i müsemmânın i'tâsı lâzım gelir.

On beşinci maddenin me'hazı Mültekâ'nın Kitâbü'l-Bey'inde [و ايهما اجاز البيع او فسخ صح و ان اجاز واحد و فسخ الاخر اعتبر ولو اشتريا شيئا عني لهما بالخيار ولو ادعي احدهما] diye ve Hindiye'de kitâbü'l-Bey'in bâb-ı sâdîsinin fasl-ı sâlisinde [لسابق

[28] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 901-902.
[29] *Mecelle*, md. 300; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/748 vd.; Karaman, II/284 vd.

بالبيع صريحا او دلالة لا يرده الاخر بل يبطل الخيار عند الامام وقالا بر والبيع في مصيبه و علي هذا الخلاف [خيار الرؤية و العيب diye muharrerdir.

On altıncı madde Hindiye'nin Kitâbü'l-Bey'inde bâb-ı sâdîsinin fasl-ı sâlisinde[وان كان الخيار للمشتري والسلعة مقبوضة فورث بها عيب لا يرتفع لزوم العقد و بطل الخيار ابطل البابع او ليبرر فعله هذا قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله كذا في الظهيرية و ان كان العيب مما يحتمل الارتفاع كالمرضي فالمشتري علي خياره ان شاء فسخ و ان شاء اجاز و ليس له أن يفسخ الا ان يرتفع العيب في مدة الخيار فان مضت المدة و العيب قائم بطل حل الفسخ و لزوم البيع كذا في البدايع] diye muharrer olan ibâreden ahz olundu.[30]

Vasıf Muhayyerliği Konusundaki Ta'diller

Hıyâr-ı vasıf akdin konusuna ait önemli bir vasfın akidden sonra bulunmadığı görüldüğü zaman, karşı tarafa tanınan muhayyerlik hakkına denir. *Vasıf muhayyerliği* demektir. Hak sâhibi, dilerse akdi fesheder ve dilerse akidle tesbit edilen bedelle akdi icra eder. Bu muhayyerlik hakkı, mirasla intikâl eder ve hak sâhibinin mal üzerinde bazı tasarruflarda bulunması yahut kullanılması ile sâkıt olur[31].

Bâb-ı sâdîsin fasl-ı sânîsine ber-vech-i zîr bir madde ilâve olundu

Madde 17- Vasf-ı mergûbdan ârî çıkan mebî'in bir sebeble reddi mümteni' olsa müşteri noksân-ı semeni taleb edebilir.

On yedinci madde Dürrü'l-Müntekâ'nın Kitâbü'l-Bey'inde [اشتري عبدا بشرط خبزه وكتبه أي حرفته كذلك فظهر بخلافه بان لم يوجد معه ما ينطلق عليه اسم الكتابة او الخبز اخذهيكل الثمن ان شاء او تركه لفوات الوصف المرغوب فيه. ولو ادعي المشتري ان ليس كذلك لم يجبر علي القبض حتي يعلم ذلك, كذا سائر الحرف. اختيار. ولو امتنع الرد بسبب ما قوم كاتباو غير كاتب و رجع بالتفاوت في الاصح] diye muharrer olan ibâreden ahz olundu. [32].

Nakid Muhayyerliği Konusundaki Ta'diller

Hıyâr-ı nakid, tarafların belli bir zamana kadar bedelin ödenmesi ve ödenmediği takdirde akdin geçersiz olması şeklinde aralarında anlaşmalarına denir. Belirlenen sürede bedel ödenmezse, akid fâsid olur. Muhayyerlik müddeti içinde tarafların vefat etmesi halinde de akid bâtıl olur[33].

Hıyâr-ı nakd hakkındadır

MADDE 313 – Bâyi' ve müşteri filan vakte kadar te'diye-i semen olunmak ve olunmazsa beynlerinde bey' olmamak üzere pazarlık etseler sahîh olur; buna hıyâr-ı nakd denir.

MC. 20, 83, 188; MH. 481-491; TBK. 107/3, 152, 211.

Madde 313- Bâyi' ve müşteri fülân vakte kadar i'âde-i semen olunursa aralarında bey' olmamak üzre pazarlık etseler sahîh olur ve buna hıyâr-ı nakd denilür.

313'üncü maddenin sebeb-i ta'dîli kütüb-i Hanefiyye'nin hemân kâffesinde ve bi'l-hâssa Fethu'l-Azîz'in Kitâbü'l-Bey'inde [لو قبض الثمن وقل ان رده البلبع لي ثلاثة فلا بيبع يجوز هذا البيع لهذا الشرط وبغير كخيار الشرط]diye muharrer olan ibârede bâyi' içün dahi hıyâr-ı nakd olduğu hâlde Mecelle'de yalnız müşteri içün hıyâr-ı nakdin tahrîriyle iktifâ olunmasıdır.

30 Cerîde-i Adliye, Sy: 5- 1338, Sene: 1-Sayfa: 240.
31 *Mecelle*, md. 310-312; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/502-508.
32 Cerîde-i Adliye, Sy: 5- 1338, Sene: 1-Sayfa: 240.
33 *Mecelle*. md. 313-315; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/508-510.

Heyetden Abdurrahman Münif Bey bâyi‘in hıyâr-ı nakd ile muhayyerliği muzâyaka-i mâliyyeye dûçâr olan eşhâsın erbâb-ı ihtikârca tazyîklerine vesîle teşkîl edeceğinden ve Hasan Efendi dahi bu sebeble beraber bey‘in şarta ta‘lîki bâtıl olduğundan bahisle akalliyetde kaldılar[34].

MADDE 314 – Müddet-i mu‘ayyenede müşteri semeni tediye etemezse hıyâr-ı nakd ile akd olunan bey‘ fâsid olur.

MC. 371, 382; MH. 481-491; TBK. 107/3, 152, 211.

Madde 314- Müddet-i mu‘ayyenede müşteri semeni te’diye edemez ise hıyâr-ı nakd ile akd olunan bey‘ münfesih ve bâyi‘ semeni i‘âde edemezse bey‘ lâzım olur.

Madde 314-'üncü maddenin sebeb-i ta‘dîli Mezheb-i Hanefî üzre müdevven İnâye hâşiyesi Sadi Çelebi'de[و لا يخفي عليك مخالفة هذا لمنقوله لاشارة قال المصنف اذ الحاجة مست الي الانفساخ عند عدم النقد و لتصريح الشارحين انه ينفسخ العقد عند عدم النقد]diye muharrer olması ve bu sûretin zamâna daha muvâfık görülmesidir[35].

MADDE 315 – Hıyâr-ı nakd ile muhayyer olan müşteri müddet-i mu‘ayyene içinde vefât ederse bey‘ bâtıl olur.

MH. 481-491; TBK. 1073, 152, 153, 211.

Madde 315- Hıyâr-ı nakd vârise intikâl eder; binâ’en-aleyh muhayyer olan kimse müddet- i mu‘ayyene içinde vefât ederse veresesi anın makâmına kâ’im olur.

Mecelle'nin 315'inci maddesi hıyâr-ı nakdin vârise intikâl etmeyeceğine dâ’ir diğer mezheblerce câ’iz olmadığı hâlde Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf rahmetu'llâhi te‘âlâ tarafından hâcet-i nâsa ve İbn-i Ömer radıya'llâhu anhümânın hıyâr-ı nakd ile akd edüp ashâb-ı güzîn rıdvânu'llâhi aleyhim ecma‘înin i‘tirâz ve inkârından âzâde kalan bir bey‘a binâ’en bi-tarîki'l-istihsân tecvîz buyurulmuş ve hıyâr-ı şart ma‘nâsına telakkî olunmuş olan hıyâr-ı nakd kütüb-i Hanefiyye'de hem müşteri için hem bâyi‘ için câ’iz olmadığı hâlde Mecelle'de yalnız müşteri için hıyâr-ı nakdin cevâzı tasrîh edilerek bâyi‘ için hıyâr-ı nakdin cevâzı meskûtün-anh bırakılmış ve hıyâr-ı şart gibi hıyâr-ı nakdin de vârise intikâl etmeyeceği 315'inci maddede beyân edilmişdir. Hâlbuki encümenimizce hıyâr-ı nakdin bâyi‘ için de câ’iz olduğunun Mecelle'ye tahrîrinde ellerinden mallarını çıkarmak istemeyen muhtâcîn için para tedârüküni teshîle hayliden haylice hâdîm olmuş gibi fâ’ide-i azîme görülerek 313'üncü madde o sûretle ta‘dîl edilince artık 315'inci maddenin alâ hâlihâ ibkâsında mahzûr görüldü. Bu mahzûr müddet-i meşrûta zarfında vefât eden bâyi‘in vârisi müddet-i meşrûta zarfında mûrisinin kabz etdiği semeni i‘âde ve mebî‘i istirdâd etmek istediği takdîrde buna kâdîr olamaması ve bu sebeble 313'üncü maddenin ta‘dîlinden fâ’ide yerine mazarrat hâsıl olmak ihtimali bulunmasıdır. Bu mahzur 313'üncü maddenin ta‘dîlinden evvel yok idi. Çünkü vefât târîhine kadar semeni verilmeyen mebî‘a bâyi‘ tekrâr mâlik olup mebî‘i dilediğine satmak ve müşterinin vârisi de isterse o mebî‘i yâhûd anın gibi diğerini iştirâ etmek hakkı câ’iz idi. Binâ’en-aleyh bu mahzûru def‘ etmek için ya ta‘dîlinden sarf-ı nazar etmek ve yâhûd hıyâr-ı nakdin vârise intikâli için bir cevâz bulmak zarûreti tahakkuk etdi ve bi't-tabi‘ evvelâ cevâz ciheti taharrî olundu. Hıyâr-ı nakd e’imme-i Hanefiye'ce hıyâr-ı şartdan add olunmuş ve hıyâr-ı şartın vârise intikâli ise Mezheb-i Şâfi‘î'de sarîh bulunmuşdur dense encümenimizin kat‘iyyen memnû‘ olduğu cihetle dâ’imâ andan tebâ‘üdü iltizâm eylediği telfîk hâsıl olacakdı. Anın içündür ki hıyâr-ı şartın vârise cevâz- ı intikâlini de ancak hıyâr-ı nakdi tecvîz eden Mezheb-i Hanefî'de aramak lâzım geldi ve ibn’ül-etmiş ve şu beyânât ise müşârun-ileyhin istihrâcât ve tercîhâtının inde'l-fukahâ makbûliyyetine bir hüccet teşkîl eylemiş olmağla encümenimizce de 315'inci maddenin ta‘dîlinde İmâm Ebû Yusuf ve İmâm Muhammed rahimehumu'llâhın kavillerinden ber-vech-i meşrûh istihrâc olunanma‘nâ sened ittihâz olunmuşdur[36].

Ta’yin Muhayyerliği Konusundaki Ta’diller

Hıyâr-ı ta‘yîn, kıyemî mallardan iki veya üç şeyin kıymetleri ayrı ayrı açıklanarak, alıcıya bunlardan dilediğini almak yahut satıcıya bunlardan dilediğini satmak üzere muhayyerlik hakkı tanınmasına denir. *Kıyemî mal*, mislî olmayan mal demektir. Ta‘yîn muhayyerliğinin süreye tabi olup olmadığı, tabi ise sürenin miktarı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Mecelle, muhayyerlik

[34] Cerîde-i Adliye, Sy: 6- 1338, Sene: 1-Sayfa: 286 vd.
[35] Cerîde-i Adliye, Sy: 6- 1338, Sene: 1-Sayfa: 286 vd.
[36] Cerîde-i Adliye, Sy: 6- 1338, Sene: 1-Sayfa: 287 vd.

süresinin ta‘yîn edilmesi gerektiğini tercih etmiş, ancak mu‘ayyen olan sürenin tesbitini taraflara bırakmıştır. Ta‘yîn muhayyerliği, şart muhayyerliğinden farklı olarak mirasla intikâl edebilmektedir[37].

Bâb-ı sâdîsin fasl-ı râbi‘ine ber-vech-i zîr maddeler ilâve olundu[38]

Madde 18-Hıyâr-ı ta‘yîn ile vukû‘ bulan bey‘de ta‘yîn olunan eşyânın lâ- ale't-ta‘yîn biri mebî‘ bâkîsi emânetdir. Binâ’en-aleyh bunlardan biri helâk olduğu veya ta‘ayyub etdiği takdîrde nazar olunur. Muhayyer müşteri olup kabz dahi vukû‘ bulmuş ise helâk olan veya ta‘ayyüb eden şey mebî‘ olarak ta‘ayyün eder. Muhayyer bâyi‘ ise, kabz vukû‘ olmuş olsun olmasun helâk olan şey emânet olarak ta‘ayyün eder.

Madde 19-Hıyâr-ı ta‘yîn ile vukû‘ bulan bey‘de muhayyer müşteri olduğu hâlde ta‘yîn olunan eşyâdan biri kable'l-kabz helâk olur veya ta‘ayyüb ederse müşteri ya bey‘i fesh eder ve yâhûd helâk sûretinde bâkîde ve ta‘ayyüb sûretinde dilediğinde infâz eder. Muhayyer bâyi‘ olduğu hâlde kabz vukû‘ bulmuş olsun olmasun, bâyi‘i fesh ve yâhûd helâk sûretinde bâkî ile ve ta‘ayyüb sûretinde dilediği ile müşteriyi ilzâm etdiği şey müte‘ayyib olduğu takdîrde ta‘ayyüb ba‘de'l-kabz ise müşteri kabûle mecbûr ve kable'l-kabz ise müşteri kabûl veya redde muhayyer olur.

Madde 20-Hıyâr-ı ta‘yîn ile vukû‘ bulan bey‘de ta‘yîn olunan eşyânın cümlesi birden kable'l-kabz helâk olursa muhayyer müşteri olsun bâyi‘ olsun bey‘ bâtıl olur. Ba‘de'l-kabz helâk olur ise muhayyer müşteri olduğu hâlde makbûzun iki veya üç olduğuna göre her birinin semeninin nısfını veya sülüsünü vermesi lâzım gelir ve muhayyer bâyi‘ olduğu hâlde müşteri makbûzun iki veya üç olduğuna göre her birinin kıymetinin nısfını veya sülüsünü zâmin olur.

Madde 21-Hıyâr-ı ta‘yîn ile vukû‘ bulan bey‘de ta‘yîn olunan eşyânın cümlesi birden ta‘ayyüb ederse müşteri muhayyer olup ta‘ayyüb dahi ba‘de'l- kabz vukû‘ bulduğu hâlde dilediği birinde bey‘i infâza mecbûr ve kable'l-kabz vukû‘ bulduğu hâlde bey‘i fesh veya dilediği birinde infâzda muhayyer olur. Bâyi‘ muhayyer olduğu hâlde dilediği ile müşteriyi ilzâm veya bey‘i fesh eder; ilzâm hâlinde ta‘ayyüb ba‘de'l-kabz ise müşteri kabûle mecbur, kable'l-kabz ise müşteri kabûl veya redde muhayyerdir. Fesh hâlinde ta‘ayyüb kable'l-kabz ise bir şey lâzım gelmez. Ba‘de'l-kabz ise müşteri noksân-ı kıymetle dâmin olur.

Noksân kıymet-i makbûzun iki olduğuna göre her biri içün nısf üç olduğuna göre sülüsdür.

18 ve 19 ve 20 ve 21'inci maddeler Tatarhaniye'nin Kitâbü'l-Bey‘inde;

وإذا اشترى الرجل ثوبين ثمن كل ثوب و ثمن كل متفق و مختلف بعشرة دراهم على أنه بالخيار في احدهما ياخذ ايهما شاء بعشرة ويرد الاخر فهو جائز في الثوبين والثلاثة استحسانا و القياس الا يجوز و الا يجوز فيما زاد على الثلاثة استحسانا و قياسا. ولو قبضها على هذا مبيع فله

فيه خياران خيار تمييز المبيع من الأمانة وخيار الشرط إلا أن خيار الشرط فيه مؤقت إلى ثلاثة أيام عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما مؤقت وخيار التمييز وقال بعضهم جاز وإن لم يذكر خيارالشرط وفي شرح الطحاوي ولو هلك أحدهما قبل القبض فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي ثمنه وإن شاء ترك وإن كان الباقي اثنين له أن يأخذ أيهما شاء وإن شاء هلك الكل قبل القبض بطل البيع ولو هلك أحدهما بعد القبض تعين الهالك المبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة[39]تركهما ولو ولو هلكا جميعا في يد المشتري فإنه ينظر إن كان الهلاك على التعاقب لزمه ثمن الهالك الأول وهلك الباقي في يده أمانة ولو هلكا

[37] *Mecelle*, md. 316-319; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/510 vd.; Karaman, II/288-289.
[38] Cerîde-i Adliye, Sy: 7-8-9, 1339, Sene: 1-Sayfa: 432.
[39] Buraya kadar: Cerîde-i Adliye, Sy: 7-8-9, 1339, Sene: 1, Sayfa: 432; Bundan sonra ise: Sy. 10, 1339, sh. 478 vd.

جميعا ولايدري أيهما هلك أولا لزمه نصف ثمن كل واحد منهم وإن هلك أحدهما قبل الأخرى غير أنهما اختلفا فلا تظهر فائدة الخلاف إذا كانالثمن متفقا وإنما تظهر إذا كان مختلفا بأن يكون ثمن أحدهما عشرة وثمن الآخر عشرون فقال البايع هلك الذي ثمنه عشرون أولا وقال المشتري هلك الذي ثمنه عشرة اولا كان أبو يوسف رحمه الله يقول اولا يتحالفان فأيهما نكل قضى عليه بأن ادعى صاحبه وان حلفا جميعا يحصل كانما هلكا معا ولزمه نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع وقال القول المشتري مع يمينه وهو قول محمد رحمه الله وفي الينابيع وكذلك أن تعيبا جميعا ولو قبضهما ثم تعيب أحدهما في يده تعين ذلك للبيع والآخر للأمانة وإن تعيبا جمعا ان كانه على التعاقب لزمه الأول.

ويرد الثاني إلى بائعه فلا يضمن نقصان ما حدث به لأنه متعين ولو تعينا معا لا تعيين أحدهما بالبيع وله أن يأخذا أيهما شاء بثمنه وليس له ردهما جميعا ويبطل خيار لشرطه ولو ازداد عيب أحدهما بعد ذلك او حدث عيب آخر تعين ذلك للبيع ولو مات المشتري في مدة الخيار لزمه البيع

في أحدهما بغير عينه ولورثته خيار التعيين لو كان الخيار للبايع والمسألة بحالها فله أن يلزم المشتري أي ثوب شاء وليس للمشتري خيار الترك ولو هلك أحدهما قبل القبض أو بعده هلك أمانة والبايع في الآخر بالخيار إن شاء ألزمه المشتري وإن شاء فسخ البيع ولو هلكا في يد المشتري ان هلكا على التعاقب فعل المشتري قيمة ما هلك أخيرا والأول أمانة وإن هلكا معا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ولو تعيب أحدهما أو كلاهما قبل القبض أو بعده فخيار البايع باق على حاله فله أن يلزم المشتري أيهما شاء فإن ألزمه السالم فلا خيار له في تركه وإن ألزمه المعيب إن كان بعد القبض فكذلك وإن كان قبل القبض فهو بالخيار إن شاء التزمه وخير به وإن شاء تركه وإن تعيبا كلاهما في يد المشتري فعليه نصف نقصان قيمة كل واحد منهما ولو تصرف البايع في أحدهما جاز تصرفه وله خيار الإلزام والفسخ في الآخر ثم هذا البيع يجوز مع شرط الخيار ثلاثة بلا خلاف وهل يجوز مع شرط الخيار أربعة أيام لا شك أن على قولهما يجوز كما في العين الواحد فاما على قول أبي حنيفة رحمه الله فقد اختلف المشايخ فيه كان الكرخي رحمه الله يقول لا يجوز وكان ابن شجاع يقول يجوز وإن لم يكن موقتا

diye mezkûr ve Mülteka'da;

ويجوز خيار التعيين هو بيع أحد الشيئين أو ثلاثة على أن يأخذ المشتري أيا شاء ولا يجوز في أكثر من ثلاثة ويتقيد تقييده بمدة خيار الشرط على الاختلاف والمبيع واحد والباقي أمانة فلو قبض الكل فهلك واحد أو تعيب لزم البيع فيه وتعين الباقي في الأمانة وإن هلك الكل لزمه نصف ثمن كل أو ثلثه ليس له رد الكل إلا أن ضم إليه خيار الشرط.

diye münderic olan ahkâmdan ahz olundu.

22'inci maddenin me'hazi Hindiye'den Kitâbü'l-bey'in bâb-ı sâmininde[40]

ثم ينظر ان كان الاطلاع علي العيب قبل القبض فللمشتري أن يرده عليه وينفسخ **العقد يقول** رددت ولا يحتاج إلى رضا البائع ولا إلى قضا القاضي وإن كان بعد القبض لا ينفسخ **إلا برضاء** أو قضاء ثم إذا رد برضا البائع كان فسخا في حقهما بيعا في حق غيرهما وإن رد **بقضاء كان** فسخا في حقهما وحق غيرهما(

dır ve Redd'ül-Muhtâr'ın Kitâb'ül-Bey'inde

) ونقل ابن الشحنة عن الخانية لو علم بالعيب قبل القبض فقال أبطلت البيع بطل لو عرفه البائع وإن لم يقبل ولو في غيبته لا يبطل إلا بقضاء أو رضى اه . في جامع الفصولين لو رده بعد قبضه لا ينفسخ إلا برضى البائع أو بحكم

diye muharrerdir.

23'üncü maddenin me'hazı Hindiye'den Kitâbü'l-Bey'inin bâb-ı sâmininin fasl-ı sâlisinde;

[40] Buradan itibaren bkz. Cerîde-i Adliye, Sy: 10, 1339, Sene: 1-Sayfa: 478 vd.
Komisyonu 1916 yılından 1923 yılına kadar Kitâb'ül Büyu'a ilişkin 21 maddenin tadilini, 33 maddenin ilavesini ve 13 maddenin çıkarılmasını teklif etmiş oldu ve bu teklifler maalesef ölü doğdu. Kaşıkçı, Osman, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1997, sh. 314, 343.

سئل حمير الوبري ويوسف بن محمد وعمر ابن الحافظ رحمهم الله تعالى عمن قايض ثورا ببقرة وهي حامل فولدت عند المشتري ووجد الآخر بالثوب عيبا فرده على صاحبه بماذا يرجع عليه بقيمة الثور أم بقيمة البقرة قالوا يرجع بقيمة البقرة

diye muharrer olan mes'ele ile bu mes'eleye takaddüm eden diğer iki mes'ele ve yine mahall-i mezkûrda;

رجل اشترى من رجل عبدا بكر موصوف بغير عينه وتقايضا ثم وجد بائع العبد بالبكر عيبا وحدثه به عنده عيب آخر فإنه لايرجع بشيء وإن كان البكر بعينه عبد .... رجع في العبد بمثل نقصان العيب في الكرا إلا أن يرضى البائع وهو مشتري العبد ان يأخذ البكر بعينه ويرد العبد(ر

diye muharrer olan ibâre ve Dürer ve Gurer'de;

فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه أو رده على البائع برضى البائع إلا لمانع

diye münderic sûret ve Kâdîhâ'nın Kitâbü'l-Büyû'u'nda;

باع عبدا بجارية وسلمها ولم يقبض حتى ازدادت في يد مشتريها زيادة متصلة وهلك العبد قبل التسليم لبائعها أن يأخذها عند محمد

diye mezkûr olan fetvâdır. 24'üncü madde yine Hindiye'de;

ا اشترى بعيرا فلما أدخله داره سقط فذبحه إنسان بأمر المشتري فظهر عيب قديم كان للمشتري أن يرجع بنقصان العيب على البائع في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وبه أخذ المشايخ هذا إذا علم بالعيب بعد الذبح أما إذا علم بالعيب ثم ذبحه هو أو غير بأمره أو بغير أمره لا يرجع بشيء كذا في فتاوى قاضيحان

diye ve yine mahall-i mezkûrda;

المشتري كذا في فتاوى قاضيحان. اشترى بعيرا وقبضه ثم وجد به عيبا فذهب الي البائع ليرده فعطب في الطريق فانه يهلك على

diye ve Fetâvâ-yı Hayriye'nin Kitâbü'l-büyû'unda

سئل في رجل اشترى ثورا وقبضه ثم سقط فذبحه انسان بأمر المشتري فطلع على عيبه قديم هل يرجع بنقصان العيب أم لا فأجاب نعم يرجع بالنقصان على قولهما قال في الولوالجية وعليه الفتوى في جامع الفصولين وبه أخذ المشايخ قال في الجد وفي الواقعات الفتوى على قولهما في الأكل فكذا

diye muharrer olan ahkâmdan ahz olundu.

25'inci madde Mecma'u'l-Enhur'un tebe'an bey'a dâhil olup olmayan faslında;

الا بائع على فإنه الزيادة بعيب يرد جاء ثم الثمن البائع ضقبإذا لاا

diye muharrer olan ibâre ile Tenkîhu'l-Hâmidî'nin ve Hayriye'nin Kitâbü'l-büyû'unda;

سئل فيما إذا اشترى زيد من عمر قدرا معلوما من النشادر له حمل ومؤنة وسافر به من دمشق إلى حلب ثم رجع وزعم وجد به عيبا يوجب الرد ويريد رده على بائعه والزامه بمؤنة حمله فهل يكون الرد على المشتري الجواب نعم وجد بالمبيع الذي له حمل ومؤنة عيبا ورده فمؤنة الرد على المشتري

diye mezkûr olan fetvâdan ahz olundu.

26 ve 27 ve 28 ve 29'uncu maddelerin tahrîrinde Ebû Hüreyre radıya'llâhu anhden mervî ve Neylü'l-Evtâr'da mezkûr

ان رسول الله قال لا تصروا الابل ولا الغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها فان رضيها امسكها وان سخطها ردها و صاعا من تمر

hadîsiyle bu sadede mervî olan diğer ehâdîs-i nebeviyyenin şerhi ve bu ehâdîsin beyân-ı ahkâmı yolunda Şevkânî tarafından vukû‘ bulan îzâhât ve İbn-i Âbidîn'in musırrâne dâ’ir olan Matlab'daki tafsîlâtı ve kütüb-i Şâfi‘iyye'den Tuhfetü'l-Muhtâc ve El-Envâr'daki tasrîhât tedkîk olunarak her ne kadar e’imme-i Hanefîye'den İmâm Ebû Yusuf mezhebi muvâfık görülmediyse, daha vâzıh olmak hasebiyle Şâfi‘î Mezhebi ihtiyâr olundu. Bu husûsda verilen karârların bir noktasından heyetden Ebul Ula ve Abdurrahman Münib ve İhsan Beyler ve bir noktasında re’îs bey muhâlif kaldılar.

30'uncu maddenin me’hazı müdevvenât-ı Hanifiyye'den Fethu'l-Kadîr'in bey‘-i fâsid bâbında;

و نقصانه بفعل المشتري او بفعله بنفسه او بافة سماوية فيسترده البايع مع ارش النقصان الخ

diye muharrer ibâredir.

31'inci maddenin sûret-i ta‘dîli beyne'n-nâs câri olduğu anlaşılan bu mu‘âmelenin cevâza takrîbidir. Mezheb-i Hanifî'de câ’iz olmayan bu mu‘âmele Mâlikî Mezhebi'nde câ’iz ve Şerhu'l- Kebîr'in selem bahsinde;

وَأَنْ ت بَ يَّنَ ي صفَاتُهُ الَّيتي تُتَليفُ يبهَا الْيقيمَةُ يفي السَّلَيم عَادَةً : كَالنَّ وْي ع ؛ وَالجَوْدَة ي ، وَالرَّدَاءَية ، وَب يْ نَ هُمَا .وَاللَّوْي ن يفي الحْيَ وَا ي ن وَالثَّ وْ ي ب ، وَالْعَسَيل ، وَمَرْعَاه فَ يَجُوزُ فييمَا طُبيخَ) ش (الْفَاءُ سَبَبييَّةٌ ، وَالْمَعْنَى أَنَّهُ لَا يُشْتَ رَطُ يفي الْمُسْلَيم فييبه أَنْ يَكُونَ ذَاتًا قَائيمًا بيعَيْنيهَا بَلْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَ هْلَكًا بيشَرْي ط أَنْ تَصُرَهُ الصِّفَةُ ، وَأَنْ يُوجَدَ ي عنْدَ حُ لُولييه ، وَسَوَاء كَانَ لحَ مًا أَوْ غَيْ رَهُ قَالَ يفي الشَّايميل ، وَيفي الءُرءُو ي س مَا يفي اللَّحْيم ، وَكَوْينهَا مَشْيوييَّةً أَوْ مَغْمُورَةً فَيإنْ أُعْتييدَ وَزْن هَا عُ ي ملَ بييه ، وَيَ ي ص ءُ ح يفي الْأَكَايري ع كَالءُرءُو ي س ، وَيفي الْمَطْبُوي خ يمنْ هُمَا ، وَيمنْ اللَّحْيم إذَا ك انَ ي عْرَفُ تَأْثييرُ النَّاير فييهَا بيالْعَادَية ، وَكَانَتْ الصِّفَةُ تَ ْصُرُهُ) ص (وَاللءُؤْلُيؤ وَالْعَنْ يَ بر وَالجَوْهَير وَال ءُزجَا ي ج) ش (اللءُؤْلُؤ مَعْرُوفٌ ، وَا ي حدُهُ لُؤْلُؤَةٌ ، وَجمْ َعُهُ لَآليئُ أَيْضًا ، وَفييبه أَرْبَعُ لُغَاتٍ لُؤْلُؤٌ يبه مْزَتَ يْ ين ، وَلُولُو بيغَ يْ ير هَمْز ، وَلُؤْلُو يبهَمْيز أَوَّلييه دُونَ ثَانييَية وَبيالْعَكْ ي س ، وَالْعَنْبَ رُ خُرْءُ دَابَّةٍ يفي الْبَحْير ، وَالجَوْهَرُ هُوَ كيبَارُ اللءُؤْلُيؤ ، وَالءُزجَاجُ مُثَ لَّثُ الزَّاي وَا ي حدُهُ زُجَاجَةٌ ، وَالْمَعْنَى أَنَّ هَ ي ذهي الْأَشْيَاءَ يَجُوزُ السَّلَمُ فييهَا إذَا ذكَرَ قَدْ رًا مَعْلُومًا بي ي صفَةٍ مَعْلُومَةٍ

diye muharrer görülmekle madde-i mezkûre şu ibâreden ahz ve Mezheb-i Mâlik'e göre tahrîr olundu. Me’hazlarımızda ekseriyâ birer kitâb gösterilmesi o me’hazların başka kitâblarda olmadığına bi't-tabi‘ delîl olmaz

Maksadımız tedkîkât esnâsında mürâca‘at ve tetebbu‘ olunan kitâbların ta‘dâdıyla teksîr- i sevâd olmayup tab’ ve teksîri temennîsinde bulunduğumuz işbu lâyihayı mütâla‘a edecek zevâtdan ba‘zısının tenvîr-i fikrine mehmâ-emken hıdmet ve ba‘zısının teshîl-i mürâca‘atına bi- kaderi'l-imkân delâletiyle beraber sa‘yimizin sûret ve mâhiyyetini ta‘yînden ibâret olmakla bu kadarla iktifâ olundu.

Encümenimiz başka bir çok mesâ’il hakkında tedkîkâtda bulundu. Lâkin yazılmayan şeylerden mufassalan bahsine lüzûm görmedi; inde'l-mütâla‘a noksân görülecek ahkâmın tedkîki içün encümene teblîgât icrâsı ve kabûle karîn görülecekler hakkında mu‘âmele-i mukteziyenin îfâsı merhûn-ı re’y-i âlî-i nezâret-penâhîleridir. Ol bâbda emr u fermân hazret-i men lehü'l- emrindir[41].

Önemle îfâde edelim ki, 1916 tarihinde kurulan Mecelle Ta’dil Komisyonunun yaptığı çalışmalar burada tamamlanmıştır. Mecelle üzerindeki ilk tadil çalışmalarını Mecelle cemiyeti

[41] Cerîde-i Adliye, Sy: 10, 1339, Sene: 1-Sayfa: 478 vd.

yapmıştı. 1916 tarihinde oluşturulan Kanun-ı Medeni Komisyonu 9 Mayıs 1916'da Adâlet Bakanlığı'nda ilk toplantısını yapmış ve çalışma prensiplerini belirlemişti. Bu komisyon çalısmaların daha hızlı ve verimli olabilmesi için Tadil Prensiplerini Tespit Komisyonu, Mecelle Tadil Komisyonu ve Hukuk-ı Aile Komisyonu olmak üzere alt komisyonlar oluşturmuştu. Çalışma prensiplerini; fıkıh hükümlerini olduğu kadar yabancı millet hukuklarından da yararlanılacağı, kanun maddelerinin dilinin sade îfâdelerinin açık olacağı ve kararların çoğunluk tarafından alınacağı oluşturmaktaydı. Bu komisyonlardan Mecelle Tadil

Görme Muhayyerliği Konusundaki Ta'diller

Mecelle, satım akdini esas alarak *hıyâr-ı rü'yet*i tarif etmiştir. Hâlbuki kira, taksim ve sulh gibi hukukî mu'âmelelerde de söz konusu muhayyerlik mevcuttur. Mecelle'nin îfâdesiyle hıyâr-ı rü'yet "görmeden bir malı satın alan şahsa, o malı görünceye kadar tanınan muhayyerlik hakkıdır ki, görünce dilerse akdi fesheder ve dilerse akdi kabul ve icra eder". Buna hıyâr-ı rü'yet yani görme muhayyerliği denir. Hıyâr-ı rü'yet, ancak tarafların ta'yîni ile mu'ayyen hale gelen mallarda söz konusudur ve ayrıca akid esnasında malın görülmemiş olması şarttır.

Muhayyerlik hakkı dört şekilde sona erer:

Birincisi; akid konusu malı görmekle; İkincisi, hıyâr-ı rü'yet mirasla intikâl etmediği için bu hakka sahip olan tarafın, mesela alıcının ölmesi ile üçüncüsü, akdin konusunun yok olması ve benzeri sebeplerle değişmesi ile ve dördüncüsü de, muhayyerlik hakkı sâhibinin söz konusu malda herhangi bir tasarrufda bulunmasıyla sâkıt olur. Gördükten sonra mal üzerinde tasarruf ise, rızaya delalet eder ve muhayyerliği sona erdirir. Hıyâr-ı rü'yetde tecezzi kabul edilmemektedir[42].

Diğer mezheplerin fazla müsbet bakmadığı hıyâr-ı rü'yet mü'essesesi, Mecelle tadilleri sonucunda, hemen hemen tamamen denilebilecek şekilde, 20 Mayıs 1340 tarihinde kaldırılmıştır[43].

MADDE 320 – Bir kimse bir malı görmeden iştirâ etse görünceye dek muhayyerdir. Gördükde dilerse fesh eder ve dilerse kabul eder. Buna hıyâr-ı ru'yet denilir.

Mecelle'nin 320'nci maddesinde (335)'e kadar mevâdd-ı müte'âkibesi hıyâr-ı ru'yetden bâhisdir. Mebî' meclis-i akidde ya hâzır ya gâib olur.

Meclis-i akidde hâzır bulunan mebî'in cevâz-ı bey'i müttefekun aleyh ise de gâib olan mebî'in bey'i erbâb-ı hukûk arasında muhtelefun fih olup bu husûsda üç re'y vardır:

1 – Meclis-i akidde hâzır bulunmayan mebî'in bey'i câiz değildir. Hîn-i akidde gerek tavzîf edilsin ve gerek edilmesin.

2 – Meclis-i akidde hâzır bulunmayan mebî'in bey'i ale'l-ıtlâk câizdir. Yani hîn-i akidde mebî' gerek tavsîf edilsin ve gerek edilmesin sûret-i mutlakada bey' câizdir. Şu kadar ki, müşteri mebî'i gördükde hıyâr-ı ru'yetden maksad, mebî'in asıl maksadı bildiren hâl ve mahalline vâkıf olmakdan ibâret olmasına göre meclis-i akidde hâzır bulunup da ancak asıl maksadı bildiren hâl ve mahalline ıttılâ' hâsıl olmayan mebî'lerde dahi hüküm böyledir.

3 – Meclis-i akidde hâzır bulunmayan mâl ta'rîf ve tavsîf edilerek satıldıkda bey' câizdir ve müşterinin hıyâr-ı ru'yeti yokdur. Şu kadar ki, mebî' beyân olunan vasıfdan ârî çıkar ise müşteri muhayyer olup dilerse kabûl eder ve dilerse bey'i fesh eder.

Mecelle ikinici re'yi kabûl ederek işbu faslı ona göre tahrîr eylemiş ise de hıyâr ale'l-ekser mebî' meclis-i akidde mevcûd olmadığından ta'rîf ve tavsîf ile icrâ-yı akid edile gelmekdedir. Bi'l-âhere müşteri mâlı tesellüm etdikden sonra

[42] *Mecelle.* md. 320-335; Ali Haydar, Durer el-Hukkam, I/520-541.
[43] Akgündüz, *Külliyât,* 416-417; Krş. Karaman, II/293 vd.

eğer fiyatlar müsâ'id ise hıyâr-ı ru'yet mevzû'- ı bahs olmuyor. Şâyed fiatlar herhangi bir sebeble tenezzül etmiş ise müşteri ma'rûz bulunduğu zararı bâyi'a tahmîl etmek için derhal hıyâr-ı ru'yetini dermeyân ederek akd-i bey'i feshe kalkışıyor ve bi'n-netîce mu'âmelât-ı ticâriyede elzem olan emniyet ve selâmeti ihlâl ediyor. Husûsuyla Mecelle'nin kabûl etdiği re'ye göre müşterinin kable'r-ru'ye hıyâr-ı ru'yeti ıskât etmesi mu'teber olmadığı gibi ba'de'r-ru'ye dahi hıyâr-ı ru'yet için bir müddet-i mu'ayyene olmayup müşteriden muhayyerliğin sukûtunu müstelzim bir fi'lin sudûruna kadar devam edip gitmesi müşkilât-ı ma'rûzayı tezyîd ve teşdîd etmekdedir. Bu cihetle nazar-ı dikkate alan komisyonumuz bâlâdaki üçüncü re'yi kabûl ederek Mecelle'nin 320, 321, 322, 323, 326, 327, 328, 332, 333, 334'üncü maddelerinin tayyına karar vermişdir.

Nümûne gösterilerek satılan şeylerin keyfiyet-i bey'inden bâhis olan 324 ve 325'inci maddelere gelince: İşbu iki maddenin müfâdına göre nümûne gösterilmek sûretiyle vukû' bulan bey' câiz olup mebî' lede't-teslîm nümûneden dûn çıkar ise müşteri muhayyerdir. Dilerse kabûl eder ve dilerse bey'i fesh eder. Bu sûretle mebî'in nümûneden dûn çıkmasından tevellüd eden muhayyerlik hıyâr-ı ru'yet kabîlinden olmayup hıyâr-ı aybden ma'dûd olacağı cihetle hıyâr-ı gayb fi'line atfen işbu maddeleri tayy etmek kâbil ise de nümûne irâ'e sûretiyle alım-satım beyne'n-nâs şâyi' olduğundan işbu maddeler ibkâ edilmişdir.

A'mânın keyfiyet-i bey' ü şirâsından bâhis olan 329, 330, 331'inci maddeler mevzû'un husûsiyetine binâen ibkâ edilmişdir[44].

Gabn ve Tağrir Konusundaki Ta'diller

Gabn, aldanma demektir. Mecelle, *gabn-i fâhiş'i,* gayr-ı menkullerde % 20, hayvanlarda % 10, diğer ticarî mallarda ise % 5 olarak tesbit etmiştir. *Gabn-i fâhiş* aşırı aldanma demektir. Bu nisbet, Hanefilere göredir. Bu nisbette olmayan gabinlere ise *gabn-i yesîr* denilir ve biraz sonra zikredilecek hükümlerde nazar-ı itibara alınmaz[45]. Yine Hanefi hukukçuları ve Mecelleye göre, *tağrîr* yani *hile* ve aldatma bulunmadıkça gabnin akidlere tesiri söz konusu değildir. Bu kâidelerin bir istisnâ'sı vardır; o da, vakıf, yetîm malı ve devlet mallarında tağrîr bulunmasa bile, gabn-i fâhiş ile yapılan akidler sahîh değildir. Ancak taraflardan birinin tağrîri yani aldatması ve hilesi sonucu akidde gabn-i fâhiş olmuşsa, aldanan taraf akdi feshetme yetkisine sahip olur. Bu konuda diğer mezheplerin bazı farklı görüşlerinin bulunduğunu sadece belirtelim. Aldanan tarafın bu fesih hakkına *"hıyâr-ı gabn ve tağrîr=aldanma ve aldatmadan doğan seçimlik hakkı"* denmektedir[46].

Hile (Tağrîr=Tedlis=Hılâbe), "*taraflardan birinin diğerini hukukî bir mu'âmelede bulunması için kasden hatâya düşürerek aldatması"* diye tarif edilmektedir. Mecelle, *"tağrîr"* îfâdesini, aldatmak diye tanımlamıştır. Tağrîr yani aldatılma sonucu akdedilen akidlerin, aldanan taraflarca feshedilebileceğini ve bu yetkiye de *"hıyâr-ı tağrîr"* dendiğini biraz önce zikretmiştik. Hile yoluyla hatâya düşürülen tarafa akdi iptal yetkisi verildiği gibi, zarara maruz kalmış ise karşı tarafın tazmîn borcunun bulunduğu da belirtilmiştir.

İslâm hukuku, hileli hatânın akde tesir ettirilmesinin, hukukî mu'âmelelerdeki istikrâr esasına ters düşmeyeceğini kabul etmektedir. Bu sebeple daha da ileri giderek, desiseler kullanma, yalan beyanda bulunma, kusur ve eksiği gizleme ve hatta üçüncü şahıslardan vaki hileleri dahi akdin feshi için gerekçe olarak kabullenmişdir. Sadece bedelde hileyi *(tağrîr-ı kavlî)* değil, vasıfda hileyi de *(tağrîr-ı fi'lî)* fesih sebebi saymaktadır. Sükût ve gizleme yoluyla yapılan hilelere karşı ise, ilerde göreceğimiz *"hıyâr'ül- ayb=kusur muhayyerliği"* mü'essesesini

[44] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 898-99.
[45] *Mecelle,* md. 165; Ali Haydar, Durer el-Hukkam, I/247-248.
[46] *Mecelle*, md. 356-360; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/588 vd.; Karaman, II/133 vd.; Zerka. I/417 vd.

yerleştirmiştir. Konunun ayrıntılarına girmeden bu kadarıyla yetiniyoruz[47]. Mecelle ta'dillerinde, hileden doğan fesih hakkının, öğrenme tarihinden itibaren bir sene, her halûkârda ise üç senelik zamanaşımına tabi tutulduğunu görüyoruz[48].

MADDE 360 – Tağrîr ve gabn-ı fâhiş ile iştirâ olunan mebî' telef ve müstehlek olsa veyâhûd ol mebî'de maîb olmak ve arsa olup da üzerine binâ yapılmak gibi bir keyfiyet hudûs etse mağbûn olan kimsenin bey'i feshe selâhiyeti kalmaz.

MC. 46; MH. 532-536; TBK. 21, 196, 200, 204.

1340 tarihinde bu faslın (7.) sonuna kadar bir madde daha ilâve edilmiştir:

Hıyâr-ı vasf ve hıyâr-ı ayb ile hıyâr-ı gabn ve tağrîr için bir müddet-i mu'ayyene olmadığından suver-i mezkûreden biriyle husûle gelen muhayyerliğin sinîn-i vefîre devâm etmesi ihtimâli mevcûddur. İhtimâl mezkûr tarafeyn-i âkideyn için vaz'iyyet-i hukûkiyelerinin adem-i takarrurunu mûcib olacağı gibi böyle uzun müddet mürûrundan sonra ikâme edilecek bu kabîl de'âvînin ber-vech-i hakkâniyet hal ve faslında mehâkim dahi duçar-ı müşkilât olur. Husûsuyla de'âvî-i mezkûrenin derkâr olan husûsiyetlerine binâen sinîn-i vefîre bilâ-mâni' ikâme edilmemesi muhayyer olan tarafın her hangi bir sebebile hakk-ı hıyârını ıskât etmiş olması fikrini te'yîd etmekde bulunduğundan bu gibi da'vâlar için bir mürûr-ı zamân müddeti kabûl edilerek madde-i âtiye tahrîr edilmişdir:

Büyû'un Bâb-ı Sâdîsinin Fasl-ı Sâbi'ine İlâve:

[Madde 5 – Hıyâr-ı vasf veya hıyâr-ı ru'yet veya hıyâr-ı ayb veyahûd hıyâr-ı gabn ve tağrîr ile muhayyer olan kimse tarafından muhayyerliği mûcib olan sebebe ıttılâ' târîhinden i'tibâren bir ve işbu sebebe muttali' olmasa dahi vakt-i akidden i'tibâren üç sene mürûrundan sonra ikâme olunacak fesh-i akd veya noksân-ı semen da'vâsı mesmû' olmaz] [49]

Selem (Alevra Satış) Hakkındaki Tadiller

Selem: Buna *"selef"* de denir. Peşin para ile veresiye mal satın almaya denir. Peşin paraya *re's-i mal*, veresiye mala *müslemün fih*, para verene *rabb'üs-selem*, satıcıya ise *müslemün ileyh* denilir. Kuruluşu itibarıyle satım akdinden farksızdır. Ancak konusu, sıhhat şartları ve hukukî sonuçları itibariyle özel hükümleri vardır. Selem denilen *alevra (alevire)* satım akdinin konusu, ancak miktarı ve vasıfları ta'yîn olunan mallar olmalıdır. 1340/1924 tarihinde bu hüküm, *"müte'âmil olan her şeyde selem câ'izdir"* şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 380 – Bey' gibi selem dahi îcâb ve kabûl ile mün'akid olur.

Meselâ, müşteri bâyi'e yüz kile buğday için bin kuruş selem verdim deyip ol dahi kabûl ettikde (selem) mün'akid olur.

MC. 3, 167; MH. 537-547; TBK. 25, 1133-1158.

MADDE 381 – Selem ancak miktârını ve sıfatını, meselâ alalığını ya ednâlığını ta'yîn eylemek kâbil olan şeylerde sahîh olur.

TBK. 187 (kati veadeli satış), TTK. 25.

Mecelle'nin 381'inci maddesi akd-i selemîn ne gibi emvâlde cereyân edeceğinden bâhisdir. Akd-i selem zamânımızda envâ'-ı büyû'un en mühimini teşkîl eyleyeceği halde bunu mekîlât ve mevzûnât ve mezrû'ât ile adediyât-ı mütekâribeye hasr ederek adediyât-ı mütefâviteyi hâric bırakmışdır. Deri, kuzu, kavun ve karpuz gibi adediyât-ı mütefâvitede selem

47 *Mecelle*, md. 357-360; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/589 vd.; Zerka, I/404 vd.; Karaman, II/142-149.
48 Akgündüz, *Külliyât*, 422.
49 *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 902.

beyne'n-nâs müte'âmel olup nâsın mu'âmelâtını mehmâ emken sıhhata haml etmek evlâ olduğundan 381'inci madde ber-vech-i âtî ta'dîl edilmişdir.

[381 Madde – Selem müte'âmel olan şeylerde ale'l-ıtlâk sahîhdir.][50]

MADDE 382 – Mekîlât ve mevzûnât ve mezrû'âtın mikdârını keyl ve vezin ve zirâ' ile ta'yîn olunur.

Mecelle'nin 382 ve 383'üncü maddeleri mekîlât ve mevzûnât ve mezrû'ât ile adediyât-ı mütekâribenin ta'yîn-i mikdârına mütedâirdir.

MC. 386. (1340 tarihinde bu madde lağvedilmiştir.) [51]

MADDE 386 – Selemîn sıhhatinde mebî'in cinsi, meselâ buğday ve pirinci ve hurma diye ve nevi meselâ yağmur ile ya saky ile hâsıl olan diye ve sîfâtı, meselâ a'lâ yâhud ednâ diye ta'yîn ve gerek mebî'in ve gerek semenin mikdârı ve mebî'in zaman ve mekân-ı teslîmi beyân olunmak şarttır.

386'ıncı maddede mikdâr-ı mebî'in hîn-i adedinde ta'yîn ve beyânı meşrût olup şekl-i ta'yîn ise beyne'l-bilâd mütehâlif olan örflere göre mütehavvel ve mütebeddel olduğundan işbu iki madde tayy edilmiş ve adediyât-ı mütefâvitede mikdâr-ı mebî'in sûret-i ta'yînine dâir bir madde tahrîrine lüzûm görülmemişdir.

Mecelle'nin 386'ıncı maddesinde şerâ'it-i selem ta'dâd ve beyân olunur iken mebî'in zamân-ı teslîmini ta'yîn lüzûmu beyân olunmuş ise de mu'âmelât-ı ticâriyede ale'l-ekser zamân- i teslîm beyân edilmeyüp bu cihet örf ve âdete bırakıldığından işbu maddeye fıkra-i âtiyenin ilâvesi takarrur eylemişdir:

[Şu kadar ki, mebî'in teslîmi beyân edilmezse bu husûsda örf ve âdete bakılır.] MC. 24, 83, 257; TTK. 25 (1340 tarihinde)[52].

MADDE 387 – Sıhhat-ı selemîn bekâsında semenin meclis-i akidde teslîmi şarttır. Ve âkideyn kable't-teslîm iftirâk ederlerse bu hususta örf ve âdete bakılır..

MC. 230, 644. (1340 tarihinde bu madde şu şekilde değiştirilmiştir:

"Sıhhat-i selemîn bekâsında, semenin meclis-i akidde teslîmi şart değildir."

Madde 387- Sıhhat-i selemîn bakâsında semenin meclis-i akidde yâhûd târîh-i akidden i'tibâren üç gün zarfında tesmîyesi şartdır. Şu kadar ki müslemün-fîhin zaman-ı teslîminin hulûlünden mukaddem te'diye edilmek üzre bilâ-şart semenin üç günden ziyâde te'hîr-i teslîmi dahi selemi ifsâd etmez.

387'inci maddenin sebeb-i ta'dîli sûretiyle vukû' bulan bir çok mübâya'ada re'sü'l-mâlın

meclis-i akidde teslîm olunmamakda olduğu mesmû' olması hasebiyle şu mu'âmelenin mehmâemken

sıhhate hamli Esbâbına tevessüldür. Kütüb-i Mâlikiyye'den Şerhü'l-Kebîr'in Bâbu's-

Selemi'nden [(شرط (صحة عقد) السلم (وهو بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن لأجل وهي سبعة زيادة على شروط البيع أولها) قبض رأس المال كله (ورأس الشيء أصله ولما كان ما يعجل أصلا للمسلم فيه سمي رأس المال فالمراد بالمال المسلم فيه ورأسه المسلم) أو تأخيره (بعد العقد) ثلاثا (من الأيام) ولو بشرط (لخفة الأمر لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه وهذا إذا لم يكن أجل السلم كيومين وذلك فيما شرط قبضه ببلد آخر على ما يأتي وإلا فلا يجوز تأخيره هذه المدة لأنه عين الكالئ بالكالئ فيجب أن يقبض بالمجلس أو ما يقرب منه ومعنى كلام المصنف

[50] *Cerîde-i Adliye,* 1340, Sy. 25, sh. 898-99.
[51] *Cerîde-i Adliye,* 1340, Sy. 25, sh. 898-99.
[52] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 899-900.

أن شرط السلم أن لا يتأخر قبض رأس المال أكثر من ثلاث فالمضر تأخيره أكثر منها وهو معنى قول بعضهم من شروط السلم أن يكون رأس المال نقدا أي معجلا أو في حكم النقد ولا يؤخر بشرط فوق ثلاثة انتهى) وفي فساده بالزيادة (على الثلاثة بلا شرط) إن لم تكثر جدا (بأن لا يحل أجل المسلم فيه وعدم فساده) تردد (فإن أخر بشرط وإن قل أو كثر جدا حتى حل الأجل فسد اتفاقا خلافا لما يوهمه إطلاقه من أن التردد جار في التأخير بشرط وبغيره وأن التأخير إن كثر جدا ولو لم يحل الأجل مفسد قطعا وليس كذلك ثم المعتمد الفساد بالزيادة ولو قلت بغير شرط] diye muharrer olduğu gibi müslemün-fîhin lâ-ekall nısf şehr te'cîli lüzûmuna dâ'ir bahisde dahi [( ) إلا(أن يشترط)أن يقبض المسلم فيه)ببلد(غير بلد العقد على مسافة)كيومين(فأكثر ذهابا فقط ولا يشترط نصف شهر بخلاف ما إذا كانت أقل من اليومين ويش ترط أيضا أن يخرجا بالفعل كما أشار له بقوله:)إن خرج(العاقد الشامل لهما)حينئذ(أي حين العقد بأنفسهما أو بوكيلهما ولا بد من اشتراط الخروج وتعجيل قبض رأس المال بالمجلس diye muharrer bulunmasından Mezheb-i Mâlik'de re'sü'l-malın üç gün ve bilâ-şart müslemün-fîhin zaman-ı hulûlünden mukaddeme kadar te'hîri câ'iz ve müslemün-fîhin iki günlük bir mesâfede teslîmi meşrût olduğu ve âkideyn veya vekîlleri heman hareket etdikleri hâlde meclis-i bey'de teslîmi lâzım olduğu anlaşılmış ve kısm-ı sânînin vukû'u nâdîr olması hasebiyle mu'âmelât zamanı mehmâ-emken şer'a takrîb içün kısm-ı evvele tevfîkan 387'inci madde ta'dîl olunmuşdur[53].

Mecelle'nin 687'inci maddesi sıhhat-i selemîn bekâsında semenin meclis-i akidde teslîmine metedâir olup âkideyn kable't-teslîm iftirâk ederlerse akd-i selemîn münfesih olacağını beyân ediyor. Selemden maksûd ileride teslîmi şart olan mebî'a mukâbil semeni şimdiden kabz ederek bâyi'in ihtiyâc-ı âcilini tatmînden ibâret olmasına nazaran semenin ecel-i ba'îd ile mü'eccel olmasını erbâb-ı hukûk tecvîz etmemişler ise de semenin meclis-i akidde teslîm edilmeyüp tekâsît-i mu'ayyene ile tesviyesi beyne'n-nâs müte'âmel olmasına ve semenin te'hîr- i teslîminden dolayı akdin infisâhına kâil olmak halkın ihtiyâcını tazyîk edeceğine ve nâsın ihtiyâc umûmî olsun, husûsî olsun zarûret menzilesine tenzîl ve zarûrete binâen memnû' olan şeyler tecvîz olunduğu gibi hâcet sebebiyle dahi tecvîz olunmasına binâen işbu maddenin şekl-i âtiyede ta'dîl olunmuşdur.

[387. Madde – Sıhhat-i selemîn bekâsında semenin meclis-i akidde teslîmi şart değildir.][54]

Peştemallık

Hava parası da diyebiliriz. Bir yeri kira ile tutabilmek için sahibine veya çoğunlukla içindeki kiracıya açıktan verilen paraya peştamallık denilir. Yoğun ticaretin yapıldığı merkezdeki iş yerlerinde kiraya verilen taşınmazlarda, kiracının kira bedelinin dışında, taşınmazın sahibine ya da eski kiracısına bir kereye has verdiği paradır.

"Bâb-ı sânînin fasl-ı sânîsine ber-vech-i zîr bir madde ilâve olundu

Madde 11- Esnâf arasında müte'âref olduğu üzre âlât ve edevât-ı mahsûsanın peştemâllık nâmıyla bey'i câ'izdir.

On birinci maddenin sebeb-i tahrîri esnâf arasında peştemâllık nâmıyla vukû'u te'ammüm eden ba'zan âlât ve edevât-ı mevcûde olduğu ve ba'zan da mevcûd denilebilecek hiçbir şeyin bulunmadığı ve nâsı bundan men' etmek imkânı olmadığı anlaşılmasına mebnî nâsı mu'âmele-i fâsideden kurtarmak içün bu nev' büyû'un cevâzı cihetini iltizamdır. Ve

[53] *Cerîde-i Adliye,* Sy: 7-8-9, 1338, Sene: 1-Sayfa: 431.
[54] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 899-900.

cinsi ve vasfını semen- i gâlî ve rahîs ile bey‘i Mezheb-i Hanefî'de câ’iz olduğu cihetle peştemâllık nâmıyla vukû‘ bulan bey‘de mebî‘ ba‘zı âlât ve edevâtdan ibâret olarak ta‘yîn olunduğu hâlde akdin Mezheb-i Hanefiye'ce sıhhatinde şekk olmadığından ve meselâ bir mağazanın devr ve tahliyesi esnâsında satılan ba‘zı âlât ve edevât-ı mahsûsaya peştemâllık nâmı verilmek müte‘âref olduğu hâlde o gibi bey‘deki mebî‘a bu nâmın verilmesinde ise yine mezhebce mâni‘ görülmediğinden mezkûr 11'inci madde şu makâsıdı te’mîne kâfil olacak sûretde tertîb edildi[55].

1340 tarihinde şu ilaveler yapılmıştır:

Esnâf arasında öteden beri peştemallik bey‘i müte‘âref olmakla beraber bu husûsda kavânîn-i mer‘iyyemizde bir sarâhat olmadığından mu‘âmelât-ı nâsı tanzîm ve bu cihetden tekevvün edecek de‘âvînin sühûletle hal ve hasmını te’mîn için madde-i âtiyenin ilâvesi ekseriyetle takarrur eylemişdir.

Bâb-ı Sânînin Fasl-ı Sânîsine İlâve:

[Madde 4 – Esnâf arasında müte‘âref olduğu üzere peştemâllik bey‘i câizdir.]

Abdurrahman Manib Bey usûl-i muhâkemenin 64'üncü maddesiyle bu cevâzın te’mîn edilmiş bulunduğunu beyân ederek muhâlif kalmışdır[56].

Parçalanması Zararlı Olan Mevzûnâtın Satışı

Kap ve kile ile ölçülebilen şeylere *keylî* yahut *mekîlât*; tartılabilen şeylere *veznî* yahut *mevzûnât;* ölçü birimleriyle ölçülebilene *mezrû‘ât;* sayı ile sayılanlara ise *adediyât* denilir[57].

MADDE 224 – Teb‘izinde zarar olan mevzûnâttan bir mecmû‘un mikdarı beyan yalnız ol mecmû‘un bahası zikrolunarak satıldıkta lede’t-teslîm nâkıs çıkarsa müşteri muhayyer olup dilerse bey‘i fesheder, dilerse çıkan mikdarı mecmû‘ semen-i müsemmâ ile alır ve zâid gelirse ziyadesi müşterinin olup bâyi‘ muhayyer olmaz.

Meselâ, beş kıratdır diye yirmi bin kuruşa satılan bir elmas taş dört buçuk kırat çıksa müşteri muhayyer olup dilerse terkeder ve dilerse ol taşı yirmi bin kuruşa alır ve eğer beş buçuk kırat çıkarsa ol taş yirmi bin kuruşa müşterinin olup bunda bâyi‘ muhayyer olamaz.

" Teb‘izinde zarar olan mevzûnâttan bir mecmû‘un miktarı beyan ve yalnız ol mecmû‘un bahası zikr olunarak satıldıkta lede’t-teslîm tamam çıkarsa bey‘ lâzım olur, nakıs çıkarsa müşteri muhayyer olup dilerse bey‘i fesheder, dilerse semen-i müsemmâdan hissesiyle kabul eyler. Bu takdirde bâyi‘in rızası şarttır. Ve zâid çıkarsa ziyâde bâyi‘indir. Bu suretde gerek bâyi‘ ve gerek müşteri muhayyer olur. Şu kadar ki bâyi‘ ziyadeyi meccanen müşteriye terk ederse müşterinin muhayyerliği sakıt olur ve ziyade mukabelesinde bir ivaz itasıyla bey‘in takririnde tarafeyn ittifâk ederlerse câ’iz olur."

224'üncü maddenin ta‘dîli Mezheb-i Hanefî'de kemmiyet-i muttasıladaki sîfât içün semenden hisse olmadığı ve 224'üncü maddenin ihtivâ etdiği mes’eledeki ziyâde ve noksân dahi kemmiyet-i muttasıladaki sîfât kabîlinden add olunduğu hâlde mebî‘ zâ’id gilirse ziyâdenin bilâ- bedel müşteriye â’idiyeti hem kazâ’en hem diyâneten mi yoksa yalnız kazâ’en mi olduğunda ihtilâf olunup ba‘zı ulemânın hem kazâ’en hem diyâneten ve ba‘zı ulemânın kazâ’en lâ- diyâneten demesi ve bu maddedeki ziyâdeye ve noksâna kıymet veren Mezheb-i Hanbelî'nin zamâna muvâfık görülmesi Esbâbına mebnîdir ve Mezheb-i Hanbelî müdevvenâtından

Keşşâfü'l-Kınâ‘da mühalahhasan [وأن باعه أرضا أو دارا أو ثوبا على أنه عشرة أذرع فبان أكثر فالبيع صحيح والزائد للبائع مشاعا ولكل منهما الفسخ إلا أن المشتري إذا اعطى الزائد مجانا فلا فسخ له وأن اتفقا على امضائه لمشتر يعوض جاز وأن بان أق فكذلك والنقص على البائع

[55] *Cerîde-i Adliye,* Sy: 5, 1338, Sene: 1-Sayfa: 239.
[56] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 902.
[57] *Mecelle*, md. 131-136.

ولمشتر الفسخ وله إمضاء البيع بقسطه من الثمن برضا البائع وإلا فله الفسخ وأن بذك مشتر جميع الثمن لم يملك البائع الفسخ وأن اتفقا على تعويضه عنه جاز diye muharrerdir.[58]

20 Mayıs 1340 tarihli değiştirilmiş şekli:

Mecelle'nin 224'ncü maddesi teb‘îzinde zarar olan mevzûnâtın keyfiyet-i bey‘inden bâhisdir. Teb‘îzinde zarar olan mevzûnâtda muhtelif vezn, vasf kabîlinden midir, yoksa kadr nev‘inden midir bu cihet erbâb-ı hukûk arasında muhtelefuh fîhdir. Bazıları teb‘îzinde zarar olan mevzûnâtda vezni vasf kabîlinden add ederek semenden hissesi olmadığına zâhib olmuşlardır. Bu re’ye göre bu kabûl mevzûnâtdan bir mecmû‘un mikdârı beyân ve yalnız ol mecmû‘un babâsı zikr olunarak satıldıkda lede’t-teslîm nâkıs çıkarsa noksân vezn ayb kabîlinden olduğu için müşteri muhayyer olup dilerse bey‘i fesh eder ve dilerse vasfın semenden hissesi olmadığı cihetle semen-i müsemmâdan bir şey tenzîl edemeyüp çıkan mikrârı mecmû‘-ı semen-i müsemmâ ile alır ve zâid gelir ise ziyâdesi müşterinin olup bâyi‘ muhayyer olmayacağı gibi ziyâde mukâbilinde müşteriden ayrıca bir ivaz mutâlebe edemez. Mecellenin bu re’yi tercîh ederek 224'ncü maddeyi ona göre yazmışdır. Halbu ki bu gibi mevzûnâtda mikdârı ta‘yîn ve beyân etmekde olan veznin kadr-i nev‘inden add olunmayup da vasf telakkî olunması nazariyâta muvâfık olmadığı gibi akd-i mezkûrda mebî‘ noksân çıkdığı takdîrde müşteri bey‘i fesh etmeyüp de mebî‘i olmak isterse semen-i müsemmânın mecmû‘unu teslîme mecbûr olması ve mebî‘ ziyâde çıkdığında bâyi‘a hakk-ı hıyâr bile bahş olunmayup ziyâdeyi bilâ-ivaz müşteriye terke muztar kalması fikr-i ma‘delete mutâbık değildir. Binâen aleyh komisyonumuzca veznin kadr kabîlinden olmasını tercih ederek 224'ncü maddeyi ber-vech-i âtî ta‘dîl eylemişdir:

[224. Madde – Teb‘îzinde zarar olan mevzûnâtdan bir mecmû‘un mikdârı beyân ve yalnız ol mecmû‘un bahâsı zikr olunarak satıldıkda lede’t-teslîm temâm çıkarsa bey‘ lâzım olur, nâkıs çıkarsa müşteri muhayyer olup dilerse bey‘i fesh eder. Dilerse semen-i müsemmâdan hissesiyle kabûl eyler. Bu takdîrde bâyi‘in rızâsı şartdır ve zâid çıkarsa ziyâde bâyi‘indir. Bu sûretde gerek bâyi‘ ve gerek müşteri muhayyer olur. Şu kadar ki bâyi‘ ziyâdeyi meccânen müşteriye terk ederse müşterinin muhayyerliği sâkıt olur. Ve ziyâde mukâbelesinde bir ivaz i‘tâsıyla bey‘in takrîrinde tarafeyn ittifâk ederlerse câiz olur.]

Abdurrahman Münib Bey [bu takdîrde bâyi‘in rızâsı şartdır] fıkrasına muhâlifdir[59].

MC. 223, 225, 229, 345, 346; TTK. 25; TBK. 182, 184; TMK. 686.

MADDE 225 – Teb‘izinde zarar olan mevzûnâttan bir mecmû‘un mikdarı ile aksam ve eczasının bahası dahi beyan ve tafsil olunarak satıldıkda lede’t- teslîm gerek nakıs çıksın ve gerek zâid çıksın müşteri muhayyer olup dilerse bey‘i fesheder ve dilerse çıkan miktarı aksam ve ecza için beyan olunan baha hasebiyle alır.

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

20 Mayıs 1340 tarihli değiştirilmiş şekli:

" Teb‘izinde zarar olan mevzûnattan bir mecmû‘un miktarıyla aksam ve eczasının bahası dahi beyan ve tafsil olunarak satıldıkta lede’t-teslîm gerek tamam çıksın ve gerek nakıs ve zâid çıksın hükmü madde-i ânifenin hükmü gibidir."

225'inci maddenin ta‘dîli 224'üncü maddeye merbûtundan neş’et eyledi ve 224 ve 225'inci maddelerin ta‘dîli ile 226'ıncı madde zîrinde muharrer misâllerin tağyîrini îcâb edüp hâlbuki maddelerin vuzûhu yeniden misal tahrîrinden müstağni olmağla beraber zâten örf ve âdete müstenid olduğu cihetle misal ile îzâhına ihtiyâc olmayan 224'üncü

[58] *Cerîde-i Adliye*, Sy: 5- 1338, Sene: 1-Sayfa: 238.
[59] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 896-97.

maddenin misâlindeki [ammâ el-hâletü hâzihi] den sonraki fikra hakkındaki örf ve âdet tağayyur etmiş olması hasebiyle gerek 224'üncü gerek 225'inci ve 226'ıncı maddeler zîrindeki misâller tayy edildi[60].

224'ncü madde ile 225'nci madde arasındaki insicâmı muhâfaza için 225'nci madde ekseriyetle şekl-i âtîde ta'dîl olunmuşdur:

[225. Madde – Teb'îzinde zarar olan mevzûnâtdan bir mecmû'un mikdârıyla aksâm ve eczâsının bahâsı dahi beyân ve tafsîl olunarak satıldıkda lede't-teslîm gerek tamâm çıksın ve gerek nâkıs ve zâid çıksın hükmü madde-i ânifenin hükmü gibidir.)

Abdurrahman Münib Bey madde-i sâbıkadaki teklîfiyle müterâfik olmak üzere işbu maddenin alâ-hâlihî ibkâsı re'yinde bulunmuşdur[61].

MC. 223, 224; TTK. 25; TBK. 184.

Va'de İle Satış Hakkındaki Ta'diller

Konuyla alakalı ta'dil şu şekildedir:

MADDE 247 – Şu kadar gün veya ay sene veyahut rûz-ı Kasım gibi âkideyn indinde ma'lûm ve mu'ayyen olan bir vakte kadar, vade ile pazarlık olunsa bey' sahîh olur.

MC. 245; TBK. 75-79, 222-224.

Madde 246-Semenin te'cîlinde ve taksîtinde müddet ma'lûm ve mu'ayyen olmak lâzımdır. Binâ'en-aleyh şu vakte kadar ya ay veya sene ve yâhûd rûz-ı Kasım gibi âkıdeyn indinde ma'lûm ve mu'ayyen olan bir vakte kadar ile pazarlık olsun bey' sahîh olur.

Madde 247- Hasâd mevsimi gibi beyne'n-nâs müte'âref olan bir müddet beyânıyla pazarlık olunsa bey' sahîh olur.

246 ve 247'inci maddelerin ta'dîli hasâd zamânı gibi beyne'n-nâs müte'âref ve cehâleti yesîr olan bir müddet beyânıyla vuku' bulan bey'in sıhhatini iltizâmdan neş'et eyledi.

Mecelle'de semenin te'cîl ve taksîti içün müddetin ma'lûm ve mu'ayyen veya gayr-i mu'ayyen olması cihetleri nazar-ı i'tibâra alınarak bey'in sıhhati ve gayr-i ma'lûmiyetde fesâdı beyânıyla iktifâ olunmuş ve Mezheb-i Hanefî'nin îcâbı da bundan ibâret bulunmuş ise de, beyne'n-nâs cehâleti yesîr görülen hasâd zamânı gibi zamânlar te'cîlen vukû'u müte'âref olan büyû'un fesâdına zehâben buna müsâ'id olan Mezheb-i Mâlik'e göre tashîhi evlâ görüldü ve Mecelle'nin rakamları muhâfaza edilmek içün 247 ve 246'ıncı maddeye cem' olunup ilâvesine lüzûm görülen hükm dahi 247'inci madde olarak yazıldı.

Ukûdda mûcib-i münâza'a olan mechûliyetden firâr Mezheb-i Hanefiye'ce nasıl mültezem ise Mezheb-i Mâlikiye'ce de öyle mültezem olmağla beraber, meselâ bir binânın bey'inde temelindeki mechûliyetin safhı gibi kâbil-i ictinâb olmayan ba'zı cehâletler her iki mezhebce bi'z-zarûre kabûl edilmiş olduğu hâlde, bu husûsa müte'allık ba'zı mesâ'ilde mezhebeyn

arasında ihtilâf olması birinde mûcib-i münâza'a görülen cehâletin diğerinde görülmemesi gibi fer'î ihtilâfdan neş'et etmiş ve meselâ Mezheb-i Hanefî müdevvenâtından Mültekâ'nın Kitâbü'l- Büyû'unda [ve bi-semenin hâllin ve mü'eccelin ve bi-ecelin ma'lûm] ve bey'-i fâsid bâbında dahi ولا البيع الي الحصاد و الدباس و الفطاق والجزاز و قدوم الحاج و (الشرط الثالث) diye muharrer olduğuhâlde kütüb-i Mâlikiye müdevvenâtından Şerhü'l-Kebîr'in Bâb-ı Sulhunda (أن يؤجل (أي السلم بمعنى المسلم فيه) بمعلوم (أي بأجل معلوم للمتعاقدين ولو حكما كمن لهم عادة بوقت القبض وإلا فسد وأشار لأقل الأجل بقوله) زائد على نصف شهر (ظاهره أن نصف الشهر لا

60 *Cerîde-i Adliye,* Sy: 5- 1338, Sene: 1-Sayfa: 237vd.
61 *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 896-97.

يكفي وليس كذلك فالوجه أن يقول أقله نصف شهر ولا حد لأكثره إلا ما لا يجوز البيع إليه وأشار بقوله) كالنيروز (إلى أن الأيام المعلومة كالمنصوصة وهو أول يوم من السنة القبطية ومعناه اليوم الجديد وفي سابعه ولادة عيسى عليه السلام) والحصاد والدارس (بفتح أولهما وكسره) وقدوم الحاج (والصيف والشتاء) واعتبر (في الحصاد وما معه) ميقات معظمه وسواء وجدت الأفعال أو عدمت فالمراد وجود الوقت الذي يغلب فيه الوقوع)] diye muharrer görülmüş ve Şerhü'l-Kebîr'deki cevâz nâsın hasâd ve derâsı zamânları gibi âdet zamânları gibi âdet ta'yîn bildikleri vakit kabzların mezhebce hükmen ma'lûm olarak kabûl edilmesine mebnî bulunmak ve 24'üncü madde Mezheb-i Mâlikî'deki şu tafsîlâta binâ'en ta'dîl olunmuşdur[62].

Teslim ve Tesellümden Önce yahut Sonra Semen yahut Müsemmende Tasarruf Hakları

Teslim ve tesellüm konusunda bazı hususları belirtelim:

Birincisi, mülkiyetin naklidir. Sahîh olarak kurulan ve şart muhayyerliği bulunmayan akidlerde mülkiyeti nakleden bizzat akiddir. Yani akid mülkiyeti nakil borcunu değil, mülkiyeti nakil sonucunu doğurur. Konusu mal (ayn) olan ivazlı akidlerde (satım akdi gibi) akdin kurulması ile beraber mülkiyet de intikâl eder. Ayrıca teslîm ve tesellüm şartı aranmaz. Bu çeşit akidlerde akidden sonra ve teslîmden önce akdin konusunda meydana gelen artışlar, karşı tarafa mesela alıcıya aittir. İflas halinde mal karşı tarafa ait olduğu gibi, teslîmden önce, alıcının mal üzerindeki tasarrufları da geçerlidir.

İkincisi; konusu menfa'at olan akidlerde akid, menfa'atin nakli sonucunu doğurur. Hanefi hukukçular, bir şeyin menfa'atinin akid konusu olmasını istisnâ'î olarak istihsân yoluyla kabul etmişlerdir.

Üçüncüsü; karz gibi bazı akidlerde ise, akid zimmete borç (deyn) yükler.

Bu çeşit akidlere *mudâyenât* da denir.

Dördüncüsü; icâre-i âdemî de denilen hizmet akdi ve benzerlerinde ise, bir işi yapma borcunu doğurur.

Beşincisi; *"ukûd-ı zamânât"* denilen akidlerde ise, akid, borçların temînat altına alınması borcunu doğurur[63].

MADDE 253 – Müşteri kable'l-kabz mebî'i akar ise âhara satabilir ve eğer menkûl ise satamaz.

MC. 42, 85, 191, 267, 267, 278, 293, 586, 658, 747, 845, 1132, 1133, 1134, 1135, 1453;

TBK. 213, 633, 686;

"Müşteri kable'l-kabz mebî'i âhara satabilir."

253'üncü maddenin ta'dîli ihtiyâc-ı zamâna ve Basra fukahâsından ve tâbi'înden ve ruvât- ı hadîsden Osman el-Bettî'nin tecvîzine mebnîdir. Fakat delîlin mechûl olmasından dolayı bu mes'elede re'îs bey ile heyetden Hulusi ve Atıf Beyler muhâlif kaldılar[64].

62 Cerîde-i Adliye, Sy: 5- 1338, Sene: 1-Sayfa: 238vd.
63 Kadri Paşa, *Mürşid'ül-Hayrân*, md. 263-265, 274-277, 307-308; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II/389-412.
64 *Cerîde-i Adliye*, Sy: 6- 1338, Sene: 1-Sayfa: 286 vd.

Mecelle'nin 253'ncü maddesi ba'de'l-akd ve'l-kabz müşterinin mebî'de keyfiyet-i tasarrufuna dâirdir. Mebî' akâr ise müşteri onu kable'l-kabz âhara satabilirse de mebî' emvâl-i menkûleden ise kable'l-kabz satup satamayacağı erbâb-ı hukûk arasında muhtelefun fîhdir. Bu ihtilâfın menşe'i garar-ı infisâhdır. Ekser erbâb-ı hukûka göre garar-ı infisâh akd-i bey'in sıhhatine mâni'dir. Şöyle ki; menkûlâtda ziyâ' ve telef ihtimâli şâyi' olduğundan helâki takdîrinde akdin infisâhından dolayı müşteriyi tağrîr ve ızrâr gâlibdir. Binâen aleyh müşterinin iştirâ eylediği mal-ı menkûlü kable'l-kabz âhar satması câiz olmaz. Mecelle bu re'yi kabûl ederek işbu maddeyi ona göre yazmışdır. Erbâb-ı hukûkdan ba'zıları mâl-ı menkûlün kable'l- kabz bey'inin adem-i cevâzından mu'âmelât-ı ticâriyede tevellüd edecek müşkilâtı dikkate alarak su'ûbet sebeb-i teshîl olur ve darlık vaktinde vüs'at gösterilmek lâzım gelir diyerek akd-i mezkûru tecvîz eylemişlerdir. Zamânımızın ihtiyâcına evfak olan re'y-i ahîr komisyonumuzca tercîh olunarak işbu madde ber-vech-i zîr ta'dîl olunmuşdur:

[253. Madde – Müşteri kable'l-kabz mebî'i âhara satabilir.][65]

Bâb-ı râbi'in fasl-ı evveline ber-vech-i zîr bir madde ilâve olundu

Madde 12- Müşteri mütesâri'u'l-fesâd olan mebî'i kabz-ı semeni îfâ etmeden tagayyüb etdikde bâyi' hükm-i hâkime hâcet kalmaksızın mebî'i âhara satabilür.

On ikinci maddenin lüzûm-ı tahrîri pek zâhir ve me'hazı ise müdevvenât-ı Hanefiye'den Reddü'l-Muhtâr'ın Kitâbü'l-Bey'indeki müteferri'âtda ve Velvelâciyye'den ahzen muharrer olan و اشتري لحما فذهب ليجيء الثمن فابطأ فخاف البايع ان يفسد البائع بيعه لان المشتري] يكون راضيا بالانفساخ فان باع بزيادة تصدق بها او بنقصان وضع عن المشتري و هذا نوع ستحسان و به علم ما يسرع فساده لا يتوقف علي القاضي لرضاه بالانفساخ ibâresidir. [66]

MADDE 293 – Mebî' kable'l-kabz bâyi'in yedinde telef olsa müşteri hakkında birşey terettüb etmeyip zararı bâyi'e ait olur.

MC. 97, 275, 291, 308, 371, 891, 912; TBK 183, 216.

Madde 293- Mebî' kable'l-kabz bâyi'in yedinde müşterinin sun'u olmaksızın telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüb etmeyüp zararı bâyi'a â'id olur. Şu kadar ki bâyi' berây-ı kabz mebî'i müşteriye arz edüb de müşterinin imtinâ'ından sonra mebî' telef olsa telefde müşterinin sun'u olmasa bile zararı müşteriye â'id olur[67].

Madde 14- Müşteri semeni te'diye edinceye kadar yedinde kalmak üzre mebî'i fülâna teslîm et deyüb de bâyi' dahi bu vechile teslîm etdikden sonra mebî' telef olsa zararı bâyi'e â'id olur.

Mecelle'de olmadığından dolayı tahrîrine lüzûm görülen diğer maddelerden 13'üncü maddenin me'hazı müdevvenât-ı Hanefiye'den Hindiye'nin Kitâbü'l-Büyû'unda ve kable'l-kabş âfet-i semâviye ile mebî'in helâkine dâ'ir olan matlabda [رجل اشتري شاتين فنطحت احديها الاخري قبل القبض فهلكت خير ان اشتري ان شاء اخذ الباقية بحقها من الثمن و ان شاء ترك. و كذا لو اشتري حمارا و شعيرا فاكل الحمار الشعير قبل القبض. لان فعل العجماء جبار قصار كانها هلكت بآفة سماوية] diye muharrerdir.

[65] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 897-98.
[66] Cerîde-i Adliye, Sy: 5- 1338, Sene: 1-Sayfa: 239.
[67] Cerîde-i Adliye, Sy: 6- 1338, Sene: 1-Sayfa: 286.

On dördüncü maddenin me'hazı kitâb-ı mezkûrun bâb-ı evvelinin fasl-ı sâdîsinde " رجل اشتري ثوبا ولم يقبضه ولم يوعد الثمن فقال للبايع لا اتملك عليه اوقعه الي فلان فيكون عنده حتي اوقع اليك الثمن فدفعه البايع الي فلان فهلك عنده كان الهلاك على البايع لان المدفوع اليه يملكه بالثمن لاجل البايع فتكون يده كيد البايع " diye mastûrdur.[68]

Sevm-i Şirâ ile alakalı Ta'diller

Nefi' ve hasar konusunda *sevm-i şirâ ve sevm-i nazar* denilen iki istisnâ'î durumun zikredilmesi îcâbeder:

Sevm-i şirâ, bir malın semeninin tesbit olunup satın alınmak üzere alıcı tarafından kabzedilip götürülmesidir. Hasar, bu durumda alıcıya aittir. Zıyâı halinde, mislini yahut kıymetini satıcıya ödeyecektir.

Sevm-i nazar ise, bir malı görmek ve göstermek üzere alıcının kabzedip götürmesidir. Mal elinde emânet sayılır. Hasar halinde, kasıt ve kusur bulunmadıkça tazmîn gerekmez[69].

MADDE 298 – Sevm-i şirâ tarîkiyle yani tesmiye-i semen olunarak iştirâ etmek üzere müşterinin kabzedip de götürdüğü mal müşteri yedinde telef ve zâyi oldukda kıyemîyattan olduğu takdirde kıymetini ve misliyattan olduğu takdirde mislini bâyi'e vermesi lâzım gelir. Ammâ semen tesmiye olunmamışsa müşteri yedinde emânet hükmünde olarak bilâ-te'addîh telef ve zâyi olduğu halde zamân lâzım gelmez.

Meselâ, bâyi' bu hayvanın bahası bin kuruştur götür beğenirsen al deyip müşteri dahi ol veçhile iştira etmek üzere alıp götürse ve hânesinde hayvan telef olsa değeri bahâsını bâyi'e vermesi lâzım gelir. Ammâ bahası beyân edilmeyerek bâyi' götür beğenirsen alırsın deyip müşteri dahi beğenirse badehu pazarlığını edip de iştirâ eylemek üzere götürdükde yedinde bilâ te'addin telef olsa zaman lâzım gelmez.

MC. 83, 91, 771, 768, 925, 1464; TBK. 219-221.

Madde 298- Sevm-i şirâ tarîkiyle ya'ni tesmiye-i semen olarak iştirâ etmek üzre müşterinin kabz edüp götürdüğü mâl müşterinin sun'u olmaksızın yedinde telef ve zâyi' oldukda kıyemiyâtdan olduğu takdîrde kıymetini ve misliyâtdan olduğu takdîrde mislini bâyi'a vermesi lâzım gelür ve müşterinin sun'uyla telef ve zâyi' oldukda semen-i müsemmâyı vermesi lâzım gelür. Ammâ semen tesmiye olunmamış ise müşteri yedinde emânet hükmünde olarak bilâ- ta'addin telef ve zâyi' olduğu hâlde zamân lâzım gelmez.

293 ve 298'inci maddeler muhtevî oldukları ahkâm-ı Mecelle'yi tafsîl içün ta'dîl olundu. 293'üncü maddeye ilâve olunan fıkra kütüb-i Hanefiyye'den Fetâvâ-yı Hindiye'nin Kitâbü'l] diye ve kütüb-i Hanbeliye'den Keşşâfü'l-Kınâ'da

den ahz olundu ve ta'dîline muhâlefetinden dolayı ve 298'inci madde zîrindeki misâl tayy edildi[70].

Menfaatin Tazmini Hakkındaki Ta'diller

[68] *Cerîde-i Adliye,* Sy: 5- 1338, Sene: 1-Sayfa: 240.
[69] *Mecelle*, md. 298-299; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/468-473.
[70] Cerîde-i Adliye, Sy: 6- 1338, Sene: 1-Sayfa: 286 vd.

İslam hukukunda sorumluluk kavramı *"zamân"* terimiyle karşılanmaktadır. Mecelle, bu terimi tazmînat manasında kullanmıştır. Sorumluluk manasına kullanıldığında, iki çeşit sorumluluk kasdedilmektedir:

Birincisi, zamân'ül-akid denilen akdî sorumluluktur. İkincisi, zamân'ül-itlâf denilen haksız fi'il sorumluluğudur[71].

Genelde menfa'atleri mal telâkki etmeyen ve bu sebeple tazmînini de kabule yanaşmayan Hanefi hukukçular, üç istisnâ'i halde menfa'atlerin tazmîn edilmesini ve gasbın konusuna dâhil olmasını kabul etmişlerdir. *Menfa'at*, bir malın medenî semereleri ve intifâ' hakkı demektir. Menfa'atlerin tazmîni, ecr-i misil takdiriyle olacaktır. Vakıf mallar, küçüklerin malları ve kiralık gayr-ı menkuller (mu'addün lil-istiğlâl) gasbedilip de kullanıldığında, kullanılan süre için mal sâhibine ecr-i misil ödenecektir. *Ecr-i misil*, rayiç kira bedeli demektir.

1914 tarihli bir hukukî düzenleme ve 1341 tarihli Mecelle tadilleriyle bütün menfa'atlerin tazmînini kabul eden diğer mezheplerin görüşlerinin tercih edildiğine daha önce iştirâk etmiştik[72]. Mecelle Ta'dilleri görüldüğü gibi, çok önemli ta'dillerdir.

Zamân-ı menfa'at hakkındadır

MADDE 596 – Bir kimse bir malı sâhibinin izni olmaksızın isti'mal etmiş olsa gasp kabilinden olarak menfa'atini ödemek lâzım gelmez.

Fakat mal-ı vakıf ya mal-ı sağîr ise her halde ve mu'addün li'l-istiğlâl ise te'cil-i mülk ve akd olmadığı halde zamân-ı menfa'at yani ecr-i misil lâzım olur.

Meselâ, bir kimse âharın hanesinde akd-i icâre etmeksizin hod-be-hod bir müddet sakin olsa ücret vermesi lâzım olmaz. Fakat ol hane vakfın ya bir sağîrin malı ise gerek te'vil-i mülk ve akd bulunsun ve gerek bulunmasın her halde sâkin olduğu müddetin ecr-i mislini vermesi lâzım gelir. Kezâlik kira hane olup da te'vil-i mülk ve akd olunmadığı halde yine ecr-i misil lâzım olur.

Ve kezâ bir kimse sâhibinin izni olmaksızın bir kira beygirini alıp da bir müddet kullansa ecr-i mislini vermesi lâzım gelir.

MC. 36, 447, 450, 597-599, 417, 812, 886, 1246; TMK. 906-908; TBK. 266, 292-295

(1340 tarihinde bu madde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Mecelle'nin 596'ncı maddesi gasb-ı menâfi'a dâirdir. Bâlâda mükerreren arz olunduğu vechile komisyonumuz itlâf edilen menâfi'in ale'l-ıtlâk mazmûn olması esâsını kabûl etdiğinden işbu 596'ncı maddeyi ber-vech-i âtî ta'dîl eylemişdir:

[596'ncı Madde – Bir kimse bir malı sâhibinin izni olmaksızın isti'mâl etmiş olsa ecr-i misil lâzım olur.][73]

MADDE 597 – Te'vil-i mülk ile isti'mal olunan mal mu'addün li'l- istiğlâl olsa dahi zamân-ı menfa'at lâzım gelmez.

Meselâ, bir mal-ı müştereki şerîklerinden birisi diğer şerîkinin izni olmaksızın bir müddet müstakillen tasarruf ve isti'mâl eylese mülkümdür deyu isti'mal eylemiş olacağı cihetle muaddun li'l-istiğlâl olsa dahi diğer şerîki hissesinin ücretini alamaz.

MC. 596, 97, 1083, 1077; TMK. 906-907 (1340 tarihinde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

---

71 Senhurî, *Masâdır*, I/50.
72 *Mecelle*, md. 414; Akgündüz, *Ecr-i Misil*, sh. 340 vd.; Karaman, II/478-482.
73 *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 907 vd.

Mecelle'nin 597'nci maddesi te'vîl-i mülk ile isti'mâl olunan mala mütedâirdir. Mecelle menfa'atin mütekavvim olmadığı esâsını kabûl etdiğinden itlâf husûsunda ayn ile menfa'at arasında fark ihdâs etmişdir. Şöyle ki bir ayn-ı müştereki şeriklerinden biri diğerinin izni olmaksızın itlâf etse şerîkinin hissesini zâmin olacağı kabûl eylediği halde 597'nci maddede bir mâl-ı müştereki şeriklerinden biri diğerinin izni olmaksızın bir müddet müstakillen tasarruf ve isti'mâl eylese mülkümdür diye isti'mâl eylemiş olacağı cihetle diğer şerîki hissesinin ücretini alamaz, diyerek itlâf-ı menfa'atin müstelzim-i zamân olmayacağını beyân eylemişdir. Vâkı'â Mecelle bunu te'vîl-e mülke atf eylemiş ise de mâl-ı müştereki müstakillen tasarruf ve isti'mâl eden şerîkin tevil-i mülk eylemesi şerîk-i diğerin hakk-ı mülkiyetini ihlâl edemeyeceği derkârdır. Nasıl ki Mecelle kitâbü'ş-şirketde bir mâl-ı müştereki sâhiblerinden biri diğerinin gıyâbında bir müddet müstakillen isti'mâl etdikde şerîk-i gâibin dahi ol kadar müddet onda istîfâ-yı menfa'at edebileceğini kabûl eylediği gibi bir mâl-ı müştereki sâhiblerinden biri âhara îcârla ücretini ahz etdikde diğerinin hissesini redd ve i'tâ ile mükellef tutmuş ve bu husûsda şerîk-i diğerin hâzır veya gâib olmasında bir fark görmemişdir. Komisyonumuz ayn gibi menfa'atın da takavvümü esâsını kabûl eylediği cihetle itlâf-ı ayn ile itlâf-ı menfa'at arasında lüzûm tazmîn noktasından bir fark görmediğinden bir mâl-ı müştereki şerîklerinden biri diğerinin rızâsı olmaksızın bir müddet müstakillen tasarruf ve isti'mâl eyledikde diğer şerîkin dahi ol kadar müddet ol maldan intifâ' edebileceğini kabûl ile işbu maddeyi ber-vech-i âtî ta'dîl eylemişdir:

[597'nci Madde – Bir mâl-ı müştereki şeriklerinden biri diğer şerîkinin izni olmaksızın bir müddet müstakillen tasarruf ve isti'mâl eylese diğer şerîki gerek hâzır ve gerek gâib olsun ol kadar müddet o malı müstakillen tasarruf ve isti'mâl edebilir][74]

MADDE 598 – Te'vîl-i mal ile isti'mal olunan mal mu'addun li'l-istiğlâl olsa dahi zamân-ı menfa'at lâzım gelmez.

Meselâ, bir kimse müştereken mâlik olduğu bir dükkânı şerîkinin izni olmaksızın birine satmakla müşteri dahi bir müddet tasarruf edip ancak diğer şerîki bey'e icazet vermeyerek hissesini zabt eyledikde dükkânher ne kadar mu'addün li'l-istiğlâl ise de hissesinin ücretini mütâlebe edemez; zira müşteri onu te'vil-i akd ile isti'mal etmiş yani akd-i bey' ile mutasarrıfım diye kullanmış olduğu cihetle zaman-ı menfa'at lâzım gelmez.

Kezâlik bir kimse bir değirmeni mülkü olmak üzere birine bey' ve teslîm ile müşteri bir müddet zabt ve tasarruf ettikden sonra başka bir kimse ol değirmene müstahik çıkıp ba'de'l-isbat ve'l-hüküm müşteriden alsa, müşterinin müddet-i mezburede tasarrufu için ücret namına bir şey alamaz; zira bunda dahi te'vil-i akd vardır.

MC. 378, 442; TMK. 906-907 (Bu madde 1340 tarihinde çok az bir değişiklikle şu hale gelmiştir:

Komisyonumuzun kabûl eylediği tekavvüm-i menfa'at esâsına göre bir malın mu'addün li'l-istiğlâl olup olmaması zamân-ı menfa'at noktasından bir gûnâ farkı mûcib olmadığından 598'inci maddenin metindeki (mu'addün li'l-istiğlâl olsa dahi) fıkrasıyla misâlindeki (ükkân her ne kadar mu'addün li'l-istiğlâl ise de) fıkrası tayyedilerek madde şekl-i âtîye ifrâğ edilmişdir:

[598'inci Madde – "Te'vîl-i akd ile isti'mâl olunan malda zamân-ı menfa'at lâzım gelmez. Meselâ bir kimse müştereken mâlik olduğu dükkânı şerîkinin izni olmaksın birine satmakla müşteri dahi bir müddet tasarruf edüp ancak diğer şerîki bey'a icâzet vermeyerek hissesini zabt eyledikde hissesinin ücretini mütâlebe edemez. Zira müşteri onu te'vîl-i akd ile isti'mâl etmiş yani akd-i bey' ile mutasarrıfım deyu kullanmış olduğu cihetle zamân-ı menfa'at lâzım gelmez. Kezâlik bir kimse bir değirmeni mülkü olmak üzere birine bey' ve teslîm ile müşteri bir müddet zabt ve tasarruf etdikden sonra başka bir kimse ol değirmene müstahak çıkup ba'de'l-isbât ve'l- hükm müşteriden alsa müşterinin müddet-i mezbûrede tasarrufu için ücret nâmına bir şey alamaz. Zira bunda dahi te'vîl-ı akd vardır.][75]

[74] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 908 vd.
[75] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 909 vd.

Tarafların İradesiyle Akdi Sona Erdirme (İkale)

Akdi icra eden tarafların kendi rızalarıyla akdi ortadan kaldırmalarına ikâle denir. İkâlenin unsurları, îcâb ve kabul beyanları sarîh olabileceği gibi, zımnî (te'âtî sûretiyle) dahi olabilir. İkâlenin sahîh ve mu'teber olabilmesi için tarafların rızası, akid meclisi gibi ikâle meclisinin de aynı olması, feshi kabil olan akidlerde yapılması (Ebu Yusuf'a göre bu şart aranmaz) ve ikâle sırasında akdin konusunun mevcûdiyeti gibi şartlar aranır[76].

İkâlenin hukukî sonucu, akdin çözülmesi ve doğurduğu hukukî hükmün ortadan kalkmasıdır. Hukukî mahiyeti hususunda ise, bazı görüş ayrılıkları mevcuttur. Ebu Hanife'ye göre ikâle, taraflar açısından fesih, üçüncü şahıslar açısından yeni bir akiddir. Ebu Yusuf, hem taraflar ve hem de üçüncü şahıslar açısından yeni bir akid olarak kabul etmektedir. İmâm Muhammed ise, her iki taraf açısından fesihdir demektedir. Yukarıda zikredilen şartlardan biri bulunmadığı zaman ikâle yapmak mümkün değildir. Ayrıca ikâlenin yeni bir akid yahut fesih kabul edilmesinin bazı farklı hukukî sonuçları mevcuttur. Fazla ayrıntıya girmiyoruz[77].

Bâb-ı evvelin fasl-ı hâmisine ber-vech-i zîr bir madde ilâve olundu[78]

"Madde 8- İkâle âkideyn hakkında bey'a hamli mümkin ise bey', değil ise feshdir. Ammâ şahs-ı sâlis hakkında bey'dir. Binâ'en-aleyh semen-i evvelin tezyîd veya tenkîsi şartıyla ikâle bey'-i cedîd hükmündedir ve bey' mukâyadada bedelinden birinin telefinden sonra ikâle feshdir ve akâr hakkındaki ikâle de şuf'a cereyân eder.

Sekizinci maddenin tahrîri ikâlenin hükmüne dâ'ir Mecelle'de sarâhat ya delâlet olmamasından neş'et eyledi. Çünkü Mecelle'de ikâleye dâ'ir bir fasl-ı mahsûs olduğu hâlde ikâlenin hükmü bulunmaması noksân add edildi.

İkâlenin hükmünü kütüb-i Hanefiyye'nin kâffesinde olduğu gibi Mültekâ'da dahi (وهي بيع جديد في حق غير العاقدين اجماعا و في حقهما بعد القبض فسخ فان تعذر جعلها فسخا بطلت و عند ابي يوسف بيع فان تعذر ففسخ فان تعذر بطلت و عند محمد فسخ فان تعذر (فبيع فان تعذر بطلت و قبل القبض فسخ في الباقي و غيره و عند ابي يوسف في العقار بيع diye tahrîr olunmuş ve ikâlenin feshe hamlinin ta'azzürü mebî'de ziyâde-i munfasıla hâsıl olması ve mebî'a hamlinin ta'azzürü mebî' menkûl olup kable'l-kabz bey'in ikâle edilmesi gibi illetler ile ta'lîl edilmişdir. Mezhebler tahrîr ve tafsîl olundukda anlaşılıyor ki ihâle ya ikâle lafzıyla ya fesh veya terk ve yâhûd red lafızlarıyla ve yâhûd bey' lafzıyla vukû' bulur. Bey' lafzıyla vukû' bulduğu hâlde hem âkideyn hem âkıdeynin gayrı hakkında icmâ'an feshdir. Çünkü elfâzın ma'ânî-i hakîkiyyede i'mâli asıldır ve ikâle lafzıyla vukû' bulduğu hâlde âkıdeynin gayrı hakkında kezâlik icmâ'an bey' olup âkıdeyn hakkında muhtelefün-fîhdir. Ya'ni ikâle gerek ba'de'l-kabz gerek kable'l-kabz vukû' bulsun mebî' gerek menkûl gerek gayr-i menkûl olsun İmâm A'zam'a göre fesh asıldır. Çünkü fesh-i âkid ikâlenin îcâbı olduğu gibi lafzın da ma'nâ-yı hakîkîsidir ve mebî' doğurmak gibi anda ziyâde-i munfasıla hâsıl oldukda ikâlenin feshe hamli mümkin olmadığı gibi nakîzı olan mebî'a hamline de zâten imkân olmadığından ikâle bâtıl olur. Ve İmâm Ebî Yusuf'a ve İmâm Şâfi'î'nin kavl-i kadîmine ve İmâm Mâlik'e göre ba'de'l-kabz menkûl ve gayr-i menkûlde ve kable'l-kabz yalnız gayr-i menkûlde bey'a haml olunur. Binâ'en-aleyh mebî'de ziyâde-i munfasıla hâsıl olsa dahi ikâle câ'izdir. Çünkü ikâle ivaz-ı mâlı mukâbilinde temlîk olup o ise bey'den başka bir şey olamaz. Çünkü ukûdda i'tibâr ma'ânîyedir, elfâz-ı mücerredeye değildir. Lâkin mebî' menkûl olup ikâle de kable'l-kabz vukû' bularak bey'a haml mümkin olamadığı takdîrde kelâmın mevdû'un-lehi olmak ve hamli mümkin bulunmak hasebiyle feshe haml olunur. Fakat semen-i evvelde ekall ya ekser yâhûd semen-i evvelin cinsinin hilâfı semen şart olunmak gibi feshe hamline de mâni' bulunduğu takdîrde ikâle bâtıl olur ve İmâm Muhammed ile İmâm Şâfi'î'nin kavl-i cedîdinin ve İmâm Züfer'e göre ikâle semen- i evvel ve yâhûd semen-i evvelden ekall bir semen ile vukû' bulduğu takdîrde İmâm A'zam mezhebi vechile feshe haml olunur ve ikâle ba'de'l-kabz semen-i evvel ile vukû' bulmuş

[76] *Mecelle*, md. 190-196; Ali Haydar I/302-318.
[77] Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/303 vd.; Karaman, II/448-451; Kâsânî, *Bedayi'*, VI/306-308.
[78] Keza Mecelle Cem'iyyeti istihzârâtından. Cerîde-i Adliyye-Cilt: 1-Sayfa: 191-192.

ve hâlbuki mebî‘de ziyâde-i munfasıla hâsıl olmuş olmasına mebnî feshe hamli mümkin olmazsa imkân-ı hamline binâ’en bey‘a haml olunur ve mebî‘ menkûl olup ikâlede kable'l-kabz vukû‘ bulmak sûretiyle bey‘a hamli de mümkin olmazsa bâtıl olur.

Şu tafsîlâtdan İmâm Ebî Yusuf mezhebinin zamâna evfak ve nâsa erfak olduğu ve çünkü semen-i evvelin tezyîd ve tenkîsi sûretiyle de bey‘i tecvîz etdiği cihetle sekizinci madde İmâm Ebî Yusuf mezhebine göre tahrîr ve îzâh edildi.”

Kira (İcâre) Akdi Hakkındaki Ta’diller

Kiracının kiraladığı evde başkasının oturabilmesi meselesi:

MADDE 428 – Her şey ki müsta‘milînin ihtilâfıyla muhtelif olmaya, anda takyîd lağvdır. Meselâ, bir kimsenin süknâsı için istîcâr olunan hânede başkası iskân olunabilir.

MC. 62, 426, 528, 587, 1081; TBK. 256, 259, 278, 284, 320-321; GKK. 12-13.

Mecelle "428"inci maddenin misâlinde hânede süknâyı müsta‘melînin ihtilâfıyla muhtelif olmayan şeylerden add eylemiş ise de me’cûr hânede süknâ husûsunda insanlar mütefâvit olduğu gibi hâne icârelerinde mûcirin izni olmaksızın müste’cirin me’cûrda başkasını iskân etmesi örf ve âdetde tecvîz olunmamakda ve icâr-ı akâr hakkında el-yevm mer‘î bulunan nizâmnâme dahi örf-i vâki‘i te’yîd eylemekde bulunduğundan işbu misâl mümessilün lehe muvâfık görülmeyerek ekseriyetle tayy edilmişdir.

Abdurrahman Münib Bey işbi misâlin tayyını usûl-i muhâkemenin "64"üncü maddesiyle Îcâr-ı Akâr Nizâmnâmesi'nin hâlen te’mîn eylediği netîceye muvâfık bulmadığından muhâlif kalmışdır.

Esad Bey kâsırînin hukûkunu siyânet için vâzı‘-ı kânûnun ahkâm-ı mahsûsa vaz‘ı muvâfık olduğu gibi ukûd-ı mutlakada tarafeynin rızâsını tavzîh yolunda dahi vaz‘-ı ahkâm olunabilirse de mukayyed olan akidlerde dermeyân olunan şart takyîdinin tamâmî-i mer‘iyyetine müdâhale doğru olmayacağını beyân ve "428 ve 427"inci maddelerin tayyıyla yerine (icârede şart-ı takyîd muteberdir. Gerek müsta‘milînin ihtilâfıyla muhtelif olsun ve gerek olmasın) şeklinde bir madde ikâmesini teklîf eylemiş ise de teklîf-i vâki‘ ekseriyetle kabûl edilmediğinden Abdurrahman Münib Bey'in re’yine iştirâk eylemişdir[79].

Şayi’ Hisseli Bir yerin kiraya verilmesi:

MADDE 429 – Gerek kâbil-i taksîm olsun ve gerek olmasın bir kimse hisse-i şâyi‘asını şerîkine icar edebilir ise de âhar icar edemez. Fakat ba‘de’l- muhâye’e nöbetini icar edebilir.

MC. 139, 425, 431-432, 462, 457, 1139-1141, 1174; TBK. 624.

1340 tarihinde 429. madde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Mecelle'nin "429"uncu maddesi şuyû‘-ı aslî ile müşâ‘ olan malın keyfiyet-i îcârından bâhisdir. Mecelle'nin kabûl eylediği re’ye göre şuyû‘-ı aslî ile meşâ‘ olan emvâlin şerîke îcârı câiz ise de başkasına icâresi fâsiddir. Halbuki müşâ‘ın şerîkinden başkasına îcârı zamanımızda müte‘âref olmakla fâsidden tevakkî etmek istenilir.

Evvelâ ol mülkün tamâmını îcâr ve ba‘dehû kendine âid olmayan hisse-i şâyi‘a hakkındır. İcâreyi fesh ile şuyû‘-ı vâki‘i şuyû‘-ı târî şekline ifrâğ etmek hîlesine mürâca‘at etmektedirler. Nâsı tarîk-i hîleye sevk etmekden ise öfr ve âdeti hakem kılmak muvâfık görüldüğünden madde- i mezkûre şekl-i âtîde ta‘dîl edilmişdir:

"429'uncu Madde – Şuyû‘-ı aslî icâreyi ifsâd etmez. Binâen aleyh gerek kâbil-i taksîm olsun ve gerek olmasın bir kimse hisse-i ma‘lûme-i şâyi‘asını şerîkine îcâr edebileceği gibi âhara dahi îcâr edebilir[80].

[79] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 903-904.
[80] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 904-905.

İcârenin fesih ve infisahı:

MADDE 443 – Mûceb-i akdin icrâsına mani‘ olur bir özür zuhûr ettikde icâre münfesih olur.

Meselâ, düğün için bir aşçı istîcâr olundukda ehad-i zevceyn fevt olsa icâre münfesih olur. Ve kezâ dişi ağrıyan kimse dişini çıkarmak üzere şu kadar kuruşa bir dişçiyle mukâvele etmişken ağrı zâil oluverse icâre münfesih olur.

Kezâlik, müsterdi‘in vefâtıyla icâre münfesih olmayıp, ammâ çocuğun yâhût süt ananın vefâtıyla münfesih olur.

MC. 19, 441, 445, 442, 466, 454, 478, 526, 538, 540, 497, 507, 513, 580, 190; TBK. 264-265, 285-291, 298; GKK. 7, 13.

Bu faslın sonuna 1340 tarihinde iki madde daha ilâve edilmiştir:

İcârede akd lâzım ise de özr-i meşrû‘un tahakkuku hâlinde kâbil-i feshdir. Meselâ süt ana bilâ-meşakkat irzâ‘a muktedir olamayacak derecede hasta oldukda müsterdi‘in rızâsı olmaksızın icâreyi fesh edeceği gibi çocuk onun südünü istifrâğ eder ise müsterdi‘ dahi merzi‘anın muvâfakati olmaksızın akd-i icâreyi fesh eder. Bu husûsda zâbıta şu dur: Her ayndaki onun tahakkukuyla beraber ma‘kûdun aleyh olan menfa‘atin istîfâsında devâm edildiği takdîrde nefse veya mala bir zarar terettüb ediyorsa mutazarrır olan taraf akd-i icâreyi fesh edebilir. Çünkü bu sûretde hakk-ı fesh bahş edilmez ise icâreden maksûd olan intifâ‘ zarara inkılâb eder. Zarar ise idâme olunmaz izâle olunur. Şu kadar ki a‘zâr-ı meşrû‘a bu kadar tevsî‘ edilirse tarafeyn-i âkideynin bunu sû-i isti‘mâl edeceği derkâr olduğundan mecelle bunu zâbıta şeklinde ifâde etmeyüp mûcib-i fesh gördüğü bazı a‘zârı tasrîh ile iktifâ etmişdir. Ancak tahvîl-i me’mûriyet özrünü nazar-ı i‘tibâra almamışdır. Bir me’mûrunu tahvîl-i me’mûriyet eylemesi ale’l-ekser ihtiyârıyla vukû‘a gelmediğinden böyle bi’l-ızdırâr tahvîl-i me’mûriyet eden bir me’mûra meselâ müste’ciri bulunduğu hânenin îcârını fesh etmek salâhiyetini bahş etmez isek telâfîsi gayr-ı kâbil bir zarara duçar olacağı derkâr bulunduğundan komisyonumuz Mecelle'nin bâb-ı sânîsinin fasl- ı evveline madde-i âtiyenin tekemmüle sûretinde ilâvesi lüzûmuna karar vermişdir.

İcârenin Bâb-ı Sânîsinin Fasl-ı Evveline Tekmile

Madde 1 – Tahvîl-i me’mûriyet dolayısıyla diğer bir beldeye girecek olan me’mûr müste’ciren sâkin bulunduğu hânenin îcârını fesh edebilir.

Ebulala Bey tarafından mu‘allim ve zâbitânın, Esad Bey tarafından hâkimlerin, metn-i maddede tasrîhi teklîf edilmiş ise de metindeki me’mûr kelimesi mutlak olup muallim ve zâbitâna şâmil olduğu gibi hükkâmı da muhtevî olduğundan ekseriyetle tasrîha lüzûm görülmemişdir.

Müddet-i icârenin ibtidâsında mûcir tarafından me’cûrun müste’cire teslîmi muktezâ-yı akidden iken mûcirin bir müddet me’cûru teslîm etmemesi müste’ciri ızrâr eder. Hattâ zer‘ için tarla îcârı gibi husûsâtda mevsim-i zer‘in mürûrundan sonra mûcirin me’cûru teslîme tesaddî etmesi müste’cir hakkında telâfîsi gayr-ı kâbil bir zarardır. Husûsuyla me’cûrun adem-i teslîmi müddet-i icârenin mürûruna mâni‘ olmadığından müddet-i icâre dahi tenâkus edeceği cihetle müste’cirin zararını izâle için kendisine hakk-ı hıyâr bahş olunarak madde-i âtiyenin tekemmüle olarak ilâvesine karar verilmişdir:

Madde 2 – Müddet-i icârenin bir kısmı geçdikden sonra mûcir me’cûru teslîm etmek istedikde müste’cir icâreyi feshde muhayyerdir. Dilerse kabûl eylerse icâreyi fesh eder[81].

Yetkisiz Kişinin İcare Akdi:

MADDE 447 – Fuzûlînin îcârı mutasarrıfın icâzetine ve mutasarrıfı sağîr veya mecnûn ise ecr-i misliyle îcâr olunduğu sûrette velîsinin veya vasîsinin icâzetine mevkûfen mün‘akid olur. Fakat icâzetin sıhhatinde dört şeyin yani âkideyn ve mâlik ve ma‘kûdun aleyhin ve bedel-i icâre

[81] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 910 vd.

urûzdan olduğu takdîrde onun dahi kıyâm ve bekâsı şart olup bunlardan birisi ma‘dûm olsa icâzet sahîh olmaz.

MC. 368, 377, 379, 378, 441, 1077; TBK. 38-40; MH. 566.

1340 tarihinde bu maddenin son fıkrası şu şekilde ta‘dîl edilmiştir:

Mecelle'nin "447"inci maddesi icâre-i fuzûlîye icâzetin keyfiyet-i lühûkuna mütedâirdir. Madde-i mezkûrenin fıkra-i sâniyesine göre icâzetin sıhhatinde evvelâ âkideynin, sâniyen mâl sâhibinin, sâlisen mak‘kûdun aleyh olan menfa‘atin, râbi‘an bedel-i icâre-i urûzdan olduğu takdîrde onun dahi kıyâm ve bekâsı şartdır. Halbuki akd-i fuzûlî îcâr ve kabûl ile mün‘akid olduğundan ehad-i âkideynin vefâtı in‘ikâd etmiş olan akd-i mezkûrun infisâhını istilzâm etmeyeceği gibi hakk-ı icâzet onu istihlâf edeceğinden bu takdîrde dahi akd-i fuzûlî bâtıl olmaz. Bedel-i icâre urûzdan olduğu takdîrde hîn-i icâzetde kıyâm ve bekâsı lâzm ise de ma‘kûdun aleyh olan menfa‘atin tamâmıyla bekâsı meşrût olmayup kısmen bekâsı kâfîdir. Çünkü icâzet asl-ı akde iltihâk eder. Binâen aleyh gerek icâzetden evvel ve gerek icâzetden sonra mürûr eden müddetin ücreti kâmilen mal sâhibine âid olur. Esbâb-ı sâlifeye binâen komisyonumuz madde-i mezkûrenin fıkra-i istisnâiyesini ber-vech-i âtî ta‘dîl eylemişdir:

[Fakat icâzetin zımnında ma‘kûdun aleyhin kısmen veya tamâmen bekâsı şart olduğu gibi bedel-i icâre urûzdan olduğu takdîrde onun dahi kıyâm ve bekâsı şartdır. Ma‘kûdun aleyh kısmen bâkî iken icâzet lâhık olmuş ise mal sâhibi ücretin tamâmına müstahak olur.][82]

İcâre-i Fâside:

MADDE 471 – İcâre-i fâsidede istîfâ-yı menfa‘ata iktidâr kâfî olmayıp hakîkaten intifâ‘ bulunmadıkça ücret lâzım olmaz.

MC. 271, 462, 429; TBK. 21-40, 249,-252, 272-274, 323-324.

1340 tarihinde bu madde şu şekilde ta‘dîl edilmiştir:

Mecelle'nin "471"inci maddesi icâre-i fâsidede ücretin sebeb-i lüzûmundan bâhisdir. Mecelle ta‘tîl-i menfa‘atın müstelzim-i zamân olmayacağı esâsı kabûl eylediği için herhangi bir sebeble fâsid olan icârede müste’cir istîfâ-yı menfa‘ata muktedir olsa bile hakîkaten intifâ‘ etmedikçe ücretin lâzım gelmeyeceğini beyân eylemişdir. Bâlâda "417"inci maddenin tayyına mütedâir dermeyân olunan Esbâb-ı mûcibede îzâh olunduğu üzere komisyonumuz gerek ta‘tîl ve gerek itlâf olunan menâfi‘in mazmûn olması esâsını kabûl eylediği cihetle işbu maddenin ber- vech-i âtî ta‘dîline karar vermişdir:

[471'inci Madde – İcâre-i fâsidede istîfâ-yı menfa‘ata iktidâr ile ecr-i misil lâzım olur.][83]

İzinsiz ve Yetkisiz Bir Şeyi Kullanmak:

MADDE 472 – Min-gayrı akd ve bilâ-izin bir kimse birinin malını isti‘mâl ettiği sûretde mu‘addün li’l-istiğlâl ise ecr-i misil lâzım olur; değilse lâzım gelmez.

Fakat mal sâhibi ücret mütâlebe ettikten sonra isti‘mâl ederse mu‘addün li’l-istiğlâl olmasa dahi ücret i‘tâsı lâzım gelir.

Zira bu halde isti‘mâl etmesiyle ücrete razı olmuş olur.

MC. 596, 438; TMK. 906-908. (1340 tarihinde mu badde şu şekilde değiştirilmiştir:

Mecelle emvâl-i selâseden mâ‘adâda itlâf olunan menâfi‘in mazmûn olması esâsını kabûl eylediği cihetle "472"inci maddede min-gayri akdin ve bilâ izin bir kimse birinin malını isti‘mâl etdiği sûretde ol mal mu‘addün li’l-istiğlâl ise ecr-i misil lâzım geleceğini değil ise aslâ ücret lâzım gelmeyeceğini beyân etmiş ise de bâlâda arz olunduğu üzere

[82] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 904-905.
[83] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 905 vd..

komisyonumuz mu‘addün li’l-istiğlâl olsun olmasın ale’l-ıtlâk fevât ve takviyet-i menâfi‘in mûcib-i zamân olması esâsını kabûl eylediğinden işbu maddeyi şekl-i âtiyede ta‘dîl eylemişdir)

[472'inci Madde – Min-gayrı akdin ve bilâ izin bir kimse birinin malına vaz‘-ı yed etdiği sûretde ecr-i misil lâzım olur.][84]

Tarla İcâresi Hakkında:

MADDE 503 – Şu kadar zirâ‘ ya dönüm olmak üzere ictîcâr olunan yer ziyâde yâhûd nâkıs çıkarsa icâre sahîh olur. Ve ecr-i müsemmâ lâzım gelir.

Fakat noksân sûretinde müste’cir muhayyer olup dilerse icâreyi feshedebilir.

MC. 221, 224, 226; TBK. 250-251, 272.

(Bu madde 1340 yılında aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Arsa ve emsâli mezrû‘âtda zer‘ Mecelle'nin kabûl etdiği re’ye göre vasf kabîlinden olduğu cihetle semende hissesi olmadığından "503"üncü maddede şu kadar zirâ‘ veya dönüm olmak üzere istîcâr olunan yer lede’t-teslîm ziyâde veya nâkıs çıkar ise icâre sahîh olup zirâ‘ veya dönümün ziyâde çıkması ücretinin tezyîdini îcâb etmeyeceği gibi nâkıs zuhûr etmesi de ücretin tenkîsini müste’lmiz olmayacağı beyân edilmiş ise de bu gibi mezrû‘âtda mikdâr ancak zer‘ ile ta‘yîn ve beyân eylediği halde zer‘in kadr-ı nev‘inden add olunmayup da vasıf kabîlinden telakkî olunması muvâfık-ı nefsü’l-emr görülemediğinden komisyonumuz zâten kitâbü’l-büyû‘un "224"üncü maddesiyle mevâdd-ı müte‘âkibesinde bu esâs nazar-ı dikkate alınarak îcâb eden ta‘dîlât icrâ edilmiş olduğundan ahkâm-ı mütemâsile arasında tenâzur ve insicâmı te’mîn için işbu maddenin şekl-i âtiyede ta‘dîli lüzûmuna ekseriyetle karar verilmişdir:)

[503'üncü Madde – Şu kadar zirâ‘ veya dönüm olmak üzere istîcâr olunan yer lede’-teslîm tamâm çıkarsa icâre lâzım olur. Nâkıs çıkarsa müste’cir muhayyer olup dilerse icâreyi fesh eder. Dilerse ecr-i müsemmâdan hissesiyle kabûl eyler. Bu takdîrde mûcirin rızâsı şartdır. Zâid çıkarsa gerek mûcir ve gerek müste’cir muhayyer olur. Şu kadar ki, mûcir ziyâdeyi meccânen müste’cire terk ederse müste’cirin muhayyerliği sâkıt olur ve ziyâde mukâbelesinde bir ivaz i‘tâsıyla icârenin takrîrinde tarafeyn ittifâk ederse câiz olur.]

Abdurrahman Münib Bey noksân sûretinde müste’cir ecr-i müsemmâda hissesiyle me’cûru kabûl etdiği sûretde mûcirin rızâsını tahsîle mecbûr olması esâs-ı mukâveleye nazaran musîb olmayacağını beyân ile (bu takdîrde mûcirin rızâsı şartdır.) fıkrasına muhâlif kalmışdır[85].

Kiracının Kiraya Verme Yetkisi:

MADDE 590 – Mücte’cirin izni olmaksızın âcir me’cûru satsa müste’cir hakkında bey‘ nâfiz ise de bâyi‘ ile müşteri beyninde nâfiz olur.

Hatta müddet-i icârenin inkızâsında müşteri hakkında bey‘-i lâzım olarak almaktan imtina‘ edemez.

Meğer ki müddet-i icârenin inkızâsından mukaddem müşteri bâyi‘den mebî‘in teslîmini mütâlebe edip de teslîmi mümkün olmadığı cihetle kadı akd- i bey‘i fesh eylese ve eğer müste’cir bey’i müciz olursa herbiri hakkında bey‘ nâfiz olur.

Lakin müste’cirin ber-vech-i peşin vermiş olduğu bedel-i icâreden isti‘fa etmediği miktarı eline vâsıl olmadıkça me’cûr onun elinden alınamaz.

Ve eğer müste’cir bunu istîfâ etmeden me’cûru teslîm ederse hakk-ı hapsini iskât etmiş olur.

[84] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 906 vd.
[85] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 906 vd.

MC. 51, 78, 355; TBK. 254, 276, (1340 tarihinde bu maddeye şu fıkralar ilave edilmiştir:

Mecelle'nin "590"ıncı maddesi müste'cirin izni olmaksızın âcirin me'cûru âhara satması üzerine terettüb edecek ahkâmı mübeyyendir. Şöyle ki müste'cirin izni olmaksızın mûcir me'cûru dîğer bir kimseye satdıkda bey'-i mezkûr bâyi' ile müşteri arasında nâfiz ise de müste'cir hakkında nâfiz olmayup icâzetine mevkûfdur. Binâen aleyh müste'cir dilerse akd-i bey'i mücîz olarak fesh-i icâreye muvâfakat eder. Şu kadar ki, müste'cirin ber-vech-i peşin vermiş olduğu bedel-i icâreden henüz istîfâ etmediği mikdârı yedine vâsıl olmadıkça me'cûru haps edebilir. Müste'cir dilerse akd-i bey'a icâzet vermeyüp müdde-i icârenin inkızâsına kadar me'cûrdan intifâ'a devâm eder. Bu takdîrde müşteri mahayyer olup dilerse intizâr eder ve dilerse akd-i bey'in huzûr-ı hâkimde feshini taleb eder. İşbu maddenin tedkîkinden müste'bân olacağı üzere müste'cir akd-i bey'i mücîz olmadığı takdîrde müşteri müddet-i icârenin inkızâsına kadar mebî'a destres olamayacağından mutazarrır olacakdır. Herhangi bir zararın idâmesi câiz olmayup izâlesi lâzım olduğundan Mecelle müşteriye akd-i bey'in huzûr-ı hâkimde feshini taleb etmek salâhiyetini bahş eylemişdir. Ancak müste'cir akd-i bey'i mücîz olup da ber-vech-i peşîn vermiş olduğu bedel-i icâreden henüz istîfâ etmediği mikdârdan dolayı hakk-ı hapsini isti'mâl ile me'cûru yedinde tevkîf etdiği takdîrde müşteri için vaz'iyyet-i müste'cirin akdi mücîz olmamasından tevellüd eden vaz'iyyetin aynı iken Mecelle bu ciheti nazar-ı dikkate almayarak müşteriye taleb-i fesh salâhiyeti vermemişdir. Her iki sûretde sebep bir iken hükmün tehalüflü komisyonumuzca muvâfık görülemediğinden işbu maddenin beşinci fıkrasını müte'âkib fıkra-i âtiyenin ilâvesi lüzûmuna karar verilmişdir:

[Bu sûretde dahi müşteri bey'in huzûr-ı hâkimde feshini taleb edebilir.]

Müste'cir ber-vech-i bâlâ vukû' bulan akd-i bey'i mücîz olmayup da müddet-i icârenin inkızâsına kadar me'cûrda intifâ'da devâm eylediği takdîrde târîh-i bey'dn i'tibâren güzerân edecek müddet bedel-i icâresinin kime âid olacağı Mecelle'de tasrîh ve beyân edilmediğinden bu gibi hâdîsâtdan tevellüd edecek de'âvîyi hall ve hasmda mahkemelerimiz bi-hakkın duçar-ı müşkilât olmakda ve ale'l-ekser Mecelle'nin kabûl eylediği (menfa'at, takvîm ile mütekavvim olur) nazariyesine istinâden târîh-i bey'den i'tibâren güzerân edecek müddete âid bedel-i icârenin mukavvime yani bâyi'a âid olacağına hüküm etmektedirler. Halbuki bâlâda arz olunduğu üzere menfa'at hadd-i zâtında mütekavvim olup her hangi bir mukavvimin takvîmine muhtâc olmadığı gibi bey' edilen me'cûr akd-i bey' ile beraber bâyi'in taht-ı temellükünden çıkıp müşterinin havza-i mülküne dâhil olduğundan ba'de'l-bey' mürûr eden müddet bedel-i icâresinin bâyi'a âidiyetine hükm etmek bir kimsenin mâlik olmadığı bir menfa'atin ivazına müstahak olacağını kabûl etmek dimekdir ki fikr-i ma'deletle kâbil-i tevfîk değildir. Bu cihet o kadar bârizdir ki; işbu bedel-i icârenin bâyi'a âidiyetini iltizâm edenler bile müste'cir bedel-i icâreyi müşteriye teslîm ediverir ise bâyi'in istirdâda salâhiyetdâr olmayacağını kabûl etmişlerdir. Kaldı ki müşterinin mevzû'-ı bahs olan bedel-i icâreyi müste'cirden mutâlebe etmesi hukûk-ı akdin âkide âid olması kâ'idesine pek de tevâfuk etmiyor ise de bu ahvâlde hukûk-ı akdin âkide âidiyeti bâyi' ile müşteri arasında birçok de'âvî ve ihtilâfâtı dâ'î olacağı gibi müste'cirin derkâr olan hakk-ı hıyârına mebnî müşterinin kendisine tevcîh-ı husûmet etmesi gayr-ı kâbil-i izâle bir zararı müeddî olamayacağından komsiyonumuzca müşterinin bu husûsda müste'cire husûmetinin müteveccih olması kabûl edilerek işbu maddenin nihâyetine fıkra-i âtiyenin ilâvesi takarrur eylemişdir:

[Müste'cir bey'i mücîz olmadığı takdîrde târîh-i bey'den i'tibâren bedel-i icâre müşteriye âid olur][86]

MECELLE TA'DİL KOMİSYONLARININ EŞYA HUKUKU İLE ALAKALI TA'DİLLERİ

Konuyu belli başlıklar altında incelemeyi tercih ediyoruz:

Mülkiyetin Tarifi

Değişik tarifleri bulunan mülkiyet hakkını, Mecelle, *"insanın mâlik olduğu şeydir"* şeklinde tanımlamaktadır. Sözlük anlamı itibarıyle bir şeye hâkim olma ve onu ele geçirme demek olan

[86] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 907 vd.

mülkiyet hakkı, şu şekilde de tarif edilmiştir: Hukukî bir engel bulunmadığı sürece kişiye bir şey üzerinde tasarruf yetkisi veren ve başkalarının tasarrufunu engelleyen bir hâkimiyet hakkıdır. Hukukî engelden gaye, mâlikin ehliyetsiz veya mahcûr olması gibi hallerdir. Bu engeller, mülkiyet hakkının özünü zedelemez. Sadece tasarrufa mani olur[87].

İslâm hukukçularına göre, mülkiyetin konusu sadece fizikî varlıklara münhasır değildir. A'yân denilen aynlar mülkiyet hakkının konusunu teşkil edebileceği gibi, fizikî bir varlıktan istîfâde hakkı demek olan menfa'atler (menâfı') de mülkiyetin konusunu oluşturabilir. Mecelle'nin 1340/1924 tarihli ta'dilinde konu ile ilgili maddeye *"düyûn"* yani şahsî haklar da ilâve edilmiş ve böylece mülkiyet hakkının konusu aynlar, menfa'atler ve haklar olmak üzere üç grupta toplanmıştır[88].

"MADDE 125 – Mülk, insanın mâlik olduğu şeydir; gerek ayan olsun ve gerek menâfi' olsun.

Bu kerre tedkîki hitam bulan Kitâbü'l-bey'in mevâdd-ı mu'addele ve munzammasıyla Esbâb-ı mucibe ve me'hazları ber-vech-i âtî beyân olunur.

Yüz yirmi beşinci maddenin ta'dîli mülkün ta'rîfine duyûnun da idhâli maksadına mebnîdir. Havâle ve kefâlet ve ibrâ gibi duyûn üzerine terettüb eden bir çok ahkâm-ı duyûnun mülkiyetine delâlet etmekde olduğu gibi kütüb-i Hanefiye'nin Kitâbü'z-Zekât'ında da deynin mülk olduğu sarâhaten mezkûr bulunduğu hâlde mülkün ta'rîfinden hâric kalması muvâfik görülmedi. Eğerçi mülk bi vasf'il-ihtisâs tasarruf olunmak şânından olan şeydir ve " علي التصرف قدرة يثبتها الشارع ابتداء" diye de ta'rîf olunmuş ve bu ta'rîfler fıkha daha muvâfık bulunmuş ise de encümenimiz zarûret tahakkuk etmedikçe Mecelle'nin ibâresini tağyîr etmemek ve zarûret mess eden ahvâlde ancak zarûret mikdârınca tağyîr etmek cihetini iltizâm eylediği ve bu iltizâm ise bilâ-zarûretin nâsın ilmini tağyîr ile anları yeniden ta'allüme sevk etmemek emelinden neş'et etdiği cihetle yüz yirmi beşinci maddenin zarûret mikdârı ta'dîliyle iktifâ olundu. Heyetden Atıf ve Abdurrahman Münib Beyler ta'dîlin madde-i asliyeden fıkra-i ahîrenin hazfı sûretiyle icrâ edilmesi re'yinde bulunmuşlardır[89].

Bu madde 20 Mayıs 1340 tarihinde de Mecelle Ta'dil Komisyonu tarafından tekrar ele alınmıştır. Şöyle ki;

Mecelle'nin 125'nci maddesinde [Mülk insanın mâlik olduğu şeydir] yani insanın alâ- vechi'l-ihtisâs kendisinde tasarrufa kâdir olduğu şeydir denildikden sonra [gerek a'yân olsun ve gerek menâfi' olsun] denilüp birinci fıkranın mefâdı a'yân ile menâfi'a hasr ve tahsîs edilerek duyûn ta'rîfden ihrâc edilmişdir. Halbuki; insan mâliki bulunduğu aynı veya menfa'atden dilediği vechile tasarrufa kâdîr olduğu gibi mâlik olduğu deynde dahi envâ'-ı vücûh-ı tasarruf ile tasarruf edebilir. Kefâle, havâle, hibe ve sulh ve ibrâ ve vasiyet gibi duyûn üzerine terettüb eden birçok ahkâm bu ciheti te'yîd etmekde bulunduğundan komisyonumuz ikinci fıkraya [ve duyûn] lafzını ilâve ederek maddeyi şekl-i âtîde ta'dîl eylemişdir:

[125. Madde – Mülk insanın mâlik olduğu şeydir. Gerek a'yân ve gerek menâfi' ve duyûn olsun.][90]

MC. 126, 127, 128, 129, 130; TMK. 618, 619, 620, 717, 738, 745; MH. 5, 11."

Mal Kavramının Tarifi

Mal, sözlük anlamı itibarıyle insanın mâlik olduğu şeydir. Hukuken ise insanın yaradılışı îcâbı kendisine meylettiği ve ihtiyaç için kasden muhafaza olunabilen şeydir. Tarifin birinci kısmı,

87 Zerka, I/256 vd.; *Mecelle*, md. 125; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/227-228; El-İbadî, *El-Mülkiyye*, I/127 vd.; Karaman, III/28 vd.

88 *Mecelle*, md. 125; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/227-228; Akgündüz, *Külliyât*, 385.

89 Mecelle Cemiyeti İhzârâtından Kitâb'ül-Büyû'un Bazı mevâddının Ta'dilâtı ve Esbâb-ı Mûcibesi, *Cerîde-i Adliye*, Mart 1338, Sy. 2, sh. 93.

90 *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 894.

malın en önemli unsuru olan "iktisadî değeri"ni, ikinci kısmı ise "fizikî varlık" unsurunu îfâde etmektedir. Zira hak ve menfa'atlerin biriktirilebilmesi mümkün değildir. Bu tarifin en önemli hukukî sonucu, hak ve menfa'atlerin başlı başına bir mal sayılmamaları ve dolayısıyla hukukî mu'âmelelere konu olmamalarıdır. Bunların ziyâı halinde tazmîni de söz konusu olmayacaktır. Bu sonuca göre, Hanefi mezhebinde mal deyince sadece maddî mal hatıra gelmekte ve alacak hakkı, süknâ hakkı, fikrî haklar, irtifâk hakları ve menfa'atler yani gayr-ı maddî mallar mal kapsamına girmemektedir[91].

Hak ve menfa'atleri mal kapsamına almayan Hanefi hukukçular, uygulamanın baskısı ile bu kâideye bazı istisnâ'lar getirmişler ve diğer İslâm hukukçularının görüşüne kısmen de olsa yaklaşmışlardır. Diğer üç mezhebe ve özellikle Şafi'ilere göre menfa'atler de mal sayılır. Malın mu'ayyen maddî bir şey olması yahut ihtiyaç zamanı için biriktirilebilmesi şart değildir. Mal, sağladığı menfa'ate göre değerlendirilir. O halde maddi malın değerlendirilip bizzat menfa'atin değerlendirme dışı bırakılması düşünülemez. Hak ve menfa'atler mal kabul edilince, hukukî mu'âmelelere konu olma ve ziyaı halinde tazmîn konusu da kendiliğinden gündeme gelir[92].

Hanefi hukukçular savundukları genel esasdan yani menfa'atlerin tazmîn edilmeyeceği prensibinden, ilk dönemlerde, yetîm, vakıf ve devlet malları ile kiralanmak üzere hazırlanmış malları istisnâ' etmişler ve son dönemde ise diğer hukukçuların görüşlerini esas almaya başlamışlardır[93]. İslam hukuk tarihi açısından da durum farklı değildir. Mecelle, fıkıh kitaplarındaki Hanefi görüşünü kanunlaştırmıştır. Sonradan 1879 tarihli Usûl-ı Muhâkeme-i Hukukiye Kanunu, hak ve menfa'atleri mal kapsamına dâhil etmiştir[94]. 1340/1924 tarihli Mecelle tadillerinde ise, Mecelle'nin 596 ve 597. maddeleri diğer İslâm hukuku mezheplerinin görüşüne göre değiştirilmiştir[95].

"MADDE 126 – Mal, tab'-ı insanî mâil olup da vakt-i hâcet için iddihar olunabilen şeydir ki menkûle ve gayr-ı menkûle şâmil olur.

"Mal anda münâfese ve bezl câri olan şeydir. ".

Yüz yirmi altıncı maddenin ta'dîli mâlın ta'rîfine duyûn ile menâfi'in idhali maksadına mebnîdir. Çünkü fî zamâni'nâ gerek duyûnun ve gerek menâfi'in mâl add olunması lüzûmu mütehakkık görüldü. Ve kütüb-i Hanefiye'den Mecma'u'l-Enhür'un Kitâbü'l-Eymân'ında حلف انه لا مال له وله دين على مفلس او مليء أي غني لا يحنث لان الدين ليس بمال عرفا " وانما من حلف لا " diye ve kütüb-i Şâfi'iyye'den Minhâc'ın Kitâbü'l- Eymân'ında هو وصف بالذمة و عند الأئمة الثلاثة يحنث " مال له يحنث لكل نوع و ان قل ثوب يدنه و مدبر و معتق عتقه بصفة و ما وصي به و دين حال و كذا مؤجل في الاصح " diye muharrer olmasından Mezheb-i Hanefî'de mâl olmayan deynin Mezheb-i Şâfi'î ve Mâlikî ve Hanbelî'de mâl olduğu anlaşıldığı gibi yine Mecma'u'l-Enhür'un Kitâbü'l-Ğasb'ında " ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه سواء سكنه أي فيما غصبه او عطله أي جعله معطلا هذا عندنا و عند الشافعي و احمد يضمن فيجب اجر المثل لانها مال متقوم مضمونة بالعقود كالاعيان و عند مالك يضمن الاجر في السكني لا في التعطيل " diye ve kütüb-i Şâfi'iye'den Vecîz'in

91 *Mecelle*, md. 126; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/268-269, 949 vd.; Kadri Paşa, *Mürşid'ül-Hayrân*, md. I/4.
92 Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/949 vd.; Akgündüz, *Ecr-i Misil Mü'essesesi*.
93 *Mecelle*, md. 596-597; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/949 vd.
94 UMHK, md. 64.
95 *Cerîde-i Adliye*, *Mecelle* Tadil Mazbataları; Akgündüz, *Külliyât*, 464-465; Karaman, III/12-13.

Kitâbü'l-Ğasb'ında " " منافع الاعيان تضمن بافوات تَت اليد والتفويت diye muharrer olmasından Şâfi'î ve Mâlikî ve Hanbelî mezheblerinde menâfi'in mâl ve mazmûn olduğu münfehim olmakla bu husûsda Mezheb-i Şâfi'î ihtiyâr olundu.[96].

Sûret-i ta'rîf ise kütüb-i Hanifiyye'den Dürru'l-Müntekâ'da " عني عين يجري فيه التنافس و يري فيه التنافس و الابتذال diye muharrer olan ibâreden ahz ile duyûn ve menâfi'a şâmil olacak sûretde ifrâğ edildi.

Bu ifrâğa heyetden Atıf Bey ve Hasan Efendi muhâlif kaldılar[97].

1340 tarihli tadilat:

Mecelle'nin 126'ncı maddesinde [mal tab'-ı insânî mâil olup da vakt-i hâcet için iddihâr olunabilen şeydir ki menkûle ve gayr-ı menkûle şâmil olur] diye ta'rîf olunmuşdur ki; bu ta'rîfe göre mâliyetin tahkakkukunda hem tab'-ı insânînin meyelânı ve hem de vakt-i hâcet için iddihâr lâzımdır. Halbuki; tab'-ı insânînin kendisinden müteneffir bulunduğu emvâl mevcûd olduğu gibi kâbil-i iddihâr olmayan mallar da vardır. Nasıl ki silmde ve istisnâ'da mebî' deyn olduğundan kâbil-i iddihâr değildir. Bu i'tibârla komisyonumuz madde-i mezkûrenin ta'dîli lüzûmunda ittifâk etmekle beraber şekl-i ta'dîlde ihtilâf etmişdir. A'zâdan Abdurrahman Münib ve Ahmed Es'ad beyler maddenin [mâl beyne'n-nâs kıymeti olan şeydir] sûretinde ta'dîli re'yinde bulunmuşlar ise de ekseriyetle şekl-i âtî kabûl edilmişdir:

[126. Madde – Mal onda münâkasa ve bezl câri olan şeydir.] [98]

MC. 128, 129; MH. 1; ZGB. 655, 713; TMK. 632, 686; TBK. 184."

Menfaatin tazmini ile alakalı da şu tadiller yapılmıştır:

"MADDE 596 – Bir kimse bir malı sâhibinin izni olmaksızın isti'mal etmiş olsa gasp kabilinden olarak menfa'atini ödemek lâzım gelmez.

Fakat mal-ı vakıf ya mal-ı sağîr ise her halde ve mu'addün li'l-istiğlâl ise te'cil-i mülk ve akd olmadığı halde zamân-ı menfa'at yani ecr-i misil lâzım olur.

Meselâ, bir kimse âharın hanesinde akd-i icâre etmeksizin hod-be-hod bir müddet sakin olsa ücret vermesi lâzım olmaz. Fakat ol hane vakfın ya bir sağîrin malı ise gerek te'vil-i mülk ve akd bulunsun ve gerek bulunmasın her halde sâkin olduğu müddetin ecr-i mislini vermesi lâzım gelir. Kezâlik kira hane olup da te'vil-i mülk ve akd olunmadığı halde yine ecr-i misil lâzım olur.

Ve kezâ bir kimse sâhibinin izni olmaksızın bir kira beygirini alıp da bir müddet kullansa ecr-i mislini vermesi lâzım gelir.

MC. 36, 447, 450, 597-599, 417, 812, 886, 1246; TMK. 906-908; TBK. 266, 292-295

(1340 tarihinde bu madde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Mecelle'nin 596'ncı maddesi gasb-ı menâfi'a dâirdir. Bâlâda mükerreren arz olunduğu vechile komisyonumuz itlâf edilen menâfi'in ale'l-ıtlâk mazmûn olması esâsını kabûl etdiğinden işbu 596'ncı maddeyi ber-vech-i âtî ta'dîl eylemişdir:

[596'ncı Madde – Bir kimse bir malı sâhibinin izni olmaksızın isti'mâl etmiş olsa ecr-i misil lâzım olur.][99]

MADDE 597 – Te'vil-i mülk ile isti'mal olunan mal mu'addün li'l- istiğlâl olsa dahi zamân-ı menfa'at lâzım gelmez.

---

96 Mecelle Cemiyeti İhzârâtından Kitâb'ül-Büyû'un Bazı mevâddının Ta'dilâtı ve Esbâb-ı Mûcibesi, *Cerîde-i Adliye*, Mart 1338, Sy. 3, sh. 143.

97 Mecelle Cemiyeti İhzârâtından Kitâb'ül-Büyû'un Bazı mevâddının Ta'dilâtı ve Esbâb-ı Mûcibesi, *Cerîde-i Adliye*, Mart 1338, Sy. 2, sh. 93.

98 *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 894.

99 *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 907 vd.

Meselâ, bir mal-ı müştereki şerîklerinden birisi diğer şerîkinin izni olmaksızın bir müddet müstakillen tasarruf ve isti‘mâl eylese mülkümdür deyu isti‘mal eylemiş olacağı cihetle muaddun li’l-istiğlâl olsa dahi diğer şerîki hissesinin ücretini alamaz.

MC. 596, 97, 1083, 1077; TMK. 906-907 (1340 tarihinde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Mecelle'nin 597'nci maddesi te’vîl-i mülk ile isti‘mâl olunan mala mütedâirdir. Mecelle menfa‘atin mütekavvim olmadığı esâsını kabûl etdiğinden itlâf husûsunda ayn ile menfa‘at arasında fark ihdâs etmişdir. Şöyle ki bir ayn-ı müştereki şeriklerinden biri diğerinin izni olmaksızın itlâf etse şerîkinin hissesini zâmin olacağı kabûl eylediği halde 597'nci maddede bir mâl-ı müştereki şeriklerinden biri diğerinin izni olmaksızın bir müddet müstakillen tasarruf ve isti‘mâl eylese mülkümdür diye isti‘mâl eylemiş olacağı cihetle diğer şerîki hissesinin ücretini alamaz, diyerek itlâf-ı menfa‘atin müstelzim-i zamân olmayacağını beyân eylemişdir. Vâkı‘â Mecelle bunu te’vîl-e mülke atf eylemiş ise de mâl-ı müştereki müstakillen tasarruf ve isti‘mâl eden şerîkin tevil-i mülk eylemesi şerîk-i diğerin hakk-ı mülkiyetini ihlâl edemeyeceği derkârdır. Nasıl ki Mecelle kitâbü’ş-şirketde bir mâl-ı müştereki sâhiblerinden biri diğerinin gıyâbında bir müddet müstakillen isti‘mâl etdikde şerîk-i gâibin dahi ol kadar müddet onda istîfâ-yı menfa‘at edebileceğini kabûl eylediği gibi bir mâl-ı müştereki sâhiblerinden biri âhara îcârla ücretini ahz etdikde diğerinin hissesini redd ve i‘tâ ile mükellef tutmuş ve bu husûsda şerîk-i diğerin hâzır veya gâib olmasında bir fark görmemişdir. Komisyonumuz ayn gibi menfa‘atın da takavvümü esâsını kabûl eylediği cihetle itlâf-ı ayn ile itlâf-ı menfa‘at arasında lüzûm tazmîn noktasından bir fark görmediğinden bir mâl-ı müştereki şerîklerinden biri diğerinin rızâsı olmaksızın bir müddet müstakillen tasarruf ve isti‘mâl eyledikde diğer şerîkin dahi ol kadar müddet ol maldan intifâ‘ edebileceğini kabûl ile işbu maddeyi ber-vech-i âtî ta‘dîl eylemişdir:

[597'nci Madde – Bir mâl-ı müştereki şeriklerinden biri diğer şerîkinin izni olmaksızın bir müddet müstakillen tasarruf ve isti‘mâl eylese diğer şerîki gerek hâzır ve gerek gâib olsun ol kadar müddet o malı müstakillen tasarruf ve isti‘mâl edebilir][100]

MADDE 598 – Te’vîl-i mal ile isti‘mal olunan mal mu‘addun li’l-istiğlâl olsa dahi zamân-ı menfa‘at lâzım gelmez.

Meselâ, bir kimse müştereken mâlik olduğu bir dükkânı şerîkinin izni olmaksızın birine satmakla müşteri dahi bir müddet tasarruf edip ancak diğer şerîki bey‘e icazet vermeyerek hissesini zabt eyledikde dükkânher ne kadar mu‘addün li’l-istiğlâl ise de hissesinin ücretini mütâlebe edemez; zira müşteri onu te’vil-i akd ile isti‘mal etmiş yani akd-i bey‘ ile mutasarrıfım diye kullanmış olduğu cihetle zaman-ı menfa‘at lâzım gelmez.

Kezâlik bir kimse bir değirmeni mülkü olmak üzere birine bey‘ ve teslîm ile müşteri bir müddet zabt ve tasarruf ettikden sonra başka bir kimse ol değirmene müstahik çıkıp ba‘de’l-isbat ve’l-hüküm müşteriden alsa, müşterinin müddet-i mezburede tasarrufu için ücret namına bir şey alamaz; zira bunda dahi te’vil-i akd vardır.

MC. 378, 442; TMK. 906-907 (Bu madde 1340 tarihinde çok az bir değişiklikle şu hale gelmiştir:

Komisyonumuzun kabûl eylediği tekavvüm-i menfa‘at esâsına göre bir malın mu‘addün li’l-istiğlâl olup olmaması zamân-ı menfa‘at noktasından bir gûnâ farkı mûcib olmadığından 598'inci maddenin metindeki (mu‘addün li’l-istiğlâl olsa dahi) fıkrasıyla misâlindeki (ükkân her ne kadar mu‘addün li’l-istiğlâl ise de) fıkrası tayyedilerek madde şekl-i âtîye ifrâğ edilmişdir:

[598'inci Madde – "Te’vîl-i akd ile isti‘mâl olunan malda zamân-ı menfa‘at lâzım gelmez. Meselâ bir kimse müştereken mâlik olduğu dükkânı şerîkinin izni olmaksın birine satmakla müşteri dahi bir müddet tasarruf edüp ancak diğer şerîki bey‘a icâzet vermeyerek hissesini zabt eyledikde hissesinin ücretini mütâlebe edemez. Zira müşteri onu te’vîl-i akd ile isti‘mâl etmiş yani akd-i bey‘ ile mutasarrıfım deyu kullanmış olduğu cihetle zamân-ı menfa‘at lâzım gelmez.

[100] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 908 vd.

Kezâlik bir kimse bir değirmeni mülkü olmak üzere birine bey‘ ve teslîm ile müşteri bir müddet zabt ve tasarruf etdikden sonra başka bir kimse ol değirmene müstahak çıkup ba‘de'l-isbât ve'l- hükm müşteriden alsa müşterinin müddet-i mezbûrede tasarrufu için ücret nâmına bir şey alamaz. Zira bunda dahi te’vîl-ı akd vardır.] [101]“

Hak Kavramı ve Çeşitleri Konusundaki Ta’diller

İslâm hukukunda hak, sadece mülkiyet hakkına münhasır değildir. Ancak günümüz eşya hukukundaki aynî hakların kendi içindeki tasnifi yerine başka tasnif ve izah tarzları benimsenmiştir. Tasnif ve isimlendirmeyi bir tarafa bırakırsanız, muhteva ve hakların sağladığı yetkilerle tâbi oldukları hükümler, hemen hemen benzerlik arz etmektedir. Şimdi İslam Hukukunda sınırlı aynî hakları ilgilendiren iki ayn taksimden kısaca bahsetmek istiyoruz:

A) Eşya (a‘yân) üzerinde intifâ‘ ve tasarruf yetkisi veren haklar üç çeşittir:

Birincisi, bir aynın hem rakabe hem de intifâ‘ hakkıdır ki, buna *tam mülkiyet hakkı* denmektedir.

İkincisi, bir aynın rakabesi üzerinde değil sadece intifâ‘ hakkı üzerinde yetki veren haktır ki, Hanefi hukukçular *menfa’at mülkiyeti* diye adlandırmışlardır. Hâlbuki bunun içinde iki çeşit hak vardır: Bir çeşidi, menfa‘at mülkiyetinin sadece şahsa bağlı olmasıdır ki, Mâliki hukukçular buna *intifâ‘ hakkı* demektedirler. Bu çeşitte sadece yararlanma söz konusudur ve şahsa bağlıdır. Diğer çeşidi ise, menfa‘at hakkının ayna bağlı olması halidir. Biz bu gurubu üçüncü şık olarak zikredeceğiz.

Üçüncüsü, kaynak irtifâkı (hakk-ı şirb), mecra irtifâkı (hakk-ı mesîl) ve geçit irtifâkı (hakk-ı mürûr) ve benzeri ayna bağlı olan menfa‘at mülkiyetleridir ki, bunlara *irtifâk hakları* denmektedir[102].

B) İslam hukukunda, bu arada Mecelle'de yer alan ve 1340/1924 tadillerinde bizzat Mecelle'nin metnine de sokulan bir başka tasnif de *mücerred* ve *mü’ekked haklar* tasnifidir. İslâm hukukunda mülkiyet hakkında olduğu gibi, konusunu bir ayn teşkil etmeyen ve a'yândan ayrı olarak düşünülebilen haklara *müfred haklar (hukuk-u müfrede)* denmektedir. Bu çeşit haklar, başkasının mülkünde sabit olurlar. Bazı araştırmacılar *mülkiyetten âri bulunan haklar* diye tarif etmişlerdir. Bu hakların hepsinde de iskât cereyan eder. Yani bu haklara sahip olanların vazgeçmesi ile sâkıt olurlar, eski tabirle iptal ile bâtıl olurlar.

Müfred haklar da iki kısımdır:

Birincisi, mücerred haklar (hukûk-ı mücerrede) dir ki, zararın def'i için sabit olan ve örf-âdet haline gelmedikçe devri ve bedel karşılığında verilmesi câ’iz olmayan haklardır. Şûf'a hakkı, şart muhayyerliği hakkı ve vakıf mallardaki istihkâk hakkı gibi.

İkincisi ise, *mü’ekked haklar (hukûk-ı mü’ekkede*) dir ki, asâleten sabit olan ve devir, sulh gibi hukukî mu‘âmelelere münferiden konu teşkil edebilen haklardır. İrtîfâk haklarının çoğunluğu, rehin hakkı ve hapis hakkı bu gurupta mütalâa edilmiştir[103].

MADDE 144 – Hakk-ı mesîl, bir hânenin harice suyu ve seli akmak ve damlalık hakkıdır.

---

[101] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 909 vd.
[102] Kadri Paşa, md. 4 vd.; Karaman, III/110.
[103] *Mecelle Ta'dil Layihaları*, *Cerîde-i Adliye*, 1338, sy. 3-4; sh. 143-144, 188-190; Akgündüz, *Vakıf*, 350 vd.; Molla Hüsrev, *Dürer’ül-Hükkâm,* II/44; *Mecelle*, md. 1165, 1277; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, III/506-507.

MC. 1226-1230; TMK. 666, 668, 703, 753; MH. 4.

Madde-i Mu‘addele 142-[104] Hukûk-ı mücerrede, def‘-i zarar içün sâbit olan haklardır.

Hakk-ı şüf‘a ve hıyâr-ı şart gibi.

Madde-i Mu‘addele 143- Hukuk-ı mü’ekkede, def‘-i zarar içün olmayup asâleten sâbit olan hukûkdur. Hakk-ı mürûr, hakk-ı şirb, hakk-ı mesîl gibi.

Madde-i Mu‘addele 144- Hakk-ı mürûr âharın mülkünden geçmek hakkıdır. Hakk-ı şirb bir nehirden nasîb-i mu‘ayyen-i ma‘lûmdur. Hakk-ı mesîl bir hânenin hârice suyu ve seyli akmak ve damlalık hakkıdır.

Yüz kırk iki, yüz kırk üç, yüz kırk dördüncü maddelerin ta‘dîlini mûcib olan Esbâb kütüb- i fikhiyyede biri câ’izü'l-i‘tiyâz diğeri gayr-i câ’izü'l-i‘tiyâz olmak üzre iki nev‘ hukûk olup birincisi hukûk-ı mü’ekkede, diğeri hukûk-ı mücerrede tesmiye olunduğu ve hukûk-ı mezkûrenin -üzerine terettüb edecek ahkâm i‘tibâriyle- ta‘rîf ve taksîminde fevâ’id-i azîme bulunduğu hâlde Mecelle'de şu fevâ’idi te’mîn eyleyecek sarâhat bulunmamasıdır.

Hukûk-ı mü’ekkedenin kâffesi münferiden câ’izü'l-bey‘ olmayup kısm-ı ekseri ancak sulh tarîkiyle câ’izü'l-i‘tiyâz olduğu hâlde bunlara â’id ta‘rîfin Kitâbü'l-Büyû‘da yazılması münferiden câ’izü'l-bey‘ olanların Kitâbü'l-Büyû‘da lüzûm-ı zikrinde neş’et etmiş ve sulhen câ’izü'l-i‘tiyâz olanlardan münâsiblerinin "Kitâbü's-Sulh" de zikrine muvaffakiyet lütf-i ilâhîden me’mûl bulunmuşdur.

Hukûk-ı mü’ekkede ve mücerredenin ta‘dâd ve hukûk-ı mü’ekkededen hangilerinin münferiden bey‘ ve hangilerinden sulh tarîkiyle i‘tiyâz câ’iz olduğunu tafsîl sûretiyle maddeler tahrîr olunmaması bir kısmın mu‘âmelâtdan hâric olup Mecelle'nin muhtevî olduğu ahkâma ta‘alluku olmamasından ve diğer kısmının zikriyle iktifâda ise hasr şâ’ibesi bulunmasından ileri geldi. Ve Mecelle'nin erkâmı halel-dâr olmamak için yüz kırk ikinci madde hukûk-ı mücerredenin ve yüz kırk üçüncü madde hukûk-ı mü’ekkedenin ta‘rîflerine tahsîs edilerek bunlarda mevcûd olan ta‘rîfât-ı asliye dahi yüz kırk dördüncü maddede cem‘ edildi ve hukûk-ı mü’ekkedeye misâl gösterilen hakların münferiden cevâz-ı bey‘lerine dâ’ir olan rivâyet ihtiyâc- ı zamâna evfak görüldü.

Bu bâbdaki tafsîlât-ı fikhiyyeye gelince: Kütüb-i Hanefiye'den Dürrü'l-Muhtâr'ın Kitâbü'l- Bey‘inde " و صلح و بيع حق المرور تبعا للارض بلا خلاف و مقصودا وحده في رواية و به اخذ عامة المشايخ و في اخري لا و صححه ابو الليث و كذا بيع الشرب " diye muharrer olduğu gibi Reddü'l-Muhtâr'da dahi و به اخذ عامة المشايخ kavli Muzmarât'dan naklen " و قال الساعاتي وهو الصحيح وعليه الفتوي " diye mü’eyyid bulundu ve Mecma‘u'l-Enhür'in Kitâbü'l- Bey‘inde " ففي بيع حق المرور روايتان وجه البطلان انه ليس بمال ووجه الصحة الاحتياج اليه و هو حق معلوم متعلق بعين باق " diye muharrer diye muharrer ve Reddü'l-Muhtâr’ın Kitâbü'l- Bey‘inde " وفي الأشباه لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة كحق الشفعة " diye mezkûr olmasına ve Reddü'l-Muhtâr’da ve yine Dürrü'l-Muhtâr'ın Kitâbü'l-Bey‘inde " لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة. قوله) لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة على الملك (قال في البدائع: .الحقوق المفردة لا تَتمل التمليك ولا يجوز الصلح عنه

أقول: وكذا لا تضمن بالاتلاف قال في شرح الزيادات للسرخسي: وإتلاف مجرد الحق لا يوجب الضمان؛ أن الاعتياض عن مجرد الحق باطل, إلا إذا فوت حقا مؤكدا ؛ فإنه يلحق بتفويت حقيقة الملك في حق الضمان كحق المرتهن. ولو صالح عن حق القصاص و ملك النكاح و حق الرق فانه

[104] Cerîde-i Adliye, Sy: 3. Sene: 1, 1338, Sayfa: 143-144, sy.4, sh. 188vd.

يجوز الاعتياض عنها كما ذكره الزيلعي الكفيل بالنفس اذا صلح المكفول له بمال لا يصح ولا يجب و بيع حق المرور في الطريق روايتان و كذا بيع الشرب الا تبعا " ve bir sahife sonrasında dahi " حاصله ان ثبوت حق الشفعة للشفيع و حق القسم للزوجة و كذا حق الخيار بالنكاح للمخيرة انما هو لدفع الضرر عن الشفيع والمرأة وما بثبت لذلك لا يصح الصلح لان صاحب الحق إنما رضي على انه لا يتضرر بذلك ولا يستحق شيءا. اما حق الموصى له بالخدمة فليس كذلك فيصح الصلح عنه" denilmesine nazaran hukûk-ı mücerredenin [def'-i zarar içün sâbit olan haklar] ve hukûk-ı mü'ekkedenin de [def'-i zarar içün olmayup asâleten sâbit olan haklar] dan ibâret olduğu anlaşıldı. Her ne kadar İnâye'de " فظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او حق يتعلق بها "ibâresiyle ya'ni [mahall-i bey' ya mâl ya mâla müte'allık hakdır] diye mentûkan hukûk-ı mü'ekkedeye ve mefhûmen hukûk-ı mücerredeye işâret olunarak bir zâbıta beyân olunmuş ise de mâla müte'allık her hak mahall-i bey' olmadığı içün bu zâbıta şâyân-ı iltifât görülmemiş ve zâten kailî tarafından da " وفيه نظر لان السكني من الدار مثلا يتعلق بعين تبقي هو مال ولا يجوز بيعه "diye nakz ve ta'lîl edilmişdir. Gerçi Bedâyi'u's-Sannâyi'in Kitâbü's-Sulh'undan münfehim olduğu üzre hukûk-ı mü'ekkedeyi [mahalde sâbit olan haklar] ve hukûk-ı mücerredeyi [mahalde sâbit olmayup ashâbıyla kâ'im vasfdan ibâret olan haklar] diye ta'rîf mümkün ise de encümenimizce Reddü'l-Muhtâr'dan me'hûz olan ta'rîf ihtiyâr olunmuş ve tafsîlât-ı sâbıka-i fıkhiyyede bir rivâyete göre hakk-ı mürûr ve hakk-ı şirbin müteferriden bey'inin cevâzı musarrah bulunmuşdur.[105].

Hakk-ı mesîle gelince buradaki seylden maksad mahall-i seyelân ya'ni arz olmayup Mecelle'de ta'rîf olunduğu vechile bir hânenin hârice mesîli ve suyu akmak ve damlalık hakkıdır ya'ni ta'bîr-i fıkhiyle hakk-ı tesyîldir. Kütüb-i Hanefiyye'de hakk-ı tesyîlden cevaz-ı i'tiyâza dâ'ir bir müsevviğ olmadığı cihetle ihtiyâc ve mu'âmelât-ı nâs hasebiyle hakk-ı tesyîl içün ivazı tecvîz eden Mezheb-i Hanbelî'ye mürâca'at zarûrî görüldü ve kütüb-i Hanbelî'den Keşşâfü'l-Kınâ'ın Kitâbü's-Sulh'unda [( ) وإن صالحه على إجراء ماء سطحه من المطر على سطحه ، صالحه على إجراء ماء المطر) في أرضه (حال كون الماء) من سطحه ، أو (صالحه على إجراء ماء المطر) في أرضه (حال كونه) عن أرضه جاز (الصلح في ذلك) إذا كان ما يجري ماؤه (من أرض أو سطح) معلوما (لهما) إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة (أي مساحة السطح أو الأرض التي ينفصل ما ؤها)لأن الماء يختلف بصغر السطح(والأرض)وكبرهما(فاشترط معرفتهما.) ويشترط (أيضا) معرفة الموضع الذي يخرج منه الماء إلى السطح (أو إلى الأرض دفعا للجهالة) ولا تفتقر (صحة الإجارة) إلى ذكر المدة لدعوى الحاجة (إلى تأبيد ذلك) فيجوز العقد على المنفعة في م وضع الحاجة غير مقدر مدة ، كنكاح لكن قال (ابن رجب) في القواعد (في السابعة والثمانين) ليس بإجارة محضة لعدم تقدير المدة (بل هو شبيه بالبيع) بخلاف الساقية (التي يجري فيها غير ماء المطر) فكانت بيعا تارة وإجارة (تارة) أخرى (فاعتبر فيها تقدير المدة على ما تقدم وسبق ما فيه] diye muharrer ve Şerh-i Müntehi'l-irâdât'ın Kitâbü's-Sulh'unda bunu mü'eyyed olarak mesrûd bulunan ibâreden ahz ile hukûk-ı mü'ekkede miyânında misal olarak yazıldı.

Bahsimiz andan i'tiyâz câ'iz olan hukûk-ı müsbete ve mütehakkıkaya dâ'ir olduğu hâlde me'ahzımızın ivaz mukâbilinde ihdâs-ı hakka dâ'ir olması mebhas ile me'haz arasında tebâyün teşkîl etmez. Çünkü ivaz mukâbilinde ihdâsı câ'iz olan ma'lûmun ivaz mukâbilinde terki dahi câ'izdir ve İknâ'da bey'i ta'rîf eden (هو مبادلة مال ولو في الذمة او منفعة كممر الدار بمثل احدهما على) diye muharrer olan ibâresi dahi bu cevâzın delîli olduğu gibi ivaz mukâbilinde birinden diğerine intikâl edecek hukûk-ı mü'ekkede ya hakîkaten ya hükmen mebî' olup me'hazemizde dahi hakk-ı mesîlin alâ kavlin mebî' olması mebhas ile me'haz arasında tenâsüb ve tevâfuk olduğunun delîl-i diğeridir. Zâten bu

[105] Cerîde-i Adliye, Sy: 3. Sene: 1, 1338, Sayfa: 143-144.

mes'elede Mezheb-i Hanefî ile Mezheb-i Hanbelî ihtilâfı her iki mezhebe vukûfu olanlarca ma'lûm olduğu vechile iki nokta arasında dâ'ir olan ihtilâfdan neş'et edüp biri hakk-ı te'allînin Hanefîlerce bey'i câ'iz olmadığı hâlde Hanbelîlerce câ'iz olması diğeri de hakk-ı mesîl Hanefîlerce mechûl olduğu hâlde Hanbelîlerce me'hazdaki kuyûd-ı meşrûha ile ma'lûm olabilmesidir. Heyetden Atıf Bey hukûk-ı mü'ekkede ve mücerrede içün yazılan ta'rîfler efrâdını câmi' ve ağyârını mâni' olmadığından bahisle bunlar içün ta'rîf yazılması re'yinde bulunarak ekalliyetde kaldı ve Mecelle'de ta'dâd ve tafsîlinden ber-vech-i meşrûh ictinab olunan hukûkdan hâtıra gelenlerin bu lâyihaya dercinde fâ'ide görülerek ber-vech-i zîr beyân olundu.

El-Hukûku El-Mü'ekkede

Hakku'ş-şuf'a ba'de'l-kazâ-Ek-Dürr.

Mâl'ü'l-ganâ'im ba'de'l-ihrâz- Reddü'l-Muhtâr. Hakk-ı habsi'r-rehn- Reddü'l-Muhtâr

Hakk-I Red bi'l-ayb- Reddü'l-Muhtâr

Hakku'l-kısâs- Tahrîrü'l-Muhtâr alâ Reddi'l-Muhtâr. Sulhen câ'izdir.

Milkü'n-nikâh- Tahrîrü'l-Muhtâr alâ Reddü'l-Muhtâr. Hul' ve talâk i'tiyâzı câ'izdir.

Hakku'l-mûsâ-leh bi'l-hıdmeti. Tahrîrü'l-Muhtâr alâ Reddü'l-Muhtâr. Ev bi'r-rakabe.

Iskâtu'r-rık- Mebsûtu'r-Radî, Kitâbü'ş-Şüf'a. Ve sulhan i'tiyâz câ'izdir.

Vezâ'ifü'l-evkâf- Reddü'l-Muhtâr ve İbn-i Zeyrek ale'l-Eşbâh muhtelif ferâğ i'tiyâzı câ'izdir.

Hakk-ı vaz'ı'l-cüzû'- Mecelle'nin tekmilesindeki maddeye ve Esbâb-ı mûcibesine göre bey' suretiyle.

Hakk-ı te'allî.

Hakku'l-mürûr- Dürru'l-Muhtâr ve Hidâye ve gayrihumâ alâ rivâyetin. Hakku'ş-şirb- Dürru'l-Muhtâr ve Hidâye ve gayrihumâ alâ rivâyetin. Hakk-ı habsi'l-mebî'- İbn-i Âbidîn Kitâbü'l-Ferâ'iz muhtelefün-fîh.

Hakk-ı diyet- Dürru'l-Muhtâr ve Hidâye ve gayrihumâ alâ rivâyetin.

Hıyâr-ı vasf- Dürru'l-Muhtâr ve Hidâye ve gayrihumâ alâ rivâyetin ve Mecelle. Hıyâr-ı ta'yîn.

Hıyâr-i ayb- Mecelle.

İşbu hukûk-ı mü'ekkedenin kâffesi bey'an câ'izü'l-i'tiyâz olmayup ba'zından sulhan ve ba'zından ferâğ ve nüzûl ve ba'zından hul' ve talâk ve ba'zısından kitâbet sûretiyle i'tiyâz câ'iz ve bunların ta'rîfi içün inde'l-ihtiyâc hükkâmın kütüb-i fıkhiyyeye mürâca'atları zarûrîdir. Zîrâ bunlar hakkındaki tafsîlât ve ba'zısına dâ'ir ihtilâfâtın câmi' ve muhît olarak işbu lâyihaya derci muhaldir.

El-Hukûku'l-Mücerrede

Eş-şuf'a kable'l-kazâ	Ed-Dürr
Hakku'red bi't-takdîr	Ed-Dürrü'l-Muhtâr kubeyle's-selef et-ta'arruf
Mâlu'l-ganâ'im kable'l-ihrâz	Reddü'l-Muhtâr
Hıyâru'ş-şart	"
El-kefîlün bi'n-nefs	Bedâyi', Kitâbü's-Sulh
Hakku'l-hıyâr li'l-muhayyere	Mebsûtu'r-Radî
Hakku'l-kasm li'l-zevce	"
Hakku'l-kazf	Dürrü'l-Muhtâr
Hakku'r-rücû' ani'l-hibe	Risâletü li-ibn-i Nüceym, muhtelefün-fîh
Hakk-ı istihkâk fi'l-vakf	
Hakk-ı vekâlet	
Hakk-ı vedî'a	
Hakk-ı hıyâru'r-rü'ye	
Hakk-ı icâzât	İbn-i Âbidîn, Kitâbü'l-Ferâ'iz
Hakk-ı ecel	
Hakk-ı velâyet	
Hıyâr-ı rü'yet	Mültekâ, Kitâbü'l-Bey'
Hıyâr-ı nakd	Dürrü'l-Muhtâr[106]

[106] Cerîde-i Adliye, Sy: 4. Sene: 1, 1338, Sayfa: 188-190.

İrtifak Hakları Üzerindeki Tasarruflar

MADDE 216 – Arz'a tebe‘an hakk-ı mürûrun ve hakk-ı şirbin ve hakk-ı mesîlin ve kanevâta tebe‘an suyun bey‘i câizdir.

MC. 54, 143, 1223, 1168, 1178; TBK. 633, 704, 718, 748, 752.

"Kanevata tebe‘an suyun bey‘î câizdir. Ve hakk-ı mürûr ve hakk-ı şirb gibi hukûk-ı müekkedenin arza tebe‘an bey‘i câiz olduğu gibi münferiden bey‘i dahi câizdir."

Madde 216- Hakk-ı mürûr ve hakk-ı şirb gibi hukûk-ı mü’ekkedenin arza tebe‘an bey‘i câ’iz olduğu gibi münferiden bey‘i dahi câ’izdir.

216'ıncı maddenin sebeb-i ta‘dîli 142, 143, 144'üncü maddelerin Esbâb-ı mûcibe ve me’hazında beyân olunduğu 143'üncü maddenin sûret-i mu‘addelesinde hukûk-ı mü’ekkedeye misal olarak ityân edildiği vechile hakk-ı mürûr ve hakk-ı şirbin münferiden bey‘i câ’iz olduğuna dâ’ir rivâyetin ihtiyâc-ı zamâna mebnî tercîhan ahz olunmasından neş’et etdi ve maddenin aslındaki hakk-ı mesîlin hazfı 143'üncü maddede zikrinden ileri geldi[107].

Bu madde 20 Mayıs 1340 tarihinde şu şekilde değiştirilmiştir.

Mecelle'nin 216'ncı maddesi hukûkun keyfiyet-i bey‘den bâhisdir. Hukûk iki kısımdır biri hukûk-ı mücerredededir ki Mecelle'de sâbit olmayup sâhibiyle kâim olan haklardır. Hakk-ı şuf‘a gibi. Bu kabîl hukûkdan i‘tiyâz câiz değildir. Diğeri hukûk-ı mü’ekkededir ki, Mecelle'de sâbit olan haklardır. Hakk-ı mürûr ve hakk-ı mesîl gibi. Bizzat tecvîz olunmayan şeyin bi’t-tab‘ tecvîz olunabileceğine binâen hakk-ı mürûru ve emsâlinin arza tebe‘an bey‘i câiz ise de ekser erbâb-ı hukûk bu gibi hakların münferiden bey‘lerini tecvîz etmemiş ve Mecelle dahi re’y-i mezkûru tercîh ederek 216'ncı maddeyi ona göre tahrîr eylemişdir. Erbâb-ı hukûkdan bir kısmı nâsın ihtiyâcını nazar-ı i‘tibâra alarak bu gibi hukûkun münferiden bey‘ini tecvîz etdiklerinden mu‘âmelât-ı nâsı fesâda nisbetden ise sıhhate haml etmek evlâ olacağından komisyonumuz bu ciheti tercîh ederek maddeyi şekl-i âtîde ta‘dîle ekseriyetle karar vermişdir:

[216. Madde – Kanavâta tebe‘an suyun bey‘i câizdir ve hakk-ı mürûr ve hakk-ı şirb gibi hukûk-ı mü’ekkedenin arza tebe‘an bey‘i câiz olduğu gibi münferiden bey‘i dahi câizdir.]

A‘zâdan Abdurrahman Münib Bey bey‘i câiz olmayan şeylere dâir madde tahrîrine ihtiyâc var ise de bunlar hâricinde kâ‘ideten her şeyin bey‘i câiz olacağına göre işbu maddeye lüzûm olmadığından tayy edilmesi re’yinde bulunmuşdur[108].

Üst Hakkı Konusundaki Ta’diller

İslâm hukukunda bir arsa yahut kat üzerinde inşaat yapmak yahut yeni bir kat çıkmak hakkına *hakk-ı te‘allî* denilmektir. Özellikle kat irtifâkı ile alâkalı hakk-ı te‘allîlerde alt ve üst kat mâliklerinin tasarrufları, bu irtifâk hakkı sebebiyle sınırlandırılmıştır. Şöyle ki:

Yıkma ve yıkılma dışındaki tasarrufları üçe ayırabiliriz:

Diğer kat mâliklerine zararlı olan tasarruflar câ’iz değildir. Binaya zarar verecek yeni pencere ve kapılar açmak gibi.

Hiç bir zararı bulunmayan tasarruflar câ’izdir. Küçük ve orta boy çivi çakmak gibi.

Zararlı olup olmadığı belli olmayan tasarruflar ise, Ebu Hanife'ye göre câ’iz değil, İmâmeyn'e göre câ’izdir.

Bu arada hakk-ı te‘allî sâhibinin bu hakkını kat ile birlikte satabileceğini bütün hukukçular kabul etmektedirler. Kat mevcut olmadan sadece üst hakkının satılmasını ise Hanefi hukukçular

[107] Cerîde-i Adliye, Sy: 5- 1338, Sene: 1-Sayfa: 237.
[108] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 895-896.

câ'iz görmezken, Mâliki ve Hanbeliler câ'iz görmüşlerdir. 1340/1924 TARİHLİ Mecelle Ta'dillerinde son görüş kanunlaştırılmıştır. *"Hakk-ı te'allîinin bey'i câ'izdir".* Katlardan birinin yıkılması yahut yanması sonucunda, temelini teşkil eden üst hakkının ortadan kalkmayacağını da belirterek konuyu bitirelim[109].

Kat irtifâkı ve üst hakkı, İslâm hukukunda *hakk-ı civar=komşuluk hakkı* diye îfâde edilen geniş irtifâk hakkının bir parçasıdır. Komşuluk hakkının daha başka hükümleri varsa da, biz bu kadarıyla yetiniyoruz[110].

"Bâb-ı sânînin fasl-ı evveline ber-vech-i zîr maddeler ilâve olundu[111]

Madde 9- Hakk-ı te'allînin bey'i câ'izdir. Meselâ bir kimse mu'ayyen bir binâ yapmak üzre dükkânının uluvvünu âhar bir kimseye bey' etse sahîh olur.

Madde 10- Vaz'-ı haşeb hakkının dahi bey'i câ'izdir. Meselâ bir kimse hâ'itinin mu'ayyen mahalli üzerine mikdâr ve evsâfı ma'lûm kiriş vaz' etmek hakkını âhar bir kimseye bey' etse sahîh olur.

Mecelle'ye derci evfak görülen dokuz ve onuncu maddelerin hükmü Mezheb-i Hanefî'de tecvîz olunmamış ise de Mezheb-i Hanbelî ve Mezheb-i Mâlikî'de tecvîz edildiği ve Mezheb-i Mâlikî müdevvenâtından Şerhü'l-Kebîr'de Kitâbü'l-Bey'inde "(وجاز بيع)هواء(بالمد أي فضاء)فوق هواء(بأن يقول شخص لصاحب أرض يعني عشرة أذرع مثلا فوق ما تبنيه بأرضك)إن وصف البناء(الأسفل والأعلى لفظا أو عادة للخروج من الجهالة والغرر ويملك الاعلى جميع الهواء الذي فوق بناء الأسفل ولكن ليس له أن يبني ما دخل عليه إلا برضا الأسفل ثم أنه يجرى هنا قوله الآتي وهو مضمون ويجري في)و(جاز Adalet Akademisi Sayfa 115 قوله وغرز جذاع الخ قوله هنا إن وصف البناء ففيه احتباك عقد على)غرز جذع(أي جنسه فيشمل المتعدد)في حائط(لآخر بيعا أو إجارة وخرق موضع الجذع على المشتري أو المكترى)وهو مضمون(أي لازم البقاء محمول على التأبيد فيلزم البائع أو وارثه أو المشتري منه إعادة الحائط إن هدم ويستمر ملك موضع الجذع للمشتري أو وارثه وأما إن حصل خلل في موضع الجذع فإصلاحه على المشتري إذ لا خلل في الحائط)إلا أن يذكر(العاقد حين العقد) مدة(معينة لذلك)فإجارة)"diye muharrer olduğu gibi ويصح أن يشتري ممرا في ملك (Mezhebi Hanbelî müdevvenâtından İknâ'ın Kitâbü'l-Mesâlihinde dahi غيره (دارا كان أو غيرها) و (أن يشتري) موضعا في حائط يفتحه بابا و (أن يشتري) بقعة (في أرض) يحفرها بئرا (بشرط كون ذلك معلوما لأن ذلك نفع مقصود فجاز بيعه كالدور) و (يصح أيضا أن يشتري) علو بيت يبني عليه بنيانا موصوفا (أو ليضع عليه خشبا موصوفا لأنه ملك للبائع فجاز بيعه كالأرض ، ومعنى موصوفا أي معلوما قال في

[109] *Mecelle*, md. 1192; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, III/457 vd.; *Mecelle* Ta'dil Zabıtları, *Cerîde-i Adliye*,1338, sy. 4, sh. 192; Karaman, III/134-135.
[110] *Mecelle*, md. 1198 vd.; Kadri Paşa, md. 57 vd.
[111] Keza Mecelle Cem'iyyeti istihzârâtından. Cerîde-i Adliyye-Cilt: 1, Sy. 4, Sayfa: 192.

المبدع : وظاهره أنه لا يجوز أن يحدث ذلك على الوقف قال في الاختيارات : وليس لأحد أن يبني على الوقف ما يضره اتفاقا وكذا إن لم يضره عند الجمهور) وكذا لو كان البيت (الذي اشترى علوه) غير مبني إذا وصف العلو والسفل (ليكون معلوما)diye muharrer olmağla mezkûr 9 ve 10'uncu maddeler bu tafsîlâta binâ'en tahrîr olunmuş ve heyetden Ebulala ve Abdurrahman Münib Beyler bu maddelerin tahrîrinde muhâlif kalmışlardır.

Medenî ve Hukukî Semeler (Menfaatler) Hakkındaki Ta'diller

Eşya, şeyin çoğuludur. *Şey* ise, maddî ve manevî varlıkların hepsine denilebilir. İslâm hukukunda şey ve eşya tabirleri yerine ayn, deyn ve menfa'at tabirleri kullanılmıştır. *Ayn*, mu'ayyen ve müşahhas olan şey diye tarif edilirken, *deyn* de zimmette sabit olan şey olarak tanımlanmıştır. Bu ayırımdan ayn tabirinin eşya tabirini karşıladığını ve aynî hakları ilgilendirdiğini anlamak kolaydır: *Menfa'at* ise, ayn'dan elde edilen semeredir. Mecelle, ayn'e misal olmak üzere, ev, at, sandalye, bir yığın buğday ve akçeyi zikretmiştir. Kısaca menkûl ve gayr-ı menkûl bütün eşyayı içine almaktadır[112]. *Mal*, sözlük anlamı itibarıyle insanın mâlik olduğu şeydir. Hukuken ise insanın yaradılışı îcâbı kendisine meylettiği ve ihtiyaç için kasden muhafaza olunabilen şeydir. Tarifin birinci kısmı, malın en önemli unsuru olan "iktisadî değeri"ni, ikinci kısmı ise "fizikî varlık" unsurunu îfâde etmektedir. Zira hak ve menfa'atlerin biriktirilebilmesi mümkün değildir. Bu tarifin en önemli hukukî sonucu, hak ve menfa'atlerin başlı başına bir mal sayılmamaları ve dolayısıyla hukukî mu'âmelelere konu olmamalarıdır. Bunların ziyâı halinde tazmîni de söz konusu olmayacaktır. Bu sonuca göre, Hanefi mezhebinde mal deyince sadece maddî mal hatıra gelmekte ve alacak hakkı, süknâ hakkı, fikrî haklar, irtifâk hakları ve menfa'atler yani gayr-ı maddî mallar mal kapsamına girmemektedir[113].

Hak ve menfa'atleri mal kapsamına almayan Hanefi hukukçular, uygulamanın baskısı ile bu kâideye bazı istisnâ'lar getirmişler ve diğer İslâm hukukçularının görüşüne kısmen de olsa yaklaşmışlardır. Diğer üç mezhebe ve özellikle Şafi'ilere göre menfa'atler de mal sayılır. Malın mu'ayyen maddî bir şey olması yahut ihtiyaç zamanı için biriktirilebilmesi şart değildir. Mal, sağladığı menfa'ate göre değerlendirilir. O halde maddi malın değerlendirilip bizzat menfa'atin değerlendirme dışı bırakılması düşünülemez. Hak ve menfa'atler mal kabul edilince, hukukî mu'âmelelere konu olma ve ziyaı halinde tazmîn konusu da kendiliğinden gündeme gelir[114].

Hanefi hukukçular savundukları genel esasdan yani menfa'atlerin tazmîn edilmeyeceği prensibinden, ilk dönemlerde, yetîm, vakıf ve devlet malları ile kiralanmak üzere hazırlanmış malları istisnâ' etmişler ve son dönemde ise diğer hukukçuların görüşlerini esas almaya başlamışlardır[115]. İslam hukuk tarihi açısından da durum farklı değildir. Mecelle, fıkıh kitaplarındaki Hanefi görüşünü kanunlaştırmıştır. Sonradan 1879 tarihli Usûl-ı Muhâkeme-i Hukukiye Kanunu, hak ve menfa'atleri mal kapsamına dâhil etmiştir[116]. 1340/1924 tarihli Mecelle

[112] *Mecelle*, md. 158-159; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/244-246; El-İbadî, I/114 vd.
[113] *Mecelle*, md. 126; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/268-269, 949 vd.; Kadri Paşa, *Mürşid'ül-Hayrân*, md. I/4.
[114] Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/949 vd.; Akgündüz, *Ecr-i Misil Mü'essesesi*.
[115] *Mecelle*, md. 596-597; Ali Haydar, *Durer el-Hukkam*, I/949 vd.
[116] UMHK, md. 64.

tadillerinde ise, Mecelle'nin 596 ve 597. maddeleri diğer İslâm hukuku mezheplerinin görüşüne göre değiştirilmiştir[117].

Menfa'atler (Menâfi): Genelde menfa'atleri mal telâkki etmeyen ve bu sebeple tazmînini de kabule yanaşmayan Hanefi hukukçular, üç istisnâ'i halde menfa'atlerin tazmîn edilmesini ve gasbın konusuna dâhil olmasını kabul etmişlerdir. *Menfa'at*, bir malın medenî semereleri ve intifâ' hakkı demektir. Menfa'atlerin tazmîni, ecr-i misil takdiriyle olacaktır. Vakıf mallar, küçüklerin malları ve kiralık gayr-ı menkuller (mu'addün lil-istiğlâl) gasbedilip de kullanıldığında, kullanılan süre için mal sâhibine ecr-i misil ödenecektir. *Ecr-i misil*, rayiç kira bedeli demektir.

1914 tarihli bir hukukî düzenleme ve 1341 tarihli Mecelle tadilleriyle bütün menfa'atlerin tazmînini kabul eden diğer mezheplerin görüşlerinin tercih edildiğine daha önce iştirâk etmiştik[118]. Mecelle Ta'dilleri görüldüğü gibi, çok önemli ta'dillerdir.

Kitâbü'l-icâreye Müte'allik Ta'dîlâtı Hâvî Rapor

Ta'dîl veya itlâf edilen menâfi'in mazmûn olup olmaması erbâb-ı hukûk arasında muhtelefun fihdir. Erbâb-ı hukûkdan bazılarının re'yine göre ta'tîl veya itlâf olunan menâfi' mazmûn değildir. Çünkü ta'tîl sûretinde izâle-i yed-i mahikka tahakkuk etmediği gibi itlâf takdîrinde dahi itlâf edilen menfa'atla bedel-i zamân olacak ayn arasında ne sûreten ve ne de ma'nen mümâselet mevcûd değildir. Ta'bîr-i âharla menfa'at mâl-ı mütekavvim olmadığından gerek ta'tîl ve gerek itlâf sûretinde tazmîn lâzım gelmez. Şu kadar ki son zamanlarda fesâd-ı ahlâk ve hırs-ı intifâ' sevkiyle halkın emvâl-i eytâm ve evkâfa vâki' olan tecâvüz ve ta'arruzlarını men' ve bu sûretle hukûk-ı eytâm ve evkâfı muhâfaza için bu mesleği sâlik olanların müte'ahhirîni emvâl-i mezkûreye âid menâfi'in gerek ta'tîl ve gerek itlâf sebebiyle tazmîni lüzûmunu kabûl etdikleri gibi ve kimsenin bir malı mu'addün li'l-istiğlâl olduğunu ve binâen aleyh ücret ile isti'mâl olunduğunu bilerek te'vîl-i mülk ve akidden birine müstenid olmaksızın onu zabt ile istîfâ-yı menfa'at etmesini istihsânen icâreye muvâfakat telakkî ederek menfa'at-ı mütellefenin ücret-i misil ile tazmînini muvâfık görmüşlerdir.

Ekser erbâb-ı hukûkun re'yine göre ta'tîl veya itlâf olununan menâfi'i ale'l-ıtlâk tazmîn lâzımdır. Zîrâ ta'tîl sebebiyle lüzûm-ı tazmînde yed-i muhikkanın izâlesi şart olmayup yalnız yed-i mübtılanın isbâtı kâfidir. İtlâf sûretine gelince hadd-i zâtında a'yânın tekavvümü kendilerinden maksûd olan menâfi'a istinâd eder. Nasıl ki hiç bu sûretle a'yânın mâliyet ve tekavvümünde mâ-bihi'l-istinâd olan menfa'ati mâl-ı mütekavvim telakkî etmemek doğru değildir Husûsuyla bir çok ukûdda menfa'atin mevrid-i akd add olunması ve ukûd-ı sahîha ve fâsidede tazmîni lüzûmunun aliyye bulunması bu ciheti te'yîd etmekdedir.

Mecelle birinci re'yi kabûl ederek gerek Kitâbü'l-İcâre ve gerek Kitâbü'l-Gasbda bu esâsa göre ahkâm vaz' eylemişdir. Halbuki menfa'atin gayr-ı mütekavvim add olunması zamânımızın telakkiyât-ı iktisâdîyesiyle gayr-ı kâbil-i tevfîk olduğu gibi ta'tîl veya itlâf olunan menâfi'in mazmûn olmaması kavîlere zu'afânın emvâlini gasb ve zabtla teşvîk mâhiyetini tazammun eylemekde ve gasb da'vâlarının temâdîsinde bir âmil-i mühim teşkîl etmekde bulunduğundan komisyonumuz ikinci re'yi tercîh eylemişdir. Binâen aleyh gasb ve itlâf olunan menâfi'in mazmûniyetinde aynın mu'addün li'l-istiğlâl olup olmaması hâiz-i ehemmiyet olmadığından Mecelle'nin "417"inci maddesinin tayyına karar verilmişdir. MC. 595, 596 (1340 tarihinde lağvedilmiştir.)[119]

MADDE 420 – İcârede ma'kûdün aleyh menfa'atdır.

MC. 23, 205, 405, 434, 562; TBK. 248-253, 270-275, 313, 320-322; MH. 565. (1340 tarihinde bu maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir:)

[117] *Cerîde-i Adliye*, *Mecelle* Tadil Mazbataları; Akgündüz, *Külliyât*, 464-465; Karaman, III/12-13.
[118] *Mecelle*, md. 414; Akgündüz, *Ecr-i Misil*, sh. 340 vd.; Karaman, II/478-482.
[119] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 902-903.

Mecelle'nin kabûl etdiği esâsa göre icârede maksûdun aleyh menfa'at olup istihlâk-ı ayn üzerine vârid olan icâre bâtıldır. Balık saydı için göl îcârında ve ağaç kat'ı için orman îcârında maksûdun aleyh menfa'at olmayup istihlâk-ı ayndan ibâret olduğu gibi çiftlik icârelerinde demirbaş add olunan tohum, saman ve emsâli a'yân dahi ma'kûdun aleyhdir.

Binâen aleyh bu gibi icârelerde tekevvün eden de'âvîyi hall ve fasılda mehâkim ale'l-ekser mecellenin istinâd eylediği esâslara bakarak ukûd-ı mezkûrenin butlânına hükm etmekdedir. Halbuki icârât-ı mezkûre beyne'n-nâs şâyi' olduğundan ukûd-ı mezkûreyi butlâna nisbetden ise sıhhate haml etmek evlâ olacağı gibi mezra'a îcârının cevâzı dahi bunu te'yîd etmekde bulunduğundan "420"inci maddeye fıkra-i âtiyenin ilâvesine ekseriyetle karar verilmişdir:

[Şu kadar ki ağaç kat'ı için orman îcârı gibi beyne'n-nâs müte'âmel olan şeylerde istihlâk- ı ayn üzerine vârid olan icâre câizdir.]

Abdurrahman Münib Bey, usûl-i muhâkemenin "64"üncü maddesi bu kabîl icârâtı tecvîz etmekde olduğundan işbu fıkra hâsılı tahsîl kabîlinden olduğu gibi istihlâk-ı ayn üzerine vârid olan icâreye dâir Mecelle'ye fıkra derci ancak işbu icârenin şerâ'it ve ahkâmına dâir tafsîlât verildiği sûretde müfid olup yalnız cevâzından bahs gayr-ı müfid olacağından ve misâl olmak üzere zikr olunan ağaç kat'ı sûret-i akide göre bazan icâre ve bazan bey' mâhiyetinde tecellî edüp işbu fıkra matlûb olan vuzûhu ihtivâ etmediğinden muhâlif kalmışdır[120].

MECELLE CEMİYETİNDE TANZİM OLUNUN BAZI MADDELER

MECELLE'NİN CEM'İYYETİNCE ÂTİ'Z-ZİKR MEVÂDD DAHİ TAHT-I MÜZÂKEREYE ALINMIŞ İDİ

Büyû'

Madde 1- Akd-i bey'den sonra dermeyân olunan şurût-ı müfside asıl akde iltihâk ve bey'i ifsâd edmez.

Madde 2- Ba'de'l-akd va'd tarîkiyle dermeyân edilen şart sahîh ve mu'teberdir. Bu şart asıl akde iltihâk ve bey'i ifsâd etmez.

Binâen aleyh mütebâyi'ân akd-i bey'de şart-ı fâsidi zikr ve akdi ona binâ etmeyerek inşâ-yı bey' etdikden sonra va'd tarîkiyle şartı zikr ederler ise bey'in sıhhatine halel gelmez. Belki va'd sebebiyle bu şartın îfâsı lâzım gelir.

Madde 3- Cüzâfen iştirâ olunan mat'ûmât ile bunların gayrı bi'l-cümle menkûlât ve akârın kable'l-kabz ve ba'de'l-kabz âhara bey'i câizdir.

Şerh: Bu madde Mezheb-i Mâlikî'ye mebnîdir.

Madde 4- Hayvânâtda dahi selem sahîhdir. Fakat cins ve sin ve nev' ve sîfâtın beyânı şartdır.

Şerh: Bu madde dahi diğer e'imme-i selâsenin mezhebleri üzere yazılmışdır. Bâlâdaki dört madde kabûl edilmişidi.

Madde 5- Hıyâr-ı şart vârise intikâl eder. Binâen aleyh muhayyer olan taraf, müddet-i hıyârda vefât etdikde muhayyerlik vârisine ya vârisinin velîsine intikâl eyler.

Şerh: Bu madde mezheb-i Şâfi'îüzere tertîb edilmiş ise de mezheb-i Şâfi'îye göre hıyâr-ı şart üç günden ziyâde olamaz iken Mecelle'de kabûl olunan mezhebe göre daha ziyâde müddetle hıyâr-ı şart olabileceğine mebnî telfîk lâzım gelir mütâla'asına mebnî kabûl olunmamışdır.

[120] *Cerîde-i Adliye*, 1340, Sy. 25, sh. 903-904.

Madde 6- Hıyâr-ı şart tecezzî kabûl etmez. Binâen aleyh verese müte‘addid olur ise cümles yâ red ya kabûl eder. Diğer tarafdan râz olmadıkça kısmen red ya kabûl sahîh değildir.

Şerh: Bu da Mâlikî Mezhebi üzere yazılmış ise de telfîk lâzım gelir. Mütâla‘asına mebnî kubûl edilmemişdir.

İcâre

Madde 7- Gerek kâbil-i taksîm olsun gerek olmasın bir kimse bir mâldaki hisse-i şâyi‘asını şerîkine de âhara da îcâr edebilir. Fakat mûcirin hissesine beyânı şartdır.

Şerh: Mecelle'de müşâ‘ın icâresinin adem-i cevâzı hakkındaki madde İmâm-ı A‘zam mezhebi olup İmâmeyn'e göre câiz olur. Bu madde İmâmeyn mezhebi üzere yazılmış ve kabûl edilmişidi.

Madde 8- İcâre ehad-ı âkideynin ya ikisinin vefâtıyla olmaz. Binâen aleyh müste’cir vefât etdikde vârisi müddet-i icâre hıtâmına değin me’cûr ile intifâ‘ eder.

Şerh: Bu madde mezheb-i Şâfi‘î üzere yazılmış ve kabûl edilmişidi.

Emânât

Madde 9- Âriyet bir müddet ya amel ile mukayyed olunca o müddet ya amelin hitâmına kadar lâzım olur.

Şerh: Bu madde mezheb-i Mâlikî'ye göre yazılmış ise de mu‘îr, müteberri‘ iken teberru‘dan rücû‘ edememesi muvâfik görünmediğinden kabûl edilmemişdir.

Gasb

Madde 10- Zevâ’id-i mağsûb asıl gibi gâsıb üzerine mazmûndur. Zevâ’id-i mezkûre gerek semen gibi muttasıla olsun ve gerek veled gibi munfasıla olsun.

Şerh: Bu madde mezheb-i Şâfi‘î üzere yazılmış ve kabûl edilmiş idi.

Madde 11- Menâfi‘, a‘yân gibi mütekavvimdir. Binâen aleyh bir kimse diğerin akâr ya menkûl malını isti‘mâl ya ta‘tîl itse ücretini vermesi iktizâ eder.

Kezâ bir kimse bir tarîk ya rabât ve mescid gibi bir şeyin menfa‘atini tefvît yani meselâ tarîki işgâl eylese zamân-ı menfa‘at lâzım gelir.

Şerh: Bu madde mezheb-i Şâfi‘î üzere yazılmış ve kabûl olunmuş idi.

HİTÂM

Konuyla alakalı kaynaklarına tamamına ve ilgili maddeleri ulaşmak isteyenler, üç ciltlik ***Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyâtı*** adlı eserimizin III. Cildine müracaat etmelidirler. Bu tebliğ genç araştırmacılar için bir fihrist mahiyetindedir.

İKİ ÖNEMLİ KODİFİKASYON ÖRNEĞİ: MECELLE VE 1734 TARİHLİ İSVEÇ (MEDENİ) KANUNU, BENZERLİKLER-FARKLILIKLAR

Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ
Gazi Üniversitesi-Hukuk Fakültesi

I. GİRİŞ

Dar anlamda kanun koymayı ifade eden "kanunlaştırma" (codification) bir ülkede dağınık ve yazılı olmayan bir şekilde bulunan hukuk kurallarını bir araya getirerek tüm ülkede geçerli olacak hukuk kodları ortaya çıkarmaktır. Kanunlaştırma hareketi bir ülkenin hukuk siyasetine bağlı olarak muhafazakâr ya da devrimci amaçlarla yapılmış olabilir. Kanunlaştırmada amaç sadece ülkede dağınık bir biçimde mevcut olan ve uygulanan kuralları bir sistem içinde birleştirmek gayesini taşıyorsa muhafazakâr amaçlı kanunlaştırmadan söz edilebilir. Devrimci kanunlaştırmalarda ise bir ülkede siyasi ve toplumsal yapının değişmesi ile ortaya çıkan yeni toplumsal ihtiyaçlar göz önüne alınarak eskisinden tamamen farklı yeni hukuk kuralları yaratılmıştır. Buna en güzel örnek 1789 Fransız İhtilali sonrası yapılan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunudur Code Civil-. Bir başka ihtimal ise kanunlaştırma hareketini gerçekleştirmek isteyen ülkenin çeşitli nedenlerle yeni ihtiyaçları karşılayacak hukuk sistemini iç imkânlarla yaratacak durumda değilse yabancı bir ülkenin hukuk sistemini tamamen ya da kısmen kabul ederek yürürlüğe koymasıdır. Bu kanunlaştırma çeşidine hukuk dilinde yabancı bir hukukun alınması, bir başka ifade ile resepsiyon adı verilir[1]. Örneğin 1850 tarihli Osmanlı Ticaret Kanunu ya da 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu bu konudaki iki örnektir. Bizim tebliğimizin konusunu teşkil eden ve mukayeseli olarak inceleyeceğimiz Mecelle ve 1734 tarihli İsveç Medeni Kanunu ise ilk gruba yani muhafazakâr amaçlı ve iç imkânlarla yapılan hukuki düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Kanunlaştırma faaliyetleri 18. Yüzyılda başlamakla birlikte esas itibariyle hız kazanması 19. Yüzyılda olmuştur. Hatta 19. Yüzyılın ayırıcı özelliklerinden birisinin de bu olduğu ifade edilmektedir. Kodifikasyon çağı olarak nitelenen 19. Yüzyılda pek çok ülkenin çeşitli hukuk branşlarına yönelik kanunlaştırma çabalarına hız vermesinin birçok nedeni vardır. Bunlardan ilki 17 ve 18. Yüzyıllardan itibaren hukuk felsefesine hâkim olan Doğal Hukuk ekolüdür. Doğal Hukuk akıl vasıtasıyla doğal hukuk kurallarını bularak, bunları herkes için geçerli olacak kanunlar haline getirme düşüncesine sahip olduğu için kanunlaştırma hareketlerinin önünü açmıştır.

18. ve 19. Yüzyılda Avrupa'da özellikle Almanya ve Fransa'da geçerli olan hukuk düzeni üzerinde çalışmalara başlanmış ve sistematik bir hukuk teorisi oluşturulmaya çalışılmıştır. Böylelikle kanunlaştırma hareketleri için uygun zemin hazırlanmıştır. Yine aynı yüzyıllarda Avrupa'da toplumsal ve iktisadi yaşamda yaşanan büyük değişimlerle birlikte mevcut hukuk düzenleri ihtiyaçlara cevap verememiştir. Yeni şartlara ve hukuki ilişkilere cevap verecek kurallar

[1] Gülnihal Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1996, s. 5.

geliştirme ihtiyacı ile birlikte kanunlaştırma çalışmaları başlamıştır. Kanunlaştırma çabalarında siyasi gelişmelerin etkili olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki merkezi otoriteyi tam olarak sağlayarak, feodalitenin son kalıntılarını da temizlemek isteyen kralların, imparatorların bütün ülkeyi kapsayacak yeknesak bir hukuk düzeni kurma çabalarıdır. Böylelikle merkezi kontrol tam olarak sağlanabilecek, merkezi otoritenin temsilcileri görev yaptıkları bölgeleri daha kolay idare edebilecekler, adaletin dağıtımında karşılaşılan sorunlar aşılabilecektir. Monarklar ya da daha genel bir ifade ile kanun yapma yetkisini elinde tutanlar hakimlerin takdir yetkisini kısıtlama ve onları yazılı hukukun sıkı denetiminin süjesi haline getirmek için kodifikasyon faaliyetlerinden yararlanmışlardır. Hukukun bazı alanlarında kısmen çoğulculuğa müsamaha gösterilebilirken, devlet "*hukuki mutlakiyetçilik*" olarak adlandırılabilecek kanunlaştırmalar yoluyla hukuki düzen üzerinde bir monopol inşa ederek tam bir kontrol sağlamaktadır[2].

Kanunlaştırma hareketlerinin siyasi sebeplerinden bir diğeri ise Fransız İhtilali sonrası bütün Avrupa'ya yayılan milliyetçilik akımıdır. Ulus devletlerin kurulması sürecinde yabancı hukukun baskısından kurtularak kendi ulusal hukukunu kanunlaştırma düşüncesi ve bir ulus oluşturmada hukuku da aktif olarak kullanma fikri kodifikasyon hareketlerinin hız kazanmasında etkili olmuştur[3].

Genel olarak modern anlamda kanunlaştırma hareketlerinin ilk örneğinin 1756 tarihli Bavyera Medeni Kanunu olduğu kabul edilmektedir. Bavyera Kanunu kazuistik hukuk tekniğinin en önemli numunesi olup, 20.000 maddeden oluşmuştur. Modern kanunların tekniğine ve metoduna sahip değildir. Aslında eski dönemle Fransız İhtilali sonrası dönem arasında bir geçiş devresinin ürünü olarak değerlendirilmektedir[4]. Bunu 1794 tarihli Prusya Devletleri için Genel Memleket Kanunu izlemiş olup, bu kanun modern kanunların kilit özelliklerini taşımaktadır. Aynı zamanda Hukuk Tarihinin önemli yasalarından biri sayılmaktadır. Prusya Yasası hayatın bütün alanlarını düzenlemeyi hedeflemektedir. 1794 tarihli Yasa Medeni Hukukun sınırlarını aşarak Kamu Hukukunun bazı alanları özellikle Ceza Hukuku ve İdare Hukukunu da içermiştir[5]. Modern kanunlaştırma hareketlerinin ilk orijinal örneği olarak kabul edilen 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu-Code Civil- bir yandan krallık dönemi hukukçularının düşüncelerini, diğer yandan İhtilalin itici gücü olan burjuva sınıfının görüşlerini uyumlu bir şekilde birleştirmeyi başarmıştır. Napolyon Kanunu olarak da isimlendirilen bu kanun Prusya Kanununun tersine sadece Medeni Hukuk alanını düzenlemiş olup, kazuistik değil, mücerret bir niteliğe sahiptir. Dili açık ve anlaşılabilir niteliktedir. Fransız Medeni Kanunu 19 ve 20. Yüzyıldaki özel hukukun gelişimi üzerinde önemli etkiler yaratmıştır. İtalya, Belçika, Hollanda, İspanya, Portekiz, Romanya ve bazı Latin Amerika ülkeleri bu kanunu aynen veya biraz değiştirerek almışlardır. Hatta Lübnan, Mısır, Cezayir

---

2 J. L. Halperin, Five Legal Revolutions since the 17th Century: An Analysis of a Global Legal History, Springer 2014, s. 36-37.

3 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", Tanzimat 1, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1999, s. 143-145.

4 Velidedeoğlu, s. 146; Bavyera Kanunu Roma Hukuku prensipleri ile yerli hukuku karıştırmış, yasa metnini halkın da anlayabileceği bir dille kaleme almıştır.

5 Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu-Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 311-312; Avi Rubin, "Modernity as a Code: The Ottoman Empire and the Global Movement of Codification", Journal of the Economic and Social History of the Orient, 59, 2016, s. 832: Prusya Kanununun ise en büyük hedefi gücünü idari adem-i merkeziyetçilikten alan aristokratlara karşı merkezi devlet otoritesini sağlamaktır. Ayrıca gelecek yıllarda gelişeceği düşünülen karmaşık bürokratik yapı düşünülerek hazırlanmıştır.

ve Tunus da Fransız Medeni Kanunundan ciddi anlamda etkilenmiştir[6]. 19. Yüzyılın sonuna yaklaşılırken Fransız Medeni Kanunu'nun kabul edilmesinden korkan milliyetçi Alman hukukçularının çabaları ile doğan Tarihçi Okulun etkisiyle bir Alman Medeni Kanunu hazırlanması çabaları başlamıştır. Bunun sonucunda tıpkı Fransız Medeni Kanunu gibi Kıta Avrupa'sında büyük etkisi görülecek olan 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu-Bürgerliches Gesetzbuch- Alman İmparatoru tarafından onaylanmış, 1900 yılının başında da yürürlüğe girmiştir. Modern anlamda kanunlaştırma örnekleri olarak kabul edilen bu kanunların yapılış tarihlerinin de gösterdiği üzere kodifikasyon kavramı esas itibariyle 19. Yüzyılın icadıdır ve kavram olarak ilk kez 1815 yılında İngiliz hukukçu Jeremy Bentham tarafından kullanılmıştır[7]. Bentham'a göre kanunlar kapsayıcı olmalı, özgürlük, eşitlik ve mülkiyet haklarını korumalıdır. Ayrıca sistematik, anlaşılabilir olup, maddeleri vakalara göre belirlenmemeli (kazuistik olmamalı), kurallar inşa etmelidir. Kanunlaştırma sosyal bir sözleşme olup, insan hayatının en azından bir kısmının ayrıntılı olarak düzenlemelidir. İdeal olanı ise kanunların bir devletin vatandaşlarını ilgilendiren tüm konuları kapsamasıdır. Kanunlar bütün ülke için geçerli olmalı ve yargısal alanla ilgili düzenlemeler de getirmelidir[8]. Weber'e göre ise kanunlaştırma hareketlerinin ortaya çıkmasında üç sosyal aktörün çıkarlarının korunması etkili olmuştur. Özel hukuk alanında yapılacak düzenlemelerle çıkarları açısından öngörülebilirlik ve hukuki güvence sağlayacağını (özellikle Borçlar Hukuku alanında) düşünen burjuva sınıfı, krallıklarında birlik ve uyum arayan ve merkezi otoriteyi pekiştirmek isteyen 18 ve 19. Yüzyıl devlet yöneticileri ve bürokratik devletin yükselişi ile birlikte kanunların netliğine ve açıklığına ihtiyaç duyan memur sınıfı Weber'in sözünü ettiği sosyal aktörlerdir[9]. 19. Yüzyılın bir başka özelliği ise kanunlaştırma hareketlerinin global bir nitelik kazanmasıdır.

Kanunlaştırma hareketlerinin amaçlarından birisi de bütün ülke coğrafyasında geçerli olacak yeknesak kanunlar ortaya koymaktır. Medeni Kanunların yapımında bu amaç belirgin bir biçimde ortaya çıkmıştır. Meşhur Alman Hukukçusu Anton Justus Thibaut bir Fransız hâkimin işinin çok kolay olduğunu çünkü elinde bir Medeni Kanun bulunduğunu, buna mukabil bir Alman hukukçunun işinin çok zor olduğunu, çünkü karar vermeden önce sayısız tarihi ve hukuki kaynağı değerlendirmek zorunda kaldığını vurgulamıştır[10].

Modern devletlerin kuruluşu hukuk birliğini ve tüm ülkede uygulanacak yeknesak hukuk kurallarını zorunlu kılmıştır. Fransız İhtilali bütün eski kurumları yerle bir etmiş, gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk alanında yeni düzenlemeleri gerekli kılmıştır. Felsefi ve hukuki doktrinler özellikle tabii hukuk tarafından temsil edilen rasyonel ilkelere dayanan kanunlar bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır.

---

6 Velidedeoğlu, s. 151-152; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 313; Zafer Toprak, "From Plurality to Unity: Codification and Jurisprudence in the Late Ottoman Empire", In Ways to Modernity in Greece and Turkey: 2007, s. 28; Fransız Medeni Kanununu 1806'da Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu, 1807 tarihinde Ticaret Kanunu, 1808'de Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 1810'da Ceza Kanunu izlemiştir.

7 Rubin, Modernity as a Code, s. 830.

8 Heikki Pihlajamäki, "Private Law Codification, Modernization and Nationalism: A View from Critical Legal History", Critical Analysis of Law 2:1 2015, s. 138-139.

9 Max Weber, "Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology", edited by: Guenther Roth and Claus Wittich, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1978, s. 839-859.

10 Pihlajamäki, Private Law Codification, Modernization and Nationalism, s. 140; Aynı problem İtalyan kent devletlerinde de ortaya çıkmış, Sicilya'da 18. Yüzyılda bütün hukuki kaynakların derlenerek bir kanunlaştırma faaliyeti başlatılması konusunda yoğun talepler yükselmiştir. 1817 yılında Papalık bir Medeni Kanun ve Medeni Usul Kanunu hazırlanmasını isterken bu kanunların basit, açık olmasını ve hukuki normları kanunun koruması altına almasını istemiştir.

Avrupa'daki kanunlaştırma hareketlerinin anayasal bir boyutunun da olduğu görülmektedir. Parlamentolar kanunların içeriğini belirlemiş, Medeni Hukuku demokratik bir biçimde biçimlendirmişlerdir. Öte yandan bu yolla hukuk akademisyenleri ve yargı üzerinde de belli bir güç kazanmışlardır. Kodifikasyon faaliyetleri Fransız İhtilali sonrası liberalizm akımının etkisinin kuvvetli bir şekilde hissedildiği ihtilallerde de önemli bir faktör olarak ortaya çıkmıştır. Örneğin 1848 İhtilalinin İtalyan topraklarına sıçramasında Modena ve Parma'daki kanunlaştırma hareketlerinin etkili olduğu bilinmektedir. Bu nedenle tutucu çevreler kanunlaştırma faaliyetlerinden hatırı sayılır bir biçimde korkmuşlardır[11].

Kanunlaştırma hareketlerinin bir diğer özelliği milliyetçiliğin önemli sembollerinden olmaları ve milli birliği simgelemeleridir. Aslında 17. ve 18. Yüzyıllarda milliyetçilik akımının ortaya çıkması merkezi otoritedeki güçlenme eğilimleri ile birleşince milli hukuklara ilgi artmış ve kanunlaştırma faaliyetleri başlamıştır. Bu dönemde kanunlaştırma faaliyetlerinin iki temel amacının olduğu görülmektedir. Milli bir devletin sınırları içinde hukuki birliği sağlamak ve zamanın şartlarına uygun rasyonel, sistematik ve kapsayıcı bir hukuk sistemi inşa etmek. Kodifikasyon faaliyetleri sonucunda milli hukukun ön plana çıkması ile birlikte ius commune'nin ve dolayısıyla Roma Hukukunun tahtı sallanmış ve doğrudan hukukun kaynağı olmaktan çıkarmıştır. Hukuk birliğini sağlayan ilk kanunlar ilgi çekici bir biçimde İskandinav ülkelerinde ortaya çıkmış olup, bu konudaki önemli örnekler 1683 Danimarka Kanunu ile tebliğimizde inceleyeceğimiz 1734 İsveç Kanunudur. Ancak her nedense çeşitli kaynaklarda modern kanunlaştırma örneklerine yukarıda da zikrettiğimiz üzere 1756 Bavyera Kanunu ile başlanmaktadır.

Avrupa'da 19. Yüzyıl başlarından itibaren daha da hız kazanan kanunlaştırma hareketlerinin milliyetçilik akımı ile yakından bağlantılı olduğu görülmektedir. Fransız Medeni Kanununun bakış açısı bu konudaki en belirgin örnektir. Bu gün bile Fransız Medeni Kanunu Fransız kültürünün, siyasi değerlerinin yansıması olarak görülmektedir. Ayrıca Fransa'nın Kıta Avrupası'ndaki üstünlüğünün pekişmesi için kullanılmıştır[12]. Aynı durum Alman milli birliğinin sağlanma sürecinde de görülmüştür. Theodor Momsen 1848'de şöyle yazmıştır: "*Alman milleti her zamankinden daha büyük bir arzuyla hukukçulardan yeknesak ve milli bir medeni kanun talep etmektedir*." Görüldüğü üzere kanunlaştırmalar özellikle de Medeni Kanunlar milli birliğin sağlanmasında bir araç haline gelmiştir. Hatta tıpkı bayrak ve milli marş gibi milli birliğin sembollerinden birisi olmuştur. Fransız, İtalyan, Alman, Hollanda Medeni Kanunları bu konudaki örneklerdir[13]. Nitekim kodifikasyon faaliyetleri içinde Medeni Kanunlar ayrı bir öneme sahip olup, bu durum belli bir millete, kültüre ve hukuki geleneğe ait olma hissinin dışa vurumu olarak tanımlanmıştır. 1968'de Arjantin'de Medeni Hukuk reformu yapıldığı zaman Medeni Hukuk profesörü ve Adalet Bakanı olan Guillermo Bordo Medeni Kanunların önemini şöyle dile getirmiştir: "Medeni Kanun anayasalardan daha önemlidir. Çünkü anayasalar Medeni Kanunlara

[11] Pihlajamäki, Private Law Codification, Modernization and Nationalism, s. 141-142.

[12] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ralf Michaels, "Code vs. Code: Nationalist and Internationalist Images of the Code civil in the French Resistance to a European Codification", European Review of Contract Law, 2012, http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5246&context=faculty_scholarshi p, Erişim Tarihi, 27.08.2017, s. 2-20.

[13] Pihlajamäki, Private Law Codification, Modernization and Nationalism, s. 147-148.

oranla insanların günlük hayatlarına daha uzakken Medeni Kanunlar insanların hayatının içindedir.[14]"

Medeni Kanunların sahip olduğu bu önem nedeniyle kanunlaştırma faaliyetleri çerçevesinde ilk yapılan kanunlar genellikle Medeni Kanunlar olmuştur.

Hukuk Tarihi çalışmalarında karşılaştırmalı çalışmaların önemi her geçen gün daha fazla anlaşılmaktadır. Osmanlı hukuki düzenlemelerini, hukuki müesseselerini değerlendirebilmek açısından çağdaşı devletlerle mukayesesini yapmak büyük önem arz etmektedir. Bazı hukuki kurumların bazı ülkelerde neden ortaya çıktığı ya da çıkmadığı veya hukuk sistemleri arasındaki benzerlikleri anlayabilmek için karşılaştırmalı hukuk tarihi çalışmaları son dönemde yoğunlaşmıştır. Örneğin noterlik kurumu Kıta Avrupası'nda karşımıza çıkarken (Osmanlı Devleti'ne gelişi 19. Yüzyılın ikinci yarısını bulmuştur) İsveç'in de aralarında bulunduğu İskandinav ülkelerinde böyle bir kuruma rastlanmamktadır. Bu durumda kaçınılmaz olarak neden böyle bir kuruma İskandinav ülkelerinde ihtiyaç duyulmadığı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Sorunun cevabını bulmak için mutlaka karşılaştırmalı bir çalışma yapmak gerekmektedir. Nitekim benzer örnekler çoğaltılabilir ve hepsinin cevabı karşılaştırmalı hukuk tarihinde gizlidir. Karşılaştırmalı Hukuk Tarihi bir hukuki kurumun ya da kuralın bir ülkeden diğerine nakledilmesini değil, farklı ülkelerdeki hukuki sistemler ve hukuki düzenlemeler arasındaki benzerlikleri ve farklılıkları inceler. Kıta Avrupası Hukukunun veya Common Law'ın anlaşılabilmesi için İskandinav Hukukunun, İslam Hukukunun ya da Çin Hukukunun özelliklerinin de inceleme konusu yapılması gerekmektedir[15]. Biz de tebliğimizde döneminin iki önemli kanunlaştırma örneği olan ve coğrafi olarak birbirinden uzak ülkelerde ortaya çıkan 1734 İsveç Kanunu ile 1869-1876 yılları arasında tamamlanan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'yi karşılaştırmalı olarak incelemeyi amaçlıyoruz.

1734 tarihli İsveç Kanunu 18. Yüzyılın ürünü olup, modern kanunlaştırma hareketlerinin ilk örneği olduğu söylenen 1756 tarihli Bavyera Kanunundan önce yapılmıştır. Ancak her nedense kanunlaştırma hareketlerinden bahseden eserlerde dikkate alınmamıştır. Buna mukabil Mecelle kanunlaştırma hareketlerinin global bir nitelik aldığı 19. Yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkmıştır. Alt başlıklarda üzerinde durulacağı üzere her iki düzenlemenin de modern kanunlaştırma hareketlerine örnek teşkil ettiğini savunanlar olduğu gibi bunların kanun değil hukuk derlemesi olduğunu söyleyenler vardır. Yine her iki hukuki düzenleme ile ilgili hem şiddetli eleştiriler hem de övgüler olduğu görülmektedir. 1734 tarihli Kanun ve Mecelle düzenlenme biçimi, kullanılan dil ve teknik açısından da kimi benzerlikler taşımaktadır. Bir başka önemli nokta ise ortaya çıkış şekillerindeki benzerliktir. 1734 tarihli Kanun hazırlanırken Roma-Germen Hukukunun örnek alınması konusunda yoğun baskılar yapılmıştır. Benzer bir biçimde Osmanlı Devleti'nde bir Medeni Kanununun yapılması konusu gündeme geldiğinde 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun iktibas edilmesi konusunda iç ve dış çevrelerde etkin bir destek söz konusu olmuştur. Ancak her iki ülkede de hukuki düzenlemeleri hazırlayan komisyonlar ciddi bir direniş göstererek yerli kanunlar yapmak konusunda ısrarcı olmuşlardır. İsveç Hukuku ve 1734 tarihli Kanunda İslam-Osmanlı Hukukunda karşımıza çıkan kimi kurallar ve müesseselerin benzerlerini görmek son derece ilgi çekici olmuştur. Her iki hukuki düzenlemenin tamamen birbirine benzemediği muhakkaktır. Ancak

[14] Julio Cesar Rivera, "The Scope and Structure of Civil Codes" The Scope and Structure of Civil Codes, Relations with Commercial Law, Family Law, Consumer Law, a Comparative Approach, edited by: Julio Cesar Rivera, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 32, Springer, Dordrect 2013, s. 8.

[15] Heikki Pihlajamäki, "Comparative Contexts in Legal History: are we all comparatists now?", Seqüência (Florianópolis), n. 70, jun. 2015, Doi: http://dx.doi.org/10.5007/2177- 7055.2015v36n70p57, Erişim Tarihi, 30.07.2017, s.67-72.

benzerlikler de bir o kadar ilgi çekicidir. Birbirinden bu kadar farklı iki hukuk sisteminde her iki kanunlaştırma faaliyetinin ortak özellikleri kanımızca incelenmeye değerdir. Üstelik bildiğimiz kadarıyla 1734 tarihli Kanun şimdiye kadar Türkçe literatürde ayrıntılı ve mukayeseli bir biçimde ele alınmamıştır. Tebliğimizde iki hukuki düzenlemenin madde madde karşılaştırmasının yapılmasının mümkün olmadığı aşikârdır. Bu nedenle 1734 tarihli İsveç Medeni Kanunu ve genel olarak İsveç Hukukundaki İslam-Osmanlı Hukukuna benzer kurallardan ve müesseselerden söz edilecektir.

II. İSVEÇ HUKUKU VE 1734 TARİHLİ İSVEÇ (MEDENİ) KANUNU

1734 tarihli İsveç (Medeni) Kanunu'nun hazırlanışı, özellikleri, düzenlediği konular hakkında bilgi vermeden önce kısaca bu hukuki düzenleme öncesi İsveç Hukuku'nun görünümünü gözden geçirmek faydalı olacaktır.

Bilindiği üzere "*civil law*" kavramının temelinde Roma Hukuku bulunmaktadır. Karşılaştırmalı Hukukta civil law akademisyenler tarafından dört farklı gruba ayrılmıştır. Bunlar;

1) Fransız sivil hukuku, Fransa, Belçika, Hollanda, Luxemburg, İtalya, İspanya ve onların sömürgelerinde geçerli olmuştur.
2) Alman sivil hukuku Almanya, Avusturya, İsviçre, Yunanistan, Portekiz, Türkiye, Japonya'da karşımıza çıkmaktadır.
3) İskandinav sivil hukuku İsveç, Danimarka, Norveç, İzlanda ve Finlandiya'yı kapsamaktadır.
4) Çin Hukuku ise sivil hukuk ile sosyalist hukukun karışımıdır.

Görüldüğü üzere İskandinav özel hukuk sistemi Batı dünyasındaki diğer büyük sistemlerden farklı bir noktada durmaktadır. Avrupa'da hâkim olan iki büyük sistem Anglo-Amerikan sistemi ile Kıta Avrupası sistemidir. Kıta Avrupası sistemi ise temelde yukarıda ilk iki başlıkta belirttiğimiz üzere ikiye ayrılmaktadır. Birincisi Fransız sistemi ve onu izleyen ülkelerdir. Diğeri ise Alman ve Avusturya hukukunun ortaya koyduğu sistem ve bu ekolü izleyen diğer ülkelerdir. Kıta Avrupası sisteminden farklı bir noktada duran İskandinav Hukuku ise kendi içinde iki kısma ayrılmaktadır. Batı İskandinav Hukuku ve Doğu İskandinav Hukuku. Bu ayrım özel hukukun pek çok noktasında özellikle de usul hukukunda kendisini göstermektedir. İlk grup (Batı İskandinav Hukuku) Danimarka, Norveç ve İzlanda'dan oluşur. İkinci grup (Doğu İskandinav Hukuku) ise İsveç ve Finlandiya'dan oluşmaktadır[16]. Finlandiya yaklaşık yedi yüzyıl boyunca (İsveç 12. Yüzyılda Finlandiya topraklarını ele geçirmiştir) İsveç krallığının bir eyaleti olarak kabul edildiği için İsveç ve Finlandiya ortak hukuki mirasa sahip olup, İsveç hukuk kuralları aynı şekilde Finlandiya'da da geçerli olmuştur. Hatta 1734 tarihli Kanun Finlandiya 1809 yılında Rus egemenliğine girdikten sonra bile yürürlükte kalmış, 250 yıl boyunca Fin hukuk sisteminin temelini

[16] J. Kartu, "Introductıon to Fınnısh Law /Legal History: The Past and the Present of Nordic Law", s. 6, http://www.ulapland.fi/loader.aspx?id=cb85342a-8d27-4128-ba0a-b46dea5e9037, Erişim Tarihi, 09.06.2017, Doğu ve Batı İskandinav Hukuku arasındaki farklar sadece özel hukuk alanında değil, kamu hukukunda da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin İsveç ve Finlandiya'da idari davaları görmek üzere ayrı mahkemeler varken, benzer yargı organına Batı İskandinav Hukukunda rastlanmamaktadır.

oluşturmuştur[17]. Ortak hukuk geleneği yüzünden tebliğimiz boyunca İsveç Hukuku deyince Finlandiya da uygulanan hukuku da kastedeceğiz.

Genel olarak İskandinav Hukuku ve dolayısıyla İsveç Hukuku Germanik Hukukun bir alt kümesini teşkil etmekte olup, başlangıçta kanun sözcüleri (lawspeaker) tarafından ezberlenmiş, Viking çağının sonuna doğru İskandinav toplumunu Hristiyanlaştıran keşişler tarafından yazılı hale getirilmiştir. Bu kanunlar büyük oranda ticari hayatın canlı olduğu şehirlerde uygulanmıştır. İsveç'te şu anda bilinen en eski yazılı kanun "*Forsaringan*" olup, demir bir halka ile Halsingland'daki Forsa kilisesinin kapısına çakılmıştır. Bu kanun runik yazı ile yazılmıştır ve 9 veya 10. Yüzyıla ait olduğu düşünülmektedir. Yazıların anlamı tam olarak çözülemese de para cezalarını listeliyor gibi görünmektedir. Kanuna göre işlenen her yeni suçta para cezası iki katına çıkmaktadır[18].

En erken İsveç kanun metinleri eyalet kanunları olup, Ortaçağlardaki İsveç kanunları deyince anlaşılan bunlardır. Bu eyalet kanunları İsveççede "*Landskapslag*" olarak adlandırılmıştır. Her İsveç eyaleti Osmanlı Devleti'ndeki sancakları andırır biçimde birkaç bölgeye ayrılmıştır. Bu bölgelerin hepsinin kendilerine özgü kanunları vardır. İsveç Hukukunda teamül (örf ve adet hukuku) büyük önem arz ettiği için bu konuda uzman olan görevliler mevcuttur. Bunlara "*lawmen*" adı verilmiş ve "*thing*" denilen yerel meclisler de hâkimlik yaptıkları gibi hukuki konularda danışmanlık yapmış, kanunlar konusunda halkı ve devlet görevlilerini bilgilendirmişlerdir. İsveç'deki lawmen Norveç ve İzlanda'daki benzer örneklerinden çok daha önce kamu görevlisi sıfatını kazanmıştır. Görev yaptığı bölgedeki halk tarafından seçimle belirlenen Lawmenlerin görev bölgelerine "*land*" adı verilmiş olup, Osmanlı Devleti'nde kadıların kaza bölgelerine çok benzemektedir. Lawmenlerin siyasi ve idari görevleri de vardır. Bölgelerinde adaletin dağıtımından sorumlu olan lawmenler aynı zamanda talep edildiği takdirde hukuki konularda tavsiyeler vermişler, landleri idare etmişler, thing denilen Osmanlı Devleti'ndeki eyalet ya da sancak meclislerine benzeyen meclislere başkanlık etmişlerdir. Bu açıdan da lawmenlerin Osmanlı kadıları ile benzerlikleri ilgi çekicidir. Belli bir dönemden sonra lawmenler görev yaptıkları bölgenin yasalarını kendi isimleri ile yazılı hale getirmeye başlamışlardır. Bu metinlere "*law-saga*" denilmiştir. Mevcut hukuk kurallarının yazılı hale getirilmesinde rahiplerin teşvikleri ve katkıları da önemli yer tutmuştur. Farklı landlerin lawmenlerinin yazdığı kanunlar arasında ihtilaflar çıktığı zaman ise Uppland ya da Tiunaland lawmenlerinin yazdığı kanunlar dikkate alınmıştır[19]. Ortaçağda İsveç'te dokuz ayrı eyalet yasası vardır. Bu eyaletler, Västergötland, Östergötland, Dalarna, Hälsingland, Södermanland, Uppland, Västmanland, Värmland ve Närke'dir. Ayrıca Gutalangen eyaletinde Gotland kanunları uygulanırken, Finlandiya'da yazılı kanunlar olmamakla birlikte gerektiğinde Hälsingland kanunları uygulanmıştır[20]. Kanun sözcüleri tarafından ezberlenen eyalet kanunları 1200'lerden itibaren yazılı hale getirilmeye başlanmıştır. En eski eyalet kanunu olduğu düşünülen Westrogothic Kanunu ya da Västgötalagen, Batı İsveç'te Västergötland eyaletinde kullanılmış ve 1200'ler civarında yazılmıştır. Eyalet kanunları şehirlerde uygulanmamış olup, şehirler farklı kanunlara sahip olmuşlardır. Bu bilgilerin de

[17] "Historical Background of the Finish Law", Ministery of Justice, https://www.legal- tools.org/doc/ddd557/, Erişim Tarihi, 21.06.2017.

[18] "From Sandpages, the Cloud of Data", http://sandpages.com/en/Medieval_Scandinavian_law, Erişim Tarihi, 23.06.2017.

[19] Lester Bernhard Orfield, The Growth of Scandinavian Law, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1953, s. 252-253.

[20] "From Sandpages, the Cloud of Data", http://sandpages.com/en/Medieval_Scandinavian_law, Erişim Tarihi, 23.06.2017.

gösterdiği üzere İsveç Ortaçağda diğer İskandinav ülkelerine göre daha fazla yazılı hukuki düzenlemeye sahip olmuştur.

Ortaçağ İsveç'inde (13-14. Yüzyıllar) yukarıda söz edilen taşra kanunlarının dört tabakadan oluştuğu görülmektedir. Roma Hukukunun etkileri, Kanonik Hukukun etkileri, eski İsveç teamül hukukundan yapılan alıntılar ve yeni geliştirilen hukuk kuralları. Bu konuda Uppland Kanunu güzel bir örnek teşkil etmektedir. 1248'de İsveç'e bir ziyaret yapan Papalık elçisi Uppland'da kullanılan bir İsveç kanunundan bahsetmiştir. Uppland kanunları 15 kişilik bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. Uppland Kanunundaki bazı maddelerin Roma ve Kanon Hukukunun temel alınarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Buna mukabil bazı maddelerin eski örf ve adet hukuku ve İsveç Kralının Uppland eyaleti için vazettiği emirlerden oluştuğu görülmektedir. Ayrıca kanunda bütün bu kaynaklar dışında yeni hukuki normların da kabul edildiği maddeler vardır. Uppland Eyalet Kanununda kralla o bölgenin ilişkilerinin tanımlandığı düzenlemeler de yapılmıştır[21]. Eyalet Kanunları içinde en fazla prestijli olanlar Uppland ve Östergötland eyalet kanunlarıdır. Her iki eyalet kanunu da 1350 yılında İsveç'te kısmen hukuki birliği sağlayan Magnus Erikssons Ülke Kanununun temelini teşkil etmişlerdir[22].

Eyalet Kanunlarında dikkat çeken bir husus da her kanunda "*kralın adaleti*" ne özel bir vurgu yapılarak konuya özel bir paragraf ayrılmasıdır. Osmanlı Devleti'nde özellikle Divân-ı Hümayuna verilen arzuhaller ve "*padişahın adaleti*" kavramının bir benzerinin İsveç'te de karşımıza çıkması iki ülkedeki adalet anlayışının taşıdığı benzerlikler açısından kayda değer bir örnektir[23].

İsveç'teki eyalet kanunlarının büyük bir çoğunluğu 13. Yüzyılda ortaya çıkmış olup, yukarıda da üzerinde durulduğu gibi kapsamlı kanunlardır. Bu kanunlar kısmen özel komisyonlar kısmen de hâkimler tarafından hazırlanmıştır. Daha sonra kral tarafından da onaylanmışlardır. Fakat ne şekilde hazırlanırlarsa hazırlansınlar, farklı toplumsal grupların çıkarları arasında bir denge oluşturulmasına dikkat edilmiş ve kral, kilise, aristokratlar ve halkın geri kalan kesimi arasında bir uzlaşı sağlamaya gayret gösterilmiştir[24]. Toplumsal barışı ve adaleti de sağlamak amacında olan bu hukuki metinler İsveç'te kralın adaleti kavramının ortaya çıkmasına katkı sağlamışlardır. Hemen hepsi edebi bir dille ve anadilde kaleme alınmış olup, hukuki açıdan da başarılı metinlerdir. Roma ve Kanonik hukukun etkisinin hissedildiği bu kanunlarda özellikle Aile Hukuku alanında Kanonik hukukun etkileri daha fazla hissedilmektedir. Bütün bu eyalet kanunları bir araya getirilerek ortak bir potada eritilmiş ve ortaya bütün ülkede geçerli olacak bir hukuki düzenleme çıkarılmaya çalışılmıştır[25].

İsveç'te 13. Yüzyıl ortalarından itibaren bütün ülkeyi kapsayacak bir kanun hazırlamak için çalışmalara başlandığı görülmektedir. 1250 yılında İsveç'in kral naibi olan Birger Jarl

---

21 Stefan Brink, "The Creation of a Scandinavian Provincil Law: How Was It Done?", tps://www.abdn.ac.uk/staffpages/uploads/his237/BrinkHR.pdf, Erişim Tarihi: 21.06.2017, s. 1-11; Ditlev Tamm, "How Nordic are the Old Nordic Laws?", file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-HowNordicAreTheOldNordicLaws-2056656%20(1).pdf, Erişim Tarihi, 30.08.2017, s.18.

22 Tamm, s. 18.

23 Jonas Liliequist/ Martin Almbjär, "Early Modern Court Records and Supplications in Sweden (c. 1400–1809) Overview and Research Trends", Frühneuzeit-Info, 23(1+2), s. 7.

24 Mia Korpiola, "The People of Sweden Shall Have Peace ? Peace Legistlation and Royal Power in Later Medieval Sweden", Expectations of the Law in the Middle Ages, Edited by: Antony Musson, The Boydell Press, Suffolk 2001, s. 35.

25 Wilhelm Chydenius, "The Swedish Lawbook of 1734: An Early Germanic Codification", The Law Quarterly Review, No. LXXX, October. 1904, s. 377.

bütün krallıkta geçerli olacak ve tüm yetkileri kralın elinde toplayacak bir kanun tasarısı hazırlamak için girişimlerde bulunmuştur. Bu süreçte kral naibinin böyle bir kanun hazırlanması konusunda ileri sürdüğü gerekçe son derece ilgi çekicidir. Buna göre hazırlanacak kanunun amacı barış ve düzeni gerçekleştirmek, dinin (kilisenin), ailenin, kadınların güvenliğini sağlamak ve thing'in (yerel meclisler) daha etkin çalışmasını temin etmektir. Bu ilkeleri gerçekleştirecek üniter bir kanunun hazırlanması aşamasında kral yayınladığı fermanlarla bu kurallara uymayanların cezalandırılacağını ve mallarının müsadere edileceğini bildirmiştir. Kendisi de bu üç değeri koruyacağı konusunda yemin etmiştir. Çıkarılan fermanlarla kişisel intikam alma da yasaklanmıştır[26].

Yüzyıl ortalarındaki bu girişimlere rağmen tüm ülkeyi kapsayacak ve hukuk birliğini sağlayacak bir hukuki düzenleme hazırlama çabaları ancak bir yüzyıl sonra kısmen sonuç verebilmiştir.

İsveç'te yeknesak, bütün ülkede geçerli olacak bir krallık kanunu yapma konusundaki ilk ciddi girişim 14. Yüzyıl ortalarında kral Magnus Erikssons döneminde gerçekleşmiştir. Magnus Erikssons döneminde İsveç ve Norveç ilk siyasi birliklerini kurmuşlar, İsveç Kralı bu süreçte Norveç Hukukundan çok etkilenmiştir. Bu etkileşimin bir sonucu olarak bir dizi ferman (kararname) çıkarmış, önemli düzenlemeler yapmıştır. Örneğin İsveç'te serflik kurumu kaldırılmış, jüri sisteminde değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Yine bu dönemde kralın adaleti kavramı ve ceza hukuku ile ilgili yeni düzenlemeler yapılmıştır. Ardından da Magnus Erikssons bütün ülkede geçerli olacak bir kanun çıkarmaya karar vermiştir. Bu amaçla 1347'de dönemin üç meşhur hukukçusundan oluşan bir komisyona bir kanun hazırlama görevi vermiştir. Seçtiği hukukçular ülkenin farklı bölgelerindendir. Komisyon üyelerinden Ulf Ambjörnson Smaland'dan, Algot Bengtson Westergötland'dan, Thoergeir ise Varmland'dendir. Daha sonra komite genişleyerek üye sayısı artmıştır. Komitede hiç din adamı yer almazken, üyelerinin büyük çoğunluğunu hukukçular, aristokratlar ve yönetim mekanizması içindeki kişiler oluşturmuştur. Komisyon çalışmalarına 1347 yılında başlamış ve 1350 yılında "*Magnus Erikssons Ülke Kanunu*" (Magnus Erikssons Landslag) çıkarılmıştır. Bu kanun İsveç ve Finlandiya'nın bütün topraklarında geçerli olacak milli bir kanunun kabul edilmesinin ilk adımı olarak değerlendirilmiştir. 1350 tarihli Ülke Kanunu Ortaçağ İskandinav Hukukundaki yerel eyalet kanunlarının yerini almıştır. Ancak hukuk birliğini tam olarak sağladığını söylemek mümkün değildir, çünkü kanun sadece kırsal alanda geçerli olmuştur. Şehirler bu kanuna tabi olmamışlar ve şehir yasalarına (stadslagen) göre idare edilmeye devam etmişlerdir. 1347'de bir ülke yasası hazırlamak için kurulan komisyon 1352 yılına kadar çalışmalarını sürdürmüş, bu komisyonun hazırladığı şehir (belediye) kanunu da Magnus Erikssons Ülke Kanunundan bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki Magnus Erikssons Ülke Kanunu ülkenin her tarafında aynı anda yürürlüğe girmemiş, tüm eyaletlerde uygulanması yaklaşık yarım yüzyılı almıştır. Ayrıca eyaletlerde Ülke Kanunu dışında bölgesel kanunlar ve örf adet hukuku da geçerliliğini sürdürmüştür. Kilise Hukuku (Kanonik Hukuk) kanunun bir parçası olmamakla beraber eski kilise düzenlemelerinin her eyalette (land) uygulanmaya devam edeceği belirtilmiştir. Uygulanacak kilise hukuku ise Uppland kilise hukuku olarak belirlenmiştir[27]. İsveç'te hukuk

[26] Orfield, s. 253.

[27] Orfield, s. 254-255; Liliequist/Almbjär, s. 7; From Sandpages, the Cloud of Data", http://sandpages.com/en/Medieval_Scandinavian_law, Erişim Tarihi, 23.06.2017.

birliğinin tam anlamıyla sağlanması ancak 1734 tarihli İsveç (Medeni) Kanunu ile mümkün olacaktır.

Magnus Erikssons Ülke Kanunu çeşitli kitaplardan oluşmaktadır. Düzenlemelerde ağırlığı ceza hukuku teşkil etmektedir. Kanunun bölümleri şunlardır: Kralın Adaleti, Hürriyetler Aleyhine İşlenen Cürümler, Kasten Adam Öldürme, Kasıt Olmadan Adam Öldürme, Kasten Yaralama, Kasıtsız Yaralama, Hırsızlık, Evlilik Hukuku, Arazi Hukuku, İmar Hukuku, Ticaret Hukuku, Akidler[28].

Magnus Erikssons Ülke Kanunu'nu 1442 yılında "*Kristofers Ülke Kanunu*" (Kristofers Landslag) izlemiştir. Bu kanun dönemin İsveç Kralı olan Bavyeralı Kristofers tarafından hazırlatılmıştır. Bu kanun Magnus Erikssons Ülke Kanunu gibi titiz ve ayrıntılı bir çalışmanın ürünü olmayıp, 1350 tarihli kanunun biraz değiştirilmiş bir versiyonudur. Örneğin cezalar ağırlaştırılmıştır. Kanunun kral tarafından onaylanıp onaylanmadığı konusunda net bir bilgi yoktur. 1442 tarihli Kristofers Ülke Kanununun da İsveç'te hukuk birliğini sağlayamadığı görülmektedir. Her şeyden önce Kristofers Ülke Kanunu Magnus Erikssons Ülke Kanunu ile birlikte eyaletlerde uygulanmıştır. Yani 1442 tarihli kanun 1350 tarihli kanunu yürürlükten kaldırmamıştır. Ayrıca şehirlerde de 1351 tarihli Şehir Kanunu geçerli olmaya devam etmiştir. Ayrıca yargıçlara görülmekte olan bir dava ile ilgili 1350 ve 1442 tarihli Ülke Kanunlarında açık bir hüküm yoksa eski İskandinav Hukukunu bir başka ifade ile Ortaçağ eyalet kanunlarını ya da örf ve adetleri uygulama yetkisi verilmiştir[29]. İsveç Hukukunun bu görünümü 1734 tarihli İsveç Kanunu'na kadar sürmüştür.

1734 tarihli İsveç Kanunu ile ilgili bilgilere geçmeden önce İsveç yargı sistemi ile ilgili kısaca bilgi vermek yararlı olacaktır.

İsveç'in modern yargı sisteminin şekillenmesinin temelleri 14. Yüzyıla kadar gitmektedir. 14. Yüzyılda İsveç'te en küçük idari birim hundred'tı (harads). Her hundred bir kaza bölgesi olarak kabul edilmekteydi ve bir bölge mahkemesi vardı (district court). Bölge mahkemeleri hukuki zincirde ilk aşamayı teşkil etmekteydi. Bu mahkemelerin bir üst mercii eyalet mahkemeleri olarak nitelenebilecek county court'lardı Bunlar hem yargı yetkisine sahiptiler, hem de o bölgenin işlerinin görüşüldüğü idari yetkilere de sahip organlardı. Bu açıdan county courtların Osmanlı Devleti'ndeki Paşa Divanıyla (Eyalet Divanı) benzerlikler taşıdığı söylenebilir. Kasaba ve şehirlerdeki mahkemeler belediye meclisine bağlı olmuş, belediye başkanı ve meclis üyeleri hâkimlik yapmışlardır. Bu durum da Osmanlı Devleti'nde Tanzimat sonrası kurulan idare meclislerinin yargılama yetkisine benzemektedir.

17. Yüzyıla gelinceye kadar İsveç'te kralın da yargılama yetkisinin olduğu görülmektedir. İsveçliler yukarıda söz edilen yargı organlarının verdiği kararların adil olmadığını düşünürlerse temyiz makamı olarak krala başvururdu. Kralın adaleti kavramının çıkış noktası da bu olmuştur. Krallık konseyinde şikâyetler incelenerek bir karar verilirdi. Genellikle kral adına "*storman*" denilen bir görevli tarafından şikâyetler bir incelemeye tabi tutulurdu. Bu inceleme sonunda ya dava ilk derece mahkemesine gönderilir ya da yeni bir karar verilirdi. İsveç'teki bu uygulama Osmanlı Devleti'ndeki Divân-ı Hümayun'un temyiz mercii olarak şikâyetleri incelemesi ile büyük benzerlik göstermektedir. Osmanlı Devleti'ndeki uygulamalara benzeyen bir başka durum ise hâkimlerden gördükleri davalarla ilgili kayıt tutmalarının istenmesidir. 1541'de dönemin kralı

[28] Orfield, s. 255.

[29] From Sandpages, the Cloud of Data", http://sandpages.com/en/Medieval_Scandinavian_law. Erişim Tarihi, 23.06.2017.

Gustav Vasa yargıçların gördükleri davaların yazılı kayıtlarını tutmalarını zorunlu hale getirmiştir[30]. Bu kayıtlar şer'iyye sicillerine çok benzemekte olup, bu gün İsveç Hukukunun geçmişinin incelemesinde önemli kaynaklardır.

17. Yüzyıl başında ise İsveç yargı teşkilatının üç kademeden oluştuğu görülmektedir. Yerel mahkemeler, eyalet (bölge) mahkemeleri, kasaba ve şehirlerde ise şehir mahkemeleri ve temyiz mercii olarak krallık konseyi. Krallık konseyinin temyiz yükü çok ağırlaşınca kralın temyiz yetkisi bir mahkemeye devredilerek 1614'te Stockholm'de ilk temyiz mahkemesi (Svea Hovratt) kurulmuştur. Bu mahkeme daha sonra başka temyiz mahkemeleri kurulsa da en büyük temyiz mahkemesi olma özelliğini korumuştur. Temyiz mahkemelerinde üç hâkimle karar verilebilmiştir. Hatta bazı kaynaklarda her davayı yedi sekiz hâkimin dinlediğinden söz edilmektedir. Ayrıca bu mahkemelerde tetkik hâkimi olarak nitelenebilecek hâkimler de karşımıza çıkmaktadır. Her davada o davayı özel olarak çalışan ve olayları, hukuki meseleleri ve öngördüğü sonucu diğer hâkimlere anlatan bir görevli bulunmaktadır. Bunlara davanın sorumlusu olan hâkim denilmiştir. Daha sonra hâkimler kurul olarak davayı tartışmışlar ve bu tartışmalar sırasında esas itibariyle İsveç Hukuku'na göre karar verseler de yazılı düzenlemelerin eksikliği sebebiyle zaman zaman yabancı hukuk literatüründen de alıntılar yapabilmişlerdir. Dolayısı ile Svea Hovrat'tın kararlarında zaman zaman Roma Hukuku'na da atıflar yapılabilmiştir[31]. Stockholm Temyiz Mahkemesi'nin kurulması farklı mahkemelerin verdiği kararların ve anlaşmazlıkların temyizen inceleneceği düzenli bir yapı oluşmasını sağlamıştır. Daha sonra ülkenin başka yerlerinde de aynı düzeyde temyiz mahkemeleri kurulsa da adaletin dağıtımında sahip olduğu yetkiyi tamamen kaybetmek istemeyen kral son aşamada itirazları dinleme hakkını elinde tutunca yargı sistemi dört aşamalı bir yapıya bürünmüştür.

İsveç'te ilk derece mahkemelerine "*haradsratt*" ve "*radhusratt*" denilmiş ve ceza davalarında bunların kararları doğrudan temyiz mahkemesine gönderilmiştir. Buna mukabil Medeni Hukuk davalarında haradsratt ve radhusratt'ta görülen davalar öncelikle "*langmansratt*" denilen yargı organında incelenmiş, oradan temyiz mahkemesine gönderilmiştir. 17. Yüzyıla gelindiğinde İsveç'te yeni mahkemelere ihtiyaç duyulmuş ve idari ve mali anlaşmazlıklara bakmak üzere "*kommerskollegiet*" adı verilen yargı organı kurulmuştur. İsveç yargı sisteminin hiyerarşik olarak en üst mahkemesi olan "*Supreme Court*" (Hagta Damstolen) ise 1789'da kurulmuştur[32]. İsveç hukuk sisteminin geçerli olduğu Finlandiya'da da iki çeşit ilk derece mahkemesi bulunmuştur. Bunlardan birincisi "*town courts*" (kasaba mahkemeleri)dur ve kasabalardaki meclislerle birlikte hareket etmiştir. İlk derece mahkemelerinin ikincisi ise "*rural district court*" (taşra ya da kırsal bölge mahkemeleri) tur. Temyiz mahkemeleri ise Finlandiya'da 1623'de "*Turku Court of Appeal*" adıyla kurulmuştur. Supreme Court ise İsveç'le aynı yıl 1789'da kurulmuştur[33]. İsveç'te 1630'da Tartu'da ve 1634'de güney İsveç'te yeni temyiz mahkemeleri faaliyete geçmiştir. Özellikle temyiz mahkemelerinde donanımlı hâkimlere duyulan ihtiyaç gün geçtikçe artmıştır. İsveç eğitim sistemi bu mahkemelere hâkim yetiştirecek potansiyelde olmadığı için başlangıçta

---

30 Liliequist/ Almbjär, s. 7-8.

31 Stıg Jagerskıold, Roman Influence on Swedish Case Law in the 17th Century, Scandinavian Studies In Law © 1999-2012 XI, , s. 177-178, Erişim Tarihi, 23.06.2017

32 The Swedish National CourtsAdministration, Stocholm Institute for Scandinavian Law 1957- 2010,s. 630, www. Scandinavianlaw.se/pdf/51-31pdf, Erişim Tarihi:20.06.2017; Law and Justice in Sweden, http://www.lysator.liu.se/nordic/mirror2/SI/security/law.html, Erişim Tarihi: 23.06.2017; Jagerskıold, s. 177-178.

33 "Historical Background of the Finish Law", Ministery of Justice, https://www.legal- tools.org/doc/ddd557/, Erişim Tarihi, 21.06.2017.

Almanya ve Hollanda'daki güvenilir ve saygın Protestan üniversitelerden hocalar getirilmiştir. İsveç'te 17. Yüzyıla gelindiğinde yeni mahkemeler ve özellikle temyiz mahkemeleri kurulmasına rağmen buralarda görev yapacak nitelikteki hâkim sayısının yetersiz olması ve bu mahkemelerde görev yapacak hâkimlerin işini kolaylaştırma düşüncesi geniş kapsamlı, bütün ülkeyi kapsayacak bir kanun ihtiyacını daha belirgin kılmıştır. Öte yandan 17. Yüzyılda hâkimlerden milli hukuka bağlı kalmaları istenmiştir. Örneğin 1680'lerde temyiz mahkemelerine gönderilen krallık emirlerinde hâkimler İsveç Hukukuna sıkı sıkıya bağlı kalmaları ve kararlarında yabancı hukuktan sakınmaları konusunda uyarılmışlardır. Bu durum İsveç hukukundaki millileşme eğilimini ifade etmektedir. Ancak hâkimlerin bir kısmının ellerinde yazılı kanunlar olmadan dağınık birtakım hukuki düzenlemelerle hem adaleti hem de İsveç Hukukuna bağlı kalmayı başarabilmeleri zordur. Bu da acil olarak bir kanunlaştırma faaliyetine girmeyi zorunlu kılmıştır[34].

İskandinav ülkelerinde hukukta millileşme ilk önce Danimarka ve İsveç'te gerçekleşmiştir. Danimarka'da 1683'te geniş kapsamlı kanunlaştırmalar yapılmış, bunu 1734'te yılında İsveç Kanunu izlemiştir. 1734 yılında İsveç (Medeni) Kanununun yapılma sebeplerinden birisi yukarıda belirtildiği üzere yargı teşkilatında yaşanan değişiklikler ve hukuk birliğini sağlama düşüncesidir. Ayrıca yabancı hukukların etkisinden kurtularak İsveç örf ve adetlerini modern kanun tekniğine göre yazılı hale getirmek ve bu yolla İsveç Hukuku'na bağlı kalmak endişesi de bu kanununun hazırlanmasında etkili olmuştur. Kanunun hazırlanmasında etkili olan bir diğer konu ise İsveç'te erken tarihlerde hukuk eğitinin başlaması ve hukuk tarihine verilen önemdir[35]. Özellikle hukuk fakültesindeki akademisyenlerin de çabalarıyla İsveç hukukunda devamlılığı sağlamak adına İsveç milli hukuku tüm ülkeyi kapsayacak biçimde yazılı hale getirilmek istenmiştir. Nitekim İsveç hukuk sistemi diğer İskandinav ülkelerine göre tarihe ve geleneğe hukuk ve ilkeler bazında daha fazla önem vermiştir. Hukuk tarihi konusundaki çalışmalar da diğer İskandinav ülkelerinden daha erken başlamıştır. İlk İsveç üniversitesi 1477'de Uppsala'da açılmıştır. Ancak henüz üniversite bünyesinde bir hukuk fakültesi bulunmadığı için İsveçli hukukçular özellikle Leiden ve Utrecht'te hukuk eğitimi almışlardır. Uppsala Hukuk Okulu ise 1620'de açılmıştır. Ardından bu hukuk okulunun bünyesinde bir hukuk tarihi kürsüsü kurularak İsveç hukukunun kökenleri araştırılmaya başlanmıştır. Yine 17. Yüzyılın iki büyük hukukçusunun da İsveç'le bağlantısı vardır. Grotius 1635-1645 yılları arasında Paris'te İsveç büyükelçiliği yapmıştır. Pufendorff ise Lund Üniversitesi'nde hocalık yapmıştır. Her iki hukukçu da doğal hukuk doktrinini savunmuşlar ve 1734 tarihli Kanunun temellerini atmışlardır. Bunlar dışında Uppsala, Dorpat, Lunda, Abo, Tardu gibi İsveç üniversitelerinde ders veren akademisyenler de Kanuna önemli katkılar sağlamışlardır[36].

1734 tarihli Kanunun hazırlanma sebeplerinden birisi de İsveç'in o dönemde bir yandan ekonomik olarak hızla büyüyüp, güçlenirken, diğer yandan siyasi açıdan da uluslararası sistemde etkili olmaya başlamasıdır. Baltık Denizi'nde hâkimiyet sağlayıp, Avrupa'nın güçlü ülkeleri

[34] Sveriges Rikes Lag: Gillad Och Antagen På Riksdagen Åhr 1734 - Primary Source Edition (Swedish Edition) (Swedish) Paperback – December 8, 2013, Motorihttp://www.cliothemis.com/The-Influence-of-Foreign-Legal, Erişim Tarihi: 17.08.2017 [35] İsveç'te 1620'lerden itibaren katedral şehirlerinde İsveç dili üzerinde çalışmalar yapmak için bir dizi gramer okulu kurulmuştur. Daha sonra bu gramer okulları üniversitelere dönüştürülerek bir kısmının bünyesinde Hukuk Fakülteleri açılmıştır. Hukuk Fakültelerinde kurulan iki temel kürsüden birisi Roma Hukuku kürsüsü diğeri ise İsveç Hukuku ve Hukuk Tarihi kürsüsü olmuştur. Böylelikle İsveç Hukukunun tarihsel gelişimi bilimsel olarak incelenmeye, İsveç hukuk müesseselerinin kökenleri açığa çıkarılmaya çalışılmıştır, Sveriges Rikes Lag: Gillad Och Antagen På Riksdagen Åhr 1734 - Primary Source Edition (Swedish Edition) (Swedish)

[35] Paperback – December 8, 2013, Motorihttp://www.cliothemis.com/The-Influence-of-Foreign- Legal.

[36] Orfield, s. 310-311; Halperin, s. 39.

arasına girmeye hazırlanan İsveç'in ülkede hukuk birliğini ve hukukta millileşmeyi sağlayacak bir adım atması gerekli olmuştur. 1686 yılında dönemin İsveç Kralı XI. Charles İsveç Parlamentosunun (Riksdag) da isteğini dikkate alarak bir milli kanun hazırlanması için on iki kişiden oluşan bir komisyon atamıştır. Bu komisyonun ilk başkanı Kont Erik Lindsköld 1686 Danimarka Kanununa benzeyen bir tasarı hazırlamıştır. Ancak 1690 yılında ölünce yerine Kont Niels Gyldenstolge geçmiştir. 1709 yılına kadar Gyldenstolge başkanlığında çalışmalarını sürdüren komisyon aynı yıl Gyldenstolge'nun da hayatını kaybetmesiyle bir sarsıntı yaşamıştır. Ancak kısa sürede bu kez Uppsala Üniversitesi'nde rektörlük yapan Kont Gustav Cronhjelm başkan olarak tayin edilmiş ve çalışmaları tamamlamayı başarmıştır. Komisyonun üçüncü başkanı olan Cronhjelm çalışmanın nihayete erdirilmesi ve kanununun şekillenmesinde çok önemli bir rol oynamıştır. Yine Uppsala Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Prof. Karl Lundius da kanunun şekillenmesinde büyük etkiye sahip olmuştur. Kanun yaklaşık olarak elli yıllık bir süreçte tamamlanmıştır. Bu sırada üç kez Kanunu hazırlamak için kurulan komisyonun başkanı değişmiştir. Kanunun hazırlık aşamasının bu kadar uzun sürmesinin temelde iki sebebi vardır. Bunlardan birincisi ülkenin sürekli savaşıyor olmasıdır. Kral XI. Charles tarafından komisyon kurulduğu zaman İsveç Rusya ile savaştadır. Bundan daha önemli olan neden ise kanun taslağı hazırlanırken komisyon üyelerinin görüşleriyle yetinilmeyip, ülkedeki hâkimlerin (hem ceza hem de sulh hukuk hem de yüksek mahkeme hâkimlerinin) ve hukuk akademisyenlerinin büyük bir kısmının görüşlerinin alınmasıdır. Komisyon ülkede hukuk birliğini sağlayacak ve diğer hukuki düzenlemelerin tamamının yerini alacak bir kanun yaparken geniş bir toplumsal kesimin onayını da almak istemiştir. Komisyonun hazırladığı taslak 1723'te Meclisin önüne gelmiş, 1731 ve 1734'te Meclisin öngördüğü değişiklikleri yapmak için komisyon tekrar toplanmıştır. Değişiklikler yapıldıktan sonra 1736 yılında Kral I. Frederick tarafından onaylanarak "*Sveriges Rikes Lag*" adıyla İsveç ve Finlandiya'da yürürlüğe girmiştir[37]. 1734 tarihli İsveç Kanunu daha önceki yılların tecrübelerini özetleyerek İsveç Hukuku'nun gelişiminin sürekliliğini ve özünü oluşturmuştur. Bu kanun İsveç Medeni Hukuku, Usul Hukuku ve Ceza Hukukunun modernleşmesinin çıkış noktasını oluşturmuştur[38].

1734 tarihli İsveç Kanunu İsveç tarihinde "*Özgürlük Çağı*" (Age of Freedom) olarak adlandırılan dönemde yapılmış olan bir hukuki düzenlemedir. İsveç Kralı Karl'ın 1718 yılında ölmesinden sonra girilen bu dönemin en önemli özelliği yapılan kanunlaştırma çalışmaları ve siyasi partilerin kurulmasına izin verilerek parlamenter yönetimin ilk adımlarının atılmasıdır. Bu dönemde yapılan bir diğer önemli hukuki düzenleme "*Basın Özgürlüğü Kanunu*" olup, bu kanunda yönetimde şeffaflaşmaya doğru gidiş de başlamıştır. Basın Özgürlüğü Kanununa göre kamu belgelerine özgürce erişilebilecek, bu belgeler yayımlanabilecek ve kamuoyuna açıklanabilecektir[39].

1734 tarihli İsveç Kanunu'nun birçok önemli özelliği bulunmaktadır. Her şeyden önce 1734 tarihli Kanun İsveç'te halen yürürlükte olup, İsveç Medeni Hukuku'nun temelini teşkil

---

[37] Orfield, s. 256; "Law", Quarterly Journal of Current Acquisitions, vol: 14, No: 4, August 1957, s. 234; 1734 tarihli Kanunun hazırlık çalışmaları, akademisyenler ve hâkimlerin görüş ve önerileri 1841'de "*Lag Commissionens Förstag*" adıyla yayınlanmıştır.

[38] Müslime Üye, Türk Hukuku'nda ve İsveç Hukuku'nda Kanuni Miras Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s. 4.

[39] Hans-Gunnar Axberger, "The Original Recipe: 200 Years of Swedish Experience", file:///C:/Users/User/Downloads/Stockholm%20Conference_23.%20Back%20to%20the%20Roots_Hans%20Gunnar%20Axberger%20(1).pdf, Erişim Tarih: 21.06.2017, s. 3.

etmektedir[40]. Tarihi süreç içinde yaşanan siyasi, toplumsal ve ekonomik gelişmeler yeni hukuki kurumlar ve hukuki çözümler üretmeyi gerektirmekle birlikte, İsveç'te tamamen yeni bir kanun yapmak yerine mevcut kanun üzerinde değişiklikler yapılmıştır. Yıllar içinde pek çok kez yeni bir Medeni Kanun yapılması konusunda tartışmalar gündeme gelmiştir. Hatta 1734 tarihli Kanunu hazırlayan komisyon 1811 yılına kadar çalışmalarına devam ederek bazı tadiller yapmıştır. 1811 yılında komisyon çalışmalarına son verince yeni bir Medeni Kanun hazırlamak üzere tekrar bir komisyon kurulmuştur. Ancak bütün bu kodifikasyon girişimleri başarısız olmuş ve sonuç vermemiştir. Hukukta devamlılığa büyük önem veren İsveç Parlamentosu sürekli yaptığı eklemeler ve değişikliklerle kademeli olarak 1734 tarihli Kanunu günün şartlarına uyarlamıştır[41]. Günümüzde İsveçli hukukçular ve avukatlar 1734 tarihli Kanun'un orijinal metnini de ellerinde bulundurmak zorundadırlar.

1734 tarihli Kanun'un bir başka önemli özelliği tüm İsveç ve Finlandiya topraklarında hukuk birliğini sağlamak yoluyla milliyetçilik akımının bir yansıması olarak ortaya çıkmasıdır. İsveç ve diğer İskandinav ülkelerinde eski kanunların korunması milliyetçiliğin bir uzantısı olarak görülmüştür. Bu konudaki en güzel örneği de 1734 İsveç (Medeni) Kanunu teşkil etmektedir. Meşhur İsveçli hukukçu Dellden 1734 tarihli Kanunu bir zafer olarak değerlendirmiş ve bu kanunun "*atalarından miras alındığını*" vurgulamıştır. Dellden' e göre Kanun biçimi ve içeriği ile büyük bir değere ve sıcaklığa sahiptir. İsveç halkının öz değerlerini yansıtmaktadır. İlan edilişinin üzerinden yüzyıllar geçse de bu özelliklerini koruyacaktır. Bu nedenle 1734 tarihli Kanun büyük bir özenle korunmalıdır. Dellden'e göre İsveç halkı için eski kanunlar büyük önem ve değer taşımaktadır. Bu nedenle Kanundaki bazı eksiklikler yeni kanunların getireceği zararlara tercih edilmiştir. Dellden'in 1734 tarihli Kanunla ilgili bu yaklaşımı Savigyn ve Tarihçi Okulun fikirlerinin en saf halidir[42]. Dellden'nin görüşleri pek çok İsveçli siyasi ve hukukçu tarafından paylaşılmış, ilerleyen yıllarda 1734 tarihli Kanunda yeni koşullar ve ihtiyaçlara göre reform yapılması gerektiği kabul edilmekle birlikte bu reform ve değişikliklerin Kanunun temel prensipleri ve biçimi korunarak yine 1734 tarihli Kanun üzerinden yapılmalıdır fikri benimsenmiştir. Böylelikle 1734 tarihli İsveç Kanunu günümüze kadar ulaşabilmiştir[43]. Ayrıca İsveç Hukukundaki bu milliyetçi yaklaşım nedeniyle resepsiyon hiçbir zaman Avrupa'da olduğu gibi doğrudan İsveç Hukukuna nüfuz

---

[40] Law, s. 234; "The Civil Code of 1734", www.wikiwand.com/en/Civil_Code_of_1734, Erişim Tarihi, 19.07.2017; Michael Bogdan/Eva Ryrstedt, "Marriage in Swedish Family Law and Swedish Conflicts of Law", Family Law Quarterly, vol: 29, No: 3, Fall 1995, s. 675; Jan Hellner, "The Law of Obligations and the Structure of Swedish Law", Stockholm Institute for Scandianivian Law, 1957-2009, http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-12.pdf, Erişim Tarih:28.05.2017, s. 327; Pihlajamäki, "Comparative Contexts in Legal History: are we all comparatists now?", s. 384.

[41] Orfield, s. 257; Bernard Michael Ortwein II, "The Swedish Legal System: An Introduction", Indiana International &Comparative Law Review, vol: 13, No: 2, 2003, s. 411

[42] Kuşkusuz 1734 tarihli Kanun yapıldığı zaman henüz Tarihçi Okul ortaya çıkmamıştır. 19. Yüzyıl başında Almanya'da ortaya çıkan bu hukuk ekolü Napoleon Fransa'sının Avrupa'da kurmaya çalıştığı üstünlük ve bu çerçevede kendi hukuk sistemini ihraç etme çabalarına karşı bir tepki niteliğindedir. Bu okulun temeli Freiderich Karl von Savigny tarafından atılmış, Puchta ise bu okulun düşüncelerini geliştirmiştir. Tarihçi Okul ulusu bir arada tutan ve nesilden nesile aktarılan bir ruh olduğunu kabul ederek buna Ulusal Ruh (der Volkgeist) adını vermiştir. Ulusal Ruh bir toplumu oluşturan bireylerde bazı ortak inanışların doğmasına neden olur. Böyle bir inanış hukukla da ilgili olabilir. Bunun için ulusun içinde yaşayan ve gelişen örf adet hukuku asıl hukuktur. Kanun koyucunun yapacağı örf ve adet hukukunu saptamak ve uygulamaya esas almaktır, Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 297-300; Kasım Akbaş,"Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", İÜHFM C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 53-70; Pihlajamäki, "Comparative Contexts in Legal History: are we all comparatists now?", s. 60-61.

[43] Pihlajamäki, Private Law Codification, Modernization and Nationalism, s. 144

edememiştir[44]. Her ne kadar Kanunun hazırlanmasında Doğal Hukukun etkileri görülse de daha sonra Kanunda yapılan değişikliklerde Tarihçi Okulun görüşlerinin ağır bastığı tespit edilmektedir. Kanunun hazırlanma sürecinde başta Alman Hukuku olmak üzere o günkü başat hukuk sistemlerinin yerli (milli) hukuka ve hukuk teamüllerine zarar vereceği düşünülmüş ve mümkün olduğunca yabancı hukukun etkilerinden sakınılmaya çalışılmıştır. Hatta bu çerçevede o güne kadar İsveç Hukukunun şekillenmesinde etkili olan Roma ve Kanonik Hukukun düzenlemelerine sırt çevrilmiştir. 1734 tarihli Kanunu hazırlayan komisyonun son başkanı olan Chronhjelm ve komisyonun bir diğer üyesi ve hukuk profesörü olan Karl Lundius eski İsveç Kanunları ve örf ve adetleri ile uyumlu olmayan hiçbir kuralı dikkate almamış ve eski hukuk külliyatını büyük bir milli hazine olarak nitelemişlerdir. Chronhjelm ve Lundius'a göre eski İsveç Hukuku kaideleri modern toplumun ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde özüne dokunulmadan yazılı hale getirilmeli, yabancı hukukların hâkimiyetinden kaçınılmalıdır[45]. 1734 tarihli Kanunda daha sonra yapılan değişikliklerde de özellikle Alman ve Fransız Hukukunun etkilerine karşı ciddi bir direniş gösterildiği görülmektedir. 19. Yüzyılın ilk yarısında hem Medeni Hukuk, hem Usul Hukuku hem de Ceza Hukuku alanında yeni kanunlar yapmak için İsveç Hukuku'nda reform teşebbüsleri yoğunlaşmıştır. 1826 yılında Ticaret Hukukunu da içeren bir Medeni Kanun tasarısı hazırlanmıştır. Bu tasarıda özellikle sözleşmeler konusunda 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'ndan büyük oranda esinlenilmiştir. Ancak bu teşebbüs daha öncekiler gibi başarısızlığa uğramıştır. Bunun en büyük nedeni Alman Tarihçi Okulunun etkisi altında olan hukukçular ve politikacılardır. 19. Yüzyılın sonuna kadar Borçlar Hukuku konusunda bir hukuki düzenleme yapılamamıştır. Aslında 1826 tarihli Medeni Kanun tasarısı sözleşmeler ve özel ve kamu hukukunu ayırmak dışında 1734 tarihli Kanunun ana yapısını muhafaza etmeye özen göstermiştir. Buna rağmen yabancı hukukun etkisi altında kaldığı gerekçesi ile sadece tasarı olarak kalmıştır[46].

1734 tarihli İsveç Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin Ortaçağdaki eyalet ve şehir kanunları, krallık düzenlemeleri (kral fermanları), ilk derece mahkemelerinin ve Supreme Court kurulana kadar İsveç yargı sistemindeki en yüksek mahkeme olduğu kabul edilen Svea Hövrat'ın içtihatlarının ve İsveç örf ve adet hukukunun modern kanun tekniğine göre yazılı hale getirilmesinden oluştuğu görülmektedir[47]. Örneğin 1734 tarihli Kanunun Ticaret Hukuku kitabı büyük ölçüde 1674 tarihinden itibaren mahkeme içtihatlarının kanun tekniğine uygun olarak yazılmasından oluşmuştur. Kanunda yer alan maddelerin büyük bir çoğunluğu Svea Hövrat'ta görülen Ticaret Hukuku davalarında verilen kararların kanunlaştırılmasından ibarettir. Dolayısı ile Ticaret Hukuku kitabındaki maddelerin ağırlığını yargı içtihatları oluşturmaktadır[48]. Bu özelliği sebebi ile 1734 tarihli Kanun'un niteliği konusunda tartışmalar yapılmış ve yeni düzenlemeler getirmediği gerekçesi ile bir kanunlaştırma "*codification*" örneği değil bir derleme "*compilation*" olduğunu iddia edenler de olmuştur[49].

1734 tarihli Kanunun'un bir diğer özelliği İsveç ve Finlandiya'da hukuk birliğini sağlamış olmasıdır. Yukarıda da üzerinde durulduğu üzere bu kanun yürürlüğe girene kadar İsveç ve

---

44 Pihlajamäki, "Comparative Contexts in Legal History: are we all comparatists now?", s.69.
45 Chydenius, s. 378-379.
46 Hellner, s. 326.
47 Sveriges Rikes Lag: Gillad Och Antagen På Riksdagen Åhr 1734 - Primary Source Edition (Swedish Edition) (Swedish) Paperback – December 8, 2013, Motorihttp://www.cliothemis.com/The-Influence-of-Foreign-Legal, ErişimTarihi: 17.08.2017; Ortwein, s. 411.
48 Jagerskıöld, s. 208.
49 Halperin, s. 35, 39; Ortwein, s. 411.

Finlandiya'da Magnus Erikssons Ülke Kanunu, Kristofers Ülke Kanunu, şehir kanunları ve zaman zaman Ortaçağdan kalma çeşitli eyalet kanunları kullanılmıştır. Bu durum hâkimler açısından da büyük bir güçlük teşkil etmiştir. 1736'dan itibarense bütün ülke topraklarında geçerli olacak 1734 tarihli Kanunun yürürlüğe girmesi ile hem hukuk birliği sağlanmış hem de hâkimlerin başvurabilecekleri bir hukuk kodu ortaya çıkmıştır.

1734 tarihli İsveç (Medeni) Kanun'unda henüz daha ortaya çıkmasa da ileride Tarihçi Okulun savunacağı fikirlerin izleri görülmektedir. Ancak 19. Yüzyılda bu Kanunda değişiklik yapma ya da yeni bir kanun hazırlama tartışmaları başlayınca Tarihçi Okulun etkisi daha fazla hissedilmiştir. 19. Yüzyılda İsveç mahkeme içtihatlarında örf ve adet hukukuna yapılan vurgu artmıştır. Bunda bizatihi 1734 tarihli Kanunun etkisi vardır. Kanunun Usul Hukuku Kitabında "*Hâkimler İçin Kurallar*" başlığında şöyle bir hüküm yer almaktadır. "*Eğer konunun çözümü yazılı kanunda yoksa makul olan örf ve adet kuralı hâkimin hükmüne kaynak teşkil edebilir*"[50]. Uppsala Üniversitesi Hukuk Fakültesi profesörlerinden Ernst Viktor Nording (1832-1898) örf ve adet hukukunun tıpkı yazılı hukuk kuralları gibi yargı organlarının içtihatlarında adalet sağlanması adına kullanabileceğini iddia etmiştir. Nording'e göre yazılı kurallarla teamül hukukunun farkı sadece oluşum şekillerinden kaynaklanmaktadır. 1734 tarihli Kanun örf ve adet hukukunu hukuki bir kaynak olarak kabul ettiği için hâkimler kararlarında bu kaynağa da zaman zaman müracaat etmişlerdir. İsveç Yüksek Mahkemesi de örf ve âdeti hukukun kaynağı olarak kabul ederek bazı davalarda bölgesel örf adetleri dikkate almıştır. Örneğin miras davalarında bu yönde kararlar vermiştir[51].

1734 tarihli İsveç Kanunu "*balk*" adı verilen dokuz ayrı kitaptan ya da kanundan oluşmaktadır. Bunlar sırasıyla şunlardır[52];

1) Evlilik Kitabı (Aile Hukuku)
2) Miras Kitabı
3) Arazi ve Kira Kitabı
4) İmar Hukuku Kitabı
5) Ticaret ve Alım-Satım Kitabı
6) Suçlar Kitabı
7) Cezalar Kitabı
8) İcra-İflas Kitabı
9) Usul Kitabı

1734 tarihli Kanunda yer alan kitapların da gösterdiği gibi 1734 tarihli Kanun bütün hukuki alanları kapsamakta olup, özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı yapılmamıştır. Dokuz kitaptan ikisi ceza hukuku (suçlar ve cezalar kitapları) biri ise idare hukuku (imar hukuku kitabı) ile ilgilidir. İcra-İflas kitabı ve Usul Hukuku Kitabı ise doğrudan bir Medeni Kanunda yer alacak konular değildir. Dolayısı ile sadece Aile Kitabı, Miras Kitabı, Arazi ve Kira Kitabı bir Medeni Kanunda yer alması gereken konuları kapsamaktadır. Ticaret ve Alım-Satım Kitabının ise sadece bir bölümü Medeni Kanunla bağlantılıdır. Buna rağmen pek çok kaynakta 1734 tarihli Kanun İsveç Medeni

[50] Orfield, s. 257.
[51] Kjell A. Modeer, "Legal Autonomy Versus Regulatory Law: Customary Law in East Nordic Countries". Texas International Journal, vol: 48, No: 3, s. 396.
[52] Carlos Bollen/Gerard René, "The Sources and Backgrounds of European Legal System", Towards a European Civil Code, Edited by: A. S. Hartkamp/G. Betlem, Nijmegen. Ars Aequi

Kanunu olarak ifade edilmektedir. Bunda o dönemde henüz hukuk branşlarının çok net olarak ayrılmaması ve özel hukuk-kamu hukuku ayrımının tam anlamıyla ortaya çıkmamasının da etkisi vardır. Nitekim Mecellede de bir Medeni Kanunda yer alması gereken konular düzenlenmemişken, ayrı bir kanunun konusu olan usul hukuku ile ilgili hükümler yer almıştır.

1734 tarihli İsveç (Medeni) Kanunu'nun İsveç Hukuku'ndaki eski hükümlerin yeni bir dil ve biçim ile yazılmış şekli olduğunu savunanlar çoğunluktadır. Kanun yapıldığı yıl için mükemmel bir yasama faaliyeti örneğidir. Eski tarihli bir kanun olmasına rağmen dili basit, açık olup, dönemin modern İsveççesi kullanılmıştır. Bir başka ifade ile eski İsveç kanunlarının özüne dokunulmadan zamana uygun bir dil kullanılmıştır. Kanun yazılırken halka hitap ettiği bilinciyle halkın anlayacağı bir dille yazılmasına özen gösterilmiştir. Hatta bu açıdan daha sonraki yıllarda yapılacak olan Alman Bürgerliches Gesetzbuch'dan daha başarılı olduğu, Alman Medeni Kanunu kadar karmaşık ve dolambaçlı bir dil kullanılmadığı söylenebilir[53].

Kanunun yazımı sırasında komisyona hâkim olan milli bir kanun yapma düşüncesiyle yabancı kökenli kelimelerin kullanımından dahi sakınılmıştır. Hatta yabancı kökenli tek kelimenin "testament" (vasiyetname) olduğu söylenmiştir. Ancak bazı hukukçular tarafından yeknesak ve tutarlı bir terminolojisi olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bununla beraber hukukçuların önemli bir kısmı Ortaçağ İsveç kanunlarını daha sonraki krallık kanunları, mahkeme içtihatları ve Roma Hukuku ile ustaca birleştirdiği için takdir etmişlerdir. Buradan yola çıkılarak 1734 tarihli Kanunun yeni bir kodifikasyon olmadığı, eski landslagenlerin (kanunların) dönemin İsveççesi ve modern kanun tekniğine göre yeniden yazımı olduğunu iddia edenler de olmuştur. Bu görüşü savunanlar Kanunda eski hukuktaki eğilimin devam ettirilerek farklı bölümler için balk (kitap) tabiri kullanılmasını temel dayanak noktası yapmışlardır. Ancak bütün görüş sahiplerinin kabul ettiği konu özellikle Kanunun hazırlanması sırasında Alman Hukuku'nun etkisinden kaçınılmaya çalışılmış olmasıdır. Kanunu hazırlayan komisyon ve İsveç Parlamentosu yabancı kanunların kendi hukuki geleneklerini imha edeceğinden korkmuşlardır. Kanun hazırlanırken eski kanunlarda toplumsal ihtiyaçlara ve taleplere uygun değişiklikler yapılmıştır. Buna mukabil yargı teşkilatında önemli bir değişikliğe gidilmemiştir. Kanunda kazuistik bir metot benimsenmiş olup, genel hükümler bulunmamaktadır[54].

1734 tarihli İsveç Krallık Kanununun ikinci baskısı 1746 yılında "*Sveriges Rikes Laggillad och antagen pa Riksdagen ahr 1734*" başlığı ile yapılmıştır. Kanunun 1779 ve 1780'de iki baskısı daha yapılmıştır. Bu baskılarda hâkimlerin içtihatları ile Kanunla bağlantılı krallık düzenlemelerine ve bir indekse yer verilmiştir. Böylelikle hâkimlerin işi kolaylaştırılmaya çalışılmıştır.

1734 tarihli Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra kanunla ilgili şerhler yazılmıştır. Bu şerhlerden ilki 1745'te Lars Nybohm Erichsson tarafından yayınlanmıştır. Bir diğer önemli kanun şerhi 1766'da H. Schoes tarafından yayınlanan ve kanuna linguistik açıklamalar getiren şerhtir. Bu şerhe bütün İsveç krallarının çıkardığı kanunlar ve hukuku ilgilendiren emirleri de eklenerek bunlar da şerh edilmiştir. 1770-1772 yılları arasında bir hâkim olan Anders C. Westdahl

[53] Libri, Dordrecht, Boston, 1994, s. 111; Orfield, s. 256; Halperin, s. 39; "The Civil Code of 1734", www.wikiwand.com/en/Civil_Code_of_1734, Erişim Tarihi, 19.07.2017; Law, s. 234.

[54] "The Nordic Languages, An International Handbook oft he North Germanic Languages", Edited by: Oscar Bandle, de Gruyter, vol: 1 Berlin-New York, 2002, s. 352; Law, s. 234; Chydenius, s. 377-379.

tarafından yayınlanan şerh ise en sistematik ve bilgiiçereni olmuştur. İlgi çekici olan nokta bu şerhlerin Medeni Hukukla ilgili konulara yoğunlaşmasıdır[55].

1734 tarihli İsveç (Medeni) Kanunundaki tüm maddeleri incelemek mümkün değildir. Ancak Mecelle ve Osmanlı Hukuku ile bağlantı kurulabilecek bazı maddelerden bahsetmek uygun olacaktır.

1734 tarihli Kanun'da menkul ve gayrimenkul mallar farklı kitaplarda düzenlenmiş olup, gayrimenkul olarak sadece arazi kabul edilmektedir. Dolayısı ile ev dükkân ve diğer binaların satım ve kiraya verilmesi konusunda farklı hükümler uygulanmıştır. Arazi satış işleminin yazılı olarak ve iki şahit huzurunda yapılması gerekmektedir. Kanuna göre taşınmazların zamanaşımı ile mülkiyetinin kazanılması iki şekilde olabiliyordu. Bunlardan ilki o taşınmazı yirmi yıldır nizasız ve fasılasız kullanıyor olmaktır. İkincisi ise kadimden beri o taşınmazı kullanmaktır. Burada belirtilmesi gereken husus İsveç Hukuku'nda kadim olma süresinin doksan yıl olarak belirlenmiş olmasıdır. Kanundaki zamanaşımı ile ilgili düzenlemeler örf ve adet hukukuna dayanmaktadır[56]. Bu arada belirtmek gerekir ki menkul malların kiraya verilmesi konusunda İsveç'te günümüzde de 1734 tarihli Kanun'un hükümleri geçerlidir. Yine menkul mallarla ilgili olarak yapılacak sözleşmeler de orijinal kanun hükümlerine tabiidir. 1734 tarihli Kanuna göre satım akdi satıcı ve alıcının icap ve kabul beyanları gerçekleşir. Ancak tarafların irade beyanlarının ikrah ve hile sakatlanması durumunda akid geçersiz olur[57]. 1734 tarihli Kanun'da haksız fiil konusu Ceza Hukuku ile ilgili kanunlarda yer almıştır[58].

1734 tarihli İsveç Kanununda örf ve adet hukukunun önemli bir yer tuttuğundan daha önce söz edilmişti. Kanunun Usul Kitabında hâkimlerin görevlerinden bahsedilmiştir. Kanuna göre hâkim kanuna uymak zorundadır. Ancak eğer yazılı hukukta bir boşluk varsa İsveç ulusunun örf ve adet kurallarını dikkate almak zorundadır. Hâkim hukuka uygun karar vermek mecburiyetindedir. Yazılı hukukun yokluğu halinde ise görev yaptığı bölgenin örf ve adet hukukunu dikkate almalıdır. "*Eğer konunun çözümü yazılı kanunda yoksa makul olan örf ve adet kuralı hâkimin hükmüne kaynak teşkil edebilir*". Ancak bu örf ve adetler kanunla çelişiyorsa kendisi içtihat yapmalıdır[59].

1734 tarihli Kanununun Aile ve Miras Hukuku Kitabında da ilgi çekici hükümler bulunmaktadır. Örneğin Miras Kanunu'na göre erkek ve kız çocuklar birlikte mirasçı olduklarında erkek çocuklar kız çocukların iki katı kadar mirastan pay almaktadırlar[60]. Kadınların İsveç Hukuku'nda tek taşınmaz mal olarak kabul edilen arazi mülkiyetine sahip olup olamayacakları ve bu arazilerin mirasla intikali konusu önemli olduğu için biraz daha ayrıntılı bilgi vermek yararlı olacaktır. İsveç'te toprak mülkiyeti önemli bir konu olup, kadınlar da toprak sahibi olabiliyordu. Kadınların toprak mülkiyetine sahip olmasının en önemli yolu mirastı. Ancak kadınların topraktan alacağı pay erkek kardeş sayısına bağlı olmuştur. Burada ilgi çekici bir paylaşım şekli karşımıza çıkmaktadır. Erkek ve kız kardeşler birlikte mirasçı oldukları zaman tıpkı İslam ve Osmanlı Hukukunda olduğu gibi erkek kardeşler kız kardeşlerin iki katı pay almışlardır. Bir başka ifade miras ikili birli paylaşılmıştır. Eğer erkek kardeş sayısı fazla ise kadının araziden hissesine düşen

[55] Law, s. 234-235.
[56] Modeer, s. 401; Chydenius, s. 380.
[57] Chydenius, s. 378.
[58] Hellner, s. 327-328, 333; Chydenius, s. 380.
[59] Modeer, s. 399; Orfield, s. 257.
[60] Modeer, s. 399.

miras payı çok küçülmüştür[61]. Bir diğer dikkat çekici nokta kadınlara mirasla toprak intikal etmekle birlikte genellikle satım akdi, hibe gibi yöntemlerle bu arazilerin erkek mirasçıların eline geçmesi sağlanırken, kadınlara taşınabilir malların bırakılmış olmasıdır.

Eğer kadınlar kendilerine intikal eden araziyi ellerinde tutabilirlerse bunlar doğrudan kendi mal varlıklarına dâhil olmuş, kocanın müdahale hakkı olmamıştır[62]. İsveç'te 1736'ya kadar olan hukuki düzenlemeler acil durumlarda kocaya karısının arazisini satma izni vermiştir. Ancak yerel mahkemenin acil durumun varlığını onaylaması gerekmekteydi. Koca karısının arazisini satmak istediğinde önce karısının akrabalarına önermek ve kendi arazisi olsa satacağı bedelin iki misli fazlasına satmak zorundaydı. Kanunlar kocanın karısının arazisini başka bir arazi ile değiştirmesini yasaklamıştı. Ancak karısı ve yakın akrabalarının rızası olursa ve yeni arazi daha iyi niteliklere sahipse değişim işlemi yapılacaktı. Bu rızanın mahkeme önünde resmi bir belge ile gerçekleştirilmesi gerekmekteydi. Böylelikle kadın ya da akrabaların şikâyeti ile satış işleminin feshedilmeyeceği konusunda hukuki güvence sağlamış olmaktaydı.

İsveç Hukukunun kadınların arazi mülkiyeti konusunda yaptığı düzenlemeler koca dışında ve hatta ondan daha güçlü olarak kadının akrabalarının söz sahibi olduğunu göstermektedir. Kadın evli olsa bile arazinin satışı ya da değiştirilmesinde mutlaka akrabaların da rızasına ihtiyaç vardır. Üstelik bu akrabalar bir erkekler zümresinden oluşmakta olup, şer'i intikaldeki asabe grubu ile büyük benzerlik göstermektedir. Babalar, erkek kardeşler, oğullar, amcalar ve amcaların erkek çocukları kadınlara ait arazilerle ilgili hukuki işlemlerde söz hakkına sahiptir. Dolayısı ile İsveç'te kadınların mülkiyet özellikle arazi mülkiyeti ile ilgili haklarının hem koca hem de erkek akrabalarına karşı korunması gerekmektedir[63].

İsveç'te 1734'de kabul edilip, 1736'da yürürlüğe giren Kanunla eşlerin mirasla intikal eden mallarının ayrılığı ilkesi korunmuştur. Yasa arazi mülkiyeti konusunda kadın için yeni güvenceler sağlamıştır. Yeni yasaya göre evli kadınlar mirasla intikal eden arazisinin mülkiyetinin el değiştirmesi konusunda iznini ya mahkeme huzurunda sözlü olarak ifade edecek ya da aile dışından dürüst iki erkek şahit huzurunda beyan edecektir. Artık kadının erkek akrabalarının iznine de gerek yoktur. Bu düzenleme kocanın ve akrabaların suiistimallerine karşı kadını korurken[64], aynı zamanda ona sorumluluk yüklemiştir. Kadın bu tür hukuki işlemler sonucu bir zarara uğrarsa bedeline katlanmak zorunda kalacaktır. 1736 tarihli düzenlemede de kadınların mirastan erkeklerin yarısı kadar pay alması ilkesi korunmuştur[65].

1734 tarihli Kanuna göre boşanma yetkisi laik mahkemelere geçmiştir. Kilise sadece bazı uyarılarda bulunabilecektir. Ayrıca kralın da boşanmaya hükmetme yetkisi vardır. 1734 tarihli

---

61 Maria Agren, "His Estate' – or Hers? Three Chapters in the History of Married Women's Property Rights in Sweden, 1350–1850 ", Gender & History, Vol.25, No.2 August 2013 s. 213; İsveç'te toprak paylaşımı örf ve adet kurallarına göre şekillenebilmiştir. Örneğin Ortaçağ'ın sonlarında Kuzey İsveç'te Norveç hukukundan etkilenilerek erkek çocukların mirasçılığında ekberiyet ilkesi uygulanmış, arazi en büyük erkek çocuğa kalmıştır, Agren, s. 213.

62 İsveç mahkeme sicillerindeki kayıtlarda bu durum açıklıkla görülmektedir. Örneğin 1639'da Bengt Mansson bir arazi ve üzerindeki evleri satmak istediğinde mahkeme arazi ve evlerin karısının miras payı olduğunu söyleyerek satış işlemine izin vermemiştir. 1579'daki bir başka örnekte ise yaşlı bir adam olan Par Mansson sahip olduğu bütün toprakları ölünceye kadar bakmak şartıyla birisine satmak isteyince mahkeme bu işleme izin vermeden önce arazinin karısına ait olup olmadığını kontrol etmiştir, Agren, s. 214.

63 Agren, s. 214-215.

64 Uygulamada bazen yasalara uyulmadığı görülmektedir. Örneğin 1771'de Ebba Christina von Becker parlamentoya yazdığı şikâyet dilekçesinde asker olan kocasının kendisine mirasla kalan mallarını rehin ettiği ve sattığını iddia etmiştir, Agren, n, s. 224.

65 Agren,, s. 218-219.

Kanunun Evlilik Hukuku ile ilgili düzenlemelerinden önce eğer bir kadın kocasının koyduğu kurallara uymayı reddeder ve ona itaat etmezse ilk olarak azarlanarak ıslah edilmeye çalışılacaktır. Bundan bir sonuç alınamazsa önce komşularının önünde ardından kilise kapısında sopa cezası uygulanacaktır. Eğer koca karısına kötü muamelede bulunursa aynı cezalar onun için de geçerli olacaktır. 1684 tarihli Kral emrine göre eşler arasında kızgınlık ve nefret söz konusu olursa önce sebeplerinin araştırılması ve anlaşmazlığın giderilmesi istenmiştir. Sorunlar giderilemezse çiftler para cezası ödeyeceklerdir. Bu da çözüm olmazsa bölge mahkemesi çiftlerin yataklarını ayırma kararı verebilecektir. Böyle bir durumda yatakları ayırma süresi mahkeme tarafından belirlenecektir. 1734 tarihli Kanun ise eşler arasında geçimsizlik söz konusu olduğunda önce kilise tarafından dini uyarılar yapılmasını, sonuç vermezse bölge mahkemesinin eşlerden hangisinin kusurlu olduğunu belirlemesini hükme bağlamıştır. Mahkeme hangi taraf kusurluysa onu para cezası ödemeye mahkûm edecektir. Her iki taraf da kusurluysa para cezasını birlikte ödeyeceklerdir. Bu durum iki kez tekrar edilecek, üçüncü kez tekrarlanırsa yataklar ayrılacaktır[66]. Ayrıca Kanuna göre zührevi hastalıklar, epilepsi, akıl hastalığı, zina, fena muamele boşanma sebebi olarak kabul edilmişti Evlilik Kanununa göre koca karısının yasal vasisi olup, her türlü hukuki işlemde onun temsilcidir. Müşterek ikametgâhı koca belirler. Evli olmayan kadınların kendi işyerlerine sahip olup, erkek işçi çalıştırmaları yasaktır[67].

Kanunun Ceza Hukuku ile ilgili kitabında ise karşımıza çok ilgi çekici bir düzenleme çıkmaktadır. Suçluya para cezası verildiği zaman para cezasının 1/3'nü suçlu, 1/3'nü mahalle ya da kasaba halkı, 1/3'nü ise kral (devlet hazinesi) ödeyecektir. Bu düzenlemenin İslam-Osmanlı Hukukundaki akile müessesi ile benzerliği dikkat çekmektedir[68].

III. TANZİMAT DÖNEMİ KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE

Osmanlı Devleti'nde çağdaş anlamda kanun koyma usulü ilk defa Tanzimat döneminde başlamıştır. Fermanın ilanının üzerinden bir sene bile geçmeden kanunların yürürlüğe konmaya başlaması sadece Batılı devletlerin bu yöndeki baskılarıyla açıklanamaz. Ayrıca Osmanlı Devleti'ndeki kanunlaştırma hareketleri Batıda olduğu gibi 18. ve 19. Yüzyıllardaki sistematik hukuk teorilerinin bir sonucu olarak da ortaya çıkmış değildir. Dolayısıyla Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketleri dış baskılar kadar iç zorunluluklar ve somut ihtiyaçlardan da kaynaklanmış olup, hukukî meşruluk ve yasallık gibi temel hukuk kavramlarının ülkeye girdiğini göstermektedir. Bu seçim Batı'ya hayranlıktan çok, zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Devrin muhafazakâr kişiliklerinden Ahmet Cevdet Paşa'nın bu konuda oynadığı rol yapılan tercihin niteliğini ortaya koyan güzel bir örnektir. Dolayısıyla Tanzimat dönemi Batılılaşma ve kanunlaştırma hareketleri aynı zamanda bir iç kararın sonucudur[69].

---

66 Liliequist/Almbjär, s. 12.

67 Orfield, s. 291.

68 From Sandpages, the Cloud of Data", http://sandpages.com/en/Medieval_Scandinavian_law, Erişim Tarihi, 23.06.2017.

69 Necdet Sakaoğlu / Nuri Akbayar, Avrupalılaşmanın Yol Haritası ve Sultan Abdülmecit, Denizbank, İstanbul 2001, s. 258–259; İlber Ortaylı İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, Hil Yayınları, İstanbul 1995, s. 19; Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1998, s. 98. Aksi görüş, Mehmet Akif Aydın, "Mecellenin Hazırlanışı", İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İz Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 67–70.

Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketlerinin sebeplerinden ilki ticari, iktisadi ve sosyal hayattaki değişikliklerdir. Sanayi devrimi Batı dünyasının ticari ve iktisadi hayatında büyük bir canlanmaya yol açmış, seri halde üretilen mallara yeni pazarlar aranmıştır. Bu çerçevede Osmanlı Devleti büyük bir pazar olarak Batılıların ilgisini çekmiş, 1838 Balta Limanı Ticaret Antlaşmasıyla açılan kapıdan ilk giren ülke İngiltere olmuştur. Bunu diğer Batılı devletlerle yapılan antlaşmalar izlemiştir. Tüm bu gelişmeler yoğun ticari ihtilafların yaşanmasına yol açtığı gibi o güne kadar Osmanlı hukuk sisteminde bulunmayan müesseselere olan ihtiyacı da artırmıştır. Sonuç olarak ticaret ve karma ticaret mahkemeleri kurulmuş, 1850'de modern anlamda kanunlaştırma faaliyetinin ilk örneklerinden Ticaret Kanunnamesi kabul edilmiştir.

19. Yüzyılın sonlarından itibaren sosyal hayatta belirginleşen değişiklikler, özellikle kadınların toplumsal hayata etkin biçimde katılmaları, sosyal ve hukukî statülerini sorgulamalarına neden olmuştur. Kadınların eğitim imkânlarının genişlemesi, kadın derneklerinin kuruluşu, kadınlara yönelik çok sayıda dergi ve gazetenin çıkarılması, nihayet kadınların çalışma yaşamına atılması, kadınları yakından ilgilendiren Aile Hukuku alanında çağın ihtiyaçlarına cevap verecek düzenlemeleri kaçınılmaz kılmış ve 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi bu ihtiyacı karşılamak üzere hazırlanmıştır.

Günün hukukî ihtiyaçları da kanunlaştırma hareketlerinin temelini teşkil eden önemli faktörlerdendir. Her şeyden önce Tanzimat Fermanı ve ardından yayınlanan Islahat Fermanı'nda vurgulandığı üzere din farkı gözetilmeksizin bütün Osmanlı tebaası arasında kanun önünde eşitlik prensibinin gerçekleştirilebilmesi için toplumun tüm kesimlerini içine alacak hukukî düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu aynı zamanda ülkede hukuk ve yargı birliğini sağlamanın da asgari şartıdır. Çünkü o güne kadar Osmanlıda uygulanan millet sistemi çerçevesinde zimmilerin bazı hukuk branşlarında kendi dini kurallarına tabi olmaları ve cemaat mahkemelerinin bu alanlardaki hukukî problemlerin çözümünde yetkili yargı mercii kabul edilmesi yani yargı muhtariyeti din ve vicdan hürriyetinin doğal bir uzantısı olarak görülmüştür. Oysa 19. Yüzyıl sonlarında artık hukuk ve yargı birliğinin sağlanması devletin merkezi yapısının güçlendirilmesi için de gereklidir.

Bütün bunlar dışında Tanzimat sonrası nizamiye, ticaret, karma ticaret vb. çok sayıda yeni mahkemenin ve Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iye, Meclis-i Ahkâm-ı Adliye, Şûra-yı Devlet gibi üst yargı mercilerinin kurulması, buralarda medrese mezunu olmayanların hatta gayrimüslimlerin de hâkimlik yapması kolaylıkla uygulanabilecek hukukî düzenlemelerin yapılmasını acil bir ihtiyaç haline getirmiştir. Öte yandan devletin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebindeki içtihat bolluğu, hâkimlerin en sahih görüşü bulup uygulama konusunda karşılaştıkları güçlükler de kanunlaştırma hareketlerini hızlandırmıştır.

Nihayet Batılı devletlerin etkileri ve baskıları da bu sebeplere eklenebilir. Her şeyden önce Tanzimat dönemi devlet adamları her alanda olduğu gibi hukuk alanında da Batıyı örnek almışlardır. Ancak bunun ötesinde bazı Avrupa devletleri kendi kanunlarının ve hukuk düzenlerinin Osmanlı tarafından benimsenmesi için ısrarcı olmuşlardır. Bu baskıların çeşitli sebepleri vardır. Bunlardan birincisi Batılılarla girişilen yoğun ticari ilişkiler çerçevesinde, Batılı devletler ticari mevzuatın Batı'dan alınması ve böylece tüccarlarının alışık oldukları hukukî ortamda ticaret yapmalarını istemişlerdir. Batıdan alınan ilk kanunun Ticaret Kanunu olması bu açıdan hiç de rastlantı değildir. Osmanlı Devleti'ndeki gayrimüslim azınlıkları özellikle kamusal haklar bakımından himaye etme arzusu da Batılı devletlerin hukuk reformlarına müdahalelerinin bir başka sebebidir. Son olarak Batılı devletlerin ve özellikle Fransa'nın kendi kanunlarının Osmanlı

Devleti tarafından kabulüyle hukukî prestij sağlama arzusu da önemli bir faktör olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle Mecelle'nin hazırlanışı sırasında Fransızların kendi Medeni Kanunlarının alınması için yönetim kademelerinde yaptıkları baskılar herkesin malumudur[70]. Görüldüğü üzere Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketlerinde Batılı devletlerin baskılarının etkisi olmakla birlikte daha önce de vurguladığımız gibi hukuk alanındaki reformları sadece bu sebebe bağlamak mümkün değildir. Belki de Tanzimat döneminin hem iç hem de dış etkilerin kesiştiği bir noktada ortaya çıktığını söylemek en doğrusudur.

Yeni kanunların hazırlanmasında İslam ve Batı hukuku taraftarları arasında önemli görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Bunun sonucunda yerli (milli) kanunlar ve yabancı ülkeler mevzuatından iktibas (resepsiyon) suretiyle alınan kanunlar olmak üzere ikili bir ayrım söz konusu olmuştur. Tanzimat döneminde yabancı ülke kanunlarından faydalanılmadan hazırlanan yerli kanunlar 1840 (1256) ve 1851 (1267) tarihli Ceza Kanunları, 1858 (1274) tarihli Arazi Kanunnamesi, 1869–1876 yılları arasında tamamlanan Mecelle ve 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesidir. Fakat hemen belirtmek gerekir ki Arazi Kanunnamesinin büyük bir kısmı (miri arazi ile ilgili düzenlemeler) şer'i hukuka değil, örfi hukuka dayanmaktadır. Ayrıca 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesinde de ilk kez resmi mezhep olan Hanefi mezhebinin içtihadları bazı konularda terkedilerek diğer hukukî mezheplerin (Maliki-Şafii-Hanbelî mezhepleri) görüşleri tercih edilmek suretiyle sosyal ihtiyaçlara ve çağın şartlarına İslam hukukunun sınırları dışına çıkılmadan çözümler üretilmeye çalışılmıştır.

Başka ülkelerin kanunlarından faydalanılarak hazırlanan kanunlar ise 1850 tarihli Ticaret Kanunu, 1858 tarihli Ceza Kanunu, 1861 tarihli Ticaret Yargılama Usulü Nizamnamesi, 1863 tarihli Deniz Ticaret Kanunu, 1879 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 1879 tarihli Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunudur.

Burada Tanzimat dönemiyle birlikte başlayan yabancı kanunların iktibası yani resepsiyon kavramı hakkında bilgi vermek yararlı olacaktır. Resepsiyon belirli bir ülkenin şartlarına uygun olarak gelişmiş bir hukukî kurum, kavram, olgu veya bunların tümünün bir başka ülkeye aktarılmasıdır[71]. Resepsiyon olarak nitelenen olayların genel özelliklerinden birisi belirli bir hukukî ortamda gelişen bir hukuk kurumunun başka bir ortamda yürürlüğe konmasıdır. Onun için resepsiyonda bir yabancılık unsuru vardır. Farklı coğrafi, sosyal, ekonomik, kültürel koşullarda, yabancı bir toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için doğan veya geliştirilen bir hukuk sistemi veya sistemi oluşturan kuralların bir kısmı, bir başka ülke tarafından kabul edilerek o ülkenin hukuk sistemine girmektedir. Ancak hukuk tarihinin gelişimine bakıldığında ülkelerin hukuk sistemleri

[70] Kanunlaştırma hareketlerinde Batı'nın baskısı için bkz. Mehmet Akif Aydın, "Hukuk Alanında Batılılaşma", TDVİA, c. 5, İstanbul 1992, s. 162–164; Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, ,Beta Basım Yayım, İstanbul 1999, s. 424–425, Aydın, Mecellenin Hazırlanışı, s. 67–70; Enver Ziya Karal , "Gülhane Hatt-ı Hümayununda Batı'nın Etkisi", Belleten, c. 28, sy. 112, 1964, s. 597 vd. Aydın neredeyse bütün kanunlaştırma hareketlerini tamamen bu sebebe bağlarken Tanzimat Fermanı'nın kaleme alınmasında da yabancı ülkelerin özellikle de İngiltere'nin etkili olduğu, Reşit Paşa'nın Londra büyükelçiliği sırasında İngilizlerin eski Osmanlı elçisi Canning ile sık sık görüşerek Fermana onun istekleri doğrultusunda şekil verdiği iddiasındadır. Bkz. Aydın, "Hukuk Alnında Batılılaşma", TDVİA, C. 5, İstanbul 1992, s. 162–163.Oysa yaygın kanaat Tanzimat Fermanından daha çok Islahat Fermanı'nda yabancı etkisinin belirgin olduğu yönündedir. Neredeyse İngiliz, Fransız, Avusturya büyükelçiliklerinde hazırlanan bu Ferman Osmanlı'ya adeta dikte ettirilmiştir.

[71] Gülnihal Bozkurt, Batı Hukuku, s. 6 Ergun; Özsunay, Karşılaştırmalı Hukuka Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 271. Resepsiyon sürecinde önemli olan nokta bu işlemin başka bir ülkede yürürlükte olan hukuk normlarının yerli hukuk düzenine aktarılmasından ibaret olmayıp, o ülkede geçerli olan hukukî düşüncenin ve hukuk kültürünün topyekûn benimsenmesidir. Ali Ülkü Azrak, "Tanzimat'tan Sonra Resepsiyon", Tanzimat'tan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi, c. 3, İletişim Yayınları, İstanbul 1985, s. 602.

arasında kaçınılmaz bir etkileşimin olduğu görülmektedir. Onun içindir ki tüm hukuk sistemlerinde az ya da çok yabancı unsurlar vardır. Tamamen saf bir hukuk sistemi bulmak neredeyse imkânsızdır[72]. Resepsiyon yönteminin başarılı olabilmesi için zaman içinde hukuk normlarının veya müesseselerinin "*yabancılı*k" karakterini yitirerek "*alınmış*" değil, "*benimsenmiş*" hale gelmeleri gerekir. Bu nedenle resepsiyon bir hamlede yapılıp, tamamlanan bir normatif işlem olmayıp, uzun yılları kapsayan bir toplumsal süreçtir[73]. Tanzimat dönemi resepsiyonlarında Avrupa hukuk düşüncesi yeterince benimsenemeyerek, yerli hukuk düzeniyle bütünleşememiş ve "*yabancı*" olarak kalmıştır.

Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketlerinin ayırıcı özelliklerinden birisi de bunların hazırlanışında bir dizi meclislerin ve heyetlerin rol almasıdır. Bunların başında II. Mahmut döneminde kurulan Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye gelmektedir. Bu meclis diğer görevlerinin yanı sıra bir çeşit yasama yetkisine de sahip olmuş ve birçok kanun ve nizamnamenin hazırlanmasında rol oynamıştır[74]. 1854 yılında bu meclis Meclis-i Ahkâm-ı Adliye ve Meclis- i Tanzimat olarak ikiye ayrılınca bu kez kanunları hazırlamakla Meclis-i Tanzimat görevlendirilmiştir[75]. Arazi Kanunnamesi, Ceza Kanunnamesi gibi dönemin önemli kanunlarını hazırlayan Meclis-i Tanzimat 1861 yılında Meclis-i Ahkâm-ı Adliye ile birleştirilince, bu kurulun kanun dairesi, kanun ve yönetmelikleri hazırlamaya devam etmiştir. 1868 yılında Şurâ-yı Devlet kurulunca kanun tasarılarını hazırlama görevi Şurâ-yı Devlet'e geçmiştir.

Tanzimat dönemindeki kanunlaştırma hareketleri Osmanlı hukuk sisteminde düalist (ikili) bir yapı yaratmış bir yandan İslam hukuku kuralları geçerliliğini korurken, belirli alanlarda resepsiyon sürecinin işletilerek İslam hukuku dışına çıkılması ve bu iki farklı sistemin uzlaştırılmaya çalışılması ciddi problemlere yol açmıştır.

Tanzimat döneminin yerli (milli) kanunlar kategorisindeki en önemli kanunu hiç şüphesiz Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'dir. Osmanlı Medeni Kanunu olarak nitelendirilebilecek Mecelle yalnız Türk Hukuk Tarihi bakımından değil, İslam Hukuk Tarihi açısından da ayrı bir öneme sahip olmuştur. Ahmet Cevdet Paşa'nın[76] başkanlığını yaptığı bir komisyon tarafından 1868–1876 yılları arasında hazırlanan Mecelle 4 Ekim 1926'da Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar yaklaşık 60 yıl Türkiye'de uygulanmıştır.

---

72 Bozkurt, Batı Hukuku, s. 6–7. Ancak resepsiyon zorunlu, mutlak bir kavram olmayıp, hukuk tarihlerinde yabancı hukuka kapalı kalmış halklar veya ülkeler de mevcuttur. Polonya, Çekoslovakya, Macaristan gibi.

73 Azrak, s. 602.

74 Gülhane Hatt-ı Hümayununda yeni kanunları hazırlama görevinin bu meclise düştüğü açıkça belirtilmiştir. Enver Ziya Karal, Osmanlı Tarihi Nizam-ı Cedid ve Tanzimat Devirleri (1789-1856), c. V, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1988, s. 257.

75 Halil İnalcık, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu", Belleten. c. XXVIII, sy. 112, 1964, s. 615; Engelhard, Tanzimat ve Türkiye, (Çeviren: Ali Reşad), Kaknüs Yayınları, İstanbul 1999, s. 42.

76 Ahmet Cevdet Paşa için bkz. Ahmet Şimşirgil/Ekrem Buğra Ekinci, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 7-45; Mehmet Akif Aydın, "Bir Hukukçu Olarak Ahmet Cevdet Paşa", İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İz Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 37-57, Niyazi Berkes'e göre Ahmet Cevdet Paşa Tanzimat döneminin belki en büyük devlet adamı olduğu kadar o rejimin ikiliğinin de gerçek sembolüdür. Çünkü o günün İslam Hukuku savunucularına göre ilerici, sınırsız Batılılaşma yanlılarına göre gelenekçi olarak nitelendirilmektedir. Cevdet Paşa bu iki tutumun her ikisinin de aşırılık ve mutaassıplık olduğuna inanmaktadır. Bundan ötürü ne şeriat alanının ulema ve kadılar elinde başıboş gidişine ne de Fransız Medeni Kanunu'nun olduğu gibi çevrilerek kabul edilmesine razı olmuştur, Niyazi Berkes, Türkiye'de Çağdaşlaşma, (Yayına Hazırlayan: Ahmet Kuyaş), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2010, s. 224.

Mecellenin hazırlanıp kanunlaştırılmasında hukuki, iktisadi, siyasi sebeplerin etkili olduğu görülmektedir. Bu nedenle öncelikle Mecellenin hazırlanış sebepleri üzerinde kısaca durmak yararlı olacaktır[77].

1) Yeni Mahkemelerin Kurulması: Tanzimat döneminde yeni mahkemelerin kurulması Mecellenin hazırlanış sebeplerinden ilkini teşkil etmektedir. Tanzimat döneminde tek hâkimli ve tek dereceli klasik Osmanlı mahkeme sistemi büyük ölçüde terk edilerek, şer'iyye mahkemelerinin görev alanları sınırlanmış, toplu hâkimli ve çok dereceli yeni bir sisteme geçilmiştir. Bu dönemde kurulan çok hâkimli ticaret ve nizamiye mahkemelerinde hukukçu olmayan üyeler de yer almışlardır. İslam hukuku kurallarından habersiz olan bu kişilerin Dürer, Mülteka gibi şer'iyye mahkemesi hakimlerinin başvuru kaynağı olan Arapça fıkıh kitaplarından yararlanarak dava görüp, hüküm vermeleri mümkün değildir. Bu nedenle nizamiye ve ticaret mahkemelerinde uygulanabilecek bir kanunun hazırlanması acil bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır.

2) Hâkimlerin Yetersizliği: Mecellenin hazırlanmasının ikinci önemli sebebi nizamiye mahkemesi hâkimlerinin klasik hukuk kaynaklarını kullanmadaki yetersizlikleridir. Çünkü medreselerin son dönemlerde bozulup yozlaşmasıyla birlikte İslam hukukuna yeterince vakıf hukukçular yetiştiremedikleri bilinmektedir. 1270 (1853–1854) yılında kadı yetiştirmek için Muallimhane-i Nüvvab'ın açılması ve bu okuldan mezun olanların şer'iyye mahkemelerine ve nizamiye mahkemelerine hâkim olarak tayin edilmeleri de problemi çözümlememiştir. Çünkü bu yeni okuldan mezun olan hâkimlerin fıkıh kitaplarına başvurarak İslam hukukunu uygulamada, medreselerden yetişen kadılardan daha yeterli ve bilgili olduklarını söylemek zordur. Bu durum Mecelle mazbatasında da açıkça ortaya koyulmuştur[78]. Onun için konu ile ilgili olan ve fıkıh kitaplarında dağınık bir halde bulunan İslam hukuku esaslarının tedvin edilerek özellikle nizamiye mahkemesi hâkimlerinin yararlanabilecekleri bir şekle sokulması gerekmiştir. Türkçe olarak açık bir üslupla kaleme alınan Mecelle bu imkânı sağlamıştır.

3) Batı'nın Tesir ve Baskısı: Mecellenin hazırlanmasının üçüncü sebebi Batı'nın bir Medeni Kanunun hazırlanması yolundaki etkisi ve baskılarıdır. Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile başlayan süreçte dönemin siyasi şartları, Osmanlı Devleti'nin içte ve dışta çözmek zorunda olduğu problemler, yenileşme ve Batılılaşma çabaları Osmanlı Devleti'ni dış müdahalelere açık hale getirmiştir. Bu durum hem bir Medeni Kanun hazırlama hem de yeni Medeni Kanunun nasıl olacağı konusunda Osmanlı devlet adamları arasında görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Üstelik bu tartışmalar daha Mecelle'den önce Medeni Kanun olarak hazırlanması kararlaştırılan "*metn-i metin*" teşebbüsünde ortaya çıkmış ve özellikle Fransızların büyük baskıları söz konusu olmuştur. Mecelle'nin hazırlık çalışmalarının başlangıcında da bu kanunun milli karakterde mi olacağı yoksa Ticaret Kanunu gibi Batı'dan mı alınacağı konusunda şiddetli tartışmalar ve mücadeleler yaşanmıştır. Cevdet Paşa'nın başını çektiği grup milli bir Medeni Kanun hazırlanmasından yanayken, Ali Paşa'nın önderliğini yaptığı bir grup devlet adamı ise Fransız Medeni Kanun'nun (Code Napoléon) tercüme edilerek iktibas edilmesi gerektiği görüşünü

[77] Mecelleyi hazırlayan sebepler konusunda bkz., Velidedeoğlu, s. 143-145; Aydın, Mecelle, s. 63-73; Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", TDVİA, c. 28, Ankara 2003, s. 231-232; Osman Öztürk, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İslami İlimler Araştırma Vakfı, İstanbul 1973, s. 33-39.

[78] Sıddık Sami Onar, "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısmının Codification'u", İÜHFM, c. XX, sy. 1–4, İstanbul 1954, s. 5–7.

savunmuşlardır[79]. Fransa da İstanbul'daki büyükelçisi De Bourre vasıtasıyla bu yönde Osmanlı Devleti'ne baskı yapmıştır. Sonuçta gerek Âli Paşa, gerek Ahmet Cevdet Paşa'nın savundukları görüşlerin, kurulacak özel bir komisyonda incelenmesi kararlaştırılmıştır. Fuat Paşa'nın başkanlığında toplanan komisyonda, Âli Paşa ve Ticaret Nazırı Feyiz Paşa'nın bir Batı Medeni Kanunu'nun tercüme edilerek ülke ihtiyaçlarına uygun şekilde tekrar düzenlenmesi fikrine, Ahmet Cevdet, Fuat Paşa ve Şirvanîzade Rüşdi Paşalar karşı çıkmışlardır[80]. Bakanlar kurulunda yapılan uzun tartışmalar sonucunda Cevdet Paşa'nın başkanlığında bir cemiyet kurularak Mecelle'nin hazırlanmasına karar verilmiştir. Gerek Ahmet Cevdet Paşa gerekse Mecelle Cemiyeti'nin diğer üyeleri başarılı olamazlarsa Fransız Medeni Kanunu'nun kabul edileceği endişesi ile tüm güçleri ile çalışmışlardır. Ancak Mecelle'nin hazırlık çalışmaları başladıktan sonra bir süre daha Fransa'nın bu konudaki baskıları devam etmiştir. Hatta Mecelle'nin dördüncü kitabının hazırlanmasından sonra Cevdet Paşa'nın Mecelle Cemiyeti'nden bir süre uzaklaştırılmasında bu baskıların da rolü olmuştur[81].

4) Hanefi Mezhebinde Farklı Görüşlerin Varlığı: Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebi hukukî mezhepler içerisinde en fazla yayılma ve uygulanma, dolayısıyla gelişme imkânına sahip olmuş bir mezheptir. Bunun için de çok zengin bir hukuk literatürüne sahiptir. Hanefi mezhebinde aynı hukukî meselenin çözümünde çok sayıda içtihat ve dolayısıyla farklı hükümler ortaya çıkmıştır. Bu durumun hukukî birlik ve istikrarı bozmaması için Osmanlı Devleti'nde en kuvvetli görüşün uygulanması esası getirilmiştir. Fakat en kuvvetli (sahih) görüşü tespit etmek hâkimler için hiç de kolay değildir. Oysa hazırlanacak bir Medeni Kanun hâkimleri fıkıh kitaplarındaki en sahih görüşü bulup, hükmü ona göre verme güçlüğünden de kurtaracaktır.

5) Hukukî-Sosyal ve İktisadi Değişikliklerin Bir Medeni Kanuna İhtiyaç Göstermesi: Sosyal ve iktisadi hayatta ortaya çıkan değişikliklerin beraberinde hukukî değişiklikleri de getirmesi kaçınılmazdır[82]. Özellikle iktisadi alanda yaşanan gelişmeler böyle bir hukuki düzenlemenin yapılmasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Batı'da gerçekleşen sanayi devrimi büyük bir üretim fazlası ortaya çıkarmıştır. Batılı sömürgeci devletler sömürgelerinden ucuz hammadde sağlamanın yanı sıra ürettikleri malları da bu pazarlarda satmışlardır. Ancak bu pazarlar üretim fazlası için yeterli olmayınca Osmanlı Devleti gibi sömürgeleştiremedikleri büyük pazarları da kendi ürünlerine açmak için birtakım girişimlerde bulunmuşlardır. 1838'de İngiltere ile yapılan Balta Limanı Ticaret Anlaşması bu konuda ilk adım olup, bunu diğer devletlerle yapılan benzer anlaşmalar izlemiştir. Bu anlaşmaların sağladığı avantajlar sebebiyle bundan sonra Batılı tüccarların Osmanlı ile daha yoğun ticarî ilişkiler içine gireceği aşikârdır. Osmanlı Devleti'ndeki tüccarların büyük kısmı zimmi tebaadan olduğu için Batılı ülkeler hem kendi tüccarlarını korumak

---

79 Osmanlı Devleti'nde bir Medeni Kanun yapılması gündeme geldiği zaman Âli Paşa'nın Code Civil'in tercüme edilerek iktibas edilmesi gerektiği konusundaki gerekçelerinden birisi son derece ilgi çekicidir. Âli Paşa Osmanlı Devleti'nin 1856 Paris Antlaşması ile Avrupa Uyumuna dâhil olarak Avrupalı devlet olması ile Avrupa Hukukunu kabul ettiğini bu nedenle Fransız Medeni Kanununun alınması gerektiğini ileri sürmüştür. 1867 yılına gelindiğinde Âli Paşa, Fransız Medeni Kanunu'nun benimsenmesi konusundaki görüşünü, Girit'ten göndermiş olduğu bir layihada Sultan Abdülaziz ile paylaşmıştır. Bu layihadan Âli Paşa'nın Fransız Medeni Kanunu'nun tercüme edilerek iktibasını sadece karma mahkemeler olan nizamiye mahkemelerinde uygulanması açısından önerdiği görülmektedir, Seda Örsten Esirgen "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?", OTAM, sy. 29, 2011, s. 39; Fransız Medeni Kanunu'nun alınması konusundaki baskılar için bkz. Hulusi Yavuz, "Events Leading to the Compilation of the First Ottoman Civil Code", İslâm Tetkikleri Dergisi, c. VIII, sy. 1-4, İstanbul 1984, s. 116-120.

80 Örsten Esirgen, s. 40.

81 Aydın, Ahmet Cevdet Paşa", s. 48–49; Aydın, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 232.

82 Bu prensip Mecelle'de "Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz", (m. 39) şeklinde ifade edilmiştir.

hem de tüccarların ticarî ilişki içine gireceği grupları güvence altına alarak aslında kendi vatandaşları açısından da riskleri azaltmak istemektedir.

Bu durum Borçlar ve Ticaret Hukuku alanında yeni düzenlemeleri gerekli kılmıştır. Bu nedenle 1850 yılında Ticaret Kanununnâmesi kabul edilmiştir. Ancak yeterli olmamış ve Ticaret Kanunu'nun boşluklarının doldurulması mecburiyeti Borçlar Hukuku alanında da benzer bir düzenlemeyi zorunlu hale getirmiştir[83].

Mecelle'nin ilan edilmesinde etkili olan sosyal ve siyasi sebeplere baktığımızda ise iki önemli başlık tespit etmek mümkündür. Bunlardan ilki Osmanlı Devleti'nin Avrupalı devlet olarak kabul edilerek dönemin Avrupa birliğine girme hedefidir. 1815 Viyana Düzenlemelerinden itibaren Osmanlı Devleti'nin en önemli dış politika hedefi "*Avrupalı devlet olmak*" idealidir. Dönemin Avrupa Birliği olarak nitelenebilecek "*Avrupa Uyumu*" içine alınırsa Osmanlı Devleti de Avrupalı olacak, toprak bütünlüğü ve bağımsızlığı garanti altına alınacak, diğer Avrupalı devletler gibi uluslararası sorunları devletler hukuku ilkelerine göre çözümlenecek, önemli iç ve dış problemlerin ortaya çıkması durumunda yalnız kalmayacak, aksine Avrupa Uyumu çerçevesinde diğer devletlerle eşit statüde kabul edileceğinden çözüm sürecini yönlendirebilecektir. Ancak Avrupalı devlet olmak için yaptığı her girişimde önüne çıkan engel Müslim-gayrimüslim eşitsizliği olmuştur. Osmanlı hukuk sistemine göre zimmilere millet sistemi çerçevesinde sınırları çok geniş din ve vicdan özgürlüğü tanınmasına ve can ve mal güvenliklerinin sağlanmasına rağmen hukuken bu iki grup eşit değildir. İslam Hukuku ilkeleri çerçevesinde gayrimüslimler için bazı kısıtlamalar söz konusudur. Öte yandan Fransız İhtilali'nin etkilerinin Osmanlı Devleti'ne ulaşmasıyla birlikte özellikle nasyonalizm akımı çokuluslu Osmanlıyı sarsmaya başlamıştır. 1830 yılında Rumların isyan ederek bağımsız devletlerini kurmaları durumun vahametini bütün açıklığı ile ortaya koymuştur. Ayrılıkçı hareketlerin sadece Rumlarla sınırlı kalmayacağı, peşinden diğer etnik grupların geleceği aşikârdır. Bu duruma çözüm arayan Osmanlı yönetim kadrosu kurtuluşu Osmanlıcılık ideolojisinde görmüş ve Osmanlı üst kimliği yaratarak parçalanmanın önüne geçilebileceği düşünülmüştür. Bu yaklaşıma göre herkesin bir alt kimliği vardır ve bunu açıkça ifade edebilir. Zaten İstanbul'un fethinden sonra kurulan millet sistemiyle farklı grupların dillerini, dinlerini, kültürlerini korumaları devlet eliyle sağlanmıştır. Bu sebeple Fransız İhtilali'nden sonra milliyetçilik akımı Osmanlı Devleti sınırlarına ulaşınca pek çok Avrupa ülkesine göre çok daha kolay etkili olabilmiştir. Osmanlı devlet adamlarının bu tehlikeye karşı buldukları çözüm bütün tebaanın alt kimliğini özgürce ifade edebilecekleri - Ortodoks Rum, Bulgar Romen ya da Gregoryen Ermeni gibi- ortak bir çatı, bir üst kimlik oluşturmaktır. Oluşturulacak üst kimlik Osmanlılıktır. Üst kimlik oluşturmanın önemli araçlarından birisi de ülkede hukuk birliğini sağlamak ve tüm tebaa için geçerli olacak hukuki düzenlemeler yapmaktır. Bu konuda atılan önemli adımlardan birisi 1869 Osmanlı Tabiyyet Kanunu'dur. 23 Ocak 1869 tarihinde Osmanlı Devleti'nin ilk vatandaşlık kanunu olarak yürürlüğe giren Tabiiyyet-i Osmaniye Kanunnamesi ile Osmanlı Devleti'nde tebaadan vatandaşlığa geçilmiştir. Artık tebaayı nitelemek için kullanılan, Müslüman, zimmî gibi İslam Hukuku kökenli kavramların yerini Batılı kavramlar almıştır. Burada önemli olan nokta farklılığı vurgulayan din, mezhep ve etnik kökenle ilgili ifadelerden kaçınılarak yeni bir tanımlamanın tercih edilmesidir. Kanunun birinci maddesine göre anne babası veya sadece babası Osmanlı tebaası olduğu anda doğan çocuklar Osmanlı vatandaşı olarak kabul edilmektedir.

[83] Gül Akyılmaz, Siyasi Tarih, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 184; Cihan Osmanağağlu Karahasanoğlu, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", OTAM, sy. 29, 2011, s. 95; Aydın, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 232.

Türk, Müslüman, Ermeni, Rum, Hristiyan ya da Yahudi olmanın bir önemi yoktur[84]. Kısaca bu kanunla din, mezhep ve etnik kökene bakılmaksızın laik bir vatandaşlık tanımı benimsenmiştir. Avrupa'da kanunlaştırma faaliyetlerinin ortaya çıkışında etkili olan faktörlerden birisi milliyetçilik akımı ve ulus devlet yaratma projesi olmuştur. Bu projenin önemli araçlarından arasında kodifikasyon ve ülkenin tamamında geçerli olacak kanunların yapılması da yer almaktadır. Çok uluslu Osmanlıda ise ulus devlet söz konusu olamasa da bir üst kimlik yaratma yolunda kanunlardan yararlanılmıştır. Bu çerçevede öncelikle din farkı gözetilmeksizin bütün vatandaşlara uygulanacak kuralların geçerli olduğu alanlarda kanunlar yapılmıştır. Bu düzenlemeler içinde Mecelle önemli bir yer tutmuştur. Mecelle'de Aile ve Miras Hukuku ile ilgili düzenlemelere yer verilmemesinin sebeplerinden birisi de budur.

Tanzimat sonrası sosyal, siyasi ve iktisadi hayatta yukarıda söz edilen köklü değişiklikler bir Medeni Kanunu zorunlu kılmış, Mecelle ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara İslam Hukuku içinde kalarak çözümler üretmeye çalışmıştır. Nitekim Cevdet Paşa'ya göre Medeni Hukuk bir ulusun varlığının ve birliğinin temelidir. Osmanlı Devleti bir İslâm devleti olduğuna göre onun Medeni Hukukunun İslâm Hukukundan kaynağını alacak bir Medeni Kanuna dayanması gerekirdi. Onun için bu hukuku bırakıp Fransız Medeni Kanunu'ndan modern bir Medeni Kanun çıkarmak Cevdet Paşa'ya göre İslâm milletini yıkmak demekti. Bu açıdan Cevdet Paşa'nın görüşleri Savigny'nin ve Tarihçi Okulun görüşlerine benzemektedir[85].

Mecelle Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığını yaptığı bir komisyon tarafından 1868–1876 yılları arasında hazırlanmıştır[86]. Komisyon "*kitap*" adı verilen her bölümü hazırladıkça önce Şeyhülislamlığa ve Bakanlar Kuruluna göndermiş, ardından padişahın onayı ile kanunlaşmıştır. Mecelle bir mukaddime (giriş), ve 16 kitaptan oluşup, toplam 1851 maddeden ibarettir.100 maddeden oluşan mukaddime kısmında fıkhın tanımının yapıldığı birinci madde ile 99 maddelik kavaid-i külliye (genel hükümler) yer almaktadır. Bunlar meseleci (kazuistik) metoda göre oluşan İslam hukuk literatürü içinde zamanla çıkarılmış genel hukuk prensipleri olup, diğer normatif hükümlerin fıkhın bütünlüğü içinde daha iyi anlaşılmasına yardımcı olmak için kaleme alınmıştır. Küllî kaideler (genel hükümler) belirli olayları doğrudan doğruya çözümlemek için değildir ve tek başlarına herhangi bir hükme dayanak teşkil etmezler. Bunlar Mecelle'nin diğer kitaplarındaki kuralların gerekçeleri hükmündedir ve hâkime sunulan meselenin çözümünde ona rehberlik edecek mantık kuralları şeklinde düzenlenmiştir[87].

---

84 Gül Akyılmaz, Osmanlı Devleti'ndeki Hukuki Düzenlemeler Çerçevesinde Ermeniler ve Geride Bıraktıkları Mallar (Emvâl-i Metruke), AVİM, Ankara 2017, s. 9.

85 Berkes, s. 225-226.

86 Ahmet Cevdet Paşa dışında Mecelle Komisyonunda yer alan diğer isimler şunlardır: Ahmet Hilmi Efendi, Seyfeddin İsmail Efendi, Filibeli Halil Fevzi Efendi, Şirvânîzâde Ahmet Hulûsi Efendi, Kara Halil Efendi, Ahmet Hâlid Efendi, Alâaddin Efendi (İbni Âbidînzâde), Ömer Hilmi Efendi, Muhammed Emin Efendi, (Bağdâdlı), Ömer Hulûsi Efendi (Gerdankıranzâde), Yunus Vehbi Efendi, Abdüssetâr Efendi, Abdüllatif Şükri Efendi, İsâ Ruhî Efendi. Bu üyelerin bir kısmı bütün kitapların yazılması aşamasına katılırken, bir kısmı da belli kitapların hazırlanması aşamasında görev yapmışlardır. Mecelle Cemiyeti üyelerinin hepsi İslam Hukuku tahsil etmiş olup, önemli görevlerde bulunan şahsiyetlerdir. Bu üyelerin arasında İstanbul kadılığı, müderrislik, kazaskerlik, Meclis-i Ahkâm-ı Adliye üyeliği gibi ilmiye sınıfının üst düzey görevlerinde bulunan kişiler çoğunluktadır. Mecelle tamamlandıktan sonra çalışmalarına devam eden komisyona 1885'ten itibaren fetva emini Mehmed Nuri Efendi, Meclis-i Tetkikat- ı Şeri'yye azası Hacı Mehmed Efendi, Sadreyn Müsteşarı Abdullah Şâkir Efendi de katılmıştır, Şimşirgil/Ekinci, s. 50-54.

87 Sıddık Sami Onar, "İslam Hukuku ve Mecelle", Tanzimat'tan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi, c. 3, İletişim Yayınları, İstanbul 1985, s. 584; Onar, Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısmının Codification'u ,s. 11, Aydın, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, s. 233.

Mecelle İslam Hukukunun klasik usulünden ayrılmayarak meseleci (kazuistik) bir metotla kaleme alınmıştır[88]. Bu nedenle belirli bazı maddeler istisna edilirse borçlar veya akidlere dair genel hükümlere yer verilmemiş, her borç ve akid türüyle ilgili esaslar teker teker ele alınmıştır. Bu da kaçınılmaz olarak genel hükümler içeren ve mücerred metodla hazırlanan kanunlarda bulunmayan tekrarları beraberinde getirmiştir. Örneğin akidlerin icap ve kabulle tamam olacağını belirten genel bir hüküm yerine her akid kitabında o akdin icap ve kabulle tamam olacağı ifade edilmiştir[89]. Bu durum bir eksiklik olarak görülebilirse de Mecelle'nin İslam Hukukundaki ilk kanunlaştırma teşebbüsü olduğu unutulmamalıdır. Ayrıca bu yaklaşım İslâm Hukukunun tarihi kaynaklarındaki düzenleme biçimine daha uygundur. Öte yandan bütün hukuk sistemleri meseleci metotla doğmuş, gelişmiş, daha sonra mücerred metoda dönmüştür. Örneğin 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu Batı'daki kanunlaştırma hareketlerinin ilk örneklerinden olup, kazuistik metotla hazırlanmıştır. Osmanlı Hukuku da Batı'daki örneklerin gelişme çizgisini devam ettirebilmiş olsaydı Mecelle temeli üzerinden mücerred bir kanun ortaya çıkabilirdi. Ancak Mecelle ile başlayan bu dönem çok uzun ömürlü olmamıştır[90]. Şimşirgil ve Ekinci Mecelle'de kazuistik metotla her mesele için ayrı düzenlemeler yapılmasının belki çok geniş ve tekrarlarla dolu olmakla birlikte daha ince ve adaletli hükümler getirmeye elverişli olduğunu belirtmişlerdir[91]. Ancak kazuistik metodun getirdiği hukuk zihniyetinin düzenleme yapılmayan alanlarda yargıçların elini kolunu bağladığını, her meselenin ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesinin kaçınılmaz olarak hâkime dar bir takdir alanı bıraktığını, ayrıca genel ilkelerin belirlenmesi yerine çok geniş bir sahada her olay için ilke koymaya kalkmanın hukuku hantallaştırdığı görüşünü savunanlar da vardır[92].

Mecelle'nin anlaşılmasına yardımcı olmak için pek çok maddenin altında açıklamalar ve örnekler yer almıştır. Kanun maddesinde önce hüküm, altında da açıklaması yer almaktadır. Böylelikle hükmün açıklaması da Kanunun lâfzına dâhil edilmiştir. Ayrıca maddelerin altında hem açıklamalar hem de örneklerin bulunması Mecelleye bir hukuk kitabı özelliği katmıştır. Mecelle fıkıh kitaplarında dağınık durumda olan hükümleri özet bir şekle sokmuş, her mesele için

---

88 Aydın, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, s. 23;. Aydın, Ahmet Cevdet Paşa, s. 53; İlhan Ulusan, Türk Medeni Kanunun Dünü ve Bugünü, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.1, sy. 1-2, 2002;s. 156; Sevgi Kayak, "Türk Hukuk Tarihinde Medeni Hukuk Alanında Resepsiyon Sürecinin Meşruluğu", I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, (Editör. Fethi Gedikli),On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 59; Mecellenin kazuistik metotla kaleme alındığı görüşüne karşı çıkan akademisyenler de vardır. Bu görüş sahiplerine göre Mecelle karma metotla kaleme alınmış olup, düzenlediği akidleri incelerken kavram, tarif ve tekrarlardan meseleci metodu benimsediği söylenebilirse de hükümlerinin çoğu mücerred metoda uygundur, Osman Kaşıkçı, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 1997, s. 37; Zeki Koçak," Hukuk Tekniği Açısından Mecelle'ye Yapılan Eleştiriler ve Değerlendirilmesi", Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2015 19 (2), s.31; Mecelle'nin karma metotla kaleme alındığını savunan Ahmet Akgündüz de aslında mücerred sistemin daha ağır bastığı görüşündedir. Akgündüz Mecelle'nin 1851 maddesinden 100 maddesinin külli kaideler, 400 küsur maddesinin Usul Hukuku, 250- 300 maddesinin Ticaret Hukuku, 1100 maddesinin ise Borçlar ve Eşya Hukuku ile ilgili olmasından hareketle Mecelle'nin kazuistik metoda dayanmadığını iddia etmektedir, Ahmet Akgündüz, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Yayınları, Diyarbakır, 1986, s.366-367; Ancak bir kodifikasyon örneğinin kazuistik (meseleci) metotla mı yoksa mücerred metotla mı kaleme alındığının belirlenmesinde madde sayısından çok içeriğinin etkili olduğu unutulmamalıdır.

89 Aydın, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, s. 233.

90 Aydın, Ahmet Cevdet Paşa, s. 53.

91 Şimşirgil/Ekinci, s. 70.

92 Aydın, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, s. 233; Mustafa Balkan Demirdal, Adalet İlkeleri ve Türk Hukukundaki Serüveni, Lykeıon Yayınları, Ankara 2017, s. 346.

verilen fetva örneklerini sadece kanun metinlerini açıklamak için örnek olarak kullanmış, aynı konuda birbirine yakın fetvaları metne eklememiştir[93].

16 kitaptan oluşan Mecelle'nin kitapları (bölümleri) şunlardır:

1) Kitab'ül Büyû (alım-satım akdi ile ilgili hükümler); 2) Kitab'ül İcare (kira akdi ile ilgili hükümler); 3) Kitab'ül Kefale (kefalet ile ilgili hükümler);

4) Kitab'ül Havale (havale ile ilgili hükümler); 5) Kitab'ül-Rehin (rehin ile ilgili hükümler); 6) Kitab'ül Emanet (emanet ile ilgili hükümler); 7) Kitab'ül Hibe (bağışlama ile ilgili hükümler); 8) Kitab'ül Gasb ve'l İtlaf (gasp ve itlaf ile ilgili hükümler); 9) Kitab'ül Hacr ve'l İkrah ve'l Şufa (eda ehliyetinin kazai olarak sınırlandırılması, tehdit ve şufa ilgili hükümler); 10) Kitab'ül Şirket (ortaklıklarla ilgili hükümler); 11) Kitab'ül Vekale (vekâletle ilgili hükümler);

12) Kitab'ül Sulh ve'l İbra (sulh ve ibra ile ilgili hükümler); 13) Kitab'ül İkrar (ikrarla ilgili hükümler); 14) Kitab'ül Dava (dava açma ve davanın görülme şartları ile ilgili hükümler); 15) Kitab'ül Beyyinat ve'l Tahlif (Deliller ve yeminle ilgili hükümler); 16) Kitab'ül Kaza (yargılama ile ilgili diğer hükümler)[94].

Mecelle'de sadece resmi mezhep olan Hanefi mezhebinin görüşlerine yer verilmiş, Şafii, Maliki ve Hanbelî mezheplerinden yararlanılmamıştır. Hatta Hanefi mezhebi içinde de hukukçular arasında tartışmalı olan konularda belirli çevrelerin eleştirilerine uğramamak için, en tanınmış hukukçuların içtihatlarından yararlanılmıştır. Bu Mecelle için önemli bir eksikliktir[95] ve böylelikle mühim bir imkân ortadan kaldırılmıştır. Çünkü diğer mezheplerin görüşlerinden de istifade edilerek hukuku zorlamadan çağın şartlarına daha uygun çözümler üretme ve daha eksiksiz ve mükemmel bir hukuk kodu ortaya koyma fırsatı kaçırılmıştır. Cevdet Paşa bunu düşünmüş olsa bile o günün koşulları içerisinde gerçekleştirmesinin imkânsız olduğu ortadadır. Nitekim Mecelle'nin dördüncü kitabı Kitab'ül Havale'de Hanefi mezhebi hukukçularından İmam Züfer'in bir görüşü tercih edilince, zayıf görüşün alındığı iddiasıyla Cevdet Paşa aleyhinde büyük bir muhalefet ortaya çıkmış ve bu muhalefetin sonucunda Cevdet Paşa bir süre için Mecelle Cemiyeti ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nezareti'ndeki görevinden azledilmiştir. Bütün bunlar göstermektedir ki devrin bir grup uleması henüz Hanefi mezhebi içinde Ebu Hanife, İmam Muhammed ve Ebu Yusuf gibi mezhep kurucuları dışında bir hukukçunun içtihadından bile istifadeyi kabul edecek seviyeye erişememişlerdir[96].

Mecelle'nin kabul edilmesinden sonra hâkimler gerek Hanefi mezhebi içinde gerekse diğer hukuki mezheplerdeki farklı hukuki görüşleri uygulama imkânını kaybetmiş, farklı içtihatlara göre

---

93 İrem Karakoç, "Roma Özel Hukuku ile Osmanlı Özel Hukukundaki Gelişmeler Bağlamında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", ", I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, (Editör. Fethi Gedikli),On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 93.

94 16 kitabın muhtevası ve düzenlediği konular için bkz., Öztürk, s. 40-82.

95 Diğer mezheplerin görüşlerinden istifade edilmemesi yüzünden borcun nakli, alacağın temliki, menfaatin mal sayılması dolayısıyla haksız fiillerde tazmine konu olması, kira akdinde taraflarının ölümünün akde etkisi, taşınır malın teslimden önce satışı gibi diğer mezheplerde mevcut olan bazı hükümler Mecelle'de ya hiç yer almamış veya eksik bir şekilde yer almıştır.

96 Zaten Cevdet Paşa Mecelle çalışmaları sırasında sadece Batı Hukuku taraftarları ve Fransa'nın muhalefetiyle değil aynı zamanda İslam hukuku taraftarlarının muhalefetiyle de uğraşmak zorunda kalmıştır. Başlarında Şeyhülislam Hasan Fehmi Efendi'nin bulunduğu bu grubun Mecelle'nin kendileri tarafından Şeyhülislamlıkta değil, Cevdet Paşa'nın başında bulunduğu bir heyet tarafından Adliye Nezareti'nde hazırlanması sebebine dayanan muhalefetleri gerek hükümet gerekse padişah nezdinde zaman zaman etkili olmuştur. Yukarıda zikredilen olayda da Cevdet Paşa'nın Mecelle Cemiyeti'nden uzaklaştırılmasında en büyük rolü bu muhalefet oynamıştır. Aydın, Ahmet Cevdet Paşa, s. 49–52.

hüküm vermekten men edilmişlerdir. Mecellenin 1801. maddesinde yargı görev ve yetkisinin sınırlandırılabileceği hükmü getirilmiştir. Örnek kısmında da bir müçtehidin görüşünün uygulanması hususunda emr-i sultanî çıktığı takdirde hâkimlerin diğer bir müçtehidin görüşünü uygulamayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir[97].

Mecelle fetva kitapları istisna edilirse Arapça yazılan klasik fıkıh kitaplarından sonra Türkçe olarak bu alanda kaleme alınan ilk eserlerdendir. Bugün dili ağdalı görülebilirse de çok güzel bir Türkçe ile kaleme alındığı inkâr edilemez. Maddelerde büyük bir açıklık ve kesinlik vardır. Hukuk dilinin Türkçeleşmesinde ve hukuk terimlerinin yerleşmesinde Mecelle önemli bir rol oynamıştır. Bazı yerlerde ağdalı bir dille kaleme alınsa da bu durum kanununun o kısmını yazan hukukçunun üslubu ve zamanın etkisi olarak değerlendirmek mümkündür[98]. Bununla birlikte Mecelle diğer Medeni Kanunlardan farklıdır ve şekil bakımından da kanun tekniğine tam olarak uymamaktadır. Her şeyden önce hukukî problemlere uygulanabilecek genel hükümler yoktur. Girişteki genel hükümler yol gösterici nitelikte olup uygulanma değerleri azdır. Örneğin Batılı Medeni Kanunlarda bütün akitlere uygulanacak genel hükümler yer aldığı ve her akitte bunlar tekrar edilmediği halde Mecelle'de bu nitelikte bir bölüm olmadığı için, her kitapta söz konusu akitlerle ilgili belli konular tekrar edilmiştir[99]. Ayrıca her kitapta kitabın konusunu oluşturan akdin ve buna ilişkin terimlerin anlamlarının ve tanımlarının gösterilmesi, bir takım ilmi kategorilerin yapılması, Mecelleye bir kanundan çok, bir ilim kitabı şekli vermiştir[100]. Mecelle'de 1851 maddenin yaklaşık 200 kadarı tanımlardan oluşmaktadır. Bunda uygulamada yanlışlıklara yol açmama ve dönemin hukukçularının yetiştirilmesi amacının güdülmesinin payı vardır ve Mecelle'nin bir bilimsel çalışma olma özelliğini de gözler önüne sermektedir. Mecelle'nin Batılı kanunlarda rastlanılmayan önemli özelliklerinden birisi de İslâm Hukukunun genel yaklaşımına paralel olarak "*ahlâkîliği*" ön plana çıkarmasıdır. Bu amacı külli kaidelerin 30. maddesinde yer alan "*Def-i mefâsid celb-i menafi'den evlâdır*." temel ilkesi ile ifade etmiştir. Bunun dışında külli kaidelerin birçoğu da esasen ahlâkî değerlere dayanmaktadır. Ayrıca Mecelle ahlâkîlik ilkesini maddelerin düzenlenmesinde de dikkate almıştır. Akde eklenebilen şartlar konusunda getirdiği sınırlamalar da bu düşüncenin ürünüdür. Yine hâkimlerde bulunması gereken niteliklerle ilgili maddelerin de ahlak öncüllü adalet ilkelerine benzerliği dikkat çekmektedir[101].

Mecelle'nin içeriğinden genel hatları ile bahsedilirken dikkat çekilmeden geçilmemesi gereken noktalardan biri de içinde barındırdığı "*örfe*" ait hükümlerdir. Her ne kadar tek başına bağlayıcı olmasa da genel ilkeler kısmında yer alan örfe ait hükümler, örfe verilen önemi de ortaya koymaktadır. Zira 45. maddesinin hükmü "*örf ile tayin nass ile tayin gibidi*r" şeklindedir. Yine 36. maddesi "*adet muhakkemdir*", 43. maddesi "*örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir*", 58. maddesi "*raiyye yani tebaa üzerindeki tasarruf maslahata menutt*ur" hükümlerini içermektedir. Özellikle "*örf ile tayin nass ile tayin gibidir*" ilkesi, Osmanlı hukukundaki yüzyıllara yayılmış kabulleri yansıtmakta, Osmanlı Devleti'nin klasik dönemindeki örfi hukuk uygulamalarını akla getirmektedir[102].

---

97 Aydın, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, s. 233.

98 Aydın, Ahmet Cevdet Paşa, s. 54; Karakoç, s. 109.

99 Benzer bir biçimde ikrah gibi iradeyi etkileyen ve akitlerin kurulmasını engelleyen bir kononun akitlerle ilgili genel hükümlerin içinde yer alması gerekirken, konu ile ilgisi olmayan, aynî haklara ve mülkiyete ilişkin "Şuf'a" kitabında yer verilmiştir.

100 Onar, Mecelle, s. 587.

101 Aydın, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, s. 233; Demirdal, s. 348-349.

102 Osmanağağlu Karahasanoğlu, s. 109; Velidedeoğlu, s. 192.

Mecelle düzenlediği konular bakımından da tam bir Medeni Kanun olmaktan uzaktır. Mecelle'de Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku ve Usul Hukuku ile ilgili hükümler yer almıştır. Bir Medeni Kanunda değil, Usul Kanununda düzenlenmesi gereken hükümler Mecelle'ye dâhil edilmişken, mutlaka Medeni Kanunda yer alması gereken konulardan hiç söz edilmemiştir. Mecelle'nin son dört kitabı yargılama usulü ile ilgili hükümleri kapsar. "*İkrar*" kitabında hukuk davalarında önemli bir delil olan ikrara, "*Dava*" kitabında davanın şartlarına def'e, husumete, zamanaşımına, "*Beyyineler*" kitabında şahitlik, karine, yazılı deliller, yemin, "*Kaza*" kitabında ise hâkimlik nitelik ve şartlarına, hâkimlerin yargılamayı nasıl yürüteceğine, hükme ve tahkime ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna karşılık Medeni Kanunun önemli bir bölümünü teşkil eden, evlenme, boşanma, nafaka, nesep gibi Aile Hukukuna ilişkin hükümlerle, yine bir Medeni Kanunda mutlaka bulunması gereken şahsın hukuku, miras, vasiyet, vakfa ilişkin hükümler Mecelle'de yer almamıştır. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi Medeni Kanunda yeri olmayan yargılama usulü ile ilgili çok sayıda hüküm Mecelle'de mevcuttur. Böyle bir tercih yapılmasının birkaç sebebi vardır[103].

Birincisi Mecelle nizamiye mahkemelerinin acil ihtiyaçlarını karşılamak ve bu mahkemelerdeki hâkimlerin işlerini kolaylaştırmak için hazırlanmıştır. Bu nedenle şer'iyye mahkemelerinin görev alanına giren aile, miras, vakıf, kişiler hukuku ile ilgili hükümler düzenleme dışı bırakılmıştır. Bir usul kanununun bulunmamasından doğan boşluğu doldurmak için de Usul Hukuku ile ilgili konular Mecelle'ye dâhil edilmiştir.

İkincisi Aile ve Miras Hukuku alanlarında acil bir kanunlaştırmaya ihtiyaç duyulmamıştır. Çünkü şer'iyye mahkemesi hâkimleri belli bir düzeyde İslam hukuku bilgisine sahip oldukları için hüküm verirken fıkıh kitaplarından yararlanabilecek durumdadırlar.

Son olarak Aile ve Miras Hukuku sahaları Borçlar Hukukuna göre daha nazik, kamuoyunu yakından ilgilendiren ve kolayca tepkilere neden olabilecek alanlardır. Üstelik Osmanlı'daki millet sistemi çerçevesinde zimmîler bu alanlarda kendi dini hukuklarına tabidirler. Mecelle'den neredeyse yarım yüzyıl sonra hazırlanan Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin İslam Hukukunun dışına çıkmamasına rağmen sadece diğer mezheplerin görüşlerinden istifade ederek kadınlar lehine bazı düzenlemeler yapmasının uyandırdığı tepkiler ve iki sene sonra da bu tepkiler yüzünden yürürlükten kaldırıldığı düşünülürse de niye böyle bir tercihin yapıldığı daha kolay anlaşılabilir[104].

Mecelle'nin ilgi çekici özelliği Osmanlı Devleti'nin sona ermesinden sonra da varlığını sürdürmesidir. I. Dünya Savaşı sonrası kurulan pek çok Ortadoğu ülkesinin hukuk sistemi içinde varlığını devam ettirmiş, hatta hiçbir zaman Osmanlının bir parçası olmayan İran, Fas gibi ülkeleri de etkilemiştir. Bununla beraber hak ettiği akademik ilgiyi tam olarak gördüğü söylenemez. Avi Rubin'e göre 19. Yüzyıl Osmanlı kanunlaştırma faaliyetleri, özellikle 1858 tarihi Arazi Kanunnamesi ve Mecelle kanunlaştırma hareketlerinin global özellikleri bağlamında hukuki "*glokalizasyo*n" örneği yani yerel özellikleri koruyarak küreselleşme projesidir[105]. Osmanlı reformistleri 19. Yüzyıla hâkim olan küresel kanunlaştırma modasına katılmış, bazı Fransız kanunlarını almış, ancak bütün dünyadaki hukukçuların duyduğu hürmetin farkında olmalarına rağmen Napoleon'un Code Civil'ini reddederek İslam Hukuku temeline dayanan Mecelle'yi

[103] Aydın, Ahmet Cevdet Paşa, s. 50–51.

[104] Mecelle ile ilgili genel bilgiler için bkz. Halil Cin/Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 7. Bası, Sayram Yayınları, Konya 2015, s. 557-564.

[105] Rubin, s. 845-846, 851. Glokolizazyon yerel özelliklerini koruyarak küreselleşme anlamına gelmekte ve Rubin'e göre Mecelle bu konuda önemli bir örnek teşkil etmektedir.

yapmışlardır. Bugüne kadar Mecelle ile ilgili tartışmalar genellikle İslam Hukuku boyutunda yapılmış, küresel kanunlaştırma hareketleri içindeki yeri göz ardı edilmiştir. Aslında Osmanlı sosyal hukuk tarihinde Mecelle'nin yapımı çok önemli bir aşama olup, zamanının Avrupa, Latin Amerika ve Asya hukuki elitlerinin hukuki bilincini paylaşan bir Osmanlı hukuk bilincinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. 19. Ve Yüzyıllarda kanunlaştırma hareketleri küresel bir niteliğe sahip olsa da modernliğin farklı karakterleri ve görünümleri olabileceği gibi kanunlaştırma hareketlerinde de yerel özellikleri koruyarak küreselleşilebileceği konusunda Osmanlı önemli bir örnek teşkil etmiştir. Bununla beraber farklı kaynaklardan ve farklı tarihsel süreçlerden geçerek ortaya çıkan kanunlarda zamanın gereği olan benzerlikler görülebilmektedir. Örneğin Mecelle ile Code Civil'de sözleşmeler konusunda bazı benzerlikler tespit etmek mümkündür[106]. Yine 1734 Tarihli İsveç (Medeni) Kanunu ile Mecelle arasında da son derece dikkat çekici benzerlikler karşımıza çıkmaktadır.

Mecelle'nin niteliği ile ilgili çeşitli tartışmalar yapılmıştır. Bunlardan birisi bu kanunun Medeni Hukuk alanında laik hukuki düzenlemelere öncülük edip etmediğidir. Velidedeoğlu ahkâm-ı fıkhıyeyi tedvin ederek bir kanun haline getirmekle Mecelle'nin adeta fıkhın kendine özgü taksimi içinde muamelât kısmını şeklen olsun dinden ayırıp, devletleştirdiğini ve laikleştirdiğini, böylece bu alanda gerçek anlamda laik kanunlar yapılmasının yolunu açtığını iddia etmektedir. Bu nedenle Mecelle'nin kabulü o günün şartları içerisinde önemli bir yenilik ve reformdur[107]. Nitekim Lozan görüşmelerinin alt komisyonunda Türk temsilci heyetinin Mecelle'yi dini bir kanunlaştırma olarak nitelendirmemesi dikkat çekicidir. Lozan görüşmelerine ilişkin tutanaklar şu kaydı içermektedir: "İsmet Paşa, aşağıdaki bildiride bulundu… "Alt komisyonda Türk Yurttaşlar Kanununun Medenî Kanunun (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye kastedilmektedir) dinsel bir temele dayandığı ve çağdaş ihtiyaçları karşılayamadığı iddia edilmiştir. Türk Temsilci Heyeti, Türk Yurttaşlar Kanunu'nun, kaynakları ne olursa olsun, hiç bir bakımdan, dinsel ya da teokratik bir niteliği olmadığını, Türk kanunu ile başka ülkelerin Yurttaşlar Kanunları arasında, temel ilkeler ve koydukları hukuk kuralları bakımından, önemli bir ayrılık bulunmadığı[nı], özellikle, hiçbir Devletin Yurttaşlar Kanununun, bir başka Devletin Yurttaşlar Kanununun tıpkısı olmadığından, arada birtakım farklar görülmesinin, Türk Yurttaşlar Kanunu'nun değerini hiç de azaltmayacağını belirtmiştir."[108]

Mecelle'nin hükümleri belirlenirken Hanefi mezhebi hukukçularının içtihadları bağlamında düzenlemeler yapıldığı inkâr edilemez bir gerçektir. Fakat yasanın bir kez yürürlüğe girdikten sonra hükümlerinin, Osmanlı tebaasının dünyevi işlerini/ilişkilerini düzenlediği de belirtilmelidir. Bu itibarla Mecelle- i Ahkâm-ı Adliyye, tam bir Medeni Kanun olmasa da Osmanlı Devleti'nin özel hukukuna ilişkin kodifikasyonlarından biridir. İçerik olarak, Osmanlı hukukunun hiç olmazsa Borçlar Hukukuna ve az miktarda da olsa Eşya ve Yargılama Hukuklarına ait hükümlerinin kanunlaştırılması konusunda önemli bir aşamadır[109]. Öte yandan daha önce üzerinde durduğumuz gibi Mecelle milliyetçilik akımının egemen olduğu bir çağda Osmanlılık üst kimliği temelinde ortak bir vatandaşlık kavramı yaratmak için tüm tebaaya istisnasız uygulanacak bir yasa ortaya çıkarma mücadelesidir.

Mecellenin laik hukuka gidişte öncülük edip etmediği tartışmalarının bir başka boyutu ise hukuki pozitivizmden etkilenip etkilenmediğidir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin hazırlamasında

[106] Rubin, s. 851-852; Velidedeoğlu, s. 195-196.
[107] Velidedeoğlu, s. 195.
[108] Lozan Barış Konferansı Tutanaklar Belgeler, (Çeviren: Seha L. Meray), Takım I, c. II, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1971, s. 25.
[109] Osmanağağlu Karahasanoğlu, s. 117-118.

başrolü oynayan Ahmet Cevdet Paşa dönemindeki hukuki pozitivizmi esas alan görüşlerden etkilenerek bir anlamda madde ruh birlikteliğini modern yöntemlerle birleştirmek suretiyle biçimsel mantığa dayanan pozitivizm ile kavramları açıklamaya ve yorumlamaya çalışmıştır. Bu doğrultuda Ahmet Cevdet Paşa için geleneksel hukuk ilkeleri ile modern yöntemle kaleme alınmış yazılı hukuku uzlaştırmaya çalıştığı söylenebilir. Mecelle Batı tipi bir kanunlaştırma hareketi gibi pozitivizmin bazı esaslarını taşısa da adalet ilkesine verdiği büyük önem dolayısıyla klasik Osmanlı hukuk anlayışını devam ettirmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere bu yaklaşım tarzı adalet ilkeleri ile pozitif hukuku uzlaştırma çabasıdır. Ahmet Cevdet Paşa bir yandan klasik Osmanlı hukuk anlayışına hâkim olan ilkeleri reddetmeyerek ilmiye sınıfının tepkisini önlemek isterken, öte yandan geleneksel hukuk öncüllerine dayanan modern bir hukuk mevzuatı ortaya koyarak bir orta yol bulmak istemiştir. Ancak Ahmet Cevdet Paşa'nın tüm çabalarına rağmen Mecelle iki taraflı bir muhalefetle karşılaşmıştır. Ahmet Cevdet Paşa'nın geleneksel hukuku (İslâm Hukuku) çağın şartlarıyla uzlaştırma çabaları(bazı yazarlar bunu hukuk sistemini sekülerleştirme çabası olarak nitelemişlerdir) Şeyhülislam Hasan Fehmi Efendi tarafından istenmeyen adam ilan edilmesi sonucunu doğurmuştur. Geleneksel ilkelere dayanmaya çalışarak dengeyi sağlama çabaları ise Batıcılar tarafından eleştirilmiştir[110].

Mecelle ile ilgili bir diğer tartışma konusu ise Mecelle'nin gerçek anlamda bir kanun mu (codification) yoksa bir hukuk derlemesi (compillition) mi olduğudur. Onar Mecelle'nin tam anlamıyla bir kanun sayılamayacağını ileri sürmüştür. Çünkü Mecelle yeni hükümler ihtiva etmemektedir. Mecelle kökeni tamamen dini ve ilahi olan fıkıhtan iktibas edilmiş olan bir eserdir. Teokratik esaslara dayanmaktadır. Yasama faaliyeti sonucu ortaya çıkmamıştır. Ayrıca Mecelle'nin içerdiği hükümler o güne kadar İmparatorlukta uygulanagelmekte olduğu için bir yenilik de meydana getirmemiştir. Mecelle kanun vazıının rasyonel tarzda hazırladığı bir kanun olmayıp, mer'i olan ve çeşitli fıkıh kitaplarının içinde dağınık bulunan hükümleri ihtiyaca uygun ve çok rastlanan olaylara tatbik edilebilecek olanlarını kolay anlaşılır, açık bir tarzda yazarak uygulayıcıların eline vermek üzere uzman bir bilim heyeti tarafından hazırlanmış bir ilmi eser niteliğine sahiptir[111]. Weber de Mecelle'nin gerçek anlamda bir kodifikasyon örneği olduğunu kabul etmeyerek Hanefi içtihadlarının basit bir derlemesi olduğunu iddia etmiştir[112]. Bu görüşlere rağmen Mecelle'nin önemli bir kanunlaştırma (codifikasyon) örneği olduğu yönündeki görüşler ağır basmaktadır.

Mecelle birçok şerh çalışmasına konu olmuştur. Bunlardan Mesud Efendi'nin "*Mirât-ı Mecelle*", Ali Haydar Efendi'nin "*Dürerü'l hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*", Hacı Reşid Paşa'nın "*Rûhhu'l-Mecelle*", Hafız Mehmed Ziyâeddin'in "*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*" Şerhî öne çıkan Mecelle şerhleridir.

IV. 1734 TARİHLİ İSVEÇ (MEDENİ) KANUNU VE MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE ARASINDAKİ BENZERLİKLER VE FARKLILIKLAR

18. Yüzyılda başlayan ve 19. Yüzyılda hız kazanan kodifikasyon faaliyetlerinin gelişimi ülkeden ülkeye farklılıklar göstermiştir. Kodifikasyon faaliyetleri içinde Medeni Kanunlar ayrı bir

[110] Demirdal, s. 343-347; Avi Rubin, Nizamiye Courts: Law and Modernity, Palgrave Macmillan, New York 2011, s. 30.
[111] Onar, Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısmının Codification'u , s.63-64.
[112] Weber, s. 822.

öneme sahip olup, bu durum belli bir millete, kültüre ve hukuki geleneğe ait olma hissinin dışa vurumu olarak tanımlanmıştır. Hukuk Tarihi alanında mukayeseli çalışmaların büyük önem taşıması sebebiyle Osmanlı Hukukundaki kanunlaştırma çalışmaları incelenirken çağdaşı devletlerdeki benzer süreçlerle birlikte değerlendirilmesi yararlı sonuçlar doğuracaktır. Mecelle'nin başta 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu olmak üzere çeşitli Batılı Medeni Kanunlarla mukayeseli olarak incelendiği çalışmalar yapılmıştır. Ancak bildiğimiz kadarıyla daha önce Türkçe literatürde Mecelle ile 1734 tarihli İsveç (Medeni) Kanunun karşılaştırmalı olarak incelenmemiştir. Bu nedenle bu çalışmanın bu konuda bir ilk adım teşkil edeceği düşünülmüştür.

İsveç Hukuku Norveç, Danimarka, İzlanda'nın da dâhil olduğu İskandinav ekolü içinde olup, Common Law ve Kıta Avrupası sisteminden farklı özelliklere sahiptir.1734 tarihli İsveç (Medeni) Kanunu da Mecelle'den yaklaşık bir buçuk yüzyıl önce henüz Batı'da kanunlaştırma faaliyetlerinin yeni yeni başladığı bir dönemde yürürlüğe girmiştir. Mecelle ise kodifikasyonun altın çağı olan 19. Yüzyılın ikinci yarısında yaklaşık yedi yıllık bir süreçte tamamlanan bir kanundur. Buna rağmen her iki hukuki düzenleme arasında ilgi çekici benzerlikler görülmektedir. Ayrıca 1734 tarihli İsveç Kanunu'nun dışında genel olarak İsveç Hukuku'nda karşımıza çıkan hukuki müesseseler ve İslam-Osmanlı Hukuku düzenlemeleri arasında da şaşırtıcı benzerlikler tespit edilmiştir. Bu başlık altında hem bu benzerlikler hem de Mecelle ve 1734 tarihli İsveç (Medeni) Kanunu'nun farklı yönleri üzerinde durulacaktır.

İki kanun arasındaki ortak noktalar ve farklılıkları ortaya koyabilmek için tebliğimizde iki ayrı başlık altında 1734 tarihli İsveç Kanunu ve Mecelle- i Ahkâm-ı Adliyye'nin temel özellikleri ve içerikleri incelenmiştir. Yapacağımız tespitler esas itibariyle ikinci ve üçüncü alt başlıkta verdiğimiz bilgiler çerçevesinde olacaktır.

1) Her iki hukuki düzenleme de belli bir hazırlık sürecinin sonucunda bir kanun tasarısı hazırlamak için özel olarak kurulan komisyonlar tarafından hazırlanmıştır. 1734 tarihli İsveç Kanunu yaklaşık olarak elli yıllık bir süreçte gerçekleşmiştir. Bu sırada üç kez Kanunu hazırlamak için kurulan komisyonun başkanı değişmiştir. Kanunun hazırlık aşamasının bu kadar uzun sürmesinin temelde iki sebebi vardır. Bunlardan birincisi ülkenin sürekli savaşıyor olmasıdır. Kral XI. Charles tarafından komisyon kurulduğu zaman İsveç Rusya ile savaştadır. Bundan daha önemli olan neden ise kanun taslağı hazırlanırken komisyon üyelerinin görüşleriyle yetinilmeyip, ülkedeki hâkimlerin ve hukuk akademisyenlerinin büyük bir kısmının görüşlerinin alınmasıdır. Komisyon ülkede hukuk birliğini sağlayacak ve diğer hukuki düzenlemelerin tamamının yerini alacak bir kanun yaparken geniş bir toplumsal kesimin onayını da almak istemiştir. Komisyonun hazırladığı taslak 1723'te Meclisin önüne gelmiş, 1731 ve 1734'te Meclisin öngördüğü değişiklikleri yapmak için komisyon tekrar toplanmıştır. Değişiklikler yapıldıktan sonra 1736 yılında Kral I. Frederick tarafından onaylanarak "*Sveriges Rikes Lag*" adıyla İsveç ve Finlandiya'da yürürlüğe girmiştir. Mecelle de bir Osmanlı Medeni Kanunu hazırlamak için özel olarak kurulan bir komisyon tarafından kaleme alınmıştır. Ancak kanunun tamamlanma süreci İsveç Kanunundan daha kısa sürmüştür. Aslında 1855 yılında "*Metn-i Metin*" adıyla millî bir medeni kanun hazırlamak üzere Meclis-i Tanzimat bünyesinde bir komisyon oluşturulmuş fakat sonuç alınamamıştır. Ardından 1868-1876 yılları arasında faaliyetlerini sürdüren Mecelle komisyonu tarafından Osmanlı Medeni Kanunu tamamlanmıştır. 1734 tarihli İsveç Medeni Kanunu'nun hazırlanmasındaki uzun süreçte kanunu tamamlayan ve şekillenmesinde etkili olan iki isim vardır. Bunlar kanun komisyonunun üçüncü başkanı Kont Gustav Cronhjelm ve komisyon üyelerinden Uppsala Üniversitesi Hukuk Fakültesi hocalarından Prof. Karl Lundius'tur. Bu iki hukukçu

olmasa büyük ihtimalle 1734 tarihli Kanunun tamamlanması mümkün olmayacaktır. Mecelle'nin hazırlanmasında ise Ahmet Cevdet Paşa'nın katkıları malûmdur ve bugün Mecelle deyince akla gelen ilk isimdir. Her ne kadar Mecelle komisyonunda ilmiye sınıfının önde gelen şahsiyetleri olan birbirinden değerli İslâm hukukçuları yer alsa da deyim yerindeyse Mecelle'ye imzasını atan Ahmet Cevdet Paşa olmuştur. Mecelle'nin dördüncü kitabı Kitab'ül Havale'de Hanefi mezhebi hukukçularından İmam Züfer'in bir görüşü tercih edilince, zayıf görüşün alındığı iddiasıyla Cevdet Paşa aleyhinde büyük bir muhalefet ortaya çıkmış ve bu muhalefetin sonucunda Cevdet Paşa bir süre için Mecelle Cemiyeti ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nezareti'ndeki görevinden azledilmiştir. Ahmet Cevdet Paşa'nın azlinden önce büyük bir kısmı tamamlanmış olan Kitâbü'l Rehn ile Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin altıncı kitabı olmak üzere Kitâbü'l-Vedîa hazırlanarak Şeyhülislamlığa sunulmuş, Şeyhülislamlık makamı da bu iki kitabı Sadaret makamına sunmuştur. Sadaretin arz tezkeresinin ardından iki kitap, 8 Zi'l-hicce 1287 (1871) tarihli irade-i seniyye ile yürürlüğe girmiştir. Ancak Cevdet Paşa'nın yokluğunda hem komisyon çalışmaları çok yavaşlamış hem de hazırlanmasında hiç yer almadığı Kitâbü'l-Vedîa, birçok olumsuz eleştiriye muhatap olmuştur. Neticede Ahmet Cevdet Paşa olmadan Mecelle'nin tamamlanmasının çok zor olacağı anlaşılarak Cevdet Paşa Şurâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi ve Mecelle Cemiyeti'nin başkanlığına yeniden atanmıştır. Bundan sonra Kitâbü'l-Vedîa tekrar ele alınarak, Kitâbü'l-Emânât adı ile altıncı kitap olarak yeniden düzenlenmiştir.

1734 tarihli İsveç Kanunu hazırlanırken komisyon üyeleri dışında ülkedeki hâkimlerin ve hukuk akademisyenlerinin büyük bir kısmının görüşlerinin alınması suretiyle toplumsal consensus sağlanmaya çalışılmıştır. Mecelle de ise böyle bir yöntem takip edilmemiştir. Ayrıca 1734 tarihli İsveç Kanunu Parlamentoda görüşülerek birtakım değişiklikler yapıldıktan sonra Kral tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Kısacası bir komisyon tarafından hazırlanmakla birlikte bir yasama faaliyeti özelliğini taşımaktadır. Mecelle ise hazırlandığı dönemde Osmanlı Devleti'nde henüz bir meclis bulunmadığı için gerçek anlamda bir yasama faaliyetinin ürünü değildir. Mecelle beşinci kitabından itibaren önce incelenmesi için Şeyhülislamlığa gönderilmiş, Şeyhülislamlık incelemesinden sonra sadarete gönderilmiş, sadaretten arz tezkeresi ile Padişaha sunulduktan sonra irade-i seniyye ile yürürlüğe girmiştir. İsveç Kanunu bir bütün halinde Kral I. Frederich tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Mecelle ise yedi yıllık bir süreçte tamamlandığı için kitaplarının çoğu padişah Abdülaziz zamanında, bir bölümü de padişah II. Abdülhamit zamanında yürürlüğe girmiştir.

2) 1734 tarihli İsveç Medeni Kanunu ve Mecelle'nin hazırlanmasında etkili olan faktörlerin birbiri ile büyük benzerlikler olduğu görülmektedir. 1734 tarihli Kanun'un ve Mecelle'nin ortaya çıkmasında bütün ülke topraklarında geçerli olacak bir kanun yaparak hukuk birliğini sağlama, yabancı hukuk kurallarının iktibas edilmesi yönündeki baskılardan kurtulmak için yerli ve milli bir kanun hazırlama ve milli birliğin sağlanması ve ortak vatandaşlık kavramının yerleştirilebilmesi için hukuku bir araç olarak kullanma gibi faktörler etkili olmuştur. İsveç'te 1734 tarihli Kanun yapılıncaya kadar1442 tarihli Kristofers Ülke Kanunu ve 1350 tarihli Magnus Erikssons Ülke Kanunu eyaletlerde birlikte uygulanmıştır. Şehirlerde de 1351 tarihli Şehir Kanunu geçerli olmaya devam etmiştir. Ayrıca yargıçlara görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak 1350 ve 1442 tarihli Ülke Kanunlarında açık bir hüküm yoksa eski İskandinav Hukukunu bir başka ifade ile Ortaçağ eyalet kanunlarını ya da örf ve adetleri uygulama yetkisi verilmiştir. Dolayısı ile yargı birliğinin bulunmadığı bu ortamda yargıçların hüküm verirken farklı hukuki kaynaklara ulaşmaları için çaba göstermeleri gerekmektedir. Bu durum hem hâkimler için zorlu bir süreç teşkil etmekte

hem de farklı yerlerde farklı kararların ortaya çıkmasına neden olmaktaydı. 1734 tarihli Kanunla İsveç ve o dönemde İsveç'e bağlı olan Finlandiya'da hukuk birliği sağlanmış ve hâkimlerin başvurabilecekleri bir hukuk kodu ortaya çıkmıştır.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye öncesi Osmanlı Devleti'nde de Ticaret Kanunu istisna edilirse özel hukuk alanında bir hukuki metnin olmadığı görülmektedir. Bir davayı sonuçlandırmak için kadılar fıkıh kitapları ve fetva kitapları üzerinde mesai sarf etmek ve konunun çözümüne ulaşmak zorundaydılar. Bu çerçevede Fatih devrinden itibaren Molla Hüsrev'in ed- Dürer, Kanuni döneminden itibaren İbrahim Halebî'nin Mülteka'l-Ebhur isimli eserleri ile Şeyhülislam Ebussuud Efendi, Zekeriyazade Yahya Efendi, Çatalcalı Ali Efendi vb. fetva mecmuaları kadılar açısından yol gösterici olmuş ve adeta yarı resmi hukuk kodu vazifesini görmüşlerdir. Takdir edileceği üzere değişik kaynaklarda dağınık biçimde bulunan hükümleri bulup çıkarmak yetkin bir hukuk bilgisi gerektirmektedir. Ayrıca hâkimlerin işini zorlaştırmakta ve karar sürecini uzatmaktadır. Tanzimat sonrası kurulan nizamiye mahkemelerinde hâkimlik yapacak kişilerde medrese mezunu olma şartı aranmadığı ve artık bu mahkemelerde gayrimüslim tebaa da hâkimlik yapabileceği için o güne kadar dağınık biçimde farklı kaynaklarda bulunan kuralların modern kanun tekniğine göre yazılarak tek bir metinde bir araya getirilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Görüldüğü üzere farklı hukuk sistemlerine sahip olsalar da her iki ülkenin kanunlarının yapımında hukuk birliğinin sağlanmasında aynı ihtiyaçlar etkili olmuştur. Yine her iki kanunun da yapım sürecinde yabancı kanunların alınması konusunda yapılan baskıların bertaraf edilerek yerli ve milli bir kanun hazırlama gayesinin ön plana çıktığı görülmektedir. 1734 tarihli Kanun'un hazırlanma sürecinde başta Alman Hukuku olmak üzere o günkü başat hukuk sistemlerinin yerli (milli) hukuka ve hukuk teamüllerine zarar vereceği düşünülmüş ve mümkün olduğunca yabancı hukukun etkilerinden sakınılmaya çalışılmıştır. Hatta bu çerçevede o güne kadar İsveç Hukukunun şekillenmesinde etkili olan Roma ve Kanonik Hukukun düzenlemelerine sırt çevrilmiştir. Mecelle'nin hazırlık çalışmalarının başlangıcında da bu kanunun milli karakterde mi olacağı yoksa Ticaret Kanunu gibi Batı'dan mı alınacağı konusunda şiddetli tartışmalar ve mücadeleler yaşanmıştır. Cevdet Paşa'nın başını çektiği grup milli bir Medeni Kanun hazırlanmasından yanayken, Ali Paşa'nın önderliğini yaptığı bir grup devlet adamı ise Fransız Medeni Kanununun (Code Napoléon) tercüme edilerek iktibas edilmesi gerektiği görüşünü savunmuşlardır. Fransa da İstanbul'daki büyükelçisi De Bourre vasıtasıyla bu yönde Osmanlı Devleti'ne baskı yapmıştır. Sonuçta gerek Âli Paşa, gerek Ahmet Cevdet Paşa'nın savundukları görüşlerin, kurulacak özel bir komisyonda incelenmesi kararlaştırılmıştır. Fuat Paşa'nın başkanlığında toplanan komisyonda, Âli Paşa ve Ticaret Nazırı Feyiz Paşa'nın bir Batı Medeni Kanununun tercüme edilerek ülke ihtiyaçlarına uygun şekilde tekrar düzenlenmesi fikrine, Ahmet Cevdet, Fuat Paşa ve Şirvanîzade Rüşdi Paşalar karşı çıkmışlardır Bakanlar kurulunda yapılan uzun tartışmalar sonucunda Cevdet Paşa'nın başkanlığında bir cemiyet kurularak Mecelle'nin hazırlanmasına karar verilmiştir.

1734 tarihli İsveç Medeni Kanunu ile Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin ortak noktalarından birisi de her iki düzenlemenin de milli birliğin sağlanması ve ortak vatandaşlık kavramının yerleştirilebilmesi için hukuku bir araç olarak kullanmayı amaçlamalarıdır. Avrupa'da ve bu çerçevede İsveç'te kanunlaştırma faaliyetlerinin ortaya çıkışında etkili olan faktörler arasında milliyetçilik akımı ve ulus devlet yaratma projesi yer almıştır. Bu projenin önemli araçlarından birisi de kodifikasyon ve ülkenin tamamında geçerli olacak kanunların yapılmasıdır. İsveç Osmanlı Devleti'nden farklı olarak etnik yapı açısından çok farklı unsurları barındırmamaktadır. Fakat incelediğimiz dönemde Finlandiya'nın İsveç topraklarının bir parçası olması açısından

kısmen Osmanlı ile benzeştiği söylenebilir. İsveç Finlandiya ve feodal dönemin sonucu olarak ortaya çıkan parçalanmış yapıyı birleştirerek merkezin gücünü arttırmak ve ülkenin tamamında geçerli olacak kapsamlı bir kanunu yürürlüğe sokmak suretiyle ortak bir vatandaşlık temeline dayalı ulus devlet kurmayı hedeflemiştir. Çok uluslu Osmanlıda ise ulus devlet söz konusu olamasa da bir üst kimlik yaratma yolunda kanunlardan yararlanılmıştır. Bu çerçevede öncelikle 1869 Tabiiyet-i Osmanlı Kanunnamesi ile dini tanımlamalardan uzak bir vatandaşlık kavramı benimsenmiş, ardından din farkı gözetilmeksizin bütün vatandaşlara uygulanacak kuralların geçerli olduğu alanlarda kanunlar yapılmıştır. Bu düzenlemelerden birisi de Mecelle olmuştur. Mecelle'de Aile ve Miras Hukuku ile ilgili düzenlemelere yer verilmemesinin sebeplerinden birisi de budur.

3) Gerek 1734 tarihli İsveç Kanunu gerekse Mecelle'de Tarihçi Okulun izlerini görmek mümkündür. İsveç Kanunu yapıldığı zaman her ne kadar Tarihçi Okul ortaya çıkmamış olsa da kanununun hazırlanma sürecinde yaşanan gelişmeler ve kanunun genel yapısı daha sonra Tarihçi Okulun savunacağı görüşlerin bir yansımasıdır. Nitekim İsveçli hukukçular bu kanununun "*atalarından miras alındığını*" İsveç halkının öz değerlerini yansıttığını vurgulamışlardır. İlan edilişinin üzerinden yüzyıllar geçse de bu özelliklerini koruyacaktır. Bu nedenle 1734 tarihli Kanun büyük bir özenle korunmalıdır. Kanunda daha sonra yapılan değişikliklerde de Tarihçi Okulun görüşlerinin ağır bastığı ve özellikle Alman ve Fransız Hukukunun etkilerine karşı ciddi bir direniş gösterildiği görülmektedir. 19. Yüzyılın ilk yarısında hem Medeni Hukuk, hem Usul Hukuku hem de Ceza Hukuku alanında yeni kanunlar yapmak için İsveç Hukuku'nda reform teşebbüsleri yoğunlaşmıştır. 1826 yılında Ticaret Hukukunu da içeren bir Medeni Kanun tasarısı hazırlanmıştır. Bu tasarıda özellikle sözleşmeler konusunda 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'ndan büyük oranda esinlenilmiştir. Ancak bu teşebbüs daha öncekiler gibi başarısızlığa uğramıştır. Bunun en büyük nedeni Alman Tarihçi Okulunun etkisi altında olan hukukçular ve politikacılardır. Mecelle'nin hazırlanmasında da açık bir şekilde Tarihçi Okulun izlerini görmek mümkündür. Mecelle'nin mimarı olan Ahmet Cevdet Paşa'ya göre Medeni Hukuk bir ulusun varlığının ve birliğinin temelidir. Osmanlı Devleti bir İslâm devleti olduğuna göre onun Medeni Hukukunun İslâm Hukukundan kaynağını alacak bir Medeni Kanuna dayanması gerekir. Onun için bu hukuku bırakıp Fransız Medeni Kanunu'ndan modern bir Medeni Kanun çıkarmak Cevdet Paşa'ya göre İslâm milletini yıkmak demektir. Bu açıdan Cevdet Paşa'nın görüşleri Savigny'nin ve Tarihçi Okulun görüşlerine benzemektedir.

4) 1734 tarihli İsveç Kanununun İsveç örf ve adet hukukunu temel aldığı görülmektedir. Kanunun Usul Hukuku Kitabında "*Hâkimler İçin Kurallar*" başlığında "*Eğer konunun çözümü yazılı kanunda yoksa makul olan örf ve adet kuralı hâkimin hükmüne kaynak teşkil edebilir"* şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Ayrıca Kanunun bütünü dikkate alındığında pek çok maddenin İsveç'in örf ve adet hukukunun kanun tekniğine uygun olarak yazılı hale getirilmesinden ibaret olduğu görülecektir. Mecelle'de de örf ve adet hukukuna büyük önem verildiği ve teamül hukukunun hükme esas teşkil edebileceğine dair işaretler verildiği görülmektedir. Her ne kadar tek başına bağlayıcı olmasa da külli kaideler kısmında yer alan örfe ait hükümler, örfe verilen önemi ortaya koymaktadır. Mecelle'nin 45. maddesinin hükmü "örf ile tayin nass ile tayin gibidir" şeklindedir. Yine Mecelle'nin 36. maddesi "adet muhakkemdir", 43. maddesi "örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir", maddesi "raiyye yani tebaa üzerindeki tasarruf maslahata menuttur" hükümleri örf adet hukukunun önemini ve hukuki meselelerin çözümünde esas alınabileceğini göstermektedir.

5) 1734 tarihli İsveç Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin Ortaçağdaki eyalet ve şehir kanunları, krallık düzenlemeleri (kral fermanları), ilk derece ve temyiz mahkemelerinin ve Supreme Court kurulana kadar İsveç yargı sistemindeki en yüksek mahkeme olduğu kabul edilen Svea Hövrat'ın içtihatlarının ve İsveç örf ve adet hukukunun modern kanun tekniğine göre özüne dokunulmadan yazılı hale getirilmesinden oluştuğu görülmektedir. Benzer biçimde Mecelle de düzenlediği konularda o güne kadar Osmanlı Devleti'nde uygulanmakta olan İslâm Hukuku kurallarının modern kanun tekniğine uygun olarak ve yine özüne dokunulmadan yazılı hale getirilmesidir.

6) Gerek 1734 tarihli İsveç (Medeni) Kanunu gerekse Mecelle-i Ahkâm- ı Adliyye konusunda modern anlamda kanunlar mı (codification) yoksa sadece kanun derlemeleri mi (compilation) olduğu tartışması yapılmıştır. 1734 tarihli Kanunun yeni bir kodifikasyon olmadığı, eski eyalet kanunlarının, örf ve adet hukuku ile mahkeme içtihatlarının dönemin İsveççesi ve modern kanun tekniğine göre yeniden yazımı olduğunu iddia edenler olmuştur. Bu özelliği sebebi ile kanunun niteliği konusunda tartışmalar yapılmış ve yeni düzenlemeler getirmediği gerekçesi ile bir kanunlaştırma "*codification*" örneği değil bir derleme "*compilation*" olduğunu iddia edenler de olmuştur. Mecelle'nin de gerçek anlamda bir kanun mu (codification) yoksa bir hukuk derlemesi (compilation) mi olduğu konusunda tartışmalar yapılmıştır. Mecelle'nin yeni hükümler ihtiva etmediği, yasama faaliyeti sonucu ortaya çıkmadığı, .bu nedenle tam anlamıyla bir kanun sayılamayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunanlara göre Mecelle'nin içerdiği hükümler o güne kadar İmparatorlukta uygulanagelmekte olduğu için bir yenilik de meydana getirmemiştir ve Hanefi içtihadlarının basit bir derlemesinden ibarettir

7) 1734 tarihli İsveç Kanunu ve Mecelle şekil açısından da önemli benzerlikler taşımaktadırlar. İsveç Kanunu balk adı verilen dokuz kitaptan oluşmuştur. Mecelle ise 16 kitaptan oluşmuştur. Mecelle düzenlediği konular bakımından da tam bir Medeni Kanun olmaktan uzaktır. Mecelle'de Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku ve Usul Hukuku ile ilgili hükümler yer almıştır. Bir Medeni Kanunda değil, Usul Kanununda düzenlenmesi gereken hükümler Mecelle'ye dâhil edilmişken, Medeni Kanunun önemli bir bölümünü teşkil eden, evlenme, boşanma, nafaka, nesep gibi Aile Hukukuna ilişkin hükümlerle, yine bir Medeni Kanunda mutlaka bulunması gereken şahsın hukuku, miras, vasiyet, vakfa ilişkin hükümler Mecelle'de yer almamıştır.

1734 tarihli İsveç Medeni Kanunu'nda da benzer bir durum karşımıza çıkmaktadır. Kitaplardan biri Usul Hukukuna bir diğeri ise İcra-İflas Hukukuna ayrılmıştır. Hatta İsveç'teki hukuki düzenleme bir adım daha ileri giderek Kamu Hukuku alanına girmiştir. Kitaplardan birisi suçlar, biri cezalar, birisi de İmar Hukuku ile ilgilidir. Böylelikle dokuz kitaptan üçü Kamu Hukuku alanına giren konulardan oluşmaktadır. Buna mukabil kanunun ilk kitabı Aile Hukuku, ikincisi Miras Hukuku, üçüncüsü Arazi ve Kira Hukuku, beşincisi ise Ticaret ve Alım-Satım Hukuku kitaplarıdır. Yani İsveç Kanunu da Medeni Hukuk alanında Aile, Miras, kısmen Borçlar ve Eşya Hukuku alanında düzenlemeler yapmakta olup, tıpkı Mecelle gibi eksik bir Medeni Kanundur.

Her iki hukuki düzenlemenin benzer bir diğer noktası meseleci metot yani kazuistik metotla kaleme alınmış olmalarıdır. Her ikisinde de genel hükümler yoktur. Ancak İsveç Kanunu'nda Mecelle'de olduğu gibi küllî kaideler bulunmamaktadır.

Gerek 1734 tarihli İsveç Kanunu gerekse Mecelle dil ve anlatım açısından başarılı hukuki düzenlemeler olarak nitelendirilmişlerdir. İsveç Kanunu eski tarihli bir kanun olmasına rağmen dili

basit, açık olup, dönemin modern İsveççesi kullanılmıştır. Kanun yazılırken halka hitap ettiği bilinciyle halkın anlayacağı bir dille yazılmasına özen gösterilmiştir. Kanunun yazımı sırasında komisyona hâkim olan milli bir kanun yapma düşüncesiyle yabancı kökenli kelimelerin kullanımından dahi sakınılmıştır. Mecelle de fetva kitapları istisna edilirse Arapça yazılan klasik fıkıh kitaplarından sonra Türkçe olarak bu alanda kaleme alınan ilk eserlerdendir. Bugün dili ağdalı görülebilirse de çok güzel bir Türkçe ile kaleme alındığı inkâr edilemez. Maddelerde büyük bir açıklık ve kesinlik vardır. Hukuk dilinin Türkçeleşmesinde ve hukuk terimlerinin yerleşmesinde Mecelle önemli bir rol oynamıştır. Görüldüğü üzere kullanılan anlatım dili ve yabancı kökenli sözcüklerin kullanılmasına mesafeli yaklaşılması açısından her iki kanun benzerlikler taşımaktadır.

1) Gerek 1734 İsveç (Medeni) Kanunu gerekse Mecelle glokolizazyon örnekleri olarak nitelenebilirler. Kodifikasyon çağında kendi milli ve geleneksel özelliklerini koruyarak kodifikasyon faaliyetlerine katılmak suretiyle küresel eğilimlerin dışında kalmamışlardır.
2) Gerek 1734 İsveç Kanununu hazırlayan komisyon gerekse Mecelle komisyonu hukuki düzenlemeler tamamlandıktan sonra da bir müddet çalışmalarına devam ederek, bu hukuki düzenlemeleri daha mükemmel hale getirecek değişiklikler üzerinde çalışmışlardır.
3) Her iki hukuki düzenlemenin anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla dönemin önemli hukukçuları tarafından şerhleri yazılmıştır.
4) 1734 tarihli İsveç Medeni Kanunu ile Mecelle arasındaki önemli farklılıklardan birisi pek çok maddesi önemli değişikliklere uğrasa da İsveç Medeni Kanunu'nun hala yürürlükte olmasıdır. Bu kanun İsveç Medeni Hukukunun temelini teşkil etmektedir Tarihi süreç içinde yaşanan siyasi, toplumsal ve ekonomik gelişmeler yeni hukuki kurumlar ve hukuki çözümler üretmeyi gerektirmekle birlikte, İsveç'te tamamen yeni bir kanun yapmak yerine mevcut kanun üzerinde değişiklikler yapılmıştır. Yıllar içinde pek çok kez yeni bir Medeni Kanun yapılması konusunda tartışmalar gündeme gelmiştir. Hatta 1734 tarihli Kanunu hazırlayan komisyon 1811 yılına kadar çalışmalarına devam ederek bazı tadiller yapmıştır. 1811 yılında komisyon çalışmalarına son verince yeni bir Medeni Kanun hazırlamak üzere tekrar bir komisyon kurulmuştur. Ancak bütün bu kodifikasyon girişimleri başarısız olmuş ve sonuç vermemiştir. Hukukta devamlılığa büyük önem veren İsveç Parlamentosu sürekli yaptığı eklemeler ve değişikliklerle kademeli olarak 1734 Tarihli kanunu günün şartlarına uyarlamıştır. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ise 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren Kanun-i Medeninin Suret- i Meriyet Şekl-i Tatbiki Hakkında Kanun'un 43. Maddesinin hükmü ile yürürlükten kaldırılmıştır. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin yürürlük süresi, ilk yürürlüğe sokulan kitabının yürürlük süresi dikkate alınırsa elli yedi yıl olmuştur.
5) 1734 tarihli İsveç Medeni Kanunu hâkimlere geniş bir takdir yetkisi tanımışken[113], Mecelle'de her meselenin ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi kaçınılmaz olarak hâkime dar bir takdir alanı bırakmıştır.
6) Mecelle Batı tipi bir kanunlaştırma hareketi gibi pozitivizmin bazı esaslarını taşısa da adalet ilkesine verdiği büyük önem dolayısıyla klasik Osmanlı hukuk anlayışını devam

[113] "*İyi bir yargıç, iyi bir kanuna tercih edilir*" şeklindeki İsveç atasözü bu durumu açıklayan önemli bir örnektir, Chydenius, s. 387.

ettirmektedir. Mecelle'nin Batılı kanunlarda rastlanılmayan önemli özelliklerinden birisi de İslâm Hukukunun genel yaklaşımına paralel olarak ahlâkîliği ön plana çıkarmasıdır.1734 tarihli İsveç Medeni Kanununda ise böyle bir kaygı göze çarpmamaktadır.

7) Mecelle'nin ortaya çıkma sebeplerinden birisi de Tanzimat sonrası Osmanlı yargı teşkilatında ortaya çıkan önemli değişiklikler özellikle nizamiye mahkemelerinin kurulması olmuştur. Buna mukabil İsveç yargı teşkilatında 1734 tarihli kanun öncesinde ve sonrasında önemli bir değişiklik olmamıştır. Belki de kanun sonrası adli teşkilatta yapılan en önemli değişiklik 1789 yılında Supreme Court (Yüksek Mahkeme) un kurulmasıdır.

SONUÇ

Tebliğimizde iki ayrı hukuk sistemine mensup olan ve aralarında yaklaşık bir buçuk yüzyıl bulunan iki kanunlaştırma örneğini mukayeseli olarak incelemeye çalıştık. İsveç'in de içinde yer aldığı İskandinav özel hukuk sistemi Batı dünyasındaki diğer büyük sistemlerden farklı bir noktada durmaktadır. Avrupa'da hâkim olan iki büyük sistem Anglo-Amerikan sistemi ile Kıta Avrupası sistemidir. Kıta Avrupası sistemi ise temelde ikiye ayrılmaktadır. Birincisi Fransız sistemi ve onu izleyen ülkelerdir. Diğeri ise Alman ve Avusturya hukukunun ortaya koyduğu sistem ve bu ekolü izleyen ülkelerdir. Kıta Avrupası sisteminden farklı bir noktada duran İskandinav Hukuku ise kendi içinde iki kısma ayrılmaktadır. Batı İskandinav Hukuku ve Doğu İskandinav Hukuku. Bu ayrım özel hukukun pek çok noktasında özellikle de Usul Hukukunda kendisini göstermektedir. İlk grup (Batı İskandinav Hukuku) Danimarka, Norveç ve İzlanda'dan oluşur. İkinci grup (Doğu İskandinav Hukuku) ise İsveç ve Finlandiya'dan oluşmaktadır Finlandiya yaklaşık yedi yüzyıl boyunca İsveç krallığının bir eyaleti olarak kabul edildiği için İsveç ve Finlandiya ortak hukuki mirasa sahip olup, İsveç hukuk kuralları aynı şekilde Finlandiya'da da geçerli olmuştur. Hatta 1734 tarihli kanun Finlandiya 1809 yılında Rus egemenliğine girdikten sonra bile yürürlükte kalmış, 250 yıl boyunca Fin hukuk sisteminin temelini oluşturmuştur. İsveç oldukça güçlü bir hukuki mirasa sahip olup tüm Ortaçağ boyunca her eyaletin kendi kanunları olup, şehirlerde ise şehir kanunları uygulamıştır. 1350 yılında Magnus Erikssons Ülke Kanunu (Magnus Erikssons Landslag) çıkarılmıştır. Bu kanun İsveç ve Finlandiya'nın bütün topraklarında geçerli olacak milli bir kanunun kabul edilmesinin ilk adımı olarak değerlendirilmiştir. 1350 tarihli Ülke Kanunu Ortaçağ İskandinav Hukukundaki yerel eyalet kanunlarının yerini almıştır. Ancak hukuk birliğini tam olarak sağladığını söylemek mümkün değildir, çünkü kanun sadece kırsal alanda geçerli olmuştur. Şehirler bu kanuna tabi olmamışlar ve şehir yasalarına (stadslagen) göre idare edilmeye devam etmişlerdir. Şehir (belediye) kanunu da Magnus Erikssons Ülke Kanunundan bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Ayrıca eyaletler de Ülke Kanunu dışında bölgesel kanunlar ve örf adet hukuku da geçerliliğini sürdürmüştür. Magnus Erikssons Ülke Kanunu'nu 1442 yılında Kristofers Ülke Kanunu (Kristofers Landslag) izlemiştir. Bu kanun dönemin İsveç Kralı olan Bavyeralı Kristofers tarafından hazırlatılmıştır. İlgili kanun Magnus Erikssons Ülke Kanunu gibi titiz ve ayrıntılı bir çalışmanın ürünü olmayıp, 1350 tarihli kanunun biraz değiştirilmiş bir versiyonudur. Örneğin cezalar ağırlaştırılmıştır. Bu kanunun kral tarafından onaylanıp onaylanmadığı konusunda da net bir bilgi yoktur. 1442 tarihli Kristofers Ülke Kanununun da İsveç'te hukuk birliğini sağlayamadığı görülmektedir. Her şeyden önce Kristofers

Ülke Kanunu Magnus Erikssons Ülke Kanunu ile birlikte eyaletlerde uygulanmıştır. Yani 1442 tarihli kanun 1350 tarihli kanunu yürürlükten kaldırmamıştır. Şehirlerde ise 1351 tarihli Şehir Kanunu geçerli olmaya devam etmiştir. Ayrıca yargıçlara görülmekte olan bir dava ile 1350 ve 1442 tarihli Ülke Kanunlarında açık bir hüküm yoksa eski İskandinav Hukukunu bir başka ifade ile Ortaçağ eyalet kanunlarını ya da örf ve adetleri uygulama yetkisi verilmiştir. İsveç Hukukunun bu görünümü 1734 tarihli İsveç Kanunu'na kadar sürmüştür. İsveç'te hukuk birliğinin sağlanması 1734 tarihli İsveç (Medeni) kanunu ile mümkün olmuş ve bu hukuki düzenleme bir yandan milli birliği sağlamanın bir aracı olarak kullanırken, diğer yandan bu yolla ortak bir vatandaşlık kavramı ortaya çıkmıştır. Burada İsveç Hukuku'nun geçmiş yüzyıllara dayanan bir özelliğinden de söz etmek gerekmektedir. Tarihsel ve kültürel bir özellik olarak İsveç halkı hukukî sorunlarını çözmek için dışardan yardım almaya çok sıcak bakmamaktadır. Hukuki bir problem çıktığında mahkemeye gitmek yerine tahkim yoluyla sorunlarını çözmeyi tercih etmektedir. Bu gün ortalama bir İsveç vatandaşına üç temel kuvvetin neler olduğu sorulduğunda genellikle yasama, yürütme ve medya cevabı verdiği görülmektedir. İsveçliler çoğunlukla üçüncü kuvvetin yargı olduğunu düşünmemektedirler[114].

Tanzimat döneminin yerli (milli) kanunlar kategorisindeki en önemli kanunu hiç şüphesiz Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'dir. Osmanlı Medeni Kanunu olarak nitelendirilebilecek Mecelle yalnız Türk Hukuk Tarihi bakımından değil, İslam Hukuk Tarihi açısından da ayrı bir öneme sahip olmuştur. Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığını yaptığı bir komisyon tarafından 1868–1876 yılları arasında hazırlanan Mecelle 4 Ekim 1926'da Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar yaklaşık 60 yıl Türkiye'de uygulanmıştır. Mecelle İslam Hukuk Tarihinde bir ilk olması ve kanunlaştırma ve Batılılaşma rüzgârlarının oldukça güçlü estiği bir zaman diliminde İslâm dünyasının hukukî meselelerini kendi iç dinamiklerinden yola çıkarak çözme çabası olarak nitelenebilir. Mecelle ile birlikte ilk defa çeşitli fıkıh ve fetva kitaplarında dağınık halde bulunan ahkâm-ı fıkhiyye, modern anlamda kanun maddeleri halinde hukukî bir kalıba dökülmüştür. Bu yönüyle bile Mecelle orijinal bir çalışmadır ve İslâm hukuk tarihinde devrim diyebileceğimiz kadar önemli bir olgudur[115].

18. Yüzyılda başlayan ve 19. Yüzyılda hız kazanan kodifikasyon faaliyetlerinin gelişimi ülkeden ülkeye farklılıklar göstermiştir. Kodifikasyon faaliyetleri içinde Medeni Kanunlar ayrı bir öneme sahip olup, bu durum belli bir millete, kültüre ve hukuki geleneğe ait olma hissinin dışa vurumu olarak tanımlanmıştı. 1734 tarihli İsveç (Medeni) Kanunu da Mecelle'den yaklaşık bir buçuk yüzyıl önce henüz Batı'da kanunlaştırma faaliyetlerinin yeni yeni başladığı bir dönemde yürürlüğe girmiştir. Mecelle ise kodifikasyonun altın çağı olan 19. Yüzyılın ikinci yarısında yaklaşık yedi yıllık bir süreçte tamamlanan bir kanundur. Her iki kanun da taşıdıkları özellikler sebebiyle büyük önem arz etmelerine rağmen kanunlaştırma faaliyetleri çağında hak ettikleri ilgiyi görememişler ve modern kanuni düzenlemeler içinde sayılmamışlardır.

1734 tarihli İsveç (Medeni) Kanunu ile Mecelle arasında ilgi çekici benzerlikler görülmektedir. Ayrıca 1734 tarihli İsveç Kanunu dışında genel olarak İsveç Hukukunda karşımıza çıkan hukuki müesseseler ve İslam Hukuku düzenlemeleri arasında da şaşırtıcı benzerlikler tespit edilmiştir. Bir önceki başlıkta ayrıntılı bir biçimde her iki kanunun benzer yönleri üzerinde

[114] Ortwein II, s. 405.

[115] Muhammed Tayyib Kılıç, İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu, Yayınlamamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 204.

durulmuştur. Bu nedenle sonuç kısmında tekrar bu benzerlikler üzerinde durulmayacak, sadece birkaç önemli nokta tekrar hatırlatılacaktır. Öncelikle her iki hukuki düzenlemenin de yabancı kanunların iktibası yönündeki güçlü baskılara karşı verilen ciddi bir mücadelenin ürünü olan yerli ve milli kanunlar olduğunu bir kez daha vurgulamak yararlı olacaktır. Her iki ülke de kodifikasyon çağında bu akımın dışında kalmamışlar, ancak bunu kendi ulusal hukukları içinde kendi özelliklerini koruyarak gerçekleştirmeye çalışmışlardır.

1734 tarihli İsveç Medeni Kanunu ile Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin ortak noktalarından birisi de her iki düzenlemenin de hukuk birliği ve milli birliğin sağlanması ve ortak vatandaşlık kavramının yerleştirilebilmesi için hukuku bir araç olarak kullanmayı amaçlamalarıdır. Avrupa'da kanunlaştırma faaliyetlerinin ortaya çıkışında etkili olan faktörlerden birisi milliyetçilik akımı ve ulus devlet yaratma projesi olmuştur. Bu projenin önemli araçlarından birisi de kodifikasyon ve ülkenin tamamında geçerli olacak kanunların yapılmasıdır. İsveç Osmanlı Devleti'nden farklı olarak etnik yapı açısından çok farklı unsurları barındırmamaktadır. Fakat incelediğimiz dönemde Finlandiya'nın İsveç topraklarının bir parçası olması açısından kısmen Osmanlı ile benzeştiği söylenebilir. İsveç Finlandiya ve feodal dönemin sonucu olarak ortaya çıkan parçalanmış yapıyı birleştirerek merkezin gücünü arttırmak ve ülkenin tamamında geçerli olacak kapsamlı bir kanunu yürürlüğe sokmak suretiyle ortak bir vatandaşlık temeline dayalı ulus devlet kurmayı hedeflemiştir. Çok uluslu Osmanlıda ise ulus devlet söz konusu olamasa da bir üst kimlik yaratma yolunda kanunlardan yararlanılmıştır. Bu çerçevede öncelikle 1869 Tabiiyet-i Osmanlı Kanunnamesi ile dini tanımlamalardan uzak bir vatandaşlık kavramı benimsenmiş, ardından din farkı gözetilmeksizin bütün vatandaşlara uygulanacak kuralların geçerli olduğu alanlarda kanunlar yapılmıştır. Bu düzenlemelerden birisi de Mecelle olmuştur. Her iki kanunda kitaplardan oluşmakta ve kazuistik metodu benimsemiş görünmektedir. 1734 tarihli İsveç Kanunu ve Mecelle'de bir Medeni Kanunda bulunmaması gereken bazı konular düzenlenmişken, Medeni Kanun içinde yer alması gereken bazı başlıklara ise yer verilmemiştir.

ve 20. Yüzyıllarda kanunlaştırma hareketleri küresel bir niteliğe sahip olsa da modernliğin farklı karakterleri ve görünümleri olabileceği gibi kanunlaştırma hareketlerinde de yerel özellikleri koruyarak küreselleşilebileceği konusunda Osmanlı önemli bir örnek teşkil etmiştir. Bununla beraber farklı kaynaklardan ve farklı tarihsel süreçlerden geçerek ortaya çıkan kanunlarda zamanın gereği olan benzerlikler görülebilmektedir. Nitekim 1734 Tarihli İsveç (Medeni) Kanunu ile Mecelle arasında da son derece dikkat çekici benzerlikler karşımıza çıkmaktadır.

1734 tarihli İsveç Medeni Kanunu'nun pek çok maddesi zaman içinde önemli değişikliklere uğrasa da bu kanun İsveç'te hala yürürlükte olup, İsveç Medeni Hukukunun temelini teşkil etmektedir. Tarihi süreç içinde yaşanan siyasi, toplumsal ve ekonomik gelişmeler yeni hukuki kurumlar ve hukuki çözümler üretmeyi gerektirmekle birlikte, İsveç'te tamamen yeni bir kanun yapmak yerine mevcut kanun üzerinde değişiklikler yapılmıştır. Hukukta devamlılığa büyük önem veren İsveç Parlamentosu sürekli yaptığı eklemeler ve değişikliklerle kademeli olarak 1734 tarihli Kanunu günün şartlarına uyarlamıştır. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ise 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren Kanun-i Medeninin Suret-i Meriyet Şekl-i Tatbiki Hakkında Kanun'un 43. Maddesinin hükmü ile yürürlükten kaldırılmıştır. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin yürürlük süresi, ilk yürürlüğe sokulan kitabının yürürlük süresi dikkate alınırsa elli yedi yıl olmuştur. Bununla beraber Mecelle Osmanlı Devleti'nin sona ermesinden sonra da Suriye, Ürdün, Irak, Lübnan, İsrail ve Filistin'de bir süre daha uygulanmıştır.

Burada zikredilmesi gereken bir konu da bu iki hukuki düzenleme dışında da Osmanlı ve İsveç Hukuku arasında ortaya çıkan benzerliklerdir. Örneğin İsveç Miras Hukukunda erkek ve kız kardeşler birlikte mirasçı oldukları zaman tıpkı İslam ve Osmanlı Hukukunda olduğu gibi erkek kardeşler kız kardeşlerin iki katı pay almışlardır. Bir başka ifade miras ikili birli paylaşılmıştır. Yine Miras Hukukunda İslâm-Osmanlı Hukukundaki "*asabe bi nefsihi*" grubuna benzeyen bir erkek mirasçı zümresi bulunmaktadır. Ceza Hukuku alanında akile müessesinin bir benzeri İsveç Hukukunda da mevcuttur. İsveç Hukukunda tıpkı Osmanlı Hukukunda olduğu gibi gayrimenkul deyince uzun süre sadece arazi anlaşılmıştır. Aile Hukuku alanında da iki ülkenin hukuki düzenlemeleri konusunda bazı benzerlikleri tespit etmek mümkündür. Örneğin müşterek ikametgâhı koca belirler. Kadın kocasına itaat etmek zorundadır. Aksi takdirde kocası önce karısına öğüt verir ve uyarır, ikici aşamada yataklar ayrılır, yine sonuç alınamazsa kadına sopa cezası verilir. Sopa cezası kısmı İslâm Hukukunun öngördüğü düzenlemelerden farklı olsa da ilk iki aşamadaki benzerlik dikkat çekicidir.

Gerek 1734 tarihli İsveç Kanunu ile Mecelle arasındaki ortak noktalar, gerekse birbirinden çok farklı hukuk sistemlerine sahip olmalarına rağmen iki ülkede karşımıza çıkan hukuki müesseseler arasındaki şaşırtıcı benzerlikler İsveç ve Osmanlı Hukuk Tarihi ile ilgili olarak gelecekte daha ayrıntılı çalışmalar yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu çalışmanın bu konuda bir ilk adım teşkil ederek yeni çalışmalara öncülük etmesi umut edilmektedir. Son günlerde basın yayın organlarında çıkan haberlerde yer alan ilgi çekici bilgiler de İsveç ve Osmanlı Hukuk sistemlerinin karşılaştırmalı olarak incelenmesinin önemini ortaya koymaktadır. İsveç Uppsala Üniversitesi Eskiçağ Tarihi ve Arkeoloji bölümü öğretim üyelerinden Annika Larsson'un açıklamalarına göre İsveç'in Birka kentinde 9. Yüzyıldan kalma Viking mezarlarında "*Allah*" ve "*Ali*" yazılı giysi ve kumaşlar bulunmuştur. Kumaşlardaki yazılar Arap harflerinin düz, köşeli ve geometrik olarak kullanıldığı Kufi yazı ile yazılmış olup, bu ifadelerin işlendiği giysiler ölülerin başucuna koyulmuştur. Yine verilen bilgilere göre iki yıl önce İsveç'e ait Björkö adasında yapılan bir kazıda 9. Yüzyıldan kalma Viking mezarında Allah yazılı bir yüzük bulunmuştur. Annika Larsson yaptığı açıklamada Vikinglerin İslâm dininden ve ölümden sonra yaşam düşüncesinden etkilenmiş olabileceklerini belirttirmiştir[116]. Bu son bulguların da gösterdiği üzere iki hukuk sistemi üzerinde yapılacak derin ve ayrıntılı araştırmalar akademik camia ve karşılaştırmalı hukuk tarihi açısından heyecan verici sonuçlar doğurabilecektir.

[116] www.medyafaresi.com/haber/viking-mezarllarindan-cikanlar-cok-sasirtacak-allah-ve-ali- yazilari/843546, Erişim Tarihi 10.10.2017, Bu eserler Enköping Müzesinde sergilenmekte olup, sergi 3 Şubat 2018'e kadar açık olacaktır.

MECELLE'YE GÖRE ZAMANAŞIMI: UYGULAMADA GÖRÜLEN AKSAKLIKLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yrd. Doç. Dr. Ahmet KILINÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Özet

Her hukuk sisteminde olduğu gibi İslam Osmanlı Hukuku ve buna bağlı olarak Mecelle de zamanın geçmiş olmasını bir takım hukuki sonuçlara bağlamıştır. Mecelle'nin 16 maddeden oluşan 14'üncü kitabının 2'inci bölümü zamanaşımı hakkındadır. Mecelle'deki bu hükümler bize zamanaşımının hak kazandırma fonksiyonuna sahip olmadığını, sadece hakkın geri alınmasına engel olduğunu göstermektedir. Bu durumda davalı, belirli bir usulde davacının hak sahibi olduğunu ikrar ederse, '*zaman'* hukuki bir sonuç doğurmayacaktır. Uygulamada dönemin idarecilerini meşgul eden mesele, hazinenin alacağının zamanaşımına tabi olup olamayacağı konusu olmuştur. Mecelle cemiyetinin bir nevi geçiş hükmü niteliğinde olan, '*dava kitabı*'nın yürürlüğe girmesinden sonra hazinenin alacaklı olduğu davalarda zamanaşımı hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki görüşü ve bu görüşün gereğinin yapılması ve ortaya çıkabilecek zarardan memurların sorumlu tutulması gerektiği yönündeki irâde-i seniyye, Mecelle'deki zamanaşımı hükümlerinin birçok kurum tarafından yorumlanmasına neden olmuştur. Mecelle'nin 1660'ıncı maddesi alacak davalarının 15 seneden sonra görülmeyeceğini hükme bağlamışken; 1675'inci maddesi kamu yararına ait yerlerin davasında zamanaşımının geçerli olmadığını düzenlemiştir. Dönemin Maliye Bakanlığı hukuk müşavirliği, hazinenin alacaklı olduğu davalarda 1675'inci maddenin uygulanabileceğini, bunun için Padişah iradesinin yeterli olduğunu düşünmüş iken; Şûrâ-yı Devlet, bu alacakların da 1660'ıncı maddeye tabi olduğunu aksi halde hazinenin borçlu olduğu davalarda da zamanaşımının kalkabileceğini keza '*medeni'* devletlerin de bu minvalde uygulaması olduğu şeklinde yorum yapmıştır. Şeyhülislam'ın devletin uğradığı zararı sorumlu memura rücu etmeninin maslahata uygun olduğu görüşü, Şûrâ-yı Devlet tarafından da kabul görse de Bâb-ı âlî zararı memurlara aksettirmemenin gayreti içinde yer almıştır. Çalışma ile Osmanlı idareci ve hukukçularının, araştırma konusu vaka ile ilgili olarak Mecelle hükümlerine vakıf oldukları; Padişah'ın görüşünün aksine kararlar alınabildiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca Mecelle'nin zamanaşımı hususunda hukuk birliği sağladığı ancak geçiş döneminin nispeten sancılı olduğu görülmektedir. Bu çalışma, bir kez daha hukuk kuralın ideal ve veya ideale yakın olmasının, hukuk sisteminin mükemmel işleyeceği garantisini veremeyeceğini ortaya koymaktadır. Zira normlar uygularcılarıyla şekil almaktadır. Keza, mevzuat değişikliği yapılması halinde geçiş dönemlerinde kuralı uygulayacak personele eğitimin verilmesi ve geçiş hükümlerinin net olması gerektiği çalışma ile bir kez daha ortaya konmuştur. Arşiv belgelerine dayanılarak hazırlanan bu tebliğ, Mecelle hükümlerinin Osmanlı idarecileri ve kurumları tarafından nasıl yorumlandığı ve ortaya çıkan sorunları nasıl çözümlediğini göstermesi açısından farklılık arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, zamanaşımı, alacak davası, Şûrâ-yı Devlet, Maliye bakanlığı, Bâb-ı âlî, geçiş hükümleri.

Giriş

Mecelle ile ilintili akademik çalışma yapan literatürün Mecelle'nin hükümlerine özellikle de külli kaideler kısmına yoğunlaştığını, maddeler üzerinde görüşler zikrettiğini görmekteyiz. Mecelle'nin hazırlanış süreci ve Osmanlı Devleti'nin yıkılmasının ardında da uygulanışı, literatürün ilgisini çeken diğer başlıklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Genel olarak Mecelle'nin, spesifik olarak da anılan kısımlarının Dünyanın birçok ülkesinden yerli yabancı akademisyen tarafından incelenmesinin muhtelif nedenleri vardır: Mecelle'nin milli-iktibas ikileminde önemli bir yere sahip olması, öz itibariyle yüzyılların biriktirdiği Osmanlı hukuk içeriğine sahip olması, hem batılı hem de ülke içinde Osmanlı hukuk literatürüne uzak olan hukukçuların akademisyenlerin rahatça kullanabileceği, anlayabileceği şekilde kodifiye edilmiş olması ve Osmanlının yıkılmasından sonra da uygulanmaya devam etmesi anılan nedenlerden birkaç tanesidir.

Günümüz akademisyenleri, hukukçuları Mecelle'nin maddeleri, hazırlanışı ve Osmanlı sonrası uygulanışı hakkında fikir beyan etmede, yorum yapmada cesur durmakta iken; Mecelle'nin yürürlükte olduğu dönemde Osmanlı idarecilerinin ve veya hukukçularının Mecelle hükümlerini nasıl yorumladıkları, değerlendirdikleri konusunda biraz çekimser kalmışlardır. Mecelle nihai itibariyle, Osmanlı topraklarında ve Osmanlı döneminde karşılaşılan hukuki ihtilafların çözümü için yine Osmanlı hukukçu ve idarecilerinin uygulamaları amacıyla çıkarılmış kanun hükmüdür. Bu nedenle Osmanlı idareci ve hukukçularının Mecelle'yi nasıl yorumladıkları, algıladıkları, bize Mecelle ile ilintili önemli ufuklar açacak ve yaşanılan tecrübelerden mühim dersler çıkarmamıza destek olacaktır.

Mecelle hükümlerinin pratiğe nasıl yansıdığının tespit edilmesi şu açılardan da kıymet arz etmektedir. Böyle bir çalışma ile Mecelle özelinde Tanzimat sonrası Osmanlı hukuk sisteminin nasıl işlediğine ışık tutulmuş olunacaktır. İkinci olarak böyle bir tespit, Osmanlı idareci ve hukukçularının, hukuki muhakeme ve tahlilleri ile ilintili bilgi edinmemizi sağlayacaktır. Tanzimat sonrası Osmanlı Devleti'nde mevcut kurumların görev ve yetkilerini nasıl kullandıkları anlaşılabilecektir. Son olarak bu tür bir araştırma ile dönemin uygulayıcıların Mecelle'ye hem olumlu hem de olumsuz bakış açıları ortaya konmuş olacaktır.

Biz de işbu çalışmaya Mecelle'nin Osmanlı topraklarında Osmanlı döneminde nasıl pratiğe yansıdığı konusundaki eksikliği bir nebze de olsa giderme hedefiyle başladık. Bu gayeyle başladığımız araştırmalar neticesinde Devlet arşivlerinde rastladığımız toplamda 15 sayfan müteşekkil olan iki belgenin incelenmesi gerektiğini düşündük. Zira Mecelle'deki zamanaşımı hükümlerine atıf yapan bu belgeler, zamanaşımı özelinde Mecelle'nin Osmanlı idarecileri tarafından nasıl algılandığını, kurumların ve idarecilerin Mecelle hükümlerini farklı yorumladıklarını, aynı zamanda gözlemledikleri eksikliklere nasıl bir çözüm önerisi sunduklarını ortaya koymakta idi.

Çalışmamız, Osmanlı hukukunda zamanaşımı mefhumunu izahat ile başlayacaktır. Osmanlı hukuk sisteminde genel olarak zamanaşımı var mıydı? Var ise süreleri ne kadar idi? Kaç tür zaman aşımı söz konusudur? Muhtelif hukuk branşları açısından zamanaşımı farklılık arz etmekte midir? Gibi sorulara cevap verdikten sonra Mecelle'nin zamanaşımını düzenleyiş şekli, o dönemde zamanaşımını düzenleyen başkaca hukuk kurallarının olup olmadığını araştıracaktır. Akabinde devletin alacağının Mecelle'deki hükümlere göre zamanaşımına tabi tutulup tutulamayacağı, zararın nasıl tazmin edileceği hususundaki Bâb-ı âli, Maliye Bakanlığı, Meşîhat ve Şûrâ-yı Devlettin farklı görüş ve tahlilleri ayrıntılı bir şekilde izah edilecektir.

Genel Olarak Zamanaşımı Mefhumu

Zaman, tüm bilimlere etki ettiği gibi hukuk ilmine, hukuk sistemine de tesir etmektedir. Belirli bir vaktin geçmesine hukuk düzeni de tepkisiz kalmamıştır. Zira zaman bir hukuki olayı veya bir hukuki müesseseyi ortaya çıktığı andan nihayete ereceği ana kadar etkilemekte, böylece kendisine bağlı olarak hukuki sonuçlar doğurmaktadır[1]. Hatta saat, gün, ay, yıl gibi sembollerle sınırlandırılıp ve buna bağlı olarak "süre"ye dönüştürüldüğünde, bir takım hukuki sonuçlar doğurduğu için zamanın bizatihi kendisi de "hukuki bir olay" olarak nitelendirilmektedir[2].

Zamanın belirli bir süreyi aşarak, somutlaşması ile yeni hukuki durumlar meydana gelmektedir. Böylece, zamanın geçmesi, bir takım hakların ortaya çıkmasına veya kaybedilmesine neden olmak suretiyle hukuki sonuçlar doğurmaktadır[3]. İşte bu nokta karşımıza zamanaşımı mefhumu çıkmaktadır. Zira hukuk düzeni gerek çağımızda gerekse kadim toplum döneminde olsun istikrar sağlamış durum ve ilişkileri kabul ederek toplumsal düzeni ve güven ve istikrar ilkelerini muhafaza etmeye çalışmaktadır[4].

Zamanaşımı, hukuk literatüründe belirli bir sürenin geçmesi sonucunda bir hakkın kazanılması veya kaybedilmesi[5] olarak tanımlandığı gibi yüksek yargı tarafından "*zamanaşımı bir alacağın doğumunu takip eden ve kanunla belirtilmiş olan bir süre içinde alacaklının, hakkını istememesi veya borçluyu dava etmemesi nedeniyle, hak isteme veya dava açma olanağının ortadan kalkması*"[6] şeklinde de tanımlanmıştır.

Bu tanımlar, günümüzdeki kamu hukuku özel hukuk ayırımı dikkate alındığında özel hukuk branşları ile doğrudan ilişkilendirilebilecek konulara yönelik yapılmış tariflerdir. Zamanaşımı elbette kamu hukuku branşlarında da önemli bir etkiye sahiptir. Tanımlar herhalükarda 'zaman'nın hukuki sonuç doğurması noktasında birleşmektedir. Bu açıdan bakıldığında '*zaman'ın* iki temel hukuki sonuç doğurduğunu ifade edebiliriz: Bunlar hakkın kaybedilmesi ve hakkın ortaya çıkmasıdır. Bu sonuçlara bağlı olarak da kazandırıcı zamanaşımı ve hak düşürücü zamanaşımı karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda belirli bir vaktin geçmesi ile bir hak elde ediliyorsa *kazandırıcı*; kaybediliyorsa *düşürücü* zamanaşımından bahsedilir. Kazandırıcı zamanaşımını Eşya Hukukunda ziyadesiyle görmek mümkün iken; düşürücü zamanaşımını borçlar hukukunda görmek mümkündür[7]. Belirttiğimiz gibi '*Zaman'* sadece özel hukuk branşları açısından değil kamu hukuku branşları açısından da hukuki sonuçlar oluşturmaktadır. Nitekim ceza hukukunda hak düşürücü zamanaşımı örnekleri görmek mümkündür.

Zamanaşımı ile ilgili olarak genel bilgileri bu şekilde verdikten sonra, İslam Osmanlı Hukukunda zamanaşımı hakkında açıklama yapmanın faydalı olduğunu düşünmekteyiz.

---

1 Nami Çağan, Vergi Hukukunda Süreler, AÜHFY Sevinç Matbaası Ankara 1975, s. 1.

2 Zehra Odyakmaz, Hukukta Zaman ve İdarî Yargıda Makûl Süre Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2010, yıl 1, sayı 2, s.2.

3 Çağan, s. 2; Özcan Karadeniz-Çelebican, Roma Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 185; Fatma Turna, Türk Vergi Hukukunda Zamanaşımı, Marmara Üniversitesi SBE, Mali Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, 3,4.

4 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, 6 Baskı, Beta Yayınları cilt 1, İstanbul 1998, s. 90, 91.

5 Ateş Oktar, Vergi Hukuku, 6. Baskı, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2011, s. 133.

6 Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2009, E. 2006/124, K. 2009/146 sayılı kararı 08.01.2010 tarih ve 27456 sayılı RG'de yayımlanmıştır. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/]

7 Abdüsselam Arı, *İslâm Hukukuna Göre Hukuk ve Ceza Davalarında Zamanaşımı,* İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi Sayı 11, yıl 2005, s. 58.

Genel Olarak İslam Osmanlı Hukukunda Zamanaşımı

Zamanaşımı, İslam Osmanlı Hukukunda '*tekâdüm', 'hıyâze', 'mürûr-i zaman*' kavramları ile ifade edilmiştir[8]. Hanefi kaynaklarında "tekâdüm" kavramı ile ifade edilen zamanaşımı, Mecelle'de *'mürûr-i zaman*' ve '*tekâdüm-ü zaman'* şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Sözlükte[9] bir olayın meydana gelmesinden itibaren bazı hallerde davanın bakılmamasına, şahitlerin dinlenmesine engel oluşturan zaman olarak tarif edilen tekâdüm, bir hakkın belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden mahrum kalması olarak tanımlanmıştır[10]. '*Bir hâdise üzerinden bir müddetin geçmiş olmasıdır ki, bazen o hâdise hakkında davanın dinlenmesine bir mânia teşkil* eder'[11] tanımlardan birisidir. Başka bir tanımda da zamanaşımı dava edilebilecek nitelikteki bir hak üzerinden, onun niteliğini düşüren hukuk düzenince tespit edilmiş bir vaktin belirli koşullar altında geçmesi olarak tarif edilmiştir[12]. Görüldüğü üzere yapılan tanımlar genelde zamanaşımın ihtilaflı konunun dava edilebilme özelliğinin yitirilmesine işaret etmektedir. Bu bağlamda İslam Osmanlı Hukukunda zamanın geçmesi, uyuşmazlık konusunun dava edilmesinin engeli olma sonucunu doğurmaktadır.

İslam Osmanlı Hukukunda zamanaşımı kamu hukuku ve özel hukuk branşları açısından farklı tasniflere tabi tutulabilmiş ve buna bağlı olarak da farklı hukuki sonuçlar doğurabilmiştir. Zamanaşımı, kamu hukukunda, özellikle ceza hukukunda dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı şeklinde ayrıştırılabilmiştir. Özel hukukta ise tartışmalı olmakla birlikte kazandırıcı ve düşürücü zamanaşımı şeklinde ikili bir ayırım söz konusudur. Bu ayırımları biraz daha yakından görmek, konuyla ilintili genel portreyi çizmek için yarar olacaktır. İlk olarak ceza hukuku açısından konuyu ele alalım.

İslam Osmanlı Ceza Hukuku Açısından Zamanaşımı

Ceza hukuku açısından zamanaşımı, işlenen suçun belirli bir süre geçmesine dayalı olarak dava edilmemesi veya yine belirli bir sürenin geçmesine bağlı olarak hükmedilmiş cezanın infaz edilememesi hallerinde kendisini göstermektedir. Bunlardan ilki dava zamanaşımı iken ikincisi ceza zamanaşımıdır.

İslam Osmanlı Ceza hukukunda dava zamanaşımı, dava etme hakkının kanunda belirtilen süre içinde kullanılmamasından dolayı kaybedilmesidir. Bu tür zamanaşımında ikrarın veya tanıklığın geç yapılmış olması söz konusu olabilmektedir[13]. Ceza zamanaşımı kesinleşmiş cezanın

---

8 Arı, s. 59.

9 Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Aydın Kitabevi, Ankara 2007, s. 1063.

10 Ahmed Akgündüz, İslam Osmanlı Hukukunda Müruruzaman, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya 1998, s. 43.

11 Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılâhât-ı Fıkhıyye Kamusu, İstanbul 1952, İstanbul Üniversitesi Yayınları, VI, 287.

12 Arı, s. 60.

13 Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi, Atlas Yayınevi 6 Baskı, Ankara 2017, s. 237; Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza 2 Baskı, Konya 2014, s. 247.

belirli bir süre geçmesi nedeniyle infazının gerçekleşmemesini sağlamaktadır[14]. Ancak suç ikrar ile ispatlanmış ise ceza zamanaşımı dikkate alınmaz[15].

Malum olduğu üzere İslam Osmanlı ceza hukukunda suçlar had, kısas ve diyet ve tazir suçları şeklinde üç kategoriye ayrılmaktadır. 'Zaman' bu üç kategori için ceza ve dava zamanaşımları açısından farklı hukuki sonuçlara sebep olabilmektedir. Anılan üç kategoriyi biraz daha yakından inceleyelim.

Kısas ve diyet suçlarının konumuz açısından ayrı bir yeri vardır, zira İslam Osmanlı hukukçularının bir kısmı Mecelle'deki hükme bağlı olarak zamanaşımının söz konusu olduğunu belirtmektedirler. Esasında Hanefi hukukçuların çoğunluğu, kul hakkının baskın olmasını dikkate alarak, kısas ve diyet cezalarının ne dava ne de ceza zamanaşımına uğramayacağı fikrindedirler[16]. Bununla ile birlikte Ali Haydar Efendi, Mecelle'nin 1660'ıncı maddesini izah ederken, kısas davasının 15 senelik zamanaşımına tabi olduğunu ifade etmiştir[17]. Esasında 1660'ıncı madde hükmünde açıkça kısas ve diyet suçlarının dava zamanaşımının on beş sene olduğu yazılı değildir. Madde hükmü mealen *'Borç ve vedia ve taşınmaz mülkiyeti ve miras ve taşınmaz vakıflarından mukataa veya icareteyn ile tasarruf ve vakıf yöneticiliği ve vakıf elirleri davaları gibi asıl vakıf ve kamu ile ilgili olmayan davalar on beş sene geçtikten sonra görülmez'*[18] şeklindedir. Madde hükmünün dava zamanaşımını içerdiğini anlamaktayız. Ali Haydar Efendi bu maddeyi şerh ederken, '[*deyn] velev ki diyet olsun .... Kısas... davası'* diyerek kısas ve diyet davalarını da bu kapsamda değerlendirmiştir.

Görüldüğü üzere Ali Haydar Efendi, bugün ceza hukuku kapsamında yer alan adam öldürme, yaralama ve hamile kadına yönelik müessir fiil suçlarının dava zamanaşımının Mecelle'nin 1660'ıncı maddesine dayanarak 15 sene olduğunu ifade etmektedir. Keza bu fikre göre kısas talep etme veya diyet talep etme arasında da fark yoktur. Yani anılan üç suçun işlenmesi halinde varislerin veya suçtan zarar görmüş olanların kısas veya diyet istemeleri zamanaşımı açısından bir fark oluşturmayacaktır. Buna göre, örneğin adam öldürme suçunda eğer maktulün yakınları, 15 sene içerisinde katil hakkında kısas veya diyet talebinde bulunmazlar ise vaka zamanaşımına uğramış olacaktır.

Ali Haydar Efendi'nin bu değerlendirmesini kıymetli kılan hususlardan birisi de bu yorum ile Mecelle hükümlerinin aynı zamanda ceza hukuku konularına da doğrudan uygulanabilir olduğunu göstermesidir. Ancak bu fikrin o dönem ceza hukuku pratiğine yansıdığını gösteren doğrudan bir veriye ulaşamadık. İdam cezasının infazında Tanzimat sonrası düalist hukuk yapısının sorununa[19] işaret eden, dönemin savcısı ve milletvekili olan Mehmed Arif Bey'in makalesindeki[20] örnek bu hükmün uygulanmış olabileceğine işaret etmektedir. Hakikaten 1858 tarihli ceza kanununun 171'inci maddesine göre adam öldürme suçunda idam cezasının uygulanabilmesi için

---

14 Yiğit, Yaşar, "*İslam Ceza Hukuku Hükümlerine Etkisi Açısından Zamanaşımı*", İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, Konya, Sayı 3 Haziran-2004 s. 157-158.

15 Abdulkadir Udeh, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, Rehber Yayıncılık, Ankara 1990, cilt II, s. 322 vd.

16 Hasan Tahsinfendoğlu, Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitanevi, İstanbul 2000, s. 449; Udeh, C. II, s. 322; Arı, s.85.

17 Ali Haydar Efendi, Düreru 'l-hukkâm Şerhı Mecelleti'l-Ahkam, Gül Neşriyat, İstanbul bila tarih, C.IV, 338.

18 Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesi'yle Mecelle, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 521.

19 İdam Cezasının Tanzimat Dönemi Osmanlı hukukundaki görünümüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. Ahmet KILINÇ, İdam Cezasının Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukundaki Görünümüne İlişkin Birkaç Kaynak ve Bu Kaynakların Tahlili, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 11, 2011(Bahar), s. 33-62.

20 Mehmed Arif Bey, "İdam Cezası: Tarihçesi, Bizde İcra Edilememesi Esbabı", İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası, sayı 1, 31 Mart 1325, s. 49-53.

hem nizamiye mahkemesinde hem de şer'iye mahkemesinde bu cezasının verilmesi gerekmektedir. Ancak, yazara göre mevzunun şer'iye mahkemelerinde dava açılmayarak veya açılmış olmasına rağmen takip edilmeyerek ve feragat edilmeyerek sürüncemede kalması, nizamiye mahkemelerinde verilmiş olan idam cezasının üst yargı merciince denetlenmesine engel olmaktadır. Bu noktada verdiği bir örnekte Manisa'da nizamiye mahkemesinde verilmiş olan bir idam cezası hükmü, 23 sene sonra temyiz merciine gitmiştir. 23 sene beklemesinin nedeni ise '*idam cezasına mahkûm olan bir şahıs evrakı ilam-ı şer'iyeye rabt edilememesi'*dir. Yazar her nasılsa dosyanın temyize gittiğini yazmakta ve kendi konusuyla ilintili tahlilini sürdürmektedir. Bu vakada Şer'iye mahkemesinin Ali Haydar Efendi'nin işaret ettiği 15 senelik zamanaşımı yorumunu icra etmesi olasılık dahilindedir. Ancak bu fikrin sık uygulandığı kanaatine sahip değiliz.

Kısas suçlarına uygulanacak zamanaşımı hükümlerinin Mecelle ile ilintili olan kısmını bu şekilde izah ettikten sonra bu suç tipinin zamanaşımı yönünden tabi olabileceği diğer hükümlere kısaca da değinerek konunun genel portresi ortaya konmuş olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki Osmanlı uygulamasında kısas suçlarında 20 yıllık dava zamanaşımı olabileceğine ilişkin fetvanın varlığını da göz ardı etmemek gerekir[21]. Bu gibi durumlarda tazir cezasının verildiğine de rastlanılmaktadır[22]. Mecelle ile aynı dönemde yürürlükte olan 1879 tarihli Usul-i Muahkemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı'nın 481'inci maddesine göre idam cezası, müebbet hapis cezası veya geçici hapis cezası gerektiren bir '*cinayet[23]'in* meydana gelmesinden itibaren on sene; aynı kanunun 484'üncü maddesine göre ise kabahatin[24] vuku bulmasından itibaren bir sene içerisinde dava açılmazsa kamu davası ve şahıs davası düşer. Ancak ifade etmek gerekir ki bu hükümler, biraz önce bahsettiğimiz ikili hukuk yapısındaki nizamiye mahkemeleri için oluşturulmuş normlardır[25].

Diğer suç tipi olan had suçlarının dava ve ceza zamanaşımı hususunda fakihlerin farklı görüşleri vardır. Hanefi hukukçulara göre, kazif hariç, bir ay içerisinde ihbar ve şikâyet edilmeyen had suçları zamanaşımına uğrar[26]. Bu konuda farklı düşünen Hanefi hukukçu İmam Zufer'e göre ise had suçları zamanaşımı ile düşmez[27]. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre şirb suçu şahitle ispatlanacak ise ağız kokusunun kaybolması zamanaşımı süresidir. Osmanlı klasik dönemde de bu içtihadın kabul edildiğini ifade edebiliriz[28]. Diğer had suçu olan zina suçu İmameyn'e göre 1 ay içerisinde dava edilmelidir[29]. Ebu Hanife'ye atfedilen 6 ay ve 1 yıl şeklinde farklı görüşler

---

21 "Yirmi sene bila özür terk olunan kısas davası mesmu olmaz" Ali Efendi, Fetava, II/86'dan aktaran Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Konya, Mimoza Yayınları, 2014, s. 253.

22 Örnek bir kayıt için bk. Mehmet İpşirli, 'XVI. Asrın İkinci Yarısında Kürek Ceza ile İlgili Hükümler', İÜEF Tarih Enstitüsü Dergisi, S:12, 1982, s. 240.

23 Burada cinayet kavramını sadece adam öldürme gibi algılamamak gerekir. 1858 tarihli ceza kanununa göre cinayet, mücazat-ı terbiyeyi yani, idam, teşhir edilerek kürek, geçici kürek, müebbet kalebentlik muvakkat kalebentlik, nef'i ebed, Rütbe ve memuriyetten mahrumiyet, hukuku medeniyeden ıskat cezalarını gerektiren suçlardır. Ahmet Gökcen, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul Üniversitesi, SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s. 40.

24 Kabahat ise, 1858 tarihli ceza kanunun 5 inci maddesine göre kabahat tekdir edilmeyi gerektiren fiil ve hareket olarak tanımlanmış ve 24 saat ile 1 haftaya kadar olan hapis ve yüz kuruşa kadar olan para cezası gerektiren suçlar olarak tanımlanmıştır.

25 Fendoğlu, s. 660; Avcı, THT, 2017, s. 531.

26 Joseph Schacht, An Introduction to Law, Clarendon Paperbacks, Oxford 1982, s. 176.

27 Udeh, c. II, s. 322

28 İçki içme suçunun Osmanlı pratiğine yansıma hususunda bk. Ahmet Kılınç, Klasik Dönem Osmanlı Devlei'nde İçki İçme Suçu, 6. Uluslar arası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, Sakarya Üniversitesi Yayın No: 111, Komrat 2014, s. 203 vd.

29 Numan Debbağzade'nin eserinde zinanın dava zamanaşımı süresinin bir ay olduğuna yönelik örnek bir olay vardır; Debbağzade, Terüme-i Camiu's-Sak, İstanbul 1248, I, s. 292.

vardır[30]. Burada Hanefiler belirli bir süreden sonra yapılan ihbar veya tanıklığın düşmanlık saikiyle yapılabilme ihtimalini göz önünde bulundurmuşlardır. Bu ihtimalin ise had cezasını düşüreceği fikrine sahiptiler[31].

Ceza zamanaşımı açısından had suçlarına bakıldığında kural olarak tanıkla ispatlanmış davalarda ceza zamanaşımının mevcut olduğunu görüyoruz. Suç ikrar ile sabit ise zamanaşımı dikkate alınmaz[32]. Kazf suçu hariç had cezalarının düşeceği belirtilmiştir[33]. Mecelle ile aynı dönemde yürürlükte olan 1879 Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı'nın 5 faslı (479-487 maddeler) ceza zamanaşımını düzenlemiştir. Buna göre 'cinayet'ten suçları 20; 'cünha' suçları 5; 'kabahat' suçlarında ise 2 senelik ceza zamanaşımına tabidirler.

Üçüncü kategori olan tazir suç ve cezalarının hem dava hem de ceza zamanaşımına tabi tutulup tutulamayacağı tutulacak ise ne kadar sürenin zamanaşımını doğuracağını belirleme yetkisi İslam Osmanlı hukukçularına göre zamanın siyasi otoritesi tarafından belirlenebilecektir[34]. Klasik dönem Osmanlı pratiğine bakıldığında tazir suçu olarak nitelendirilen reayadan kanuna aykırı şekilde para toplayan bey ve subaşılarının soruşturulması için 15 yıllık bir sürenin belirlendiği; bu bağlamda 15 yılı geçmiş fiillerin dava edilmediğini görüyoruz[35].

İslam Osmanlı Özel Hukuku Açısından Zamanaşımı

İfade edildiği üzere kazandırıcı ve düşürücü şekilde zamanaşımın iki türü vardır. Bu zamanaşımı türlerini İslam Osmanlı özel hukuku açısından ayrı ayrı incelemede fayda vardır.

Kazandırıcı Zamanaşımı

İktisabî zamanaşımı denilen bu zamanaşımı türü, hukuk düzeninin öngördüğü bir sürenin belirli şartlar altında geçmesinden sonra aynî bir hakkın kazanılmasını sağlar[36]. Burada uzunca bir süre devam eden ve itiraza uğramamış zilyetliğe bağlı olarak hak kazanılması ve o zamana kadar hak sahibi olan kişinin hakkını kaybetmesi söz konusudur[37]. Şu durumda bu zamanaşımının iki temel hukuki sonucu vardır: birincisi o zamana kadar hak sahibi olan kişinin hakkını kaybetmesi, ikinci ise bir kişinin hak sahibi olmasıdır.

İslam Osmanlı hukukçularının çok büyük bir kısmı kazandırıcı zamanaşımının İslam hukukunda mevcut olmadığını ifade etmişlerdir[38]. Çünkü ayni veya şahsi hak, sahibinin rızası olmadığı müddetçe, ne kadar zaman geçerse geçsin onun mülkiyetinden çıkmaz[39]. Burada sadece

---

30 Avcı, Genel Hükümler, s. 248.
31 Bilmen, III, s. 213-214.
32 Udeh, II, 322.
33 Avcı, THT, s. 252.
34 Kemalettin İbn Hümam, Feth'l-Kadir, Mısır, 1332, IV/161'den aktaran Avcı, Genel Hükümler, s. 247.
35 '*…ihzâr idüp bir def'a ser'le fasl olmayup onbes yıl mürûr itmeyen husûsların husama müvâcehesinde…*', BOA, 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm no: 80, Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayın no: 21, Ankara 1994, s.89.
36 Oğuzman, M. Kemal-Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, Filiz Kitabevi, s. 448 vd.; Arı, s. 62.
37 Akgündüz, müruruzaman, s. 76.
38 Abdürrezzak Senhuri, Masâdir'ül- Hak Fil-Fıkhil-İslami, Kahire 1967, c.1, s. 63-65'den aktaran Akgündüz, müruruzaman, s. 77; Halil Cin, Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, Osav yayınları, İstanbul 2011, s. 681; Arı, s. 63; Abdülkerim Ünalan, İslam Hukukunda Zamanaşımı, D.E.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, sayı XII, İzmir 1999, s. 105, 106.
39 Muhammed Ebu Zehrâ, el-Milkiyyetü ve nazariyyetü'l-akd fi'ş-şerîatİ'l-islâmiyye, yy. ts. Dâru'l-Fİkri'l-Arabî s. 146; Vehbe ez-Zühayiî, el-Fıkhu'l-is!âmî ve edilietüh, Dımeşk 1985, Dâru'l-Fikr. IV, 69, IV, 336'den aktaran Arı, S. 63.

miri arazide kabul edilen hakk-ı karar hususunda tartışma vardır. Hakk-ı karar, Arazi Kanunnamesi'nin 78'inci maddesi ve Tapu Senedatı Hakkındaki Talimat'ın 8'inci maddesindeki hükümler dikkate alınarak, tasarruf nedenlerinden birine dayanarak on sene nizasız ve fasılasız tasarruf edilerek miri arazi davasına engel olacak şekilde def'e ve arazinin tasarruf hakkını kazanmaya vesile olan yasal bir hak şeklinde tanımlanabilir[40]. Hakk-ı kararı kazandırıcı zamanaşımı olarak nitelendiren hukukçular, ilgili maddenin 'tapu senedi' vereceğine değinmekte; tapu senedinin de ancak tasarruf hakkının kazanılması halinde verileceğine dayanmaktadırlar[41].

Hak Düşürücü Zamanaşımı

Iskatî zamanaşımı olarak da ifade edilen hak düşürücü zamanaşımı, belirli bir süre içinde alacaklının hakkını elde etme hususundaki durgunluğu yüzünden dava hakkını kaybetmesi sonucunu doğurmaktadır. Burada hakkın özüne dokunulmamaktadır; sadece alacak ile ilgili dava hakkının düşmesi söz konusudur[42]. Bu süre alacaklının hakkını arayabilme yetkisine ve fırsatına sahip olduğu tarihten itibaren başlar ve hesaplanır[43]. Ali Haydar Efendi, bu tür zamanaşımını şu şekilde gerekçelendirmektedir: Belirli bir süre dava açmaya yetkisi var ve dava açmayı engelleyecek bir hal yok olmasına rağmen, dava açmamak hakkın yokluğuna işaret eder[44]. Çağdaş İslam hukukçuları da benzer gerekçeleri dile getirmektedirler. Örneğin aradan uzun zaman geçmesine rağmen mazeretsiz olarak hakkını aramaması, hakkın varlığını şüpheye düşürdüğü; uzun zaman geçtikten sonra ispatın zorlaştığı, ihmalkârlığının bir yaptırıma tabi tutulması gerektiği bu zamanaşımının gerekçeleri olarak zikredilmiştir[45].

Klasik dönem Osmanlı Devleti'nde Seyhülislam Ebusuud'un arzıyla, alacak davaları, vedia ve ariyet davaları, miras davaları ve vakıf mallarla ilgili tasarruf, tevliyet ve mukataa gibi şahsi haklarla ilgili davalar ve özetle nisbî hakların büyük bir kısmı 15 senelik hak düşürücü zamanaşımına tabi olmuştur[46].

Mecelle, 10, 15 ve 36 yıllık hak düşürücü süreleri kabul etmiştir. Buna göre 1660'ıncı maddeye göre borç, vedia, taşınmaz mülkiyeti ve miras ve taşınmaz vakıflarından mukataa veya icareteyn ile tasarruf ve vakıf yöneticiliği ve vakıf gelirleri davaları gibi asıl vakıf ve kamu ile ilgili olmayan davalar on beş yıl geçtikten sonra görülmez. 1661'inci maddeye göre ise asıl vakıf hakkında vakıf mütevellisi ve görevlilerinin davaları otuzaltı yıla kadar görülür, otuzaltı yılı geçtikten sonra görülmez. 1662'inci maddeye göre on yıl geçtikten sonra miri arazi davaları görülmediği gibi miri arazi üzerindeki özel yol ve su akıtma hakkı ve sulama hakkı davaları da on yıl geçtikten sonra görülmez. Görüldüğü üzere madde hükümleri bize dava edilme hakkının kullanılabileceği süreyi göstermektedir.

Bu durumda hakkın özüne dokunulmadığı anlaşılmaktadır. O halde hakkın özüne dokunulmayacağını veciz bir dille ifade eden Mecelle hükmünü incelemekte yarar vardır.

---

40 Halil Cin, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1992, s. 376 vd; Akgündüz, müruruzaman, s. 78.

41 Cin, toprak düzeni, s. 349-353.

42 Arı, S. 65; dava hakkı ile şahsi hak arasındaki bir farkın olmadığı yönündeki görüş için bk. Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1961, s. 112.

43 Akgündüz, müruruzaman, s. 65-72.

44 Ali Haydar Efendi, 4. Cilt, s. 217.

45 Ünalan, s. 106, 107.

46 Cin, Akgündüz, s. 644.

Tekâdüm-ü Zaman ile Hak Sâkıt Olmaz

Bahsedildiği üzere hak düşürücü zamanaşımı, dava hakkının düşmesine neden olmaktadır; borcun kendisini ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir ifade ile zamanın geçmesi, hakkın özüne dokunmaz; yani haklar zamanaşımı ile ortadan kalkmaz. Yani, zamanaşımı, zilyete hak kazandırmaz[47]. Bir kişinin diğer bir kişi üzerinde ister şahsi ister ayni olsun hiçbir hakkı zamanaşımıyla ortadan kalkmaz[48]. Nitekim Mecelle'nin 1674'uncu maddesi '*tekâdüm-i zaman ile hak sâkıt olmaz'* hükmü de aynı esasın kodifiye edilmiş halidir.

Bu hüküm, hükmü açıklayan şerhler ile birlikte değerlendirildiğinde şu hukuki sonuçları doğurmaktadır:

Öncelikle, eğer zamanaşımının mevcut olduğu davalarda davalı zaman geçmiş olsa da hâkim huzurunda davacının kendisinde hakkı olduğunu açıkça ikrar ve itiraf ederse zamanaşımına itibar edilmez; ikrara dayanarak hüküm verilir[49]. Yani zaman geçmiş olsa da davalı belirli usulde borcunu ikrar ederse, zaman hukuki bir sonuç doğurmaz.

Ortaya çıkan ikinci hukuki sonuç, zamanaşımının bir defi itiraz argümanı olarak kullanılamayacağıdır. Davalının, davacının iddiasına karşı, '*davada zamanaşımı vardı*' demesi yeterli değildir. Ancak davalı, '*borcum yoktur, dava konusu mal vb. benimdir, davacının değildir'* cevabıyla zamanaşımını iddia edebilir[50]. Burada davalı mutlaka hakkın özü ile ilintili bir beyanatta bulunmalıdır, bu kısma hiç değinmeden sırf zamanaşımı argümanı ile davanın reddini sağlayamamaktadır.

Bir diğer netice; zamanın kısa veya uzun olmasının ehemmiyetinin olmamasıdır. Zaman ne kadar eskiye giderse gitsin hak mevcut ise varlığı devam edecektir. Ali Haydar Efendi'nin ifadesi ile zamanın 'ahkâb-ı kesire' olması hakkı ortadan kaldırmaz[51].

Mecelle'nin bu hükmü pozitif borçlar hukukundaki *eksik borç* ile ilintili yaklaşımla uyuşmaktadır. Bilindiği üzere eksik borç, sorumluluğun olmadığı borçtur, yani borçlu bu borç türünde hukuki yollarla ifaya zorlanamaz. Fakat bu durum talep edilebilme durumunu ortadan kaldırmamakta; talep ve dava edilebilmektedir. İşte zamanaşımına uğramış borçlar da eksik borç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada pozitif hukuk ile Mecelle arasındaki ortak nokta, her ikisi de hakkın ve veya borcun varlığını zaman geçmiş olsa da kabul etmektedir. Her ikisinde de borçlu borcunu ifa ederse, geçerli bir ifa söz konusu olur ve bu ifa bağışlama veya sebepsiz iktisap sayılmaz[52].

Pozitif hukuk ile Mecelle'deki düzenleme arasında ise esasen iki temel fark vardır. Bunlardan ilki, pozitif hukukta eksik borçlar taraflarca ileri sürülebilir nitelikte olmasına rağmen; Mecelle hükmünde zamanaşımı defi ve veya itirazı kabul görmemektedir. Davalı ve veya borçlu sırf zamanaşımı savunmasında bulunamamakta hakkın ve veya borcun özüyle ilintili cevap vermelidir. Başka bir ifade ile Mecelle'deki zamanaşımı günümüzde olduğu gibi usul hukuku

---

47 Cin, toprak düzeni, s. 376.

48 İslam Hukukun asli kaynaklarında bakara – 188 ayet hükmü ve Peygamber efendimizimin 'Bir müslümanın hakkı ne kadar eski olursa olsun, muuruzamanla batıl olmaz' El kebisi, Muhammed Ubeyd Abdullah, Ahkamul- vakıf Fiş- Şeriatil-İslamiyye, Bağdad, 1977, cilt 2, s. 307 den aktaran Akgündüz, müruruzaman, s. 44.

49 Ali Haydar Efendi, 4. Cilt, s. 233.

50 Ali Haydar Efendi, 4. Cilt, s. 234; Akgündüz, müruruzaman, s. 44.

51 Ali Haydar Efendi, 4. Cilt, s. 233.

52 Cin, Akgündüz, 2011, s. 643

anlamında bir savunma aracı olmamaktadır. Bu bağlamda Mecelle'ye göre davalının, davacının iddiasına karşı,'*davada zamanaşımı vardı*' demesi yeterli değildir. Ancak davalı, '*borcum yoktur, dava konusu mal vb. benimdir, davacının değildir*' cevabıyla zamanaşımını iddia edebilir.

İkinci fark, Mecelle'deki düzenleme, borcun hukuki niteliğini değiştirerek devam ettirmesidir. Şöyle ki zamanaşımına uğramış borç artık, *diyaneten* borç halini alır. Bu borç artık ödenmesi dinen teşvik edilen ancak kazaen desteklenmeyen borç olarak varlığını devam ettirir[53]. Bu durumu İslam hukukunun dini kökenli olma özelliğinin[54] bir uzantısı olarak yorumlayabiliriz. Nitekim pozitif hukukta eksik borcu en azından normatif düzeyde ödemeye teşvik edici bir mekanizmanın olmadığını ifade etmek gerekir[55].

Mecelle'nin Zamanaşımını Düzenleyiş Metodolojisi

İslam Osmanlı hukukunda zamanaşımını yeri geldikçe Mecelle'deki hükümlere atıfta bulunarak ana hatları ile izah etmeye çalıştık. Bu başlık altında zamanaşımı ile ilgili Mecelle'de mevcut olan maddeleri düzenlendikleri yer, düzenlendikleri konular açısından derli toplu halde ortaya koymaya çalışacağız.

Mecelle zamanaşımını kural olarak belirli bir kitapta, derli toplu bir şekilde düzenlemiştir. Hakikaten Mecelle'nin 14'üncü kitabı olan *Dava Kitabı*nın iki ana bölümünden ikincisidir.. Giriş ve iki bölümden müteşekkil olan 14'üncü kitap, 1 Temmuz 1876'da (9 Cemaziyeâhir 1293'te) Padişah V. Murad'ın irâde-i seniyyeleri alınarak yürürlüğe girmiştir[56]. İlk bölümde davanın tanımı, şartları, karşı dava (davayı etkisiz kılma), husumet, çelişki (tenakuz) gibi konular maddeler halinde oluşturulmuştur. Kitap bugün medeni usul hukuku olarak nitelendirdiğimiz alan ile ilintili bilgiler içermektedir.

Belirtmek gerekir ki Mecelle'de yer alan zamanaşımı hükümleri sadece bu kitapta yer almaz.

14'üncü kitabın ikinci bölümü, '*mürûr-u zaman hakkındadır'* başlığını taşımaktadır. Bölüm, Mecelle'nin diğer bölümlerinde olduğu gibi fasıllara ayrılmamıştır. Tek fasıl halinde 1660 ile 1675'inci maddelerini içererek toplam 16 maddeden oluşmaktadır. Zamanaşımına ilişkin bölümün fasıllara ayrılmamış olması dikkat çekici bir husustur. Mecelle, kitap, bap ve fasıl gibi kendi içindeki tasniflendirmeyi fıkıh kitaplarını esas alarak oluşturmaya çalışmış, hatta bu nedenle tekrara düştüğü şeklinde eleştirilere[57] tabi tutulmuştur[58]. Hakikaten zamanaşımı fıkıh ve fetva kitaplarının "Kitâbu'l- kadâ, Kitâbu'd-da'vâ, Kitâbu'l-hudûd, Kitâbu'ş-şehâdât" bölümlerinde incelenmiştir. Kanaatimizce zamanaşımının fasıllara ayrılmaması tercihten ibarettir. Mevcut 16

---

53 Mehmet Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s. 393.

54 Cin, Akyılmaz, 5. Baskı, s. 49.

55 Batı hukukunda hukuk tarafından bir yaptırımla desteklenmeyen ödenmesi borçlunun iradesine bırakılan tabii borçların varlığını kabul etmekle birlikte; borçlunun iradesini borcunu ödemeye yöneltecek bir mekanizma mevcut değildir.

56 Mehmet Âkif Aydın, Mecelle'nin Hazırlanışı, The Journal of Otoman Studies IX, İstanbul 1989, s. 49; Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi, OTAM, 29/ Bahar 2011, s.

57 Mecelle'ye yönelik eleştiriler ve konuyla ilintili tahliller için bk. Zeki Koçak, Hukuk Tekniği Açısından Mecelle'ye Yapılan Eleştiriler ve Değerlendirilmesi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Erzurum 2015, 19 (2), s. 35; Ahmet Şimşirgil, Ekrem Buğra Ekinci, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, Yalın Yayıncılık İstanbul 2015, s. 60 vd.

58 Ebu'l- Ula Mardin, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, TDV yayınları, Ankara 1996, s. 171.

madde muhtelif açılardan (örneğin zamanaşımına tabi olmayan haller, sürenin başlangıcı gibi) ele alınarak fasıllara ayrıştırılabilir idi. Ancak dönemin komisyonu tercihini ayırım yapmama yönünde kullanmıştır.

Çalışmamızın bu başlığının altında anılan bölümdeki tüm maddeleri tek tek ele almayacağız bunun yerine bu maddelerin hangi konuları içerdiğini değinmek ile yetineceğiz. Ardından çalışmanın ilerleyen bölümünde uygulamanın açıkça yada zimmi şekilde atıfta bulunduğu maddeleri biraz daha ayrıntılı anlatmaya çalışacağız.

Anılan bölümdeki maddeler genelde hak düşürücü zamanaşımına ilişkindir. Bu bağlamda, 1660'ıncı madde hangi dava türlerinde zamanaşımı süresinin ne kadar olacağını; 1663 ve 1664'üncü maddeler zamanaşımını işletmen sebepleri düzenlemiştir. 1667 ve 1668 inci maddeler zamanaşımının başlangıç sürelerini düzenlerken, 1674'üncü madde zamanaşımının hukuki etkisini ele almıştır. 1675'inci madde ise zamanaşımına tabi olmayacak konuları hükme bağlamıştır. Yukarıda da değindiğimiz gibi bu bölüm dışında Padişahın yargılama yetkisini izah eden 1801'inci madde ve önalım hakkındaki zamanaşımını düzenleyen 1034'üncü madde zamanaşımı ile ilintili Mecelle hükümleridir diyebiliriz.

Bu hükümler arasında ilerleyen bölümde Osmanlı idare ve hukukçularının açıkça ve zimmi bir şekilde atıfta bulundukları maddeler 1660, 1675 ve 1081'inci maddelerdir.

1660'ıncı madde mealen *'Borç ve vedia ve taşınmaz mülkiyeti ve miras ve taşınmaz vakıflarından mukataa veya icareteyn ile tasarruf ve vakıf yöneticiliği ve vakıf gelirleri davaları gibi asıl vakıf ve kamu ile ilgili olmayan davalar on beş sene geçtikten sonra görülmez'*[59] şeklindedir. Madde borç davalarının 15 yıl içerisinde dava edilmesi ele alınmıştır. Ali Haydar Efendi'nin verdiği örneğe göre bir kimse *'on beş sene önce sana verdiğim şu kadar kuruş karz veya sattığım malın bedelini isterim'* dese dava dinlenmez. Ali Haydar Efendi, maddede deyn ifadesinin kullanılması ile her türlü borcun bu kapsamda olduğunu zikretmektedir[60]. Bu açıdan bakıldığında müellife göre gerek kişilerin kendi arasında gerekse devletin kişiden veya kişilerin devletten olan alacağı on beş sene sonra zamanaşımına uğrar. Bu noktada Ali Haydar Efendi, 01.12.1882 tarihli (20 Muharrem 1300 seneli) bir irâde-i seniyye ile devletin alacağı hakkında davaların beş sene sonra dinlenmesi gerektiğine işaret etmiştir. Bu bilgiler bizim için kıymetlidir zira izah edilecek vakada devletin alacağının zamanaşımına uğraması ihtimali söz konusudur.

Vakada atıfta bulunulan diğer madde 1675'inci maddedir. Anılan madde mealen '*Genel yol ve akarsu ve otlak gibi kamu yararına ait olan yerlerin davasında zamanaşımı olmaz'* şeklindedir. Maddeyi açıklayan kısımda bir köye ait olan bir otlağı bir kimse nizasız olarak elli yıl zapt ve tasarruf ettikten sonra köy halkı o otlağı ondan dava etse, bu dava görülür şeklinde örnek verilmektedir. Hakikaten kamuyu ilgilendiren haklarda zamanaşımı uygulanmaz[61]. Ali Haydar Efendi bu yerlerde küçük, mecnun, gaip gibi kişilerin de haklarının olduğunu ifade etmektedir[62]. Bu bağlamda Ankara'daki yolda İskenderun ahalisinin de hakkı mevcuttur. Bu yerler kamuya ait oldukları, menfaatleri umuma ait olduğu için zamanaşımına uğramazlar[63]. Bu maddede bizim

[59] İlhan, s. 521.
[60] Ali Haydar Efendi, 4. Cilt, s. 219.
[61] Akgündüz, müruruzaman, s. 74.
[62] Ali Haydar Efendi, 4. Cilt, s. 219.
[63] Bu vakıflar her ne kadar okul, cami gibi kamusal yerlere ait olsalar da, mütevellileri olduğu için bunlar da kişi gibi muamele görmektedirler; Ünalan, s. 122.

kıymetlidir; zira bir kurum bu maddeye açıkça atıfta bulunarak devletin alacağının zamanaşımına uğramayacağını iddia etmektedir.

1801'inci madde de zamanaşımı ile ilişkilendirilmektedir. Madde Kaza kitabının hâkimin görevleri faslını düzenleyen 3 fasılda yer alır. 1801'inci madde mealen '*Yargılama, yer ve zaman veya istisna olarak bazı özel görevler ile sınırlanır, özellik gösterir*' şeklindedir.

İslam hukukçuları, zamanaşımını belirlemedeki yetki açısından ikili tasnif yapmışlardır. Bunlar, İslam hukukçularının içtihadı ile belirlenmiş zamanaşımı ve zamanın siyasi otoritesi ile tespit edilmiş zamanaşımıdır[64]. Müçtehitlerin öngördüğü zamanaşımları, yine siyasi otorite tarafından kodifiye edilebilir. Bu durumun en güzel örneği *Asıl vakıf hakkında vakıf mütevellisi ve görevlilerin davaları otuz altı yıla kadar görülür, otuzaltı yılı geçtikten sonra görülmez* hükmüne amir olan Mecelle'nin 1661'nci maddedir[65]. Diğer tür ise devlet başkanının emir ve talimatı ile belirlenen zamanaşımıdır[66]. Bu tür zamanaşımında siyasi otorite zamanaşımını kendisi belirlemekte; buna bağlı olarak da değiştirme veya ortadan kaldırma hususunda da daha rahat hareket edebilmektedir. Ali Haydar Efendi, Devlet başkanına bu yetkiye sahip olduğunun dayanağı olarak işbu 1801'inci maddeyi göstermektedir. Buna bağlı olarak bir davada bu şekilde belirlenmiş bir zamanaşımı söz konusu ise zamanaşımı geçmiş olsa bile Padişahın fermanı ile dava görülebilir. Bu türe girebilecek zamanaşımlarında şeyhülislam fetvaları da '*bilâ-emir istimâ olunmaz'* diyerek örfi hukuka atıfta bulunmaktadır[67]. Borç, emanet, ödünç, miras, kısas, gale davaları, özel yol ile ilgili davaları bu şekilde belirlenebilecek davalara örnek olarak sayılmıştır[68]. Bu madde bizim açımızdan kıymetlidir, zira padişahın zamanaşımını değiştirebilme yetkisinin olduğuna işaret edilmiştir.

Çalışmanın buraya kadarki kısmı, konunun teorik ve mevzuattaki karşılığını çizmede, genel portreyi gözlemlemede yarar sağlayacaktır. Şimdi Mecelle'nin zamanaşımına ilişkin hükümlerini bahsettiğimiz kurumların nasıl yorumladıklarını izahata geçebiliriz.

Mecelle'nin Zamanaşımı Hükümlerinin Pratiğe Yansıması

Mecelle'deki zamanaşımı hükümlerinin Osmanlı idareci ve hukukçuları tarafından nasıl yorumlandığı ve ortaya çıkan hukuki soruna nasıl tavırlar sergilediklerine bir emsal teşkil etmesi açısından Sadâret Mektubî[69] Kalemi Mühimme[70] Kaleminde (Odasında) (A.MKT.MHM) ve Meclis-

64 Ünalan, s. 104.

65 Müctehitlerin bu konudaki farklı görüşleri için bk. Ali Haydar Efendi, 4. Cilt, s. 221 vd.

66 Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul 1952, VI, s. 317; Ünalan, s. 104.

67 Ali Haydar Efendi, 4. Cilt, s. 217.

68 Ünalan, s. 104; 115 vd.

69 Mektubî Kalemi, Sadâret teşkilatı içinde önemli bir yer işgal eden ve Osmanlı Devleti'nin ilk devirlerinden beri devam varolmuş bir kalemdir. Sadâret tarafından çeşitli makamlara yazılan emir ve buyruldular, bu kalem tarafından kaleme alınmıştır. Tanzimat'tan sonra da Sadâret'in, gerek İstanbul'daki nezâret ve devâirle yaptığı yazışmaları, gerekse taşra ile yaptıklarını yürütmüştür. Mektubî Kalemi'yle birlikte ilk yıllardan beri varolan ve onun bir şubesi durumunda bulunan kalemdir. Önemli ve âcil olan hususları ayırtedebilmek için gerek evrakta, gerekse defterlerde mühim ve adi ayırımı yapıldığı görülmüştür. Yusuf İhsan Genç, Mustafa Küçük, Raşit Gündoğdu, Sinan Satar, İbrahim Karaca, Hacı Osman Yıldırım, Nazım Yılmaz, Başbakanlık Osmanlı Arşivi Rehberi, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayın no 108, İstanbul 2010, s. 280 vd

70 Mektubî Kalemi'yle birlikte ilk yıllardan beri varolan ve onun bir şubesi durumunda bulunan kalemdir. Önemli ve âcil olan hususları ayırtedebilmek için gerek evrakta, gerekse defterlerde mühim ve adi ayırımı yapıldığı görülmüştür. Genç, Küçük, Gündoğdu, Satar, Karaca, Yıldırım, Yılmaz, s. 280 vd.

i Vükelâ Mazbatalarında[71] (MV) yer alan belgeler bize bazı ipuçları verebilmektedir. Toplamda on beş yapraktan oluşan bu belgeler, 10.05.1890 ile 21.12.1890 tarihleri arasındaki yazışmaları içermektedir.

Hukuki olaylar ve yazışmalar silsilesi, Mecelle'nin zamanaşımına ilişkin hükümleri de içerisinde bulunduran dava kitabının yürürlüğe girmesi ile başlamaktadır. Bahsedildiği üzere anılan kitap *8. Cezamiye'l-ahir 1293* tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu durumda anılan tarihte muaccel olmuş olan alacaklar Mecelle'nin 1660'ıncı maddesine göre 15 sene içerisinde; yani 9 Cemaziye'l-ahir 1308'e kadar talep edilmelidir.

Mecelle cemiyetinin Padişah'a arz ettiği mazbata, kronolojik açıdan ikinci sırada yer almakta ve yukarıda belirttiğimiz bu bilgiyi teyit etmektedir. Bir nevi geçiş hükmü olan bu mazbatada Mecelle cemiyeti '*mürûr-ı zamân meselesinin mecelle-i ahkâm-ı adliyenin küttâb da'vâsının neşr ve i'lânı tarihinden i'tibâriyle ândan mukaddem olan matlûbât da'vâlarının usûl ve mu'âmelât-ı sâbıkası vechile rü'yet ve tesviyesine*'[72] diyerek dava kitabı yürürlüğe girmeden önceki hukuki vakalara o dönemdeki zamanaşımı hükümlerinin uygulanması gerektiğine işaret etmiştir. Padişah da bunun üzerine mazbatanın gereğinin yapılması ve zarara sebebiyet veren memurların sorumlu tutulması ve zararı tazmin etmeleri hususunda irâde-i seniyye çıkarmıştır[73].

Yazışmalar silsilesi bu şekilde başlamıştır. Bu yazışmalardan yola çıkarak Maliye Bakanlığı, Meşîhat, Bâb-ı âli ve Şûrâ-yı Devlet aynı hükümleri farklı şekilde yorumlamıştır. İlk olarak Maliye Bakanlığının görüşüne bakalım.

Maliye Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin Tahlili

Mazbata ve irâde-i seniyyenin gereği için evrak, dönemin Maliye Bakanlığına geldiğinde; bakanlık ilk olarak Mecelle'nin 1660'ıncı maddenin devlet alacaklarında uygulanması halinde devletin çok büyük zarara uğrayacağını böyle bir zarara mahal vermemek için gerekli tedbirlerin alınması hususunda Bâb-ı âli makamına 10.05. 1890 (28 Nisan 1306) tarihinde yazı yazar.

Bâb-ı âli, Maliye Bakanlığından gelen yazı ve irâde-i seniyye ve mazbata hükmünün gereği hususunda sıkıntı yaşamış ve bu iki evrakı tefsir etmek üzere Şûrâ-yı Devlete göndermiştir. Şûrâ-yı Devlet, İslam hukukçuları arasında zamanaşımı süreleri hususunda farklı görüşlerinin olduğunu, bir kısmının on beş senelik bir kısmının otuz altı senelik süreleri kabul ettiğini; bu gibi farklı görüşlerin mevcut olduğu hallerde siyasi otoritenin bir tercihte bulunduğunu; Mecelle'nin dava kitabındaki hükümlerin hukuk davalarında on beş, vakıf davalarında ise otuz altı yılı belirlediğini ifade etmiştir. Akabinde '*küttâb-ı mezkûrun neşri mebdâ' olarak ândan sonra üzerinden on beş sene mürûr eden da'vâların istimâ'ı câiz olmadığı*'nı diyerek, dava kitabı yürürlüğe girdikten

---

[71] Sadrazamın başkanlığı altında şeyülislam ile bakanlardan oluşan ve devletin iç ve dış siyasetine ilişkin konular hakkında karar veren makama ilişkin yazışmalar yer almaktadır; günümüzdeki bakanlar kuruluna benzetilmektedir. Mektubî Kalemi'yle birlikte ilk yıllardan beri varolan ve onun bir şubesi durumunda bulunan kalemdir. Önemli ve âcil olan hususları ayırtedebilmek için gerek evrakta, gerekse defterlerde mühim ve adi ayırımı yapıldığı görülmüştür. Genç, Küçük, Gündoğdu, Satar, Karaca, Yıldırım, Yılmaz, s. 334.

[72] Anılan dosyalarda bu belge mevcut değildir; ancak dosyada mevcut olan hemen hemen tüm evrakta işbu mazbataya atıf vardır. Bk. BOA, A_}MKT_MHM_501_52_001_001

[73] Anılan dosyalarda bu belge mevcut değildir; ancak dosyada mevcut olan hemen hemen tüm evrakta işbu mazbataya ve irâdeyei seniyyeye atıf vardır. Mazbata ve irâde-i seniyyenin içeriğini diğer evraklardan yola çıkarak belirlemek zorunda kaldık. Bk.BOA, A_}MKT_MHM_501_52; BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_004.

sonraki hukuki ihtilaflarda zamanaşımı süresinin on beş sene olduğunu açık bir şekilde ifade etmiştir[74]. Şûrâ-yı Devlet, 1660'ıncı madde kapsamındaki on beş senelik zamanaşımının mazbata ile dava kitabının yürürlüğe girdiği andan itibaren başladığını ısrarlı bir şekilde şu şekilde yorumlamıştır: '*mecelle-i ahkâm-ı adliyenin altı yüz altmışıncı mâddesinin ve mazbata-i mezkûre hükmünün küttâb-ı da'vânın neşrinden sonra olan mu'âmelât ve ukûda sarf olunarak ândan evvelki mu'âmelâtın mürûr-ı zamândan istisnâsı yolunda tefsîre mahall olmadığı gösterildiği cihetle…*'[75]

Dava kitabının yürürlüğe girmesinden sonra borç/alacak davalarının Mecelle'nin 1660'ıncı maddesine göre on beş senelik zamanaşımına tabi olacağı yorumu, Şûrâ-yı Devlet tarafından Maliye Bakanlığına bildirilmiştir. Bu yorum, Maliye Bakanlığını harekete geçirmek zorunda bırakmıştır. Zira devletin bazı müteahhit ve mültezimlerden alacağı vardır ve bu alacaklar için herhangi bir talep veya dava girişiminde bulunulmamıştır. Maliye Bakanlığını harekete geçirdiğini düşündüğümüz diğer ve kuvvetli olan ihtimal Şûrâ-yı Devletin zarara sebep olan memurun sorumlu olması ve tazmin ile mükellef olması gerektiği yönündeki tefsiridir. Devletin bazı müteahhit ve mültezimlerdeki alacakları da eğer Mecelle'nin 1660'ıncı maddesine tabi olacak ise zamanaşımı süresi bitmek üzeredir. Bu noktada Ali Haydar Efendi'nin 1660'ıncı madde şerhini tekrarlamak gerekmektedir. Zira yukarıda da izah edildiği üzere müellif, gerek bireylerin kendi arasında gerekse devlet ile birey arasındaki tüm alacak/borç davalarında bu hükmün uygulanması gerektiğini ifade ediyordu[76].

Maliye Bakanlığı Hukuk Müşavirliği, Şûrâ-yı Devletin 1660'ıncı madde kapsamındaki on beş senelik zamanaşımının mazbata ile dava kitabının yürürlüğe girdiği andan itibaren devletin alacakları açısından da geçerli olduğunu belirtmesi üzerine Şûrâ-yı Devletten tekrar tefsir istemiştir[77].

Müşavirlik, tefsiri bir mütalaaname hazırlayarak talep etmiştir. Mütelaalanamesinde devletin yaklaşık 670.000.000 kuruşluk bir alacağının söz konusu olduğunu, borçları ve borçluları araştırma için yeterli vaktin olmadığı belirtilmiştir. Müşavirlik, devlet alacaklarının 15 senelik zamanaşımına tabi olmaması için dava açmanın yeterli olmadığını, borçlulara ve ikamet ettikleri yerlere '*ihzar* varakası'nın tebliğ edilmesinin gerekli olduğunu bildirmiştir[78]. Anılan tebliğ

---

[74] '*fukahâ muhtelifun fih bir mesele olup ba'zıları on beş ve bir takımı da otuz altı sene mürûrunda da'vânın istimâ' olunmaması re'yinde bulunduklarına ve böyle müctehidun fihâ olan mesâilde kangı kavl ile amel olunmak üzre imâm-ı müslimîn emr eder ise ol kavl ile amel vâcib olduğuna mebnî mecellenin küttâb da'vâsının tanzîminde sûret-i kat'iyyede olarak hukûk da'vâlarının on beş sene ve rakabe-i vakfa müte'allık da'vâların otuz altı sene mürûrundan sonra istimâ' olunmaması kararlaşdırılmış olduğundan küttâb-ı mezkûrun neşri mebdâ' olarak ândan sonra üzerinden on beş sene mürûr eden da'vâların istimâ'ı câiz olmadığı hâlde…*'

[75] BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_003

[76] Ali Haydar Efendi, 4. Cilt, s. 217 vd. Ali Haydar Efendi'nin bu yorumunu içeren şerhin kitap halindeki ilk hali 1892-1898 tarihleri arasında basılmıştır. Ali Aslan Topçuoğlu, Mecelle Şârihi ALİ Haydar Efendi'nin Hayatı ve Hukukçuluğu, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, s. 340. Yani, tamda kurumların bu hususta farklı görüşlerini dile getirdikleri zamanda yazılmıştır.

[77] '*…hükm-i irâde-i seniyyenin infâzı lüzûmu tanzîmât dâiresinden bâ mazbata arz ve beyân olunmuşdu.*
Mûcibince nezâret-i müşârun ileyhâya icrâ buyrulan teblîgât üzerine ba'zı ifâdâtı hâvî hazîne-i hukûk müşâvirliğinden tanzîm ve bâ-tezkire takdîm olunup Şûrâ-yı Devlet'e havâle buyrulmağla yine mezkûr tanzîmât dâiresinde …' BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_003.

[78] '*…mürûr-ı zamânın def'i on beş seneden evvel huzûr-ı hâkimde da'vâya menût ve bu da mahkemeye verilecek arz-ı hâl üzerine medyûnlara veya ikâmetgâhlarına ihzâr varakası teblîğ etmeğe mütevakkıf olup…*' 'BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_003.

işleminin ise çok zor olduğunu bir örnekle izah etmeye çalışmıştır. Müşavirlik, miktarın çok olduğuna işaret ederek konunun önemini vurgulamaya çalışmıştır.

Müşavirlik, davanın açılmasının değil, dava yazısının davalıya tebliğinin zamanaşımından kurtulmak için gerekli olduğunu ifade etmiştir. Doğrudan ifade edilmese de burada zamanaşımının *durdurulması* veya *kesilmesi* hallerine atıf vardır. Dava evrakının tebliğinin zamanaşımını durdurmadığı veya kesmediği düşüncesinden hareket ederek de bu işlemlerin icrasının çok zor olacağı kanaatine sahip olmuştur. Mütaalanamede devletin alacaklı olduğu borç ilişkilerinde borçlulara ulaşmanın çok zor olduğu, onların sağ mı ölü mü olduklarını dahi tespit etmenin mümkün olmadığı örnek vererek açıklanmıştır. Yani doğrudan ifade etmese de gaiplik halinde zamanaşımının durmayacağını ifade etmektedir. Ancak İslam hukuk literatürüne, hususen de Hanefi hukukçuların görüşlerine bakıldığında davalının gaip olması, zamanaşımı süresini durduran nedenlerden birisidir[79]. Dolayısıyla zamanaşımını durdurma gerekçesi gaipliğin üzerine inşa edilerek ileri sürülebilecek bir hukukî argüman değildir.

Müşavirlik, zamanaşımını durduran nedenler açısından değil zamanaşımını kesen bir hal olup olmadığını sorgulamış olabilir. Zamanaşımına tabi olmamak için dava evraklarının mahkemeye verilmesinin değil de evrakların davalılara tebliğinin gerekli olduğu fikri, doğrudan belirtilmese de zamanaşımının kesilmesine işaret etmektedir. Kural olarak, İslam hukukçularına göre alacaklının alacağı ile ilgili dava açması, zamanaşımını keser[80]. Ancak davanın kesilebilmesi için dava dilekçesinin verilmesinin mahkemeye verilmesi mi yoksa davalının hâkim huzuruna çıkmasının mı gerekli olduğu tespit edilmelidir. Mecelle'nin 1666'ıncı maddesi '*bir kimse bir konuyu diğer kimseden birkaç yılda bir defa hâkim huzurunda dava etmekle beraber davalar sonuçlanmayarak bu şekilde on beş yıl geçmiş olsa bu davanın görülmesine engel olmaz. Ama hâkim huzurunda yapılmayan iddia ve talep zamanaşımını ortadan kaldırmaz. Bu bakımdan bir kimse bir konuyu hâkim huzurunda bir başka yerde iddia ve talep ederek zamanaşımı tamamlansa davacının davası görülmez.'* Hükmüne amirdir. Ali Haydar Efendi de Mecelle'nin bu hükmünü maliye bakanlığı hukuk müşavirliği gibi yorumlamıştır. Ona göre, dava dilekçesinin mahkemeye verilmesi hatta davetiye, arzuhal ve istid'a nın davalıya tebliğ ettirilmiş olması bile zamanaşımını kesmez. Zira zamanaşımını kesen hususunun dava olduğu maddede belirtilmiştir. Dava da Mecelle'nin 1613 ve 1618 inci maddelere göre dava hâkim huzurunda hasmının yüzüne karşı olan taleptir. Hasmının yüzüne karşı söylenmeyen şey dava değildir[81]. Maliye bakanlığı hukuk müşavirliğinin bu ince hukuki bilgiyi yakalayarak, hukuki bir yorumda bulunmasının önemli olduğunu ifade etmek isteriz. Zira bu tespit, Tanzimat dönemi Osmanlı hukukçularının hukuki meselelere farklı perspektiflerden bakabildiklerini ve konuyla ilgili dönemin mevzuatına ve hukuk teorisyenlerinin görüşlerine vakıf olduklarını göstermektedir.

Müşavirlik, mütaalanamesinde memurların memuriyet sürelerinin zamanaşımı süresince devam etme ihtimalinin olmadığını belirtmiştir. Bunun anlamının da sorumluluğun son memura kalması demek olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: '*…bu işlere me'mûr olanların me'mûriyetleri mürûr-ı zamân müddetince devâm edememek mülâbesesiyle mes'ûliyetin son me'mûra tahmîli muvâfık-ı ma'delet olamayacağı cihetle…*'[82]. Son memurun bu denli yüksek bir zarardan sorumlu olması ise hukuk müşavirliğince adalete uygun görülmemiştir. Ayrıca eğer memura ceza kanununa

[79] Arı, s. 73.
[80] Arı, s. 75.
[81] Ali Haydar Efendi, 4. Cilt, s. 228.
[82] BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_003

göre maaş kesimi cezası takdir edilir ve yine aynı kanuna göre memuriyetten azl edilirse pratiği mümkün olmayan bir işlem tesis edileceği belirtilmiştir. Hukuk müşavirliğin, atılacak adım ile ilgili çok yönlü düşündüğünü bu fikri ile de görmüş oluyoruz. Maliye bakanlığı konuyla ilintili alınacak kararın pratik bir değerinin olmasına odaklanmıştır diyebiliriz. Zira hukuk müşavirliği, mütaalanamesinde '*…her iki sûret dahi hazînenin matlûbât-ı külliyesini istîfâya fâide-bahş olmayup metâlib-i hazîne zâyi' olacağından…*' diyerek tek bir memurun zarardan sorumlu tutulamaması, sorumlu memurların ceza kanununa göre azledilmesi ve veya maaş kesimi cezası verilmesinin devlet hazinesine bir katkı sağlamayacağını belirtmiştir. Bu görüş bizce Bakanlığın hukuk normlarını sonuç odaklı ve nispeten pragmatik amaçlı tahlil ettiğini göstermektedir.

Bakanlığın, irâde-i seniyye hükmünün aksini muhtelif gerekçelerle savunmasının dikkate değer olduğunu ifade etmek gerekir. Padişah zararın sorumlu memurlar tarafından tazmin ettirilmesini irade etmiş iken, Maliye Bakanlığı bahsettiğimiz hukuk argümanları ile bu karara direnmeye çalışmıştır. Bu durum, Tanzimat sonrası Osmanlı Devleti'nde muhalif görüşlerin de mevcut olabildiğini, Padişahın iradesinin de sorgulanabildiğini göstermesi açısından mühimdir.

Bakanlık, sorunun çözümü için nelerin yapılamayacağını ifade ettikten sonra, yine sonuç odaklı düşünerek başka bir hukuki argümanı devreye sokmuştur. Mütalanamede geçen '*…hazîne-i devlete ve beytü'l-mâle âid hukûkun menâfi'-i âmme dâhilinde bulunması i'tibâriyle küttâb-ı da'vânın menâfi'i umûma âid yerler hakkındaki de'âvînin mürûr-ı zamân kâ'idesine tâbi' olmadığını mutazammın olan bin altı yüz yetmiş beşinci maddesi hükmüne tevfîki kâbil olduğu…*' ifade, bu sorunun çözümünün 1675'inci madde olduğuna işaret etmektedir. Bilindiği üzere 1675'inci madde '*Genel yol ve akarsu ve otlak gibi kamu yararına ait olan yerlerin davasında zamanaşımı olmaz'* mealindedir. Bakanlık da mültezim ve müteahhitlerden devletin alacağının kamu yararı kapsamında olacağını düşünmekte buna bağlı olarak da zamanaşımına tabi tutulmaması gerektiğini yorumlamıştır. Esasında bakanlık da bu fikrinin hukukiliği hususunda emin olamamış olmalıdır ki bu maddeden nasıl istifade edilebileceğini belirtmiştir. Bakanlığa göre, bu mevzu '*mesâil-i ictihâdiyeden olmak ve mürûr-ı zamân vukû' bulan da'vânın emr-i sultânî ile istimâ'ında dahi cevâz-ı şer'î bulunmak…'tır*[83]. Yani, bu konu içtihadi bir meseledir dolayısıyla Padişah iradesi ile konu 1675'e dayanarak zamanaşımına tabi olmadığı zikredilebilir demektedir. Mütaalanamede müşavirlik doğrudan atıfta bulunmamış olsa da Padişahın Mecelle'nin 1801'inci maddesindeki yetkisine işaret ettiğini söyleyebiliriz. Kanaatimizce müşavirliğin buradaki yorumu, zorlama olmuştur. Zira 1675'inci madde kamu yararına yönelik olan alanlarla ilgilidir, ancak vakada kamunun alacağı söz konusudur. Padişah'ın 1801'inci maddesindeki yetkisinin sınırsız bir yetki olmadığını ayrıca, bu yetkisinin Mecelle ve diğer normlarla tedvin ettiğini de göz ardı etmemeliyiz.

Bâb-ı âlinin 10.05.1890 tarihli Maliye Bakanlığı yazısına cevap vermemesi üzerine, Maliye Bakanlığı aynı makama 20 Rebiülahir 1308 (3.12.1890) tarihinde tekrar yazı yazar. Bu yazıya kendi hukuk müşavirliğinin mütaalanamesini ve Şûrâ-yı Devletin tefsirini de takdim eder. Bu yazısında hukuk müşavirliği mütalaanamesindeki devletin zarara uğramaması için hazinenin alacakları için zamanaşımının geçerli olamadığının irâde-i seniyye ile belirlenebileceği yönündeki fikrin altını çizer. Ayrıca artık sürenin çok az kaldığını tarih belirterek ifade eder. Hakikaten süre artık çok azdır; zamanaşımının bitmesine iki aydan daha kısa bir süre vardır. Bu nedenle '*…ahd-i karîbde icrâsına müsâra'at olunan ve vakt-i mezkûre kadar icrâsı mütehattim olan tedâbîr ve mesâ'î mürûr-ı zamânı ref'a sâlih olacak bir neticeye vüsûle imkân vermeyeceği*

[83] BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_003

tecrübe-i merkez-i tahakkuka vâsıl ...' diyerek gereğinin teşebbüs edilmesinin ve bu hususstaki gerekli tedbir ve işlerin zamanaşımını engelleyecek bir sonuca ulaşmayacağını belirtmiştir[84]. Bu durumda ise yüzmilyonları aşkın bir alacağın talep edilemeyeceğine işaret etmiştir.

Maliye Bakanlığı, vaka ile ilgili olarak zorlama yorumlar yapmış olsa da konuya ve konuya uygulanabilecek hükümlere vâkıf gözükmektedir. Hukukçu teorisyenlerin fikirlerini, mevzuattaki ince ayrıntıyı biliyor olmuş olması dikkate çeken başka bir noktadır. Bakanlığın görüşlerini önemli kılan diğer husus da Padişah iradesinin aleyhine görüş beyan etmesi ve bu konuda ısrarcı olmasıdır. Kanaatimizce sorun, sürenin sonuna doğru tedbir alınmaya çalışılmasıdır. Dava kitabı yürürlüğe girdiği vakitte anılan şekilde mazbata hazırlanmış olsa idi yada dava kitabını uygulayacak makamlara bu konuda bir eğitim verilmiş olsa idi bu gibi sorunlar ile karşılaşılmayabilirdi. Her halükarda bu durum, Mecelle'nin geçiş döneminde bir takım sorunların olduğuna işaret etmektedir.

Bahsettiğimiz üzere konuya muhtelif kurumlar muttali olmuştur. Meşîhat da bunlardan biridir. Meşîhatın konuya bakışını izah ile çalışmamızı sürdürelim.

Şeyhülislamın Fetvası

Konunun Şeyhülislama intikali birkaç kez olmuştur. İki kez Şûrâ-yı Devlet tarafından son kez de Bâb-ı âlî tarafından Şeyhülislamlık makamından konuyla ilgili görüş istenmiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere Maliye Bakanlığı 28 Nisan 1308 / 10.05. 1890 da Şûrâ-yı Devletten tefsir isteyince, Şûrâ-yı Devlet de 13 Şevval 1307 /2.6.1890 tarihinde Şeyhülislamlık makamının görüşünü sormuştur. Cevap alamayınca 2 R 1308 (15 Kasım 1890) Tarihinde tekid etmiştir. Yine cevap alamayınca bu kez, devreye Sadrazamlık makamı girmiş ve 24 Teşrin-i sani 1306 / 6. 12.1890 tarihinde Meşîhata konunun önemine istinaden yazı kaleme almıştır[85].

3 Aralıklı 1890 tarihli yazıda Bâb-ı âlî, Maliye Bakanlığının mütalaanamesinde zamanaşımından dolayı hazinenin çok büyük zarara uğrayacağının, devlet malları hakkında zamanaşımının uygulanmayacağı yönünde Padişahtan takrir talep edildiğinin yazıldığına işaret etmiştir. Sürenin bir seneden az olduğunu ifade eden Bâb-ı âlî devlet hazinesinin zarardan kurtulabilmesi için mümkün olan en kısa süre içerisinde Bâb-ı Meşîhatın karar vermesini ve kararın Şûrâ-yı Devlete ve sadrazamlık makamına tebliğini istemiştir[86].

Şeyhülislamlık makamı, devlet alacaklarının Mecelle'nin 1660'ıncı maddesine tabi olup olmayacağı tartışmasına girmemiştir. Meşîhatın takriri, bu ön kabulün üstüne inşa edilmiştir. Başka bir ifade ile devlet alacakları da Mecelle'nin 1660'ıncı maddesindeki 15 senelik zamanaşımına tabidir. Bu aşamadan sonra zararın ortaya çıkmasında kimler sorumludur? Bu zararın memur tarafından giderilmesinin şeri boyutu nasıldır? Sorularına cevap vermiştir.

Hakikaten Meşîhat, *'... bi'l-i'tinâ dikkat olunarak vakt ü zamânıyla mehâkime mürâca'at olunup da iddi'â olunur ise mûcib-i terkîn bir şey kalmayacağı bedîhî bulunduğu...'* diyerek zamanında mahkemeye başvurulsaydı zararın çıkmayacağının açık olduğunu ifade etmiştir. Bu şekilde mevcut zararın müsebbibi olarak memurları işaret etmiştir.

Meşîhat, zararın tazmininin en son memura yansımayacağını, mazbatanın yürürlüğe girmesinden itibaren devlet hazinesinin hakkını korumakla vazifeli ve yetkili olan her bir memurun

[84] BOA, A_}MKT_MHM_501_52_001_001
[85] BOA, A_}MKT_MHM_501_52_002_001.
[86] BOA, A_}MKT_MHM_501_52_002_001.

memuriyet süreleri dikkate alınarak hesaplama yapılmasının uygun olduğunu düşünmüştür. Şeyhülislam Ömer Lütfi tarafından imzalanan yazıda memurların memuriyet süreleri dikkate alınarak devletin uğrayacağı zararı tazmin ettirilmesi şu şekilde ifade edilmiştir: '*…mecelle cem'iyyeti mazbatasının tarih-i neşrinden i'tibâren hukûk-ı hazîneyi muhâfazaya mecbûr ve iddi'âya salâhiyeti olan her bir me'mûrun müddet-i me'mûriyeti hesâb edilerek zamân ve müddet-i me'mûriyeti vechile zâyi' olan hukûk-ı hazînenin garâmeten tazmîn etdirilmesi…* '. Bu şekilde kimsenin mağdur olmayacağı ve bundan sonrası için de memurların kamu görevini üşenme ve ilgisizlik gibi nedenler yapmamalarının önüne geçilebileceği düşünülmüştür.

Şeyhülislamlık makamı zararın memurlardan tazmin edilmesine *maslahata* uygun görmektedir. Bu noktada '*maslahata uygunluk'* durumuna biraz daha ayrıntılı bakmak gerekmektedir. Maslahat, İslam hukukunun tali kaynaklarındadır. Hakkında İslam hukukunun asli kaynaklarında hüküm bulunmayan bir hukuki meselede kamu yararına yönelik, İslam hukukçularının hüküm vermesi olarak tanımlanan maslahat, genel olarak somut net hukuki sorunların çözümünde kullanılmıştır[87]. Maslahat, hukukun uygulanmasında ortaya çıkan engellerin kaldırılması, umumi amaçlara aykırı haksız sonuçları önleme ve hukuki dinamizmi sağlama fonksiyonlarına sahiptir diyebiliriz[88]. Bu bağlamda, olayımızda Şeyhülislam da memurlardan memuriyet süreleri zarfınca zarardan sorumlu tutulmasını maslahat tali kaynağına dayanarak varmaktadır. Bu durum iki şekilde tahlil edilebilir. İlk olarak, Tanzimat sonrası dönemde nispeten pasif bir konumda olduğu düşünülen Şeyhülislamlık makamı, diğer kurumlar tarafından önemsenmekte ve fikrinin alınmasına öncelik verilmektedir diyebiliriz. Zira hem Bâb-ı âli hem de Şûrâ-yı Devlet, esasında yürütme erkini ilgilendiren hususta anılan makamdan görüş ve karar istemiştir. Cevabın gelmemesi halinde tekid içeren yazıların gönderildiğini görmekteyiz. Bu ise Meşîhatın düşünüldüğü kadar pasif bir konumda olmadığını göstermektedir. İkinci husus, düalist hukuki yapıya sahip olduğu düşünülen Tanzimat sonrası Osmanlı hukukunda İslam hukukunun temsilcisi konumundaki makam, İslam hukukunun tali kaynağına göre hüküm verebilmektedir.

Şeyhülislamlık makamı, müşavirlik mütaalanamesinde zamanaşımından kurtulmak için dava açmanın yeterli olmadığı aynı zamanda tebliğ etmek gerektiği hususunda verdiği örneği ise '*gayr-ı makûl'* görmüştür. Zira Meşîhat devletin alacaklısı olduğu kişiler ile ilintili kayıtların '*muntazam'* olması gerekmektedir[89]. Şeyhülislam Ömer Lütfi, zamanaşımını kesen hallerle ile ilintili bir yorumda bulunmamıştır; konuya biraz daha idarenin sorumluluğu açısından bakmıştır. Dava dilekçesinin tebliğ edilemeyecek olması idarenin vazifesini tam olarak yerine getirmediği şekilde anlaşılmıştır.

Şûrâ-yı Devlet Tefsiri

Maliye Bakanlığı, İradeyi Seniye ve Mecelle cemiyetinin mazbatasını Şûrâ-yı Devlet tarafından iki kere yorumlanmasını istemiştir. Maliye Bakanlığının aynı hususta iki kere tefsir talebinde bulunmasının nedeni, iki kurumun aynı hususta farklı düşünmelerinden kaynaklanmaktadır.

---

87 Cin, Akyılmaz, 5. Baskı, s. 61.

88 İhsan A. Bagby, Klâsik İslam Hukuku Teorisi'inde (Fıkıh Usulü'nde) Maslahat Meselesi, Çeviren Şükrü Selim Has, Marife, yıl 3, sayı 1, bahar 2003, s. 155 vd.

89 BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_003

İlk yorumunda İslam hukukçuları arasında zamanaşımının süresi hususunda tartışmaların olduğuna değinmiştir. Ancak bu farklı görüşlerin Mecelle ile kodifiye edildiğine değinmiştir. Burada Şûrâ-yı Devlet, açıkça ifade etmemiş olsa da örfi hukuk ile siyasi otoritenin tercihte bulunduğuna değinmektedir. Hakikaten örfi hukuk, şeri hukuk içerisinde içtihadi konularda mevcut içtihatlardan birinin tercih edilmesi suretiyle oluşturulabilmektedir[90]. Bu yaklaşım bize klasik dönemde ziyadesiyle kendisini hissettiren örfi hukukun Tanzimat dönemi Osmanlı hukuk oluşumunda etkili olduğunu ve hukukçuların bu yaklaşıma haiz olduklarını göstermektedir. Şûrâ-yı Devletteki hukukçuların zamanaşımı hususundaki içtihadi farklılıkları biliyor olmuş olmaları da dönemin hukukçularının İslam hukuku bilgisine yeterli seviyede sahip olduklarını göstermesi açısından önemlidir[91].

Şûrâ-yı Devletin Tanzimat Dairesi[92] ilk yorumunda bu teorik tartışmaları yaptıktan sonra '*…küttâb-ı mezkûrun neşri mebdâ' olarak ândan sonra üzerinden on beş sene mürûr eden da'vâların istimâ'ı câiz olmadığı…*' diyerek 15 senelik zamanaşımının dava kitabı yürürlüğe girdikten sonraki alacak/borç davalarına uygulanacağı yorumunda bulunmuştur. Bu noktada Ali Haydar Efendi'nin şerhini hatırlamanın faydalı olduğunu düşünüyoruz. Zira Ali Haydar Efendi bu tartışmaların yaşandığı sıralarda kitap haline getirmiş olduğu Mecelle şerhinde tüm alacakların bu zamanaşımına tabi olacağını zikretmiştir. Borçlunun veya alacaklının kişi veya devlet olmasının bir farkı olmadığını; tüm borçlar da 1660'ıncı maddedeki 15 senelik zamanaşımının geçerli olacağını ifade etmiştir.

Bilindiği üzere Şûrâ-yı Devlet, 8 Zilhicce 1248/1 Nisan 1868 tarihli nizamnamesinin ilk maddesine göre '*Mesâlih-i umûmiye-i mülkiyenin merkez- i müzâkeresi olmak üzere…'* üzere oluşturulmuştur. Yazışmaların yürürlükte olduğu dönemde Şûrâ-yı Devletin tabi olduğu 1298/1880-1881 tarihli 110 maddelik Şûrâ-yı Devlet Nizamnamesine göre de Şûrâ-yı Devletin *idari kanun ve nizamâtı tefsir etmek* yetki ve görevi vardır[93]. Yani, tüm mülki işlerin müzakere merkezi olmak amacıyla kurulmuştur. Buna bağlı olarak da Kanunlar ve vazedilmiş nizamlarla ilgili olarak, dairelerden gelen evrak ve kararlara cevabi görüş bildirmek yani mevzuat hükümlerini yorumlamak ile görevlidir[94]. Şu durumda Şûrâ-yı Devletin kendi görev alanına giren bir hususta vazifesini ifa ettiğini bu somut örnekte gördüğümüzü ifade edebiliriz. Keza, bu yazışma bize diğer kurumların Şûrâ-yı Devletin varlığından ve ne gibi vazifesinin olduğundan haberdar olduklarını göstermektedir. Bu tespitler Şûrâ-yı Devletin Tanzimat sonrası Osmanlı hukuk pratiğinde önemli bir role sahip olduğuna işaret etmektedir.

---

90 İbrahim Durhan, Osmanlı Hukukunun Yapısı Üzerine Bir Etüd, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, sayı 1, Erzincan 1999, s. 227.

91 '*…mürûr-ı zamân beyne'l-fukahâ muhtelifun fih bir mesele olup ba'zıları on beş ve bir takımı da otuz altı sene mürûrunda da'vânın istimâ' olunmaması re'yinde bulunduklarına ve böyle müctehidun fihâ olan mesâilde kangı kavl ile amel olunmak üzre imâm-ı müslimîn emr eder ise ol kavl ile amel vâcib olduğuna mebnî mecellenin küttâb da'vâsının tanzîminde sûret-i kat'iyyede olarak hukûk da'vâlarının on beş sene ve rakabe-i vakfa müte'allık da'vâların otuz altı sene mürûrundan sonra istimâ' olunmaması kararlaşdırılmış olduğundan…*' BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_003.

92 Tanzimat dairesi, ilk kez 10 Şubat 1872 tarihinde Şûrâ-yı Devletin teşkilat yapısında yapılan değişiklikle ortaya çıkmış olan dairedir. Bu dairenin esas görevi, kanun, nizamat ve mukâvelâtın tanzim edilmesi olarak gösterilmiştir. Yazışmaların yapıldığı dönemde ise 1298/1889-1881 tarihli 110 maddelik Şûrâ-yı Devlet Nizamnamesine göre görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş Tanzimat dairesi faal idi. 23. Z. 1285/6 Nisan 1869 tarihli irdade

93 Bu nizamnamenin tam anlamıyla yürürlüğü girmediği, Şûrâ-yı Devletin 1284, 1285 tarihli nizamanme hükmlerine göre görevini ifade ettiği yönündeki görüş için bk. Canatar, Baş, s. 130.

94 Mehmet Canatar, Yaşar Baş, Şûra-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi, OTAM (Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi), sayı 9, Ankara 1998, s. 117.

Kanaatimizce, devletin alacağının ne kadar sürede zamanaşımına uğrayacağını belirten hususi bir düzenlemenin mevcut olmayışı, İslam hukukunun da bu konuda siyasi otoriteye işaret etmiş olması ve nihai itibariyle borç/alacak davaları için genel bir düzenleme olarak nitelendirebileceğimiz 1660'ıncı maddenin varlığı, Şûrâ-yı Devletin tefsirinin Osmanlı hukuk sistemine uygun olduğunu göstermektedir.

Şûrâ-yı Devlet '…mürûr-ı zamânın önü alınmak üzre izâ'a-i vakt olunmaksızın hemen mahkemelere mürâca'atla ikâme-i da'vâ olunarak hazînenin eşhâs ve mültezimîn zimmetlerinde olan metâlibinin te'mîni ve mürûr-ı zamâna sebebiyet veren me'mûrînin mes'ûl ve zâmin tutulmaları hakkında olan hükm-i irâde-i seniyyenin infâzı lüzûmu tanzîmât dâiresinden bâ mazbata arz ve beyân olunmuşdu…' diyerek devletin alacağının zamanaşımına uğramaması için vakit kaybetmeksizin dava açılması ve zararın sorumlu memurlardan tazmin ettirilmesi yönünde tefsir etmiştir[95]. Burada Şûrâ-yı Devletin kendisine aktarılan hususları tartışma ve yorumlama görev ve yetkisi, ona yürütmeye müdahale yetkisi verir mi? Sorusu akla gelmektedir. Literatür, Şûrâ-yı Devlet'in kendisine yorumlanmak üzere gönderilen konuları tartışmak ve fikir beyan etmekle vazifeli olmasının, ona icrai işleri yani yürütmeye müdahale yetkisi vermediğini zikreder[96]. Şûrâ-yı Devletin zamanaşımına uğrama ihtimali olan dosyalar için bir an evvel davaların açılması gerektiğine işaret etmesi, esasında yürütmeye müdahale olarak değerlendirilebilir. Kanaatimizce, Şûrâ-yı Devlet, mazbata ve irâde-i seniyyenin devletin alacaklarında da 1660'ıncı maddedeki zamanaşımı hükümlerine tabi olacağını ve bunun için gerekli tedbirlerin alınması gerektiğini belirtmesi yeterli idi. Bunun da ötesine geçerek biran evvel dava açılmasını ifade etmesi, görevinin sınırlarını zorladığı anlamına gelebilir. Zira zamanaşımının durması veya kesilmesi hususunda nasıl bir yol izlenmesi hususunda karar verecek olan makam, Maliye Bakanlığı Hukuk Müşavirliğidir. Anılan makam, dava açma dışında bir usul ile bu sorunu çözebilme görev ve yetkisine sahip olmalıdır. Ancak ortaya zarar çıkması halinde bu zararın memurlar tarafından tazmin ettirilmesi görüşü yorum kapsamında kabul edilebilir. Zira memurlarla ilintili takibat yapılması, zaten idarenin en üst merci olan Padişah tarafından verilmiş bir karar idi. Şûrâ-yı Devlet burada idare yerine geçmemiş; onun kararını teyit eder yorum yapmıştır. Belirtilmelidir ki kanun ve nizamların bir bütün halinde uygulanmasına nezaret etmesi, yanlış uygulamaları ilgili mercilere belirtme ile izinli olması[97] Şûrâ-yı Devletin görevinin gereğinin zor olduğunu ifade etmemize neden olmaktadır..

Kuruluş nizamnamesi, Şûrâ-yı Devlete bilhassa padişah irâde-i seniyyesi veya kanun ve nizamların gereği olarak, devlet memurlarının durumlarını tahkik ederek muhakemelerini yapma yetkisi vermiştir[98]. Bu görev, Şûrâ-yı Devletin memurları yargılama yetkisine haiz olduğunu göstermektedir. İncelediğimiz yazışmada Şûrâ-yı Devletin memurlar hakkında yargılama yapmadığını ancak bu yetki ve görev dâhilinde inceleme yaptığını söyleyebiliriz. Nitekim, yazışma Şûrâ-yı Devletin Tanzimat dairesine aittir; eğer muhakeme söz konusu olsa idi, yazışma, 20 Zilhicce 1303/19 Eylül 1886 tarihli düzenleme ile memurların muhakemesine inhisar ettirilen Muhâkemât Dairesi tarafından yapılırdı[99].

---

95 BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_003.
96 Canatar, Baş, s. 117.
97 Ahmet Lütfî Efendi, Vak'a-nüviz Ahmed Lütfî Efendi Tarihi, XI, YAY. M. Münir Aktepe, İstanbul 1984, s. 161; Canatar, Baş, s. 120.
98 Canatar, Baş, s. 117.
99 Canatar, Baş, s. 130.

Şûrâ-yı Devletin ilk tefsirinin Maliye Bakanlığına ulaşması sonrası Bakanlığın yeniden uzunca ve ayrıntılı bir mütalaname hazırlaması, Şûrâ-yı Devletin görüşlerinin idari işlem tesis edilirken ciddiye alındığını önemsendiğini göstermektedir. Aksi halde, Şûrâ-yı Devletin görüşüne rağmen, istenildiği gibi hareket edilebilirdi. Bu yolun tercih edilmeyip bakanlığın kendi görüşünü ayrıntılı bir şekilde ve Şûrâ-yı Devlete cevap şeklinde tekrar bildirmesi Şûrâ-yı Devleti de bir açıdan ikna etme gayreti şeklinde düşünülebilir. Bu tespit, Şûrâ-yı Devletin o dönemin devlet işleyişinde ne kadar önemli bir role sahip olduğunu tekrar ortaya koymuştur.

Şûrâ-yı Devlet ikinci tefsirinde, ilk tefsirinde değindiği hususları, Maliye Bakanlığının bunun üzerine verdiği mütaalanemenin bahsettiği konuları, Şeyhülislamının yorumunu özetleyecek şekilde kaleme almıştır. Ardından özellikle mütaalanemeye cevap şeklinde ikinci tefsirini oluşturmuştur. Şûrâ- yı Devlet, Mecelle'deki zamanaşımı hükümlerinin Maliye Bakanlığı işlemlerinde de geçerli olacağını ve hazinenin tüm alacaklarını bir deftere kayıt ederek hemen dava açılması gerektiğini belirtmiştir.

Konunun çok önemli olması, devletin yitirebileceği zararın çok yüksek olması ve maliye bakanlığının konuya hassas davranması, Şûrâ-yı Devlet Tanzimat dairesi üyelerinden birisinin tarafından Maliye bakanlığıdan bir görevli ile müzakere etmenin yararlı olacağı teklifini doğurmuştur. Ancak '*nezâret-i müşârun ileyhâdan bir me'mûr celbiyle müzâkere-i maslahat olunması lüzûmı bir re'y tarafından ifâde ve teklîf olunmuş ise de tafsîlât-ı mebsûte iktizâsınca mesele emval-i beytü'l-mâl hakkında mürûr-ı zamânın cârî olup olmadığını münhasır olmasıyla bu bâbda nezâret-i müşârun ileyhâdan bir gûne istîzâha lüzûm olmadığından…*' denilerek bu teklif reddedilmiştir[100]. Şûrâ-yı Devletin tefsir edeceği hususlarda kendisinden tefsir isteyen makamdan bir görevli ve yetkili ile görüşmeyi dikkate alması uygulamada nasıl bir çalışma stratejisine sahip olduğunu göstermesi açısından önemlidir.

Maliye bakanlığı belirtildiği gibi 1675'inci maddenin bu vakalara uygulanabileceğini iddia etmiştir. Şûrâ-yı Devlet de bunun çok açık bir şekilde mümkün olmadığını düşündüğü için Maliye bakanlığından birisini görüşmelere davet etmeye gerek olmadığı kararına varmıştır. Esasında Maliye Bakanlığı konuya sadece bu açıdan değil, çok yönlü ve teferruatlı bir şekilde bakmakta idi. Bu noktada Maliye Bakanlığının konunun aynı zamanda ceza hukuku ve medeni usul hukuku boyutu olduğuna işaret eden görüşlerinin göz ardı edildiği ifade edilebilir.

Şûrâ-yı Devlet, *'…mecelle-i ahkâm-ı adliyenin gerek tarih-i neşrinden mukaddem cereyân etmiş olan ve gerek mecellede musarrah bulunan mürûr-ı zamân meselesinde hukûk-ı emiriyenin istisnâsına dâir hiçbir gûne kayd ve şart mevcûd olmadığı…'* diyerek devlet alacaklarının zamanaşımına istisna olacağına işaret eden hiçbir hükme sahip olmadığını belirtmiştir. Şûrâ-yı Devletin bu yorumu bize özel hüküm varken genel hüküm uygulanmaz ilkesini hatırlatmaktadır. Bilindiği gibi kanun koyucu genel bir normun alanına giren vakalardan belirli bir kısmını kendine has özelliklerinden ötürü hususi bir şekilde düzenleyebilmektedir[101]. Dönemin Şûrâ-yı Devlet Tanzimat dairesi üyeleri de devlet alacaklarını genel zamanaşımı hükmüne istisna tutan hususi bir düzenleme olmadığına dayanmaktadırlar. Eğer konu ile ilintili bir hususi düzenleme olmuş olsa idi o hükmün uygulanabileceği düşünülmüştür. Hakikaten böyle bir istisnai düzenlemenin olmadığı, tüm borçlar için Mecelle'nin 1660'ıncı maddenin uygulanacağı gerek o dönemin hukukçuları gerekse çağımız hukuk tarihçileri tarafından ifade edilmiştir.

[100] BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_004.
[101] Tahir Çağa, Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/3, s. 368.

Hukukun genel ilkeleri de Şûrâ-yı Devletin yorumunda kriter aldığı başka bir hukuk argümanı olmuştur. İkinci tefsirde geçen ' …. *kâffe-i düvel-i mütemeddinede mürûr-ı zamân mâddesinin hazâin ve efrâda şâmil olmak üzre cereyânı kavânîn-i umûmiye-i adliyeden bulunduğundan*….' İfadesi, hukukun genel ilkelerine atıf yapmaktadır. Gelişmiş ülkelerde de zamanaşımı hükümlerinin hem devlet hem de vatandaş için uygulanmasının hukukun genel ilkelerinden sayıldığına atıf yapan Şûrâ-yı Devlet, bu sayede genel hukuk mantığı ile karşısındaki somut vakayı tahlil etmeye çalışmaktadır. Doğrudan ifade edilmemiş olsa da mukayeseli hukuktan yararlanılmaya çalışılmış olması, hukukun genel ilkelerine dayanılması, Şûrâ-yı Devletin konuyu hukuki açıdan ele alma gayretini ortaya koymaktadır. Hukukun teşekkülünde yorumlanmasında bugün dahi önemsenen mukayeseli hukuk ve hukukun genel ilkelerinin Tanzimat dönemi hukukçuları tarafından esas alınması dikkate değer bir tespittir.

Maliye Bakanlığının önerdiği gibi eğer devletin alacakları zamanaşımına tabi değildir şeklinde bir işlem tesis edilecek olursa, devletin daha büyük zararlara uğrayacağını belirten Şûrâ-yı Devlet, adalet ilkesine dayanmıştır. Hakikaten '*…emvâl-i emîriyenin mürûr-ı zamândan istisnâsı takdîrinde efrâdın hazâin-i devletde olan matlûbâtının dahi mürûr-ı zamândan istisnâsı adâlete iktizâ idüp…*' diyen Tanzimat Dairesi, eğer devlet alacakları zamanaşımına tabi tutulmazsa, devlet borçları da zamanaşımına tabi tutulmamalıdır zira adalet bunu gerektirir şeklinde yorum yapmıştır. Böyle bir işlem ise çok büyük zararlara sebebiyet verecektir. Dolayısıyla Şûrâ-yı Devlet, dava kitabı yürürlüğü girdikten sonra üzerinden on beş sene geçecek olan hazinenin alacaklı olduğu davalar, dinlenilmemesi gerekir sonucuna tekrar varmıştır. Makamın adalet olgusuna atıfta bulunması, teorik olarak önemli olmakla birlikte, bu yorumu destekleyecek hukuk kurallarına yer verilmesinin daha faydalı olabileceğini ifade edebiliriz.

Devletin alacaklı olduğu davaların zamanaşımı nedeniyle dinlenilmemesinden ötürü uğranılacağı iddia edilen 670.000.000 kuruşluk zarar konusunda da Şûrâ-yı Devlet bir tahlil yapmıştır. Kurum, devletin uğrayacağı zararın bu kadar çok olmayacağını düşünmektedir. Zira ona göre bu miktarın bir kısmı '*mahall-i istîfâsı mefkûd*' olacaktır[102]; yani takip edilse dahi tüm borcun alınması, ödetilmesi mümkün olmayacaktır. Şûrâ-yı Devletin bu yorumunun hukukî bir görüş olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zaten hepsini alınamayacak idi, o nedenle zarar bu kadar büyük değil düşüncesi devlet idaresi açısından da makul sayılabilecek bir tahlil değildir. Şûrâ-yı Devlet, zararın bu denli çok olamayacağı fikrini başka bir hukuk kuralı ile de açıklamaya çalışmıştır. Devletin alacakları *Nıfsiye Düyûn* kararnamesine tabi olacaktır o nedenle zarar bu denli çok olmayacak denilmiştir. Kurumun atıfta bulunduğu kararname ismi ve tarihi net olarak belirtilmediği için bu alacakların anılan kararnameye tabi olduğu yorumu hakkında bir tahlilde bulunamıyoruz. Ancak kurumun, bir başka hukuk kuralını göz önünde tutması, dönemin Osmanlı mevzuatına hâkim olduğunu göstermektedir.

İkinci yorumunda da Şûrâ-yı Devlet, zararın memurlar tarafından tazmin ettirilmesi sonucuna varmıştır. Konunun önemli olmasına bağlı olarak mutlaka çözümlenmesi gerekmesi, müsamaha gösterilmemesinin gerekli olması, evrakların kayıt ve muhafaza gibi işlerinin bundan sonra dağınık olmaması ve maliye memurlarına bir ibret olması için zamanaşımına sebebiyet veren memurların sorumlu tutulması ve zararı gidermesi görüşünü tekrar etmiştir[103]. Biraz önce de

[102] BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_004.

[103] '*…zât-ı maslahatın ehemmiyeti hasebiyle bunun çâre-i tesviyesi bulunmak ve ba'demâ müsâmaha ile teşettüt-i ahvâle meydân verilmemesi için me'mûrîn-i mâliyeye müesser bir ibret gösterilmek lâzım geleceğine…*' BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_004.

bahsettiğimiz üzere Şûrâ-yı Devletin bu tutumu, yürütmenin en üst merci olan Padişahın irâde-i seniyyesini teyit etmekte ve onu gerekçelendirmektedir. Ortada bir idari tasarruf olduğu için Şûrâ-yı Devletin buradaki tutumunu tefsir kapsamında değerlendirmek mümkündür. Akabinde, evrakların hızlıca hazırlanması ve sorumlu memurlar hakkında takibat yapılabilmesi için gerekli işlemlerin ifası için dosyanın maliye bakanlığına havale edilmesi sonucuna varmıştır.

Şûrâ-yı Devlet, gerekli olan muamelenin gerçekleştirilmesi için evrakın sadece Maliye Bakanlığına değil, vakıflar bakanlığına ve askeri ve mülki tekâ'üd sandıkları bakanlıklarına da gönderilmesi gerektiğini yazmıştır. Şûrâ- yı Devletin yapmış olduğu bir yorumun diğer kurumlara da göndermek istemesi dikkate değerdir[104]. Zira bu yöndeki bir girişim, Osmanlı reformunun bir uzantısı olarak kurulmuş olan Şûrâ-yı Devletin idari teşkilatı merkezileştirmeye de hizmet ettiğini göstermektedir[105].

Bâb-ı âli'nin Duruşu ve Tahlili

Bâb-ı âli konuyla ilintili yazışmaların koordinasyonunda ve en sonunda karar merci olarak karşımıza çıkmaktadır. Elimizdeki belgelerden anlaşıldığı üzere ilk kez mazbata ve irâde-i seniyyenin maliye bakanlığına gelmesi üzere, 10.05.1890 (28 Nisan 1306) da konuyla ilişkilendirilmiştir. Belirtildiği üzere bakanlık konuyla ilgili gerekli tedbirlerin alınmasını Bâb-ı âli'den istemektedir. Yazışmalardan anladığımız kadarıyla Bâb-ı âli tefsir için konuyu Şûrâ-yı Devlete sormuştur. Şûrâ-yı Devlet şeyhülislamlık makamının görüşünü istemesine rağmen alamayınca Bâb-ı âli araya girmiştir. Bu bağlamda Sadrazam Kamil Paşa imzalı yazı ile Bâb-ı âli, Şeyhülislamlık makamının sürenin az olduğunu da ifade ederek en kısa süre içerisinde bir karar vermesini ve kararını hem Şûrâ-yı Devlete hem de Bâb-ı âlîye gönderilmesini istemiştir[106]. Maliye bakanlığının ilk yazısına Bâb-ı âli tarafından dönüş yapılmayınca ilgili bakanlık 20 Rebiülahir 1308 (3.12.1890) tarihinde tekrar konuyla ilgili yazı yazmıştır.

Bâb-ı âlî'nin Meclis-i mahsûs birimi 21.12.1890 9 Ca 1308 tarihinde tüm bu yazışmalar üzerinde meseleye şu şekilde yaklaşmıştır. Öncelikle Mecelle'nin 1660'ıncı maddesinin dava kitabının yürürlüğe girdikten sonraki alacaklarda uygulanacağı, daha önceki alacaklarda uygulanmayacağı belirtilmiştir. 1675'inci maddenin anılan alacaklara uygulanması gerektiği yönündeki bakanlığın ve Şûrâ-yı Devletin görüşleri hakkında ise şu şekilde değerlendirme yapmıştır. Devletin alacaklarının Mecelle'nin 1660'ıncı maddenin istisnası olduğuna ilişkin bir hüküm yoktur. Gelişmiş ülkelerde de bu yönde bir hukuki yaklaşım söz konusu değildir. Eğer böyle bir istisna olacak ise bu durumda devletin borçları için de istisnai yaklaşımın kabul edilmesi adaletin gereğidir. Bu durumda devletin çok fazla zarara uğrayacağı aşikârdır. Devletin uğrayacağı zararın miktarı ise maliye bakanlığının bahsettiği kadar çok olmadığı zira bunların bir kısmı yerel hizmetlerde kullanıldığı bir kısmı ise başka bir hukuk kuralı ile ortadan kaldığı anlaşılmaktadır. Ancak devletin zarara uğramaması için derhal davaların açılması gerektiği hususunda karar alınmıştır.

---

[104] '*…ol vechile îfâ-yı mu'âmele-i lâzımenin mâliye nezâretine havâlesi ve evkâf-ı hümâyûn nezâretince dahi matlûbât-ı vakfiye hakkında mürûr-ı zamâna aid mu'âmelât suâl edilmiş bulunmasına mebnî karâr-ı ma'rûzun nezâret-i müşârun ileyhâya ve devâir-i sâire-i resmiye ile askerî ve mülkî tekâ'üd sandıkları nezâretlerine teblîği ekseriyetle tezekkür kılındı.*' BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_004.

[105] Fethi Gedikli, 1868'den 1922'ye Şura-yı Devlet Reisleri, Osmanlı Hukuku Makaleler, Gündoğan Yayınları, İstanbul 2012, s. 183.

[106] BOA, A_}MKT_MHM_501_52_002_001.

Bâb-ı âli memurların zararın giderilmesi hususunda sorumlu olup olmadıkları üzerinde uzun uzadıya tartışmalar yapmıştır. Şûrâ-yı Devletin şeyhülislamın görüşleri ve bakanlığın görüşleri ayrıntılı bir şekilde izah edildikten sonra 30.12.1890 18 Kanuni evvel 1306 da maliye bakanlığı görüşüne uygun bir şekilde karar almıştır. Bâb-ı âlî '*bu işlere me'mûr olanların müddet-i me'mûriyetleri mürûr-ı zamân müddetince devâm edemeyeceği mülâbesesiyle eslâf-ı me'mûrînin müsâmaha ve nekâyizden terettüb eden mes'ûliyetin son me'mûra hasrını müstelzim olup bu da adâlete münâfî olacağından'*[107] diyerek memurlara sorumluluk yüklenmeden zararın oluşmaması için derhal davaların açılmasına karar vermiştir.

Bâb-ı âli makamının padişah iradesinini aksine bir karar almasını önemli görmekteyiz. Zira mazbatada ve irâde-i seniye de zararın memurlardan giderilmesi ifade edilmiş iken, Bâb-ı âlî bunun aksine maliye bakanlığı gibi düşünerek zararın memurlardan giderilmemesi yönünde karar almıştır. Bu durum Tanzimat döneminde padişahın her iradesinin kabul görmediğini ortaya koymaktadır.

Sonuç

Bu çalışma ile Osmanlı döneminde Osmanlı toplumu için çıkarılmış olan Mecelle'nin zamanaşımına ilişkin hükümlerinin farklı kurum ve müesseseler tarafından farklı yorumlandığı ortaya konmuştur. Dava kitabının yürürlüğe girmesinden sonra Mecelle'nin 1660'ıncı maddesinde yer alan alacak davalarında zamanaşımı süresinin 15 sene olması hükmünün devletin alacaklarını da kapsayıp kapsamadığı hususu farklı kurumlarda farklı şekilde yorumlanmıştır. Mecelle cemiyetinin dava kitabı yürürlüğe girdikten sonraki tüm alacaklarda bu hükmün uygulanması yönünde yazdığı mazbata ve bu mazbatanın gereğinin yapılması ve uğranılacak zararın sorumlu memurlardan giderilmesi yönündeki irâde-i seniyye kurumlar arasında yazışmaların başlangıç noktası olmuştur. Nitekim bu mazbatanın yazıldığı tarih dikkate alındığında devletin alacaklarının zamanaşımına uğramasına iki seneden az bir vakit vardır.

Çalışma Tanzimat sonrası Osmanlı devlet kurumları arasında yazışmalar suretiyle hukuki tartışmaların yapıldığını, kurumların kendi hukuk bakış açılarında ısrarcı dahi olabildiklerini göstermektedir. Bir kurumun diğer kurumdan bir görüş veya yorum istemesi halinde cevap gelmiyor ise yazının akıbeti takip edilmiştir. Bu durumu gerek maliye bakanlığı ile Bâb-ı âlî arasında gerekse Şûrâ-yı Devlet ile şeyhülislamlık makamı arasındaki yazışmalardan anlamak mümkündür. Şu halde o dönemde bürokratik işleyişin ağır da olsa işlediğini söyleyebiliriz.

Çalışma ile Osmanlı hukukçu ve idarecilerinin, dönemin evrensel hukuk ilkelerini takip ettikleri, gelişmiş ülkelerdeki hukuki yaklaşımlardan haberdar oldukları anlaşılmaktadır. Şûrâ-yı Devletin '*kâffe-i düvel-i mütemeddine*' ye ve '*kavâ'id-i umûmiye-i adliye*' atıf yapması fikrimizi teyit etmektedir. Bunun ile birlikte kaynak olarak karşımıza çıkan maslahatın Meşîhat makamında hukuki dayanak olarak kullanılması, İslam hukukunun hukuki yorumlarda varlığını hissettirmesi açısından önemlidir. Nitekim Şeyhülislam Ömer Lütfi Efendi doğacak zararın tanziminin memurlar tarafından sağlanmasını maslahata uygun görmüştür. Yine bu dönemde hukukun oluşturulması ve uygulanmasında zimmen de olsa örfi hukuktan yararlanıldığı söylenebilir. Şûrâ-yı Devletin zamanaşımının süresi hususunda İslam hukukçularının farklı süreleri savunduklarını, ancak farklı görüşlerin Mecelle ile kodifiye edildiği şeklinde yorumu örfi hukukun oluşum metotlarından birine işaret etmektedir. Şu durumda anılan dönemde Osmanlı hukukçu ve idarecileri, Osmanlı

[107] BOA, MV 00060_00049_001_002.

hukukunun iki temel ayağı olan İslam hukuku ve örfi hukuktan yararlandıkları gibi, gelişmiş ülkelerden ve evrensel ilkelerden de istifade etme gayretinde içindedirler diyebiliriz.

Bu araştırma kapsamında Osmanlı idareci ve hukukçularının önlerindeki vakadan yola çıkarak Mecelle'nin bizatihi kendisine yönelik bir tenkitte veya eleştiride bulunmadıklarını söyleyebiliriz. Aksine yukarıda da izah edildiği üzere Mecelle'nin İslam hukukçularının farklı görüşlerinden birini tercih ederek hukuk birliği sağladığı ifade edilmiştir. Bu yaklaşım eleştiriden ziyade Mecelle'nin o dönemin hukuk sistemine sağladığı yarara işaret etmektedir. Hakikaten Mecelle'nin alacak davalarında zamanaşımını düzenleyen 1660'ıncı maddesi farklı görüşlerden kaynaklanabilecek sorunlara son noktayı koymuştur.

Çalışma, Mecelle'nin geçiş döneminin nispeten sancılı olduğunu ortaya koymaktadır. Çalışma içerisinde defaetle atıfta bulunduğumuz mazbata ve gereğinin yapılması hususundaki irâde-i seniyye esasında geçici madde niteliğindedir. Zira devletin alacaklarının da Mecelle'nin 1660'ıncı maddesinde belirtilen 15 sene içerisinde istenmesi gerektiğine bunun içinde bu süre içerisinde işlem tesis edilmesine işaret etmektedir. Bu durumda 1660'ıncı maddenin içerisinde bulunduğu dava kitabı yürürlüğe girdikten sonraki 15 sene içerisinde davaların açılması gerekmektedir. Mazbata ve irâde-i seniyye de bu hususa değinmektedir. Ancak mazbatanın ve irâde-i seniyyenin dava kitabı yürürlüğe girdiği anda değil de sürenin bitmesine 2 seneden az bir zaman kala hukuk dünyasında sokulmasını zamanlama açısından isabetli görmek mümkün değildir. Dava kitabı yürürlüğe girdiği andan itibaren 1660'ıncı maddenin devlet alacaklarına da uygulanacağının devlet idarecileri tarafından biliniyor olmuş olması gerektiği düşünülebilirse de o vakit Mecelle'yi uygulayacak personele eğitim verilmemesi bir eksiklik olarak görülebilir. Her halükarda geçiş döneminin bir takım problemleri de beraberinde getirdiği ortadadır. Bu tecrübe bize, mevzuat değişikliği yapılması halinde, o mevzuatı uygulayacak personele gerekli eğitimlerin verilmesi gerektiğini, ayrıca mevzuat geçiş hükümlerinin ayrıntılı ve vaktinde düzenlenmesinin lazım olduğunu göstermektedir.

Araştırma kapsamında Osmanlı idareci ve hukukçularının zamanaşımına ilişkin uygulanabilecek Mecelle hükümlerine vakıf olduklarını da söyleyebiliriz. Nitekim Maliye Bakanlığı hukuk müşavirliğinin 1660'ıncı maddeye devlet alacaklarının tabi olmayacağını yine Mecelle'deki 1675'inci maddeye dayanarak iddia etmektedir. Bu görüşün zorlama bir yorum olduğunu ifade etmiş idik, ancak hukuk argümanı olarak farklı hükmün kullanılmasının önemli olduğunu ifade etmek isteriz. Ayrıca zamanaşımının kesilmesi için dava açmanın yeterli olmadığı, dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmesi gerektiği yönündeki mütalaa da Maliye Bakanlığı hukuk müşavirliğinin dönemin yargılama usulüne hâkim olduğunu gösteren başka bir veridir.

Çalışma, son olarak bize Tanzimat döneminde Padişah iradesinin tartışılabildiğini, aksi yöndeki görüşün savunulabildiğini hatta bu görüşte ısrarcı olunabildiğini en nihayetinde aksi yönde karar alınabildiğini göstermektedir. Nitekim irâde-i seniyyede memurların zararın giderilmesinden mesul tutulması gerektiği ifade edilmiş olsa da Maliye Bakanlığı hukuk müşavirliği aksini defaatle savunmuştur. Her ne kadar Şûrâ- yı Devlet ve Şeyhülislam da irâde-i seniyye gibi yorum beyan etmiş olsalar da Bâb-ı âlî memurların sorumlu tutulmayacağı yönünde karar almıştır.

Kronolojik Yazışma silsilesi[108]

Tarih	Yazan Makam	Hitap Edilen Makam	Konu
8. Cezamiye'l-ahir 1293 1.07.1876	Mecelle cemiyeti Bâb-ı âli Padişah	Tüm mahkemeler Tüm kamu kurumları ?	Dava kitabının yürürlüğe girmesi
	Mecelle Cemiyeti	Padişah (?)	Zamanaşımı hükümlerinin mer'i davalara uygulanabilirliğine ilişkin mazbata
	Padişah (İrâde-i seniyyesi)	Maliye Bakanlığı	Mazbatanın gereği ve zararın sorumlu memurlardan tazmini
10.05.1890	MB Hukuk Müşavirliği	Bâb-ı âli	Hazinenin alacaklı olduğu davalarda 1675'in uygulanması takririni talep
	Bâb-ı âli	Şûrâ-yı Devlet	Tefsir istenir
2.06.1890	Şûrâ-yı Devlet	Maliye Bakanlığı	Tüm alacaklar 1660'a tabi; derhal dava açılmalı, zarar memura rücu edilmeli
2.06.1890	Şûrâ-yı Devlet	Şeyhülislam	tefsir
3.12.1890	Maliye Bakanlığı arzı (mütalaaname)	Şûrâ-yı Devlet	çok az vakit kaldığı ve zararın çok olacağı için takrir talebi, 1675'inci maddenin uygulanabileceği görüşü, 1612'e göre dava açmanın yetmeyeceği fikri
3.12.1890	Maliye Bakanlığı	Bâb-ı âli	Vaktin çok az kaldığı biran evvel karar verilmesi gerektiği fikri
6.12.1890	Bâb-ı âli	Bâb-ı Meşîhat	Sürenin bitimi yakın olduğu ve zarın çok olacağı için görüş
17.12.1890	Şeyhülislam	Şûrâ-yı Devlet, Maliye Bakanlığı	Zarara sebep olan memura rücu maslahata uygun
18.12.1890	Şûrâ-yı Devlet	Maliye Bakanlığı	Tazmin tek memura kalmayacağı, 1660'ın istisnasının olmadığı, çağdaş devletler ve evrensel ilkeler e atıf, aksi halde borçlu olduğu davalar da kullanılır, zararın çok olmadığı, zararın memurlardan tazmin edilmesi görüşü
21.12.1890	Bâb-ı âlî	Maliye Bakanlığı	Şûrâ-yı Devlet tefsiri maslahata uygun, zarar memura rücu edilmesin, bir an evvel davalar açılsın şeklinde karar
9.Cemaziye'l-ahir 1308 20.01.1891			Zamanaşımı süresi doluyor

Kaynakça

Abdulkadir Udeh, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, Rehber Yayıncılık, Ankara 1990, cilt II.

Abdülkerim Ünalan, *İslam Hukukunda Zamanaşımı*, D.E.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, sayı XII, İzmir 1999.

Abdüsselam Arı, "*İslâm Hukukuna Göre Hukuk ve Ceza Davalarında Zamanaşımı*" İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, sayı 11, İstanbul 2005.

Ahmed Akgündüz, *İslam Osmanlı Hukukunda Müruruzaman*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya 1998.

[108] Bu tablo yazışmalarını tahlil etmeye çalıştığımız kurumların hangi tarihte hangi makama ne yazdıklarını derli toplu halde göstermek için hazırlanmıştır. Yanında soru işareti olan hususlar elimizdeki verilerden kesin olarak teyit edemediğimiz verilerdir.

Ahmet Gökcen, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul Üniversitesi, SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987.

Ahmet KILINÇ, *Klasik Dönem Osmanlı Devlei'nde İçki İçme Suçu*, 6. Uluslar arası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, Sakarya Üniversitesi Yayın No: 111, Komrat 2014.

Ahmet KILINÇ, *İdam Cezasının Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukundaki Görünümüne İlişkin Birkaç Kaynak ve Bu Kaynakların Tahlili*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 11, 2011(Bahar).

Ahmet Lütfî Efendi, Vak'a-nüviz Ahmed Lütfî Efendi Tarihi, XI, YAY.

M. Münir Aktepe, İstanbul 1984.

Ahmet Şimşirgil, Ekrem Buğra Ekinci, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, Yalın Yayıncılık İstanbul 2015.

Ali Aslan Topçuoğlu, *Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi'nin Hayatı ve Hukukçuluğu*, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, sayı 28, Konya 2010.

Ali Haydar Efendi, Düreru 'l-hukkâm Şerhı Mecelleti'l-Ahkam, Gül Neşriyat, İstanbul bila tarih, C.IV.

Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2009, E. 2006/124, K. 2009/146 sayılı kararı 08.01.2010 tarih ve 27456 sayılı Resmi Gazete; [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/]

Ateş Oktar, Vergi Hukuku, 6. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2011. Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesi'yle Mecelle, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi, OTAM, 29/ Bahar 2011.

Ebu'l- Ula Mardin, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, TDV yayınları, Ankara 1996.

Fatma Turna, Türk Vergi Hukukunda Zamanaşımı, Marmara Üniversitesi SBE, Mali Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014. Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Aydın

Kitabevi, Ankara 2007.

Fethi Gedikli, *1868'den 1922'ye Şura-yı Devlet Reisleri*, Osmanlı Hukuku Makaleler, Gündoğan Yayınları, İstanbul 2012.

Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, 6 Baskı, Beta Yayınları cilt 1, İstanbul 1998.

Halil Cin, Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, Osav yayınları, İstanbul 2011.

Halil Cin, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1992.

Hasan Tahsin Fendoğlu, Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.

İbrahim Durhan, *Osmanlı Hukukunun Yapısı Üzerine Bir Etüd*, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, sayı 1, Erzincan 1999.

İhsan A. Bagby, *Klâsik İslam Hukuku Teorisi'inde (Fıkıh Usulü'nde) Maslahat Meselesi*, Çeviren Şükrü Selim Has, Marife, yıl 3, sayı 1, Bahar 2003.

Joseph Schacht, An Introduction to Law, Clarendon Paperbacks, Oxford 1982.

Mehmed Arif Bey, "*İdam Cezası: Tarihçesi, Bizde İcra Edilememesi Esbabı*", İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası, sayı 1, İstanbul, 31 Mart 1325.

Mehmet Âkif Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, The Journal of Otoman Studies IX, İstanbul 1989.

Mehmet Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul 1999. Mehmet Canatar, Yaşar Baş, *Şûra-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi*, OTAM (Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi), sayı 9, Ankara 1998.

Mehmet İpşirli, '*XVI. Asrın İkinci Yarısında Kürek Ceza ile İlgili Hükümler'*, İÜEF Tarih Enstitüsü Dergisi, S:12, 1982.

Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza 2 Baskı, Konya 2014.

Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi (THT) Dersleri, Konya, Mimoza Yayınları, 2014.

Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi, Atlas Yayınevi 6 Baskı, Ankara 2017 Nami Çağan, Vergi Hukukunda Süreler, AÜHFY Sevinç Matbaası, Ankara 1975.

Numan Debbağzade, Terüme-i Camiu's-Sak, İstanbul 1248. Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1961.

Oğuzman, M. Kemal-Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, Filiz Kitabevi.

Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılâhât-ı Fıkhıyye Kamusu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1952.

Özcan Karadeniz-Çelebican, Roma Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

Tahir Çağa, *Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder mi?*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/3.

Yiğit, Yaşar, "*İslam Ceza Hukuku Hükümlerine Etkisi Açısından Zamanaşımı*", İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, Konya, Sayı 3 Haziran- 2004.

Yusuf İhsan Genç, Mustafa Küçük, Raşit Gündoğdu, Sinan Satar, İbrahim Karaca, Hacı Osman Yıldırım, Nazım Yılmaz, Başbakanlık Osmanlı Arşivi Rehberi, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayın no 108, İstanbul 2010.

Zehra Odyakmaz, *Hukukta Zaman ve İdarî Yargıda Makûl Süre Sorunu*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2010, yıl 1, sayı 2.

Zeki Koçak, *Hukuk Tekniği Açısından Mecelle'ye Yapılan Eleştiriler ve Değerlendirilmesi*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Erzurum 2015, 19 (2)

BOA, 5 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm No 80. BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_004.

BOA, A_}MKT_MHM_501_52_001_001 BOA, A_}MKT_MHM_501_52_001_002 BOA, A_}MKT_MHM_501_52_002_001. BOA, A_}MKT_MHM_501_52_002_002 BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_001 BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_003. BOA, A_}MKT_MHM_501_52_003_002. BOA, A_}MKT_MHM_501_52_004_001. BOA, A_}MKT_MHM_501_52_004_002. BOA, A_}MKT_MHM_501_52_005_001 BOA, A_}MKT_MHM_501_52_006_001 BOA, A_}MKT_MHM_501_52_006_002. BOA, MV 00060_00049_001_001.

OSMANLI HÂKİMİYETİNDE TUNUS'TA KANUNLAŞTIRMA: ANAYASA İLANI VE FIKHIN KANUNLAŞTIRILMASINDA TUNUS'UN İSLAM - OSMANLI COĞRAFYASINDAKİ ÖNCELİĞİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Özet

Osmanlı Devleti'nin Tanzimat projesini eyâletlerde uygulama çabası yanı sıra eyâletlerin kendi iç ve dış dinamiklerinden kaynaklanan hukukî ıslâhat süreci anayasacılık ve kanunlaştırmayla ilgili görüşlere, tartışmalara ve uygulamalara belli ölçüde merkezin dışındaki Osmanlı coğrafyasını da dâhil etmiştir. Tunus, merkez dışında anayasacılık ve kanunlaştırma bakımından en dikkat çekici bölge görünümündedir. Zira, Osmanlı Devleti'ne bağlı bir eyâlet olduğu dönemde Tunus'ta 1857 yılında, Tanzimat ve Islâhât Fermanları'ndan önemli ölçüde esinlenen Ahdü'l-Emân adlı haklar bildirgesi niteliğinde bir belge ilan edilmiş, 1861 yılında modern bir anayasa olarak kabul edilen Kanunu'd-Devle ile, Ahdü'l-Emân ve Anayasa kapsamında hazırlanarak fıkhın kanunlaştırıldığı bir metin olarak görülen Kânûnu'l-Cinâyât ve'l- Ahkâmü'l-Örfiyye yürürlüğe konmuştur. Ortaya çıkışlarında ve şekillenmelerinde Batı'daki gelişmelerin de büyük payı olan bu düzenlemeler, modernizm sonrası Arap dünyasında kendi alanlarında ilk olma özelliğin taşırlar. Ahdü'l-Emân dışındaki iki belgenin Osmanlı Devleti'ne de önceliği bulunmaktadır: Kânûnu'd-Devle, İslam-Osmanlı coğrafyasında ilk modern anayasa, Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye ise Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den de önce fıkhın kanunlaştırıldığı ilk kanun olarak kabul edilmektedir. Tebliğ, Tunus Anayasası ve fıkhın kanunlaştırıldığı bir metin olan Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye'nin muhtevalarını dikkate alarak İslam-Osmanlı coğrafyasında ilk düzenlemeler olma özelliklerini karşılaştırmalı bir bakış açısıyla incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar kelimeler: Tunus, kanunlaştırma, Ahdü'l-Emân, Kânûnu'd- Devle, Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye.

Giriş

1574 yılında Osmanlı Devleti'nin hâkimiyetine giren Tunus, Cezayir ve Trablusgarp ile birlikte "Garp Ocakları" olarak isimlendirilen bölge kapsamında yer almaktadır. XVII. yüzyılda ortaya çıkan iç ve dış şartlar ile bölgenin merkezden uzaklığı gibi nedenlerle Tunus eyâleti üzerinde merkezî denetim ve kontrol azalmıştır. Merkezin iradesi dışında oluşan ve gelişen bu idare tarzı zamanla "fiilî bir imtiyaz" statüsüne dönüşmüştür. Tunus, 1864 ve 1871 tarihindeki belgelerle, önceden beri sürdüregeldiği "fiilî imtiyaz statüsünü "hukuken" elde etmiştir. Tunus

Beyi'ne imtiyaz, önce sadâret mektubu ile verilmiş, Bey'in talebi üzerine 1864 tarihli sadâret mektubundaki statü 1871 yılında ferman-ı âlî ile ilan edilmiştir. İmtiyaz kapsamında yabancı ülkelerin elçilerinin bulunabildiği, hatta antlaşmalar yapabildiği vilâyette, saltanat ve hilafet boyutuyla Osmanlı Devleti'ne bağlılığın genel olarak nişâneleri; hutbenin padişah adına okunması, sikkeye padişahın adının yazılması, istendiğinde askerî yardım yapılması ve belli bir miktar verginin ödenmesiydi. Yine tanınan imtiyaz kapsamında şer-i şerife ve zamanın şartlarına uygun kanunlar yaparak adaletle idarede eyâlet serbest bırakılmıştı[1].

XIX. yüzyılın ortalarına kadar Osmanlı Devleti ve ona bağlı eyâletlerde hukukî yapı, uygulanan hukuk kuralları ve adlî kurumlar açısından klasik şeklini korumuş, köklü bir değişime uğramamıştır. Hâkim hukuk sistemi olan İslam hukuku, İslamın ilk dönemlerinden itibaren kuruluş ve işleyiş şekli çok fazla değişmemiş mahkemeler tarafından klasik yorumuna uygun olarak uygulanmıştır[2]. Kanun yapıcılığı İslam coğrafyasında bilinmiş, Osmanlı Devleti şerî hukukun tanımış olduğu yetkiyle örfî hukuk olarak isimlendirilen alanda emir, ferman ve kanunnâmeler yayınlamıştır. Tunus'ta kanun lafzının farkına varılması, kaynaklarca, Osmanlı yönetimine katılım ile başlatılmaktadır. Merkeze daha sıkı bağlı olduğu ve İslam-Osmanlı coğrafyasında İslam fıkhının kanunlaştırılıp mahkemelerde uygulanmadığı dönemde, diğer Arap vilâyetlerinde yürürlük kazanan ve askerî, idarî ve mâlî alanda düzenlemeler getiren Kânûnî Sultan Süleyman'a atfedilen genel nitelikli kanunnâme Tunus'ta da uygulanmıştır. Merkezin etkisinin azaldığı fiilî imtiyaz döneminde, 3. dayı tarafından hazırlanan ve onun adıyla bilinen "Osman Dayı Kanunları" ile Ramazan Bey tarafından hazırlanan kanun örneklerinde olduğu gibi Tunus dayıları ve beyleri tarafından hazırlanan örfî hukuk kuralları Tunus'ta yürürlüğe konmuştur. Dayıların başkanlık ettiği divan yargılamalarında, kanun veya yasak adı verilen düzenlemeler doğrultusunda hükümler verilmiştir. Hammûda Paşa, Şeyhülislam I. Bayram'dan, verilecek hükümlerde dayanak oluşturmak üzere şerî fetvalar istemiş, bunun üzerine şeyhülislam; mukaddime, 4 bölüm ve sonuçtan oluşan siyasetü'ş-şer'iyye tarzında bir risale hazırlamıştır[3].

Gittikçe artan askerî yenilgiler, XVIII. yüzyılla birlikte ister istemez Osmanlı Devleti'ni Batı'ya yöneltmiştir. Batı ile askerî alanda başlayan ilişkiler, XIX. yüzyılda, ekonomik, sosyal, kültürel, siyasî ve hukukî alanlara yansıyan etkileşim, değişim ve dönüşüm sürecini de beraberinde getirmiştir. Tüm Osmanlı coğrafyasında etkisini gösteren bu süreç, Bâbıâlî yanı sıra özellikle Mısır ve Tunus gibi eyâletlerin iç dinamiklerinin de etkisiyle kendisini oldukça belirgin hissettirmiştir. İç ve dış dinamiklerin harekete geçirdiği bu değişim ve dönüşüm süreci, İslam-Osmanlı coğrafyasında; ıslâhat, tanzimat, reform, terakki, çağdaşlaşma, batılılaşma veya modernleşme gibi kavramlarla ifade edilmiştir. Bu dönüşümde, Batılı bir gerçeklik olarak paradigma değişimine yol açan modernizmin etkisi özellikle vurgulanmalıdır. Pek çok alan yanı sıra modernizm, hâkim olduğu İslam-Osmanlı coğrafyasınının geleneksel hukuk yapısını sarsıcı, yer yer tehdit edici bir etki oluşturmaya başlamıştır. Sosyal ve siyasal hayatta İslam'ın en önemli

---

1 *BOA*, Y.A.HUS., 168/116, 14 Zilhicce 1298; *BOA*, İ.MMS. 42/1717, 9 Şaban 1288; *BOA*, İ.MMS., 41/1696; *BOA*, HR.TO.,103/102,17.11.1871; *BOA*, İ.MMS., 29/1251-1; *Düstûr*, I/4, İstanbul 1299, s. 789-793; Münîr Abîd, *Devrü Vükelâ ve Kanâsılı'l- İyâleti't-Tunisiyye bi İstanbul ve Trablus ve Malta alâ Dav'i Resâilihim (1830-1881)*, Utrûhatu't-Doktora, Tunis 1995, s. 76-96-99; Atilla Çetin, "Garp Ocakları", *DİA*, C. 13, İstanbul 1996, s. 118-126.

2 M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 12. baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014, s. 415.

3 Ahmed bin Âmir, *Tunis Abre't-Tarih*, Tûnis 1960, s. 228; İbni Ebî Dînâr, *el-Mûnis fî Ahbâri İfrıkıyyeti ve Tûnis*, et-tabatü's-sâlise, Beyrut 1993, s. 227; Muhammed b. İbrahim Bu Zugaybe, *Hareketü Taknîni'l-Fıkhi'l-İslâmî bi'l-Bilâdi't-Tunisî (1857-1965)*, Tunis 2003, s. 67-68; eş- Şeybânî Binbelgîs, *en-Nizamü'l-Kazâî fî Bilâdi't-Tûnisiyye 1857-1921*, Sfaks 2002, s. 30-31, 91-93; Aziz Samih İlter, *Şimalî Afrikada Türkler*, c. II, İstanbul 1937, s. 125.

meşrulaştırıcı unsur olduğu bu coğrafyada Tunus örneğinde olduğu üzere devlet adamları ve özellikle ulema karşı karşıya kalınan meydan okuyucu bu gelişme karşısında geleneksel değerlerle uyumlu çözümlere başvurmuşlardır. Batı menşeli anayasacılık ve kanunlaştırma süreci karşısında, belli ölçüde bu sürecin de etkisiyle, başarı düzeyi ayrı bir tartışma konusu olan İslam hukukunu kanunlaştırma ya da iktibas edilen kanunları bu hukuk çerçevesinde uyumlaştırma çabasına girişmişlerdir.

I- Anayasal Periyot ve Kanunlaştırmanın Temel Belgesi Olarak Ahdü'l-Emân

Tunus'un Osmanlı Devleti'ne bağlı bir vilâyet olduğu 1857 yılında, Fransız ve İngiliz konsoloslarının tehditleri sonrası, Tanzimat ve Islâhât Fermanlarından yararlanılarak Ahdü'l-Emân adlı haklar bildirgesi niteliğinde bir belge ilan edilmiştir. Asıl unsuru dış etken olan belgeyi ortaya çıkaran üç genel sebepten bahsedilebilir[4]:

1- Osmanlı merkez yönetiminin Tanzimat ve Islâhât Fermanlarını Tunus'ta da uygulamak istemesi,

2- Avrupa'da meydana gelen modern gelişmeler ve Osmanlı ıslâhat örnekleri göz önüne alınarak eyâlette başlayan ıslâhat girişimleri

3- Avrupa devletlerinin, özellikle de Fransa ile İngiltere'nin, ticarî ve hukukî imtiyazlarını yazılı bir belgeyle güvenceye kavuşturmak istemeleri ve bunları hayata geçirmek için yaptıkları baskı ve tehditler.

Muhammed Bey tarafından ilan edilen Ahdü'l-Emân; mukaddime, on bir ilke ve sonuç bölümünden oluşmaktadır[5]. Belgedeki, can ve mal güvenliği, ırz ve namus dokunulmazlığı, vergide eşitlik, askerlik hizmetinin bir düzene kavuşturulması, adaletle muamele görme, kanun önünde eşitlik ve ticaret özgürlüğü müslüman ve gayrımüslimleri birlikte kapsayıcı prensiplerdir. Din ve ibadet özgürlüğü, mabet dokunulmazlığı, ticaret ve ceza davalarının karma mahkemelerde görülmesi, sanat ve meslek serbestisi ve mülk edinme özgürlüğü, özellikle gayrımüslimler için tanınmış hak ve özgürlüklerdir. Sanat ve meslek serbestisi ile mülk edinme özgürlüğü, aynı zamanda eyâlete gelen yabancılar için de garanti edilmiştir.

Ahdü'l-Emân, içerdiği temel haklar yanı sıra, ilan edilecek anayasanın ve kanunların temel çerçevesini belirlemektedir. Bu yönüyle belge, anayasacılık hareketleri içerisinde değerlendirilmeyi ve anayasal bir belge olarak nitelendirilmeyi hak etmektedir. Ayrıca metinde keyfiliği önleyici bir düzen sağlamak üzere, daha önce oluşturulan Ticaret ve Cinâyet Meclislerinde uygulanmak ve ilan edilen Ahdü'l-Emân ilkelerini somutlaştıracak kanunlar yapılması öngörülmektedir. Böylece, Ahdü'l-Emân bir yönüyle kanunlaştırma hareketinin asıl başlangıcı olmakta, diğer yandan çıkarılacak kanunların temel çerçevesi de orada belirlenmektedir.

Ahdü'l-Emân'ın ilanına rağmen uygulamaların önceki gibi devam ettiğini gören ve durumdan kaygılanan Fransız konsolos, Ahdü'l-Emân'ın uygulamaya yansımamasını biraz da genel ve öz

---

4 Binbelgîs, *Nizamü'l-Kazâ*, s. 77-78; Bu Zugaybe, s. 71-76; G. S. Van Krieken, *Hayrüddîn ve'l-Bilâdü't-Tûnisî (1850-1881)*, çev. Beşîr b. Selâme, Tûnis: Dâru's-Sahnûn, Leiden:Brill, 1988, s. 3-9.

5 Ahdü'l-Emân metni için bkz. el-Arşîvü'l-Vataniyyü't-Tûnisî (AVT), es-Silsiletü't-Tarihiyye (ST.), Sandık (S.), 118, Milef (M.) 410; AVT, ST., S.,118, M., 403, Vesika (V.), 60, 20 Muharrem 1274; AVT, ST., S.118, M.404, s. 2-6; AVT, *Kitap No., 450*, Tûnis 1277, s. 1-9.

nitelikteki ilkelerinin iyice algılanamamasına, farklı ve keyfi yorumlanabilmesine bağlamıştır. Konsolosun bu yöndeki uyarılarını dikkate alan Bey, Vezir Mustafa Haznedâr'ın önerisi doğrultusunda, 4 Kasım 1857'de Ahdü'l-Emân hükümlerinin şerhini/izah ve yorumunu yapmak üzere; şerî meclis üyeleri ulemâ ile devlet adamlarından oluşan 10 kişilik bir komisyon oluşturmuştur. Vezir Mustafa Haznedâr'ın başkanlığında toplanan kurulda Ahdü'l-Emân'ın Bey'in Serkâtibi Ebu Diyâf tarafından yapılan ilk kuralının şerhi okunmuş; şeyhülislam metnin şer-i şerife muvafık olduğunu belirtmiştir. Fukahâdan, Ahdü'l-Emân'ın diğer maddelerini de şerh etmeleri istenmiştir. Bu arada komisyonun fukahâdan olan üyeleri şerî konumlarının siyasi işlerle doğrudan ilgilenmekle bağdaşmadığını mazeret göstererek kuruldan istifa etmişler ve fıkıhla ilgili kendilerine bir istek gelirse yazılı cevaplayacaklarını açıklamışlardır. Geri kalan üyeler ise şerh için çalışmaya devam etmişlerdir[6].

II- İslam-Osmanlı Coğrafyasında Modern İlk Anayasa: Kanunu'd-Devle (1861 Tunus Anayasası)

Anayasacılık (constitutionalism) terimi XIX. yüzyılda Batı'da ortaya çıkmıştır. Anayasacılık hareketi, hukukî modernleşme ile bağlantılı olarak çok geçmeden, geniş bir sahada siyasî, hukukî, idarî, dinî, ekonomik ve kültürel gelenek ve yapıları farklı toplum ve devletleri hâkimiyeti altına alan Osmanlı İmparatorluğu'nu etkilemeye başlamıştır. 1839 Tanzimat Fermanı, 1856 Islâhat Fermanı ve 1876 Kanun-i Esâsîsi bu çerçevede Osmanlı merkezinde kabul ve ilan edilen anayasal metinlerdir. Bâbıâli'nin Tanzimat ve Islâhât Fermanlarını vilâyetlerde uygulama iradesi, buna ilave olarak vilâyetlerin kendi iç ve dış dinamiklerinden kaynaklanan ıslâhat süreci belli ölçüde merkezin dışındaki Osmanlı coğrafyasının da anayasacılık hakkındaki görüş ve uygulamalara katılımını sağlamıştır. Bu kapsamda, Balkanlar, Ortadoğu ve Kuzey Afrika'ya işaret etmek gerekir. Balkanlar'da, 1800-1807 yılları arasında Osmanlı hâkimiyetine tâbi Cezâyir-i Seb'a-i Müctemia Cumhuru (Birleşik Yedi Ada Cumhuriyeti)'nun anayasa ilan ettiğine kaynaklarda yer verilmektedir[7]. Yine Osmanlı egemenliği altında Sırbistan'da kabul edilen anayasal metinler görülmekte, padişahın fermanıyla 1838'de kabul edilen anayasaya literatürde "Türk Anayasası" adı da verilmektedir[8]. Aynı konumdaki Eflak-Boğdan da Balkanlar'da adı anayasa ile anılan diğer bir Osmanlı vilâyeti olarak dikkat çekmektedir. Ortadoğu ve Kuzey Afrika'da Lübnan ve özellikle Mısır ve Tunus anayasal hareketlerin yoğunlaştığı vilâyetlerdir. Anayasal gelişmelere sahne olan ve I. Meşrutiyet Döneminde sayıları daha da artan vilâyetlerin hemen tamamının Osmanlı genel idârî düzenden farklı, antlaşma, imtiyâz fermanları veya özel nizâmnâmelerle kurulmuş, daha çok devletlerarası ilişkilerin ortaya çıkardığı siyasî-idarî bir statü görünümünde; iç işlerinde, hukukî, idarî, ve mâli düzenleme yapabilme yetkisini hâiz eyâlet-i mümtâze niteliğinde oldukları

---

6 AVT, ST., S. 118, M. 403, V. 2, 16 Rebiulahır 1274; Ahmed b. Ebi'd-Diyâf, *İthâfu Ehli'z- Zamân bi Ahbâri Mülûki Tûnis ve Ahdi'l-Emân*, I-V, Tûnis 1999, c. II/4, s. 246-249; Binbelgîs, *Nizamü'l-Kazâ*, s. 81-82. Komisyonda, Şeyhülislam Muhammed Bayram, Mâlikî Başmüftüsü Ahmed b. Hüseyin, Hanefî Müftüsü Muhammed b. el-Hoca, Mâlikî Müftüsü Muhammed el- Bennâ, Vezirü'l Amâle Mustafa Haznedâr, Vezirü'l-Harb Mustafa Baş Ağa, Vezirü'l-Bahr Hayreddin, Vezir İsmail Mühürdâr, Emirü'l-Araz Muhammed ve Serkâtip Ebu Diyâf bulunmaktadır.

7 Salma Arfaoui, *Akdeniz'de Bir Uluslararası Çekişme Alanı: Yedi Ada Sorunu(1797-1815)*, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türk Tarihi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014, s. 94 vd.

8 Selim Aslantaş, "Sırp Knezliği'nde İktidar Mücadelesi: "1838 Türk Anayasası'nın (Turski Ustav)" İlânı, Büyük Güçler ve Osmanlı Devleti", http://www.ctad.hacettepe.edu.tr/9_17/1.pdf, 06.10.2017, s. 23.

görülmektedir[9]. Bağımsızlıkları öncesinde sahip oldukları imtiyazlı/özerk konumun bu vilâyetlerin anayasal belgeler ortaya çıkarmasında çok önemli bir faktördür. Ancak anayasacılığın bir yansıması olarak ortaya çıkan bu belgelerin pek çoğunu "anayasa" olarak nitelendirmek mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, merkez dışında, hatta ona takaddüm ederek Osmanlı coğrafyasının farklı vilâyetlerinde ortaya çıkan anayasacılık kapsamındaki düşünce ve belgeler, "anayasa" kavramı ve meclis/parlamento uygulamasına padişah, Bâbıâli ve -sınırlı da olsa basın sayesinde- kamuoyunun aşinalığını sağlayarak, merkez-vilâyet ilişkisi, etkileşimi, hatta gerilimi çerçevesinde Osmanlı anayasacılık tecrübesine katkıda bulunmuşlardır.

Bu tebliğde, Osmanlı-İslam coğrafyası kapsamında inceleme konusu yapılan Tunus, merkez dışında anayasacılık bakımından en dikkat çekici bölge görünümündedir. Eyâlette, 1857 yılında ilan edilen ve anayasal değerde bir belge olan Ahdü'l-Emân yanında, 1861 yılında Kanunu'd-Devle adlı bir anayasa yürürlüğe konmuştur. Aynı şekilde, bu iki belgenin şekillenmesinde büyük emekleri olan ıslâhatçı bir grup, Tunus'ta, Yeni Osmanlılar Hareketiyle eş zamanlı olarak hukukla bağlı sınırlı bir yönetim öngören anayasacılıkla ilgili düşünceler ortaya koymuştur.

Kanunu'd-Devle, Ahdü'l-Emân gereği hazırlananan ve çerçevesi çizilen kanunlaştırma hedefinin temel yasasıdır. Fakat Kânûnu'd-Devle'yi "bir anayasa olarak" ortaya çıkaran asıl dinamik, genel olarak anayasa yapılmasını gerektiren "olağanüstü ve özel şartlar" içerisinde yer verilmekte olan[10], bağımsızlık ya da eyâletten devlete dönüşme iradesinde aranmalıdır. Anayasa, Tunus'ta, yeni bir egemenlik anlayışı sürecinin en üst kanunla açıkça beyanı niteliğindedir. Bir yönüyle, eyâletten devlete dönüşen bu egemenlik anlayışının en bariz göstergesi, diğer taraftan, bu iradeyi temel bir yasayla teminat altına alma çabasıdır. Aynı zamanda, Anayasa, Hüseynî Hanedanlığının egemenliğini en üst seviyede tescil belgesidir. Gerçekten anayasanın adı, temsil etmek istediği devlet egemenliğiyle özdeşleşen felsefeye uygun olarak seçilmiş olmalıdır: Kânûnu'd-Devle, "Devlet Kanunu". Zaman zaman sınırları aşıp fiilî durumlar oluştursa da, fethedildiği 1574 yılından beri hukuken bağlı olduğu Osmanlı Devleti'nin ayrıcalıklı yönetime sahip bir eyâleti olan Tunus, kabul ettiği anayasada, artık, "bey" yerine melik, "eyâlet" yerine "ülke" kavramlarına yer vermektedir.

Devlet anlayışı ve anayasa kabulü bir süreç sonunda gelmiştir. Tunus'un bağımsızlık fikrine yönelmesinde, Fransa'nın Cezayir'i işgaline denk düşen 1830 yılından itibaren, Fransa'nın siyasi menfaatine uygun olarak yönlendirmesi yanında, komşu ve çevre eyâletlerde meydana gelen gelişmelerin de cesaret verici rol oynadığı söylenebilir[11].

Ahdü'l-Emân sonrası hazırlıklarına başlanan Anayasa 1860 yılında tamamlanmış ve Muhammed Sadık Bey tarafından 24 Nisan 1861'de yürürlüğe konmuştur. Kaynaklar hususi bir anayasa komisyonundan bahsetmemektedirler. Büyük ihtimalle bu komisyon, Ahdü'l-Emân'ın şerhi ve metninde öngörülen kanunların yazımı için oluşturulan komisyon olmalıdır. Komisyonun, ilmiye menşeli Bey'in serkâtibi Ebu Diyâf dışında; Vezirü'l Amâle Mustafa Haznedâr, Vezirü'l-Harp Mustafa Baş Ağa, Vezirü'l-Bahr Hayreddin, Vezir İsmail Mühürdâr ve Emirü'l-Araz Muhammed'den oluşan devlet adamları kökenli bir yapısı bulunmaktadır. Anayasa ve kanunları

---

9 Eyâlet-i Mümtâze kavramı ve statüsü için bkz. Ayhan Ceylan, *Osmanlı Taşra İdarî Tarzı Olarak Eyâlet-i Mümtâze ve Mısır Uygulaması*, İstanbul: Kitabevi, 2014, s. 20 vd.

10 Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 8. baskı, Ankara:Siyasal Kitabevi, 2010, s. 48.

11 Habib el-Cinhânî, "Hareketü'l-Islâhiyye fî Tûnis Hilâle'n-Nısfı's-Sânî mine'l-Karni't-Tâsia Aşer", *Havliyyât el-Câmiati't-Tûnisîyye*, el-adedü's-sâdis, 1969, s. 114-115.

hazırlayan bu komisyonun önünde, Osmanlı Devleti ve Avrupa'daki devletlerin hukuki metinlerinin bulunduğu bilinmektedir[12]. Ancak, bunlar içerisinde, Osmanlı Devleti ile Fransa'daki düzenlemelerin avantaja sahip oldukları ve öne çıktıkları görülmektedir.

Anayasa, Bey tarafından atanan bir kurul tarafından hiyerarşik bir yöntemle[13] yapılmıştır. Anayasayı, Bey, tek taraflı olarak ilan etmekte ve yürürlük tarihini de kendisi belirlemektedir. Bu bakımdan, 1861 Tunus Anayasası, monokratik bir kurucu iktidarın tek yanlı iradesiyle yapılmış "ferman anayasa"[14] biçimindedir.

Kânûnu'd-Devle, devlet otoritesinin tanzimi ve hak ve hürriyetleri içeren, 13 bölüm ve 114 maddeden oluşmaktadır[15]. Bu bölümler şunlardır:

1) Hüseynî Ülkesi Hânedanına İlişkin Usûl (8 madde),
2) Melik'in Hakları ve Ödevleri (10 madde),
3) Vezâretler, Meclisü'l-Ekber ve Yargı Meclislerinin Düzenlenişi (10 madde),
4) Devletin Geliri (3 madde),
5) Vezâretlerin Görevinin Düzenlenmesi (12 madde),
6) Meclisü'l-Ekber Üyeliği ve Şartları (16 madde),
7) Meclisü'l-Ekber Görevinin Esasları (10 madde),
8) Devlet Görevlilerinden Görev ve Görev Dışı Sadır Olan Suçların Halli (4 madde),
9) Devletin Gelir ve Giderlerinin Tutulması (3 madde),
10) Yönetim Rütbeleri (1 madde),
11) Devlet Görevlilerinin Hakları ve Ödevleri (8 madde),
12) Tunus Ahalisinin Hakları ve Ödevleri (19 madde),
13) Tunus Ülkesinde Yerleşik Dost Devletler Reayasının Hakları ve Ödevleri (10 madde).

Anayasa, devletin temel yapısını ve iktidar karşısında kişilerin hak ve özgürlüklerini belirleyen kurallar bütünüdür[16]. Kânûnu'd-Devle'nin düzenleniş ve yazım biçimi ile hükümlerine bakılarak anayasa özelliği tespit edilebilir. Kânûnu'd-Devle metni, Ahdü'l-Emân'dan farklı olarak, anayasaya özgü bölümler ve maddeler şeklinde yazılmıştır. Yine, Bey'in ağzından çıkmışcasına kaleme alınan Ahdü'l-Emân'dan ayrılarak, kişisel olmayan, genel, soyut, kanun diliyle ve hukuki terminoloji kullanılarak bir anayasa biçiminde ifade edilmiştir. Ahdü'l-Emân, Bey'in ahdin muhtevası ile yükümlü olacağını taahhüt eden bir bildiri şeklinde ve anlamının da delalet ettiği üzere "niyet ve amaç" ifade eden anayasal nitelikte bir belgedir. Oysa Kânûnu'd-Devle, Ahdü'l-Emân'daki taahhütlerin uygulamaya geçirilmesi ve iktidarı sınırlayan pratik program içeren, bir anayasadır[17].

Anayasada, devletin şekli, niteliği, yönetim biçimi açıkça belirtilmemiştir. Kânûnu'd-Devle'nin, devletle ilgili özelliklere açıkça yer vermemesi, farklı yorumları beraberinde

---

12 *İthâf*, c. III/5, s. 17. Krieken, Anayasayı hazırlayan komisyon üyeleri arasında Fransız konsolosu Roches'in de bulunduğunu bildirmektedir (Krieken, s. 55). Bu bilgi, başka bir kaynak tarafından te'yid edilmediğinden ihtiyatla karşılanmalıdır. Ayrıca bkz. *Dustûr, A Survey of the Constitutions of the Arab and Muslim States*, Leiden 1966, s. 2.

13 Hiyerarşik yöntemde, bir kişi, kurul veya temsîlî olmayan bir meclis tarafından, yukarıdan aşağı doğru demokratik olmayan bir biçimde anayasa yapımı gerçekleşmektedir. Bkz. Erdoğan, s. 50.

14 Ferman anayasa için bkz.Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi, 1986, s. 151; Erdoğan, s. 52.

15 Kânûnu'd-Devle metni için bkz. AVT, ST., S.118, M.404, s. 10-32; AVT, *Kitap No., 450*, s. 13-43.

16 Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul 1969, s. 3; Teziç, s. 7.

17 Muhammed Şerfî, *Medhal li Dirâseti'l-Kânûn*, Tûnis 1991, s. 134.

getirmektedir. Anayasa yapıcılar ya bunu ifade etmeye gerek görmemişler, ya da Osmanlı Devleti'ne karşı eyâletten devlete dönüşen yeni egemenlik iradesini açıkça ilan etmekten çekinerek susmayı tercih etmişlerdir[18]. Tunus'ta anayasa ilanının, bağımsızlık iradesi göstergesi olarak hukuken bağlı olduğu Osmanlı Devleti'nde hoş karşılanmadığı ve protesto edildiği bilinmektedir.

Bütün bunlarla birlikte, temelde dış baskıyla ortaya çıkması, getirdiği sistemdeki eksiklik, yetersizlik, genel itibariyle taşıdığı sorunlar ve üç senelik kısa süreli yürürlüğü, esas olarak Kânûnu'd-Devle'nin bir anayasa olma gerçeğini değiştirmediği gibi, anayasal değerini de düşürmez. Eksiklik ve kusurlarıyla Kânûnu'd-Devle, modern bir anayasanın genel vasıflarına sahip görünmektedir. Kânûnu'd-Devle, Osmanlı Devleti'nin, başkenti İstanbul'da ilan edilen Kânûn-i Esâsî'den on beş yıl önce gelmesiyle de bir ilki karşılar. Böylelikle, 1861 yılında Tunus'ta ilan edilerek yürürlüğe konan Kânûnu'd- Devle, İslam-Osmanlı coğrafyasında ilk modern anayasa olarak kabul edilmiştir[19].

III-Tunus'ta Ahdü'l-Emân ve Anayasa'dan Kaynaklanan Kanunlar

Tunus'ta kanun lafzı sosyal ve siyasal alanda Ahmed Bey dönemi (1837- 1855) ile yaygınlaşmaya başlar. Modern anlamıyla kanunlaştırmaya yönelik değişim ise, Muhammed Bey dönemi (1855-1859) ile ortaya çıkmıştır[20]. Eyâlette, toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak, keyfiliği ortadan kaldıracak ve mahkemelerde uygulanacak âdil kanunlara gereksinim duyulmuştur. Ahdü'l-Emân sürecinde Muhammed Sadık Bey (1859-1882), kanunların yapımında şerî esaslar kadar Tunus'un yararına uygun ve şerî esaslarla uyumlu Batı kanunlarının da dikkate alınmasını istemiştir[21]. Bu çerçevede hazırlanan bazı kanunlar örfî hukuk, bazı kanunlar ise fıkıh kitaplarında yer alan İslam hukukunun kanunlaştırılması kapsamında yer almıştır.

1- Örfî Hukuk Kapsamında Kanunlaştırma

A. Başkent Zaptiye Meclisi Kanunu (Kânûnu Tertîbu Meclisü'z-Zabtiyye)

Kanun, 11 bap halinde, 69 maddeden oluşmaktadır[22]. Kanunda, esas olarak başkentte kurulması öngörülen Meclisü'z-Zabtiyyenin, çalışma esasları, görev ve yetkileri düzenlenmektedir. Zabıta Teşkilatı, eyâlette asayişin, güvenliğin sağlanması, adaletin gerçekleştirilmesi ve yargının desteklenmesinde önemli rol üstlenmiştir. Hakimler, olayların incelenmesinde ve suçların tesbitinde onların raporlarına dayanmaktadır. Otoritenin gücünü göstermek, hukukî düzeni yerleştirmek ve

---

18 Krieken, s. 58.

19 İbrahim b. Cum'a Bilkâsim, *el-İktisâd ve'l-Müctema' fi'l-Eyâleti't-Tûnisî min 1861 ilâ 1864*, Tûnis 2002, s. 7; Salih Tuğ, *İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri (XIX. ve XX. Asırlar)*, İstanbul 1969, s. 47, 154; Kenneth J. Perkins, *Tunisia*, Colorado 1986, s. 74; Ezher Bûûnî, *el-Enzimetü's-Siyâsiyye ve'n-Nizâmü's-Siyâsiyyü't-Tûnisî*, Tûnis 2002, s. 182; Krieken, s. 57; Bernard Lewis, *İslam'ın Siyasal Söylemi*, çev. Ünsal Oskay, İstanbul 1993, s. 188 d.n. 48; "Düstûru 1861 ve Te'siruhu fi'l-Hareketi'l-Vataniyye", http://www.chambre- dep.tn/a_hist2.html, 02.01.2007; Albert Hourani, *Arap Halkları Tarihi*, çev. Yavuz Alogan, 4. baskı, İstanbul 2003, s. 325; *The Surest Path*, translated from Arabic with introduction and notes by L. Carl Brown, Cambridge 1967, s. 27; Atilla Çetin, *Tunuslu Hayreddin Paşa*, 2. baskı, Ankara 1999, s. 58.

20 Bu Zugaybe, s. 68; Binbelgîs, *Nizamü'l-Kazâ*, s. 93.

21 *İthâf*, c. III/5, s. 17.

22 Kanun için bkz. AVT, *Kitap No: 450*, s. 1-16; Binbelgîs, *Nizâmü'l-Kazâ*, s. 104-107.

başkentte bulunan yabancıları korumak amacıyla başkentte bulunan Zabıta Teşkilatına özel bir önem verilmiş, sorumluluk üst düzey asker ve görevlilere tevdi edilmiştir. Başkentteki Zabıta Meclisi, emirü'l-ümerâ rütbesindeki başkan, emirü'l-livâ rütbesindeki yardımcı ve dört üyeden oluşmaktadır[23]. Başkentte bulunan zabıta görevlisi sayısı bin kişiye ulaşmaktadır.

B. Valiler Kanunu (Kânûnu Hidmetü'l-Ummâl)

"Ummâl", "âmil" kelimesinin çoğuludur ve Bey adına, "amâle/vilâyet" adı verilen mülkî idarî bölgenin yönetimini üstlenen kişilere verilen isimdir. Bu idarî bölgelerin yönetimini üstlenenler aynı zamanda askerî yönetici olduğundan, bu bölgelere "kıyâde", yöneticiye "kâid/komutan" adı da verilmiştir. Osmanlı Devleti'nin kültürel çoğulculuk anlayışına işaret edercesine, yerel idarî isimlere karışılmadığı anlaşılıyor[24]. Kanun[25], iki bölüm halinde, 33 maddeden oluşmaktadır. Ummâl, Anayasa gereği yayımlanan kanun, yönetmelik ve emirlerin uygulanmasından sorumludur. Yönetimini üstlendikleri bölgenin, siyasî, mâlî, hatta yargı işlerini yürütürler. Bu yetkilerini kullanırken Bey adına geniş bir otoriteye sahiptirler. Kanun, yardımcıları aracılığıyla, mahallî idarenin işlerini görürken, onlardan, kanunları ihlal etmeden süratle uygulamalarını, merkezle sıkı bir irtibat halinde çalışmalarını, kamu yararını gözetmelerini, insanlara eşit davranmalarını istemiştir. Âmil, kanuna aykırı hareketlerinden dolayı sorumlu tutulmuştur.

C. Başkent Dışı Zaptiye Meclisi Kanunu (Kânûnu Tertîbu Meclisü'z-Zabtiyye bi Buldâni'l-Memleke)

Önceki Zabtiye Kanunu'na nazaran bu düzenleme başkent dışında eyâletin geri kalan kısmına ilişkindir. Kanun, 24 maddeden oluşmaktadır[26]. Başkent dışındaki bu yerlerde gerekli zabıta, yerine göre değişen isimlerdeki, düzenli olmayan askerî birliklerden sağlanmaktadır. Kanuna göre, Meclisü'z- Zabtiye, mülkî amir olan âmilin başkanlığında, yardımcısı ve üç üyeden oluşmaktadır. Bu meclisler, Tunuslular ile yabancılar arasındaki bazı uyuşmazlıklara da bakabilmektedirler. Meclisler, âcilen bildirilmesi gerekenler dışında, her üç ayda bir almış oldukları kararları Vezâretü'l- Amâle'ye göndermekle yükümlü tutulmuştur. Her beldedeki Zabtiye Meclisinin gözaltı ve tutuklular için gerekli yerlere sahip bulunmaları, buralarının suçluların kaldıkları hapishanelerden farklı olarak kapalı olmaması, temiz döşenmiş ve havadar olması istenmiştir.

D. Mahalle Kanunu (Kânûnu'l-Mahalle)

Eskiden beri mevcut ve eyâlet boyunca vergi toplamakla yükümlü sefer halindeki bu askerî birliğin oluşumu ve çalışma esasları kanunî bir düzenlemeye kavuşturulmuştur[27]. 36 maddeden oluşan Kanun, Mahalle Emiri'ne, seyahat halinde olanlar ve uğranılan bölge halkı arasında meydana gelen belli uyuşmazlıkları Mahalle Meclisinde çözüme kavuşturmak üzere kabul etme

---

23 *Râid et-Tûnisî*, aded 5, 24 Safer 1277.
24 Binbelgîs, *Nizâmü'l-Kazâ*, s. 101-103.
25 Kanun için bkz. AVT, *Kitap No: 450*, s. 1-10.
26 Kanun için bkz. AVT, *Kitap No: 450*, s. 1-8.
27 Kanun metni için bkz. AVT, *Kitap No: 450*, s. 1-8. (Tunus Milli Arşivi'ndeki 450 numaralı Kitap pek çok kanun metnine yer vermekte olup, her kanun sonrası sayfa numarası tekrar bir rakamıyla başladığından bir önceki dipnot atfinyla bu dipnottaki sayfa örtüşmesinin nedeni Kitab'ın aslındaki bu tertip şeklinden kaynaklanmaktadır).

yetkisi vermiştir. Mahalle Meclisi, Mahalle Emirinin başkanlığında, Beyin mahalle danışmanı, sefer ağası, sefer başhambası, sefer ocağı yardımcısı, sefer katibi, üst düzey iki asker ve bölge âmilinden oluşur. Şerî meseleler kadı tarafından karara bağlanmaktadır. Mahallenin çalışma esaslarını düzenlemek üzere ayrıca bir çalışma yönetmeliği çıkarılmıştır.

E. Diğer Kanunlar

Anayasadan kaynaklanan ve yürürlüğe giren diğer kanunlar ise; Zeytin Ormanı Kanunu (Kânûnu Gâbâtu'z-Zeytun), Askerlik Kanunu (Kânûnu't- Tecnîd), Askerî Ceza Kanunu (Kânûnu'l-Cinâyatü'l-Askeriyye), Ceza ve Örfî Konulara İlişkin Mahkeme Hükümleri Kanunu (Kânûnu Mecâlisi'l-Ahkâm fi'l-Cinâyât ve'l-Umûru'l-Örfiyye)'dur.

2- Şerî Hukuk Alanında Kanunlaştırma

Tunus'ta Ahdü'l-Emân reformları olarak ifade edilen 1857-1864 yılları arasındaki kanunlaştırma hareketi döneminde örfî düzenlemeler yanında İslam fıkhının kanunlaştırılmasına yönelik çalışmalar da yapılmıştır. Şerî Meclis/Mahkeme yanında kurulmuş olan Ticaret ve Cinâyet Meclislerinde uygulanacak kanunlara ihtiyaç duyulmuştur. Bu kapsamda iki önemli metin ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki olan Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l- Örfiyye, kanunlaştırılarak mahkemelerde uygulanmış, Ticaret Kanunu ise tasarı düzeyinde kalmış, tamamlanmasına rağmen yürürlüğe konamamıştır.

a- Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye'nin Muhtevası

Birinci Kısım		
Bâb Numarası	Madde Toplamı	Başlık
1.Bâb 2. Bâb 3. Bâb 4. Bâb 5. Bâb 6.Bâb 7. Bâb 8. Bâb 9. Bâb 10. . Bâb 11. . Bâb 12. . Bâb 13. . Bâb	17 m (1-17.m) 16 m (18-33.m) 8 m (34-41.m) 70 m (42-111.m) 9 m (112-120.m) 7 m (121-127.m) 13 m (128-140.m) 11 m (141-151.m) 25 m (152-176.m) 9 m (177-185.m) 8 m (186-193.m) 3 m (194-196.m) 5 m (197-201.m)	Meclisü'l-Cinâyât ve Meclisü't- Tahkîk'in Oluşumu Meclisin Görevli Olduğu Davalar Kavâid-i Külliye Meclis Uygulamaları Dava, Dava Şartları ve Davanın İncelenmesi Kâim bi'd-dem (Kısas Hakkı Sahipleri) Vekâlet Cevap (İkrâr) Şehâdet Karâin Sulh Yemin

İkinci Kısım Kânunu'l-Cinâyât		
1. Bâb	34 m (202-235.m)	Kavâid-i Külliye
2. Bâb	52 m (236-287.m)	Genel Cinâyât
3. Bâb	44 m (288-331.m)*	Kasten Adam Öldürmede Kısas,
4. Bâb	49 m (333-381.m)	Hükmü ve Kısasın Düşmesi
5. Bâb	13 m (382-394.m)	Kısas Gerektirmeyen Hatâen Cinâyât
6. Bâb	5 m (395-399.m)	Diyetler
7. Bâb	28 m (400-427.m)	Hükümet Mâlî
8. Bâb	4 m (428-431.m)	Cinâyât Vedia
9. Bâb	4 m (432-435.m)	Âriyet
10. . Bâb	12 m (436-447.m)	Deyn
11. . Bab	49 m (448-496.m)	Damân
12. . Bâb	24 m (497-520.m)	Bey‘
13. . Bâb	10 m (521-530.m)	Şufa
14. . Bâb	10 m (531-540.m)	Rehin
15. . Bâb	40 m (541-580.m)	İcâre, Müsâkat, Mugârese, Ekriye,
16. . Bâb	16 m (581-596.m)	Hulüvvât
17. . Bâb	10 m (597-606.m)	Filâha
	58 m (607-664.m)	Kavâninü'ş-Şecer
		Meclisü'z-Zabtiyye bi'l-Memleketi't-Tunisiyye

*Bu bâb sonunda bulunması gereken 332. madde yararlandığımız metinde yer almamaktadır.

b- Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye'nin Genel Özellikleri

Kanunun ne zaman hazırlandığı ve ne zaman tamamlandığı tam olarak belirlenememiştir. Bununla birlikte Ahdü'l-Emân'ın şerh ve kanunlaştırma süreci içinde, 1857-1860 yılları arasında hazırlandığı ve tamamlandığı bilinmektedir. Hazırlayan komisyon konusunda tereddütler bulunmaktadır. 1857'de Ahdü'l-Emân hükümlerinin şerhini yapmak üzere ulemâ ve devlet adamlarından oluşan 10 kişilik bir komisyon oluşturulmuştu. Komisyonda; Şeyhülislam Muhammed Bayram, Mâlikî Başmüftüsü Ahmed b. Hüseyin, Hanefî Müftüsü Muhammed b. el-Hoca, Mâlikî Müftüsü Muhammed el- Bennâ, Vezirü'l Amâle Mustafa Haznedâr, Vezirü'l-Harb Mustafa Baş Ağa, Vezirü'l-Bahr Hayreddin, Vezir İsmail Mühürdâr, Emirü'l-Araz Muhammed ve Serkâtip Ebu Diyâf bulunmaktaydı. Komisyonun fukahadan olan üyeleri şerî konumlarının siyasi işlerle doğrudan ilgilenmekle bağdaşmadığını mazeret göstererek kuruldan istifa etmişler, fıkıhla ilgili kendilerine bir talep gelmesi durumunda yazılı olarak cevaplayacaklarını açıklamışlar, geri kalan üyeler şerh için çalışmaya devam etmişlerdi. İlgili kaynaklarda Kanunu hazırlayanın da bu Komisyon olduğu belirtilmektedir. Hanefî ve Malikî mezhepleri kapsamında fıkhı kanunlaştıran bir metnin, fukaha olmaksızın veya katkıları bulunmaksızın ortaya çıkması nasıl izah edilecektir? Gerçekten Komisyonda resmen isimleri olmasa da çekilen ulemanın veya şerî konularda ihtisas sahibi başkalarının katkısı olmaksızın böyle bir metnin hazırlanması mümkün gözükmemektedir[28].

Kanun Anayasa ve diğer kanunlarla birlikte 1861 yılında yürürlüğe girmiştir. Kanunun Arapça orjinalinin uzunca bir adı olup, Türkçe'ye kısaca, "Hükümleri Tunuslulara Yönelik Ceza Kanunu" olarak çevrilebilir[29]. Kanun, Anayasa'da ve ceza hukuku yanında hukukun diğer alanlarına ilişkin hükümler de içerdiğinden doktrinde daha çok "Kânûnu'l-Cinâyât ve'l- Ahkâmü'l-Örfiyye"

[28] Binbelgîs, *Nizamü'l-Kazâ*, s. 81-82; Bu Zugaybe, s. 90-91.
[29] Kanun metni için bkz. AVT, *Kitap No: 450*, s. 1-228.

(Ceza ve Örfî Hükümler Kanunu) olarak adlandırılmaktadır[30]. Maddelerinin çoğunluğu ceza hukuku ile medeni hukuk alanında yoğunlaştığından "Kanunu'l-Cinâi ve'l-Medenî" şeklinde isimlendirmelere de rastlanmaktadır[31]. Anayasal reform sürecinden kaynaklanan kanunların en önemlisidir.

Kanun, biri 13, diğeri 17 bâb olmak üzere iki kısım halinde toplam 30 bab ve 664 maddeden oluşmaktadır. Kanun, kısas, diyet, genel ve mâli suçlara yer vermesiyle ceza hukuku, sözleşmeler ve özel akitleri düzenlemesiyle medeni hukuk, ispat vasıtaları ve dava açılması hakkındaki maddelere yer vermesiyle usul hukuku, kişiler arasındaki ticarî ilişkileri düzenlemesiyle ticaret hukuku, kadı ve kaza teşkilatı hakkındaki maddeleriyle idare hukukuna ilişkin hükümler içermektedir. Kanun, fıkhî hükümler yanında, eyâlette geçerli örf ve âdetleri de kanunlaştırmıştır[32].

Esası İslam fukahâsının görüşlerine dayanan Kanun'da, maddelerin teşkilinde bazen doğrudan nassa bazen de Malikî ve Hanefî kaynaklara dayanılmıştır. Fıkhî hükümlerin tedvininde, genel olarak Mâlikî mezhebi esas alınmış, bazı konularda Hanefî mezhebi kabul görmüş, her iki mezhebin ortak görüşleri de bazı maddelerde yer bulmuştur[33]. Kanunun ihtiva ettiği madde örnekleri ışığında İslam fıkhından alınan ve fıkha dayandırılan bölümleri şu şekilde belirtilebilir[34]:

Dava şartları (1.Kısım, 5.Bâb), Kâim bi'd-Dem (1.Kısım, 6.Bâb), Vekâlet (1.Kısım, 7. Bâb), Cevap (1.Kısım, 8.Bâb), Şehâdet (1.Kısım, 9.Bâb), Sulh (1.Kısım, 11.Bâb), Yemin (1. Kısım, 12.Bâb), Kefâlet (1.Kısım, 13.Bâb), Kavâid-i Külliye (2.Kısım, 1.Bâb), Genel Cinâyât (2.Kısım, 2.Bâb), Kasten Adam Öldürmede Kısas, Hükmü ve Kısasın Düşmesi (2 Kısım, 3. Bâb), Kısas Gerektirmeyen Hatâen Cinâyât (2.Kısım, 4.Bâb), Diyetler (2.Kısım, 5.Bâb), Hükümet (2.Kısım, 6.Bâb), Vedia (2.Kısım, 8.Bâb), Âriyet (2.Kısım, 9.Bâb), Deyn (2.Kısım, 10.Bâb), Damân (2.Kısım, 11.Bâb), Bey' (2.Kısım, 12.Bâb), Şufa (2.Kısım, 13.Bâb), Rehin (2.Kısım, 14.Bâb), İcâre, Müsâkat, Mugârese, Ekriye, Hulüvvât (2.Kısım, 15.Bâb). Kanun örf ve âdetle ilgili hükümlere de yer vermiştir: Filâha (2.Kısım, 16.Bâb), Kavâninü'ş-Şecer (2. Kısım, 17.Bâb). Mahallî gelenekler ile Batı hukukuna dayanılan örf ve âdetle ilgili maddelerde fıkhî esaslara uygunluğa riayet edilmeye çalışılmıştır. Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye, Anayasada ve kanunda öngörülen istisnâlar dışında genel olarak davalara bakan mahkeme konumundaki Meclisü'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye'de görülecek davalar için hazırlanmıştır. Kanun'un 26'ncı maddesinde yer verilen; sadaka, hibe, kısıtlılık, nikâh, boşanma, nafaka, miras ve vasiyet gibi Şerî Meclis'in göreceği ahvâl-i şahsiyye ile ilgili davalara Meclisü'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l- Örfiyye bakamamaktadır[35]. Ahdü'l-Emân'ın şerhinde, gayrımüslim reayanın; nikâh, çocuk yetiştirme ve terbiye, yetimin gözetilmesi, vasiyet ve miras meselelerinde dinlerinin hükümlerine tâbi olacakları belirtilmiştir. Kanunda, yahudilerin, ahvâl-i şahsiyye ile ilgili davalarının kendi dini otoriteleri önünde görüleceği düzenlenmiştir (m. 29)[36].

Anayasada öngörülen, temel meclislerden olan Meclisü'l-Cinâyât, Meclisü't-Tahkîk ve Meclisü's-Zabtiye ile ilgili hükümler içermesi, ayrıca bu meclislerde uygulanacak temel kanun

30 Bu Zugaybe, s. 125; Binbelgîs, *Nizâmü'l-Kazâ*, s. 107.
31 Zükkâr, s. 84.
32 Bu Zugaybe, s. 132 vd.; Binbelgîs, *Nizâmü'l-Kazâ*, s. 108; Şerfî, s. 134; Krieken, s. 66.
33 Kasûrî, s. 28.
34 Bu Zugaybe, s. 126-132.
35 Kasûrî, s. 27; Krieken, s. 64.
36 Zükkâr, s. 85-86.

olması dolayısıyla bu Kanunun uygulanmasına ayrı bir önem verilmiştir. Bu kapsamda, Meclisü'l-Ekber, eyâlet boyunca yeni mahkemeleri ve mahkemelerde Kanunun gereğince uygulanıp uygulanmadığını denetlemek üzere komisyonlar oluşturmuştur. Teşkil edilen komisyonlar, denetimleri esnasında, karar defterlerini incelemekle yetinmemişler, verilen kararların Kanuna uygun olup olmadığını da denetlemişlerdir[37]. Ayrıca, Meclisü'l-Cinâyât, Meclisü't-Tahkîk ve Meclisü's-Zabtiyeler özellikle tatbikatta içinden çıkamadıkları konularla ilgili olarak Kanunun muğlak kavramlarının şerh ve yorumunu öğrenmek üzere Meclisü'l-Ekber'e başvurmuşlardır[38].

Anayasanın getirdiği tebaa ve yabancıları kanun karşısında eşit gören yeni anlayış Tunus'ta yabancılara uygulanmakta sorunlarla karşılaşmış, konsoloslar vatandaşlarının Meclisü'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye önüne çıkmasına engel olmuşlar ve sonuçta Kanun eyâlette bulunan yabancılara uygulanamamıştır. Yabancıların Meclisin yargı yetkisi altına girmekten kaçınmaları karşısında, konsolosların da devreye girmesi ve Meclisü'l-Ekber'in uygun görmesiyle, 24 Haziran 1861'de yabancılarla Tunuslular arasındaki davalara bakmak üzere Meclisü'l-Vaktî adında muvakkat bir mahkeme oluşturulmak zorunda kalınmıştır[39].

c- Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye'nin Hukuk Tarihindeki Yeri

1861 yılında yürürlüğe giren ve üç yıl yürürlükte kalan Kânûnu'l- Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye İslam hukukunun kanunlaştırıldığı bir metindir. 664 maddelik Kanun örf ve âdet hukukunu da düzenlemekle birlikte esas olarak İslam hukukunu kanunlaştırmıştır. Genel olarak, İslam hukukunun ceza hukuku, medeni hukuk, usul hukuku ve ticaret hukuku alanlarında düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte, Kanun'da ağırlıklı olarak ceza hukuku düzenlenmiş, medenî hukukun ahvâl-i şahsiyye alanı hâriç tutulmuş, ticaret hukuku kısmen kanunlaştırılmıştır. Mısır'da Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye öncesi şerî hukuka ilişkin yürürlüğe giren düzenlemeler olmuşsa da oldukça kısmî kalmıştır . Literatürde genel kabul görmüş bilgi, 1869 yılında yürürlüğe girerek borçlar hukuku, eşya hukuku ve usul hukuku alanlarını kanunlaştıran 1851 maddeden oluşan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin İslam tarihinde İslam hukukunu kanunlaştıran ilk metin olduğu yönündedir. 664 maddeden oluşan Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye, 1851 maddededen oluşan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye kadar geniş bir düzenleme olmamakla birlikte mevcut haliyle İslam fıkhının kanunlaştırıldığı bir metin hüviyetindedir. Mahmasânî ve Tunuslu hukukçuların ifade ettiği üzere Mecelle'den sekiz yıl önce yürürlüğe girmesiyle de İslam, Osmanlı ve Arap coğrafyasında İslam hukukunun kanunlaştırıldığı ilk kanun olarak kabul edilmek gerekir . Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye'nin yazma nüshasının ve hicri 1277 yılında yapılan matbaa baskısının Tunus Milli Arşivi'nde bulunması Kanunun yeterince bilinememesinde ve Tunus dışındaki araştırmacıların gözünden kaçmasında etkili olmuş olmalıdır.

Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye fıkhın kanunlaştırmasında Malikî ve Hanefî mezheplerinin görüşlerini esas almaştır. 1574 yılında fethiyle birlikte gelen Osmanlı devlet adamı, ulemâ ve askerinin mezhebi olan Hanefîlik de Tunus'a girmiş, yerli ahalinin mezhebi olan Mâlikîlik'le birlikte uygulanmıştır. Her iki mezhebin hocaları, dersleri ve öğrenci halkaları bulunmuştur. Yönetici ailenin mezhebi olması dolayısıyla Hanefîlik Tunus'ta resmiyette daha üstün bir konumda yer almış, yargı ve fetvada Hanefî kadısı ve müftüsü, Mâlikî kadı ve müftüsünün

[37] Krieken, s. 68-69; Zükkâr, s. 76.
[38] Binbelgîs, *Nizâmü'l-Kazâ*, s. 117.
[39] AVT, ST., S.119, M. 412, V. 34, 22 Zilhicce 1277; *İthâf*, c. III/5, s. 67; Binbelgîs, *Nizâmü'l-Kazâ*, s. 139; Krieken, s. 80.

üstünde yer almıştır. Bu durum uzun bir süre devam etmiş ve ancak 18. yüzyılın ortasında Tunus Beyi'nin kadı tayinine yetkili kılınmasından bir asır sonra iki mezhep arasında eşitlik sağlanmıştır[40]. İki mezhebin varlığı, içtihat zenginliği kadar, özellikle iki mezhebin birbirine zıt hükümler içerdikleri meselelerde uygulamada sorun oluşturmuş, bazen Tunus Beyi'nin tatbikatına yansıdığı üzere mezhep tercihlerinde keyfilik görülmüştür. Kanunlaştırma yoluyla, iki mezhepten veya bir mezhep içindeki farklı görüşlerden birinin tercih edilmesiyle tek bir görüş belirlenmekte, yeknesak bir hükümle uygulamadaki istikrarsızlık da giderilmiş olmaktadır. Tunus'un zaman zaman uygulamada sorunlar oluşturan iki mezhepli yapısı, Tunus'ta erken dönemde kanunlaştırmayı harekete geçiren bir unsur olarak da değerlendirilebilir. Kânûnu'l-Cinâyât ve'l- Ahkâmü'l-Örfiyye, 1917 yılında ilk defa Hanefî mezhebi dışında farklı mezheplere başvuran Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nden önce farklı iki mezhepten görüşlere başvurması yönüyle de bir önceliğe sahiptir.

Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye'nin özellikle Tunus'ta kendisinden sonraki dönemde İslam hukukunun kanunlaştırmasını etkilediği görülmektedir. Tunuslu Hayreddin Paşa'nın yönetimde etkili olduğu Ahdü'l- Emân sonrası dönem ıslâhat sürecinde kanunlaştırma konusunda hazırlık yapılmış, hatta komisyon oluşturulmuşsa da çalışmalar verimli olamamış ve komisyon dağılmak durumunda kalmıştır. Tunus'un 1881'de Fransız hakimiyetine girmesiyle birlikte Fransa Tunus'ta hızlı bir kanunlaştırma sürecine yönelmiştir. 1885 yılında Kanunu'l-Akârî (Gayrımenkul Kanunu), 1906'da Mecelletü'l-İltizâmât ve'l-Ukûd (Borçlar Kanunu), 1910'da Kanûnu Usûli'l-Murâfaâti'l-Medeniyye (Medeni Yargılama Usulü Kanunu), 1914'de Kanunu'l-Cinâî (Ceza Kanunu), 1922'de Kanûnu'l Murâfaâti'l-Cinâiyye (Ceza Usul Kanunu) yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlardan medenî hukuk alanı dışındakiler Fransız kanunlarının etkisindedir. Fransa'nın halkın hoşnutluğunu kazanmak ve Cezâyir'deki muhâlefet tecrübesinden ders alarak yerli ahalinin örf ve âdetlerini de dikkate alarak Kanunu'l-Akârî ile Mecelletü'l-İltizâmât ve'l-Ukûd'un kanunlaştırılmasında Malikî Mezhebi ile Hanefî Mezhebi içtihadları çerçevesinde İslam fıkhını kaynak edindiği ileri sürülmüş, kanunların maddelerinden hareketle üzerinde değerlendirme yapan bazı yazarlar onların İslam fıkhına dayandığını ortaya koymuşlardır[41].

Mecelletü'l-İltizâmât ve'l-Ukûd, beş Avrupalı hukukçudan oluşan bir Komisyon tarafından hazırlanmıştır. Komisyon üyeleri arasında Tunus doğumlu, İslam fıkhı alanında uzman İtalyan müsteşrik Santillana da bulunmaktaydı. Fransızca olarak kaleme alınan Tasarı'nın şekillenmesinde İslam fıkhı, Avrupa kanunları ve Tunus'ta geçerli örf ve âdetler dikkate alınmıştır. Tasarı esas olarak İtalyan Müsteşrik Santillana'nın çabalarıyla ortaya çıkmıştır. Komisyon çalışmasına 1896 yılında başlayıp 1898 yılında tamamlamıştır. Hazırlanan Tasarı, ilk komisyondan iki üye, Zeytun Medresesi'nden Hanefi ve Maliki beş ulema ve Yüksek Şeriyye Mahkemesinden beş kadıdan oluşan bir başka komisyon tarafından tercüme edilerek müzakere edilmiş ve bazı değişiklikler yapılmıştır. Hanefi Şeyhülislamı, Komisyon başkanı, Maliki başmüftüsü de komisyon üyesidir. Tasarı 1906 yılında yayınlanmış ve bir yıl sonra yürürlüğe konmuştur. Mecelletü'l-İltizâmât ve'l-Ukûd'un şekillenmesinde etkili olan Komisyon, Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye ile Kanunu't-Ticâre Layihasından yararlanmıştır. Kanunun pek çok fıkhî kaynak yanı sıra, bazı maddelerinde Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den ve Mürşidi'l-Hayran'dan yararlandığı anlaşılmaktadır.

[40] Bu Zugaybe, s. 43; Binbelgîs, *Nizamü'l-Kazâ*, s. 10, 23.
[41] Bkz. Bu Zugaybe, s. 147-193; Mahmasânî, s. 371.

Kanun iki kitap halinde 1632 maddeden oluşmaktadır. İlk kitap İltizâmât'a ilişkin 563 madde, ikinci kitap akitlerle ilgili olup 669 maddeden oluşmaktadır[42].

B- Lâihatü'l Kanuni't-Ticarî (Ticaret Kanunu Tasarısı)

a- Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Muhtevası

Bâb Numarası	Madde Toplamı	Başlık
1.Bâb	8 m (1-8.m)	Ticaretin Tanımı, Tâcir ve Kısımları
2. Bâb	54 m (9-62.m)	Kavâid-i Külliye
3. Bâb	4 m (63-66.m)	İkrâr
4. Bâb	3 m (67-69.m)	Vekâlet
5. Bâb	5 m (70-74.m)	Hımâle (Hammallık)
6.Bâb	9 m (75-83.m)	Rehin
7. Bâb	35 m (84-118.m)	Bey‘
8. Bâb	7 m (119-125.m)	Ahkâmü's-Semâsire (Komisyonculuk
9. Bâb	1 m (126.m)	Hakkında Hükümler)
10. . Bâb	3 m (127-129.m)	İkâle
11. . Bâb	12 m (130-141.m)	İhâle
12. . Bâb	48 m (142-189.m*)	Kembiyâl (Poliçe)
13. . Bâb	15 m** (190-204.m)	Deyn ve Fels (İflas)
14. . Bâb	18 m (205-222.m)	Şirket
15. Bâb	15 m (223-237.m)	Kırâz (Mudârebe)
		Meclis Uygulamaları

*Yararlandığımız ikinci el kaynakta 190'ıncı madde yazılmakla birlikte 189'uncu madde olmalıdır.
** Yararlandığımız ikinci el kaynakta madde sayısı 32 gösterilmekle beraber 15 olmalıdır.

b- Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Genel Özellikleri

1863 yılında Muhammed Sadık Bey, özellikle İngiltere ve Fransa konsoloslarının ticaret mahkemesi kurulması ve ticaret kanunu hazırlanması yönündeki baskıları sonrası Ahdül'l-Emân'da yer verilen ilkelerin uygulanması kapsamında Ticaret Kanunu tasarısı hazırlamak üzere Muhammed Haznedâr'ın başkanlığında üyeleri arasında Ebû Diyâf ve Muhammed Tahir b. Âşûr'un da bulunduğu altı kişilik bir komisyon oluşturmuştur. Üçü fukahadan müteşekkil Komisyondan Fransa Ticaret Kanunu, Mısır Ticaret Kanunu ve fıkhî esasları göz önüne alarak eyâletin şartlarıyla uyumlu bir kanun hazırlaması istenmiştir[43].

Bey'e sunulan Tasarı 15 bâb hâlinde 237 maddeden oluşmaktadır. Bâb başlıklarının işaret etttiği üzere Tasarı'nın hükümlerinin çoğu İslam fıkhına dayanmış, görüş olarak da Malikî ve Hanefî mezhepleri esas alınmıştır. Tamamlanan metnin fıkhî esaslara dayanmasında Muhammed Tahir b. Âşûr'un büyük katkısı olmuştur[44]. İbn Âşûr, daha önce yazmış olduğu fıkıhla ilgili bir risâledeki; bey‘, kırâz (mudârebe), şirket ve kısımları, müflisin hükümleri ve kiralar hakkında görüşleri Tasarıya yansıtmıştır[45].

[42] Bu Zugaybe, s. 197-266.
[43] Binbelgîs, Nizamü'l-Kazâ,, s. 188; Krieken, s. 81.
[44] Bu Zugaybe, s. 95, 96.
[45] eş-Şeybânî Binbelgîs, *Buhûs ve Dirâsât fî Târihi Tûnusi'l-Hadîs ve'l-Muâsır*, et-tabatü's- sânî, byy., 2003, s. 83-84).

Tunuslu akademisyen Bu Zugaybe, Tasarıda kullanılan fıkhî ıstılâhât, kavaîd-i külliye, vekâlet, hammallık, bey‘, komisyonculuk, ikâle, deyn ve fels ve kırâz bâbında yer alan seçtiği madde örneklerinin Malikî ve Hanefî mezheplerindeki fıkhî kaynaklarını belirterek, Tasarıyı fıkhın kanunlaştırılması kapsamında değerlendirmiş, daha sonraki tarihli Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de benzer manada bazı Tasarı maddelerinin düzenlenmiş olduğuna işaret etmiştir[46].

Bir isyan sonrası durdurulan Ahdül'l-Emân ve Anayasa sürecinin üç ay öncesinde tamamlanan ve Bey'e sunulan Ticaret Kanunu Tasarısı yürürlüğe konamamıştır. Kanunlaşamayan metin bununla birlikte Tunus'ta ticarî alanı fıkha dayanarak düzenleyen ilk metin olarak tarihî bir değer kazanmıştır[47].

3-Anayasal Periyot ve Kanunlaştırma Sürecinin Sona Erişi

8 Nisan 1864'de, çöldeki Araplar, iki katına çıkarılan vergiyi ödemeyeceklerini bildirerek isyan etmişler ve isyan gittikçe yayılmıştır. İsyanın patlak vermesine sebep olan aslî unsur verginin arttırılması olmakla birlikte, isyan fikrini besleyen diğer unsurlardan da bahsetmek gerekir. Ahmed Bey döneminden itibaren, merkezî yönetimin uzak bölgelerde otoritesini güçlendirmek için uyguladığı baskı, eyâlette memâlik otoritesinin güçlenmesi ve yabancılara yönelik artan ayrıcalıklar kabile insanında yönetime karşı kızgınlık oluşturmuştur[48]. Kabilelerin bu cesareti, vergi tahakkukunun kızgınlığı ve Avrupalı tacirlerin etkisiyle zarara uğrayan küçük tüccar ve üreticilerin tahrikiyle, sahilde yaşayanları da isyana katılmaya teşvik etmiştir[49].

İçte yeterli desteği bulamayan Anayasa, dış destekçisi Fransa tarafından da istenmeyince, yürürlükten kalkması kaçınılmaz olmuştur. Ali b. Gazâhim'in başını çektiği isyan anayasal düzeni gözden geçirmek ve ondan dönmek için gerekli fırsatı vermiştir[50]. 1 Mayıs 1864'te Bey, Anayasada düzenlemesi olmayan ve hakları arasında sayılmayan bir konuda insiyatif kullanıp, Meclisü'l-Ekber Başkanı'na bir yazı göndererek; şartların Meclisin faaliyetlerinin durdurulmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Benzer içerikli yazı, Meclisü'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye ve Meclisü't-Tahkik'e de gönderilmiştir. Bu şekilde, üç yıl yürürlükte kalan anayasal düzen askıya alınmıştır[51]. 1864 devrimi sonrası anayasa ve diğer kanunların yürürlüğünün sona erdirilmesiyle birlikte Ahdü'l-Emân öncesi döneme geri dönülmüştür.

Sonuç

Osmanlı hâkimiyetindeki İslam coğrafyasında yürürlüğe giren ilk anayasa ile İslam hukuku kanunlaştırmasının Tunus'ta gerçekleştiği görülmektedir. 1861 yılında yürürlüğe konulan Kanunu'd-Devle modern bir kavram olan anayasanın şeklî ve esasî unsurlarına sahip niteliktedir. Osmanlı merkezinin, bir vilâyeti bakımından bağımsızlık emâreleri taşıyan bu metni protesto ederek kabul etmemesi ayrı bir meseledir. Fransa'nın siyasî politikasına da uygun olarak belge

---

46 Bu Zugaybe, s. 110-124.

47 Bu Zugaybe, s. 96.

48 Bilkâsim, s. 340; Perkins, s. 77; Râfi' ibn Âşûr, *el-Müessesât ve'n-Nizâmü's-Siyâsî biTûnis*, Tûnis 2000, s. 63; Reşâd el-Hamzâvî, "Ali b. Gazâhim Şahsiyyetün Latezâlu Mechûletun ev Kadiyyetü Menâhici Dersi Sevreti Ali b. Gazâhim", *el-İntifâdâtü'ş-Şa'biyye ve'l-Hareketü't- Tahrîriyye fî Tûnis Beyne Sene 1800-1952*, Tûnis 1983, s. 82-84; Yakup Mahmutoğlu, *19. ve Yüzyılda Tunus'ta Pozitif Hukukun Gelişimi*, Marmara Üniversitesi Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999, s. 132.

49 Perkins, s. 78.

50 Şerfî, s. 134-135.

51 AVT, ST., S.119, M.414, V.19; *Râid et-Tûnisî*, aded 36, 29 Zilkade 1280; İthâf, c. III/5, s. 134; Bûûnî, s. 189.

yürürlüğe girmiş ve üç yıl uygulanmıştır. Bu bakımdan Kanunu'd-Devle, İstanbul'da 1876 yılında ilan edilen Kanun-i Esâsî'den 15 yıllık bir önceliğe sahip olması bakımından İslam-Osmanlı coğrafyasında bir ilki karşılar. İslam veya Osmanlı tarihinde yer alan ve bazı yazarlarca anayasa olarak nitendirilen, meselâ Medine Vesikası ve daha sonraki Kanunnâme-i Âl-i Osman benzeri metinlerden esasen modern dönem eseri bir kavram olan "anayasa" olmasıyla da farklılaşarak ilk olma özelliğini sürdürür. Osmanlı coğrafyasında özellikle Cezâyir-i Seb'a-i Müctemia Cumhuru ve Sırbistan gibi eyâlet-i mümtâze statüsündeki vilâyetlerde ilan edilen ve bir kısmının anayasa nitelikleri tartışmalı hukukî metinlerin inceleme coğrafyamızın dışında kaldıklarını belirtmek gerekir.

Ahdü'l-Emân ve Anayasa'ya dayanan kanunlaştırma kapsamında İslam fıkhının kanunlaştırılmasına da gayret edilmiştir. Bu çerçevede hazırlanan Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye 1861 yılında yürürlüğe konmuş, 1863 yılında tamamlanan Kanunu't-Ticârî ise tasarı düzeyinde kalmıştır. Medenî hukuk ve ticaret hukuku yanında esas olarak ceza hukukunu kanunlaştıran Kânûnu'l-Cinâyât ve'l-Ahkâmü'l-Örfiyye, fıkhın kanunlaştırılmasında, 1869 yılında yürürlüğe girmeye başlayan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den 8 yıllık bir önceliğe sahiptir. Malikî ve Hanefî mezheplerine dayanmasıyla da İslam hukukunun kanunlaştırılmasında ayrı bir öncelik taşımaktadır. Bu tebliğ, Tunus'taki bu iki metnin önceliğine işaret etmeyi amaçlamaktadır. Merkez ve vilâyet kapsamında ortaya çıkan bu metinlerin "niteliklerini" araştırmak ve karşılaştırmak bu incelemenin kapsamında yer almamaktadır. Vilâyet şartları ve ihtiyaçları sonucunda ortaya çıkmış ve vilâyet sınırlarında uygulanmaya çalışılmış her iki metnin sistematik ve muhtevâ itibariyle kanunlaştırmadaki başarısı ayrı bir araştırma ve inceleme konusu teşkil etmektedir.

HUKUK FAKÜLTELERİNDE OKUTULAN (MEDENÎ HUKUK VE HUKUK BAŞLANGICI) DERS KİTAPLARINDA YER ALAN MECELLE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Özet

Mecelle-i Ahkâmı Adliyye'nin Cumhuriyet Dönemi hukuk sistemini ve özellikle özel hukuk alanındaki kanunların yapılmasını ve uygulanmasını etkileyip etkilemediği konusu hep tartışılmaktadır. Bu konudaki genel yaklaşımın *Osmanlı Devleti*'nin yerine kurulan *Türkiye Cumhuriyeti Devleti*'nin yeni bir hukuk sistemi kurmuş ve bu sistemi *Kıt'a Avrupası* hukuklarından esinlenmek ya da iktibas yapmak suretiyle gerçekleştirmiş olduğu yönündedir. Bu bağlamda *Mecelle*'nin *Cumhuriyet Dönemi Özel Hukuku*na önemli bir katkısının bulunmadığı düşünülmektedir.

Bu Tebliğ'de *Cumhuriyet Dönemi Hukukçu*larının yazdıkları ve okuttukları ders kitaplarında *Mecelle* hakkında yer verdikleri tesbit, değerlendirme ve ifadelerin hukuk kamuoyunun dikkatine sunulması amaçlanmaktadır. Çalışma, Hukuk Fakültelerinde okutulan Medenî Hukuk ve Hukuk Başlangıcı ders kitaplarında yer alan Mecelle hakkındaki ifadelerle sınırlı tutulmaktadır. Bu yolla, Hukuk Fakültelerinde okutulan ders kitaplarının yazarlarının ve onlar aracılığıyla yetişmekte olan Hukuk Fakültesi öğrencisi/mezunlarının *Mecelle* hakkındaki kanaatlerinin ortaya konulması ve tartışma konusu yapılması düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, Özel Hukuk, Roma Hukuku, Medenî Hukuk, Hukuk Başlangıcı.

GİRİŞ

Mecelle-i Ahkâmı Adliyye'nin Cumhuriyet Dönemi hukuk sistemini ve özellikle özel hukuk alanındaki kanunların yapılmasını ve uygulanmasını etkileyip etkilemediği konusu hep tartışılmaktadır. Bu konudaki genel yaklaşımın *Osmanlı Devleti*'nin yerine kurulan *Türkiye Cumhuriyeti Devleti*'nin yeni bir hukuk sistemi kurmuş ve bu sistemi *Kıt'a Avrupası* hukuklarından esinlenmek ya da iktibas yapmak suretiyle gerçekleştirmiş olduğu yönündedir. Bu bağlamda *Mecelle*'nin *Cumhuriyet Dönemi Özel Hukuku*na önemli bir katkısının bulunmadığı düşünülmektedir.

Bu Tebliğ'de *Cumhuriyet Dönemi Hukukçu*larının yazdıkları ve okuttukları ders kitaplarında *Mecelle* hakkında yer verdikleri tesbit, değerlendirme ve ifadelerin hukuk kamuoyunun dikkatine sunulması amaçlanmaktadır. Çalışma, Hukuk Fakültelerinde okutulan Medenî Hukuk ve Hukuk

Başlangıcı ders kitaplarında yer alan Mecelle hakkındaki ifadelerle sınırlı tutulmaktadır. Şüphesiz Türk Hukuk Tarihi kitaplarında Mecelle ile ilgili ayrıntılı bilgilere yer verilmektedir. Bu yolla, Hukuk Fakültelerinde okutulan ders kitaplarının yazarlarının ve onlar aracılığıyla yetişmekte olan Hukuk Fakültesi öğrencisi/mezunlarının *Mecelle* hakkındaki kanaatlerinin ortaya konulması ve tartışma konusu yapılması düşünülmektedir.

I. YÖNTEM

Çalışmanın konusunu *Hukuk Fakülteleri*nde okutulan *Hukuk Başlangıcı* ve *Medenî Hukuka Giriş (ve Başlangıç Hükümleri)* kitaplarında yer alan *Mecelle* hakkındaki açıklamalar/görüşler oluşturmaktadır. Bu açıklamaların/görüşlerin tesbitinde, şu an itibariyle Hukuk Fakültelerinde yaygın olarak okutulan ve/ya da tavsiye edilen birden çok baskı yapmış olan kitaplar esas alınmaktadır. Kitapların seçiminde;

- 2000 yılından sonra/beri yayınlanmakta olması;
- Halen piyasadan temin ediliyor olması;
- Birden çok baskısının yapılmış olması;
- Ya doğrudan ders kitabı olarak kullanılan ya da tavsiye edilen olması;
- Özet kitap şeklinde yayınlanıyor olmaması

şartları aranmaktadır. Kitapların seçiminde *Mecelle* ile ilgili herhangi bir açıklamaya yer vermeyenlere de örnek olarak işaret edilmektedir.

Tesbit edilen kitaplar, yazarlarının soyadlarına göre sıralanmaktadır.

II. HUKUK BAŞLANGICI KİTAPLARINDA YER ALAN MECELLE HAKKINDAKİ AÇIKLAMALAR[1]

A. Genel Açıklama

Bu başlık altında, Hukuk Fakültelerinin birinci sınıflarında okutulan ve/ya da tavsiye edilen *Hukuk Başlangıcı* (*Hukuka Giriş-Temel Hukuk Bilgisi- Hukukun Temel Kavramları*) kitaplarında yer alan *Mecelle* ile ilgili açıklamalar tesbit edilmektedir. Daha önceki dönemlerde okutulmuş olan kitapların hem tesbit ve temin edilmesi hem de bunlarda yer alan *Mecelle* hakkındaki açıklamaların tasnif edilmesi oldukça uzun bir zamanı gerektirmektedir.

Hukuk Başlangıcı kitaplarında yer alan *Mecelle* hakkındaki açıklamalar tam metin olarak alınmaktadır. Bu metinler hakkında yapılan değerlendirme sona bırakılmaktadır. Başlıklarda kitap adları yer almakta; kitaplardan alıntı yapılan metinlerin dipnotları ihmal edilmektedir.

B. Hukuk Giriş ve Hukukun Temel Kavramları

[1] Hukuk Fakültelerinde ya da programlarında Hukuk derslerine yer veren diğer fakültelerde ***Hukuk Başlangıcı*** dersi ve bu derste okutulan kitapların adlarında tam bir birlik sözkonusu değildir. Ders adları, *Hukuk Başlangıcı*, *Hukuka Giriş*, *Temel Hukuk Bilgisi*, *Hukukun Temel Kavramları*; bu derslerde okutulan ders kitapları da dersin adına doğrudan bağlı olmadan yine bu adlarla ifade edilmektedir. Bu çalışmada, eski-köklü hukuk fakültelerinde dersin ve okutulan kitabın adının *Hukuk Başlangıcı* olması nedeniyle *Hukuk Başlangıcı* terimi tercih edilmektedir.

Ömer ***Anayurt***, *Hukuk Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*[2] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"… medenî hukuk alanında 1851 maddelik Mecelle, … yürürlüğe konulmuştur.

Osmanlı Devleti'nde derleme alanında en önemli çalışma hiç kuşkusuz, bir anlamda Osmanlı özel hukuk derlemesi niteliği taşıyan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'dir. Kısa adı *Mecelle* olan bu çalışma 1851 maddeden ibaret olup, 1869-1876 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında bir kurul tarafından hazırlanmıştır.

Mecelle'nin pek çok hükmü evrensel hukuk ilkeleri, aynı zamanda özlü sözler ve deyişler niteliğindedir. 1926 yılında Türk Medenî Kanununun kabulü ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Mecelle'nin hemen hemen hiç yer vermediği aile hukukuna ilişkin esaslar 1917 yılında çıkartılmış olan yerli düzenleme niteliği taşıyan Aile Hukuku Kararnamesi ile giderilmeye çalışılmıştır. Bu Kararname, kısa bir süre uygulamanın ardından 1919 yılında yürürlükten kaldırılmıştır"[3].

Anayurt, bir dipnotta *Mecelle*'nin ilk *doksan dokuz* maddesinden bazılarına yer vermektedir.

C. Hukuka Giriş

Aydın ***Aybay***-Rona ***Aybay***-Ali ***Pehlivan***, *Hukuka Giriş*[4] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"… Mecelle'ye göre, Fıkıh Bilimi, şer'î uygulama sorunlarını bilmektedir"[5].

"1868-1876 yılları arasında hazırlanan "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", İslâm Dünyasında, Medeni Hukuk alanındaki ilk "kodifikasyon" sayılabilir. Ancak, 1851 maddeden oluşmasına karşın, günümüzde Medeni Hukukun temel konularından aile ve mirasa ilişkin hüküm içermemektedir. Mecelle'nin "genel hükümler" denilebilecek ilk 99 maddesi, daha çok "özdeyiş" sayılabilecek hükümlerden oluşmaktaydı. Örneğin, "çaresizlik çare yaratır" (m.18), "daha az kötü olan yeğlenir" (Ehveni şerriyn ihtiyar olunur) (m.29) gibi anlatımlar, yasa maddesinden çok genel nitelikli saptamaları anımsatır"[6].

Ç. Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları

Necip ***Bilge***, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*[7] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

---

2 Ömer **Anayurt**, Hukuk Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 16. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2016.
3 **Anayurt**, s. 63.
4 Aydın **Aybay**-Rona **Aybay**-Ali **Pehlivan**, Hukuka Giriş, 12. Genişletilmiş Baskı, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları), İstanbul 2016.
5 **Aybay-Aybay-Pehlivan**, s. 84.
6 **Aybay-Aybay-Pehlivan**, s. 95 dp. 7.
7 Necip **Bilge**, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 34. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2016.

"… Mecelle'nin ifadesi ile denebilir ki, teâmülün âdet hukuku haline gelebilmesi için, onun **kadim** (çok eski), yani evvelini bilen kimsenin bulunmaması gerekir. …"[8].

"… Şu halde, eski Medenî Kanun Türkiye'de, sadece Mecelle'yi değil, onun ruhuna uygun âdetleri de ilga etmiş sayılır. …"[9].

"Bugünkü Borçlar Kanunu'nda satım sözleşmesinin 52 madde içinde (BK.m.182-233) ve hâsılat kirası da dahil olmak üzere kira sözleşmesinin 51 maddede (m. 248-298) düzenlenmiş olmasına karşılık, Mecelle'de satım hakkında 302 maddenin, kira hakkında da 211 maddenin bulunması, iki türlü kanunlaştırma metodu arasında bu bakımdan mevcut olan farkı belirlemeye yeter sanırız" [10].

"Memleketimizde, Tanzimat döneminde yapılmış olup, Türk Medenî Kanunu'ndan önce 40 yıl kadar uygulanmış olan Mecellei Ahkâmı Adliye (Kısaca Mecelle) somut yönteme, hadiseci metoda göre hazırlanmış kanunlaştırmaya örnek olarak gösterilebilir"[11].

"a) Türk hukukunda dinsel ilkelerin soyut hukuk kuralları üzerindeki egemenliği eski Medenî Kanun'un kabulüne kadar az çok devam eylemiştir. Gerçekten, 1926 yılında yürürlüğe giren eski Medenî Kanun'un yürürlükten kaldırmış bulunduğu **Mecelle**'nin mucip sebepler mazbatasında (gerekçesinde) geçen "**Kavanini müeyyidei şeriye**" deyimi, dinsel yaptırıma bağlanmış hukuk kuralları anlamına gelmektedir"[12].

"… İslâm hukuku bilgisine ilm-i usul-i fıkıh da denilmekte ve bu bilim dalı, şerî meseleleri bilme olarak tanımlanmaktadır (Mecelle m. 1)" [13].

"Tanzimat döneminde, ceza ve ticaret hukuku alanlarında yabancı laik nitelikteki hukuklardan, bilhassa Fransız kanunlarından iktibas, aktarma yoluna gidildiği halde, medenî hukuk alanında yerli kanun yapma yolu tercih edilmiştir. Gerçi, bu alanda dahi iktibas usulüne başvurularak, Fransız Medenî Kanunu'nun tercüme olunması, Âli Paşa tarafından Sultan Abdülaziz'e tavsiye edilmiş ise de, toplumdaki dinsel inançların baskısı ve Ahmet Cevdet Paşa'nın bilimsel otoritesi buna engel olmuştur.

Cevdet Paşa'nın başkanlığında kurulan ve **(Mecelle Cemiyeti)** adını taşıyan bir komisyon tarafından hazırlanan ve kısaca **(Mecelle)** adı ile anılan **(Mecelle-i Ahkâmı Adliye)** yedi yılda hazırlanarak, kısım kısım yürürlüğe konulmuştur. Gerçekten, birinci kitabın iradei seniye (Yüce Buyruk, Padişah emri) tarihi 1869 olduğu halde, onaltıncı kitabın tarihi 1876'dır. Aradaki kitapların tarihleri de birbirlerini izlemektedir"[14].

"Mecelle hükümlerinin dayanağı **şer'i şerif**, yâni İslâm dinidir. Gerçekten, Mecelle mazbatasında: **"Adil bir nizamın halelden muhafazası için birtakım kavanini müeyyidei şeriyyeye muhtaç"** olunduğu belirtilmiştir. Bu cümledeki kavanini müeyyidei şeriye deyimi, dinsel yaptırıma bağlı kanunlar anlamını taşır. Mecelle'nin yüz maddeden ibaret olan genel esaslar kısmında, hukukun birçok prensipleri veciz (kısa ve öz) bir biçimde ifade edilmiş olmakla

8 **Bilge**, s. 32-33.
9 **Bilge**, s. 35.
10 **Bilge**, s. 73 dp. 4.
11 **Bilge**, s. 73 dp. 5.
12 **Bilge**, s. 86.
13 **Bilge**, s. 92.
14 **Bilge**, s. 95.

beraber, özel hükümler kısmı kazuistik metoda göre hazırlanmış olup, lüzumsuz tekrarlarla doludur"[15].

"Mecelle, kapsam ve sistem itibariyle modern anlamda bir medenî kanun mahiyetini haiz değildir. Zira, bir kez, aile ve miras hukukunu içerisine almamış olduğu gibi, diğer taraftan da usul hukukunu ilgilendiren ikrar, dava, beyyineler gibi Medenî Hukuk dışı kalması gereken bir takım meseleler hakkında da hükümleri içermektedir. Diğer taraftan bu kanunda, doktrine bırakılması gereken bir çok tarifler ve misaller de yer almış bulunmaktadır.

"1851 maddeden oluşan ve genellikle hanefî mezhebinin görüşlerine uygun olarak hazırlanan Mecelle, Mukaddime başlığı altındaki dışında on altı kitaba ayrılmıştır"[16].

"Bir maddelik mukaddime ile, 99 maddelik "kavaidi külliye" bölümünden sonra gelen 16 kitabın adları şöyledir: I) Kitab ül-büyu m.101- 403; II) Kitab ül-icarat m. 404-615; III) Kitab ül-kefale m. 616-672; IV) Kitab ül-havale m. 673-700; V) Kitab ül-rehin m. 701-761; VI) Kitab ül-emanet m. 762-832; VII) Kitab ül-hibe m. 833-880; VIII) Kitab ül-gasp vel-itlâf m. 881- 940; IX) Kitab ül-hacr vel-şüfa m. 941-1044; X) Kitab ül-şirket m. 1045-1448; XI) Kitab ül-vekâlet m. 1449-1530; XII) Kitab ül-sulh vel-ibra m. 1531-1571; Kitab ül-ikrar m. 1572-1612; XIV) Kitab ül-dâva m.1613-1675; XV) Kitab ül-beyyinet vel-tahlif m. 1676-1783; XVI) Kitab ül-kaza m. 1784-1851. Kitapların adından da anlaşılacağı üzere, Mecellede sadece medenî hukuk hükümleri değil, medenî yargılama hukuku hükümleri de yer almakta idi" [17].

"Her kitabın başında tanımlara ayrılmış bir **mukaddime** vardır. 1926 tarihli Medenî Kanun'un mucip sebepler lâyihasına göre, Mecelle'nin ihtiyacı karşılayan 300 maddesi mevcuttur; geri kalan maddeler memleketin ihtiyaçlarını karşılayamayacak kadar iptidaî birtakım kaidelerden ibaret olduğundan tatbik edilememekte idi.

"Mecelle'nin özel hükümler kısmında da satım, kira, bağış gibi sözleşmeler ve yargılama hukukuna ilişkin bireysel bazı konular düzenlenmişti. Medenî hukukun temel konuları olan aile, miras ve eşya hukukları düzenleme dışı bırakılmıştı. Daha sonra, 25 Ekim 1917 de, **Hukuk- u Aile Kararnamesi** ile, Aile hukuku alanında yeni düzenleme yapılmış ise de, bu kararname, 1. Dünya Savaşı sonunda İstanbul işgal kuvvetleri komiserliğinin baskısı sonunda, Haziran 1919'da İstanbul Hükümeti tarafından yürürlükten kaldırılmıştır"[18].

"Mecelle'de eşya hukuku dahi tam bir surette düzenlenmiş değildir. Gerçi, Tanzimat'tan sonra 1858 yılında çıkarılmış bulunan bir **Kanunname-i Arazi** mevcuttu ve Mecelle'de eşya hukukunun bu sebeple düzenlenmemiş bulunduğu hatıra gelebilir idi. Fakat, derhal belirtmek gerekir ki, Kanunname- i Arazi özel kişilerin mülkiyetine konu olabilen ve (Arazi-i memlûke) adı verilen özel gayrimenkul mülkiyetinden daha çok, (Arazi-i mîriye) denilen Devlete ait arazinin tasarruf cihetini düzenlemekte idi. Özel mülkiyet rejimi yazılı hukuk kurallarına değil, dinsel kaynaklardan çıkarılan fıkıh esaslarına tâbi bir halde bırakılmıştır" [19].

"Dinsel ilkelere dayanan Mecelle …, yirminci yüzyıl ilişkilerini düzenlemeye artık yetmiyordu"./"…Diğer taraftan, **Vacibât Encümeni** adını taşıyan ikinci teşekkül ise, 1916'daki Mecelle Komisyonu'nun faaliyetini devam ettirmek istiyordu. Yani bu encümen dahi ahkâm-ı

[15] **Bilge**, s. 95-96.
[16] **Bilge**, s. 96.
[17] **Bilge**, s. 96 dp. 13.
[18] **Bilge**, s. 96.
[19] **Bilge**, s. 96-97.

şer'iyyeye muhalefet etmemek kaygısı altında bulunuyordu"./"Bu tâlî encümenlerin bazı hususlarda, Mecelle'nin tâdili hakkındaki eski komisyondan daha muhafazakâr davrandığı söylenebilir. …"[20].

"… hükümet, Mecelle'yi tâdil ve ıslah hususunda faaliyette bulunan encümenlerin çalışmalarından tatmin edici bir sonuç alınmayacağını anladığı için, Tanzimat döneminde ticaret, ceza ve usul hukuku alanlarında yapıldığı gibi, medenî hukuk alanında da Batıdan iktibasta bulunmaya ve en yeni kanun olması dolayısı ile İsviçre Medenî Kanunu'nun Türkçeye tercüme edilmesine karar verdi. …"[21].

"… Mezhep ayrılıklarının da körüklediği çelişik görüş ve fetvalardan oluşan İslâm hukukunun, özellikle **muamelâta** ilişkin olan kısmı tamamen kanunlar halinde tedvin edilebilmiş değildi. Bu durum, Mecelle mazbatasında (gerekçesinde) da belirtildiği üzere, birçok zorluklara neden oluyordu. (…)"[22]. "… Keza, Borçlar Kanunu'nda kefaletin yazılı olması gerektiği hususu belirtilmiş bulunduğu halde, Mecelle'de böyle bir şekil şartı yoktur. O halde, Mecelle zamanında yapılmış olan sözlü bir kefalet mukavelesi, Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra da hükümlerini hasıl eder. Eski kanun zamanında kazanılmış olan hakların yeni kanun zamanındaki hukukî neticeleri dahi eski kanuna tâbi olmakta devam ederler. …"[23].

"… Zaruret hâlinden maksat, kendisini veya başkasını, bilerek sebebiyet vermediği zarardan yahut derhal vuku bulacak bir tehlikeden kurtulmak için, başkasının mallarına zarar vermektir. Mecelle'nin 21 inci maddesinde ifade edildiği üzere "Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar"[24].

D. Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kuramları

Erol ***Cansel***-Çağlar ***Özel***-Mehmet ***Yüksel*** *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kuramları*[25] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"Tanzimat'tan sonra, kanunlaştırma hareketi başlıca iki yönde gelişmiştir:

a) Bazı alanlarda doğrudan doğruya yabancı kanunların çevirisi niteliğinde kanunlaştırmalar yapılmıştır. (…) Bu düzenlemelerin hepsi, özellikle Fransız kanunlarının çevrilmesi ya da örnek alınması suretiyle yapılmıştır.
b) Bazı alanlarda ise, tamamen ulusal nitelikte ve yerli köklere dayanan kanunlar hazırlanmıştır. Bunlara; 1858 tarihli Kanunname-i Arazi, 1876 yılında hazırlanan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, 1917 tarihli Hukuku Aile Kararnamesi örnek olarak sayılabilir.
   – Kanunname-i Arazi; mülkiyeti Osmanlı devletine ait olan arazi (arazî-i mîriye)nin hukukî rejimini düzenlemektedir.

---

20 **Bilge**, s. 98.
21 **Bilge**, s. 99.
22 **Bilge**, s. 101.
23 **Bilge**, s. 216.
24 **Bilge**, s. 302.
25 Erol **Cansel**-Çağlar **Özel**-Mehmet **Yüksel**, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kuramları, 6. Bası, (Seçkin Yayınları), Ankara 2015.

- Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye; özel hukuk alanındaki düzenlemelerin en önemlisidir. Esas olarak borçlar hukuku ve eşya hukuku alanına giren ilişki ve olayları düzenlemektedir.
- Hukuku Aile Kararnamesi; Mecelle'nin bıraktığı boşluğu doldurmak üzere çıkarılmıştır. Çünkü, Mecelle'de kişinin hukuku ile aile ve miras hukukuna ilişkin hiçbir düzenleme yapılmamıştır"[26].

E. Hukuka Giriş

Kemal ***Gözler***, *Hukuka Giriş*[27] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"…Fıkıh ilminin tanımı ve bölümleri Mecellenin ilk maddesinde mükemmel bir şekilde açıklanmıştır"[28]. Aynı yerde *Mecelle*nin ilk maddesinin yazı çevrimli orijinal metni ve İngilizce çevirisine yer verilmiştir.

"Tanzimattan sonra, Osmanlı İmparatorluğunda Avrupa hukukundan esinlenen kanunlar kabul edilmeye başladı. (…) Özel hukuk alanında ise Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında kurulan bir komisyona Osmanlı medenî hukuk ve borçlar hukuku alanındaki kurallar tedvin ettirildi"[29].

"Osmanlı İmparatorluğu'nda modern anlamda kanunlaştırma hareketleri Avrupa ile aşağı yukarı aynı zamanda başlamıştır. (…) Hatta Osmanlı İmparatorluğu kanunlaştırma hareketleri bakımından birçok batı ülkesinin önünde yer alır. Örneğin Osmanlı medenî kanunu niteliğinde olan *Mecelle*, 1868-1876 yılları arasında kanunlaştırılmıştır. Oysa Alman Medenî Kanunu 1900, İsviçre Medenî Kanunu ise 1907 yılında yürürlüğe girebilmiştir"[30].

"… Medenî hukuk alanında ise kanunlaştırma konusunda iki karşıt fikir vardı. Bunlardan birincisi Âli Paşa (1815-1871) tarafından savunuluyordu. Âli Paşa, Fransız Medenî Kanununun küçük değişikliklerle kabulünü istiyordu. İkinci görüş ise, ünlü hukukçu ve tarihçi Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) tarafından savunuluyordu. Ona göre, hukuk sisteminin en önemli parçalarından biri olan Medenî Kanunun Hıristiyan bir ülkeden alınması sakıncalıydı. Mevcut İslam hukuku kuralları belli bir sistem dahilinde toplanmalıydı. Çok uzun tartışmalardan sonra Ahmet Cevdet Paşa'nın görüşleri kabul edildi ve bir komisyon kuruldu. Başkanlığını Ahmet Cevdet Paşa'nın yaptığı bu komisyon, 1868-1876 yılları arasında çalışarak *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye* veya kısaca *Mecelle* adı verilen İslam dünyasındaki ilk medenî kanun ve borçlar kanunu hazırladı. Mecelle, Türkiye'de 1926 yılında, Irak'ta 1951 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Keza Mecelle yakın zamana kadar, İsrail'de fiilen uygulanmıştır. Ergun Özsunay'ın 1986 yılında belirttiğine göre Mecelle Ürdün'de yürürlüktedir"[31].

"Mecelle, kendisine "kitap" adı verilen 16 bölümden oluşmuştur. Komisyon, her kitabı hazırladıkça, o kitap Padişah tarafından yürürlüğe konulmuştur.

---

[26] **Cansel-Özel-Yüksel**, s. 79-80.
[27] Kemal **Gözler**, Hukuka Giriş, 13. Baskı, (Ekin Basım Yayım Dağıtım), Ağustos 2016, s. 140.
[28] **Gözler**, s. 140.
[29] **Gözler**, s. 145.
[30] **Gözler**, s. 229.
[31] **Gözler**, s. 230-231.

Mecelle'nin 2 ilâ 100'üncü maddeleri arasında yer alan 99 maddelik bir "kavaid-i külliye" kısmında genel prensipler ifade edilmiştir. Bunların çoğu atasözü gibi çok ustaca hazırlanmıştır. Mecelle'nin kitapları arasında madde numaraları birbirini izler ve toplamı 1851 maddedir. Mecelle'de alım-satım, kira, kefalet, havale, rehin, emanet, hibe, gasp, ikrah, şufa, şirketler, vekalet, sulh, ibra, ikrar, dava, deliller ve yargılamayla ilgili diğer hükümler vardır. Mecelle'de kişi, aile, miras ve vakıf hukukuna ilişkin hükümler yoktur.

Böylece, Mecelle orijinal bir çalışma olup tedvin örneğidir. Tanzimat döneminde çıkarılan diğer önemli kanunlar ise, birer çeviri olup iktibas usulüne örnek teşkil ederler.

Mecelle'de aile hukukuna ilişkin düzenlemeler yoktur. Bu eksiklik 1917 yılında çıkarılan "Hukuku Aile Kararnamesi" ile tamamlandı. Ne var ki bu kararname 1919'da yürürlükten kalktı. Bununla beraber bu kararname Suriye, Ürdün, Filistin'de 1950'li yıllara kadar yürürlükte kalmıştır. Özsunay'ın 1986 yılında yazdığına göre Hukuku Aile Kararnamesi Lübnan'da Sünni Müslümanlar arasında yürürlüktedir"[32].

Gözler, ayrıca bu kitapta bir kutu içinde Mecelle'nin 99 Maddesinden Örneklere (Türkçe-İngilizce olarak) yer vermektedir[33].

VI. SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

1800'lerin başlarından itibaren Avrupa'da modern anlamda kanunlaştırma hareketleri görülmüştür. Türkiye kanunlaştırma hareketleri bakımından Avrupa'dan geri kalmış bir ülke değildir. Batıdaki gelişmelerle Osmanlı gelişmeleri tamamen eş zamanlıdır. Hatta kanunlaştırma alanında Osmanlı İmparatorluğu'nun Almanya'nın çok daha önünde olduğunu da söyleyebiliriz. … Osmanlı kanunlaştırmaları gerek ceza, gerek ticaret, gerekse medenî hukuk alanında Alman kanunlaştırmalarından öncedir. Mecelle Alman Medenî Kanunundan 20 küsur yıl önce tedvin edilmiştir" [34].

"Türkiye'de ise, Ahmet Cevdet Paşanın eseri olan Mecelle dışında orijinal tedvin çalışmalarına başvurulmamış, Fransız, Alman veya İsviçre kanunlarının iktibası yoluna gidilmiştir. (…) Ülkemizin bu alandaki kusuru, kendi ihtiyaçlarımıza göre kanun yapma ideolojisinin yokluğu değil, Ahmet Cevdet Paşa örneği disiplinli ve enerjik hukukçuların ve istikrarlı hükümetlerin yokluğudur.

Cumhuriyet yönetiminin devrimci saikle ilga ettiği kanunlar, Mecelle dışında yine yabancı kanunlardır. (…) Mecelle de baştan ilga edilmek istenmemiş, geliştirilmesi için Cumhuriyetin ilk yıllarında encümenler kurulmuş, ancak bu encümenler çalışmalarında başarısız kalınca medenî hukuk alanında da iktibasa gidilmesi düşüncesi galip çıkmıştır. Özetle Cumhuriyet dönemi kanunlaştırmaları, Türk kanunlaştırma hareketleri bakımından bir başlangıç değildir; Tanzimatla başlamış bir sürecin kendini geliştirerek devamıdır" [35].

---

[32] **Gözler**, s. 231.
[33] Bu örnekler için bkz. **Gözler**, s. 232, Kutu 9.2.
[34] **Gözler**, s. 233-234.
[35] **Gözler**, s. 234.

F. Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları

Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*[36] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir. "Yasalaştırmada başlıca iki ana yöntem uygulanmaktadır. Bunlardan biri somut olay yöntemi, diğeri soyut kural yöntemidir.

a) Somut olay yöntemi. Yasalaştırmaya giderken, her türlü olasılıklar düşünülerek, yargıçların keyfîliğini önleme, boşluk bırakmama, her tür olaya bir çözüm bulma amacı ile ayrıntılı düzenlemelere gidilmekte, genel kurallarla yetinilmemektedir. Çarlık Rusya'da 1832 yılında çıkarılan 60 bin maddelik yasa, Tanzimat döneminde çıkarılan 1851 maddelik Mecelle bu tür düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir. Bu tür düzenlemeler, çabuk eskiyen, toplumun gereksinmelerine cevap vermeyen, boşluk yaratan düzenlemelerdir"[37].

"… Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığında hazırlanan 1851 maddeden oluşan Mecelle, 1869 ile 1876 yılları arasında bölüm bölüm çıkarılmıştır. Mecelle esas itibarı ile Borçlar Hukuku ile Eşya Hukukunu kapsıyordu. Mecellede aile hukuku ile miras hukukuna yer verilmemiştir"[38].

G. Hukuk Başlangıcı

Adnan ***Güriz***, *Hukuk Başlangıcı*[39] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"Tanzimat Döneminde Âli Paşa, Fransız Medeni Kanununun kabulünü padişah Abdülaziz'e teklif etmiştir. Ancak bu girişim gerçekleşmemiştir. Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığında kurulan komisyonca hazırlanan Mecelle-i Ahkâmı Adliyye 1869 ile 1876 yılları arasında bölüm bölüm yürürlüğe konulmuştur. Mecelle'nin Tanzimat döneminde çıkarılan diğer kanunlar gibi padişah iradesi ile yürürlüğe girdiği görülmektedir.

1851 maddeden oluşan Mecelle-i Ahkâmı Adliyye bugün borçlar hukuku ve aynı haklar olarak isimlendirdiğimiz kısımlarla ilgili hükümler yanında yargılama hukukuna ve kişi hukukuna ait bazı hükümleri de içine alıyordu. Bununla birlikte Mecelle'de aile ve miras hukuku düzenlenmemiş bulunuyordu. Türk Medeni Kanununun, Adalet Bakanı Mahmut Esat tarafından hazırlanan gerekçesinde Mecelle'de yer alan ancak 300 maddenin ihtiyaca cevap verdiği, diğer maddelerin ülkenin ihtiyaçlarını karşılamadığı belirtilmiştir"[40].

Ğ. Temel Hukuk Bilgisi

Halil ***Kalabalık***-Murat ***Erdem***, *Temel Hukuk Bilgisi*[41] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

---

36 Şeref **Gözübüyük**, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 38. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2016.
37 **Gözübüyük**, s. 68.
38 **Gözübüyük**, s. 69.
39 Adnan **Güriz**, Hukuk Başlangıcı, 17. Baskı, (Siyasal Kitabevi), Ankara 2016.
40 **Güriz**, s. 148.
41 Halil **Kalabalık**-Murat **Erdem**, Temel Hukuk Bilgisi, 8. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2016.

4. Medenî Hukuk Alanında

Tanzimat döneminde, ceza ve ticaret alanlarının aksine, yerli kanun yapma yoluna gidilmiştir. Ahmet Cevdet Paşanın başkanlığında kurulan bir komisyon (Mecelle Cemiyeti) tarafından yedi yılda hazırlanan **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye** kısım kısım yürürlüğe konulmuştur. 1851 maddeden teşekkül olunan ve 20 Nisan 1869'da yazılmaya başlanan, 16 Ağustos 1876 yılında yürürlüğe konulan Mecellenin dayanağı **İslam Hukuku**'dur. Özel hukukun ve bu arada özellikle medenî hukuk, borçlar hukuku ve usul hukukunun bazı konularını ayrıntılı olarak düzenleyen Mecelle **somut olay metodu** ile yazılmıştır. 1926 yılında 743 sayılı Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılan Mecelle, Mukaddime başlığı altındaki genel hükümler dışında onaltı kitaba ayrılmıştır. Kural olarak *borçlar hukuku* ilişkilerini kapsamakla birlikte, Mecelle'de *zilyetliğin gaspı* ve *zilyetliğe tecavüz, rehin, zamanaşımı* gibi *yargılama hukukunun* bazı kavramlarına da yer verilmiştir"[42].

H. Herhangi Bir Açıklamanın Yer Almadığı Kitaplar

2010 ve sonrasında yayınlanan ve halen *Hukuk Fakülteleri*nde okutulan ya da tavsiye edilen şu kitaplarda ise, *Mecelle* hakkında herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

Hukuk Başlangıcı[43],
Hukukun Temel Kavramları[44],
Hukuka Giriş Hukukun Temel Kavramları[45],
Hukuka Giriş[46],
Hukuk Başlangıcı[47],
Hukuka Giriş[48],
Temel Hukuk Bilgisi[49].

I. Ara Değerlendirme

Bu konuda şu şekilde bir genel tesbit yapmak mümkündür: daha eski tarihli kitaplarda eski dönemlere ait açıklamalara daha fazla yer verilmektedir. Günümüze yaklaştıkça bu bilgiler azalmakta ya da tamamen ihmal edilmektedir. Nitekim, halen yayınlanan ve okutulan bazı ders kitaplarında hiçbir bilgiye yer verilmemektedir.

Necip *Bilge*, Cumhuriyet Döneminin ikinci kuşak öğretim üyelerinden olduğu için, *Mecelle* ile ilgili bilgilere, örneklere nisbeten daha fazla yer vermiştir. Nesiller değiştikçe eskiye ait müesseselere olan ilgi ve rağbet azalmakta; değeri bilinmediği için itibar edilmemektedir. Oysa, maziyi bilmek ati için atılan en büyük adımdır.

Kemal *Gözler*, yeni neslin Mecelle'ye ilişkin açıklamalara en geniş yer veren temsilcisidir. Kitabının çok sayıda fakültede okutuluyor ya da tavsiye ediliyor olması Türk Hukuk Fakülteleri öğrencileri/mezunları bakımından önemli bir şanstır.

---

42 **Kalabalık-Erdem**, s. 147.
43 Ender Ethem **Atay**, Hukuk Başlangıcı, 3. Baskı, (Gazi Kitabevi), Ankara 2016.
44 Enver **Bozkurt**, Hukukun Temel Kavramları, 11. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2015.
45 Abdullah **Dinçkol**, Hukuka Giriş Hukukun Temel Kavramları, Onbirinci Basım, (Der Yayınları), İstanbul 2015.
46 Turhan **Esener**, Hukuka Giriş, 11. Baskı, (Vedat Kitapçılık), İstanbul 2015.
47 Yasemin **Işıktaç**, Hukuk Başlangıcı, 3. Baskı, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2015.
48 Selâhattin **Keyman**-Haluk **Toroslu**, Hukuka Giriş, 5. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2012.
49 Muhammet **Özekes**, Temel Hukuk Bilgisi, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2016.

III. MEDENÎ HUKUK KİTAPLARINDA YER ALAN MECELLE HAKKINDAKİ AÇIKLAMALAR

A. Genel Açıklama

Bu başlık altında, Hukuk Fakültelerinin birinci sınıflarında okutulan ve birden çok baskı yapmış olan *Medenî Hukuk* (*ve Başlangıç Hükümleri)* kitaplarında yer alan *Mecelle* ile ilgili açıklamalar tesbit edilmektedir. Daha önceki dönemlerde okutulmuş olan kitapların hem tesbit ve temin edilmesi hem de bunlarda yer alan *Mecelle* hakkındaki açıklamaların tasnif edilmesi oldukça uzun bir zamanı gerektirmektedir.

Medenî Hukuk (*ve Başlangıç Hükümleri)* kitaplarında yer alan *Mecelle* hakkındaki açıklamalar tam metin olarak alınmaktadır. Bu metinler hakkında yapılan değerlendirme sona bırakılmaktadır. Başlıklarda kitap adları yer almakta; kitaplardan alıntı yapılan metinlerin dipnotları ihmal edilmektedir.

B. Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)

Jale G. ***Akipek***-Turgut ***Akıntürk***-Derya ***Ateş***, *Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*[50] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"… Gerçekten, Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinde başlayan kanunlaştırma hareketleri, medenî hukuk bakımında *Mecelle* ve *Arazi Kanunnamesi* dışında, pek de başarılı olmuş sayılmaz. Osmanlı İmparatorluğunun yerini Türkiye Cumhuriyeti Devleti alırken medenî hukukun ancak bazı dalları, örneğin borçlar hukuku ile eşya hukukunun bazı kısımları Mecelle ve Arazi Kanunnamesiyle yazılı bir biçimde düzenlenmiş bulunuyordu. Bütün medenî hukuku, hatta daha doğru bir söyleyişle özel hukuku kanunlar içinde modern bir düşünüşle düzenleme onuru, Türkiye Cumhuriyeti Devletine nasip olmuştur"[51].

"2) Mecelle

Tanzimat'la beraber kanunlaştırmanın bir zorunluluk olarak duyulduğu alanlardan biri de, *borçlar hukuku* alanı idi. Avrupalılarla olan ticarî ve ekonomik ilişkilerimiz gittikçe gelişiyordu. Tanzimat'tan sonra modern bir biçimde kanunlaştırılmış olan hukuk dallarından biri de, ticaret hukuku idi. Fransız Ticaret Kanunundan Türkçeye çevrilerek aynen alınmak suretiyle bir *Ticaret Kanunu* yapılmıştı. Ancak, ticarî ilişkilerin genellikle sözleşme esasına dayanması, çoğu kez hâkimleri medenî hukuk ve borçlar hukukuna başvurmaya zorluyordu. Ancak, yürürlükte olan bir medenî kanun ile borçlar kanununun mevcut olmaması, ayrıca bu alandaki kuralların dağınık bir surette ve çoğunluğunun Arapça yazılmış kitaplar içinde bulunması ve özellikle de bütün bu kuralların dinî esaslardan esinlenmiş olması, ticarî ilişkilerin ivedilikle çözüme bağlanmasını güçleştirdiği gibi, Ticaret Kanununun uygulanmasını da aksatıyordu"[52].

"Medenî hukuk ilişkilerinin düzenlenmesinde nasıl bir yol izleneceği konusu uzun tartışmalara yol açmıştı. Bu konuda iki fikir çarpışıyordu: Fransız Medenî Kanununun Türkçeye

[50] Jale G. **Akipek**-Turgut **Akıntürk**-Derya **Ateş**, Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku), Yenilenmiş 12. Baskı, Birinci Cilt, (Beta Yayınları), İstanbul 2015.
[51] **Akipek-Akıntürk-Ateş**, s. 24-25.
[52] **Akipek-Akıntürk-Ateş**, s. 39-40.

çevrilerek aynen kabul edilmesi fikrini *Âli Paşa* savunuyordu. Fıkıh esaslarına dayanarak yerli ve dolayısıyla ülke gerçeklerine ve ihtiyaçlarına daha uygun düşeceği söylenen yerli bir kanun yapma fikrini ise *Cevdet Paşa* savunuyordu. Sonunda bu ikinci görüş ağırlık kazandı ve 1869 yılında dinî esaslardan faydalanılarak bir kanun hazırlamak üzere bir bilim komisyonu kuruldu. Komisyon başkanlığını *Cevdet Paşa* üstlendi. Bu komisyon şer'î (dinî) hükümleri devrin ihtiyaçlarına uydurmaya gayret ederek 1869 yılından 1876 yılına kadar çalıştı ve sonunda Osmanlı hukuk tarihi bakımından çok önemli bir eser olan **"Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye"**yi meydana getirdi. Hukuk dilinde kısaca **Mecelle** diye anılan bu kanun, bir mukaddime (başlangıç) ile on altı kitaptan oluşuyordu. Bu kitaplarda sırasıyla aşağıdaki konular düzenlenmişti:

Birinci kitap: Kitab ül-büyu *(Satış sözleşmesi)*

İkinci kitap: Kitab ül-icarat *(Kira sözleşmesi)*

Üçüncü kitap: Kitab ül-kefale *(Kefalet sözleşmesi)*

Dördüncü kitap: Kitab ül-havale *(Havale)*

Beşinci kitap: Kitab ül-rehin *(Rehin sözleşmesi)*

Altıncı kitap: Kitab ül-emanet *(Vedia ve Ariyet sözleşmeleri)*

Yedinci kitap: Kitab ül-hibe *(Bağışlama sözleşmesi)*

Sekizinci kitap: Kitab ül-gasp vel-itlâf *(Başkasının malını gasp etme.* Bugünkü anlamda *zilyetliğin gaspı ve zilyetliğe saldırı fiilleri ile haksız fiilleri* kapsar)

Dokuzuncu kitap: Kitab ül-hacr vel ikrah veş-şüfa *(Kısıtlama, korkutma ve önalım)*

Onuncu kitap: Kitab ül-şirket *(Şirketler hukuku)*

On birinci kitap: Kitab ül-vekâlet *(Vekâlet sözleşmesi)*

On ikinci kitap: Kitab ül-sulh vel-ibra *(Sulh ve ibra anlaşması)*

On üçüncü kitap: Kitab ül-ikrar *(İkrar)*

On dördüncü kitap: Kitab ül-dâva *(Dava ve zamanaşımı)*

On beşinci kitap: Kitab ül-beyyinet vel-tahlif *(İspat külfeti, kanıtlar ve yemin)*

On altıncı kitap: Kitab ül-kaza *(Hâkimlerin niteliği, yargılama yöntemi ve hükümler)"*[53].

"Görüldüğü gibi Mecelle tam anlamıyla bir ***medenî kanun mahiyetinde değildi.*** Çünkü içinde medenî hukukun bütün ilişki ve kurumları düzenlenmemişti. *Aile hukuku, miras hukuku* ve hatta *eşya hukuku* ile ilgili pek çok ilişki ve kurum Mecellenin kapsamı dışında kalmıştı. Bütün bunlar yine eskiden olduğu gibi fıkıh esaslarına tâbi olmakta devam edecekti. Mecelle genellikle *borçlar hukuku* ilişkilerinden önemli bir bölümünü düzenlemiş, fakat bu arada rehin, mülkiyet ve komşuluk ilişkileri gibi eşya hukukuyla ilgili bazı konular ile ikrar, dava, ispat gibi bazı usul hukuku ilişkilerini de içine almıştı"[54].

"***Mecelle modern ve teknik anlamda mükemmel bir kanun sayılamaz***. Zira soyut ve akılcı bir metotla hazırlanmış değildir. En kötüsü de dinî esaslardan faydalanılmak suretiyle hazırlanmış olmasıdır. Soyut bir metot yerine tamamen kazuistik (ayrıntıcı) bir metotla hazırlanmış olması, normalden fazla uzun ve pek çok maddeden oluşmasını gerektirmiştir. Nitekim Mecellenin

[53] **Akipek-Akıntürk-Ateş**, s. 40-41.
[54] **Akipek-Akıntürk-Ateş**, s. 41.

içindeki madde sayısı 1800 den fazladır (*1851).* Dinî esaslara dayanması, kazuistik olması, hâkimin kanun karşısındaki serbestliğini çok sınırlamış bulunması, Mecellenin devrin ihtiyaçlarına uymasını ve cevap vermesini güçleştirmişti. Fıkıh esaslarına dayanması ve dilinin sadelikten uzak bulunması, onun halk tarafından anlaşılmasını ve benimsenmesini de zorlaştırmıştı. Mamafih Mecelle, Osmanlı İmparatorluğunun o zamanki hukuk sistemine göre oldukça ileri bir eser sayılabilir"[55].

"B) İKİNCİ DÖNEM: MECELLENİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN MEDENÎ KANUNUN HAZIRLANMASI FAALİYETİNİN BAŞLAMASINA KADAR GEÇEN SÜREÇ

Mecellenin yukarıda değindiğimiz yetersizliği ve medenî hukukun bütün kurum ve ilişkilerini içine almamış olması, hukuk bakımından mevcut karışıklığın artmasına sebep oldu. Bu durumun doğurduğu güçlükler ülkede zamanla kendisini çok daha fazla hissettirmeye başladı. Mecelleye karşı yöneltilen eleştiriler; özellikle İkinci Meşrutiyet'ten, yani 1908 yılından sonra daha da arttı.

"1) Mecelleyi Değiştirme Girişimi

Eleştirilerin artması sebebiyle 1916 yılında Mecelleyi değiştirmek amacıyla bir komisyon kuruldu. Güdülen amaç, Mecelleyi *hayatın yeni ihtiyaçlarına uyduracak şekilde değiştirmekti.* Amacın böyle olmasına karşın Değiştirme Komisyonu, çalışmalarında kendisine dayanak olarak yine fıkıh esaslarını almıştı. Komisyon, çalışmalarını 1338 (1922) yılına kadar sürdürmüş, Mecelle'nin 126 maddesini değiştirerek bu konuda bir de rapor hazırlamıştı. Fakat İstiklâl Savaşının kazanılması, Osmanlı İmparatorluğunun o tarihlerde hiç olmazsa fiilen tasfiye edilmek üzere bulunması, komisyonu çalışmalarını yarıda bırakmaya mecbur etti"[56].

"2) Hukuku Aile Kararnamesi

Mecelleye aile ve miras hukuku ile ilgili hükümler konulmamış, bu ilişkilerin düzenlenmesi, yine eskiden olduğu gibi fıkıh ve fetva kitaplarına bırakılmıştı. Müslüman olmayan tebaa ise, bu konulardaki ilişkilerini kendi dinî esaslarına göre çözümlemekte devam etmişlerdi. Aile gibi bir ülkenin sosyal bünyesinde önemli etkileri olan bir kurumu, az çok birörnek (yeknesak) esaslara bağlamak maksadıyla Birinci Dünya Savaşı içinde bir *Ahvali Şahsiye Komisyonu*" kuruldu. Bu komisyon tarafından 1917 yılında bir tasarı hazırlandı. *Hukuku Aile Kararnamesi* adını taşıyan bu tasarı, yine dinî esaslardan yararlanılarak meydana getirilmişti. Bu sebeple de aile hukuku alanında pek büyük bir yenilik yapmayı başaramadı. Bununla beraber, kocanın mutlak boşama (talâk) hakkına ve çok karı ile evlenebilme yetkisine bazı sınırlar koydu. Kararname, İslam dininden olmayan tebaanın aile ilişkilerinden doğan anlaşmazlıkların, mensup oldukları dinin kurallarına göre çözümleneceği ilkesine de bazı sınırlamalar getirdi. Bu suretle aile hukukunu az çok birleştirmeye çalıştı"[57].

"Ancak, Hukuku Aile Kararnamesi aile hukuku ile ilgili bütün ilişkileri kapsamına almış değildi, iki kitap ve 157 madde hâlinde sadece evlenme sözleşmesi ile boşanmayı ve eşlerin birbirlerine karşı nafaka yükümlülüklerini düzenlemekte idi.

---

[55] **Akipek-Akıntürk-Ateş**, s. 41-42.
[56] **Akipek-Akıntürk-Ateş**, s. 42.
[57] **Akipek-Akıntürk-Ateş**, s. 42-43.

Eksik ve dinî esaslara dayanan, modern aile düşüncesine yabancı bulunan Kararname, bu sebepten dolayı ancak iki yıl yürürlükte kalabildi ve 1919 yılında bizzat Osmanlı İmparatorluğu tarafından yürürlükten kaldırıldı"[58]

C. Medeni Hukuka Giriş

Şener ***Akyol***, *Medeni Hukuka Giriş*[59] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"**Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye**, zamanın iki ünlü siması Âli Paşa ile Cevdet Paşa arasındaki görüş ayrılığı ve tartışmanın sonunda beliren düşünceye göre hazırlanmış ve kabul edilmiştir. Âli Paşa, Fransız Medeni Kanunu'nun tercüme edilerek kabul edilmesini savunmuş, Cevdet Paşa ise, Fıkıh esaslarına dayalı yerli bir kanun yapılmasını ileri sürmüş, sonunda Cevdet Paşa'nın düşüncesi üstün tutularak Mecelle-i Ahkâmı Adliyye kabul edilmiştir. Bu çalışmalar 1869 ile 1876 yılları arasında devam etmiştir.

Bu amaçla kurulan komisyona Cevdet Paşa başkanlık yapmıştır. Mecelle bazı hükümleri soyut, fakat çoğunluğu kazuistik (meseleci) olarak kaleme alınmış bir kanunnamedir. Medeni Kanun'un Tatbiki Hakkındaki Kanun'un 43. maddesi ile kısaca "Mecelle" olarak tanınan bu Kanunname ilga edilmiştir.

Mecelle bir derleme idi.

Özel hukukun büyük bölümünü de düzenlemekteydi. İçerdiği hükümlerin y e n i hayat ilişkilerinin doğurduğu ihtiyaçları karşılamakta olduğu söylenemez. Bu sebeple 1916 yılında Mecelle'yi değiştirmek için bir Komisyon oluşturulmuş, fakat bu komisyon 1922 yılına kadar çalışıp 126 maddeyi de değiştirmek üzere bir metin hazırladığı halde, İstiklâl Savaşı'nın kazanılması üzerine İstanbul'daki komisyonun çalışmaları kadük kalmıştır"[60]. "Mecelle, Aile Hukuku ve Miras Hukuku konularını içermemekteydi. Bu konular eski fıkıh ve fetva kitaplarına terk olunmuştu"[61].

Şener *Akyol*, kitabında, 1926 yılında İsviçre Medenî Kanunu tercüme edilerek kabul edilip yürürlüğe konulan Türk Kanunu Medenîsi'nin Esbabı Mucibe Lâyihası'na da yer vermekte; hatta, dipnotlarda yaptığı açıklamalarla günümüz insanının bu metni anlamasına yardımcı olmaya çalışmaktadır.

Ç. Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)

Hüseyin **Altaş**, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)*[62] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

---

58 **Akipek-Akıntürk-Ateş**, s. 43.
59 Şener **Akyol**, Medeni Hukuka Giriş, İkinci Bası, (Vedat Kitapçılık), İstanbul 2006.
60 **Akyol**, s. 117.
61 **Akyol**, s. 118.
62 Hüseyin **Altaş**, Medeni Hukuka Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), (Yetkin Yayınları), Ankara 2014.

"Tanzimat ile birlikte hukukun bazı dallarında kanunlaştırma hareketlerine girilmesi, medeni hukuk alanındaki çalışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda, temelde Fıkıh esaslarına dayanan, kısaca Mecelle olarak adlandırılan Mecelle-i Ahkâm-ı Adlîyye hazırlanmıştır.

Mecelle, daha çok borç ilişkilerini, usul hukukunu ve eşya hukukunun bir kısmını düzenlemektedir. Bu kapsamda aile hukuku, miras hukuku ve eşya hukukunun büyük bir bölümünü kapsamına almayan Mecelle, bugünkü anlamda bir medeni kanun olarak nitelendirilemez. Hâlihazırda medeni kanunda düzenleme altına alınan; ancak o dönemde Mecelle kapsamı dışında bırakılan bu konulara ait hukuki ilişkiler ise, Mecelle döneminde fıkıh esaslarına göre devam edilmiştir. Ancak fıkıh esaslarına göre yapılan çözümlemenin de bir süre sonra kanunlaştırma hareketine duyulan ihtiyacı beraberinde getirmesiyle birlikte, değişik arazi kanunları ve 1917'de aile hukukunun düzenlenmesi amacıyla Hukuku Aile Kararnamesi çıkarılmıştır"[63].

D. Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri

Mustafa **Dural**-Suat **Sarı**, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri[64] başlıklı kitabında Mecelle ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"Tanzimata kadar Osmanlı İmparatorluğunda hâkim olan hukuk İslâm Hukukudur. Tanzimat ile birlikte hukukun bazı dallarında kanunlaştırma denemesine girişilmiştir. Bu yapılırken, bir yandan yabancı kanunlar (özellikle Fransız kanunları) aynen çevrilmiş, diğer yandan da yerli kaynaklara dayanılarak kanunlar yapılmıştır. Bu devrede yapılan kanunlara örnek olarak *Kanunname-i Ticaret (1850), Ceza Kanunnamesi (1858), Usul- ü Muhakematı Cezaiye ve Usul-ü Muhakematı Hukukiye (1880-1881), Arazi Kanunnamesini (1858)* gösterebiliriz.

Medenî Hukuk alanına gelince; burada da kanunlaşmaya şiddetle ihtiyaç vardı. Ancak, bunun ne şekilde yapılacağı tartışma konusu olmuştur. *Âli Paşa*, Fransız Medenî Kanununun çevrilmesini savunurken, *Ahmet Cevdet Paşa* Fıkıh esasına dayalı yerli bir kanunun yapılması görüşünde idi. Bu tartışmalar sonunda Ahmet Cevdet Paşanın görüşü üstünlük kazandı ve temelde Fıkıh esaslarına dayanan, kısaca *Mecelle* olarak adlandırılan *Mecelle-i Ahkâmı Adliye* hazırlandı. Bir Başlangıç *(Mukaddime)* ve 16 kitaptan oluşan Mecelle'nin kitapları 1869-1876 yılları arasında ayrı ayrı kanunlaşarak yürürlüğe girdi"[65].

"Mecelle, bugünkü anlamda bir medenî kanun olarak nitelendirilemez. Daha çok, borç ilişkilerini, usul hukukunu ve eşya hukukunun bir kısmını içermektedir. Aile hukuku, miras hukuku ve eşya hukukunun büyük bir bölümü Mecelle'nin dışında bırakılmıştır. Bu sebeple değişik arazi kanunları ve 1917'de aile hukukunun düzenlenmesi amacıyla *Hukuku Aile Kararnamesi* çıkarılmıştır. Bu kararname ile, kocanın tek taraflı boşanma yetkisi ve birden fazla kadınla aynı anda evlenilmesine sınırlama getirilmiş, Müslüman olmayan teb'anın kendi kurallarına göre evlenmesi düzenlenmiştir. Hukuku Aile Kararnamesi uzun ömürlü olmamış ve 1919 yılında yürürlükten kaldırılmıştır"[66].

---

63 **Altaş**, s. 172.

64 Mustafa **Dural**-Suat **Sarı**, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 11. Baskı, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2016.

65 **Dural-Sarı**, s. 25 (N 142-143).

66 **Dural-Sarı**, s. 25-26 (N 144).

E. Medenî Hukuk Dersleri Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku

Hasan ***Erman***, *Medenî Hukuk Dersleri Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*[67] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"Kanunlaştırma, belirli bir hukuk alanında hukukî kavram ve kurumları sistematik bir şekilde düzenlemektir. Bir kanun hazırlanırken başlıca iki metot bulunmaktadır.

1- Meseleci (Kazuistik) Metot:

Burada, bütün sorunların yalnız kanun tarafından düzenlenmesi söz konusudur. Bütün ihtimalleri gözönüne alan ve detaylara dalan bir kanun koyma metodudur. Örneğin, 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu onyedibinden fazla maddeyi kapsamaktadır. Aynı şekilde, eski hukukumuzda olan Mecelle de 1851 maddeden oluşmaktaydı ve kazuistik metoda göre hazırlanmıştı. Bugün kauzistik metot tamamen terk olunmuştur"[68].

"1926 yılından önceki Türkiye'de İslâm Hukukuna ve Fıkıha dayanan bir hukuk sistemi bulunmaktaydı. İslâm Hukuku Kur'an'a dayandığından, bir kanunlaştırma yapılamıyordu.

Osmanlı Devletinde, Sultan Abdülmecit devrinde, 1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayunu ve 1856 tarihli Islahat Fermanı sonucunda Ticaret Hukuku ve Usul Hukuku alanlarında Fransa'dan bazı kanunlar alındı. Bunun yanında yerli bazı kanunlar da çıkarıldı. Bunların en önemlileri 1858 tarihli "Arazi Kanunu" ve 1869 tarihli "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" (Mecelle)dir. Mecelle, Borçlar Hukuku, kısmen Eşya Hukuku ve Usul Hukukuna ilişkin hükümleri kapsayan ve Fıkıh esaslarına dayanan 1851 maddelik kazuistik metoda göre hazırlanmış bir kanundur.

Arazi Kanunu ve Mecelle, Osmanlı Devletinin tüm vatandaşlarına uygulanmasına rağmen, Fransa'dan alınan kanunlar sadece müslüman olmayanlara uygulanıyordu. Müslümanlara ise Şeriat hükümlerinin uygulanmasına devam ediliyordu. 1908 Meşrutiyet hareketi de bu hukukî durumu değiştiremedi. 1917 yılında Aile Hukuku Kararnamesi kabul edilmiş, fakat 1919 yılında yürürlükten kaldırılmıştır"[69].

F. Medenî Hukuk'a Giriş

Hüseyin ***Hatemi***, *Medenî Hukuk'a Giriş*[70] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"… Tanzimat Dönemi'ni başlatan Gülhane Hatt-ı Humayunu'na bir "anayasal metin" değeri tam olarak verilip de ilâhî Tabiî Hukuk anlayışı içinde bir hamle yapılabilse idi, bu kanunlaştırma hareketlerinin anlam ve içerik olarak değerleri daha yüksek olurdu. Ne var ki Tanzimat Fermanı (Gülhane Hattı)ndan Islahat Fermanı'na kadar (1839-1856) geçen süre içinde Batı'ya borçlanma ve bağımlılık süreci hızlanmış ve Özel Hukuk alanında kamulaştırma hareketi daha elverişsiz bir

---

67 Hasan **Erman**, Medenî Hukuk Dersleri Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Basım, (Der Yayınları), İstanbul 2016.

68 **Erman**, s. 25.

69 **Erman**, s. 26.

70 Hüseyin **Hatemi**, Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, (Vedat Kitapçılık), İstanbul 2013.

dönemde başlamıştır. A. Cevdet Paşa'nın ifadesine göre, Ticaret Nazırı Kabulî Paşa ve bazı diğer "Fransız politikası bağımlıları", Fransız Medenî Kanunu'nun iktibasına tarafdar idiler.

Cevdet Paşa, Keçecizade Fuad Paşa ve yine A. Cevdet Paşa gibi medrese eğitimi görmüş olan Şirvanîzade Rüşdü ise Hanefî fıkhına göre bir "Kanunname" hazırlanması ve zamanın ihtiyaçlarının da gözönünde tutulması görüşünde idiler. Bazı muhafazakâr çevreler, A. Cevdet Paşa'nın ifadesi ile "ulemâ kisvesinde nice cahiller" de A. Cevdet Paşa'nın girişimini kösteklemeye çalışıyorlardı. Herşeye rağmen A. Cevdet Paşa'nın öncülüğündeki bir ilmî kurul 1868-1876 yılları arasında "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" adı verilen ve "Muamelât" alanını düzenleyen Kanunname'yi hazırlayabildi. Bu sırada bir "yasama meclisi" henüz var olmadığı için de – Kanunî döneminde olduğu gibi- Padişah'ın "mucibince amel oluna!" (uygulansın!) tarzındaki buyruğu ile, her "Kitap" tamamlandıktan sonra Kanun gücünü kazandı. A. Cevdet Paşa Mecelle'yi altıncı yüzyılda yine İstanbul'da gerçekleşmiş "Corpus iuris civilis"in derlenmesi ile karşılaştırır ve Mecelle'yi, arada geçen onüç yüzyılda insanların daha medenîleşmesi olgusunu yansıtan değerde, daha üstün bir düzenleme olarak görür"[71].

"Mecelle'den sonra, Meşrutiyet Dönemi -1876 Anayasası ile- başladı. Şartlar; Aile ve Miras Hukuku alanında yeni ve kapsamlı düzenlemelere elverişli değildi. Nitekim İsviçre'de de henüz sadece Borçlar Hukuku genel bir kanunlaştırmaya gidilebilmiş idi (1881). Mecelle girişimi ve tamamlanması İsviçre Borçlar Kanunu'ndan öncedir (1868-1876)" [72].

> *"Hukukçu olmayanlar, "Mecelle" terimini "Eski Hukuk", "İslâm Hukuku" kapsamında kullanabilmektedirler. Hukukçuların bir yanlışa düşmemeleri gerekir. Şu halde öğrenciler meselâ "Mecelle'de Kadının durumu, mîras hakkı; Mecelle'de boşanma" gibi ifadelerden özellikle sakınmalıdırlar"*[73].

G. Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri

Şaban **Kayıhan**-Mustafa **Ünlütepe**, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri[74] başlıklı kitabında Mecelle ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

4. Tarihi Hukuk

Tarihin belirli bir döneminde uygulanmış; ancak yürürlükten kaldırılmış olan hukuka, tarihi hukuk adı verilir.

Örnek olarak, 1869-1876 yılları arasında ayrı ayrı kanunlaştırılan başlangıç bölümünü takiben 16 bölümden oluşan, Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığını yaptığı komisyon tarafından hazırlanan ve kısaca "Mecelle" olarak anılan "*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye"*, 1926 yılına kadar yürürlükte kalmış; 17.2.1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (eTMK) kabul edilerek 4.10.1926 tarihinde yürürlüğe sokulmasıyla ilga edilmiş ve tarihteki yerini almıştır. Keza, Mecelleyi ilga ederek kanunlaşan eTMK de tamamen revize edilerek 1.1.2002 tarihinde

---

71 **Hatemi**, s. 30-31 (N 27).
72 **Hatemi**, s. 31 (N 29).
73 **Hatemi**, s. 31 (N 30).
74 Şaban **Kayıhan**-Mustafa **Ünlütepe**, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, (Seçkin Yayınları), Ankara 2016.

yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, 743 sayılı eTMK de tarihi hukuk haline gelmiştir. Benzer şekilde, 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK) da 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK ile yürürlükten kaldırılmıştır"[75].

Ğ. Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar

M. Kemal ***Oğuzman***-Nami ***Barlas***, *Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*[76] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"Osmanlı İmparatorluğu'nda özel hukuk İslâm dini esaslarına dayanıyordu. Tanzimattan sonra özel hukuk alanının kanunlaştırılması yoluna gidildi. Ticaret Hukuku ve Medenî Usul Hukuku alanlarında yabancı ülkelerin kanunları örnek alınarak kanunlar yapılırken, Medenî Hukukun Borçlar Hukuku ve kısmen Eşya Hukuku alanlarını ilgilendiren ve Fıkıh esaslarına dayanan orijinal bir kanun kabul edildi. Böylece Âli Paşa'nın da benimsediği Fransız Medenî Kanununun iktibas edilmesi fikrine karşı, Ahmet Cevdet Paşa'nın fıkıh esaslarına dayanan yerli bir kanun yapılması isteği galip gelmiş oluyordu. Kısaca "Mecelle" diye anılan *"Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye"* Cevdet Paşa'nın zaman zaman başkanlığını yaptığı "Mecelle Cemiyeti" adını taşıyan bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. Mecellenin tertibi ve dili üzerinde Cevdet Paşa'nın etkisi olmuştur. Dili zamanı için çok başarılıdır. 1851 maddeyi ihtiva eden bu kanun, genel direktif niteliğinde 100 maddelik Mukaddime (Başlangıç) kısmından sonra, 16 kitaptan oluşmaktadır. Her bir kitap 1869-1876 yılları arasında ayrı ayrı kanunlaştırılmıştır"[77].

"Mecelle esas itibariyle çeşitli sözleşme ilişkilerini düzenlemekte, Eşya Hukuku ve Medenî Usul Hukuku ile ilgili bazı hükümlere de yer vermektedir.

Görünüşte bağımsız bir kanun olmakla beraber, aslında Fıkıh esaslarını yansıtmaktadır. Başlangıç kısmındaki 100 madde, pratikte doğrudan uygulanacak hükümler olmayıp, uygulamada göz önünde tutulacak mantık kurallarından ve temel ilkelerden ibarettir. Diğer hükümler ise örnekler gösterecek kadar ayrıntıya inmektedir"[78].

"Mecelle, Medenî Hukukun bütün sahalarını kapsamıyordu. Kişiler Hukuku, Aile Hukuku ve Miras Hukuku ile Eşya Hukukunun büyük kısmı Mecelle dışında idi. Gayrimenkuller için ayrı ayrı çeşitli kanunlar yapılmıştır. Bunların başında 1274 (1858) tarihli Arazi Kanunu gelmektedir. Miras Hukuku esas itibariyle, Fıkhın feraiz (miras) kurallarına tâbi idi. Ancak bir kısım arazi için, arazi ile ilgili Kanunlarda feraizden farklı esaslar kabul edilmişti. Nihayet Aile Hukuku için 1917 yılında Hukuk-u Aile Kararnamesi yürürlüğe konmuş, fakat 1919 yılında bu Kararname yürürlükten kaldırılmıştı"[79].

---

75 **Kayıhan-Ünlütepe**, s. 53.
76 M. Kemal **Oğuzman**-Nami **Barlas**, Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, (Vedat Kitapçılık), İstanbul 2016.
77 **Oğuzman-Barlas**, s. 24 (N 91).
78 **Oğuzman-Barlas**, s. 24 (N 92).
79 **Oğuzman-Barlas**, s. 25 (N 93).

H. Medenî Hukuk'un Temel Kavramları

Bilge **ÖZTAN**, *Medenî Hukuk'un Temel Kavramları*[80] başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"Osmanlı İmparatorluğu'nda kanunlaştırma hareketi Tanzimattan sonra başlamıştır. **Kanunlaştırma** kavramı iki ayrı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan biri, belli alanlara ilişkin yazılı hukuk kuralları koymaktır. Bu anlamda, Osmanlı İmparatorluğu'nda, Ticaret Hukuku ve Usul Hukuku alanlarında yabancı ülkeler kanunları örnek alınarak düzenlemelere gidilmiştir. Diğer anlamda **kanunlaştırma**, bir ülkede dağınık hukuk kurallarının birleştirilip bir hukuk sistemi haline dönüştürülmesi hareketidir. Bir ülkede dağınık ve mevcut hukuk kurallarının muhafazası arzu edilmişse, **tutucu saikle kanunlaştırma**dan sözedilir. Osmanlı İmparatorluğu'nda ***Ahmet Cevdet Paşa***'nın başkanı olduğu bir komisyonca hazırlanıp yürürlüğe konulan ve **fıkıh** esaslarına dayanan **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye** tutucu saikle yapılmış bir kanunnamedir.

Kısaca Mecelle olarak isimlendirilen 1869-1876 tarihleri arasında kısım kısım kanunlaşan **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye** bir başlangıç ve onaltı kitaptan oluşur. Mecelle esas itibariyle akit tiplerini düzenlemiştir. Eşya hukuku ve Usul Hukuku ile ilgili olarak bazı hükümlere de yer vermiştir. Kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku ile ilgili hükümler Mecellede yer almamaktadır. Mecelle binsekizyüzellibir madde içermekteydi. Kazuistik metodla hazırlanan bir kanun idi. Osmanlı İmparatorluğu'nda özel hukuk alanında ayrıca taşınmazlara ilişkin olarak **Kanunname-i Arâzî-i Hümâyun** 1274 (1858) tarihinde yürürlüğe konmuştur. Aile hukuku için 1917 yılında **Hukuk-u Aile Kararnamesi** yürürlüğe konmuş, fakat, 1919 yılında mevcut kanun yetersiz görülerek yürürlükten kaldırılmıştır"[81].

I. Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku

Rona ***Serozan***, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*[82], başlıklı kitabında *Mecelle* ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir.

"Bu dönemde çıkarılan özel hukuk yasalarının en önemlisi olan Mecelle'ye gelince: Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil'in) tercümesini ve iktibasını öneren, dış çevrelerle haşır neşir Sadrazam Ali Paşa'ya karşı, "bu gibi alafranga efkâra sapanları tekfir eden" Adliye Nazırı Cevdet Paşa arasındaki çekişmede (son tahlilde, dışa bağımlı serbest pazar ekonomisi yanlısı batıcı-laik çevreler ile geçmişe bağlı doğucu-islamcı ayan çevreleri arasındaki çekişmede), o dönemin bütün üst yapı kurumlarındaki ikiliğe (kültür ikileşmesine ve hukuk çokluğuna) paralel bir uzlaşmaya varıldı. Fıkhın (şeriatın) malları, borçları ve davaları ele alan "muamelat" bölümü, 1851 maddelik bir "külliyatta", "kadı adaleti"ne, hukuk keşmekeşine, indiliğe, keyfiliğe son vererek, hukuksal güvenliği yerleştirme amacına hizmet edecek biçimde, 1876 yılında yasalaştırıldı. Böylece, Batılı ekonomik çevreleri tedirgin eden son istikrarsızlık ve keyfilik kalıntısı da giderilmiş oldu.

"Gelgelelim ağırlığını ortaya koyan "ayan", muamelât dışı bölümleri yine geleneksel "kadı adaletine" bağlı tutabilmişti. Bununla birlikte, bu bölümler (aile ve miras hukuku) yabancıları zaten pek ilgilendirmiyordu. Kaldı ki statik bir ekonomiyi yansıtan Osmanlı hukukunun yabancı

---

80 Bilge **Öztan**, Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, 41. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2016.
81 **Öztan**, s. 105.
82 Rona **Serozan**, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Bası, (Vedat Yayıncılık), İstanbul 2015.

ve yerli sermayenin dinamik pazar ekonomisine yanıt vermeyen boşlukları ve yetersizlikleri, 1850'den beri yürürlükte bulunan Fransız Ticaret Kanunu ve bu kanunları uygulayan özel mahkemeler sayesinde zaten geniş ölçüde giderilmişti.

Toplu bir bakışla, Mecelle, Batının dinamik pazar ekonomisinin isterlerine yanıt verebilecek bir rasyonel özel hukuk yasası olmamakla birlikte, getirdiği nispi hukuksal güvenlik ve birlik ile, düzenin egemen güçlerinin özlemlerini, hiç değilse belirli bir alanda, "güvenlik ve istikrar" alanında karşılamaktaydı. O dönem Osmanlı toplumunun filizlenip güç kazanmış her ekonomik kesimine birşeyler veren Mecelle'den, yabancıları zaten pek ilgilendirmeyen fıkhın aile ve miras kurallarını ve toprak mülkiyeti ayrıcalıklarını saklı tutabilmiş derebeyleri de, Fransız Ticaret Kanununun hukuksal istikrar ve güvenliğine kavuşmuş Batılı güçler de, büyük liman kentlerinde toplanmış levanten tüccar çevresi de ve nihayet bürokratik eşraf da memnundu"[83].

"Mecelle, aynen belkemiğini oluşturan fıkıh ilkeleri gibi, hareketli ve açık bir piyasa ekonomisinin değil de donuk ve dural bir kapalı tarım ekonomisinin hukuksal çerçevesidir.

Büyük Batı ekonomilerinin rasyonel özel hukuk yasalarından ayrımlı olarak, aile ve miras hukuku temel taşlarından, modern anlamda hak ehliyetinde eşitlik ilkesinden, irade özerkliği varsayımından, sözleşme serbestliği ilkesinden ve "mal" kavramından yoksundur.

Mecelle'de, çağdaş yasalara kaynaklık etmiş olan pandekt hukukunun sözleşme serbestliğine, sözleşmenin kuruluşuna, geçersizliğine, ifasının güvencesine, ifa etmezliğin yaptırımlarına ve malikin yetkilerine ilişkin o süzme örgüsüne de rastlayamayız.

Mecelle'nin yalnız özü değil, sözü ve söylemi de günün gereklerine uymaz; çağın gerisinde kalmış sayılır. Yasada benimsenmiş olan yaklaşım çağdaş kapitalizmin gereksindiği esneklikten ve hukuksal güvenlikten uzak, koyu "olaycı" (kazuistik) bir yaklaşımdır.

Mecelle'nin ömrü elli yıl sürmüştür. 1920'lerde feodal geçmişiyle kesin bir hesaplaşmaya girişen Kemalist ulusal demokratik devrim sürecinde Mecelle artık koparılıp atılacak bir ayakbağından başka bir şey olamazdı. İzmir'de toplanan İktisat ve Sanayi Kongrelerinde saptanan özel girişimci, serbest yarışmacı liberal piyasa ekonomisi programına uygun bir özel hukuk yasası bulup, medeni hukuku devletten ve dinden tümüyle ve kesin biçimde ayırmak artık kaçınılmaz hale gelmişti"[84].

İ. Herhangi Bir Açıklamanın Yer Almadığı Kitaplar

2015 ve sonrasında yayınlanan ve halen Hukuk Fakültelerinde okutulan ya da tavsiye edilen şu kitaplarda ise, Mecelle hakkında herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

- Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri[85]
- Medeni Hukuka Giriş[86]
- Medeni Hukuk Medeni Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku[87]
- Medeni Hukuk[88]

---

83 **Serozan**, s. 63 (I § 3 N 6).

84 **Serozan**, s. 64(I § 3 N 6).

85 Gökhan **Antalya**-Murat **Topuz**, Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, (Legal Kitabevi), İstanbul 2016.

86 Mehmet **Ayan**-Nurşen **Ayan**, Medeni Hukuka Giriş, 12. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2016.

87 Serap **Helvacı**-Fulya **Erlüle**, Medeni Hukuk Medeni Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku, (Legal Kitabevi), İstanbul 2016.

J. Ara Değerlendirme

Medenî Hukuk (ve Başlangıç Hükümleri) kitaplarında, *Medenî Hukuk*un ve/ya da *Medenî Kanun*un tarihî gelişimi bağlamında *Mecelle* ile ilgili açıklamalara ve karşılaştırmalara yer verilmektedir. Ancak bu açıklamalar çoğunlukla bilinenin tekrarından öte gitmemektedir. *Medenî Hukuk (ve Başlangıç Hükümleri)* kitapları içinde *Mecelle* ile ilgili açıklamalara en fazla yer veren ***Akipek/Akıntürk/Ateş*** olmuştur. Bunun sebebi, kitabın ilk/birinci yazarının Cumhuriyet Dönemi'nin ikinci kuşak öğretim üyelerinden olmasıdır.

GENEL DEĞERLEMDİRME ve SONUÇ

*Hukuk Fakülteleri*nde okutulan ve/ya da tavsiye edilen *Hukuk Başlangıcı* ile *Medenî Hukuk* kitaplarında yer *Mecelle* ile ilgili açıklamalar/görüş hakkında şu tesbitler yapılabilir.

- Bu kitapların birçoğunda bir sayfadan daha fazla bir açıklama yer almamaktadır. Kitabın yayın yılı geçmişe doğru gittikçe *Mecelle* ile ilgili açıklama genişlemekte; günümüze yaklaştıkça açıklama ya hiç yer almamakta ya da bir paragrafla sınırlı kalmaktadır.
- *Mecelle*'nin *Mecelle-i Ahkâmı-ı Adliyye* olan adı bazı kitaplarda tam- doğru yazılmamaktadır.
- *Mecelle*'de hangi hukuk alanlarına ilişkin düzenlemelere yer verildiği her kitapta doğru ve tam olarak belirtilmemektedir. Nitekim, çoğu kitapta, *Mecelle*'nin sadece eşya ve borçlar hukukunun bir kısım konularını düzenlediğinden söz edilmektedir.

  – *Mecelle,* kitapların hemen hepsinde kanun hazırlama yöntemlerinden *somut olay (kazuistik) yöntemi*nin bir örneği olarak gösterilmektedir. *Mecelle*'nin en çok eleştirildiği metin ise, *Türk Kanun-u Medenîsi*'nin *Esbab-ı Mucibe Layihası*dır. Bu metinde, *Osmanlı Devleti*'nin bir başka devletin *Medenî Kanunu*'nu tercüme ederek iktibas etmesi yoluna gitmesi arzu edildiği açıkça ortaya konulmaktadır. *Âli Paşa*'nın görüşü benimsenmeyip *Ahmet Cevdet Paşa*'nın görüşünün benimsenmiş olmasından duyulan rahatsızlık çok açık bir şekilde ifade edilmektedir. Bu iki görüş bir medeniyet tercihi gerekçesi/mücadelesi aracı olarak nitelendirilmektedir. Ya yabancıların taklit edilmesi yoluna gidilecek ve bir yabancı devletin kanunu alınacak ve güya onlar gibi olmaya çalışılacak; ya da kendi bilgi ve tecrübesine güvenerek ve dayanarak kendi ihtiyaçlarına cevap verebilecek düzenleme kendi insanı tarafından yapılacaktır. Ya kendisi kalacak ve kendisi olacak; ya da başkaları gibi yaşayacak ve başkaları gibi olacaktır. Temel tercih budur. Bu tercih farklılığı nedeniyle *Esbab-ı Mucibe Layihası*, *Mecelle* ve *Mecelle Komisyonu Başkanı Ahmet Cevdet Paşa* hakkında hak etmedikleri eleştirilere ve aşağılamalara yer vermektedir. Özellikle *Medenî Hukuk* öğretim üyelerinin bazıları da bu metinden etkilenerek *Mecelle* ve *Mecelle Komisyonu Başkanı* hakkında peşin hükümlü bir tavır sergilemektedir. Bu tavır alış, tarafsız bir tavır alış değildir. Yapılan eleştirilerin büyük bir kısmı haksızdır. Ancak, maalesef *Mecelle* algısı bu eleştirilerle şekillenmiş

[88] Ahmet **Kılıçoğlu**, Medeni Hukuk, (Turhan Kitabevi), Ankara 2016.

olan öğretim üyeleri de bu peşin hükümlü tavrı nesilden nesile aktarmış ve aktarmaktadırlar.

Hukuk Fakültesi öğrencisi *Mecelle* ile *Hukuk Başlangıcı* dersinde *Kanunlaştırma* konusu vesilesiyle tanışmaktadır. *Medenî Hukuk* dersinde de *Kanunlaştırma* ve *Medenî Kanunun/hukukun* tarihî seyri konuları vesilesi ile karşılaşmaktadır. Bu her iki ders birinci sınıf dersidir. Bu derslerde yerleşen kanaat sonraki sınıflardaki yeni bilgilenmeleri de yönlendirmektedir.

*Hukuk Fakülteleri*nin birinci sınıflarının ikinci döneminde ya da ikinci sınıfta okutulmakta olan *Türk Hukuk Tarihi* derslerinde *Mecelle* hakkında ne anlatılırsa anlatılsın öğrenci bunun dersin sadece bir gereği olduğunu düşünmekte; sınavda sorulduğunda dersin öğretim üyesinin anlayışına yakın bir cevap vererek yasak savma yoluna gitmektedir. Birinci sınıfta oluşmuş ilk kanaat hayat boyu sürdürülmektedir. İlgisizlik ve bilgisizlik kalıcı hale gelmektedir. Bunun en somut göstergesi, günümüz diline çevrilmiş olan *Mecelle* metninin *ikiyüzbin*i aşan hukuk fakültesi mezunu olan ve halen hukuk fakültelerinde *yetmişbin*i aşan öğrencinin okumakta olduğu bir ülkede sadece birkaç bin satılabilmiş olmasıdır. Bırakınız öğrenciyi, öğretim elemanları bile bu metni edinme ihtiyacı duymadıkları açıktır.

İlgisi olmayanın bilgisi olamaz. Maalesef bu konuda yeterince ilgi uyandırmak mümkün olamamıştır. Bundan böyle de ilgi uyandırmak daha da zorlaşmaktadır. *Mecelle*'den *Fransız Medenî Kanunu* kadar söz edilmez; *İslâm Hukuku*ndan *Roma Hukuku* kadar açıklama yapılmaz. Bu nedenle de köklerinden habersiz bir hukuk fakültesi mezunu yığınıyla karşı karşıya kalınmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluş yıllarında Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu İsviçre'den; Ticaret Kanunu Almanya'dan; Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu yine İsviçre'den alınmıştır. Bu kanunlar Tercüme kanunlardır. Tercüme edilen bu kanunların temelini Roma Hukuku oluşturmaktadır. Bu nedenle, Cumhuriyet Dönemi Türk Özel Hukukunun temelini de Roma Hukuku'nun oluşturduğu iddia edilmektedir. Aslında bu yaklaşım gerçekleri yansıtmamaktadır. Çünkü, hukuk anlayışı insanlığın ortak malıdır. Hukuk Tarihinde yer alan sistemler hep birbirlerini etkileyerek, birbirlerinden etkilenerek günümüze ulaşmışlardır. Etkileme ve etkilenmeler daha çok zaman ve yer bakımından yakın olanlar arasında gerçekleşmiştir ve gerçekleşmektedir. Bunu da tabiî karşılamak gerekir. Bu itibarla, Mecelle'nin Cumhuriyet Dönemi Özel Hukuku'na, kanunların hazırlanması aşamasında olmasa bile, yürürlüğe konulan kanunların anlaşılması ve uygulanmasında Roma Hukuku'ndan daha çok etkisi olduğu muhakkaktır.

Mecelle, yürürlükte olmadığı için her şeyden önce bir *Hukuk Tarihi* malzemesi/metnidir. *Türk Hukuk Tarihi*nin en önemli yazılı kaynağı/kanunlaştırma metni *Mecelle*'dir. Aynı zamanda hukuk kültürünün de vazgeçilmez bir kaynağıdır. Hukukçu olmak, kaynaklara hâkim olmayı gerektirir. Bu itibarla, *Mecelle*'den habersiz olmak, *Mecelle*'yi bilmemek bir hukukçu için önemli bir eksikliktir. Bir *Türk Hukukçusu*, kendi Hukuk Tarihi içinde *Mecelle*'yi bilmezse neyi bilecektir... *Mecelle*'nin kıymetini yabancılar anlamıştır; ancak, maalesef Türk Hukukçularının çoğu anlayamamıştır.

(Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kurucularının *Mecelle* hakkında ne düşündüklerini en iyi özetleyen metin *Esbabı Mucibe Lâyihası*'dır. Yayınlanma aşamasında *Esbabı Mucibe Lâyihası*'nın metnine yorumsuz olarak Tebliğin ekinde yer verilmesinde yarar vardır.)

KAZAN BÖLGESİNDE YENİ MECELLE ÇALIŞMALARI

Prof. Dr. İbrahim MARAŞ

Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Özet

Ahmed Cevdet Paşa'nın başkanlığında hazırlanan Mecelle-i Ahkâmı Adliyye adlı meşhur eserin Kazan bölgesindeki ceditçilik hareketine önemli bir tesiri bulunmaktadır. Mecelle, bölgedeki bazı medreselerde ders kitabı olarak da okutulmuştur. Bununla birlikte bölgedeki alimler, hiçbir mezheple kayıtlanmaksızın ve diğer mezheplerin ictihadlarından da faydalanılarak yeni bir Mecelle yazılması gerektiğini savunmuşlardır. Meşhur ceditçi düşünür Rızaeddin Fahreddin'in teşvikiyle Musa Carullah, Mecelle tarzında, Kavâid-i Fıkhıyye adlı eserini yazmıştır. Bu kitapta yer alan 201 maddeden 100 maddesi Cevdet paşa'nın Mecelle'sinden alınmıştır. Bölgede Mecelle yazma çabası 1917 yılından sonra da devam etmiştir. Dönemin müftüsü Âlimcan Barûdi başkanlığında Ufa'daki Müftülükte danışma meclisi oluşturulmuş ve Mecelle'nin nasıl yazılacağı hususunda bazı kararlar alınmıştır. Ayrıca bir de yazım heyeti ve kuralları belirlenmiştir. Bu çalışmanın, dönemin şartları gereği sonuçsuz kaldığı bilinmekteyse de yaptığımız arşiv çalışmasında Şehabeddin Mercani'nin öğrencisi Abdurrahman Ömeri tarafından hazırlanmış aile hukukuna dair 551 maddelik bir yazma Mecelle nüshası bulunmuştur. Tebliğimiz Kazan bölgesindeki Mecelle çalışmalarının kısa hikayesini ve Abdurrahman Ömeri'nin Mecelle'sini konu edinecektir.

Anahtar Kelimeler: Mecelle-i Ahkâm-ı Şer'iyye, Ahmet Cevdet Paşa, Ceditçilik, Abdurrahman Ömeri, Musa Carullah, Şehabeddin Mercani.

İslam hukukunda ictihad kapısı Hicrî IV. asırdan itibaren kapandı mı, kapatıldı mı (sed ve insidâd) tartışmaları hâlâ tazeliğini koruyan bir tartışmadır. Her ne kadar hukuk, hayat ile beraber devam eden olmazsa olmaz bir gereklilik ise ve içtihadın olmaması imkansız ise de maalesef, özellikle Hicrî 100 ile 350 yılları arasındaki büyük müctehidler döneminden başlayarak her geçen gün taklit ağırlık kazanmış ve yapılan ictihadlar, büyük müctehidler dönemi ictihadlarına kıyasla çözümlenmiştir. Aslında bu süreç içerisinde hiç özgün içtihadın yapılmadığını söylemek zor olsa da, özellikle son 3-4 asırdır hayatın, hukukun çok önünde seyrettiği ve yeni usûl çalışmalarına ihtiyaç duyulduğu bilinen bir gerçektir. Burada üzerinde durulması gereken esas sorun, meşhur Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi'nin dediği tarzda; "belirli bir süre sonra müctehidlik vasfına haiz bir insan gelmediği için kapanmıştır" gibisinden bir savunmayla geçiştirip İslam hukukunu ilk dönemden uzaklaştıkça hep ilk döneme ve aşılmaz görülen müctehidlere bağlı kılan bir anlayışın hâkim olmasıdır. Hâlbuki böylesi bir anlayış, İslam'ın ve hukukun evrenselliğinin, kuşatıcılığının, hayatta karşılaşılan olayların sonsuz, hükümlerin ise sonlu olduğunun farkına varmamaktan kaynaklanmaktadır. Diğer yandan bu anlayış, nassı, sadece fıkıh perspektifinden okuyup, nassın; felsefi, kelâmî, sosyolojik, psikolojik ve tasavvufi yönünü görmezlikten gelmeyi öne çıkarmaktadır. Hatta bir diğer açıdan da, Kur'an metnini sadece "Arapça" bir metin olarak değerlendirme ve bunu

da tüm zamanlara hâkim kılma sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Hâlbuki nassın lafzî tabiatının, Hanefi anlayışa hakim olan, yaratılmış bir yöne sahip olduğunun çok iyi değerlendirilmesi, ilk müctehidlerin başarısının altındaki faktörlerin iyi ortaya konulması gereklidir. Bu açıdan İslam dünyasında, her zaman olduğu gibi, bundan sonra da, tıpkı ilk dönem müctehidler benzeri, yeni müctehidlerin pekâlâ da çıkabileceği anlayışını öne çıkarmak ve bunun önemini yeni nesillere iyice kavratmak en önemli görevlerimizden olmalıdır. Tarihte, belki de, Hanefî mezhebinin, *Mecelle*'yi hazırlayanların da üzerinde durduğu gibi; ihtilaf açısından zenginliğinin, geniş yayılım alanının, çok çeşitli dallara ayrılmasının, sistematik olmamasının ve öğrenilmesinin çok zor oluşunun temel sebebini; onun, hukuka, daha geniş, aklî, gerçekçi, devrin ihtiyaçlarını gözeten, kitap ve sünnetin zahiriyle beraber ruhunu dikkate alan, evrensel ahlâkî değerleri gözeten, hem bireyi hem de toplumu bir arada değerlendirebilen idealist bir perspektiften bakma çabasında görmek gereklidir[1]. Kanaatimizce Hanefi geleneğin, bahsettiğimiz bu zenginliğinin ve açılım kabiliyetinin, sonradan bozulmuş olmasına rağmen, kökeninde Kur'an metninin mânâ olarak Allah'a ait, lafız olarak ise "yaratılmış" görülmesinin büyük payı vardır. Nitekim çağdaş hukukçulardan Karaman da, ictihadla ilgili eserinde, sahabe dönemindeki ictihad anlayışıyla ilgili olarak; belirli usûl ve kaidelere bağlı olmama (usulsüzlük anlamında değil), metnin lafzıyla beraber ruhuna inme, aklî yorum, zaman ve mekân farklılıkları ve devrin ihtiyaçları gibi özellikleri sıralamaktadır[2]. Aksi takdirde İslam hukuku, belirli dönemlere, kalıplara mahkum edilecek ve güncel birçok problemimizi çözmede İslam'ın ve hukukun ana hedefi olan "adaleti yerine getirme" ilkesini zedeleyecektir. Günümüzde pek çok İslam ülkesinde buna açıklıkla şahit olunmakta ve hatta temel hak ve özgürlükler bile, bu bahanelerle ihlâl edilmektedir.

Osmanlı Devleti, XIX. asırda yukarıda bahsetmeye çalıştığımız sıkıntıların farkına vararak, Ahmed Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki bir heyete *Mecelle*'yi hazırlattırmıştır. Hazırlanan *Mecelle-i Ahkâmı Adliyye* adlı meşhur eser, hiç şüphe yoktur ki, İslam dünyasının son iki yüzyılına damga vurmuş ve bazı hukukçular tarafından İslam hukuk tarihinin önemli dönüm noktalarından birisi kabul edilmiştir. *Mecelle*, aile, miras, vasiyet ve vakıf hükümlerini barındırmayan, borçlar, eşya ve muhakeme usulüne dair maddeleri içeren 1869 – 1876 (1286-1293) tarihleri arasında çıkarılmış; bir madde fıkıh tarifi, 99 madde külli kaideler ve 1851 maddeden oluşan bir çeşit Osmanlı dönemi medenî kanunudur[3]. Hazırlanan bu mühim eser, Türk Dünyası ve Balkanlarda, Filistin'de, Lübnan'da hukuki muamelelerde kullanılmış ve medreselerde okutulmuştur.

Mecelle'nin etki alanı içerisindeki en önemli bölge, hiç şüphesiz, İdil- Ural coğrafyası olmuştur. Bu coğrafya, 1552'den bu yana bağımsız olmamakla birlikte, XIX. asrın başlarından XX. asrın ilk çeyreğine kadar İslam dünyasındaki en önemli tecdid hareketlerinden birinin merkezi olmuştur. Ceditçilik hareketi olarak bilinen ve dini düşüncede, eğitimde ve millî kimlik alanında uyanışı hedef alan söz konusu fikrî yapılanma; Abdünnasır Kursavî, Şihabüddin Mercânî, Rızaeddin Fahreddin, Musa Carullah, Abdurrahman Ömerî, Ziya Kemâlî ve Abdullah Bûbi gibi çok sayıda ceditçi din âliminin yetişmesine zemin hazırlamıştır. Bu ceditçiler üzerinde, başta Hint yenilikçi Şah Veliyullah olmak üzere, Osmanlı düşünürlerinin ve hepsinden önemlisi

[1] Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara 1954, 2. Baskı, Ankara Üniv. İlahiyat Fak. Yay., s. 39-40.
[2] Bkz. Hayrettin Karaman, *İslam Hukukunda İctihad*, Ankara 1975, D.İ.B. Yay., s. 51-80.
[3] Ansay, a.g.e., s. 50; Osman Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İst. 1973.

Mecelle'nin önemli etkisi olmuştur. *Mecelle*, bölgedeki bazı medreselerde ders kitabı olarak da okutulmuştur[4].

Kazan Türklerinde *Mecelle* hazırlama isteklerinin tam olarak ne zaman başladığı bilinmese de, 1900'lerin başında gündeme geldiği ve ilk olarak Musa Carullah'ın *Kavaid-i Fıkhiyye* ismindeki eserini yazdığı bilinmektedir.

Meşhur ceditçi düşünür Rızaeddin Fahreddin'in teşvikiyle Musa Carullah, *Mecelle* tarzında, *Kavâid-i Fıkhıyye* adlı eserini yazmıştır. Bu kitapta yer alan 201 maddeden 100 maddesi Cevdet Paşa'nın *Mecelle*'sinden alınmıştır. Ancak, bir giriş mahiyetinde yazılan bu eserin, ya, yazarın kendisinin de ifade ettiği gibi, biraz acele ile kaleme alındığından veya dönemin kadimci-ceditçi kavgasından veyahut da bir komisyon tarafından hazırlanmadığından, bölge Müslümanlarının hayatında çok fazla etkili olmamıştır. Musa Carullah, bu eserinde maslahatı ve zamanın gereklerini ön planda tutmuş ve daha baştan fıkhın tarifini yaparken, "bir toplumun üyesi olmak sıfatıyla insanın öz hukuklarını, öz vazifelerini tamamıyla bilmektir"[5] şeklinde yapmıştır. Ona göre usûl-i fıkıh kitaplarında 14 tane aslî delil zikredilmektedir: Kitap, sünnet, icma, kıyas, maslahat, istishab, beraat-i asliyye, istihsan, sedd-i zerayi', avâid (adetler), istikra, burhan-ı indirac, burhan-ı telazüm, burhan-ı te'ânüd. Bu maddeleri sıralarken maslahatla ilgili kısımda söylediği şu sözler onun fıkıh usulüne bakışını ortaya koymaktadır: "Semavi yahut medeni kanunların ehemmiyeti, yalnız insanların maslahatlarına muvafakatlarıyladır"[6]. Bu bakış, görüldüğü gibi toplumu ve yararını ele alan bir bakış açısıdır.

Bununla birlikte bölgedeki bir kısım âlimler, "hiçbir mezheple kayıtlanmaksızın ve diğer mezheplerin ictihadlarından da faydalanılarak yeni bir *Mecelle* yazılması gerektiğini ve bunu da bir komisyonun yapmasının lüzumunu hep savunagelmişlerdir. *Mecelle*'nin hazırlanmasına ihtiyaç duyulması, İdil Ural'da da Osmanlı dönemindeki benzerlik arzetse de bölge açısından çok önemli iki faktör bunda büyük etkendir. Bunlardan birincisi, 1800'lerde başlayıp 1880'lere doğru iyice güçlenen dini ve milli uyanış hareketi, ikincisi ise; Osmanlı adlî sistemindekinden farklı olarak, Çarlık Rusya'sının Müslüman topluma ve onun nezdinde Rusya Müslümanları Müftülüğü (Diniye Nezareti)'ne mitrike defterlerinin (şeriyye sicilleri) tutulması, camilerde dini eğitimin yapılması, evlilik, boşanma ve miras gibi alanlarda tanımış olduğu kısmî hukuki haklara bağlı olarak her mahalledeki imamın bir nevi kadılık görevini icra etmesidir. Tabii ki, söz konusu kadılık görevi, birtakım zorlukları da beraberinde getirmektedir. Buna göre; dini eğitim iyice bozulduğundan ve eldeki mevcut herhangi bir fıkıh veya fetva kitabından (çoğunlukla aklî muhakemeye yer vermeksizin, çok yönlü inceleyip araştırmaksızın ve tabii ki bireyin ve kamunun yararı gözetilmeksizin) taklit yoluyla hükümler verilmeye başlanmıştır. Bölgede, her mahalleye iyi derecede yetişmiş ve kadılık görevini icra edebilecek imam bulabilmek neredeyse imkânsız olduğundan hukuki muamelelerde ciddi sıkıntılar baş göstermiştir. Buna bir de, kitap yetersizliği, Hanefi fıkhının işaret ettiğimiz zorluğu ve karışıklığını ve en önemlisi imamların/kadıların bölgedeki meseleleri "zamanın hayatına tatbiki"nde yaşadığı problemleri ilave ettiğimizde hukuki işlemlerdeki birliğin sağlanması iyice zorlaşmıştır. Nitekim 18-27 Temmuz 1917'de Kazan'da İdil Ural'dan 270 kadar seçkin kişinin toplandığı Ulema Nedvesinde gündeme getirilmiş ve "Kur'an ve hadise dayanan bütün mezheplerin zamana ve mahalli adetlere muvafık ictihadlarından" faydalanarak,

---

4 Abdülallam Feyizhanoğlu, *Muharrikü'l-Efkâr,* Kazan 1893, s. 19-20; M. Kemal Muzafferov, "Medresede Onbeş Yirmi Yıllar Turıp Niler Okudık?", *Şûra* 1912/15, s. 474.

5 Musa Carullah, *Kavâid-i Fıkhıyye*, Kazan trhsz., Örnek Mat., s. 1.

6 Carullah, *a.g.e.*, s. 3.

"tigiz", yani her imamın aynı şekilde ve kolaylıkla anlayabileceği tarzda ve el kitabı mahiyetinde bir *Mecelle* hazırlanması gerekli görülmüştür. Tabii ki, hazırlanacak *Mecelle*, imamların/kadıların yetki sınırları ölçüsünde olacağından öncelikle; nikah, talak, nafaka ve feraiz (miras) meselelerini kapsaması gerekmektedir. 1917'de toplanan komisyonun diğer mezheplerin ictihadlarının kullanılmasını istemeleri önemlidir. Bu durum temel bir ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Komisyon, buna dair bir örnek de vermekte, özellikle mefkudun hükmü ve nafakadan aciz kişilerin eşleri hakkındaki Hanefi fıkhında "taassup" göstermenin kadınların haklarını bir çeşit ihlâl manasına geleceğini söylemektedir. Bu açıdan alınan kararlarda; yazılacak Mecelle'de Kitap ve Sünnet esas tutulmakla birlikte Hanefi mezhebinin me'haz alınacağı, gerektiğinde başka mezheplere, mezhepte olmayan veya mezhepte olup da mevcut hayata uymayan meselelerde ise şeriat usûlünden istinbat ve istihraç edilmesi ve nihayet örf ve adetlerin esas alınması[7] metodu benimsenmiştir. Böylece hukuki muamelelerde belirli oranlarda yerellik vurgusu yapılmıştır. Ulema heyeti, ayrıca, söz konusu bu kural ve metotların, az bir farkla, aynı yılda yaklaşık bir ay önce 15-22 Haziran'da Ufa'da Mahkeme-i Şer'iyye (Diniye Nezareti) bünyesinde toplanmış olan Ulema Kiñeş Meclisi (Danışma Kurulu) toplantısında alınan *Mecelle-i Ahkâm-ı Şer'iyye* hazırlama ile ilgili kurallar olduğunu ifade etmektedir.

1917 Ulema heyetinin toplantısında hazırlanacak *Mecelle*'ye dair bir komisyon belirlenmiş ve mümkün olduğunca geniş tutulması için Türkistan, Kafkas ve Kırım ulemasının da komisyona üye katkısında bulunması istenmiştir. 1917 Ulema Nedvesi, *Mecelle* komisyon üyelerinin seçimini yapmış ve azami üç yıl içerisinde bitirilmesini istemiştir. Nedve'de 11 kişilik komisyonun üyeleri, yapılan seçim sonucu şu şekilde belirlenmiştir: Dönemin ilk seçilen Müftüsü (Rusya Müslümanları Diniye Nezareti Başkanı) Alimcan Barûdî, Müftü yardımcısı kadı Rızaeddin Fahreddin, Müftü yardımcısı kadı Hasan Ata Abeşî, Muhammed Necip Tünteri, Ziyaeddin Kemâlî, Musa Carullah, Muhammed Murad Mekkî, Müftü yardımcısı kadı Salihcan Urmânî, Hüccetülhakim Mahmud, Muhammed Sabir Hasenî ve Sadık İmankulu. Bu isimler dışında, seçilen heyete, Nedve tarafından, lüzum görülen kişilerin heyete alınması konusunda tam yetki verilmiştir. *Mecelle*, bitirildikten sonra Diniye Nezareti'ndeki bir ulema heyeti tarafından incelenip onaylanacak ve sonra bütün imamlara uygulanmak üzere gönderilecektir. Ulema Nedvesi, bunlar dışında, oluşturulan matbuat şubesi ve onun reisi, aynı zamanda Nedve'nin Başkanlık Heyeti'nde de yer alan, Abdurrahman Ömeri (ö. 1933)'nin teklifleriyle, *Mecelle* komisyonundan bir de aynı mecmuanın başvurdukları delil ve kaynaklarını gösteren şerhli bir ikinci *Mecelle* istemiştir[8]. Nedve'de oluşan bu komisyonun, hemen akabinde gerçekleşen Bolşevik İhtilali ve onun getirdiği sıkıntılar, iç savaş, 1920'li yıllardaki korkunç açlık yılları yüzünden, görevini yerine getirmediğini bilmekteyiz. 1921'de Müftü Alimcan Barûdî'nin ölümü üzerine boşalan Müftülük makamına *Mecelle* hazırlanması konusunda yüzyılın başından beri çok gayret eden Rızaeddin Fahreddin'in seçilmesi yeni bir çabayı daha gündeme getirmiştir. Müftülük bünyesinde oluşturulan Ulema Şurası'nın Temmuz 1924'teki toplantısında *Mecelle* konusu yine görüşülmüş ve Abdurrahman Ömerî hariç, isimlerini tespit edemediğimiz kişilere paylaştırılarak bu kişilerden ilgili bölümleri yazmaları istenmiştir. Aile ile ilgili kısmın yazımı Abdurrahman Ömerî'ye verilmiş, o da 1926 yılında 551 maddelik *Mecelle-i Ahkâmı Şer'iyye'nin Ailege Aid Kısmı* adlı çalışmasını

[7] *Ulema İttifakı Birinci Nedvesi*, Haz. Şeher Şeref, Kazan 1917, Brat. Kerimov Mat., s. 40-42. Nedve dokümanlarının kabul edilerek alınan kararları içeren kısmı Ulema İttifakı Merkez Bürosu tarafından yayınlanmıştır.

[8] Bkz. *Ulema İttifakı Birinci Nedvesi*, s. 41-43.

tamamlayarak kendisinin de üye olduğu Ulema Şurası'na takdim etmiştir. Ulema Şurası bu eseri onaylayıp basılma kararı çıkarsa da bugüne kadar basılmamıştır[9].

Yaptığımız arşiv çalışmasında Şehabeddin Mercani'nin öğrencisi Abdurrahman Ömeri tarafından hazırlanmış aile hukukuna dair 551 maddelik *Mecelle-i Ahkâm-ı Şeriyye'nin Ailege Ait Kısmı* isimli bu yazma nüsha tarafımızdan bulunmuştur. Elimizdeki bu *Mecelle*'yi değerlendirirken, Osmanlı Devleti'nde hazırlanan *Mecelle*'de aile bölümü yer almadığından, yazılış tarzı ve ruhu bakımından Osmanlı'daki *Mecelle* ile, içerik bakımından ise, "1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi" ile karşılaştırılması gerekmektedir.

Abdurrahman Ömerî'nin hazırladığı *Mecelle-i Ahkâm-ı Şer'iyye*'sinin müellif nüshası ve Ulema Şurası'nın onayladığı nüsha maalesef bugüne kadar bulunamamıştır. 2005 Yılında Rusya Federasyonu'na bağlı Tataristan Özerk Cumhuriyeti başkenti Kazan'daki çalışmalarım sırasında, meşhur âlim Şihabüddin Mercani'nin talebesi olan Abdurrahman Ömeri'nin arşivi Moskova'da yaşayan torunları tarafından Tataristan Milli Arşivi'ne bağışlanmıştı. Söz konusu arşivin tasnif ve kataloğunun yapılması da tarafımdan istenmişti. Bu tasnif çalışmaları sırasında Abdurrahman Ömeri''ye ait pek çok el yazma belge ve eser arasında 4 adet de *Mecelle* nüshasına rastlandı. Bunların hiçbirisinin müellif nüshası olmadığı tespit edilmiş olmakla beraber, bunlardan ikisinin tam nüsha (551 madde), ikisinin de eksik istinsah edilmiş olduğu tespit edildi. İki tam nüshadan birisi doğrudan asıl nüshadan Abdülhalim Basîrî Efendi tarafından, yazımından çok kısa bir süre sonra, 1926-28 yıllarında, istinsah edilmiştir ve bu nüshada, Abdülhamit Ömeri'nin de dediği gibi, Abdurrahman Ömeri'nin bazı kendi el yazısıyla düzeltmeleri vardır. Yani bizzat müellif tarafından kısmen veya tamamen gözden geçirilmiş bir nüshadır. Diğeri ise Abdurrahman Ömerî'nin oğlu Abdülhamit Ömeri tarafından bu nüshadan hareketle, 1977'de istinsah edilmiştir. Abdülhamit Ömeri, bu istinsahı, muhtemelen, 1970'li yıllarda babasının sağa sola dağılan arşivini yeniden toparlamaya çalıştığı sırada yapmış, söz konusu istinsahı ise 1977'de bitirmiştir. Abdülhamit Ömeri, bu dönemde bir de babasının biyografisini kaleme almıştır. Bu biyografi, Kazan'da basılmıştır[10].

Eksik nüshalardan birisi, 354 madde içermektedir ve Yahya Molla Hediyetullahoğlu tarafından istinsah edilmiştir. İkincisi 405 madde içermektedir Abdülkari (Abdikari) Molla Küşmuhammedoğlu tarafından istinsah edilmiştir. Abdülhamit Ömeri, ayrıca 346 maddelik Abdurrahman Ömerî'nin öğrencisi Abdülhamit Hatip Mollaoğlu tarafından istinsah edilmiş bir eksik nüshadan daha bahsetmektedir ki, bu nüsha yaptığımız kataloglamada çıkmamıştır. Bu nüsha dışındaki iki tam ve iki eksik nüshanın fotoğrafları şahsi arşivimizde bulunmaktadır. Henüz Tataristan Milli Arşivi'nde kayıtlara girmediği için burada arşiv numaraları verilmemiştir. Biz bu tebliğde bütün nüshaları kullanmakla birlikte, iki tam nüshayı esas alacağız.

Elimizde bulunan *Mecelle*'nin yazımının bitiş tarihi Hicri 1345, Miladi 1926'dır. Abdurrahman Ömerî, söz konusu Mecelle'nin hazırlanışının sebebine, esbâb-ı mûcibesine dair giriş kısmına yazdığı yazıda, XX. asır başlarında İdil Ural bölgesindeki Müslüman Türklerin toplumsal ve kültürel hayatlarındaki gelişmeler çerçevesinde karşılaştıkları dinî ve dünyevî meseleleri çözebilecek bir fıkıh anlayışına ihtiyaç duyduklarını ve bu meyanda şer'î hükümleri ortaya koyabilecek bir mecmua yazma isteklerinden bahsetmektedir. Burada onun üzerinde durduğu

[9] Gabdelhamit Ömerov, "Gabdrahman Gömeri'nin Kıskaca Tercüme-i Hali", *Gabdrahman Gömeri* kitabı içinde, Haz. Süleyman Rahimov, Kazan 2002, Ruhiyat Neş., s. 28-29.

[10] Bkz. *Gabdrahman Gömeri*, Haz. Süleyman Rahimov, s. 14-95.

önemli iki noktadan birisi, söz konusu mecmuanın, hüküm birliği sağlanması için, bölgenin her tarafına dağıtılması, diğeri ise, "avam imamların" bile anlayabilecekleri ve onlara rehber olabilecek açık bir "Türkî" dilde ve "kolaylık"ta olmasıdır. Ömerî, çok kısa bir şekilde *Mecelle*'nin 1917'den başlayan hikâyesine de yer vermekte ve 1923'te Ufa'da toplanan Umum Müslümanlar Nedvesi'nde alınan bir kararla Diniye Nezareti bünyesinde oluşturulan Ulema Şurası'na atıfta bulunmaktadır. Bu şuranın esas görevinin çeşitli bölgelerden Diniye Nezareti'ne yöneltilen sorulara fetva vermek ve zamana uygun dini kitaplar yazmak olduğunu ifade eden Ömerî, söz konusu şuranın bir toplantısında (Abdülhamit Ömeri 1924'te gerçekleştiğini yazmaktadır) *Mecelle-i Ahkam-ı Şeriyye*'yi yazma görevinin birkaç bölüm halinde paylaştırıldığını (burada kişi ve bölüm isimleri vermemektedir) ve kendisine de aileye dair kısmın yüklendiğini belirtmektedir. Yapılan toplantıda, yazımda Hanefi mezhebinin esas alınmasının, ancak çok gerektiğinde başka mezheplere başvurulmasının kararlaştırıldığının da altını çizmektedir. Görüldüğü gibi bu ifadeler bölgedeki ilk *Mecelle* tartışmalarından zihniyet olarak geriye doğru gidilmiş ve Osmanlı'daki Mecelle ile aynı ruhta hazırlanmıştır. Ömerî, kendisinin ilk olarak nikah, talak ve nafakalara dair 365 madde yazdığını ve bunu 1926'da toplanan Umum Müslümanlar Nedvesi'nde Ulema Şurası'na sunduğunu, bunun özel bir komisyon tarafından tashih ve tenkit edildikten sonra onaylanıp basılmasına karar verildiğini söylemektedir. Ömerî, aynı yıl basım işi için gittiği Moskova'da hırsızlar tarafından çantasının çalındığını ve yazdığı asıl nüsha ile istinsah edilmiş bir nüshanın böylece kaybolduğunu büyük bir üzüntü ile anlatmaktadır. Memleketi Astrahan'a döndükten sonra çevresinin ısrarıyla daha mükemmel bir şekilde yeniden kaleme aldığını vurgulayan Ömerî, bu kez ferâiz bahsini de eklemiş ve 550 maddeye çıkarmıştır. Oğlunun da belirttiği üzere, kendisinin, istinsah edilen bir nüshaya düştüğü notlarda yeni bir madde daha ilave etmesiyle aile kısmı toplam 551 madde olarak tekemmül etmiştir[11]. Abdurrahman Ömerî'nin bu ikinci kez yazımı kısa bir süre içerisinde, 1926 yılı sonları ile 1927 yılı başlarında, bitirdiği girişin sonuna yazdığı Hicrî 1345 tarihinden görülmektedir.

Abdurrahman Ömerî, hazırladığı *Mecelle*'de kul-kenizek (köle ve cariye) meselelerine yer vermediğini, artık İdil-Ural'da bunların çoktandır bulunmadığını ve bunlarla uğraşmanın da boşa vakit geçirmek olduğunu zikretmektedir. Ömerî, alınan kararlar doğrultusunda Hanefi mezhebini esas almış ve zaruri durumlarda diğer mezheplerden faydalanmıştır. Bu konuda faydalandığı kitapların isimlerini de yazmıştır. Buna göre; Şafii mezhebinde, İmam Şafii'nin *Kitabu'l- Umm* ve *Kitabu Şerhi'l-Muhallâ Alâ Minhâci'n- Nevevi*, Maliki mezhebinde İmam Malik'in *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ* ve İbn Rüşd'ün *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Hanbeli mezhebinde, Abdulkadir bin Ömer Et-Tağlibi eş-Şeybani'nin *Neylü'l-Meârib Şerhu Delili't-Talib* ve meşhur Hanbeli fıkıhçı Şeyh Mansur b. Yunus el-Behuti (ö. 1641)*'nin er-Ravzü'l-Mürbi bi-Şerhi Zâdi'l-Müstanki'* kitapları ve bunların haşiyelerini[12] kullanmıştır.

Abdurrahman Ömerî'nin hazırlamış olduğu aile ve miras hukukuna dair bu *Mecelle*, hazırlanışta uyulan esaslar bakımından Osmanlı *Mecelle*'sine benzese de esas olarak 1917 Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesi[13] ile mukayese edilmelidir. Bu mukayesede ilk göze çarpan husus elimizdeki *Mecelle*'de, Aile Hukuku Kararnamesi'nde bulunmayan miras hukukuna da yer

[11] Abdurrahman Ömerî, *Mecelle-i Ahkâmı Şer'iyye'nin Ailege Aid Kısmı*, El yazma, Abdülhamit Ömerî istinsahı, Haziran-Temmuz 1977, vr. 7(a)-8(a), varak numaraları tarafımızdan verilmiştir.

[12] Abdurrahman Ömerî, *Mecelle-i Ahkâmı Şer'iyye'nin Ailege Aid Kısmı*, 8 (b).

[13] Aile Hukuku Kararnamesi için bkz. "Kavanin ve Nizamat-Hukuk-ı Aile Kararnamesi", *Ceride-i İlmiyye*, 1334, c. 3, sayı: 24, s. 536-554.

verilmiş olmasıdır. Bu açıdan Ömerî'nin çalışması bazı önemli yenilikler ve tarifler barındırsa da, Aile Hukuku Kararnamesi'nden ve dönemin ceditçi anlayışından zihniyet olarak uzaklaşan yönleri de vardır. Meselâ Ömerî, İdil Ural ve hatta Türkistan için yazdığı söylenebilecek çalışmasında evlilikteki denklik meselesini beş maddede ele almıştır: "Neseb ve nesil, Müslümanlık, dinlilik, hüner ve sanat". Ömerî, İdil Ural ve Türkistan bölgesi için yazdığı bu maddelerde, garip bir şekilde, Arap halkındaki neseb ve nesil üzerinden denkliği, yani örfe dayalı kabileci anlayışı esas almaktadır. Arap olmayanlardaki denklikte ise Müslümanlıktaki durumunu ele almaktadır[14]. Halbûki, meseleyi sadece dini, ahlâki ve statü denkliği ile alması gerekirdi. Nitekim Aile Hukuku Kararnamesi konuyu, "mal ve hırfette (hüner ve sanatta) denklik" olarak ele almıştır[15]. Neseb ve nesil üzerinden denklik ele alınacaksa, aslında bu doğru olmayan bir yaklaşımdır, Ömerî'nin, tıpkı Araplardakine benzer kuralları olan Kazakların cüzler arası ilişkileri meselesini de gündeme getirmesi gerekirdi. Ömerî, *Mecelle*'sinin sonuna düştüğü notta hile-i şer'iyye meselesine de girmekte ve bunun, aldatmak değil hukuki çözüm anlamına geldiğini belirtmektedir. Böyle olmadığı halde hukuktaki uygulamalarla bu hale getirildiğinden şikayet etmektedir. Ömerî, haklı olarak hukukta hileye başvurulmasının, yani hukukî bir çözüm üretilmesinde ana amacın; ahlâkî ve metafizikî olduğunu, yani Allah'a ibadetin, yakınlığın gözetilmesi ile iyilik ve erdem yönünün tercihi olduğunu beyan etmektedir[16]. Bu, esasında ferdin ve kamunun yararının gözetilmesi anlamına da gelmektedir.

Bir başka örnek; İçki, afyon vb. aklı gideren şeylerden dolayı talak Aile Hukuku Kararnamesi'nde "sarhoşun talakı muteber değildir"[17] şeklinde geçerken, Ömerî; çerçeveyi biraz genişleterek, afyon, esrar ve içki gibi aklı baştan alan şeylerde talakı muteber saymamakta, ancak, bir şerh düşerek, bunu "aklı bulunmama" sebebine bağlamaktadır. Ayrıca bazı fakihlerin bu tür şeylerden men etmek için bu talakı muteber gördüklerini de zikretmektedir[18]. Yine bir başka örnekte Aile Hukuku Kararnamesi'nde talaktan bahsedilirken; "talakın ehli mükellef olan zevçtir"[19] denilmekte, mahalli ise kadın olarak kabul edilmektedir. Ömerî ise talakı; "akd-i nikah ile hasıl olan bağlanışı boşatmaktır" demekte ve er veya kadın tarafı demeden genel bir tarif yapmaktadır. Ancak o da kadının, önceden kocasından aldığı izin dışında kendisini boşama hakkının olmadığını söylemektedir[20]. Hatta Ömerî, "ben senden bezdim" sözünden bile bain talak gerçekleşeceğini ifade etmektedir. Son bir örnek olarak, Aile Hukuku Kararnamesi, evlilik için asgari yaş haddi getirirken (erkeklerde 12, kızlarda 9 yaş buluğ çağı olarak belirlenmiştir)[21], Ömerî, buluğ çağı yaşı ile ilgili olarak erkek için 18, kız için 17 yaşını vermekte, kız veya erkeğin buluğa erdiklerini iddia etmeleri durumunda ise buluğ alt sınırının erkek için 12, kız için 9 olduğunu ifade etmektedir. Ancak evlilik konusuna geldiğinde ise herhangi bir sınırlama getirmeden, küçük kız ve erkek çocukların evlendirilmesinden bahsetmekte velilerinin hakkı olduğunu, eğer veli babası ve dedesi ise çocuk büyüdüğünde bu nikahı feshedemeyeceğini, diğer velilerinin evlendirmesi durumunda büyüdüğünde dilerse nikahı feshetme yetkisinin, kadı hükmü şartıyla, feshedebileceğini belirtmektedir. Her ne kadar ilgili maddenin altına düştüğü dipnotta dönemin Rusya kanunlarının erkeklerde 18, kızlarda 16 yaşı alt sınır olarak şart kıldığını söyleyerek bu tür

[14] Abdurrahman Ömerî, *Mecelle-i Ahkâmı Şer'iyye'nin Ailege Aid Kısmı*, 140-144. maddeler, 20 (a)-20 (b).
[15] Aile Hukuku Kararnamesi, 45. madde.
[16] Abdurrahman Ömerî, *Mecelle-i Ahkâmı Şer'iyye'nin Ailege Aid Kısmı*, 80 (a)-81 (b).
[17] Aile Hukuku Kararnamesi, 104. madde.
[18] Abdurrahman Ömerî, *Mecelle-i Ahkâmı Şer'iyye'nin Ailege Aid Kısmı*, 214-216. maddeler, 27 (b)-28 (a).
[19] Aile Hukuku Kararnamesi, 102. madde.
[20] Abdurrahman Ömerî, *Mecelle-i Ahkâmı Şer'iyye'nin Ailege Aid Kısmı,* 196, 205, 207 ve 208. maddeler, 26 (b)-27 (a).
[21] Bkz. Aile Hukuku Kararnamesi, 4-8. maddeler.

evliliklerden sakınmak gerektiğini söylese[22] de Ömerî'nin madddeyi yazış tarzı anlaşılmazdır. Halbûki bölgedeki 1917'den beri yapılan toplantılarda bu meselenin istismarından bahsedilmişti. Ömerî, anlaşılmaz bir şekilde konuyu *Mecelle*'sine klasik gelenektekini tekrar ederek almıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere Ömerî'nin hazırlamış olduğu *Mecelle*, Osmanlı *Mecelle*'sinde olmayan aile kısmını içermesi, Aile Hukuku Kararnamesi'nde bulunmayan miras hükümlerini barındırması, telfikçi çizgisi ve en önemlisi Osmanlı sahası dışında bağımsız bir *Mecelle* çalışması olması gibi yönlerden bir özgünlüğe sahiptir. Bu kısa yazının sınırlarını aşan başka özgünlüklerinin bulunduğu da açıktır. Ancak, bununla birlikte, çalışma, yukarıda da zikrettiğimiz gibi, bazı yönlerden, İdil Ural'da 1900'lü yılların başından beri yapılan *Mecelle* tartışmalarındaki istenen zihnî çizgiye ulaşamamış ve geleneğin baskısının önüne geçememiştir. Elbette bunda, dönemin Bolşevik Rusya'sında yaşayan Müslümanların sıkıntılı durumlarının da etkisi bulunmaktadır. Ebul'ula Mardin'in Osmanlı *Mecelle*'si ile ilgili şu ifadelerini, elimizdeki *Mecelle*'ye ve Aile Hukuku Kararnamesi'ne de teşmil edecek olursak, bütün iyi yönlerine rağmen, bahsi geçen bu çalışmaların, hukuk felsefesi açısından, yeterince geniş bir düşünceden hareketle yazılmadığı anlaşılmaktadır: "Mademki Fransa Medenî Kanunu'nu bile tercüme ettirip nizamiye mahkemelerinde olsun tatbik ettirebilmek cesaretini gösteren bir heyet-i vükelâ mevcuttu, mademki Camiü'l-Ezher'in hüküm sürdüğü Mısırda bugün bile büyük çapta ıslahata tahammül göstermeyen bir taassuba karşı Fransa Medenî Kanunu Arapça'ya tercüme edilerek tatbik mevkiine konmuştu, mademki Âli Paşa Girit'ten gönderdiği meşhur lâyihasında bu lüzumu her türlü tehlikeyi, mesuliyeti gözönünde tutarak, bir teklif mahiyetinde yazabilmiş ve hatta devletçe Fransa Medenî Kanunu'nun tercüme ettirilmek üzere Arapça nüshası sadr-ı esbak Sait Paşa merhuma verilerek fiiliyata geçirilmişti. Şu halde yalnız Hanefi mezhebine ait hükümlerle iktifa etmeyip asrın ihtiyaçlarına cevap verecek diğer mezheplerdeki hükümlerden istiane [destek istemek] ve hatta icap ederse garp hukukunun işlenmiş ve mütekâmil hükümlerinden istifade edip öz, millî bir Medenî Kanun vücuda getirmek düşünülen ve terviç [itibar] edilen şekilden şüphesiz ki ehvendi"[23].

KAYNAKÇA

Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara 1954, 2. Baskı, Ankara Üniv. İlahiyat Fak. Yay.

Carullah, Musa, *Kavâid-i Fıkhıyye*, Örnek Mat.Kazan trsz. Feyizhanoğlu, Abdülallam, *Muharrikü'l-Efkâr,* Kazan 1893. *Gabdrahman Gömeri*, Haz. Süleyman Rahimov, Kazan 2002, Ruhiyat Neş.

Karaman, Hayrettin, *İslam Hukukunda İctihad*, Ankara 1975, D.İ.B. Yay., s. 51-80.

"Kavanin ve Nizamat-Hukuk-ı Aile Kararnamesi", *Ceride-i İlmiyye*, 1334, c. 3, sayı: 24, s. 536-554.

Mardin, Ebu'l-ula, "Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011/13 (3), s. 911-940.

Muzafferov, M. Kemal, "Medresede Onbeş Yirmi Yıllar Turıp Niler Okudık?", *Şûra* 1912/15, s. 474-475.

Ömerî, Abdurrahman, *Mecelle-i Ahkâmı Şer'iyye'nin Ailege Aid Kısmı*, El yazma, Abdülhamit Ömerî istinsahı, Haziran-Temmuz 1977.

Ömerî, Abdurrahman, *Mecelle-i Ahkâmı Şer'iyye'nin Ailege Aid Kısmı*, El yazma, Abdülhalim Basîrî istinsahı, 1926-1928.

Öztürk, Osman, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İst. 1973.

Ulema İttifakı Birinci Nedvesi, Haz. Şeher Şeref, Kazan 1917, Brat. Kerimov Mat.

[22] Abdurrahman Ömerî, *Mecelle-i Ahkâmı Şer'iyye'nin Ailege Aid Kısmı*, 47-48. maddeler, 11 (a), 155-160. maddeler, 22 (a)-22 (b).

[23] Ebu'l-ula Mardin, "Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011/13 (3), s. 931.

MECELLE'NİN RUSYA TÜRKLERİNİN VAR OLMA MÜCADELESİNE KATKISI

Prof. Dr. Seyfettin ERŞAHİN

Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Özet

Gayrimüslim istilasına uğrayarak azınlık statüsüne geçen Müslümanların en büyük sorunlarından biri dinin medeni hukukla (evlenme, boşanma, miras vb) hükümlerini uygulamada zorlukla karşılaşmalarıydı. Rusya Türkleri bu sorunu yaşayan Müslüman toplumlardan biriydi. Endülüs Müslümanları İspanya tarafından işgal edildikten sonra yaklaşık bir asır sonra dini ve etnik soykırıma uğramıştı. Onlardan yaklaşık yarım asır sonra, 1552'den itibaren Rusya'nın istilasına uğrayan Rusya Türkleri 19. Yüzyıl sonlarına gelindiğinde hala direniyorlardı. Milli kişilik, kimlik ve kültürlerini korumaya yönelik direnişlerinin kaynağı da din yani İslamiyet idi. Bu bağlamda İslamın itikat, ibadet ve ahlak boyutlarını büyük oranda kendi içlerinde Rusya'nın müdahalesi olmadan birey veya cemaat düzeyinde yaşayabiliyorlardı. Ancak muamelat dediğimiz konuda ciddi sıkıntıları vardı. İlki Rusya, kamusal alanı veya devlet otoritesini de ilgilendiren yönü olması hasebiyle bu alana, kendi hukukunu ve yargı organlarını önceleyerek müdahale ediyordu. İkincisi uzun yüzyıllar Hıristiyan Rusya'nın hakimiyetinde kalan Müslümanlar dini, fikri, sosyal ve kültürel bakımdan değişim ve dönüşümler yaşamışlardı. Artık geleneksel klasik fıkıh mirası ve tecrübesinin gelişmelere ayak uyduramadığını veya yetmediğini görüyorlardı. Muamelatı olmayan bir Müslüman toplumun da Rus sistemi karşısında eriyerek asimile olmasından korkuyorlardı. Bunun önlemenin yolu olarak da ictihad kapısını açmak istiyorlardı. Kendi aralarında bunun tartışmasını, 19. Yüzyılın başlarında itibaren başlatmışlardı. İşte bu arayışlar ve tartışmalar içinde, şekli ve muhtevasıyla bir nevi ictihad veya yenilik olarak gördükleri Osmanlı Mecelle tecrübesini Rusya'ya taşıyarak sorunlarını çözmek istiyorlardı. Böyle bir adım Osmanlıda atıldığı için, ictihad kapısının istismarından çekinen muhafazakar çevreler ılımlı bakıyorlardı. Bu cümleden olarak Rızaeddin b. Fahreddin, Musa Carullah gibi alimlerin önderliğinde Mecelle çalışmalarını başlattılar ve bazı denemeler yaptılar. Biz tebliğimize bu konuyu yeni bilgi ve belgeler ışığında dikkat çekmek istiyoruz.

Anahtar kelimeler: Mecelle, ictihat, Rusya Türkleri, azınlık.

I. Giriş: Müslüman Azınlık Statüsüne Düşmek

Modern dünyada Müslüman azınlıkların önemli sorunlarından biri de hukuk ve yargı çıkmazıdır. Müslüman azınlıklar uzunca bir süredir *fıkıh-kazâ geleneği* ile *gayrimüslim hukuk-yargı sistemi* arasında yaşama mücadelesi vermekteler. Bu gelişme aynı zamanda Müslümanların medeniyet iddialarından vazgeçmesi, uzun yüzyıllar maddi-manevi, fiziki ve beşerî olarak mamur ettikleri coğrafyaları başkalarının insafına bırakma veya İslam medeniyetinin yetersizliği olarak da

algılanmıştır. Bu sorunu aşmak için Rusya Müslümanları Osmanlı Mecelle tecrübesinden yararlanmak istemişlerdir[1].

Tarihi daha gerilere götürmek mümkün olmakla beraber diyebiliriz ki gayrimüslim güçler Müslümanların önemli bir kısmını 19. ve 20. yüzyıllarda azınlık (ekalliyet, minority) statüsünde hâkimiyet altına almışlardır. İnsanlık henüz hukuki olarak ortak ve resmî bir azınlık tanımı üzerinde anlaşmış değildir. Dolayısıyla azınlık haklarının ve sorumluluklarının neler olacağı hep tartışma konusu olmuştur. Bununla beraber sosyolojik açıdan azınlık; bir devletin tebaası/ vatandaşı, sayıca devletin asıl topluluğundan daha az, hâkim değil mahkûm durumda, kültür, dil, din, ırk vs. bakımlardan çoğunluktan farklı olan niteliklerini koruma iradesi bulunan ve yaşadıkları topraklarda uzun bir geçmişe sahip olan topluluk olarak tanımlanmaktadır[2].

İslam coğrafyasının yabancılar tarafından istilası Müslümanları,

- İdari yönden gayrimüslim idare ile ilişkiler,
- Sosyo-kültürel yönden de gayrimüslim halkla ilişkiler

şeklinde iki durumla karşı karşıya bırakmıştır.

Müslümanların gayrimüslim hâkimiyeti altında kalma şekilleri de farklıydı.

1. Bireysel durum: Savaş esirleri, diplomatlar, küçük yerli gruplar ve mühtediler gibi tek başına veya az sayıda Müslüman grubun geçici, kısa veya uzun süre gayrimüslim idaresi altında yaşaması durumudur.

2. Müslüman toprağını gayrimüslimlerin istilasıyla yerli Müslümanların azınlık durumuna düşmesi: Sicilya ile başlayıp Endülüs, İdil-Ural, Kırım, Türkistan, Balkanlar, Afrika, Hindistan ve Uzakdoğu'ya uzanan Müslüman coğrafyanın gayrimüslimlerin hâkimiyeti altına girmesi bunun örnekleridir. Müslüman ulema bu statüdekilerle ilgili isteyenlerin daru'l-islam'a hicret etmesi, kalanların da her durumda dinî vecibelerini yerine getirmesi gerektiği yönünde fetva vermişlerdir[3].

3. Müslüman bir idare veya devletin gayrimüslim bir devlet veya güç tarafından yıkılması veya vassalı durumuna getirilmesi: Moğolların İslam dünyasını istilası bunun örneğidir. Bu durumda ulema, "Adil bir gayrimüslim yönetici zalim bir müslim yöneticiye tercih edilir." fetvasını vermiştir[4]. Avrupa sömürgeciliğindeki durumun da aşağı yukarı aynı olduğunu söylemeye gerek görmüyoruz.

---

1 Konuya tarafımızca kısmen değinilmiştir: "Rusya Türklerinin Mecelle Hazırlama Girişimleri", *Ahmed Cevdet Paşa Sempozyumu*, TDV Yay., Ankara 1997.

2 Azınlığın beş karakteristiği bulunmaktadır: a) Ayrımcılık ve ikincil konuma maruz kalır. b) Fiziki ve(ya) kültürel özellikleri onları ayrı tutar ve bu özellikler hâkim grup tarafından tasvip edilmez. c) Aralarında paylaştıkları kolektif bir kimlik ve ortak külfet/sorumluluk vardır. d) Aralarında azınlığı belirleyen sosyal bakımdan paylaştıkları sosyal kurallar vardır. e) Grup içi evlilik eğilimi vardır. Bkz. Joe R. Feagin, Racial and Ethnic Relations, 2. ed., Prentice-Hall, 1984, 10 vd.

3 Mesela 19. yüzyıl sonlarında Bosna-Hersek'in Avusturya-Macaristan İmparatorluğu tarafından işgali üzerine daru'l-harb durumuna düştüğü ve hicret edilmesi gerektiğini ileri sürenlere, Bosna Müftüsü Mehmed Tevfik Azapagic (1838-1918) Cuma ve Bayram namazları gibi dinî vecibelerin yerine getirilmesine izin ve imkân varsa buranın daru'l-islam olacağını söylemiş ve Müslümanların İstanbul'a hicretine karşı çıkmıştır. M. Tevfik Azapagic, Risâle fi'l- Hicre (1302/1884). Bosna-Hersek'in Avusturya-Macaristan tarafından işgali üzerine başlayan göçe karşı çıkmak amacıyla yazılan Arapça eser Risale-i Hicret adıyla özet hâlinde Türkçe de yayımlanmıştır. (1303/1885). Osman Lavic, "Mehmed Tevfik Azapagic", DİA, c. 28, 536; M. M. Arnaut, "Islam and Muslims in Bosnia 1878-1918: Two hijras and two fatwas", Journal of Islamic Studies 5(1994), 242-253.

4 İbn al-Tiqtaqâ, (ö. 1309?) Kitâbul-Fakhrî fi 'l-âdâbi's-sultâniyya, Paris 1895, 21.

Bu süreçte Müslümanların en hayati talepleri, temel insan hakları ve değerlerinin ana kaynağı olan İslamiyet'in talimatları doğrusunda kimliklerini korumak, Müslümanca yaşamaktı. Bunlar gündeme geldiğinde şu soruların cevaplandırılması gerekiyordu:

- Müslümanlara ne kadar hak tanınacak ve bunlar hangi kurumlar veya kişiler aracılığıyla kullanılabilecekti?
- Müslümanların şer'i mirası ihtiyaçlarını karşılamada ve hâkim Hıristiyan gücün hukuku karşısında yeterli miydi? Şayet yeterli olmayıp ihtiyaç duyulursa Müslümanlar ictihad yapma ehliyet ve salahiyetine sahip miydi? Müslüman ulemanın bu konuda hukuki, siyasi ve kültürel yönleriyle ortaya koyduğu bir proje veya tutum var mıydı?

Rusya Müslümanları özeline gelirsek; konu, özellikle Batılılar tarafından ele alınırken bugüne kadar, "İstilacının dini, kültürü, siyasi ve idari tecrübesi ve birikimi böylesi bir azınlıkla ilgili neler içermekte ve önermektedir?" sorusuna, eğer kasten gözden kaçırılmadıysa ikna edici cevap verilmemiş veya verilememiştir. Bu hususta İslam medeniyetinin *ehl-i kitap* (ilahî kitap halkı), *ehl-i zimme*/*zımmi* (koruma altındaki halk) veya *müste'min* (eman verilmiş, emniyeti sağlanmış) gibi kavramları ve buna uygun hukukları vardı. Avrupalıların ise yeterince, belki de hiç, tecrübeleri yoktu. Mesele, büyük oranda klasik Müslüman fıkıh kavramları ile değerlendirilmiştir. Buna göre,

- İdari ve sosyal bakımdan gayrimüslim muhitte yaşamak zorunda olan bir Müslüman, daru'l-eman veya daru'l-ahd'da yaşayan *müste'min* statüsünde midir?
- Eğer böyle ise Müslüman fıkhının öngördüğü müste'minin canı, malı, dini, aklı ve neslinin korunmasına karşılık müste'minden itaat istenmesi gibi gayrimüslim idarelerin de hâkimiyetlerindeki Müslümanlardan itaat isteme hakkı ve Müslümanın da itaat yükümlülüğü var mıdır?

Oysa konu bir yönüyle kendini bir dine dayayan çokuluslu imparatorlukların, diğer dinlere ve mensuplarına karşı nasıl davranacağı meselesidir. İmparatorluk, söz konusu toplulukları,

- asimilasyon veya soykırım siyasetleriyle yok mu edecek?
- yoksa entegrasyon siyasetleriyle sisteme katıp iktidarını tahkimde bir araç hâline mi getirecekti?

Çarlık Rusya'da Durum

Şanlarını-şöhretlerini, karizmalarını ve otorite meşruiyetlerini Hıristiyan hanedan olmaktan alan Rusya Çarları, Bizans'tan sonra dünyada tek güçlü Ortodoks iktidar olduklarını iddia ettiler. Büyük ihtimalle yeterli tecrübe ve birikimleri olmadığından sınırları içindeki İslam ve Müslümanlara karşı nasıl bir tavır takınacaklarını, nasıl bir siyaset izleyeceklerini başlangıçta kestiremediler. Kimi zaman baskı, kimi zaman ayrımcılık, kimi zaman da misyonerlik ile asimilasyona veya imhaya yöneldiler[5].

[5] Necip Hablemitoğlu, Kırım'da Türk Soykırımı, Ankara 2003; Hakan Kırımlı, Kırım Tatarlarında Milli Kimlik ve Milli Hareketler 1905-1916, Türk Tarih Kurumu Yay., 2012; Durmuş Arık, Hıristiyanlaştırılan Türkler Çuvaşlar, Berikan Yay., Ankara 2012.

II. Müslümanların Hak Arayışları

Esasen Rusya Müslümanlarının direniş ve hak arayışlarında iki temel istekleri vardı:

- *Tarihî, dinî geleneği geliştirerek korumak*
- Bunu temin için eğitim almak.

Zira bu istekler kimliklerinin inşası ve muhafazasında vazgeçilemez iki unsurdu. Bunun için de en azından muhtar/özerk kurumlara ihtiyaçları vardı. Rusya Müslümanları temel haklarıyla ilgili önemli gelişmelerden birini 18. yüzyılın sonlarında yaşadılar. Rus çariçesi aydınlanmacı II. Katherina 1788'de *Orenburg Muhammedî Ruhanî İdaresi*'ni (Orenburg Şer'i İdare Nezareti, Orenburg İdare-i İslamiye Nezareti, Mahkeme-i Şer'iye, Şer'i İdare) oluşturdu. Bu idare kısa süre sonra Ufa şehrine nakledildiğinden dolayı da *Ufa Müftülüğü* ve *Ufa Mahkeme-i Şer'iyesi* gibi adlarla meşhur olmuştur[6].

Temel hakları konusunda bir diğer önemli gelişme 20. yüzyıl başında yaşandı. Rusya *Meşrutiyet Dönemi*'nde (1905-1917) 17 Nisan 1905 tarihli "Hürriyet-i Edyân Nizamları" adlı ferman ile dinî konularda yeni bir yaklaşım ortaya koydu. Fermanın III. bendinde Müslümanlara vaat edilen haklar şunlardı:

- *İbadethaneler bina etmek,*
- *(buralarda görev yapacak) ruhanileri intihab edip/seçip tasdik etmek,*
- *ruhanilerin bir kısmını askerlikten muaf tutmak,*
- *dinî mektep ve medreseler açmak,*
- *çocuklarını kendi dillerinde terbiye etmek,*
- *Kırgızlar (Kazaklar), Kuzey Kafkasya ve Türkistan Müslümanlarına ruhani idareler kurmak*[7].

III. Hukukî-Kazaî Muhtariyet

Bu kısıtlı hürriyet ortamında Müslüman Türkler dinî, siyasi ve kültürel haklarını almak için çalışmalara hız verdiler[8]. Buna katkı sağlayan kesimlerden biri de dinî mansıbları/makamları deruhte eden ulema/dinî tüzel kişilerdi. Zira Rusya'da Müslümanların en önemli ve neredeyse tek "özerk" alanı din idi. Müslüman toplumlarda 20. yüzyıl başlarına kadar sosyal, siyasi, ekonomik ve kültürel alanlarda önder unsurlardan biri olan ulema, Rusya'da da çok güçlü idi. Her camide en azından imam, naip imam (imam vekili) ve sufi (müezzin) olmak üzere üç din görevlisi vardı. Bir fikir vermesi bakımından şunu zikredelim ki 1908'lerde Şer'i İdare'ye bağlı 4908 mahalle ve

---

6 Abdullah Battal Taymas, Kazan Türkleri, Ankara 1966, 99-100. 1917 Bolşevik devrimine kadar ayakta kalmayı başarabilen bu kurum o tarihten itibaren Rusya Müslümanları Merkez Diniye Nezareti olarak varlığını sürdürmüştür. Bu kurum, İçişleri Bakanlığı Gayridinler Dini İşleri Birimi'ne bağlı idi. Bu konuda bkz. A. J. Frank, Muslim Religious Institutions in Imperial Russia: The Islamic World of Novouzensk District and the Kazakh Inner Horde, 1780-1910, Leiden, Boston, Köln, 2001. Ayrıca bkz. Abdürreşid İbrahim, Rusya İmparatorluğunda Müslümanlar: Çoban Yıldızı, yay. haz. Seyfettin Erşahin, Ahmet Yesevi Üni. Yay., Anlara 2015.

7 Carullah, Islahat Esasları, 187.

8 Nadir Devlet, Rusya Türklerinin Milli Mücadele Tarihi (1905-1917), Ankara 1985.

imamı ile 4 milyon civarında Müslüman vardı. Bu, Çarlık Rusya'nın Müslüman nüfusunun beşte birine tekabül ediyordu[9].

Din ve dinî kurumlar üzerinden hukukî-kazaî muhtariyet alanını genişletme girişimi cedidci ulemadan geldi. Öyle ki Rusya Müslümanları sürekli bir arayış içinde oldular. 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Tatar uleması önderliğinde, dünyadaki siyasi, sosyal, ekonomik ve ilmî gelişmeler içinde Müslümanı ayakta tutabilecek İslam yorumları öneren *Cedidcilik* adıyla maruf bir hareket ortaya çıktı. Bu hareket 20. yüzyılın başlarına gelindiğinde Rusya Müslümanlarının kültür ve fikir düzeyini saygın bir konuma yükseltti[10].

Bu hareketin mensuplarından Rızâeddîn bin Fahreddîn/Rıza Kadı (1859- 1936)[11] çıkış yollarından biri olarak gördüğü hukukî-kazaî muhtariyetteki ısrarını sürdürüp konuyu önce 1906'da "Menâsıb-ı Dîniyye" adıyla yazdığı seri makalelerde (*el-Asru'l-Cedîd*) ele aldı, sonra da bunu risale hâlinde yayımladı. Rızaeddin Efendi için esasen, *teşri*/yasama, *kazâ*/yargı ve *icra*/yürütme hakları önem taşımaktadır. En azından imamlar için kazâ yetkisi alınabilirse şeriat kaynaklı teşri meselesi yeni bir yaklaşımla çözüme kavuşturulacaktır. İcra ise zaten fiilen gerçekleşmektedir. Böylece din ve dinî kurum üzerinden Müslümanlar dar bir alanda da olsa muhtariyet kazanmış olacaklardır.

Rusya, çıkardığı *zakon*/kanun ve *ukaz*/fermanlarda dinî mansıbları saymış, yetki ve sorumluluklarını da belirlemiştir. Şer'i İdare'ye verilmiş resmî vazifeler/mansıblar, en son 1896'da yayımlanan 1416. maddeye göre (11. Cilt, 1. Kısım), yukarıda değindiğimiz gibi, *imamlık, müezzinlik, ahundluk*tur. Şer'i İdare tarafından dinî mansıbdakiler aracılığıyla yürütülen hizmetler şunlardır:

- İbadet usulü,
- Nikâh ve talak işleri,
- Vasiyet, terike taksimi ve vârislik,
- Zevciyet hususunda ortaya çıkan davalar,
- Mahalle imamları tarafından verilen hükümlerle ilgili şikâyetler[12].

Hemen anlaşılacağı üzere bu listede kazânın alanına giren özellikle ailevi-medeni hukukla ilgili davalar söz konusudur. Dinî mansıblar arasında kadılık sayılmadığı için bu hizmetin nasıl ve kimler tarafından yürütüleceğine açıklık getirilmemiştir. Ancak ilgili Rus mevzuatının 1426. maddesine göre imamlara nikâh ve talak gibi ailevi-medeni davalarda şeriatla hüküm verme izni fiilen bir çeşit 'kazâ' salahiyeti olarak yorumlanabilir. Bununla beraber, kadılık, yaptırım boyutu olan bir görev olduğu için merkezî otorite tarafından verilmelidir ki kadı, salahiyetini devlet adına kullansın ve hükmün arkasında devlet durabilsin. Bu konuda herhangi bir kanuni hüküm bulunmamaktadır. Şer'i İdare'nin de kadı görevlendirme veya imamlara kazâ görevi vermek gibi bir

[9] Naganawa Norihiro, "Molding the Muslim Community through the Tsarist Administration: Mahalla under the Jurisdiction of the Orenburg Mohammedan Spiritual Assembly after 1905", Acta Slavica Iaponica, Tomus 23, s. 104, dipnot 15. Krş. Abdurreşîd İbrâhîm, Çoban Yıldızı, s. 44.

[10] Bkz. İbrahim Maraş, Türk Dünyasında Dini Yenileşme, Ötüken Yay., İst. 2002.

[11] İsmail Türkoğlu, Rusya Türkleri Arasındaki Yenileşme Hareketinin Öncülerinden Rızaeddin Fahreddin, İstanbul 2000; Ömer Hakan Özalp, Rızaeddin Bin Fahreddin: Kazan'la İstanbul Arasında Bir Alim, İstanbul 2001, s. 123-267; İbrahim Maraş, Türk Dünyasında Dinî Yenileşme, İstanbul 2002, s. 89-91; Gülnara Baltanova, "Rızaeddin Fahreddin", DİA, c. 35, s. 70-71.

[12] Rızaeddin Fahreddin, Menasıb, s. 3-4.

salahiyeti yoktur. Bu durumda Müslümanlar için diyaneten ve siyaseten elzem olan, kazâ salahiyetinin imamlar yoluyla fiilen kullanılmasıdır.

Geleneksel Müslüman fıkhı ve kazâsı karşısında modern Rus hukuku ve yargı sistemi olduğu gerçeğini göz önüne alındığında *kazâ ehliyet ve salahiyeti* ile *fıkıh mirasının yeterliliği* meselelerinin halli gerekmektedir.

1. Kazâ Ehliyeti ve Salahiyeti Meselesi

Rızaeddin Efendi, mahalle imamlarının kadılık ehliyet ve salahiyetine sahip olup olmadıklarını açıkça ortaya koymadan fıkıh mirasının yeterliliğini tartışmayı abesle iştigal olarak görür. Rusya devleti Ehl-i İslam'ın nikâh ve talak davalarını çözme vazifelerini mahalle imamlarına teslim etmiştir. Bu aşamada temel soru şudur: "Bizim mahalle imamları şeriat nazarında kadı olabilirler mi?" Rıza Kadı, kazâ ehliyeti ve salahiyeti meselesini halletmek sadedinde kazâda müctehidlik ideal olmakla birlikte, tarihen de sabit olduğu gibi bu niteliği taşımadan da söz konusu görevin icra edilebileceğini düşünmektedir[13]. Ona göre;

> *"... Mahalle imamları kendilerine verilen şer'i işleri çözmek konusunda şeriat nazarında kadılardır ve ilgili mahkeme tarafından hükümleri fesh olunmadıkça ilan eyledikleri hükümler de geçerlidir."*[14]

Bütün bu tartışmalardan sonra imamların kazâ salahiyetiyle ilgili Rızaeddin Efendi, hem Rusların hem de İngilizlerin Müslüman coğrafyalarındaki uygulamalarına atıfta bulunarak konuyu şöyle bağlamaktadır: *"Bugünde Hindistan, Semerkand ve Buhara'da olan İslam kadıları ne şekilde kadı olurlarsa bizim mahalle imamları da bu şekilde kadı olabilirler."*[15]

Ancak can alıcı nokta şu ki "İmamın verdiği bir karar resmî Rus hâkim tarafından bozulursa ve iki karar arasında tenakuz olursa Müslümanlar diyaneten hangi karara uymalılar?" Asıl büyük sorun ise şeriat ile Rusya kanunlarının karşı karşıya gelmesi ve son sözün kanunda olmasıdır. Bu da şeriat bakımından sakıncalı bir durumdur. Burada Müslüman halktan bir kısmının menfaatleri gereği Rus yargısını seçmesi yaşanan bir gerçektir. Ruslar bu siyasetlerini Sovyet döneminde de uygulamışlardır. Kadılıklar karşısında halk mahkemelerini kurarak Müslüman kazâ sistemini yıkmışlardır. Bir yandan kimi zaman kadılıkların kararlarını geçersiz sayarken diğer yandan Müslümanları muhayyer bırakmışlar, halkın bir kısmı da menfaatleri gereği, bazen kadılıklardan aldıkları kararları bozdurmak için bazen de daha baştan özellikle medeni davalarda halk mahkemelerine yönelince kadılıklar işlevsiz hâle getirilmiştir[16].

2. Fıkıh Mirasının Yeterliliği Meselesi

Esasen modern zamanlarda fıkıh mirasının niceliği ve niteliği bütün Müslümanların en hayati meseleleri arasında yer almıştır. Bunu ilk fark edenler ise belki de azınlık durumuna düşen Müslümanlar olmuştur. Rıza Kadı'nın bu konudaki yaklaşımları, üstadı Şehâbeddîn Mercânî (1818-1889) gibi Tatar ulemanın mirası ve kendi birikimi, tecrübeleri yanında, henüz o zaman genç bir medrese şakirdi/öğrencisi iken 1888'de St. Petersburg'ta Cemaleddin Afgânî ile yaptığı

---

13 Bu konudaki tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. Maraş, 196-212.
14 Rızaeddin Fahreddin, Menasıb, s. 66.
15 Rızaeddin Fahreddin, Menasıb, s. 66.
16 Bkz. Seyfettin Erşahin, Türkistan'da İslam ve Müslümanlar (Sovyet Dönemi), TDV Yay., Ankara 2007, 150-161.

görüşmede konu hakkında aldığı cevaba çok benzemektedir. Rızaeddin Efendi, Afgânî'nin söylediklerini mealen şöyle hatırlamaktadır:

> *"İslam fıkhının çok az bölümünün şâri tarafından beyan edildiğini, geri kalanların müctehidler ve mukallidler tarafından istihraç edilen şeyler olduğunu, bu nedenle son kısımdaki hükümlerin çoğu ile bu zamanda amel etmenin mümkün olmadığını belirterek bu nedenle her asrın fıkhının o asırdaki müctehidler tarafından hazırlanması ve amele konması gerektiğini savundu. Ayrıca bundan sadece şâri tarafından açık beyan edilen kaidelerin ve hükümlerin istisna edilmesi gerektiğini vurguluyordu."*[17]

Rıza Kadı, şeriat-fıkıh mirası ile Rus hukuku ve kanunu arasına sıkışmışlıktan kurtulmak için hem şeriata geçerlilik kazandırmaya çalışmakta hem de mevcut şer'i mirasın muhteva ve şekil olarak yetersizliğinden yakınmaktadır. Ona göre Rusya'nın 'kanun'una karşı Müslümanın elindeki kanun mesabesindeki 'fetva' mirası, önceki âlimler bu konuda beklenen üretimi yapmadıklarından dolayı yetersiz kalmaktadır. Ufa'da 10-15 Nisan 1905'te toplanan ulema kurultayına sunduğu layihada fıkıh mirasının ve fakihlerin durumunun yeniden ele alınmasının gereğini dile getirmektedir:

> *"Mahkeme-i Şer'iye İdaresi'nin başvuru kitapları olan fıkıh kitaplarını ve şeriat meselelerini ıslah etmek elbette lazımdır. Fakat bu gerçeği anlayacak olanlar azdır. Böyle büyük hizmetlere uygun ehliyetli adamlar da gayet azdır. (Mahkeme-i Şer'iye'nin) nizam yönü ıslah kılınsa da şeriat ciheti ıslah kılınmaz ise bundan sonra gelecek kadılardan ve ıslah edilecek Mahkeme-i Şer'iye'den hiç fayda çıkmaz."*[18]

Rızaeddin Fahreddin 1906'da da meseleye şöyle değinmektedir:

> *"Hukuk ilmi, ilahî esasa da dayansa kâmil akıl üzere de olsa insanların örf ve âdetlerine tatbik edilmesi lazımdır. Fakat insanların örf ve âdetleri yüzyıllar geçtikçe bir miktar tebdil olması/değişmesi tabiidir. Bu sebeple ilk yüzyıl nizamlarından birçoğu bu yüzyılda, bu yüzyıl nizamlarının bir haylisi gelecek yüzyılda tebdil olunur. Mağrib/Avrupa halkının her yüzyıl, hatta her çeyrek yüzyılda kendi nizamlarını bir derece tebdil etmeye mecbur olmalarının sebebi de bu olabilir. Zira bu ictima-ı beşerî/sosyoloji kuralına göre zaruri bir şeydir. Bizim hukuk ilmimize, ikinci bir tabir ile İslam fıkhı kitaplarımıza asıl kabul edilen metinler bundan sekiz-dokuz yüzyıl önce Bağdat, Basra, Rey, Taşkent, Semerkand, Mergilan ve Merv şehirlerinde yazılmışlar ve tabi olarak bu yüzyıllar ve bu yerlerin örf ve âdetlerine tatbik edilmişlerdi. Şimdi onların çağları ile bizim çağlarımız arasında, onların yerleri ile bizim vatanımız arasında büyük farklılıklar ortaya çıktı ve onların bazı maddelerinin bizlere tatbiki mümkün değildir."*[19]

Rızaeddin Efendi lafı hiç dolaştırmadan, fıkhın değişen şartlara göre yeniden yorumlanma ve düzenlenmesini gerekli görmektedir. Meselelerle ilgi yeni hükümler çıkarmak lazım geldiğini, ancak bugünkü Müslüman hâkimlerin/kadıların bunu yapabilecek ilmî güçleri olmadığını belirtip konuyu şöyle bağlamaktadır:

> *"Aile anlaşmazlıklarını çözmeye fıkıh kitaplarımız yeterli değildir. Fıkıh kitaplarımızda olan bazı şeylerin uygulanması bu zamanda bizler için mümkün değildir, bunların zamana*

---

17 Türkoğlu, 62.

18 Musa Carullah, Islahat Esasları, Petrograd 1917, 53.

19 Rızaeddin b. Fahreddin, Rusya Müslümanlarının İhtiyaçları ve Onlar Hakkında İntikâd, Orenburg 1906, 31. Rızaeddin Efendi aynı fikirleri neredeyse kelimesi kelimesine Menâsıb-ı Dîniyye'de tekrarlamıştır. Bkz. s. 63-64.

uygun olarak tağyir ve tebdili caizdir. Aile anlaşmazlıklarını çözmek dinî işlerdendir. Eğer hükümet teklif ederse başvuru kitabı olmaya layık bir kitap hazırlanması mümkündür."[20]

Rıza Kadı konuyu yine aynı gayeye yönelik olarak bir de *fıkıh* ve *hukuk* kavramları çerçevesinde incelemektedir. Çünkü Rusya Müslümanları kazâ konusunda bu iki hukuk sistemini göz önünde bulundurmak, bunlara uymak zorundadırlar. Ona göre *fıkıh*, şeriatı/İslam hukukunu ifade ederken *hukuk*, seküler veya Hıristiyan kaynaklı Rusya hukuku veya modern hukuku işaret etmektedir. Şeriat değişmez kurallar, kanun ise değişkendir. Müslümanlar da kendi kanunlarını yapmalıdırlar. Nitekim *Hidâye* gibi fıkıh kitaplarının özellikle fetva mecmualarının çoğu kanun niteliğindedir.

Bu bağlamda İslam hukuku ile Avrupa hukukunun karşılaştırmasını yapmaktadır. Onun anlayışınca, Frengistan/Avrupa hukuku eski zamanlardan kalma çeşitli kanunlardan, örfler, âdetler ve tecrübelerden alınarak telif edilmiştir. Hatta Napolyon tarafından toplanan hukukun aslının İslam fıkhı (hukuku) olduğu da rivayet edilmektedir. İslam fıkhının esası ise Kur'an-ı Kerim, hadisler yahut icma ve kıyastır. Hangisi daha üstündür sorusunun cevabı ise şudur:

"Frengistan hukukunun esası zayıf ve her ne kadar âdemoğlunun saadetini temine yetecek derecede değil ise de kısmen mükemmeldir. Ama İslam hukuku, aslı en muhkem olduğu hâlde, kendisi aslına münasip olan bir dereceye henüz gelmemiştir."[21]

Bunun sebebi ise Avrupalı idareciler bazen hukukçuları toplayıp zamanın icaplarına göre hukuk güncellemesi yaptırırken Müslüman idareciler bunu ihmal etmişlerdir. Zaruretin zorladığı durumlarda bazı adımlar atılmışsa da yeterli olmamıştır. Mesela,

"Bir vakitler bazı padişahlar Hindistan'da bir heyete büyük bir fetva kitabı yazdırmışlarsa da ne şeriatın esası olan Kur'an ve hadislere uygunluğuna ve ne de örf ve âdetlerle münasebetine riayet edilmeyerek, yalnızca fetva kitaplarındaki her türlü görüşler bir araya getirilmiştir. Hülâsatu'l-Fetâvâ ile (Fetâvâ-yı) Kâdıhan birbirinin kopyaları olduğu gibi Fetâvâ-yı Alemgirî de birçok fetva kitabının kopyasıdır."[22]

Rıza Kadı durumun ciddiyetinin farkındadır. Bir yanda oldukça esnek, değişken, her zaman ve mekâna uygulanabilen kanunlar diğer yandan değiştirilemez şer'i hükümler veya fetvalar bulunmaktadır. Fıkıh mirasındaki ilgili şer'i bahisler önceki âlimler tarafından oldukça özet yazılmış olup şimdiki zaman ve mekânda ortaya çıkan yeni meselelerle ilgili hükümler bulmak güçtür. Rıza Kadı'nın tanımınca;

"Şeriat; Kur'an-ı Şerif, hadis, icma-ı ümmet ve kıyas delillerinden birine dayanan hükümlerdir. Kanun ise bir zaman veya mekân gereğince sadece re'y/görüş ile düzenlenen nizamlardır. Güçlü bir zaruret olmadığında şer'i hüküm her zaman ve mekânda bütün Ehl-i İslam için genel ve lazım olup tebdil ve tağyir edilmek ihtimali olmaz. Fakat bir aslah/daha uygun durum ortaya çıktığında kanun tebdil olunabilir."[23]

---

20 Rusya Müslümanlarının İhtiyaçları ve Onlar Hakkında İntikâd, 33.
21 Rızaeddin Fahreddin, Menasıb, s. 55.
22 Rızaeddin Fahreddin, Menasıb, s. 59.
23 Rızaeddin Fahreddin, Menasıb, s. 21.

3. Mecelle'nin Meselenin Çözümüne Katkısı

Rızaeddin Efendi, çıkış yolu olarak, cedidci bir tavırla Avrupaî bir yolu, fıkıh mirasını kanunlaştırmayı, yeni ihtiyaç alanlarında yeni kanunlar çıkarmayı önermektedir. Osmanlının hazırladığı Mecelle'nin bazı maddelerine atıfla şöyle söylemektedir:

> *Şer'i Şerif usullerine hilaf olmamak şartıyla müminler, içtimai heyet ve adalet kaidelerine bina ederek müstahsen gördükleri suretle kanun koyabilirler. "İki zararın hafifi ihtiyar olunur", "Birbirine hilaf olarak bir kimseye iki türlü hak olmaz", "Def-i mazarrat ve celb-i menfaat lazımdır", "Şek ile yakin gitmez", "Bir zamanda sabit olan şey hilafına delil olmazsa her zaman sabittir", "Meşakkat menfaati celb eder", "Zaruret memnu olan şeyleri de mubah eder", "Zaruret kendi miktarına göre takdir olunur", "Umumi zarardan halas olmak için hususi zarar ihtiyar olunur", "Zaman özgermek/değişmek sebebinden hüküm özgerebilir", "Beka ibtidadan esheldir" gibi kaideler her vakit kanun istinad edilecek esaslar olur*[24].

Rızaeddin Efendi Osmanlıdaki şer'i kanunlaştırma çabalarını özellikle Mecelle'yi çok önemli görmektedir:

> *"İşte işbu zaruret yüzünden, ...Türkiye hükümeti Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye adında küçük ölçüde bir kanun tertip ettirmiştir. ...Hikâye ettiğimiz bu eser o kadar güzel tertip edilmiş ve o kadar açıktır ki, okuyan hiç kimse bunu inkâr edemez. Ama, "Mecelletü'l-Ahkâmu'l-Adliyye" her ne kadar kitap ve sünnete tatbik cihetine riayet edilmeyerek, belki yalnız mezhep mesleğine riayeten yazılmışsa da, önce bir kaide konularak cüziyyatı ondan çıkarma yolları gösterilmiştir, örf, âdetler ve doğru tecrübelere uygunluğuna da mümkün mertebe riayet edilmiştir. İşte bu bakımdan, mezkûr eser, daha güzelleri çıkana kadar, hüküm verecekler için çok faydalı olduğu gibi, hatta fıkıhla ülfet kurmak arzusuyla tahsil gören şakirtlere/öğrencilere de ders olarak okutulmaya layıktır.*[25]*"*

Rıza Kadı'nın burada Mecelle'yi değerlendirilen ile ilgili kedince olumsuz ve olumlu yönlerine dikkat çekmektedir:

Olumsuz yönler:

1. Kitap ve Sünnet'e tatbike fazla uyulmamış,
2. Sadece (Hanefi) mezhebi esasa alınmıştır. Olumlu yönler:
3. Cüziyatın ondan çıkarma yolları gösterilmiş,
4. Örf, adetler ve doğru tecrübeler uygundur.

Başka bir ifade ile Rızaeddin Efendi'ye göre başarılı bir kanunlaştırmada bir yandan Kitap ve Sünnet esas alınmalı, sadece bir veya birkaç mezheple sınırlı kalınmamalı, bunun yanında ortak veya bireysel aklın ürünü olan sosyal gerçekler, kültür kısaca ictimai heyet veya sosyoloji göz önünde bulundurulmalıdır.

Müslümanların *fıkıh-kazâ-kadı* ve *seküler hukuk-seküler/mülki mahkeme-hâkim* gibi yaşamak zorunda kaldıkları iki hukuk ve yargı sistemi onları dinî ve dünyevi olarak açmazlara

[24] Rızaeddin Fahreddin, Menasıb, s. 21-22.
[25] Rızaeddin Fahreddin, Menasıb, s. 59.

sürüklemektedir. Bu, özellikle aile alanında açıkça yaşanmaktadır. Rızaeddin Efendi konuyu şöyle ifade etmektedir:

> *Müslümanlar arasında dava, husumet şekline gelecek ve kazâya muhtaç olunacak maddelerin/meselelerin bir kısmı İslam nazarında dinî muamele sayılıp, ancak kendi aralarında olabilir. İkinci bir kısmı ise, dünyevi muamele olup, hem kendi aralarında, hem de başkalarıyla olabilir.*
>
> *Bunlardan birincisi nikâh, talak, nesep tespiti, veraset, miras tayini ve vasiyet gibi muameleler; ikincisi ise vekâlet, kefalet, mudarebet, şirket, icaret, müzaraat gibi genel şeylerdir. Rusya devleti, bu muamelelerden ikinci kısmını mülkiye mahkemelerine ve millî hâkimlere bırakırken, birinci kısmını Müslümanların kendi dinî mahkeme ve hâkimlerine havale etmiştir. Rusya devleti, Müslümanların dinî ve dinî olanlarla aynı hükümde olan muamelelerini kendi hâkimlerine vermekle, hiç şüphesiz isabet etmiştir. Farklı dinlere hürmet ettiğini; örf ve âdetlere riayet ettiğini açıkça göstermiştir.*
>
> *Eğer dinî sayılan muamelelerden nikâh, talak ve miras tayini davaları mülki mahkemeler vasıtasıyla görülür olsaydı, bütün bütün ortalığı karıştıracak haller olurdu. Mesela; mülki bir mahkeme bir hatunu kocası Hasan'dan ayırsa ve o da Hüseyin'e varsa Hasan ile olan nikâhının şeriata göre daima geçerli olması mümkündür. Bu takdirde mezkûr hatun iki erli/kocalı durumdadır. Şöyle ki şeriat nazarında Hasan'ın hatunu, nizam/kanun nazarında ise Hüseyin'in hatunu olup, Hasan ile karı-koca olmaları kanun karşısında, Hüseyin ile karı-koca olmaları da şeriat nazarında zina sayılır. Bundan da daha başka türlü şeyler ortaya çıkar. Kaçınılmaz mahzurları saymakla bitirmek mümkün değildir.*
>
> *Binaenaleyh, Rusya gibi, diğer medeni halklar dinî muamelelerini hiçbir zaman mülkiye mahkemelerine ve mülki hâkimlere vermezler. Bu hususta, değil dinli halklar, dinsiz halkların kendilerine mahsus örf ve âdetlerine de müsaade verilir*[26].

Bu mahzurlara değinen Rıza Kadı özellikle aile hukuku konularında Müslümanların inisiyatifi daima ellerinde tutmaları gerektiği konusunda çok hassastır:

> *"Müslümanlar arasında nikâh, talak ve buna tabi olan aileye mahsus davalarını çözen kadı'nın Müslüman olması, hiç nizasız şarttır. (Kur'an-ı Şerif, Nisa 4/62-85; Tevbe 9/82)*
>
> *Hıristiyanların nikâhlarının şer'i olması için ruhani âlimlerinden birinin hazır olup dinî merasim icra etmesi şart olduğu gibi nikâh ve talak hem de aile anlaşmazlıklarında (ibadet manasında oldukları için) çözmek için kadı'nın İslam dininde olması lazım olur. Gayrimüslim olan bir kimse her ne kadar İslam ilimlerinde mahir olsa da olsun. Cemaat namazında imam olarak okuması caiz olmadığı gibi, İslam hukukuna ne kadar aşina olsa da olsun söylediğimiz maddelerde ilan ettiği hükmü kuvvetsiz/geçersiz olacaktır.*[27]*"*

Kırım'dan İsmail Gaspıralı da gazetesi *Tercüman*'daki bir makalesinde (1909), fıkıh mirasının muhteva ve şekil bakımından Osmanlı *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* örneği esas alınarak Rusya uleması tarafından kanunlaştırılmasını salık vermiştir[28]. Bu arada Rızaeddin Fahreddin

[26] Rızaeddin Fahreddin, Menasıb, s. 61.
[27] Rızaeddin Fahreddin, Menasıb, s. 32.
[28] Azade-Ayşe Rorlich, The Volga Tatar: A Profile in National Resilience, California 1986, 57.

kendi gözetiminde Musa Carullah'a 1910'da *Kavâid-i Fıkhiyye* adlı kitabı yazdırmıştır[29]. Carullah bu eserinde Mecelle'nin başındaki ilk 100 külli kaide dâhil 201 fıkhi kaideyi ayet, hadis ve fer'i fıkıhla açıklamıştır[30]. O, *Kavâid*'in kapağına yazdığı açıklamada Rızaeddin Efendi'nin katkısına şöyle işaret etmektedir:

> *"Üstad-ı muhterem Rızaeddin Efendi Hazretlerinin ilmî meclislerinden istifade etmeye muvaffak oldum. Üstad Hazretleri Şer'i-Şerifin ittisaına, Ahkâm-ı Şer'iye Mecellesi'nin Rusya Müslümanları için fevkalade lüzumuna ve ehemmiyetine dair en müessir sözlerini her zaman bana ilga edip büyük bir hizmeti iltizam etmeye davet eder gibi bana hitap ederlerdi."*

4. Mecelle Hazırlama Girişimleri ve Hazırlanacak Mecelle'nin Niteliği

Bu ön çalışmalar ve tartışmalarla Rusya Müslümanları, 1917 Şubat'ındaki Burjuva İhtilali ile başlayıp 1917 Ekim'indeki Bolşevik İhtilali ile yeni bir aşamaya geçen mücadele dönemine girdiler. Meselelerini görüşmek için Moskova'da 1-11 Mayıs 1917'de *Rusya Müslümanları I. Kongresi*'ni gerçekleştirdiler. Burada Mahkeme-i Şer'iye ve dinî-medeni işler konusu geniş bir şekilde tartışıldı[31]. Bu toplantıda Mahkeme-i Şer'iye için seçilen yeni heyet 9-15 Ramazan 1335/15-22 Haziran 1917'de Ufa'da dinî ve ilmî işleri görüşmek üzere toplanıp bir layiha hazırladı[32]. Layihada yer alan başlıklardan birisi de fıkhi mirasın kanunlaştırılması idi. Bu yönde hazırlanan projede böyle bir Mecelle hazırlamanın zarureti, telif ve hazırlama usulü, telif heyetinin kimlerden oluşacağı ve Mecelle'nin masrafları ayrıntılarıyla belirtildi. Projenin hazırlanma gerekçesi ve zarureti ise şöyle ifade edildi:

> *"Mecelle-i Ahkâm-ı Şer'iye'nin Zarureti:*
>
> *Fetva kitaplarının çokluğu ve onlarda bulunan rivayetlerin çeşitliliği ve o kitaplarının çoğu Irak, Maveraünnehir ve Hindistan gibi yabancı halkların hayat ve maişetlerine göre yazıldığından bizim Rusya Müslümanlarının hayatına tatbikinin zorluğu gerek mahkeme erbabı ve gerekse etrafta bulunan ulema ve müderrisler tarafından fetva bablarında ıstıraba mucib oluyor. Sınırsız olayların bazılarının cevaplarını kitaplarda bulunan rivayetlerle çözmek mümkün olmadığından, bazı rivayetlerin ise iktiza-yı zaman ve ahvalle münasebeti bulunmadığından aşağıda zikredilecek usul üzere kaleme alınacak sika ve mutemet Mecelle'nin çok zamandan beri ihtiyacı hissediliyordu."*[33]

Açıkça görüldüğü gibi Mecelle'nin hazırlanma gerekçesi olarak eski fıkıh kitaplarının çağın ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalması gösterilmektedir. Mecelle hazırlamada izlenecek usul ve alınacak örnek, *Osmanlı Türklerinin Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'sidir[34].

Mecelle'nin telif ve hazırlanma usulünde temel teşkil edecek kurallar şunlardır:

> *"1. Mecelle-i Ahkâm-ı Şer'iye'yi telifçe Kur'an ve sünnet-i mutahhara esas alınır.*
>
> *2. Kolaylıkla incelemek ve ulaşmak için vilayetimizde bulunan Hanefi mezhebi kitaplarından en mutemet olan Hanefi kitapları kaynak olarak kullanılır.*

---

29 Musa Carullah Bigiyef, Kavâid-i Fıkhiyye, Kazan 1328/1910.
30 Mehmet Görmez, Musa Carullah Bigiyef, Ankara 1994, 60, 193-194.
31 Rusya'da Birinci Müslüman Kongresi Tutanakları, haz. İhsan Ilgar, Ankara 1988, 209-223, 349 vd.
32 Rusya Müslümanlarının İkinci Umumi Syezdine Mahkeme-i Şer'iye Tarafından Daklad, Ufa 1917.
33 Mahkeme-i Şer'iye Tarafından Daklad, 24.
34 Mahkeme-i Şer'iye Tarafından Daklad, 24.

3. Maliki, Şafii, Hanbeli ve diğer Ehl-i Sünnet ve'l-Cemaat kitapları da göz önünde bulundurularak Hanefi kitaplarında rivayetleri açık olmayan maddelerde söz konusu mezheplerin rivayetleri ele alınır[35].

4. Bazı olaylarda zaman ve ahvale Hanefi mezhebinden başkalarının rivayetleri daha uygun ve münasip görülse onlar alınır.

5. Hiçbir mezhepte cevabı bulunamayan meseleler ortaya çıksa veya mezheplerde hükmü olup da hayatımıza tatbik edilmesi mümkün olmasa Mecelle'yi telif için seçilecek heyet o meselelerde usül-i şer'iyeden istinbat ve istihraç hakkına malik olurlar. Kendileri çözemedikleri meselelerde ilgili âlimleri çağırırlar.

6. Fıkhi meselelerin mümkün olduğu kadar şimdiki Avrupa fıkhı ve hukukuna intibakı beklendiğinde ve istendiğinde meclise hukuk âlimleri de çağırılıp istişare edilir ve rivayetler arasında Avrupa hukuk âlimlerinin fikri ile en iyi uyuşanı tercih edilir. Mecelle-i Ahkâm-ı Şer'iye tamamlandıktan sonra Mahkeme-i Şer'iye huzurunda bulunan ulema cemiyeti tarafından muhakeme edilip tasdik edilir.[36]"

Hazırlanacak kitabın muhtevası ise "Mecelle-i Ahkâm-ı Şer'iye'de namaz, oruç ve zekattan önemli meseleler, muamelattan ıtık (köle azadı) ve cihaddan başka kısımlar da ukubat kısmı tamamen alınır.[37]" şeklinde ifade edilmektedir. Bu ifadede dikkat çekici hususlar bulunmaktadır. Bilindiği gibi Rusya, istila ettiği Türk illerinde köleliği, kendilerinde hâlâ yürürlükte olmasına rağmen kaldırmıştır[38]. Muhtemelen bunu göz önünde bulunduran Rusya, Müslümanların hazırlayacakları bir fıkıh kitabında bu konuya yer vermeyi lüzumlu görmemiştir veya Rus resmî makamlarının, böyle bir konuya kitapta yer verilmesiyle konunun canlanmasından rahatsız olabilecekleri endişesi hâkim olmuştur. Bunun yanında klasik fıkıh mirasında bulunan cihad konusu da kitap dışında tutulmuştur. Kanaatimizce, bunun da arkasında yatan mülahazalar, gayrimüslimlerin hâkimiyetinde yaşayan Müslümanların resmî bir kurumunun sosyal barışı ve istikrarı bozacağı endişesi ve Ruslardan gelen bir baskı veya talep olabilir. Nitekim o bölgelerde Ruslar daima Müslümanları ve İslam'ı cihad talimatından dolayı saldırganlıkla itham etmekteydiler[39].

Mecelle telif çalışmalarını yürütmek için Mahkeme-i Şer'iye bünyesinde *Mecelle-i Ahkâm-ı Şer'iyye Hazırlama Şubesi*'nin kurulması kararlaştırıldı. Telif heyeti için seçilecek ulema içinde Türkistan ve Kazakistan'dan da âlimlerin olması öngörüldü ve şu isimler önerildi: 1. Alimcan Barudi (Mayıs 1917 Rusya Müslümanları I. Kongresi'nde Mahkeme-i Şer'iye müftüsü olarak seçildi), 2. Rızâeddîn b. Fahreddîn (âlim, kadı), 3. Hasan Ata Abeşi (kadı), 4. Necip Tunteri (âlim),

---

35 Bu cümleler Mecelle'de yer alan ifadelerden daha ileri ve cesaretlidir. Çünkü Mecelle'nin "Esbab-ı Mucibe Mazbatası'nda "...maddeler hakkında Hanefi Mezhebi büyüklerinin muteber sözleri bir araya getirilerek..." ve "hülasa bu Mecelle'de Hanefi Mezhebinin dışına çıkılmayıp" ifadeleriyle Hanefi mezhebi esas alınmış ve bu mezhebin zamana daha uygun olduğu da vurgulanarak tek mezhep üzerine hazırlanmaya çalışılmıştır. Açıklamalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, haz. Ali Himmet Berki, İstanbul 1982, 10-12.

36 Mahkeme-i Şer'iye Tarafından Daklad, 24-25.

37 Mahkeme-i Şer'iye Tarafından Daklad, 25.

38 Ruslar hâkimiyetleri altına aldıkları Türk topraklarının halkı ile yaptıkları her anlaşmada muhakkak köleliğin kaldırılmasını şart koşuyorlardı. İsmail Bey Gasprinski, Russkoye Musulmanstvo, Simferopol 1881. (Tıpkı basımı Society for Central Asian Studies tarafından Oxford'da 1985'te yapılmıştır.) 27; A. Zeki Velidi Togan, Bugünkü Türkili (Türkistan) ve Yakın Tarihi, II. baskı, İstanbul 1981, 239.

39 Sözgelimi Ruslar tarafından İslam aleyhinde 1871-1886 yıllarında yazılan eserlerden birisi Cihad Hakkında Müslümanların Talimatı adını taşıyordu. Bkz. Abdürreşid İbrahim, Çoban Yıldızı, 51-52.

5. Ziyaeddin Kemali (müderris, kadı), 6. Musa Carullah Bigiyef (müderris, âlim), 7. Murad Mekki (âlim), 8. Salihcan Ormanef (kadı), Huccetülislâm Mahmudef (âlim), 10. Sabir Hasanef (âlim)[40].

Böyle bir projenin hayata geçirilebilmesi için gerekli maddi kaynak da yine Mahkeme-i Şer'iye tarafından sağlanacaktı. Buna göre:

> *"1. Telif heyetine kalem ücreti ve Mecelle'nin başka masraflarını Mahkeme-i Şer'iye temin eder.*
>
> *2. Mahkeme-i Şer'iye, seçilen heyetin gerekli zamanlarda ve uygun yerlerde toplanıp çalışmasına yardım eder. Ayrıca üyelere düşen görevlerin zamanında yapılmasını dikkatle takip eder.*
>
> *3. Mecelle'nin hızla ortaya çıkması istendiğinden en fazla üç yıl içinde tertip ve telifi ve bilfiil basımının tamamlanmasına çalışır."*[41]

İslam dünyasında o tarihe kadar fıkhın kanunlaştırılmasıyla ilgili girişimler ve çalışmalar içinde Rusya Türklerinin bu projesi belki de en ileri adımlardandır. Değindiğimiz gibi, Osmanlı Mecellesi hazırlanırken Hanefi mezhebinin dışına çıkılması bile göze alınamazken bu projede Ehl-i Sünnet mezheplerinin hepsinden yararlanılabileceği vurgulanmaktadır. Daha da önemlisi hazırlanacak kitabın Avrupa hukukuna intibakı göz önünde bulundurulacak ve gerektiğinde Avrupa hukuku âlimleri ile istişarelerde bulunulacaktır. Bir de bu mecelle projesinde Müslümanların fetva kitaplarından zaman ve ahvale en uygun fetvalar seçilecektir. Bütün bunlar o yıllarda Rusya Müslümanları arasındaki fikrî hayatın yüksek düzeyini ve canlılığını açıkça göstermektedir.

Teklifle ile ilgili olarak dikkat çeken en önemli hususlardan birisi de projenin cedidci bir ulema grubu tarafından hazırlanmış olmasıdır. Mahkeme-i Şer'iye'nin telif heyetine teklif ettiği isimlerin de tamamına yakını cedidcilerdir. Bu yönüyle proje Rusya Müslümanlarının genelinin değil, daha ziyade cedidcilerin görüşlerini yansıtmaktadır. Büyük ihtimalle kadimciler böyle bir teklife sıcak bakmıyorlardı veya en azından bazı noktalara itirazları vardı. Ancak şimdilik elimizde bu noktaları aydınlatacak yeterli bilgi ve belge bulunmamaktadır.

Sonuç Yerine

Azınlık durumunda olmak bir yandan kendinden vaz geçmeme bir yandan da hâkim otorite ile karşı karşıya gelmeden bir arada yaşam imkânlarını aramaktır. Bu sebeple olmalı ki Rusya Müslümanları, İslam dünyasının önemli bir kısmının uzun zamandır karşı karşıya oldukları İslam fıkıh-kazâ geleneğini sürdürme mecburiyetini daha erken fark ettiler. Bu fark edişte, onların azınlık statüsünde gayrimüslim hâkimiyetinde kalmaları yanında yaşanan hayatın gerçeklerinin farkında olan cedidci geleneğin de rolü vardı.

Meselenin çözümüne dair çalışmalar ve teklifler cedidci ulemadan geldi. Bu tekliflerin eksenini de Rusya'daki mevcut şartlar altında kadılara izin verilemediğine göre imamlara kazâ salahiyeti verilmeli, Müslüman fıkıh-kazâ mirası da gayrimüslim hukuk-yargı sitemi karşısında durabilecek düzeye getirilmeliydi. Bunun için de mirasta zamanın şartlarına göre güncelleme yapılmalı daha açık bir ifade ile gerekirse ictihad yaparak Avrupai tarzda kanunlaştırmaya tabi

[40] Mahkeme-i Şer'iye Tarafından Daklad, 25.
[41] Mahkeme-i Şer'iye Tarafından Daklad, 26.

tutulmalıydı. Bunu Osmanlı, Mecelle ile başarmıştı. Cedidci ulema, zaman ve mekânın dayattığı gerçeklere sırtını dönmeden, çatışmadan, retçi veya tekfirci olmak yerine Mecelle tecrübesini kullanarak sorun çözücü bir tavırla telifçi bir tutum takınmışlardır.

Öte yandan günümüz Müslümanlarının büyük bir kısmı, gerek mahkûm azınlık durumunda gerekse hâkim çoğunluk durumunda, fıkıh-kazâ geleneği ile Avrupa kaynaklı modern hukuk-yargı sistemi arasında kalmalarının gerilimini yaşamaktadırlar.

Kaynakça

Abdürreşid İbrahim, *Rusya İmparatorluğunda Müslümanlar: Çoban Yıldızı*, yay. haz, Seyfettin Erşahin, Ahmet Yesevi Üni. Yay., Anlara 2015.

Arık, Durmuş, *Hıristiyanlaştırılan Türkler Çuvaşlar*, Berikan Yay., Ankara 2012.

Arnaut, M. M., "Islam and Muslims in Bosnia 1878-1918: Two hijras and two fatwas", *Journal of Islamic Studies 5(1994)*, ss. 242-253.

Azapagic, M. Tevfik, Risale fi'l-hicre (1302/1884), özet Türkçe çevirisi, Risale-i Hicret, (1303/1885).

Baltanova, Gülnara, "Rızaeddin Fahreddin", *DİA*, c. 35. Battal-Taymas, Abdullah, *Kazan Türkleri*, Ankara 1966.

Battal-Taymas, Abdullah, *Rizâeddin Fahreddinoğlu*, İstanbul 1958. Bennigsen, Alexandre - Broux, Maria, *The Islamic Threat to the Soviet State*, New York 1983.

Berki, Ali Himmet (haz.), *Açıklamalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, Hikmet Yayınları, İstanbul 1982.

Devlet, Nadir, *Rusya Türklerinin Milli Mücadele Tarihi (1905-1917)*, Ankara 1985.

Erşahin, Seyfettin, "Rusya Türklerinin Mecelle Hazırlama Girişimleri", *Ahmed Cevdet Paşa Sempozyumu (9-11 Haziran 1995, Ankara)*, TDV Yay., Ankara 1997, ss. 361-369.

Erşahin, Seyfettin, (yay. haz.), *Rusya İmparatorluğunda Müslümanlar: Çoban Yıldızı*, Ahmet Yesevi Üni. Yay., Anlara 2015.

Erşahin, Seyfettin, *Türkistan'da İslam ve Müslümanlar (Sovyet Dönemi)*, TDV Yay., Ankara 2007, 150-161.

Feagin, Joe R., *Racial and Ethnic Relations*, 2. ed., Prentice-Hall, 1984. Frank, A. J., *Muslim Religious Institutions in Imperial Russia: The Islamic World of Novouzensk District and the Kazakh Inner Horde*, 1780-1910, Leiden, Köln, 2001.

Görmez, Mehmet, *Musa Carullah Bigiyef,* Ankara 1994. Hablemitoğlu, Necip, *Kırım'da Türk Soykırımı*, Ankara 2003.

İbn al-Tiqtaqâ, *Kitâb'ul-Fakhrî fî 'l-âdâbi's-sultâniyya*, Paris 1895. İsmail Bey Gasprinski, Russkoye Musulmanstvo, Simferopol, 1881.

(Tıpkı basımı Society for Central Asian Studies, Oxford, 1985)

Kırımlı, Hakan, *Kırım Tatarlarında Milli Kimlik ve Milli Hareketler 1905-1916*, Türk Tarih Kurumu Yay., 2012.

Lavic, Osman, "Mehmed Tevfik Azapagic", *DİA*, c. 28.

Maraş, İbrahim, *Türk Dünyasında Dinî Yenileşme*, Ötüken Yay., İstanbul 2002.

Musa Carullah Bigiyef, *Kavaid-i Fıkhiyye*, Kazan 1328/1910. Musa Carullah Bigiyef, *Islahat Esasları*, Petrograd 1917.

Norihiro, Naganawa, "Molding the Muslim Community through the Tsarist Administration: Mahalla under the Jurisdiction of the Orenburg Mohammedan Spiritual Assembly after 1905", *Acta Slavica Iaponica*, Tomus 23.

Özalp, Ömer Hakan, *Rızaeddin Bin Fahreddin: Kazan'la İstanbul Arasında Bir Alim*, İstanbul 2001.

Rızâeddîn b. Fahreddîn, *Menâsıb-ı Dîniyye,* Orenburg, ts. 1896? Rızâeddîn b. Fahreddîn, *Rusya Müslümanlarının İhtiyaçları ve Onlar Hakkında İntikâd*, Orenburg 1906.

Rorlich, Azade-Ayşe, *The Volga Tatar: A Profile in National Resilience*, California 1986. Türkçesi, *Volga Tatarları*, çev. M. Süreyya Er, İletişim Yay., İstanbul 2000.

Rusya Müslümanlarının İkinci Umumi Syezdine Mahkeme-i Şer'iye Tarafından Daklad, Ufa, 1917.

Rusya'da Birinci Müslüman Kongresi *Tutanakları*, haz. İhsan Ilgar, Ankara 1988.

Togan, A. Zeki Velidi, *Bugünkü Türkili (Türkistan) ve Yakın Tarihi*, II. baskı, İstanbul 1981, 239.

Türkoğlu, İsmail, *Rusya Türkleri Arasındaki Yenileşme Hareketinin Öncülerinden Rızaeddin Fahreddin*, İstanbul 2000.

BİR OSMANLI ÖRFÎ HUKUK DÜZENLEMESİ OLARAK MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE

Yrd. Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ÖZET

İslam Hukuku'nun özgün uygulamalarından biri olan Osmanlı Hukuku, düalist olarak nitelendirilebilecek bir yapı arz etmiştir. Bir yanda temel kaynaklara bağlı olarak gelişimini sürdürmüş olan vahiy ve sünnet kaynaklı İslam Hukuku, diğer yanda İslam hukukunun tanımış olduğu sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde siyasi otoritenin oluşturduğu Örfî Hukuk, Osmanlı Hukuku'nun karakterini belirlemiştir. Kuşkusuz, Örfî hukuk düzenleme ve uygulamaları Osmanlı hukukuna özgü bir durum değildir. Osmanlılar, Hz. Peygamber döneminden başlayarak başta Emevî, Abbâsî, Selçuklu ve kendisinden önceki diğer Türk-İslam devletlerinden tevarüs etmiş olan birikimi çok kapsamlı ve orijinal bir biçimde geliştirmişlerdir. Bu bakımdan Osmanlı Örfî hukuku tüm İslam hukuk tarihinin en gelişmiş uygulaması olarak değerlendirilmektedir. Özellikle Klasik dönem olarak adlandırılan ve XVIII. Yüzyılın sonlarına kadar karakteristik özelliklerini taşıyan dönemde Örfî hukuk son derece gelişmiş birikim oluşturmuştur.

Osmanlı Devleti'nin gerileme sürecine girmesiyle birlikte hemen her alanda ıslahat hareketlerinin başlaması elzem hale gelmiştir. Osmanlı modernleşmesinin bir anlamda miladı olarak kabul edilen Tanzimat Fermanı (1837) ile birlikte, başta hukuk, askeri ve sivil bürokrasi ve maliye olmak üzere hemen her alanda bir dizi yenilik hareketleri başlamıştır. Söz konusu yenilik hareketlerinde en göze çarpanlar hukuk alanındadır.

Geleneksel olarak İslam Hukukundan ayrılmamayı bir meşruiyet algısı olarak gören Osmanlı siyasi otoritesi, Tanzimat'la birlikte her ne kadar kimi zaman İslam hukukunu aşan uygulamalar gözlense de bu gelenekten ayrılmamaya gayret etmiştir. Bunun en büyük göstergesi bir hukuk abidesi olarak değerlendirebileceğimiz Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'dir.

Modern hukuk metodolojisinde daha çok özel hukuk olarak kabul ettiğimiz alanlarda düzenlemeler getiren Mecelle, İslam hukukunun dışına çıkmayan ve özellikle aile ve miras hukuku dışındaki fıkhi birikimi tedvin etmiş örfî bir kanunlaştırma hareketidir.

Mecelle bir örfî hukuk düzenlemesidir; çünkü Örfî hukukun kapsama alanına, İslam Hukukuna ilişkin var olan hükümleri tedvin etmek de girer. Bu bildiride bir Osmanlı Örfî hukuk düzenlemesi olarak Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku – Örfî Hukuk – Kanunlaştırma – Tanzimat - Mecelle.

GİRİŞ

İslam Hukuku'nun özgün uygulamalarından biri olan Osmanlı Hukuku, düalist olarak nitelendirilebilecek bir yapı arz etmiştir. Bir yanda temel kaynaklara bağlı olarak gelişimini sürdürmüş olan vahiy ve sünnet kaynaklı İslam Hukuku, diğer yanda İslam hukukunun tanımış olduğu sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde siyasi otoritenin oluşturduğu Örfî Hukuk, Osmanlı Hukuku'nun karakterini belirlemiştir. Kuşkusuz, Örfî hukuk düzenleme ve uygulamaları Osmanlı hukukuna özgü bir durum değildir. Osmanlılar, Hz. Peygamber döneminden başlayarak başta Emevî, Abbâsî, Selçuklu ve kendisinden önceki diğer Türk-İslam devletlerinden tevarüs etmiş olan birikimi çok kapsamlı ve orijinal bir biçimde geliştirmişlerdir. Bu bakımdan Osmanlı Örfî hukuku tüm İslam hukuk tarihinin en gelişmiş uygulaması olarak değerlendirilmektedir. Özellikle Klasik dönem olarak adlandırılan ve XVIII. Yüzyılın sonlarına kadar karakteristik özelliklerini taşıyan dönemde Örfî hukuk son derece gelişmiş birikim oluşturmuştur.

Osmanlı Devleti'nin gerileme sürecine girmesiyle birlikte hemen her alanda ıslahat hareketlerinin başlaması elzem hale gelmiştir. Osmanlı modernleşmesinin bir anlamda miladı olarak kabul edilen Tanzimat Fermanı (1837) ile birlikte, başta hukuk, askeri ve sivil bürokrasi ve maliye olmak üzere hemen her alanda bir dizi yenilik hareketleri başlamıştır. Söz konusu yenilik hareketlerinde en göze çarpanlar hukuk alanındadır.

Geleneksel olarak İslam Hukukundan ayrılmamayı bir meşruiyet algısı olarak gören Osmanlı siyasi otoritesi, Tanzimat'la birlikte her ne kadar kimi zaman İslam hukukunu aşan uygulamalar gözlense de bu gelenekten ayrılmamaya gayret etmiştir. Bunun en büyük göstergesi bir hukuk abidesi olarak değerlendirebileceğimiz Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'dir.

Modern hukuk metodolojisinde daha çok özel hukuk olarak kabul ettiğimiz alanlarda düzenlemeler getiren Mecelle, İslam hukukunun dışına çıkmayan ve özellikle aile ve miras hukuku dışındaki fıkhi birikimi tedvin etmiş örfî bir kanunlaştırma hareketidir.

Mecelle bir örfî hukuk düzenlemesidir; çünkü Örfî hukukun kapsama alanına, İslam Hukukuna ilişkin var olan hükümleri tedvin etmek de girer. Bu bildiride bir Osmanlı Örfî hukuk düzenlemesi olarak Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye incelenecektir.

I. GENEL HATLARIYLA OSMANLI ÖRFÎ HUKUKU

A. Genel Olarak

IX. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren bir Orta Asya kavmi olan Türkler, miladi 610 yılında Arap yarımadasında ortaya çıkmış olan İslam diniyle tanışmaya başlamışlardır. Eski Türk tarihine ilişkin kaynaklara bakıldığında genellikle tek tanrılı dinlere (Gök Tanrı inancı) inandıkları bilinen Türklerin İslamiyet öncesinde Şamanizm, Budizm, Hıristiyanlık ve Musevilik gibi dinlere inanan çeşitli boyları da olmuştur.

Eski toplumlarda hukukun en önemli kaynağının inanç sistemleri olduğunu kabul edersek Türkler, inançları yanı sıra töre adı verilen gelişmiş bir gelenek hukukuna da sahip olmuşlardır. Hatta adalet kavramının önemli bir meşruiyet ölçütü olduğu da söylenebilir.

İslam inanç sistemine dahil olduktan sonra kurdukları devletlerde İslam hukukunu uygulamaya başlayan Türkler, bu hukuk sisteminin gelişip kurumsallaşmasında da önemli rol oynamışlardır. X. Yüzyılın ortalarında Karahanlı hükümdarı Satuk Buğra Han'ın Müslüman oladuğunu ilan ederek "Abdülkerim" adını almasıyla Türklerin tarihi seyrinde önemli bir değişiklik yaşanmıştır. Bu dönemde kitlesel olarak Karahanlı Türkleri İslam dinine geçmiş ve Türk tarihinde Karahanlılar ilk Müslüman Türk devleti olarak kabul edilmiştir.

Müslüman Türk toplulukları birçok devletler kurmuşlardır. Karahanlılardan başka yine X. Yüzyıldan itibaren Gazneliler, Eyyubiler, Büyük Selçuklular, Memluklar erken dönem Müslüman Türk devletleri olmalarının yanında İslam uygarlığına ve hukuk sistemine son derece önemli katkılarda bulunmuşlardır. Selçuklu Sultanı Alparslan'ın 1071 yılında Malazgirt'te Bizans ordusunu yenmesiyle Türklere Anadolu kapıları açılmış ve Anadolu'nun ebedi Türk yurdu oluşunun temelleri atılmıştır. Büyük Selçuklu'nun devamı niteliğinde olan Anadolu Selçuklu Devleti gerek kendisinden önce kurulan Türk-İslam Devletlerinin, gerek Abbasi İslam uygarlığının mirasını devralarak İslam hukukunun gelişmesine önemli katkılar sağlamışlardır.

XII. yüzyılın ortalarından itibaren Moğolların Anadolu üzerine yürümeleri ve Bizans'ın saldırıları Anadolu Selçuklularını zayıflatmış, Anadolu bir fetret sürecine girmiştir. İlhanlı-Moğol hükümdarı Gazan Han'ın Sultan III. Alaeddin Keykubad'ı tutuklatıp idam ettirmesiyle Anadolu Selçuklu hükümdarlığı sona ermiş, Anadolu, İlhanlı'ya vergi ödeyen, nispeten özerk federatif yapılanmalara –beyliklere- dönüşmüştür[1]. Bu beyliklerden biri, Söğüt civarında yerleşmiş olan, başında Osman Gazi'nin bulunduğu Osmanlı beyliği de vardır. Başlangıçta Bizans sınırında yerleşik olan bu küçük uçbeyliği, hızla büyüyerek, 1350'lerden itibaren kurumsallaşmış bir devlete dönüşecek, zamanla tüm Anadolu'da egemen olup, XVI. Yüzyılın ortalarında üç kıtada milyonlarca km^2 coğrafyaya hükmeden bir imparatorluk halini alacaktır.

B. Osmanlı Hukukun Yapısı

Osmanlı Devleti, kuruluşu ile birlikte yeni bir hukuk sistemi ortaya koymuş değildir. Osmanlılar kendilerinden önce kurulmuş olan Türk ve İslam devletlerinden edindikleri pek çok hukuki kurumun yanı sıra, bu devletlerde yürürlükte olan ve büyük ölçüde birlik arzeden bir hukukî birikimi de devralmışlardır. Bununla birlikte Osmanlıların söz konusu birikimi, hiçbir değişikliğe uğratmaksızın uyguladıklarını söylemek tarihsel ve bilimsel gerçeklere uyacak bir düşünce olarak kabul edilemez. Bu büyük hukuki miras, devletin hüküm sürdüğü altı asırlık zaman dilimi içinde, ihtiyaçlar ölçüsünde ve İslam hukukunun izin verdiği sınırlar dahilinde ilaveler yapılarak geliştirilmiştir[2]. Kaldı ki İslam hukukunun birbirinden çok farklı karakteristik özellikler gösteren, farklı coğrafyalarda yaşayan, birbirinden değişik etnik kimlik ve kültürlere sahip Müslüman toplumlarında hiç değişmeksizin uygulandığını söyleyebilmek mümkün değildir[3]. Bu çerçevede, İslam hukukunun, uygulandığı ülkelerin sosyo-kültürel yapılarına ve koşullarına göre

---

1 AKDAĞ, Mustafa, Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi 1, 1243-1453, Cem yayınevi, İstanbul, 1995, s. 123; YURTSEVEN, Yılmaz, Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidarın Meşruluk Temelleri (yayımlanmamış doktora tezi), Konya, 2006, s. 78-79.

2 İNALCIK Halil, "Osmanlı Hukukuna Giriş – Örfî-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", Siyasi İlimler ve Hukuk, no: 2, 1958, c. XIII, s. 102; BARKAN Ömer Lütfi, "Kanun-name", İA, c. VI, İstanbul 1993, s. 186; YURTSEVEN, s. 119.

3 ÖZEK Çetin, "Osmanlı'da Siyasi İktidar Din İlişkileri Düzeni", İÜHFD, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 179-212.

kimi değişikliklere uğradığı somut olarak ortaya çıkmaktadır[4]. Osmanlıların özellikle Örfî hukuk alanında ortaya koydukları uygulama ve metinler, İslam hukukunun tüm İslam devletlerinde tek tip bir dini hukuk sisteminin uygulandığı düşüncesini de çürütmektedir.

Tamamıyla kendi özel koşulları çerçevesinde gelişen Osmanlı hukuku, zaman zaman Şer'î hukuku da aşan bir hukuk sistemi geliştirmiştir. Bu gelişimi mümkün kılan temel dinamik ise örf, yani dar anlamda siyasal otoritenin yalnızca kendi iradesine dayanarak, Şeriat'ın alanına girmeyen konularda kullandığı yasama yetkisidir. Bu yetki, hükümdarın devlet içerisinde tam anlamıyla mutlak bir mevki kazanması ve devlet menfaatlerinin her şeyin üstünde sayılması yoluyla kazanılmıştır. İslam devletlerinde bu aşamaya, Osmanlılardan daha önce kurulan Türk-İslam devletlerinde ulaşılmıştır[5]. Ancak burada vurgulanması gereken önemli bir nokta daha vardır. İslam hukuku ilahi temellere –vahye- dayalı bir hukuk sistemi olduğu için kimi temel ilkeler değişemeyeceği gibi değişebilmesi de tartışılamaz. Bu noktada, bir İslam devletinde siyasi otoritenin yasama yetkisi İslam hukukunun çizdiği sınırları aşamayacaktır. Dolayısıyla İslam hukukunun hüküm sürdüğü bir devlette siyasi otorite sınırlı bir yasama yetkisine sahiptir, denilebilir. İşte bu sınırların nereye kadar uzanabileceği asıl tartışma konumuzu oluşturmaktadır. Bu bağlamda Osmanlı hukukunun yapısının daha iyi anlaşılabilmesi için, bu hukuk sisteminin karakterini belirleyen iki temel unsuru incelemek gerekir. Bunlar Şer'î hukuk ve Örfî hukuk'tur.

1. Şer'î Hukuk

Daha önce de belirtildiği gibi Osmanlı hukuk sistemi, Şer'î ve Örfî hukuk olmak üzere iki temel üzerine oturmaktadır. Şer'î hukuk, doğrudan doğruya Kur'an, Sünnet, icma ve kıyasa dayanan ve fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş (toplanmış) bulunan normlar bütünüdür. Osmanlı kanunnamelerinde Şer'î hukuk ifadesinin yerine, Şer'i şerîf ya da Şer'î terimleri kullanılmıştır. Şer'î hukuk kavramı, geçerliliği için hiçbir makam veya kurulun onayına gerek olmayan ve fıkıh kitaplarında toplanmış bulunan hukukî hükümleri ifade etmektedir[6].

İslam hukukunun algılanma tarzı, Şer'îlik veya Şer'î hukuka aykırılık değerlendirmelerini doğrudan etkileyen bir önem taşır. İnsanların birbirleriyle ilişkilerini kuralcı ve şekilci bir yaklaşımla düzenleyen hukuk, gerçekte dinin tanımında ve unsurları içinde yer almamakla birlikte, genel olarak din ile yine de bağlantılıdır. Bu çerçevede hukukun, dinin üç temel unsuru olan inanç, ibadet ve ahlak umdeleriyle ayrı ayrı bağlantısı kurulabilir. Bu yaklaşım çerçevesinde, başlı başına amaç olmayan hukukî düzenlemeler, özellikle ahlaki hükümlerin farklı yer ve zamanlarda gerçekleştirilmesine hizmet eden normatif düzenlemeler olması yönüyle belli ölçülerde değişmeye açıktır. Ayrıca hukukun biçimsel yönünün, temel yapısı ve özelliği itibariyle akıl üstü ve dogmatik olan dinin kapsamında yer almamasının anlamı da budur[7].

Hukuk norm ya da uygulamalarının İslâmî ilkelere uygunluğu ile söz konusu norm ya da uygulamanın dinin açık hükümlerine aykırı olmaması kastedilir. Bu durum aynı zamanda onların Şer'î hükümlere uygun olduğunu ifade eder. Bu da Kur'an veya Sünnet'te yer alan ifadelerin söz konusu norm veya uygulamayı emretmesi, uygunluğunu açıkça belirtmesi şeklinde olabileceği gibi ona ilişkin bir açıklamaya yer vermemesi, yani yasaklığından söz etmemesi şeklinde de olabilir.

---

4 BARKAN Ömer Lütfi, "Türkiye'de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi", Cumhuriyetin 50. Yılı Seminerinden ayrı basım, Ankara 1975, s. 51 vd.

5 İNALCIK, s. 102-103; YURTSEVEN, s. 120.

6 ÖZBİLGEN Erol, Osmanlı Hukukunun Yapısı, Güray Matbaacılık, İstanbul 1985, s. 43.

7 BARDAKOĞLU Ali, "Osmanlı Hukukunun Şer'iliği Üzerine", Osmanlı, c. 6, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999, s. 412 vd.

Dinin hukukî içerikler de taşıyan hükümlerinin hangi alanda, ne ölçüde açık olduğu, nasıl yorumlanacağı, şekli mi yoksa amacı mı anlatmak istediği, din bilginleri arasında bitmez bir tartışma konusu olmasının yanı sıra bu hükümlerin hayatın çok sınırlı bir alanını kapsadığı da açıktır. Din, hukukî düzenleme açısından, özel hayatın önemli, kamu hayatının geniş bir kısmını kişi ve toplumların inisiyatifine bırakmıştır. Bu yüzden, birçok konuda dine uygunluk ya da aykırılık tartışması yerine rasyonellik, sosyal gerçeklik veya doğruluk açılarından yapılacak değerlendirmeler daha anlamlı olacaktır[8].

Yukarıdaki açıklamalar ışığında Osmanlı Devleti'nin Şer'î bir devlet olup olmadığına ilişkin farklı görüşler vardır. Kimi araştırmacılara göre, Osmanlı Devleti, yönetim ve yargıda Şer'î hükümlerin egemen olduğu, bir Şeriat devletidir[9]. Kimi yazarlar ise Osmanlı toplumunda gayrimüslim (zimmî, müste'men) unsurlara da tolerans gösterildiğini ileri sürerek bunun ancak laik bir sistemde söz konusu olabileceğini belirtmektedirler. Söz konusu düşünceye göre Osmanlı Devleti laik bir devlet olarak değerlendirilebilir[10].

Bir başka grup ise, Osmanlı Devleti'nde, devlet ve toplum hayatındaki uygulamada Şer'î hükümlerden çok, siyasal otorite tarafından konulmuş olan kuralların (örfî hukuk), etkin olduğunu, bu yüzden Osmanlı Devletinin tamamen Şer'î bir devlet olarak nitelenemeyeceğini ileri sürmektedirler[11].

Şer'î hukuk, İslam fıkhının ukubat ve muamelat başlığı altında gelişmiş alanlarını ifade etmektedir. Fıkıh, modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi soyut normla çözüme giden bir teknik kullanmaz. Meseleci, kazuistiktir. Ortaya çıkan her hukuki soruna özel çözümler geliştirmeye çalışır. İslam hukukunun bir uygulaması olarak değerlendirebileceğimiz Osmanlı hukuku da aynı yöntemi benimsemiştir. Şeyhülislam ve kadılar (ulema) ortaya çıkan sorunları ya klasik fıkıh eserlerinde ortaya konmuş icma faaliyetleriyle ya da bizzat kendileri fetva kurumunu işleterek, meseleci çözüm yöntemini uygulamıştır[12]. Her ne kadar, örfî hukukunun şer'î alanları kanun şeklinde düzenleme yetkisi olsa da bu yetki klasik dönemde sınırlı olarak kullanılmış, Tanzimat sonrasında modern kanunlaştırma hareketlerinin başlamasıyla hızlanmıştır.

2. Örfî Hukuk

Ortaya çıkışı ve kurumsallaşması bakımından örfî hukuk Şer'î hukuktan farklıdır. Şer'î hukuk, başta Kur'an ve sünnet olmak üzere, temel kaynaklarda hakkında düzenleme bulunmayan hukuki sorunlara müçtehit hukukçuların yine İslam hukukunun kaynaklarına dayanarak fıkıh usulü

---

8 BARDAKOĞLU, s. 414-415; YURTSEVEN, s. 121.

9 ORTAYLI İlber, "Osmanlı Devleti'nde Laiklik Hareketleri Üzerine", Ü. Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, c. I, s. 498-500.

10 *"...Gerçekten de Osmanlı İmparatorluğu, tarihte Roma İmparatorluğu'ndan sonra, dini toleransın en çok görüldüğü, üstelik bu toleransın zamana ve hükümdarın kişiliğine bağlı olmaksızın kurumsallaştığı bir devletti. Cemaatlerin sadece dini değil, iktisadi, adli ve maarife ilişkin işleri kendilerine bırakılmış, hatta ruhani liderler ve kurumlara rütbe, imtiyazlar bahşedilmiştir.",* ORTAYLI İlber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, Hil Yayınevi, İstanbul 1995, s. 154-155.

11 BARKAN Ömer Lütfi, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'îliği Meselesi", İÜHFM, c. XI, sy. 3-4, İstanbul 1945, s. 203 vd.; *"...Gerçekten de uygulamaya bakıldığında, bu hükmü doğrulayacak bir durum vardır. Devlet hayatını, toprak düzenini tayin eden kanunnameler, Şer'î hukukla uyum içinde değildir. Osmanlı idaresi, toplum ve devlet hayatının temel kurum ve ilişkilerini Şer'î mevzuattan çok Örfî kanunlarla hatta mahalli gelenek ve teamüllere göre düzenlemeyi tercih etmiştir. Osmanlı kadısı, sadece toprak düzeni ve mali konularda değil, hatta bazen aile hukukuna ilişkin sorunlarda bile Şeriatten çok örf ve adet hukukuna başvurmayı tercih etmiştir. Ulemanın bazı konularda verdiği fetva, "Şer'î maslahat değildir, ulü'l emr ne ise öyle olsa..." şeklindedir.",* ORTAYLI, İmparatorluğun, s. 155-156.

12 YURTSEVEN, s. 121-122.

ilmindeki ilkeler çerçevesinde yapmış oldukları içtihatlara dayanmaktadır. İlk dört halife dönemi dışında, Şer'î hukukun oluşma sürecinde siyasi otoritenin hiçbir müdahalesi veya etkisi söz konusu olmamıştır. Örfî hukuk ise hukukçuların bilimsel içtihatlarıyla değil, siyasi otoritenin, Şer'î hukukun kendisine tanıdığı sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde yaptığı düzenlemelerle oluşmuştur[13]. Bu, bir bakıma zamanın ve koşulların ortaya çıkardığı hukuki sorunlara, Şer'î hukukun sınırlarını aşmadan çözüm üretebilme amacına işaret etmektedir. Ayrıca Örfî hukuk, modern anlamda örf ve adet hukukuna karşılık gelmemekle birlikte, kimi zaman geleneksel örf ve adetlerden de yararlanmıştır.

Kanunlaştırma hareketleri olarak da nitelendirebileceğimiz Örfî hukuk düzenlemeleri yalnızca Osmanlılara özgü bir uygulama da değildir. Osmanlılardan önce ya da onların çağdaşları sayılan kimi İslam ve Türk-İslam devletlerinde de bu düzenlemelere rastlanmaktadır. Türk-Moğol siyasi ve idari geleneklerinin etkin olduğu Irak, İran ve Hindistan'daki İslam devletlerinde benzer uygulamalar göze çarpar. Örneğin Cengiz Yasası, Timur Tüzükatı, Uzun Hasan ve Alaüddevle Bey kanunları ilk göze çarpan önemli düzenlemelerdir[14].

Osmanlı uygulamasında örfî hukuk ifadesi ilk kez II. Mehmed (Fatih) döneminde kullanılmıştır. Fatih Döneminin önemli tarihçisi olarak kabul edilen Tursun Beğ, Osmanlı Devleti'nde "Şer'i Şerif"in yanında bir de örfî hukuktan da söz etmektedir[15]. Kaldı ki günümüze kadar ulaşan Fatih dönemi Kanunnameleri de bunun en önemli ispatı olarak görülmektedir.

Osmanlı Devleti'nde Şer'î hukukun yanı sıra bir de Örfî hukukun ortaya çıkışının, İslam hukukunun oluşum ve gelişimi ile Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu siyasi, hukukî, iktisadi ve mali koşullarla yakın bir ilişkisi vardır.

Bilindiği gibi, Dört Halife Dönemi'nden sonra Emeviler hilafeti saltanata çevirmişlerdir. Bu değişimin sonucu olarak Emevilerin kamu ve özellikle anayasa hukuku alanında fiili bir durum yaratmaları İslam hukukçularının bu sahadaki bilimsel içtihatlarının uygulanma şansını büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Bu durum karşısında İslam hukukçuları, fıkhî mesailerini uygulama şansı bulunan diğer alanlara çevirmişlerdir. Dolayısıyla İslam hukuku daha çok özel hukuk ile kamu hukukunun bazı alanlarında gelişmiş, devletin esas teşkilatı ve idari yapısı gibi alanlarda aynı ölçüde gelişememiştir.

Bu durum kamu hukuku alanında yeni hukukî düzenlemeleri gerekli kılmıştır[16].

Örfî hukukun doğuşunda etkili olan bir diğer unsur da devlet adamlarının, hukukçuların kendilerini sınırlayacak veya fazla teorik kalabilecek çözümlerini arzu etmeyişleridir. Bu nedenle de kamu hukuku alanlarını hukukçuların içtihatlarıyla değil, kendi siyasi ve idari tecrübe ve bilgileriyle düzenlemeyi istemiş olmaları mümkündür. Çünkü devlet adamları bu alanda kendilerini daha yetkili görmüşlerdir[17].

İslam hukukunun oluşum ve gelişim süreci içerisinde İslam hukukçularının oldukça dikkat çekici miktarda bilimsel çalışmalar ortaya koydukları bir gerçektir. Fıkhi mezheplerin sanal

---

13 GERBER Haim, State, Society and Law in Islam: Otoman Law in Comparative Perspective, New York 1994, s. 165.

14 AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri 1. Kitap, Osav Yayını, İstanbul 1990.

15 AYDIN Mehmet Akif, "Osmanlı'da Hukuk", Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi (ed. Ekmeleddin İhsanoğlu), c. 1, İstanbul 1999, s. 378.

16 BOZKURT Gülnihal, "Review of The Ottoman Legal System" Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, sy. 3, Ocak 1992, s. 115 vd.; AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 71; CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya 2014, s. 81; YURTSEVEN, s. 123.

17 AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 71; CİN/AKYILMAZ, s. 81; YURTSEVEN, s. 123.

problemler üreterek bunlara uygun çözümler ortaya koymaları İslam hukukuna büyük bir zenginlik ve dinamizm katmıştır. Bu süreç öylesine verimli işlemiştir ki ortaya çıkan hukuki ve bilimsel birikim, yüzyıllarca kullanılabilecek bir çözüm ve bilgi bankasına dönüşmüştür. Kuşkusuz bu durumun doğal sonucu olarak uzun yüzyıllar yeni içtihatlara gerek duyulmamıştır. Gerek bu hukukî olgu, gerek sonraki dönemlerde öncekiler kadar yetkin hukukçuların yetişmemiş olması da artık yeni içtihatlara gerek ve imkan olmadığı sonucunu ortaya çıkarmış, dolayısıyla içtihat kapısının kapandığı yaygın bir kanaat olarak kabul edilmiştir. Bu durum, İslam hukukunda belirgin bir durgunluğa ve yol açtığı gibi yeni içtihatlara gerek duyulduğu dönemlerde de hukukçuların içtihat yapmak konusunda çekimser davrandıkları görülmüştür. Bu isteksizlik ya da çekingenlik, İslam hukukunun gelişim sürecindeki dinamizmini olumsuz etkilemiştir. Hatta kimi zaman çağdaş Batılı oryantalistlerin İslam hukukunu dogmatik bir din hukuku olarak değerlendirmelerine de yol açmıştır. Sonuç olarak bu boşluğu doldurmak amacıyla örf ve adete veya siyasi otoritenin siyasi ve idarî açıdan kamu yararını göz önüne alarak verdikleri emir ve iradelerine dayalı bir hukuk oluşmaya başlamıştır. Elbette siyasi otorite bu hukuku oluştururken temel meşruiyet zemini olan Şer'î hukukun sınırlarını aşmamaya özen göstermiştir. Ancak bu özenin her zaman kesin olarak gösterildiğini söylemek de kolay değildir. Devlet kimi zaman Şer'î hukuku aşan bir takım örfî düzenlemeler de yapmıştır[18].

Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu malî, askerî ve idari şartlar, devletin bu şartlara uygun hukukî düzenlemeler yapmasını gerektirmiştir. Bu uygulamanın en önemli örneklerinden biri, devletin Şer'î vergiler (Tekalif-i Şer'îyye) olan öşür, haraç, zekat ve cizye gibi vergilerin devlet giderlerini karşılamaması üzerine değişik isimler altında çeşitli Örfî vergiler (Tekalif-i Örfîyye) koymasıdır. Bunun gibi, çok geniş bir coğrafyaya yayılmış olan ülke toprakları üzerinde huzur ve güvenliğin sağlanması zaman zaman güçleşmiş, bu durum ağır bir ceza politikasının uygulanmasını gerektirmiştir. Dolayısıyla bu cezalar, devletin mali durumunun kötü olduğu dönemlerde ağır para cezalarının, donanmada kürekçiye ihtiyaç olduğu dönemlerde kürek cezalarının ağırlık kazanması sonucunu doğurmuş, devlet de bu ihtiyaçlara cevap verecek düzenlemeleri yapmaktan geri kalmamıştır[19].

Osmanlı Örfî hukukunun gelişmesinde Fatih devri bir dönüm noktasıdır. Fatih devrindeki hukukî gelişme bir temel faktöre dayanır; o da İstanbul'un fethinden sonra Fatih'in sınırsız bir otorite kazanması, merkezî ve mutlak imparatorluğu kesin olarak kurma çabasıdır. Fatih, mutlak otoritesini devlet teşkilatında, kanunlarla yaptığı yeniliklerle gerçekleştirmek istemiş ve mutlak otoritesi sayesinde Örfî hukuku etkin bir duruma getirmiştir. Osmanlı hukuk anlayışı ve kanunları

---

[18] YURTSEVEN, s. 123. "...Osmanlılardaki "Örfî Hukukun" dini esaslardan çıktığını söylemek bizce imkansız görünmektedir. Evvela Tursun Beğ gibi müelliflerin de belirttiği gibi "siyaset-i sultani ve yasak-ı padişahi" akli esaslara dayanır. Üstelik Şer'îat kurallarına tamamen zıd düşen birçok Örfî hukuk kaidesi vardır. Bu nitelikteki hükümlerin de dini esaslara dayandığının iddia edilmesine imkan görmüyoruz. Mesela Ali Himmet Berki gibi İslam hukukunu çok iyi bilen bir müellif, Fatih'in kanunnamesindeki kardeş katli meselesinin, pek küçük kardeşlerin de bu hükme tabi olması ve sabilerin ise devlet aleyhinde fitne ve fesada katılmalarının bahis konusu bile olamayacağını nazar-ı itibare alarak, şeriat esaslarına tam anlamıyla zıt olduğunu yazmış, hatta kanunnamenin mevsuk (belgelendirilmiş, güvenilir) olmadığını bu hükmün de gösterdiğini çünkü Fatih gibi şeriata saygılı bir hükümdarın böyle bir hüküm koyamayacağını iddia etmiştir. Halbuki Fatih daha tahta geçer geçmez küçük (sabi) kardeşi Ahmed'i öldürttüğü gibi sonradan "kardeş katli" hükmünü de kanunnamesine koymuştur.", AKPINAR Turgut, Türklerin Din ve Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 191.

[19] AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 72; CİN/AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 81; YURTSEVEN, s. 124.

üzerinde de kesin ve sürekli bir etki yapmış olan Fatih, mutlak hükümranlık otoritesini, devleti belirli bir amaca göre düzenleme ve serbestçe kanun koyma doğrultusunda kullanmıştır[20].

Osmanlı kanunnamelerinde önemli bir bölümün cezai ve mali konulara ayrılmış olması, söz konusu yetkinin en fazla bu alanlarda kullanılmış olduğunun bir göstergesidir. Bu kanunnameler, padişahların irade ve fermanlarıyla oluşmuş düzenlemeler oldukları için Örfî hukuk içinde değerlendirilmişlerdir[21].

Şer'î hukukun uygulama alanına girmeden ve ona aykırı olmamak kaydıyla Osmanlı padişahlarının sınırlı yasama yetkileri vardır. Dolayısıyla padişahın bu yetkisine dayanarak koyduğu hukuka "Örfî hukuk" adı verilmiştir. Ancak Örfî hukuk denildiği zaman ilk akla gelen örf ve adet hukuku olmamalıdır. Gerçekte Örfî hukuk normları konulurken, yerleşmiş bazı örf ve adet kuralları, hukukun belli başlı alanları açısından dikkate alınmıştır. Osmanlılar fethettikleri ülkelerin hukukî yapılarını birdenbire değiştirmek yerine, var olan hukukî örf ve adetleri belirli bir süre yürürlükte bırakıp, zamanla Osmanlı hukukuyla bütünleştirmeyi uygun görmüşlerdir. Ancak bütün bu hukukî esasları mahkemelerde zorunlu olarak uygulanan normlar haline getiren, bunların örf ve adete dayanmış olmaları değil, padişahların irade ve fermanlarına dayanmalarıdır. O halde Örfî hukukun bir kanun hukuku olduğu söylenebilir[22].

Devlet başkanı veya ehl-i örf denilen yüksek otorite, kanun yapma yetkisini birkaç şekilde kullanabilir. Birincisi, uygulamada kolaylık ve istikrar sağlamak amacıyla Şer'î hükümleri kanun şeklinde düzenleyebilir. İkinci olarak, mevcut içtihadi görüşlerden birini kamu yararı gereği tercih edebilir. Üçüncü olarak; hakkında hiçbir hüküm bulunmayan hususları, uzman hukukçuları bir araya getirerek çözüme kavuşturabilir. Bunlarla birlikte devlet başkanı, kendisine tanınan bu sınırlı yasama yetkisi içerisinde bazı hukukî düzenlemeler de yapabilir. İşte devlet başkanının bu faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan, bir kısmı Şer'î, bir kısmı içtihadi ve bir kısmı da tanzimi tasarruflardan oluşan hukukî kuralların tamamına Örfî hukuk adı verilir[23].

Padişahın gerek uygulamada kolaylık gerek hukukî istikrarın sağlanması amacıyla mevcut Şer'î hükümleri derleyerek kanun haline getirmesinden söz edilmişti. Padişah, Örfî hukuk alanındaki bu ilk faaliyetini Şer'î hükümleri hiç değiştirmeden yapabileceği gibi Şer'î hükümlerin özüne dokunmaksızın, kısmen de yapabilir[24].

Osmanlı Devleti'nde toplumun büyük çoğunluğu Hanefi mezhebine bağlı olmakla birlikte Maliki, Hanbeli ve Şafii mezheplerine bağlı önemli sayıda vatandaşın olduğu da bir gerçektir. Ancak klasik dönemde mahkemeler hükümlerini Hanefi mezhebinin esaslarına göre vermişlerdir. Bunlarla birlikte zaman zaman padişahların herhangi bir konuda diğer üç mezhepten birinin veya herhangi bir müçtehidin görüşünü esas alacak düzenlemeler yaptıkları da görülmüştür. Temelde hukukçuların içtihatlarındaki farklılıklar, Şer'î hükümlerin esasına ilişkin olmayıp, zamanın gereklerine ve kamu yararına yönelik oldukları için padişahların bu yöndeki düzenlemeleri caiz

[20] İNALCIK Halil, "Türk Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği", Osmanlı'da Devlet-Hukuk- Adalet, İstanbul 2000, s. 32 vd.; BOZKURT, s. 117; YURTSEVEN, s. 124-125.
[21] BARKAN, s. 192; YURTSEVEN, s. 125.
[22] YURTSEVEN, s. 125.
[23] AKGÜNDÜZ, c. I, s. 64; YURTSEVEN, s. 125-126.
[24] AKGÜNDÜZ, c. I, s. 64.

görülmüştür. Bunun nedeni kamu yararının amaç edinilmiş olmasıdır[25]. Dolayısıyla siyasal otorite herhangi bir konuda herhangi bir mezhebin ya da müçtehid hukukçunun o konu ya da soruna ilişkin çözüm önerisini yasal bir düzenleme olarak düzenleyebilir.

Sonuç olarak Osmanlı Hukuku'nda Şeriat'ın düzenlediği alanların dışında, özellikle kamu hukuku (idare hukuku, ceza hukuku ve mâliye) alanında siyasi iktidar, kanunnameler yoluyla hiç de azımsanamayacak boyutta hukuk yaratmıştır. Bu yönüyle Osmanlı Devleti, Örfî hukukun sonucu olarak kanun yapma konusunda eşi görülmedik seviyede bir geleneğe sahip olmuştur[26].

II. TANZİMAT SONRASI OSMANLI KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE

XVII. yüzyılın sonlarından itibaren Osmanlı Devleti'nde nispî bir duraklamanın olduğu bilinen bir gerçektir. Yapısal sorunlar, devletin özellikle Avrupa'da ortaya çıkan kimi gelişmelere karşı kayıtsızlığı, siyasî çalkantılar, toprak ve vergilendirme sistemindeki bozulmalar ve pek çok başka neden devletin bir daha asla geri dönemeyeceği bir gerileme sürecine girmesine neden olmuştur. Her ne kadar Osmanlı Devleti XVIII. Yüzyılın başlarında yine dünyanın en önemli güçlerinden biri –belki de birincisi- olsa da söz konusu çözülme devletin kendisini toparlamasına imkân vermemiştir. Kimi zaman devlet yöneticilerinin gerçekleştirmeye çalıştığı reform çabaları sonuçsuz kalmış, özellikle XIX. Yüzyılın ortalarına kadar sistematik bir reformasyon programı uygulanamamıştır.

Devletin içine düştüğü ve dozu giderek artan gerileme ve buhran hemen her alanda etkisini göstermiştir. Konumuz itibariyle bu alanlardan biri da hukuk sistemi olmuştur. Her ne kadar Osmanlı Devleti başından beri kurumsal bir hukuk ve yargı sistemine sahip olsa da gerileme ve yozlaşma sürecinden söz konusu sistem de zarar görmüştür. XIX. Yüzyılın başlarına gelindiğinde hukuk ve yargı sisteminde ortaya çıkan pek çok aksaklık görülmüştür. Kapitülasyonlar, eskisi gibi nitelikli hukukçuların yetişmeyişi, iktisadi ve ticari alanlarda ortaya çıkan pek çok değişiklik, Batı ile ticaretin yarattığı kimi sorunlar gibi pek çok neden hukuk alanında da bazı ıslahatların yapılması gerekliliğini ortaya koymuştur.

Yukarıda özetle sıralanmış olan pek çok neden, kökleri III. Selim dönemine (1789-1807) kadar uzanan ve Sultan II. Mahmud (1808-1839)'un iktidarında devam eden ıslahatçı anlayış, 1839'da tahta oturan genç Sultan Abdülmecid tarafından da sürdürülmüştür. Abdülmecid dönemi Osmanlı- Türk modernleşme tarihi bakımından önemli bir dönüm noktasıdır. Batılı tarzda eğitim almış olan Sultan, geleneksel Osmanlı hilafet-saltanat anlayışına da sahiptir[27]. Osmanlı Devleti'nde köklü ve kalıcı bir reform sürecinin başlatılması gerektiğine inanan genç Sultan, önce hariciye vekili sonra da sadrazam olan Mustafa Reşid Paşa'nın gayretleriyle yazılmış bir hatt-ı hümâyûnu 3 Kasım 1839 tarihinde İstanbul Gülhane Parkı'nda ilan ettirir. Bizzat Mustafa Reşid Paşa tarafından okunan Ferman Gülhane Hatt-ı Hümâyûnu ya da Tanzimat Fermanı olarak

---

[25] AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. I, s. 64, 66. BAYINDIR Abdülaziz, "Osmanlı'da Yargının İşleyişi", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, s. 429 vd.; CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, c. 2, Konya 1995, s. 59; BAYINDIR Abdülaziz, İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul 1986, s. 33, 38; YURTSEVEN, s. 126.

[26] YURTSEVEN, s. 128.

[27] YÜCEL Yaşar, "Açış Konuşması", Mustafa Reşid Paşa ve Dönemi Semineri Bildiriler, 13- 14 Mart 1985, Ankara, 1994, s. 2 vd; YURTSEVEN, s. 203-204.

adlandırılır[28]. Ferman, *"Osmanlı Devleti doğuşundan beri Şeri'ata son derece bağlı olduğundan saltanat kuvvetli ve halk refah içinde idi. Fakat 150 yıldan beri birbiri ardından gelen gaileler ve çeşitli sebepler yüzünden Şeri'ata ve kanunlara uyulmadığından eski kuvvet ve zenginlik güçsüzlük ve fakirliğe dönüşmüştür"*[29] şeklindeki girişiyle Şerîat'e atıfta bulunarak, gerileme ve yoksulluğun hukuktan uzaklaşmanın bir sonucu olduğunu ileri sürmüştür.

Yukarıda da belirtildiği gibi Gülhane Hatt-ı Hümâyûnu ile başlayan Tanzimat süreci çok yönlü bir reform programını içeriyordu. XIX. Yüzyıl, bu yönüyle Osmanlı Türk modernleşme tarihinin en uzun yüzyılı olmuştur. İşte bu sürecin içerisinde belki de en önemli yasal düzenleme İslam hukuk tarihi boyunca yapılmış en uzun ve en kapsamlı kanun olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'dir.

Tanzimat ile başlayan hukuk reformları sürecinde kurumsal yargı sisteminde de önemli değişiklikler yaşanmış, yeni mahkemeler, yargı kurumları oluşturulmuştur. Buna bağlı olarak yeni bir medeni kanun hazırlanması gündeme gelmiştir. Mecelle'nin hazırlanmasına karar verilmeden önce Metn-i Metîn adıyla bir kanun hazırlanmasına girişildiyse de bu teşebbüs başarı sağlanamamıştır. Ancak söz konusu çalışmanın başarısızlığı, yeni bir medeni kanun yapılması düşüncesini ortadan kaldırmamıştır. Hatta Tanzimat'ın sembol isimlerinden Âlî Paşa nispeten Fransız baskısıyla Fransız Medeni Kanunu'nun Türkçeye çevrilmesini istemiş, bu amaçla kurulan bir komisyon Fransız Code Civile'nin Osmanlı Türk Hukuku'na uyumu için çalışmalar yapmış ve bu yönde epeyce mesafe de almıştır[30].

Code Civile'e ilişkin komisyonun çalışmaları sürerken, Tanzimat Dönemi'nin önemli hukukçu ve devlet adamlarından biri sayılan Ahmet Cevdet Paşa'nın başını çektiği bir grup, Batılı bir kanunu çevirip uygulamaktansa, yüzlerce yıllık hukuki birikimin kazanımlarından oluşacak milli bir medeni kanunun hazırlanması yönünde çalışmalar yapmıştır. Sonuç itibariyle yeni ve milli bir kanunun yapılması fikri kabul edilerek bir Mecelle Cemiyeti kurulmuş ve hukuk tarihimizde çok özel ve önemli bir yere sahip olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye yazılmaya başlanmıştır. Mukaddime ve ilk kitabı 1869'da yürürlüğe giren Mecelle, tamamı onaltı kitap ve 1851 madde olmak üzere kitap kitap hazırlanarak yürürlüğe konmuştur. Son kitabı 1876 yılında yürürlüğe giren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, yaklaşık sekiz yılda tamamlanmıştır. Kuşkusuz, Türk-İslam hukuk tarihinin bu önemli kanunlaştırmasının vücut bulmasında dönemin büyük hukukçusu Ahmet Cevdet Paşa'nın tartışılmaz bir rolü olmuştur[31].

Mecelle, İslam-Osmanlı hukukunun o zamana kadar yürürlükte olan, özellikle eşya, borçlar ve yargılama hukukuna ilişkin hükümlerini tedvin etmiş teknik ve milli bir kanun metnidir. Millidir, çünkü şekli benzerlik dışında Batı kanunlarından başkaca bir etkileşim söz konusu olmamıştır.

İslam hukukunun klasik kazuistik (meseleci) yorumuyla kaleme alınan Mecelle, İslam hukukunun modern anlamda yapılmış ilk kanunlaştırma örneğidir. Bu yönüyle, Türk-İslam hukuk

[28] Tanzimat Fermanı hakkında geniş bilgi için bkz. Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Ed. Halil İnalcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 2006.

[29] İNALCIK Halil, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümâyûnu", Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Ed. Halil İnalcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 2006, s. 99.

[30] AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 427.

[31] AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 427; EKİNCİ Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2008, s. 568; CİN/AKYILMAZ, s. 565.

tarihinde önemle bir yeri olan Mecelle, sonrasında İslam ülkelerinde yapılan kodifikasyon hareketlerine örnek oluşturmuştur[32].

III. BİR ÖRFÎ HUKUK DÜZENLEMESİ OLARAK MECELLE'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin neden bir örfî hukuk düzenlemesi olduğu sorusuna cevap aranacak, Mecelle'nin yapılış biçimine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

Nitelik itibarıyla Örfî Hukuk'un ne olup ne olmadığı hususunda yukarıda bilgi verilmişti. Bu çerçevede Örfî hukukun "İslam Hukuku'nun çizdiği sınırlar içerisinde siyasi otoritenin hukuk yaratması, hukuk kuralı koyması" olduğunu belirtmiştik. Örfî hukuk Osmanlılar ile ortaya çıkmış bir kural koyma yöntemi değildir. Emeviler'den başlayarak Osmanlılar'a kadar kurulmuş tüm İslam devletlerinde örfî düzenlemeler yapıldığı bilinen bir gerçektir. Hatta bunlardan Alâüddevle Beğ Kanunnamesi, Emir Timur Tüzükatı günümüze kadar ulaşmış önemli örfî hukuk düzenlemeleridir. Ancak İslam hukukunun en uzun ve en kapsamlı uygulaması olarak nitelendirebileceğimiz Osmanlı-Türk hukuku içerisinde örfî hukuk son derece etkin ve kapsayıcı düzenlemelerle gelişmiştir. İlk oarak ikinci Osmanlı Sultanı Orhan Bey'in mali alanlara ilişkin kanunlar koyduğu bilinmektedir. Sultan I. Murad'ın iktidarında ise ilmiye sınıfından gelen vezirler tarafından Şerîat dışı hukukun gelişimine ilişkin çalışmalar başlamış ve I. Bayezid döneminde artık padişah kanunnameleri şeklinde örfî düzenlemeler ortaya çıkmıştır[33]. Sonraki padişahlar döneminde hızla gelişen Kanunname geleneği, Fatih Sultan Mehmed ve II. Bayezid ve Kanuni Sultan Süleyman dönemlerinde zirve yapacaktır.

Padişahların emir ve fermanlarıyla va'z ettikleri kanun ve emirleri bir araya toplamak suretiyle düzenlenen mecmualara "kanunname" adı verilmiştir. Ayrıca bu mecmualarda toplanan kanunlardan, belli bir zümre veya alana ait olanlar da aynı adla anılmaktadır. Birer Örfî hukuk düzenlemeleri olan kanunnamelerde daha çok idare, maliye ve ceza gibi kamu hukuku alanlarında düzenlemeler mevcuttur. Çünkü özel hukuka ilişkin kurallar Şer'i hukukun asli kaynaklarında genellikle ayrıntılı olarak düzenlenmiştir[34].

Osmanlı Kanunnameleri esas olarak üç grupta değerlendirilmektedir. Birincisi, belli bir konuda hüküm içeren kanunnamelerdir. Bunlar, ferman, berat ve yasakname şeklinde va'z edilirler. Mahalli idarecilere ve kadılara gönderilen bu kanunnameler, sancak kanunnamelerinin ve genel kanunnamelerdeki pek çok hükümlerin ilk şekillerini oluşturmaktadırlar. Bunlar, nişancı[35]

---

32 AYDIN, s. 427.

33 MUMCU Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını, Ankara 1985, s. 35, CİN/AKYILMAZ, s. 82.

34 BARKAN Ömer Lütfi, "Kanun-name", MEBİA, c. VI, İstanbul 1977, s. 185-187; YURTSEVEN Yılmaz, Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, 2001, s. 7-8.

35 "Divan-ı Hümayun'un asli üyesi olan nişancı, görevinin hemen hemen tamamını bu divan içinde yürütür. Terminolojik açıdan nişancı, "padişah fermanlarına tuğrayı çeken kişi" anlamına gelse de görevi sadece bununla sınırlı değildir. En önemli görevi olan tuğra çekmenin yanında, fermanların hazırlanmasını sağlamak, çok önemli fermanları bizzat kaleme almak ve yeni konulacak ya da değiştirilecek Örf'i hukuk kurallarının saptanmasıyla uğraşmak diğer önemli fonksiyonlarıdır. Özellikle Örfî hukuk kurallarının hazırlanmasındaki uğraşıları dolayısıyla nişancıya "müfti-i kanun" da denmiştir". MUMCU Ahmet, Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, Ankara 1976, s. 47-48; Müfti-i Kanun olarak nişancıların, Örfî kanunları iyi bilmek, yeni ve eski

tarafından hazırlanır, Divan-ı Hümayun'da tartışılıp görüşülür. Sadrazam tarafından padişaha arzedilip onaylandıktan sonra yine nişancı tarafından tuğra çekilerek kesinleşir[36].

Sancak ve vilayetlerde geçerli olan arazi ve vergi kanunlarını toplayan vilayet veya sancak kanunnameleri, ikinci grup kanunnameleri oluşturur. Bunlar belli bir bölgede yürürlükte olup, daha çok arazi ve vergi hukukuyla ilgili hükümleri bir araya getiren kanunnamelerdir. Bunlara özel kanunnameler de denir. Bu kanunnamelerin birer nüshası o vilayet ve sancakta, diğeri de İstanbul'da bulunan tahrir defterinin başına derecedilir.

Siyaset cezalarını bir araya getiren siyasetnameler ve Fatih'in teşkilat kanunnamesi bu guruptandır[37].

Sancak kanunnameleri, muttasal defterlerin başına kaydedilir. Çok önemli sayılanlar, merkezde ve nişancının evinde kaleme alınır. Mümeyyiz tashih eder. Sadrazamın arzı ile padişahın onayına sunulur. Padişahın onayından sonra nişancı tuğra çeker. Böylece kanunname kesinleşmiş olur[38]. Bütün İmparatorlukta geçerli olan hükümleri bir araya getiren genel kanunnameler ise üçüncü grubu oluşturur. Nişancı tarafından padişahın fermanı üzerine hazırlanırlar. Divan-ı Hümayun'da görüşülüp üzerinde tartışılır. Sadrazam bizzat bu tartışma ve görüşmelere katılır. Padişaha arzedilir. Padişahın onayından sonra, nişancının tuğra çekmesiyle yürürlük kazanarak tüm reayayı bağlar. Özellikle Kavanin-i Örfiye-i Osmanî adıyla anılan bu kanunnameler, Şer'î fetva ve kaza süzgecinden geçirilir[39]. Genel kanunnameler bütün İmparatorluk topraklarında yürürlükte olan ve daha ziyade ceza, arazi ve vergi hukuku alanlarındaki hükümleri bir araya toplayan kanunnamelerdir[40]. Genellikle bu tip kanunnamelerin düzenlenmesinde güdülen amaç, bir taraftan kanun yapanlara örnekler vermek diğer taraftan kanunları uygulayacak olanlara, hüküm verirken kullanmaları veya emsal bulmaları için kolaylık sağlamaktır[41]. Fatih'in Teşkilat ve

---

kanunları ve bunlarla Şer'i hükümleri telif etmek, gerektiğinde de Divan-ı Hümayun'da bu konularda fikir beyan etmek gibi sorumlulukları vardır. UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1984, s. 214; "Nişancının en kayda değer ve orijinal görevi Örfî kanunların hazırlanmasında oynadığı roldür. Bu açıdan ulü'l-emrin örfî hukuk yapma yetkisini temsil ettiği söylenebilir". CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya 1995, s. 206; FENDOĞLU Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihinde Yargı Bağımsızlığı (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), Diyarbakır 1995, s. 61; Nişancı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., AKYILMAZ Gül, Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya 2000, s. 28-35.

36 ANHEGGER Robert/İNALCIK Halil, Kanunname-i Sultânî ber Müceb-i Örf-i Osmânî, Ankara 1956, s. 14-17; AYDIN Mehmet Akif, "Osmanlı'da Hukuk", Osmanlı Devleti Tarihi (ed. Ekmeleddin İHSANOĞLU), İstanbul 1999, s. 416-417; AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, İstanbul 1990, c. I, s. 85; YURTSEVEN, Ta'zir, s. 8.

37 AYDIN, Osmanlı'da Hukuk, s. 417.

38 AKGÜNDÜZ, c. I, s. 84.

39 AKGÜNDÜZ, c. I, s. 83; YURTSEVEN, Ta'zir, s. 9.

40 AYDIN, Osmanlı'da Hukuk, s. 417; Barkan, genel kanunnamelerin tüm imparatorlukta geçerli olan kanunlar olduğu düşüncesine katılmamaktadır: "...Osmanlı İmparatorluğu gibi, idari ve mali mevzuatta, bölgelere göre, hukuk ve kanun dağınıklığı prensibi hükümran olan ve her biri ayrı bir teşkilat ve nizam ile idare edilen ve çeşitli imtiyaz ve muafiyetlere sahip bulunan zümrelere ve vakıflar şeklinde, idari-mali bir takım muafiyetler ile ve her biri kendi hususi statüsüne göre idare edilen teşekküllere hükmeden bir ülkede, umumi bir teşkilat ve idare kanunu tertip etmeye ve bunu herkesin eline vermeye imkan yoktur. Hakikaten çok renkli ve çeşitli bir tablo arz eden bu geniş ülkede, mesela Macaristan'da fethedilen memleketlerde tatbik edilen kanunlar ile adalarda, Mısır'da, Azerbaycan'da veya Şark vilayetlerinde tatbik edilen teşkilat ve müesseseler birbirinden çok farklıdır. Bu suretle her yer, teşkilat ve zümre için ayrı olmak üzere, bir takım hususi kanunlar mevcuttur ve bu kanunlar alakalı devlet dairelerinin elindeki defterlerde kayıtlıdır. Bu vaziyete göre, bunlar ancak bir yığın halinde bir araya toplamak mümkün olabilecektir". BARKAN, "Kanun-name", s. 189-190.

41 ANHEGGER/İNALCIK, s. XI.

Kanun-i Osmanî olmak üzere iki, II. Bayezıd, Yavuz, Kanunî ve bir görüşe göre III. Ahmed'in birer umumî Kanunnameleri vardır[42].

Kadıların özellikle ceza, arazi ve vergi hukuku alanlarında en önemli yardımcıları olan kanunnamelerin, Osmanlı hukukunun uygulanmasında da etkili oldukları bir gerçektir. Örfî hukukun gelişmesi ile birlikte özellikle ceza hukuku alanında kanunnameler, kadıların kullandıkları önemli yürürlük kaynağı olmuşlardır. Zaman zaman kadıların ellerindeki kanunname nüshalarını merkeze göndererek, son değişikliklere göre tashih ettirdikleri görülmektedir. Hatta bu kanunnamelerin bir örneğinin isteyen kişilere belirli bir ücret karşılığında verildiği de bilinmektedir. Bu, kanunname muhtevasını vatandaşların da öğrenmesini sağlayan bir uygulamadır. Böylece kanun egemenliğinin sağlanması yolunda önemli bir fonksiyon yerine getirilmiştir[43]. Tanzimat Dönemi ile birlikte gerek devlet yönetiminde gerek hukuk sisteminde hem kurumsal hem de mevzuat bakımından önemli değişiklikler yaşanmıştır. Klasik kanunname geleneği artık yerini modern "kanun"lara bırakmış, yalnız Türk hukuk tarihinde değil, İslam hukuk tarihi için de ilk sayılacak düzenlemeler ve hukuki kurumlar ortaya çıkmıştır.

Yukarıdaki açıklamalarda ifade edildiği gibi örfî hukukun düzenleme alanlarından biri de İslam hukukuna ilişkin hüküm ve fetvaları kanun olarak yayınlamaktır. Nitelik itibarıyla Mecelle bir İslam hukuku düzenlemesidir. İçinde İslam hukukunu aşan bir hüküm söz konusu değildir. Hanefi fıkhının eşya, borçlar hukuku ve usul hukukuna ilişkin hükümlerini bir kanun metni olarak düzenleyen Mecelle, bu bakımdan "İslam hukuku alanında düzenleme getiren bir örfî hukuk düzenlemesi"dir. Dolayısıyla içeriği itibarıyla İslam hukukuna ilişkin düzenleme getiren Mecelle, yapılış usulüne ilişkin olarak bir örfî düzenlemedir. Siyasi otoritenin görevlendirdiği bir komisyon olan Mecelle Cemiyeti söz konusu kodifikasyon metnini yazmış ve metin padişahın onayı ile yürürlüğe girmiştir.

SONUÇ

Modern kanunlaştırma tarihimizde ilk olma özelliği taşıyan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye sadece Türk-İslam hukuk tarihi için değil, tüm dünya hukuk tarihi için önemli ve kodifikasyon hareketidir. Mecelle'nin önemi onun yalnızca İslam hukukunun özel hukuka ilişkin ilk modern kanun metni olmasında değil, klasik bir monarşi olarak nitelendirebileceğimiz Osmanlı siyasi otoritesinin kanun yapma konusundaki başarısını da ortaya koymasındadır. İslam hukuku terminolojisinde "siyasi otoritenin yarattığı hukuk" olarak nitelendirebileceğimiz Örfî hukuk, Şerîat'ın çizdiği sınırlar içerisinde kalmak ve onun bir parçası olmakla birlikte, Osmanlı Devleti'nde İslam hukuk tarihinde hiç olmadığı kadar büyük bir gelişim göstermiştir. Yüzyıllar boyunca özellikle kamu hukuku alanında son derece gelişmiş kanunnameler ile düzenlemeler getiren Osmanlı siyasi otoritesi, Şerîat ile sınırlı yasama yetkisini oldukça kapsamlı ve etkin bir şekilde kullanmış, zamanın ve toplumsal ihtiyaçların ortaya çıkardığı hukuki boşlukları yine İslam hukukuna uygun bir şekilde ustaca doldurmaya çalışmıştır.

Tanzimat ile birlikte "modern zamanlar"ın kapıları aralandıkça Örfî hukukun yasama sistemi de önemli değişiklikler geçirmiş, "modern kanun" düzenlemeleri hukukumuzda yerini almaya başlamıştır. Klasik İslam hukukunun bir bölümünü düzenleyen Mecelle, örfî hukukun

[42] AKGÜNDÜZ, c. I, s. 83; YURTSEVEN, Ta'zir, s. 10.
[43] AYDIN, Osmanlı'da Hukuk, s. 417; YURTSEVEN, Ta'zir, s. 10.

kapsama alanından biri olan "şer'i hükümleri düzenleme" yetkisinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. En başında evrensel hukuk ilkeleri diyebileceğimiz bir müstesna umdeler ile hukuk felsefesi alanında da önemli bir yazılı kaynak olarak vasıflandırabileceğimiz Mecelle, Osmanlı Örfî hukukun evrensel nitelikte ortaya koyduğu büyük bir hukuk şaheseridir.

KAYNAKÇA

AKDAĞ, Mustafa, Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi 1, 1243-1453, Cem yayınevi, İstanbul, 1995.

AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri 1. Kitap, Osav Yayını, İstanbul 1990.

AKPINAR Turgut, Türklerin Din ve Hukuk Tarihi, İstanbul 1999. ANHEGGER Robert/İNALCIK Halil, Kanunname-i Sultânî ber Müceb-i Örf-i Osmânî, Ankara 1956.

AYDIN Mehmet Akif, "Osmanlı'da Hukuk", Osmanlı Devleti Tarihi (ed. Ekmeleddin İHSANOĞLU), İstanbul 1999.

AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

BARDAKOĞLU Ali, "Osmanlı Hukukunun Şer'îliği Üzerine", Osmanlı, c. 6, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999.

BARKAN Ömer Lütfi, "Kanun-name", MEBİA, c. VI, İstanbul 1993.

BARKAN Ömer Lütfi, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'îliği Meselesi", İÜHFM, c. XI, sy. 3-4, İstanbul 1945.

BARKAN Ömer Lütfi, "Türkiye'de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi", Cumhuriyetin 50. Yılı Seminerinden ayrı basım, Ankara 1975.

BAYINDIR Abdülaziz, "Osmanlı'da Yargının İşleyişi", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999.

BAYINDIR Abdülaziz, İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul 1986.

BOZKURT Gülnihal, "Review of The Ottoman Legal System" Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, sy. 3, Ocak 1992.

CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, c. 2, Konya 1995.

CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya 1995.

CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya 2014.

EKİNCİ Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2008.

FENDOĞLU Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihinde Yargı Bağımsızlığı (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), Diyarbakır 1995.

GERBER Haim, State, Society and Law in Islam:Otoman Law in Comparative Perspective, New York 1994.

İNALCIK Halil, "Osmanlı Hukukuna Giriş – Örfî-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", Siyasi İlimler ve Hukuk, no: 2, 1958, c. XIII.

İNALCIK Halil, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümâyûnu", Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Ed. Halil İnalcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 2006.

İNALCIK Halil, "Türk Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği", Osmanlı'da Devlet-Hukuk-Adalet, İstanbul 2000.

MUMCU Ahmet, Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, Ankara 1976.

MUMCU Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1985.

AKYILMAZ Gül, Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya 2000.

ORTAYLI İlber, "Osmanlı Devleti'nde Laiklik Hareketleri Üzerine", Ü. Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, c. I, İstanbul 1982.

ORTAYLI İlber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, Hil Yayınevi, İstanbul 1995.

ÖZBİLGEN Erol, Osmanlı Hukukunun Yapısı, Güray Matbaacılık, İstanbul 1985.

ÖZEK Çetin, "Osmanlı'da Siyasi İktidar Din İlişkileri Düzeni", İÜHFD, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999.

UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1984.

YURTSEVEN Yılmaz, Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, 2001.

YURTSEVEN, Yılmaz, Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidarın Meşruluk Temelleri (yayımlanmamış doktora tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, 2006.

YÜCEL Yaşar, "Açış Konuşması", Mustafa Reşid Paşa ve Dönemi Semineri Bildiriler, 13-14 Mart 1985, Ankara, 1994.

HÂDİMÎ'DEN *MECELLE*'YE KÜLLÎ KÂİDELER VE OSMANLI'DA SOYUT HUKUKA GEÇİŞ ÇABALARI

Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK

Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Özet

Hukukta soyutlama, tek bir durum için değil, aynı özelliği gösteren her durum için geçerli kural ve kavramların var edilmesidir. Soyutlama bir anlamda kavramlaştırma, tanımlama ve hatta kanunlaştırmadır. Hukuk prensipleri ve kanunlar temelde milletlerin örf ve adetlerinden soyutlanarak elde edilir. İslam hukukunda ise bunlarla birlikte İslam kaynakları öncelenerek elde edilmiştir. Daha üst soyutlama olan kaideler (*kavâid-i külliye*/maxims) milletlerin ortak aklının ya da akl-ı seliminin bir tezahürüdür. İslam hukuk tarihinde soyutlama Ebû Hanîfe'nin kurucu işlemiyle başlamıştır. O, naslardan soyutlama yaparak tümele ulaşmış (*istikrâ*), ardından bunu tikellere uygulamıştır (*istintâc*). Hanefi mezhep mekanizmasının iç işleyiş ve tutarlılık denetim araçları olan asıllar (*el-asl* / *usûlü'l-mezheb*) füru fıkhın soyutlanmasıyla elde edilen rasyonel hukuk prensipleridir. İkinci soyutlama, fıkıh usulünün ortaya çıkışı ile nazari bir yöntemin doğmasıyla gerçekleşmiştir. Üçüncü soyutlama ise ikinci klasik dönemin ileriki zamanlarında küllî kâidelerin tarih sahnesindeki yerlerini almalarıyla meydana gelmiştir. Bunun bir örneği de *Mecâmi'* adlı usul eserinin sonuna küllî kaideleri ekleyen Ebû Said Hâdimî'dir. Hâdimî, kendinden önceki dönemin sorunlarıyla ilgilenmesi ve kendinden sonraki döneme etkisi bakımından kritik bir yere sahiptir. Meşhur *Mecelle* adlı kanun metninin girişindeki 99 küllî kâidenin 67'si Hâdimî'nin *Mecâmi'* adlı fıkıh usûlü eserine dayanmaktadır. Modernleşme döneminde Mekteb-i Hukuk'ta *Mecelle*'nin daha iyi anlaşılması için müfredata *Mecelle* ile birlikte *Mecâmi'* konulmuştur. *Mecâmi'*in önemi, örf, *siyâset-i şer'iyye* ve *kavâid-i külliye* (soyut hukuk) arasındaki ilişkide saklıdır. Nitekim Hâdimî'nin kaidelerinin bir kısmı siyâsetle ilgilidir. Bu eser Osmanlı dönemi fıkıh usûlü çalışmalarına yeni bir ivme kazandırmıştır. Mecelle'nin girişine konulan 100 külli hukuk kuralı hâkimlere hukuk nosyonu sağlama, diğer normatif hükümlerin fıkhın bütünlüğü içinde daha iyi anlaşılmasına yardımcı olma amacı yanında hukukun soyut boyutuna da işaret olarak yorumlanabilir.

Anahtar kelimeler: İslam hukuku, *Mecelle*, Hâdimî, küllî kâide, soyut hukuk.

Giriş

Bu araştırma, İslâm Hukukunun teorik boyutu olan fıkıh usûlünü (hukuk felsefesi) ve soyut hukuk düşüncesini Osmanlı'nın son iki asrındaki değişim ve dönüşümler çerçevesinde gündeme taşımayı ve bunun *Mecelle* ile irtibatına işaret etmeyi; diğer alanlar yanında hukuk alanında Anadolu'da var edilen tecrübeyi bu geleneğin önemli temsilcilerinden biri olan Ebû Saîd Muhammed

el-Hâdimî (1113/**1701**-1176/**1762**) üzerinden ele almayı amaçlamaktadır. Böylece İslam hukuk düşüncesindeki dönüşüm, Osmanlı tecrübesi de dikkate alınarak daha sağlıklı izlenebilir.

Hukukta soyutlama, tek bir durum için değil, aynı özelliği gösteren her durum için geçerli kural ve kavramların var edilmesidir. Soyutlama bir anlamda kavramlaştırma, tanımlama ve hatta kanunlaştırmadır[1]. Hukuk prensipleri ve kanunlar temelde milletlerin örf ve adetlerinden soyutlanarak elde edilir. İslam hukukunda ise bunlarla birlikte İslam kaynakları öncelenerek elde edilmiştir. Daha üst soyutlama olan kaideler (*kavâid-i külliye*/maxims) milletlerin ortak aklının ya da akl-ı seliminin bir tezahürüdür[2].

İslam hukuk tarihinde sistemli soyutlama Ebû Hanîfe'nin kurucu işlemiyle başlamıştır. O, naslardan soyutlama yaparak tümele ulaşmış (*istikrâ*), ardından bunu tikellere uygulamıştır (*istintâc*). Ebû Hanîfe'nin "eğer 'niçin' sorusu olmasaydı insanların hepsi fakih olurdu" dediği rivayet edilmiştir. Bu durumda kişiye görüşünü hangi gerekçeyle söylediği sorulunca, konu münazaraya açılmış olur ve iddiasıyla ilgili deliller değerlendirilmeye alınır[3]. Nitekim Taberî'nin (ö. 310/923) "Tuğlaları birer birer saymak yerine onları bir yığın metre ile ölçen ilk kişi Ebû Hanîfe'dir"[4] sözü onun soyutlamayı ilk yapan kişi olduğuna işaret olarak alınabilir.

Tarihi kayıtlara göre kendi zamanında Ebû Hanîfe kıyasta reis kabul edilmişti[5]. Ebû Hanîfe fıkhı kıyas temeline dayalı olarak ilk sistemleştiren kişidir[6]. Kendi döneminde Ebû Hanîfe'nin en mümeyyiz vasfı fıkhı sistemli bir şekilde hayatın tüm alanlarını kapsayacak tarzda bölümlere ayırması, re'yi yerinde kullanması ve kıyas ve istihsânı maharetle işletmesiydi[7]. Tabii ki Ebû Hanîfe'nin kullandığı kıyas, soyutlama yoluyla elde edilmiş külli kıyastı. Bâbertî, Ebû Hanîfe'nin üstünlüğünün teorik (aklî) gerekçelerini sayarken fıkıh ilmini tedvindeki önceliği ve ihtisası ile onu müşahhas hale getirmesini zikreder. Onun fıkhi meseleleri tasvir edip, onlara cevaplar verdiğini, onların sebep ve gerekçelerini (*illetler*) açıklayıp, bunlar üzerine fıkhı bina ettiğini söyler[8]. Bütün bunları Ebû Hanife'nin fıkhı kurarken rasyonel bir soyutlama yöntemi kullanarak yaptığına işaretler olarak görebiliriz.

Bütün bunların neticesi olarak Hanefi mezhep mekanizmasının iç işleyiş ve tutarlılık denetim araçları olan asılların (*el-asl* / *usûlü'l-mezheb*) füru fıkhın soyutlanmasıyla elde edilen rasyonel hukuk prensipleri olarak görülmesi mümkündür. Dolayısıyla fıkıh ilmiyle ilgili bu soyutlamalar, tutarlı işleyiş için zemin aramış ve bunun neticesi olarak düşüncenin tutarlı zemin ve sistemleri olan ekol ve mezhepler ortaya çıkmıştır. Bir diğer ifadeyle fıkhî mezhepler fıkhın rasyonel soyutlanması neticesinde ortaya çıkan sistemli yapılardır.

---

1 Galip Türcan, "Ehl-i Sünnet Kelamında Soyutlama ve Kavramsallaştırma Süreci -Ebû Hanife Örneğinde Bir Değerlendirme-" *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2016/2, Sayı: 37, s. 106-107.

2 Jeremiah Smith, "The Use of Maxims in Jurisprudence", *Harvard Law Review*, Vol. 9, No. 1 (Apr. 25, 1895), pp. 13-26. s. 13.

3 Murat Şimşek, "Nûh b. Mustafâ'nın (v. 1070/1660) ed-Dürrü'l-Münazzam fi Menâkıbi'l- İmâmi'l-A'zam Adlı Eserinin Tahkikli Neşri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2012, sayı: 19, s. 430.

4 Muhammed Hamidullah, *İmâm-ı A'zam ve Eseri*, İstanbul: Beyan yayınları, 2014, s. 44.

5 George Makdisi, Ortaçağ'da Yüksek Öğretim, çev. Ali Hakan Çavuşoğlu, Tuncay Başoğlu, İstanbul: Klasik, 2012, s. 206 (Yakut, *Mu'cemu'l-udebâ*, XVIII, 191).

6 Hasan Hanefi, *İslâmî İlimlere Giriş*, çev. Muharrem Tan, İstanbul: İnsan yayınları, 1994, s. 226.

7 Muhammed Zâhid Kevserî, *Fıkhu ehli'l-'Irâk ve hadîsühum* (thk. Abdülfettâh Ebû Gudde), Beyrut 1390/1970, s. 18.

8 Abdülaziz Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, I, 30. Bâbertî, Ebû Abdullah Ekmeleddin Muhammed b. Muhammed (v.786/1384), *en-Nüketü'z-zarîfe fî tercihi mezhebi Ebî Hanîfe*, thk. Bülle el-Hasan Ömer, Riyad 1418/1997, s. 32-33, 70.

İkinci soyutlama, fıkıh usulünün ortaya çıkışı ve bunun sonucunda nazari bir yöntemin doğmasıyla gerçekleşmiştir. Usûl-i fıkıh temelde nazarî bir bilim dalıdır ve fonksiyonu fıkhı temellendirmektir[9]. Aşağıda geleceği üzere muhtemeldir ki Hâdimî örf, kavâid-i külliye, çeşitli hukuk prensipleri ve lafız mana ilişkisine yönelik yöntemler gibi kendi döneminde hâlihazırda uygulanan konulara fıkıh usûlünde yer vererek onları temellendirmeyi ve meşru kullanım çerçevelerini belirlemeyi hedeflemiştir.

Üçüncü soyutlama ise ikinci klasik dönemin ileriki zamanlarında küllî kaidelerin tarih sahnesindeki yerlerini almalarıyla meydana gelmiştir. Nitekim küllî kâidelerin fıkıh tarihinde ortaya çıkışı sekizinci asrı bulmuştur[10].

Tahrîcü'l-usûl mine'l-fürû' (fürudan hareketle usul çıkarmak) diye ifade edilen fer'î hükümlerden kaide elde etmek şeklindeki *tahrîc yöntemi* de yukarıdaki soyutlama türlerinin pratiğe yönelik tekniği olarak görülebilir. Burada usûl ile neyin kastedildiği önemlidir. Bununla fıkıh usûlü ve usûl kaideleri kastedildiği varsayıldığında fıkıh usûlünün fürû fıkhı savunma ve tutarlılığını denetleme özelliği dikkate alındığında nispeten böyle bir ilişkinin varlığı doğru kabul edilebilir. Nitekim bir anlamda usûl, fürû meselelerin objektif ve kuramsal bir dille dayanağının tespit edilmesidir. Burada fıkıh usûlünün oluşumunda istikra metodunun kullanıldığı ima edilmektedir. Ancak bu ifade ile yukarıda zikredilen mezhebin füru hükümlerinin soyutlamasının kastedilmiş olması da muhtemeldir. Bu takdirde söz konusu ifade daha anlamlı ve reele daha yakın olacaktır. Bir diğer *tahrîc* türü ise *tahrîcü'l-fürû' ale'l-usûl* diye ifade edilen kaidelerden fer'î hüküm elde etmek anlamındaki *tahrîc*dir. Usûl-fürû ilişkisini göstermek amacıyla en yaygın kullanılan ve de klasikte temelleri bulunan ifadedir. Klasik edebiyatta başta Zencânî'nin aynı isimdeki eseri olmak üzere bu konuda yazılan diğer eserlerin, zannedildiği veya çağdaş dönemde iddia edildiği gibi fürûu, fıkıh usûlünden elde etme yöntemini öğretmek gibi bir amacı bulunmamaktadır. Bu tür eserleri bir eğitim ve telif metodu, ahkâmın delille ilişkisini gösterme, ihtilaf noktalarına işaret etme ve mezhepler arası mukayese vb. maksatlarla kaleme alınmış çalışmalar olarak görmek mümkündür. Yukarıdaki türde olduğu gibi burada da usûl kavramı ile neyin kastedildiği önemlidir. Usûl kaidesinin, küllî kaide ve hatta çoğunlukla fürû fıkha ait zabıtları içeren bir yelpazede kullanıldığı görülür. Bu tür eserlere her ne kadar usûl-i fıkha işaret eden bazı kaideler bulunsa da kanaatimizce bunlardaki "asl - usûl" kavramı zannedildiği gibi fıkıh usûlüne değil, Kerhî'nin (ö.340/952) *Risâle*'sindeki fürû fıkhı üreten ve denetleyen fürû fıkıh sistematiğine işaret eden mezhep asıllarıdır[11]. İşte bunlar da birer soyutlama örnekleri olarak adlandırılabilir.

*Tahrîc*in üçüncü türü ise *tahrîcü'l-fürû' ale'l-fürû'* diye ifade edilen fer'î hükümlerden fer'î hüküm elde etmek şeklindeki *tahrîc*dir. Bâ Hüseyin bu bölümde *tahrîc*i şöyle tarif etmiştir: "İmamlardan herhangi bir görüş nakledilmemiş feri meseleler hakkında imâmların görüşlerini bilmeye kendisiyle ulaşılan bir ilimdir. Bu ise *tahrîc* yapan âlime göre, illetleri aynı olduğunda,

---

9 Temellendirme için bk. H. Yunus Apaydın, "Klasik Fıkıh Usûlünün Yapısı ve İşlevi", *Güncel Dinî Meseleler Birinci İhtisas Toplantısı* (Tebliğ ve Müzakereler), 02-06 Ekim 2002, 2004, s. 285-304.

10 Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Külli Kaideler*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2013.

11 Yakub b. Abdülvehhâb Bâ Hüseyin, et-Tahrîc 'inde'l-fukahâ ve'l-usûliyyîn, Riyad 1994/1414, s. 6, 8, 19-23, 51, 186; Ahmad Atif Ahmad, Structural Interrelations of Theory and Practice in Islamic Law: A Study of Six Works of Medieval Islamic Jurisprudence, Leiden: Brill, 2006, s. 2-3. Bu konuda değerlendirme ve tenkitler için bk. Eyyüp Said Kaya, Mezheblerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal, Tez (Doktora, yayımlanmamış), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001, s. 38; Murat Şimşek, Mezhepleşme Sürecinde Hanfilik, Tarih ve Usûl, Konya 2014, s. 55-57; H. Tuncay Başoğlu, "Tahrîc", DİA, XXXIX, 421.

hükmü benzerlerine ilhak etmek, bir hükmü imâmın söz ve mefhumlarının umumuna dâhil etmek, meseleleri onun fiil ve takrirlerinden elde etmek suretiyle ve de kendilerince muteber sayılan yöntemleri kullanarak ilgili hükümlerin şartları ve derecelerini bilmektir.[12]" Bu tür bir tahrici ayrı bölüm olarak ele almak modern dönem çalışmalar açısından bakıldığında fevkalade önemsenmesi gereken bir durumdur. Sonraki dönem ictihad ve kıyasın mezhepte daha önce soyutlanmış mesele ve kurallar üzerine yapıldığı söylenebilir.

Kavâid ile füru fıkıh arasındaki ilişkiyi de şu şekilde açıklayabiliriz. Hukukun insan davranışlarıyla ve toplumla olan sıkı ilişkisi göz önüne alındığında füru fıkhın kendi tabii seyri içerisinde yeni cereyan eden hadiselere kendi zaviyesinden çözümler üreten bir süreçte geliştiği anlaşılır. Bu gelişim "mevcut meseleyi emsal alıp ilerleme mantığıyla" ilmî teşekkülünü tamamlarken bir yandan da bu birikimi nitelik yönünden inceleme, fıkhın tamamına aynı mantığın hâkim olup olmadığını araştırma ve bu yapının temelindeki dinamikleri keşfetme yönünde arayışlar ortaya çıkmıştır. Bu da tabii olarak mezhepleşmeyi ve füru fıkıh sistematiği denebilecek meseleler arası dengeleri ve düzeni doğurmuştur[13]. Daha sonraları bu gelişme, ekol sistematiği olarak adlandırılabilecek her mezhebin bir sistematik kurguya ve paradigmaya sahip olduğu, kendilerine ait birtakım kabul ve ilkelerin bulunduğu bir yapıya doğru evrilmiştir[14]. Füru fıkıh sistematiği, fıkhın meselelerinin kendi içinde bölümlenmesi (*bâb*), bölüm içi ve bölümler arası muvazenenin sağlanması, sistemin iç denetiminin yapılması gibi özellikler taşır. Füru fıkıh içerisindeki bu sistemleşmenin en açık tezahürü kavâid literatürünün ortaya çıkmasıdır[15]. İşte bütün bu çabaları da bir bakıma soyutlama olarak değerlendirmek mümkündür.

Bilinmelidir ki Osmanlı'nın soru(n)ları İslam medeniyetinin soru(n)ları, Osmanlı'nın cevapları (çözümleri) İslam medeniyetinin cevaplarıdır (çözümleridir). 1400 yıllık İslam düşüncesinin yaklaşık yarısını temsil eden Osmanlı dönemi bilim hayatı belirli aşamalardan müteşekkildir. Tarih dönemlendirmelerinde olduğu gibi Osmanlı bilim hayatının dönemlendirilmesi de itibari olmak bakımından belirli riskler taşımaktadır. Osmanlıda 18. yy. boyunca genel durum *bunalım* hali; tavır bir *arayış* iken yöntem ve amaç ise *geçmişten hareketle geleceği kurmak* yani cedidi, kadimden üretmekti. Bunalımı daha net yaşamaya başlayan bu yüzyıl bilginleri o zamana kadarki birikime ve kullanılan yöntemlerin izah gücüne karşı şüpheler neticesinde oluşan bunalımı mevcut birikimi yeniden üretmek, tekrar sorgulamak ve kadim köklerine geri giderek yeniden dönüştürmek suretiyle çözmeye çaba gösterdiler. Ebû Said Hâdimî ve talebesi İsmail Gelenbevî'nin de yer aldığı bu dönemde aynı zamanda nazarî bir *Nizâm-ı cedîd* arayışı mevcuttu. Ancak bir sonraki yüzyıldaki siyasî beka kaygısı bu arayışın önüne geçti ve Tanzimat'la birlikte bu nazarî arayış, tatbikî çözüme dönüştü[16].

Hâdimî, Osmanlı'nın yenileşme arayışına girdiği ve özellikle ilimler açısından yeni bir formülasyona ihtiyaç duyulduğu dönemde yaşamıştır. Osmanlı'da bu kriz fark edilip klasik

---

12 Bâ Hüseyin, *et-Tahrîc*, s. 187.

13 Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2017, s. 65-67; Bilal Aybakan, "Fürû' Fıkıh Sistematiği Üzerine," *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2006/2, sayı: 31, s. 6-7.

14 H. Yunus Apaydın, "Fıkıh Usûlünün Temel Kabulleri ve Tarihselcilik," *Dinî Hükümlerin Kaymağı ve Dinî Metinlerin Anlaşılması Konusundaki Çağdaş Yaklaşımlar Çalıştayı 18-19 Aralık 2009*, *İSAM*, İstanbul 2010, s. 339-340.

15 Murat Şimşek, "Mevzû-Mebâdî-Mesâil-Gâye Bağlamında Fıkıh ve Usûlü", *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2012, sayı: 33, s. 78.

16 İhsan Fazlıoğlu, *Kayıp Halka: İslam-Türk Felsefe-Bilim Tarihinin Anlam Küresi*, İstanbul: Papersense, 2014, s. 252-261.

Osmanlı düşüncesini tekrar formüle edilerek yeniden, yaklaşık bir asır devam edecek olan, entelektüel bir faaliyete dönüştürülmesi yönünde çabalar bu dönemde artmıştır. Hâdimî, dini ilimler alanında dönemin en önemli simalarındandır.

I. Kısaca Hâdimî'nin Hayatı

Hâdimî bir Osmanlı âlimi, fakih ve mutasavvıftır. Tam adı Ebû Sa'îd Muhammed (Mehmed) b. Mustafa b. Osman el-Huseynî el-Hanefî en- Nakşibendî el-Konevî el-Hâdimî'dir. 1113 (1701) yılında Konya-Hâdim'de doğdu. Babası müderris Fahrürrûm Mustafa Efendi'dir. Buhara'dan göç ederek Anadolu'ya yerleşen ailesinin soyu Hz. Peygamber'e ulaşmaktadır. 1701-1712 tarihleri arasında Hâdim'de yaşadı. Bu esnada babasından eğitim gördü. 1712-1718 tarihleri arasında ise Konya Karatay Medresesi'nde tahsilini sürdürdü. 1718-1725 tarihleri arasında İstanbul'da Tokat/Kazovalı (Kazâbâdî) Ahmed Efendi'nin medresesinde üst düzeyde eğitim aldı. Ardından Hâdim'e döndü ve 1725-1762 tarihleri arasında Hâdim Medresesi'nde ders verdi ve tasavvufî irşad faaliyetlerinde bulundu. Bu süre zarfında 1732 yılında Hacı Beşir Ağa (ö. 1159/1746) vasıtasıyla Sultan I. Mahmud zamanında (1730–1754) padişah tarafından *Huzur dersi*ne davet edildi. Ayasofya'da bir konuşma yaptı. 1743 yılında ise hac yolculuğuna çıktı ve bu seyahati esnasında Şam, Mean, Tebük, Ula, Vadilkurâ, Medine ve Mekke şehirlerinde bulundu ve buradaki âlimlerle ilmi müzakereler gerçekleştirdi. Hâdimî, 37 yıllık tedris hayatı boyunca yüzlerce öğrenci yetiştirdi. Bunlardan 72'sinin bizzat isimleri bilinmektedir. Öğrencileri arasında İsmâil Gelenbevî (ö. 1205/1791), Gözübüyükzâde İbrâhim Efendi (1747-1838), Muhammed b. Süleyman Kırkağâcî (ö.1287/1870-71), Hâfız Hasan Üskübî ve kendi oğulları Said, Abdullah, Mehmed Emin, Nûman gibi âlim ve müderrisler bulunmaktadır. 1176 (1762) yılında Hâdim'de vefat etti ve kasabanın batısındaki Hâdim Mezarlığı'na defnedildi[17].

II. Hâdimî'nin Etkileri

18. asrın başında Osmanlı düşüncesinde yeni bir arayış fikrinin doğuşuna öncülük yapan önemli mütefekkirlerden biri şüphesiz Ebû Saîd Muhammed el-Hâdimî'dir. O, kendi döneminde İslam coğrafyasında var olan zihinsel ve sosyal krizlere dinin sahih yorumu üzerinden çözümler sunmaya çalıştı. Bu bağlamda eser telifi, eğitim ve öğretim faaliyetleri, vaaz ve irşat hizmetleriyle ve doğrudan tasavvuf yöntemini kullanarak geleneğin devamını sağladı. Hâdimî'nin akademik kariyerine, yöneticiler ve kurumlarla kurduğu ilişkiler ağına ve günümüze uzanan tesirlerine bakıldığında bu durum daha belirgin görülecektir. Nitekim onun kaleme aldığı bir eser (*Mecâmi'*) kısa zaman içinde Osmanlı Medreselerinde üst düzey bir ders kitabı olarak okutulmuş, yetiştirdiği talebeler kısa sürede dönemin eğitim kurumlarında ve bürokratik basamaklarında etkili olmuştur. Meşhur *Mecelle* adlı kanun metninin girişindeki 99 küllî kâidenin 67'si Hâdimî'nin *Mecâmi'* adlı usûl eserine dayanmaktadır. Hâdimî'nin dinî düşüncede yaşanan kriz ve karmaşaya

[17] Hayatı hakkında bk. Yaşar Sarıkaya, *Ebû Said el-Hâdimî: Merkez ile Taşra Arasında Bir Osmanlı Âlimi*, İstanbul: Kitap Yayınevi, 2008, s. 264-265; Kâşif Hamdi Okur, *Osmanlılarda Fıkıh Usûlü Çalışmaları: Hâdimî Örneği*, İstanbul: Mizan Yayınevi, 2010, s. 100-102, 196- 199; Halil İbrahim Şimşek, *Muhammed Hâdimî: Hayatı, Eserleri ve Tasavvufî Görüşleri*, Konya: SADAV, 2010, s. 60-77; Hasan Özer, Mehmet Çaba, "Ebû Saîd Hâdimî ve Vezâifü'l-mevtâ Adlı Eserinin Tahkik ve Tercümesi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Konya 2009, sy. 13, s. 393-399; Mustafa Yayla, "Hâdimî, Ebû Saîd", *DİA*, XV, 25-26.

yönelik çözümleri, İslâm düşüncesini Kelam–Fıkıh–Tasavvuf ekseninde ele alması; geleneğe aykırı düşünen kişilerle olan münazaraları ve yenilik ile gelenek arasında kurduğu denge, bugün de üzerinde çok yönlü düşünülmesini gerektiren hususiyetlerdendir.

Hâdimî, Osmanlıda patlak veren *Kadızâdeliler* düşüncesinin kendine dayanak yaptıkları Birgivî'nin (ö. 981/1573) *Tarîkati'l-Muhammediyye*'sini *el-Berîkatü'l-Mahmûdiyye* adıyla şerh ederek krizi kadimden hareketle çözmeyi denedi. Özellikle kendi döneminde klasik yöntemlere karşı ortaya çıkan güven bunalımının aşılmasına yönelik eserler yazarak ve talebeler yetiştirerek çaba sarf etti. Bu gayretinin meyvesi ise vefatından yaklaşık yüz küsur yıl sonra *Mecelle* hazırlanırken ortaya çıktığı gibi, fıkıh usûlü alanındaki tesirinde de açıkça görüldü. Ahmed Cevdet Paşa'nın Maârif Nâzırı olduğu dönemde Mekteb-i Sultânî bünyesinde bir hukuk mektebi açılmıştı (1290/1873). *Mecelle*'nin daha iyi anlaşılması için Hukuk Mektebi müfredatına fıkıh usûlü dersi de konmuştu. Fıkıh usûlü dersini okutma görevi ise Şirvanlı Ahmed Hamdi Efendi'ye (ö. 1307/1889) verilmişti. Derste okunacak metin olarak da Hâdimî'nin *Mecâmi'* adlı eseri seçilmişti. Ahmed Hamdi Efendi hukuk öğrencilerinin istek ve ısrarı üzerine bu eseri *Levâmi'u'd-dekâik fî tercemeti Mecâmi'i'l-hakâik* (İstanbul 1293) adıyla Türkçeye çevirmiştir. *Levâmi'*, o dönemde Mekteb-i Sultânî müdürü olan Sava Paşa (1832-1904) tarafından masrafları mektep hesabından karşılanarak bastırılmıştır. *Mecâmi'*, ayrıca Hanîf İbrâhim Efendi (ö. 1217/1802) tarafından *Tercüme-i Mecâmi' fi'l-usûl* adıyla Türkçeye tercüme edilmiştir[18].

III. Hâdimî'de Usûl, Örf ve Kavâid

Fıkıh usûlü alanında hazırladığı "*Mecâmi'*, modernleşme dönemi öncesi klasik usûl anlayışına göre Anadolu coğrafyasında telif edilmiş ve yaygın kabul görmüş olan son metindir." Osmanlı medreselerinde usûl eğitiminin başlangıç ve orta seviyelerinde takip edilen bir ders kitabı niteliği de taşımaktadır. Klasik usûl konularına ilaveten küllî kaidelere yer vermesi ve ifta ve taklitle ilgili meseleleri ele alması ona ayrıcalıklı bir konum sağlamıştır. Modernleşme döneminde Mekteb-i Hukuk'ta *Mecelle* ile birlikte *Mecâmi'* okutulmaya başlanması Osmanlı dönemi fıkıh usûlü çalışmalarına yeni bir ivme kazandırmıştır[19].

Hâdimî'nin fıkıh usûlü anlayışının en mümeyyiz vasıflarından biri örf ve teamül meselesine yer vermesidir. Modern dönemde yazılan fıkıh usûlü kitaplarının aksine, klasik fıkıh usûlü eserlerinde özellikle de Hanefi usûl kaynaklarında örf, müstakil bir delil olarak zikredilmez. Burada temel birkaç nokta vardır. Öncelikle örf, füru fıkhın konusu olup kaynak olmak bakımından usûle konu yapılmamıştır. İkinci olarak örf genellikle *icma*, bazen de *istihsân* bahsinin tali bir konusu olarak usûl eserlerinde yer bulabilmiştir. Üçüncü ve en önemlisi ise *kurucu ictihadlar*ın yapıldığı dönemde *küllî nitelik taşıyan örf* (*teâmül*), sükûtî icma çerçevesinde itibara alınmış, *ictihad dönemi dışında* gerçekleşen *genel teamül* ise sadece nassın bulunmadığı durumlarda geçerli görülmüş, bölgesel (özel) teâmüller ise hükme dayanak sayılmamıştır[20].

Hâdimî, *Mecâmi'*inde örfle ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapar:

İctihad dönemindeki teâmül şayet *küllî* bir nitelik taşıyorsa bu, amelî (ve sükûtî) bir icmâdır. Eğer bölgesel bir nitelik taşıyorsa bazılarına (Belh meşâyıhına) göre bu da ameli bir icmâdır.

[18] Okur, *Hâdimî Örneği*, s. 97-100; Yaşaroğlu, "Mecâmi'u'l-hakâik", *DİA*, XXVIII, 217.
[19] Okur, *Hâdimî Örneği*, s. 15-16.
[20] Okur, *Hâdimî Örneği*, s. 129-132.

Kuvvetli görüşe göre ise bölgesel teâmül, amelî bir icmâ olarak değerlendirilemez ve nassın bulunmadığı hususlarda muteber olur. *İctihad döneminin dışında* gerçekleşen *genel teâmül* de aynı şekilde nassın bulunmadığı hususlarda geçerlidir. Bundan dolayıdır ki fukaha "Nâsın isti'mâli bir hüccettir." ve "Örfen ma'rûf olan, şart kılınmış gibidir." dediler. Ebû Yûsuf'tan nakledildiğine göre *ictihad döneminin dışında* gerçekleşen *genel teâmül*, örfe dayalı olan bir nassın karşısında muteberdir. Buğdayın ağırlık ölçüsüyle tartılarak satılmasının örf haline gelmesi bunun örneğidir. Ancak temel kural şudur: "Geçerli olan, ictihad zamanına mukarin ve ondan önce gerçekleşmiş olan örftür, sonradan oluşan örf değildir." Özel örfe gelince buna dayanarak genel bir hüküm verilemez. Mamafih özel örfe dayanarak genel bir hüküm verilebileceğini savunanlar da vardır[21].

Örfü, *şer'î içtihad*ın değil, *siyâset-i şer'iyye* olan *örfî içtihad*ın temeli olarak görmek gerekir ki fukaha, siyâset kapsamındaki düzenlemeleri şeriatın doğrudan düzenlediği alanlardan ayrı tutmuş, bunların teorik olarak şeriatın küllî ilkelerine aykırı olmaması, mevcut özel düzenlemelerle doğrudan çelişmemesi gerektiğini beyan etmiştir. Örf ve maslahata dayalı siyâset, şeriatın alternatifi olmayıp, fıkhın kendine özgü yöntem ve teknikleriyle ulaşamadığı boşlukları doldurması, çözemediği problemleri çözmesi yönüyle belki bir disiplin olarak fıkhın yardımcısı veya tamamlayıcısı olarak görülmelidir[22].

Hâdimî'nin usûl eserinin sonunda fıkıh kaidelerine yer vermesini sırf döneminde yer alan telif alışkanlığı olarak görmek doğru olmaz. Ki dönemi fıkıh usûlü eserlerin çerçevesinde örf, maslahat, örfî ictihad, siyâset ve soyut hukuk kavramları çerçevesinde konunun tahlili gerekmektedir. Bu ilişki, tarihi süreç bağlamında ortaya konulmadan yapılmak istenenin isabetli anlaşılması güçtür. Şunu da ifade etmek gerekir ki Hâdimî, *ihtiyat* merkezli bir fıkıh anlayışına sahipti. Daha da önemlisi "*Ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz*" (*Mecelle*, md. 39) kaidesi fıkıh literatürüne özellikle de *Mecelle*'ye onun sayesinde dâhil oldu[23].

Hâdimî'nin *Mecâmi'*de ele aldığı ve klasik usûllere göre konu dağılımı bakımından önem atfederek kısmen detaylı incelediği meselelere bakıldığında yaşadığı dönemin de (*geçmişten hareketle geleceği kurmak düşüncesi*) etkisiyle fıkıh usûlünden hareketle *nazariyattan tatbike* yönelik bir yöntemi arzuladığı görülür. Mesela eserde Kur'ân, sünnet, icma ve kıyastan müteşekkil dört asıl delile raci olarak değerlendirdiği ve daha fazla olabileceğini de işaret ettiği 17 adet *hukuk prensibi*ni dört delilin ardından saymıştır. Bunlar, şer'u men kablenâ, teharrî, örf, teâmül, istıshâb, zahir ya da azhar olanla amel, ihtiyat, kur'a, sahabî görüşü, kibâr-ı tâbiî görüşü, istihsan, asıl ile amel, kâide- i külliye, ma'kûlu'n-nass, şehâdet-i kalb, tahkîm-i hâl ve umum-ı belvâdır. Bu konuların çoğu fıkıh usûlünden ziyade hukukun uygulanmasına yönelik hukuk prensipleri ve tercih yöntemleri olarak görülebilir. Ayrıca Arap dilinde kullanılan harflerin (edat) anlamı üzerinde detaylı durması ve de teâruz ve tercih konusunu hemen bütün ihtimalleri zikredecek şekilde detaylıca işlemesi yine tatbike yönelik kaygısına bir işaret olarak anlaşılabilir. Son olarak da eserin hâtimesini küllî kaidelere ayırması, hem fıkıh eğitimine katkı sağlama, hem usûl-füru arasındaki ilişkiyi kuvvetlendirmeye matuf olabileceği gibi daha da önemlisi usûl-i fıkıh üzerinden "*soyut hukuk düşüncesi*"ne geçişe bir işaret olarak değerlendirilebilir. Hâdimî'nin kavâid

[21] Ebû Said el-Hâdimî, *Mecâmi'u'l-hakâik ve'l-kavâ'id*, İstanbul: Matbaa-yı Âmire, 1303, 29; Mustafa Hulusi Güzelhisârî, *Menâfi'u'd-dekâik fî şerhi Mecâmi'i'l-hakâik*, İstanbul: Matbaayı Âmire, 1273, s. 219-220; Okur, *Hâdimî Örneği*, s. 132.

[22] H. Yunus Apaydın, "Siyâset-i Şer'iyye", *DİA*, XXXVII, 301.

[23] Okur, *Hâdimî Örneği*, s. 90.

konusundaki katkısı ayrıca fıkhi esasları kaide kalıbında ifade etmedeki yani formülasyonundaki başarısında da görülmektedir.

Hâdimî, küllî kâideleri oluştururken, kendisinde önce telif edilmiş bu tür eserlerden istifadenin yanı sıra bizzat kendinin formüle ettiği kaidelerden altısına *Mecelle*'de yer verilmiştir. Bu kaideler şunlardır: "'Alâ hilâfi'l-kıyâs sabit olan şey, sâire makîsun aleyh olamaz." (*Mecelle*, md. 15); "Âdeten mümteni olan şey, hakikaten mümteni gibidir." (*Mecelle*, md. 38); "Bir şeyin umûr-ı bâtınada delili ol şeyin makamına kâim olur." (*Mecelle*, md. 68); "Senede müstenit olan ihtimal ile hüccet yoktur." (*Mecelle*, md. 73); "Bi- kaderi'l-imkân şarta mürâat olunmak lâzım gelir." (*Mecelle*, md. 83); "Bilâ- sebeb-i meşru birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi câiz olmaz." (*Mecelle*, md. 15)[24].

IV. *Mecelle*'nin İçeriği[25]

Mecelle, bir mukaddime ile 16 bölümden (kitap) oluşan 1851 maddelik kanun metnidir. Mukaddime, birincisi fıkhın tanımına ait olmak üzere artı 99 küllî kaideden oluşmaktadır. Aşağıda Ek-1'de *Mecelle* heyeti tarafından düzenlenen tutanak özet halinde sadeleştirilerek bir fikir vermesi amacıyla eklenmiştir.

Mecelle'nin ana bölümleri şunlardır:

Birinci Kitap	: Büyû' (md. 101-403)
İkinci Kitap	: İcârât (md. 404-611)
Üçüncü Kitap	: Kefâlet (md. 612-672)
Dördüncü Kitap	: Havâle (md. 673-700)
Beşinci Kitap	: Rehin ve Vedî'a (md. 701-761)
Altıncı Kitap	: Emânât (md. 762-832)
Yedinci Kitap	: Hibe (md. 833-880)
Sekizinci Kitap	: Gasb ve İtlâf (md. 881-940)
Dokuzuncu Kitap	: Hacr, İkrâh, Şuf'a (md. 941-1044)
Onuncu Kitap	: Şirket (md. 1045-1448)
Onbirinci Kitap	: Vekâlet (md. 1449-1530)
Onikinci Kitap	: Sulh ve İbrâ (md. 1531-1571)
Onüçüncü Kitap	: İkrâr (md. 1572-1612)
Ondördüncü Kitap	: Da'vâ (md. 1613-1675)
Onbeşinci Kitap	: Beyyinât ve Tahlîf (md. 1676-1783)
Onaltıncı Kitap	: Kazâ' (md. 1784-1851)

Mecelle Heyeti: Ahmet Cevded Paşa dışında *Mecelle*'yi hazırlayan heyet içindeki hukukçular ve hazırladıkları bölümler şunlardır:

[24] Necmettin Azak, "Ebû Saîd el-Hâdimî'nin Mecâmi'u'l-Hakâik Adlı Eserindeki Kavâid-i Külliye'nin İslâm Hukukunun Temel Kaideleri İçindeki Yeri ve Önemi", Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Sakarya Üniversitesi, 2010, s. 105.

[25] Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, İstanbul: Hikmetevi yy., 2017, 10. Baskı, s. 243-244, 247.

1. Filibeli Halil Efendi (1805-1888) (1, 2, 5-8. Kitaplarda),
2. Seyfettin İsmail Efendi (ö. 1882) (1-8, 10-16. Kitaplarda),
3. Şirvânîzâde Ahmed Hulusi Efendi (ö. 1989) (1-5, 9-16. Kitaplarda),
4. Ahmed Hilmi Efendi (ö. 1888) (Bütün kitaplarda),
5. Bağdatlı Muhammed Emin Efendi (ö. 1891) (1-4. Kitaplarda)
6. İbn Âbidinzâde Alaeddin Efendi (ö. 1889) (1-5. Kitaplarda),
7. Gerdankıran Ömer Hulusi Efendi (ö. 1875) (5-8. Kitaplarda),
8. Kara Halil Efendi (1804-1880) (7-16. Kitaplarda),
9. İsâ Ruhî Efendi (ö. 1880) (sadece 5. Kitapta),
10. Yunus Vehbi Efendi (1837-1913) (5-8. Kitaplarda),
11. Abdullâtif Şükri Efendi (6-8. Kitaplarda),
12. Ahmed Hâlid Efendi (ö. 1882) (6-16. Kitaplarda),
13. Karinâbadî Ömer Hilmi Efendi (1842-1889) (13-16. Kitaplarda),
14. Abdüssettar Efendi (ö. 1887) (14-16. Kitaplarda).

V. Sonuç Yerine: Hâdimî, Kavâid-i Külliye ve Mecelle İlişkisi

Hâdimî'nin soyutlamaya yönelik çabaları üç alandaki vurgusunda gizlidir. Bunlardan (1) ilki fıkıh usûlü içerisinde hukukun uygulanmasına yönelik hukuk prensipleri ve tercih yöntemlerine vurgusudur. Bunlar çözüm vasıtası olarak zikredilen soyut prensipler olarak görülebilir. Ki burada bir prensip olarak kavâid-i külliyeyi de saymaktadır[26]. (2) İkincisi ise örfe vurgusudur[27]. Nitekim örfün fıkhî hükümlerin uygulanmasındaki rolleri soyut kural elde etme faaliyeti ve kuralın somut olaylara uygulanması ile ilgili olanlar şeklinde iki tarz olur. (a.) Soyut kural elde etme faaliyeti, ilk fonksiyonu bir fıkıh doktrinine bağlı olarak olaylara çözüm üretme (*tahrîc*) durumunda bulunan fakihlerin örfe dayalı fıkhî sonuçları yeni örflere göre gözden geçirmeleri suretiyle ortaya çıkar. Örfün bu anlamdaki rolü, soyut hukuk kuralları olan örfle ilgili kavâid-i külliye ile yakından alakalıdır. Özelikle zamanın değişmesiyle hükümlerin değişmesinin inkâr edilemeyeceği kuralı buna işaret eder. Bu ihtiyacın kurucu devir ictihadları bakımından durumu ile sonraki dönemlerdeki durumuna Hâdimî tarafından işarette bulunulmuştur. Yukarıda da mevzubahis edildiği üzere *kurucu ictihadlar*ın yapıldığı dönemde *küllî nitelik taşıyan örf* (*teâmül*), sükûtî icma çerçevesinde itibara alınmış, *ictihad dönemi dışında* gerçekleşen *genel teamül* ise sadece nassın bulunmadığı durumlarda fonksiyonel olmuş, bölgesel (özel) teâmüller ise hükme dayanak teşkil edecek derecede görülmemiştir. Buna örnek olarak ise Ebû Yûsuf'un hâkimlik yapması ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin esnafla temas halinde olması, toplumun örf ve âdetlerinden haberdar olmaları ve buna bağlı olarak gerektiğinde yeni örflere göre önceki çözümlerde değişiklik yaptıkları kaydedilmiştir. (b.) Bir hukuk kuralının somut olaylara uygulanması durumunda ise hâkimin hukuki olay veya sonucun takdiri esnasında, buna ilaveten ikrar, talak, yemin ve vakıf gibi konularda ilgililerin irade beyanlarını yorumlarken ve de muhâkeme usul hukukunda tarafların delillerini değerlendirirken örf ve adetler özel bir öneme sahiptir[28]. Tabidir ki şer'î amelî meselelerin ilgili delillerden hareketle soyut hükümlerinin belirlenmesiyle yetinilmeyip bu

[26] Hâdimî, *Mecâmi'*, s. 2.
[27] Hâdimî, *Mecâmi'*, s. 29.
[28] İbrahim Kâfi Dönmez, "Örf", *DİA*, XXXIV, 90.

hükümlerin hayat olaylarına sağlıklı biçimde uygulanabilmesi için maddî olgu analizleri yapılarak bunlara dayalı teorik esaslar tespit etme yönüne gidilmesi gerekmektedir[29]. Bu konuda Ali Himmet Berki tarafından *Hukuk Mantığı ve Tefsir: Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar* (Ankara 1948) adlı eser kayda değerdir. Nitekim kavâid bir anlamda "hukuk mantığı" terimini de ifade etme potansiyeline sahiptir. (3) Üçüncüsü ise *Mecelle*'ye kadar uzanan bir küllî kâide vurgusudur.

Zamanla değişen hayat şartları (özellikle *fesâd-ı zaman*) açısından fıkhın kuşatıcılığı sorunu Osmanlı 19. Yüzyılında kendini açıkça gösterdi. Tanzimat sonrası Osmanlı uleması muhafazakâr bir tavır takınırken, bürokrat, idareci ve aydınların değişimden yana tavır aldıkları görülür. Aslında bu sorun doğrudan fıkhın (hukukun) sorunu değildi. Tüm müesseseleriyle devletin zayıflaması fıkhı da etkiledi. Çünkü Osmanlıda devlet fıkıhla ayakta durur ve fıkhı ayakta tutardı. Tanzimat sonrasında ortaya çıkan ve rolleri net olmayan aydın sınıfı, hem devlet hem de halk nezdinde rolü belli olan ulemanın alanını daralttı. Fıkhın klasik tarihi kanunlaştırma tarzı bir tedvine karşıydı. *Mecelle* konusunda ise o çağdaki ulema genel itibariyle sessizliğini korudu. Fıkhın geleneksel yapısına uymayan böyle bir modern İslam hukuku üretmek de pek kolay iş değildi. Çünkü bu, klasik fıkıh yapma biçimini değiştirmekteydi. Nitekim kayıtlara göre geleneksel muhalefetin etkisiyle olsa gerek II. Abdülhamid Hân'ın Mecelle çalışmalarına son verdiği bilinmektedir. Padişah onayıyla Osmanlı topraklarında uygulamaya konulan *Mecelle* Cumhuriyet döneminde kaldırılıncaya kadar yürürlükte kaldı. Buna rağmen *Mecelle*, Batı hukukunun Osmanlıya sızmasına engel olamadı. Yine de Osmanlı bürokratları ve değişim talep eden aydınlar ile geleneksel ulema arasında bir uzlaşı işlevi gördü. Kavâidle ilgili içerik analizine gelince *Mecelle*'nin mukaddimesinde yer alan ilk 100 madde, hâkimlerin konuyu kavramalarına yardımcı olma, sonraki bölümlerdeki maddelerin temelini oluşturma fonksiyonu yanında son dönem Osmanlı devletinde *resmi fıkıh anlayışı*nın özlü biçimde ifadesini yansıtmaktadır. Maddelerin yarıdan fazlası siyaset, fıkıh ve değişim üzerinedir[30].

Belgesay'ın tespitlerine göre *Mecelle*'de yer alan kanun maddeleri kazuistik (meseleci yani münferit olaylara uygulanması mümkün) olması ve değişen zamana uyumu konularında eleştirilmiş olmakla birlikte bunun aksine küllî kâideler tabii hukuka ve modern hukukun uzun tartışmalar sonucu ulaştığı prensiplere uygun addedilmiştir. Nitekim *Mecelle*'yi hazırlayanlar da bu küllî kâideleri müsellemattan saymışlardır. Yani bunları, ispata ihtiyaç duyulmayan; köklü adetlerle, alışılan batıl zihniyetle anlayışları kararmamış, belirli bir fikir ve kanaatin veya hasis menfaatlerin esiri olmayan her akl-ı selimin kolayca ve biraz düşünmekle kabulde tereddüt etmeyeceği gerçekler olarak ifade etmişlerdir. Nitekim günümüz modern hukukunun önemli bir kısmının da *Mecelle*'nin müsellemattan saydığı kaidelere dayandığı söylenebilir. Bununla birlikte *Mecelle*'nin bu 99 maddesinin günümüzde ulaşılan hukuk prensipleri ve felsefi birikimler çerçevesinde öğrenilmesi, hukuk öğrencilerinin modern hukuku daha çabuk kavramalarına yardımcı olacaktır[31].

Bütün bunlarla birlikte dünyadaki herhangi bir hukuk sistemi için temel oluşturabilecek derecede soyut kuralların, dönemin ilgilileri tarafından taşıdıkları esneklik ve değişime kabiliyeti bakımından tercih edilmiş olma ihtimali ve bunun neticesi olarak araçsal bir işleve indirgeme

[29] İbrahim Kâfi Dönmez, "Sebep", *DİA*, XXXVI, 247.

[30] Bk. Recep Şentürk, "Fıkıh ve Sosyal Bilimler Arasında Son Dönem Osmanlı Aydını," *İslâm Araştırmaları Dergisi*, 2000, sayı: 4, s. 133-171.

[31] Mustafa Reşit Belgesay, "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 12, Sayı 2-3 (1946), s. 564.

arzusu taşıması bakımından eleştirilmiştir[32]. Dolayısıyla Osmanlı son dönem aydınları fıkıh usûlünü gördükleri gibi hatta ondan daha önce küllî kâideleri "hukuk/fıkıh üretin aracı" olarak görme eğiliminde olmuşlardır.

Kanaatimizce küllî kâidelerin klasik fıkıh literatüründeki yerini, hem tarihi süreci hem de günümüzdeki durumu açıklayan bir metafor ile şu şekilde ifade edebiliriz: İç içe geçmiş üç daire düşünelim. İçteki en dar daire Kur'ân ve sünnetin (nass) doğrudan düzenlediği sınırlı alanı ifade eder. Onu çevreleyen ikinci ve ona göre çok daha geniş olan daire ise fıkhın doğrudan düzenlediği alanı ifade eder. Yani burada Ebû Hanîfe'nin sistem ve tasnifiyle gelişen taharetten mirasa klasik fıkıh ilminin konuları yer alır. Tabii ki burada değişime açık bir saha bulunmaktadır. Mesela ceza hukuku hükümleri fıkıh kitaplarında doğrudan düzenlenmiş olduğu halde asırlara ve şartlara göre uygulanışı ve *tazir* ile ilgili bölümler şer'î ictihad ile birlikte örfî ictihadla düzenlenmiştir. Buna Osmanlı uygulamasını örnek verebiliriz. Üçüncü ve en geniş halka ise yukarıda sayılan, doğrudan düzenlenmiş alanın dışında kalan devlet, siyaset, örf ve sosyal hayat konularından müteşekkildir. Burada doğrudan şer'î ve fıkhî düzenlemeler yer almadığı için maslahat, örf-âdet ve kavâid-i külliyeye dayanan örfî ictihad (*örfî hukuk*) ilkelerine göre düzenlenecek konular yer almaktadır. Ki buna *siyâset-i şer'iyye* denir[33]. Burada tek bir ilke vardır, nassların ve fıkhın doğrudan düzenlediği alanla çelişmemek. Tabii ki evrensel ahlak ilkeleri, insani değerler ve adalet gibi ilkeler hiçbir zaman geçerliliğini yitirmez. İşte *Mecelle*'nin mukaddimesinde söz konusu olan kaideler Osmanlı'nın hukuk anlayışını ve politikasını yansıtan ilkelerdir. Nitekim Hâdimî'nin *Mecâmi'*inin hâtimesinden yararlanılarak *Mecelle*'ye konulan bazı maddelerin siyasetle yakından ilgili olduğu açıkça görülmektedir[34]. Bazıları şunlardır: "*Râiyye yani teb'a üzerinde tasarruf maslahata menuttur*" (*Mecelle*, md. 58); "*Masiyette sultana itaat yoktur; marufta itaat vardır*" (*Mecâmi'*, md. 121); "*Kâdînin emri, şer'a muvafık olmadıkça geçerli olmaz*" (*Mecâmi'*, md. 120); "*Velâyet-i hâssa velâyet-i âmmeden akvâdır*" (*Mecelle*, md. 59); "*İnsanın sırf kendine ait hakta tasarrufta bulunması, komşusuna zarar vermemek şartıyla sahih olur*" (*Mecâmi'*, md. 43); "*Mubah fiiller başkasına eza etmemek şartıyla mubah olur*" (*Mecâmi'*, md. 25); "*Gayrın mülkünde tasarrufla emretmek bâtıldır*" (*Mecelle*, md. 95); "*Mazlum, başkasına zulmedemez*" (*Mecâmi'*, md. 135); "*Zulmün kaldırılması vaciptir; onaylanması haramdır*" (*Mecâmi'*, md. 82); "*Ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz*" (*Mecelle*, md. 39)[35].

Burada temas edilmesi gereken bir diğer konu *Mecelle*'nin, Osmanlı diğer kanun tercümelerinde olduğu gibi Fransız kanun yapma tekniğine göre hazırlanmış bir medeni kanun olmasıdır. Burada sorun, hangi hukuk sisteminin esas alınıp takip edileceğidir. Daha açık ifadeyle Kıta Avrupası hukuk sistemine mahkûm muyuz? Bu konuda maalesef bütün İslam dünyasında olduğu gibi ülkemizde de büyük bir yanılsama ve ön kabul bulunmaktadır ki o da fıkhı daima Kıta Avrupası hukuk sistemiyle mukayese etmek hatta o elbiseyi fıkha giydirmek çabasıdır. Hâlbuki dünyada farklı hukuk sistemleri de bulunmaktadır. Belki de Anglosakson veya Anglo- Amerikan hukuk sistemi klasik fıkıh sistematiğine daha uygundur. Bütün bunlarla birlikte kanaatimizce fıkıh eğitiminde ve her türlü fıkıh faaliyetinde, fıkhın kendi sistematiği

[32] Okur, *Hâdimî Örneği*, s. 217-218.

[33] Bu konuda detaylı bilgi ve tablolar için bk. Necmettin Azak, "Ebû Saîd el-Hâdimî'nin Mecâmi'u'l-Hakâik Adlı Eserindeki Kavâid-i Külliye'nin İslâm Hukukunun Temel Kaideleri İçindeki Yeri ve Önemi", s. 82-105; Orhan Çeker, "Ebû Saîd Muhammed el-Hâdimî'nin Mecâmi'u'l-Hakâik Adlı Eseri", *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1998, sayı: 8, s. 43-52.

[34] Bk. Apaydın, "Siyâset-i Şer'iyye", *DİA*, XXXVII, 301.

[35] Kaideler için bk. Hâdimî, *Mecâmi'*, s. 44-47; ayrıca bk. EK 2.

korunmalıdır. Gerek materyal ve gerekse ahkâm üretimi bunun üzerinden yapılmalıdır. Nitekim hâkim değerler dizisinin dayattığı Avrupa merkezci hukuk sisteminin kamu-özel hukuk ayrımına göre fıkhın yeniden tasarlanmaya kalkışılması halinde fıkıhta bazı hukuk alanlarının zayıf kaldığı gibi yanıltıcı bir yargıya götürebilir.

Burada *Mecelle*'nin fıkıh tarihinde bir dönüm noktası olarak yol açtığı bazı önemli negatif sonuçlara da işaret etmek uygun olur. Öncelikle bütün bu olumlu yönleriyle birlikte Osmanlı son döneminde açılan Hukuk mektebi klasik ulemanın, hukuk kodu *Mecelle* ise klasik fıkıh yapma biçiminin tasfiyesine neden oldu. *Mecelle*, Hanefi kaynaklara bağlı bir şekilde hazırlanmış olsa da sonrasında bu yolu takip eden modern İslam hukuk düşüncesi mezhep temelli yaklaşımı terk etti. Ayrıca fıkhın sivil karakterini değiştirmekle kalmayıp, devlet eliyle önce bir mezhebe ait hükümleri sabitlemişken, ardından dört mezhep, hatta tarihte yaşamış müctehid vasfını taşıyan herkesin görüşünü bir havuza toplayarak, önceden Hanefi mezhebi içerisinde tercih kriteri olarak koyduğu "insanlara ve çağa uygun olanı" seçme prensibini artık havuzdaki tüm mezhep ve görüşlere doğru genişletti. Bu da fıkhı/fukahayı hukuk üreten aktör olmaktan çıkardı. Aslında böyle bir şeyi amaçlamayan *Mecelle*, açtığı bu çığırla böyle bir sonuca kaçınılmaz olarak yol açmış oldu[36].

Füru fıkıh alanında literatürün modern hukuk incelemelerinde görülen mülkiyet teorisi (*nazariyyetü'l-milkiyye*), akid teorisi, haksız fiil teorisi, suç teorisi, tazmin teorisi (*nazariyyetü'd-damân*) vb. teorilerde olduğu gibi hukukun belirli alan ve konularını, hukukî kavram ve ilişkileri belli bir fikrî örgü içinde ele alan çalışmaları birer soyutlama örneği olarak görmek mümkündür. Ayrıca klasik dönemde usul ve fürû kitapları yanında furûk, kavâid, eşbâh ve nezâir gibi değişik türdeki eserler bir takım hukukî ilişkileri belli bir fikrî örgü içinde sunmayı hedefleyen çalışmalar olarak nitelenebilir.

Unutulmamalıdır ki küllî kâideler tek başlarına herhangi bir hükme dayanak teşkil etmedikleri gibi birer hukuk üretme aracı da değildirler. İslam hukuk literatüründe farklı iddialar bulunmakla birlikte küllî kâideler mahiyeti itibariyle fıkıh usulüne dâhil olmayıp, işlev itibariyle usule benzemektedirler[37].

Osmanlının Türkçe bir kanun metni olan *Mecelle* ile başlattığı bu hukuk hamlesinde Almanların soyut hukuka geçişlerinden daha erken uygulamaya koyduklarına işaret etmektedir. Bununla birlikte soyut bir hukuk bir anlamda sadece tanımlamadır. Mecelle, mezhep içerisindeki farklı görüşlerden sadece uygulamaya esas teşkil edenleri topladığından hâkimlere büyük kolaylık sağlamıştır.

[36] *Mecelle*'nin klasik fıkha yönelik olumsuz sonuçları için bk. Murteza Bedir, "Selefiliğin Modern Fıkıh Düşüncesi Üzerindeki Etkileri", Tarihte ve Günümüzde Selefilik, İSAV Milletlerarası Tartışmalı İlmî Toplantı, 08 – 10 Kasım 2013, İstanbul: Ensar yy. 2014, s. 274- 277.

[37] Okur, *Hâdimî Örneği*, s. 182-183.

EK-1:

Mecelle Heyeti Tarafından Düzenlenen Tutanak (Özetle)[38]

Yüksek Sadrazam malumları buyrulduğu üzere, fıkıh ilminin dünya işleriyle ilgili bölümü, münâkehât (aile hukuku), muâmelât (medeni hukuk) ve ukûbât (ceza hukuku) kısımlarına ayrıldığı gibi; çağdaş milletlerin temel kanunları da bu üç kısma ayrılmış olup muâmelât kısmı "Medenî Kanun" diye isimlendirilir. Fakat bu asırlarda ticarî ilişkiler oldukça yaygınlaşmış olduğu için, poliçe ve iflas gibi pek çok hususlarda aslî kanundan istisna edilmiş ve bu istisnai meseleleri kapsayan ayrı bir "Ticaret Kanunnamesi" düzenlenmiştir. Ticârî meselelerde bu kanun uygulanıp, diğer hususlarda yine Medenî Kanun'a müracaat edilir. Örneğin bir Ticaret Mahkemesi'nde ticaret kanunları hükümlerine göre görülen bir davanın rehin, kefalet ve vekâlet gibi bazı ferî hususlarında asli (medeni) kanuna müracaat edilir. Suçlardan kaynaklanan adi hukuk davalarında da bu usul üzere işlem yapılıyor. Medenî Kanun'a karşılık Devlet-i Aliyye'de eski ve yeni birçok kanun ve düzenleme yapılmıştır. Eğer bunlar tüm muamelelerin hüküm ve neticeye bağlanmasına yeterli gelmezse de fıkıh ilminin muamelat kısmı bu konudaki ihtiyaçları karşılayacak düzeydedir. Davaların dine ve kanuna havalesinde zorluklar görülmekte ise de; Temyiz-i Hukuk Meclisi, hâkimlerin yönetimleri altında dinî meseleleri dinin temellerine göre yürüttükleri gibi, Temyiz Meclislerinde kanuna tabi olarak görülen maddeler bile onların marifetiyle hükme bağlanıp, bu gibi sorunlar çözülmektedir.

Şu kadar ki kanunlar ve mülkî düzenlemelerin temeli ve kaynağı fıkıh ilmi olarak anayasaya uygun yürütülen maddelerin bile nice ikincil hususları fıkhî meselelere uygulanarak çözüme kavuşturulmuştur. Temyiz Meclisi üyelerinin ise fıkhî konulara dair bilgisi olmadığı için sanki hâkim efendiler kanunların ve düzenlemelerin dışında, tutanakları istedikleri kalıba döküyorlar nazarıyla bakıp bir takım olumsuz önyargılara ve dedikodulara sebep oluyorlar.

Devlet-i Aliyye'nin Ticaret Mahkemeleri'nde bile ticaret kanunnamesi esas alınmış olup, davanın ticaretle ilgili olmayan ferî hususlarında büyük sıkıntı çekilmektedir. Şöyle ki Avrupa kanunlarına müracaat edilse, bunlar üst makamdan gelen emirle konulmuş kanunlar olmadığından Devlet-i Aliyye mahkemelerinde hüküm kaynağı olamazlar. Şer'î hukuka havale olunca da Şer'î Mahkemeler buna benzer ferî hususlarda davayı esastan tutmaya mecbur olur. Hâlbuki iki mahkemenin yargılama usulü esasen farklı olduğundan doğal olarak bu işte iki başlılık oluşacağından bu gibi meselelerde Ticaret Mahkemeleri'nden Şer'î Mahkemelere müracaat edilemiyor. Ticaret mahkemeleri üyeleri de, fıkıh kitaplarına tâbi olma hususunda Temyiz Meclisi üyeleriyle aynı durumdadırlar.

Fıkıh ilmi ise sonsuz bir okyanus olup, bundan gerekli incileri çıkartarak meseleleri halletmek hayli üstün bir maharet ve melekeye bağlıdır. Öncelikle Hanefî Mezhebi üzere farklı dönemlerde pek çok müçtehit gelip, birçok ihtilaf oluşmuştur. Bu sebeple Hanefî fıkhı, Şafii fıkhı gibi tahkik edilemeyip, çok dallanmış ve teferruatlı hale gelmiştir. İşte bunca birbirinden farklı görüş içerisinde sahih görüşü ayırt etmede ve sonrakilerin onu uygulamasında büyük güçlük vardır. Kaldı ki zamanın değişmesiyle, örf ve âdet üzere kurulu fıkhî meseleler de değişir…

Hakikatte fetva kitapları, olayların fıkhî kurallara uygulanışına dair verilmiş olan fetvâları kapsayan yazılı eserler demektir. Hâlbuki bunca asırlardan beri Hanefî Mezhebinin ileri gelenleri

[38] Eminefendizâde Küçük Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hukkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (Kostantiniye: Hukuk Matbaası, 1330), I, 3-7.

tarafından verilmiş fetvâların toplanıp bir araya getirilmesinin ne kadar güç olduğunu ifade etmeye bile gerek yoktur… Binaenaleyh (İbn Nuceym) bir takım kavaidi ve küllî meseleleri bir araya getirerek, bunların ışığında furû-ı fıkhı kuşatıcı bir şekilde birleştirmek yolunda güzel bir çığır açmış ise de, ondan sonraki asırların âlim ve fakih yetiştirmek yolunda önceki iyi niyetli çabaları görülemediğinden, onun eseri ile yetinilmiş; açmış olduğu çığırı daha iyi bir yere taşıyacak kimselerin ortaya çıkıp bu yolda çaba göstermeleri sağlanamamıştır. Şimdi ise her tarafta dinî ilimlerde donanımlı kimseler azaldığından Nizamiye Mahkemelerinde; gerektiğinde fıkıh kitaplarına başvurarak şüpheleri kaldıracak üye bulundurmak şöyle dursun; büyük şehirlerde bulunan bu kadar Şer'î Mahkemede bile yeterli hâkim bulmak güç olmuştur.

Bundan dolayı; ihtilaflardan arındırılmış ve sadece mezhepte tercih edilen görüşleri içermek üzere fıkhın muamelat kısmına dair kolay elde edilecek bir kitap yazılsa, herkesin kolaylıkla mütalaa edip muamelelerini ona uygulamaları ve böyle derli toplu bir kitap meydana gelirse kadı vekillerine büyük faydası olacağı gibi, Nizamiye Meclislerinin üyeleri ve emr-i idarede bulunan memurların da okuyarak gerektiğinde işlerini, dinî meselelere anlayışları nispetinde uyarlayarak bu şer-'i şerife uygun olarak yürütürler. Hem Şer'î Mahkemelerde muteber ve mer'î; hem de Nizamiye Meclislerinde hukuk davaları için kanun vaz etmekten müstağni olur. Bu mütalaaya mebni böyle büyük bir eserin meydana gelmesi uzun zamandan beri arzu edilen bir durumdur. Hatta bunun için Tanzimat Meclisi Dairesinde ilmî bir kurul oluşturulmuş ve hayli mesele yazılmışken sonuca ulaşılamamış, bu da "Bütün işler kendi zamanlarına rehin alınmıştır" hükmünce tesisi önemli olan birçok hayırlı iş gibi asırların beklediği iyilikler çağı padişahına münhasır kalmıştır… Bil mütalaa Sadrazamlıktan buyrulur ki; mukaddimenin ikinci makalesi (İbn Nüceym) ile onun sistemini takip eden fakîhlerin bir araya getirdikleri kavâid-i fıkhiyye olup, hâkimler, açık bir nakil bulmadıkça sadece bunlarla hükmedemez. Fakat fıkhî meselelerin sağlam kavranmasına külli faydaları olarak bunları inceleyenler, meseleleri delilleriyle birlikte zapt etmiş olurlar. Diğer memurlara her konuda kaynak olabilir ve bunlarla bir kimse muamelelerini olabildiğince dine uyumlu hale getirir ve yaklaştırabilir. Bu sebeple kitâb yahut bâb başlığı altında yazılmayıp, mukaddimede toplanmıştır. Fıkıh kitaplarında çoğunlukla meseleler ile ilkeler karışık olarak zikredilmiş ise de, bu *Mecelle*'de her konuyla alakalı olan terimler o bölümün mukaddimesi olmak üzere zikredilerek meseleler sadece tertip üzere yazılmıştır. Fakat bu temel meseleleri açıklamak için fetva kitaplarından bir hayli mesele örnek olarak alınıp ilave edilmiştir…

Ticârî muameleler aşağıda açıklanacağı üzere zaten müstesna bir durumda olup, esnafın çoğunun bildiği birer muamele olarak yerleşmesine ve târî/yeni örfün bile muteber sayılmasına bakılarak fesadı bahis konusu olacak bir takım ayrı ayrı ve parçalı alışveriş yapanlar hariç örf ve adetten ötürü öne sürdükleri şartlar kalmıştır. Bunlar da o kadar tartışma götürür yeri olmadığından çağın işlemlerinin kolaylaştırılması için Hanefi Mezhebinin dışında İbn Şübrüme'nin görüşünün tercihi uygun görülmeyip, diğer fasıllarda olduğu gibi birinci bâbın dördüncü faslında da Hanefî Mezhebinde alışverişi fasit kılmayan şartlar açıklamasıyla yetinilmiştir.

Sonuç olarak bu *Mecelle*'de Hanefî Mezhebi'nin dışına çıkılmayıp, içinde bulunan maddelerin çoğunda bu fetâvâhânede muteber ve geçerli olması sebebiyle, bunlar hakkında araştırmaya gerek duyulmaz. Fakat yine Hanefî fakihlerinden bazı büyük imamların önde gelenlerinin muteber görüşleri topluma uyması ve çağın yararını sağlaması (nâsa erfak ve maslahat- ı asra evfak olması) sebebiyle tercih edilmiş olduğundan bunların makbul kaynakları ve gerekli kılan sebepleri aşağıda açıklanır…

İmâm-ı A'zam (rahmetullahi aleyh) hazretlerine göre sipariş (*istısna*) akdi ile kurulmuş olan alışverişten sipariş veren vazgeçebilir ise de İmâm Ebû Yûsuf (rahmetullahi aleyh) hazretlerine göre yaptırılan iş tarife uygun ise akit tek taraflı bozulamaz. Şimdi dünyada birçok fabrikalar olup bunca toplar, tüfekler, vapurlar sözleşme ve sipariş ile yaptırılıyor. *İstısna*, sürekli gerçekleştirilen büyük işlemlerden olduğundan sipariş verenin akdi feshetmesinde muhayyer olması nice büyük maslahatları ihlâl edecektir. *İstısna* meselesi kıyâsa aykırı olarak insanların örfü sebebiyle istihsânen meşru olan selem akdine kıyâs edilerek; örfe dayandırılan bir işlem olduğundan çağın maslahatına bakılıp İmam Ebû Yûsuf görüşünün tercih edilmesi gerekli görülmüş ve üç yüz doksan ikinci madde ona uygun olarak yazılmıştır…

EK-2:

Ebû Saîd Hâdimî'nin *Mecâmi'u'l-hakâik* adlı eserine Şirvanlı Ahmed Hamdi Efendi tarafından yapılan çevirinin "Hâtime: Kavâid-i külliyye" bölümünün Latin alfabesine aktarımı[39]

Hâtime: Bir takım kâide-i külliyye veya ekseriyyet üzre cârî olan fevâid- i mühimme-i nâfiayı beyan eder.

1. Sünen-i sitte ashâbı Hz. Ömer radıyallâhü anh'den rivayet ederler ki Hz. Hâtemü'l-enbiyâ aleyhi efdalü't-tahâyâ hazretleri "*İnneme'l- a'mâlü bi'n-niyyât*" yani "ahkâm-ı a'mâl ancak niyetledir" buyurmuşlardır. (*Mecelle*, md. 2)
2. Bir mahalde helal ile haram içtima ettiğinde haram helale galebe eder.
3. Bir şeyin hurmetine delâlet eden delil ile hılline delâlet eden delil tearuz ettiğinde muhrim mubîha galebe eder.
4. Mübaşirle yani bizzat fâil ile mütesebbib müctemi' olduğunda hüküm ol fâile muzâf kılınır. (*Mecelle*, md. 90).
5. Bir fiilin hükmü fâiline muzâf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzâf kılınmaz. (*Mecelle*, md. 89).
6. Nâsın isti'mâli bir hüccettir ki onunla amel vacip olur. (*Mecelle*, md. 37).
7. A'yândan ibra caiz olmaz; lâkin davasından ibra caiz olur.
8. Ivazın eczası muavvazın eczasına taksim olunur, şartın eczası eczâ-i meşruta taksim olunamaz.
9. Ecirle zamân cem olmaz. (*Mecelle*, md. 86).
10. İhtilâf-ı esbâb ihtilâf-ı a'yân menzilesindedir.
11. Bir şey bâtıl olduğunda zımnında olan şey dahi bâtıl olur. (*Mecelle*, md. 52).
12. Asıl bâtıl olduğunda bedele intikal olunur. (*Mecelle*, md. 53).
13. Mani zâil olduğunda memnû da zâil olur. (*Mecelle*, md. 24).
14. İki mefsedet tearuz ettiğinde hafifini irtikâpla zararı ekal olan mefsedete riayet olunur. (*Mecelle*, md. 28).
15. Esbap, ahkâm için matluptur.
16. Bir şeyin istidamesi aslıyla itibar olunur. Yani bir asıl üzerine bina olunmuş olan fer'in istidamesi mebniyyün aleyhi olan aslıyla itibar olunur.
17. Asıl olan, bir şeyi bulunduğu hâl üzere ipka etmektir. (*Mecelle*, md. 5)
18. Müctehidin bir fiilden ihbarı, vucubu ifade eder; *Kâfiye*'de olduğuna göre. Ve *Hidâye*'de olduğuna göre nedbi ifade eder.
19. Asıl berâet-i zimmettir. (*Mecelle*, md. 8).
20. Sıfât-ı ârızada asıl ademdir. (*Mecelle*, md. 9).
21. Iztırar gayrin hakkını iptal eylemez. (*Mecelle*, md. 33).
22. Mümkün oldukça imal-i kelâm, ihmâlinden evlâdır. Eğer mümkün olmaz ise ihmâl olunur. (*Mecelle*, md. 60).
23. İtibar makâsıd ve niyyâta olup elfâza değildir. (*Mecelle*, md. 3)

[39] Şirvanlı Ahmed Hamdi Efendi, *Levâmi'u'd-dekâik fî tercemeti Mecâmi'i'l- Hakâik*, İstanbul: Mustafa Efendi Matbaası, 1293. Hâtime: "Kavâid-i Külliyye" bölümü, s. 277-312.

24. Eymân elfâza mebni olup ağrâza mebni değildir.
25. Ef'âl-i mübâha ancak bir kimseyi adem-i ezâ şartıyla olur.
26. İkrâr rücu ile red olmaz.
27. Gayr üzerine ikrâr caiz olmaz.
28. Gayrin mülkünde tasarrufla emir bâtıldır. (*Mecelle*, md. 95).
29. Bir şeyin hıl veya hurmeti veya taharet ve necaseti delil-i kati ile sabit olduğunda bu şeyde ancak yakînle zail olur.
30. Hükm-i şer'înin ipkası sebebinin bekasından müstağnidir.
31. Beka, iptidadan esheldir. (*Mecelle*, md. 56).
32. Kaviyyi zayıf üzerine bina fasittir.
33. Hukuku yalnız olarak bey' etmek caiz değildir.
34. Deyni deyne bey' bâtıldır.
35. Beyyineler hilâf-ı zâhiri ispat için şer' olunduğu gibi yemin dahi aslın ipkası için şer' olunmuştur. (*Mecelle*, md. 77).
36. Tâbi hükümle ifrâd olunmaz. (*Mecelle*, md. 48).
37. Tâbi matbûun sukûtuyla sâkıt olur.
38. Tâbi matbûuna takaddüm edemez.
39. Mülkün sebebinin tebeddülü zatının tebeddülünün makamına kaimdir. (*Mecelle*, md. 98).
40. Teberru ancak kabız ile tamam olur. (*Mecelle*, md. 57).
41. Kesret-i ilel ile tercih vaki olmaz.
42. İmâmın raiyye üzerine tasarrufu maslahata menuttur. (*Mecelle*, md. 58).
43. İnsanın hakk-ı hâlisinde tasarruf ancak cârı mutazarrır olmadığı halde sahih olur.
44. Fâideyi teksir etmek masîri ileyhi tercih eden şeydendir.
45. Üzerine deyn terettüp eden kimse bulunmayınca ondan diğerine deyni temlik caiz olmaz.
46. Tenakuz nefsi üzere sıhhat-i ikrârı men etmez.
47. Mûcibin husûlü indinde mûceb üzerine tansîs şart değildir.
48. Tansîs tahsisi mucip olur.
49. Burhanla sabit 'ıyânla sabit gibidir. (*Mecelle*, md. 75).
50. Delâlet-i nassla sabit olan şeye ancak hilâfına sarih bulunmadığı vakitte itibar olunur.
51. Zaruretler kendi miktarınca takdir olunur.
52. Hayvanatın cinayet ve itlâfı hederdir. (*Mecelle*, md. 94).
53. Şer'in cevazı zamâna münâfi olur. (*Mecelle*, md. 91).
54. Dâr-ı İslâm'da ahkâm-ı şeri'yyeye cehil özür değildir.
55. Cehil ancak ahkâma hacet vaki olmadığı vakitte özür olur.
56. Hakikat delâlet-i âdetle terk olunur. (*Mecelle*, md. 40).
57. Hüküm intiha-i illeti ile müntehi olmaz.
58. Hüküm cinste itibar olunur, efratta olmaz.
59. Haram şübühâtla sabit olur.
60. Def-i mefâsid celb-i mesâlihden evlâdır. (*Mecelle*, md. 30).
61. Kendisi üzerine vacip olmayan verilmiş şey istirdat olunur.
62. Bir garaz için verilen şeyin baki oldukça istirdadı caiz olur.

63. Âhâdının zanniyyeti ile beraber mecmuunun katı‘ üzere delâleti delil-i aklî inzimamıyla caizdir. Nitekim *Telvih*’te muharrerdir.
64. Umûr-u bâtınada şeyin delili o şey makamında kaim olur. (*Mecelle*, md. 68).
65. Düyûn emsaliyle kazâ olunur.
66. Tecezzi kabul etmeyen şeyin bazısını zikretmek küllisini zikretmek gibidir. (*Mecelle*, md. 63).
67. İkrârdan rücu bâtıldır.
68. Sakıt avdet etmez. (*Mecelle*, md. 51).
69. Sirayet umûr-ı şeriyyeden olup umûr-ı hakikiyyeden olmaz.
70. Sükût ma‘rız-ı hacette beyandır. (*Mecelle*, md. 67).
71. Şüphe ile sübut isbat-ı ibadette kifayet eder.
72. Vâkıfın şartı Şâri‘in nassı gibidir.
73. Cemî‘ vücûhuyla bir şey diğerine müsavi olmazsa o diğere ilhak olunmaz.
74. Şer‘ hücceti, beyyine veya ikrâr veya nükûl üzerine kasretmiştir.
75. Zarar izale kılınır. (*Mecelle*, md. 20).
76. Zarûrât mahzûrâtı mubah kılar. (*Mecelle*, md. 21).
77. Zarar zararla izale kılınmayıp belki zararsız izale kılınır. (*Mecelle*, md. 25).
78. Zarar-ı eşed zarar-ı ahaf ile izale kılınır. (*Mecelle*, md. 27).
79. Zarar-ı âmmın defi için zarar-ı has tahammül olunur. (*Mecelle*, md. 26).
80. Zarar bi-kaderi’l-imkân medfû‘ olur. (*Mecelle*, md. 31).
81. Taaddi ile zamân mu‘âvazâta muhtastır.
82. Zulmün defi vâcib, ve takrîri haramdır.
83. Âdet muhakkemedir. (*Mecelle*, md. 36).
84. Âdet-i muttaride şart makamına tenzil olunur.
85. Örf nass-ı fukahâya muhalif olmadığı vakitte hüccet olur.
86. İtibar vasfın iki cüzünün birinedir.
87. İtibar nassan melfûza olup maksuda değildir.
88. İtibar elfâzadır.
89. İtibar meâniyedir yoksa elfâz ve mebâniye değildir.
90. İtibar gâlib-i şâyiadır, nadire değildir. (*Mecelle*, md. 42).
91. İllet kendi cinsinden ziyade ile tercih olunur.
92. Şeyin hükmünün adem-i sübûtu şerâitinin adem-i sübûtundandır. Yoksa hükmü ref değildir.
93. Zâhirle amelde asıl olan nâsdan zararı def etmek içindir.
94. Mazarrat menfaat mukabelesindedir. (*Mecelle*, md. 87).
95. Câhil hakkında fetva müçtehid hakkında ictihâd gibidir.
96. Vücudunun aslına muhtas olan fer‘, aslının vücuduna delâlet eder.
97. Kadim kıdemi üzerine terk olunur. (*Mecelle*, md. 6).
98. Aslın adem-i sübûtuyla beraber bazı kere fer sâbit olur. (*Mecelle*, md. 81).
99. Hükm-i şer‘îsiz olan her bir şart bâtıldır.
100. Vesâil için makâsıdın ahkâmı vardır.
101. Her bir şey ki onda bir âhar şeyin manası ola onun hükmü de bu şeyin hükmü olamaz.
102. Delil ile sabit olmayan bir şeyi icmadan maada bir şeyle ilzam mümkün değildir.

103. İttihâd-ı hükümle beraber ihtilâf-ı sebebe itibar yoktur.
104. Bir kimse gayr için mülkün ispatına o gayrin İhtiyar ve methali olmaksızın malik değildir.
105. Tağyir-i hakikatte azimet için tesir yoktur.
106. A'yânın tecili sahih olmaz.
107. Tasrihin mukabilinde delâlete itibar olunmaz. (*Mecelle*, md. 13).
108. Hatası beyyin olan zanna itibar olunmaz. (*Mecelle*, md. 72).
109. Bâb-ı itikâdâtta zanniyyâta itibar olunmaz.
110. Tagayyür-i ezmân sebebiyle ahkâmın tagayyürü inkâr olunmaz. (*Mecelle*, md. 39).
111. Sabinin fiili buluğdan evvel kerahetle tavsif olunmaz.
112. Sâhib-i haktan niyabet ve vekâlet ve velayetsiz bir kimseye diğer bir kimse hasım nasb olamaz.
113. Hatta itimat olunmaz ve onunla amel de olunmaz.
114. İbrâ-i âmmdan sonra dava istima olunmaz meğerki hakk-ı hâdis sebebiyle ola.
115. Delilden neşet eden ihtimal ile hüccet olmaz. (*Mecelle*, md. 73).
116. Kendi nefsinde menafi kaim olmaz.
117. Mevrid-i nassda içtihada mesağ yoktur. (*Mecelle*, md. 14).
118. Sebeb-i şer'îsiz bir kimse bir kimsenin malını ahzetmek caiz olmaz. (*Mecelle*, md. 97).
119. Bir kimse diğer bir kimsenin mülküne izinsiz tasarruf edemez. (*Mecelle*, md. 96).
120. Kâdînin hükmü şer'a muvafık olmadığı halde nafiz olamaz.
121. Sultana emr-i masıyette itaat olamaz ancak itaat emr-i marufta yani şer'a muvafık umurda olur.
122. Avarız-ı cüziyye ile hükm-i aslî sakıt olmaz.
123. Hükm-i asli olduğu halde sabit olan şey avarızla sakıt olmaz.
124. Özürle caiz olan şey özrün zevaliyle bâtıl olur. (*Mecelle*, md. 23).
125. Ahzi haram olan şeyin itası da haramdır. (*Mecelle*, md. 34).
126. Bir zamanda sabit olan şeyin bekasıyla hükmolunur. (*Mecelle*, md. 10).
127. Zaruret eclinden mubah olan şey miktarıyla takdir olunur. (*Mecelle*, md. 22).
128. Gayr-i kıyasla sabit olan şey üzerine diğer şey kıyas olunamaz. (*Mecelle*, md. 15).
129. Beliyye cihetiyle âmm olan şey kazıyye cihetiyle hafif olur.
130. Mübaşir müteammid olmazsa da itlâf ettiği şeye zâmindir. (*Mecelle*, md. 92).
131. Mütesebbib ancak taammütle zâmin olur. (*Mecelle*, md. 93).
132. İnsan ikrârıyla muahez olur. (*Mecelle*, md. 79).
133. Farzla bidat beyninde müterеddit olan kimse için o şeyin ityânı terkinden evladır. Bidat ile sünnet beyninde tereddüt eden kimse için o şeyin terki evladır. Vaciple bidat beyninde müterеddit kimse için o şeyin ityânı evladır.
134. Nassan veya delaleten takyide delil kaim olmadıkça mutlak ıtlâkı üzere cari olur. (*Mecelle*, md. 64).
135. Mazlum gayre zulmedemez.
136. Bir kimse bir şeye malik olsa o şeyin zarûrâtından olan şeye de malik olur. (*Mecelle*, md. 49).

137. Misâl-i cüzî kâideyi tashih edemez. Belki izah eder. Nitekim "İntifâ-ı hâs, intifâ-ı âmmı mûcip olmaz."
138. Şarta muallak olan hükmün sübutu şartın sübutuyla olur. (*Mecelle*, md. 82).
139. Bir hâdisede makzıyyün aleyhin davası ve beyyinesi istima olunmaz.
140. Âdette mümteni olan şey hakikatte mümteni gibidir. (*Mecelle*, md. 38).
141. Bir kimse bir şey işleyip işlememesinde şek ettiğinde kâide işlememesidir.
142. Hilâf-ı kıyas üzere olan nass mevridine iktisar olunur.
143. Nehiy bizim indimizde meşruiyeti takrir eder.
144. Şer'an vacip olan şey kazaya muhtaç olmaz.
145. Vacip vasf-ı selâmetle takyit olunmaz, mubah takyit olunur.
146. Hâzırda vasıf lağıv ve gaipte muteberdir. (*Mecelle*, md. 65).
147. Velâyet-i hâssa velâyet-i âmmeden evladır. (*Mecelle*, md. 59).
148. Vâcib muayyene taalluk etmezse kıllet ve kesretle tefavüt etmez.
149. Bazı vücûh-i müşterek re'y-i galiple tercih olunur.
150. Kastı caiz olmayan şey tebaan tasarrufa dâhil olur.
151. Sukût-ı asıl ile fer' sakıt olur. (*Mecelle*, md. 50).
152. İntihada muhtaç olunmayan şeye iptidada muhtaç olunur. (*Mecelle*, md. 55).
153. Bikaderilimkân şarta muraat lazımdır. (*Mecelle*, md. 83).
154. Yemin daima nefiy üzerine olur.

BİR İÇTİHAT HUKUKU OLAN İSLAM HUKUKUN'DA KANUNLAŞTIRMANIN İMKÂN VE SINIRLARI

Yrd.Doç. Dr. Muhammed Tayyib KILIÇ

Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

GİRİŞ

Toplum içinde bir arada yaşamak zorunda olan insanların gerek birbirleriyle gerekse devletle ilişkilerinin tanzimi anlamında hukuk, her toplumda ilkel veya gelişmiş düzeyde de olsa bulunmuştur. Hukukun soyut kurallar halinde tezahürü olan kanun da yine istisnasız bütün hukuk sistemlerinde ortaya çıkmıştır. Hukuk kurallarının belirli sistem dâhilinde bir forma dökülmesi diğer bir ifadeyle kanun yapma faaliyeti insanlık tarihi kadar eskidir.

Genel hukuk tarihinde kanunlaştırma olgusu iki şekilde ortaya çıkmıştır. Kanun yapma faaliyeti dediğimiz birinci tür, insanlık tarihinin her döneminde gözlemlenirken, yazılı olmayan, dağınık hukuk kurallarının belirli bir sistem içinde toplanması anlamında kanunlaştırma faaliyeti ise insanlık tarihinin bir kısım dönemlerinde ortaya çıkan ve örnekleri her toplumda görülmeyen bir hukukî faaliyettir.

Kanun yapma olgusu toplumun düzen ve birliğini, kanunlaştırma olgusu ise mevcut hukuk sisteminin düzen ve birliğini sağlamayı amaçlamıştır.

Kanunlaştırma olgusu genel hukuk tarihinde birçok örneği olan başlı başına bir hukukî faaliyettir. İslâm hukuku da genel hukuk tarihindeki orijinal hukuk sistemlerinden biridir. Bu nedenle tebliğimizde İslâm hukuku bakımından kanunlaştırma olgusunun imkân ve sınırlarını ve bu alanda yapılan düzenlemeleri genel hukuk tarihindeki örnekleriyle mukayese ederek açıklığa kavuşturmaya çalışacağız.

1. KANUNLAŞTIRMA KAVRAMI

Kanunlaştırma Kavramıyla Yakın İlgili Kavramlar

Kanunlaştırma kavramını ele almadan önce umumi hukuk tarihinde kanunlaştırma faaliyetiyle yakın ilişkide olan çeşitli kavramlar bulunmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak resepsiyon, zorla benimsetme ve hukuk yoluyla istila, bir hukukî olgunun aktarılması kavramlarını ele alacağız. Daha sonra kanunlaştırma kavramı üzerinde duracağız.

Resepsiyon Kavramı

Latince almak, kabul etmek, geri istemek gibi anlamlara gelen recipere mastarından türetilen receptio kelimesi[1] bugün hukuk tarihinde bir toplumun hukukî mevzuatının bir başka toplum tarafından, kendi hukuku olmak üzere alınması olgusunu ifade etmektedir[2]. Literatürde Latince "Ius receptum" sözcükleriyle belirtilen bu kavram Türk hukuk dilinde "iktibas" sözcüğüyle karşılanmakta ise de resepsiyonun, topyekûn bir alış anlamına gelmesi sebebiyle iktibas kelimesiyle ifade edilmesi doğru değildir. Çünkü iktibas kelimesi, "bir şeyi tam olarak almak"tan ziyade "seçerek almak" manasına gelmektedir. Bu sebeple, bir hukuk tarihi kavramı olarak "yabancı kanunların alınması" veya "resepsiyon" tabirini kullanmak maksada daha uygundur[3]. Ancak Türkçe eserlerde "resepsiyon" kelimesini ifade etmek üzere "iktibas" ve "benimseme" kelimeleri de sıklıkla kullanılmaktadır.

Belirli bir hukuk düzeninde ya da hukuk ikliminde (legal climate) gelişen bir hukukî kurum, kavram ya da olgunun veya bunların tümünden oluşan bir kompleksin, istenerek, başka bir hukuk düzeni ya da iklimine alınıp aktarılması[4] olan resepsiyonun tipik özellikleri, benimsenen hukuk olgusunun benimseyen ülke tarafından, istenerek ve bilinçli olarak alınıp aktarılması ve benimsenen hukukun ana yurdu ile benimseyen ülke arasında iki yanlı bir ilişkinin (Zweiseitigkeit) bulunmasıdır. Bu özellikler, benimseme ya da bazı hukukçuların deyimiyle gönüllü benimseme (voluntary reception, freiwillige rezeption) olgusunun, yabancı hukukun benimsenmesiyle ilgili diğer iki görünümden zorla benimsetme (imposition) ve bir hukuki olgunun aktarılması (transplantation of a legal phenomenon) ayırt edilmesini kolaylaştırmaktadır[5].

Resepsiyon, Roma hukukunun Almanya'da benimsenmesi gibi aynı kültür iklimine sahip ülkeler arasında olabileceği gibi, İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye'de benimsenmesi gibi ayrı kültür iklimine sahip ülkeler arasında da olabilir[6].

Hukuk tarihçileri çeşitli özelliklerini dikkate alarak resepsiyonu yapısal resepsiyon[7], kısmî resepsiyon[8], sentetik ya da eklektik resepsiyon[9] ve küllî resepsiyon (global reception)[10] olmak üzere dört ana başlık halinde ele almışlardır. Bunlar içinde küllî resepsiyon yabancı bir hukuk sisteminin bütün kurum ve kurallarıyla başka bir ülkenin hukuk sisteminin yerini alması ve karakteri itibariyle devrimci bir nitelik taşımasıyla diğer resepsiyon çeşitlerinden farklılık arz etmektedir. Buna göre Cumhuriyet dönemi Türk resepsiyonu küllî resepsiyonun en tipik örneklerindendir.

---

1 Richard Honig, *Roma Hukuku*, çev: Şemseddin Tâlib, İstanbul, 1938, s. 4.

2 Gülnihâl Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci)*, Ankara, 1996, s. 6.

3 Ferit Ayiter, *Yabancı Kanunların Alınması ve Millî Hukuk,* Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçinde, İstanbul, 1944, s. 171.

4 Max Rheinstein, *Types of Reception,* Les Annales de la Faculte' de Droit d'Istanbul, No: 6, 1956, s. 31.

5 Ergun Özsunay, *Yabancı Hukukun Benimsenmesi Yoluyla Bir Çağdaşlaşma Modeli: Kemalist Hukuk Devrimi Üzerine Gözlemler ve Değerlendirmeler*, III. Türk Hukuk Kurultayı, Türk Hukuk Devrimi İçinde, Ankara, 1981, s. 355; Albert Kocourek, *Factors in The Reception of Law*, Tulane Law Review, 1936, sayı: 10, s. 210.

6 Ergun Özsunay, *Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Türk Medeni Kanununun Anlamı ve Önemi*, Medeni Kanunun 50.Yıl Sempozyumu İçinde, İstanbul, 1978, s. 400.

7 Özsunay, *Çağdaşlaşma Modeli*, s. 356–357.

8 Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s. 15.

9 Özsunay, *Çağdaşlaşma Modeli*, s. 357.

10 Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul, 1976, s. 273.

Zorla Benimsetme ve Hukuk Yoluyla İstila Kavramları

Genelde fetihler ve sömürgeler sonucu ortaya çıkan zorla benimsetme (imposition) olgusu bir hukuk tarihi kavramı olarak, üstün bir gücün hâkim olduğu bölgede kendi hukukunu zorla uygulamaya koyması ve bu hukukun zamanla bölgenin ana hukuku haline gelmesidir[11].

Genel hukuk tarihinde görülen belli başlı zorla benimsetme örnekleri arasında, Napoleon'un Hollanda'yı fethetmesi üzerine Fransız Medeni Kanunu, Code Civil'in bu bölgede yürürlüğe konması ve Hindistan'ı sömürgeleştiren İngilizlerin uzun süre bu bölgede Anglo-Sakson hukuk sistemini uygulamaları örnek olarak verilebilir[12].

Bazı hukuk tarihçileri ise bir ülkenin kendi hukukunu hâkim olduğu ülkeye empoze etmesini resepsiyon saymamış, bunun, resepsiyon elbisesi giydirilmiş zorunlu bir hukuk uygulaması olduğuna işaret etmişlerdir[13]. Bu görüşe göre, resepsiyon kavramı, sadece bilinçli olarak ve istekle yapılan benimsemeler için kullanılabilir. Sömürgeci devletlerin kendi hukuklarını sömürgelerine taşımalarına ise resepsiyon değil, hukuk yoluyla istila (expansion) adı verilmektedir. Buna göre, Kuzey Amerika, Hindistan, Avustralya, Güney Afrika'nın bazı bölgelerinde ve Yeni Zelanda'da İngiliz hukukunun, Kanada ve Kuzey Afrika'da Fransız hukukunun, bazı Güney Afrika ülkelerinde ve Seylan'da Hollanda hukukunun, Orta ve Güney Amerika'da İspanyol hukukunun uygulanmış olması Avrupa hukukunun, Avrupa dışındaki bölgelere taşınıp, o topraklarda yaşayan halklara istekleri dışında kabul ettirilmesi olup resepsiyon değil expansiondur[14]. Bazı hukuk tarihi eserlerinde ise imposition ve expansion kavramlarının biri diğerinin yerine olmak üzere yanlış kullanıldığı görülmektedir. Bu iki kavram arasındaki temel farkı genel olarak şöyle ifade etmek mümkündür; imposition kavramı, sömürge sonucu oluşan hukukî faaliyetleri, expansion kavramı ise fetihler sonucu oluşan hukukî faaliyetleri kapsamaktadır.

Bir Hukukî Olgunun Aktarılması Kavramı

Hukuk tarihinde genellikle bir bölgeden başka bir bölgeye göç eden toplumların, gittikleri bölgeye kendi hukuk sistemlerini götürmeleri neticesi ortaya çıkan bir hukukî olgunun aktarılması (transplantation of a legal phenomenon), resepsiyon olgusundan iki temel farkla ayrılmaktadır. Burada aktarma (transplantation) tek taraflıdır (one sidedness), resepsiyon da ise örnek olan ve alıcı durumda bulunan iki hukuk iklimi söz konusudur. Ayrıca resepsiyon olgusunda, benimseme istekli ve bilinçli olarak ortaya çıkarken, aktarmada ise istek ve bilinçten ziyade farkına varmadan bir kabullenme durumu söz konusudur[15].

Genel hukuk tarihinde görülen en önemli aktarma, Amerika Kıtası'na göç eden İngiliz göçmenlerin, sonradan Amerika Birleşik Devletleri'ni oluşturacak on üç koloniye kendi hukuk sistemlerini (common law) götürmeleridir[16]. Aynı şekilde Avustralya'ya yerleşen İngiliz yerleşimcilerin, kıtaya geldiklerinde belirli bir hukuk sisteminin yürürlükte olmaması üzerine kendi hukuk sistemlerini yürürlüğe koymaları ve buraya daha önce gelmiş olan Alman, Fransız, İspanyol,

---

11 Özsunay, *Türk Medeni Kanunu,* s. 400.
12 Kocourek, *Factors In the Reception of Law,* s. 211.
13 Özsunay, *Çağdaşlaşma Modeli*, s. 357.
14 Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s. 15–16.
15 Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, s. 272–273.
16 George L. Haskins, *A Problem in the Reception of the Common Law in the Colonial Period,* University of Pennsylvania Law Review, sayı: 97, 1948–1949, s. 842.

İtalyan vb. yerleşimcilerin bu hukuk sistemine tâbi olmaları da bir hukukî olgunun aktarılmasına örnektir[17].

1.2. Kanunlaştırma Kavramı

Kanunlaştırma kavramı hukuk tarihi eserlerinde biri genel diğeri de özel olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Genel anlamda kanunlaştırma, kanun yapma (taknîn-legislation) faaliyetidir. Özel anlamda kanunlaştırma ise, dağınık bir halde mevcut olan yazılı veya yazısız bütün hukuk kurallarının devlet gibi müesses bir otorite tarafından sistemli bir şekilde bir araya getirilmesi (tedvîn-codification) faaliyetidir[18].

Türk hukuk literatüründe kanunlaştırma kavramı hem genel hem de özel anlamda kullanılmaktadır. Bunun da sebebi, mâhiyeti itibariyle farklı olan bu iki hukuk faaliyetinin aynı kavramla ifade edilmesidir. Türkçemizde, "Kanun" kelimesinin diğer dillerdeki gibi farklı bir şekilde kullanılmaması, kanunlaştırma kavramının da yanlış kullanılmasına neden olmaktadır. Örneğin Medeni "Kanun" ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim "Kanun"u dediğimiz zaman, her iki hukukî düzenleme de "kanun" kelimesi ile ifade edilmektedir. Hâlbuki burada kullanılan "kanun" kelimeleri mâhiyeti itibariyle birbirinden farklı anlamları ifade etmektedirler. Nitekim diğer dillerde, örneğin Fransızcada Medeni Kanunu ifade ederken Code Civil şeklinde "code" kelimesi kullanılmaktadır. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu ise "loi" kelimesi ile ifade edilmektedir. Ama biz bunu Türkçeye çevirirken "code" ve "loi" kelimeleri arasında bir ayırıma gitmeden her ikisini de "kanun" olarak çevirmekteyiz. Çünkü Türkçede "code" kelimesine karşılık gelen bir kelime bulunmamaktadır. Kanunlaştırma kavramının anlam kargaşasına sebep olması da buradan kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle "kanun" kavramının aralarındaki fark belirtilmeden kullanılması kanunlaştırma kavramının da hangi anlamda kullanıldığının anlaşılamamasına sebep olmaktadır[19]. Eski dilde bu iki kavram arasındaki fark, taknîn ve tedvîn kelimelerinin kullanılmasıyla aşılmıştır. Bugün hukuk dilimizde bu iki kavram arasındaki farkı belirten bir kelimenin olmaması büyük bir eksikliktir. Gerçi son zamanlarda bu iki kavram arasındaki farkı belirtmek için kod kanun-çerçeve kanun, kod yasa-çerçeve yasa, temel kanun-kod kanun şeklinde bir takım ayrımlara gidilmektedir[20]. Ancak kanaatimizde bu da içeriği tam olarak karşılamamaktadır.

Kanun yapma faaliyeti (taknîn-legislation-legiferer) her ne kadar Türkçe hukuk tarihi eserlerinde dar anlamda kanunlaştırma (codification) kavramının yerine kullanılsa da temel özellikleri bakımından aralarında derin farklılıklar bulunmaktadır. Biz çalışmamızda, kanunlaştırma kavramını, bir ülkede dağınık ve yazılı olmayan mevcut hukuk kaidelerinin, belirli bir sistem

---

17 Rheinstein, *Types of Reception*, s. 35–36; Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, s. 272–273.

18 Jale G.Akipek, *Türk Medeni Hukuku*, s. 26, Ankara, 1973; İbrahim Kâfi Dönmez, *İslâm Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese,* MÜİFD, sayı: 4, 1986, s. 23; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, 1994, s. 81.

19 Benzeri bir durum, son dönemdeki bazı Arapça kitaplarda da görülmektedir. Kanun kelimesinin batı hukuk sisteminde bu tarz bir farklılığının Arapçada da olmaması, aynı kavram kargaşasının Arap dünyasında da yaşanmasına sebep olmaktadır. Örneğin, *Taknînü'l-Fıkhi'l-İslâmi* (Katar, 1983) adlı eserinde Muhammed Zeki Abdülber, *taknîn* kelimesini codification karşılığı olarak kullanmakta (s.5), *taknin-teşri-tedvîn-legislation-codification* kavramları arasında ayrıma gitmeden, birini diğerinin yerine kullanmaktadır. Verilen örnekler, konuyu açıklamaktan ziyade, daha da karıştırıcı olmaktadır.

20 Fahri Bakırcı, *Kod Yasa-Çerçeve Yasa Ayırımı Üzerine*, AÜHFD, cilt: 54, sayı: 3, 2005, s. 223–240.

çerçevesinde, yazılı hale getirilip tedvîn edilmesi ve tüm ülkede geçerli bir hukuk sistemi meydana getirilmesi[21] anlamıyla kullanacağız.

Latince kanunlar mecmuası, büyük kanun, imparator emirnâmesi, mecelle anlamına gelen "codex" kelimesinden türetilen "codification" kelimesi, Türkçe'de tedvîn veya kanunlaştırma şeklinde kullanılmaktadır[22]. Bu terimlerle kast edilen; herhangi bir hukuk alanını bir bütün olarak düzenleyen geniş, kapsamlı ve sistematik kanunların yapılmasıdır[23]. Roma hukukundaki imparator emirnâmelerinin derlenmesi anlamındaki codex kelimesi[24] Batı dillerine, kanun anlamına gelen "code" kelimesi olarak geçmiş[25], dağınık halde bulunan kanunların derlenip toparlanması ve bunların yazıya geçirilerek sistematik hale getirilmesi de codification kavramıyla açıklanmıştır[26]. Ancak Romalılar VI. yy.a kadar codificatio veya codificare kavramlarını kullanmayıp bunun yerine anakoikeusis kavramını kullanmışlardır. Bu kavram da "kitap üretme" anlamına gelmektedir. Papirus vb. yazı malzemelerinin üzerine yazılanların derlenip toparlanması, bir kitap haline getirilmesi antik çağda "codex" olarak adlandırılmıştır. Derlenip toparlanmış kitaplar ifadesi Hıristiyan kutsal kitapları için de kullanılmıştır. Codex kavramının hukuk terminolojisine ne zaman girdiği tam olarak bilinmemekle birlikte, Diocletian zamanında İmparator Emirnâmelerinin yer aldığı kitaplara hukukçular "codices" adını vermişlerdir. Codex kavramının bu bağlamda kullanılması kodifikasyonun modern anlamıyla ilgilidir[27]. İngilizce'de codification, Almanca'da kodifikation, Fransızca'da codification olarak kullanılan bu kelime Türkçe hukuk eserlerinde kanunlaştırma, tedvîn, kodifikasyon şekillerinde kullanılmaktadır[28]. Tebliğimizde bu kavramları biri diğerinin yerine olmak üzere kullanacağız.

Hukuk tarihi eserlerinde Roma hukukunun derlenip toparlandığı Corpus Juris Civilis için "compilatio" (derleme) yani bir araya getirilmiş malzeme ifadesi kullanılmaktadır[29]. Aynı şekilde Osmanlı İmparatorluğu'nda, İslâm hukukunun bir kısmının kanunlaştırılması faaliyetine verilen ad olan "Mecelle"[30] kelimesi de, hukuk kaidelerinin derlenip toparlandığı kitap diğer bir ifadeyle "codex" anlamına gelmektedir[31].

Kanunlaştırma (tedvîn-codification) kavramı ile kanun yapma (taknîn- legislation) kavramı arasında genellik-özellik yönünden farklar bulunmaktadır. Kanun yapma faaliyeti (taknîn), hukukun tümünü kapsamayacak şekilde sadece belirli bir alanda yapılan ve daha ziyade önceki mevcut kanunların değiştirilip benzeri veya farklı hükümlerin konulması amacını taşıyan, kapsamı ve uygulaması sınırlı bir hukuk faaliyetidir. Kanunlaştırma (tedvîn) faaliyeti ise, esas olarak dört önemli özelliğe sahiptir. Bu özelliklerin birincisi; hükümlerin yazılı olmaması, örf ve âdet

---

21 Jean Louis Bergel, *Principal Features and Methods of Codification*, Louisiana Law Review, Sayı: 48, 1987–1988, s. 1073; Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s. 5.

22 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, İstanbul, 1940, s. 7.

23 Mehmet Ünal, *Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnâmesi,* AÜHFD, c: XXXIV, sayı: 1–4, 1978, s. 200.

24 Özcan Karadeniz, *Roma Hukuku*, Ankara, 1974, s. 53.

25 James A.Ballentine, *Law Dictionary with Pronunciations*, New York, 1948, s. 227.

26 Henry Campbelle Black, *Black's Law Dictionary with Pronunciations*, Fifth Edition, 1979, s. 234.

27 A. M. Honore, *The Background to Justinian's Codification*, Tulane Law Review, sayı: 48, 1973–1974, s. 859–860.

28 *Türk Hukuk Lugatı*, s. 329, Pars Tuğlacı, *İktisâdi ve Hukukî Terimler Sözlüğü, İngilizce-Fransızca-Türkçe, s.* 96, İstanbul, 1965.

29 Ballentine, *Law Dictionary*, s. 258; Karadeniz, *Roma Hukuku*, s. 48.

30 Mecelle'nin kanunlaştırma (*codification*) olup-olmadığı konularıyla ilgili tartışmalar, ilgili bölümde daha detaylı bir şekilde işlenecektir. Burada en azından "*Mecelle*" kelimesini, kanun mecmuası anlamında değerlendirmek lazımdır.

31 Sıddık Sâmi Onar, *Osmanlı İmparatorluğu'nda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Codification'u Mecelle*, İÜHFD, cilt: 20, sayı: 1–4, 1955, s. 58.

hukuku şeklinde toplum tarafından bilinen ama kayda geçirilmemiş hükümlerden oluşmasıdır. İkincisi; hükümlerin dağınık olması, derli-toplu, sistematik bir görünüm arz etmemesidir. Üçüncüsü; hukukun belirli bir alanında değil, hukukun tüm alanlarını kapsayacak şekilde yazılı olmayan dağınık hukuk kurallarının derlenmesidir. Dördüncüsü de; belirli bir bölgeden ziyade, ülkenin tümünde yürürlüğe konmasıdır. Ayrıca her iki faaliyetin de kendine özgü çok farklı siyasî, sosyal, ekonomik vb. nedenleri bulunmaktadır. Kanunlaştırma faaliyetlerindeki temel faktör hukukî nedenlerden çok siyasî, askerî, ekonomik ve sosyal nedenlerken, kanun yapma faaliyetindeki ağırlıklı neden hukukîdir. Buna göre, Hammurabi Codex'i veya 1794 tarihli ALR veya 1804 tarihli Fransız Code Civil'i, hazırlanmasında hukukî olmaktan ziyade pek çok faktörün rol oynadığı, dağınık halde bulunan ve yazılı olmayan hukuk kurallarının belirli bir metot içerisinde derlenip tüm ülkede yürürlüğe konulduğu bir hukukî faaliyet iken 1840 tarihli Ceza Kanunu veya 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu hukukun tüm alanlarını kapsamayan ve ortaya çıkmasında hukukî ihtiyaçların daha ağırlıkta olduğu bir kanun yapma (taknîn-legislation) faaliyetidir.

Kanun yapma (taknîn-legislation) ile kanunlaştırma (tedvîn- codification) arasındaki farkı şu şekilde de ifade etmek mümkündür; kanun yapma, diğer bir ifadeyle toplum içinde bir arada yaşayan insanların birbirleriyle ve devletle ilişkilerinin tanzimi anlamında bir takım emir ve yasakların konulması, her zaman ve her yerde olagelmiştir. Ancak, tedvîn dediğimiz kodifikasyon faaliyetleri tarih boyunca örnekleri az olan, her zaman ve her toplumda meydana gelmeyen hukukî faaliyetlerdir.

Modern anlamda kodifikasyon faaliyetleri XVIII. yy. Avrupa'sında ortaya çıkmış olmakla birlikte hukukî bir faaliyet olarak ilk örnekleri çok daha eski zamanlara dayanmaktadır. Toplum içinde yaşayan insanoğlunun hak ve sorumluluklarının belirli bir sisteme göre düzenlenmesi zorunluluğu, kodifikasyon olgusunun da insanlık tarihi kadar eski olmasını gerektirmektedir. Hukuk tarihinin en önemli faaliyetlerinden biri olan kanunlaştırma olgusu günümüzde hukukla ilgili pek çok eserde hem mâhiyeti hem de tarihsel süreci bakımından çok farklı olarak ele alınmakta, örneğin; kanunlaştırma kavramının sınırları tam olarak belirlenmemekte ve hukuk tarihinin bir diğer önemli olayı resepsiyonla çok sık bir şekilde karıştırılmaktadır. Aynı şekilde kanunlaştırma faaliyeti, umumî hukuk tarihinin en önemli kanunlaştırmalarından biri olan M.S. VI. yy.daki İmparator Jüstinyen kodifikasyonu ile başlatılmakta ve hemen ardından XVIII. yy. daki Napoleon Kodifikasyonuna gelinmektedir. Hâlbuki insanlık tarihi ne VI. yy. dan ne de XVIII. yy.dan ibarettir. M.Ö.1700'lerde yapılan Hammurâbi Kodifikasyonu, M.S. XII-XIII. yy.larda Cengiz Han zamanında yapılan Cengiz Yasaları ve XV-XVI. yy.larda 24 milyon km^2.de hüküm süren Osmanlı İmparatorluğu'nda kanunnâmeler yoluyla yapılan hukukî düzenlemeler insanoğlunun benzeri çabaları çok farklı medeniyetlerde ve çok farklı zaman dilimleri içinde yaptığını göstermektedir. Ancak, günümüzde hukuk ve hukuk tarihi Roma ile başlatılarak binlerce yıllık insanlık tarihi çok dar bir alana hapsedilmektedir. Roma hukukunun bir uzantısı olan bugünkü Batı medeniyetinin kurum ve kavramlarıyla hâkim bir konumda bulunması farklı düşünme yeteneğimizi sınırlamakta ve kanunlaştırma vb. olayları sadece Roma'ya özgü bir faaliyetmiş gibi değerlendirmemize neden olmaktadır. Bu durum da maalesef hukuk tarihi eserlerinin bir kısmına yansımakta ve hukuk tarihinde M.S. VI. yy. ile XVIII. yy. arasında büyük bir boşluk (great gap) oluşmaktadır.

Kanunlaştırma Faaliyetlerinin Ortaya Çıkış Sebepleri

Genel hukuk tarihinde meydana gelen kodifikasyonların her birinin kendine özgü bir takım sebepleri bulunmaktadır. Örneğin; *Jüstinyen Kodifikasyonunda* hukuk yoluyla Roma'nın siyasî birliğini sağlama düşüncesi ön plandayken, 1804 tarihli *Fransız Kodifikasyonunda*, ihtilalin getirdiği rasyonalizm ve tabiî hukuk düşüncesi daha ön planda olmuştur. Ancak umumi hukuk tarihinde meydana kanunlaştırma faaliyetlerini incelediğimizde kanunlaştırma faaliyetlerinin ortaya çıkış sebeplerini genel olarak maddeler halinde şöyle sıralayabiliriz;

a. Hukukî Birliğin Sağlanmak İstenmesi[32]
b. Merkezî Devlet Fikrinin Güç Kazanması[33]
c. İktisâdî Sebepler[34]
d. Sistematik Hukuk İlminin Gelişmesi[35]
e. Hukukun Millileştirilmesi İsteği[36]
f. Liberalizmin Güç Kazanması[37]
g. Rasyonalizmin Güç Kazanması[38]
h. Tabiî Hukuk Ekolünün Güç Kazanması[39]

Kanunlaştırma Faaliyetinin Amaçları

Umumî hukuk tarihinde ortaya çıkan belli başlı kanunlaştırma faaliyetlerinde genel olarak şu amaçlar gözetilmiştir; Orijinal bir hukuk sistemi inşâ etmek[40], mevcut hukuk düzenini tadil etmek[41], ülke genelinde toplumun bütün kesimlerinin uyacağı tek bir hukuk sistemi oluşturmak[42] ve toplumda farklı hukuk sistemlerinin veya hukuk kurallarının bulunmasından mütevellit hukukî kargaşa ve güven eksikliğinin önüne geçmek[43].

Kanunlaştırma Çeşitleri

Hukuk tarihinde ortaya çıkan kanunlaştırma faaliyetleri müstakil kanunlaştırma ve şeklî kanunlaştırma olmak üzere iki çeşittir.

---

32 Sophie Harnay, *Was Napoleon a Benevolent Dictator? An Economic Justification for Codification*, European Journal of Law and Economics, sayı:14, 2002, s. 245.
33 M.C. Mirov, *The Power of Codification in Latin America: Simon Bolivar and the Code Napoleon*, Tulane Journal of International and Comparative Law, sayı: 8, 2000, s. 83.
34 Mustafa Cevat Akşit, *Hukuka Giriş ve Temel Kavramlar*, Edirne, 1986, s. 19.
35 Akşit, *Hukuka Giriş*, s. 18.
36 Louis Baudouin, *The Influence of the Code Napoleon*, Tulane Law Review, sayı: 33, 1958–1959, s. 22.
37 Mario Ascheri, *A Turning Point in the Civil-Law Tradition: From Ius Commune to Code Napolen*, Tulane Law Review, sayı: 70, 1995–1996, s. 1043.
38 Akşit, *Hukuka Giriş*, s. 18.
39 Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Felsefesinde Tabiî Hukuk*, Tahir Taner'e Armağan İçinde, İstanbul, 1956, s. 240.
40 Bergel, *Methods of Codification,* s. 1078.
41 Bergel, *Methods of Codification, s.* 1078.
42 Harnay, *Was Napoleon a Benevolent Dictator?,* s. 244.
43 Harnay, *Was Napoleon a Benevolent Dictator*?, s. 245.

Müstakil Kanunlaştırma

Gerçek kanunlaştırma (*true codification*) olarak da bilinen bu kanunlaştırma faaliyeti ile siyasî irade (devlet), ülkede dağınık bir halde mevcut olan yazılı veya yazısız bütün hukuk kurallarını, belirli bir sistem çerçevesinde, yazılı hale getirip *tedvîn* etmiş ve tüm ülkede geçerli bir hukuk sisteminin yeni baştan inşâsını hedeflemiştir. Müstakil kanunlaştırmalar (*substantive codification*) üç önemli özelliğe sahiptir. Birincisi; siyasî otoritenin kanunlaştırma isteğidir. Devletin, hukukî alanda bir takım düzenlemelerde bulunması müstakil kanunlaştırmaların en önemli özelliğidir. İkincisi; yapılan hukukî düzenlemenin dar kapsamlı bir faaliyet olmaması, hukukun tüm alanlarını içermesidir. Üçüncüsü de; ortaya çıkan hukukî düzenlemenin ülkenin belirli bölgelerinde değil, tümünde yürürlüğe konmasıdır. Hukuk tarihinde örneklerini gördüğümüz *Prusya Genel Memleket Kanunu* veya *Napoleon Kanunu* gibi hukukî faaliyetler müstakil (*substantive*) kanunlaştırmaların tipik örneklerindendir. Bu tip kanunlaştırmalar genelde tarihteki önemli dönüm noktalarında meydana gelen hukukî faaliyetler olup etkileri de sadece hukukla sınırlı kalmamıştır. Hukukî etkilerinin dışında siyasî, sosyal, ekonomik ve tarihî pek çok etkiyi de içinde barındırmışlardır[44].

Şeklî Kanunlaştırma

Şeklî kanunlaştırma (*formal codification*), müstakil kanunlaştırmadan farklı olarak başlı başına bir hukukî faaliyet olmayıp, temel hedefi de hukukî düzenin yeni baştan kurulması veya yeniden ele alınması değildir. Şeklî kanunlaştırma daha ziyade bir hukuk sahasında yapılan iyileştirme çalışmalarını içermektedir. Şeklî kanunlaştırmaların en önemli özelliği - müstakil kanunlaştırmaların aksine- siyasî iradeden yoksun oluşlarıdır. Siyasî irade bulunsa bile meydana getirilen düzenlemenin ülkenin tümünde yürürlüğe girmemesi veya hukukun çok sınırlı bir alanında kanunlaştırma faaliyetinde bulunulması durumunda müstakil kanunlaştırmadan değil şeklî kanunlaştırmadan söz etmek mümkündür. Bu tarz kanunlaştırmalar daha ziyade "*Common Law*" hukuk sisteminde ortaya çıkmıştır[45]. Bazı hukuk tarihi eserlerinde bu tarz kanunlaştırma faaliyetleri "*codification*" olarak değil tadil, ıslah, mevcut durumu iyileştirme gibi anlamlara gelen "*modification*" kavramıyla da ifade edilmektedir. Aşağıda daha ayrıntılı ele alacağımız üzere İslâm hukuk tarihinde meydana gelen kanunlaştırma faaliyetlerini şeklî kanunlaştırma kapsamında mütalaa etmek mümkündür.

Kanunlaştırma Metotları

Genel hukuk tarihinde ortaya çıkan kanunlaştırmalar somut olay metodu ve soyut kural metoduna göre yapılmıştır.

Somut olay metodu veya meseleci (*kazuist*) metot olarak da adlandırılan bu yöntemde, kanun koyucu muhtemel her olayı ayrı ayrı düzenleyen, çok detaylı ve ayrıntılı kanunlar koymuştur[46]. Modern anlamda kodifikasyonun ortaya çıktığı XIX. yy. öncesi kanunlaştırmalarda genellikle bu yöntem takip edilmiştir.

Soyut kural metodunda ise kanun koyucu muhtemel her olayı önceden düşünerek, her bir mesele için ayrı ayrı kanunlar veya kurallar koymak yerine, olayların mâhiyetine göre genel kurallar

[44] Bergel, *Methods of Codification*, s. 1077–1078.
[45] Bergel, *Methods of Codification*, s. 1089.
[46] Akşit, *Hukuka Giriş*, s. 18.

koymuştur[47]. Örneğin; "bir kimse, başkasının burnunu kırarsa 100 lira tazminat verir" şeklindeki bir hüküm somut olay metoduna göre verildiği halde, "başkasının vücuduna zarar veren kimse tazminatla yükümlüdür" şeklindeki bir hüküm soyut kural metoduna göre verilmiş genel bir hükümdür. Burada tazminatın miktarı, burnun kırılmasındaki çeşitli nedenlere göre hâkim tarafından takdir edilmekte ve bu genel hüküm vücuda zarar veren benzeri bütün durumları kapsamaktadır. Buna göre, örneğin burnun kırılması olayı değil de, gözün retinasındaki bir hasar benzer kapsamda değerlendirilmekte ve sonuca bağlanmaktadır. XIX. yy.dan önce yapılan kanunlaştırma örneklerinde somut olay metodunun hâkim olması, her bir durum için ayrı ayrı hükümler koymanın zorluğunu göstermiş, sistematik hukuk ilminin gelişmesi ve XIX. yy.dan sonra sosyal ve ekonomik olayların baş döndürücü bir hızla değişmesi, kanunlaştırmalarda soyut kural metodunun kullanılmasını gerektirmiştir[48].

Somut olay metodunun tipik kanunlaştırma örneği 5 Şubat 1794 tarihli *Prusya Genel Memleket Kanunu'*dur. Kazuistik yöntemle hazırlanan ve 19.194 paragraftan (maddeden) müteşekkil bu kanun, kanun koyucunun muhtemel her bir durumu önceden tahmin etmesi esasına dayanmaktadır[49]. Aynı şekilde 1832 tarihli 60.000 maddeden oluşan *Çarlık Rusya Kanunu* somut (*casuistique)* olay metoduna göre hazırlanmıştır[50]. Osmanlı Devleti'nde, İslâm hukukunun bir kısmının, Batı hukukunun etkisinde kalınarak hukukî kalıba döküldüğü 1876 tarihli *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* de ise somut olay metodunun ağırlıkta olduğu karma bir metot kullanılmıştır[51].

Toplum hayatında ortaya çıkabilecek bütün olayları önceden farz edip, hiçbir olayı dışarıda bırakmayacak şekilde kanunlar koymanın erişilemeyecek bir gaye olması, modern kanunlaştırmaların bu gerçeği dikkate alarak benzeri adımlar atmaktan kaçınmalarına sebep olmuştur[52].

Somut olay metodu kanunlaştırmalarının en önemli eksikliklerinden biri de, çok kısa sürede eskimeleri ve tatbik kabiliyetlerini yitirmeleridir. Kanunlaştırma olgusu bir ulusun tarihinde beş-on yılda bir yapılan hukukî düzenleme değildir. Somut olay metoduna göre yapılan hukukî düzenlemelerin toplumun başdöndürücü hızına yetişememeleri sebebiyle zaman içinde bu metot etkisini yitirmiş ve soyut kural metodu yapılan kanunlaştırmalarda kullanılan tek metot haline gelmiştir[53].

Kanunlaştırmanın Olumlu ve Olumsuz Tarafları

Kanunlaştırma faaliyetinin olumlu ve olumsuz yönleriyle ilgili literatürde çeşitli tartışmalar söz konusudur. Bu tartışmaları özetle şu şekilde ifade etmek mümkündür;

47 Akşit, *Hukuka Giriş*, s. 18.
48 Ali Himmet Berki, *Fetâvâ-yı Alemgîriyye,* İslâm-Türk Ansiklopedisi, cilt: I, 1940, s. 278.
49 Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 83.
50 Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul, 1997, s. 38.
51 Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 38–39.
52 Dönmez*, İslâm Hukukunda Müctehidin*. s. 26–27.
53 Akipek, *Türk Medeni Hukuku, s.* 29; Bergel, *Methods of Codification*, s. 1082–1083.

Kanunlaştırmanın Olumlu Tarafları

a. Kanunlaştırma Hukukî İstikrarı Sağlar

Özellikle örf-âdet hukukunun etkili olduğu zamanlarda, bir ülkenin farklı bölgelerinde egemen olan ve uygulanan örf-âdet hukuku hukukî istikrarsızlığa yol açmış bu da vatandaşların hukuk ve adalet idesine olan güvenlerini sarsmıştır. Kıta Avrupası'nın feodal sistemlere göre idare edildiği Orta Çağ döneminde bu durum en yüksek düzeyine ulaşmıştır. Avrupa'nın çeşitli bölgelerinde uygulanan çok farklı yerel hukuk, Kıta'da önemli problemlerin doğmasına neden olmuştur. Ancak Kıta Avrupası hukuk sistemleri bu problemleri kanunlaştırma faaliyetleri ile aşmışlardır. Böylece ülkedeki tüm bireyleri kapsayacak genel bir hukuk sistemi, uygulamada karışıklığın önüne geçmiş bu da vatandaşların sisteme olan güvenlerini pekiştirmiştir.

b. Kanunlaştırma Faaliyeti Beraberinde Siyasî İstikrarı Getirir

Kanunlaştırmanın bu yönü idarî sistemle ilgilidir. Kanunlaştırma olgusu ile merkezî idare arasında karşılıklı bir etkileşim söz konusu olup biri, diğerinin doğal sonucudur. Merkezî devlet fikrinin güç kazandığı 1600'lü yıllara kadar Kıta Avrupası'ndaki siyasal sistemin, birbirleriyle sürekli mücadele halinde olan derebeyliklerden oluştuğu dikkate alındığında bu düşüncenin önemi ortaya çıkacaktır. Kıta Avrupa'sındaki küçük siyasî yapılanmalar (derebey, prenslik ve küçük devlet(çik)ler zaman içinde büyük devlet veya imparatorluğa dönüşmüş, siyasî alandaki bu dönüşüm hukukî alanda da kanunlaştırma olarak tezahür etmiştir. Kanunlaştırma faaliyeti ile bir taraftan devletin hukuk yoluyla tüm ülkede hâkimiyeti sağlanmış, diğer taraftan da siyasî istikrarın hukuk yoluyla sürdürülebilmesine çalışılmıştır. Böylece hukukî istikrar, siyasî istikrarı da beraberinde getirmiştir.

c. Kanunlaştırma Hukukun Gelişimine Etki Eder

Kanunlaştırma ile yazılı olmayan dağınık hukuk kurallarının belirli bir sistem çerçevesinde bir araya getirilmesi hem hukukun hem de bu hukukun uygulanacağı mahkeme vb. adlî kurumların gelişimine imkân sağlamıştır. Planlı-programlı hukukî düzenlemeler ve etraflı büyük kanun mecmualarının yapılması ile hukuk, müstakil bir ilim hüviyetini kazanmıştır. Kanunlaştırma faaliyeti bu yönüyle de adlî kurumların gelişimine katkıda bulunmuştur.

Kanunlaştırmanın Olumsuz Tarafları

a. Kanunlaştırma Hukukun Doğal Seleksiyonuna Müdahaledir

Daha ziyade Tabii Hukuk Ekolüne mensup olanların dile getirdiği bu düşünceye göre kanunlaştırma, hukukun gelişimine dışarıdan bir müdahaledir. Bu müdahale toplumda kargaşa ve karışıklığın doğmasına neden olacaktır. Hukuk, toplumun kendi iç dinamiklerinin bir tezahürü olmalı başka bir ifade ile dışarıdan bir müdahalede bulunulmamalıdır. Kanunlaştırma faaliyeti ise hukukun örf ve âdet şeklindeki doğal gelişimine dışarıdan bir müdahaledir. Esasen, tarihçi hukuk okulu, kanunlaştırma olgusuna toplumun ve hukukun doğal gelişiminden ziyade, Almanya'nın Fransız nüfuzuna girme endişesinden dolayı karşı çıkmıştır. Bu ekol alternatif bir yol olarak Roma hukukunu ön plana çıkartmış, ancak bu da Roma hukukunun kutsanması sonucunu doğurmuştur (pandektizm). Teklif ettikleri metot, toplumsal hayatın ihtiyaçlarını ve problemlerini

karşılamaktan son derece uzak kalmış, hukukun donmasını önlemeye çalışırlarken hayatı dondurmuşlardır.

b. Kanunlaştırma Hukukun Donmasına Neden Olur

Bu eleştiri kısmi olarak bir haklılık payını barındırmaktadır. Ancak kanunlaştırma olgusu İslâm hukuku veya İngiliz hukuku gibi, hukukun temel gelişiminin "içtihat düşüncesi" olduğu hukuk sistemlerinden ziyade kontinantal hukuk sisteminde meydana gelen bir hukukî faaliyet olup, bu hukukun gelişimi de içtihat düşüncesine bağlı değildir. Kanaatimizce kanunlaştırma olgusunun hukukun donmasında birinci derecede etkili olması, kanun koyucunun kanunlaştırma faaliyetinde bulunurken somut olay metodunda olduğu gibi muhtemel her mesele için ayrı bir kural koyma yoluna gitmesidir. Bu tarz bir yöntem toplumda ortaya çıkan ve çıkabilecek her durum önceden düşünülerek, o duruma uygun kanun koyma esasını getirmiştir. Bu yöntemin imkân dâhilinde olmaması doğal olarak hukuk kurallarının belli başlı kalıplar içine hapsedilmesine ve hukukun donmasına neden olmuştur. Ancak, sürekli bir ilerleme içinde olan insanlık adeta deneme yanılmaya benzer bir yöntemle, bu tarz bir kanunlaştırmanın istenen faydayı doğurmadığını, aksine zaman içinde problemin kaynağı olduğunu görmüş ve sonraki kanunlaştırmalarda bu metottan vazgeçerek soyut kural metoduna göre kanunlaştırma faaliyetlerinde bulunmuştur. Ayrıca kanunu uygulayacak olan hâkime takdir hakkının verilmemesi de hukukun donmasına yol açacağından bundan da kaçınılmıştır. Hukukun zaman içinde sosyal hayatın ihtiyaçlarını karşılamayacak şekilde toplumun gerisinde kalması sadece kanunlaştırma sonucu ortaya çıkabilecek bir durum olmayıp, kanun koyucunun toplumsal talep ve değişiklikleri takip etmemesi ile ilgili bir durumdur. Bu da esasen bütün hukuk sistemlerinde ortaya çıkması muhtemel bir tehlikedir.

c. Kanunlaştırma Hukuk Egemenliğinden Kanun Egemenliğine Yol Açar

Bu görüşe göre kanunlaştırma olgusu kanunun her şeye hâkim olması (*legal absolutism*) sonucunu doğuracaktır. Bu durum ise örf ve âdet hukukunun ve içtihat faaliyetinin ölmesine neden olacaktır[54]. Hukukî absolutizmin bu tür tehlikeleri içermesi imkân dâhilinde olmakla birlikte aradaki denge gözetilerek yapılan bir kanunlaştırma faaliyetinin bu tarz muhtemel tehlikelerden arındırılması da mümkündür. Nitekim hukuk tarihindeki örneklerini gördüğümüz kanunlaştırma faaliyetlerinde bu tarz bir tehlike ortaya çıkmamıştır.

2. İSLAM HUKUKUNDA KANUNLAŞTIRMA OLGUSU

İslam Hukukunda Kanunlaştırmanın İmkân ve Sınırları

Hukuk tarihinde tebliğimizde yer veremediğimiz pek çok kanunlaştırma faaliyeti meydana gelmiştir. İslam hukuku da esasen kendisine has orijinallikleriyle hukuk tarihinin bir parçasıdır. Öncelikle şunu ifade edelim ki; bir hukuk sisteminde kodifikasyon faaliyetinin olup olmaması o hukuk sisteminin gelişmişliğiyle ilgili temel kriter değildir. Nitekim hukuk sistemlerinin birbirlerine karşı üstünlükleri de yoktur. Eğer bir üstünlükten söz edilecekse, kanunların amaç ve usulüne

[54] Paolo Grossi, *Legal Absolutism and Private Law in the XIX. Century*, Italian Studies Law 2, Edited by: Alessandro Pizzorusso, Netherlands, 1994, s. 3.

uygun olarak uygulandığı hukuk sisteminin iyi bir hukuk sistemi olduğunu[55] veya adalet idesinin tesis edildiği hukuk sisteminin adaletin sağlanmadığı diğer hukuk sistemlerine göre üstün olduğunu ifade etmek mümkündür.

VIII. yy.a kadar İslâm toplumunda toplumsal hayatın ihtiyaçları ve problemleri ciddi bir zorlukla karşılaşılmadan çözülebilmiştir. Bu durumda da en önemli faktör, Hz. Peygamber'in halkasında yetişen sahabe ve tabiin neslinin gerek Kuran'a gerekse sünnete olan vukûfiyetleri ve İslâm toplumunun bu zamana kadar homojen bir görünüm arz etmesidir. Ancak zamanla bu neslin ortadan kalkması ve fetihlerle İslâm devletinin sınırlarının hem coğrafî açıdan hem de nüfuz açısından genişlemesi, toplumun homojen yapısının heterojen bir yapıya bürünmesine neden olmuş, o güne kadar İslâm toplumunda hiç karşılaşılmayan meselelerle karşılaşılmış, bu da gündelik hayatta problemlere neden olmaya başlamıştır.

Gündelik hayatta karşılaşılan sorunlar, toplumdaki değişikliklerle başa baş gitmesi gereken hukuk için en önemli handikaptır[56]. Eğer bir hukuk sistemi günün ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalıyorsa bu durumdan en büyük zararı toplumun kendisi kadar o hukuk sistemi de görecektir. İlk bakışta, "değiştirilemez" hükümler içermesi sebebiyle zaman içinde donuklaşıp, işlevini yitireceği düşünülse de İslâm hukuku bu handikapı içtihat faaliyeti ve mezhepleşme ile aşmıştır[57].

İslâm hukukunun bir hukuk sistemi olarak diğer hukuk sistemlerine göre çok farklı özellikleri olmakla birlikte iki önemli özelliği onun alâmet-i fârikasını oluşturmaktadır. Birincisi; yasamanın ulûhiyetin özelliklerinden biri olması sebebiyle İslâm hukukunda kanun koyucu Şari' olarak kabul edilmektedir[58]. İkincisi de; İslâm hukuku, bir içtihat hukukudur. İslâm hukuku, Kuran, sünnet, icma ve kıyas gibi kaynaklar ışığında bir içtihat hukuku olarak gelişimini sürdürmüş ve günümüze kadar gelebilmiştir. Kanunlaştırma olgusunun İslâm hukukundaki yerini inceleyeceğimiz başlıkta, bu iki ayırt edici vasfın konumuzu şekillendireceğini özellikle belirtmek isteriz.

Kanunlaştırma çeşitlerini incelediğimiz tebliğimizin birinci bölümünde kanunlaştırmanın müstakil ve şeklî kanunlaştırma olarak ikiye ayrıldığını ve İngiliz hukuku gibi gelişimini içtihat faaliyetleri ile sürdüren hukuk sistemlerinde meydana gelen hukukî düzenlemelerin hukuk tarihinde şeklî kanunlaştırma kapsamında değerlendirildiğini ifade etmiştik. Hukuk tarihçileri bu değerlendirmeyi, İngiliz hukukunun mahkeme içtihatları sonucu oluşan bir hukuk sistemi olmasından ve her hangi bir hukuk sahasının yeni baştan düzenlenmemesinden yola çıkarak yapmışlardı. İngiliz hukuku ile İslâm hukukunun içtihat hukuku olması sebebiyle şeklî bir benzerliğin olduğu dikkate alındığında İslâm hukukunda meydana gelen kanunlaştırma faaliyetlerini de şeklî kanunlaştırma kapsamında değerlendirmek mümkündür. Çünkü genel hukuk tarihinde meydana gelen kanunlaştırma faaliyetlerinin en önemli özelliği, hukuk normlarının devlet tarafından derlenip toparlanması ve yürürlüğe konmasıdır. Ancak, İslâm hukukunun, devlet tarafından kabul edilen ve yürürlüğe konulan resmî bir kanun metni –XIX. ve XX. yüzyıllardaki *Mecelle* gibi sınırlı sayıdaki birkaç çalışma istisna edilirse- hiçbir zaman olmamıştır[59]. Bunun

---

55 Montesquieu'nun ünlü deyişiyle *"Ben bir ülkeye gittiğim zaman, o ülkede kanunların iyi olup olmadığını incelemem, ama mevcut kanunlar iyi bir şekilde uygulanıyorsa her yerde iyi kanunlar vardır"*, Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa, 2003, s. 128'den naklen.

56 Nihat Dalgın, *Sosyal Değişim ve İslâm Hukuku*, Marife, 3/2, 2003, s. 60.

57 Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukukunda Değişmenin Sınırı*, İstanbul, 2005, s. 138.

58 Menna' Kattân, *Târîhü't-teşrii'l-İslâmî*, Kahire, 1989, s. 14.

59 Onar, *Osmanlı İmparatorluğu'nda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Codification'u Mecelle*, s. 57.

yerine serbest içtihatlarla oluşan hukuk kuralları, ilk asırların tedvîn faaliyeti sonucu meydana getirilen fıkıh eserleri içerisinde yer almıştır. Kanunlaştırmanın sebepleri, sonuçları, bu yönde devlet tarafından yapılan çalışmalar dikkate alındığında İslâm hukukunda örneklerini tebliğimizin ilk bölümünde zikrettiğimiz bir kanunlaştırma faaliyeti meydana gelmemiştir[60]. Umumi hukuk tarihinde meydana gelen kanunlaştırma faaliyetlerinin ortaya çıkış sebepleri, amaçları, özellikleri gibi hususların genel olarak İslâm hukuku için geçerli olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Bu sebepler İslâm hukuku dışındaki özellikle de *kontinental* (Kıta Avrupası) hukuk sistemleri için geçerlidir. Bununla birlikte, İslâm hukuku dışarıdan hiçbir müdahalenin olmadığı, kendi kendine gelişen, her hangi bir sisteme göre kendi içinde bir bütünlük arz etmeyen, müçtehitlerin keyfî yorum ve değerlendirmeleri ile meydana gelen bir hukuk sistemi de değildir. Örneklerini hukuk tarihinde gördüğümüz tarzda bir kanunlaştırmanın ortaya çıkmaması İslâm hukukunun kendine has özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, İslâm hukukunda kanunlaştırma kavramını "müstakil kanunlaştırma" (substantive codification) olarak değil, "şeklî kanunlaştırma" (formel codification) anlamında kullanılacağız. Burada kullanılan şeklî kanunlaştırma kavramı "içtihat hukuku olan İslâm hukukunun kanun hukuku haline dönüşümünü" ifade etmektedir[61]. Bu ifadeden de amacımız, VII. yy.da Halife Mansûr'la başlayan hukukun tedvini anlamında kanunlaştırma olgusunun XV. yy.da Ebüssuûd Efendi ile belirli bir mesafe kat etmesi ve XIX. yy.da *Mecelle* vb. çalışmalarla zirveye ulaşmasıdır.

İslâm hukukunun iki ana kaynağı olan Kuran ve Sünnet sadece hukuk kurallarından oluşan bir kanun koleksiyonu değildir[62]. Bu sebeple, İslâm'ın bütün emir ve yasakları, çağdaş hukuk tekniği bakımından hukukî nitelikli birer norm kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla, sistem ve muhteva özellikleri bakımından modern kodifikasyon ile İslâm teşrii arasında bir benzerlik kurmak mümkün değildir[63]. Çünkü hukuk tarihinde örneklerini gördüğümüz kanunlaştırma faaliyetleri ile hukuk yeni baştan inşâ edilirken İslâm hukukunda bu yönde bir amaç hiçbir zaman için meydana gelmemiştir. İslâm hukukunun ana gayesi yeni baştan bir hukuk sistemi inşâ etmek olmamış[64], bunun yerine Allah'ın peygamberleri aracılığıyla insanlara bildirdiği hükümler çerçevesinde bir yaşam sürmelerini sağlamak olmuştur. Diğer hukuk sistemlerinde ortaya çıkan kodifikasyon vb. hukuk faaliyetlerini İslâm hukuk sistemiyle mukayese ederken sıklıkla düşülen hata kanaatimizce İslâm'da hukuk ilmine karşılık geldiği varsayılan fıkıh ilminin, batı ilim tasnifindeki hukuk sistemiyle doğrudan örtüşmemesinden kaynaklanmaktadır. İslâm fıkhının, batı hukuk sisteminden hem kavram hem de mâhiyet itibariyle farklı olması birebir eşleştirmeler de ciddi problemlere neden olmakta ve bir kavram kargaşasına yol açmaktadır[65]. Kodifikasyon da aynı bağlamda değerlendirilmesi gereken bir olgudur. *"Fıkıh"* kavramının *"İslâm hukuku"* kavramına dönüşümü[66], pozitif bir hukuk sisteminde olması gereken her şeyin –bu arada kanunlaştırma olgusunun da- İslâm hukukunda da bulunması gerektiği şeklinde bir ön kabulü beraberinde getirmiştir.

---

60 Rudolph Peters, *From Jurist Law to Statute Law or What Happenns When the Sharia is Codified*, Mediterranean Politics, Autumn, cilt: 7, sayı: 3, 2002, s. 88.

61 Bu adlandırma M. Akif Aydın'a aittir. Aydın, (*İslâm Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, sayı: 1, 2006, adlı) makalesinde, Osmanlı Devleti'nde resmî hukuk sistemi olan İslâm hukukunun içtihat hukukundan kanun hukukuna doğru dönüşümünü ele almaktadır.

62 Ahmet Hassan, *İlk Dönem İslâm Hukuk İlminin Oluşumu*, çev: Haluk Songür, İstanbul, 1999, s. 72.

63 Dönmez, *İslâm Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu,* s. 34.

64 Joseph Schacht, *Problems of Modern Islamic Codification*, Studia Islamica, cilt: 12, 1960, s. 106.

65 Murteza Bedir, *Osmanlı Öncesi Türk Hukuk Tarihi Yazıcılığı*, TALİD, 3/5, 2005, s. 27.

66 Murteza Bedir, *Fıkıh to Law: Secularization Through Curriculum*, Islamic Law and Society, sayı: 11/3, 2004, s. 378–401.

Hâlbuki *fıkhın* tarifinde ifadesini bulan *"kişinin hak ve sorumluluklarını bilmesi- Marifetü'n-nefsi mâ lehâ ve mâ aleyhâ"* şeklindeki tarifte, vurgunun *"bilme (marife)"* kelimesine yapılması, *fıkhın* süje bakımından *hüküm koymak* (yasama) anlamında iradî bir faaliyet değil, ilâhî irade tarafından öngörülmüş olan (muayyen) hükümleri *bilme (ilm / açığa çıkarma / ızhar / keşf / beyan)* faaliyeti olduğunu göstermektedir. Aynı şekilde fıkhın, şerî ameli hükümler bütünü şeklindeki tanımı da, hükümlerin konularak (yasama yoluyla) değil, bilinmek suretiyle elde edilmiş olmaları esasına dayanmaktadır[67].

İslâm Hukukunda Müstakil Kanunlaştırmaların Ortaya Çıkmamasının Sebepleri

İslâm hukuk tarihinde örneklerini tebliğimizin birinci bölümünde gördüğümüz tarzda müstakil kanunlaştırmalar meydana gelmemiştir. Bu durum, İslâm hukukunun kendine has özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Şimdi bu durumun sebeplerini maddeler halinde ele alalım.

Hukukun Maddî Kaynağı ve Şekli Bakımından İslâm Hukukunun Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

İslâm Hukukunun İlâhî Kaynaklı Bir Hukuk Sistemi Olması

Müstakil kanunlaştırmaların olduğu diğer hukuk sistemleri ile mukayese edildiğinde İslâm hukuku, semavî bir dinin emir ve yasakları sonucu oluşmuş bir hukuk sistemidir. İslâm hukuku, hukukun maddî kaynağı (hukukun temeli) itibariyle ilâhî iradeye (tanrısal iradeye) dayanmaktadır[68]. Allah, emir ve yasaklarını peygamberi aracılığıyla insanlara bildirmiş ve insanlardan da bu emir ve yasaklara uymasını istemiştir. Bir beşer olarak Hz. Peygamber'in görevi Yüce Allah'tan aldığı emir ve yasakları (vahyi) tebliğden ibarettir. İslâm hukukunun bir diğer kaynağı olan Sünnet de Hz. Peygamber'in ilâhî terbiye ve gözetimi altında oluşan tasarruflarıdır ki yine ilâhî menşelidir. Buna göre İslâm hukukunu diğer hukuk sistemlerinden ayıran en bâriz özellik, ilâhî menşeli bir hukuk sistemi olmasıdır. İslâm hukukunda "kanun koyucu" (Şari) Yüce Allah'tır, insanlara düşen de bu kanunlara göre bir yaşam sürmektir. Diğer hukuk sistemlerinde ise kanun koyucu bizzat insanın kendisidir (beşerî irade)[69]. Bunun devlet veya yetkili organlar tarafından yapılması işin mâhiyetini değiştirmemekte insanın akıl ve hisleri kanunların konulmasında veya hukuk sisteminin oluşturulmasında birinci derecede etkili olmaktadır.

İslâm hukuku, hukukun maddî kaynağı olarak ilâhî iradeye dayanması sebebiyle dinî bir hukuk sistemidir. Buna göre İslâm hukuku, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi sadece emir ve yasaklardan oluşan bir hukuk sistemi değildir. İslâm hukuku da gücünü esasen bu özelliğinden almaktadır. Örneğin Romalılar, dünyaya hukuk ile düzen verilebileceğini düşünmüşler ve bir hukuk kültü meydana getirmişlerdir. Romalılara göre hukuk, bu dünyaya ait (cismanî) bir kuvvetin egemenliğini ifade etmiştir. Bu kuvveti de kılıç (devletin gücü) temsil etmektedir. Diğer taraftan Hıristiyanlık ise dünyaya sevgi ile düzen vermeyi İncil'de ifade etmiştir. İncil'de yer alan birinci

---

67 Talip Türcan, *Fıkıhdan İslâm Hukukuna*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005, s. 11.
68 Zeki Hafızoğulları, *Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni*, AÜHFD, cilt: 45, sayı: 1–4, 1996, s. 6.
69 Halid Vizanî, *Menhecü'l-Fikril-Kanunî fi'l-Fıkhi'l-İslâmi*, Usûl, sayı: 4/2, 2005, s. 117.

emir, Allah'ın olan efendimizi bütün kalbinle, bütün ruhunla seveceksin şeklindedir. Bu emre benzeyen ikinci emir de, hemcinsini kendin gibi seveceksin, şeklindedir. İslâm ise, bu dünyaya ne yalnız hukuk ile ne de yalnız din ile düzen verilemeyeceğini, fakat bunun her ikisi ile düzen verilebileceğini ifade etmiş ve din ile hukuku birleştirmiştir[70].

Hukukun maddî kaynağı olarak ilâhî iradeye dayanması ve kanunu vazedenin Şâri olması, pozitif hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslâm hukukunda insana sınırsız bir hareket alanı tanımamakta, bu durum da müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıkmamasına sebep olmaktadır.

İslâm Hukukunun Kaynağı İtibariyle Yazılı Bir Hukuk Sistemi Olması

İslâm hukuku, Kuran ve Sünnet gibi yazılı iki kaynağa sahiptir. İslâm hukukunun diğer önemli iki kaynağı olan icma ve içtihat da kaynak olma niteliklerini bu iki yazılı kaynaktan almışlardır. İslâm hukukunun kaynağı itibariyle yazılı olması bir yandan hukukî güven ve eşitliği sağlamış, diğer yandan da müstakil manada kanunlaştırmaların ortaya çıkmasına engel olmuştur[71]. Kıta Avrupası'nda kanunlaştırma hareketlerinin hız kazanmasına ve XIX. yy.ın hukuk tarihi açısından kanunlaştırma çağı olarak kabul edilmesine sebep olan en önemli husus, Avrupa'da hukukun dağınık bir görünüm arz etmesinin meydana getirdiği problemlerdir. Bu durum, hukukun keyfî uygulanmasına ve adalet idesinin insanlar arasında farklı bir şekilde tezahür etmesine sebep olmuştur. İslâm hukukunda ise hukukun Kuran ve Sünnet gibi yazılı iki kaynağa sahip olması, keyfiliğe ve suiistimale yer bırakmamıştır. Voltair'in Avrupa hukukunun dağınıklığını ifade etmek için kullandığı, "*insan her konakta at değiştirirken hukuk da değiştiriyor*" sözü[72], Kıta Avrupası'nın hukukî dağınıklığını göstermesi açısından önemlidir. İslâm hukukunda ise bu tarz bir dağınıklığın bulunmaması, batılı tarzda müstakil kodifikasyonların ortaya çıkmamasındaki en önemli sebeplerdendir.

İslâm hukukunun yüzyıllarca resmî olarak uygulandığı Osmanlı Devleti'nde hukuk nizâmının sadece birlik arz etmesi bakımından bile çağdaş Avrupa'da hâkim olan hukuk düzeninden çok daha üstün olduğunu ifade eden Schacht'ın[73] da belirttiği gibi, İslâm hukuku yazılı bir kaynağa dayanmakla dağınık bir görünüm arz etmekten kurtulmuş, bu durum da müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıkmasına herhangi bir ihtiyaç hissettirmemiştir.

Ayrıca İslâm hukukunun dağınık bir görünüm arz etmemesi, legislatif bir tarzda merkezileşmiş bir yasama faaliyetinin sonucu değildir. Diğer hukuk sistemlerinin dağınık bir görünüm arz etmesi, merkezileşmiş bir yasama faaliyeti ile aşılmaya çalışılmışken, İslâm hukukunda bu birlik, merkezileşmiş bir yasama faaliyeti tarzında değil[74], kuralların ve ilkelerin ortak bir temele diğer bir ifadeyle usûl-i fıkha dayanması suretiyle sağlanmıştır. Hukuk (fıkıh) da bu usûl metoduyla ve müçtehitlerin içtihadı ile kazuist bir yöntemle gelişmiştir. Bu sebeple İslâm hukuk tarihinde müstakil manada bir kanunlaştırma ortaya çıkmamasına rağmen her hangi bir hukukî dağınıklık da meydana gelmemiştir.

---

70 Vasfi Râşid Sevig, *Fıkıh ve Medeni Kanun*, AÜHFD, cilt: 8, sayı: 3–4, 1951, s. 235.
71 Ünal, *Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler*, s. 200.
72 Vasfi Râşid Sevig, *X. Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhâkemeleri Usûlü ve Gelişmesi*, AÜHFD, cilt: 13, sayı: 3–4, 1956, s. 278.
73 Joseph Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, çev: Mehmet Dağ- Abdülkadir Şener, Ankara, 1977, s. 100.
74 Türcan, *Fıkıhdan İslâm Hukukuna*, s. 11.

İslâm Hukukunun Bir İçtihat Hukuku Olması

Nassın lafız, mana ve maksadından hareketle, nassın bulunmadığı durumlarda da çeşitli istinbât metotları kullanılarak şerî hüküm hakkında zannî bilgiye ulaşma çabasının genel adı olan içtihat[75], İslâm hukukunun bir hukuk sistemi olarak gelişiminde temel rol üstlenmiş olan bir faaliyettir. Kaynakları itibariyle ilâhî vahye dayanan İslâm hukuku bir içtihat hukuku olarak doğmuş ve mesleği hukuk olan kişilerin hukuku şekillendirmesi ile gelişimini sürdürmüştür[76]. Ancak bu hukukçular da sadece hukuk bilgileri ile öne çıkan elit bir zümre olmayıp, verdikleri her hükmün ahirette hesabını vereceğinin bilincinde olan ilim ile mücehhez kişilerdir. Diğer bir ifadeyle Hıristiyanlıkta veya Roma'da olduğu gibi hukuk, muayyen kişi veya grupların tekelinde olmamıştır[77]. İçtihat faaliyeti, ilâhî iradenin keşfi çabası olarak görüldüğünden, müçtehitte bulunması gereken bazı şartlar ileri sürülmüş, bu şartlar arasında müçtehidin hukuk bilgisi kadar, yaşantısının da İslâm'a uygun olmasına önem verilmiştir. İslâm hukukunun içtihat eksenli bir hukuk sistemi olması, hukukun belirli bir takım kalıplar halinde standartlaştırılması anlamına gelen müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıkmamasının en önemli sebeplerindendir[78].

Ayrıca içtihadın içtihatla nakz edilememesi, diğer bir ifadeyle bir müçtehidin içtihadının başka bir içtihatla nakz edilememesi, bazı hukuk tarihçilerine göre İslâm hukukunda umumî manada kodifikasyonların ortaya çıkmamasındaki bir diğer sebeptir. Buna göre, içtihadın bir başka içtihatla nakzı İslâm hukukunda hukukî istikrarsızlığa neden olmuş ve fıkıh külliyâtı birbirine taban tabana zıt hükümler içeren içtihatlarla dolmuştur[79]. Kötü niyet ve bilgi eksikliğinden kaynaklandığını düşündüğümüz bu tarz değerlendirmelere katılmak iki sebepten mümkün değildir. Birincisi; hukukî istikrar ve emniyeti sağlamak amacıyla yargıda içtihadın içtihatla nakz olunamayacağı kabul edilmiştir[80]. İslâm hukukunun müçtehitlere sağladığı içtihat serbestliğinin en açık göstergesi olan bu uygulama, hukukî karışıklığa yol açmaması ve adalet sistemine duyulan güvenin kaybolmaması açısından yargı dışındaki durumlar için kabul edilmiştir. İkincisi de; İslâm hukuku, XIX. yy.a kadar devlet gibi müesses bir otorite tarafından merkezileşmiş bir yasama faaliyetine konu olmamıştır. Bir içtihat hukuku olan İslâm hukukunun gelişimi, devletin hukuka müdahalesi şeklinde değil bağımsız müçtehitlerin içtihatlarıyla şekillenen mezhepler vasıtasıyla olmuştur.

İslâm hukukunda sürekli olarak değişen hayatın ihtiyaçları içtihat müessesesinin işletilmesiyle karşılanmış[81], bu durum da modern anlamda müstakil kodifikasyonlara gitmeden toplumun talep ve beklentilerine cevap vermesine imkân tanımıştır. Kanunlaştırma faaliyetlerinin daha ziyade hukukun, toplumun ihtiyaç ve beklentilerini karşılamadığı zamanlarda meydana geldiği[82] dikkate alındığında, İslâm hukukunun içtihat müessesesini işletmek suretiyle, hukukun belirli bir formda bir kalıp içine dökülmesi dediğimiz kodifikasyonlara başvurmadan bu sorunu

---

75 H. Yunus Apaydın, *İctihad,* DİA, TDV Yayınları, c. XXI, İstanbul, 2001, s. 432.

76 Herbert J. Liebesny, *Comparative Legal History: Its Role in the Analysis of Islamic and Modern Near Eastern Legal Institutions*, American Journal of Comparative Law, sayı: 20, 1972, s. 41–42.

77 Bernard Weiss, *İslâm Hukukunda Yorum: İctihad Teorisi*, çev: Menderes Gürkan, Marife, 3/2, 2003, s. 187; Apaydın, *İctihad,* s. 435.

78 Mehmet Fuat Köprülü, *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi*, İstanbul, 1983, s. 254.

79 Coşkun Üçok, *İslâm Hukukunun Temel Kurallarından İçtihatla İçtihat Nakz Edilmez*, İmren Ökten'e Armağan, Ankara, 1970, s. 45–46.

80 Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, s. 68–70, Mecelle madde: 16.

81 Muhammed Halid Mesud, *İslâm Hukuk Teorisi,* çev: Muharrem Kılıç, İstanbul, 1997, s. 16.

82 Bergel, *Methods of Codification, s.* 1078.

aştığı görülmektedir. Burada içtihat kapısının kapanmasının İslâm hukukunun işlerliğine muhtemel etkisi ile ilgili bir soru akla gelebilir. İçtihat faaliyetinin özellikle Milâdî X. yy. dan sonra İslâm hukuk düşüncesinin gelişimine -ilk zamanlardakine oranla- katkısının azaldığı doğrudur[83]. Ancak bu etki, kanaatimizce daha ziyade orijinal mahiyetteki içtihatlar için geçerlidir. Gerek fıkıh metinlerinden gerekse fetva koleksiyonlarından hüküm istinbât etme noktasında içtihat faaliyeti uzun asırlar devam etmiştir. Nitekim içtihat faaliyetinin hız kaybedip mezheplerin müesses bir kurum olarak ortaya çıkmasından sonra "mezhepte müçtehit, meselede müçtehit" gibi sınıflandırmalar[84], içtihat faaliyetinin İslâm hukukunun uygulanabilirliği noktasında işlevini yitirmediğini ancak mahiyet ve kapsam itibariyle bir daralmaya uğradığını göstermektedir[85].

İslâm Hukukunun Kazuist Bir Hukuk Sistemi Olması

İslâm hukukunun ana kaynakları kitap, sünnet, icma ve kıyastır. Müçtehit hukukçular, bu kaynaklardan usûl-i fıkh ilmi prensipleri çerçevesinde (usûlüne uygun olarak) hükümler çıkartmış ve her meseleyi ayrı ayrı ele alan çok önemli kitaplar telif etmişlerdir. Böylece İslâm hukuku meseleci, diğer bir ifadeyle *kazuistik* bir şekil almıştır. Her hukukî mesele ve müessese ayrı ayrı ele alınarak hükme bağlanmış, birbirine benzeyen hukukî meselelerde ortak esasların tespitine gidilmemiştir. Örneğin, alım, satım, kira, kefalet akitlerinin şartları ve neticeleri birbirinden ayrı ayrı ele alınarak düzenlenmiştir. Bunun bir sebebi de, her mesele için Kuran veya Sünnet'ten ayrı ayrı delillerin bulunmasıdır[86].

Kazuist metot, hukuk sistemlerinde çokça tartışılan bir metottur. Her mesele için ayrı ayrı hükümler koymanın, daha ince ve adaletli çözüm yolları getireceğini savunan hukuk tarihçilerine karşılık[87], bu metodun kullanıldığı hukuk sistemlerinin çabuk eskidiği, çok hızlı gelişen günlük hayattaki olaylara hukukun hızının yetişemediğini ifade eden hukuk tarihçileri de bulunmaktadır[88]. Ayrıca *kazuist* yöntemde birbiriyle ilgili pek çok hukuk kuralı çok dağınık bir görünüm arz etmekte bu da ilgili kuralların çok farklı yerlere dağılmasına sebep olmaktadır[89]. Biz burada *kazuist metodu*, İslâm hukukunun gelişimine olumlu veya olumsuz yönde etkide bulunmasından ziyade, İslâm hukukunun bu tarz bir yolla gelişiminin kanunlaştırma faaliyetlerinin ortaya çıkmasına engel olması bakımından değerlendirmekteyiz. Çünkü *kazuist metot* doğası gereği hâkime veya müçtehide geniş takdir hakkı vermekte bu da müstakil kanunlaştırmanın ruhuna aykırı olmaktadır[90].

---

83 Hayreddin Karaman, *İslâm Hukukunda İctihad*, İstanbul, 1996, s. 176.
84 Osman Keskioğlu, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, Ankara, ts, s. 173–174.
85 Wael B. Hallaq, *Was the Gate of Ijtihad Closed*, Internatioal Journal of Middle East Studies, cilt: 16, 1984, s. 4.
86 Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukuku*, İstanbul, 2006, s. 40–41.
87 Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 41.
88 Hans Reichel, *Kanun ve Kazâ*, çev: Sabri Şâkir Ansay, AÜHFD, c: 8, sayı: 1–2, s. 497.
89 R. Stephen Hamphreys, *İslâm Hukuku ve İslâm Toplumu*, çev: Murteza Bedir, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 4/2001, s. 267.
90 Baki Kuru, *1794 Tarihli Prusya Umumî Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri*, AÜHFD, c: 15, sayı: 1–4, s. 107–108.

Hukukun Gelişim Seyri Bakımından İslâm Hukukunun Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

Usûl-i Fıkıh Yoluyla Sistematik Hukuk Biliminin Gelişmiş Olması

Hicri II. yy.dan itibaren, fakih ve müçtehitler, içtihat faaliyetini disipline etmek ve keyfî hüküm verme ihtimaline karşı gerekli tedbirleri almak amacıyla harekete geçmişler ve şerî delillerden hüküm istinbât edilirken esas alınacak bir takım prensipler ve kurallar koymaya başlamışlardır. Daha sonra bu kuralların sistematik bir tarzda disipline edilmesiyle usûl-i fıkıh ilmi meydana gelmiştir[91]. Hukukun usûl-i fıkıh yoluyla müstakil bir ilim olarak ele alınması, İslâm hukukunun gelişim seyri açısından büyük bir öneme haiz olmuş ve böylece İslâm hukuku belirli bir disiplin içinde gelişimini sürdürmüştür[92]. Avrupa'da kanun fikrine dayalı hukuk metodolojisi çalışmaları XIX. yy.daki kodifikasyon faaliyetlerinin sonucunda ortaya çıkmışken[93], İslâm hukukunda, hukuk çok erken bir dönemde müstakil bir bilim dalı olarak ele alınmış ve usûl-i fıkıh ilmi ile hukuk metodolojisi çalışmaları başlamıştır. Ayrıca, vukû bulmamış (henüz gerçekleşmemiş) meselelerle ilgili zihin jimnastiği anlamına gelen farazî fıkıh da hukukî tefekkürün gelişimine önemli katkılarda bulunmuştur. Hukukun ayrı bir ilim olarak gelişmesiyle, sosyal hayatın ihtiyaçları herhangi bir zorlukla karşılaşılmadan çözülebilmiş ve böylece büyük ve etraflı kanunlar yapmadan İslam hukuku toplumun talep ve beklentilerine cevap verebilmiştir.

İslâm Hukukunda Nasslardan Hüküm Çıkarmada Lafız-Anlam ve Maksat Bütünlüğünün Esas Alınması

İslâm hukukunda hükümlerin uygulanmasında katı (aşırı) lafızcılık yoktur. İslâm hukukunun gelişim seyrinde hükümlerin ortaya konması ve uygulanmasında lafız ile birlikte makâsıd ilkesine önem verilmiş, hukukun sadece normatif yönü ön plana çıkmamış ve finalist bir ilim olduğu da göz önünde bulundurulmuştur. Amaçsal yorum veya fonksiyonel yorum da denilen bu metoda göre, hukuk normu, uygulamanın yapıldığı zamandaki toplumun her gün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde yorumlanmıştır[94]. Kanunun hem lafzını hem de ruhunu, birini diğerine feda etmeden beraberce ele alan anlayış vasıtasıyla İslâm hukuku, ana kaynağından kopmaksızın canlılığını sürdürmüş ve toplumun talep ve ihtiyaçlarına cevap verebilmiştir[95]. İslâm hukukunun bu özelliği, hukukun belirli bir takım kalıplar halinde standartlaştırıldığı müstakil kanunlaştırmaların ruhuna aykırı bir durumdur.

Hukukun Mütehassıs Hukukçular Tarafından Şekillendirilmesi ve Mahkemelerin Merkezî İdareye Tabi Olarak Gelişmesi

Genel hukuk tarihinde ortaya çıkan hukuk sistemleri uygulama açısından iki önemli esasa dayanmaktadır. Birincisi; hukuku uygulayacak hâkimler, ikincisi de; hukukunun uygulanacağı yer

---

91 Zekiyyüddin Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, çev: İ. Kâfi Dönmez, Ankara, 1996, s. 33.
92 Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, 1948, s. 3.
93 Dönmez, *İslâm Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu,* s. 25.
94 Muhammed Tâhir b. Âşur, *İslâm Hukuk Felsefesi*, çev: Vecdi Akyüz- Mehmet Erdoğan, İstanbul, 1996, s. 11.
95 Ahmet Yaman, *İslâm Hukuk İlmi Açısından Makâsıd İctihadının Ya Da Teleolojik Yorum Yönteminin İlkeleri Üzerine*, Marife, 2/1, 2002, s. 32.

diğer bir ifadeyle mahkemelerdir. Bu ikisi bir hukuk sisteminin uygulanabilirliği noktasında olmazsa olmaz unsurlardır[96]. İslâm hukukunda, doğuşundan itibaren gerek teorik gerekse pratik açıdan bu alanda çok zengin bir literatür ve uygulama örneği oluşmuştur.

Genişleyen İslâm fetihleri ile devletin yapısal anlamda pek çok değişikliğe uğradığı Hz. Ömer devrinde, adlî teşkilatta da önemli değişiklikler meydana gelmiş ve başta Medine olmak üzere, Mısır, Irak ve Suriye bölgelerindeki şehirlere ayrıca kadılar tayin edilmiştir[97].

İlk Emevî halifesi Muaviye'nin başkent Dımaşk'ta hukuken sahip olduğu yargı yetkisini tayin ettiği kadıya devretmesi ve yargı işleriyle hiç meşgul olmaması ile yargı işleri profesyonel anlamda bu işle görevli kişilere tevdi edilmeye başlanmıştır. Muaviye'nin bu uygulamasını, görevlendirdiği valilerin yargı işlerini kendi bölgelerinde tayin ettikleri kadılara devretmeleri takip etmiş ve böylece adlî teşkilatta kadılık kurumu oluşmaya başlamıştır[98].

Abbasîler zamanında şehirlerin yerleşim alanlarının genişlemesi ve nüfuslarının artmasıyla büyük şehirlere birden fazla kadı tayin edilmeye başlanmış, kadıların sayısının artmasıyla ortaya çıkabilecek muhtemel karışıklığı önlemek ve kadıların görevde atanma ve yükselme usullerini belirlemek üzere de Halife Harun Reşîd zamanında baş kadı uygulamasına geçilmiştir. Bu makama atanan ilk kişi de Hanefî mezhebinin meşhur hukukçusu Ebû Yûsuf'tur. Mezheplerin bir kurum olarak teşekkülü ile birlikte yargı birliğinin sağlanması açısından, bölge ve şehirlere orada yaşayanların amelî mezhebine uygun kadılar tayin edilmeye başlanmış, bunların mezhep disiplini içinde yargılama yapması ve yargı birliğini bozmayacak kararlar vermeleri sağlanmıştır[99].

Kadıların, İslâm hukukunun uygulanmasında kilit role sahip olmaları, kadı'da aranacak şartların oldukça titiz bir şekilde oluşturulmasına ve bu makama toplum içinde en vasıflı kişilerin tayin edilmesine sebep olmuştur[100]. Adaletin dinî literatürde üzerine en çok vurgu yapılan kavramlardan biri olması sebebiyle kadılık adeta kutsal bir meslek olarak görülmüş, manevî mesuliyetinin çok ağır olmasından dolayı kimi İslâm hukukçusu, bu ağır sorumluluğu kabule yanaşmamıştır[101]. Gerek Kuran'da gerekse Hz. Peygamber'in hadislerinde adalete, iyiliğe riayet, insanlar arasında her hangi bir haksızlığa yol açmadan adaletli hüküm vermek övülmüş, aksi durum da yerilmiştir[102]. Bu da İslâm hukukunda hâkim-yargıç konumunda bulunan kadılık kurumunun tarih boyunca büyük bir titizlikle işlemesine imkân sağlamış, hukukî iltimas, adam kayırma, haksız hükümde bulunma gibi durumlar, yok denecek kadar az yaşanmıştır.

Her hukuk sisteminin kendi teorisini pratize etmede karşılaştığı bir takım problemler bulunmaktadır. Örneğin, umumî hukuk tarihinde kanunlaştırma olgusunun hukukun donması riskini taşımasına karşılık İslâm hukukunun da kadı merkezli olmasının muhtemel riskleri olmuştur. Bu risklerin en başta geleni ise hukukun veya yargının siyasallaşması tehlikesidir[103]. İslâm hukukunun müesses bir hukuk sistemi olarak uygulanmasında kadıların kilit bir rolü

---

96 Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s. 66.

97 Hüseyin Çeliker, *İslâm Hukukunda Devlet-Yargı İlişkisi*, Selçuk Üniversitesi SBE, Doktora Tezi, Konya, 2001, s. 46–47.

98 Muhammed Zuhayli, *Târîhü'l-Kadâ fi'l-İslâm*, Beyrut, 1995, s. 166.

99 Fahrettin Atar, *Kadı,* DİA, TDV Yayınları, c. XXIV, İstanbul, 2001, s. 67.

100 İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı*, Ankara, 1994, s. 9.

101 Hâkimlik görevinin kabul edilip-edilmemesi ile ilgili fukahanın görüşleri konusunda bkz: Çeliker, *İslâm Hukukunda Devlet-Yargı İlişkisi*, s. 98–102.

102 Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s. 93–117; Atar, *Kadı,* s. 66–69; Şükrü Özen, *Kadılkudat,* DİA, TDV Yayınları, c. XXIV, İstanbul, 2001, s. 77-82.

103 Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *İslâm Hukuk Ekolleri ve Maslahat Prensibi*, çev: Ali Pekcan, İstanbul, 2007, s. 128.

olmakla birlikte bu aynı zamanda devlet adamlarının veya yöneticilerin kadıların verdikleri kararlara etki etmesi tehlikesini de barındırmıştır. Ve ne yazık ki İslâm hukuk tarihinde, siyasetin hukuka müdahalesinin bazı örnekleri de görülmüştür[104]. Ancak, kanunlaştırmanın olumlu-olumsuz yönlerinde de belirttiğimiz gibi bu tarz problemlerin bütün hukuk sistemlerinde ortaya çıkması muhtemeldir ve bir anlamda bunlardan kaçış da imkânsız görülmektedir. Bununla birlikte, İslâm hukuk tarihinde kadıların görev ve yetkileri ile ilgili bütüncül değerlendirmelerde bu risklerin hiçbir zaman için belirleyici oranda olmadığını belirtmek de mümkündür. Çünkü yargının siyasallaşması tehlikesine karşılık yargı bağımsızlığını sağlayacak pek çok tedbir de alınmıştır[105].

İslâm hukukunda kadılık kurumunun varlığı, hukukun herkes için eşit derecede uygulanmasının teminatı olmuştur. Ayrıca kadıların adlî sistemin işleyişine ve gelişmesine olan katkıları, İslâm hukukunda müstakil kodifikasyonların ortaya çıkmasına ihtiyaç hissettirmemiştir. *On iki levha kanunlarının*, "bazı insanların daha fazla eşit olduğu" düşüncesine, avam tabakasının tepkisi olarak meydana getirildiği[106] veya Kıta Avrupası hukuk sisteminin XIX. yy. a kadar bugünkü anlamda bir adlî teşkilata sahip olmadığı dikkate alındığında, İslâm hukukundaki kadılık kurumunun hukukun gelişimine katkısı daha iyi değerlendirilecektir.

Hz. Peygamber'in Medine'ye hicreti ile başlayan İslâm devletinin oluşum süreci, sonraki zamanlarda artan fetihlerle birlikte hız kazanmış, kurum ve kurallarıyla müesses bir devlet nizamı ortaya çıkmıştır. Buna bağlı olarak, adliye teşkilatı da giderek belirginleşmiş, mezheplerin oluşumu ile birlikte İslâm hukukçuları tarafından yargının işleyişi ve mahkemelere ilişkin teorik ve doktriner tartışmalar yapılmaya başlanmıştır. Sadece bu konuda değil, hilafet, İslâm devleti, gibi daha pek çok konuda da fakihlerin teorik olarak ileri sürdüğü pek çok şart naslarda mevcut ilke ve özel hükümlerin yanı sıra o dönem fakihlerin içinde bulundukları şartların, devraldıkları geleneğin ve tecrübe birikiminin bir yansıması olarak ortaya çıkmıştır. Teorik olarak ortaya konulan şartların pratikte ne derecede geçerli oldukları tartışmalı olsa da, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, dereceleri, tek ve toplu mahkeme usûlleri gibi konularda yaptıkları tespitler ve dile getirdikleri görüşler bu alanda zengin bir literatürün meydana gelmesine sebep olmuştur.

Hâkimlerin özellikle içtihada dayalı olarak çözümlenmesi gereken davaları karara bağlarken her zaman ittifak edemeyeceği ve bu sebeple bazı davaların sürüncemede kalabileceği endişesiyle, klasik dönemde tek hâkimli mahkeme sistemi esas alınmıştır[107].

Mahkemelerin tek dereceli olması ve verilen kararın taraflar için bağlayıcı olması ilke olarak kabul edilse de, hâkimin yanılabileceği veya kasıtlı davranabileceği göz önünde bulundurularak ilgili tarafın verilen karara belirli esaslar çerçevesinde itiraz edebilmesi ilkesi benimsenmiştir[108].

Ayrıca, İslâm adliye teşkilatında kadı mahkemelerinden ayrı olarak adlî ve idarî yargı ve denetim görevlerini yürüten mezalim mahkemeleri de kurulmuştur[109].

İslâm hukukunda yargılamanın açık yapılması genel ilke olarak benimsendiğinden, ilk zamanlarda bu iş camilerde yapılmış, zamanla kadının evi veya müstakil yerler de seçilmiştir.

---

104 Ahmet Yaman, *İslâm Hukukunun Oluşum Süreçlerinde Siyaset-Hukuk İlişkisi*, Konya, 2004, s. 19–122.
105 Hasan Tahsin Fendoğlu, *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, İstanbul, 1996, s. 301–306.
106 Şâkir Berki, *Roma Hukuku*, Ankara, 1949, s. 25–26.
107 Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s. 148.
108 Fahrettin Atar, *Mahkeme,* DİA, TDV Yayınları, c. XXVII, İstanbul, 2003, s. 339.
109 Abdülkerim Zeydan, *Nizâmü'l-Kadâ fi'ş-şerâiti'l-İslâmiyye*, Beyrut, 1997, s. 253.

Genel ahlâka uygun olmayan durumlarda kapalı oturumlar düzenlenmiş, yargılamaya sadece dava ile ilgili kişiler alınmıştır[110].

Mahkemelerde görev yapacak kadıların ataması ve seçim usûlü de belirli bir takım esaslara bağlanmış, adlî ve idarî işlerde kadılara yardımcı olmak üzere, kâtip, sâhibül meclis (mübâşir), muhzır (tebligat memuru), müzekkî (şahitlerin durumunu araştıran kişi), tercüman gibi yardımcı kadrolar da ihdas edilmiştir[111]. Ayrıca önemli yerleşim birimlerinde kadının mâlî murakabe ve nezaret işleri için tayin ettiği kadı eminleri bulunmuştur[112].

İslâm adliye teşkilatında mahkemelerin standart bir yapıda olması ve hâkimlerin tek merkezden atanmasıyla mahkemelerin merkezi idareye bağlı olması ile hukuk, toplum içinde her hangi bir dağınıklık arz etmeden uygulanabilmiş ve müstakil kodifikasyonlara gerek kalmadan İslâm hukuku gelişimini sürdürerek toplumun talep ve beklentilerine cevap verebilmiştir.

Fıkıh Kitaplarının Sistematiğinde Sosyal Hayatın Önceliklerinin Esas Alınması

Fıkıh kitaplarının yazımında Müslümanların amelî ihtiyaçları göz önünde bulundurulmuş ve klasik fıkıh sistematiği ortaya çıkmıştır. Fıkıh kitaplarının klasik üçlü tasnifine göre önce ibadetler (ibâdât), ardından hak ve borç ilişkileri (muamelât), daha sonra da ceza hukukuyla (cinâyât-ukûbât) ilgili bilgilere yer verilmiş, vasiyet ve miras hukuku, hak ve borç ilişkileri çerçevesine girdiği halde insan hayatının sonunda gerekli olduğu için fıkıh kitaplarının da sonuna konulmuştur. Tasnif genellikle bu şekilde olmakla birlikte bazı müelliflerin farklı yollar tuttukları ve mesela ceza hukuku bölümünü sona aldıkları da olmuştur[113].

İslâm hukukunda genel olarak devletin merkezî bir yasama faaliyeti olmamasına rağmen, toplumsal hayatın ihtiyaçları fıkıh ve fetva kitaplarıyla giderilmiş bu durum da kitapların sistematiğine yansımıştır. Fıkıh kitaplarının sistematiğinin toplumun günlük talep ve ihtiyaçlarına göre hazırlanması, modern kanunlaştırmaların çok sonraları ulaştığı bir seviyedir.

Hukukun Konusu, Amacı, Kapsamı ve Muhatapları Bakımından İslâm Hukukunun Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

Hukukun Konusu Bakımından Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

Diğer hukuk sistemlerinde hukuk, insanların birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerini düzenlerken İslâm hukukunda hukukun konusu sadece muamelat dediğimiz beşerî konuları değil ibadet ve ahlâkla ilgili konuları da kapsamaktadır[114]. Buna göre İslâm hukuku diğer hukuk sistemleri gibi sadece beşerî muameleleri düzenleyen bir hukuk sistemi olmayıp, uhrevî ve vicdanî yönü de bulunan ve ibadet gibi beşerî ilişkilerin dışında kalan konuları da düzenleyen çok yönlü bir hukuk sistemidir. Temel amacı insanın yaratıcısıyla olan ilişkileri düzenlemek olan bu hukuk

[110] Çeliker, *İslâm Hukukunda Devlet-Yargı İlişkisi*, s. 57–58.
[111] Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s. 138–170; Atar, *Mahkeme,* s. 338–341.
[112] Halil İnalcık, *Mahkeme*, MEB İslam Ansiklopedisi, c. VII, Ankara, ts., s. 150
[113] Hayreddin Karaman, *Fıkıh*, DİA, TDV Yayınları, c. XXIII, İstanbul, 1996, s. 3.
[114] Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul, 1986, s. 25.

sistemi buna gidiş yolu olarak da önce insanın bu dünya ile ve diğer insanlarla ilişkilerini düzenlemeyi öngörmektedir.

Hukukun Amacı Bakımından Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

Diğer hukuk sistemlerinin nihâî amacı mevcut kurallara itaat eden "iyi vatandaş" yetiştirmek iken, İslâm hukukunun nihâî hedefi, iman ve inanç esaslarıyla, hukukuyla, ahlâkıyla ahiret kaygısı taşıyan ve her türlü eylem ve değerlendirmelerin, zerre miktarınca hesabının sorulacağı bir din gününün varlığına inanan bir insan tipolojisi inşâ etmektir[115]. Başka bir ifadeyle hukukun inşâ etmeyi hedeflediği insan tipi, İslâm hukukunda kendine has orijinallikler taşımaktadır. İslâm hukuku, sadece normatif mâhiyette bir takım kurallara riayeti emretmemekte aynı zamanda insanın ruh dünyasına ve vicdanına hitap ederek, kişinin ahlâk, fazilet, erdem gibi değerlere de riayet etmesini istemektedir. Bu manada olmak üzere örneğin, "emr-i bil maruf ve nehyi anil münker" prensibi başlı başına orijinal bir prensiptir. İslâm hukukunda kişinin sadece bir takım kurallara riayet etmesi yeterli görülmemekte aynı zamanda kişinin topluma karşı görevlerinin de olduğu hatırlatılmaktadır. İslâm hukukunun bu özelliği aynı zamanda bilinç düzeyi yüksek bir toplumun oluşmasını da sağlamıştır.

Hukuk felsefesinde tartışılan hukuk-ahlâk ilişkisi çerçevesinde de İslâm hukuku kendine has orijinallikler taşımaktadır. Genel hukuk tarihinde örneklerini gördüğümüz hukuk sistemlerinin temin etmeye çalıştığı adalet, hakkaniyet, özgürlük, düzen, emniyet, vicdan bütünlüğü, iyiliği gerçekleştirme, kötülüğü giderme, erdem, mutluluk, insan haysiyeti, eşyayı ve mülkiyeti koruma gibi değerlerin her biri ahlâkî içerik taşımaktadır. Bu sebeple İslâm hukukçuları zaruriyyât, haciyyât ve tahsiniyyât şeklinde bir takım sınıflamalar yaparak diğer hukuk sistemlerinin ideal hedeflerini gerçekleştirmiştir[116].

Hukukun Kapsamı Bakımından Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

Diğer hukuk sistemlerindeki kamu ve özel hukuk şeklindeki genel bir ayırıma karşılık, İslâm hukukunda bu tarz bir tasnif benimsenmemiştir. Bazı fıkıh kitaplarında kamu hukukuna karşılık hukukullah, özel hukuka karşılık olarak da hukukulibâd telakkileri bulunmaktadır[117]. Bu telakkiye göre İslâm hukukunda mükellefin, kendisine Allah'ın hükmü bağlanan fiilleri, sırf Allah hakkı olan hükümler, sırf kul hakkı olan hükümler, kendisinde iki türlü hak birleşmekle beraber Allah hakkının galip olduğu hükümler ve kendisinde iki türlü hak birleşmekle beraber kul hakkının galip olduğu hükümler şeklinde dört kısma ayrılmaktadır[118]. Hukukun kamu ve özel hukuk şeklinde sınırları kesin bir tasnife sahip olmaması İslâm hukukunda müstakil kanunlaştırmaların meydana gelmemesinin en önemli sebeplerindendir.

İslâm hukuku normatiflik bakımından da diğer hukuk sistemlerinden ayrılmaktadır. Beşerî iradeye dayanan hukuk sistemlerinde hukuk kuralları genel olarak belirli bir şeyin yapılmasını emretmekte veya yasaklamaktadır. İslâm hukukunda ise şerî delillerden çıkarılan hükümler teklifî ve vadî şeklinde bir ayırıma tâbi olmakta, teklifî hüküm de kendi içinde farz, vâcib, mendûb,

[115] Yaman, *İslâm Hukuk İlmi Açısından Makâsıd İctihadının,* s. 33.
[116] Ahmet Yaman, *Kuran'da Yasamanın Arka Planı Olarak Ahlak*, Marife, 6/1, 2006, s. 41–49.
[117] Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, s. 20.
[118] Saffet Köse, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul, 1997, s. 37–40.

harâm, mekrûh, mubâh şeklinde sıralanmaktadır. Ayrıca bunlar da kendi içinde bazı sınıflandırmalara tâbidir[119].

Çağdaş hukuk tekniği bakımından değerlendirildiğinde İslâm'ın bütün emir ve yasakları hukukî nitelikli birer norm değildir[120]. İslâm hukukunun dinî meşeli bir hukuk sistemi olması sebebiyle, hukukî müeyyidelerin hem dünyevî hem de uhrevî yönü bulunmaktadır. Bu durum insanların İslâm hukuku hükümlerine titizlikle ve gönül rızasıyla uymalarına kuvvetli bir amildir. Hükümlerin diyaneten ve kazaen şeklindeki ikili ayrımı, diğer hiçbir hukuk sisteminde örneği olmayan bir özelliktir[121]. Örneğin, bir kimsenin malını telef eden bir şahıs bütün hukuk sistemlerinde –derece ve uygulamaları farklı olmakla birlikte- belirli bir yaptırıma maruz kalmaktadır. Ancak, İslâm hukukunda bu suçun bir de uhrevî cezası bulunmaktadır. İslâm hukukunun bu yönü, özellikle de suçun hukuken ispat edilemediği durumlar için geçerlidir. Örneğin, iki kişi arasındaki alacak-verecek davasında alacaklı kişinin haklılığını ispat edememesi durumunda, borçlu kişinin vicdanıyla baş başa kalması en az maddî müeyyide kadar önemli olan bir yaptırımdır. İslâm hukukundaki maddî ve manevî müeyyidenin varlığı, vicdanların eğitilmesini, toplumun mevcut emir ve yasaklara maksimum derecede uymasını sağlamakta ve İslâm hukuku bu yönüyle orijinal bir nitelik taşımaktadır[122].

İslâm dini, tek tanrılı bir dindir. Yahudilik ve Hıristiyanlık gibi diğer semavî dinler de başlangıçta tek tanrılı olmalarına rağmen zaman içinde muharref hale gelmişlerdir. İslâm dininin tek tanrılı bir din olması ve hukukun dinden neşet etmesi sadece inanç esasları üzerinde etkili olmamış, İslâm toplumunun hayatı algılaması ile hukuk ve felsefe düşüncelerinde de etkili olmuş ve İslâm toplumlarında bir zihin karışıklığı meydana gelmemiştir. Örneğin, hukuk tarihinin en önemli kanunlaştırmalarından biri olan *Code Napoleon*'un, zamanında pek çok ülke tarafından kabul görmesini ve etkisini modern çağa kadar sürdürmesini, Hıristiyanlıktaki teslis inancının ortaya çıkardığı kafa karışıklığını gidermesine, bunu yaparken de dini ve kiliseyi devre dışı bırakan bir yol izlemesine bağlayan hukuk tarihçileri bulunmaktadır[123]. Bu durum özellikle XIX. ve XX. yy. Kıta Avrupası kanunlaştırmaları için geçerlidir. Nitekim Ortaçağ Avrupası'nın katı dogmatik kuralları içinde bunalan Hıristiyanlık dünyası, sekülerizmle rahat bir nefes almış, bunun hukuk alanına yansıması da Hıristiyanlığın ve Kilisenin manevi etkisinin devre dışı bırakıldığı, kanunlaştırma çalışmaları şeklinde olmuştur. Ancak bu ifadelerden, kodifikasyon olgusunun, dinin devre dışı bırakıldığı bir faaliyet olduğu şeklinde bir sonuç çıkarılmamalıdır. Nitekim Roma hukukunun ilk defa sistemli bir şekilde kodifie edildiği *Jüstinyen kodifikasyonu*, Hıristiyanlığın temel öğretileri altında meydana getirilen ve ortaya çıkmasında tek din, tek devlet ve tek hukuk düşüncesinin etkili olduğu bir kodifikasyondur[124].

Kıta Avrupası'nın XVII. asra kadar feodal sisteme göre idare edilmesi, toprağın mülkiyetinin tabana yayılmadan senyör veya derebeyler arasında paylaşılması ve toprağı işleyen köylülerin yarı köle konumunda olmaları Avrupa'daki kanunlaştırma hareketlerinin itici gücü olmuştur. Örneğin Fransa'da arazi de dâhil her türlü taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde mülkiyet hakkı ancak

[119] Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 235–236.
[120] Şamil Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi*, Marife, 3/1, 2003, s. 72.
[121] Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 208.
[122] Hüseyin Esen, *İslâm Hukuku ve Uhrevi Sorumluluk*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 8/2006, s. 99–112.
[123] Danet, *Does the Code Civil Matter? ,* s. 215.
[124] Saffet Köse, *Din Özgürlüğü ve Barış Yolunda İki Farklı Tecrübe*, İHAD, 5/2005, s. 20.

1789 Fransız İhtilalinden sonra, 1791 tarihli bir fermanla fertlere tanınmıştır[125]. XVI. yy.a kadar dünya ekonomik sisteminin tarıma-toprağa dayalı olduğu dikkate alındığında, arazi hukuku sadece hukukî açıdan değil aynı zamanda ekonomik ve sosyal açıdan da önem arz etmiştir. Gerek İslâm dünyası gerekse Osmanlı Devleti'nde arazi hukuku ve sulama ile ilgili geniş bir birikim ortaya çıkmış, klasik dönemden itibaren bu alanda zengin bir literatür meydana gelmiştir. Fıkıh ve fetva kitaplarında gerek arazi gerekse suyun çeşitleri, paylaşımı, kullanım şartları vb. konularda detaylı bilgiler verilmiş, toprak ve tarıma dayalı olarak iktisadî hayattaki boşlukları usûlüne uygun şekilde doldurmak üzere, *müzâraa* (ziraat ortaklığı), *müsâkât* (bağ-bahçe ortaklığı) ve *mugârese* (ağaç dikimi ortaklığı) gibi bir takım muameleler geliştirilmiştir. Bütün bunlar, İslâm hukukunun sosyal hayatın ihtiyaçlarını karşılamasında topluma yardımcı olmuş, Kıta Avrupası'nda olduğu gibi toplumun talep ve beklentilerinin karşılanmasında büyük bir boşluğun ortaya çıkmasına engel olmuştur.

Muhatapları Bakımından Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

İslâm hukukunda mükellefler Müslüman olup olmamalarına göre farklı hükümlerle yükümlüdürler. Bu, kanun önünde eşitsizlik olarak değil, aksine adaletin tam olarak sağlanması, İslâm devletindeki yabancı unsurların Müslümanların muhatap oldukları kurallarla mükellef olmaması için konulmuş, maksimum eşitliği sağlamayı hedefleyen bir prensiptir[126]. Buna göre İslâm devletinde yaşayan gayr-i müslimler, Müslümanların muhatap olduğu pek çok hükümle yükümlü değildirler. Buna karşılık İslâm devletinin kendileri için belirlemiş olduğu hüküm ve prensiplere riayet etmekle mükelleftirler[127]. Her iki tarafın hak ve yükümlülükleri, birbirlerine haksızlık etmeyecek şekilde garanti altına alınmıştır. Çok farklı coğrafyalarda, çeşitli din mensuplarının belirli sorumlulukları çerçevesinde bir arada yaşadığı İslâm devletinde herkesin aynı hak ve sorumlulukla muhatap kılınmaması İslâm hukukunun engin hoşgörüsünün ve maksimum adalet düşüncesinin bir göstergesidir.

İslâm hukukuna göre câri olan düzenin esası İslâm'dır. Diğer hukuk sistemlerinde ise din veya inanç eksenli bir ayırım yoktur. İslâm hukukunun sistemli olarak bir bütün halinde çok uzun yıllar uygulandığı Osmanlı İmparatorluğu başta olmak üzere pek çok İslâm devletinde Hıristiyan ve Musevi gibi İslâm dışı toplulukların varlığı ister istemez çoğulculuk (*plurualizm*) olayını gündeme getirmiştir. Birlikte yaşama olgusu İslâm hukukunun ülkenin tamamında tüm nüfus için kullanılmasını engelleyen en önemli faktörlerdendir. Çünkü bir arada yaşama olgusu "ötekinin" yaşam alanına müdahale etmemeyi gerektirmektedir. İslam toplumlarında gayr-ı müslim unsurlar kendi hukuk kurallarına göre idare edilmişler ve Müslümanların yükümlü olduğu kurallarla mükellef olmamışlardır. Müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıktığı toplumların kimi zaman etnik açıdan farklı unsurlardan oluşmakla birlikte, dinî açıdan genelde tek bir yapıda olmaları tüm ülkede tek bir hukuk sisteminin icrâsını da mümkün kılmıştır. Din temelli bir hukuk sistemine sahip olan İslâm hukukunda ise mükelleflerin dinî açıdan bir ayrıma tabi tutulması, ülkenin tamamında tüm nüfus için tek bir hukuk sisteminin uygulanmasının önündeki en büyük engellerdendir.

---

[125] Halil Cin, *Arazi*, DİA, TDV Yayınları, c. III, İstanbul, 1991, s. 343.
[126] Yusuf Fidan, *İslâmda Yabancılar ve Azınlıklar Hukuku*, İstanbul, 2005, s. 359–362.
[127] Ahmet Yaman, *Hukukun Üstünlüğü Bağlamında Çok Hukukluluk Tartışmalarına Fıkhî Bir Yaklaşım*, İslâmi Araştırmalar, 14/2, 2001, s. 285–290.

Hilafet Kurumunun İslâm Dünyasında Siyasî Birliği Temsil Etmesi

Hulefâ-i Râşidîn döneminden sonra halifelik kurumunun İslâm dünyasında siyasî birliği ne derece sağladığı tartışmalı olmakla birlikte, en azından literatürde, Müslümanların siyasî ve idarî işlerini görecek, akıl ve adalet sahibi, güçlü bir otoritenin varlığının bulunması gerektiği yönündeki telakkî, İslâm dünyasında XX. yy.a kadar, halifelik kurumunun varlığını sürdürmesini sağlamıştır. Gerek halife gerekse devlet başkanı, Hz. Peygamber'in halifesi, Allah'ın yeryüzündeki gölgesi, müminlerin emîri, İslâm dünyasının başkomutanı gibi sıfatlarla anılmıştır[128]. Bu da İslâm dünyasında siyasî açıdan mutlak bir otoritenin varlığını, idareci ve yöneticilere itaatin –adalet ve doğruluktan sapmadıkları sürece- Allah'a ve Resulüne itaat etmek olduğu şeklindeki bir kabulü de beraberinde getirmiştir. Umumî hukuk tarihinde meydana gelen pek çok kanunlaştırma, hukukî birlik kadar siyasî ve idarî birliği de sağlamayı hedeflemiştir[129]. *Hammurabi Kanunu, Corpus Juris, Code Napoleon* gibi hukuk tarihinin belli başlı kanunlaştırmaları, hukukî birlikten ziyade, siyasî birliği sağlamaya ve nüfuz kazanmaya yönelik faaliyetlerdir. İslâm dünyasında ise halifelik kurumunun bulunmasıyla, büyük-küçük devletlerin tek bir otoriteye –şeklen de olsa- bağlı olması, kanunlaştırmalar yoluyla siyasî birliği sağlamaya yönelik bir çabanın ortaya çıkmasına da ihtiyaç doğurmamıştır. Haçlı saldırıları, Moğol istilası ve saltanat kavgaları gibi İslâm dünyasında siyasî ve idarî açıdan kaosa neden olan ara dönemler olmakla birlikte, özellikle ortaçağ dönemi Kıta Avrupası'nın yaşadığı çok parçalı siyasî yapıyla mukayese edildiğinde, İslâm dünyası siyasî bütünlüğünü korumayı başarmış bu durum da bir hukuk anarşisinin ortaya çıkmasını engellemiştir. Çünkü saltanat kavgaları gibi ortaya çıkan siyasî kaoslar, tarihin bir döneminde bir devlet içindeki mücadele ile sınırlı kalmış, İslâm dünyasının geneline yayılmamıştır. Örneğin, 1258 yılında Moğol istilasıyla Bağdat Abbasî halifeliği sona erince İslâm âlemi sadece üç yıl halifesiz kalmış, akabinde tekrar Muntasır-Billah'ın halife ilan edilmesiyle Abbasî hilafeti 1261'de yeniden kurulmuştur[130]. Hilafetin, İslâm toplumu üzerinde meşruiyet yönünden taşıdığı büyük önem dikkate alındığında, İslâm tarihindeki siyasî yapılanmalar daha iyi anlaşılacaktır. Örneğin; Abbasîlerin 1055 yılında Selçuklu himayesine girmeleriyle, halifelerin siyasî (yaptırım) gücü sona ermiş ancak iktidar mücadelelerinde (özellikle halk nazarında) meşruiyeti sağlama fonksiyonuna sahip olmaları sebebiyle siyasî nüfuzları sona ermemiştir. Başa gelen iktidarların, meşruiyetini halifeye dayandırması, İslâm dünyasında halifelik kurumunun önemini -şeklen de olsa- göstermesi bakımından önemlidir[131].

İslâm dünyasında gerek halifenin gerekse büyük devletlerin varlığı, daha küçük siyasî mekanizmalarda görevli vali ve yöneticilerin hukuku keyfî olarak uygulamalarının önüne geçmiş, kendisinden hesap sorabilecek bir üst mekanizmanın varlığı ile feodal yönetimlerin temel özelliği olan haksızlık ve keyfî uygulamalar da ortaya çıkmamıştır. Esasen genelde İslâm dünyasında özelde ise Osmanlı toplum yapısında feodalite, tarihinin hiçbir döneminde hâkim bir konumda olmamıştır.

---

[128] Halifeler için kullanılan bu tip lakaplar tanrısal tayini göstermek amacıyla değil halifenin işgal ettiği konumu tazime yönelik olarak kullanılmıştır. Nitekim bu tür lakaplar daha ziyade halifelerin güçlü ve muktedir olduğu zamanlarda değil, zayıf ve etkisiz olduğu zamanlarda yaygınlaşmıştır. H. Yunus Apaydın, *Müslüman Siyaset Geleneğinde Din-Devlet İlişkisi*, Bilimname, sayı: 1, 2003, s. 224.

[129] Mirow, *The Power of Codification in Latin America*, s. 83.

[130] Hakkı Dursun Yıldız, *Abbasîler,* DİA, TDV Yayınları, c. I, İstanbul, 1988, s. 38.

[131] Casim Avcı, *Hilafet*, DİA, TDV Yayınları, c. XVII, İstanbul, 2003, s. 539-546.

SONUÇ

Umumi hukuk tarihinde meydana gelen kanunlaştırmaların çeşitleri ve özellikleri dikkate alındığında İslam hukukunda örneklerini daha ziyade son yüzyıllarda gördüğümüz modern anlamda müstakil bir kanunlaştırma faaliyeti meydana gelmemiştir. Çünkü hukuk tarihindeki kanunlaştırmaların ortaya çıkış sebepleri, amaçları, özellikleri gibi hususlar genel olarak İslâm hukuku için değil İslâm hukuku dışındaki özellikle de kontinental (Kıta Avrupası) hukuk sistemleri için geçerlidir. Bununla birlikte, İslâm hukuku dışarıdan hiçbir müdahalenin olmadığı, kendi kendine gelişen, her hangi bir sisteme göre kendi içinde bir bütünlük arz etmeyen, müçtehitlerin keyfî yorum ve değerlendirmeleri ile meydana gelen bir hukuk sistemi de değildir.

Örneklerini hukuk tarihinde gördüğümüz tarzda bir kanunlaştırmanın ortaya çıkmaması İslâm hukukunun kendine has özelliklerinden kaynaklanmıştır. Çünkü genel hukuk tarihinde meydana gelen kanunlaştırma faaliyetlerinin en önemli özelliği, hukuk normlarının devlet tarafından derlenip toparlanması ve yürürlüğe konmasıdır. Ancak, İslâm hukukunun, devlet tarafından kabul edilen ve yürürlüğe konulan resmî bir kanun metni –XIX ve XX. yüzyıllardaki Mecelle gibi sınırlı sayıdaki birkaç çalışma istisna edilirse- hiçbir zaman olmamıştır. Diğer bir ifadeyle İslâm hukuku, XIX. yy.a kadar devlet gibi müesses bir otorite tarafından merkezileşmiş bir yasama faaliyetine konu olmamıştır. Bir içtihat hukuku olan İslâm hukukunun gelişimi, devletin hukuka müdahalesi şeklinde değil bağımsız müçtehitlerin içtihatlarıyla şekillenen mezhepler vasıtasıyla olmuştur. Bununla birlikte hukukun tedvini yönünde bir takım çalışmalar da ilk günden beri yapılmıştır. Bu yönüyle eğer illa batılı örnekleriyle mukayese ederek bir isimlendirme yoluna gidecek olursak İslam hukuk tarihinde, hukukun tedvini anlamında yapılan çalışmaları şeklî kanunlaştırma (formel kodifikasyon) olarak isimlendirmek mümkündür. Burada kullanılan şeklî kanunlaştırma kavramı "içtihat hukuku olan İslâm hukukunun kanun hukuku haline dönüşümünü" ifade etmektedir. Bu ifadeden de amacımız, VII. yy. da Halife Mansûr'la başlayan hukukun tedvini anlamında kanunlaştırma olgusunun XV. yy. da Ebüssuûd Efendi ile belirli bir mesafe kat etmesi ve XIX. yy. da Mecelle vb. çalışmalarla zirveye ulaşmasıdır.

KAYNAKÇA

Abdülber, Muhammed Zeki, *Taknînü'l-Fıkhi'l-İslâmi*, Katar, 1983.

Akipek, Jale G., *Türk Medeni Hukuku*, Ankara, 1973.

Akşit, Mustafa Cevat, *Hukuka Giriş ve Temel Kavramlar*, Edirne, 1986.

Apaydın, H. Yunus, *İctihad,* Dia, TDV Yayınları, C. XXI, İstanbul, 2001.

Apaydın, H.Yunus, *Müslüman Siyaset Geleneğinde Din-Devlet İlişkisi*, Bilimname, 1/2003.

Ascherı, Mario, *A Turning Point in The Civil-Law Tradition: From Ius Commune to Code Napolen*, Tulane Law Review, Sayı: 70, 1995–1996.

Âşur, Muhammed Tâhir, *İslâm Hukuk Felsefesi*, Çev: Vecdi Akyüz- Mehmet Erdoğan, İstanbul, 1996.

Atar, Fahrettin, *Kadı,* Dia, TDV Yayınları, C. XXIV, İstanbul, 2001.

Atar, Fahrettin, *Mahkeme,* Dia, TDV Yayınları, C. XXVII, İstanbul, 2003.

Avcı, Casim, *Hilafet*, Dia, TDV Yayınları, C. XVII, İstanbul, 2003.

Aydın, M. Akif, *İslâm Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı: 1, 2006.

Ayiter, Ferit, *Yabancı Kanunların Alınması ve Millî Hukuk,* Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçinde, İstanbul, 1944.

Bakırcı, Fahri, *Kod Yasa-Çerçeve Yasa Ayırımı Üzerine*, AÜHFD, Cilt: 54, Sayı: 3, 2005.

Ballentine, James A., *Law Dictionary With Pronunciations*, New York, 1948.

Baudouin, Louis, *The Influence of The Code Napoleon*, Tulane Law Review, Sayı: 33, 1958–1959.

Bedir, Murteza, *Fıkıh To Law: Secularization Through Curriculum*, Islamic Law And Society, Sayı: 11/3, 2004.

Bedir, Murteza, *Osmanlı Öncesi Türk Hukuk Tarihi Yazıcılığı*, Talid, 3/5, 2005.

Bergel, Jean Louis *Principal Features And Methods of Codification*, Louisiana Law Review, Sayı: 48, 1987–1988.

Berki, Ali Himmet, *Fetâvâ-Yı Alemgîriyye*, İslâm-Türk Ansiklopedisi, Cilt: I, 1940.

Berki, Ali Himmet, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, 1948. Berki, Şâkir, Roma Hukuku, Ankara, 1949.

Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, 1994.

Black, Henry, Campbelle, *Black's Law Dictionary With Pronunciations*, Fifth Edition, 1979.

Bozkurt, Gülnihâl, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci)*, Ankara, 1996.

Cin, Halil, *Arazi*, Dia, Tdv Yayınları, C. III, İstanbul, 1991.

Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Felsefesinde Tabiî Hukuk*, Tahir Taner'e Armağan İçinde, İstanbul, 1956.

Çeliker, Hüseyin, *İslâm Hukukunda Devlet Yargı İlişkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sbe, Konya, 2001.

Dağcı, Şamil, *İslâm Ceza Hukukunda İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi*, Marife, 3/1, 2003.

Dalgın, Nihat, *Sosyal Değişim ve İslâm Hukuku*, Marife, 3/2, 2003.

Dönmez, İbrahim Kâfi, *İslâm Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu İle Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese,* Müifd, Sayı: 4, 1986.

Ekinci, Ekrem Buğra *İslâm Hukuku*, İstanbul, 2006.

Ekinci, Ekrem Buğra, *İslâm Hukukunda Değişmenin Sınırı*, İstanbul, 2005.

Esen, Hüseyin, *İslâm Hukuku ve Uhrevi Sorumluluk*, İhad, 8/2006. Zerkâ, Mustafa Ahmed *İslâm Hukuk Ekolleri ve Maslahat Prensibi*, Çev: Ali Pekcan, İstanbul, 2007.

Fendoğlu, Hasan Tahsin, *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, İstanbul, 1996.

Fidan, Yusuf, *İslâmda Yabancılar ve Azınlıklar Hukuku*, İstanbul, 2005.

Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa, 2003.

Grossı, Paolo, *Legal Absolutism And Private Law in The XIX. Century*, Italian Studies Law 2, Edited By: Alessandro Pizzorusso, Netherlands, 1994.

Hafızoğulları, Zeki, *Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni*, Aühfd, Cilt: 45, Sayı: 1–4, 1996.

Hallaq, Wael B., *Was The Gate of Ijtihad Closed*, Internatioal Journal of Middle East Studies, Cilt: 16, 1984.

Hamphreys, R. Stephen, *İslâm Hukuku ve İslâm Toplumu*, Çev: Murteza Bedir, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 4/2001.

Harnay, Sophie, *Was Napoleon A Benevolent Dictator?,* An Economic Justification For Codification, European Journal Of Law And Economics, Sayı: 14, 2002.

Haskıns, George L.*, A Problem in The Reception of The Common Law in The Colonial Period,* University of Pennsylvania Law Review, Sayı: 97, 1948–1949.

Hassan, Ahmet, *İlk Dönem İslâm Hukuk İlminin Oluşumu*, Çev: Haluk Songür, İstanbul, 1999.

Honig, Richard, *Roma Hukuku*, Çev: Şemseddin Tâlib, İstanbul, 1938.

Honore, A.M., *The Background To Justinian's Codification*, Tulane Law Review, Sayı: 48, 1973–1974.

İnalcık, Halil, *Mahkeme*, Meb İslam Ansiklopedisi, C. VII, Ankara, Ts.

Karadeniz, Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara, 1974.

Karaman, Hayreddin *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul, 1986.

Karaman, Hayreddin, *Fıkıh*, Dia, TDV Yayınları, C. XXIII, İstanbul, 1996.

Karaman, Hayreddin, *İslâm Hukukunda İctihad*, İstanbul, 1996.

Kaşıkçı, Osman, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul, 1997.

Kattân, Menna', *Târîhü't-Teşrii'l-İslâmî*, Kahire, 1989.

Keskioğlu, Osman, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, Ankara, Ts.

Kocourek, Albert, *Factors in The Reception of Law*, Tulane Law Review, Sayı: 10, 1936.

Köprülü, Mehmet Fuat, *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi*, İstanbul, 1983.

Köse, Saffet, Din Özgürlüğü ve Barış Yolunda İki Farklı Tecrübe, İhad, 5/2005.

Köse, Saffet, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul, 1997.

Kuru, Baki, *1794 Tarihli Prusya Umumî Memleket Kanununda (Alr) ve 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanununda (Abgb) Kanunların Tefsiri*, AÜHFD, C: 15, Sayı: 1–4.

Lıebesny, Herbert J., *Comparative Legal History: Its Role in The Analysis of Islamic and Modern Near Eastern Legal Institutions*, American Journal of Comparative Law, Sayı: 20, 1972.

Mesud, Muhammed Halid, *İslâm Hukuk Teorisi,* Çev: Muharrem Kılıç, İstanbul, 1997.

Mırov, M.C., *The Power of Codification in Latin America: Simon Bolivar and The Code Napoleon*, Tulane Journal of International and Comparative Law, Sayı: 8, 2000

Onar, Sıddık Sâmi, *Osmanlı İmparatorluğu'nda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Codification'u Mecelle*, İÜHFD, Cilt: 20, Sayı: 1–4, 1955.

Ortaylı, İlber, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı*, Ankara, 1994.

Özen, Şükrü, *Kadılkudat,* Dia, Tdv Yayınları, C. XXIV, İstanbul, 2001.

Özsunay, Ergun, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul, 1976.

Özsunay, Ergun, *Türkiye'de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Türk Medeni Kanununun Anlamı ve Önemi*, Medeni Kanunun 50.Yıl Sempozyumu İçinde, İstanbul, 1978.

Özsunay, Ergun, *Yabancı Hukukun Benimsenmesi Yoluyla Bir Çağdaşlaşma Modeli: Kemalist Hukuk Devrimi Üzerine Gözlemler ve Değerlendirmeler*, III. Türk Hukuk Kurultayı, Türk Hukuk Devrimi İçinde, Ankara, 1981.

Peters, Rudolph, *From Jurist Law To Statute Law or What Happenns When The Sharia is Codified*, Mediterranean Politics, Autumn, Cilt: 7, Sayı: 3, 2002.

Reıchel, Hans, *Kanun ve Kazâ*, Çev: Sabri Şâkir Ansay, Aühfd, C: 8, Sayı: 1–2.

Rheınsteın, Max, *Types of Reception,* Les Annales De La Faculte' De Droit D'ıstanbul, No: 6, 1956.

Schacht, Joseph, *İslâm Hukukuna Giriş*, Çev: Mehmet Dağ- Abdülkadir Şener, Ankara, 1977.

Schacht, Joseph, *Problems of Modern Islamic Codification*, Studia Islamica, Cilt: 12, 1960.

Sevig, Vasfi Râşid, *Fıkıh ve Medeni Kanun*, Aühfd, Cilt: 8, Sayı: 3–4, 1951.

Sevig, Vasfi Râşid, *X. Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhâkemeleri Usûlü ve Gelişmesi*, Aühfd, Cilt: 13, Sayı: 3–4, 1956.

Şaban, Zekiyyüddin *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, Çev: İ. Kâfi Dönmez, Ankara, 1996.

Tuğlacı, Pars *İktisâdi ve Hukukî Terimler Sözlüğü, İngilizce-Fransızca-Türkçe,* İstanbul, 1965.

Türcan, Talip, *Fıkıhdan İslâm Hukukuna*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005.

Üçok, Coşkun, *İslâm Hukukunun Temel Kurallarından İçtihatla İçtihat Nakz Edilmez*, İmren Ökten'e Armağan, Ankara, 1970.

Ünal, Mehmet, *Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-İ Aile Kararnâmesi,* AÜHFD, C: XXXIV, Sayı: 1–4, 1978.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, İstanbul, 1940.

Vizanî, Halid, *Menhecü'l-Fikril-Kanunî Fi'l-Fıkhi'l-İslâmi*, Usûl, Sayı: 4/2, 2005.

Weıss, Bernard *İslâm Hukukunda Yorum: İctihad Teorisi*, Çev: Menderes Gürkan, Marife, 3/2, 2003.

Yaman, Ahmet, *Hukukun Üstünlüğü Bağlamında Çok Hukukluluk Tartışmalarına Fıkhî Bir Yaklaşım*, İslâmi Araştırmalar, 14/2, 2001.

Yaman, Ahmet, *İslâm Hukuk İlmi Açısından Makâsıd İctihadının ya da Teleolojik Yorum Yönteminin İlkeleri Üzerine*, Marife, 2/1, 2002.

Yaman, Ahmet, *İslâm Hukukunun Oluşum Süreçlerinde Siyaset-Hukuk İlişkisi*, Konya, 2004.

Yaman, Ahmet, *Kuran'da Yasamanın Arka Planı Olarak Ahlak*, Marife, 6/1, 2006.

Yıldız, Hakkı Dursun, *Abbasîler,* DİA, Tdv Yayınları, C. I, İstanbul, 1988.

Zeydan, Abdülkerim, *Nizâmü'l-Kadâ Fi'ş-Şerâiti'l-İslâmiyye*, Beyrut, 1997.

Zuhayli, Muhammed, *Târîhü'l-Kadâ Fi'l-İslâm*, Beyrut, 1995.

MECELLE'Yİ FARKLI KILAN ÖZELLİKLERİ (MECELLE'NİN ÖNEMİ)

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yürürlüğe girdiği 140 yıldan bu yana, hukuk dünyasında, hep kendinden söz ettiren demirbaş kanunlardan kabul edilen Mecelle-i Ahkam-ı Adliye' nin bu gün bakıldığında, önemini şu şekilde belirlemek mümkündür.

1. Mecelle, 19. Asrın başından sonra, Osmanlı imparatorluğu' na hakim olmaya başlayan "kanunlaştırma hareketleri'nin en önemli adımı olup, ilk defa temel bir kanunun "MİLLİ BİR KANUN" olarak kabulunu sağlamıştır. Zira o tarihe kadar, kabul edilen temel kanunların tamamı, batı ülkelerinden iktibas mahiyetinde idi.

2. Mecelle, hem genel hükümleri ihtiva eden 100 temel hukuk kuralı ve hem de kazuistik metod ile kanunlaştığı belirtilen diğer hükümleri de, yüzyıllardır Osmanlı devletinin topraklarında uygulanan ve ictihat hukuku mahiyetindeki hükümlerdi. Oysa, iktibas edilen kanunların çok sayıda maddesi kabili tatbik değildi. YANİ BÜTÜNÜYLE UYGULAMA KABİLİYETİ OLAN BİR KANUNDU.

3. Mecelle-i Ahkam-i Adliye, Osmanlı imparatorluğu' nda , öz olarak, içtihat hukuku olarak gelişen hukuk sisteminin, kanunlaştırma sürecine dönüşümünün en önemli adımıdır. İÇTİHAT HUKUKUNUN KANUNA DÖNÜŞMÜŞ HÜKÜMLERİDİR.

4. Mecelle, Klasik içtihat hukuku' nun kanunlaştırılmasının yanı sıra, ilk 100 madde örneğinde olduğu gibi, hem islam hukuku' ndan hem de evrensel hukuk'tan yararlanan bir sistem ortaya koymuştur. Klasik batı kanunlarından bu yönü ile farklıdır. BÖYLECE NEVİ ŞAHSINA MÜNHASIR BİR KANUN VASFINDADIR.

5. Mecelle, ortaya koymuş olduğu genel kurallarla, kendinden önceki temel kanunlar için usul hükümleri vaz etmiş ve kabulünden sonra yürürlüğe girmiş olan kanunların yorumu için umum hükümler vaz etmiştir. ORTAYA KOYDUĞU USUL KURALLARI İLE, ÖZELLİKLE SONRADAN YÜRÜRLÜĞE GİREN KANUNLARIN YORUMLANMASINDA DA ÖNEMLİ BİR KATKI SAĞLAMIŞTIR.

6. Mecelle'de yer alan kuralların önemli bir kısmı bu gün de geçerlidir. ÇOK SAYIDA HÜKÜMLERİ GÜNCELLİĞİNİ KORUMAKTADIR..

7. Dünyada 140 yıldır uygulaması olan çok sınırlı sayıda kanunlardan biridir. DÜNYADA YÜZYILDAN FAZLA BİR ZAMANDAN BU YANA TATBİK EDİLEN ÇOK AZ SAYIDA KANUNDAN BİRİDİR.

8. Mecelle, kabul eden ülkenin reddettiği ve fakat dünyada halen bir çok ülkede uygulaması olan, bir kanundur. Bunların içinde AB ülkeleri de yer almaktadır. ANA ÜLKESİNDE REDDEDİLMEKLE BİRLİKTE, ÇOK SAYIDA ÜLKEDE TATBİK EDİLEN BİR KANUNDUR.

9. Mecelle, bu güne kadar üzerine en fazla şerhler yazılan kanunlardan biridir. Halen de, üzerine şerh yazılmaya devam edilmektedir. ÜZERİNE ÇOK SAYIDA ŞERH YAZILAN VE EN AZ 3 AYRI DİLDE BU ŞERHLERİN YAZILMAYA DEVAM EDİLDİĞİ BİR KANUNDUR.

TANZİMAT'TAN SONRA ZORUNLU GÖRÜLEN KODİFİKASYON FİKRİ VE BU HUSUSTA AHMED CEVDET PAŞA'NIN BATI HAYRANLARINA KARŞI VERDİĞİ MÜCADELE: "MECELLE"

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Harun KIYLIK

Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

ÖZET

Tanzimat'tan sonra Osmanlı Devleti'nin askerî, idârî, iktisâdî ve sosyal yapısı gibi birçok alanda değişiklikler yapılmış, daha sonra hukuk alanında da bir takım değişiklikler ve kodifikasyon faaliyetleri zorunlu görülmüştür. Mecelle'nin tedvininden önce Osmanlı Devleti'ndeki müesseselerin yeniden gözden geçirilmesi ve böylece bu müesseselere yeni bir yapı kazandırılması gerektiği şeklindeki görüşler azımsanmayacak kadar çoktu. Özellikle medeni kanunda hissedilen boşluğun giderilmesi için Fransız Code Cıvıl'ının aynen tercüme edilerek alınması şeklinde ciddi bir görüş de teşekkül etmiştir. İşte bu dönemde Ahmed Cevdet Paşa, söz konusu bu kurum ve kuruluşlardaki İslâmî kültürün kaybolmaması ve buraların batı kültürü altında ezilmemesi hususunda büyük bir rol oynamıştır. Şöyle ki kendisi o dönemde gelenekçi diye ifade edilen Türk-İslâm kültürünün tümden kaldırılıp atılması taraftarı olmayıp yenilikçi addedilen Batı kültürü ile bir sentez faaliyeti içerisinde olmanın kapılarını aralamanın imkanından bahsetmiştir. Zira her iki kültürün de müesseselerinin dayanağını, müntesip oldukları dinler oluşturduğu için Ahmed Cevdet Paşa, her yönden batılılaşmanın yanlış ve imkansız olacağı kanaatindedir. Bu görüşlerinden dolayı dönemin batılı hayranları karşısında büyük bir mücadele vermiş, İslâmî geleneklerin korunması gerektiğini savunarak batı taklitçiliğine ve bu taklitçiliğin bir ürünü olarak Fransız kanunlarının olduğu gibi aynen tercüme edilip alınması görüşünde olanlara karşı büyük bir mücadele vermiştir. Fakat bu duruşu onun yeniliklere karşı olduğu anlamına da gelmemektedir. Zira o, Batı'nın pozitif bilimler ve teknik anlamdaki üstünlüğünü kabul ederek, Osmanlıdaki kimi kurum ve kuruluşların bu yönde ıslahının mümkün olabileceğini ifade etmiştir.

Netice itibariyle Ahmed Cevdet Paşa, böyle bir ortamda verdiği mücadelelerin meyvesini almış; Mecelle'nin hazırlanmasında en önemli rolü üstlenmiş ve neticede İslâm ve Osmanlı Hukukuna "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye" adı altında mühim bir eser kazandırmıştır. İşte bu çalışma, Ahmed Cevdet Paşa'nın o dönemde batı hayranı olanlara karşı verdiği mücadeleyi ve bu mücadelenin neticesinde Mecelle'nin tedvin sürecinin başlamasını konu edinmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ahmed Cevdet Paşa, Tedvin, Kanunlaştırma, Batı, Mücadele, Mecelle.

GİRİŞ

Mecelle hem İslâm Hukuku hem de Osmanlı Hukuku açısından dönüm noktası oluşturacak mahiyette bir taknîn/kodifikasyon[1] faaliyetidir. Bu önemi, kendisinden önce böyle bir kanun metninin hazırlanmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Birazdan da değinileceği üzere Osmanlı döneminde Mecelle'ye kadar kanunlaştırma diye ifade edilebilecek bir takım çalışmalar mevcutsa da Mecelle gibi derli toplu bir kanun metni hazırlanmamıştır.

1- Osmanlı'da Kodifikasyon Faaliyetleri

Osmanlı Devletinde Tanzimat'tan önce, bugün anladığımız anlamda bir kanunlaştırma hareketi olmasa bile[2] ilk kanunnâmeyi Fatih Sultan Mehmet çıkarmış ve bu kanunnâme "Kanunnâme-i Âl-i Osman" diye anılmıştır. Daha sonra II. Beyazıt'ın Kavânîn-i Örfiye-i Osmâni'si, Yavuz Sultan Selim'in kanunnâmeleri gibi daha birçok kanunnâme yazma hareketi vukû bulmuştur[3].

XVII. yüzyılın sonuna yani III. Mehmet'e kadar hazırlanan 763 tane kanunnâmeyi de burada zikretmek gerekir[4]. Fakat buna rağmen Tanzimat[5] öncesi dönem, İslâm hukuk nazariyatı/doktrini açısından en verimsiz geçen dönem olarak bilinir[6]. Osmanlı Devletinde Tanzimat'a kadar görülen kanunlaştırma hareketlerinin mimarı Ebussuûd; sonrasında ise Ahmet Cevdet Paşa'dır. III. Mehmet'ten sonra ciddi bir kanunlaştırma hareketi yoktur. III. Mehmet'ten Ahmet Cevdet Paşa'ya kadar maalesef kanunlaştırma hareketleri durmuş bir vaziyettedir. Divân-ı Hümâyun ve Meclis-i Meşveret fonksiyonlarını icra edememektedir. Bu yüzden Sultan Abdülmecit tarafından 1840'ta mezkur vazifeyi ifa etmek amacıyla kanunlaştırma hareketlerini yapacak en üst yetkili kurum olarak "Meclis-i Ahkâm-ı Valây-ı Adliye" adı altında bir meclis kurulmuştur[7]. 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunları bu meclisin ürünleridir. Bu meclis de rolünü kaybedince kanun yapma ve kanunları tedvin etme görevi yeni kurulan "Meclis-i Aliy-i Tanzimat" adlı meclise verilmiştir. İşte Ahmet Cevdet Paşa'nın rolü burada kendini hissettirmektedir. Zira üyesi olarak ifa ettiği kanunlaştırma görevinden en önemlisi, 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümâyunu hazırlayan komisyonun başkanı olmasıdır[8]. Kaynaklara göre Ceza Kanunnâme-i Hümâyun, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun olduğu gibi tercüme edilmesiyle elde edilmiştir[9]. Fakat Ahmet Akgündüz bu kanunun Fransız kanunlarından ciddi manada istifade edilerek hazırlandığına katılmakla birlikte tamamen bu kanunun tercümesi olduğunu düşünmemektedir[10]. Tanzimat devrinin önde gelen

---

1 Kanunlaştırma: Mevcut hukuk kaidelerini, belirli bir sistem dahilinde yazılı hale getirip tedvin ve tertip etmektir. Dar ve özel anlamıyla kanunlaştırma, dağınık bir halde bulunan yazılı ve sözlü bütün hukuk kurallarının devlet otoritesi tarafından sistemli bir tarzda bir araya getirilmesi faaliyetini ifade eder. Arapçadaki karşılığı "tedvin"; İngilizcedeki karşılığı ise "codification"dur. Bkz., Hasan Ellek, "Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle", Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2014/3, c. 3, sy. 6, s. 120. Bkz., Ahmet Akgündüz, *"Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri"*, TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, s. 336.

2 Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, s. 281; Beşir Gözübenli, "Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle", TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, s. 285; M. Akif Aydın, "Mecellenin Hazırlanışı", *Osmanlı Araştırmaları IX*, İstanbul 1989, s. 33.

3 Bkz., Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 128-130.

4 Akgündüz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri*, s. 335.

5 Tanzimat Fermanı 1839'da ilan edilmiştir.

6 Bkz., Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, s. 291.

7 Bkz., Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 44.

8 Akgündüz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri*, s. 335, 337.

9 Yusuf Halaçoğlu- M. Akif Aydın, "Cevdet Paşa" md., *DİA*, VII, İstanbul 1993, s. 444; Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, s. 287.

10 Bkz., Akgündüz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri*, s. 338.

şahsiyetlerinden olan Ahmet Cevdet Paşa bir Tanzimat paşası olup[11] ömrüne dört padişah (Abdulmecit, Abdulaziz, V. Murat ve II. Abdulhamid) saltanatını, 1826'nın Vak'a-ı Hayriye'sini, 1839'un Gülhane, 1856'nın Islahat Fermanı'nı, 1876'nın I. Meşrutiyetini sığdıran biri olup[12] Mecelle'nin mimarbaşıdır[13]. Osmanlı Devleti'nin çözülüşünü XVII. yüzyıldan başlatan Ahmet Cevdet Paşa, Tanzimat devri ideolojisiyle uyum içindedir ve devletin restorasyona değil reforma ihtiyaç duyduğu fikrinde olan kesimin görüşlerini benimsemiştir.

Mecelle'den önce görülen kanunlaştırma teşebbüslerinden hiçbirisinde İslâm Hukukunun belirli bir bölümünü bir bütün olarak düzenleyen ve mahkemelerde münhasıran uygulanan bir kanun metni ortaya konulamamıştır. Mahkemelerde münhasıran uygulanan bir kanun yapma ve böylece hükümlerde birliği sağlama ihtiyacı ilk defa Abbasi döneminde duyulmuş ve bu husus İbnu'l-Mukaffa tarafından dile getirilmiştir. Bu yüzden İmam Malik'ten bu maksat için bir eser yazması istenmiş fakat o, içtihatlarında hata yapmış olabileceği düşüncesiyle kendine ait "Muvattâ" adlı eserin bir kanun metni gibi uygulanmasına razı olmamıştır. Böylece bu ilk kanunlaştırma hareketi akâmete uğramış, İslâm Hukukunun serbest gelişmesi sürdürülmüştür. Kadılar uzun müddet, müntesip oldukları mezheplerin yorumuna göre İslâm Hukukunu uygulamışlardır. Osmanlı'da Fatih devrinden Kanuni'ye kadar Molla Hüsrev'in *"Dureru'l-Hükkâm fi Şerhi Ğureri'l-Ahkâm"* adlı eseri, Kanuni'den Mecelle'ye kadar da İbrahim Halebî'nin *"Mülteka'l- Ebhur"* adlı eseri kadıların en çok kullandığı ve bu yönüyle yarı resmi birer yürürlük kaynağı hüviyetine bürünen eserler olmuştur[14].

2- Tanzimat'tan Sonra Yeni Bir Medeni Kanun Yapmaya Duyulan İhtiyaç

Adaletin temininde uygulanacak hukuk kurallarının belli ve biliniyor olmasının her zaman önemli bir yeri vardır. Kuralların belirgin olması keyfiliği ortadan kaldıracağı için hukuk sistemine güven duyulmasını sağlar; biliniyor olması da bu kurallara riayeti kolaylaştırır[15]. Hukuk kurallarının tatbikinde ıttırâdı[16] sağlamak, keyfiliği ortadan kaldırmak ve tebaasına güven vermek isteyen her devlet bu tür adımları atmak durumundadır. Bununla birlikte farklı sâikler de kanun yapma faaliyetleri üzerinde tesir icra eder.

Osmanlı Devletinde, batılılaşma fikrini benimseyen aydın kişilerin çalışmaları, Hıristiyan tebaanın Batı'ya karşı ilgisi, devletin sosyal, iktisâdî, ticari yapısındaki değişiklikler ve buna paralel yeni mahkemelere, yeni kanunlara duyulan hukuki düzenleme yapma ihtiyacı,[17] ayrıca dışarıdan gelen baskılar, ülkede anayasa faaliyetlerinin düzenlenmesini kaçınılmaz kılmıştır. Tanzimat'ı hazırlayanlar, her alanda olduğu gibi hukuk alanında da Batı'yı örnek almayı tercih etmiş,

---

11 Türköne, *Ahmet Cevdet Paşa ve Türk Modernleşmesi*, s. 159.

12 Ahmet Cevdet Paşa'nın Osmanlı Devleti için ne derece mühim bir zat olduğu şu cümlelerle ifade edilmiştir: *"Ahmet Cevdet Paşa'nın vefatı ile aslında gömülen belki de Osmanlı Devleti'nin kendisidir."* Bkz., Ümit Meriç Yazan, *"Bir Osmanlı Sosyoloğu Olarak Ahmet Cevdet Paşa"*, TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, s. 9.

13 Yazan, *Bir Osmanlı Sosyoloğu Olarak Ahmet Cevdet Paşa*, s. 10-11.

14 Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 31-34, 46; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 124.

15 Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri Ve Mecelle*, s. 120-121.

16 Süreklilik, devamlılık.

17 Bu ihtiyaç Tanzimat döneminde Osmanlı'da askerî, idârî, iktisâdî, hukuki ve sosyal alanda bir çok köklü değişikliklerin meydana gelmesine sebep olmuştur. Bkz., Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 34; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 119, 122, 130.

bundan ötürü ekseriyetle Batılı devletlerin kanunlarını tercüme ederek Osmanlı'ya mâl etmeye çalışmışlardır. Bunun ilk örneği, 1840 Fransız Medeni Kanunu'dur[18].

Tanzimat dönemiyle, özellikle kişiliğini bulan Türk modernleşmesinin, tamamıyla kendine has bir yapısı vardır. Batı'da modern bir dünya ortaya çıkmış, sanayi devrimiyle, kültürel ve siyasal devrimle, demokrasiyle, demokrasinin tek evrensel yönetim biçimi haline gelmesiyle, ondan sonra aydınlanma felsefesiyle modern bir evren ortaya çıkmıştır. Bu modern evrenin dışında kalan ülkeler isteseler de istemeseler de bu değişimden etkilenmiştir. Zira bu modern evren, aynı zamanda evrenselliği de ifade etmektedir. Bu modern evren de yaklaşık olarak İngiltere ve Fransa'da tezahür ediyor. Osmanlı'da meydana gelen değişme, Tanzimat'la birlikte planlı ve programlı bir değişme politikası şeklinde kendisini göstermiştir. Şöyle ki bu değişim, asırlık bir çınara aşı yapmak; yani, o çınarı kökten söküp atmak değil, o asırlık çınara bir aşı yapmak anlayışını ifade ediyor. Tanzimat, devlet gelenekleri üzerine hukuku yeniden tanımladığı için bir hukuk reformu ve bir kanunlaştırma hareketi olarak beliriyor[19].

Aslına bakıldığında Fransız Code Cıvıl'ının[20] tercüme edilmesiyle ilgili ihtiyaçla Mecelle'nin ortaya çıkartılmasını sağlayan ihtiyacın aynı şey, yani herkese bütün mahkemelerde uygulanabilecek monist bir hukuk sisteminin temin edilmesi olduğu anlaşılmaktadır[21]. Aklın her şeye üstün olduğunu ispata çalışan rasyonalist felsefe ile tabii hukuk düşüncesi, yani, insan yaratılışına uygun adil, ideal ve ebedi hukuk fikri Avrupa'da geçen asırda tekamül eden kanunlaştırma hareketinin en mühim fikri amili olmuştur. Son çağın başlarından itibaren merkezlerdeki hükümdarlar, kudretlerini artırınca, memleketlerini tek elden idare edebilmek için, dağınık bir halde bulunan hukuku da, bir araya getirmek lüzumunu hissettiler. Buna, gelişen hukuk nazariyatı, milliyetçilik cereyanları ve yeni iktisâdî ve içtimai hayatın, yeni, bazı nizam ve kaideleri icap ettirmesi de inzimam edince, böylece, Avrupa'da, 18 inci asrın sonunda, kanunlaştırma hareketi başlamış oldu. Fransa'da yapılan kanunların çoğu, İtalya, İspanya, Belçika, Romanya gibi Katolik memleketlerde, Güney Amerika gibi Latin memleketlerinde, ya aynen veya ta'dîlen kabul edildi. Tanzimat'tan sonra Osmanlı Devleti'nde de birçok mühim kanunların esasını bu Fransız kanunları teşkil etmiştir. Mecelle'nin tedvinine zemin hazırlayan ve Fransa'dan muktebes kanunların başında 1850 Tarihli Kanunnâme-i Ticaret, 1863 Tarihli Kanunnâme-i Hümâyun-u Ticaret-i Bahriye, 1861 Tarihli Usul-ü Muhakeme- i Ticarete Dahil Nizamname ve 1858 Tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümâyunu[22]. İşte bu kanunlar, Avrupa'daki kanunlaştırma veya tedvin hareketlerinin Osmanlı Devleti'ni ne derece zorladığının bariz misalleridir[23].

Batı'daki kanunlaştırma hareketlerinin Batı hayranı, Osmanlı aydınları üzerinde bıraktığı tesir, Mecelle'nin tedvinine zemin hazırlamıştır. Mecelle'nin, daha önceki asırlarda değil de bu vakitte yapılmasının sebebi de işte budur[24]. Genel olarak Mecelle'nin tedvin edilmesine sebep olan amilleri şu şekilde ifade etmek mümkündür: Öncelikle Avrupa'da meydana gelen kanunlaştırma

---

18 Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, s. 28; Mustafa Yiğitoğlu, "Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak (Mecelle Örneği)", *Tarih Bilinci (Tarih ve Kültür Dergisi-Özel Sayı)*, Ekim 2011, s. 72.

19 Mümtazer Türköne, *Ahmet Cevdet Paşa ve Türk Modernleşmesi*, TDVY. *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, s. 160.

20 Code Civil Des Français.

21 Türköne, *Ahmet Cevdet Paşa ve Türk Modernleşmesi*, s. 161.

22 Kanaatimizce son üçü Mecelle'nin tedvininden sonraki tarihlere rastladığından, bunların Mecelle'nin tedvinine zemin hazırlayan unsurlar arasında gösterilmesi uygun değildir.

23 Hulusi Yavuz, "Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini", TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, s. 281.

24 Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, s. 282.

faaliyetlerinin Osmanlı Devleti'ne tesiri inkar olunamaz. Bunun yanı sıra siyasi, ticari ve iktisâdî amillerin etkisi yadsınamaz[25]. Fransız baskısı ve Fransız Medeni Kanunu olan Kod Napolyon'un[26] tercüme ettirilerek Osmanlı Devletinde meriyyete[27] konulmak istenmesi, dini sebepler ve Dîvân-ı Adliyenin korunması da Mecelle'nin tedvinine zemin hazırlayan etkenler arasında gösterilebilir[28]. Tanzimat'tan sonra özellikle ticaret mahkemesi[29] ve hukuk davalarına bakan nizamiye gibi yeni mahkemelerin kuruluşu[30], hakimlerin yetersizliği[31], Batı'nın tesir ve baskısı, Hanefî mezhebinde farklı görüşlerin varlığı; hukuki, sosyal ve iktisâdî değişmelerin bir medeni kanuna ihtiyaç göstermesi gibi sebepler bir bütün olarak bir medeni kanuna daha doğrusu Mecelle'ye zemin hazırlamıştır[32].

Tanzimat sonrasında klasik adli yapı önemli ölçüde değişmiş, tek hakimli şer'iyye mahkemelerinin yanı sıra toplu hakimli ticaret, hukuk ve ceza mahkemeleri kurulmaya başlanmıştı[33]. Genelde nizamiye mahkemeleri olarak anılan bu mahkemelerin üyelikleri için başlangıçta yeterli hukuk bilgisine ve klasik fıkıh literatürüne vakıf kimseler bulunamamıştı. Bu sebeple üyelerin yararlanabileceği, Türkçe kanun metinlerinin yazılması ihtiyacı ortaya çıkmıştı. Bu ihtiyaç, özellikle ticaret mahkemelerinin ticari tecrübeden öte bir birikimi ve hukuk bilgisi bulunmayan üyeleri için daha ileri boyutlara ulaşıyordu[34].

Osmanlı Devletinin batılılaşma sürece 1839'da Mustafa Reşit Paşa tarafından okunarak yürürlüğe giren Gülhane Hatt-ı Hûmayunu veya Tanzimat Fermanı ile başlamıştır. Tanzimat Fermanı ile yürürlüğe konulan kanunların tamamına yakını Batı'dan uyarlamaydı ve örfi hukuk ile ilgili kuralları içermekteydi. Fermanın başlatmış olduğu kanunlaştırma faaliyetleri ve buna bağlı olarak adliye teşkilatındaki yeni yapılanmalar diğer alanlardaki eksikliği açığa çıkarmıştı, bu durum ise Mecelle'nin hazırlanmasına neden olmuştur. Ferman ve sonrası meydana gelen değişiklikler hasebiyle Mecelle'nin hazırlanması bizlere Tanzimat Fermanı'nın doğrudan etkili olduğunu göstermektedir[35].

Tanzimat ve sonrası dönemlerin siyasi şartları, devletin içte ve dışta çözmek zorunda olduğu problemler, yenileşme ve Batılılaşma çabaları Osmanlı Devleti'ni Batı'nın etkisine ve müdahalesine çok açık hale getirmiş, bu durum, hem bir medeni kanun hazırlama hem de bu kanunun alacağı şekil

---

25 Yiğitoğlu, *Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak*, s. 73.

26 Code De Napoleon Le Grand.

27 Yürürlüğe.

28 Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, s. 279-280.

29 Hiçbiri hukukçu olmayan ticaret mahkemesi üyelerinin, bu konularda yürürlükte olan İslâm hukukunun hükümlerini, fıkıh kitaplarından istifadeyle ilgili davalara uygulamaları imkansızdı. Dolayısıyla ticaret mahkemesi üyelerinin anlayabileceği tarzda kaleme alınacak bir medeni kanuna ihtiyaç vardı. Bkz., Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 36-37.

30 Ki bu mahkemelerin kurulmasıyla acilen bir medeni kanunun yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.

31 Osmanlı'nın son dönemlerinde medreselerin görevlerini yetire kadar yerine getirdikleri ve İslâm Hukukuna vakıf hukukçular yetiştirdiklerini söylemek güçtür. Muallimhâne-i Nüvvâb adlı mektepte mezun olan hakimlerin fıkıh kitaplarına başvurarak İslâm Hukukunu uygulamada medreselerden yetişen kadılardan daha yeterli değillerdi. Bu durumda İslâm hukukunun fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş olması yeterli olmamakta, onun özellikle de nizamiye mahkemesi hakimlerinin yararlanabileceği bir şekle sokulması gerekmekteydi. Bu ise İslâm Hukukunun kanunlaştırılması ile mümkün olabilirdi. Bkz., Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 37-38; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 145.

32 Bkz., Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 42-43; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 137-139.

33 Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri Ve Mecelle*, s. 137; Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 35.

34 M. Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, Ankara 2003, s. 231.

35 Bkz., Yiğitoğlu, *Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak*, s. 73.

konusunda Osmanlı devlet adamlarını etkilemiştir. Bilhassa Fransa'nın, "Code Cıvıl'ın" Osmanlı Devleti tarafından kabul edilmesi noktasında uyguladığı baskı dönemin şartlarının sonucudur[36].

Fransa, çeşitli vesilelerle Osmanlı Devleti'ni gözetim altında bulundurmak istiyordu. Bu vesileyle yaptığı yardımlardan başka hem 18 inci asırda ilk Osmanlı ıslahat hareketleri üzerinde icra ettiği tesir ve nüfuzdan hem de Osmanlı padişahlarıyla olan asırlık samimi münasebetlerinden cesaret alarak, batılı devletleri de yanına almıştı. Onlar da, buna ses çıkarmıyorlardı. Osmanlı Devleti'nin bu hale gelmesinde, o zamanki Osmanlı devlet ricalinin de kusuru vardır. Örneğin 1840 senesinde Reşit Paşa[37], bir Fransız diplomata: *"Biz, daima Fransa'ya müracaat ederiz, muhtaç olduğumuz ıslahatı gösteren odur. Islahatımızın ikmalini ve muvaffakiyetle neticelerini Fransa'ya borçluyuz."* demiştir. Nihayet, zaman ve zemini müsait bulan Fransa, Bâb-ı Âli'ye 1867'ta bir nota verdi. Türk hükümeti ağırdan aldığı için, Islahat Fermanının en az 19 maddesinin tatbik edilmediğini iddia etti, Türk hükümetine, Hıristiyanların muhtelif memuriyetlere alınmasını, mahkemelerde onların da şahadetlerinin kabulünü, Müslümanlara ve Hıristiyanlara açık mektep ve mahkemelerin tesisini, ticari kanun ve ticaret mahkemelerinin ıslahını ve de Code Cıvıl/Code Napolyon'un yani, Fransız Medeni Kanunu'nun alınmasını telkin etmeye çalıştı. Öte yandan, İstanbul Fransız elçisi Mösyö De Bouree, samimi dostu olan Sadrazam Ali Paşa[38] da bu çeşit müesseselerin Fransa'dan alınması gayreti içindeydi. Nitekim, İstanbul'daki Fransız Maslahatgüzarı Mösyö Otree, l867'de Fransa'ya çektiği bir telgrafta, bu tesirin ne mahiyette olduğunu ortaya koyan bir vesika ibraz etmiştir. Mecelle'yi hazırlayan en mühim sebep olarak görünen Fransız baskısı ve tesirini Cevdet Paşa, yanına aldığı Fuat Paşa ve Rüştü Paşa'nın da yardımıyla bu Fransız tezini yenmiş ve kendi başkanlığında kurulan Mecelle Cemiyeti sayesinde, fıkhın muamelat kısmından bir İslâm medeni kanunu vücuda getirmiştir[39]. Cevdet Paşa'nın bu kanunun ortaya çıkmasındaki rolü, sadece Mecelle'yi hazırlayan heyetin başkanı olması sıfatıyla kanun hazırlanmasından ibaret değildir. Zira bu aşamaya gelmeden önce Fransız Medeni Kanunu'nun alınmasını isteyenlere ve bu arada en başta Sadrazam Ali Paşa ile Fransız büyükelçisi De Bouree'a karşı vermiş olduğu mücadele sonunda Code Cıvıl'ın iktibası yerine milli bir kanun hazırlanması fikrini kabul ettirmesi ve bu fikre sonuna kadar sahip çıkarak Mecelle'nin tamamlanmasını sağlaması en az telifindeki emeği kadar önem arz eder[40]. O zamanki vükeladan bazılarının muhalefet ve mücadelelerine ve Fransız maslahatgüzarının Kod Napolyon'un tercümesi hususundaki faaliyetine rağmen, Ahmet Cevdet Paşa'nın müstesna zeka ve geniş malumatı galebe çalmış ve Eimme-i Hanefîyenin içtihatlarından[41] zamanın icaplarına uygun "Mecelle" namıyla bir medeni kanunun tedvinine karar verilmiştir. Bir

---

36 Bu baskı bir taraftan, 1850 tarihli Ticaret Kanunnâmesi'nin ardından medeni kanunun da kendilerinden alınarak özel hukukun büyük ölçüde Fransız hukukuna göre şekillenmesi arzusundan, diğer taraftan Batı'da bu alandaki ilk kanunlaştırma örneği olan "Code Cıvıl'ı" Osmanlı Devleti'ne kabul ettirerek kültürel ve siyasi bir prestij elde etme çabalarından kaynaklanıyordu. Öte yandan ticaret ve borçlar hukukunun Fransız hukukuna göre şekillenmesi, Batılı tacirlere ve özellikle Fransızlar'a Osmanlı Devleti ile olan ticari ilişkilerinde alışık oldukları bir hukuki alt yapı sağlayacaktı. Bkz., Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, s. 232.

37 Mustafa Reşit Paşa, Türkiye'de klasik sağ söylemde, gidip İngiliz sefirinin önünde diz çöküp, onun elini öpüp, göz yaşlarıyla ondan yardım isteyen bir adam olarak tanıtılır. Bkz., Türköne, *Ahmet Cevdet Paşa ve Türk Modernleşmesi*, s. 159.

38 Ali Paşa'nın adam yetiştirmek bir yana, kendisine rakip olacağı endişesiyle kabiliyetli kimseleri bertaraf eden bir zat olduğu ifade edilir. Bkz., Bkz., Yusuf Halaçoğlu, *Ahmet Cevdet Paşa ve Maruzât'ı*, TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, s. 248.

39 Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, s. 284.

40 Halaçoğlu-Aydın, "Cevdet Paşa" md., *DİA*, s. 448; Ayrıca bkz., Ali Himmet Berki, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, (Mecelle), Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1959.

41 Mecelle, dağınık fıkıh hükümlerini kanun maddeleri haline getiren bir eserdir. Bkz., Osman Keskioğlu, "Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1966, c. XIV, s. 228.

şahsın mesaisi ile böyle muazzam bir işin vücuda gelmesi mümkün olmadığından, Cevdet Paşa'nın riyasetinde hukuk alimlerinden bir hey'et teşkil olunmuş ve bu hey'et Hicri l284 tarihinde çalışmaya başlamıştır[42].

Genel olarak bakıldığında Tanzimat sonrasındaki kanunlaştırma faaliyetlerinin ya Avrupa tekniklerinin kullanılarak mevcut hukukun yeniden düzenlenmesi ve böylece Batılı anlamda kanun haline getirilmesi[43] ya da Avrupa ülkelerine ait kanunların tercüme edilerek kanun haline getirilmesi şeklinde cereyan ettiği görülecektir[44].

3- Yeni Medeni Kanunun İnşası Yönünde Taayyün Eden İki Görüş

Mecelle'nin hazırlanmasının sebeplerinden biri olan tesir ve baskı diğer kanunlaştırmalarda ve adli teşkilatın yeniden düzenlenmesinde de görülmektedir. Aslında bizzat Tanzimat'tın Batı'nın baskısı ve Batı'yı memnun etmek düşüncesiyle ilan edildiği, hatta fermanın batılı devlet adamlarına danışılarak düzenlendiği bilinmektedir[45]. Fermanın okunmasından ve Tanzimat döneminin başlamasından sonra da özellikle hukuk alanındaki değişiklik ve yeniliklerde bu tesir ve baskı kendini daima hissettirmiştir. Şöyle ki Tanzimat döneminde iş başında bulunan devlet adamları kendilerine daima Batı'yı örnek almışlardır. Bu dönemin en önemli devlet adamları olan Reşit Paşa, Ali Paşa ve Fuat Paşa batılılaşmanın heyecanlı birer taraftarıdırlar. 19. Asır[46] ise, Batı'da kanunlaştırma asrıdır. Oradaki bu cereyanın Osmanlı Devleti'ni etkileyememesi düşünülemezdi. Nitekim Tanzimat'tın ilanından kısa bir süre sonra her alanda köklü kanunlaştırma hareketlerine girişilmiştir. Hukukun her sahasında kanunlaştırmaya gidilirken Medeni Hukuk ihmal edilemezdi. Bu yüzden ya milli bir medeni kanunun hazırlanması veya Batı'dan bir medeni kanunun iktibası işbaşındaki devlet adamlarının hep zihninde olmuştur. Yerinde görüleceği üzere Mecelle'den önce bir Metn-i Metîn'in hazırlanması teşebbüsü, keza Fransız Medeni Kanununu Osmanlı hukukuna uyarlama girişimleri, bu konunun hep gündemde kaldığını göstermektedir[47].

Batı'daki örneklerinde de görüldüğü gibi, bir medeni kanun hazırlanması o kadar kolay ve kısa sürede başarılacak bir iş değildir. Osmanlı Devleti'ne has ilave bir zorluk olarak da uzun süre, devrin hukukçuları ve devlet adamları arasında medeni kanunun Batı'dan mı alınacağı, yoksa yürürlükteki hukukun mu tedvin edileceği noktasında bir görüş birliğinin sağlanamamış olması gösterilebilir[48]. Kimi devlet adamları hazırlanacak kanunların milli olmasını ısrarla savunurken bir kısmı ise Batı'daki kanunlardan iktibaslar yapılarak aynen tercüme veya kısmi uyarlamalar şeklinde kanun hazırlanması gerektiğini ileri sürmüştür[49].

---

42 Ali Himmet Berki, "Mecelle", *İslâm Medeniyeti*, (Dini-İlmi-Fikri Aylık Mecmua), Kasım 1967, Yıl-1, sy. 4, s. 28.

43 Örneğin 1840 tarihli Ceza Kanunu, 1851 tarihli Kanun-ı Cedid, Arazi Kanunnâmesi, Hukuk-ı Aile Kararnâmesi ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye böyledir.

44 Bkz., Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 131.

45 Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 138.

46 Batı, 19. yüzyıla kadar kayda değer bir kanunlaştırma faaliyetinde bulunmamış daha sonra bir kanun yapma zarureti hasıl olmuştur. Osmanlıda da hukuk alanında kanunlaştırmaya gidilmemesi bir terslik veya Osmanlı Devleti'nin zaafiyeti olarak görülmemelidir. Bkz., Yiğitoğlu, *Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak*, s. 72; Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 34.

47 Aydın, *Mecellenin Hazırlanışı*, s. 39; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 138.

48 Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 44.

49 Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, s. 386-387.

Fransız Code Napoleon/Code Cıvıl'ının Alınması Gerektiğine Dair Batı Hayranları Tarafından İleri Sürülen Görüş

İslâm dünyasının çok büyük bir kısmının Avrupalı devletlerce sömürgeleştirilmesi sonucu bunların Osmanlı Devleti'ne siyasi müdahale ve baskının artması gibi bir takım gelişmeler söz konusu olmuştur[50]. Bu asırda Osmanlı Devleti'nde de hukuki yapının yanında birçok sahada değişiklikler görülmüştür. Bu dönemdeki hukuki çalışmalar Batılı devletlerin isteği doğrultusunda gerçekleştiği için devletin milli yapısını olumsuz manada etkilemiştir. Dolayısıyla Tanzimat döneminde hazırlanan Osmanlı hukukunun 'kırk yamalı bohça' görünümünde olduğu şeklindeki bir ifade[51] çok da abartılı olmasa gerektir.

Daha önce zikri geçen gerekçelerden dolayı yeni bir medeni kanun yapma zarureti hasıl olunca Batı'ya hayranlık duyan kesim, yeni medeni kanunun Fransa'dan alınmasının gerekliliğinde ısrar etmişlerdir. Farklı bir şikayet de mahkemelere yönelik olduğundan bir çıkar yol aranması ve Mısır'da yapılmakta olduğu gibi bizde dahi Code Cıvıl denilen kanunnâmenin tercüme ettirilip, deâviy-i muhtarikada, mahâkim-i rnuhtarikada ve o kanunnâmeye tatbiken ru'yet ettirilmek emri zaruri görülmüştür[52]. Böylece, kanununuz neyse, biz de, dindaşlarımıza bildirelim diye Osmanlı Devleti'ni sıkıştıran ecnebi devlet ricaline ilaveten, Sadrazam Ali Paşa'nın da daha çok onları susturmak için ve şer'î ahkâma zarar vermeden muhtelif mahkemelerde tatbik edilmek üzere Fransız medeni kanununun tercüme ve tatbikini ileri sürmesi, ilmi fıkhın muamelet kısmından, Mecelle yapılmasını zaruri kılan en mühim amillerden biri olmuştur[53]. Sadrazam Ali Paşa Girit'ten Sultan Abdülaziz'e gönderdiği 3 Şaban 1284 (30 Kasım 1867) tarihli layihada hiç değilse Mısır'da olduğu gibi karma mahkemelerde ve karma davalar için Fransız Medeni Kanunu'nun alınmasının zaruri olduğunu bildirir. Esasen Ali Paşa, Said Paşa'ya "Code Cıvıl'ın" Arapça tercümesinden Türkçe'ye aktarılması görevini vermişti. Ali Paşa'nın bu çabalarında dönemin Fransız büyükelçisi De Bourree'nin de etkisi olduğu söylenebilir[54].

Mecelle'nin vücûd bulmasındaki mezkur siyasi sebeplere bakıldığında ki bundan kasıt, Avrupa devletlerinin gayr-ı müslim Osmanlı tebaasının haklarını bahane ederek, Devleti Aliye üzerindeki baskısı ve sadrazamın da onlara hoş görünmek için Kod Napolyon'u tercüme ettirerek, Osmanlı mahkemelerinde tatbik etmek arzusudur; ki, Cevdet Paşa ve arkadaşlarının muhalefeti sayesinde, sadrazam, bu arzusunu gerçekleştirememiş fakat, bu girişimiyle Mecelle'nin tedvinine zemin hazırlamıştır. Sadrazam Ali Paşa, o kanunu, Fransız medeni kanununu tercüme ettirme arzusunu izhar etmeseydi, yani, böylece Mecelle gündeme gelmeyecekti. Sadrazam Ali Paşa, mahkemelerin ıslahı ve Fransız medeni kanunun alınması gibi tekliflerini, o zamanki siyasi şartlar altında ve Girit isyanları dolayısıyla yapmıştı[55].

İleride de izah edileceği üzere Metn-i Metîn teşebbüsü akâmete uğrayınca medeni kanun hazırlıklarına bir müddet ara verilmiş. Fakat bu dönemde Fransızlar, kendi medeni kanunlarının kabulü için uygun bir zemin oluşturma gayreti içerisine girmiştir. Fransa'nın 1850 tarihli ticaret

---

50 Azmi Özcan, "Sultan II. Abdulhamid'in 'Pan-İslâm' Siyasetinde Cevdet Paşa'nın Tesiri", TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, s. 123.

51 M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 1995, s. 424; Yiğitoğlu, *Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak*, s. 73.

52 Bkz., Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, s. 283.

53 Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, s. 283.

54 Ahmet Cevdet Paşa, *Maruzât*, Yayınlayan: Yusuf Halaçoğlu, İstanbul 1980, s. 200; Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, s. 232.

55 Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, s. 282.

kanununda tesir ve baskılarının etkili oluşu Code Napoleon'un kabulü hususunda da baskı yapma cesareti vermiş ve Fransız elçiliği, Osmanlı devlet adamları üzerinde adeta baskı icra etmişlerdir. Biraz da bu baskıları hafifletmek adına bazı Osmanlı devlet ricali medeni kanun ihtiyacının Fransız Code Cıvıl'ının iktibasıyla giderilmesi gerektiği fikrine sahip olmuştur. Bunların başında Sadrazam Ali Paşa gelmekle birlikte kendisi, Arapçaya tercümesi yapılmış olan Code Cıvıl'ın Türkçe'ye aktarılması vazifesini Said Paşa'ya vermiştir. Burada Osmanlı devlet adamları belirli ölçüde rol oynamışlarsa da asıl rolü o dönemin Fransız büyükelçisi De Bourree oynamıştır. De Bourree, Ali Paşa üzerinde gerek kendisi ve gerekse maslahatgüzar kanalıyla büyük bir baskı icra etmiş ve muhtemelen Code Cıvıl'ın alınması gerekçelerini ihtiva eden tafsilatlı bir rapor hazırlatarak, Ali Paşa'yı ikna etmiş ve Ali Paşa da bilinen hazırlıkları yaptırmıştır. Ne var ki bu gayretler başarılı olmamış, konu vekiller heyetinde geniş şekilde tartışılırken Ali Paşa'nın yanı sıra, ticaret nazırı Kabûlî Paşa'nın da Code Cıvıl'ı savunmasına rağmen, Ahmed Cevdet Paşa, Fuat Paşa ve Şirvânizâde Rüştü Paşa'nın karşı çıkmaları sonucu, Fransız medeni kanununun alınmasından vazgeçilerek Mecelle'nin hazırlanmasına karar verilmiştir[56].

Mecelle'yi yapıyor diye sadece batı hayranları Ahmet Cevdet Paşa'nın karşısında değildi. Bilakis ulemay-ı rüsum dahi kendisine kızmaktaydı. Cevdet Paşanın karşısında yalnız Medreseciler de yoktu. O zaman Mısır, Fransız Medeni Kanununu tercüme etmiş, mahkemelerinde onu tatbik ediyordu. Başta Ali Paşa olmak üzere bir gurup ta zaten bunu istiyordu, Cevdet Paşa, iki zümre arasında orta yolu tuttu[57]. Anlaşılacağı üzere bizim, bugünden geriye bakıp, Ahmet Cevdet Paşa'nın da faili ve müşahidi olarak bulunduğu Tanzimat dönemini, işte bu modernleşme tarihini, bugüne kadar klasikleşmiş, kalıplaşmış yargıların, yaftaların dışında değerlendirmemiz lazım. Bir gericiler, tutucular, muhafazakarlar, onun karşısında, Osmanlı imparatorluğunu batı kurumlarına doğru taşımaya çalışan batıcılar şeklinde bir ikilem[58].

Yeni Kanunun Milli Olması ve Bu Doğrultuda Fıkha Dayanması Yönündeki Görüş

Türkler İslâm ile şereflendikten sonra özellikle de Osmanlı döneminde örfi hukukun yanında şer'î hukuku da tatbik etmişlerdir[59]. Aile, ceza, ticaret gibi anayasa ile ilgili esaslar İslâm hukukçuları tarafından kaleme alınan ve herhangi bir resmi niteliği olmayan fıkıh kitapları derlenmiştir[60]. Bu kabil çalışmalar, yani doktrindeki içtihatlar içerisinden uygulamada esas alınacak olanları tercih ve tespit çalışmaları o günkü şartlarda bir nevi kanunlaştırma faaliyetleri mahiyetindeydi. Neticede hazırlanan fıkıh ve fetva kitapları, kanun mesabesinde, asırlarca uygulamada kalmış ve hukuki sahada ıttıradın/tek tip uygulamanın sağlanmasına katkı sağlamıştır[61]. Osmanlı Devleti'nin hukuk sistemi de şer-i şerîf denilen İslâm Hukukudur. İslâm Hukukunda şâri'/kanun koyucu, Allah ve Rasulüdür. İslâm Hukukundaki hükümler nassa dayanan şer'î hükümler ve içtihâdî hükümlerdir. İçtihâdî hükümler de Kuran, Sünnet ve icma ile sabit olan hükümler ile icma ile sabit olmayan içtihatlar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Kur'ân ve Sünnetin

---

56 Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 46, 48; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 138-139.

57 Keskioğlu, *Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri*, s. 229; Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, s. 290.

58 Türköne, *Ahmet Cevdet Paşa ve Türk Modernleşmesi*, s. 161.

59 Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 119, 121.

60 Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 103; Yiğitoğlu, *Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak*, s. 72.

61 Hayrettin Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul, ty., 132-133, 144-148; Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, s. 286.

serâheten açıklamadığı meselelerde müçtehid, hukukçulara veya ulu'l-emre havale edilen mevzularda örf-adet kaideleri, ıstıslah prensibi ve İslâm Hukukunun sair kaynakları işletilerek kanunnâme, kanun, içtihat veya fetva adı altında bir takım hükümler mecmuası ortaya konmuştur. İşte bu tür hükümler, devlet başkanı tarafından icra edildiğinde geçerlilik kazanmaktaydı[62]. Daha önce de ifade edildiği üzere yazılı bir kanun metni mevcut değildi. Zamanla Müslümanlar, dünya çapında meydana gelen yeni gelişme ve ilmi faaliyetlerden uzaklaşıp terakki edememiş ve mevcut birikim, sınırsız ihtiyaçları karşılayamaz hale gelmiştir.

Klasik medrese kültürüyle yetişmiş olduğu halde Cevdet Paşa, klasik medrese zihniyetini benimseyen bir aydın değildi[63]. Kendi ifadeleriyle belirtmek gerekirse Cevdet Paşa'ya göre her şeyde yenilik (teceddüt) bulunmaktadır[64]. Medeniyetlerin geçirdiği çeşitli tavırlarda farklı davranmak ve buna göre müesseseler geliştirmek gerekir[65]. Cevdet Paşa, Osmanlı Devleti ile birlikte İslâm medeniyetinin de geri kaldığı kanaatindedir. Burada kullanılan "geri kalma" tabiri de hemen her sahada zamanın icaplarını yerine getirmemek ya da getirememek demektir. Bu yüzden bu ifade de doğrudan doğruya terakki fikri, dolayısıyla da zamanın değişmesi mefhumuyla ilgilidir. Cevdet Paşa'ya göre Osmanlı Devleti'nin ve İslâm medeniyetinin geri kalmasının kânûn-u kadîme uygun davranmamak, asrın icaplarına uymamak, ilim ve maarife gereken önemi vermemek, sınırları fazla genişletmek, dış dünyayı, özellikle de Batı dünyasını iyi tanımamak gibi sebepleri bulunmaktadır[66].

Cevdet Paşa'ya göre Lâle Devri gibi kimi ıslahat hareketlerinde israf ve sefâhete aldanılmıştır. Bu anlamda sırf taklit değil, özde bir takım gelişmelerin gözlenmesi, sathi değil köklü çözümlerle problemlerin çözülmesi ve Batı'nın üstünlük gösterdiği alan olan ilimlere önem verilmesi gerekmektedir[67]. Yine Cevdet Paşa'ya göre başka medeniyetlerle ilişki kurarken, bir şeyler alırken terk edilmemesi gereken bazı önemli hususlar vardır. Örneğin İslâm dininin değişmeyecek olan itikat, ibadet ve ahlak gibi ana unsurları bunlardandır. Yine tamamen Müslümanlara has olan bazı adetlerin terk edilip başka milletlerin adetlerini benimsemek de doğru değildir. Farklı medeniyetlerle ilişki kurulurken kendi medeniyetinin hukuk sistemi muhafaza edilmelidir. Zira tamamen farklı ihtiyaç ve şartların neticesi olarak gelişen hukuk sistemi, başka bir medeniyetin insanlarına uygulamaya çalışmak o milleti ve medeniyeti mahvetmek demektir. Başka bir medeniyetten alınacak şeyler, İslâm medeniyetinin temel taşı olan İslâm Şeriatına ve devletin prensiplerine uygun olmalıdır. Çünkü bir başka medeniyetin mensupları için iyi addedilen bir husus, İslâm medeniyetine mensup olanlar için zarara yol açabilir. İslâm medeniyeti, başka medeniyetlerle ilişkide bulunurken hem kendini hem de muhatap medeniyeti iyi tanımalıdır[68]. Cevdet Paşa, böyle bir ferasetten uzak zihniyetleri kınamıştır. 1876 tarihli Kânûn-u Esâsî hazırlanırken, Mithat Paşa'yla giriştiği kanun kavgası da böyledir. Zira kendi ifadesine göre, Mithat Paşa, tamamen Avrupai bir Anayasa hazırlayıp, tercüme manasında padişahtan iradesini alıp neşretmek şeklinde bir

---

62 Akgündüz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri*, s. 335-336.

63 Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, s. 294.

64 Ahmet Cevdet Paşa, *Tarih-i Cevdet*, *Tertib-i Cedid*, İstanbul 1309, I, s. 17.

65 Cevdet Paşa, *Tarih*, VI, s. 46-47.

66 Ahmet Cevdet Paşa, *Tezâkir*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, II. Dizi, sy. 17 b1, (2. Baskı), Yayınlayan: Cavid Baysun, Ankara 1986, I, s. 45, IV, s. 48, 253-254; *Tarih*, I, s. 51, 77-78, 87, 112-113; *Maruzât*, s. 3; Harun Anay, "Ahmet Cevdet Paşa'nın Modernizme Bakışı", TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, s. 71-72.

67 Cevdet Paşa, Tarih, I, s. 67-68; *Tezâkir*, I, s. 64; Anay, *Ahmet Cevdet Paşa'nın Modernizme Bakışı*, s. 73-74.

68 Bkz., Cevdet Paşa, *Tezâkir*, I, s. 20, 63; IV, s. 95, 194-195, 197, 220-221; *Maruzât*, s. 199; Anay, *Ahmet Cevdet Paşa'nın Modernizme Bakışı*, s. 74-75.

provanın içine girmiştir ve bunda muvaffak olmuştur. Ama, Meclis-i Vükela'da, Ahmet Cevdet Paşa muhalefet etmiştir. Demiştir ki, burada kullandığı ifadeler öylesine perişan ki, bu perişan ifadelerle Kanun-ı Esasi kabul edilirse, Osmanlı Devleti dinden çıktı diye, yıkılır bu devlet. Bunun üzerine, çatışma daha büyüyor ve Şeyhülislâmlığa naklediliyor, Ahmet Cevdet Paşa'nın gayretiyle[69].

Cevdet Paşa'nın kendisinin batı medeniyetinden alınan ilimleri ve bunların metotlarını "usul-i cedide"[70] ve bu medeniyetten alınan unsurlara ise "yeni medeniyet"[71] adını vererek eskiye sıkı sıkıya sarılanları ya da yeniliklere karşı çıkanları "mutaassıp"[72] ve "efkâr-ı atîka ashâbı"[73] şeklinde olumsuz bir ifadeyle nitelemiştir. Cevdet Paşa'nın modernleşmek ve modernizm adına dini feda etmediğini, İslâm'ı ve İslâm'ın kültür mirasını ve medeniyetini korumak adına da batı medeniyetinin ulaştığı seviyeye sırt çevirmediğini, bundan dolayı da özgün ve yerli değerlere dayanan bir gelişmeyi savunduğunu belirtmek gerekir[74].

Cevdet Paşa, aynen, Avrupa'daki kanunlaştırma hareketlerinin sebepleri arasında olduğu üzere, o da, milli ve İslâmi hislerle hareket ederek, nizâmî mahkemelerde şer'î ahkâmın tatbikini istemeyen garpçı Tanzimat aydınlarına karşı mücadele etmiştir. Bir gayr-ı müslim medeni kanununun iktibas edilmesi yerine kendi duygularımıza, örflerimize ve akidelerimize uygun, öz milli bir kanun yapılmasını kabul ettirmiştir. Şu halde, Batı'daki kanunlaştırma hareketlerinin garp hayranı Osmanlı aydınları üzerinde bıraktığı tesir, Mecelle'nin tedvinine sebep olmuştur. Mecelle'nin, daha önceki asırlarda değil de bu asırda yapılmasının sebep ve hikmeti işte budur[75].

Batı'nın kanunlaştırmadaki rolü çoğu zaman tesir noktasında kalmamış, bizzat batı devletlerinin bunu istemeleri şeklinde bir baskıya da dönüşmüştür[76]. Mecelle'den önce Fransız Ticaret Kanunundan büyük ölçüde iktibasla hazırlanan 1850 tarihli Ticaret Kanununun kabulü, kamu hukuku alanında gayr-ı müslim azınlıklara sağlanan yeni hak ve imtiyazlar, 1856 tarihli

---

69 Akgündüz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri*, s. 340.
70 Cevdet Paşa, *Tezâkir*, IV, s. 26.
71 Cevdet Paşa, *Tarih*, I, s. 67.
72 Cevdet Paşa, *Tezâkir*, I, s. 8; IV, s. 23; Cevdet Paşa, *Tarih*, I, s. 76; Cevdet Paşa, *Maruzât*, s. 9.
73 Cevdet Paşa, *Tezâkir*, IV, s. 23.
74 Anay, *Ahmet Cevdet Paşa'nın Modernizme Bakışı*, s. 77.
75 Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, s. 281-282.
76 Bu baskıların sebeplerinin ilki Avrupa ile olan ticari münasebetlerimizin gelişmesidir. Sanayileri için Osmanlı Devletini büyük bir pazar olarak gören batı devletleri, tacirlerine Osmanlılarla olan ticari münasebetlerinde alışık oldukları hukuki statüleri, emniyetli pazar şartlarını sağlamaya büyük özen göstermişlerdir. Bunun için de ticaret kanunun ve onun boşluklarını dolduran medeni kanunun ve bu kanunların uygulanacağı ticaret mahkemelerinin kendi istekleri doğrultusunda şekillenmesine önem vermişlerdir. İkincisi , Osmanlı Devletindeki gayr-ı müslim azınlıklara özellikle kamu hukuku alanında bir takım haklar sağlayarak, hem de azınlıklar nezdinde kendi itibarlarının artmasını sağlamak ve hem de bunu vesile ederek Osmanlı Devleti'nin içişlerine müdahale imkanını bulmaktır. Üçüncüsü ise özellikle Fransa'nın Code Napoleon'u diretmesinde (Fransız Medeni Kanununun o dönemde bütün dünyada alaka ile karşılanması Fransa'yı gururlandırmıştır.) olduğu gibi bazı batı devletlerinin hukuki yapılarını ve kanunlarını Osmanlı Devleti'ne empoze ederek siyasi ve hukuki bir prestij elde etmeyi istemeleridir. Aslında Tanzimat'ın Batı'nın baskısı ve Batıyı memnun etme düşüncesiyle ilan edildiği ve hatta fermanın batılı devlet adamlarına danışılarak düzenlendiği bilinmektedir. Tanzimat'tan sonra hukuk alanındaki yenilik ve değişikliklerde bu baskı daha çok kendini hissettirmiştir. Tanzimat döneminde iş başında bulunan devlet adamları kendilerine daima Batı' yı örnek almışlardır. Bu dönemin en önemli devlet adamları olan Reşit Paşa, Ali Paşa ve Fuat Paşa batılılaşmanın heyecanlı birer taraftarıdırlar. XIX. asır ise, Batı'da kanunlaştırma asrıdır. Oradaki bu cereyanın Osmanlı Devleti'ne tesir etmemesi düşünülemezdi. Nitekim Tanzimat'ın ilanından kısa bir süre sonra her alanda köklü kanunlaştırma hareketlerine girişilmiştir. Hukukun her sahasında kanunlaştırmaya gidilirken Medeni Hukuk ihmal edilemezdi. Bu yüzden ya milli bir medeni kanunun hazırlanması veya Batı'dan bir medeni kanunun iktibası işbaşındaki devlet adamlarının hep zihninde olmuştur. Yerinde görüleceği üzere Mecelle'den önce bir Metn-i Metîn'in hazırlanması teşebbüsü, keza Fransız Medeni Kanununu Osmanlı hukukuna uyarlama girişimleri, bu konunun hep gündemde kaldığını göstermektedir. Bkz., Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 39-41.

Islahat Fermanının ilanı, keza yeni ticaret ve nizamiye mahkemelerinin düzenlendiği şekliyle ortaya çıkışı, hep bu baskıların sonucu olmuştur. Paris Kongresinde Batı'nın baskılarından ve özellikle tercümanların mahkemelere yaptıkları müdahalelerden şikayet eden Ali Paşa'ya batılı devlet temsilcileri, mahkemelerin (tabiatıyla onların istekleri doğrultusunda) yeniden düzenlenmesini telkin etmişlerdir. Ali Paşa Batı'nın bu baskılarını azaltabilmek ümidiyle gerek yeni mahkemelerin kuruluşu, gerekse kanunlaştırmalarda hep Batı'nın istekleri yönünde düzenlemeler taraftarı olmuştur[77].

4. Milli Bir Medeni Kanun Yapma Fikrinin Baskın Gelmesi ve Bu Yöndeki İcraatlar

Avrupa karşısında ayakta tutulması gereken bir devlet vardır. Bu devletin ihtiyacı monist (yani herkese hitap eden herkesin istifade edebileceği) bir hukuk sistemidir. Eğer Mecelle ortaya çıkartılamazsa, yeni medeni kanunun Code Cıvıl olması kaçınılmazdır[78]. Dolayısıyla Batı hayranlarının ısrarlarına rağmen milli bir kanunun hazırlanması fikri gittikçe ağır basmaktaydı. İleri gelen vekillerden oluşan bir encümen-i mahsusta özellikle Ahmed Cevdet Paşa'nın ısrarı, Fuad Paşa ve Şirvânizâde Rüşdü Paşa'nın da onu desteklemesi sonucunda Ali Paşa, Mithat Paşa ve Kabûlî Paşa'nın isteği yönünde Fransız Medeni Kanunu'nun alınmasından vazgeçilip İslâm Hukukunun ilgili hükümlerinin kanunlaştırılmasına karar verildi[79].

Cevdet Paşa, Osmanlı kurum ve kuruluşlarına yeniden şekil verilmesi konusundaki farklı fikirlerin hız kazandığı bir dönemde geldiği için gelenekçi Türk-İslâm Doğu kültürü ile yenilikçi Batı arasında senteze varacak bir siyaset takip etmiştir. Osmanlı müesseselerinin İslâmi esaslara dayandığını dikkate alarak Batı devletleriyle Osmanlı Devleti'nin farklı din ve medeniyetlerden doğduğunu, bu sebeple de her yönden Batılılaşmanın hem yanlış hem de imkansız olduğunu düşünmüş ve sonuç olarak Batı taklitçiliğine ve maddeci felsefeye şiddetle karşı çıkmıştır. Ancak bütün icraatında Osmanlıcı- İslâmcılığı sürdürmekle birlikte metotta yenilikçiliği benimsemiş, Batı'nın pozitif bilimler, teknik ve yönetim alanlarındaki üstünlüğünü kabul ederek bu alanlarla ilgili Osmanlı müesseselerinin Batı tarzında ıslahını savunmuştur.

Avrupa kanunlarının ve kurumlarının olduğu gibi alınmasına karşı çıkmış, İslâmi geleneklerin korunması gerektiğini söylemiş ve bir kısım devlet ileri gelenlerinin Fransız kanunlarının tercüme edilip alınması yönündeki görüşlerine karşı çıkarak[80] Mecelle'nin hazırlanmasında en önemli rolü oynamıştır. O'na göre İslâm dini herkese hak ettiği hürriyeti verdiği için İslâm dünyasında Batı'daki gibi bir hürriyet mücadelesi vuku bulmamış, buna karşılık adaletin tesisi gayretleri ön plana geçmiştir. Cevdet Paşa, devletin ve hükümetin ancak İslâmi esaslara uymakla fitne, fesat ve zulmü önleyebileceğini düşünmektedir. Aynı sebeple gayr-ı müslimlere de "şer'-i şerîf'e" uygun muamele edilmesini istemiştir. İslâm'daki bu eşitlik-adalet uyumundan dolayı Avrupa'daki sınıf çatışmaları, feodalite sömürü ve zulüm Osmanlı toplumunda görülmemiştir[81].

---

77 Aydın, *Mecellenin Hazırlanışı*, s. 40.
78 Türköne, *Ahmet Cevdet Paşa ve Türk Modernleşmesi*, s. 161.
79 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, s. 232; Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, s. 288.
80 Ahmet Cevdet Paşa, *Maruzât*, s. 199-200.
81 Halaçoğlu-Aydın, "Cevdet Paşa" md., *DİA*, s. 445.

Mecelle çalışmaları devam ettiği bir sırada, oluşan muhalefetin etkisiyle dördüncü kitabın tamamlanmasından bir süre sonra Ahmet Cevdet Paşa cemiyetten uzaklaştırılmıştır[82]. 1870'te Divân-ı Ahkâm-ı Adliye nezaretinden alınarak Bursa valiliğine verilmiş[83] ve böylece Mecelle çalışmalarındaki aktif görevi pasifize edilmiştir. Bu olayın arkasında batı hayranlarının, özellikle de Fransız büyükelçisi De Bourree'nin muhalefetinin önemli rolünün olduğu ifade edilmiştir[84]. Bahane olarak Hanefî fıkhına dayanan Mecelle'de Havale bahsinde bir meselede Ahmet Cevdet Paşa'nın Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'in kuvvetli görüşlerini bırakıp İmam Züfer'in kavli ile amel etmesi gösterilmiş ve bu husus neredeyse Hanefî mezhebinden kopuş olarak lanse edilmiştir. Burada Cevdet Paşa'nın muhafazakar görüşlerinin dönemin batıcı devlet adamlarını rahatsız etmesi de muhtemelen Cevdet Paşa'nın Mecelle Cemiyetinden alınmasında etkili olmuştur[85].

Gerçekten de Mecelle'ye yalnız Hanefî mezhebinin hükümlerinin alması bugün bir kusur olarak görülmüştür. Zira bu uygulamanın katı bir tarzda yapılması ve ihtiyaç duyuldukça diğer mezheplerden yararlanma yoluna gidilmemesi, mezhep taassubunu arttırıp diğer mezheplerden istifade yolunu kapatacağından, hukukun katılaşması ve sosyal ihtiyaçlara cevap verememesi gibi çeşitli mahzurları da beraberinde getirmiştir[86]. Aslında sadece dört mezhepten değil, hatta münderis mezheplerden de görüşler alınmalıydı. Hakikaten diğer mezheplerde zamana uygun güzel hükümler vardır. Mesela Mâlikîlerde alacağın temliki, borcun nakli gibi Roma Hukukunda bile bulunmayan ve ilk olarak tedvini Alman Medeni kanununa bir övünme ve şeref vesilesi veren hükümlerden faydalanma fırsatı kaçırıldı[87], Akitlerde iki tarafın istedikleri şartları koşmakta serbest olduğu görüşünün hakim olduğu mezhepler var. Bunlar muameleleri kolaylaştırıcı hükümlerdir. Fakat bunları almaktan çekinildi. Hatta Hanefî mezhebi dışına çıkmak şöyle dursun, İmam Züfer'in kavlini niçin aldın diye Cevdet Paşaya hücum edenler oldu. Bu şartlar altında çalışmak ve yeni bir şey üretmek elbette ki güçtü. O heyetin azalarından Mekteb-i Nüvvâb Müdürü Yunus Efendi bu hususta: *"Cevdet Paşa, neler çekti, mezhep değiştiriyor, ona ta'zir-i, şer'i lazım diyenler oldu. Ama yine o, bütün bu engelleri aşarak Mecelle'yi meydana getirdi."*[88]

Tabi Mecelle meydana getirilmeden önce bir takım kodifikasyon faaliyetleri gerçekleşmiştir. Örneğin bahane edilen gayr-ı müslimlerin hakları[89] hususunda ilan edilen Islahat fermanı (1856) böyledir. Ne var ki bu fermanın kağıt üzerinde kalmaması için birtakım çalışmalar yapılmış ve bunun için de ilkin bir medeni kanunun/Fransız Medeni Kanununun uyarlanarak devrin şartlarına göre hazırlanmazı düşünülmüştür. Fakat ulema bu çalışmaya karşı çıkmıştır. Dolayısıyla aralarında Rüştü Molla Efendi, Hüsam Efendi ve Cevdet Paşa'nın da bulunduğu bir

---

82 Halaçoğlu-Aydın, "Cevdet Paşa" md., *DİA*, s. 448.

83 Keskioğlu, *Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri*, s. 223; Halaçoğlu-Aydın, "Cevdet Paşa" md., *DİA*, s. 444; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 140.

84 Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 50; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 142.

85 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, s. 232-233; Bkz., Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, s. 293; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 146.

86 Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri Ve Mecelle*, s. 124, 146.

87 Ebu'l-Ulâ Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, TDVY., Ankara 1996, s. 171; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri Ve Mecelle*, s. 146.

88 Keskioğlu, *Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri*, s. 229-230.

89 Batılı devletler, Osmanlı Devletindeki gayr-ı müslim azınlıklara özellikle kamu hukuku alanında birtakım haklar sağlayarak hem azınlıklar nezdinde kendi itibarlarını arttırma hem de bu vesile ile Osmanlı Devletinin içişlerine müdahale etme arzusunda idiler. Fransa da kendi kanunlarını Osmanlı Devletine empoze ederek siyasi ve hukuki bir prestij elde etme gayreti içerisinde idi. Bkz., Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri Ve Mecelle*, s. 138.

komisyona bu yönde yeni bir metin (Metn-i Metîn) hazırlama görevi verilmiş[90], bu girişim akâmete uğratıldıktan sonra Mecelle faaliyetleri hız kazanmıştır.

Metn-i Metîn İnşa Faaliyetleri

Batı'da gerçekleşen sanayi devrimi, büyük bir üretim fazlası ortaya çıkarmış, Batılı devletler, bir yandan sömürgelerini genişletip oraları kendileri için ucuz ham madde deposu ve uygun pazar olarak kullanırken öte yandan Osmanlı Devleti gibi sömürgeleştiremedikleri büyük pazarları da kendi ürünlerine açmaya gayret etmişlerdir. Bunun neticesinde Osmanlı Devleti ile Batılı devletlerin ticari ilişkileri önemli ölçüde artmış, Cevdet Paşa'nın tespit ettiği gibi[91] özellikle Kırım harbinden sonra büyük bir ticari canlılık gözlenmiştir[92]. Osmanlı'nın Rusya'ya karşı 1854'te İngiltere ve Fransa yanında olduğu halde, Kırım harbinde muzaffer olması neticesinde Avrupa'dan Türkiye'ye gelen insan sayısında artışa ve böylece pazarlarda alış-verişlerin canlanmasına vesile olmuştur. Fakat bu dönemde meydana gelen ticari davalara, İstanbul'da bulunan tek bir Ticaret mahkemesi de bakamaz hale gelmiştir. Ayrıca ecnebiler, şer'î mahkemelere gitmek istemiyordu. Şer'î mahkemelerde Müslümanların aleyhine gayr-i müslimlerin, zımmi aleyhine de müste'menlerin şehâdetinin kabul edilmemesi de Avrupalıları çokça rahatsız etmiştir. Bu yüzden Avrupalılar, Hristiyanların şer'î mahkemelerde muhâkeme edilmelerine itiraz etmeye başlamışlardır[93].

Avrupa ile ticari münasebetimiz çoğalıp ihtilaflar çıkmaya başlayınca bu ihtilafların çözümü için, Avrupalılar kanunlarımızı görmek ister. Ortada böyle bir kanun yok ve fıkıh kitaplarında meseleler dağınık haldedir. Müracaat edilecek bir kaynak kitap düşünüldü. Mısır'da olduğu gibi Fransız kanununu alalım diyenler de vardı. Heyet-i Vükelaâ kararıyla MecIis-i Tanzimat dairesinde kurulan Cemiyet-i İlmiyyede bir kanun yapılacaktı. Bu heyette İstanbul kadısı Rüşdi Molla, Tahir Efendi, MecIis-i Maariften Husam Efendi, Ali Ratip Efendi ve bir de Ahmed Cevdet Efendi bulunmaktaydı. Bunların biri fakih; diğer üçü ise fakih değildi. Bu heyet Metn-i Metîn adlı ilk eseri hazırladı. Kitab'ul-Büyû'u yazıp dağıldılar. Sonra bu iş Cevdet Efendiye havale olundu. Asıl Mecelle Heyeti kuruldu ve Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye dairesinde toplanıp işe başladılar[94].

Mecelle'nin hazırlanması yönündeki ilk teşebbüs İslâm Hukukuna dayanan bir metin (Metn-i Metîn) ortaya koymaktı[95]. 1855 başlarında, milli bir kanun hazırlama fikri neticesinde, Metn-i Metîn adıyla, Mecelle tarzındaki bir kanun hazırlamak üzere, aralarında Cevdet Paşa'nın da yer aldığı ilmi bir heyet teşkil edilmiştir[96]. Ne var ki bu heyet epey çalıştığı halde eserini tamamlayamadı ve yalnız alım-satımla ilgili "kitabu'l-buyû'u" yazıp dağıldı[97]. Fakat böyle bir kanun kitabına olan ihtiyaç yirmi yıl sonra Fransız kanunlarının Türkçe'ye tercüme ve tatbik edilmesi cereyanı ortaya çıkınca, tazelendi ve ticari, iktisâdî ve siyasi sebeplerle yazılmaya başlayan Metn-i Metîn, Mecelle'nin öncüsü ve müjdeleyicisi oldu[98].

---

90 Yiğitoğlu, *Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak*, s. 73.
91 Ahmet Cevdet Paşa, *Tezâkir*, I, s. 62.
92 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, s. 232.
93 Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, s. 283.
94 Keskioğlu, *Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri*, s. 228; Bkz., Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 45.
95 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, s. 232.
96 Akgündüz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri*, s. 338; Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, s. 283; Halaçoğlu-Aydın, "Cevdet Paşa" md., *DİA*, s. 447.
97 Cevdet Paşa'ya göre bu başarısızlık, cemiyet üyelerinin iyi seçilememiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz., Ahmet Cevdet Paşa, *Tezâkir*, I, s. 63; Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, s. 232.
98 Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, s. 284.

Mecelle'den önce medeni kanun olarak hazırlanması kararlaştırılan Metn-i Metîn teşebbüsünde Fransız baskılarının önemli rolü olmuştur. Gerçi bu baskılar Fransız Medeni Kanunu'nun alınması sonucunu doğurmamış, fakat Mecelle'nin hazırlanmasında itici bir rol oynamıştır. Bir diğer ifadeyle Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle cemiyetinin diğer üyeleri şunu çok iyi biliyorlardı ki, başarılı olamazlarsa Mecelle yerine Fransız Medeni Kanunu kabul edilecektir[99].

İslâm ve Osmanlı Hukukunun İlk Kanun Metni: "Mecelle"

Anlaşılacağı üzere Mecelle'nin hazırlanmasına sebep olan amiller göz önünde bulundurulduğunda bir medeni kanunun yapılmasının kaçınılmaz olduğu hususunda bir konsensüs oluşmuş fakat medeni kanunun nereden alınacağına dair endişeler söz konusu olmuştur. Bir yandan batı medeni kanununun ülkeye uyarlanması düşünülürken, diğer taraftan geleneğe sahip çıkılarak kendi milli medeni kanunumuzu oluşturma fikri hakim olmaya başlamıştır. Mevcut tartışmaların bir neticeye varması amacıyla her iki kesimin de kendi fikirlerini arz edebileceği bir üst komisyon kurulmuş ve nihayetinde Cevdet Paşa'nın temsilciliğini yaptığı gelenekçilerin fikri benimsenmiş ve daha sonra Ahmet Cevdet Paşa, Mecelle'yi kaleme alacağı Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye başkanlığı makamına getirilmiştir[100].

Tanzimat ve ıslahat fermanları bir medeni kanun oluşturulmasına duyulan ihtiyaç düşüncesinin Mecelle'nin hazırlanmasına kadar gündemde kalmasını sağlamıştır. Batı'nın ve Batı hayranı Osmanlı devlet ricalinin tüm uğraşılarına rağmen bir batı medeni kanunu yapılamamıştır. Batı'dan kanun alınması yönündeki ısrarcı tutumların da Mecelle'nin hazırlanmasında etkili olduğunu ifade etmek gerekir[101]. Cevdet Paşa'nın İslâm ve Osmanlı hukukuna[102] kazandırdığı en önemli eser şüphesiz mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'dir. Metn-i Metîn teşebbüsünden yaklaşık on üç yıl sonra meydana gelen bu eser[103], İslâm Hukukuna dayalı olarak hazırlanan ilk kanun olduğundan[104] şer'î bir eserdir. Kanun tekniği yönüyle başarılı bir çalışma olmasında en büyük pay Cevdet Paşa'ya aittir[105]. Batı tesiri, Mecelle'nin sadece varlık sebebinde ve belki de madde madde yazılışında görülür. Yani şekil itibariyle Batı kanunlarından etkilenmiş olsa bile içerik açısından bu yararlanma söz konusu değildir[106].

Mecelle, ilk Müslüman Türk Medeni Kanunu[107], başka bir ifadeyle İslâm hukuk tarihinin ilk medeni kanunu olup dünyada da ikinci medeni kanun olarak addedilmektedir[108]. Zira Mecelle'yi hazırlayan Cevdet Paşa, ilk olarak Roma Kanunlarını medeni kanun olarak zikretmiştir[109]. Mecelle sadece milli değil, birçok dile çevrildiği için aynı zamanda uluslararası bir kanun

---

99 Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 41.

100 Keskioğlu, *Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri*, s. 223; Yiğitoğlu, *Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak*, s. 73; Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, s. 288; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 138-139.

101 Yiğitoğlu, *Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak*, s. 73.

102 Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 31.

103 Halaçoğlu-Aydın, "Cevdet Paşa" md., *DİA*, s. 448.

104 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, s. 231.

105 Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, s. 289.

106 Yavuz, *"Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini"*, s. 282; Yiğitoğlu, *Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak*, s. 74.

107 Ali Himmet Berki, "Mecelle", *İslâm Medeniyeti*, (Dini-İlmi-Fikri Aylık Mecmua), Kasım 1967, Yıl-1, sy. 4, s. 27; Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, s. 279.

108 Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri Ve Mecelle*, s. 136.

109 Bkz., Cevdet Paşa, *Tezâkir*, I, s. 64.

hüviyetindedir[110]. Mecelle'ye bu ismin verilmesi muamelata dair hukuki hükümleri ihtiva etmesi itibariyledir[111]. İslâm Hukukunun, fıkhın, özellikle de Hanefî Mezhebinin[112] kodifikasyonunu ifade eder[113]. Bu bağlamda Ahmet Cevdet Paşa'nın büyük emek sarf ettiği Mecelle'deki yaklaşımı, yeni içtihatlar ortaya koymak ya da birçok kişinin ısrarla savunduğu içtihat kapısının açılması şeklinde değil, Hanefî mezhebi içindeki görüşlerde tercihte bulunma tarzındadır[114]. Tahrir bakımından eşi kolay kolay yazılamayacak kadar mükemmel olan bu hukuk abidesi, Ahmet Cevdet Paşa'nın mücadele, azim ve gayretiyle Hanefî Mezhebinin muahhar fukahâsı tarafından tercih edilmiş içtihatlarından seçilerek tedvin edilmiştir. Hem şer'î mahkemelerde hem de bugünkü Türk Adli Teşkilatının esası olan Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye'de tatbik edilmek üzere hazırlandığı için ona "Mecelle-i Ahkâm-ı Adiliyye" denilmiş; kısaca "Mecelle" diye zikredilmiştir[115]. Mecelle her ne kadar bir heyet tarafından hazırlanmışsa da gerek eserin hazırlanmaya başlanmasında ve tamamlanmasında gerekse maddelerinin kaleme alınmasında en büyük pay Cevdet Paşa'ya aittir[116].

Günümüz temyiz mahkemesi[117], Yargıtayın çekirdeği mahiyetinde olan Divân-ı Ahkâm-ı Adliyeye Ahmet Cevdet Paşa başkan olarak getiriliyor[118]. Bu göreve getirildikten bir yıl sonra (unvanı değiştiriliyor. Divân-ı Ahkâm-ı Adliye riyasetinden Divân-ı Ahkâm-ı Adliye Nezaretine terk ediliyor. İşte bu nazırlık unvanını alır almaz) kanunlaştırma hareketini devam ettiriyor[119].

Mecelle; borçlar hukuku, eşya hukuku ve usul hukuku ile ilgili fıkıh kitaplarında yer alan şer'î hükümleri kanun tarzında derleyen bir kitap olup[120] tam bir medeni/borçlar kanunu özelliğine sahip değildir. Aile (evlenme, boşanma, gâib, mefkûd), vakıf ve miras hukuku bölümleri yoktur[121]. Zira 1888'de Abdülhamid'e verilen bir jurnal yüzünden Mecelle heyeti dağıtılmıştır. Cemiyet azası sorguya çekildi. Kendilerini savunmak için diller döktüler. Fakat II. Amdulhamid'in jurnalcilerce körüklenen kuşkusu karşısında ilmi gerçekler para etmedi; Cemiyet lağvedildi. Hatta üstüne (Mucebince amel oluna) diye irade buyurduğu Mecelle'yi yapan cemiyetin hangi fermanla açılmış olduğunu sorgulamaya başlayan Sultan: Bu fikir nereden doğmuş diyor ve geçenlerde fevkalade olarak akdolunması ne esbaba mebni idüğinin dahi arz ve işarını istemiştir. Hatta jurnalciler yüzünden II. Abdulhamid'in İbn Âbidin'e ait fıkıh kitabını yasaklatıp çöp arabaları ile toplattığı da vakidir[122].

---

110 Yiğitoğlu, *Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak*, s. 73.
111 Berki, "Mecelle", *İslâm Medeniyeti*, s. 27.
112 Bunun sebebi Hanefî mezhebinin fıkıh ekolleri arasında en gelişmiş ve en fazla doktrin zenginliğine sahip olmasıdır. Bkz., M. Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, s. 232; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 146.
113 Türköne, *"Ahmet Cevdet Paşa ve Türk Modernleşmesi"*, s. 160.
114 Anay, *Ahmet Cevdet Paşa'nın Modernizme Bakışı*, s. 69.
115 Yavuz, *"Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini"*, s. 279.
116 Halaçoğlu-Aydın, "Cevdet Paşa" md., *DİA*, s. 448.
117 Özcan, *Sultan II. Abdulhamid'in 'Pan-İslâm' Siyasetinde Cevdet Paşa'nın Tesiri*, s. 138.
118 Halaçoğlu-Aydın, "Cevdet Paşa" md., *DİA*, s. 447.
119 Akgündüz, *"Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri"*, s. 340; Yusuf Halaçoğlu-M. Akif Aydın, "Cevdet Paşa" md., *DİA*, s. 444.
120 Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 136.
121 Keskioğlu, *Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri*, s. 231; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 145.
122 Bkz., Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa,* s. 9-10; Keskioğlu, *Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri,* s. 231.

Cevdet Paşa kendini Mecelle'ye hasretmiştir[123]. Gerek bu işi sabote etmek kastıyla gerekse de kimsenin beceremediği işleri çözmek vazifesiyle Mecelle heyetindeki çalışmalarından alındığı zamanlarda bile, uzaklardan Mecelle çalışmalarını takip eder, arkadaşlarına yol gösterirdi. Yanya'da iken Bey-i vefa hakkında bir risale yazıp Mecelle cemiyetine göndermiş ve mesele cemiyyette münakaşalara yol açmış. Bunu duyan Cevdet Paşa, Heyet azasından mesai arkadaşı Hilmi Efendiye bir mektup yazmıştır[124].

Mecelle'de yer alması gerekip de bulunmayan konuların yanı sıra bir medeni kanunda bulunmaması gereken (örneğin yargılama hukuku ile ilgili sulh, ibrâ, ikrâr, da'vâ, beyyinât ve kazâ gibi kitaplar) da yer almış ve kazuistik/meseleci bir metotla hazırlanmıştır[125]. 1851 madde ve 16 kitaptan oluşmaktadır. İlk yüz maddesi fıkhın tarifi ve külli kaideleri ihtiva eder[126]. Diğer maddeler, borçları, emanetleri, şirketleri, ehliyet bahsini, gasb, sulh, ibra, ikrar, muhakemeler usulü ve ticaret hukuku gibi konuları teferruatıyla işler. Fakat faiz ve faize çok yakın konular olan karz/borç verme ve sarf/para bozma hakkında bilgi verilmemiştir[127].

Büyük gayretlerle hazırlanan Mecelle'nin, Osmanlı Devleti'nde Türk- İslâm Hukuku'nun Batı kanunlarından etkilenmeden yazılan ilk ve en önemli özel hukuku olmasına rağmen bir kısım Osmanlı Devleti tebaasını ve dış ülkeleri memnun edememiş olması unutulmaması gereken en önemli hususdur. Zira karşıt görüşte olanlar Mecelle'nin dini temellere dayandığını ve bundan ötürü Osmanlı tebaasına uygulanamayacağını iddia etmişler ve bu görüşlerini içte ve dışta rahatlıkla dillendirmişlerdir[128]. Bu doğrultuda Mecelle yerli ve yersiz birtakım eleştirilere maruz kalmıştır.

Fransız Medeni Kanununun tercüme veya Türk Medeni Kanununun Hanefî mezhebi üzerine tedvini etrafında ihtilaf, çetin münakaşa ve mücadeleler söz konusu olmuştur[129].

Mecelle'nin kabul edilmesinden sonra hakimler, gerek Hanefî mezhebi içinde gerekse başka ekollerde bulunan farklı bir görüşü uygulama imkanını kaybetmiş[130], diğer içtihatlara göre hüküm vermekten menedilmiş oldular. Kuralların örneklerle açıklanması kanun tekniği açısından uygun görülmemişse de nizamiye mahkemeleri üyelerinin hukuki birikimleri dikkate alındığında bu usulün dönemin şartlarına uygun olduğu söylenebilir. Her bölümün girişinde o bölümle ilgili tanımlara yer vermesi de eleştirilmiştir. Fakat kanun hükümlerinin belirgin olması ve uygulanmasında

---

123 Aslında Ahmet Cevdet Paşa hukukçu oluşundan ziyade tarihçi kimliği ile öne çıkar. Hatta II. Abdulhamid kendisinden son dönemin siyasi olaylarını anlatan bir tarih kitabı yazmasını talep etmiştir. Dolayısıyla "Maruzât" adını verdiği eseri, 1839-1876 yılları arasındaki tarihi ve siyasi olayların özet halinde yazılmasını şifahi olarak isteyen Sultan II. Abdulhamid'e sunulan kitaptır. (Bkz., Keskioğlu, *Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri*, s. 227; Halaçoğlu-Aydın, "Cevdet Paşa" md., *DİA*, s. 448; Özcan, *Sultan II. Abdulhamid'in 'Pan-İslâm' Siyasetinde Cevdet Paşa'nın Tesiri*, 124; Sina Akşin, *"Ahmet Cevdet Paşa ve Fırkay-ı Islahiye"*, TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, s. 118.) Ahmet Cevdet Paşa, Osmanlı Devleti'nin en hareketli ve sıkıntılı dönemi olan 1839-1876 yılları olayları bu eserinde toplamıştır. Bu eseri, Tanzimat'tan başlayan, özellikle kendi dönemini de içine alan Osmanlı devlet adamlarını çeşitli yönleriyle öğrenmek isteyen II. Abdülhamid'in sözlü iradesiyle kaleme almıştır. Bkz., Halaçoğlu, *Ahmet Cevdet Paşa ve Maruzât't*, s. 247.

124 Keskioğlu, *Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri,* s. 232.

125 Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, s. 233; Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, s. 296; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 144.

126 Keskioğlu, *Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri*, s. 230; Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 49; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 143.

127 Bkz., Orhan Çeker, *Mecelle'de Ele Alınmayan Üç Konu: Faiz, Sarf ve Karz*, TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, s. 343; Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, s. 296.

128 Yiğitoğlu, *Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak*, s. 74.

129 Berki, "Mecelle", *İslâm Medeniyeti*, s. 27.

130 Bkz., Aydın, *Mecelle'nin Hazırlanışı*, s. 43; Ellek, *Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*, s. 148.

yanlışlıklara yer verilmemesi ve dönemin hukukçularını yetiştirmesi hasebiyle doğru bir uygulama izlenimi vermektedir. Görüldüğü üzere az da olsa Mecelle'nin tenkit edilecek hükümleri yok değildir. Örneğin irade serbestisinin gereğinden fazla tahdidi, gasp edilen malın talep edilmese bile ecr-i misil/emsal ücret lazım gelmemesi bu cümledendir[131]. Yine (diğer mezheplerde var olduğu halde) menfaati mal saymaması[132] ve böylece haksız fiiller karşısında korunmasız bırakması açısından da tenkit edilmiştir[133].

SONUÇ

19. asra kadar Batı'da kayda değer bir kanunlaştırma hareketi gözlenmemiştir. Fakat 19. asrın Batı için bir kanunlaştırma asrı olduğunu ifade etmek gerekir. Muhtelif vesilelerle Batı'da hız kazanan kodifikasyon faaliyetlerinin Osmanlı Devletini etkilememesi de düşünülemezdi. Tanzimat'tan önce bugünkü anlamda bir kanunlaştırma hareketi olmasa bile kanunnâmelerin varlığı inkar edilemez. Fakat buna rağmen Tanzimat öncesi dönem İslâm Hukuk doktrini açısından en verimsiz dönem olarak bilinir. Fakat Tanzimat'la birlikte askerî, idârî, iktisâdî ve sosyal alanlarda muhtelif taknîn ve ıslahatlar ile epey yol alınmıştır. Ne var ki istenen düzeyde bir kanunlaştırma izlenmemiştir. Zaman ilerledikçe beliren yeni ihtiyaçlar, Batı hayranlarının talepleri ile birlikte Batı'nın tesir ve baskısı gibi etkenler Osmanlı Devletinde yeni kanunlaştırma hareketlerinin başlamasına zemin hazırlamıştır. Batı ile olan ticari ilişkilerin canlanması ve Batı'nın da kışkırtması neticesinde gayr-ı müslimlerin İslâm Hukukunun câri olduğu mahkemelerde yargılanmak istememeleri, özellikle medeni kanunda bir kodifikasyon faaliyetini hızlandırdı. Durum böyle olmakla birlikte yeni kanunlaştırma faaliyetinin nasıl olacağı, yani medeni hukukun Batı'dan mı alınacağı yoksa yürürlükteki hukukun yeniden tedvin mi edileceği tartışması gündeme geldi. Neticede biri Batı hayranlarının taraftarı olduğu, yeni medeni kanunun Fransız Code Napoleon/Code Cıvıl'ınden alınması gerektiği görüşü; diğeri de yeni kanunun milli olması ve bu doğrultuda fıkha dayanması şeklinde iki görüş taayyün etti.

Batı'nın tesir ve baskısı, İstanbul'daki Fransız elçisi De Bouuree ve samimi dostu Sadrazam Ali Paşa ile ticaret nazırı Kabûlî Paşa gibi Batı hayranı olan devlet ricali, söz konusu medeni kanun ihtiyacının Fransız Code Napoleon/Code Cıvıl'ın iktibasıyla giderilmesi gerektiği görüşünde olup bu yönde ciddi hazırlıklar yapmışlardır. Ahmet Cevdet Paşa'nın yanı sıra Futa Paşa ve Şirvânizâde Rüştü Paşa gibi devlet adamları da tam tersine milli ve fıkha müstenid bir medeni hukukun inşası yönünde mücadele vermiştir. Ahmet Cevdet Paşa, Batı'nın pozitif bilimler ve teknik anlamdaki gelişmelerini kabul edip bu yönde birçok alanda restorasyon faaliyetlerinin yapılması gerektiği ve Batı'nın metodunun uygulanabilirliği kanaatindedir. Fakat her anlamda batılılaşmanın yanlış ve imkansız olacağını düşünmektedir. Özellikle hukuk alanına gelince dinleri ve milli değerleri farklı olan Batı'nın Müslüman-Türk milletine dayatılmaması ve dolayısıyla fıkha dayanan yeni bir kanunlaştırma faaliyeti gerçekleştirmesi kanaatindedir. İlkin Meclis-i Tazminat dairesinde kurulan Cemiyet-i İlmiyye'de "Metn-i Metîn" adı altında bir kanun yapma girişiminde bulunuldu. Ne var ki bu heyet, aralarında Batı hayranlarının provokasyonu ve heyetteki üyelerin çoğunun fakih olmaması gibi muhtelif gerekçelerden dolayı faaliyetine devam edemeyip dağıldı. Sonra bu iş Ahmet Cevdet Paşa'ya havale olundu. Böylece "Metn-i Metîn", Mecelle'nin öncüsü ve müjdeleyicisi oldu.

[131] Berki, "Mecelle", *İslâm Medeniyeti*, s. 28
[132] Mecelle, md. 126.
[133] Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, s. 233-234.

Asıl Mecelle Heyeti kuruldu ve Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye dairesinde toplanıp hızlı bir şekilde işe başladılar. Zira Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle cemiyetinin diğer üyeleri şunu çok iyi bilmekteydi ki, başarılı olamazlarsa Mecelle yerine Fransız Medeni Kanunu kabul edilecektir. Bu hassasiyet ile Mecelle'nin tedvinine başlanıldı. Netice itibariyle Ahmed Cevdet Paşa, böyle bir ortamda epey mücadele etmiş ve verdiği mücadelelerin meyvesini almıştır. Mecelle'nin hazırlanmasında en önemli rolü üstlenmiş ve nihayetinde İslâm ve Osmanlı Hukukuna "Mecelle- i Ahkâm-ı Adliye" adı altında mühim bir eser kazandırmıştır.

KAYNAKÇA

Ahmet Cevdet Paşa, *Maruzât*, Yayınlayan: Yusuf Halaçoğlu, İstanbul 1980.

-------, *Tarih-i Cevdet*, *Tertib-i Cedid*, İstanbul 1309.

-------, *Tezâkir*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, II. Dizi, sy. 17 b1, (2.Baskı), Yayınlayan: Cavid Baysun, Ankara 1986.

Akgündüz, Ahmet, *"Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri"*, TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, (335-341).

Akşin, Sina, *"Ahmet Cevdet Paşa ve Fırkay-ı Islahiye"*, TDVY.,

Ahmet Cevdet Paşa, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, (117-121).

Anay, Harun, "Ahmet Cevdet Paşa'nın Modernizme Bakışı", TDVY.

Ahmet Cevdet Paşa, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, (67-77).

Aydın, M. Akif, "Mecellenin Hazırlanışı", *Osmanlı Araştırmaları IX*, İstanbul 1989, (31-50).

-------, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye" md., *DİA*, XXVIII, Ankara 2003.

-------, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 1995.

Berki, Ali Himmet, "Mecelle", *İslâm Medeniyeti*, (Dini-İlmi-Fikri Aylık Mecmua), Kasım 1967, Yıl-1, sy. 4.

-------, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, (Mecelle), Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1959.

Çeker, Orhan, *Mecelle'de Ele Alınmayan Üç Konu: Faiz, Sarf ve Karz*, TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, (343-360).

Ellek, Hasan, "Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle", Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2014/3, c. 3, sy. 6, (119- 159).

Gözübenli, Beşir, "Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle", TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, (285-299).

Halaçoğlu, Yusuf-Aydın, M. Akif, "Cevdet Paşa" md., *DİA*, VII, İstanbul 1993.

Halaçoğlu, Yusuf, *Ahmet Cevdet Paşa ve Maruzât'ı*, TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, (247-251). 1997.

Karaman, Hayrettin, *İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul, ty.

Kaşıkçı, Osman, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul

Keskioğlu, Osman, "Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1966, c. XIV, (221-234).

Mardin, Ebu'l-Ulâ, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, TDVY., Ankara 1996.

Özcan, Azmi, "Sultan II. Abdulhamid'in 'Pan-İslâm' Siyasetinde Cevdet Paşa'nın Tesiri", TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, (123-141).

Türköne, Mümtazer, *Ahmet Cevdet Paşa ve Türk Modernleşmesi*, TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, (159-161).

Yavuz, Hulusi, "Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini", TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, (279-284).

Yiğitoğlu, Mustafa, "Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak (Mecelle Örneği)", *Tarih Bilinci (Tarih ve Kültür Dergisi-Özel Sayı)*, Ekim 2011, (72- 74).

Yazan, Ümit Meriç, *"Bir Osmanlı Sosyoloğu Olarak Ahmet Cevdet Paşa"*, TDVY., *Ahmet Cevdet Paşa*, (Sempozyum: 9-11 Haziran 1995), Ankara 1997, (9-16).

OSMANLI ANAYASAL GELİŞMELERİ EKSENİNDE NİZAMİYE MAHKEMELERİNDEKİ YARGI SİSTEMİ

Yrd. Doç. Dr. Akif TÖGEL

ÖZET

Devlet yönetimini elinde tutan iktidarın sınırlandırılması düşüncesinin uzantısı olarak Osmanlı Devletindeki anayasal gelişmeler Tanzimat dönemi ile şekillenmiştir. Sened-i İttifak ile başlayan reformlar hem yargı sistemini hem de mahkemelerde uygulanan hukuk kurallarını doğrudan etkilemiştir. Bu dönemde kurulan meclisler ve mahkemeler ile yargı sisteminde düalist bir yapı ortaya çıkmıştır. Özellikle Nizamiye mahkemeleri, mahkeme üyelerinin kompozisyonu, mahkemede uygulanan kurallar ve usuller ile dönemin yargı sisteminin en dikkat çekici unsuru olmuştur. Tanzimat reform sürecinin bir uzantısı olarak Mecelle ile başlayan kodifikasyon hareketi de hukuk kuralları arasındaki ikiliğe yol açmıştır. Bu çalışmada Osmanlı anayasal gelişmeleri ışığında, Nizamiye Mahkemelerinin yapısı ve bu mahkemelerde uygulanan hukuk neticesinde değişen Osmanlı yargı sistemine dair analizler yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı Anayasal Gelişmeleri, Nizamiye Mahkemeleri, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, Tanzimat Yargı Sistemi, Düalist Akım.

Giriş

Osmanlı dönemi kanunlaştırma sürecinin en başarılı örneği olarak gösterilebilecek Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin öneminin anlaşılabilmesi için, bu dönemdeki anayasal ve hukuki gelişmelerin kısaca analiz edilmesi oldukça önemlidir. Çünkü kavramlar ve kurumlar, sosyolojik arka planları ile birlikte daha çok anlam kazanır.

Osmanlı yargı sistemini dönüştürücü etkiye sahip olan anayasal gelişmeler ve Tanzimat dönemi yenilikleri, Mecellenin yasalaşması ile birlikte farklı bir yapıya ulaşmıştır. Fatih Sultan Mehmet dönemi ile gayri resmi düzeyde işleyen düalist yargı sistemi, Nizamiye Mahkemelerinin kurulması ile resmi düzeyde görünür hale gelmiştir. Yargı sistemindeki ikili yapının yanında, Mecelle'nin kabulüyle kanunlar arasında da ikili bir ayrım ortaya çıkmış ve mevcut yapıya dışarıdan bakanlar için oldukça karmaşık bir görünüm arz etmeye başlamıştır.

Yargı sistemindeki ve hukuk kuralları arasındaki ikili yapıdan kaynaklanan bu görünüşteki karmaşıklığın ortadan kalkması için bu çalışmada ilgili başlıklar tek tek incelenerek, sistemin işleyişine dair analizler yapılmıştır.

1. Osmanlı Anayasal Gelişmeleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuki Yapı

Osmanlı tarihi boyunca hukuk sistemi, Şer'i mahkemelerin uyguladığı İslam hukuku kuralları ile Padişahın emir ve fermanları ekseninde şekillenen örfi hukuk kurallarından oluşmuştur. 19. yüzyıla gelindiğinde ise Batı toplumunda bir çok alandaki gelişmelerden kaynaklanan iç ve dış baskılar Osmanlı devletini de etkilemiştir. 1808 yılında hazırlanan Sened-i İttifak ile başlayan reform hareketleri hukuk alanını da kapsamaktadır. 1839'da Tanzimat Fermanı ilan edilmiş, Padişah tarafından verilen can, ırz ve namus güvenliği gibi haklardan din ayrımı olmaksızın bütün Osmanlı tebaasının yararlanacağı, Müslüman gayrimüslim ayrımı olmadan herkesin kanunlar önünde eşit kabul edileceği beyan edilmiştir[1].

Adli teşkilatta yapılan reform hareketleri, mahkemelerde uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kuralları konusunu da kapsamıştır. Bu dönem, kodifikasyon yapılması gerektiğini savunanlar ile kodifikasyonun içtihat hukukunu sınırlandıracağından bahisle karşı çıkanlar arasındaki yoğun tartışmalara sahne olmuştur. Ancak nihayetinde Arazi Kanunnamesi, Mecelle- i Ahkam-ı Adliye ve Hukuk-i Aile Kararnamesi düzenlemeleri ile kanunlaştırma faaliyetleri gerçekleşmiştir. Ayrıca çıkarılan Şer'i mahkemelerin yargılama usulüne dair kararname ile Şeyhülislam hükümet kabinesinden çıkarılarak yargı birliği yolunda önemli bir adım daha atılmıştır[2].

Osmanlı Devletinde Fatih Sultan Mehmet dönemi ile resmi boyut kazanan düalist/çok hukuklu uygulama, Millet sistemi aracılığı ile Tanzimat dönemine kadar devam etmiştir. Tanzimat öncesi dönemde Şer'i mahkemeler, yargılamanın yapıldığı birinci derece yerler olarak, Emevi, Abbasi ve Selçuklu mahkeme sisteminin devamı niteliğindedir[3]. 1839 Tanzimat Fermanını takiben, mahkemeler yeniden düzenlenerek İslam hukuku prensiplerini tatbik eden Şer'i mahkemelerin haricinde ticaret ve ceza alanındaki uyuşmazlık çözümünde örf ve gelenek kurallarını da uygulayan karma Ticaret mahkemeleri (meclisler) ve Avrupa'dan alınan kanunları da uygulayan Nizamiye mahkemeleri kurulmuştur[4].

Tanzimat Fermanın ilanından hemen sonra 1840 yılında Ticaret Bakanlığına bağlı olarak İstanbul'da ticaret meclisi oluşturulmuş, sarraflar arasındaki uyuşmazlıkların halledilmesi amacıyla da Maliye Bakanlığına bağlı muhasebe meclisi kurulmuştur. Bu meclislerin temel özelliği alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının ilk nüvesini oluşturmalarıdır. 1847 ve 1848 yıllarında ticaret meclisleri karma Ticaret Mahkemesi adını almıştır. Uyuşmazlık çözümünü gerçekleştirmek üzere kurulan bu mahkemelerde, Şer'i hakimlerin ticari örf ve adeti tam olarak bilemeyeceğinden bahisle başkanlığını ticaret nazırının yaptığı, üyelerinin bir kısmının Osmanlı vatandaşı tüccarlardan, bir kısmının da yabancı devletlerin vatandaşı tüccarlardan oluştuğu bir heyet görev almıştır[5]. Karma Ticaret Mahkemelerinde uyuşmazlıkların çözümüne esas alınan hukuk kuralları arasında ticari örf ve adetin de bulunması kurallar arasındaki ikili yapıyı daha da derinleştirmiştir. 1864 yılına gelindiğinde karma Ticaret Mahkemelerinin bir çok yerde kuruluşu Vilayet Nizamnamesi ile tamamlanmıştır[6].

Tanzimatın genel özellikleri arasında sayılabilecek olan "düalist" anlayış, yargı teşkilatlanmasında da kendisini göstermiştir. Tanzimat döneminde yürürlüğe giren yasal

---

1 Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (1789-1980), İstanbul, 2015, s.86.
2 Ekrem Buğra Ekinci, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri,* İstanbul, 2004, s.34-35.
3 Abdullah Demir, *Osmanlı Mahkemesi,* İzmir, 2010, s.33.
4 M. Macit Kenanoğlu, 'Nizamiye Mahkemeleri', *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi,* İstanbul, 2007, C.33, s.185.
5 M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi,* İstanbul, 2005, s.452.
6 Akif Tögel, *Anayasa Hukuku Açısından Çok Hukuklu Sistem,* Ankara, 2016, s.187.

düzenlemelerin bir çoğu, Şer'iye mahkemelerinin görev ve yetkilerinden bir parça koparmıştır. Fakat, dini hukuka göre çalışan ve dini hukuku uygulayan mahkemeler (Şer'i mahkemeler ve Cemaat mahkemeleri) ile Tanzimat yasalarına göre işleyen ve bu hukuku uygulayan mahkemeler, yargısal süreçte aynı anda varolmuşlardır[7]. Osmanlı mahkeme sisteminin -özellikle Tanzimat döneminde kurulan yeni mahkemeler ve bu mahkemelerin yargılamaya esas aldıkları kuralların farklılığı neticesinde- çok hukukluluk düzeyi en üst seviyeye ulaşmıştır. Bu dönemde İslam hukukuna göre karar veren Şer'i Mahkemeler, gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının şahıs, aile ve miras hukuku uyuşmazlıklarına bakan Cemaat Mahkemeleri, kapitülasyonlardan yararlanan yabancılarla ilgili uyuşmazlıklarla ilgilenen Konsolosluk Mahkemeleri, örf ve gelenek hukukunu uygulayan karma Ticaret Mahkemeleri ve Avrupa hukuk sistemini takip eden Nizamiye Mahkemeleri bir arada var olmuşlardır[8].

2. Nizamiye Mahkemeleri ve Yargı Sistemi

Osmanlı hukuk sistemi de Tanzimat hareketlerinden nasibini almış, Fransız hukuk sisteminin etkilediği Nizamiye mahkemeleri kurularak faaliyete başlamıştır. Nizamiye Mahkemeleri, ceza hukuku, şahsın hukuku ve ticaret hukuku ile ilgili uyuşmazlıkları çözmekle görevli olmuştur. Rubin'e göre bu mahkemelerin hukuk sistemine dahil olmaları ile birlikte yargı alanında çalışan kadılar ve görevliler açısından yeni bir ayrıma gidilmek durumunda kalınmış, uzun yıllar Osmanlı yargısının temel kurumlarını oluşturan İslam mahkemelerinin sonu yaklaşmıştır[9].

Osmanlı mahkeme sistemindeki değişimin ikinci ayağının, Nizamiye Mahkemelerinin kuruluşu olduğu söylenebilir. Tanzimat fermanından sonra 1840'da çıkarılan ceza kanunlarının uygulanmasını sağlayan karma ceza mahkemeleri ve tahkik meclisleri her dinden Osmanlı vatandaşları arasındaki katl, yaralama ve hırsızlık gibi cezai davalarda muhakeme mercii konumundaydı. 1854 tarihli Meclis-i Tahkik Nizamnamesi bu meclislerde biri ulemadan olmak üzere beş Müslüman, bir Rum, bir Ermeni ve bir Yahudi üyenin görev yapacağını düzenlemiştir. Tahkikat Meclisinde yapılan muhakeme neticesi valinin onayına sunulmakta, ölüm cezası öngörülen davalarda ise vali, dosyayı vilayetlerde kurulu büyük meclise götürmekte ve nihai hüküm burada verilmekteydi. Büyük meclislerin bazı kararları ise temyiz için İstanbul'da bulunan Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye'ye gönderilerek orada sonuçlandırılıyordu[10].

Mahkemelerdeki Kadının Müslüman olması gereklidir. Ancak Hanefi mezhebine göre gayrimüslimler sadece kendileri gibi gayrimüslim olanlara kadılık yapabilir. Nitekim Nizamiye Mahkemelerinde gayrimüslimlerden üye bulunmaktaydı[11].

1867, 1870 ve 1876 yıllarında çıkarılan düzenlemeler neticesinde Tahkikat meclislerinin içinde bulunduğu adli yapı değiştirilerek, yargılama şekli açısından büyük oranda Fransız usül kanununu örnek alan Nizamiye Mahkemeleri kurulmuştur. Osmanlı mahkeme yapısı içerisinde asıl mahkemeler Şer'i mahkemeler olmasına ve Nizamiye mahkemelerinin istisnai niteliğe haiz amaçla kurulmasına

---

7 İbrahim Durhan, "Tanzimat Döneminde Osmanlı yargı Teşkilatındaki Gelişmeler", *EÜHFD,* C.XII, S.3-4, 2008, s.59.
8 Erik Jan Zürcher, *Turkey: A Modern History,* London-New York, 2005, s. 61.
9 Avi Rubin, ''Legal Borrowing and Its Impact on Ottoman Legal Culture in The Late Nineteenth Century'', *Continuity and Change,* 2007, S.22, s. 279.
10 Ekinci, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri,* s. 138-141.
11 Demir, s. 40.

rağmen, bu yeni mahkemelerin zaman içerisinde görev açısından Şer'i mahkemeleri geride bıraktığı ifade edilmektedir[12].

Bu mahkemelerde usul hukuku olarak 1879 yılına kadar Mecelle'nin usule ilişkin son üç kitabındaki hükümler uygulanmakta idi[13]. Hanefi mezhebinin hukuk görüşlerine dayanan hükümler ihtiva eden Mecelle'nin tamamlanmasından beş yıl sonra Osmanlı yasama erki medeni usul ve ceza usulüne ilişkin kanunları yürürlüğe koymuştur[14].

19. yüzyılın sonlarında Hayfa ve Yafa'daki şer'iye mahkemelerini inceleyen Agmon, teorik olarak normalde Nizamiye mahkemesinde görülmesi gereken bir çok davada tarafların gerçekte şer'iye mahkemelerine başvurduklarını tespit etmiştir. Dolayısı ile hakimlerin, hangi mahkemeye başvurulacağı konusunda tarafların serbest iradelerini azami derecede dikkate aldığını söylemek mümkündür[15].

1864 tarihinde yürürlük kazanan Vilâyet Nizamnamesi neticesinde idari teşkilat ile adli teşkilat birbirinden ayrılmıştır. Taşra meclislerinin mevcut adlî görevleri Fransız usulüne göre kurulmuş bulunan nizamiye mahkemelerine verilerek, aynı zamanda bu mahkemeler ceza davalarının dışında kalan bazı hukuk davalarına bakmakla da yetkili kılınmıştır. Köy ve nahiyelerde ihtiyar heyetleri bazı köylerde sulh aşamasında görev yapmıştır. Böylece adliye teşkilatı günümüzü de etkileyen bir tasarımla ilk derece (bidayet), istinaf ve temyiz mahkemeleri biçiminde yapılanmıştır. Ancak bu durumda da yeni kurulan mahkemelerle Şer'iye mahkemeleri arasında yetki ve görev açısından uyuşmazlıklar ortaya çıkmış ve söz konusu uyuşmazlık-ikilik devletin sonuna kadar devam edegelmiştir. Misalen nizamiye mahkemesinde görülen bir adam öldürme davasında tarafların talebi üzerine, Şer'iye mahkemesine baş vurularak buradan da ayrı bir hüküm çıkarma imkanı bulunmaktaydı. Bu durumda nizamiye mahkemesinde hakkında beraat hükmü verilen bir kimse, Şer'iye mahkemesi tarafından idama mahkum edilebilirdi. Hukuk uyuşmazlıkları da taraflarca Şer'iye mahkemelerine götürülebilmekteydi. Osmanlı hukukunu oluşturan kurallar arasında gündeme gelen bu düalite, Tanzimat döneminin ve bu devirdeki adliye alanındaki ıslahatların en belirgin özelliği olmuştur. Mahkemeler arasındaki ikiliği önlemek için, zaman zaman her iki mahkemenin görev alanını ve yetki sınırını belirleyen kararnameler yayınlanmışsa da devletin sonuna kadar bu ikilikten kaynaklanan sorunları önlemekte başarılı olunamamıştır[16].

Nizamiye mahkemeleri hakimlerinin eğitimi ve bilgi seviyelerinin artırılması için de daha önce 1869 yılında lise düzeyinde değerlendirilen hukuk okulu, 1880 yılında fakülte seviyesine çekilmiştir. Böylece Müslümanlar gibi medreselerde okuyamadıkları için gayrimüslimlerden hukuk bilgisinden oldukça mahrum kalan kişilerin Nizamiye mahkemelerine üye olmaları engellenmiştir. Hakim tayinlerinde yine bu süreçte düzen sağlanmış, hakimlerin görevlerini sürdürme konusunda teminat altında ve kararlarında her türlü müdahaleden uzak olduğu beyan edilmiştir.

---

12 Halil Cin-Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi-Kamu Hukuku,* Konya, 1995, s.365.

13 Osman Köksal, ''Adliye Örgütünün Problemleri ve Yapılması Gerekli Düzenlemelere Dair II. Abdülhamit'e Sunulan Bir Layiha'', *OTAM,* 1998, S.9, s.264.

14 Avi Rubin, *Ottoman Nizamiye Courts: Law and Modernity,* New York, 2011, s.63.

15 Iris Agmon, *Family&Court-Legal Culture and Modernity in Late Ottoman Palestine,* Syracuse, 2006, s.74.

16 Ekrem Buğra Ekinci, ''Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri'', *Yeni Türkiye,* Ocak-Şubat 2000, Yıl: 6, Sayı: 31, s.765.

Nizamiye mahkemelerinde bir başkan ve iki üye bulunmaktaydı. Başkan ilmiye sınıfından belirlenir, bir kadı ve bir üye de zimmî olurdu. Ancak uygulamada genel olarak adlî işleri hukukçu olması hasebiyle mahkeme başkanı takip ederdi, çünkü üyeler genellikle pek fazla hukuk bilgisine sahip değildi, hatta kimi zaman okur-yazar olmayan kimselerden üye belirlendiği görülmekteydi. Öte yandan gayrimüslimlerin adliyede Müslümanlarla eşit temsilinden ziyade üç kişilik bu mahkemelerde çoğunluğun Müslümanlarda olmasından kaynaklı bir dengenin varlığından bahsetmek mümkündür[17].

1877-1878 Osmanlı-Rus savaşında alınan mağlubiyet ve bu süreci takiben imzalanan Berlin Anlaşması esnasındaki telkinlerin etkisiyle 1879 yılında mahkeme sistematiğinde son bir düzenleme yapılmış, Fransız ekolünün etkisinde Teşkilat-ı Mehakim Kanunu benimsenmiştir. Bu kanunla ilk defa müdde-i umumi (savcı) mekanizması getirilerek, modern açıdan ilk defa avukatlık ve noterlik yapılanması kurulmuştur. İkinci Meşrutiyet'in akabinde ise mahkemelerdeki toplu hakim usulünden zorunlu olarak vazgeçilerek 1913'te sulh hakimlikleri ihdas edilmiştir. Adliye teşkilatı bu yapılanması ile cumhuriyet dönemine kadar devam etmiş, ancak 1924 yılında Şer'iye mahkemeleri kaldırılmış ve nizamiye mahkemeleri genel mahkeme konumunda devam etmiştir. Benzer biçimde Divan-ı Ahkâm-ı Adliye bu dönüşüm sürecinde önce üç kademeli adli yapıya uygun bir şekilde Mahkeme- i Temyiz olarak anılmaya başlamış, cumhuriyetin ilanında sonra ise Yargıtay adını almıştır[18].

Sonuç

Osmanlı Devleti iktidar erkinin tek elde toplandığı monarşi biçimindeki idare şekli, Sened-i İttifak ile başlayan süreçte değişime uğramıştır. Anayasa kavramının temel mantığında bulunduğu üzere iktidarın bir anayasal metinle kendini bağlı ve sınırlı kabul etmesi ise uzun bir zaman almıştır.

Tanzimat dönemi olarak adlandırılan bu değişim ve dönüşüm süreci doğal olarak yargı sisteminde de bazı değişikliklere yol açmıştır. Cemaat mahkemeleri haricinde ülke genelinde asıl yargı mercii olarak kabul edilen şer'iye mahkemeleri uzunca bir süre adalet dağıtmıştır. Ancak bu mahkemelerde kadıların uyguladığı hukuk kurallarının kodifiye edilmemiş olması, aynı nitelikteki olaylarda ülkenin farklı yerlerinde farklı hükümlerin verilmesine yol açmıştır. Kanaatimizce somut olay adaleti kapsamında değerlendirilebilecek bu farklılık, Tanzimat atmosferinde negatif bir durum olarak görülmüştür. Bu olumsuz algı ise kodifikasyon hareketleri ile sonuçlarak Mecelle-i Ahkam-ı Adliyyenin yazımı gerçekleşmiştir. Hanefi hukuk okulunu esas alan kodifiye edilmiş kuralların ortaya çıkmasının akabinde bu kuralların uygulanacağı Nizamiye Mahkemeleri kurularak yargılama yapmaya başlamıştır. Özellikle mahkemenin oluşumunda gayrimüslimlerin de yer alması eleştirilere konu olsa da batı tipi yargılama örneği sergileyen bu mahkemeler düalist bir hukuki yapıya da neden olmuştur.

Kodifikasyon çalışmaları neticesinde şer'iye mahkemelerinin önceden beri uygulaya geldikleri farklı hukuk sistemlerine tabi başvuruculara o sistemin kurallarına göre hüküm verme usulü de kısmen zarar görmüştür. Osmanlı yargı sisteminde uygulama şansı bulan çok hukuklu sistem, nizamiye mahkemelerinin kurulması ile şekil değiştirmiş olsa da etkili olmaya devam etmiştir.

[17] Ekinci, ''Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri'', s.769.
[18] Ekinci, ''Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri'', s.770.

Kaynakça

Agmon, Iris, *Family&Court-Legal Culture and Modernity in Late Ottoman Palestine,* Syracuse, 2006.

Aydın, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi,* İstanbul, 2005.

Cin, Halil-Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi-Kamu Hukuku,* Konya, 1995.

Demir, Abdullah, *Osmanlı Mahkemesi,* İzmir, 2010.

Durhan, İbrahim, ‘‘Tanzimat Döneminde Osmanlı yargı Teşkilatındaki Gelişmeler’’, *EÜHFD,* C.XII, S.3-4, 2008.

Ekinci, Ekrem Buğra, ‘‘Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri’’, *Yeni Türkiye,* Ocak-Şubat 2000, Yıl: 6, Sayı: 31, s.765.

Ekinci, Ekrem Buğra, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri,* İstanbul, 2004.

Kenanoğlu, M. Macit, ‘Nizamiye Mahkemeleri’, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi,* İstanbul, 2007, C.33.

Köksal, Osman, ‘’Adliye Örgütünün Problemleri ve Yapılması Gerekli Düzenlemelere Dair II. Abdülhamit’e Sunulan Bir Layiha’’, *OTAM,* 1998, S.9.

Kushner, David, ‘‘The Place of The Ulema in the Ottoman Empire During the Age of Reform (1839–1918)’’, *Turcica* XIX, 1987.

Rubin, Avi, ‘‘Legal Borrowing and Its Impact on Ottoman Legal Culture in The Late Nineteenth Century’’, *Continuity and Change,* 2007, S.22.

Rubin, Avi, *Ottoman Nizamiye Courts: Law and Modernity,* New York, 2011.

Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980),* İstanbul, 2015.

Tögel, Akif, *Anayasa Hukuku Açısından Çok Hukuklu Sistem,* Ankara, 2016.

Zürcher, Erik Jan, *Turkey: A Modern History,* London-New York, 2005.

MECELLE VE ORTA DOĞU MÜSLÜMAN DEVLETLERİNİN YASASINA ETKİSİ, IRAK ÖRNEĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM

Karabük Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Özet

Mecelle olarak bilinen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Osmanlı Devletinin son dönemlerinde Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki ilmî bir heyet tarafından İslam hukuku esas alınarak hazırlanmış daha çok borçlar, eşya ve yargılama hukuku esaslarını ihtiva eden bir kanunnamedir.

Bu kanun, Mısır ve Arap yarımadası hariç bütün Osmanlı mahkemelerinde uygulamaya konulduğu 1868-1876 tarihinden devletin fiilen ortadan kalktığı tarihe kadar yürürlükte kalmıştır. Hicaz ve Mısır bölgesinde ise Osmanlı Devleti'ne hukukî bağımlılığın artması endişesiyle ve üç Arap yarımadasının bütünüyle Hanefî mezhebi dışında kalması hasebiyle Mecelle yürürlüğe konulmamıştır. Mecelle, bugünkü Suriye, Ürdün, Irak, Lübnan ve Filistin'de uygulanmış, Osmanlı Devleti'nin sona ermesinden sonra da Anadolu'nun aksine bu ülkelerde bir süre daha yürürlükte kalmıştır.

Iraklı fıkıhçılar, Medeni Kanununu geliştirmek için Mecelleyi temel kaynak kabul etmişler ve ondan büyük oranda istifade etmişlerdir. Günümüzde de yürürlükte olan Irak yargısında Davalar ve Yargı adlı iki ciltlik Hukuk kitabının bazı bölümleri Mecelle'den alınmıştır. Bu durum 1381 numaralı maddede açıkça belirtilmiştir. Aynı şekilde Irak Medeni Kanunu, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin on altıncı kitap bölümünden dava ve şartları, hükümleri, savunulması ve zaman aşımı kısımlarını almıştır. Yasama kaynaklarında Mecelle 'ye dayanmayan ülkelerden Mısır batı yasalarından etkilenmiş olmasından, Necid bölgesi Mecellenin yürürlüğe girmesinden bir buçuk asır önce Osmanlı devletinden ayrılmış olduğundan, Yemenin büyük kısmı ise mezhep çatışması nedeniyle mecelleyi esas kabul etmemiştir.

Bu çalışmamızda 40 sayılı 1951 Irak Medeni Kanunu incelenmiş birçok konuda Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyeden etkilendiği sonucuna varılmıştır. Mecellenin Hanefi kaynaklı olması ve Irak halkının da Hanefi mezhebine mensup olmaları Irak Medeni Kanununun Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyeden etkilenmesinin en büyük sebebi olduğu görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, Orta Doğu, Osmanlı Hukuku, Irak, Medenî Hukuk.

Giriş

Osmanlı yasama tarihinde çokça önemi haiz olan Mecelle hukuk eserlerinin güzel bir örneğini teşkil etmektedir. 1878 tarihinde "Hukûk-ı Şâhâne Mektebi" adıyla Hukuk Fakültesinde ana ders olarak okutulmuştur. Mecelle, Osmanlı Devleti'nde o tarihe dek yürürlükte olan hukukun

bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş milli ve uluslararası kanunun adı olmuştur. Mecellenin uluslararası göstergesi, Arapça'nın yanında birçok dile çevrilmiş olmasıdır.

Cevdet Paşa'nın gayretleriyle Mukaddime ve ilk kitabı 1869'da basılan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye[1], Beyrut ve Şam'daki matbaalar tarafından da sırasıyla1881, 1884, 1923 ve 1965 yıllarında basılmıştır. Daha sonra birbirinden değerli âlim, Mecellenin şerhini yapmışlardır. Buna ilk örnek olarak Ali Haydar Efendi gösterilmektedir[2]. Kendisi, Mecelleyi "Dürerü'l- Hükkâm fî Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm" adıyla 12 ciltlik bir kitap halinde şerh etmiştir. Ali Haydar Efendi'nin bu şerhi 1883 yılında basılmıştır ve birkaç baskısı bulunmaktadır. Daha sonra bu kitap avukat Fehmi el-Hüseynî tarafından da dört cilt olarak Arapçaya tercüme edilmiştir. Buna ilaveten Bağdat Hukuk Fakültesi dekanı ve Baro üyesi olan Iraklı fakihlerden Sabık Bağdat Hukuk Fakültesi dekanı ve Baro üyesi Münir El- Kadi tarafından da Mecelle şerh edilmiştir.

Ahmet Cevdet Paşa ile Senhûrî arasında çok büyük bir benzerlikler bulunmaktadır[3]. Her ikisi de kanun hazırlarken İslam şeriatını Medeni Kanununun dayanağı kılmayı öngörmüştür. Cevdet Paşa'nın, Osmanlı Devleti'nin İslâm Medenî Kanununun oluşturulmasına ne kadar katkısı varsa, es-Senhûri de Irak'ın İslam fıkhı ile Batı Hukukunu birlikte ihtiva eden Medenî Kanununun vücut bulmasına o kadar katkı sağlamıştır. Bu çalışmada, Ortadoğu Müslüman Devletlerinin yasaları Irak örnek olarak incelenecektir.

I. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyeyi Bir Medeni Kanunu olarak Esas Alan ve Almayan Ülkeler

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında oluşturulan bir heyet tarafından 1851 maddeden oluşturulmuş, 1877 yılında yürürlüğe girmiş ve nihayet 1926 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Mecelleyi yasalarında esas alan Ortadoğu Müslüman ülkeleri: Irak, Ürdün, Suriye, Filistin, Lübnan ve Kuveyt'tir. 1918'den sonra Osmanlı Devletinden ayrılan ve bu bölgelerde yeni kurulmuş olan devletlerde (yeni kânuna tâbi olarak) de Mecelle hükümleri cârî kalmıştır. Bu ülkelerde Mecelle, modern lâik mahkemelerce Medenî kânun olarak tatbik edilegelmiştir. Mesela Irak'ta 1953 yılına kadar mecelle devam etmiştir. Ürdün'de 1951, Suriye'de 1949 ve Lübnan'da 1932 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Bu devletler her ne kadar resmi olarak mecelleden ayrılmışlarsa da kendi oluşturmuş oldukları Medeni Kanunda Mecelleden büyük oranda etkilenmişlerdir[4].

---

1 Abdulazim İBRAHİM, "Mecelle'nin Orta Doğu Devletlerine Tesiri", *Türkiye İlahiyat Araştırmaları Dergisi Cilt / Vol: 1, Sayı/Issue: 1, 2017*.s.9. Bkz: Mustafa Yiğitoğlu, "Kendi Öz Hukukumuzu Oluşturmak: Mecelle Örneği", *Tarih Bilinci Tarih ve Kültür Dergisi 15/16* (2011): 73.

2 Emin Efendi Oğlu Ali Haydar'dır. Hanefi hukukçusudur. Osmanlı Devleti'nde Temyiz Mahkemesinin ilk başkanı, Fetva Emini, Adalet Bakanı, İstanbul Hukuk Okulunda Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'yi okutan müderris idi. (Abdurrezzak Ahmed es-Senhuri, , *el- Vesit fi Şerhi'l-Kanuni'l-Medeniyyi'l-Cedid*, *Nazariyyetü'l-İltizam bi Vechin Amm*, Beyrut: Darü İhyai't-Turasi'l-Arabi, 1946, s.16).

3 Abdurrezzak Ahmed es-Senhuri, 11 Ağustos 1895 yılında İskenderiye'de doğdu. 1913 yılında Lise diplomasını aldı. Ardından Kahire'de Hukuk Mektebine girdi. 1917 yılında Lisans mezunu oldu. 1919 devrimi düşüncesinden etkilendi. 1920 yılında Genel Sekreterin yardımcısı idi. Fakültede eğitim görevlisi olarak çalışmak için 1926 yılında doktorasını yapmak üzere Fransa'ya gitti. 1936 yılında fakülte dekanı seçildi. Akabinde yeni Medeni Kanununun yapılması için çağrıda bulundu ve bu çağrısına hükümet olumlu yanıt verdi. Devlette bazı siyasi ve idari kadrolarda bulundu. Örneğin dört kez Eğitim Bakanı oldu. 1949-1954 yılları arasında Devlet Meclisi Başkanı olarak atandı. Birçok eseri olan Senhûri 21 Ağustos 1971 yılında vefat etti. Bkz: Abdulazim İBRAHİM, s.10.

4 Abdulazim İBRAHİM, s.11.

Mecelleyi yasalarında esas almayan Arap ülkelerinden Mısır'dan bahsedecek olursak; Mısır hukukçularının batı Medeni Hukukuna gösterdikleri ilgiden ötürü mecelleyi esas almamışlardır. Diğer taraftan Yemen Devleti de bu hususta ikiye ayrılır. Bir kısmı (ağırlıklı Sünni olanlar) kısa bir dönem de olsa mecellenin hükümlerini uygulamışlardır. Yalnız diğer bir kısmı ise (şii Zeydiler) Mecelleyi hiçbir şekilde kabul etmemiştir. Sebebi ise mecellenin sünni mezheplerden olan Hanefi mezhebine dayandığı ve belli bir kesimi temsil ettiği için de halk arasında adaleti sağlayamayacağıdır. Necd bölgesinde de durum aynı idi[5].

Yine 1965 yılında hazırlanan İsrail ceza kânununda da Mecelle hükümleri kendisini hissettirmektedir.Ayrıca İsrail'in aynî haklar kânunundaki pek çok hükümleri Mecelle-i ahkâmı Adliyeye dayanmaktadır.

II. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyenin Diğer Kanunlarla İlişkisi.

1. Ticaret Kanunu:

Ticaret kanunu; tâcir ve ticaret işlerini düzenlemeye özgü kanun ve kanunlar topluluğudur[6]. Öyleyse ticaret kanunu Medeni kanundan türemiş olup ticaret, tâcir, ticari antlaşmalar, satış, borç, nakil, rehin, ticaret evrakları, iflas ve sâir işlere ilişkin bölümleri ele almaktadır. Öyleyse daha net bir ifade ile ticaret kanununun, Mecelle'yi ortaya çıkaran Medeni Kanundan türemiş ve ayrılmış olduğunu söyleyebiliriz.

2. Şirketler Kanunu:

Şirketler kanunu da aynı şekilde Medeni Kanununun öğelerindendir. Arap kanunlarının çoğu bazen Medeni Kanununa bazen de ticaret kanununa meyleder. Örneğin, şirketler Medeni ve ticari olarak iki kısma ayrılmaktadır, Medeni Şirketler: Mecellenin kurallarının hükmettiği şirketler olup, mülk, mülkiyet ibâha/serbest idare ve müzakere şirketlerinin bütün türleri ile akit şirketleri, finans, ticari işletme ve kolektif ve tahmin şirketleridir. Ticari şirketler ise -Irak, Ürdün ve Filistin'de olduğu gibi- Kolektif şirket, komandit, özel şirket ve hisseli ortaklık şirketleridir.

Mecelle hicri 1886 yılı başlarında Medeni kanun şeklinde düzenlenmiş olup daha sonra Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye adını almıştır. Aynı şekilde miladi 1858 yılında çıkan Ticaret Kanunu da tüm Osmanlı ülkelerinde uygulanmıştır. Ancak Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Medeni şirketlere ilişkin kuralları düzenlerken Osmanlı Ticaret kanunu sadece ticari şirketlere ait kuralları içermektedir[7].

Özetle, Şirketler Kanunu Medeni Kanununu ile Ticaret Kanununun karışımıdır. Örneğin Fransa'da ticarî şirketlerle ilgili hükümlerini kendisinde toplayan özel şirketler kanunu bulunmamakta, bazı şirket hükümleri Ticaret Kanunu ile Medeni Kanununu ve diğer birkaç Medeni kanunda bulunmaktadır[8]. Ürdün Medeni Kanununun 582. maddesi şöyledir: "Şirket, bir sözleşme olup bu sözleşme gereği iki veya daha fazla kişiden her birisini ortak olduğu mali bir projenin değerlendirilmesi ve projeden elde edilen kar veya zararın paylaşılması için mal ya da emek olarak hissesini katmasıdır."[9]

---

5 Samir Mazin, *Masadıru Mecelleti'l-Ahkami'l-Adliyye ve Ta'siruha ala'l-Kavanin el-Arabiyye*, Ürdün: Daru'l-Feth, 2007. S. 169-170

6 Eş-Şavi, *El-Medhal li'l-Ebha'su'l-Kanuniyye*, s. 160.

7 Hasan Habib, Hava, *Kanunu'ş-Şerikatu'l-Ürdüniyye*, Kahire: Riâsetu'l-Abhas el-Arabiyye, 1972, s. 15.

8 Halid, Eş-Şavi, *Şerhu Kanunu'ş-Şerikat el-Irakıyye*, Irak: Matbaatu'ş-Şuayb, 1968, s. 40.

9 Samir Mazin, s.170

Fakat Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye şirket türlerinden her birini bağımsız olarak ayrı ayrı tanımlamıştır. Bunun anlamı şudur, Şirketler kanunu, Medeni kanun ile alakası bakımından mecelle ile bağlantılıdır. Ancak Ticari Kanunu şirketlerle bağlantısı bakımından ise bu tür isimlendirmeler modern isimlendirmeler olup Mecelle ile alakası yoktur. Çünkü şirketler, bahsi geçen hususlar bağlamında iki türdür: Birincisi Normal (Fiili) Şirketlerdir ki, bunlar fıkhın asli hükümlerine uygun olan şirketlerdir. İkincisi Kanuni Şirketler olup, ticaret kanunlarının tüzel kişi olarak kabul ettiği şartlara göre kurulan müesseselerdir[10].

Şöyle ki, ilk çağlar ve devam eden asırlar, Avrupa'da modern ekonomik gelişim ve bilginin doğuşuna neden olan yeni asırlardaki bütün türleri ile düzenli, ekonomik çalışma üslupları, oluşum yöntemleri ve sorumluluklarının sınırları olan şirketlerle tanışmamıştır[11]. Ticaret ve Şirketler kanunu bu tür şirketleri araştırmıştır[12].

3. Muhakeme Usulü Kanunu:

Bugün bütün devletlerde konulmuş olan ve murafaa açma kanunları, icra kanunları ve muhakeme usulü kanunlarında temsil edilen şekli kanunların, kendisine her hak sahibine hakkını vermesinde yardımcı olması gerekir. İsimleri geçen kanunları birkaç satır olsa bile aşağıda şu şekilde özetleyebiliriz:

1. Murafaa Kanunları:

Özel kanunun düzenlediği ilişkilerden doğan anlaşmazlıkların çözümü için mahkemelerin önünde uyulması zorunlu olan icraatlarına belirlendiği bağlayıcı kurallar topluluğudur[13].

2. İcraatlar:

Bu icraatlar aracılığı ile verilen hükmün uygulanması veya reddedilmesine hükmedilmesi, tahkik, bozma, müdahale etme, savunma ve taleplerin adalete sunulması şeklinde gerçekleştirilir. Muhakemeler peş peşe bir dizi işlemi içerdiğinden amacı anlaşmazlık içindeki tarafların iddialarını belirleyen mahkemenin adil bir hüküm vermesi için yardımcı olan bu işlemler ister taraflarca isterse yargıçlarca gerçekleşsin aynıdır. Bu hükümler, şikâyet veya dava açmadan başlayarak hüküm verilmesi, bozulması, gerektiğinde zorla uygulanması hususunda düzenlemeler yapan kuralların tamamını içermektedir[14]. Öyle ise Medeni Kanununun, Medeni Muhakeme Usulü Kanunu; Ahvâl-ı Şahsiyye Kanununun Şeri Muhakeme Usulü Kanunu; Ceza Kanununun ise Ceza Muhakeme Usulü Kanunu bulunmaktadır. Bizler Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyenin anılan diğer kanunlarla olan ilişkisini açıklamak istediğimizde, murafaa ve icraat kurallarından bazılarının İslam Hukukunda dağınık vaziyette bulunmakta olduğunu söyleriz. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye yazıldığında, usul ve murafaa hükümlerinin kendisinden ayrıldığı bu kaideleri kapsamıştır. Örneğin davaya ilişkin bazı bentler, hüküm, hükümden sonra davanın görülmesi, deliller ve yemin gibi tüm bu konular Mecellede mevcuttur. Bunlar: muhakeme usulü kanunları, deliller ve murafaalar olarak ikiye ayrılır.

---

10 Samir Mazin, s.171.
11 Mustafa Ahmet, Ez-Zerkâ, *El-Medhal li'd-Diraseti'l-Fıkhi'l-Âmm*, Şam: 1967, s. 278-280.
12 Samir Mazin, s.172
13 Abdunnasır El-Attar, *El-Medhal li'l-Abhas el-Kanuniyye*, Kahire, 1979, s. 114.
14 Münzir Eş-Şavi, *Medhal li'l-Ulumi'l-İslamiyye*, Bağdat: Darü'l-Maarif, 1988, s. 85.

3. Deliller Kanunu:

Bunlar hükmün verilmesine esas teşkil eden delillerdir. Şahitlikler, ikrar ve yemin ise bu delilerin ayrıntılarını oluşturmaktadır. Tüm bu konular Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyede ayrıntılı olarak işlenmiştir.

4. Ahvâl-ı Şahsiye Kanunları:

İster nesep ister evlilikten doğan akrabalıktan kaynaklanan yakınlıktan olsun, ilişkileri düzenleyen ve bağlayıcı özelliği bulunan kuralların tümüdür. Kanun yapıcıları, Ahvâl-ı Şahsiyyeyi şöyle tanımlamışlardır: Aile ve şahsın bizzat kendisi ile ilişkili işleri düzenleyen kurallar olup, evlilik ve bundan doğan ve buna bağlı hususlar, miraslar ve buna bağlı hükümleri ihtiva etmektedir. İnsanlar arasındaki Medeni ilişkileri düzenlemek üzere Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye çıktığında yanında, eşler arası, baba ile çocuğu, akrabalar arası gibi insanlar arasındaki aile ilişkilerini düzenleyen (Osmanlı Aile Hukuku) kanunu da çıkmıştır. Fakat bu hususta aklımıza şu sorular gelmektedir: Mademki Mecelle bir Medeni Kanun ise Mecelle-i Ahkâm-ı adliyenin diğer kanunlarla olan ilişkisi nedir? Böyle bir soruya şöyle bir cevap verilebilir[15]. Medeni Kanun aile ve buna taalluk eden hususları, aynı şekilde buluğ çağına erme veyahut ermeme, kısıtlılık ve kısıtlılığın çözülmesi gibi konulara ilişkin hususları ele alır. Aslında tüm bu konular Ahvâl-ı Şahsiyyenin özünü teşkil etmektedir[16].

5. Yargı Etiği:

Yargı etiği meseleleri İslam Hukuku kitaplarında dağınık bir vaziyettedir. Bu konunun önemine binaen yargı etiği, yargıçların taassubu ve hâkimlerin öngörüsü şeklinde isimlendirilen eserler yazılmıştır. Ümmetin âlimlerinden Maliki âlimlerden İbn-i Ferhun, Hanefilerden Trablusi, Timurtaşi, Hassf, Şafiilerden, İbn-i Ebi'd-dem ve diğer bazı âlimler bu tür eserler kaleme almışlardır. Bizler yargı etiği terimi ile yargıç, yargı, hüküm ve buna dair hususları ilgilendiren kuralları kastetmekteyiz[17].

III. 40 Sayılı 1951 Irak Medeni Kanununun Takninde İzlenen Yollar ve Mecellenin Etkisi

Mecelle, bir grup Hanefi mezhebi hukukçularının kitaplarının uzantısı veya takninidir. 1951 Irak Medeni Kanunu takninde de Mecelle ilk kaynağıdır. Osmanlı devleti Ortadoğu'dan elini çekmesiyle sonra Mecelle bir süre daha devam etmiştir. Ülkelerden bazısı hemen kendi Medeni kanununu hazırlamaya başlarken bazıları da 20 veya 30 sene sonra Mecellede düzeltmeler yaparak kendi Medeni kanununu oluşturmuşlardır. Irak Devleti ise hem mezhep hem de ülkenin

[15] Samir Mazin, s.171

[16] Bkz. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (941 – 1002) maddeleri.

[17] Bkz. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyenin 16. Bölümünde ele alınmıştır. Bu başlıkta yargıcın özelliklerini ve yükümlülükleri ile sahip olması gereken adabı ele almıştır. On dördüncü bölümde ise (Dava) konusu ele alınmıştır. Bu bölüm, yargı bölümlerinde ele alındığı gibi Muhakemat ve Mürafaa Usulü bölümlerinde ele alınmaktadır. Örnek: ((1784. Madde Yargıyı), (1785. Madde yargıcı), 1786. Madde hükmü), 1787. Madde mahkûmun bihi/kendisi ile hüküm verileni), (1788. Madde mahkûmün aleyhi yani hakkında hüküm verileni) 1789. Madde mahkûmün lehi yani niçin hüküm verildiği), (1792-1799. Maddeler ise yargıcın edebini) tanımlamaktadır.

genel örfi ile örtüştüğü için Mecellenin maddelerine Taknin esnasında başvurmuşlardır. Bunu iki alt başlıkla şöyle açıklayabiliriz:

Birincisi: mecellenin 40 Sayılı 1951 yılı Irak medeni Kanununa etkisi; İkincisi: Senhûrî'nin (ırak medeni kanunu yazarının) Mecelleden etkilenerek Irak medeni kanununun takninde izlediği Yöntemler.

IV. 1. Mecellenin 40 Sayılı 1951 Irak Medeni Kanununa Etkisi

Yukarıda zikredildiği gibi Osmanlı İmparatorluğunun Irak'taki hâkimiyetinin sona ermesiyle birlikte siyasi ve iktisadi roller değişse de Osmanlı Devleti'nin bu topraklarda bıraktığı hukuki ve idari yöntemler kolayca unutulmamıştır. Mecelle, Irak hukukçuları tarafından hiçbir düzeltmeye maruz kalmadan 1950 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. 1930 yılından itibaren her ne kadar Irak hukukçuları tarafından yeni bir Medeni Kanun oluşturulmaya çalışılsa da Mecellenin Irak ve Arap Hukukçuların içinde yarattığı etki unutulmamıştır. Taknin çalışmaları 1936 yılından itibaren büyük Hukukçu Senhûrî ve ekibinin çabaları ile başlamıştır. Irak'ta ilk kez, 1951 yılında Mecelleyi esas alarak yeni bir medeni kanun Irak Senatosu ve parlamento konseyi tarafından onaylanmıştır. 1950 Irak Medeni Kanunu Heyetinin Mecelle takninde şu sebeplere yer verilmiştir:

1. En iyi kanun her Ülkenin kendi halkının yazdığı kanunlardır. Çünkü bu kanunlar halk arasında anlaşılır ve kolayca uygulanır. Mecelle ve Irak Medeni Kanunu takninine gelince, Mecellede Hanefi mezhebi görüşleri esas alındığından Irak halkının büyük çoğunluğu da Hanefi mezhebine tabi olduğundan, mecelle ile ilgili yapılan takninin halk arasında yerleşik bir kanun olması Irak halkı için bir avantajdır.
2. Hem mecelle hem de Irak Medeni Kanununu fıkıha dayanmaktadır. Bu da fıkhın içtihada her zaman açık olduğunu belirtmektedir. Böylece verilen hükümler kendiliğinden yenilenmektedir. Bu da bir İslam ülkesi olarak bizlere bir avantajdır[18].

V. 2. Senhûrînin Mecelleden Etkilenerek Irak Medeni Kanununun Takninde İzlediği Yöntemler

Senhuri ve heyetinin Irak Medeni kanunu tedvininden ilk hedefleri, Mecelleden etkilenerek adı geçen Medeni Kanununu Mecellenin bir uzantısı olarak Irak Devletinin ilk Medeni Kanunu olarak oluşturulmaktadır. Senhûrî, Irak Medeni Kanunu takninde Mecellenin bazen yazılış üslubunu bazen de şeklinde ufak değişiklikler yaparak bazen de ne üslup nede de şekilde hiçbir değişiklik yapmadan Mecellenin Maddelerini takip etmiştir. Bu maddeleri aşağıda şu şekilde özetliyebiliriz:

1. Üslup ve Şekil bakımından hiçbir değişiklik olmadan Maddelerin oluşturulması: Yazar, Mecellenin bazı maddelerini hiçbir değişikliğe tabi tutmadan Irak Medeni Kanununa eklemiştir. Buna mecellenin 175. maddesi (bey-i teati) ile Irak Medeni kanununun 80/1

[18] Samir Mazin , s. 176

maddesindeki hükümleri örnek verebiliriz[19].

2.Şekil bakımından bazı değişiklikler: Yazar Mecellenin bazı maddelerini alıp örneklerini ise alt başlıklı konulara yani maddenin fıkralarına ayırmıştır. Örneğin mecellenin 175. maddesi Irak medeni kanununda 80. maddenin 1. Fıkrasındadır. Yazarın örneği madde haline çevirme sebebi de maddelerin genel kuralı belirlediği ve aynı zamanda kapsamlı bir şekilde açıklamaya da gerek duyulmadığıdır. Bazen de yazar Mecellenin aynı konuyla ilgili tekrarlanmış maddelerini Irak Medeni Kanunu takninin de tek bir maddede toplamıştır. Örnek: Mecellenin 182-183-184. Maddeleri (bey-i sözleşmelerinde icabın sarih bir şekilde söylenmediği takdirde, sukutu kabul yerine itibar etmek), ırak medeni kanununda Mecellede verilen her maddenin örneklerini almayarak 82. maddesinde sukutu kabul yerine itibar bölümü altına alınmıştır.

3. Üslup bakımından bazı değişiklikler: Mecellenin Irak halkıyla daha da uyum sağlaması için yazar tarafından cüzi bir düzeltme yapılmıştır. Örnek icap ve kabulün gerçekleşmesi için, Mecellenin 177. maddesindeki akit sıhhati, yazar tarafında Irak Medeni Kanununda 85. maddede akidin gerçekleşmesi ile değiştirilmiştir. Bazı maddeler de Üslup olarak değiştirmiştir. Örnek: mecellenin 958. "sefih olan kimse hâkim tarafından hacr olunabilir" maddesi, Irak Medeni Kanununun 95. maddesinde yazar tarafından sefihin hacr kararı Mahkemeye verilmiştir[20]. Bazen de örfün gereği durumlarda kanunun uyum sağladığını düşünerek üslup bakımından bazı maddelerde değişiklik yapılmıştır. Örnek mecellenin 72. maddesi (Hatası zahir olan zanna itibar yoktur)[21]. Fakat yazar bunu Irak Medeni Kanununda bazı sebepleri belirterek zahir hataya itibar etmemektedir. Sözleşmede iyi niyetin bulunduğu halde (118/1)[22]. Mecelle ile Irak Medeni Kanunu arasında üsluplar aynı olmasa bile yaklaşık birçok maddelerinde benzerlikler bulunmaktadır. Örneğin "mebi'in mevcut olması lazımdır" hükmü, mecelle 197, Irak Medeni Kanununu 129. maddeleri benzerdir.

VI. 40 Sayılı 1951 Irak Medeni Takninde Mecelleden Hem Üslup Hem de Şekil Bakımından Örnek Maddeler

[19] Mecellenin 175. Madde icab ve kabulden maksad-ı aslı ki terazi-i tarafeydir. Buna delalet eden mübadele-i fi'liyye ile dahi bey' münakid olur ve buna (bey-i teati) denilir. Aynı maddeyi de 40 sayılı 1951 Irak Medeni Kanununun 80. Maddesinin 1. Fıkrasında hiçbir değişim yapılmadan ele alınmıştır.

[20] Ali Himmet Berki, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, İstanbul: Hikmet Yayınları,1982, s: 36-37

[21] Berki, s.25

[22] Vaka'İ-ül Irakiyya, 118/1

Irak Medeni Kanunu Takninde Mecelleden Alınan Maddeler:

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye	40 sayılı 1950 Irak Medeni Kanunu
103. Madde: Akidin Tanımı 168,169. maddeler: icab ve kabulün tanımı. 169,170. Maddeler: icab ve kabulün siygası. 173,174,175: icab ve kabulün yapılış şekli. 175. Maddenin örneği. Ürünü fiyatı ile arz etmek. 182,183,184. Maddeler: 67. Madde: sakite bir söz isnad edilmez. sakit eden kimse şu sözü söylemiş oldu denilmez. Lakin söyleyecek yerde sükût etmesi ikrar ve beyan sayılır. 185. Madde: Kabl- el kabul icabın tekrarı icab-ı evvel-i ibtal edip icab-ı saniye itibar olunur. 177. Madde: icab ve kabulün mutabık olması. 957. Madde: sağir(küçük), mecnun ve matuh zaten mahcurlardır. 958. Madde: sefih olan kimse hâkim tarafından hacr olunabilir. 967. Madde:mümeyyez olmayan çocuğun tasarrufat-ı kavliyye sahih olmaz. 968. Madde: mümeyyez olan çocuğa velinin izni. 972. Madde: veli tarafından verilen bir sağira(çocuğa) izin, bu izin baliğ kapsamında sayılır. Böylece. Yapmış olduğu bey ve icare akdi geçerlidir. 973. Bir sağire izin vermiş olan velisi daha sonra hacr ile o izni iptal edebilir. 975. Madde: hâkimin bir sağiri mümeyyizin iznini verebilir… Hâkim ifadesi 977. Madde: bir hâkimin mezun ettiği sağiri yine hâkim ve halefi hacr edebilir. 986. Madde: sinn-i rüşd 978. Madde: (matuhun hükmü) matuh olan kimse 980. Madde: mecnunun Hükmü. 997. Madde: sefih-i mahcur kesb-i selah ettikde hâkim tarafından fekk-i hacr olunur. 948. Madde: ikrahın tanımı. 949. Madde: mulc-i ve gayr-i mulc-i İkrahın tanımı. 1003,1004. Maddeler: her iki maddelerde ikrahın munakid (gerçekleşen) olduğu durumlardan bahsedilmektedir. 1006. Madde: mukrihin Akdı. 310. Madde : mahall-i akitte muhayyerlik. 35. Madde: işlenmesi memnu' olan şeyin istenmesi dahi yasaktır.	73. Madde'de aynı tanım da yapılmıştır 77/1. Maddede aynı tanım yapılmıştır. 77/2. Maddede aynı metni ele almıştır. 79. Maddede aynı şekilde ele alınmıştır. 80/1. Mecelleden alınan örnek madde haline çevirilmiştir. 82. Maddede toplayarak (suküt, susmak yerine geçerlidir.) 81/1. Sakit'e bir söz isnad olunmaz. Lakin ma'rız-ı hacette sükût beyandır. 83. Madde: aynı metin alınmıştır. 85. Maddede aynı hükmüm vurgulanmıştır. 94. Madde : aynı ifade kullanılmıştır. 95. Madde: aynı ifade yalnız burada hâkim kelimesini mahkemeye değiştirmiştir. 97/1. Maddede: özetliyerek aynı hükm verilmiştir. 89/1. Madde: aynı hüküm verilmiştir. 99. Madde: hüküm aynı, yanız üslupta az farklılık var. 100. Madde: hüküm aynı yalnız örnekler alınmamıştır. 101/1. Madde: yazar hâkim değil bu kararı mahkemeye vermiştir. Fakat hüküm aynı hükümdür. 101/2. Madde: sıygada değişiklik, hâkimden mahkemeye. 106. Madde: aynı 107. Madde: aynı 980. Madde'de mecnun ile ilgili aynıhükmüğ açıklamıştır. 109/1. Madde: aynı: sefih-i mahcur tasarrufat-ı bölümü altında

356. Madde: Bey'de bilâ tağrir gabn-i fahiş bulunsa mağbun olan kimse bey'i fesh edemez. 201 ve 204. Madde: mebi' akiddeki tayin ile teayyün yoktur. 117. Madde: bey'-i bat bey'-i kat'-ı demektir. 111. Madde: bey-i mevkuf, gayrin hakkı taalluk eden beydir. Bey-i fuzuli gibi. 1453. Madde: icazeti lahika vekâleti sabika hükmündedir. 110. Madde: batıl akit 3. Madde: ukud'da itibar makaasıt ve maâniyyedir. Elfaz ve' mebaniye değildir. 12 ve 61. Maddeler: kelamda asıl olan ma'nay-ı hakikidir. 40. Madde: âdetin delaletiyle ma'na-yi hakiki terk olunur. 13. Madde: tasrih mukabelesinde delalete itibar yoktur. 60. Ve 62. Maddeler: kelamın i'malı Madde: mütecezzi olmayan bir şeyin ba'zını zikretmek küllününü zikretmek gibidir. 64. Madde: mutlakın cereyanı 65. Madde hazırdaki vasıf lâğv ve gaibdeki vasıf mu'teberdir.	112/1. Madde : aynı tanım tanımlanmış yalnız mecellede verilen örnek kaldırılmıştır. 112/2. Madde.Üslupta az bir değişiklik yaparak aynı anlamda tanımlanmıştır. 113. Madde.Mecellenin iki maddesini tek maddeye dönüştürüp aynı hükmü ortaya çıkarmıştır. 115. Madde: aynı 117/2. Madde: aynı fakat örnekler alınmamıştır. 121/1. Madde: aynı 124/1. Madde: aynı 128/1 . Maddde : aynı 133/2. Madde: sahih ve geçerli akid şeklinde siygada değişiklik yapılmıştır. Ama hüküm aynıdır. 135/1. Madde: aynı hükümleri bey-i fuzuli bölümü altında alınmıştır. 135/2. Madde: aynı hüküm yalnız örnek alınmamıştır. 137/2. Madde: aynı 155/1 madde. aynı 155/2. Madde. iki maddeyi burada toplamış ve hüküm de aynıdır. 156. Madde: aynı 151. Madde: aynı Maddede toplayarak aynı hükmü ortaya çıkarmaktadır. Madde : aynı 160 . Madde : aynı 161. Madde : aynı

Mecelle İle Irak Medeni Kanunu Arasındaki bazı İhtilaflı Maddeler örneği.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye	40 sayılı 1951 Irak Medeni Kanununu
171. Madde: müstakbal siygası ile bey Mun'daki olmaz. 976. Madde: bir sağir mez'un eden veli fevt oldukda vermiş olduğu izin batıl olur. Fakat hâkimin izni vefatıyla yahut azli ile batıl olmaz. 358. Madde: gabn-i fahiş şle mağbun olan kimsenin vefatında tağrir davası varisine intikal etmez.	78. Hüküm aynı değil Munakid olur. Burada batıl olmaz Dava varislerine intikal eder.

Mecellenin Diğer Irak Kanunları İle İlgili İlişkisi

1959 Irak Aile Kanununun ilk başlangıç taknini 1917 Osmanlı Aile Kanunnamesine etkilenerek kanun korucular tarafından hazırlanmaya başlanmıştır. Irak Aile Kanunu tek bir

mezhepten değil diğer üç Mezhebinde görüşünü ele almaktadır[23]. Irak murafaat, ispat ve ceza Kanunu ise Mecelleden her ne kadar uzak düşüyorsa bazı bölümlerini özellikle ispat Kanununda alındığını görünmektedir. Mesela Kitâbü's-Sulh ve'l-İbra, Kitâbü'l-İkrâr, Kitâbü'd-Da'vâ, - Kitâbü'l-Beyyinât ve't-Tahlîf ve Kitâbü'l- Kazâ bölümlerinden Irak mahkemelerinde hala yürürlükte olduğunun belirtilmektedir[24].

VII. Mecellenin Olumlu ve Olumsuz Özellikleri

A. Mecellenin Olumlu Özellikleri:

1. Kanun Metni Olması Bakımından:

Osmanlı Devleti'nde yargının başvuru kaynağı olan fıkıh tedvini açısından Mecelle, şerh yapan yöntem ile emreden yöntem arasında önceden olmayan bir fark ortaya koymuştur. Bu bağlamda Mecelle fıkıhtan yargısal bir başvuru kaynağı olmak üzere düzenleme, numaralandırma, emredici tabir ve ifade yöntemi, ibarelerin kolaylığı ve sahası yargısal başvuru kaynağı değil de şerh eden fıkıh olan ve hukuk araştırmacısının ve öğrencinin düşüncesini aydınlatan büyük bir kanuni servet, büyük bir fikir olsa da fıkıh kitaplarında çokça işlenen ihtilaflar, münakaşalar veyahut delilsiz her meseleyi kendisi ile hareket etmek üzere tercih edilen vahid söz ile yetinilen modern kanunlar yapmıştır[25].

İbarenin Kolaylığı: Mecellenin ibareleri Kanun ibareleri olmasına rağmen, fıkıh kaynaklarında ve kanun usulünde geçen ibarelere kıyasla daha basittir.Araştırmacı (Bahru'r-râik[26]) adlı kitaptaki alışveriş konusuna baktığında ve aynı konuyu bir de Mecelle'den incelediğinde birincisinin zorluğunun yanında ikincisindeki yani Mecelledeki işlenen konunun kolaylığını görecektir[27].

Bir Kitapta toplanan kanun hükümlerinin araştırılması; Önceden araştırmacının, çıkartılması istenilen ve belki de kanun hükmü ile alakası olmayan bambaşka bir konu başlığı altında bulunabilen bir veya birkaç kaynaktan kanun hükmünü araştırması gerekmekteydi[28]. Oysa Mecellede, bu hükümlerin ilgili özel konuları altında ve farklı başlıklarla düzenli bir şekilde tertip edildiği görülmektedir. Böylece, herhangi bir fıkhi meseleyi bulmada araştırmacının işi kolaylaştırılmıştır.

2. Türünün İlk Örneği Olması Bakımından:

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye İslam hukuku tedvini tarihinde, araştırma yönteminde ve telif şeklinde yeni bir kapı açmıştır. Mecelle fıkıh âlimleri ve Müslüman kanunlarının sahip oldukları çok büyük bir fıkhi servetten dolayı çağı yakalayabildiklerini göstermektedir. Eğer Mecelle

---

23 Mustafa Ahmed Ez-Zerkâ, "El medhal el fıkhi el âm" Dimeşk: Darül- Kalem,1968, c.1, s. 210

24 Yasir Basim ZENNUN, "El iftiradül kadai fi Kanun el Murafaat el İrakiyye" mecelletül Rafiden, cilt.12, sayı.45, 2010. S.4

25 Mustafa Ahmed Ez-Zerkâ, "Mecelletü Ahkami'l-Adliyye", s. 25.

26 Zeyneddin b. İbrahim b. Muhammed el-Mısri, İbn Nüceym, *El-Bahru'r-Râik Şerhü Kenzi'd- Dekaik*, Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiye,1997. s. 123.

27 Ebu'l-Ayneyn Bedran, *Şeriatü'l-İslam*, Ürdün: Müessesetü'ş-Şebab,1997 s. 173.

28 Es-Senhuri, *Kanunu'l-Usuli*, s. 195.

olmasaydı, kanun yapıcılarının görmesi için çıkartılması zor olan binlerce Medeni Kanun meselesi fıkıh kaynaklarında dağınık bir vaziyette kalmaya devam edecekti[29].

3. Şekil Bakımından:

1. Mecelle bölümlerdeki konular arasında özgün bir tertibi uygun görmüştür. Bu konulardan bazılarını asıl başlıklar/konu başlıkları olarak göstermiştir. Örneğin (İkrâz) olarak isimlendirdiği Mudarebe konusunu başlı başına bir bölüm olarak işlemiştir. Bu konuyu Şirket konularından bir konu olarak şirketler bölümünde ele almıştır. Çünkü müdarabe, sermaye bir taraftan çalışma ise diğer taraftan sağlanan bir şirket akdinden başka bir şey değildir. Fakat fıkıhçılar, şirketlerle alakası olmayan bağımsız bir konu olarak gördükleri mudarebe konusunu şirketlerden ayrı olarak ele almaktadırlar[30].

2. Mecelle, mesele ve hükümleri türüne göre bir başlık veya bir bölümde ele almış ve güzelce tasnif etmiştir. Her bir bölümde meseleleri tanımlar, hazırlık bilgileri, şartlar ve hükümler şeklinde sınıflandırarak esas ve fer'i konuların arasını ayırmıştır. Aynı şekilde ilişki durumuna göre düzenlemede de hükümler arasını ayırmış ve her bir türü benzerinin yanında mantıksal bir düzenle sunmuştur. Fıkıh kitaplarında bu meselelerin çoğu düzensiz bir şekilde ele alınırken, bazıları da bağlantısız olarak yer almaktadır[31].

4. Uygulama Kolaylığı Bakımından:

Yargıç ve hâkimlere uygulamada kolaylık sağlamak amacıyla, farklı içtihatlar arasından biri seçilerek kanunlaştırılmıştır. Şöyle ki, fıkhi bir sorunu çözmek için herhangi bir fıkıh kitabına müracaat ettiğimizde o konuda farklı mezheplerin farklı içtihatlarını görmekteyiz. Hatta bir mezhep içerisinde bile bir konuda farklı görüşler bulunabilmektedir. Mecelle'de ise bir meselede, anlaşılması ve uygulanması kolay olan tek bir görüş ile yetinilmiştir. Öyle anlaşılmaktadır ki Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, İslam hukukunda ilk yasama tecrübesidir. Mecellenin ilk tecrübe olması bile onun üstünlüğüne zarar vermemektedir. Çünkü Mecelle, açıkladığımız üzere, hilafet devletinin bu gibi hükümlere ihtiyacı olan zor şartlarda yazılmıştır. Mecelle bir taraftan Osmanlı Hilafet Devletine destek olmayı, diğer taraftan canlı İslam şeriatının uygulanabilirliğini ortaya koymayı amaçlamıştır. Aynı şekilde batılı kanunları Mecelle kanunlarının yerine koymak isteyenlere karşı bir delil ve şahit olarak getirilmiştir[32]. Öyleyse Mecelle İslam Hukukunu kanunlaştırmada tertip, tanzim, şekil ve tek bir görüş ile yetinme bakımından diğerlerine kıyasla başköşede yer almaktadır. Çünkü birden fazla görüşün serdedilmesi uygulamada sıkıntıya sebep olduğu gibi insanlar arasında da verilen hükümlere duyulan güveni zedeler. Çünkü yargıcın bir meselede farklı iki hüküm vermesi muhtemeldir[33].

B) Mecellenin Olumsuzlukları:

1. Kanunu Açıklama Planına Dair Olumsuzluk:

Mecelle maddelerinde, uzun uygulamalı misaller verilerek prensip ve hükümler açıklanmaya çalışılmıştır. Aynı şekilde malumu ilam türünden bazı tanımlama ve açıklamalarda

[29] Subhi Mahmasani, , *Vadu't-Teşrii'l-İslami*, Beyrut: Daru'l-İlmi li'l-Melayin, 1975, s. 180.
[30] Samir Mazin, s.178
[31] Ez-Zerkâ, Mecelletu'l-Ahkami'l- Adliyye, s. 25.
[32] Bedran, Şeriatu'l-İslam, s. 173.
[33] Samir Mazin, s. 309

bulunmaktadır. Bai/Satıcı kelimesinin tanımını: Satan kişi olarak açıklamıştır. Satın Alıcı/Müşteri kelimesinin tanımını ise: Satın alan kişi olarak açıklamıştır. Alım ve Satım yapan iki kişi: Alıcı ve satıcı olan kişiler şeklinde tanımlanmıştır. Tüm bu tanımlar ve açıklamalar modern teknik yöntem ile uyuşmamaktadır. Çünkü modern teknik yöntem, kanunun bilme yeri değildir. Kanunun emir olduğu varsayımından hareketle kanun şeklinin taksimini öngörmektedir. Bu nedenle uygulama ve eğitsel açıklamanın çerçevesi kanun metni değil de şerhlerdir[34].

Fakat bu kusur bir örtüdür. O dönemde çevrenin ihtiyacı bu tarz açıklayıcı bilgileri gerektirmekteydi. Allâme Abdurrezzâk es-Senhûrî[35] söz konusu yasama şeklindeki kusur olarak isimlendirilen husus için şöyle demektedir: Mecelle'nin bazı naslardaki üslubu karar verilmiş hükümler şeklinde emir ve nehiy üzere yetinilen sağlam yasama üslubu ile uyuşmamaktadır. Aksine fıkhi eğitsel bir yöntem kullanılmıştır. Buna da yasama dili değil de fıkıh dili denilmesi daha doğrudur[36].

Örneğin, Mecellenin 169.maddesini ele alalım: "İcap ve kabul geçmiş zaman fiili kalıbında gelirler. Sattım, Satın aldım, taraflar icap ve kabul sözcüklerini kullansa da kullanmasa da ilk teklif icap, ikincisinin kabul yerine kullanıldığı varsayılmıştır. Şayet satıcı sattım der ve ardından alıcı da satın aldım derse veyahut alıcı başta satın aldım sonra satıcı sattım derse satış işlemi gerçekleşmiş olur. Böylece ilkinde sattım lafzı icap ve satın aldım lafzı ise kabul yerine geçer. İkincisinde ise tersi durumda icap ve kabul anlamında kullanılarak satış işlemi gerçekleşir. Aynı şekilde satış işlemi temlik ve temellük ifade eden her türlü lafız ile gerçekleşir, satıcının sana verdim, sana temlik ettim, alıcının da buna karşılık aldım ve mülk edindim, razı oldum ve buna benzer ifadeler kullanması durumunda satış işlemi gerçekleşir."[37]

Bu madde metninin, fakihin fıkhi bir kural getirmesi ve onu açıklamak için getirdiği örneklere benzediği görülmektedir. Burada hedeflenen anlamın zihinde yerleşmesi ve yasa koyucunun anlamı en yakın ve en kısa şekilde getirmesidir[38].

2. Şekil Açısından Kusur:

1. Mecelle, bugün (Muhakeme Usulü) veya (Şekli Hükümler), (Murafaalar) olarak adlandırılan bölüme ilişkin hükümleri kapsamaktadır. Modern anlamıyla Medeni kanun, şekli olmayan mevzu hükümlerden başkasını içermez. Bunun nedeni ise, fıkıh kitaplarının iç içe konularla iç içe mevzu hükümler yanında şekli hükümleri de içerecek tarzda yazılmasıdır. Mecelle, dayandığı bu fıkıh kaynakları ile birlikte yürümüştür. Bu durum, yasamanın özünü etkilemez, aksine bu kanun parçaları arasını toplama veyahut arasını ayırma sorunu olup, ayrıştırılması veyahut toplanması arasındaki sonuçlar farklı olmaz. Bu, kanun tasnifinde bir tür modern tercihten ibarettir. Belki de gün gelir bu tercih eskiye döner ve her iki bölümün toplanması tek bir kanunda gerçekleşir. Bu bizim bugünkü şekli kanunlarımızın bizzat kendisinin hem murafaa hem de tenfiz usulünü kapsamasındandır. Oysa bugünkü kanun yapma tercihi gelecek kanununda tenfiz/uygulama

[34] Bu tarz kusurlarla ilgili Mecelleden örnekler için bkz. (160. Madde: Satıcı: Satan kişidir.) (161. Madde: Alıcı: Aaln kişdiri.), 162. Madde: Karşılıklı alım satım yapan: Satıcı ve alıcı aynı şekilde sözleşme akdeden taraflar), (410. Madde: kiracı: Kiralayan kişidir.)

[35] Es-Senhûrî, Nazariyetü'l-İltizam, s. 63.

[36] Ez-Zerkâ, Mecelletü'l-Ahkami'l-Adliyye s. 25.

[37] Örnek olarak bkz. 40 sayılı 1951 Irak Medeni Kanununu 65. Md.

[38] Abdurrezzak Es-Senhûrî, "El-Kanunu'l-Medeni el-Cedid fi Dav'i Mecelleti'l-Ahkami'l- Adliye ve Harakat el-Kanun el-medeni el-Cedid fi'l-Vakti'l-Hazır", *Mecelletu'l-Kaza*, c. II, Sy. 1-2, 1936, s. 54.

usulüne yöneliktir[39]. Mecelle'de herhangi bir düzen ve tertip olmaksızın karışık bir şekilde yazılmıştır. Gasp ve İtlaf yani zararlı fiillerden sorumlu olması bölümü muhtelif akit bölümleri arasına rastgele serpiştirilmiştir. Herhangi bir gereklilik olmaksızın zorlama konusu Şuf'a konusunun yanında işlenmiştir[40].

2. Üslupta Basitlik ve bölümlerinin sıralamasında mantıksal bir uyumun olmayışı[41].

3. Gerçeklik Bakımından Oluşan Kusur:

Mecelle tek bir mezhebe Hanefi mezhebine bağlı kalmıştır. Hiç şüphe yoktur ki, tek bir mezhep usullerinde ve fürularında ne kadar geniş olursa olsun, bakış açısında ve çıkarımlarında ne kadar farklılıklara sahip olursa olsun ümmetin yenilenen ihtiyaçlarına yetmeyecektir. Üstün fıkıh kabiliyetlerindeki büyük genişlik tek bir mezheple değil de bu mezheplerin tamamında ortaya çıkar. Mecellenin tüm fıkhi mezheplerin görüşleri arasından en iyi, en adil, gelişen dünyanın değişen ihtiyaçlarına ve zamanın maslahatına en uygun olanı tercih etmesi gerekirdi. Mecellenin üzerinden çok geçmeden her biri Mecelle'nin bir kısmını nesheden çok sayıda kanun çıkması, Mecelle'nin ticaret, çalışma ve diğer üretim alanlarında modern ekonomik yöntemlerden doğan ihtiyaçları karşılamadığını ortaya çıkarmıştır[42].

Fakat Mecelle komisyonunun özrünün belirtilmesi gerekir. Çünkü Mecellenin yazıldığı dönemdeki şartlar bu adımı taşıyacak durumda değildi. Osmanlı Devleti'nin merkezinde Hanefi mezhebine yönelik bir taassup mevcuttu. Bu durum Mecelle'yi yapan anlayışta da mevcuttu. Bu taassup nedeniyle meselelerin çözümünde Hanefi mezhebinin içtihatlarıyla iktifa edilmiş, daha geçerli ve değerli hükümler bile olsa diğer mezheplerin içtihatlarına yer verilmemiştir. Bu mezhebî taassup, her mezhep müntesibinin bir diğerini aşina olmadığı hükümlerde şeriatın dışına çıkmış olduğunu kabul etmeye itmektedir. Çünkü onların gözünde şeriat sadece kendi mezheplerinden ibarettir[43].

4. Genel Nazariyeleri İçermemesi

Örneğin, bütün akitlere ilişkin icab ve kabul kurallarının Buyû'/ Alışveriş başlığı altında verildiğini görmekteyiz. Medeni suçlara ilişkin bütün hükümlerin gasp ve itlafa ilişkin maddeler içerisinde dağınık vaziyette bulunduğunu görmekteyiz[44].

5. Bütün Kanun Hükümlerini İçermemesi

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye bütün medeni kanunları bir arada toplamamaktadır. Aksine Mecelle Medeni akitler kanunu olmaya daha yakındır. Burada kastedilen akitler ve bağlayıcılıkları değildir. Mecelle genel bağlayıcılıklar nazariyesini içermemektedir[45].

Sonuç

Mecelle, Osmanlı Devleti'nin resmi kanunnamelerinden biriydi. 1918'den sonra Osmanlı Devleti'nden ayrılan Ülkelerde, daha sonrasında bu bölgelerde kurulmuş olan yeni devletlerde (yeni

[39] Ez-Zerka, Mecelletü Ahkami'l-Adliyye, s. 234.
[40] Şefik Şehhata, *Menahcicütl-Teşri' fi'l-Kavanin el-Arabiyye*, Şam: Neşr Câmiat ed- Duveli'l-Arabiyye, 1960, s. 91.
[41] Es-Senhûrî, Nazariyetü'l-İltizam, s. 66.
[42] Samir Mazin, s.310
[43] Ez-Zerka, Mecelletü Ahkami'l-Adliyye, s. 25.
[44] Bedran, *Şeriatu'l-İslam,* s. 173.
[45] Es-Senhuri, *Nazariyyetü'l-İltizam* s. 50.

kanuna tabi olarak) Mecelle hükümleri câri kalmıştır. Bu ülkelerde Mecelle, modern laik mahkemelerce de medeni kanun olarak tatbik edilmiştir. Fakat Lübnan'da (1932), Suriye'de (1949) ve Irak'ta (1953) Mecellenin yerini yeni medeni kanunnameler almıştır. Daha önce 1878'de Osmanlı Devletinden ayrılmış olan Kıbrıs'ta ve İsrail ile Ürdün'de hala Medeni Kanununu esasını, Mecelle teşkil etmektedir. Mecelleyi hem Medeni hem de diğer yasalarına bir kanun olarak belirlemeyen bölge Necid olmuştur. Çünkü burası, Osmanlı Devleti'nden yaklaşık bir buçuk asır önce ayrılmıştı. Mısır Devleti da aynı şekilde Mecelleyi kullanmayan devletlerdendir. Mısır'ın mecelleyi yasalaştırmama sebebi ise kanun koyucuların Batı'dan etkilenmeleridir. Yemen'de ise 1876 tarihinden itibaren çıkan isyanlar sonrasında, güney yemen dışında, mezhepsel çatışmalardan dolayı Mecelle kanunname olarak kabul edilmemiştir. Mecellenin diğer kanunlarla ilişkisi konusunda günümüzde neredeyse bazı Ortadoğu ülkelerin Medeni Kanunu'nda büyük etki yaratmaktadır. Bu ülkelerden Irak başta olmak üzere 1951 Medeni Kanununa baktığımızda, - Kitâbü'l-Büyû, Kitâbü'l-İcârât, Kitâbü'l-Kefâle, Kitâbü'l- Havale, Kitâbü'r-Rehn, Kitâbü'l-Emânât, Kitâbü'l-Hibe, Kitâbü'l-Gasb, Kitâbü'l-Hacr ve'l-İkrâh ve'ş-Şüf'a gibi bölümler aşağı yukarı Irak Medeni Kanunu takninde aynı hükümlerden bahsedilmiştir. Kitâbü's-Sulh ve'l-İbra, Kitâbü'l-İkrâr, Kitâbü'd-Da'vâ, - Kitâbü'l-Beyyinât ve't-Tahlîf ve Kitâbü'l- Kazâ gibi bölümlerden istifade ederek (83) sayılı 1969 Irak Murafaat Kanunu da aynı zamanda (107) 1979 İspat Kanununda yer alınmıştır. Şirketler ve ticari Kanunlarına baktığımızda günümüzde hiçbir Ortadoğu Ülkesi Mecelleye bağlanarak ticari Kanunu kurmamıştır. Ortadoğu'nun ilgisini çeken ilk yabancı ticari hukuku 1807 Fransız Ticari Hukuku idi ve bu kanundan etkilenerek ilk 1943 yılında Irak hükümeti tarafından yazılır daha sonra 1947 yılında Lübnan Devletinde yürürlüğe girmiştir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin Osmanlı Devleti'nin bu alanda ilk tecrübesi olması nedeniyle üzerinde bazı hata ve şaibelerin bulunması muhtemeldir. Fakat eleştirilen konu Mecellenin çıkışı esnasında Osmanlı Devleti'nde karar alıcılardır. Onlar hem gelişmelere ayak uydurması açısından pratik hayata uygunluğuna dikkat etmemiş, hem de olumsuzlukları telafi etmek için uğraşmamışlardır. Her ne kadar Mecelle maddeleri üzerinde bazı değişiklikler yapıldığı söylenebilirse de bunlar yeterli düzeyde olmayıp, Mecellenin etkilendiği diğer kanunlarla ilgili değişikliklerdir.

Burada belirtilmesi gereken bir husus daha bulunmaktadır; Mecelle Arapça değil de Türkçe olarak yazılmıştır. Tanımların, açıklamaların ve açıklamalardaki tekrarların oldukça fazla olması bundan kaynaklanmaktadır. Eğer başlangıçta Arapça yazılıp sonra Türkçe'ye tercüme edilseydi, bugünkü Mecelle ile arasında bariz bir fark ortaya çıkardı. Diğer taraftan, Osmanlı Devleti'nin Hanefi Mezhebini bütün her şeyi ile takipteki ısrarı yerilen değil de övülen bir durumdur. Çünkü tek bir mezhep yönteminin ve ona dair usulün takip edilmesi bugün İslam toplumunun sıkıntısını çektiği fıkhi başıboşluğun bitirilmesinde daha sağlam ve daha doğru bir usul olmaktadır. Fakat bir husus asrın ihtiyaçları ile uyumlu olamadığında Devletin asrın ihtiyacına çözüm bulamayan bu konuda o mezhebin usulünü terk ederek geniş fıkıh denizine sığınması gerekir. İşte bu Mecellenin takip ettiği yöntem idi.Hanefi mezhebi; Mecelleyi esas alan devletlerin çoğunun asıl mercii idi. Belki de onların Mecelleyi alması onların bu tür kanunlarda önceden gerçekleştirdikleri çalışmalarında, tıpkı Irak'ta olduğu gibi kolaylık sağlayacaktı. Bazı devletler, Mecelleden etkilenmediği veyahut bağımsızlıklarına kavuştukları, yani Osmanlı Devleti'nin egemenliği altından çıktıkları için yasamalarında istifade etmemişlerdir. Aynı şekilde diğer bazı nedenlerden dolayı bazı devletlerdeki kanun tekniği Osmanlı kanun yapma tekniğine aykırı olmasından dolayı Mecelleden istifade etmemişlerdir. Cümlelerimizi toparlamak gerekirse Mecelle, her şeyden önce bir insan eseridir;

özellikleri, güzellikleri, mükemmellikleri olduğu kadar eksiklikleri de olan bir kanundur. Bu nedenle, sempati ya da antipati ile yaklaşmak yerine, gününün şartları ve ihtiyaçları; kanun yapma teknikleri ve aynı dönemde başka ülkelerde yapılan kanunlar dikkate alınarak bir değerlendirmeye tâbi tutulması daha isabetli olacaktır.

Kaynakça

Abdulazim İBRAHİM, "Mecelle'nin Orta Doğu Devletlerine Tesiri", *Türkiye İlahiyat Araştırmaları Dergisi Cilt / Vol: 1, Sayı/Issue: 1, 2017*.

Ali Himmet BERKİ, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, İstanbul: Hikmet Yayınları, 1982.

Attar, Abdunnasır, *El-Medhal li'l-Abhas el-Kanuniyye*, Kahire, 1979.

Bedran, Ebu'l-Ayneyn, *Şeriatü'l-İslam*, Ürdün: Müessesetü'ş-Şebab,1997.

Ferid, Muhammed, *Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye*, 1. Baskı, Beyrüt: Darü'n-Nefâis, 1981.

Halid, Eş-Şavi, *Şerhu Kanunu'ş-Şerikat el-Irakıyye*, Irak: Matbaatu'ş-Şuayb, 1968.

Hava, Hasan Habib, *Kanunu'ş-Şerikatu'l-Ürdüniyye*, Kahire: Riâsetu'l-Abhas el-Arabiyye, 1972.

Hekim, Abdülmecid, *el-Kâfî fi Şerhi'l-Kanuni'l-Medeni*, Amman: eş-Şirketü'l-Cedide, 1993.

İhsanoğlu, Ekmeleddin, *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarih*, İstanbul, Yıldız Matbaacılık, 1999.

el-Kubbec Samir Mahir, *Masâdiru'l-Mecelle ve Ta'siruha ala'ş-Şarku'l-Avsat,* Ürdün: Darü'l- Feth, 2008.

Mahmasani, Subhi, *Vadu't-Teşrii'l-İslami*, Beyrut: Daru'l-İlmi li'l- Melayin, 1975.

Muhammed, Muhammed Abdulcevad, *Tetavvur Et-Teşri Es-Suudi* Mısır: Kahire Üniversitesi Matbaası, 1977.

Mursi, Ahmed, Es-Safsafi, "Ed-Devletu'l-Osmaniyye ve'l-Vilayetu'l-Arabiyye", *ed-Darre*, Sy. 4. Nisan, 1983.

Nebhan, Mahmasânî, *El-Medhal Li't-Teşrii'l-İslami,* Mısır: Vekaletü'l- Matbuat, 1977.

Nebhan, Muammed Faruk, "Mustakbel Fıkıhu'l-Kanun El-İslâmî", *Cerêdu'l-Halîc ve Şübhü'l-Arabiyye*, Sy. 4., 1977.

Öztuna Yılmaz, *Osmanlı Devleti Tarihi*,c. II. İstanbul: 1990.

Senhuri Abdurrezzak Ahmed, *el-Vesit fi Şerhi'l-Kanuni'l-Medeniyyi'l- Cedid*, *Nazariyyetü'l-İltizam bi Vechin Amm*, Beyrut: Darü İhyai't-Turasi'l- Arabi, 1946.

Senhûrî, Abdurrezzak,"El-Kanunu'l-Medeni el-Cedid fi Dav'i Mecelleti'l-Ahkami'l-Adliye ve Harakat el-Kanun el-medeni el-Cedid fi'l- Vakti'l-Hazır", *Mecelletu'l-Kaza*, c. II, Sy. 1-2, 1936.

Süvar, Vahid Rıza, *Et-Turuku'l-Âmme fi'l-Kanun El-Medeni El-Ürdünî*, Ürdün: Kütübi'l-Vataniyye, 1973.

Şavi, Münzir, *Medhal li'l-Ulumi'l-İslamiyye*, Bağdat: Darü'l- Maarif, 1988.

Şehhata, Şefik, *Menahcicütl-Teşri' fi'l-Kavanin el-Arabiyye*, Şam: Neşr Câmiat ed-Duveli'l-Arabiyye, 1960.

Zerkâ, Mustafa Ahmed, "Mecelletu'l-Ahkâm el-Adliyye ve Harekât Kânun el-Fıkhu'l-İslami", *Mecelletu't-Teşri' ve'l-Kânun*, Sy. 1, 1970, s. 27. 18-56

Zerkâ, Mustafa Ahmet, *El-Medhal li'd-Diraseti'l-Fıkhi'l-Âmm*, Şam: 1967.

Zeyneddin b. İbrahim b. Muhammed el-Mısri, İbn Nüceym, *El-Bahru'r-Râik Şerhü Kenzi'd-Dekaik*, Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiye,1997.

MECELLE'DE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

Prof. Dr. Saffet KÖSE

İzmir Katip Çelebi Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi

Giriş

Hakkın kötüye kullanılması, sadece medeni hukukun değil hukuk felsefesinin de ilgi alanına girebilecek derinlikte bir konudur. Batı hukuk düşüncesi açısından önemli bir merhaleyi ifade eden hakkın kötüye kullanılması yasağı, özellikle 18 Mayıs 1855 tarihinde Colmar İstinaf Mahkemesi'nin bir kararı sonucu günümüz hukukunun ilgi odağı olmuş ve birçok ülkenin kanununda yer almıştır. Ancak Batılı araştırmacıların da belirttiği gibi İslam hukukçuları, başlangıcından itibaren hakkın kötüye kullanılması çerçevesine giren konuları ayrıntılı şekilde ele almışlar, ortaya son derece zengin ve verimli bir hukuk mirası çıkmıştır. Özellikle konuyu farklı boyutlarıyla inceleyen Mahmoud Fathy'nin *La doctrine musulmane de l'abus des droits* (Paris 1913) adlı doktora tezi, yayımlanmasının ardından hukuk dünyasında haklı olarak güçlü bir yankı yapmış, konuyu ele alan çalışmaların temel referanslarından birisi olmuştur. Bu tez sonrasında, İslâm hukuku ile ilgili araştırma yapan bazı Batılı müellifler takdirlerini bildirmişlerdir. Mesela İslâm hukuku ve modern hukukla ilgili çalışmaları ile tanınan Alman araştırmacı Josef Kohler, konu ile ilgili makalesinde İslâm hukukçularının hakkın kötüye kullanılması konusunda İslâm'ın temel, basit esaslarından böyle geniş ve detaylı hükümleri çıkarabilmelerini mucizevî, şaşırtıcı ve heyecan verici bulmaktadır[1]. Dolayısıyla Hanefî mezhebi üzerinden İslam hukukunun kısmi kanunlaştırılması olan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'nin hakkın kötüye kullanılması yasağına yaklaşımı merak uyandıran bir husustur. Bu tebliğde kısaca konunun teorik boyutu ele alındıktan sonra *Mecelle*'ye yansıması maddeler üzerinden ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. Genel Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Teorisi

Hakkın kötüye kullanılması teorisi hakkın, veriliş gayesi dışında veya bir başkasına zarar vermek kastıyla ya da zarar verecek şekilde kullanılmasının yasaklılığını ifade eder[2]. Bu teori toplumsal hayatın zarurî bir sonucu olup hakların sosyal karakteri ile ferdiyetçi özelliği arasındaki iki zıt anlayışı uzlaştırmayı, ferdin yaşadığı toplumun bir parçası olarak haklarının nisbî olduğunu[3], hakların kullanılması ile borçların ifasında objektif hüsnüniyet prensibinin uygulanması gerektiğini ifade eder[4].

---

1 Kohler, Josef, "Die Islamlehre vom Rechtsmissbrauch", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, XXIX, Stuttgart 1913, s. 438.

2 Köse, Saffet, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul 1997, s. 56.

3 Zehâvî, Saîd Emced, *et-Te'assüf*, Kahire 1393-94/1974-75, s. 58-59; Dirini, Fethi, *Nazariyyetü't-te'assüf*, Dımaşk 1408/1988, s. 4, 5, 82, 83: a.mlf., *el-Hak ve medâ sultâni'd-devle fi takyîdih*, Beyrut 1404/1984, s. 122, 149; Ömerî, İsmail, *el-Hakk ve nazariyyetü't-te'assüf*, Musul 1405/1984, s. 14; Marcos, Süleyman, *el-Vâfi fi şerhi'l-*

Batı hukukunun temelinde yer alan Roma hukuku hakların mutlaklığı ilkesini benimsemiş ve bunun doğal sonucu olarak hakkını kullananın başkasına zarar vermiş sayılmayacağı ilkesini esas almıştır. Bu kabulden dolayı bu hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağına dair bir kavram ya da hüküm bulunmadığı gibi bu yönde bir tartışmaya da tesadüf edilmemiştir. Aynı şekilde Cermen Hukukunda da hakkın suistimaline dair bir ize tesadüf edilememiştir[5]. Hıristiyan dininin ahlâk kaidelerine bağlılığı dolayısıyla Kanonik hukukun başkasına zarar veren bir hakkın kullanılması yasağına geniş şekilde yer vermesi gerekirken, bu hukukta da böyle bir teorinin izlerinin bulunmadığı görülmüştür[6].

Hakkın Kötüye Kullanılması Teorisinin Batı hukukunda ortaya çıkışı yüzyılın ikinci yarısında bir mahkeme içtihadı sonucunda olmuştur. Ancak buna zemin hazırlayan 1789 Fransız devriminin güçlendirdiği ferdiyetçilik akımının açmazlarıdır. Aynı yıl yayınlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinde (Déclaration des droits de l'homme) ezilen bireyi siyasi despotizme karşı korumak amacıyla hakların mutlaklığı, kutsallığı ve hiçbir şekilde ihlâl edilemezliği ilkesini merkeze alması ve ferdiyetçiliği mülkiyet hakkı üzerinden pekiştirmesi, kutsaması ve dokunulmaz ilan etmesi[7] toplum açısından bir başka olumsuzluğa sebep oldu. Hak sahibine sağlanan bu özgürlük bir başkası üzerinde olumsuz sonuçlar doğmasına ve zarar görmesine sebep oldu. Ancak söz konusu zarar haksız bir fiil sonucunda meydana gelmiş olmadığından mütecaviz aleyhine hukuken bir şey yapmak imkânı bulunamıyordu[8].

Bireyi ezen rejimden sonra onu korumaya odaklanan yeni ideolojiden ilham alınarak hazırlanan kanun metinlerinin ferde, asırlardır özlediği siyasî hürriyet ve dokunulmaz ayrıcalıkları verdiğinde, onun bu imtiyazları diğer fertler veya sosyal çevre aleyhine kullanabileceği hesap edilememişti. XIX. yüzyılda sanayi devrimi ile birlikte hakların mutlaklığı fikrinin iyice ortaya çıkardığı olumsuz sonuçların da etkisiyle[9] ferdin hakkı ile toplumsal maslahatın uzlaştırılması ve toplumun korunmasının gerekliliğine zaruret hasıl oldu. Bu açıdan hakların mutlaklığı fikri sorgulanmaya başlandı. Hakların sınırlandırılması ve kayıtlanması fikri ağır basmaya başlayınca hakkın kötüye kullanılması güçlü bir tez olarak ele alındı, işlendi, inceden inceye tetkik edilerek kapsamlı bir biçimde ortaya konuldu ve nihayet bugünkü halini aldı[10].

Hakkın kötüye kullanılmasının hukuk dünyasına girişi ile birlikte mülkiyet hakkı liberalizmin altın çağında olduğu gibi "mutlak", "mukaddes", "dokunulmaz bir imtiyaz" olmaktan çıkmış, ekonomik haklar arasında sosyal fonksiyonu olan sınırlı bir hak olarak görülmüştür[11]. Buna

---

Kânûni'l-Medenî, Kahire 1988-89, II/1, s. 350-351; Âmir, Hüseyin, *et-Te'assüf fi'sti'mâli'l-hukûk*, Kahire 1379/1960, s. 11.

4 Umur, Ziya, "Roma Hukukunda Hakkın Suiistimali", *İÜHFM* (Tahir Taner'e Armağan), İstanbul 1956, s. 557; Saymen, Ferit H., *Türk Medeni Hukuku*, İstanbul 1948, I, 290-291.

5 Umur, 538, 564.

6 Umur, 564.

7 Kubalı, H. Nail, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 1964, s. 395-396; Armağan, Servet, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara 1992, s. 217-218.

8 Topçuoğlu, Hamide, *Kanuna Karşı Hile*, İzmit 1950, s. 223.

9 Arsebük, Esat, *Medeni Hukuk*, İstanbul 1938, I, 100-101; Zehâvî, s. 10; Şeltût, Abdülmaksûd Abdülkadir, "Nazariyyetü't-te'assüf", *Üsbû'u'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire 1382/1963, s. 164-165; Îsevî, Ahmed Îsevî, "Nazariyyetü't-te'assüf", *Mecelletü'l-'ulûmi'l-kânûniyye ve'l-iktisâdiyye*, I/5, Kahire 1963, s. 36.

10 Arsebük, I, 100-101; Saymen, *Türk Medeni Hukuku*, I, 289.

11 Kapânî, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara 1993, s. 78.

göre hakkın kötüye kullanılması nazariyesi esas itibariyle ferdiyetçi hukuk anlayışından sosyal hukuk düşüncesine doğru inkişaf eden bir gelişimin meyvesi olarak ortaya çıkmıştır[12].

Batı hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması Teorisine bağlı ilk uygulama Fransa'da olmuştur. Ömer b. Abdilazîz'in "İnsanların işledikleri kötülükler oranında hükümler oluşur"[13] sözünde de ifade ettiği üzere bu teorinin ortaya çıkışını da komşuya zarar veren gereksiz bir baca inşaatı tetiklemiştir. Sırf komşu evin manzarasını kapamak amacıyla kendisine hiçbir faydası olmayan lüzumsuz görkemli bir baca inşa ettirmiş olan bir mülk sahibi aleyhine açılan dava münasebetiyle 2 Mayıs 1855 tarihinde Colmar İstinaf Mahkemesi şu gerekçe ile bu bacanın yıktırılmasına karar vermiştir:

"Eğer mülkiyet hakkının mâlike, mülkünü iyi veya fena kullanmak yetkisini veren bir nevî mutlak hak olması bir prensip gereği ise, bununla beraber bu hakkın kullanılması, diğer bütün haklarındaki gibi ciddi ve meşru bir menfaatin tatmini ile sınırlandırılmış olmalıdır... Kötülükten ilham alan ve fena bir hırsın tesiriyle işlenen, haklı hiçbir şahsî menfaate dayanmayan ve başkasına fahiş biçimde zarar veren bir fiilin adalet organlarınca tasvjp ve tasdik edilmesi ahlâk ve hakkaniyet prensiplerine aykırıdır."[14]

Batı hukukunda hakkın kötüye kullanılması teorisinin ilk uygulaması olarak kabul edilen bu karardan bir müddet sonra 18 Nisan 1856 tarihinde Lyon İstinaf Mahkemesi de kendi arazisinde bir çukur açmak suretiyle komşusuna suyun geçişini engelleyen kişinin bu davranışını komşuya ızrar kasdıyla yaptığına hükmederek aynı doğrultuda hüküm vermiştir[15].

Hakkın Kötüye Kullanılması Teorisinin kurulmasında ve modern Batı hukukuna girişinde etkin rolü ferdiyetçilik akımının doğurduğu olumsuz sonuçlardan en fazla etkilenen Fransa oynamıştır denilebilir[16].

Hakkın Kötüye Kullanılması yasağına dair hükümler İslâm hukukunda bin dört yüz yıllık bir geçmişe sahiptir[17] ve o çerçeveye giren konular günümüz Batı hukukundan çok daha geniş ve derinlikli biçimde ele alınıp birçok alanda uygulanmıştır[18]. Batı hukukunda hakların sosyal tabiatına yapılan vurgu ve bu bağlamda hakların başkasına zarar vermeksizin, verildiği amaç doğrultusunda kullanılması gerektiği düşüncesine, İslam hukukunda olduğu şekliyle ilkesel bir duruşla değil birtakım bireysel kararlar neticesinde ulaşılmıştır. Oysa İslâm hukukçuları hukukunun iki ana kaynağından birisi olan Kur'ân-ı Kerîm'deki ilkeler ve Sünnet merkezli uygulamalardan yola çıkarak konuyu geniş biçimde ele almışlardır[19]. Yeri gelmişken şu kadarına işaret edelim ki biz bu noktayı oldukça çarpıcı biçimde ortaya koyacak olan daha Önce Colmar ve Lyon İstinaf Mahkemelerinin verdikleri kararlara konu olan olaylarla çok benzerlik arz eden İslâm hukukundan iki nakilde bulunacağız.

Batı hukukunda Hakkın kötüye kullanılmasının ilk uygulaması kabul edilen Colmar İstinaf Mahkemesinin 2 Mayıs 1855 tarihli "bacanın yıkılması" kararı ile paralellik arzeden Hz.

---

12 Topçuoğlu, 224.
13 İbn Rüşd, *el-Mukaddimât* (nşr. Muhammed Huccî), Beyrut 1408/1988, II, 309; İbn Âşûr, *Makâsıdü'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye*, Katar 1425/2004, III, 271, 542-543.
14 bk. Köse, Saffet, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul 1997, s. 61.
15 bk. Köse, 61.
16 Umur, 567.
17 Fathy, Mahmoud, *La doctrine musulmane de l'abus des droits*, Paris 1913, s. 17.
18 Fathy, 37; İsevî, 1, 3.
19 Kohler, 433-436.

Peygamber'in bir hadisi vardır. Komşu haklarından bahseden uzunca hadiste komşunun, komşusunun binasından daha yüksek bina yaparak onun rüzgârına engel olması yasaklanmaktadır[20]. Bu olay Hz. Peygamber'in az önce zikredilen zararı yasaklayan ve Mecelle külli kaideleri arasında 19. Maddeyi oluşturan hadisini açıklayıcı nitelikte bir örnek olarak anlaşılabilir.

Diğer bir uygulama da şudur: Dahhak b. Halife Urayd nehrinden kendi arazisine bir sulama kanalı açmak istiyordu. Ancak kanalın Muhammed b. Mesleme'nin arazisinden geçmesi gerekiyordu. Muhammed ona izin vermeyince Halife Hz. Ömer, Dahhak'ın Muhammed'in arazisinden su geçirmesine hükmetti ve olayı çözümledi[21]. Bu olayda Hz. Ömer, Hz. Peygamber'in, "Komşu, komşusunun kendi duvarı üzerine ağaç koymasına engel olmasın[22] hadisinden ve İslâm hukukunda hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan ilkelerinden hareket etmiştir.

Hz. Ömer'in bu ve benzeri uygulamalarından hareketle Muhammed Yusuf Mûsâ gibi günümüzün bazı İslâm hukukçuları onu Hakkın Kötüye Kullanılması Teorisinin vâzıı olarak görmektedirler[23]. Bu konunun ele alındığı neredeyse bütün eserlerde bu uygulama bir delil olarak zikredilmektedir[24].

Roma hukukçusu Ziya Umur İslâm hukukunun bu noktada batı hukukuna tesir etmiş olabileceğini şöyle dile getirmektedir:

"Gerçekten İslâm hukukunda hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin prensipler daha İslâm'ın ilk yıllarında çok açık bir şekilde ortaya konmuştu. Bilhassa komşuluk münasebetlerinin İslâm hukukunda bütün ayrıntıları ile düzenlenmiş olması ve Sicilya yoluyla Arapların İtalyanlarla sıkı münasebette bulunması, komşunun evine bakmak vb. hususlarda Avrupa ortaçağ hukuku üzerinde İslâm hukukunun bir mukabil tesiri olmuş olması ihtimalini ortaya koymaktadır. Hele Kanonik hukukunun bu meseleleri tanzim etmemiş olması bu ihtimali daha da kuvvetlendirmektedir."[25]

Hz. Peygamber'in ahirete irtihâlinden sonra sahabe müçtehitleri ye daha sonraki fukahâ, vasiyet, boşama (talâk), boşama sonrası dönüş (ric'at), velâyet, îlâ' (yemin ederek eşinden cinsel olarak uzaklaşmak), alacak ve mal üzerindeki tasarruf haklarının suiistimal edilmesini yasaklayan âyetler ve konu ile ilgili bazı hadislerden hareketle[26] çok zengin bir uygulama örneği sergilemişler ve hakkın:

a- Başkasına zarar vermek kastıyla kullanılmasını,
b- Hakkın kullanılması sonucunda fahiş zararın ortaya çıkmasını,
c- Hakkın kullanımının üçüncü şahıslar için umûmî bir zarar meydana getirmesini,
d- Hakkın kullanımında meşru menfaat yokluğunu,
e- Menfaatler arası aşırı oransızlığı

---

[20] Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr* (nşr. Hamdi es-Selefî), Riyad 1415/1994, XIX, 419; Heysemî, *Mecma'u'z-zevâid* (nşr. Husâmüddîn el-Kudsî), Kahire 1414/1994, VIII, 165; Muttaki el-Hindî, *Kenzu'l-ummâl*, Beyrut 1401/1981, IX, 52, nr. 24897; s. 184, nr. 25608.

[21] Mâlik, *el-Muvatta'*, "Akdiye", 25: Bâcî, *el-Müntekâ*, VI, 45-46.

[22] Buhârî, "Mezâlim", 20, "Eşribe", 24; Müslim, "Müsâkât", 136; Ebû Dâvûd, "Akdiye", 31; Tirmizî, "Ahkâm", 18; İbn Mâce, "Ahkâm", 15; Mâlik, *el-Muvatta'*, "Akdiye", 32; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, II, 240, 463, III, 480.

[23] Ömerî, *el-Hakk*, s. 155-156.

[24] Kohler, 433.

[25] Umur, 565-566; ayrıca bkz. Zühaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 299; Şeltût, 168.

[26] Bu deliller konusunda bkz. Köse, 123-162.

hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmişlerdir[27]. Bazılarında dar, bazılarında geniş olmak üzere bugün hemen hemen bütün hukuk sistemleri bu teoriyi kabul ederek kanunlarında yer vermişlerdir. Fransız, Alman, Avusturya, İtalya, Belçika, İspanyol. İngiliz (kısmen), Yunan, Polonya, Çin, İsviçre, Türk hukukunda ve İslâm ülkelerinde bu nazariye kabul edilmiş ve uygulama alanı bulmuştur[28].

Oldukça orijinal bir teori olan hakkın kötüye kullanılması nazariyesi haklı olarak birçok araştırmacının dikkatini çekmiş ve oldukça kıymetli çalışmalar ortaya çıkmıştır[29].

İslam ülkelerinde bu teorinin dikkat çekici şekilde ele alınması konunun XVIII. yüzyılın ikinci yarısında Batı hukukunda bazı olaylara bağlı olarak mahkeme içtihatlarıyla zemin bulması, İslam hukukunda ise başlangıcından itibaren ilkesel olarak geniş şekilde ele alınmasının oluşturduğu zenginliği ilim dünyasına sunma çabası olduğu söylenebilir. Özellikle bir kısım Batılı oryantalistin gündeme getirdiği ve bazı Türk hukukçularınca da kabul gören İslam hukukunun Roma Hukukundan iktibas edildiği, İslam hukukunun dine dayalı bir hukuk olması dolayısıyla çağdaş ihtiyaçları karşılamaya muktedir olamayacağı yönündeki iki iddianın reddi bağlamında da kullanılan teorilerden birisi hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Nitekim bu ve benzeri örneklerin gücü sebebiyledir ki 1932 yılında Lahey'de toplanan Uluslararası Mukayeseli Hukuk Kongresi'nde iki Müslüman hukukçunun İslam hukuku ile sunduğu iki tebliğden sonra şu üç karar alınmıştır:

1- İslam hukuku orijinaldir. Hiçbir hukuk sisteminden etkilenmemiştir.

2- İslam hukuku dinamiktir, çağdaş ihtiyaçları karşılayabilecek bir niteliğe sahiptir.

3- Bu özellikleriyle İslam hukuku modern hukukun kaynaklarından birisidir.

Mecelle'de Hakkın Kötüye Kullanılması

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Hanefî mezhebi esas alınarak İslam hukukunun belli alanlardaki ahkâmının kanunlaştırılmasından oluşan bir eserdir. Bu tebliğe konu olan hakkın kötüye kullanılmasını ele alırken aynı zamanda Hanefî mezhebinin meseleye yaklaşımını da belirlemiş olduğumuzu ifade etmeliyiz.

İslam hukuku, meseleci (kazuistik) yöntemle geliştiği için her bir meselenin özelliğine göre hükümler oluşmuştur. Başlangıçta hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde ele alınabilecek meselelerde somut olayın özelliklerine göre hükümler ortaya çıktığı için farklı yaklaşımlara rastlamak mümkündür. Söz gelimi mezhebin imamı Ebû Hanîfe'nin (ö.150/767) içtihatlarında mesela mülkiyet hakkının kullanımında serbestliği dolayısıyla malikin kullanım hakkını önceleddiği dikkati çekerken[30] talak hakkının kötüye kullanımında boşanan kadının zararını dikkate almaktadır. Buna göre ölümle sonuçlanan hastalık halinde (maraz-ı mevt) karısını boşayan birisine bekleme süresi (iddet) içinde ölümün vaki olması halinde bu kadının, kocasına mirasçı olacağını savunmaktadır. Buradaki gerekçesini meşru bir hükmü, hukukun izin vermediği bir sonuca araç kılma niyeti ile açıklamaktadır. Yani evliliğin karı-kocaya çekilmez bir hal alması durumunda son

[27] Daha fazla bilgi ve örnekler için bkz. Köse, 83-107.
[28] bk. Köse, 107-120.
[29] Konu ile ilgili yapılan çalışmalar için *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması* (İstanbul 1997) adlı kitabımıza bakılabilir.
[30] Serahsî, *el-Mebsût*, Kahire 1324-31, XV, 21-22; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, Kahire 1327-28/1910, VI, 264.

çare olarak önerilen talâk, koca tarafından karısını mirastan mahrum bırakmak amacıyla kötüye kullanılmıştır. Dolayısıyla bu kötü niyeti reddolunarak varmak istediği neticeden mahrum bırakılmalıdır[31].

İmam A'zam'ın iki öğrencisi Ebû Yûsuf[32] (ö.182/798) ve İmam Muhammed[33] (ö.189/805) bir ölü araziyi ihya etmek üzere çit ile çevirenin üç yıl içinde bunu tamamlamış olması gerektiğini, bu süre içinde imar edemeyenden o arazinin alınıp işleyebilecek bir başkasına verileceği görüşünü savunmuşlardır. Sonraki Hanefî kaynaklarda da bu hüküm esas alınmıştır. Bu tür bir ihmal toplumsal menfaate aykırı ve toplumun zararına bulunmuştur[34]. *Mecelle* 1279. maddesinde bu konuyu hükme bağlamıştır:

"Bir kimse arazi-i mevattan (ölü araziler) bir mahalli tahcir etse (çit ile çevirse) üç sene müddet ol yere sairinden ehak olur (oraya diğer insanlardan daha öncelikli hak sahip olur). Üç seneye kadar ihya etmez (kullanılabilir hale getirmez) ise hakkı kalmaz. Ve ihya etmek üzere başkasına verilebilir."

İhmal yoluyla bir başka ifade ile pasif olarak hakkın kötüye kullanılmasının örneğini oluşturan bu uygulama Hz. Ömer'in tatbikatında mevcuttur. Hanefî kaynaklardaki bilgiler dikkate alınırsa bu uygulama Hz. Peygamber'in şu hadisine dayanmaktadır:

"Bir toprak parçasını çeviren kişi onu üç yıl içinde tarıma elverişli hale getirmeli ve işlemelidir (i'mâr). Aksi takdirde ondaki hakkını kaybeder."[35]

Buna göre bir toprak parçasını çeviren kişi orayı imara elverişli hale getirmemesi durumunda hakkını süiistimal etmiş demektir ve onu kaybeder.

Hanefiler, mezhebin oluştuğu ilk dönemlerden itibaren bu konuyu tartışmışlardır. Başlangıçta görülen mülkiyet hakkının kullanımındaki ferdiyetçi yaklaşım bir müddet sonra tartışma konusu olmuş kısa süre sonra bu hakkın kullanımı karşı tarafa fâhiş zarar vermeme şartına bağlanarak hukuken de yasak kapsamında değerlendirilmiştir. Sözgelimi III./IX. asırda mülkiyet hakkını kullanımın sınırlandırıldığı içtihatlara rastlanılmaktadır. Mesela Nusayr b. Yahya (ö.268/881) ve öğrencisi Ebü'l-Kâsım es-Saffâr (ö.326/938) bir hakkın kullanımından dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde mahkemelerin yetkili olduğunu gerektiğinde mahkemenin hakkını kullanan kişiyi tasarrufundan menedebileceğini savunmaktadırlar. Buna göre örneğin bir kimsenin kendi hanesinde koyun ağılı yapması durumunda gübre gibi hayvanlardan komşuları rahatsız edici durumların ortaya çıkması halinde mahkeme mülk sahibini tasarruftan menedebilir[36]. Başkasının rüzgarına, güneşine mani olacak şekilde bina yapma, kendi mülkünde fırın, çamaşırhane hamam gibi durumlarda aynı şekilde hareket edilir[37].

Ebü'l-Leys es-Semerkandî (ö.373/983) bir şahsın avlusundaki meyve ağacına çıktığında komşunun avlusunu görmesi halinde bundan menolunabileceğini savunur[38]. Sadruşşehîd

---

31 Serahsî, VI, 155; XIII, 161; XV, 147; XXI, 100; XXIII, 46; XXIV, 52; Mergînânî, *el-Hidâye*, Beyrut, ts. (Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî), II, 251; Gaznevî, *el-Gurretü'l-münîfe*, Beyrut 1406/1986, s. 153-154.

32 Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-Harâc* (nşr. Taha Abdurrauf Sa'd-Sa'd-Hasan Muhammed), Kahire, ts. (Mektebetü'l-Ezheriyye), s. 73.

33 *el-Asl* (nşr. Mehmet Boynukalın), Beyrut 1433/2012, VIII, 166.

34 Serahsî, *el-Mebsût*, Kahire 1324-31, XXIII, 167; Kâsânî, VI, 194.

35 Kâsânî, VI, 194.

36 İbnü'l-Bezzâz el-Kerderî, *el-Câmi'u'l-vecîz*, Bulak 1310, VI, 414-418.

37 İbnü'l-Bezzâz el-Kerderî, VI, 414.

38 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, Kahire 1319, VI, 415.

(ö.536/1141) her iki tarafın hakkını dengeleme açısından ağaç sahibinin ağaca tırmanmadan önce avluda oturan kadınlar varsa gerekli tedbirleri almasına fırsat tanıması açısından komşusunu haberdar etmesi gerektiğini savunur[39]. Nitekim Mecelle 1202. maddesinde**:** "Matbah (yemek pişirme mahalli / mutfak) ve kuyu başı ve hanenin avlusu gibi makarr-ı nisvân olan mahallin görünmesi zarar-ı fâhiş addolunur" şeklinde mahremiyete bağlı bir hüküm vazettikten sonra 1205. maddesinde nasıl hareket edileceğini şöyle belirlemektedir:

"Bir kimse bahçesindeki meyve ağacına çıktıkda komşusunun makarr-ı nisvân olan mahalli (kadınların oturduğu yer) görünür olsa ol kimesne ağacın üzerine çıkacak oldukda nisvân (kadınlar) tesettür etmek (örtünmek) için ihbar etmek lazımdır. İhbar etmediği takdirde hâkim onu bilâ ihbâr ol ağaca çıkmaktan men' eder."

Hakkın kötüye kullanılması yasağı her bir olayın kendi özelliğine göre yorumlanarak sonuçlandırılmıştır. VI/XII. yüzyıl uleması tarafından hakkın özellikle mülkiyet hakkının kullanımından zarar-ı fâhişin doğmasını objektif bir kriter olarak belirlemişlerdir[40]. Sadruşşehîd (ö.536/1141) de zarar-ı fâhişi şöyle tamamlamıştır:

"Duvarın yıkılmasına veya zayıflamasına sebebiyet veren ya da bütünüyle ışığa engel olmak gibi temel ihtiyaçların karşılanmasına mani olan zarardır."[41] *Mecelle* tam anlamıyla buna göre şekillenmiştir. Mesela 1201. madde bu içtihadı aynen kanunlaştırmıştır.

Keza 1197. madde: "Hiç kimse mülkünde tasarruftan men olunamaz" şeklindeki genel hükmü, devamında yer alan: "Meğerki âhara zarar-ı fâhişi ola. Ol halde men olunabilir" ibaresiyle kayıtlamış; "zarar-ı fâhiş bi-eyyi vechin kân def ettirilir" şeklindeki 1200. maddesi ile de daha açık bir şekilde zarar-ı fâhişin kaldırılacağını hükme bağlamış, objektif ölçüt olarak belirlediği *zarar-ı fâhişi* de fıkıh kitaplarındaki az önceki ifadelere bağlı kalarak 1199. maddede tanımlamıştır:

"Binaya zarar veren yani binaya vehn (zayıflık) getiren ve inhidamına (yıkılmasına) sebep olan yahut havâic-i asliyyeyi (temel ihtiyaçlar) yani süknâ (oturma) gibi binadan maksûd olan menfaat-i asliyyeyi men eden şeyler zarar- ı fâhiştir."

Mecelle 1200. Maddesini örneklerle açıklarken hakkın kötüye kullanılması çerçevesine giren eylemleri saymıştır:

Mesela, bir hanenin ittisalinde demirci dükkânı yahut değirmen yapılıp da demir darbından ya değirmenin deveranından ol hanenin beniasına (yapısına) vehn (zayıflık) gelmek yahut fürun ihdas ile tütünün kesretinden (dumanın çokluğundan) veya bezirhane (mengene?) ihdas ile râyiha-i kerîhesinden (kötü kokusundan) ol hanede oturulamayacak mertebe, sahibi müteezzî (eziyet çeken) olmak zarar-ı fâhiş olmakla bu zararlar bi-eyyi veçhin kân (her ne şekilde olursa olsun) def ve izale ettirilir.

Ve kezâ bir kimse diğerin hanesine muttasıl arsasında hark ihdas ederek (ark kazarak) değirmenine su icra etmekle hanenin duvarına vehn gelse yahut bir kimse komşusunun duvarının dibini mezbele ittihaz ve süpürüntü ilka etmekle duvar çürüse duvarın sahibi zararını def ettirir. Kezalik birisinin hanesi kurbunda diğerin ihdas eylediği harmanın tozu gelmekle ol hanede durulamayacak mertebe sahibi müteezzî olsa zararı def ettirilir.

---

39 İbnü'l-Hümâm, VI, 415.
40 İbnü'l-Bezzâz el-Kerderî, VI, 414; İbnü'l-Hümâm, VI, 414; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, Bulak 1313, VII, 36.
41 İbnü'l-Hümâm, VI, 415; İbn Nüceym, VII, 36.

Nitekim birinin harman yeri kurbunda (yakınında) diğeri bir mürtefi‘ (yüksek) bina ihdas ile harmanın rüzgarını seddeylese (kapatsa) zarar-ı fâhiş olmakla ref‘ ettirilir.

Kezalik bir kimse bezzazlar çarşısında ahçı dükkânı ihdas edip de tütünü komşusunun emtiasına isabet ile zarar-ı fâhiş ile def‘ ettirilir ve kezâlik bir kimse hanesindeki keriz yarılıp da komşusunun hanesine cereyan etmekle zarar-ı fâhiş olsa komşusunun davası üzerine ol kerizin tamir ve ıslahı lazım gelir.

Hanefî düşüncesi açısından bakıldığında hakkın kötüye kullanılmasının dayandığı ilke “maslahata dayalı istihsan”dır[42]. İstihsan, daha güçlü bir delile dayanarak kıyasa bağlı olan yani üzerinde düşünmeye gerek kalmaksızın ilk anda akla geliveren açık hükmü terk etmektir. Buna göre ilk akla gelen hak sahibinin hakkını kullanmasıdır. Çünkü bunu kanun vermiştir ve ondan doğan menfaatin alınması gerekir. Fakat üzerinde dikkatli şekilde düşünüldüğünde hak sahibinin menfaatine göre bir başkası aleyhine daha büyük bir zararın doğması adalet ile bağdaşmaz. Dolayısıyla bu tür durumlarda hak kullanılamaz. Buna istihsan denir.

Mecelle’nin külli kaideleri içinde yer alan: “Hiçbir şekilde zarar vermek ve zarar verene zarar ile cevap vermek yoktur”[43] hadisinin iktibası olan: “Zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur” şeklindeki 19. Maddesi, hakkın kötüye kullanılması yasağının temellerinden birisini oluşturmuştur. Takip eden 20. madde ise ilkesel anlamda zararın izale edileceğini hükme bağlamıştır.

Şerhlerine bakıldığında 19. madde sadece haksız filler açısından değil hakkın kötüye kullanılması yasağı açısından da geniş şekilde yorumlanmış, ileriki maddelerde hem konunun teorik zemini hem de pratikteki yansımaları örnekler üzerinden ayrıntılı şekilde ortaya konulmuştur. Burada konunun izahı açısından sadece vasiyet hakkının kötüye kullanılmasını örnek olarak zikredebiliriz: Nisa suresinin 12. ayeti, miras paylarının “ölenin, mirasçıları zarara uğratmayacak vasiyetlerinin yerine getirilmesi ve borçlarının ödenmesinden sonra yürürlük kazanacağını” bildirmektedir. Hz. Peygamber (s.a.s.) Allah’ın miras paylarını belirlediğini dikkate alarak mirasçılara vasiyeti yasaklamıştır[44]. Böylece ölenin vârisleri arasında mal kavgasına girmelerine önleyici bir tedbir getirmiştir. Yabancıya vasiyete ise hem mal sahibinin sevap kazanmasına fırsat vermek hem de maddi gücü yerinde olmayanlarla dayanışmaya teşvik amacıyla izin vermiştir. Mirasçıların zarar görmemesi için de vasiyeti 1/3 ile sınırlandırmıştır[45]. Ancak mal sahibinin vasiyetten amacı sevap kazanma ve ihtiyaç sahibine yardım etme amacı dışında mirasçıların paylarını azaltma amacı taşıyorsa burada bir süiistimal vardır ve bu niyet tespit edildiğinde vasiyet geçersiz olur. İmam Mâlik bu görüştedir ve Ahmed b. Hanbel’in usulüne kıyas edildiğinde de aynı sonuç doğmaktadır[46].

Ölümle sonuçlanan hastalık halinde boşayan kocaya karısının mirasçı olacağını savunan Hanefîler[47] açısından da benzer bir sonuca ulaşılabilir. Nitekim Kanuni Sultan Süleyman dönemi Osmanlı Şeyhulislamı Ebussud Efendi (ö.982/1574) ayetin Allah’ın rızasını kazanmak değil mirasçılara zarar verme kastıyla yapılan vasiyeti yasakladığını ifade eder[48].

---

42 Zeyla‘î, *Tebyînü’l-hakâik*, Bulak 1313, VI, 264; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm*, İstanbul 1330, III, 464.
43 İbn Mâce, “Ahkâm”, 17; Mâlik, *el-Muvatta’*, “Akdiye”, 31, Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, V, 327.
44 Buhârî, “Vesâyâ”, 3; Tirmizî, “Vesâyâ”, 1; İbn Mâce, “Vesâyâ”, 5.
45 Buhârî, “Vesâyâ”, 6; Ebû Dâvûd, “Vesâyâ”, 6; “Büyû‘”, 88.
46 Zemahşerî, *el-Keşşâf*, Beyrut, ts. Dâru’l-Ma‘rife), I, 255; İbn Receb el-Hanbelî, *Câmi‘l-‘ulûm ve’l-hikem*, İskenderiye, ts. (Dâru’d-Da‘ve), s. 267.
47 Bk. Köse, 88-89.
48 *İrşâdü’l-‘akli’s-selîm*, Beyrut, ts. (Dâru İhyâi’t-türâsi’l’Arabî), II, 153.

Böyle bir durumda vasiyet hakkını kullanan şahsın menfaatinin yokluğu ve mirasçılara zarar verme kastı bulunması bir suiistimaldir.

Sözkonusu 19. maddenin şerhinde Ali Haydar Efendi (ö. 1936) kişinin kendi mülkünde tasarruf hakkının başkasına zarar vermeme şartına bağlı olduğunu ifadeden sonra örnek olarak kendi hanesinden komşusuna zarar veren bir pencere açamayacağını, yoldan geçene zarar veren bir balkon ya da çıkıntı yapamayacağını zikreder[49].

Bu maddenin şerhlerinde, alım-satım, dava açma hakkı, evlenme, boşama, boşama sonrası eşine dönüş (ric'at), evliliğin devamını temin amacıyla öngörülen tedbirler (îlâ' gibi), çocuğun emzirilmesi (radâ'), alacak hakkı, mübah alanlardan yararlanma gibi hakların kötüye kullanılmasının yasaklandığına dair zengin bir içtihat külliyatına yer verilmektedir.

Mecelle hakkın kullanımından umumi bir zararın doğmasını da bir süiistimal saymıştır. Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur" şeklindeki 26. maddesi bu noktadan da yorumlanmıştır. Mesela bir kimsenin alış-veriş hakkını kötüye kullanarak piyasadaki malı toplayıp tekelcilik oluşturduktan sonra fiyatların artmasını fırsat bilip fahiş fiyatla satması (ihtikâr) bir suiistimaldir ve hakim kararı ile raiç bedel üzerinden malını satmaya mecbur edilir[50].

Bir ülkenin, kendi ihtiyacının olduğu bir ürünün ihracı, toplum açısından ciddi bir zarara sebep olacaksa engellenir[51].

Mecelle'nin 1325. maddesine göre bir kimse kamuya ait bir nehirden su içmek gibi bir ihtiyaç için başka bir yol bulunmadığında insanların kendi arazisinden geçmelerini engelleyemez. Aksi bir durum mülkiyet hakkının suiistimalidir.

Manifaturacılar çarşısında dükkanı olan bir kimse kumaşlara zarar veren bir meslek icra edemez[52].

İstimlak, narh gibi uygulamaların dayanağı da bu kaidedir.

Yine bu kaideye bağlı olarak fırıncılar, çiftçiler, müteahhitler, tekstilciler, tabipler gibi toplumsal hayatın zaruretinden olan meslekleri icra edenler toplu halde mesleği bırakamazlar. Aksi takdirde emsal ücretlerine göre çalışmak zorundadırlar[53]. Bu durumda mesleği bırakmak bir hakkın süiistimalidir.

Mecelle orantısızlık ilkesine bağlı olarak kötüye kullanımın ortaya çıktığı hallerde de bir hakkın kullanımını yasaklamaktadır. "Zarar-ı eşedd, zarar-ı ehaff ile izale olunur" şeklindeki 27. madde bunu açıkça belirler. 28 ve maddeler de aynı doğrultudadır. 906. madde bu kaidenin örneklerinden birisini oluşturur. Bir kimse babasından miras kaldığı zannıyla bir arsa üzerine o yerin kıymetinden daha değerli bina inşa eder, ağaç diker sonra da arsanın bir başkasına ait olduğu ortaya çıkarsa bina ve ağaçların sahibi arsanın bedelini ödeyerek ona sahip olur. Mülkiyet hakkına dayanarak arsa sahibinin ısrarla o yeri talep etmesi hakkın suiistimaldir.

Bir kimse tuğla, kiremit, kereste parçası gibi bir şeyi gasbeder ve binasında kullandıktan sonra sahibi onu talep ederse söküp iadenin doğuracağı zarar daha büyük ise gâsıb bedelini ödeyerek

[49] *Dürerü'l-hükkâm*, I, 74.
[50] Kâsânî, V, 129.
[51] Ali Haydar Efendi, I, 84.
[52] Ali Haydar, I, 84.
[53] Bk. Köse, 190.

ona sahip olur. O parçanın iadesinde ısrarcı olmak hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bu durumda değeri az olan çok olana tabi olur ve diğer tarafın daha az olan zararı giderilir.

Mecelle'nin 902. maddesine göre bir bahçenin diğer birisinin bahçesi üzerine kayması, bir tavuğun 50 kuruş değerindeki incisini 5 kuruş değerindeki tavuğunun yutması durumunda değeri az olan çok olana tabi olur. Bu durumda inci sahibi 5 kuruş vererek tavuğa sahip olur. Değeri daha fazla olan arsa sahibi daha düşük olanın bedelini ödeyerek ona sahip olur. Vermek istemeyen hakkını kötüye kullanmış olur.

Mecelle'nin hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilebilecek bazı maddeleri de şöyledir:

Mecelle, akli melekeleri yerinde (âkıl) ve temyiz gücüne tam sahip olmakla birlikte *rüşd* ilkesine aykırı biçimde malın yönetiminde ve paranın harcanmasında tedbirsiz, savurgan ve müsrif davrananın (sefîh) eylemini hakkın kötüye kullanılması olarak görmüş ve hacr hükümlerini işletmiştir. *Mecelle* bu noktada mezhepte tercih edilen İmam Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'in görüşleri doğrultusunda bir düzenleme yapmış ve 958. maddesinde sefihin hakim kararıyla hacr altına alınabileceğini hükme bağlamış takip eden maddelerde de bazı düzenlemeler yapmış, 990-997. maddelerde de diğer hükümleri kaydetmiştir.

Benzer bir hüküm ile 1002. maddede hacr altına alınmış müflisin bağış, sadaka ve emsal değerinden satışlarını muteber saymamış ve bununla alacakların hakkını korumayı hedeflemiştir. Alacaklıların önceliği varken onlara zararlı olacak şekilde tasarrufta bulunmak bir suiistimaldir.

Sefîh'in hacrinin hakkın kötüye kullanılması açısından yorumlanması kendisinin malındaki tasarruf hakkını israf ve savurganlık göstererek kendisi ve toplum aleyhine olacak şekilde kullanması ve bu yönden süiistimalde bulunmasıdır.

Mecelle'nin ölümle sonuçlanan hastalık (maraz-ı mevt) döneminde yapılan tasarruflara dair bazı hükümlerinin de hakkın kötüye kullanılması yasağı açısından değerlendirilmesi gerekir. Bir kimse bu dönemde mirasçılarına zarar vermek kastıyla ya da zarar ortaya çıkacak şekilde evlenip verdiği mehiri yüksek tutar ya da bir malını değerinden daha düşük fiyata satar yahut değerinden daha yükseğe satın alırsa burada bir suiistimalden söz edilir ve ölümünden sonra bu işlemleri gözden geçirilir. Fıkıh kitaplarındaki ifadelere bakıldığında *Mecelle*'nin 394-395. maddeleri bu açıdan yorumlanmalıdır.

Özellikle bağış ile ilgili hükümlerde ölüm ile sonuçlanan hastalık halindeki tasarrufların mirasçıların ve alacaklıların haklarının korunması açısından yorumlanması hakkın kötüye kullanılmasının objektif kriteri bağlamında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda 879. maddeye göre bu dönemde varislerden birisine bir mal bağışlamış olanın bu tasarrufu diğer varislerin iznine tabi kılınmış, yabancıya yapılan bağışta ise 1/3'e kadar geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. 880. madde ile de borca batık birisinin (müstağraku'd-duyûn) varisine ya da yabancıya yapmış olduğu bağışların iptal edilerek alacaklıların hakkının korunması yeğlenmiştir. Burada bağış / hibe akdinin amacından sapması dolayısıyla bir kötüye kullanım söz konusudur.

Kiralama akdinde sürenin belirlenmesi gerekir. Bir kimse bir araziyi kiralayıp ektiğinde beklenmeyen bir hal sebebiyle mahsul olgunlaşmasını tamamlamamış ise 526. maddeye göre kiracı emsal ücretini ödeyerek mahsulün olgunlaşmasına kadar araziyi tutar. Arazi sahibinin "akit tarafların kanunudur" kaidesine dayanarak o yerin teslimini istemesi hakkın suiistimalidir. Böyle bir talebin karşılığı kiracıya ve topluma zarardır. Benzer bir hüküm 480. maddede mevcuttur. Belli

bir süreliğine bir kayık kiralamış olan birisi süre dolduğu halde denizde bulunuyor ve kayığın teslimini yapmak üzere iskeleye yanaşmamış ise kira akdi uzamış olur ve kiracı emsal ücreti ödemekle yükümlü olur. Kayığın sahibinin denizin ortasında onun teslimini talep etmesi bir hakkın süiistimali sayılır.

1139. maddeye göre ortak bir malın taksimi taraflardan birisine zararlı olmaması halinde taksim edilebilir. Mesela bir arsa her iki taraf için aranan menfaati gerçekleştirecek şekilde bölünebiliyorsa taksim olunur. Taraflardan birisinin taksime direnmesi bir suiistimaldir ve hakim cebren hisseleri ayırma yoluna gider. 1141. maddeye göre her iki tarafa da zararlı olması durumunda uyuşmazlık halinde taraflardan birinin talebi üzerine taksim yoluna gidilemez. Mesela bir inci, zümrüt, yakut, duvar, tek hayvan, mushaf, tek bir kitap ikiye bölünemez. Bölünmesi halinde herhangi bir giyecek ihtiyacını karşılayamayacak bir kumaş paylaşılamaz. Çünkü aranan özellik kaybolur ve zarar-ı fâhiş ortaya çıkar. Bu durumda 419. maddeye göre *muhâyee* yoluna gidilip malın menfaati paylaşılır. Kullanıma uygun ise menfaatini değilse satıp bedelini paylaşabilirler. Aynı maddeye göre bu tür malların tarafların rızası ile taksimi mümkün ise de paylaşımından umumi bir zarar meydana gelmesi halinde yine paylaşılamaz. Mesela bir köyde iki kişinin ortaklığındaki bir un değirmeni ortaklar tarafından paylaşıldığında iki değirmen çıkmayacaksa ve o bölgede ihtiyacı karşılayacak başka bir değirmen yoksa paylaşamazlar, muhâyeee yoluna giderler[54]. *Mecelle* muhhâyeeye dair hükümleri 1174-1181. maddelerinde düzenlemiştir.

Bir kimsenin zaruret bulunmasına rağmen kendi mülkünden bir başkasının yararlanmasını engellemesi hakkın suiistimalidir. *Mecelle* 1268. maddesinde yakınlarda suyun bulunmadığı hallerde kişinin diğerinin mülkündeki kuyu ya da havuzdan su alma hakkına sahip olduğunu mülk sahibinin buna engel olamayacağını hükme bağlamıştır. Buna göre kuyu ya da havuz sahibinin bu tür durumlarda ihtiyaç sahibini mülküne girmekten menetmesi mülkiyet hakkının kötüye kullanılmasıdır.

1254. maddeye göre herkesin yararlanma hakkına sahip olduğu mübah alanların kullanımı başkalarına zarar vermeme şartına bağlıdır. Bu hükmüyle *Mecelle* hakkın kötüye kullanımını engellemek istemiştir. Mecelle şârihi Ali Haydar Efendi (ö.1935) 19. madde ile de bağlantılı olarak 1254. Maddeye göre mübah fiillere verilen iznin hiç kimseye eza ve cefa vermeme şartına bağlı olduğunu belirtir[55]. 1265. maddede umumi sulardan yararlanmanın başkasına zarar vermeme şartına bağlanması burada örnek olarak zikredilebilir.

Buna göre üreme zamanı hayvan nesline zarar verecek şekilde avlanmak ya da gereğinden fazla av vurmak hakkın süiistimali olarak değerlendirilebilir ve bu madde ile bağlantısı kurulabilir.

Sonuç

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, İslam hukukçularının ilkelere bağlı olarak geliştirip zenginleştirdikleri konulardan birisidir. Kur'ân-ı Kerîm birçok ayetinde ve Hz. Peygamber hadis-i şeriflerinde açık bir şekilde hakkın, yetkinin ve nüfuzun kötüye kullanılmasını sadece gayr-ı resmi toplumsal müeyyideye bağlı ahlaki bir ihlal değil maddi müeyyidesi olan hukuki yasak olarak da belirlemiştir. Zaten İslam hukukunun din-ahlak ve hukuk ile sıkı bir ilişkisi vardır ve bunlar birbirlerini tamamlayıcı niteliktedir. Klasik kaynaklar günümüzdeki hakkın kötüye kullanılmasının

[54] Köse, 94-95.
[55] *Dürerü'l-hükkâm*, I, 74.

karşılığı olarak "el-ıdrâr ve't- te'annüt" kelimelerini kullanırlarken çağdaş İslam hukukçuları "et-te'assüf fi'sti'mâli'l-hak" ifadesini tercih etmektedirler. Kelime olarak birincisi "zarar vermek ve sıkıntıya sokmak"; ikincisi ise "hakkın kullanımında zulüm işleme" anlamlarına gelir.

Mecelle, hakkın kötüye kullanılması noktasında zengin düzenlemelere yer vermiş ve muhtelif maddelerinde hem sübjektif hem de objektif unsurlarıyla hakkın kötüye kullanımını yasaklayan hükümler sevketmiştir. Bu açıdan hukuk dünyasına değerli katkılar sunmuştur. Biz kuş bakışı olarak bir fikir verecek ölçüde bu konuyu tebliğimizde ele almaya çalıştık. Ancak *Mecelle*'de hakkın kötüye kullanılması meselesi daha geniş bir incelemeyi hak etmektedir.

MECELLE'NİN BAŞINDA YER ALAN KÜLLÎ KAİDELERİN USÛLÎ TEMELLERİ

Prof. Dr. Ali İhsan PALA

Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

GİRİŞ

İslam hukuk tarihinde ilk kanunlaştırma çalışması olan Mecelle, yargının daha hızlı çalışmasını sağlamak ve günün ihtiyaçlarına cevap vermek üzere zamanın şartlarına uygun hukuksal düzenlemeler çerçevesinde hazırlanmıştır. Hazırlanması ve uygulamaya konulmasıyla ilgili tarihi süreçler bir tarafa, onun İslam hukuk sisteminin dinamizmini gösteren dönemin bir şaheseri olduğunda ortak bir kanaat oluşmuştur. Asırların birikimiyle meydana gelmiş bulunan fıkıh literatürünün oluşturduğu hukuksal mirasın içinden süzülerek tespit edilen hukukî normlar ve hükümler, modern kanunlaştırma sistemine uygun olarak başarılı bir şekilde hazırlanmıştır.

Bilindiği üzere Mecelle'nin başında yer alan yüz kaide genel birer hukuksal ilke olarak ayrı bir önem arz etmektedir. Bu kaideler bir taraftan ana konulara dair hukuk kurallarının işleyiş tarzına yön vermekte, bir yandan da İslam hukuk sisteminin dinamizmini somutlaştırmaktadır. Çünkü "Kanun metinlerinde açıkça ifade edilmese de hukukun genel ilkeleri, sıklıkla başvurulan bir yorum aracıdır. Masumiyet karinesi, cezaların kişiselliği, bir suç nedeniyle bir kez cezalandırma, ahde vefa gibi hukukun genel ilkeleri, metinde aksine hüküm olmayan durumlarda başvurulan bir yorum aracıdır. Hukukun genel ilkeleri, evrensel ilkeler olduğundan yorumun, bu araç yoluyla evrensel standartlar içinde kalması sağlanır."[1]

Bu kaidelerin kaynağı fıkıh tarihinin erken sayılabilecek bir döneminde genel fıkıh disiplini içinden doğmuş olan "küllî kaideler/*el-kavâ'idu'l- kulliyye*" bilim dalıdır. Fakat bundan daha önce mer'î fıkıhla eşzamanlı olarak ortaya çıkan ve hukuk yapma tekniği, metodolojisi ve hukuk felsefesinin özünü ifade eden usulü fıkıh ilmi vardır. Bu ilim dalı, uygulanacak hukuk kurallarına hâkim olan üst normlar ve ilkelerin hukuk mantığını ve evrensel niteliğini ortaya koyar. Her bir olaya özgü fıkhî hükümlerin birer özdeyiş (topik) şeklinde formüle edilmiş çok sayıdaki küllî kaidelerden seçilmiş yüz kaidenin bir kısmının kökeni doğrudan fıkıh usulüne dayanır. Bu düşünceden yola çıkarak tebliğimizde, söz konusu kaidelerden seçtiğimiz bazı örnekler üzerinden bunların, İslam hukuk düşüncesine hâkim olan fıkıh usulü ilmindeki kökenlerini, dayandıkları evrensel hukuk mantığını tespit etmeye çalışacağız.

Tebliğimizin başlığında her ne kadar "Mecelle'nin başında yer alan küllî kaideler" ifadesi yer alıyorsa da, biz sadece fıkıh usulü ile doğrudan ilişkili olanlarından örnekleme yoluyla seçtiğimiz bir kaçını arz etmek istiyoruz. Zira bu tebliğin asıl hedefi, fıkhın kanunlaştırılmış ilk kitabı olan Mecelle'nin başındaki genel ilkelerin kökenlerinin fıkıh usulünde mevcut olduğuna ve o ilkelerin taşıdığı hukuk mantığına, hukukî zihniyete ve felsefi arka plana dikkat çekmektir.

[1] Otacı, Cengiz, , "Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (TBB), 2010 (89), s. 477.

İlgili kaidelerin izahına geçmeden evvel "küllî kaide" kavramını açıklamak gerekmektedir.

A. Küllî Kaide'nin Tanımı ve Usul Kaidesinden Farkı

Bu kavram iki kelimeden oluşan bir terkiptir. Buradaki "küllî" kelimesi bütüne ait, bir şeyin tamamı, hepsi anlamına gelir. Bir mantık terimi olarak ise küllî: "Türün altındaki fertleri ifade eden lafız ve bu lafzın gösterdiği varlık" demektir[2]. Sözlükte oturmak anlamındaki "ka'ade" kökünden türeyen "kaide" kelimesi ise, "binanın üzerine dayandığı temel, bir şeyin esası, aslı" demektir[3]. Genel bir terim olarak kaide: "Bütün tikellerle (*cuz'iyyât*) örtüşen (kapsayan) tümel bir önerme" olarak tarif edilir[4]. Bu mana ile bağlantılı biçimde genel olarak İslâm hukukunda kaide kelimesi, "bu dalın hemen her alanına uygulanabilen ve hukukun temel ilkelerini yansıtan, fer'î meselelerin hükümlerini tamamen veya büyük oranda kuşatan tümel önermelerin adı olmuştur. Sınırlı bir alanda geçerliliği bulunan alt kaidelerden ayırmak için de "küllî kaide" olarak adlandırılmıştır."[5]

Buna göre fıkhî/küllî kaide şöyle tanımlanabilir: "Kapsamına giren olaylara ilişkin genel hukukî hükümler içeren, veciz anayasal metinler gibi ifade edilmiş tümel (*kullî*) nitelikteki fıkhî esas(*usûl*)lar/ilkelerdir."[6] Küllî kaidenin en belirgin özelliği, tümel bir önerme olması, genel ve soyut olması, potansiyel olarak tümel hükme/sonuca/yargıya şamil olması ve hassas veciz cümleler halinde ifade edilmesidir[7].

Özü itibariyle İslam'ın ilk dönemlerine dayanabilen[8] fıkhî/küllî kaideler (*el-kavâ'idu'l-fıkhiyye*) tarihsel süreçte sonradan fıkıh genel disiplini içerisinde özel bir alan olarak ihtiyaca binaen ortaya çıkmış ve İslam hukuk biliminin bir alt disiplini olarak gelişmiştir. Zaman içerisinde genişleyen İslam coğrafyası ve buna muvazi bir şekilde gelişen, büyüyen ve çoğalan fıkhî hükümlerin ezberlenemez boyuta ulaşması, bir taraftan davaları çözmek durumunda olan hâkimlerin yükünün artmasına yol açmış, bir taraftan da günlük hayatın fıkha uygun akışına katkı sağlayan fetvaların pratik ihtiyaçları karşılamasını zorlaştırmıştır. Bu durum hukuk bilginlerini aynı mantalite altında toplanabilecek özellikteki fıkhî hükümleri tek bir ifadede toplayan veciz ifadelerle formüle etmeye sevk etmiştir. Ardından bu alan hızlı bir şekilde gelişmiş ve belli düzeyde özgün literatür oluşmuştur. Böylece her devrin hukukçuları, içinde bulundukları toplumun hem yargısal ihtiyaçlarını hem de günlük hayatın helal-haram noktasındaki fetva ihtiyaçlarını karşılamaya çalışmışlardır. Nitekim fıkhın bu alanı zamanımızda daha da önem kazanmış ve bu meyanda, tez, makale, kitap, tebliğ vb. çok sayıda akademik çevrelerde bilimsel çalışmalar ortaya çıkmıştır. Bu İslam hukuk bilimi açısından son derece önemli bir gelişmedir.

Gerçekten fıkhın bu küllî kaideleri İslam hukuk ilmine pek çok açıdan ivme kazandırmış ve hayatın akışını takip etme imkânı veren dinamik bir zemin oluşturmuştur. Nitekim fıkhî/küllî kaidelerin bir hukukçu için sağlayacağı yararlar hakkında büyük Malikî hukukçusu Şihabuddin Karâfî (ö.684/1285) şöyle demektedir: "İslam hukuku, usûl ve furû olmak üzere iki kısımdan oluşur. Usûl de iki kısımdır: Birincisi usulü fıkıh, ikincisi ise fıkhın küllî kaideleridir ki bunlar çok

2 Alper, Ömer Mahir, "Küllî", *DİA*, XXVI/539.
3 Ebu'l-Bekâ, Eyyûb b. Mûsâ el-Huseynî, *Kulliyyâtu Ebi'l-Bekâ*, Nşr: Adnan Dervîş-Muhammed el-Mısrî, Muessesetu'r-Risâle, 2. bs., Beyrut, 1998, s. 702.
4 Tehânevî, Muhammed Ali, *Mevsû'atu Keşşâfi's-tilâhâti'l-Funûn ve'l-'Ulûm*, Ed.: Refik el- 'Acem, Mektebetu Lubnân Nâşirûn, Beyrut, 1996, II/1295.
5 Baktır, Mustafa, "Kaide", *DİA*, XXIV/205.
6 Zerkâ, Mustafa, *el-Medhalu'l-Fıkhiyyu'l-'Âm*, I/2.; Benzer bir tarif için bk. Şelebî, Muhammed, *el-Medhal*, s. 324.
7 Şubeyr, Muhammed Osman, *el-Kavâ'idi'l-Kulliyye ve'd-Davâbıti'l-Fıkhiyye*, Dâru'l-furkân, Ammân, 2000, s. 13-15.
8 Şubeyr, s. 48-49.

değerlidir. Sayıları çoktur. Bunlar dini hükümlerin her birinin içerdiği hikmetleri ve taşıdığı zihniyeti kapsayıcı niteliktedir ki bunlar –bazı istisnalar dışında- usulü fıkıhta detaylı olarak yer almamıştır."[9] Kavîd-i Külliyye'nin bazı yararları şöyle özetlenebilir[10]:

a) Kitaplarda perakende biçimde ve her bir meseleye ait oldukça çok sayıdaki hükümlerin tek tek ezberlenip akılda tutma zorluğunu ortadan kaldırır. Çünkü bu kaideler sayesinde her meseleyi ayrı ayrı ezberlemeye ihtiyaç göstermez. Bir kaidenin bilinmesiyle onun kapsamına giren onlarca belki yüzlerce tikel hukukî hükmün bilgisine ulaşma imkânı doğar.

b) Hukukçuda esaslı bir hukukî meleke (yeti) meydana getirir. Böylece hukukçu çözmek istediği olaya hangi hükmün uygulanacağı ve bunun hangi hukukî nedene dayandırılacağını kolayca anlar ve ona göre çıkarımlar yapar. Bu kaidelerin bilgisi sayesinde söz konusu meleke, içtihat metotlarına ve fıkhî düşüncenin detaylarına vukufiyet kesbetmekle ve kanun koyucunun amaçlarını, hükümlerin arka planındaki zihniyeti, felsefeyi kavramakla oluşur.

c) Fıkhî/hukukî mantığın tutarlılığı ve bütünlüğünü koruma ve çelişik durumları bertaraf edebilme yeteneği kazandırır.

d) Genel bir fıkhî/hukukî tasavvura sahip olma imkânı verir. Zira fıkhî melekeye sahip olmanın ön şartı hukukçunun genel bir hukukî tasavvura sahip olmasıdır.

e) Bu kaidelerin hukukî doktrinlerin oluşmasındaki rolünü ve içtihat farklılıklarının arkasında yatan hukuksal sebepleri kavrama imkânı verir.

Fıkhî bir meselenin hükmünü tespit etmede külli kaideler önemli rol üstlenmiş olsalar da, bu kaidelerin hukukî bir hükme mesnet (*delîl*) teşkil edip edemeyeceği hukukçular arasında tartışmalıdır. Bu konuda oluşan baskın kanaat onların mutlak surette hükümlere delil teşkil edemeyeceği yönündedir[11]. Yani sadece bu kaidelere dayanılarak hüküm ve fetva verilemez. Bunun en önemli nedenlerinden birisi bu kaidelerin hemen hemen tamamının çeşitli istisnaları bulunmaktadır.

Fıkhî/küllî kaide kavramının çağrıştırdığı ya da bazen onunla eş anlamlı kullanılan bazı kavramlar daha vardır. Davâbıt-i fıkhiyye/fıkhî zabıt, nazariyyât-ı fıkhiyye/fıkhî teaoriler, eşbâh ve nezâir/benzer kurallar, furûk-u fıkhiyye[12], kaide-i usuliyye bunlardandır. Diğerleri bir tarafa bırakılacak olursa burada konumuzla doğrudan ilişkisi sebebiyle "kaide-i usuliyye" yani fıkıh usulü kaidesi/kuralı/ilkesi ile fıkhî/küllî kaidelerin ortak ve farklı yönlerine özet olarak işaret etmek yerinde olacaktır.

İslam hukuk biliminde fıkıh usulü, bu hukuk sisteminin kaynaklarını ve onlar arasındaki hiyerarşiyi, bu kaynaklara dayalı olarak ortaya konan hukuk normlarını/kurallarını (*ahkâm*/ hükümler), bu kuralların söz konusu delillere dayan(dırıl)ma keyfiyeti ve bunu yapacak

---

9 Karâfî, ***el-Furûk***, 'Âlemu'l-Kutub, Beyrut, ts., I/2.
10 Şubeyr, s. 75-89.
11 Ayrıntı için bk. Şubeyr, s. 83-87.
12 Furûk-u fikhiyye: Görünüşte birbirine benzeyen iki mesele(olay)nin, bu benzerlikten dolayı hükümlerinin de aynı olması beklenen durumda böyle olmayıp hükümlerinin farklı olmasıdır. Bk. Pala, Ali İhsan, "Es'ad el-Kerâbîsî (ö. 570/1174) ve "el-Furûk" Adlı Eseri", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2005, sayı: 5, s. 454 vd.

hukukçunun bilimsel ve ahlakî niteliklerini konu edinen bir ilim dalıdır[13]. Tarihte ilk defa Müslüman bilginler tarafından ortaya konan bu ilim hukukun kaynaklarına dair kurallar ile bu kaynakların hukuk üretiminde kullanılma biçimine dair esaslar, kaideler, kurallar koyar. İşte bu kurallara kavaid-i usuliyye denir. Bu sebepledir ki usulü fıkıh: "Müçtehidin şer'î-amelî hükümleri tafsilî delillerinden çıkarabilmesine yarayan kurallar bütünü"[14] olarak tarif edilmiştir.

Literatürde zaman zaman kavaidi usuliyye ile kavaidi fıkhiyye/külliyyeyi bir arada zikredenler olmuştur. Karafî'nin **el-Furûk** adlı eseri bunun tipik örneklerinden biridir. Bunun başlıca sebebi her iki kaide türünün ortak yönlerinin bulunmasıdır. Şöyle ki; her iki kaide türü de altında çok sayıda tikel mesele barındıran tümel önermelerdir. Her ikisi de hukuk üretiminde hukukçuya yardım ederek işini kolaylaştırmaktadır. Buna karşın her iki kaide türü şu noktalarda birbirinden ayrılır[15]:

a) Fıkıh usûlü kaideleri hukuk metodolojisi niteliğindedir. Çünkü hukuki metinlerin anlaşılması ve yorumlanmasına ilişkin kurallardır Yani çıkış yeri ve hareket noktası hukuki (*nusûs*) metinlerdir. Fıkhın külli kaideleri ise mevcut fıkhî/hukukî hükümlerin tümevarım yöntemiyle araştırılması sonucunda tespit edilen kaidelerdir. Hareket noktası bizzat hükümlerdir.

b) Usul kaideleri hâkim oldukları tikel meselelerden önce vardır. Yani hukuki hüküm henüz mevcut değilken bile usul ilkesi zihniyet bakımından mevcuttur. Hukuki hüküm o mevcut zihnî ilkeye göre şekillenmiştir. Zira hukukçu hukuk üretirken bu ilkelerden hareket etmektedir. Bu ilkeler doğrudan vahiyle açıklanmış hükümlerin arka planında kanun koyucunun maksatları arasında mündemiçtir. Oysa külli kaideler hükümlerden sonra teşekkül etmiştir. Çünkü onlar ortak paydaya sahip benzer hükümleri bir arada öz olarak ifade eden fıkhi ilkelerdir.

c) Usul kaideleri gerçekte hukukçunun içtihat faaliyetinde hataya düşmemesi için kendilerine bağlı kalmak durumunda olduğu kurallardır. Söz gelimi "mutlak nehiy ifadesi haramlık/yasaklık ifade eder" sözü bir usul kuralıdır. "Emir formunda olan mutlak ifadeler bağlayıcı hükme/vucubiye/farziyete delalet eder" ifadesi de yine bir usul kuralıdır[16]. Bu ifadeler doğrudan hukuki bir hüküm olmadığı gibi onu dile getiren bir ifade değildir. Hukukçu bu kuralı alır ve metinler üzerinde uygular. Bu kuralın kapsamına giren bütün ifadelerden emredici ve yasaklayıcı nitelikte hukuki sonuçlar üretir. Külli kaide ise böyle bir kural olmayıp aynı gerekçeye dayalı aynı özellikteki birden çok hukuki hükmü tek bir ifade ile bir bütün halinde gösterir. "Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir" (Mecelle, Madde 2) kaidesi böyledir.

d) Usul kaideleri daha umumi niteliktedir. İstisnaları yok denecek kadar azdır. Külli kaideler ise her ne kadar genellik özelliğine sahip olsalar da çoğu kere kendi kapsamına sokulamayan istisnaları (ayrık hükümler) bulunmaktadır. Hatta denebilir ki istisnası

---

13 Âmidî, Seyfuddîn Ali b. Ebî Ali, *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, Thk.: Abdurrezzak Afifî, Beyrut, ts., I/7.

14 İbnu'l-Hâcib, Cemaluddîn Ebu Amr Osman b. Ömer, *Muhtasaru Munteha'l-Vusûl fî 'İlmeyi'l-Usûl ve'l-Cedel*, Thk.: Nezir Hamâdû, Dâru'bni Hazm, Beyrut, 2006, s. 201.

15 Şubeyr, s. 28.

16 Basrî, Ebu'l-Hüseyn Muhammed b. Ali, *el-Mu'temed fî Usûli'l-Fıkh*, Nşr: Halil el-Mîs, Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, Beyrut, 1983, I/92.; Sem'ânî, Ebu'l-Muzaffer Mansûr b. Muhammed, *Kavâtu'u'l-Edilleti fi'l-Usûl*, Thk: Muhammed Hasan İsmail eş-Şâfiî, Dâru'l- Kutubi'l-'İlmiyye, Beyrut, 1997, I/90.

olmayan külli kaide neredeyse yok gibidir. Nitekim Mecelle'nin şerhlerine bakıldığında ilk yüz kaidenin açıklamalarında bu durum açıkça görülebilir[17].

e) Usul kaideleri hukuk yapmanın temel yasaları olduğundan hükümlere dayanak oluşturma bakımından güçlü otoriteye sahiptir. Hüküm istinbatında onlara istinat edilir. Oysa tek başına külli kaidelere dayanılarak, yani onları delil kabul ederek hüküm tesis edilemez.

f) Usul kaidelerinin konusu -daha önce de ifade edildiği gibi- nakli deliller (Kur'ân-ı Kerim ve Sünnet) ve onların çeşitli hususiyetleridir. Bir metindeki (*nass/*ayet veya hadis metni) "umumi (*'âmm*) bir ifadenin gösterdiği manaya delaletinin kat'î (bazılarına göre zannî) olması" gibi[18]. Külli kaidenin konusu ise hukukun muhatabı olan insanların sözlü veya eylemsel davranışlarıdır. Bununla birlikte bazı kaideler hem hükmün delili hem de mükellefin eylemini kapsayabilir. Söz gelimi örfe, insanların bir davranışı olarak bakıldığında külli kaide niteliği taşır. Fakat üzerinde toplumsal uzlaşı yapılmış bir eylem olarak bakıldığında usul kaidesi niteliği taşır.

g) Dini karakterli bir hukuk sistemi olması hasebiyle İslam hukukunda hükümlerin gerçekleştirmek istediği maddi maslahatların yanında "hikmet" denilen manevi/uhrevî maslahatları da bulunmaktadır. Hükümlerin perde arkasındaki bu hikmetler, hükümlerin rasyonelliğini besleyen maslahatlar olarak usul kaidelerinde doğrudan fark edilemez. Çünkü bu kaideler doğrudan ona yönelik değildir. Fakat külli kaidelerde bu hikmetler daha somut olarak görülebilir ve kavranabilir.

h) Bu tespitlerden sonra Mecelle'nin başındaki külli kaidelerden usulü fıkıhla doğrudan irtibatı olan bazı kaideleri ele alıp usulü fıkıh açısından izahını yapmaya çalışacağız.

B. Mecelle'deki Bazı Külli Kaidelerin Usulü Fıkıhtaki Kökenleri

Usulü Fıkha Dair Birkaç Söz

Muhammed Hamidullah, İslamiyet'ten önceki toplumlarda var olan hukuk sistemlerinden hiç birisinin İslam hukukunda olduğu gibi usullerinin bulunmadığını, dolayısıyla bu konuda yazılmış bir eserin de söz konusu olmadığını söylemiştir[19].

Fıkıh usulü hukuk metodolojisi, hukuk felsefesi, hukuk mantığı ve hukuk teorisidir. Nitekim Ali Sâmî en-Neşşâr, Fıkıh Usûlü'nün bir fıkıh/hukuk mantığı olduğunu ifade etmiş[20], pek çok oryantalist de bu gerçeği itiraf etmişlerdir. Fransız oryantalist Pierre Larcher şöyle diyor: "Şu bir

---

17 Bk. Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den Kavaid-i Külliyye Şerhi*, Mahmut Bey Matbaası, İstanbul, 1327/1908, s. 3 vd.

18 Bu Hanefi ekolü hukukçuların yaklaşımıdır. Bk. Debûsî, Ebû Zeyd Abdullah b. Ömer, *Takvîmu'l-Edilleti fî Usûli'l-Fıkh*, Thk: Halil Muhyiddîn el-Mîs, Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, Beyrut, 2001, s. 96.; Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, *Usûlu's-Serahsî*, Thk: Ebu'l- Vefâ el-Efgânî, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, ts., I/132.

19 Hamîdullah, Muhammed, ***İslam Hukuku Etüdleri***, Bir Yay., İstanbul, 1984, s. 49-51.; Ayrıca bkz. Hamîdullah, "**Müslümanlarda Hukuk Felsefesi**", Çev: İbrahim Kâfi Dönmez, ***İslam Medeniyeti Mecmuası***, Cilt: IV, Sayı: 4, Yıl, 1980, İstanbul, s. 19.

20 Neşşâr, Ali Sâmî, ***İslam'da Felsefi Düşüncenin Doğuşu***, Çev: Osman Tunç, İnsan Yay., İstanbul, 1999, I/51.

gerçektir ki "usulcüler" tarihin çok erken döneminde tam manasıyla bir hukuk mantığı geliştirmişlerdir."[21]

Kimi çağdaş Türk hukukçuları da usulü fıkhın tam manasıyla bir "hukukun genel teorisi" olduğunu ifade etmekte ve şu tespitte bulunmaktadır: "Türkiye'de hukukun genel teorisi çalışmaları fevkalade zayıftır. Aslında bu zayıflık, hukuk devriminden sonraki döneme hastır. Hukuk devriminden önceki dönemde hukuk fakültelerinde hukukun genel teorisi içine giren çalışmalar "usulü fıkıh" dersinde okutulmaktaydı. Keza hukukun genel teorisinin en önemli konularından biri olan yorum sorunu ise bu dönemde "tefsir ilmi" adı altında ayrı bir bilim dalı olarak incelenirdi."[22]

Ali Himmet Berki'nin **Hukuk Mantığı ve Tefsir** adlı eserinin önsözünde fıkıh usulünün hukukî açıdan önemine dair şu açıklaması manidardır: "Kanunlar, mevzuuna müteallik umumî hükümlerle külli kaide ve meseleleri ihtiva eder. Kanun vazıı namütenahi hâdiseler ve teferruatıyla meşgul olmaz. Bu hukukçulara, hâkimlere düşen vazifedir. Bununla beraber gerek kanunlarda gerekse bir veya iki taraflı tasarruf ve bu tasarruflara müteallik vesikalarda kullanılan kelime ve ibarelerin kendilerine hass manaları ve kanun vazıının ve tasarruf yapanların bir takım masatları vardır. Söylenen ve yazılan sözler açık veya müphem olabilir. Bu kasten olabileceği gibi beyan kaidelerine riayet edilmemek veya bir sehiv ve hata neticesi olmakta mümkündür. Çok defa kelime ve ibarelerden ne kastedildiğini anlamak güç bir mesele halini alır. Bir sözün imâli mümkün oldukça ihmali cihetine gidilemeyeceğinden maksadı arayıp bulmak icabeder."[23]

"Sevki menfaatla alâkalılar; sözü, kanunu kendi menfaatlarına uydurmağa kalkışırlar. İbareler, siyak ve sibak ve hükümlerin illet ve menatları ve lisan kâideleri çerçevesinde maksada uygun olarak tefsir olunmak gerektir. İşte, bu tefsir ilmi bu zaruretten doğmuştur."[24]

"İslâm hukukçuları daha bidayette bu ihtiyacı anlayarak "Usulü fıkıh" ve tâbiri âharla "hikmeti teşri" adı verilen bir ilim meydana getirmişlerdir. Bu sayede fıkıh feyyaz bir cereyan almış ve inkişaf etmiştir."[25]

"Usulü fıkıh Hukuk Fakültelerinde okutulmakta iken hukuk inkılabından sonra bu ders programdan çıkarılmış, fakat bunun yerini dolduracak bir kürsü ihdas edilmemiştir."[26]

Görüldüğü gibi fıkıh usulü metinlerin doğru anlaşılması ve yorumlanmasında ve böylece kanun koyucunun maksatları doğrultusunda hukuki hükümler üretme metodolojisi olması açısından son derece önem arz etmektedir. İşte Mecelle'deki külli kaidelerin bir kısmının doğrudan bir kısmının da dolaylı olarak kökleri bu ilmin kurallarına dayanmaktadır. Birkaç madde ile bu durumu somutlaştırmaya çalışalım.

---

21 Pierre, "**Quand, en Arabe, on parlait de L'Arabe: Grammaire, Logique**, **Rhetorique dans L'Islam Postclassique**",***Arabica***, Tome: XXXIX, Anné: 1992, Leiden, s. 365-366.

22 Gözler, Kemal, ***Hukuka Giriş***, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1998, Giriş kısmı 27 nolu dipnot. Bu bilgiler, "aslında fıkıh usulü tamamen bir hukukun genel teorisidir" ifadesi hariç, yazarın elimizde bulunan ***Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu***, US-A yayıncılılık, Ankara, 1998, adlı eserinin s. 3'deki 5 nolu dipnotta da yer almaktadır.

23 Berki, Ali Himmet, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948, s. 3.

24 Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s. 3.

25 Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s. 3.

26 Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s. 4.

C. Mecelle'de Yer Aldıkları Numara Sırasına Göre Burada Değerlendirmek Üzere Seçtiğimiz Maddeler

1. Madde-1: "İlm-i fıkıh, mesâil-i şer'iyye-i ameliyyeyi bilmektir."

Mecelle'nin bu ilk maddesi içeriğinden de anlaşılacağı gibi külli bir kaide niteliğinde değildir. Zira bu maddede fıkıh ilminin tarifi yapılmaktadır. Esasen bu madde Mecelle'ye bir tür giriş mahiyetindedir. Nitekim Mecelle şerhlerinde bu madde vesilesiyle fıkıh ilmi hakkında özet bilgilere yer verilmiştir.

Arapça kökenli olan fıkıh kelimesi sözlük anlamı itibariyle anlamak, derin kavrayış ve konuşanın sözündeki asıl maksadı anlamak manalarına gelir[27]. Terim olarak ise fıkıh**,** İslâm'ın ilk dönemlerinde Kur'ân ve hadis eksenli bilgiyi ifade eden bir anlamda kullanılmıştır. Bilahare dini bilgilerin çeşitli dallara ayrılmasından sonra İslâm'ın ferdî ve sosyal hayata dair amelî hükümlerini bilmeyi ve bu bilginin kaynağını incelemeyi amaçlayan bir ilmî disiplini ifade etmek üzere kullanılmıştır. Bu anlamda usul eserlerinde iki tarif yer alır. Bunlardan birincisi şöyledir: "Fıkıh, tafsîlî delillerden elde dilen şer'î-amelî hükümleri bilmek" olarak tarif edilmiştir."[28] Görüleceği üzere Mecelle'nin tarifi bu tanıma yakındır. Zira bu tarifte yer alan "şer'î-amelî hükümler" ifadesi maddede yer alan "mesâil-i şer'iyye-i ameliyyeyi" ifadesinden farklı bir şey değildir. Mesail/meseleler kelimesi hükümlere tekabül etmektedir. Bazı usulcüler bu tarife "gereğince amel etmek" kaydını koyarlar. Bu hassasiyetin, İslam hukukunun uhrevi boyutunun bulunması yani dini karaktere sahip olmasından kaynaklandığı söylenebilir.

Büyük hukukçu İmam Azam Ebu Hanife'nin fıkıh için yaptığı tanım bu tanımdan biraz farklıdır. Ona göre fıkıh: "Kişinin lehinde ve aleyhinde olanı bilmesidir."[29] Yahut lehte ve aleyhte olanın bilgisidir. İslami ilimlerin ihtisas alanlarına ayrılmasından önce Ebu Hanife bu tarifiyle İslam dininin, kişinin lehinde ve aleyhinde olan hükümlerin tamamını kastediyordu. Söz konusu ilimlerin çeşitli branşlara ayrılıp ibadetler ile hukuku ilgilendiren hükümleri konu edinen fıkıh ilmi bağımsız hale geldikten sonra Hanefi hukukçuları bu tarifin sonuna "*amelen/*sosyal hayattaki yapıp etmeler yönünden" kaydını ekleyerek fıkhı dinin ibadetler ile sosyal hayatın hukuku ilgilendiren hükümlerine özgü kılmışlardır.[30]

Ebu Hanife'nin bu tarifinde dikkat çeken husus, "lehinde" ve "aleyhinde" kelimelerinin kullanılmasıdır. Lehinde kelimesiyle kişinin sahip olduğu hakları, aleyhinde kelimesiyle de sorumlulukları ve yükümlülükleri kastedilmektedir. Bir toplumda adaleti gerçekleştirmek üzere konulmuş olan hukukun hak ve sorumlulukları yaptırıma bağlı olarak düzenleyen kurallar olduğu göz önüne alınırsa bu tarifin oldukça dakik bir fıkıh, yani bir "hukuk" tanımı olarak nitelemek mümkündür. Nitekim ünlü Hanefi hukukçusu Sadruşeria bu tarifi analiz ederek bundan dini hükümler kategorisinin tamamını istintaç etmiştir[31].

---

27 İbn Manzûr, *Lisânu'l-'Arab*, XIII/522-523.

28 Zerkeşî, 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 ve'ş-Şu'ûni'l-İslâmiyye, Kuveyt, 2. bs., 1992, I/21.

29 A. Buhârî, Abdulaziz b. Ahmed, *Keşfu'l-Esrâr 'an Usûli'l-Pezdevî*, Darsaadet, İstanbul, 1308/1890, I/5.

30 Sadruşşeria, Ubeydullah b. Mes'ûd, *et-Tenkih*, (Taftazaninin **et-Telvîh**'nin içinde), Thk.: Zekeriya Umeyrât, Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, Beyrut, 1996, I/16.

31 Bk. Sadruşşeria, *et-Tevdîh***,** (Taftâzânî'nin **et-Telvih**'nin içinde), I/16-17. Bilmek, delile dayalı olarak tikelleri kavramaktır. Leha ve aleyha kelimeleriyle şayet sevap ve ceza kastediliyorsa bu durumda mükellefin eylemi ya

2. Madde-4: "Şek ile yakîn zâil olmaz."

Bugünkü dille "varlığı kesin olarak bilinen bir bilgi yahut durum sonradan vaki olan şüphe ile ortadan kalkmaz" demek olan bu kaidedeki "yakîn" kelimesi hiçbir tereddüde mahal olmayan kesinlik durumu veya bilgisi demektir. Türkçemizde genelde "şüphe" olarak ifade edilen şek kelimesi ise, literatürde zan ile birlikte zikredilir ve zannın tarifinden şek tarifine atıf yapılır. Bu kavram için çeşitli tanımlar yapılmıştır. Ancak konumuz açısından isabetli bulduğumuz tarif Râğıb el-İsfehânî'ye aittir. O şekke dair şöyle diyor: "Şek, insanda birbirine zıt iki şeyin bir dengede ve eşit seviyede olmasıdır. Bu da, ya bu iki zıt şeyde eşit iki emarenin bulunmasından ya da bulunmamasından kaynaklanır. Şek bazen bir şeyin varlığı ve yokluğu (var mı yok mu) hakkında olur, bazen o şeyin türünün ne olduğu hakkında, bazen onun niteliklerinde, bazen de o şeyin varlık amacı hakkında olur. Şek bir tür bilgisizliktir."[32] Usulcüler tarafından şek genelde "iki tarafın aynı seviyede bulunması"[33] diye tanımlanır.

Bu kavram bizim dilimizde her ne kadar şüphe diye ifade ediliyorsa da mahiyet olarak aralarında farklılık vardır. Nitekim şüphe şöyle tarif edilir: "*Aralarındaki benzerlikten dolayı, iki şeyden birinin diğerinden ayırt edilememesi durumudur. Bu benzerlik ister şekil yönünden isterse manevî (muhteva) yönden olsun fark etmez.*"[34]

Kökeni doğrudan usulü fıkıh ilkelerinde bulunan kaidelerden biri budur[35]. Kaidenin izahı kısaca şöyledir: Muteber bir delil,[36] emare ya da her hangi bir yolla kesin olarak sabit olan bir durum sonradan ortaya çıkan şüphe ile ortadan kalkmaz. Zira kesinleşmiş bir durum, ancak yine kesin bir delille ortadan kalkabilir. Delile dayanmayan yahut zayıf ihtimal demek olan şüpheye dayanarak mevcut durum yok sayılamaz. Ortadan kaldırılamaz. Örneğin iki kişi arasında bir sözleşme yapıldığı kesin sabit olsa da, sonradan tarafların bu akdi feshedip etmedikleri yönünde şüphe meydana gelse, bu şüpheye itibar edilmeyeceğinden sözleşmenin varlığını sürdürdüğüne hükmedilir. Karafi kesin bilgiyle sabit olan şey hakkında sonradan ortaya çıkan şüphenin yok hükmünde olduğunu söylemektedir[37].

Bu kaide fıkhın en temel ilkelerinden biri olarak kabul edilir[38]. Öyle ki bu kaidenin uygulanması konusunda tam bir uzlaşı olduğu ifade edilmiştir[39]. Bu kaidenin usulî kökeni Ebu Hanife'nin ifade ettiği şu asla dayanır: "***Ne sebeple olursa olsun bir şeyin varlığı tam ve kesin***

---

vaciptir, ya menduptur, ya mubahtır, ya tenzihen mekruhtur ya tahrimen mekruhtur ya da haramdır. Bunları her birinin yapmak ve terk etmek şeklinde iki tarafı vardır.

32 İsfehânî, Râğıb, *el-Mufredât*, s. 461.; Krş.: Zebîdî, *Tâcu'l-'Arûs*, XXVII/229.; Ebu'l-Bekâ, *el-Kulliyyât*, s. 528.

33 İbn Abdisselâm, *Kavâ'idu'l-Ahkâm*, II/34.; Zerkeşî, *el-Bahr*, I/39.; *el-Mensûr*, II/255.; İsnevî, Cemâluddîn Abdurrahîm b. El-Hasen, *et-Temhîd fî Tahrîci'l-Furû' 'ale'l-Usûl*, Thk: Hasan Heyto, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut, 1980, s. 56.; İbn Emîr, El-Hâc Ebû Abdullah Şemsuddîn Muhammed b. Muhammed, *et-Takrîr ve't-Tahbîr*, Th.: Abdullah Mahmud Ömer, Dâru'l- Kutubi'l-'İlmiyye, Beyrut, 1999, I/57.; Emîr Pâdişâh, ***Teysîr***,/183.; İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, Beyrut, 1980, s. 73.

34 İsfehânû, *Mufredât*, s. 443.; Krş.: Munâvî, *et-Tevkîf*, s. 423.

35 Kaidenin usul eserlerindeki yeri hakkında bk. Cassas, Fusul, III/355, 356.; İbn Hazm, el- İhkam, II/84, V/60, en-Nubez, s. 50.; Ebu Ya'lâ, el-Udde, III/876, IV/1267.; Bağdâdî el-Hatîb, el-Fakîh ve'l-mutefakkih I/527.; Şîrâzî, et-Tebsira, s. 310, 323, 527, 528.; Cuveynî, el-Burhan, II/172 et-Telhis, III/137.; Serahsi, el-Usûl, II/116, 117.; Sem'ânî, el-Kavatı', I/27.; Gazâlî, el- Mustasfa I/162, 285.; Ebu'l-Hattâb, et-Temhîd, III/149, 159, IV/260.; Kerâbîsî, el-Furuk, I/109, 343.; A. Buhari, I/311,313,II/370 III/59, 87.; İbnu's-Subki, el-İbhâc III/173 el-Eşbâh I/11, 12,13,15,16,29,40, 418,453,456.; Raf'u'l-Hâcib, I/277.

36 Bu delil aklî olabileceği gibi şer'î de olabilir. (Bk. İbn Akîl, *el-Vâdıh*, II/321.)

37 Karafî, I/111.

38 Zuhaylî, Muhammed, *el-Kavâ'idu'l-Fıkhiyye ve Tatbîkâtuhâ fi'l-Mezâhibi'l-Erba'a*, Dâru'l- Fikr, Dimaşk, 2006, I/98.

39 Karafî, I/111.

bir surette bilindiğinde, aksi sabit olmadıkça o şeyin varlığı devam eder."[40] Nitekim Hanefilerin Irak ekolü temsilcisi Kerhî bu kaideyi şöyle ifade etmiştir: "***Kesin olarak sabit olan şeyin şüphe ile zail olamayacağı esas(asıl)tır.***"[41] Tipik örneği şudur: Abdestli olduğunu kesin bilen kimse sonradan abdestinin olup olmadığında şüpheye düşerse o kimsenin abdestli olma durumu varlığını korur. Aksi de böyledir. Abdestsiz olduğunu kesin bilen kimse sonradan abdestli olduğunda şüphe ederse o kimse abdestsizdir[42]. Aynı şekilde başkasına borcu olduğu kesin olarak bilinen birisi öldüğünde, borcunu ödeyip ödemediğinde şüphe edilecek olursa bu şüpheye itibar edilmeyip -aksi kesin delille kanıtlanıncaya kadar- borçluluk halinin devam ettiğine hükmedilir[43].

Ebu Hanife'nin bir ilke olarak ifade ettiği bu kaide ve aynı mihverde bulunan benzer kaidelerin tamamı bilahare usul bilginleri tarafından "istishâbu'l-hal" ya da kısaca "istishâb" adını verdikleri bir ilkenin şemsiyesi altına derç etmişler ve bu ilkeyi hukukun tali kaynaklarından biri olarak görmüşleridir.

***İstishâb*:** Genel olarak istishâb: "Önceden sabit olan bir durumun, - değiştiğine dair delil bulunmadıkça- mevcut durumun varlığını koruduğuna hükmetmek" diye tanımlanır[44]. Bu, müçtehidin bir meselede başka bir delil bulunmadığı zaman başvuracağı ve istinat edeceği bir yöntemdir[45]. Bu sebepledir ki İslam hukuku kaynaklarının hiyerarşik sıralamasında en sonda yer alır[46].

İstishab delili hemen hemen bütün hukukçular tarafından dikkate alınmıştır. Nitekim Hanbeli usul bilgini İbn Akîl istishabı "*dinin esaslarından, dolayısıyla hukukun kaynaklarından biri*" olarak niteler[47]. Ancak hangi açıdan delil olarak kabul edileceği noktasında iki yaklaşım vardır. Birincisi; Hanefi ekolüne mensup usulcülerin geneli bu delile dayanarak yeni bir hüküm konulamayacağı kanaatindedirler. Hatta bunu hüküm istinbatında bir delil veya yöntem olarak kabul etmezler. Fakat onlara göre, aksini kanıtlayıcı delil olmadıkça istishaba binaen yeni bir durum sabit olamaz. Derler ki: İstishâb yeniden bir hüküm koymak, bir kimseye hak vermek yahut onu sorumlu kılmak için değil, mevcut durumun değişmesini bertaraf edip varlığını muhafaza etmek için kendisine dayanılacak bir delil olabilir[48]. (*el-istishâb huccetun li'd-def'i, lâ li'l-isbât (istihkâk*)[49].

Diğer mezeheplerin hukukçularının geneline göre istishâb, hem mevcut hükmün varlığının devamı konusunda, hem de sonradan bir hakkın sübutu konusunda delil olabilir. Her iki yaklaşımın pratiğe yansımasının tipik örneği "mefkûd" meselesidir: "Mefkûd, memleketinden ayrılıp giden ve uzun bir zaman geçtiği halde izine rastlanmayan kişidir. Hanefilere göre başkasından bu kişiye gelecek miras ve vasiyet malı gibi lehinde olan haklar sabit olmaz. Sadece aleyhine olan hakları muhafaza edilir ki bu, kaybolmadan önce var olan mülkiyetinin zimmetinde kalmasıdır. Meselâ

---

40 Debûsî, Ebû Zeyd Abdullah b. Ömer, *Te'sîsu'n-Nazar*, Thk.: Mustafa Kabbânî, Dâru'bni Zeydûn, Beyrut, ts, s. 17.
41 Debûsî, *Te'sîsu'n-Nazar*, s. 161.
42 Zuhaylî, *Tatbîkâtu'l-Kava'idi'l-Fıkhiyye*, I/98.
43 Zuhaylî, *Tatbîkâtu'l-Kava'idi'l-Fıkhiyye*, I/99.
44 A. Buharî, Fenârî, III/377.
45 İbn Akîl, *el-Vâdıh*, II/321.
46 Şaban, Zekiyyüddîn, ***Usûlu'l-Fıkh***, Menşûrâtu Câmi'ati Karyûnus, 5. bs., Bingâzî, 1989, s. 211.
47 İbn Akîl, *el-Vâdıh*, II/310.
48 Debûsî, *Takvîmu'l-Edille*, s. 302.; Pezdevi, *Kenzu'l-Vusûl*, Thk.: Said Bekdâş, 2. Bs., Beyrut, 2016, s. 601.; Fenârî, II/441.
49 Sadruşşeria, *et-Tavdîh*, II/213.; Fenârî, II/377.

terekesi varislerine dağıtılmaz, hanımının onunla olan nikâh bağı devam eder[50]. Yani vefat ettiğine dair delil bulunmadıkça veya mahkeme ölümüne karar vermedikçe sadece malları ve hanımı açısından hayatta kabul edilir, lâkin başkasından miras alamaz ve kendisi için vasiyet edilen mala malik olmaz. Yani ne başkasına varis olur ne de varis olunur.

İkinci görüşün sahiplerine göre ise mefkûd başkaları üzerindeki haklarını alır. Yani hayatta kabul edilerek meselâ başkalarına vâris olur, kendisine yapılan vasiyet sabit olur, eski hakları üzerindeki mülkiyeti devam eder. Yani bu âlimler, öldüğü tespit edilinceye kadar kaybolduğu müddet içinde hayatta olduğuna ve sağ olmanın getirdiği bütün hakların devam ettiğine hükmederler. Çünkü aslolan sağ olmasıdır, dolayısıyla aksi sabit olmadıkça o başkasına vâris olur, ama başkası ona varis olamaz.

İstishab, varlığı başlangıçta sabit olan hüküm açısından üç türlüdür[51]:

a) **Vasıf istishabı**: Aksi sabit olmadıkça mevcut hükmün varlığının devam ettiğinin kabul edilmesi demektir. Buna göre Mecelle'nin:

5. Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır.
6. Kadim, kıdemi üzerine terk olunur.
9. Sıfat-ı arızada asl olan ademdir.
10. Bir zamanda sabit olan şeyin -hilafına delil olmadıkça- bekasıyla hükmolunur.
56. Beka, ibtidâdan esheldir.

Maddeleri bu türdeki istishabın kapsamında yer almaktadır.

b) **Asl î ibâhe**: Aksine delil bulunmadıkça, bir eşyadan faydalanma veya bir davranışta bulunmanın mubah olduğuna hükmetmek demektir.

c) **Asl î beraat istishabı**: Aksini ispatlayacak delil bulunmadıkça sorumlu tutulmama demektir. Bu kısım Mecelle'de 8. Madde olarak "**Beraet- i zimmet asıldır**" şeklinde ifade edilmiştir[52].

3. Madde-8: "Beraet-i zimmet asıldır"

Mecelle'deki ifade edilen şekliyle istishabın bir türü olarak belirtilen bu kaide temel insan hakları açısından son derece önemlidir. Kaidenin kısaca anlamı şudur: Hiçbir kimse aksi kanıtlanmadıkça herhangi bir sebeple suçlu görülemez. Yine aksi kanıtlanmadıkça herhangi bir kimseye karşı borçlu olduğu söylenemez. Çünkü insan denen varlıkta aslolan borçsuzluk ve suçsuzluktur. Herkes doğuştan bu vasıflara sahiptir. Kişinin sorumluluklarının yüklendiği manevi "kap" niteliğinde olan zimmeti borç ve suç gibi durumlardan halidir. Haliyle bu zimmetin başkasının hakkıyla dolu (meşgul) olduğunu söyleyebilmek için delille kanıtlamak zorunludur. Bu evrensel hukuk ilkesi gereği, kanıtlama söz konusu olmadığı müddetçe kişinin borçsuz yahut suçsuz olduğuna hükmedilir.

---

50 Serahsî, *Usûl*, II/225.; Zuhaylî, *TatbÎkâtu'l-Kava'idi'l-Fıkhiyye*, I/98.

51 İbn Kayyim, el-Cevziyye Şemsuddîn Ebû Abdillah Muhammed b. Ebî Bekr, *İ'lâmu'l- Muvakkı'în 'an Rabbi'l-'Âlemîn*, Nşr: Meşhur b. Hasan, Dâru'bn'l-Cevzî, Riyâd, 2002, I/179.; Kahraman, Abdullah, *Fıkıh Usûlü*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2016, s. 234-235.

52 Usul eserlerindeki ifadesi için bk. Debûsî, *Takvîmu'l-Edille*, s. 320.

Bu ilke günümüzde "masumiyet karinesi" olarak ifade edilir[53]. Masumiyet karinesinin tarihi batıda en erken 1215 tarihli "Magna Carta Libertatum" fermanına dayandırılmakta ise de tam olarak ceza hukukunda bir ilke olarak kabul edilmesi 1789 Fransız ihtilaliyle başlar. Nitekim 18. Yüzyılda Batıda cezalandırma esas idi. Sanığın hiçbir hakkı yoktu[54]. Bu ilkenin Avrupa'ya girmesi ancak 18. Yüzyılın sonunda başlamış tam anlamıyla yerleşmesi ise 1945 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'yle gerçekleşmiştir[55].

Görüldüğü üzere Batıda tam anlamıyla yerleşmesi ancak 19 ve 20. Yüzyıllarda mümkün olmuş iken hukukun bu evrensel ilkesi İslam Hukuk sisteminde İslamiyet'in doğmasıyla birlikte ortaya çıkmış ve çağlar boyu uygulanarak Batı hukuk sistemlerine nüfuz etmiştir. Ayrıca İslam hukuk sistemi bunu bir "asıl" olarak nitelerken modern hukuk sistemleri "masumiyet karinesi" olarak nitelemektedir. Modern hukukta bu ilkenin "karine" olarak nitelendirilmesi, böylesine önemli ve üst norm niteliği taşıyan bu hukuki ilkeyi zayıflattığı izlenimi vermektedir. Şüphenin kendisi bir karine olabilir. Nitekim yukarıda verdiğimiz şek (şüphe) tarifi bu durumu teyit eder mahiyettedir. Oysa bu kaidenin ifade ettiği anlam kişinin doğuştan sahip olduğu borçsuzluk/suçsuzluk halidir. Bu konuda yapılmış bir bilimsel çalışmada varılan sonuçlardan birisi "Beraati zimmetin asıl olması" durumunun bir karine değil, temel bir hukuk kaidesi ve evrensel hukuk normu olduğu şeklinde ortaya çıkmıştır[56]. Benzer başka bir çalışmada da bu düşünce teyit edilmiştir. Bu sebeple ayrıca incelenmesi gerektiğini düşündüğümüz bu hususun en azından tartışılabilir olduğunu belirtmek gerekir. Bu farklılığın pratik bakımdan ciddi sonuçlarının olup olmadığı ayrıca incelemeyi gerektirse de bu ilkenin hukuki ağırlığını temsil etme bakımından "masumiyet karinesi" ifadesinin zayıf kaldığı söylenebilir. Her ne kadar kanuni karineler kuvvetli olarak nitelendirilse de "karine" kavramının tanımı göz önüne alındığında bir "asıl/üst norm" olma özelliğini taşıyıp taşımadığı üzerinde düşünülmelidir. Nitekim bu ilkenin çarpıtıldığına dair eleştiriler yapılmaktadır. Bu eleştirilerden birinde şöyle denilmektedir: "Bu, Mecelle'nin bir buçuk asır öncesinden formüle ettiği "beraat-ı zimmet asıldır" şeklindeki evrensel hukuk ilkesinin hikmetine aklı basmayan, onu gereksiz bir lüks olarak gören zihniyettir. Bu zihniyet, suçluluğu ve yasağı esas; buna karşılık masumiyeti, suçtan ve borçtan berî olmayı ve özgürlüğü istisna sayan zihniyettir."[57]

Bu kaide aynı zamanda İslam hukuk sisteminin evrensel niteliğini ve tüm zamanlara hitap eden ilkeler barındıran bir sistem olduğunu gözler önüne sermektedir.

4. Madde-40: "Kelâmda asl olan, ma'na-yı hakikîdir."

Bu kaide doğrudan bir fıkıh usulü kaidesidir[58]. Gerek bu kaide gerekse "40. "Âdetin delâletiyle, ma'na-yı hakikî terk olunur.", "61. Mâna-yı hakîki mütaazzir oldukda, mecâza gidilir." ve "62. Bir kelâmın i'mali mümkün olmaz ise, ihmal olunur." Maddeleri de aynı şekilde birer usul kaidesidir.

---

[53] Bu konuda bilgi için bk. Memiş, Pınar, *Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi*, (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi) Galatasaray Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.

[54] Memiş, s. 5, 6.

[55] Memiş, s. 7.

[56] El-Hasîn, Yusuf, *Mebde'u'l-Aslu fi'l-muttehem el-berâetu beyne'ş-şerîa ve'l-kanûn*, (Yayımlanmamış Y. L. semineri) S. Arabistan, 2007, s. 15, 160.

[57] Erdoğan, Mustafa, "**Yargının Formasyon Ve Zihniyet Sorunu**", http://www.ozgurlukarastirmalari.com/oad~yorum_yarginin-formasyon-ve-zihniyet-sorunu - Erişim: 24.08.2017, 20:45

[58] Bk. Râzî, *Mahsul*, I/341, 342,. II/15; Karafi, *Furûk*, III/114., *Tenkihu'l-fusul*, s. 120, 252.;

Usul bilginleri sözün konulduğu anlamda kullanılıp kullanılmaması yönünden lafızları: Hakikat-mecaz ve sarih-kinaye kısımlarına ayırırlar.

"Hakikat" konulduğu manada kullanılan lâfız demektir. Lafzın gerçek anlamda kullanılması bazen lüğavî, bazen şer'î, bazen ise örfî olur. Lügavi hakikat, bir kelime dilde hangi mana için konulmuş ise o manada kullanılan lâfız demektir. Meselâ, güneş, ay ve yıldız lâfızları, bilinen manalar için konmuştur.

"Mecaz" hakikî manasının kastedilmediğini gösteren bir "kârîne"den ötürü konulduğu manadan başka bir manada kullanıldığına hükmedilen lâfızdır. "Alâka" lâfzı duyan kişinin zihninde, lâfzın hakiki manası ile kullanıldığı mana arasında kurulan bağlantı demektir.

Örneğin aslan kelimesi dilimizde bilinen yırtıcı hayvanın adıdır. Bu kelimeyi birisi kullandığında işitenin zihninde doğrudan oluşan mana yahut şekillenen şey söz konusu hayvandır. Başka türlü anlaşılması zaten doğru değildir. Ancak bir kimse bir insana hitaben "aslan" dediğinde, her ne kadar zihinde mezkur hayvan belirse de maksadın o olmadığı durum anlaşılacaktır. Zira burada kelime gerçek anlamında değil, mecazî manada kullanılmıştır. İnsana aslan denmesi onun aslandaki cesaret vb. özelliklerin kendisinde bulunması sebebiyledir ki buna lafzı gerçek anlamından söz konusu mecaza yorumlamaya neden olan "alaka/karine" denmektedir.

Usul bilginleri sözcüklerde asil olanın onların gerçek manaları üzere anlaşılmasıdır. Çünkü lafızlar ilk konuluşta belli bir manayı göstermek üzere konulmuştur. İnsanların onları çeşitli sebeplerle başka manalarda kullanmaları sonradan olan bir durumdur. O sebeple asla bağlı kalmak esastır. Usulcüler bunu Mecelle'de yer aldığı şekliyle ifade etmişlerdir[59].

5. Madde-17: "Meşekkat teysiri celb eder."

Zorluğu kolaylaştırmanın ve sıkıntıyı kaldırmanın hukuksal zemini ifade eden bu kaide, İslam hukuk sisteminde ruhsat kabilinden olan hükümlerin usûlî temelini oluşturmaktadır ki bu da "zoluğun/sıkıntının kaldırılması/*raf'u'l-harac*" esasıdır[60]. Şatıbî bu aslı teyit eden delillerin kat'îyyet derecesine ulaştığını söylüyor[61]. Belirtilmelidir ki meşakkatin kolaylığı celbetmesi, diğer bir deyişle meşakkate dayanarak kolay olanın esas alınması kanun koyucunun açık naslarla belirlediği hükümlerle çatışır durumda olmama şartına bağlıdır.

Mecelle'nin

17. "Bir iş zîk oldukda müttesa' olur."

21. "Zaruretler, memnû' olan şeyleri mubah kılar."

22. "Zaruretler, kendi mikdarlarınca takdîr olunur."

23. "Bir özür için câiz olan şey, ol özrün zevâliyle bâtıl olur."

32. "Hâcet, umumî olsun, hususî olsun, zaruret menzilesine tenzil olunur."

Gibi kaideleri yine bu asla racidir.

---

[59] İsnevî, *Nihâyetu's-Sûl fî Şerhi Minhâci'l-Vusûl*, Beyrut, 1999, s. 8.; İbn Emîr, El-Hâc Ebû Abdullah Şemsuddîn Muhammed b. Muhammed, *et-Takrîr ve't-Tahbîr*, Dâru'l-Kutubi'l- 'İlmiyye, Beyrut, 1983, II/23.

[60] El-Bahisin, *Raf'u'l-Harac*, s. 96.

[61] Şatıbî, I/521.

6. Madde-64: "Mutlak, ıtlakı üzre câri olur. Eğer nassan yahut delâleten takyid delili bulunmaz ise."

Bu kaide fıkhî bir kaide değil doğrudan bir usul kuralıdır. Nasların lafzî yorumu konusunda oldukça önemli bir kuraldır.

Konuldukları manaya delaletinin kesinliği bakımından lafızlar amm ve hâs kısımlarına ayrılır. Mutlak lafızlar hâs lafzın alt türüdür.

"Mutlak", gayri muayyen bir ferdi veya fertleri gösteren ve kendisinin herhangi bir sıfatla kayıtlandığına dair delil bulunmayan lâfızdır. Meselâ, adam veya adamlar, kitap veya kitaplar, kuş veya kuşlar dediğimizde hep birer mutlak lâfız söylemiş oluruz. Zira bunlar, gayri muayyen fert veya fertleri ifade etmektedir ve bunların herhangi bir sıfatla takyid edildiğini gösteren başka bir lâfız bulunmamaktadır.

Mutlakın mukabilinde bir de mukayyet lafız vardır ki bu salt halde olan ifadelerin bir vasıf, bir şart vb. unsurlarla kayıtlanması demektir. Örneğin doğru sözlü adamlar, kıymetli kitap veya kıymetli kitaplar, terbiyeli öğrenci ifadeleri böyledir.

Bu kaidenin ifade ettiği anlam şudur: Örneklerden de anlaşılacağı gibi kelimeler veya ifadeler sözün yöneldiği amaca ve kastedilen manaya göre mutlak halde kullanılabildiği gibi mukayyet olarak da kullanılabilir. Sözün sahibi bir kelimeyi yahut ifadeyi hangi şekilde söylediyse o sözün olduğu şekliyle alınıp ona göre anlaşılması temel kuraldır. Bu sebepledir ki usul bilginleri "mutlak kemale masruftur" demişlerdir. Bu başkasına ulaştırılmak istenen manayı aktarmada kullanılan dilsel üslupların doğasının bir gereğidir. Nitekim Ali Himmet Berki "mutlakın ıtlakı üzere cereyanı mahiyetinin icbabıdır" sözüyle buna işaret etmiştir[62]. O nedenle mutlak ifadeyi konulduğu mana dışında anlamaya çalışırsak hata etmiş oluruz. Sözün sahibinin kastetmediği manaları ona yükleyerek hakikatten uzaklaşırız.

Bu kaide hem hukuki metinleri anlayıp yorumlamada hem de kişilerin irade beyanlarını ortaya koydukları ifadelerinde dikkate alınması ve uygulanması gereken usulî bir ilkedir. Kaidenin ikinci kısmı "**Eğer nassan yahut delâleten takyid delili bulunmaz ise"** demektedir. Bu mutlakın kayıtlanabileceği anlamına gelir. Diğer bir deyişle mutlak hiçbir zaman mukayyet olana hamledilemez değildir. Herhangi bir delil veya karine aynı konuda varit olan biri mutlak diğeri mukayyet olan iki ifadeden mutlak olan mukayyet olana hamledilerek her ikisinde de maksadın aynı olduğu sonucuna varılabilir. Usul bilginleri bunları detaylı olarak ele alıp incelemişlerdir[63].

[62] Berki, *Hukuk Mantığı*, s. 137.
[63] Bk. Sâidî, Hamed b. Hamdî, *el-Mutlak ve'l-Mukayyed*, Medine, 2003, s. 176 vd.

MECELLE'YE GÖRE HÂKİMİN NİTELİKLERİ VE MESLEK AHLAKI

Selçuk HONDU

Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu Başkan Vekili
Emekli Danıştay Üyesi

Muhterem misafirler yurtiçinden ve yurtdışından toplantımıza katılan davetliler, Sözlerime başlarken hepinizi muhabbetle ve saygıyla selamlıyorum.

Bursa Büyükşehir Belediyesi ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından düzenlenen bu toplantının konuları arasında" Mecellede hâkimin vasıfları ve yargılama hukuku ile münasebeti" konusu da bulunmaktadır. İşte bu çerçevede sizlere Mecelle'de yer alan hükümlere göre hâkimin vasıfları, nitelikleri nelerdir, hizmeti yerine getirirken yapması veya yapmaması gereken şeyler nelerdir bunları açıklamaya çalışacağım. Ayrıca bu niteliklerin günümüze uyarlanmasına ve bu alanda milli ve milletler arası çalışmalara da değineceğiz.

Toplumu ayakta tutan huzurlu, güvenli bir yaşam için olmazsa olmaz şartlardan biride adalettir. Adalet hizmetinin iyi bir şekilde yerine getirilmesi halinde toplum düzeni sağlandığı gibi bu düzeni bozmak isteyenlere karşı müeyyide uygulanarak bozulmuş düzenin eski hale getirilmesi de sağlanır. Bu önemi nedeniyle İslam fıkhında ve Kuran-ı Kerimin muhtelif ayetlerinde (mesela Nahl 90, Maide 8 gibi) adalet ve adaletli olmak emredilmiştir nitekim bu bağlamda mahkeme binalarının girişlerinde "adalet mülkün temelidir" levhası asılmaktadır.

Adalet hizmeti önemli olunca bu hizmeti yerine getirecek görevlilerin yetiştirilmesi, atanması da önem arz etmektedir. İşte bu nedenle Osmanlı döneminde hukuk kurallarının tedvini ve Mecellenin hazırlanması sırasında hâkimliğe ilişkin genişçe düzenlemeler yapılmıştır.

Mecellenin en son bölümünün ismi "kitab-ül kaza" yani yargıya ilişkin bölümdür. Bu bölüm 1784 maddeden başlayıp, 1851. maddede bitmekte olup, bu ikisi arasında 67 madde ile düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin miktarı bile konunun önemini ortaya koymaktadır.

Açıklamalarımızda 1792. Maddeden itibaren başlayan "hâkimin evsaf-ı beyanındadır" ve "hakimin adabı beyanındadır" fasıllarındaki hükümleri esas alacağız.

MECELLE MADDE 1792

Hakimin niteliklerini belirleyen 1792. Madde aynen şu şekildedir" hâkim, hakîm , fehîm, müstakîm, ve emîn, mekîn, metîn olmalıdır". Bu maddede hakimlik için altı nitelik belirlenmiştir. Bunlar temel nitelikler olup alt başlıkları da vardır. Şimdi bu nitelikleri sırasıyla inceleyelim.

HÂKİM, HAKÎM OLMALIDIR.

Sözlükte (Ferit Devellioğlu Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat) hakîm kelimesi âlim, bilgin herşeyi bilen, inceleyen manasında kullanılmıştır. Bununla hakimin hem yüksek ahlaklı hem de yüksek ve güncel bilgili, erdemli olgun insan olması kastedilmektedir. Mecellenin 1793.

Maddesinde de bunu teyiden hâkimin maddi ve usul hukukunu bilmesi ve bu bilgisini davadaki olaylara uygulayarak hüküm verme yeteneğine sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Bilgi eksikliği davaların gecikip birikmesine, zat-i menfaata düşkünlük, hediye, makam, mevki düşkünlükleri de yanlış ve yanlı karar verilmesine neden olur. Günümüzde toplum ve teknoloji süratle değişmektedir. Bunun sonucu olarak, yeni hukuki problemler ortaya çıkacağından hâkimin bilgilerini güncelleyerek bu gelişmenin gerisinde kalmaması gerekmektedir. Kuşun uçması için iki kanat lazım olduğu gibi, olgun, çalışkan ve adil bir hâkim için de bu iki nitelik bir arada bulunmalıdır.

HÂKİM, FEHÎM OLMALIDIR

Sözlükte fehîm kelimesi, zeki, anlayışlı, akıllı anlamına kullanılmıştır. Bu nedenle hâkimin söylenenleri ve okuduklarını çabuk anlaması, kavraması ve olaylara intikal etmesi, çözüm yollarına odaklanması gereklidir. Bugün için bir günde duruşması yapılan dosya adedi oldukça yüksektir. Toplu hâkimlerle çalışan yüksek mahkemelerde de günde görüşülüp karara bağlanan dosya sayısı oldukça yüksektir. Bu çalışmalar sırasında söylenenleri dinleyip anlayıp gerekli görüleni tutanağa geçirme, ancak anlama kavrama kabiliyetinin yüksekliğiyle bağlantılıdır. Bu konudaki eksiklik yanlış karar verilmesine, tekrar anlatma soru sorma gibi nedenlerde işlerin uzamasına neden olabilir.

HAKİM, MÜSTAKÎM OLMALIDIR

Sözlükte müstakîm kelimesi temiz ,namuslu ,doğru anlamında kullanılmıştır. Bu nedenle hakimin yaşantısı normal, ifretli, namuslu hileden uzak olmalıdır, yaşantıda saklamayı utanmayı gerektirecek bir durum bulunmamalıdır. İçki, kumar, dolandırıcılık gibi haller hakime yakışmadığı gibi yargıya güveni sarsıcı niteliktedir. Bu konuda okuduğum bir yargı anekdotunu anlatmak isterim. Osmanlı döneminde bir beldenin hakimliğine talip olan bir kişiyi yerinde incelemeye giden görevli o kişinin yürümeyen bir katırı yürütmek için oradaki yeşil bir otu koparıp uzaktan hayvana gösterdiğini görünce talip hakkında "aldatmaya meyyaldir." diye rapor verip onun atama dışı kalmasını önermiştir.

HAKİM, EMÎN OLMALIDIR

Bu kelime sözlükte kendisine güvenilen, emniyetli kişi anlamında kullanılmıştır. Dolayısıyla hâkimin kendisine inanılan söz verdiğinde sözünde duran işlemlerinde istikrarla hareket eden kişi olması lazımdır. Hâkim hal ve davranışı ile bu tavrını ortaya koymalıdır. Duruşma saatlerine ve keşif için öngördüğü saatlere riayet etmeli, randevu verdiğinde buna uymalıdır. Görev yaptığım bir ilde tanıdığım bir meslek büyüğünden bahsedeceğim. Kendisi hukuk hâkimi olup iyi inceleyip karar verdiği halde kararın tefhimi sırasında taraflara bir kerede Yargıtay'a başvurun dediğinde davayı kaybeden tarafın dahi siz doğru karar vermişsinizdir başka bir yere başvurmayız şeklinde yargıya üstün bir güven yaratmış olduğunu duymuşumdur.

HÂKİM, MEKÎN OLMALIDIR

Sözlükte bu kelime iktidar, nüfus vakar sahibi manasında kullanılmıştır. Buna göre hakim iradesi güçlü nerede nasıl hareket edeceğini bilen etrafına giyimi, konuşması, edepli hareketi ile örnek bir kişi olmalıdır lüzumsuz ve boş konuşmaması her söze karışmaması, dava konusu olup önüne gelebilecek konularda konuşmaktan kaçınması lazımdır. Ayrıca görevi ile ilgili olarak karşılaştığı taleplerde aciz tereddütlü ve kararsız kalmamalıdır. Hâkim iş sahiplerine ve maiyetinde çalışanlara yumuşak ve yapıcı davranmalı bağırıp çağırmamalıdır. İslamın 2. Halifesi Hz. Ömer, kadı

tayin ettiği Musa- el Eşariye yazdığı mektupta şöyle söylemiştir: "Ey Ebu Musa, hüküm meclisinde ulu tanrının kendisine sevap vereceği ve edebi mükafaat ihsan edeceği hak mevkiinde duruşanları karışıklık ve acı içinde bırakacak biçimde bağırıp çağırmaktan işlerin çokluğundan dolayı sabırsızlanıp oflamaktan, asık suratlı olmaktan veya herhangi bir sebepten ötürü üzülme alameti göstermekten sakın".

HAKİM, METÎN OLMALIDIR

Sözlükte metîn kelimesi sağlam, dayanıklı, kavi anlamında kullanılmıştır burada hem beden tamlığı ve sağlamlığı, hem de ruhi sağlamlık kastedilmiştir. Hâkim vücut uzuvları yönünden tam ve sağlam olmalıdır yaşı küçük görme özürlü tarafların normal konuşmalarını duyamayacak seviyede sağır olmamalıdır, mesleği yapmaya mani olacak kol ve bacak gibi uzuv eksikliğinin bulunmaması gerekmektedir. Hâkim temyiz kudretine sahip olmalı akli melekelerini kaybetmemiş, bunamamış ve ruh sağlığı yönünden hasta olmamalıdır.

Hâkimin sayılan niteliklerinden hakîm, emîn, metîn isimleri aynı zamanda Allah'ın güzel isimleri (Esma-ül Hüsna) arasında sayılmıştır, bundan adalet dağıtıcılarına verilen önem anlaşılmaktadır.

Mecellede hâkimlik için aranan nitelikleri açıkladık bugün için 2802 sayılı hâkimler ve savcılar kanununda hâkim adayları için aranan niteliklere bakarsak anılan kanunun 8. Maddesinin b-g-j fıkraları giriş yaşı, mesleği yapmaya engel vücut ve akıl hastalığı, çevrenin yadırgayacağı şekilde konuşma ve organların hareketini kontrol zorluğu gibi nedenlerin bulunmamasını belirlemiştir. Anılan kanunda Mecelledeki kadar geniş düzenleme yapılmamış genel ifadelere yer verilmiştir.

Günümüzde gerek milli gerekse milletler arası kurum ve kuruluşlar tarafından yargıya ait etik kodlarını belirlemek için ciddi anlamda çalışmalar yapılmaktadır Adalet Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Yargıtay, Avrupa Birliği ile birlikte yürüttükleri projeleri ile çalışmalara devam etmektedirler. Mecellenin bu bölümünün günümüze etkisini belirlemek açısından önemli olan bir bilgiyi sizlere aktarmak istiyorum. Birleşmiş Milletler Teşkilatının hukuk bürosu üye ülkelerin mevzuatlarını da inceleyip, görüşmeler yaparak Hindistan'ın Bangalor şehrinde yaptıkları toplantıda yargı için altı adet etik kod belirleyerek kabul etmişler, bu kodlar ülkemiz tarafından da kabul edilmiştir. Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulunca Avrupa Birliği ile birlikte uygulanan yolsuzluğun önlenmesinde etik konulu proje kapsamında 17 Şubat 2009 tarihinde yargı etiği çalıştayı yapılmıştır, bu çalıştayda sunum yapan birleşmiş milletler teşkilatı hukuk bölümü görevlisi ve aynı zamanda Bangalor ilkelerini hazırlayan heyet de yer alan Nihal Jayawickrama, Bangalor ilkeleri hazırlanırken üye ülkelerin kaynaklarını da araştırdıklarını, en çok da Mecelle'den yararlandıklarını söylemişti.

Bangalor ilkeleri de, Mecelle'nin 1792. Maddesindeki ifadesinin aynısı olmamakla beraber bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat olarak 6 adettir.

Bundan sonra Mecelle'deki başlığı ile "hâkimin adabı beyanındadır" faslında yer alan hükümlere göre hâkimlik meslek ahlakını inceleyeceğiz.

MECELLE MADDE 1795;

Hâkimin görev yaparken uyması gereken meslek ahlakını belirleyen bu madde aynen şöyledir: "Hâkim, meclis-i muhakemede alış veriş ve mulatafe gibi mehabet-i meclisi izale edecek ef'al ve harekatdan içtinap etmelidir." Bu maddeye göre,

Hâkimin duruşmada, yargılama yaparken alışveriş yapmaması gerekmektedir. Mesela, duruşma sırasında veya dava dilekçesinin havalesi sırasında beyaz eşya satıcısı olduğunu öğrendiği davacı veya davalıdan ihtiyacı olan buzdolabının markasını, fiyatını sorması doğru değildir.

Hâkim duruşma sırasında şakalaşma, iltifat etme gibi davranışlarda bulunmamalıdır. Zira bu haller ve fiiller yargıya saygınlığı, hâkimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek durumlardandır.

Mecelle'nin 1796. ve 1797. Maddelerinde hâkimin taraflardan hediye alması ve tarafların ziyafetine gitmesi, yemeğini yemesi yasaklanmıştır. Maddelerde, "kabul etmez", "gitmez" denilerek bu konuda emredici kati bir hüküm konulmuştur. Bu hükümlerin hepsi de hâkimin tarafsızlığını sağlamaya yöneliktir.

Mecellenin 1798 inci maddesinde ise hâkimin davanın taraflarını evine kabul etmesi birisi ile yalnız kalması, el göz veya baş ile işaret etmesi şifreli söz söylemesi, birisine diğerinin bilmediği lisan ile hitap etmesi hep yasaklanmıştır. Bu hükümle hâkim, gerekse hizmet hakkında kötü zan ve yanlılık oluşmasının önlenmesi istenmiştir.

Mecelle nin 1799 uncu maddesinde de hâkimin davadaki haklarını kullanırken taraflara adil ve eşit davranması belirtilmiş ve bunun yolu gösterilmiştir. Bu kapsamda;

Taraflara yer verirken birini yanına diğerini uzağına oturtmak, birini ayakta tutmak diğerini oturtmak yasaklanmıştır.

Taraflara bakarken, söz verirken de eşit davranılmaması gerektiği, taraflardan biri sınırsız konuştuğu halde diğerine hiç söz verilmemesinin doğru olmadığı belirtilmiştir.

1814 üncü maddede de hâkimin davaları iyi incelemesi fakat bunu ileri sürerek işi sürüncemede bırakmaması gerektiği de belirtilmiştir.

Osmanlı devletinde adalete ne denli önem verildiğini göstermesi açısından 1812 maddede bu fasılın şah hükmü durumundadır. Bu maddenin anlaşılmasını kolaylaştırmak için günümüze uygun şöyle ifade edebiliriz;

hakim, kederli, tasalı, kaygılı, aç ve uykulu, bitkin halde iken doğru ve isabetli düşünemeyeceğinden bu nedenlerle zihni karışık iken hüküm vermemeli, davayı çözümleyecek işlemlere de yanaşmamalıdır. Maddede geçen "tesaddi" kelimesinin seçilmesi bu durumu açıklamaktadır. Zira "tesaddi" kelimesi yanaşma, işe başlama anlamına gelmektedir.

Sözlerime son verirken, önce Mecelleyi hazırlayanlara ve emeği geçenlere ve Ahmet Cevdet Paşaya ALLAHTAN RAHMET dilerim.

Mecelle gizli bir hazine idi, bugüne kadar da gizli kaldı. Bu toplantı ile hazinenin kapısı aralanmış oldu, özellikle akademisyenler, hukuk fakülteleri ve yargı organları tarafından bundan sonra bu kıymetli hazinenin gün ışığına çıkarılacağına inanıyorum. Ayrıca hukuk fakültelerinin ders programlarında Mecelleye yer verilmesini bilhassa genel hukuk kuralları niteliğindeki ilk 100 maddesinin öğretilmesini can-ı gönülden diliyorum.

MECELLE'DE İSTİMLÂK

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Osmanlı Medeni Kanunu olarak adlandırılan ancak bir medeni kanunda olması gerekenler veya olmaması gerekenler hususunda türlü yorumlara tabi tutulan Mecelle, günümüzde idare hukuku ve dolayısıyla kamu hukukuna ait bir kavram olan istimlâki düzenleme altına almış olmasıyla da güncel mevzuat sistematiğinden ayrıldığını görmekteyiz. Bununla birlikte Mecelle'nin en önemli varoluş gerekçelerinden birisinin kurulan yeni mahkemelerde görev yapacak, Osmanlı kadı düzeni dışında yetişmiş yargı mensuplarına rehberlik etmek olması ve henüz adli-idari yargı ayrımının net olarak oluşmadığı[1] göz önüne alındığında söz konusu düzenlemenin Mecelle'de nasıl yer alabildiği daha iyi anlaşılabilmektedir. Ayrıca bugün Türk hukuk sisteminin temeli olan kamu-özel hukuku ayrımına esasen resepsiyon ve sonrası süreçte geçildiği de unutulmamalıdır[2]. Diğer taraftan bu kurumun Mecelle'de düzenlenmesinin o dönem için belki de daha mantıklı olan gerekçesinin devletin özel bir mülke el koyabilmesinin rıza unsuru taşımasa da temelde bir satım akdi olarak görülmesi olduğunu söyleyebiliriz[3].

Osmanlı döneminde istimlâk ilk kez, 4 Recep 1272 tarihli "Menafi Umumiye Dair Şeylerin Tanzimi Halinde Lüzumu olup Kıymeti Lâyıkasıyla Sahiplerinden Mubayaa Edilecek Arazi Vesaire Hakkındaki Nizamname" ile düzenlenmiştir. Terim olarak ise istimlâkin ilk defa 1293 tarihli "Dersaadet Belediye Kanunu" ve 1294 tarihli "Vilâyat Belediye Kanunları"nda tanımlandığı görülmektedir. Ayrıca genel maddeleri ile birlikte Mecelle'de hususi olarak[4] ve Kanun-u Esasi'nin 21. maddesinde genel olarak düzenleme altına alınmıştır[5].

Mecelle istimlâki terim olarak kullanmasa da temel esaslarını net bir şekilde belirlemiştir. Ayrıca istimlâk Mecelle'de ayrı bir başlık altında değil "Tarikler" yani yollar faslında düzenlenmiştir. Ancak çalışmamızda görüleceği üzere Mecelle'nin istimlâke ilişkin düzenlemesi sadece bir maddeden ibaret değildir. Hem külli kaideler kısmında hem de ilgili maddesiyle Mecelle, istimlâke ilişkin önemli hükümler getirmiştir.

---

1 1868 yılında Şuray-ı Devlet ve Divan-ı Ahkam-ı Adliye ayrımı ortaya çıkmış, Şura-ı Devlet Danıştay'ın, Divan-ı Ahkam-ı Adliye Yargıtay'ın temelini oluşturmuştur.

2 Kıta Avrupası hukuk sistemindeki kamu hukuku-özel hukuk ayrıma karşılık, Anglo- Sakson ve sosyalist devletlerin hukuk sistemlerinde, böyle bir ayrım bulunmamaktadır. GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş (Bursa: Ekin Kitapevi Yayınları, 1998), s. 139; İslam hukukuna dair klasik eserlerde kamu hukuku-özel hukuk şeklinde bir tasnif bulunmamaktadır. ERDOĞAN Suat, "Kamu Hukuk+u-Özel Hukuk Ayrımı ve İslamî Cezalar", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 58:1, 2017, s. 190.

3 ALİ HAYDAR EFENDİ, Dürerü'l Hükkâm Şerhu Mecelleti'l Ahkâm, (Çeviren: Raşit GÜNDOĞDU- Osman ERDEM), C. III, İstanbul 2016, s. 2181.

4 KOYUNCU Nuran, "Osmanlı Hukukunda İstimlak", Kamu Hukuku Arşivi, Mart 2008, s. 89.

5 EKİNCİ Ekrem Buğra, İslâm Hukuku Umumi ve Husûsi Hükümler, İstanbul 2016, s. 244.

Çalışmamızda öncelikle kısaca İslam-Osmanlı hukukunda istimlâki, ardından Mecelle'nin istimlâk maddesini ve istimlâk ile bağlantılı diğer maddelerini ele almaya çalışacağız.

I. ESKİ HUKUKUMUZDAKİ İSTİMLÂKİN GÜNÜMÜZ HUKUKUNDAKİ KARŞILIĞI KAMULAŞTIRMA

İdarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi için ihtiyaç duyduğu taşınmaz malları kamusal usul ve esaslara uygun olarak edinme yöntemi olarak öğreti ve uygulamada ağırlıklı olarak kamulaştırma ifadesi kullanılmaktadır[6]. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 46. maddesinde ve 1961 Anayasası 38. maddesinde "kamulaştırma" terimini kullanmayı tercih etmiştir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda da bu terim kullanılmıştır. Ancak 1924 Anayasası 74. maddesinde[7] ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan 6830 sayılı İstimlâk Kanunu, "istimlâk" terimini kullanmıştır. Bu da oldukça doğaldır zira görüleceği üzere Osmanlı Devleti özellikle son dönemlerinde günümüzdeki kamulaştırma terimine karşılık gelmek üzere istimlâk ifadesini kullanmaktaydı.

1982 Anayasa'sının 46. maddesi ile *"Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir"* hükmü öngörülerek devlet ve kamu tüzel kişilerine, kamu hizmetlerinin gerektirdiği taşınmaz mal ihtiyacının karşılanması için kamulaştırma yetkisi verilmiş ve genel ilkeleri ortaya koyulmuştur.

Kamulaştırma yoluyla devletin özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlara müdahalede bulunması söz konusudur. Anayasası'nın 35. maddesi ile *herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği* düzenleme altına alınmıştır. Mülkiyet hakkı uluslararası sözleşmelerle de korunan bireyin temel haklarındandır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinde ise mülkiyet hakkı ve mülkiyetin uluslar üstü düzeyde korunması "*Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden barışçıl biçimde yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararının gerektirmesi ve yasanın öngördüğü koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine tabi olunması durumu hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.*" hükmü ile öngörülmüştür[8]. Ayrıca protokolde devletlere, mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılmasını sağlamak üzere gerekli tedbirleri alma hakkı verilmiştir[9].

Kamulaştırma literatürde "bir gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının kamu faydası için ve muadili olan ekonomik kıymet peşin ödenmek suretiyle idarece ref'idir" şeklinde tanımlanmaktadır[10]. Bir başka tanıma göre kamulaştırma "Kamu tüzel kişileri ile kurumları tarafından, kamu yararı nedeniyle, yasaya dayanılarak özel kişilere ait taşınmaz ve kaynakların değer

---

6 ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, İstanbul 1966, s. 1513; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-Turgut TAN, İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I, Ankara 2007, s. 1113.

7 KUZU Burhan, Türk Anayasa Metinleri, İstanbul 1988, s. 291.

8 ŞİMŞEK Suat, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2010, S. 91, s. 184 vd.

9 ŞİMŞEK Suat, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Kamu Yararı Kavramı ve Devletlerin Takdir Hakkı", Adalet Dergisi Yıl: 2012, S. 42, s. 177.

10 ÖZYÖRÜK Mukbil, Kamulaştırma Hukuku, Nazari, Ameli ve Mukayeseli Etüt, Ankara 1948, s. 230.

karşılığını peşin ödeyerek mülkiyetinin zorla ve tümüyle ya da kısmen ilgili kamu tüzel kişisine geçirilmesidir ki, burada mülkiyet, tescile gerek kalmadan kamulaştırılan şeyin karşılığının ödenmesiyle geçer"[11].

İslam-Osmanlı hukukunda istimlâkin unsurları incelenirken görüleceği üzere eski hukukumuz ve güncel hukukumuz kamulaştırmanın temel ilkeleri bakımından oldukça benzer özelliklere sahiptir. Günümüz hukukunda kamulaştırmanın temel ilkeleri şunlardır: Birincisi kamulaştırma, ancak devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından yetkili organları eliyle yapılabilir. İkincisi, kamulaştırma, ancak kamu yararı amacıyla yapılabilir. Üçüncüsü sadece özel hukuk kişilerine ait taşınmaz mallar kamulaştırmaya konu olabilir. Dördüncüsü kamulaştırma karşılığının istisnalar haricinde nakden ve peşin ödenmesi gereklidir. Beşincisi kamulaştırma işlemi kanunda belirtilen esas ve usuller doğrultusunda yapılmalıdır[12].

II. KAVRAM OLARAK İSTİMLÂK

İstimlâk'ın kelime anlamı "mülk edinmek, malik olmak"tır[13].

1295 tarihli Menafi-i Umumiye İçin İstimlâk Kararnamesi'nin 1330 yılında değişen 1. maddesinde *"müceddeten sokak ve meyadan ve pazar yerleri ve iskele küşad ve tesis ve tevsi ile menafi-i umuma şamil hususatı saire için bit-taktir bedeli verilerek ashabından ebniyeli ve ebniyesiz arazi ve çiflikat mübayanasına, menafi-i umumiye için istimlâk ıtlak olunur"* şeklinde önemli bir istimlâk tarifi verilmektedir[14].

Onar istimlâki, "idarenin umumi menfaatler düşüncesiyle ve âmme kudretine dayanarak âmme emlâkine kalbetmek veya âmme menfaatinin icap ettirdiği hususlara tahsis etmek veyahut bu hususlarda kullanmak üzere bedeli mislini, değer bahasını vermek şartıyla bir gayrimenkulü cebren iktisap etmesidir." şeklinde tanımlamıştır[15]. Dönmezer de "istimlâk amme kudretinin umumi menfaat dolayısıyla, fertlere ait gayrimenkullerin mülkiyetini, adil ve mukaddem bir bedel tediyesi suretiyle, cebren iktisap ettiği bir usuldür." şeklinde benzer bir tanım yapmıştır[16].

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere istimlâk doğrudan özel mülkiyete ilişkindir. İslam ve Osmanlı hukukunda istimlâke ait düzenlemelere geçmeden önce kısaca İslam'da özel mülkiyet anlayışı üzerinde durulmalıdır.

A. İSLAM HUKUKUNDA ÖZEL MÜLKİYET

Bir İslam hukuku terimi olarak mülkiyet, "bir engel bulunmadıkça hukuken yalnızca sahibine tasarruf imkânı veren, herkese karşı dermeyan edilebilir bir haktır" şeklinde

---

[11] ZEVKLİLER, Aydın, "Kamulaştırma Satım Sözleşmesinin Özel Bir Çeşidi Midir?", Prof. Dr. Osman F. BERKİ'ye Armağan, Ankara 1977, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 411, s. 938.

[12] GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C. II, Bursa 2003, s. 859-861; ŞİMŞEK Suat, "Kamulaştırmanın Anayasal İlkeleri ve Bu İlkelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırılması", Adalet Dergisi, Yıl: 2012, S. 44, s. 156 vd.

[13] AKTAN Hamza, "İstimlak", TDVİA, C. 23, s. 364; İstimlak kelimesinin mülk edinmek anlamı dolayısıyla bu anlamına uygun olarak Osmanlı uygulamasında tebaanın ya da ecnebilerin mülk edinmesi ile ilgili olarak da kullanılabilmiştir. Örneğin 7 Safer 1284 tarihli "Tebea-i Ecnebiyyenin Emlak İstimlakine Dair Nizamname" bulunmaktadır.

[14] ÖZYÖRÜK, s. 19.

[15] ONAR, s. 1513.

[16] DÖNMEZER, "İstimlâk Hukuku, İÜHF Dergisi, C. VII, 1941 s. 41.

tanımlanmaktadır. İslam'ın mülkiyet anlayışı kısaca şöyle ifade edilmiştir: "Gökte ve yerde mevcut olan her şey Allah'ındır. Hakiki malik Allah'tır. İnsanlar dış alemde mevcut olan şeylerden serbestçe faydalanabilirler. Ancak bir kimsenin bir şey üzerindeki inhisarı tasarrufu Allah'a itaatsizlik teşkil eder". Bu anlayış hukuki değil dinidir. İslamiyet ferdî mülkiyet hakkını tanımıştır. İslam hukukuna göre asıl olan fertlerin mülkiyet hakkına sahip olmasıdır. Hz. Peygamber ferdî mülkiyet hakkının varlığını kabul etmiş ve fetihler sırasında sık sık mülk arazi tevcihlerinde bulunmuştur. Ayrıca Hz. Peygamberin ihya müessesini kabul etmesi ve bunu uygulaması ferdi mülkiyeti kabul ettiğinin önemli delillerindendir[17].

İslam'da mülkiyetin kaynağının Allah'ta olduğu inancı, bu hakkın mukaddes ve ihlal edilmezliği sonucunu doğurmuştur. Bir kimsenin bir şey üzerindeki zilyetliği, mülkiyet lehine karine teşkil eder. İslam dini özel mülkiyete önem verir ve koruyucu düzenlemeler getirir[18]. Kur'an'da *"Mallarınızı aranızda meşrû olmayan (batıl) yollarla yemeyin! (...)"* (4\Nisa 29) buyurularak kişinin özel mülkiyetinde bulunan malının haksız yere alınmasının haram olduğu vurgulanmıştır. Mecelle'de de mülkiyet hakkının klasik mülkiyet anlayışına uygun olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Mecelle'nin 1192. maddesine göre, "*Herkes mülkünde keyfe ma yeşa tasarruf eder"*. Görüldüğü üzere mülkiyet hakkı mutlak bir haktır[19].

Bu şekilde kişiye mutlak bir hak olarak mülkiyet hakkı tanınmakla birlikte dilediği gibi davranabilme izni verilmemiş ve bu hakka bir takım sınırlamalar getirilmiştir. İslam hukukçuları mülkiyet hakkının sınırları üzerinde yoğun olarak durmuşlar, bu hakkın tanınması ve değerinden daha fazla, sınırlarını göstermenin önemini vurgulamışlardır. Söz konusu sınırlamalar fert yararına ve kamu yararına sınırlamalar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Konumuz açısından daha çok kamu yararına sınırlamalar önem taşımaktadır. Her şeyden önce İslam hukuku, faiz, ihtikâr, rüşvet, kumar, hırsızlık, gasp, aldatma gibi gayrı meşru yollarla mülk edinmeyi yasakladığı gibi içki, domuz, murdar hayvan eti gibi mallara Müslümanların sahip olmalarına izin vermemiştir. Aynı zamanda ipek, altın ve gümüşün kullanımına da bazı sınırlamalar getirmiştir. İslam hukuku kişilere ve kamuya zarar verecek şekilde tasarrufta bulunmayı da yasaklamıştır. Bunlara ilave olarak kişi malını kötüye kullanıp israf da edemez. Ayrıca kamu yararına tahsis edilmiş yollar, köprüler mülk edinilemez. Bunun dışında İslam hukuku şartları gerçekleştiğinde zekat ve fitre gibi tasarrufları da zorunlu kılmıştır[20]. İslam dininde gelişen ve değişen hayat şartlarının gündeme getirdiği bir takım zarurî durumlar karşısında, belirli şartlar dâhilinde mülkiyete müdahaleye de izin verilmiştir[21]. Mecelle'nin ifadesiyle "*başkasının hakkı taalluk ederse maliki mülkünde istiklal üzere tasarruftan men eder"*. Hakkın kötüye kullanılması yasağı da malikin mülkiyet hakkına getirilen önemli kısıtlamalardan birisidir. Mecelle hükmüyle "*hiç kimse mülkünde tasarruftan men olunamaz. Meğer ki ahara zararı fahiş ola. O halde men olunabilir*"[22]. Bir kimse malını dilediği gibi kullanma hakkına sahip olmakla birlikte, bu kullanım sırasında başkasına "fahiş zarar" verirse, devlet veya yetkili kıldığı makamlar, mülke müdahale edebilirler. Örneğin bir rivayette göre "*Ashab-ı Kirâmdan Semüre b. Cündüb'ün, bir komşusunu bahçesinde hurma ağaçları vardı. Bunlara gelip giderken komşusunu rahatsız ediyordu. Bahçe sahibinin şikâyeti üzerine Hz. Peygamber; Ya ağaçları*

17 KOYUNCU, s. 91.
18 ZEYDAN Abdülkerim, İslâm Hukukuna Giriş, (Çeviren: Ali Şafak), İstanbul 1976, s. 365.
19 DEMİR Fahri, İslam Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı, Ankara 1981, s. 239.
20 ZEYDAN Abdülkerim, İslam'da Ferd ve Devlet Münasebetleri, İstanbul 1978, s. 130; CİN Halil-AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2011, s. 682.
21 ZEYDAN, Ferd ve Devlet, s. 130.
22 Mecelle Madde 1197, DEMİR, s. 240.

satmasını veya sökmesini yahut da bahçe sahibine bağışlamasını teklif etti. Semüre, bunları kabul etmeyince bahçe sahibine; "Git ve hurma ağaçlarını sök"[23] buyurmuştur.

Ayrıca devletin kamu yararı dolayısıyla bazı düzenlemeler ve kısıtlamalar getirebilmesi mümkündür[24]. Hukuki menfaat ve zaruret gerektirdiği takdirde mülkiyet hakkı kısıtlanabilir[25]. İslam hukuku fert mülkiyetine önem verip korumasına rağmen umumi menfaatin gerçekleşmesi veya zararın önlenmesi için sahibine adil bir bedel ödenmek suretiyle zorla da olsa malikin mülkiyetini kaldırmayı mübah sayar[26]. Kamu yararı için istimlâk mülkiyet hakkına getirilmiş önemli sınırlamalardan birisidir.

B. İSLAM HUKUKUNDA İSTİMLÂK

İfade edildiği üzere istimlâk mülkiyet hakkına kamu yararına yapılan sınırlandırmalardan birisidir. Bu kayıt mülkiyet edinme ile değil muhafaza ile ilgilidir. İstimlâkin şartları oluştuğu zaman fertler mülkiyet hakkını kaybetmekte, malları bedeli ödenerek ellerinden rıza dışında alınabilmektedir[27]. Özellikle kamunun faydasına olan durumlarda malikin rızası dikkate alınmaz. Dolayısıyla istimlâk aynı zamanda cebri akitler olarak isimlendirilen cebri icra, şuf'a gibi taraflardan birinin rızası hatta irade beyanının aranmadığı akit türlerindendir[28].

Fıkıh kitaplarında ayrıntılı olarak düzenlenmeyen istimlâke ilişkin esaslar daha çok ihtiyaç duyulması nedeniyle sonradan ortaya atılan içtihadi hükümlere dayanmaktadır[29]. İslâm hukukunda mülkiyetin kutsal ve dokunulmaz sayılmasından dolayı istimlâkin kabul görmediğine dair görüşler bulunmaktadır[30]. Ancak İslâm hukukçularının büyük bir çoğunluğu toplumun menfaati ve ihtiyacı gerektirdiği durumlarda devletin özel mülkiyette bulunan şahıslara ait gayrimenkul mallara müdahale etmesi ve zorlama yoluyla satın alması ve kamunun hizmetine sunmasını caiz görürler[31]. Kur'an'da istimlâke ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte gerek sünnette ve sahabe döneminde örnek teşkil edecek önemli uygulamalar bulunmaktadır[32].

Özellikle Hz. Peygamber'in Medine'de Naki' denilen ve otlak olmaya elverişli bulunan bir yeri, Müslümanların atları otlasın diye devlet korusu hâline getirmesi bu konuda dayanılan önemli bir örnektir[33]. Yine sahabe döneminde Hz. Peygamber dönemini destekleyen uygulamalar devam ettirilmiştir. Gerek Hz. Ömer ve gerekse Hz. Osman Kâbe mescidini genişletmek için, çevreden bitişik ev ve arsaları bedeli karşılığında ve sahiplerinin rızası

---

23 Ebû Dâvud, Akdiye, 31.
24 DEMİR, s. 239.
25 ZEYDAN, Ferd ve Devlet, s. 130.
26 ZEYDAN, İslam Hukukuna Giriş, s. 370.
27 KARAMAN Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, C. III, İstanbul 1991, s. 84; CİN- AKGÜNDÜZ, s. 682.
28 ŞEN Murat, "İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Erzincan 1997, s. 171.
29 ERGİN Osman Nuri, "İslam'da Temellük ve Tasarruf Hakkının Dokunulmazlığı ve İstimlâk Meselesi", Adalet Dergisi, Yıl: 40, 1949, s. 12.
30 AKTÜRK Rebii, "İslâm Hukukunda Mülk Edinme ve Kullanma Hakkının Dokunulmazlığı ve Kamulaştırma", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 10, 1976, s. 30 vd; ERGİN, İstimlak Meselesi, s. 1745 vd.
31 KARAMAN, s. 84.
32 ŞEN, s. 172.
33 O yöre halkının: "Ey müminlerin emiri, buraları bizim yurdumuzdur. Cahiliyye devrinde oraların uğruna savaştık. İslâm gelince de, üzerinde müslüman olduk, hangi hakla buralarını koru yapıyorsun?" diye itiraz etmeleri üzerine şu cevabı vermiştir: "Mal Allah'ındır, insanlar da Allah'ın kullarıdır. Eğer Allah yolunda kullanılan hayvanlar olmasaydı, bir karış toprağı bile koru yapmazdım" (Ebû Ubeyd, el-Emvâl, Mısır, 1968, s. 414 vd); KARAMAN, s. 84.

olmaksızın ellerinden almış ve Kâbe haremine katmıştır[34]. Hatta bu örnekte ev sahiplerinin evlerini satmak istememeleri veya itirazları dinlenmemiş bedeller bir süre hazineye bırakılmış daha sonra paralar sahiplerine verilmiştir[35].

Gerek Hz. Peygamber gerekse Raşid halifeler dönemindeki bu uygulamalar istimlâkin önemli referansları olmakla birlikte esas hukuki dayanağının "maslahat" ilkesi olduğu ifade edilmektedir. İslam hukukçularının istimlâkin cevazı hususundan ziyade kamu yetkilerinin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik kural ve tedbirler üzerinde durdukları görülmektedir[36]. Bu hassasiyet istimlâk uygulamasını sıkı şartlara bağlanmasını gerektirmiştir[37].

Sonuç olarak İslam hukukçularının büyük bir çoğunluğu toplum menfaatini veya maslahatını gerçekleştirmek, topluma gelebilecek zararlar önlemek için başka bir çözüm yolu bulunamadığı zaman, sahibinden malının zorla alınmasının caiz olduğunu kabul ederler. Ancak bunun için, mülkü kamulaştırılacak kimseye, malının gerçek bedelinin peşin olarak ödenmesi gereklidir. Mecelle'nin 21. maddesine göre "*Zaruretler kendi miktarınca takdir olunur*". Zira zarureten el konulan malın bedeli ödenmezse zaruret miktarı aşılmış olur.

C. OSMANLI HUKUKUNDA İSTİMLAK

İfade ettiğimiz üzere istimlâk Osmanlı hukukundaki ilk düzenlemesi Hicri 1272 (1855) tarihli nizamnamedir[38]. Elbette Osmanlı Devleti'nin özellikle klasik dönemini İslam hukuku hükümlerinden veya uygulamasından ayrı tutamayız. Bunun için de istimlâke ilişkin ilk düzenlemenin ancak Mecelle'den yaklaşık 13 yıl kadar önce kaleme alınabildiğini görmekteyiz. Zira bu nizamnamenin Mecelle de olduğu gibi üstlendiği misyon o zaman dek gelişen mevcut uygulamayı kodifiye etmek olmuştur. Dolayısıyla yasal düzenlemelerin geç tarihlere tekabülü istimlâkin Tanzimat sonrası ortaya çıkan bir müessese olduğu sonucuna götürmez.

Tam ismi *"Menafiye Umumiye Dair Şeylerin Tanzimi Halinde Lüzumu Olup Kıymeti Layikası ile Sahiplerinden Mubayaa Edilecek Arazive Saireye Dair Nizamname"dir. Nizamnameye göre "istimlâk edilecek gayrimenkulün Dersaadette bulunuyorsa öncelikle şehir meclisi ve Ticaret Nezareti mülk sahipleri ve eğer vakıf elindeyse belirlenecek bir mevla tarafından vukuf ehli ve tarafsız kimselere sorularak mahallin şekli halini belirtir mazbata yapılıp bulunanlar ve sahipleri tarafından imza ve mühür edilir. Yine bu mazbata binalar meclisinde tasdik olunur, sonrasında ticaret Nezareti tarafından Bab-ı Ali'ye sunulur orada da onaylanır. Böylece istimlâk kesinleşir. İstimlâk edilecek şey taşrada ise mahallerindeki memleket meclisi, taraflar ve vakıf dahilindeyse oranın müdürü tarafından bir kimse mevla olarak belirlenir ve ehli vukuftan tarafsız kimselere kıymet sorularak alınacak mahallin şeklini ve diğer özelliklerini belirtir mazbata hazırlanıp imzalanıp mühürlenir ve memleket meclisine verilir, orada tasdik edilir ve vali tarafından Bab-ı aliye sunulur. Orada da onaylandıktan sonra işlem icra edilir"*[39].

---

34 ZEYDÂN, İslâm Hukukuna Giriş, s. 370.
35 ÇALIŞ Halit, İslam Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları, Konya 2004, s. 349.
36 AKTAN, s. 365.
37 ÇALIŞ, s. 350.
38 CİN-AKGÜNDÜZ, s. 683.
39 DÜSTUR, C. 2, s. 337; KOYUNCU, s. 95.

Nizamname hükümlerine göre istimlâkin en önemli özellikleri özel mülkiyetteki bir arazinin umumi yarar söz konusu olduğunda kıymeti ödenerek devlet tarafından satın alınabileceği şeklinde özetlenebilir.

1272 tarihli istimlâk nizamnamesinden yaklaşık 8 yıl önce kaleme alınan 1264 tarihli Ebniye Nizamnamesi'nin dördüncü maddesi oldukça önemlidir. Söz konusu nizamnamede "*..ve bu makule ebniyenin vücudunda mazarrat ve kaldırılmasında menfaat-i umumiyye olup da devlet tarafından değer bahasıyla iştirasına rağbet olunduğu halde sahibi satmaya veyahut def'i matlub olan mazarratı bertaraf etmeğe mecbur olacaktır*". Bu hüküm, bir yıl sonra yenilenen 1265 tarihli Ebniye Nizamnamesinde de aynen tekrar edilmiştir[40].

1272 tarihli Nizamname 1295 tarihli "*Menafii Umumiye İçin İstimlâk Kararnamesi*" ile ilga edilmiştir. Söz konusu kararnamede İstanbul içindeki istimlâk edilecek yerler için kamu yararı kararının Şurâ-yı Devlet tarafından, taşrada ise vilâyet idare meclisince alınacağı düzenleme altına alınmıştır. 1325 tarihli Şurâ-yı Devlet kararıyla ise kamu yararı kararının, Dersaadet'te de taşrada olduğu üzere İstanbul Vilayet Meclisi'nce alınması kararlaştırılmıştır. Hatta Şurâ-yı Devlet'in istimlâke ilişkin kamu yararı bulunup bulunmadığına ilişkin üstlendiği bu görevinin yaşanan tereddütlerde ve dolayısıyla devreye girmesi beklenen durumlarda dahi "Şurâ-yı Devlet'e sevkine mahal bulunmadığı" ifade edilerek sona erdirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Söz konusu değişiklik hükmü, 1330 yılında İstimlâk Kararnamesi'nin ilgili maddesi tadil edilerek eklenmiştir[41]. Bununla birlikte uygulamanın farklı yönde geliştiği ve Şurâ-yı Devleti'n üstlendiği danışma fonksiyonuna uygun olarak istimlâk ile ilgili yaşanan birçok uyuşmazlıkta devreye girdiği ve meseleleri çözüme kavuşturmaya devam ettiği anlaşılmaktadır[42].

Yine 1291 ve onu yürürlükten kaldıran 1298 tarihli Ebniye kanunları da kısmi olarak istimlâki düzenleme altına almıştır[43]. Ardından 1329 tarihli "*İstanbul'da ve Vilayatta Devairi Belediye Namına İstimlâk Olunacak Mahallerin Sureti İstimlâki Hakkında Kanunu Muvakkat"* yürürlüğe girmiş, belediyeler tarafından yapılacak istimlâklerin usulünü düzenlemiştir[44].

Bu genel bilgilerden sonra Mecelle'de istimlâk ile ilgili bilgiler verelim.

III. MECELLE'DE İSTİMLAK

Mecelle, istimlâk konusunu gerek külli kaideler kısmında gerekse hususi bir madde olarak düzenleme altına almıştır. Mecelle yeni hükümler getirmeyip o zaman kadar mevcut hükümleri kodifiye eden bir düzenleme olması nedeniyle aynı zamanda klasik dönem istimlâke ilişkin Osmanlı hukukunun esaslarına işaret etmesi bakımından da önem arz etmektedir. Yeri gelince değineceğimiz İstimlâke ilişkin Mecelle maddeleri şunlardır: "*zaruretler, sakıncalı olan şeyleri mübah kılar*" (madde 21); "*zaruretler kendi mikdarlarınca takdir olunur*" (madde 22); "*zararı âmmı def' için zarar-ı hâs tercih olunur*" (madde 26); "*zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur*"

[40] ERGİN Osman Nuri, Mecelle-i Umûr-ı Belediye, C. 2, İstanbul 1995, s. 1033
[41] ERGİN, C.7, s. 3711- 3715-3716.
[42] Örnekler için bkz. ERGİN, C. 7, s. 3726.
[43] ERGİN, C. 2, s. 1072; Bu kanunlar Osmanlı devletinin il imar mevzuatını teşkil etmektedir. SEY Yıldız, "Cumhuriyet Döneminde Türkiye'de Mimarlık ve Yapı Üretimi", 75. Yılda Değişen Kent ve Mimarlık, İstanbul 1998, 25 vd; TEKELİ İlhan, "Türkiye'de Cumhuriyet Döneminde Kentsel Gelişme ve Kent Planlaması", 75. Yılda Değişen Kent ve Mimarlık, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul 1998, s. 1 vd.
[44] ŞEN, s. 178.

(madde 27); "*def'i mefasid celbi menafiden evladır*" (madde 30); "*raiyye yani teba'a üzerine tasarruf maslahata menuttur"* (madde 58).

Dolayısıyla Mecelle'nin 21-22-26-27-30-58. maddeleri istimlâkin temel esasları ile yakından bağlantılıdır.

Mecelle'nin konu ile ilgili hususi maddesi olan 1216. maddesi ise şöyledir: *"İhtiyaç olduğunda, devlet başkanının emri ile bir kimsenin mülkü, kıymeti ödenmek sûretiyle satın alınarak yola katılabilir. Fakat satış bedeli ödenmedikçe, mal sahibinin elinden alınamaz"*[45].

Bu madde Mecelle'nin 1045. Maddesiyle başlayan Kitabü'ş- Şirket kitabının, "Hıytan ve Cirana Müteallik Mesâil" başlıklı bab-ı salis yani üçüncü babının, "Tarikler" hakkındaki fasl-ı salis yani üçüncü faslında yer almaktadır[46]. Maddede özel bir mülkün yola katılmasından bahsedilerek istimlâkin esasları belirlenmiştir. Dolayısıyla buradaki özel mülkün yola katılması daha sonra da ifade edeceğimiz üzere örnek kabilindendir, yani tahdidi bir özellik taşımamaktadır. Yollar bahsinin, şirketler kitabında yer almasının sebebi ise yolların ortak kullanıma ait bir alan olması ve eski hukukumuzda bir nevi ortaklığı ifade etmesinden kaynaklanmaktadır[47]. Dolayısıyla İslam hukukundaki şirket kavramı günümüz hukukundaki şirket kavramından daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Bu nedenle yollar da şirketler bahsinde ele alınmıştır.

Mecelle'de istimlâkin şartları şu şekilde belirlenmiştir.

A. KAMU YARARI

İstimlâkte kamu yararı ön planda tutulur ve Mecelle'nin ifadesiyle genel zararı önlemek için özel zarar tercih edilmektedir[48]. Kamu yararı "bir kişi veya bir grup insan için değil, insanların tamamı ya da çoğunluğu için yarar sağlayan ya da çoğunu ilgilendiren bir zararı ortadan kaldıran yarar" olarak tanımlanmaktadır[49]. Mecelle'de de bu hüküm açıkça vurgulanmıştır.

"Zarar-ı ammı def için zarar-ı has ihtiyar olunur"[50].

Kamu yararı kavramı mahiyeti gereğince zamana ve yere göre değişebilir bir özelliğe sahiptir. Bu nedenle tek tek sayılması mümkün değildir. Kamu yararı veya maslahat en geniş anlamıyla insan yararının, refahının gerekliliklerinin dikkate alınması ve hukuki meselelerin çözülmeye çalışılmasıdır[51]. Kamu otoritesi özel mülkiyete el koyma yetkisinin temel dayanağı maslahat prensibidir. Bu tür tasarrufların şeriatın gerçekleştirmeyi hedeflediği gayeler çerçevesinde kalması, akıl, örf, gelenek ve ilimden de yararlanılarak sosyal hayatın gereklerine uygun olarak icra edilmesi gereklidir. İstimlâkteki kamu yararı, bir zararın ortadan kaldırılmasının hedeflenmesidir. Ayrıca özel yarara karşı genel yarar üstün tutulmaktadır[52].

---

45 "Lede'l-hace emri sultani ile bir kimsenin milki kıymeti ile alınıp tarika ilhak olunabilir. Fakat tediye-i semen olunmadıkça milki yedinden alınamaz". KARAMAN, s. 86; ALİ HAYDAR EFENDİ, s. 2181.

46 DOĞAN Ahmet Murat, http://www.bilgiyayim.com/mecelle/mecelle_tam.html. Erişim. 10.09.2017.

47 Kamuya ayrılmış olan ortak kullanım alanlarından yararlanma da İslam Hukukunda şirket sözcüğü ile ifade edilir. AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2014, s. 403.

48 "Zararı Âmmı Defi' İçin Zararı Hass İhtiyar Olunur." Mecelle Madde 25.

49 AKILLIOĞLU Tekin, "insan hakları kavramı üzerine düşünceler", İHİD, Lütfü Duran'a Armağan", S. 1-3, 1998, s. 16.

50 Mecelle Madde 26.

51 CİN-AKYILMAZ, s. 61.

52 Avrupa İnsan hakları mahkemesi kamu yararı ile genel yararı aynı anlamda kullanmaktadır. SARI H. Gürbüz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 No:lu Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması, İstanbul 2010, s. 55.

"*Zarar-ı eşed, zarar-ı ehaf ile izale olunur*"[53], bu hususu doğrulayan bir diğer Mecelle hükmüdür. Yani şiddetli zarar hafif zararla giderilir veya büyük zararı bertaraf etmek için küçük zarara tahammül edilir.

İslamiyet insan ve toplum maslahatına son derece büyük önem vermiştir. İnsan fiilleri de maslahat veya mefsedet açısından değerlendirilmiştir. Mutlak maslahat veya mutlak mefsedet var mıdır veya bu ikisinin eşit olup olamayacağı konuları tartışılmıştır. Ancak çoğunluk tarafından kabul gören önemli bir husus vardır ki o da: mefsedeti defetmenin maslahatı celbetmekten önce geleceğidir. Mecelle'nin 30. Maddesi hükmüyle "*Def-i mefasid celb-i menafiden evladır*[54].

Maslahat önem ve derece bakımından üç kısma ayrılır. Birincisi zaruriyyât, ikincisi haciyyât, üçüncüsü tahsiniyyât (kemâliyyât). Bunlar içerisindeki haciyyât, güçlüğün kaldırılması ve bir kısım fert ve kamu yararlarının sağlanması gibi ihtiyaçlarla ilgili maslahatlardır[55]. İstimlâke ilişkin maslahat bu tür bir maslahattır.

Osmanlı uygulamasında kamu yararı kararının hangi birimler tarafından alınacağı gerek nizamnamelerde gerekse kanun-u muvakkatlerde net olarak belirlenmiştir. Zira bu kararın alınması zorunlu olup savaş gibi olağanüstü durumlarda bile ihmal edilmemesi gerekliliği bulunmaktadır[56].

B. ZARURET VE İHTİYAÇ

Mecelle'de "ledel hâce" yani ihtiyaç olması durumu olarak ifade edilmiştir. Zaruret sözlükte şiddetli sıkıntı çaresiz kalma gibi anlamlara gelmektedir. İslam hukukunda mülkiyetin dokunulmazlığını daha önce ifade etmiştik. Temel ilke bu olmakla birlikte zaruret veya ihtiyaç durumunda mülkiyete müdahale kabul edilmiştir. İstimlâk de mülkiyete müdahale olduğuna göre zaruret ve ihtiyaç şartını taşımalıdır. Mecelle'deki "*zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar*"[57] maddesi ferdi mülkiyet dokunulmazlığının ancak zaruret halinde ihlal edilebileceğini düzenlemiştir.

---

53 Mecelle Madde 27.

54 ŞENER Abdülkadir, "İslâm Hukukunda Maslahat ve Mefsedet Anlayışı", AÜİFD, C. XVIII, 1970, s. 105-106.

55 ŞENER, s. 108.

56 *"Şu sırada tevsiyeyi tarik ve tezyin-i belde münasebetiyle hedmiyât icrası kimsesiz ailelerin meskensiz kalmalarını mü'eddi olacağından bu gibi hususatın seferberliğin hitamına taliki lüzumu ol babdaki Şurâ-yı Devlet kararı üzerine 7 Temmuz 1916 tarihinde tâ'mimen tebliğ kılınmış olduğu halde bazı kasabâtta kavâidi İstimlâke riâyet olunmak şöyle dursun belediyelerin istâat-ımâliyye vesâit-i mâriyyesi nazar-ı te'emmüle alınmaksızın mahzâ tevsi-i esvâk gayret-i nâ-becâsıyla bir çok mebâninin hedm ve tahrib edildiği ve enkâzı bile kaldırılamayacak sokakların toprak ve taş yığınlarından geçilemeyecek bir hâle geldiği ve bu gibi hâlâtın muhacir ve mülteci ve bîkes asker ailelerinin me'vâsız kalmalarını mûcib olmakla beraber hem vâridât-ı Hazînenin hem de servet-i memleketin ziyâını intâc eylediği ihbârat ve işârât-ı vâkıadan anlaşılmaktadır. Devâir-i belediyye nâmına vuku bulacak istimlâk muâmelâtına dair 21 Kanunısânî 1329 tarihli kânununikinci maddesi mûcebince belediyeler nâmına istimlâkât icrâsı en büyük mülkiye memuru tarafından "Menâfi-i umûmiyye kararı" itâsına mütevakkıf olmasına ve binâenaleyh istimlâk muâmelâtında rüesâ-yı memûrîn-i mülkiyeye teveccüh eden vazife ve salahiyet ehemmiyet-i mahsûsayı hâiz bulunmasına nazaran işbu salâhiyetin bilhassa şu sırada fevkalâde tekayyüd ve ihtiyât ile isti'mâlilâbüd olub belediyelerin iktidâr-ı mâlisi müsaid olmadığı ve elde vesâit ve levâzım-ı i'mariyye bulunmadığı şu sırada akâmete mahkum kalması ve alel-husus ashâb-ı emlâkin silah altında bulunmasından dolayı kimsesiz âilelerin sefâleti ile neticelenmesi tabîi olan ve beldenin ma'mûriyeti yerine harâbını istilzâm eylemekle "Menâfi-i umûmiyye" ile de gayr-i kâbil-i telif bulunan bu kabîl teşebbüsat ve hedmiyâta ruhsat i'tâsı hiç bir veçhile şâyân-ı tecviz olamayacağından zaten fakîrü'l manzar olan bilâd ve kasabâtın bir kat daha tahribine meydan verilmemesi suret-i ekîdeve kat'iyede tavsiye olunur."* Harb Zamanında Menâfi- i Umûmiyye Kararı İstihzal Edilmeksizin Tesviye-i Tarik ve Tezyin-i Belde Maksadıyla İcrâât ve Teşebbüsâta Girişilmemesine Dair Dâhiliye Nezareti Tezkiresi, 1 Ağustos 1332, ERGİN, C. 7, s. 3742.

57 Mecelle Madde 21.

Normalde mülkiyetin devir ve temliki, mal sahibinin rızasına bağlı olduğu halde, zaruret gereğince bir istisna olmak üzere istimlâkte rıza aranmamaktadır.

Mecelle hükmünde ihtiyaç olması durumunda bir kimsenin mülkünün yola katılabileceği ifade edilse de istimlâk, Mecelle şerhine de açıkça yazıldığı üzere tarik yani yol dışında cami veya suyolunun genişletilmesi, demir yolu yapımı gibi farklı ihtiyaçlar için de yapılabilir[58].

Osmanlı uygulamasında istimlâkin genellikle bir kamu hizmetinin ifası ya da muhtemel bir zarar tehlikesinin önlenmesi gibi zaruri durumlarda uygulandığı görülmektedir[59]. Bir örnekte sel felaketinden korunmak üzere sel yatağındaki evlerin kamulaştırıldığı görülmektedir[60]. Bir başka örnekte Haremeyn'in tamiri ve genişletilmesi için etrafındaki binalar istimlâk edilmiştir[61]. Yine bir cami ve bünyesindeki mektebin tamiri ve genişletilmesi amacıyla etrafında bulunan özel bir şahsa ait bir dükkân istimlâk edilmiştir[62]. Hicri 1275 yılına ait bir diğer belgeden de demiryolu inşası için merkezde bulunan bir kısım arsaların istimlâk edildiği anlaşılmaktadır[63].

Sonuç olarak örnekler de göstermektedir ki istimlâk, ihtiyaç olması durumunda gerek bir yolun genişletilmesi için yapılabileceği gibi, cami, medrese, demir yolu, kışla yapımı, kamu binasının genişletilmesi gibi oldukça geniş bir yelpazede yapılabilmiştir. Dolayısıyla ifade ettiğimiz üzere Mecelle'nin yol ifadesi örnek kabilindendir yani tadadidir ve sadece yollar için istimlâkin öngörüldüğü anlamına gelmemektedir[64].

C. İSTİMLÂKİN YETKİLİ ORGAN TARAFINDAN YAPILMASI

İslami esaslar devlet başkanına toplumda huzuru ve sükûnu sağlama; İktisadî refahı, toplumun bütün kesimleri arasında yayma; Mü'minlerin ihtiyaçlarını belirleyip karşılama, topluma ve insanlara faydalı olanı yapma, zararlı olanları ise önleme görevlerini yüklemiştir. Tüm bu görevleri yürütürken de icrai kararlar alabilme yetkisini tanımıştır[65]. Ancak onun bu hakkı sınırlıdır. Bu nedenle de kararlarını İslam'ın çizdiği sınırlar dairesinde almak zorundadır[66]. Zira Kur'ân ve Sünnet'in hükmünün bulunduğu yerlerde onlara uygun hareket edecek, olmayan yerlerde ise, Mecellede de yer bulan İslam'ın şu genel ilkesine göre davranacaktır: "*İmâmın raiyye üzerine tasarrufları maslahata menuttur*"[67].

Maslahat prensibi gereğince devlet otoritesine hukukun belirli alanlarında oldukça geniş takdir yetkisi tanınmıştır[68]. Dolayısıyla devlet başkanı sınırlı bir iktidara sahip olsa da maslahat prensibine uygun olarak bazı bazı düzenlemeler yapabilir ve bu zaman zaman kişisel hürriyetlerin sınırlandırılmasını da içerebilir. Dahası hakların kullanılmasında da bir takım

---

58 ALİ HAYDAR EFENDİ, s. 2181.
59 KOYUNCU, s. 94.
60 BOA, A.DVNSMHM.d.., Nu. 30/14, H. 20.01.985.
61 BOA, A.DVNSMHM.d.., Nu. 40/6, H. 8.12.986.
62 BOA, A.AMD., Nu. 15/56, H. 29/12/1265.
63 BOA, A.AMD., Nu. 90/48, H. 01.06.1275.
64 Diğer taraftan Mecellenin kazuistik bir metotla kaleme alınmış olduğu kabul görmektedir; ŞEN, s. 180.
65 ÇETİN Maksut, "Mâturidiliğin Siyaset (Hilâfet/İmâmet) Anlayışı", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum 2013, s. 135-136; ÜÇOK Coşkun-MUMCU Ahmet-BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2014, s. 80-81; DEMİR, s. 239.
66 KAYAOĞLU İsmail, İslam Kurumları Tarihi, Ankara 1985, s. 37.
67 Mecelle Madde 58.
68 AYDIN, s. 116.

sınırlamalar getirebilir. Mecelle'nin "*zarar-ı ammı def için zarar-ı hass ihtiyar olunur*" hükmü devlet başkanının bu yetkisinin meşruiyetini sağlar[69].

İstimlâkle ilgili Mecelle hükmüne göre yetkili makamın devlet başkanı veya onun izniyle yetkilendirilmiş kişiler olduğu "emri sultani" ile "ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla istimlâk kamu otoritesi ya da bu otoriteyi onun adına kullanma yetkisi bulunan makamlar tarafından yapılabilir. Bir şahsın diğer şahsın mülkiyetine özellikle de rıza dışında el koyması istimlâk değildir, aksine bir suç oluşturur[70].

D. İSTİMLÂK BEDELİNİN ÖDENMESİ

Üç mezhebin de üzerinde ittifak ettiği üzere özel mülkiyete el koyma ancak bedeli ödenerek yapılabilir. Mecelle'de yer alan hüküm de bu esası desteklemektedir.

"Izdırar gayrın hakkını iptal etmez"[71].

Mecelle 1216'da "*bir kimsenin mülkü kıymetiyle alınıp tarike ilhak olunabilir, fakat tediye-i semen olunmadıkça mülkü yedinden alınamaz*" hükmündeki kıymet ifadesi bu malın hakiki değeri anlamına gelmektedir[72]. Bu bakımdan bir mülk gerçek değerinin altındaki bir bedelle istimlâk edilemez. Mecelle'de geçen satın alınabilir hükmü mülkiyet geçişinin bir satıma dayandığını göstermekte ve satım akdinin unsurlarından birinin de semen olduğu göz önünde bulundurulduğunda istimlâk, bedel ödenerek yapılan bir el koyma olduğu kolaylıkla anlaşılabilmektedir. Zaten Mecelle'nin ilgili hükmünde Mecelle'de satım sözleşmesinin düzenlenmiş olduğu 251 ve 262. maddelerine atıf yapılmaktadır[73]. Mecelle açıkça satım akdine atıf yaptığına göre bu akdin özelliklerine bakılarak istimlâkin bedele ilişkin esasları belirlenebilir. Mecelle madde 251'e göre: "Bey'i *mutlak peşin olmak üzere münakid olur. Fakat* bey'i *mutlak bir müddet-i malûme ile muvakkat ve mukassat olmak üzere örf ve âdet olan yerde ol müddete masruf olur. Meselâ peşin ya veresiye lâkırdısı olmaksızın çarşıdan biri bir şey alsa akçesini peşin vermesi lazım gelir. Fakat ay veya hafta başında semenin tamamı yahut bir mikdarı muayyeni alınmak adet-i belde ise ol âdete riayet olunur*"[74]. Görüldüğü üzere esas olarak semenin peşin ödenmesi arzu edilir.

İstimlâkte de söz konusu bedelin genellikle nakit ve peşin olarak ödenmesi kabul görür. Ancak İslam ve Osmanlı uygulamasında bu kuralın dışına çıkılarak vergiye mahsup edilmesi ya da başka bir arazi tahsisi gibi uygulamaların da olduğu görülmektedir[75]. Hatta istimlâk edilen emlake karşılık gelmek üzere maaş tahsis edilmesi şeklinde ilginç bir örneğe bile

---

69 DEMİR, s. 239.

70 İmam Muhammed taşınmazların taşınırlar gibi gasp edilebileceği veya gasp sorumluluğu doğurabileceğini kabul eder. Ebu Hanife ve Yusuf'a göre ise gayrimenkuller gaspa konu olmaz. Diğer üç mezhep ise taşınmazların gasp fiiline konu olabileceğini savunur. AYDIN, s. 388.

71 Mecelle Madde 33.

72 Günümüz hukukunda da bu anlayış geçerlidir. Mülkiyet hakkının koruması ancak gerçek karşılık olan adil değerin tespit edilmesi halinde sağlanmış olacaktır. Buna ilişkin ulusal ve uluslararası sözleşmelerde gerçek karşılığa vurgu yapılmaktadır. AKGÜNER Tayfun- ERMAN Hasan, "Kamulaştırmada Son Gelişmeler ve Malikin Geri Alma Hakkı", İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2003,C.1, S. 1-2, İstanbul 2003, s.4

73 ALİ HAYDAR EFENDİ, s. 2181.

74 BERKİ ALİ HİMMET, MECELLE (MECELLE-İ AHKÂM-İ ADLİYYE), BANKA VE TİCARET HUKUKU ARAŞTİRMA ENSTİTÜSÜ, 1959, S. 34.

75 KOYUNCU, s. 95.

rastlanmaktadır[76]. Bir diğer dikkat çeken örnekte ise istimlâk edilen bir bostana karşılık Tarabya'da bir sahil arsasının verildiğini görmekteyiz[77].

1272 tarihli nizamname de istimlâk edilen mülkün gerçek değerinin tarafsız bilirkişiler tarafından tespit edilmesini, bu bedelin mülk sahiplerine tam olarak ödenmeden mülklerinden faydalanmalarına mani olunamayacağını, bedelin ellerine geçmesiyle birlikte mülkiyet haklarının sona ereceğini düzenleme altına almıştır.

E. İSTİMLÂKİN KONUSU ÖZEL MÜLKİYETE AİT BİR GAYRİMENKULDÜR

İslam hukuku kaynaklarında da açıkça belirtildiği üzere istimlâkin kapsamına öncelikle gayrimenkuller girmektedir[78]. Mecelle'nin 1216. maddesine göre istimlâki öngörülen mülk yola katılan bir özelliğe sahiptir. Dolayısıyla bir gayrimenkuldür.

Ancak ifade etmek gerekir ki Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebine göre gayrimenkul tanımı günümüz hukukundan farklılık arz etmektedir. Bu mezhep gayrimenkulü, şekli değişerek de olsa bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olmayan mal olarak tanımlamıştır.

Dolayısıyla bir mal şekli bozularak da olsa taşınabiliyorsa menkul maldır. Bu durumda Hanefi mezhebinin tanımı yalnızca araziye uymakta, bina ve ağaçlar bile menkul mal kapsamına girmektedir[79].

Mecelle'de düzenlenen yol ifadesinin mantığı da bu şekilde çözülebilmektedir. Zira istimlâk edilecek özel mülkiyetin genellikle yola katılacak bir arazi olması ihtimali yüksektir. Ancak Mecelle'nin "milk" ifadesinden söz konusu mülkün sadece arsa olarak dar yorumlanmaması, aksine uygulamanın gayrimenkulün günümüzdeki tanımına uygun olarak arazi dışında ev, bina ya da bir dükkânı kapsayacak şekilde geliştiğini görmekteyiz[80].

Ayrıca Mecelle'nin 129. Maddesinde[81] verilen tarife göre: "Gayr-i menkul: Akar denilen hane ve arazi misillü, mahall-i âhara nakli mümkün olmayan şeydir[82]."

Dolayısıyla Mecelle Hanefi mezhebinin gayrimenkul tanımının dışına çıkarak Maliki mezhebinin görüşünü tercih etmiş, hane veya bina gibi yapıları da gayrimenkul kapsamına almıştır[83].

---

76 BOA, A. MKT.MHM, Nu. 498/74, H. 24.04.1306.

77 BOA, A. MKT.MHM., Nu. 16/67, H. 08.10.1265.

78 Taşınır mallar istimlâke konu olmaz. Taşınır mallara el konulmasına istimvâl adı verilmektedir. İstimvâl 1924 Anayasasında menkul türünden maddi varlıklara ilişkin bir kamulaştırma türü olarak yer almakta idi. Buna karşılık 1961 ve yürürlükteki 1982 Anayasaları istimvâli ancak olağanüstü hallerde kullanılabilecek bir yetki olarak düzenlemektedir. BATTAL Ahmet, "Yeni FSEK 47 ile Gelen "Eser Kamulaştırması"nın Anayasaya Aykırılığı Meselesi", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl: 15, C. 16, S. 2014/2, s. 36.

79 CİN Halil-AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2011, s. 341; EREN Fikret - BAŞPINAR Veysel, Toprak Hukuku, Ankara 2007, s. 9

80 Örnekler için bkz. KOYUNCU, s. 94-95.

81 AKGÜNDÜZ Ahmet, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (Mecelle Tadilleri ve Gerekçeleriyle Birlikte), İstanbul 2013, s. 70.

82 ASLAN Ömer, Atıf Bey'in Mecelle Şerhinin Türkçe'ye Aktarımı Ve Değerlendirilmesi (Kitabül Büyu' Kısmı, 101-403 Maddeleri), (bitirme Tezi), Kayseri 2014, s. 21.

83 AVCI Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2017, s. 444.

SONUÇ

Görüldüğü üzere Mecelle'nin istimlâke ilişkin düzenlemesi sadece bir maddeden ibaret değildir. Hem külli kaideler kısmında hem de ilgili maddesiyle Mecelle, Osmanlı hukukundaki istimlâk ile ilgili önemli hükümler getirmiştir. Dahası Mecelle istimlâke terim olarak yer vermese de istimlâkin esasları ve Osmanlı klasik dönemi uygulamalarına ilişkin önemli ipuçları vermiştir.

Mecelle'nin 1216. maddesinde düzenlenen istimlâkin temel özellikleri; ihtiyaç yani zaruret durumunda yapılabilmesi, emri sultani emriyle yani devlet tarafından icra edilebilmesi, bedel tediyesinin zorunlu olması ve son olarak ancak özel mülkiyette bulunan bir gayrimenkulün istimlâk edilebilmesidir. Dolayısıyla özel mülkiyete gelişigüzel el konulamayacağı ve istimlâkin belirli sıkı şartlara tabi olduğu klasik dönem Osmanlı uygulamasında esas alındığı gibi Tanzimat sonrasında da yapılan hukuki düzenlemelere, Mecelle örneğinde olduğu gibi böylece yansıtılmıştır.

KAYNAKÇA

AKGÜNER Tayfun- ERMAN Hasan, "Kamulaştırmada Son Gelişmeler ve Malikin Geri Alma Hakkı", İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2003, C.1, 1-2, İstanbul 2003.

AKILLIOĞLU Tekin, "İnsan Hakları Kavramı Üzerine Düşünceler", İHİD, Lütfü Duran'a Armağan", S. 1-3.

AKGÜNDÜZ Ahmet, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (Mecelle Tadilleri ve Gerekçeleriyle Birlikte), İstanbul 2013.

AKTAN Hamza, "İstimlâk", TDVİA, C. 23.

AKTÜRK Rebii, "İslâm Hukukunda Mülk Edinme ve Kullanma Hakkının Dokunulmazlığı ve Kamulaştırma", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 10, 1976.

ALİ HAYDAR EFENDİ, Şerhu Mecelleti'l Ahkâm, (Çeviren: Raşit GÜNDOĞDU- Osman ERDEM), C. III, İstanbul 2016.

ASLAN Ömer, Atıf Bey'in Mecelle' Şerhinin Türkçe'ye Aktarımı Ve Değerlendirilmesi (Kitabül Büyu' Kısmı, 101-403 Maddeleri), (bitirme Tezi), Kayseri 2014.

AVCI Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2017.

AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2014.

BATTAL Ahmet, "Yeni FSEK 47 ile Gelen "Eser Kamulaştırması"nın Anayasaya Aykırılığı Meselesi", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl: 15, C. 16, S. 2014/2.

BERKİ Ali Himmet, Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-i Adliyye), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1959.

CİN Halil-AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2011. CİN Halil-AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2011.

ÇALIŞ Halit, İslam Hukukunda Özel Mülkiyet Ve Sınırlamaları, Konya 2004.

ÇETİN Maksut, "Mâturidiliğin Siyaset (Hilâfet/İmâmet) Anlayışı", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum 2013.

DEMİR Fahri, İslam Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı", Ankara 1981.

DOĞAN Ahmet Murat, http://www.bilgiyayim.com/Mecelle/Mecelle_tam.html. Erişim. 10.09.2017.

DÖNMEZER, "İstimlâk Hukuku", İÜHF Dergisi, C. VII, 1941. EBU UBEYD, el-Emvâl, Mısır, 1968.

EKİNCİ Ekrem Buğra, İslâm Hukuku Umumi ve Husûsi Hükümler, İstanbul 2016.

ERDOĞAN Suat, "Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımı ve İslamî Cezalar", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 58:1, 2017.

EREN Fikret - BAŞPINAR Veysel, Toprak Hukuku, Ankara 2007. ERGİN Osman Nuri, "İslam'da Temellük ve Tasarruf Hakkının Dokunulmazlığı ve İstimlâk Meselesi", Adalet Dergisi, Yıl: 40, 1949.

ERGİN Osman Nuri, Mecelle-i Umûr-ı Belediye, C. 2/7, İstanbul 1995. GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş (Bursa: Ekin Kitapevi Yayınları, 1998). GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-Turgut TAN, İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I, Ankara 2007.

KARAMAN Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, C. III, İstanbul 1991. KAYAOĞLU İsmail, İslam Kurumları Tarihi, Ankara 1985.

KOYUNCU Nuran, "Osmanlı Hukukunda İstimlâk", Kamu Hukuku Arşivi, Mart 2008.

KUZU Burhan, Türk Anayasa Metinleri, İstanbul 1988.

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, 3. bası, İstanbul 1966.

ÖZYÖRÜK Mukbil, Kamulaştırma Hukuku, Nazari, Ameli ve Mukayeseli Etüt, Ankara 1948.

SARI H. Gürbüz, , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 No:lu Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması, İstanbul 2010.

SEY Yıldız, "Cumhuriyet Döneminde Türkiye'de Mimarlık ve Yapı Üretimi", 75. Yılda Değişen Kent ve Mimarlık, İstanbul 1998.

ŞENER Abdülkadir, "İslâm Hukukunda Maslahat ve Mefsedet Anlayışı", AÜİFD, XVIII, 1970.

ŞEN Murat, "İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Erzincan 1997.

ŞİMŞEK Suat, "Kamulaştırmanın Anayasal İlkeleri ve Bu İlkelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırılması", Adalet Dergisi, Yıl: 2012, S. 44.

ŞİMŞEK Suat, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2010, S. 91.

ŞİMŞEK Suat, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Kamu Yararı Kavramı Ve Devletlerin Takdir Hakkı", Adalet Dergisi Yıl: 2012, S. 42.

TEKELİ İlhan, "Türkiye'de Cumhuriyet Döneminde Kentsel Gelişme ve Kent Planlaması", 75. Yılda Değişen Kent ve Mimarlık, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul 1998.

ÜÇOK Coşkun-MUMCU Ahmet-BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2014.

ZEYDAN Abdülkerim, İslâm Hukukuna Giriş, (Çeviren: Ali Şafak), İstanbul 1976.

ZEYDAN Abdülkerim, İslam'da Ferd ve Devlet Münasebetleri, İstanbul 1978.

ZEVKLİLER, Aydın, "Kamulaştırma Satım Sözleşmesinin Özel Bir Çeşidi Midir?", Prof. Dr. Osman F. BERKİ'ye Armağan, Ankara 1977, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 411.

MECELLE'NİN ON ALTINCI KİTABI "YARGILAMA"NIN BİRİNCİ BABI

Prof. Dr. Abdulkadir ŞENER

Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Emekli Öğrt.Üyesi

Arş. Gör. Banu ATLI

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ÖZET

İslam hukuku (Fıkıh) kitaplarında yargılama, hâkimin nitelikleri, görevleri, uyması gereken kurallar, iade-i muhakeme ve tahkim konuları "Edebü'l-Kâdî" veya "Âdâbü'l-Kudât" başlıkları altında yer alır. Fıkıh'ta hukuk ve ceza yargılamaları birlikte anlatılır. Mecelle'de ise bu konular "Kitabü'l-Kazâ" başlığı altında ele alınmıştır. Ancak ceza yargılamasına değinilmemiştir.

Mecelle'nin on altıncı kitabını oluşturan "Kitabü'l-Kazâ" bir Giriş (Mukaddime)'den sonra dört baba ayrılmıştır. Birinci bap hâkimlerin nitelikleri, ikinci bap hüküm, üçüncü bap hüküm verildikten sonra davaya tekrar bakılması ve dördüncü bap tahkim konusu olan meselelere dairdir.

Mecelle'nin bu on altıncı kitabının birinci babı dört fasıldır. Birinci fasıl hâkimin vasıfları, ikinci fasıl hâkimlerin uymaları gereken kurallar (âdâb), üçüncü fasıl hâkimlerin görevleri (vazifeleri) ve dördüncü fasıl yargılama şekli (sûret-i muhâkeme) hakkındadır.

MECELLE' NİN ON ALTINCI KİTABI YARGILAMA"NIN BİRİNCİ BABI

Mecelle'nin her kitabında olduğu gibi on altıncı, yani son kitabını oluşturan "Kitabü'l-Kazâ"da da bir Giriş (Mukaddime) yer almaktadır. Klasik Fıkıh kitaplarında "yargıç" karşılığında "Kadî" sözcüğü kullanıldığı hâlde Mecelle'de "hâkim" kelimesi kullanılmıştır. Oysa Arapça'da "hâkim" sözcüğü, genellikle dilimizdeki "hükümdar", "bölge valisi" gibi anlamlarda kullanılmaktadır .

Mecelle'nin bu kitabı dört baptan oluşmakta ve 1784 – 1851. maddelerini teşkil etmektedir. 1784 – 1791. maddeleri Mukaddime (Giriş) olup bu kitapta geçen önemli terimlerin açıklanmasına ayrılmıştır.

BİRİNCİ BAP:

Bu bap (bölüm) hâkimlerle ilgili olup dört fasıldır.

Birinci Fasıl:

Bu fasılda hâkimin vasıfları belirlenmiştir. Şöyle ki:

Madde 1792 – "Hâkim; aklını fevkalâde iyi kullanabilen, verdiği hükmün dayanak ve gerekçesini iyi bilen (hakîm), anlayışlı-zeki (fehîm), doğru-dürüst (müstakîm), güvenilir (emîn), ağırbaşlı-vakur- oturaklı (mekîn) ve sağlam duruşlu (metîn) olmalıdır."

Mecelle'nin hâkimin vasıflarını belirttiği bu madde, günümüzde yürürlükte bulunan 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak, yargılamayı yürüten hâkimlerde bulunması gereken maddi niteliklerin dışında birtakım manevi özellikleri de aramaktadır[1]. Bunun nedeni ise açıktır: Adalet, İslamiyet'te üzerine en çok vurgu yapılan temel kavramlardan biridir. Bir toplumun barış ve huzur içinde yaşamasının ön şartı olarak görülen adaletin tesisi için büyük rolü bulunan kadılık kutsal bir meslek sayılmış, bu göreve getirilecek kimselerde aranan niteliklere de bunun için ayrı bir önem verilmiştir. Fakihlerin bu konuda ileri sürdüğü görüşler, toplumda mümkün olduğu ölçüde en vasıflı kimselerin bu görevi üstlenmesini temine yöneliktir. Mecelle'nin de 1792. maddesi hâkimliğin bilgi, sanat ve yüksek bir karakter işi olduğunu belirtmektedir[2].

Madde 1793 – "Hâkim, fıkhî-hukukî konulara, yargılama usûlüne vâkıf ve bunları önündeki davalara uygularken hüküm ve kesin karar verme gücüne sahip olmalıdır."

Bu maddede hâkimin fıkhî meseleleri bilmesi, muhakeme usulüne vakıf olması ve kuralları önüne gelen olaya uygulaması, problemleri çözme yeteneğine sahip olması aranmıştır.

Madde 1794 – "Hâkimin haklıyı-haksızı, yanlışı-doğruyu, iyi ve kötüyü tam olarak ayırt etme (temyiz) gücüne sahip olması gerekir. Buna göre küçükler, bunaklar, körler ve tarafların yüksek sesle konuşmalarını işitemeyecek kadar sağır (işitme engelli) olan kimseler hâkimlik yapamazlar."

Hâkimin vasıflarının düzenlendiği bu son maddede hâkimin fiziksel yeterliliklerine yer verilmiştir. Benzer hüküm HSK m.8'in g bendinde şu şekilde düzenlenmiştir: "*Hâkimlik ve savcılık görevlerini sürekli olarak yurdun her yerinde yapmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı veya engelliliği, alışılmışın dışında çevrenin yadırgayacağı şekilde konuşma ve organlarının hareketini kontrol zorluğu çekmek gibi engeli bulunmamak".*

İkinci Fasıl:

Bu fasılda hâkimin uyması gereken kurallar (âdâp, yargılama etiği) belirlenmiştir. Şöyle ki:

Madde 1795 – "Hâkim, duruşma yerinde alışveriş ve latife etme gibi mahkeme salonunun saygınlığını ortadan kaldıracak işlerden ve davranışlardan kaçınmalıdır."

Mecelle'nin ikinci faslında hâkimin yargılama yaparken uyması gereken kurallar ve esasında onun tarafsızlığını teminat altına alan hükümler yer almaktadır. Hâkimin saygınlığını ve yaptığı işin ciddiyetini zedeleyecek davranışlardan kaçınması için sevk edilen bu hükmün benzeri, HSK'da yer almasa da, hâkimlerin sıfat ve görevlerinin gereklerine uymayan hâl ve hareketlerinin tespit edilmesi üzerine HSK m.62 vd. gereğince disiplin cezasına çarptırılmaları söz konusu olur.

---

[1] Hâkimlere yönelik meslek ahlâkı standartlarını oluşturmak amacıyla Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından 23 Nisan 2003 tarihinde kabul edilen 43 sayılı Bangalor Yargı Etiği İlkeleri için ayrıca bkz. http://etik.gov.tr/Portals/0/meslek_etigi/Yarg%C4%B1%20eti%C4%9Fi%20ve%20Yarg%C4%B1%20Ba%C4%9F%C4%B1ms%C4%B1zl%C4%B1%C4%9F% C4%B1.pdf (Erişim Tarihi: 15.07.2017). Bangalor Yargı Etiği İlkeleri tanımlar kısmı çıkarılarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.06.2006 tarih ve 315 sayılı kararıyla benimsenmiştir. Bkz. http://www.edb.adalet.gov.tr/Ymb/pdf/317.pdf, s. 7 vd.

[2] Fahrettin Atar, "Kadı", DİA, C:24, 2001, s. 67.

Madde 1796 – "Hâkim, iki hasımdan hiçbirisinin hediyesini kabul etmez."

Tarafsızlığın temini için düzenlenen bir diğer hüküm, hâkimin gizli rüşvet olarak görünen hediyeyi kabul edemeyeceğini düzenlemektedir. Ancak hâkimin hediye aldığı tespit edilirse şayet duruyorsa hediye aynen, tüketilmiş ise bedeli sahibine geri verilir[3].

Günümüz hukukunda her ne kadar hâkimin hediye almasını açıkça yasaklayan bir hüküm bulunmasa da hâkimin davanın taraflarından birinden hediye alması rüşvet ihtimali veya töhmetini akla getireceğinden uygun görülmemektedir.

Madde 1797 – "Hâkim, iki hasımdan hiçbirisinin ziyafetine gitmez."

Bu hükmün istisnaları olmak üzere şu hâller zikredilmektedir: Ziyafet, sahibi hasımların dışında ve umumi olursa, davası olmamak şartıyla ziyafet sahibi akrabası olursa ve yine ziyafet sahibi davası olmamak şartıyla hâkimlikten önce davet etme âdeti olan arkadaşı ise bunların davetlerine gider[4].

Madde 1798 – "Yargılama sırasında hâkim; iki taraftan yalnız birisini evine almak ve duruşma yerinde birisiyle gizlice görüşmek veya ikisinden birisine el, göz veya baş ile işaret etmek veya onlardan birisine gizli bir şey söylemek, ya da diğerinin bilmediği lisanla konuşmak gibi töhmet ve sû-i zanna yol açacak durumlarda bulunmamalıdır."

Bu madde, hâkimin tarafsızlığına gölge düşürecek şekilde davanın taraflarıyla iletişim kurmasını yasaklamıştır. Benzer düzenleme, hâkimin reddi sebeplerinin yer aldığı HMK m.36'da hükme bağlanmıştır. Maddenin (a) bendine göre hâkimin d*avada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması*, (b) bendine göre *iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması,* Mecelle'deki bu hükme karşılık teşkil etmektedir.

Madde 1799 – "Hâkim iki hasım arasında adaletli olmakla emrolunmuştur.

Dolayısıyla hâkimin; iki taraftan biri her ne kadar eşraftan, öteki de halktan biri olsa dahi yargılama sırasında iki tarafı oturtmak ve onlara bakışlarını ve sözlerini yöneltmek gibi yargılamayla ilgili işlemlerde tamamıyla âdil olması ve eşitlikten ayrılmaması lazımdır."

Buna göre hâkim tam bir tarafsızlık içinde olmalı, davacı ve davalıların menfaatlerini eşit olarak gözetmelidir. Bu hükmün günümüz hukukundaki karşılığı, bir önceki maddede geçtiği gibi, HMK m.36'dır ve hâkimin reddi sebebini oluşturmaktadır.

Üçüncü Fasıl:

Bu fasılda hâkimin görevleri (vazifeleri) yer almaktadır:

Madde 1800 – "Hâkim, Sultan tarafından yargılamak ve hüküm vermekle yetkilendirilmiştir".

Osmanlı Devleti'nde hâkimlerin (kadıların) tayini mutlaka padişah beratı ile olurdu[5]. Padişahın hâkim tayini ise vekâlet akdi çerçevesinde gerçekleşmekteydi. Dolayısıyla vekilin

[3] Ali Haydar Hoca Eminefendizâde, Dürerü'l-hükkam şerhu mecelleti'l-ahkam, Cilt IV, Hukuk Matbaası, İstanbul, 1330, s. 678. Hâkimin hediye alabileceği istinai durumlar için bkz. Ali Haydar, s. 679.

[4] Ali Haydar, s. 683.

[5] Ortaylı, s. 70.

istifa etmesi gibi hâkim de padişahın uygun bulması şartıyla istifa yetkisine sahipti. Ancak istifa haberinin padişahın onayına sunulmadan hâkimin azledilmesi mümkün değildi[6].

Günümüzde hâkimlerin ataması ise Hâkimler ve Savcılar Kurulu[7] tarafından yapılmaktadır. Kurul, Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalışmakta ve hâkimlerin her türlü atama, terfi, disiplin, yer değiştirme gibi özlük işleri hakkında karar vermektedir. Herhangi bir sebep göstermeden görevden alma anlamına gelen azletme, günümüz hukukunda hâkimler için Anayasa'da açıkça yasaklanmıştır. Ancak Anayasa m.139 ve HSK m.44'e göre, hâkimler ve savcılar azlolunamaz. Ne var ki, HSK m.53'te sayılan hâllerden birinin gerçekleşmesi durumunda görevleri sona erer.

> ***Madde 1801 – "Yargı (kazâ), zaman ve mekân ile ve bazı hususların istisnâ edilmesiyle kayda bağlanır ve özellik kazanır (sınırlandırılır).***
>
> ***Meselâ, bir yıl süreyle görevlendirilen hâkim, sadece o yıl içinde hüküm verebilir. O yıl başlamadan önce veya o yılın bitmesinden sonra karar veremez. Yine belirli bir ilçede görevlendirilen hâkim o ilçenin her yerinde hüküm verebilir, ancak diğer bir ilçede hüküm veremez. Yahut belirli bir davaya bakmakla görevlendirilen hâkim yalnız ona bakar ve başka bir davaya bakmaz. Padişah tarafından âdil bir kamu yararı gözetilerek filân hususa ilişkin davaya bakılmaması emredilirse, hâkim o davayı dinleyip hüküm veremez. Bir mahkeme hâkimi bazı belirli hususların dinlenmesine yetkili olup da diğer konularda yetkili olmasa, o hâkim ancak yetkili olduğu hususları dinleyip hüküm verebilir, onun dışındaki davaları görüp hüküm veremez. Aynı şekilde halkın ihtiyacına elverişli ve çağın kamu yararı anlayışına uygun olduğu için Padişah bir müçtehidin (hukukçunun) görüşüne göre karar verilmesini emretmişse hâkimin o müçtehidin görüşüne aykırı şekilde ve başka bir müçtehidin anlayışına göre hüküm veremez, verirse hükmü geçersiz olur."***

Bu madde, yapılacak olan yargılama faaliyetinin zaman, mekân ve bazı istisnai hâller ile sınırlandırılabileceğini düzenlenmiştir. Hâkimlerin yetkilerinin zamanla sınırlandırılması ise 1331 (1912) yılında kaldırılmıştır. Hâkimlerin yargılama yetkisinin mekân bakımından sınırlandırılmasına ilişkin verilen örneğin ise yetki kavramından ziyade yargı çevresi kavramının karşılığı olduğu görülmektedir[8]. Yargı çevresi, mahkemenin yargı yetkisinin sınırlı olduğu coğrafi bölgeyi ifade etmektedir[9]. Yetki ise bir davanın hangi yerdeki mahkemede görüleceği konusu ile ilgilidir ve HMK m.5-20 arasında düzenlenmiştir[10].

Padişah tarafından kamu yararı düşüncesiyle bazı uyuşmazlıkların dava yoluyla mahkemeye getirilmekten istisna edilmesi durumunda, hâkimin o davayı görüp hüküm verememesi Mecelle'nin kendine özgü bir düzenlemedir[11].

---

6 Ali Haydar, s. 688.

7 6771 sayılı Kanun m. 14 ile değişik 2709 sayılı Kanunun 159. maddesi.

8 Yusuf Sancak/Emre Kıyak, "Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbü'l Kazâ", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 22, Sayı 2, 2014, s. 63.

9 Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 23. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 131. 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.7'ye göre, hukuk mahkemelerinin yargı çevresi, bulundukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adlî yönden bağlanan ilçelerin idarî sınırlarıdır.

10 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 131.

11 Sancak/Kıyak, s. 64. Bu hususa örnek olarak zamanaşımı meselesi gösterilmektedir.

Hâkimin bazı belirli özel konuların dinlenmesine yetkili olup bunun dışındaki davalara bakamaması mahkemelerin görevleriyle ilgili bir hususdur ve günümüzde HMK m.1-4 arasında hangi mahkemelerin hangi davaya bakmakla görevli oldukları düzenlenmiştir.

Maddede verilen son örnek ise günümüz hukukunda uygulaması bulunmayan Mecelle'ye özgü bir hüküm niteliğindedir. Nitekim mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen Anayasa'mızın 138. Maddesi, "*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz*" demek suretiyle bu hususu belirmiştir.

> ***Madde 1802 – "Bir davaya birlikte bakmak ve hüküm vermek üzere atanan iki hâkimden birisi tek başına karar veremez; verdiyse bu hüküm geçersiz olur."*** *(Bkz. mad. 1465)*[12].
>
> ***Madde 1803 – "Birkaç hâkimi olan beldede iki hasımdan birisinin bir hâkimin, ötekisinin de diğer hâkimin huzurunda yargılanmak istemeleri halinde davalının istediği hâkim tercih edilir."***

Maddede aynı yargı çevresinde birden fazla hâkimin mevcut olması ve davanın taraflarının davaya hangi hâkimin bakacağı hususunda anlaşmazlık yaşamaları ihtimali düzenlenmektedir.

Günümüz hukukunda tarafların davaya hangi mahkemenin bakacağı hususunda uyuşmazlığa düşmesi görev itirazını gerektirir ve bu husus kamu düzeninden olduğu için mahkemece davanın her safhasında re'sen gözetilir (HMK m.1 ve m.115). Tarafların yetkili mahkeme konusunda ihtilafa düşmesi durumunda ise yetkili mahkemece, HMK m.5 ve devamındaki hükümlere göre çözüme kavuşturulacaktır. Kesin yetkinin olmadığı hâllerde ise HMK m.6'ya göre, davalının yerleşim yeri mahkemesi genel yetkili mahkeme olarak davayı görebilir, ancak burada Mecelle'de olduğu gibi davalının değil davacının iradesi önem arz etmektedir.

> ***Madde 1804 – "Bir hâkim görevden alınsa ve bir süre görevden alındığı bilgisi kendisine ulaşmasa, bu arada baktığı dava ve verdiği hükümler geçerli olur. Fakat görevden alınma haberi kendisine ulaştıktan sonra vermiş olduğu hüküm geçerli olmaz."***

Daha önce belirtildiği gibi HSK m.44 gereğince, meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar ve meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla hâkimlerin azlolunması mümkün değildir.

> ***Madde 1805 – "Hâkim, eğer naip atama ve azletme yetkisine sahip ise diğer kimseyi kendisine naip olarak atar ve azledilebilir. Böyle bir yetkiye sahip değilse bunları yapamaz. Kendisinin azledilmesi veya ölmesi halinde naibi azledilmiş olmaz."*** *(Bkz. mad. 1466).*
>
> ***Buna göre her ilçenin hâkimi vefat ettikçe yerine bir hâkim gelinceye kadar o ilçede ortaya çıkacak olan davaya ölen hâkimin naibi bakabilir ve hüküm verebilir."***

---

[12] Mecelle'nin 1465. maddesi şu şekildedir: *"Bir kimse iki kişiyi birlikte tevkil ederse, vekil oldukları konuda sadece biri işlem yapamaz, yani vekâletin gereğini yerine getiremez.*
Ama husumette veya vedianın iadesinde veya borç ödemede vekil iseler vekâletin gereğini yalnız biri yerine getirebilir.
Ama bir kimseyi bir konuya vekil ettikten sonra diğerini de re'sen o işe vekil etmesi hâlinde vekâletin gereğini hangisi yerine getirirse getirsin geçerli olur."

Osmanlı adlî teşkilatında kadı yardımcısı ve vekili olan naip kadı tarafından belirlenir, Anadolu veya Rumeli kazaskeri tarafından tasdik edilirdi. İstanbul'da naiplerin tayininde İstanbul kadısı yetkiliydi[13].

Hükme göre bir hâkim, tayin edildiği göreve mazeret sebebiyle gitmeyip yerine nâip gönderebileceği gibi, İstanbul gibi yargı çevresinin çok geniş olması dolayısıyla genellikle nâhiye (bucak) statüsündeki yerlere de nâip gönderebilir[14]. Ancak hemen belirtelim ki, her hâkim naip tayin etme yetkisini haiz değildir. Buna göre hâkimler nâip tayini bakımından: 1) nâip tayin ve azledebilmek üzere devlet başkanı tarafından yetki verilen, 2) nâip tayinine yetki verilen ancak azletmeye yetkisi bulunmayan, 3) nâip tayin edemeyen hâkimler olmak üzere üç gruba ayrılırlar[15].

Günümüz hukukunda ise naip tayini, yalnızca toplu mahkemelerde ve o mahkemenin bir üyesinin belli bir işin yapılması için görevlendirilmesiyle mümkündür[16]. Bu ise, toplu mahkemede görev yapan tüm hâkimlerin örneğin hep birlikte keşif yapması yerine, içlerinden birisinin bu iş için görevlendirilmesidir.

> ***Madde 1806 – "Hâkimin dinlediği beyyine (delil-tanık) ile naibi ve naibin dinlediği beyine ile hâkim hüküm verebilir.***
>
> ***Şöyle ki, hâkim bir dava hakkında beyyineyi dinlese ve bunu naibine haber verse naibi, beyyinenin dinlenilmesini tekrar etmeksizin, hâkimin haber vermesiyle yetinerek hükmedebilir. Hüküm verme yetkisi olan naip de bir hususta beyyine dinleyip hâkime bildirse hâkim de beyyineyi tekrar dinlenilmeksizin, naibin bildirmesiyle yetinerek hüküm verebilir. Fakat hüküm verme yetkisi olmayan, ancak tetkik ve araştırma için beyyine dinleme (toplama) görevi olan kimsenin verdiği bilgiye göre hâkim karar vermez, bizzat kendisinin beyyineyi dinlemesi gerekir."***

Hükümde, naip atama yetkisi bulunan hâkimlerin, hangi şartlar altında naiplerin dinlediği delilleri dikkate alıp hüküm tesis edebilecekleri düzenlenmiştir.

Maddeye göre, hüküm vermeye yetkili olan naip, hâkimin dinleyip kendisine bildirdiği delil ile hüküm kurabilecektir. Bunun gibi, hüküm vermeye yetkili olan naibin dinlediği delil ile hâkimin de hüküm vermesi mümkündür. Ancak naip, hüküm vermeye değil sadece tetkik ve soruşturmaya yetkiliyse, hâkimin bizzat delilleri dinlemesi gerekmektedir, bunun aksine naibin verdiği bilgiler doğrultusunda karar veremez.

> ***Madde 1807 – "Bir ilçe hâkimi başka bir ilçe dâhilindeki arazi davasına bakabilir. Fakat Kitabü'd-Davâ'da açıklandığı üzere o arazinin yasal sınırlarının belirtilmesi gerekir."*** *(Bkz. mad. 1623 – 1624).*

Hükümde, bir kaza hâkiminin, kendi yargı çevresi dışında kalan bir kaza sınırları içindeki arazi davasına bakıp karar verebileceği düzenlenmiştir. Ancak hâkimin bu şekilde karar verebilmesi için Kitabü'd-Davâ'da belirtildiği gibi, o kazanın hukuki sınırlarının bildirilmiş olması şarttır.

---

13 Mehmet İpşirli, "Nâib", **DİA**, C:32, 2006, s. 312.

14 Ortaylı, s. 73.

15 Ekrem Buğra Ekinci, İslâm Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü (Kanun Yolları), s.43, http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/mahkemekararlarininkontrolu.pdf (Erişim Tarihi 15.7.2017).

16 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 197; Mine Akkan, **Pekcanıtez Medenî Usûl Hukuku**, 15.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 332.

Günümüzde ise mahkemelerin yargı çevresi 5235 sayılı Kanun[17] ile belirlenmiştir. Buna göre, bir mahkeme yargı yetkisini yalnızca kendi yargı çevresi içinde kullanabilir; yargı çevresi dışında bir işlem yapılması gerektiğinde ise işlemin yapılacağı yargı çevresindeki mahkemeden yardım istenir. Buna da istinabe denmektedir[18].

Madde 1808 – "Lehine hükmedilen kimsenin; hâkimin usûl ve fürû'undan (üst ve alt soyundan) biri ve karısı ve hüküm olunacak malda ortağı ve özel işçisi ve kendisinin yardımıyla yaşayan adamı olmaması şarttır. Buna göre hâkim, bunlardan birinin davasına bakıp lehine hüküm veremez."

Hüküm, hâkimin lehine hüküm tesis edemeyeceği kişileri düzenlemektedir. Ancak hâkim tarafından verilen hüküm, maddede geçen kişilerin aleyhine olursa hâkimin verdiği hükmün geçerli olduğu kabul edilmektedir[19]. Bu nedenle anılan hüküm, HMK m.34'te yer alan hâkimin davaya bakmasının yasak olduğu durumlara ilişkin düzenlemeyle birebir örtüşmese de benzerlik göstermektedir. Nitekim HMK m.34/bent a'ya göre, kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada, HMK m.34/bent b'ye göre, aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında, HMK m.34/bent c'ye göre, kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında hâkim davaya bakamaz ve talep olmasa bile davadan çekilmek zorundadır.

Madde 1809 – "Bir belde hâkiminin veya yukarıdaki maddede geçen mensuplarından birinin o belde ahalisinden bir kimse ile davası olduğu takdirde, o beldede başka bir hâkim varsa onun huzurunda yargılanırlar.

Eğer o beldede başka bir hâkim yoksa iki taraf kendi rızalarıyla belirleyecekleri hakemin veya o hâkimin naip atama yetkisi olduğu takdirde, atadığı naibin veya civardaki diğer bir ilçe hâkiminin huzurunda yargılanırlar.

İki taraf bu şıklardan birine razı olmazlarsa Padişah tarafından bir hâkim atanmasını isterler."

Günümüz hukukunda hâkimin davaya bakmasının yasak olduğu hâllerde, o yerde aynı yetkiye sahip başka tek bir hâkim varsa dava dosyası ona gönderilirken; birden fazla hâkimin olması durumunda dava dosyasının hangi hâkime gönderileceği nöbetçi mahkeme tarafından belirlenir. Ancak o yerde aynı yetkiye sahip başka bir hâkim yoksa üst mahkeme, o yere en yakın olan yer mahkemesini yargı yeri olarak belirler[20].

Madde 1810 – "Hâkim, davaya bakarken öncelik sırasıyla ilgili kuralı gözetmelidir.

Fakat daha sonra gelen bir davanın âciliyeti varsa ve bu maslahat icabı ise o davanın görülmesini öne alır."

HMK m. 369/f.7 de kanunda ivedi olduğu bildirilen dava ve işlere ait temyiz incelemesinin öncelikle yapılacağını hükme bağlamıştır.

Madde 1811 – "Hâkim ihtiyaç duyarsa başkasından görüş alabilir (fetvâ isteyebilir)."

Hâkim, ihtiyaç duyduğu takdirde bilgisi olan âlimlere şifahen veya yazışarak danışabilir ve onlardan aldığı görüş kendi görüşüyle uyuşursa ona göre hükmedebilir. Ancak hâkimin davaya

[17] Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun.
[18] Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 194; Akkan, s. 329-330.
[19] Ali Haydar, s. 710.
[20] Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 166.

ilişkin kendi görüşü bulunmuyorsa danıştığı kişilerin görüşleriyle karar vermesi mümkündür. Eğer farklı bilirkişilerden farklı görüşler gelirse bu durumda fıkıh bilgisi fazla olan kişinin görüşüyle karar verilir[21].

HMK m.266'ya göre, mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Bilirkişi raporu kural olarak hâkimi bağlamaz. Hâkim raporu serbestçe takdir eder. Hâkim, raporu yeterli görmezse, bilirkişiden ek rapor isteyebileceği gibi gerçeğin ortaya çıkması için önceki bilirkişi veya yeniden seçeceği bilirkişi vasıtasıyla yeniden inceleme de yaptırabilir. Bilirkişi raporları arasındaki çelişki varsa hâkim çelişkiyi gidermeden karar veremez[22].

Madde 1812 – "Hâkim; gam ve kederli olması, açlık ve uyku basması gibi sağlıklı düşünmeye aykırı bir zihin karışıklığına düşmesi hâlinde hüküm vermeye kalkışmamalıdır."

Bu hüküm yine Mecelle'ye özgü bir düzenleme içermektedir. Hükümde her ne kadar yukarıda sayılan hâllerde, hâkimin hüküm vermekten kaçınması gerektiği belirtilmiş ise de davalının ikrarı gibi davanın kolayca sonuçlanacağı durumlarda hâkim hüküm verebilir[23].

Günümüzde bu hükme benzer bir pozitif hukuk normu bulunmamakla birlikte burada bahsi geçen hâllerin varlığı durumunda hâkimin karar vermekten kaçınması gerektiği kuşkusuzdur.

Madde 1813 – "Hâkim, duruşmalarda incelemelerde bulunmakla birlikte işi sürüncemede bırakmamalıdır." *(Ayrıca bkz. m.1816 ve m.1828)*

İlgili hükme göre hâkim davayı çabuk sonuçlandırmak maksadıyla tarafları baskı altına almamalıdır, zira bu durum tarafların rahatça delillerini ortaya koymalarını zorlaştırır[24].

Bu madde günümüz usul hukukunda kabul edilen usul ekonomisi ilkesiyle örtüşmektedir. Nitekim HMK m.30'a göre hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür[25].

Madde 1814 – "Hâkim sicilleri (verdiği kararları) yazmak için mahkemede defter bulundurur, ilamları ve belgeleri hile ve tahrifattan korunacak şekilde dikkat ve özenle saklar. Kendisinin görevden alınması hâlinde ya bizzat ya da emini (sekreteri) vasıtasıyla sicilleri içeren defteri yerine atanan hâkime devir ve teslim eder."

Maddede, hâkimin yazı işlerinde görevli olduğu ve bunların korunmasından sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Günümüzde ise her türlü kalem işi hâkimin başında olduğu adalet memurları (zabıt kâtibi, yazı işleri müdürü, mübaşir) tarafından yapılmaktadır.

Dördüncü Fasıl:

Bu fasıl yargılamanın şekli hakkındadır. Şöyle ki:

---

21 Ali Haydar, s. 714.
22 Yargıtay 3.HD, T. 19.02.2014, E. 2013/18116, K. 2014/2449.
23 Ali Haydar, s. 716.
24 Ali Haydar, s. 717.
25 Bangalor Yargı Etiği İlkeleri 6.5'te de hâkimin, mahkeme kararlarının verilmesi de dâhil tüm yargısal görevlerini etkin bir şekilde, âdilâne ve makul bir süre içerisinde yerine getirmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Madde 1815 – "Hâkim, duruşmayı aleni olarak yapar. Fakat hüküm vermeden önce nasıl bir hüküm vereceğini açıklamaz."

İlgili hüküm aleniyet ilkesini düzenlemektedir. Aleniyet ilkesi, duruşmaların ve kararların bildiriminin herkese açık olarak yapılmasını ifade etmektedir. Hükmün ikinci cümlesi kararın verilmesinden önce hâkimin görüş açıklamasını yasaklamaktadır.

HMK m.28'de de "*Aleniyet İlkesi*" madde başlığı altında duruşma ve kararların bildirilmesinin aleni olduğu belirtilmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında ise, duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut re'sen mahkemece karar verilebileceği düzenlenmiştir.

Mecelle m.1815'in ikinci cümlesinin günümüz hukukunda karşılığı ise, ihsası reyi yasaklayan HMK m.36/f.1'in b bendinde düzenlenmiştir. Hükme göre, hâkimin davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması hâkimin reddi sebebi teşkil etmektedir[26].

Madde 1816 – "İki taraf yargılanmak için hâkimin huzuruna geldiklerinde hâkim önce davacıya dava konusunu anlattırır. Eğer önceden dava konusu yazılı olarak zapta geçmişse tutanağı okuyarak içeriğini ona tasdik ettirir. Bundan sonra davalıyı sorguya çeker.

Yani davacı senden şu şekilde dava ediyor, ne dersin diye sorar." Mecelle'nin bu hükmüne göre ilk olarak davacı iddialarını ortaya koyar. Davacı yazılı olarak bir dilekçe ile veya sözlü beyanda bulunarak ve bunun tutanağa geçirilmesi suretiyle davasını açabilir. Davacı iddialarını açıklamakla yükümlüdür, hâkim bu noktada davacıya yardım edemez. Ayrıca davalıya iddiaların kabulü için baskı yapması da mümkün değildir.

HMK m.118 ve m.317'ye göre yazılı yargılama ve basit yargılama usulünde davanın açılması dilekçeyle mümkündür. Ancak bazı kanunlarda, davanın sözlü beyanda bulunarak ve bunun tutanağa geçirilmesi suretiyle açılabilmesine olanak sağlanmıştır. Örneğin İİK m. 18/2'e göre basit yargılama usulünün uygulandığı icrâ mahkemelerinde talep ve cevapların icrâ mahkemesine ifade zaptettirmek sûretiyle yapılması mümkündür[27].

Madde 1817 – "Davalı ikrar ederse, hâkim onu ikrarına göre mahkûm eder, inkâr ederse hâkim davacıdan kanıt (beyyine) ister."

Hükme göre davalının ikrarı kendisini bağlamaktadır ve onun ikrarı üzerine davacının başkaca delil getirmesine gerek olmadan ikrara göre hâkim karar verecektir. Davalının inkâr etmesi durumundaysa ispat yükü davacıya geçmektedir. Davalının ikrarı üzerine hâkim onun aleyhine hüküm kurarsa bu hükümden sonra davalı ikrarından dönüp davacıya yemin teklif edemez. Ancak hükümden önceki yemin talebi geçerlidir[28].

---

[26] Bangalor Yargı Etiği İlkeleri 2.4'e göre de hâkim, önündeki bir dava veya önüne gelme ihtimâli olan bir konu hakkında, bilerek ve isteyerek; yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça âdilânelik vasfını makul ölçüler çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, herhangi bir şahsın ya da meselenin âdil yargılanmasını etkileyebilecek alenî olsun veya olmasın her hangi bir yorum da yapmamalıdır.

[27] Sancak/Kıyak, s. 73.

[28] Ali Haydar, s. 748-749.

Bu hüküm, HMK m.188/f.1'de yer alan "Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez" şeklindeki düzenleme ile paralellik arz etmektedir.

Madde 1818 – "Davacı iddiasını kanıtladığı takdirde hâkim buna göre karar verir. İspat edemediği takdirde, davacı yemin ettirme hakkını kullanmak isterse hâkim davalıya yemin teklif eder."

Yemin, taraflardan birinin bir vakıanın doğru olup olmadığı hakkında Allah'ı tanık göstererek beyanda bulunmasıdır. Hükümde, davacının iddiasını ispat edemediği durumda yemin hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir.

Yeminin teklifi ve yöneltilmesi hâkimin yetkisindedir, yemin ancak hâkim veya yetkili memurun huzurunda muteber olur. Bunun aksine hâkimin teklifinin olmadığı bir yemin ise muteber değildir[29]. Bu sebeple yalnız davacının talebi üzerine davalının yemin etmesi geçerli sayılmaz.

HMK m.225-m.239 arasında düzenlenen ve kesin delil teşkil eden yemine de ispat yükü kendisinde olan tarafın vakıayı başkaca delillerle ispat edemediği hâllerde en son çare olarak başvurulur[30].

1086 sayılı HUMK m.355 ve m.362 arasında düzenlenen, hâkimin dava hakkındaki kanaatini kuvvetlendirmek ve hükmünü verebilmek için, iddiasını ispat edemeyen davacıya re'sen teklif ettiği yemin, 6100 sayılı HMK'da yer almamaktadır.

Madde 1819 – "Davalı yemin ederse veya davacı yemin verdirmezse, hâkim davacının davasını reddeder."

Hükümde düzenlendiği gibi davalı yemin ederse veya başkaca delillerle davasını ispat edemeyen davacı yemin teklif etmezse açılan dava reddedilir. Bu durumda davacı yeni bir delil getirmedikçe tekrar dava açamaz[31].

Hukukumuzda da bir vakıanın doğru olup olmadığı konusunda yemin edilirse, vakıanın doğru olup olmadığı davada kesin olarak ispatlanmış olur. Yine ispat yükü kendisine düşen davacı, başkaca delillerle davasını ispat edemezse ve yemin de teklif etmezse ispat yükünü yerine getiremediği için davası reddedilir[32].

Madde 1820 – "Davalı yemin etmekten kaçınırsa hâkim bu kaçınmaya göre hükmeder. Karar verildikten sonra davalı yemin ederim derse, buna iltifat edilmez."

Bu maddeye göre, kendisine yemin teklif edilen davalının yemin etmekten kaçınması üzerine hâkim diğer delilleri de değerlendirerek davayı sonuçlandırır. Ayrıca maddeye göre, hâkimin karar vermesinden sonra davalının yemin etmek istemesinin herhangi bir önemi yoktur. HMK m.229'a göre de yemin için davet edilen kimse, tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunup da yemini iade etmez ya da yemini eda etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılır.

Madde 1821 – "Bir hâkim tarafından usûlüne uygun olarak verilen, sahte ve uydurma olma şüphesi bulunmayan karar, ilam ve belgenin içeriği, herhangi bir kanıt istenmeden uygulanır."

---

29 Ali Haydar, s. 749.
30 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 412-413.
31 Ali Haydar, s. 750-751.
32 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 360.

Madde, usulüne uygun, sahte ve uydurma olma şüphesi bulunmayan karar, ilâm veya senedin, kesin delil niteliğinde olduğunu ve hâkimin bunları bağlayıcı kabul edip ona göre karar vermesi gerektiğini düzenlemektedir. HMK m.204/f.1'de de ilamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetlerinin, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil teşkil edeceği hükme bağlanmıştır.

Madde 1822 – "Davalı, yukarıda geçtiği gibi, sorgulanma sırasında 'evet' veya 'hayır' diye cevap vermeyerek susmada ısrar ederse susması inkâr sayılır.

Aynı şekilde ikrar da etmem inkâr da etmem diye cevap verirse bu da inkâr sayılır. Her iki hâlde de yukarıda geçtiği üzere, davacıdan kanıt istenir."

Maddede davalının hangi davranışlarının inkâr olarak nitelendirileceği düzenlenmiştir. Buna göre, davalı cevap vermez veya "ikrar da etmem inkâr da etmem" şeklinde cevap verirse bu tutumu inkâr olarak değerlendirilecek ve ispat yükü davacıda olacaktır.

Hukukumuzda da Mecelle'de düzenlendiği gibi genel kural sükûtun ikrar sayılmamasıdır. Mecelle'de yer alan bu hükme benzer şekilde HMK m.128/f.1'e göre süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır.

Madde 1823 – "Davalı ikrar veya inkâr edecek yerde davacının davasını def' edecek bir dava açarsa, Dava Kitabı'nda (Bkz. m.1631 – 1632) ve Beyyinat Kitabı'nda (Bkz. m.1750 – 1751) açıklanan hükümlere göre işlem yapılır."

Maddede, davalının, kendisine karşı açılan davayı def edecek bir dava açabileceği ve bu durumda Dava Kitabı ile Beyyinât Kitabı hükümlerine göre işlem yapılacağı belirtilmiştir.

Madde 1824 – "İki taraftan birisi ifadesini tamamlamadıkça öteki söze başlayamaz, başlayacak olursa hâkim tarafından susturulur."

Duruşma düzenine ilişkin bu maddeye göre, taraflardan birinin diyeceklerini tamamlamadan diğerinin araya girmesi durumunda hâkim düzeni bozan tarafı susturur. Günümüz hukukunda bu maddeye benzer şekilde, HMK m.79 vekil veya vekalet verenin duruşmada uygun olmayan davranışı üzerine hâkim tarafından uyarılacağını, bu uyarılara uyulmaması hâlinde duruşmanın erteleneceği veya vekalet verenin duruşma salonundan çıkarılacağını hükme bağlamıştır. Yine HMK m.151/f.1 hâkimin, duruşmanın düzenini bozan kimseyi, bunu yapmaktan men edeceğini ve gerekirse, avukatlar hariç, derhâl duruşma salonundan çıkarılmasını emredeceğini düzenlemiştir.

Madde 1825 – "Taraflardan dil bilmeyen bir kişinin ifadesini vermesi için mahkemede güvenilir, emin bir çevirmen bulundurulur."

Maddede, dil bilmeyen taraflar için mahkemede çevirmen bulundurulması gerektiği belirtilmektedir. Ancak ihtiyatlı davranarak iki çevirmenin bulundurulması daha uygun olacaktır[33].

Günümüz hukukunda anadilde dinlenme ve çevirmen bulundurulması talebi, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak kabul edilmektedir[34]. Bu durum somut olarak HMK m.263/f.1'de tanıklar bakımından düzenlemiştir. Bahsi geçen maddeye göre, tanık Türkçe bilmezse tercümanla dinlenmelidir.

---

[33] Ali Haydar, s. 762.

[34] Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 300.

Madde 1826 – "Akraba arasında vuku bulan veya tarafların sulha meyilli olduğu görülen davada hâkim, bir veya iki defa taraflara sulh olmalarını tavsiye ve ihtar eder. Uygun bulurlarsa Sulh Kitabında (Bkz. m.1531 vd.) yer alan hükümlere göre sulh olmaları sağlanır, sulh olmayı uygun görmezlerse yargılamayı kendisi tamamlar."

Mecelle m.1531'e göre sulh, icap ve kabul ile kurulan, iki tarafın anlaşarak aralarındaki çekişmeyi ortadan kaldıran bir sözleşmedir. Hâkimin sulh teklifini ikiden fazla yapmaması gerektiği, aksi durumda davacının üzerinde baskı hissedebileceği ve bunun hâkimi töhmet altında bırakacağı belirtilmektedir[35].

HMK m.313/f.1'de, Mecelle'ye benzer şekilde, sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşme şeklinde tanımlanmıştır. HMK m.137/f.1 ise, hâkimin ön inceleme aşamasında tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmesi gerektiğini düzenlemiştir.

Madde 1827 – "Hâkim, yargılamayı tamamladıktan sonra gereken kararı verir ve taraflara bildirir ve gerekçesiyle birlikte hüküm ve uyarıları içeren bir ilam düzenleyip lehine hüküm verilen kişiye, gerekiyorsa bir nüshasını da aleyhine karar verilen şahsa verir."

Maddede, hâkimin yargılamayı tamamladıktan sonra, taraflara hükmü tefhim etmesi ve gerekçesi ile birlikte düzenleyeceği ilamı, lehine hüküm veren tarafa ve gerekirse aleyhine hüküm verilen tarafa vereceği düzenlenmiştir.

HMK m.186 sözlü yargılama bakımından anılan hükümle benzerlik taşımaktadır. Gerçekten de HMK m.186'ya göre, mahkeme, tahkikatın bitiminden sonra, sözlü yargılama ve hüküm için tayin olacak gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla iki tarafı davet eder. Taraflara çıkartılacak olan davetiyede, belirlenen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde yokluklarında hüküm verileceği hususu bildirilir. Sözlü yargılamada mahkeme, taraflara son sözlerini sorar ve hükmünü verir.

Yine HMK m.301 hükmün yazılıp imza edildikten ve mahkeme mührü ile mühürlendikten sonra, nüshaları yazı işleri müdürü tarafından taraflardan her birine makbuz karşılığında verileceğini ve bir nüshasının da gecikmeden diğer tarafa tebliğ edileceğini düzenlemektedir.

Madde 1828 – "Sebep ve şartları tamamıyla bulunduktan sonra hâkimin hükmü geciktirmesi caiz değildir."

Maddede, hüküm vermek için gereken sebebin ve şartların mevcut olması üzerine hâkimin geciktirmeden hüküm kurması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak hâkimin dört hâlde hükmü geciktirebileceği (tehir edebileceği) kabul edilmektedir:

Hâkim tanıklardan şüphe duyarsa tanıkların durumunu araştırmak için hükmü geciktirebilir.

Hâkim tarafların sulh olmalarını ümit ederse bu ümidiyle hükmü geciktirebilir

Davalının davayı düşürecek bir dava açması için hâkimden ek süre istemesi üzerine hâkim bu süreyi verebilir.

Hâkim kendi beldesinden danışacağı kimlere güvenemediği zaman diğer yerlerdeki bilirkişilere danışmak için hükmü geciktirebilir[36].

[35] Ali Haydar, s. 763.
[36] Ali Haydar, s. 770-771.

HMK'da Mecelle'de düzenlenen bu maddeye denk gelecek bir hüküm bulunmamakla birlikte, hâkimin bu şekilde davranışının hukuki sorumluluğunun doğmasına sebep olacaktır. Nitekim HMK m.46/f.1'in e bendi gereğince hâkimin hakkın yerine getirilmesinden kaçınması hukuki sorumluluğunu gündeme getirir.

Mecelle'nin On Altıncı Kitabını Yazan Komisyon Üyeleri

Milli Eğitim Bakanı Ahmed Cevdet, Fetvâ Emini Seyyid Halil,
Danıştay üyelerinden Seyfeddin,
Şer'î İşleri İnceleme ve Hâkimleri Seçme Kurulları Başkanı Seyyid Ahmed Hulusi,
Yargıtay İkinci Başkanı Ahmed Hilmi, İstanbul Kadısı Ahmed Halid,
Vakıflar Müsteşar ve Müfettişi Ömer Hilmi, Şer'î İlamlar Mümeyyiz Yardımcısı Abdüssettar.
(İrade-i Seniyye : II. Abdulhamid - 26 Şaban 1293/16 Eylül 1876)

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Mecelle'nin diğer bölümleri gibi yargılama da esas itibariyle Hanefi Fıkıh kitaplarına dayanmaktadır. Ancak hukuk tarihimizde Örfî hukuk alanında kanun yapma geleneği çok köklü olup Mecelle'nin hazırlanmasında da bu geleneğin sürdürüldüğünü görmek mümkündür. Osmanlı Kanunnameleri bürokratlar tarafından hazırlanmakta ve usûlen Şeyhu'l-islamların onayı alınarak yürürlüğe konmaktaydı. Mecelle'yi de bürokratlar yazmıştır. Şu kadar var ki Mecelle'yi yazan komisyon üyeleri arasında İstanbul kadısı ve Fetvâ Emini gibi İslam hukukçuları ve fıkıh alanında uzman kişiler de yer almıştır. Yürürlüğe girerken de Şeyhu'l-islamın onayına gerek görülmemiş ve sadece Sultan'ın "Mûcibince amel oluna" şeklinde ifade edilen irade-i seniyyesiyle yetinilmiştir.

Burada işaret etmek isteriz ki, Mecelle'yi uygulayan yargıçlar, kadılardan ziyade, Hukuk Mektebi veya Daru'l-Fünun'un Hukuk Şubesi mezunu olan hâkimlerdir.

Mecelle'nin diğer kitapları gibi on altıncı kitabı da, genel olarak her ne kadar Hanefi Fıkıh kitaplarına dayansa da, büyük ölçüde Osmanlı Örfî Hukuku'nun izlerini taşımaktadır.

Tebliğimizde yer yer yapmış olduğumuz karşılaştırmalarda da görüldüğü gibi, ilk İslam Hukuku kodifikasyonu olan Mecelle'nin on altıncı kitabının da günümüz Medeni Yargılama Usul Hukuku ile benzerlik gösteren yönleri dikkatimizi çekmektedir. Bununla birlikte Mecelle'nin kendisine özgü bir kısım kuralları burada da önümüze çıkmaktadır.

Bu tebliği hazırlarken daha çok Ali Himmet Berki'nin Yeni Türk Alfabesiyle ilk kez **yayımladığı Mecelle metni (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara** 1959) ile Cengiz İlhan'ın günümüz Türkçesiyle yayımladığı Mecelle (Yetkin Yayınları, Ankara 2014)' den yararlandığımızı belirtmek isteriz.

Kaynakça

Ahmet Şimşirgil/Ekrem Buğra Ekinci, **Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle**, KTB Yayınları, İstanbul, 2008

Ali Haydar Hoca Eminefendizâde, **Dürerü'l-hükkam şerhu mecelleti'l-ahkam**, Cilt IV, Hukuk Matbaası, İstanbul, 1330.

Ali Himmet Berki, **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1959.

Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 23. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Cengiz İlhan, **Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Fahrettin Atar, "Kadı", **DİA**, Cilt 24, 2001, s. 66-69.

İlber Ortaylı, "Kadı", **DİA**, Cilt 24, 2001, s. 69-73.

İsmail Hakkı Uzunçarşılı, **Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1984.

Mehmet İpşirli, "Nâib", **DİA**, Cilt 32, 2006, s. 312-313.

Mine Akkan, **Pekcanıtez Medenî Usûl Hukuku**, 15.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

Mustafa Yıldırım, **Mecelle'nin Küllî Kâideleri**, Tibyan Yayıncılık, İzmir, 2015.

Yusuf Sancak/Emre Kıyak, "Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbü'l Kazâ", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 22, Sayı 2, 2014, s. 45-105.

http://www.edb.adalet.gov.tr/Ymb/pdf/317.pdf

http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/mahkemekararlarininkon trolu.pdf

http://etik.gov.tr/Portals/0/meslek_etigi/Yarg%C4%B1%20eti%C4%9Fi%20ve%20Yarg%C4%B1%20Ba%C4%9F%C4%B1ms%C4%B1zl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf

MECELLE'DE İHYA MÜESSESESİ

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR*

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ÖZET

İhya, hayat vermek, canlandırmak, şenlendirmek anlamına gelen bir kavramdır. Tarih boyunca var olan ihya müessesesi, İslâm hukukunda geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Osmanlı hukukunda da kabul edilen bu müessese, kanun hükmü şeklinde ilk olarak Arazi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Daha sonra ihya, Mecelle'de m. 1270-1280 arasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Burada ihyanın şartları, ihya sayılan ve sayılmayan fiiller, ihyanın sonuçları geniş bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Mecelle'de ayrıca kısmî ihyaya yer verilmiştir.

İhyanın sonucu arazinin mülkiyetinin iktisabıdır. Ancak Mecellede, ihya edilen yerin mülkiyetini iktisaba imkân vermeyen, sadece yararlanma hakkı veren iznin verilebileceği hükmü de kabul edilmiştir.

Mecelle'de ihyanın şartları günümüz mevzuatındakinden daha kolay şartlara bağlanmıştır. Bunun gibi, bugün için ihya fiili sayılmayan pek çok faaliyet, Mecelle'de ihya kabul edilmiştir. Aynı şekilde Mecelle'de ihya, şartların tamam olması ile taşınmazın mülkiyetini iktisap yolu olarak kabul edilmiştir. Müessesenin amacı ve tarihî seyri dikkate alındığında, düzenlemenin ne kadar yerinde olduğu açıkça görülür.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, Mevat Arazi, İhya, Tahcir, İhyanın Şartları, Devlet Başkanının İzni.

I. Giriş

İhya, tarih boyunca şartları değişmekle beraber, hemen hemen her yerde kabul görmüş bir müessesedir. Bununla birlikte, taşınmaz üzerinde ihya edene tanınan hak, her ülkede her zaman mülkiyet hakkı olmamıştır. Bu sebeple, ihyanın şartları, hem zaman içerisinde, hem de ülkeden ülkeye değişmiştir. Şunu da belirtmek gerekir ki, nüfusun çoğalmasına bağlı olarak, tarıma elverişli olmayan yerlerin azalması sebebiyle ihya yoluyla taşınmaz mülkiyetini iktisabın şartları da ağırlaştırılmıştır[1].

[1] Krş. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, m. 1270 vd. Kanun bu çalışmada Mecelle olarak anılacaktır. Mecelle hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali HAYDAR EFENDİ; Dürerü'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam, C. 1-4, İstanbul 1330 (Bu serin Latin harfleri basılmış nüshası üzerinde basım tarihi bulunmamaktadır. Çalışmamızda bu baskıdan yararlanılmıştır); BERKİ, Ali Himmet; Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Ankara 1959; ÖZTÜRK, Osman; Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973; GÜR, Refik; Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, 3. Baskı, İstanbul 1993; İLHAN Cengiz; Mecelle Hukukunun Doksan Dokuz İlkesi, İstanbul 2003; Aynı YAZAR; Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (mecelle-i Ahkâmı Adliye), Ankara 2011.

* **Kıymetli hocamız 14.01.2020 tarihinde ahirete irtihal etmiştir.**

İhya müessesesine, insanların toplu halde bir devlet içinde yaşamalarından önceki devrelerde de rastlamak mümkündür. Ancak, bu müessesenin hukukî bir çehreye kavuşturulması, ancak devletlerin ortaya çıkmasıyla mümkün olmuştur. Tarihte ilk kurulan bazı devletlerde, toprakla ilgili düzenlemelere rastlamak mümkün olmakla beraber, bunlarda ihyaya ilişkin kurallar görülmemektedir. Çünkü bu devletlerde, toprakla uğraşan, ihyada bulunan kimseye, taşınmaz üzerinde hiçbir hak tanınmamaktadır[2]. Bunlar daha çok Mezopotamya ve eski Yunan devletleridir[3].

İhya müessesesi Mecelle m. 1051, 1270-1280'de yer almaktadır. Söz konusu hükümlerde, önce ihyanın ön şartı olan mevat (ölü) arazinin tanımı yapılmış, daha sonra bu tür arazinin özellikleri, ihyanın şartları ve sonuçları düzenlenmiştir (m. 1272). Daha sonra sırasıyla, mevat arazinin kısmî ihyası (m. 1273), ihya edilen mevat arazi maliki için geçit hakkı (m. 1274), ihya kabul edilen fiil ve faaliyetler (m. 1275- 1276), ihya sayılmayıp tahcir olan davranışlar (m. 1278), mevat arazinin ihya edilmesinde öncelik hakkı veren haller (m. 1279) ve nihayet, devlet başkanı izni ile açılan kuyunun mülkiyeti hükmüne yer verilmiştir. Aşağıda her bir hüküm yeri geldiğinde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

İhya[4], konuşma dilinde ve sözlükte, genel olarak, ***"diriltme", "canlandırma", "diri kılma", "yeniden hayat verme", "toprağı taze can verircesine şenlendirme", "faydalı, kullanılabilir hale getirme", "şan ve şeref kazandırma", "bir kimseye umut, güç ve mutluluk verme", "onu refaha ulaştırma",*** anlamına gelen bir kavramdır[5]. Buna karşılık Mecelle'de ihya, imar anlamında kullanılmakta ve bir araziyi tarıma elverişli hale getirme olarak tanımlanmaktaydı (Mecelle, m. 1051)[6]. Çünkü tarihî süreçte, üzerinde herhangi bir bina ve ziraat gibi mülkiyeti çağrıştıran işaret yoksa, köylüler için harman yeri, hayvanları toplama alanı, kabristan, odunluk, yaylak ve çayırlık değilse, herhangi bir kimsenin mülkiyeti altında bulunmayan toprağa ölü (mevat) arazi denir. Emevîler döneminde bu tür araziler, "ğamir arazi", "adi arazi" veya" mu'attal arazi" olarak da ifade edilmiştir[7].

Mecelle m. 1051'de *"İhya, i'mar demektir ki araziyi ziraata salih kılmaktır"* hükmü yer almaktadır. Buna göre ihya, mevat arazinin dikenlerini ve çalılarını ayıklayıp, taşlarını toplayıp, tarıma elverişli hale getirmektir[8]. Yargıtay da bir İçtihadı Birleştirme Kararı'ndaki *"Mecellede ihya, imar anlamında kullanılmakta ve bir araziyi tarıma elverişli hale getirme biçiminde tanımlanmaktaydı*" ifadeleri ile aynı sonucu kabul etmiştir[9]. Bununla birlikte, ihya imardan

---

2 KAVALALI, Mümin; Miras Hukuku Ankara 1978, s. 189 vd.

3 BERKİ, Şakir; Türkiye'de Toprak Davası ve Mevzuat Karşısında Toprak Rejimi, Ankara 1971, s. 17, 21.

4 İhya, hayat mastarından türetilmiş Arapça bir isimdir. Bkz. DEVELİOĞLU, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 23. Baskı, İstanbul 2006, s. 505; Hayat Büyük Türk Sözlüğü İstanbul (Tarihsiz), s. 569.

5 EREN, F./BAŞPINAR, V.; Toprak Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 57; DEVELİOĞLU, s. 505; Büyük Türk Sözlüğü, s. 569. Meydan Larousse, C. 11, İstanbul 1986, s. 5594; ŞAFAK, Ali; İslam Arazi Hukuku ve Tatbikatı, İstanbul 1977, s. 173. İhya kavramı için Almanca'da kullanılan "beleben" "(Wieder) Belebung", "Auferstehenlassen", "Wiedererstehenlassen" ve "Kultivierung" kavramlarının tümünde yeniden hayat vermek, canlandırmak, diriltmek, tarıma elverişli hale getirmek anlamları bulunmaktadır. Bkz. KIYGI Osman Nazım; Wörterbuch der Rechts –und Wirtschaftssprache, Teil II, Deutsch-Türkisch, München 1999, s. 548. İhya müessesesinin Fransızca karşılığı olan "animation" "canlanma", "canlılık" vermek demek olup, "animationer" kavramı da "canlılık vermek", "canlandırmak" anlamına gelmektedir. Bkz. SARAÇ, Tahsin; Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, Ankara 1976, s. 59.

6 Geniş bilgi için bkz. OZANALP Nusret; Tapulama Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 1976, s. 542; KILIÇ, Mehmet; Kadastro Davaları, C. I, Ankara 1999, s. 917.

7 Bkz. BARKAN, Ömer Lütfi; Emevilerde Toprak Sistemi, lideplayer.biz.tr/slide/10807292/, E. T. 25.08.2017.

8 Ali HAYDAR, C. III, s. 140; EKİNCİ, Ekrem Buğra; Osmanlı Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 496.

9 Bkz. İBK. T. 30.04.2010, E. 2004/1, K. 2010/1 (RG. T. 29.10.2010, S. 27743).

farklıdır. Gerçekten de, ihya imar sonucu meydana gelen bir olaydır. Bu sebeple, müesseseyi ifade için sadece "ihya" kavramının kullanılması yeterlidir. Böyle bir ifade şekli eski kanunlardaki kavramlara da uygun düşmektedir[10]. Diğer taraftan, imar ve ihyanın birlikte kullanılması, farklı iki fiil veya müesseseyi ifade etmek için değil, ihyanın mahiyetini açıklamaya yöneliktir[11]. Çünkü, her iki müessesenin sonuçları birbirinden farklı değildir. Bu sebeple ihya, tarıma elverişli olmayan yerlerin kültür arazisi haline getirilmesini ifade ettiği kadar, boş bir arazinin şenlendirilmesini de ifade eder. Başka bir deyişle, ihya fiillerinin kapsamında imar ve ıslâh olarak kabul edilen faaliyetler de yer alabilir. Mesela, Mecelleye göre ihya olarak kabul edilen, arazinin etrafına duvar çekilmesi (m. 1279) bugün ihya değil, aksine imar olarak kabul edilmektedir. Keza, delicelerin aşılanması hem ıslâh hem de ihya olarak kabul edilmesi mümkün olan bir faaliyettir.

Mecelle'de, imar ile ihya arasında bir fark olmamasına rağmen, doktrinde bunlar farklı anlamlarda kullanılmaktadır. İhya, imarı da kapsamına alacak kadar geniş bir kavramdır. Meselâ, bugün köy yerleşim merkezi haline getirilen mahallerin çoğu, bir zamanlar mevat arazi durumundaydı. Söz konusu yerlere yerleşmek isteyenler önce araziyi mevat olmaktan çıkarmış, sonra da imar ederek yerleşmişlerdir. Bu durum, ihyanın yalnız ekim dikim yapmak için değil, bunlar yanında yerleşim amacıyla da yapılabileceğini göstermektedir.

Yukarıdaki bilgilerden hareketle, teknik anlamda ihya şu şekilde tanımlanabilir: ***İhya, mevat (ölü) araziyi, masraf ve emek sarf ederek tarıma elverişli hale getiren, ekim, bakım yoluyla bitkisel ürünlerin üretiminin, düzenli bir işletmecilik esasına göre yapılmasına imkân veren hukukî bir fiil (eylem)"dir***[12].

II. Tarihî Gelişim

A. İslâm Hukukunda

İnsan, varlığını topraktan alırken, toprak da şenliğini insandan alır. Şenliğini kaybeden bir toprak mevattır (ölüdür)[13]. Ölü bir toprağın ekim-dikim yapılarak şenlendirilmesi, tarıma açılması, böylece ülke ekonomisine kazandırılması gerekir. Bu yüzden ihya, İslâm hukukunda geniş bir uygulama alanı bulmuştu.

Kararın devamında; "*Arazî kanununda ise ihya, tarıma elverişli olmayan bir yerin kültür arazisi haline getirilmesiyle o arazi üzerinde yararlanma hakkı sağlayan bir fiil olarak kabul edilmiştir"* ifadesi yer almaktadır.

10 DÜZCEER, Ali Rıza; Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı, 2. Baskı, Ankara 1994, s. 12.

11 Benzer görüş için bkz. YOLCU, N.; İşgal ve İmar İhya Suretiyle Taşınmaz İktisabı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1991, s. 44 vd.

12 Tarım için bkz. EREN/BAŞPINAR, s. 60; OZANALP, s. 543; CİN, Halil: Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 4. Bası, Ankara 2016, s. 3354; EREN, Fikret; Kadastro Kanununa Göre İhya Yoluyla Toprak Mülkiyetinin Kazanılması, Prof. Dr. Jale G. AKİPEK'e Armağan, Konya 1991, s. 231; DÜREN, Toprak Hukuku, Ankara 1972, s. 22; MARDİN, Ebul'ula; Toprak Hukuku Dersleri, İstanbul 1947, s. 91; GÜRSOY, K.T./EREN, F./CANSEL, E. Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984, s. 62; KÖPRÜLÜ, Bülent; Memleketimizde İhya Müessesesinin Geçirdiği İstihaleler, Muhammet Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul 1956, s. s. 410; OKTAY, Saibe; Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, İstanbul 1990, s. 71; SINMAZ, B./KARATAŞ, İ.; Zilyetlik Nedeniyle Gayrimenkul Davaları, 2. Baskı, Ankara 1997, s. 220, HGK. T. 18.5.1984; E. 1982/148, K. 1984/564 (SINMAZ/KARATAŞ, s. 220).

13 SEVİĞ, Vasfi Raşit: Toprak Hukuku Dersleri, Ankara 1953, s. 257.

İslâm hukukçuları, ülke toprağını, mülk ve mülk olmayan yerler olmak üzere ikiye ayırmışlardır. Bizim için önemli olan ise işlenmemiş (ölü) arazidir. İslâm hukukunda işlenmemiş (mevat, ölü) arazinin mülkiyeti topluma aittir[14]. Bununla beraber, ihya edilen bir yerin mülkiyetinin iktisabı mümkündür. Bu ise mülk olmayan toprakların, mülk araziye dönüşmesi yollarından biriydi[15]. Fakat, ihya edilen her taşınmazın mülkiyetinin iktisabı mümkün olmamaktaydı.

İslâm hukukuna göre, ihya edilen yerin mülkiyetinin iktisabı için, daha önce maliki bulunmamalıdır. Çünkü, İslam hukukuna göre, fethedilen bir yer, herhangi bir şekilde bir kimsenin mülkü olduğu takdirde, burası artık mevat arazi addolunmazdı. Meskûn yerlere yakın topraklar, mevat arazi kavramına dâhil değildir. Çünkü, meskûn bir yerin hemen yanında bulunan taşınmazlar, orada oturanların zarurî ihtiyaçlar için veya otlak olarak kullanılabilen yerler olup, adı geçen hizmetlere tahsis edilmesi gerekmektedir[16]. Aynı şekilde, kamunun herhangi bir şekilde kendisinden yararlandığı yerler, mevat arazi olarak kabul edilmemiştir[17].

Kısaca, bir yerin mevat arazi sayılması için, meskûn yerlere (kasaba ve köylere) yakın olmamalı, bu gibi yerlerin mer'ası veya odunluğu (mahtatabı) ya da mezarlığı olmamalıdır. Her ne kadar kamu menfaatine tahsis edilen yerler, baltalıklar, yollar, meydanlar, panayır yerleri, görünüşü itibariyle sahipsiz olsalar ve mevat arazinin şartlarını taşısalar da, mevat arazi olmayıp, metruk arazi hükmündedirler[18].

İhyanın şartları konusunda, İslâm hukukçuları arasında görüş birliği sağlanamamıştır. Bir görüşe göre, devlet başkanının izni olmadan da bir yeri ihya eden kimse o yerin mülkiyetini iktisap edebilirdi[19]. Başka bir görüşe göre, ihya için, devlet başkanının izni gerekmekteydi[20]. Bu görüşü savunanlar, iznin gerekliliğini mantık kurallarıyla da ispat etmişlerdi. Bu görüşte olanlara göre mevat arazi, fethedilmeden önce düşman arazisiydi. Bu arazi, şimdi fetihle beraber ganimet olarak İslâm topraklarına katılmıştır. Bu bakımdan, her ganimet malda olduğu gibi, bu toprakların dağıtımı konusunda da devlet başkanının izni gerekirdi[21].

İslam hukukunda mevat arazinin ihya edilmiş sayılması için üç şart gereklidir. Bunlar; arazinin etrafını toprakla çevirerek sınırlarını belirlemek, susuz ise su götürmek, bataklık ise kurutmak, sürmek ve nadas etmektir[22]. Şunu da belirtmek gerekir ki, mevat arazinin ihya edilmesi suretiyle mülkiyetinin iktisabından yabancıların yararlanması mümkün değildir[23].

---

14 GÜRİZ, Adnan; Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara 1969, s. 58; BERKİ, Dava, s. 24; ŞAFAK, İslâm Arazi Hukuku ve Tatbikatı (İlk Devirler), İstanbul 1977, s. 171; SCHACHT, Joseph (Çev. DAĞ, M./ŞENER, A.) ; İslâm Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ankara 1986, s. 142-143.

15 GÜRİZ, s.58; EREN/BAŞPINAR, s. 62.

16 SCHACHT, s. 149.

17 EREN/BAŞPINAR, s. 27.

18 ŞAFAK, s. 173.

19 KAVALALI, s. 188.

20 GÜRİZ, s. 58.

21 SCHACHT, s. 149.

22 ŞAFAK, s. 175. Bazı hukukçular ihya için daha ağır şartlar aramışlardır. Bunlara göre arazinin ihya edilmiş sayılması için ekim dikim yapması şarttır. Ekim dikim yapılıncaya kadar toprak ihya edilmiş sayılmaz. Fakat çoğunluk bu görüşe katılmamıştır. Çünkü, İslam hukukuna göre, ihya için toprağı ekim dikim yapılır hale getirmek yeterli olup, bu fiili bizzat yapmak şart değildir. Bu nedenle, araziye ev yapmak ihya için yeterli olup, ihya için evde oturmak gerekli değildir. Toprağın fidan dikmeye hazır hale getirilmesi de ihya için yeterli sayılmıştır. Bkz. ŞAFAK, s. 175.

23 ALİ HAYDAR, s. 550.

C. Mecelle'den Önceki Dönemde İhya Müessesesi

Osmanlı Devleti, toprak hukuku alanında kural olarak İslâm hukukunu kabul etmişti. Arazi Kanununa kadar olan devrede İslâm hukuku kuralları uygulanmıştır[24]. Fakat, zamanla ortaya çıkan toplumdaki ihtiyaçlara cevap verebilmek için, şer'i esaslara uygun olmayan kuralların da kabul edildiğini görmek mümkündür[25]. Aynı şekilde zaman zaman örf ve âdete dayanan emirler çıkarılmış, fermanlar yayınlanmıştır. Bunlara mahkeme kararları ve fetvalar da eklenince, şer'i hukuk yanında bir de örfî (laik) hukuk ortaya çıkmıştı[26].

Arazi Kanunu ve Mecelle'ye kadar, toprak hukuku alanında birçok kural kabul edilmesine rağmen, bunlar içerisinde doğrudan ihya ile ilgili bir kurala rastlamak mümkün değildi. Kaldı ki, bu düzenlemeler modern anlamda bir kanun olmaktan da uzaktı[27]. İhya, gerçek anlamda kanunî düzenlemeye Mecelle ile kavuşmuştur. Daha sonra Arazi Kanunu'nda ihya ile ilgili hükümlere yer verilmiştir (AK. m. 6, 103).

III. Mecelle'de İhya Müessesesi

A. Genel Olarak

Osmanlı İmparatorluğunda örfî hukukta ilk büyük kodifikasyon, Arazi Kanunu ve Mecelle (Mecelle-i Ahkâmı-ı Adliye)'dir[28]. Arazi Kanunu, topraklarla ilgili dağınık kuralları sistematik hale getirmekte idi. Buna göre ülke toprakları; mirî arazi, mülk arazi, vakıf arazi, metruk arazi ve mevat arazi olmak üzere beşe ayrılmıştı (AK. m. 1/I)[29]. Bu toprak çeşitleri arasında konumuzu ilgilendiren mevat arazidir. Çünkü, ancak mevat arazinin ihya yoluyla iktisabı mümkündü. Mecelle'de de mevat arazi ile ilgili ayrıntılı kurallar bulunmakta idi (Mecelle, m. 1270-1280). Çünkü, ihya ülke topraklarının işletilmesi, tarıma açılması, artan nüfusa yetecek gıdaların üretimi ve verimin artırılması bakımından son derece önemlidir. Bu durum, ihya ile ilgili Arazi Kanunundaki hükümlere de yansımıştır. Gerçekten de, Arazi Kanununda ihya ile ilgili hükümlere geniş yer verilmişti[30].

B. Mecelle'de Mevat Arazinin Tanımı ve Unsurları

Mevat arazi, Mecelle m. 1270'de tanımlanmıştır. Mecelleye göre mevat arazi, mülk, mirî, metruk veya vakıf arazisi olmayan, kimsenin mülkiyetinde bulunmayan, halen ekilip işletilmeyen, tarıma elverişli nitelik taşımayan, bir kasaba veya köyün mer'ası veya baltalığı yahut mezarlığı

---

24 CİN, Toprak, s. 26; EREN/BAŞPINAR, s. 57.
25 CİN, Toprak, s. 30; DÜREN, Akın; Toprak Hukuku Dersleri, Ankara 1972, s. 16.
26 CİN, s. 39; EREN/BAŞPINAR, s. 57; DÜREN, s. 16.
27 CİN, Halil; Mirî Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, Ankara 1969, s. 19.
28 EREN/BAŞPINAR, s. 32; CİN, Miri, s. 19; DÜREN, s. 18.
29 Arazi Kanununa göre toprak türlerinin tanımı ve hukukî durumları konusunda geniş bilgi için bkz. EREN/BAŞPINAR, s. 29 vd.; AKSOY, Suat; 100 Soruda Türkiye'de Toprak Meselesi, 2. Baskı, İstanbul 1971, s. 49 vd. Buna karşılık, BİLGEN'e göre, Osmanlı Devleti'nde topraklar beşe değil altıya ayrılmıştır. Yazar, yukarıdaki beş toprak çeşidine altıncı çeşit olarak, hazine-i hassaya ait toprakları dahil etmektedir. Bkz. BİLGEN, Pertev; İdare Hukuku Dersleri, İdare Malları, İstanbul 1996, s. 5.
30 Arazi kanunu hakkında geniş bilgi için bkz. BARKAN, Ömer Lütfi; Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) Tarihli Arazi Kanunnamesi, Türkiye'de Toprak Meselesi, İstanbul 1980, s. 291 vd.

olmayan boş araziyi ifade eder[31]. Arazi Kanunu m. 6'ya göre, mevat arazi şu şekilde tanımlanmıştı: "*Arazi-i mevat bir kimsenin tasarrufunda olmadığı ve ahaliye terk ve tahsis kılınmadığı halde cehirüssavt (yani sesi gür) olan kimsenin aksay-ı umrandan (imar edilmiş yerlerden) sayhası istima olunmayacak (sesi duyulmayacak) derecede kura ve kasabattan bait bulunan ya'ni aksay-ı umrana tahminen bir buçuk mil ya'ni yarım saat miktarı mesafe budiyeti olan hâli mahallerdir*"[32]. Bu hükümleri dikkate alarak mevat araziyi; kimsenin mülkiyet ve tasarrufunda bulunmayan, kamunun tamamının veya belirli bir kısmının yararlanmasına terk ve tahsis edilmeyen, köy ya da kasabadan belli bir uzaklıkta olan, tarıma elverişli olmayan topraklar şeklinde tanımlamak mümkündür[33]. Her ne kadar Mecelle'de bu tür arazi için mevat (ölü) kavramı yer almakta ise de, bu kavramın kullanılmasının sebebi, söz konusu yerlerde tarımın yapılamamasıdır.

Mecelle'ye göre bir arazinin, mevat olarak kabul edilebilmesi için, şu şartların bir arada bulunması gerekirdi:

1) Toprak, mülkiyet veya yararlanma (tasarruf) hakkına konu olmamalıdır:

Şayet bir arazi, herhangi bir kimsenin mülkiyet ya da yararlanma hakkına konu teşkil ediyorsa, bu gibi toprak, mülk ya da mirî arazi niteliğinde olduğundan mevat arazi olarak tanımlanması mümkün değildi[34]. Bu sebeple, bir yerin mevat arazi sayılması için herhangi bir kimsenin mülkiyet veya tasarrufunda (intifaında, yararlanmasında) bulunmamalıdır.

2) Toprak, kamunun yararlanmasına tahsis edilmemiş olmalıdır:

Kamunun tamamının veya belirli bir kesiminin ortak kullanmasına tahsis edilmiş bulunan arazi, metrûk arazi sayıldığından, terk veya tahsis kararıyla birlikte mevat arazi olmaktan çıkardı[35]. Görüldüğü gibi mevat olmakla birlikte, herhangi bir hizmete terk veya tahsis kararıyla mevat arazi bu niteliğini yitirmektedir.

3) Toprak miri arazi veya vakıf arazisi olmamalıdır:

Mirî arazinin ihyası mümkün değildir. Çünkü, mirî arazi zaten tarıma elverişli yerlerdir. İkinci olarak bu tür yerler, bir başkasına tasarruf hakkı verilerek başkasına tahsis edilmekteydi. Bunun gibi, arazi vakfa ait ise, ihya yolu ile iktisabı mümkün değildir. Zira bu tür yerler, mülk olmak üzere kimseye ihya ettirilmez[36].

---

31 Ali HAYDAR, s. 324; MARDİN, s. 89; BERKİ, Ş. Dava, s. 83; EREN/BAŞPINAR, 57 vd.

32 Arazi Kanunu m. 103 de ise mevat arazi ile ilgili şu hüküm yer almaktaydı: *"Batapu kimesnenin tasarufunda olmayan ve minelkadim ahalii kasabat ve kuraya tahsis kılınmayan ve aksayı umrandan cehirsevat olan kimesnenin sayhası istima olunmayacak derecede kasaba ve kariyede bait bulunan gûhi ve taşlık ve kıraç ve pırnallık ve otlak gibi halî mahaller...".*

33 EREN/BAŞPINAR, s. 57.

34 MARDİN, s. 89-90; Aksoy, Suat; Tarım Hukuku, 2. Baskı Ankara 1984, s. 151; Özmen, İhsan: Eski ve Yeni Hukukumuzda Gayrimenkul Mevzuatı, Ankara 1986, s. 67; EREN/BAŞPINAR, s. 58.

35 MARDİN, s. 89-90; AKSOY, Tarım, s. 152; EREN/BAŞPINAR, s. 58; CİN, Mirî, s. 38, Köprülü, Bülent: Toprak Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1958, s. 97; Özmen, s. 67.

36 Ali HAYDAR, s. 326.

4) Toprak kasaba veya köyün baltalığı ya da mezarlığı olmamalıdır:

Bir yer kasaba veya köyün baltalığı ise, ihyası mümkün değildir. Zira bu tür yerler üzerinde o yerde yaşayanların hakları bulunduğundan, mevat olarak kabul edilmemektedir[37].

Mezarlıklar da kasaba veya köyün ortak yerlerinden olduğundan, ihyasına müsaade edilmemiştir. Gerçekten de, bir arazi mezarlık olarak tahsisi ile birlikte, tasarrufa konu olmaktan çıkar. Üzerinde mezar kalmasa bile söz konusu yerin ihyası caiz değildir. Tahsis kararı kaldırılsa bile, bu yer ihya veya temlike konu olmaz[38].

5) Toprak, köy veya kasabadan belirli bir uzaklıkta bulunmalıdır:

Bir yerin mevat arazi sayılabilmesi için, kasaba ve köylere yakın olmaması gerekirdi. Başka bir deyişle, arazinin mevat niteliğine sahip olması için, diğer şartların yanında onun köy veya kasaba gibi mâmur yerlerden belirli bir uzaklıkta olması gerekmekteydi. Bu uzaklık, sesi gür (cehirüssavt) insanın, bağırdığı zaman sesinin işitilebileceği bir alanı kapsayıp, tahminen bir buçuk mil veya yaya olarak yarım saatlik bir mesafedir. Sesin gürlüğünden maksat; bağıranın nefsine güçlük veya zarar vermeyecek kadar olmasıdır. Bu uzaklıktan daha az mesafede bulunan yerler, tarıma elverişli olmasalar dahi, mevat arazi sayılmazdı[39]. Bunun sebebi; kasaba ve köylerin gelişerek, ileride duyulacak arsa ihtiyacının karşılanmasıdır. Aksi halde ileride kamu hizmetleri için duyulacak söz konusu ihtiyacın karşılanması mümkün olmazdı[40]. Kasaba veya köye yakın olan yer, sahipsiz olsa bile ihya yolu ile iktisap edilemezdi[41]. Bu sebeple sesi gür bir kimsenin bağırdığı zaman sesinin duyulduğu yerdeki bir arazi, sahipsiz olsa dahi, ihyası mümkün olmazdı. Çünkü, kasaba veya köye yakın olan yerler, ahaliye mer'a, harman yeri veya baltalık olarak terk olunabilirdi. Bu yüzden de söz konusu yer ahalisinin bu yerler üzerindeki yararlanması kesilmeyip, devam ettiğinden, ihyası kabul edilmezdi[42]. Aynı şekilde, kasaba veya köyün içerisinde bulunan sahipsiz yerler metruk arazi olup, mevattan sayılmazdı. Zira bu tür yerler, yol veya nehir gibidirler[43].

Mecelle'nin hazırlandığı yıllarda kasaba olan yerlerin pek çoğu bugün için büyükşehir veya şehir hacmine ulaşmıştır. Ancak Mecelle'de kasaba ile kastedilen, büyük veya küçüklüğüne bakılmaksızın şehirlerdir. Karye ise, kasaba büyüklüğüne ulaşmamış köy niteliğini haiz yerleşim birimidir[44].

6) Toprak, yararlanmaya, yani tarıma elverişli olmamalıdır:

---

37 Ali HAYDAR, s. 326.
38 Ali HAYDAR, s. 326.
39 EREN/BAŞPINAR, s. 59.
40 CİN, Toprak, s. 38; MARDİN, s. 90; EREN/BAŞPINAR, s. 59; İkinci Meşrutiyetin ilanından sonra hazırlanan "Emval-i Gayr-ı Menkule Kanunu Tasarısı"nda bu mesafe, köy veya kasabadan itibaren üç kilometre olarak teklif edilmişti. Ancak, bu Tasarı değişik sebeplerle kanunlaştırılamamıştır. Bkz. MARDİN, s. 90; KÖPRÜLÜ, İhya, s. 410.
41 Ali HAYDAR, s. 326. Buna karşılık bir görüş, bu tür yerlerde toplumun yararlanması söz konusu değilse, ihyasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali HAYDAR, s. 326.
42 Ali HAYDAR, s. 326.
43 Ali HAYDAR, s. 326.
44 Ali HAYDAR, s. 325.

Bir arazinin mevat arazi sayılması için, gerekli en önemli şartlardan biri de, bunun niteliği itibariyle tarıma elverişli bir arazi olmamasıdır. Buna göre, hâlihazır durumu itibariyle ekim, dikim veya bakım yoluyla düzenli bir tarım işletmeciliğine imkân vermeyen, ıslah edilecek, henüz işlenmemiş arazi, tarıma elverişli olmayan arazidir[45].

Bir arazinin uzun süre su altında kalması da mevat olmasına yol açabilir. Fakat bunun için o yerin öncesi de başkasının mülkü olmaması lazımdır. Mecelle'de bu konuda bir nitelik belirtilmemiş ise de, Arazi Kanunu'nda "hali" yerlerden söz edilmiştir. Bundan maksat, kendisinden tarım yapmak suretiyle yararlanmanın mümkün olmadığı çorak yerlerdir[46]. Taşlık, çorak, kayalık, kıraç, pırnallık ve otlak gibi yerler mevat arazinin misalleridir. Bütün bunların ortak özelliği; söz konusu yerlerde pek bitkinin yeşermemesi, hayat belirtileri görülmemesidir. Medeni Kanunda bu gibi yerler, tarıma elverişli olmayan yerler olarak kabul edilmektedir (TMK. m. 715). Buna karşılık, tarıma elverişli olduğu halde ekilip biçilmeyen (mahlûl) yerler, mevat arazi sayılmazdı[47].

C. Mevat arazinin tarıma elverişli hale getirilmesi, İhya:

1) Genel olarak

Mecelle m. 1051'e göre, ihya, imar demek olup, araziyi tarıma elverişli hale getirmektir. Çünkü, bazı topraklar hâlihazır tabiî durumları itibariyle tarıma elverişli olmamakla beraber, emek ve masraf yapmak suretiyle bunların da sonradan tarıma elverişli duruma getirilmesi mümkündür. Bu nedenle, bir yerin mevat arazi olup olmadığının tesbiti çok önemlidir. Bir arazinin mevat sayılmasının en önemli sonucu, onun, ihya suretiyle yararlanma hakkının iktisap edilmesidir[48]. Arazi Kanununda beşinci tür arazi olarak kabul edilen mevat arazinin önemi, ihya edilmek suretiyle yararlanma hakkının elde edilmesinden kaynaklanır.

2) İhyanın şartları

a) Devlet başkanının izni[49]

İhya sonunda tarıma elverişli hale getirilen toprağın, bazen mülkiyeti, bazen de yalnız yararlanma (tasarruf) hakkı iktisap edilirdi. Bu konuda kesin bir kural yoktu. Bunlardan herhangi birinin iktisabı için devlet başkanının izni gerekirdi. Sonraki bir tarihte ikili bir ayrım yapılarak bir kural getirilmişti. Buna göre, ihya edilen yerin mülkiyetini iktisap edebilmek için, devlet başkanı veya onu temsile yetkili makamdan özel izin alınması gerekirdi (Mecelle, m. 1272/I)[50]. Buna

---

45 EREN/BAŞPINAR, s. 59; MARDİN, s. 90;CİN, Toprak, s. 39.

46 KÖPRÜLÜ, s. 410.

47 EKİNCİ, s. 496.

48 Bir görüş miri arazide de ihyanın mümkün olduğunu savunmaktadır. Bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 53.

49 Devlet başkanının izni, doktrinde çeşitli kavramlarla ifade edilmiştir. Meselâ, "izn-i Sultani (Ali HAYDAR, s. 326)"; "devlet başkanının izni (EREN/BAŞPINAR, s. 60; KÖPRÜLÜ, Toprak Hukuku, s. 98; ÖZDEMİR, İmar-İhya ve Zilyetliğe Dayanan Tapu İptal Davaları, Ankara 1996, s. 24)"; "devlet reisinin izni (BERKİ, Ş. Dava, s. 28)"; "ululemrin izni (MARDİN, s. 91)"; "ululemrin (Padişahın) izni (GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 62)"; "Padişahın izni, (CİN, Toprak, s. 55)"; "memurun izni (AKSOY, Suat; Tarım Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 152)"; "imamın izni" (SEVİĞ, s. 259; DOĞAN, D. Mehmet; Tarih ve Toplum, Türkiye'de Toprak Meselesi ve Toplum Yapımızın Tarihi Oluşumu, 2. Baskı, Ankara 1990, s. 29; SCHACHT, s. 149). Bize göre, bunlar içerisinde müessesenin bünyesine en uygun olanı ve doktrinde hakim olan görüşün de kabul ettiği ***"devlet başkanının izni"*** deyimidir.

50 KÖPRÜLÜ, İhya, s. 411. Devlet başkanının izninin gerekmediği özel durumlar genel olarak, kullanılmayan arazide kuyu açılması veya ağaç dikilmesi gibi faaliyetlerdir. Bkz. SCHACHT, s. 149.

karşılık, ihya edilen yerin, yararlanma (tasarruf) hakkı elde edilmek isteniyorsa, bu konuda genel bir izin yeterli olup, özel izin alınması gerekli değildi[51]. Başka bir deyişle, genel izin ihya edene sadece taşınmazın tasarruf hakkını, özel izin ise hem mülkiyet hem de yararlanma (tasarruf) hakkını temin ederdi (Mecelle, m. 1272/II). İzin ile sadece yararlanma hakkının elde edildiği yerler mirî arazidir[52].

İhya için kimlere izin verileceği konusunda Mecelle'de bir hüküm mevcut değildir. AK. m. 103'te "*yere zarureti olan kimseler"* den söz edilmektedir. Fakat bunun sınırlayıcı bir hüküm olmaktan çok, ihtiyaç sahiplerine öncelik (rüçhaniyet) tanımak için kabul edildiğini söylemek mümkündür. Buna göre, birden çok kişi aynı yeri ihya etmek için aynı zamanda talepte bulunmuşlar ise, bunlar arasında toprağa ihtiyacı olan tercih edilirdi[53].

b) İhya sayılan bir fiilin yapılması

aa) Genel olarak

Hangi fiil ve davranışların ihya kabul edileceği mahallî örf ve âdete göre belirlenir. Çünkü, ihya fiili coğrafî şartlara göre değişiklik gösterebileceği gibi, zaman içerisinde de şartlara göre değişebilir. Gerçekten de, geçmişte ve Mecelle'de ihya fiili olarak kabul edilen toprağı nadas etmek, sürmek[54], dikenlerini toplamak gibi faaliyetler, bugün için ihya olarak kabul edilmemektedir[55]. Bu sebeple ihya sayılan fiillerin tesbitinde mahallî örflere, âdetlere bakmak gerekir[56].

Mecelle'de bir taşınmazın ihyasından bahsedebilmek için, bir kimsenin ihya sayılan fiillerden birini gerçekleştirmesi öngörülmüştü. İhya sayılan fiiller konusunda Mecelle'de ayrıntılı düzenlemeler bulunmakta idi (Mecelle, m. 1275, 1276). Bunlardan herhangi birinin yapılması ihya için yeterli sayılmıştı[57]. Gerçekten de m. 1275'te *"Tohum ekmek ve fidan dikmek arzı ihya olduğu gibi, nadas eylemek ya saky* (sulamak) *yahut saky için hark* (ark) *ve cedvel (suyolu) açmak dahi ihyadır"* hükmü yer almaktadır. Bunun gibi, 1275'e göre, *"Bir kimse arazi-i mevatdan bir yerin etrafına duvar çekse yahut sel suyundan muhafaza edecek kadar etrafını yükseltip de müsennat yapsa ol yeri ihya etmiş olur"* hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi Mecelle'de, tohum ekmek, fidan veya ağaç dikmek, bina inşa eylemek, toprağı nadasa bırakmak, sulamak, kanal açmak, arazinin

---

51 İhya için şartsız bir izin verilmişse, ihya edenin hangi hakkı elde edebileceği belli değildir. Ancak Arazi Kanunu şartsız izin verilebileceğini kabul etmediğinden, şartsız izin verilmişse, ihya edene mülkiyet hakkının verilmek istendiği sonucu çıkarılmalıdır. Bkz. CİN, Toprak, s. 58.

52 Arazi Kanunu, kural olarak, ihya sonunda taşınmazın mülkiyetinin iktisabını yasaklayarak, sadece yararlanma (tasarruf) hakkının iktisabına izin vermişti. AK. m. 103'e göre, bir yeri gerekli izin almadan ihya eden kimseden o yer geri alınırdı. Bununla birlikte ihya eden gerekli bedeli (tapu mislini) ödemek şartıyla taşınmaza sahip olabilirdi.

53 CİN, Toprak, s. 56.

54 ŞAFAK, s. 175. Bazı hukukçular ihya için daha ağır şartlar aramışlardır. Bunlara göre arazinin ihya edilmiş sayılması için ekim dikim yapması şarttır. Ekim dikim yapılıncaya kadar toprak ihya edilmiş sayılmaz. Fakat çoğunluk bu görüşe katılmamıştır. Çünkü, İslam hukukuna göre, ihya için toprağı ekim dikim yapılır hale getirmek yeterli olup, bu fiili bizzat yapmak şart değildir. Bu nedenle, araziye ev yapmak ihya için yeterli olup, ihya için evde oturmak gerekli değildir. Toprağın fidan dikmeye hazır hale getirilmesi de ihya için yeterli sayılmıştır. Bkz. ŞAFAK, s. 175.

55 Bkz. İBK. T. 24.1.1945, E. 1944/38, K. 1945/2 (KBİBB.).

56 DİLEK, Mehmet; Hadislerde "Arazi ve Mera Islahına" Yönelik Teşvikler, DBAAD, IX, Sa. 3, s. 223.

57 CİN, s. 56-57; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 62.

etrafına duvar çekmek, sel sularından koruyacak kadar etrafını yükseltmek gibi fiiller ihya olarak sayılmıştı[58]. İhya fiilinin gerek şahsen gerek vekil aracılığı ile yerine getirilmesi de mümkündür.

Sonuç olarak, her ne kadar Mecelle'de sulama, kanal açma, çeşme yapma, kuyu kazma, arazinin taşlarını ayıklama, bataklığı kurutma, hububât ekme, ağaç dikme, bina yapma gibi faaliyetler arazi ihyâsı olarak nitelendirilmiştir (m. 1275-1276). Kanaatimizce, bu konuda tüketici bir sayım yapma yerine, değişen ve gelişen zaman içinde ıslâh (amelioration) ve imar olarak kabul edilebilecek her faaliyetin hukuken ihyâ sayılmasının daha yerinde olur[59].

bb) İhya sayılan fiiller

Mecelle'de ihya fiilleri isim olarak da sayılmıştır. Ancak, ihyanın gerçekleşmesi için söz konusu fiillerin tamamı değil, sadece birinin gerçekleştirilmesinin yeterli olduğu kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, adı geçen fiiller kümülâtif değil, seçimlik faaliyetlerdir. Bu sebeple Mecelle'de adı geçen fiillerden birini gerçekleştiren kimse, o arazinin maliki olurdu[60]. İhya kabul edilen fiiller şunlardır[61]:

aaa) Tohum ekmek

Mecelle m. 1275'te ihya olarak kabul edilen fiillerin başında tohum ekmek gelmektedir. Kanunkoyucu tohum ekmenin, taşınmaza zilyet olmanın bir göstergesi olduğunu kabul etmiştir. Zira araziye tohum eken kimse, buradan ürün elde etmeyi, böylece aile bütçesine, dolaysıyla millî ekonomiye katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

bbb) Arazinin etrafına duvar çekmek

Duvar çekmek, Mecelle m. 1276'da "bir kimse arazi-i mevâtdan bir yerin etrafına duvar çekse" şeklinde açıkça ihya fiilli olarak kabul edilmiştir. Kanunkoyucu, duvar çekmeyi, ihyâ fiilinin ön şartı olarak görmüştür. Çünkü, duvar çekmekle, araziyi çevreleyici iç kısmındaki eşyayı koruyucu bir durum sağlanmış olur[62]. Bu ise ihya iradesinin ilk belirtileridir. Diğer taraftan, mevat arazinin etrafını duvar ile çevirmek, başkalarının o yere girmesine mani olmak bakımından, tam bir hak bahşetmese de, mevat araziden tarıma elverişli araziye geçmede bir aşamayı ifade eder. Diğer taraftan duvarın tamamlanamaması ihya olmasa da tahcir sayılmıştır. Çünkü Mecelle m. 1052'de *"Tahcir, araziyi başka kimesne vaz'ı yed etmemek için etrafına taş vesâir nesne vaz etmektir."* hükmü yer almaktadır.

ccc) Ağaç veya fidan dikmek

Mecelle'de ihya sayılan fiiller arasında ağaç veya fidan dikmek de yer almaktadır. Gerçekten de, Mecelle m. 1275'te "*fidan dikmek ihya olduğu gibi"* hükmüne yer verilmiştir. Diğer taraftan,

---

58 Bkz. Mecelle, m.1275-1276. Bazı yazarlar, su çıkıncaya kadar kuyu açmak fiilinin de ihya sayılacağı fikrindedirler. Bkz. ALİ HAYDAR, s. 329; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 63. Fakat Yargıtay kararlarına göre, bir taşınmaz içerisindeki taşları kırıp satmak (8. HD. T. 24.11.1960, E. 4374, K. 7536; ÖZDEMİR, s. 236), yılın belirli günlerinde arazi üzerindeki karları toplamak (8. HD. T. 26.4.1976, E. 6932, K.3354; ÖZDEMİR, s. 236) veya harman yapmak (7. HD. T. 19.4.1978, E. 12940, K. 5439; ÖZDEMİR, s. 236), çalılık ve eğrelti otlarını toplamak (8. HD. T. 26.11.1965, E. 6058, K. 5151; ÖZDEMİR, s. 236), süresi ne olursa olsun hayvan otlatmak (7. HD. T. 16.2.1994, E. 1991/11248, K. 1994/1188; SINMAZ/KARATAŞ, s. 284) vb. faaliyetler ihya kabul edilmemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞPINAR, s. 128 vd.

59 Aynı doğrultuda görüş için bkz. DİLEK, s. 226.

60 Ali HAYDAR, s. 329.

61 Doktrinde bir görüş, ihya fiillerini 9 olarak sıralamaktadır. Buna göre ihya sayılan fiiller; tohum ekmek, fidan veya ağaç dikmek, bina inşa etmek, nadas eylemek, sulamak, su harkı veya cedvel açmak, etrafına duvar çekmek, sel sularını engelleyen istinat duvarı çekmek, su çıkıncaya kadar kuyu açmaktır. Bkz. Ali HAYDAR, s. 329.

62 DİLEK, s. 223.

Mecelle m. 1289'da devlet başkanının izni ile dikilen ağacın kapalı alanı her yönden beş arşın olup, bu alana başkasının ağaç dikmesi yasaklanmıştır. Buna karşılık söz konusu izin alınmadan dikilen ağaçların kapalı alanı yoktur[63].

ddd) Arazinin su ihtiyacını karşılamak

Mecelle m. 1275'te ihya sayılan fiiller arasında, arazinin su ihtiyacını karşılamak için "*saky etmek yahut saky için hark ve cedvel*[64] *açmak"* da yer almaktadır. Çünkü arazinin sulanması, o yerin yeşille kaplanmasına, yeşillenmesine, ürün vermesine sebep olur. Diğer taraftan kuru tarıma göre sulu tarım, daima daha fazla ürün demektir. İhyanın amacı dikkate alındığında, arazi için sulamanın önemi daha iyi anlaşılır. Bu sebeple arazi için su temininin ihya sayılması son derece yerindedir.

Doktrinde salt hark veya cedvel açmanın ihya olup olmadığı tartışılmalı iken[65], kanunkoyucu bu konuda yalnız söz konusu fiillerin gerçekleştirilmesini ihya için yeterli saymıştır.

eee) Su çıkıncaya kadar kuyu açmak

Kuyu açmak, Mecelle'de ihya edilen fiiller arasında yer almamaktadır. Bununla birlikte Mecelle m. 1280'de bir kimsenin devlet başkanının izni ile mevat arazide açtığı kuyunun kendisinin mülkü olacağı hükmü[66] yer almaktadır. Hatta doktrinde, açılan kuyunun etrafındaki arazinin her taraftan kırkar arşın[67] olan yerin de kuyu açanın mülkü olacağı kabul edilmektedir[68].

Su çıkarmadan salt kuyu açmak ihya değil, tahcir olarak kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, suya ulaşıncaya kadar kuyu kazma tahcirdir. Bunun gibi, izin alınmadan suya ulaşan kuyu açmak da tahcir kabul edilmektedir[69]. Buna karşılık, doktrinde su çıkıncaya kadar kuyu açmanın da ihya olduğu kabul edilmektedir. Çünkü böyle bir halde arazinin su ihtiyacı karşılanmış olur. Su ihtiyacının karşılanması ise Mecelle'de ihya olarak kabul edilmiştir (m. 1275)[70]. Diğer taraftan doktrinde sulama, kanal açma, çeşme yapma, kuyu kazma, fiilleri de ihya olarak kabul edilmektedir[71].

fff) Sel suyundan korumak için set veya bend yapmak

Mecelle m. 1275'te mevat arazinin etrafına sel suyunun engelleneceği kadar duvar çekmek de ihya fiilleri arasında sayılmıştır. Çünkü, bu tür bir fiil arazinin sel sularından korunmasına hizmet etmektedir. İkinci olarak doktrinde, böyle bir duvar, Mecelle'de ihya fiilleri arasında yer alan "bina" cümlesinden kabul edilmektedir[72].

---

63 Ali HAYDAR, s. 335.

64 Maddede geçen cedvel su arkı anlamındadır. Bkz. SAMİ, Şemseddin; Kamus-ı Türkî, Ankara 2010, s. 174; DEVELİOĞLU, s. 129; PARLATIR, İsmail; Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 239; AYVERDİ, İlhan; Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C. 1, İstanbul 2006, s. 478.

65 Tartışmalar için bkz. Ali HAYDAR, s. 329.

66 Mecelle m. 1280"*Bir kimsenin izn-i sultanî ile arazi-i mevâtda kazdığı kuyu kendinin mülküdür".*

67 Buradaki aşın, inşaat ve toprak ölçümlerinde geçerli olan "*zira-i mimarî arşın*" olup, uzunluğu 75,8 cm'dir. Bkz. SAKAOĞLU, Necdet; Osmanlı Tarihi Sözlüğü, İstanbul 2017, s.42; Ali HAYDAR, s. 331.

68 Ali HAYDAR, s. 331.

69 Ali HAYDAR, s. 329-330, 331.

70 Ali HAYDAR, s. 330.

71 DİLEK, s. 226.

72 Ali HAYDAR, s. 329.

ggg) Nadas etmek

Arazinin nadas (herk[73], kirab) edilmesi Mecelle'de ihya kabul edilmiştir. Çünkü nadas, arazinin otlarıyla birlikte sürülüp alt üst edilmesiyle, bir süre dinlendirmek suretiyle daha verimli hale getirmeyi amaçlar. Nadasın sebebi, toprağın verimsizliği veya suyunun az olmasıdır. Bu sebeple hem nadas edip hem de sulama arkı yapılmışsa, bunun ihya olduğu oybirliği ile kabul edilmektedir[74]. Kanunkoyucu bu durumu dikkate alarak nadası ihya fiili olarak kabul etmiştir.

cc) İhya kabul edilmeyen fiiller

Taşınmazın ihyasını sağlayan fiiller dışında kalan davranışlar, tahcirdir[75]. Tahcir kavram olarak Arapça "hacr" kökünden gelen bir sözcük olup, taş dikmek anlamına gelmektedir. Tahcirin en yaygın uygulaması bir yere taş dikme olduğundan, müessese bu kavram ile ifade edilmiştir. Gerçekten de, bir kimse, araziye taş dikmek suretiyle, başkalarını bu yeri ihya etmekten alıkoymuş olmaktadır. Başka bir deyişle tahcir, kimsenin girmemesi için taş, diken veya kuru ağaç dallarıyla arazinin etrafına çevirmektir. Bu sebeple "muhtecir" men eden anlamındadır[76].

Tahcir, Mecelle m. 1052'de tanımlanmıştır. Söz konusu maddeye göre tahcir, "*araziye başka kimesne vaz'ı yed etmemek için etrafına taş vesair nesne vaz'etmektir"*. Ne gibi şeylerin tahcir olduğu Mecelle m. 1277-1278'de açıklanmıştır. Bununla birlikte söz konusu haller misal kabilindendir. Bunlar arasında, arazinin; taş, diken, kuru ağaç dalları koyarak dört tarafının çevrilmesi, otlarının ayıklanması, içindeki dikenlerin yakılması, içinde kuyu kazılması, sel suyunu engelleyecek istinad duvarı çekilmesi sayılabilir[77].

Mecelle m. 1277'de taş, diken ya da kuru ağaç dalları koyarak arazinin dört tarafını çevirmek, arazinin otlarını ayıklamak, içindeki dikenleri yakmak, kuyu kazmak ihya olmayıp tahcir kabul edilmiştir. Aynı şekilde sel suyuna engel olmak amacıyla otları ve dikenleri biçerek arazinin etrafına koymak ve üzerine toprak koymak faaliyetlerinin tamamlanmaması da tahcir sayılmıştır (m. 1278). Başka bir deyişle, Mecelle'de, taşınmazın etrafına taş, diken veya kuru ağaç dallarını koyarak sınırlamak, içerisindeki otları ayıklamak, yakmak veya kuyu kazmak, tahcir olarak kabul edilmiştir (m. 1277)[78].

Tahcir, bu fiili gerçekleştirene ne mülkiyet ne de intifa bahşetmez, sadece söz konusu yeri ihya etmek hususunda, diğer kimselere göre, bir öncelik /rüçhan) hakkı sağlardı. Ayrıca tahcir için bir izne de gerek yoktu. Şu halde tahcir, ihya olmamakla beraber, ona imkân ve zemin hazırlayan bir davranış olarak nitelendirilebilir[79]. Bu sebeple doktrinde bir görüş tahciri "ihya benzeri" olarak nitelendirmektedir[80].

---

[73] Herk kavramı, ülkemizde yaygın bir şekilde kullanıldığı gibi, atasözlerine de konu olmuştur. Meselâ, Ankara'nın Nallıhan İlçesi'nde "Ya herk et, ya da terk et" atasözü mevcuttur. Aynı şekilde dilimizde "Mısır ve darı herkinde ekin ekeceğim" deyimi yaygındır. Bkz. http://www.cografya.gen.tr/sozluk/nadas-4.htm, E. T. 076.09.2017.

[74] Ali HAYDAR, s. 329.

[75] Bkz. Mecelle, m. 1277-1278, 1052.

[76] DEVELİOĞLU, s. 1018; Ali HAYDAR, s. 140.

[77] DİLEK, s. 223.

[78] Mecelle m. 1278'de mevat arazideki dikenlerin biçilerek etrafının çevrilmesi, ihya değil tahcir sayılmıştır.

[79] CİN, Toprak, s. 57; MARDİN, s. 93; KÖPRÜLÜ, Toprak Hukuku, s. 98; CİN, Toprak, s. 57; AKSOY, Tarım, s. 153; ALİ HAYDAR, m. 1279; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 63; EKİNCİ, s. 496.

[80] KÖPRÜLÜ, İhya, s. 411.

Tahcir eden o araziyi ihya etme konusunda başkalarına göre daha üstün bir hakka sahipti. Çünkü, Mecelle m. 1279'a göre, üç yıl süre[81] ile o yere başkasının ihya amacıyla el atmasını önleyebilirdi[82]. Bununla birlikte, söz konusu süre içerisinde, izin alan bir kimse araziyi ihya edebilirdi. Tahcir buna engel değildir[83]. Çünkü, mevat arazinin muhtecire verilmesinin amacı, onu ihya ederek, tarıma elverişli hale getirmek suretiyle Hazineye (Beytülmal'e) vergi geliri (öşür veya haraç) sağlamak suretiyle menfaat sağlanmasıdır. Bu amaç gerçekleşmeyince, söz konusu arazinin muhtecirde bırakılmasında fayda yoktur[84].

c) İhya fiilinin, izinden sonra belirli bir süre içinde yapılması: İhya için Kanunda sayılan fiillerden birinin, izin tarihinden itibaren üç yıl içinde gerçekleştirilmesi gereklidir. Çünkü Mecelle m. 1279'a göre, bir kimse sahipsiz, işlenmemiş arazide bir yerin başkalarının girişini engelleyecek şekilde etrafını çevirdiği takdirde, o yerde üç yıl süre ile başkalarına göre ihya etmede önceliği vardır. Üç yıl çerisinde ihya etmez ise hakkı kalmaz, ihya etmek üzere başkasına verilebilir (*"Bir kimse arazi-i mevâtdan bir mahalli Tahcîr etse üç sene müddet ol yere sâirinden ehak olur. Üç seneye kadar ihya etmezse hakkı kalmaz. Ve ihya etmek üzre başkasına verilebilir*"). Üç yıllık süre içerisinde arazinin ihya edilmemesi halinde, verilen müsaade ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, taşınmaz, hak sahibinden geri alınarak bir başka kimseye verilebilirdi[85]. Bununla birlikte, yeni iznin eski sahibine verilmesi de mümkündü. Bu süreye, geçerli bir mazeretin bulunması dâhil edilmemişti[86]. Bu sebeple, makbul özrü olmadan kanunun aradığı fiil üç yıl içinde tamamlanmazsa, ihya hakkı sona erer. Bu durumda arazi, ihya edilmek üzere başkasına verilebilir. Kanunun aradığı makbul mazerete uzun süreli hastalık misal teşkil edebilirdi[87].

3) İhyanın hüküm ve sonuçları

Mevat araziyi ihya eden, toprağın mülkiyet veya yararlanma hakkını bedelsiz olarak kazanmakta idi[88]. Başka bir deyişle, mevat arazi iki şekilde ihya edilir. İlk halde mevat arazi, mülk edinmek üzere ihya edilir. Bu sonuç Mecelle'de açıkça yer almaktadır. Gerçekten de, Mecelle m. 1272/I'de *"Bir kimesne (kimse) izn-i sultanî ile mevâtdan bir yeri ihya ve i'mar eylese ana (ona) malik olur"* hükmü yer almaktadır. İkinci halde mevat arazi tasarruf hakkına sahip olmak üzere ihya edilir. Devlet başkanı veya vekili bir kimseye (mevat araziden) bir yerden, mülk edinmeyip, sadece yararlanması için, tarıma elverişli hale getirmesine izin verebilir. Böyle bir halde, söz konusu

---

81 Üç yıllık süre İslâm hukukunun başlangıcında kabul edilen uygulamadan gelmektedir.

82 Ali HAYDAR, s. 140, 330.

83 Ali HAYDAR, s. 330; EKİNCİ, s. 496.

84 Ali HAYDAR, s. 330.

85 SCHACHT, s. 149; DOĞAN, s. 29.

86 Bkz. AK. m.103/I.

87 EREN/BAŞPINAR, s. 62; ÖZDEMİR, s. 25.Günümüzde yürürlükte bulunan, 3083 sayılı "Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu" (RG. T.01.12.1984, S. 18592) m. 10 ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu Uygulama Yönetmeliği (RG. T. 29.06.1985, S. 18796) m. 49/I, b. (a)'da eski hukukumuzdaki düzenlemeye benzer bir hüküm yer almaktadır. Gerçekten de, söz konusu maddelere göre, Tarım Reformu Genel Müdürlüğü tarafından kendisine toprak dağıtılan çiftçi, "*topraklarını, askerlik veya belgelendirilmiş uzun süreli hastalık gibi geçerli bir mazereti olmaksızın, aralıksız üç yıl süre ile Kanunun öngördüğü şekilde verimli olarak işletmeyenlerden Bölge Müdürlüğünün teklifi ve Genel Müdürlüğün onayı ile topraklar geri alınır"* hükmü yer almaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. EREN/BAŞPINAR, s. 125 vd.

88 Ali HAYDAR, s. 328; KÖPRÜLÜ, İhya, s. 411. Buna karşılık bir görüş, Osmanlı Devletinde, Kanuni Sultan Süleyman zamanına kadar ihya edene mülkiyet hakkı tanındığını, bu tarihten sonra ise, ihya edene sadece yararlanma (tasarruf) hakkı tanındığı fikrini savunmaktadır. Bkz. BERKİ, Şakir; Toprak Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1967, s. 78.

kimse, izin verilen yerin maliki olamaz, sadece izne göre yararlanma (tasarruf) hakkını elde eder. Başka bir deyişle, devlet başkanı mevat araziyi mülk edinmeyip, sadece tasarruf hakkı elde etmek amacıyla ihyasına izin verebilir. Bu durumda ihya edilen yer, rakabesi (kuru mülkiyeti) Devlete (Beytülmal'e) ait olduğundan, mirî araziden sayılmaktadır[89]. İhyanın ikinci bir sonucu belirli bir müddet ve rgi resimden muafiyet olarak kabul edilmiştir. Buna göre ihya edilen yerin ürünleri kural olarak bir yıl vergiden muaf tutulmuştu. Buna karşılık ihya edilen yer taşlık olup fazla zahmet ve emek sarfını gerektirmekte ise, öşürden muafiyet süresi iki yıl olarak kabul edilmişti[90].

Kural olarak ihya edilen yer iktisap edilebilirdi. Arazinin tamamı değil de, bir kısmı ihya edilmişse, arazinin tamamı iktisap edilir miydi? Mecelle'de arazinin kısmî ihyasına da izin verilmiştir. Gerçekten de, m. 1273'e göre bir kimse arazinin bir kısmını ihya edip, geriye kalan kısmını terk ederse, sadece ihya ettiği yerin maliki olur, diğerlerini iktisap edemez. Meselâ, bir kimse 40 dönüm mevat arazinin, 30 dönümlük kısmını ihya edip, 10 dönümlük kısmını ihya etmeden terketmiş olabilir Bu durumda ihya eden sadece 30 dönümlük kısmın maliki olur. Kalan 10 dönümlük kısım ise, tahcir edildiği takdirde, üç yıl sonra ihya edilmek üzere başkasına verilebilir[91].

İhya edilen yerin ortasında bir bölüm hali (boş), yani olduğu gibi kalmışsa, ihya eden o yerin de maliki olur. Çünkü, boş yerin dört tarafını ihya eden kimse dışında bu yerin başkasına verilmesi mümkün değildir. Zira söz konusu yerin ihya için gelip geçecek yolu yoktur. Meselâ, bir kimse, arazinin bir kısmına tohum ekip, bir yerine bina inşa etmiş iken, bazı kısımlar da boş kalmış olsun. Boş kalan yer ihya edilmemiş olsa da, tohum ekilen ve bina yapılan yerlerin ortasında bulunursa, burası da ihya edenin mülkü olur. Buna karşılık, ihya edilen kısım, iktisap edilmek istenen arazinin yarısını geçiyorsa, arazinin tamamı ihya edilmiş sayılırdı[92].

İhya edilen yerin dört tarafı da ihya edilmişse, yol, en son ihya edilen araziden geçerdi. Çünkü, Mecelle m. 1274'e göre, bir kimse arazi-i mevatdan bir yeri ihya ettikten sonra, diğer kimesneler (kimseler) dahi gelip dört tarafındaki yerleri ihya etseler ol kimsenin yolu en son ihya edenin arazisinden teayyün eder. Ya'ni anın (onun) yolu oradan geçer. Çünkü, birinci, ikinci ve üçüncü kişinin ihyası sırasında, arazinin dördüncü kenarı yol için müsaittir. Fakat, arazinin dört tarafını bir kimse ihya etmiş ya da ihya eden birden çok olmasına rağmen, ihya fiili aynı zamanda tamamlanmışsa, ortadaki kimse, dilediği yerden yol talebinde bulunabilirdi[93]. Diğer taraftan, Mecelle'de geçen "*diğer kimseler*" ifadesiyle, ihya edilen taşınmazın dört tarafında birden fazla kimsenin ihya fiilinde bulunması kastedilmiştir. Bu sebeple, ihya edilen taşınmazın dört tarafında sadece bir kimse olup, o da zilyet olduğu taşınmazı kendisi de ihya etmiş ise, ortadaki taşınmazı ihya eden dilediği yerden yola çıkabilir[94].

Taşınmazı ihya eden kimse, ayrıca belirli bir süre vergi ve resimden muaf tutulmakta idi[95]. Böylece, yukarıdaki şartlar altında gerçekleştirilen ihya fiili sonunda, ekilip işletilmeyen, tarım yapılmayan boş yerler, tarım toprağı haline getirilmekte, bundan da topraksız çiftçi ve millî

---

89 Ali HAYDAR, s. 328; CİN, Toprak, s. 57.
90 KÖPRÜLÜ, İhya, s. 411-412.
91 Ali HAYDAR, s. 328.
92 Ali HAYDAR, s. 328.
93 Bkz. Ali HAYDAR, s. 328; MARDİN, s. 94.
94 Ali HAYDAR, s. 329.
95 İhya edilen arazinin ürünü bir yıl öşür ve resimden muaf tutulmuştu. Eğer taşlık bir yer ihya edilmişse, bu süre iki yıl olarak kabul edilmişti.

ekonomi yarar sağlamaktaydı[96]. Bu sebeple Mecelle'de ihya ile taşınmaz iktisabı için, günümüzde olduğu gibi, başka şartlar ve özellikle süre şartı mevcut değildir.

Bazı hallerde mevat araziyi ihya eden, onun mülkiyet veya yararlanma hakkını ancak tapu mislini ödediği zaman elde edebilirdi. Tapu misli, rayiç bedel anlamındadır. Böyle bir işlem ihya edenin, diğer kimselere karşı arazinin yararlanma hakkının elde edilmesine yardım ederdi[97].

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, mevat arazinin ihya edilmesi suretiyle mülkiyetinin iktisabından yabancıların yararlanıp yararlanamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüşe göre, yabancıların bu haktan faydalanması mümkün değildir[98]. Çünkü, ihya, vatandaşa has bir haktır[99]. Buna karşılık, vatandaş olmak kaydıyla, ihya edenin müslim veya gayrimüslim olması arasında fark yoktu[100].

SONUÇ

Mecelle'de ihya müessesesi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Fakat bu müessesenin şartları günümüz mevzuatından daha kolay şartlara bağlanmıştır. Bunun sebebini ise, Osmanlı Devleti'nde arazilerin, bir an evvel ekonomiye kazandırılması, dolayısıyla toplum refahının artmasının amaçlanmasında aramak gerekir. Diğer taraftan, bugün için ihya fiili sayılmayan pek çok faaliyet, Mecelle'de ihya kabul edilmiştir. Bunun gibi günümüzde, tapu kütüğüne kayıtlı olmayan taşınmazların ihya yolu iktisabı, KK. m. 17'de olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması şartlarına (KK. m. 14) bağlanmıştır. Buna karşılık, Mecelle'de ihya, şartların tamam olması ile taşınmazın mülkiyetini iktisap yolu olarak kabul edilmişti. Bu sebeple, bugün olduğu gibi, gerek zamanaşımı şartları gerek yirmi yıllık süre şartı Mecelle hükümlerinde yer almamaktadır. Kanaatimizce, müessesenin amacı ve tarihî seyri dikkate alındığında, Mecelle'deki düzenlemenin ne kadar yerinde olduğu açıkça görülür.

BİBLİYOGRAFYA*

AKSOY, Suat:Tarım Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984.

----------:100 Soruda Türkiye'de Toprak Meselesi, 2. Baskı, İstanbul 1971.

ALİ, HAYDAR Efendi :Dürer-ül Hükkâm Şerh-i Mecelletül Ahkâm, C. III, İstanbul 1330 (Bu eserin Latin harfleriyle basılan nüshasında tarih bulunmamaktadır).

BARKAN, Ömer Lütfü: Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tazminat ve 1274/ 1858 Tarihli Arazi Kanunnamesi, Türkiye'de Toprak Meselesi, İstanbul 1980, s. 291-375.

96 EREN/BAŞPINAR, s. 62.

97 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BARKAN, Arazi, s. 386 vd.; ÖZMEN, İhsan; Eski ve Yeni Hukukumuzda Gayrimenkul Mevzuatı, Ankara 1986, s. 69. CİN, Toprak, s. 57; MARDİN, s. 92.

98 Ali HAYDAR, s. 550.

99 Tartışmalar için bkz. CİN, Toprak, s. 56. Bununla birlikte, 2644 sayılı Tapu Kanunu (RG. T. 29 Kânunuevvel 1934, S. 2892) m. 6'da yer alan ihya hükümlerinden sadece Türk vatandaşları yararlanabilirdi. Çünkü, TK. m. 6/III'te aynen "*Bu hükümlerden ancak Türk vatandaşları istifade eder"* hükmü yer almaktaydı. TK. m. 6, 11.6.1945 tarihli ve 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu m. 64 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. RG. T. 15.06.1945, S. 6032.

100 Ali HAYDAR, s. 326.

* Dipnotlarda yer alan eserler, yazarlarının soyadı ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekliyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

----------: Emevilerde Toprak Sistemi, slideplayer.biz.tr/slide/10807292/, E. T. 25.08.2017.

BERKİ, Ali Himmet :Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 3. Baskı, Ankara 1959.

BERKİ, Şakir : Türkiye'de Toprak Davası ve Mevzuat Karşısında Toprak Rejimi, Ankara 1971 (Kısaltılmışı: BERKİ, Dava).

----------: Toprak Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1967 (Kısaltılmışı: BERKİ, Toprak).

BİLGEN, Pertev: İdare Hukuku Dersleri, İdare Malları, İstanbul 1996.

CİN, Halil : Mirî Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, Ankara 1969 (Kısaltılmışı: CİN, Miri).

----------: Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 4. Baskı, Ankara 2016 (Kısaltılmışı: CİN, Toprak).

DİLEK, Mehmet : Hadislerde "Arazi ve Mera Islahına" Yönelik Teşvikler, DBAAD, IX, Sa. 3, s. 211-230.

DOĞAN, D. Mehmet:Tarih ve Toplum, Türkiye'de Toprak Meselesi ve Toplum Yapımızın Tarihi Oluşumu, 2. Baskı, Ankara 1990.

DÜREN, Akın : Toprak Hukuku Dersleri, Ankara 1972.

DÜZCEER, Ali Rıza: Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı, 2. Baskı, Ankara 1994.

EKİNCİ, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012.

EREN, Fikret: Kadastro Kanununa Göre İhya Yoluyla Toprak Mülkiyetinin Kazanılması, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 231-243.

EREN, F./BAŞPINAR, V. : Toprak Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014.

GÜRİZ, Adnan: Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara 1969.

GÜRSOY, K./EREN, F./ CANSEL, E.: Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984.

İLHAN, Cengiz: Mecelle Hukukunun Doksan Dokuz İlkesi, İstanbul 2003.

----------: Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâmı Adliye), Ankara 2011.

KAVALALI, Mümin: Miras Hukuku, Ankara 1978. KILIÇ, Halil: Kadastro Davaları, C. I Ankara 1999.

KÖPRÜLÜ, Bülent: Toprak Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1958 (Kısaltılmışı: KÖPRÜLÜ, Toprak).

: Memleketimizde İhya Müessesesinin Geçirdiği İstihaleler, Muhammet Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul 1956, s. 409- 423(Kısaltılmışı: KÖPRÜLÜ, İhya).

MARDİN, Ebul'ula:Toprak Hukuku Dersleri, İstanbul 1947. OKTAY, Saibe: Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, İstanbul 1990.

OZANALP, Nusret: Tapulama Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 1976.

ÖZDEMİR, H. Hilmi: İmar-İhya ve Zilyetliğe Dayanan Tapu İptal Davaları, Ankara 1996.

ÖZMEN, İhsan: Eski ve Yeni Hukukumuzda Gayrimenkul Mevzuatı, Ankara 1986.

ÖZTÜRK, Osman : Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973.

SCHACHT, J. (Çev. Dağ, M./Şener, A.): İslâm Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ankara 1986.

SEVİĞ, V.R.: Toprak Hukuku Dersleri, Ankara 1953. SINMAZ, Burhan/ KARATAŞ, İzzet: Zilyetlik Nedeniyle Gayrimenkul Davaları, 2. Baskı, Ankara 1997.

ŞAFAK, Ali: İslâm Arazi Hukuku ve Tatbikatı (İlk Devirler), İstanbul 1977.

YOLCU, N.: İşgal ve İmar İhya Suretiyle Taşınmaz İktisabı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1991.

KISALTMALAR CETVELİ

AHFD.	: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
AK.	: Arazi Kanunu (Kanunname-i Araziyi Hümayun)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DBAAD.	: Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İHFM.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KK.	: 3402 sayılı Kadastro Kanunu
m.	: madde
s.	: sayfa
Sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TK.	: 2644 sayılı Tapu Kanunu
vd.	: ve devamı

MECELLE'DE YARGILAMA HUKUKUNUN ESASLARI

Prof. Dr. Fahrettin ATAR

Karabük Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

ÖZET

Osmanlı hukuk tarihinde adlî teşkilât alanında en köklü değişiklik Tanzimat sonrasında meydana geldi ve bu çerçevede tek hâkimli şer'iyye mahkemelerinin yanı sıra nizamiye mahkemeleri kuruldu. Nizâmiye mahkemelerinin üyelikleri için başlangıçta yeterli hukuk bilgisine ve klasik fıkıh literatürüne vâkıf kimseler bulunamamıştı. Bu sebeple bu mahkemelerin üyelerinin yararlanabileceği, Türkçe kanun metinlerinin yazılması ihtiyacı ortaya çıkmıştı. Bu ihtiyacı da karşılamak üzere 1868-1876 yıllarında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye adıyla bir kanun hazırlandı. Mecelle'de yargılama hukukuna ait hükümlere yer verildi ve hâkimin başta gelen görevinin adaletle hüküm vermek ve çekişmeyi mâkul sürede sonlandırmak olduğu vurgulandı.

Yargılama Esasları. Hukuk davalarında davacının talebi olmadan hâkim kendiliğinden davaya bakamaz (md.1829). Yine bu tür davalarda hakkı çiğnenen kişi dava açmaya da zorlanamaz. Çekişmeli iki tarafın bulunduğu yargıda davacının tek taraflı iddiası üzerine hüküm verilemez; davalının da savunması alınır. Hâkim, kendisine intikal ettirilen davayı tarafların ortaya koyacakları delillere bağlı kalarak sonuçlandırır. İspat külfeti kural olarak davacıya, yemin de davalıya aittir (md.76). İspat vasıtaları ikrar, şehâdet, yemin, yeminden nükûl, yazılı belgeler ve kat'î karinelerdir (md.1736,1740). Duruşmaları alenî yürüten hâkim, ortaya konan delillerin kendisini yönelttiği sonuca uygun şekilde hükmünü verir ve bunu taraflara bildirir. Yargılama sonunda hâkim gerekçesiyle birlikte hükmü içeren bir mahkeme kararı (i'lâm) düzenleyip taraflara birer nüsha verir (md.1827). Tarafarn talebi üzerine karara bağlanmış bir davanın yeni baştan ele alınması (istînaf), yargılamanın tekrar yapılması (iâde-i muhâkeme) veya ikinci ve üst bir yargı kurumunca denetlenmesi (temyiz) şeklinde hukuk yollarına gidilebilir (md. 1802, 1837-1840).

Hukuk davalarında davayı kaybeden kişinin kesinleşmiş hükmün gereğini kendiliğinden yerine getirmemesi halinde cebrî icraya gidilir ve yetkili kamu organları eliyle mahkeme hükmü icra edilir.

Anahtar kelimeler: Mecelle, kadı, hâkim, şer'iyye mahkemeleri, nizâmiye mahkemeleri.

Giriş

Bu tebliğde, Mecelle'de Yargılama Hukukunun Esasları konusunda kısa bir bilgi verilmeye çalışılacaktır. Önce İslâm'ın ilk dönemlerinde yargı tarihi, Tanzimat dönemindeki yargı kurumuna ilişkin değişiklikler ile kanunlaştırma faaliyeliyetleri hakkında kısa bir bilgi verilecek, daha sonra Mecelle dikkate alınarak Yargılama Hukukunun tanımı, kapsamı ve genel esasları izah edilecektir.

Klasik dönem İslâm hukukçuları devletin fonksiyonlarını yasama, yürütme ve yargı şeklinde bir ayırıma tâbi tutmayıp bunların hepsini halifenin yetki ve sorumluluğu alanına giren görevler olarak telakki etmişler, onun gerekli gördüğü alanlarda kamu yetkililerini tayin ederek, yargı alanında da hâkim/kadılar görevlendirerek ve mahkemeler kurarak bu vazifesini yerine getirebileceğini söylemişlerdir[1]. İslâm devletleri'nde halife veya onun yetkili kıldığı üst düzey yönetici tarafından tayin edilen hâkim/kadı, bulunduğu yargı bölgesinin büyüklüğüne göre unvan ve sayıları değişen yardımcılarıyla birlikte yargı fonksiyonunu yerine getirmiştir. Abbâsî Halifesi Hârûnürreşîd yargıyı daha bağımsız bir kurum yapmak, ülkede hukukî istikrarı ve hukuk güvenliğini sağlamak ve merkeziyetçi bir yönetim kurmak gibi amaçlara yönelik olarak kadılkudâtlık kurumunu ihdas etmiş ve bu kurumun başına Ebû Yûsuf'u getirmişti. Kadılkudâtlık zamanla kurumsallaştı ve diğer kadıları tayin ve azletme, kararlarını denetleme yetkisi ile donatıldı. İslâm devletlerinde ilk dönemlerden itibaren yargı kurumu devlet kurumları arasında seçkin bir yere sahip olmuş, hâkim/kadıların tayin ve azli devlet başkanına veya onun temsilcisine bağlı olsa da işleyiş ve adaleti gerçekleştirme yönüyle siyasî idareden bağımsız faaliyette bulunmuştur. İslâm tarihinin çeşitli dönemlerinde kazâ fonksiyonu hâkim/kadılar tarafından yürütülmekle birlikte Dîvân-ı Mezâlim, muhtesip, şurta ve kazasker gibi kamu kurum ve görevlileri de belirli yetkilerle kazâ görevini yerine getirmişlerdir.

Osmanlı Devleti'nde Adlî Teşkilât

Osmanlı Devleti'nde adalet teşkilâtı, İslâm'ın ilk devirlerinde ortaya konan adlî yapının Emevî, Abbâsî, Selçuklu ve Memlûklü devletleri vasıtasıyla değişikliğe uğrayarak ve gelişerek gelen bir şeklini oluşturmaktadır[2]. Osmanlı kazâ sistemi içinde önemli bir yere sahip olan Dîvân-ı Hümâyun önceki İslâm devletlerindeki Dîvân-ı Mezâlim'in, kazaskerlik kurumu da Abbâsîler'deki kadılkudâtlık kurumunun fonksiyonlarını da kapsayacak şekilde muhteva genişliğine uğramıştır[3].

Osmanlı Devleti'nde en yetkili ve güçlü bir organ olan Dîvân-ı Hümâyun icra görevi ile birlikte yargı görevini de yürütmüştür. Normal bir mahkeme gibi çalışan bu müessese, aynı zamanda bugünkü Danıştay ve Yargıtay'ın görevlerini de ifa etmiştir. Osmanlı devletinde Dîvân-ı Hümâyun dışında vezirazamın başkanlığını yaptığı bir dizi divan vardır ki bunlar zaman zaman adlî ve idarî mahkeme olarak görev yapmışlardır[4]. Dîvân-ı Hümâyun üyesi olan kazaskerler de konaklarında akdettikleri kendi divanlarında askerî diye isimlendirilen kamu görevleriyle ilgili davalara bakmışlardır[5]. Kazaskerlik kurumunun yapısı ve ifa ettiği fonksiyonlar, Tanzimattan sonra azalmış ve Osmanlı Devleti'nin son zamanlarına doğru, kazaskerlerin yetkileri tamamen ellerinden alınmıştır. l1331/1913 tarihli bir Kanun-ı Muvakkat ile kazaskerlik müessesesi kaldırılarak yerine Rumeli ve Anadolu Kazaskerlik Mahkemeleri ihdas edilmiş ve 1332/1914 tarihli bir diğer Kanun-ı Muvakkat ile de bu mahkemelerin sayısı bire indirilmiştir[6].

---

1 Fahrettin Atar, "Kazâ", DİA, yıl: 2002, XXV, 113-115.
2 Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s.84.
3 Mustafa Şentop, Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik, İstanbul 2005, s. 3.
4 Aydın, a.g.e., s. 95.
5 Aydın, a.g.e., s. 96.
6 Ahmet Akgündüz, "İslâm Hukukunun Osmanlı Devletinde Tatbiki: Şer'iye Mahkemeleri ve Şer'iye Sicilleri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 14, 2009, s. 17.

Osmanlı Devleti'nde kuruluş yılından itibaren şer'î kazâ usulü benimsenmiş ve yargı görevi kadılar tarafından ifa edilmiştir.

Osmanlı'da kadılıklar seviye itibariyle "küçük kadılıklar" ve "büyük kadılıklar" (mevleviyetler) olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Kazâ ve nahiye kadılıkları küçük kadılıklar, sancak ve eyalet kadılıkları ise genellikle büyük kadılıklar seviyesinde idi. Rumeli ve Anadolu kazaskerleri kendi bölgelerindeki ilmiye sınıfı mensupları olan kadıların tayin, azil, nakil, terfi gibi işlemlerini yürütmüşlerdir. Fakat XVI. yüzyılın ortalarından itibaren mevleviyet[7] denilen büyük kadılıklara tayinler kazasker tarafından değil şeyhülislâm tarafından sadrazam kanalıyla padişaha sunularak yapılmıştır. 1253/1838'de yapılan bir değişiklik ile bütün kadılar Şeyhülislâmlığa bağlanmıştır. Osmanlı Devleti'nde kadı tayini her şeyden önce belirli tahsil ve hiyerarşik terfi düzenine dayanmış ve kadıların tayini mutlaka padişah beratı ile olmuştur[8]. Osmanlı'da kadılar, eğitim-öğretim süresi 20 yıl kadar süren medreselerden mezun olanlardan atanmışlardır[9]. Kadılar ilk kuruluş yıllarında süresiz olarak göreve getirilirken tâliplerin çoğalması ve herkese yetecek sayıda kadılığın bulunmaması sebebiyle zamanla bu usulden vazgeçilmiş, kadıların görev süreleri XVI. yüzyılın sonlarında üç yıla, XVII. yüzyıl içinde iki yıla indirilmiş, ardından bu süre biraz daha kısaltılarak büyük kadılıklara bir yıl, diğerlerine yirmi ay süre ile tayinler yapılmıştır[10]. Tanzimat arifesinde yapılan yenilikler arasında kadılık ve naiplikle ilgili düzenlemeler önemli bir yer tutmuştur. Özellikle 1838 tarihli Tarîk-i İlmîye Dair Ceza Kanunnamesi'nde[11] alınan önlemler ve yapılan hukukî düzenlemeler ile yargı kurumana çeki düzen verilmiş, kadı ve naiplerin atanması, yükselmesi ve görevden alınması yasal kurallara bağlanarak adam kayırmanın ve suiistimallerin önü alınmak istenmiştir[12]. Kısa bir süre sonra da ülkenin genelinde köklü düzenlemelere gidilmiş, kadı ve naiplerin doğrudan sadece şer'i hukukla ilgilenmelerine ve hâkim olarak da nizâmiye ve şer'iyye

---

7 Osmanlılar'da başkent olan Bursa, Edirne ve İstanbul gibi şehirlerle Balkanlar'da, Anadolu'da ve Osmanlı idaresinde bulunan büyük şehirlerin adlî / kazâî idaresinin başına tecrübeli ulemâ gönderilir ve bu kadılıklar mevleviyet olarak anılırdı. Tayin edilen kadılar da mevleviyet rütbesini kazanmış olurdu. (Fahri Unan, "Mevleviyet", DİA, yıl: 2004, XXIX, 467-468).

8 İlber Ortaylı, "Kadı", *(Osmanlı Devleti'nde Kadı)*, DİA, yıl: 2001, XXIV, 70-71.

9 Klasik dönem Osmanlı medreselerinde eğitim-öğretim uzun bir süre almakta, 12 basamaklı bir medreseyi bitirebilmek 20 yılı bulmaktaydı. Bu dönemde medrese çıkışlıların önünde iki seçenek bulunuyordu. İlki bitirdiği medresede danişment olarak kalıp yükselerek müderris olmaktı. Medresede ilim ehli olarak kalma imkânı bulamayanlar kadı olarak atanırlardı. 16.yüzyılın ikinci yarısından itibaren Osmanlı kurum ve kuruluşlarında başlayan bozulmalardan kadılık kurumu da etkilenmiştir. Özellikle medreselerdeki eğitim ve öğretirnin bozulması yeterli bilgi ve beceriyi edinmeden buradan mezun olup kadılık ve nâiblik görevine atananların neden oldukları olumsuzluklar giderek artmıştır. Diğer kurumlarda olduğu gibi kadılık ve yargı alanında da çöküntünün başlaması ile birlikte önlemler alınmak istenmişse de yetersiz kalınmıştır.
17. yüzyıldan itibaren arada sırada yayınlanan ferman ve emirlerde nelere dikkat edilmesi gerektiği yinelenmişse de olumlu sonuç alınamaya çalışılmıştır. Özellikle III. Selim'in tahta geçmesi ile birlikte başlayan yeniden yapılandırma çalışmalarından yargı kurumu da nasibini almışsa da bu dönemin kısa sürmesi, sonuç alınmasını engelleyen önemli bir etken olarak görülmektedir. (Hamiyet Sezer Feyzioğlu-Selda Kılıç, "Tanzimat Arifesinde Kadılık-Naiplik Kurumu", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, yıl: 2005, cilt: 24, sayı: 38, s. 49).

10 Mehmet Akif Aydın, "Mahkeme", DİA, yıl: 2003, XXVII, 341-344.

11 Musa Çadırcı, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli "Tarîk-i İlmiyye'ye Dâir Ceza Kânunnamesi", AÜDTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C.14, S.25, 1981-1982, s.139-161. Bu konuda hukukî düzenlemelerden birisi de1839 yılının sonunda hazırlanıp 1840 yılı başlarında yayımlanan "Ta'lîmnâme-i Hükkâm'dır (Jun Akıba, Kadılık Teşkilatında Tanzimat'ın Uygulanması: 1840 Tarihli Ta'lîmnâme-i Hükkâm, Osmanlı Araştırmaları, XXIX, İstanbul 2007, s.10).

12 Hamiyet Sezer Feyzioğlu-Selda Kılıç, "Tanzimat Arifesinde Kadılık-Naiplik Kurumu", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, yıl: 2005, cilt: 24, sayı: 38, s. 49.

mahkemelerinde görev almalarına olanak sağlanmıştır[13]. 1876 tarihli Kānûn-ı Esâsî'de hâkim tayinlarında süre sınırlaması kaldırılmıştır.

1331/1913 tarihli "Hükkâm-ı Şer' ve Me'murîn-i Şer'iyye Hakkında Kânûn-ı Muvakkat" ile şer'iye mahkemelerinin teşkilât ve görevleri yeniden düzenlenmiş, mülâzemet usulü[14] ve sınırlı süreli kadılık düzeni tamamen kaldırılmıştır[15]. Osmanlı'da kadılar halkın davalarına baktıkları gibi tayin edildikleri yerde idarî ve beledî işlerden de sorumlu tutulmuşlardır. Ancak Tanzimat döneminde kadıların idarî ve beledî yetkileri kaldırılmıştır. "Osmanlı Devleti'nde *önceleri kadıların muayyen maaşları yoktu, mahkeme gelirleriyle geçinirler, yanlarındaki naib, kâtip, muhzır ve mübaşir gibi görevlilerin maaşlarını da kendileri karşılarlardı."*[16]

Abdülaziz dönemindenitibaren memurlar gibi hâkimler de maaş usulüne geçirilmiştir[17].

Tanzimat Sonrası Mahkemeler ve Kanunlaştırma Faaliyetleri

Ondokuzuncu asırda sanayi inkılabını takiben Batı dünyasındaki ticarî ve iktisadî değişiklikler, Osmanlı Devleti'ni sadece iktisadî ve ticarî değil, sosyal ve hukukî bakımdan da etkiledi. Böyle bir etki sebebiyledir ki Devlet kurumlarının yapısı ve işleyi ile ilgili köklü değişikliklerin programını içeren 1839 yılında Tanzimat Fermanı, 1856 yılında Islahat Fermanı ve 1875 yılında da Adalet Fermanı ilan edildi.

Osmanlı hukuk tarihinde adlî teşkilât alanında en köklü değişiklik Tanzimat sonrasında meydana geldi[18] ve bu çerçevede tek hâkimli şer'iyye mahkemelerinin yanı sıra toplu hâkimli ticaret, hukuk ve ceza mahkemeleri kurulmaya başlandı[19]. Şöyle ki 1840 yılından itibaren Osmanlı vatandaşlarıyla yabancı tüccarlar arasında meydana gelen ihtilaflar, İstanbul'da Ticaret Nezareti'ne bağlı olarak oluşturulan ticaret meclisleri aracılığı ile çözülüyordu. Ticaret meclisleri 1847 yılında Karma Ticaret Mahkemesi haline getirildi. 1860 yılında Osmanlı'nın her yerinde ticaret mahkemeleri kurulmaya başlandı. 1847 yılında Osmanlı vatandaşlarıyla yabancıların ceza davalarına bakmak üzere de karma mahkemeler kuruldu. 1854 yılında ceza davalarına bakmak üzere nizâmiye mahkemelerinin ilk nüvesi olan Meclis-i Tahkîkât oluşturuldu. 1864 yılında da nizâmiye mahkemeleri teşkil edildi[20]. Ticaret ve Nizâmiye Mahkemeleri genel olarak nizâmiye

---

13 Nevin Ünal Özkorkut, "Yargı bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiyesi'nde Yargıya Genel Bir Bakış", yıl: 2008, AÜHFD, C. 57 Sa. 1, s. 233.

14 Mülâzemet, ilmiye mesleği adaylarının meslekî stajları ve görev bekleme süreleri için kullanılan terimdir. (Mehmet İpşirli "Mülâzemet", DİA, yıl: 2006, XXXI, 537-539)

15 Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, VIII, 222; Mehmet Akman, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004, s. 40.

16 E. Buğra Ekinci, Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri, *Yeni Türkiye*, Ocak-Şubat 2000, Yıl: 6, Sayı: 31, Sayfa: 764-773.

17 1840'da yayımlanan bir Talimatname ile kadılara maaş verilmesi usulü benimsenmiş, ancak 1841'de yeniden kadıların eskisi gibi mahkeme geliriyle yetinmesi kabul edilmiştir. Geniş bilgi için bkz. Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası), İstanbul 2004, s. 256-258.

18 Mehmet Akif Aydın, "Mahkeme", DİA, yıl: 2003, XXVII, 341-344.

19 İkinci Meşrutiyet'ten sonra toplu hâkim usulünden vazgeçilmek zorunda kalınmış ve 1913'te sulh hakimlikleri kurulmuştur. Adliye teşkilatı bu haliyle cumhuriyete kadar gelmiş, cumhuriyetten sonra 1924 yılında şer'iye mahkemeleri kaldırılarak nizamiye mahkemeleri ülkenin yegâne genel mahkemeleri olmuştur. Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye'nin dönüştüğü Mahkeme-i Temyiz de cumhuriyetten sonra Yargıtay adını almıştır (E. Buğra, "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri", *Yeni Türkiye*, Ocak-Şubat 2000, Yıl: 6, Sayı: 31, Sayfa: 764-773).

20 Mehmet Akif Aydın, "Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye", DİA, yıl: 1994, I,387; M. Macit Kenanoğlu, "Nizâmiye Mahkemeleri", DİA, yıl: 2007, XXXIII, 186.

mahkemeleri olarak anıldı[21]. Nizâmiye mahkemeleri Adliye Nezâreti (Bakanlığı)'ne[22], şer'iyye mahkemeleri de şeyhülislâmlığa bağlı idi. Nizâmiye Mahkemelerinin kurulması ile birlikte şer'iyye mahkemelerinin görev alanları daraldı[23]. Bir süre her iki mahkeme arasında görev uyuşmazlıkları oldu, nihayet 1914 tarihli bir Nizâmnâmede şer'iyye mahkemeleri ile nizâmiye mahkemelerinin bakacağı davalar ayrı ayrı gösterildi. Son olarak 1917 tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Şer'iyye Kararnâmesi ile şer'iye mahkemelerinin görev ve yetkileri, bakacağı davalar, mahkeme ilâmları, istinaf, temyiz gibi konuları düzenledi[24]. 1342/1924 tarihli Mahâkim-i Şer'îye'nin İlgasına ve Mahâkim Teşkilatına ait Ahkâmı Muaddil Kanun ile şer'iyye mahkemelerine son verildi.

Tanzimat döneminden önce kadıların hüküm verirken dayandıkları bilgi ve yürürlük kaynakları fıkıh kitapları, fetva mecmuaları, fermanlar ve kanunnâmeler idi. Tanzimat Fermanı'nda hukuk alanlarında hâkimlerin de uygulayacağı yeni kanunların hazırlanması gerektiği ifade edilmişti. Tanzimat Fermanı'nın ilanından itibaren kanunlaştırma faaliyeti başladı, bunun için heyetler ve meclisler görevlendirildi[25]. 1840, 1847 ve 1857 yıllarında ceza kanunları kabul edildi.1840 ve 1847 tarihli ceza kanunları fıkha ve Osmanlı uygulamalarına dayalı olarak hazırlanmakla birlikte 1857 tarihli ceza kanunu 1810 tarihli Fransız ceza kanunundan bazı tâdillerle hazırlandı. 1850 yılında Kanunnâme-i Ticâret kabul edildi. Bu kanun 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun 1. ve 2. bölümün tercümesi mahiyetinde idi. 1863 tarihinde de Fransız ve diğer ülkelerin deniz ticaret kanunlarından yararlanmak suretiyle de Deniz Ticaret Kanunnamesi çıkarıldı. Fıkıh literatürü ve Osmanlı uygulamaları dikkate alınarak 1858 yılında milli ve yerli olan Arazi Kanunnâmesi ve 1868-1876 yıllarında biraz sonra hakkında bilgi verilecek olan Mecelle- i Ahkâm-ı Adliyye hazırlandı.

Osmanlı'da anayasa hukuku alanında ilk kanunlaştırma Kānûn-ı Esâsî adıyla 1876 tarihinde yapıldı. Kānûn-ı Esâsî yargı organını "mehâkim (mahkemeler)" başlığı altında 81 ilâ 91'inci maddelerinde düzenledi. Kānûn-ı Esâsî'de hâkimlerin azledilmiyeceği, yargılamanın alenî olduğu, mahkemelere hiçbir şekilde baskı yapılamıyacağı, şer'î davaların şer'iyye mahkemelerinde ve nizâmiye davalarının da nizâmiye mahkemelerinde rüyet olunacağı, ihdas edilen savcılık kurumunun ceza hukuku alanında görev yapacağı gibi hususlar kanunlaştırıldı.

---

[21] Nizâmiye mahkemeleri, "nizamnâme" yani yasa ile kurulmuş olan mahkemelerdir. Şer'iye mahkemeleri ise, kökeni Hz. Peygamber dönemine kadar uzanan, tarihsel süreç içerisinde geleneksel olarak Osmanlı Devleti'ne geçen ve Tanzimat dönemine kadar yargı teşkilâtının temelini oluşturan kurumlardır (İbrahim Durhan, Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler", *EÜHFD*, yıl: 2008, C. XII, S. 3-4, s.78). Nizâmiye mahkemeleri kurulup şer'iyye mahkemelerinin görev alanlarının daralmaya başlaması, ülkede birçok kesimin tepkisine yol açmıştır. Bu tepkiler üzerine Ahmet Cevdet Paşa yeni mahkemelerinin kurulmasının bir zaruret olduğunu ileri sürmüştür. Bu konuda fazla bilgi için bk. Mehmet Gayretli, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Kanunlaştırma Çalışmaları, İstanbul 2015, s.295-297.

[22] Münir Atalar, "Şer'iye Mahkemelerine Dâir Kısa Bir Tarihçe", *İslâm İlimleri Enstitüsü Dergisi [Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi]*, 1980, sayı: 4, s. 303-328.

[23] Osmanlı'da II. Mahmud ve onu takip eden Tanzimat dönemi, yargı organları açısından yeniden düzenlemelere sahne olan bir devredir. Osmanlı Devleti'inde şer'iye mahkemelerinin, daha doğrusu kadıların bu yetkileri, II. Mahmud'dan itibaren azalmaya başlamıştır. 1254/1838 tarihinde kadıların yetkilerini kötüye kullanmalarını önlemek ve mevcut usulsüzlükleri ortadan kaldırmak amacıyla Tarîk-i ilmîye dair Ceza Kanunnâme-i Hümâyunu yürürlüğe girmiştir. (Ahmet Akgündüz, "İslâm Hukukunun Osmanlı Devletinde Tatbiki: Şer'iye Mahkemeleri ve Şer'iye Sicilleri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.14, 2009, s. 17)

[24] Fahrettin Atar, "Mürâfaa", DİA, yıl: 2006, XXXII, 38-40.

[25] II. Mahmud'un 1838 yılında kurduğu Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye aslında Dîvân-ı Hümâyun örneğinde görüldüğü gibi çok fonksiyonlu bir kurumdu. Devletin muhtaç olduğu ıslahat projelerini ve kanun tasarılarını hazırlamasının yanı sıra özellikle mahallî mahkemelerce verilmiş ağır cezaî kararların tekrar gözden geçirildiği bir yüksek mahkeme olarak da Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye'nin kuruluşuna kadar görev yaptı (Aydın, "Mahkeme", DİA, yıl: 2003, XXVII,341-344; Ali Akyıldız, "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye", DİA, yıl: 2003, XXVIII, 250-251).

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan sonra kurulan Ticaret ve Nizâmiye mahkemelerinde uygulanmak üzere Avrupa kanunlarından iktibas edilmek suretiyle muhâkeme usulü alanında usul kanunları ve nizamnâmeleri hazırlanmaya başladı. Medenî yargılama usulüyle ilgili ilk düzenleme 1861 tarihli "Usûl-i Muhâkeme-i Ticâriyye Nizamnâmesi"dir. Daha sonra nizâmiye ve ticaret mahkemelerinde uygulanmak üzere daha genel bir yargılama kanunu niteliği taşıyan ve bazı maddelerinde Mecelle'ye atıflarda bulunulan 1879 tarihli "Usûl-i Muhâkeme-i Hukûkiyye Kanûnu" çıkarıldı. Kanunun yapılışında daha önce Mecelle Cemiyeti'nce hazırlanan 301 maddelik lâyiha ile 1807 tarihli Fransız "Medenî Yargılama Usulü Kanunu"ndan yararlanıldı. Ceza yargılamasıyla ilgili tam ve etraflı ilk ceza usulü kanunu, 1879 tarihli "Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanunu"dur. Bu kanun, 1808 tarihli Fransız "Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanunu"nun tâdil edilmiş bir tercümesi idi.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye

Tanzimat sonrası hukuk alanında gerçekleştirilen yenilikler ve kanunlaştırma çalışmaları, eksikliği büyük ölçüde hissedilen bir Medeni Kanun hazırlanması konusunu gündeme getirdi[26]. Ticaret ve Nizâmiye mahkemelerinin üyelikleri için başlangıçta yeterli hukuk bilgisine ve klasik fıkıh literatürüne vâkıf kimseler bulunamamıştı. Bu sebeple bu mahkemelerin üyelerinin yararlanabileceği, Türkçe kanun metinlerinin yazılması ihtiyacı ortaya çıkmıştı[27]. Bu ihtiyacı da karşılamak üzere 1868-1876 yıllarında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye adıyla bir kanun hazırlandı[28]. Mecelle, Ahmed Cevdet Paşa'nın başkanlığını yaptığı bir komisyon tarafından yapıldı Bu kanunun hazırlanmasında sadece Hanefî mezhebi esas alındı. Mecelle, daha çok borçlar, ticaret (şirketler), eşya, şahış ve yargılama hukuku hükümlerini içermekte idi. Öte yandan Mecelle, Hanefî mezhebi içinde çok farklı görüşlerden sadece uygulamaya esas teşkil eden görüşleri topladığı için şer'iyye

[26] Tanzimat ve Islahat Fermanları Batı'nın istekleri doğrultusunda hazırlanıp ilan edilmişti. Birçok alanda Batılılaşmaya gidildiği gibi hukuk alanında da gidildi. Dönemin devlet adamlarından özellikle Âli Paşa, medenî kanun konusunda milli bir kanundan ziyade Fransız Medenî Kanunu (Cod Civil) nun aynen iktibas edilmesine taraftardı. Ahmet Cevdet Paşa ise fıkıh kaynaklarına dayalı bir Medeni Kanun hazırlanmasını savundu. Ahmet Cevdet Paşa'nın bu görüşü doğrultusunda Medenî Kanun'un borçlar, ticaret (şirketler), şahıs ve eşya hukukunu içeren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye hazırlandı. Medenî hukukun bir dalı olan aile hukuku alanında da 1917 tarihinde "Hukuk-i Aile Kararnâmesi" adıyla bir kanun çıkarıldı.

[27] On dokuzuncu yüzyılda, Osmanlı ülkesinin, sanayileşmiş "Batılı" devletleri arasındaki ekonomik (ticari) ilişkiler Ticaret ve Borçlar hukuku alanlarında yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaçların karşılanması için Ticaret Kanunnamesi yürürlüğe girmiş, ancak bu alandaki boşlukların doldurulması için Borçlar hukuku alanında da ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin esbabı mucibe mazbatasında, hakimler için, önlerine gelen uyuşmazlıkları çözmelerine yardımcı olacak, "kolay anlaşılır" bir yasa metnine gerek oduğu vurgulanmıştır. (Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", OTAM, 29/Bahar 2011, s.95).

[28] Mecelle'nin esbâb-ı mûcibe (gerekçe) mazbatası'ndaki ifadeler Mecelle'ye neden gerek duyulduğu konusunda fikir vermektedir. Bu Mazbata'da uçsuz bucaksız olan fıkıh ilminden hüküm çıkarıp olaya uygulamanın hukuk melekesi gerektirdiği vurgulanmış, Hanefî fakihlerinin her konuda birbirinden pek çok farklı görüşlerinin/içtihatlarının bulunduğu, bu içtihatlar arasından en sahih olanı seçip olaya ugulamanın güç olduğu, bu görüşleri bir araya getirmenin zorluğu ifade edilmiş ve şöyle devam edilmiştir: "….bunca asırlardan berû sâdât-ı hanefiyye tarafından verilmiş olan fetvâvânın cem'i ve ihâtası ne kadar düşvâr (zor) olduğu…" … "Binên aleyh ihtilâflardan ârî ve yalnız akvâl- ı muhtâreyi (tercih edilmiş görüşleri) hâvî olmak üzere muâmelât-ı fıkha dair sehlü'l- me'hâz (kolay anlaşılan) bir kitâb yapılsa herkes kolaylıkla mütalâa ederek muâmelâtını ona tatbik ve böyle mazbut bir kitab olduğu halde nâib efendilere azîm faidesi olacağı gibi mecâlis-i nizâmiye a'zasiyle emr-i idarede bulunan me'mûrîn dahi bi'l-mütalâa mesâil-i şer'iyyeye intisâb ile lede'l-îcâb işlerini ve sa'yleri mertebe-i şer'-i şerîf'e tevfik ederler ve hem mehâkim-i şer'iyyede mûteber ve mer'î ve hem de mecâlis-i nizâmiyede hukuk davaları için kanun vaz'ından müstağni olur mütalâasına mebni öyle bir eser-i celîlenin vücuda gelmesi hayli vakitten berü arzu olunur bir keyfiyet olub..."

mahkemelerinde görev yapan kadılara da büyük kolaylık sağladı. Mecelle, yüz küllî kâideyi içeren bir mukaddime ile on altı kitaptan meydana geldi. Toplam 1851 maddeden oluşan Mecelle'nin mukaddimesinde (md. 2-100) usul hukukuna ilişkin pek çok genel kural ve ilkeye yer verildi. Mecelle'nin başta kazâ olmak üzere sulh ve ibrâ, ikrar, dava ve beyyinât, hacr (borçlunun hacri ve mallarının satılması) gibi kitaplarında yargılama hukukuna ait hükümlere yer verildi.

Yargılama Hukukunun Tanımı ve Kapsamı

Yargılama hukuku, muhâkeme usulü[29], usul hukuku şeklinde de isimlendirilmektedir. Muhâkeme (yargılama), hukukî bir çekişme içindeki iki tarafın mahkeme önünde talep ve delillerini serdetmesi, muhâkeme usulü ise, bir dava sırasında hem mahkemelerin hem de tarafların uymak zorunda oldukları usul kurallarının tamamı demektir. Bu usul hukukunun en dar anlamıdır. Zira mahkemeler, sadece iki taraf arasındaki çekişmelerde görevli olmayıp, onların âdeta idârî mahiyette bir takım işleri de vardır. Vasi tayini, vakıflara kayyim tayini gibi. Bunların görülmesinde de bir takım usullere riâyet edilmesi gerekir. Ancak bu usuller çekişmeli yargı işlerinde riâyet edilmesi gereken usullerden biraz farklıdır. Gerek çekişmeli ve gerekse çekişmesiz yargı işi, bir takım teşkilâta, mahkemeler teşkilâtına da ihtiyaç gösterir. Dolayısıyla usul hukuku geniş anlamda adliye teşkilâtının nelerden ibaret olduğunu ve nasıl işlediğini gösteren kuralları da içine alır. Öte yandan mahkeme kararıyla fertlere tanınan hak ve mükellefiyetlerin tayin ve tesbiti ile hak yerine getirilmiş ve alınmış sayılmaz. Bunların nasıl alınacağını ve nasıl yerine getirileceğini gösteren hükümlere ve icra ve infaz kurallarına da ihtiyaç vardır (Mecelle, md.999-1000). Bunlar da en geniş anlamda usul hukukunun bir kesimini teşkil eder. Klasik dönem fıkıh âlimleri, adlî yargıyı "ceza yargısı, hukuk yargısı" şeklinde bir ayrıma tâbi tutmamışlar, ortak noktalarının daha çok olduğunu göz önüne alarak hukuk davaları ile ceza davalarını aynı bölüm veya bölümlerde birlikte incelemişler, ancak yeri geldikçe bu iki dava çeşidi arasındaki farklara işaret etmişlerdir. Mecelle de daha ziyade hukuk muhakemeleriyle ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

Mecelle'de Yargı ve Hâkimler

Mecelle'de kazâ (yargı) kelimesi "hüküm ve hâkimlik" şeklinde tanımlanmış (Mecelle, md.1784), tanımdaki hüküm kelimesiyle yargılama hukuku ve mahkeme kararı, hâkimlik kelimesiyle de yargılama organı mahkemeler kasdedilmiştir. Mecelle'de hâkimler, sultânın şer'-i şerîfe uygun olarak yargılama yapmak ve hüküm vermek (Mecelle, md. 1785) üzere yetkili kıldığı vekilleri olarak tanımlanmış[30], kendilerine yetki verilen hâkimlerin nâib[31] tayin etmelerinin

---

[29] Günümüzdeki *"muhakeme usulü"/ "yargılama hukuku"* tabirinin karşılığı olarak fıkıhta *"Edebü'l-kādî"* tabiri kullanılmaktadır.

[30] Klasik kaynaklarda devlet başkanı ile hâkim arasındaki ilişki bir *"vekâlet"* ilişkisi olarak nitelendirilmektedir. (Mustafa Şentop, Tanzimat'tan Önceki Dönemde Osmanlı Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, 2006, sayı: 1, s. 87-105).

[31] *"İşleri yoğun olan yerlerde kadılar kendilerine kadılık vasıflarını haiz kimselerden vekiller seçebilirlerdi. Bunlara naib denirdi. Kimi zaman uzak yerlere tayin edilen kadılar görev yerlerine gitmeyerek merkezde kalır ve yerlerine naib tayin ederlerdi"* (E. Buğra Ekinci, Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri, *Yeni Türkiye*, Ocak-Şubat 2000, Yıl: 6, Sayı: 31, Sayfa: 764-773).

mümkün olduğu belirtilmiştir (Mecelle, md. 1800, 1805)[32]. Mahkemede kâtip, mübâşir, kâsım, müzekkî, tercüman, müşavir gibi sıfatlarla yargılama faaliyetine katılan kimseler bulunsa da mahkeme heyetinin başı olan hâkim/kadı yargılama hukuku açısından merkezî bir önem taşır. Mahkeme kurumunu hâkim/kādı temsil ettiği için de fıkıh âlimleri eserlerinde mahkemeden ziyade hâkim/kadıdan bahsetmişlerdir[33]. Mecelle'de yargı organı mahkemeler hakkındaki hukukî düzenlemeler, fıkıh geleneğinde olduğu gibi hâkim/kadı merkeze alınmak suretiyle yapılmıştır.

Adalet, dinî literatürde üzerine en çok vurgu yapılan temel kavramlardan biri olduğu, toplumun barış ve huzur içinde yaşamasının da ön şartı olarak görüldüğü için onun gerçekleştirilmesinde büyük rolü bulunan hâkimlik/kadılık mesleği kutsal bir meslek sayılmış, bu göreve getirilecek kimselerde aranan şart ve niteliklere de bunun için ayrı bir önem verilmiştir. Klasik İslâm döneminde kadılık için reşid olmak, temyiz kudretine sahip olmak, sağır ya da kör olmamak, yeterli bilgiye sahip olmak ve dış etkilere mukavemet edecek derecede ahlâk, karakter ve seciyeye sahip olmak gibi şart ve nitelikler öngörülmüştür. Mecelle'de hâkimlik nitelikleri ve şartları sıralanırken onun hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn, metîn olması, fıkıh meselelerine ve yargılama usulüne vâkıf ve davaları onlara uygulayarak sonuçlandırmaya muktedir bulunması şartı aranmıştır (Mecelle, md.1792-1794). 1913 tarihli *"Hükkâm-ı Şer' ve Me'murîn-i Şer'iyye Hakkında Kânûn-i Muvakkat"*ında ise hâkim olarak tayin edilecek kişinin bir yıl veya daha fazla hapis cezasına çaptırılmış olmaması, güvenilir ve temyiz kudretine sahip olması, 25 yaşını doldurmuş olması ve Medresetül-Kudât'tan mezun olması gibi şartları taşıması gerektiği belirtilmiştir[34].

Hâkimin Âdâbı (Hâkimin Uyması Gereken Kurallar)

Hâkimin görevi esnasında, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılması, hükmün isabetli olması, hakkın sahibini bulması bakımından uyması zorunlu ve müstehab olan kaideler vardır[35]. Mecelle'de "hâkimin âdâbı" başlığı altında zikredilen bu kurallar yargı mesleğinin ilkeleri[36] olarak

---

[32] *"Hakim beyne'n-nâs vuku bulan dava ve muhasamayı ahkâm-ı meşrûasına tevfikan fasl ve hasm için taraf-ı sultânîden nasbu ta'yin buyurulan zâttır"* (Mecelle, md. 1785). *"Hâkim, taraf-ı sultândan icray-ı muhakemeye ve hükme vekildir"* (Mecelle, md. 1800).

[33] Mecelle'de yargılama yapmak ve hüküm vermek üzere tayin edilen memura *"hâkim"* dendiği halde bazı nizânmalerde ve 1917 tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Şer'iyye Kararnâmesi'nde *"kadı"* denmiştir.

[34] Sultan Abdülmecid devrinde Şeyhülislâm Meşrepzâde Ârif Efendi şeyhülislâmlıkta mahkemelerde görev yapacak hukukçular yetiştirmek üzere Süleymaniye'de meşihat makamına bağlı olarak *Muallimhâne-i Nüvvâb* adıyla bir mektebin kurulmasını sağlamıştı (1854). Bu mektebin amacı fıkıh ilmini, özellikle ferâiz ve sak usulünü bilen, şer'î sahada görev yapacak hukuk adamları yetiştirmekti Öğrenim süresi üç yıl olan ve ilk mezunlarını 1856'da veren bu mektebin adı 1885'te *Mekteb-i Nüvvâb*'a çevrilmiş, 1908'de burası öğretim yılı dört yıl olan *Mekteb-i Kudât* diye anılmış, bir yıl sonra da *Medresetü'l-kudât*'a dönüşmüştür. (İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilâtı, s. 268).

[35] Fıkhın "*Edebü'l-kādî"* bölümünde veya bu adla yazılan müstakil kitaplarda hâkimlerin tayini, görev ve sorumlulukları, hak ve yetkileri, yargılama usul ve esasları, hâkimi ve tarafları ilgilendiren genel ve özel buyruklar, tavsiyeler, hükmün icrası, cezanın infazına ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Edebü'l-kādî bölümünde hâkimin kişiliği, insanlarla ilişkileri, edindiği arkadaşları, söz ve davranışları, giyim ve kuşamı da dahil olmak üzere özel hayatı, beşerî münasebetleri ve resmî göreviyle ilgili hususlar yol gösterici ve düzenleyici bir şekilde ele alınmış, yargı ve yargılama konusu, dinî, hukukî ve ahlakî yönleriyle bir bütün halinde incelemeye tabi tutulmuştur. Çünkü hâkimin kişiliğinin ve özel hayatının, yargılamanın başarısı ve verilen hükmün saygınlığı ile yakın ilişkisi vardır. Öncedende ifade edildiği gibi *"Edebü'l-kādî"* tabirinin karşılığı olarak günümüzde ***"muhakeme usulü"/ "yargılama hukuku"*** tabiri kullanılmaktadır.

[36] Tarihî süreçte *noterlik*/kâtib-i âdillik, *avukatlık*/vekillik gibi hukuk meslekleri genel olarak serbest meslek olarak icra edilmiş ve bu mesleklerin icrasına ilişkin özel meslek ilkeleri oluşmuştur. Hâkimlik, avukatlık, noterlik, savcılık gibi

da değerlendirilebilir (Mecellle, md.1795-1799). Mecelle'de, "*Hâkim beyne'l-hasmeyn adl ile memurdur" denilerek* hâkimin adalet ve eşitlik ilkelerine bağlı olarak yargılama yapması gerektiği kanunlaştırılmıştır (Mecelle, md. 1799). Yine Mecelle'de hâkimin, yargılama esnasında alış-veriş, şakalaşma gibi yargı makamının saygınlığı ile bağdaşmayacak davranışlarda bulunmaması, taraflardan birini tutuyor intibaını verecek davranışlardan sakınması, töhmet ve sû-i zanna sebep olabilecek şekilde bir harekette bulunmaması gerektiği belirtilmiştir (Mecelle, md.1795-1798). Yine Mecelle'de hâkimin sağlıklı bir yargılama yapabilmesinin gönlünün huzurlu, kafasının sakin olmasına bağlı olduğu ifa edilmiş ve aşırı öfke, aşırı keder, aşırı sevinç gibi hallerde yargılama yapmaması tavsiye edilmiştir (Mecelle, md.1812). Fıkıh literatüründe olduğu gibi Mecellle'de de hâkimlerin kendileri ile usul ve fürû', yakın akraba, iş ortağı, vekil, müvekkil, eş, hasım gibi duygularına kapılarak tarafsız kalamayacağından endişe edilen kişilerin davalarına bakması yasaklanmıştır (Mecelle, md.1808).

Şer'iyye Mahkemeleri

Mecelle'de mahkemelerle ilgili düzenlemeler "hâkimlerin vazifeleri" başlığı altında düzenlenmiştir. Fakihlerin çoğu mahkemelerde birden fazla hâkimin birlikte görev yapmasını doğru bulmuşlarsa da İslâm'ın ilk dönemlerinden itibaren mahkemeler, genelde tek hâkim usulü ile kazaî faaliyette bulunmuş, bu gelenek İslâm devletlerinde asırlarca varlığını korumuştur. Bununla birlikte tarihî kaynaklarda az da olsa bazı mahkemelerin çok hâkimli mahkeme esasına göre çalıştığı ve dört mezhep kadılkudâtlarının bulunduğu devletlerde karmaşık davalara bu kadılkudâtlardan meydana gelen bir heyet tarafından bakıldığı kaydedilmiştir. Mecelle'de tek hâkim usulü yanında toplu hâkim usulü de kabul edilmiş olmakla birlikte bu usule göre çalışacak şer'iyye mahkemeleri kurulmamıştır (Mecelle, md. 1802)[37].

Klasik dönem hukukçuları, yargının işleyişine dair görüş ve önerilerini, davaların uzayıp gitmesinin önüne geçmek ve adaletin kısa zamanda tecelli etmesini sağlamak amacıyla tek dereceli mahkeme sistemini esas alarak geliştirmişlerdir. Mahkemenin tek dereceli olması ve verilen kararın taraflar için kazıyye-i muhkeme (kesin karar) sayılması kural ise de hâkimin yanılabileceği veya kasıtlı davranabileceği hesaba katılarak ilgili tarafın verilen karara belirli esaslar çerçevesinde itiraz edebilmesi ilkesi de benimsenmiştir. İslâm hukuk tarihinde sadece temyiz işlerine bakan bir kurum olmamakla birlikte İslâm'ın ilk devrinden itibaren kadıların karara bağladıkları davalarla ilgili hukuk normunun uygulanışının halifeler, kadılkudât ve Dîvân-ı Mezâlim gibi kurumlar tarafından bir üst mahkeme sıfatıyla denetlendiği ve sonuçta verilen hükümlerin tasdik edildiği veya hükmün bozulup davaya yeni baştan bakıldığı bilinmektedir[38].

---

hukuk mesleklerine ait meslek ilkelerinin özünde meslek ahlâkını korumak, daha güncel ifadesiyle hukuk etiğini vicdanlara yerleştirmek yatmaktadır.

37 II. Meşrutiyet'in ilânından sonra 19 Cemâziyelevvel 1331 (26 Nisan 1913) tarihli Hükkâm-ı Şer' ve Me'mûrîn-i Şer'iyye Hakkında Kānûn-ı Muvakkat neşredilerek yürürlüğe girdi. Bu kanun şer'iyye mahkemelerinin görevleri, münferit hâkim usulü, hâkimlerin görevleri, mahkeme i'lâmları, istînaf, temyiz gibi konuları düzenledi. 8 Cemâziyelâhir 1332 (4 Mayıs 1914) tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Şer'iyyeye Dair Bazı Mevâd Hakkında Nizamnâme ise gıyabî muhâkeme, muhâkeme masraflarının hangi tarafa yükleneceği, mahkeme kararlarının temyizi gibi usulle ilgili önemli hükümlere yer verdi. Bu nizamnâme, 3 Rebîülâhir 1333 (18 Şubat 1915) tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Şer'iyyeye Dair Bazı Mevâddı Hâvî Nizamnâme ile kısmen genişletildi, kısmen de tâdil edildi. Nihayet 8 Muharrem 1336 (25 Ekim 1917) tarihinde Usûl-i Muhâkeme-i Şer'iyye Kararnâmesi hazırlanarak yürürlüğe kondu.

38 Tanzimat döneminde Dîvân-ı Hümâyun artık işlevsel olmaktan bütünüyle çıkmıştır. Bu kurumun görevlerini ifa etmek üzere yüksek mahkemeler kurulmaya başlanmıştır. Önce 1838 yılında Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye, ardından

Osmanlılar'da şer'iyye mahkemelerinde karara bağlanmış bir davanın yeni baştan ele alınması (istînaf), yargılamanın tekrar yapılması (iâde-i muhâkeme) veya ikinci ve üst bir yargı kurumunca denetlenmesi (temyiz) şeklinde hukuk yolları giderek kurumsal hale gelmiş (Mecelle, md. 1802, 1837-1840) ve şer'iyye mahkemelerince verilen kararların temyizi şeyhülislâmlık bünyesindeki Meclis-i Tedkîkāt-ı- Şer'iyye tarafından yapılmıştır[39].

Klasik fıkıh literatüründe yargı görev ve yetkisinin (velâyetü'l- kadâ) konu, yer ve benzeri yönlerden takyid ve tahsis edilmesinin mümkün olduğu, dolayısıyla bir şehirde yargı bölgeleri veya dava türleri ayrılarak muayyen davalara, meselâ, sadece hukuk davalarına veya ceza davalarına ya da kıymeti belirli bir miktarı geçmeyen davalara bakmak üzere birden fazla mahkemenin kurulmasının mümkün olduğu kaydedilmişti. Mecelle'de bu konu şöyle maddeleştirilmiştir: *"Kazâ (görev ve yetkisi); zaman ve mekân ve bazı hususatın istisnası ile takayyud ve tahassus eder"* (md. 1801).

Tahkîm

İslâm hukukunda bir toplumda fertlere, ihlâl edildiğini düşündüğü hakkını bizzat alma yetkisinin tanınması, kamu düzeninin bozulması ve anarşinin egemen olmasıyla eş anlamlı kabul edilmiştir. Fıkıh bilginleri, hukukî ihtilafların dava yoluyla çözümlenmesinin yanı sıra sulh, hakem ve fetva yoluyla da çözümlenebileceğini söylemişlerdir. Hiç şüphesiz ihtilafların bu yollarla giderilmesi yargı yükünün hafifletilmesi bakımından önemi inkâr edilmez bir husustur. Mecelle'de de hukukî ihtilâfların tahkim yoluyla çözümlenmesinin esasları belirlenmiştir (md.1841-1851).

Yargılama Esasları

Davanın açılmasıyla başlayan yargılama süreci belirli safhalardan geçtikten sonra hâkimin hükmünü vermesiyle sona erer. İslâm hukuk doktrininde davanın unsur ve şartları, sakatlığı, hükümsüzlüğü, sonuçları, sona ermesi, davanın değişik açılardan taksimi gibi teorik hususlar yanında davanın düşürücü zaman aşımına tâbi olması, tarafların kendilerini vekil vasıtasıyla temsil ettirebilmeleri, iddianın tavzihi, ispat yükü ve delillerin ibrazı, savunma, deliller arası üstünlük ve öncelik, tarafların çelişkili beyanlarda bulunması, davalının gıyabında davaya bakılması, bazı hallerde duruşmanın gizli yapılması, gerektiğinde hâkimin dava konusuyla ilgili keşifte bulunması ve bilirkişiden görüş alması gibi davanın seyriyle ilgili konular geniş biçimde ele alınıp tartışılmış ve bu konular Mecelle'de çağın ihtiyaçları dikkate alınarak kanunlaştırılmıştır.

Hukuk davalarında davacının sözlü veya yazılı talebi olmadan hâkim kendiliğinden davaya bakamaz (md. 1829). Yine bu tür davalarda hakkı çiğnenen kişi dava açmaya da zorlanamaz. Şahıs hakkının ihlâli niteliğindeki ceza davalarında da hâkim hakkı ihlâl edilen tarafın başvurusu üzerine davaya bakar. Allah haklarını ve toplumun ortak hukukunu ilgilendiren durumlarda ise hâkim herhangi bir şahsın ihbarından veya kendi bilgisinden hareketle davaya re'sen bakabilir. Bu tür ihbarlara "şehâdet-i hisbe'" adı verilir, bu tür davalar genellikle kamu davası niteliğindedir.

1868'de oluşturulan Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye ve Şûrâ-yı Devlet, bu döneme damgasını vurmuş yüksek yargı kurumlarıdır.

[39] Meclis-i Tedkîkāt-ı- Şer'iyye şer'iyye mahkemelerinin temyiz mercii olarak ilk defa 1862 tarihinde kurulmuş ve 1873'de kendisine yeni bir şekil verilmiştir.

Davalar başvuru sırasına göre ele alınmakla birlikte gerektiğinde bazı davalara öncelik tanınabilir (Mecelle, md. 1810). Çekişmeli iki tarafın bulunduğu yargıda davacının tek taraflı iddiası üzerine hüküm verilemez; davalının da savunması alınır. Hz. Peygamber, *"Eğer hâkimler tek taraflı beyan ve iddialara dayanarak hak tevzi edecek olsalardı, kan davaları ve hukuk davaları üzerinde doğru ve âdil olmayan hükümler verilirdi", "Eğer İnsanlara istedikleri sırf dava etmeleriyle verilseydi, birçok insan diğerlerinin canlarını ve mallarını dava etmek isterdi"* hadisinde (İbn Mâce, "Ahkâm, 7) tek taraflı bir iddia üzerine davanın hükme bağlanamayacağını, davalının da savunmasının alınması gerektiğini ve savunmanın kutsal bir hak olduğunu bildirmiştir. Taraflar belirlenen usullerle duruşma/murafaa için mahkemeye davet olunur (Mecelle, md.1833). Duruşmaya/mürâfaaya mazeretsiz olarak gelmeyen ve temsilci de göndermeyen şahıs (gâib şahıs), zorla celbedilir (md.1833)[40]. Zira davalının mahkemede kendisini savunması hakkı olup davaya cevap vermesi de görevidir. Tarafların mahkemede dava vekilleri tarafından temsil edilmeleri de mümkündür. Ancak tarafların avukatla temsil edilmesi mecburiyeti yoktur[41]. Duruşmalar kural olarak açık yapılır (md.1815). Mâkul sebeplerle bazı duruşmaların gizli yapılması da mümkündür. Hâkim duruşmaya katılan tarafları herhangi bir maddî ve manevî baskı altına alamaz[42] ve her iki tarafa iddia, isnad, talep ve savunmalarını serdetmeleri için eşit söz hakkı verir (Mecelle, md. 1816).

Belli davalarda taraflara sulh teklifinde bulunabilir (md.1826). Farklı dilleri kullananlar için tercüman bulundurur (Mecelle, md.71, 1825). Yargılama sonuçlanıncaya kadar hukuk davalarında davacı konumunda bulunan taraf davadan vazgeçebilir. Gerek hukuk gerekse ceza davalarında hâkim davayı nihaî karara bağlamadan önce kendiliğinden veya tarafların isteği üzerine ihtiyatî tedbir mahiyetinde bazı kararlar alabilir. Meselâ suçun araştırılması sırasında sanığın kaçmasını önleme maksadıyla onu tutuklayıp hapsedebilir veya şahsî kefâlet isteyerek serbest bırakabilir. Davalının çekişmeli mal üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunmaması için çekişmeli malın haczine ve gerektiğinde emin bir kişiye tevdiine karar verebilir. Mahkemenin yargı çevresi dışında ikamet eden tarafların davaya cevap vermesi ve şahitlerin dinlenmesi ikamet ettikleri yerin hâkiminden bir yazı ile (kitâbü'l-kādî ile'l-kādî) istenir.

Hâkim, kendisine intikal ettirilen davayı tarafların ortaya koyacakları delillere bağlı kalarak sonuçlandırır. İspat delillerle olur, deliller davacının ispat vasıtası, hâkimin de hükmünün dayanak ve sebebidir. Fakihler arasında tartışmalı olsa da ceza ve hukuk davalarında hakkı ortaya çıkaracak her şey delil olabilir. Bunlar arasında şehâdet, yemin, yeminden nükûl, yazılı belgeler, emâre ve karîneler, kasâme ve hâkimin şahsî bilgisi yer almaktadır. Mecelle'de ise ispat vasıtaları olarak ikrar, şehâdet, yemin, yeminden nükûl, yazılı belgeler ve kat'î karineler zikredilmiştir (md.1736, 1740). İspat edilmediği müddetçe kişi borçsuz ve suçsuz kabul edilir (Mecelle, md.8). İslâm hukukunda ispat külfeti kural olarak davacıya, yemin de davalıya aittir (İbn Mâce, "Ahkâm", 7; Mecelle, md. 76). Hâkimler bazı durumlarda bilirkişilerin görüş ve mütalaalarını hükümlerine dayanak yapabilirler (md. 1811). Duruşmaları alenî yürüten hâkim, yargılamayı tamamladıktan sonra (Mecelle, md.1813,1815) ilim erbâbıyla gizli olarak istişâre edip (Mecelle, md. 1811) ortaya konan delillerin kendisini yönelttiği sonuca uygun şekilde hükmünü tek başına verir ve bunu taraflara bildirir. Kaynaklar, İslâm tarihinde erken dönemlerden itibaren mahkeme

[40] Fıkhî mezhepler, zorla da getirilmesi mümkün olmayan ve temsilci de göndermeyen kişiler hakkında uygulanacak gıyabî yargılama usulünü tartışmışlar ve bu konuda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.

[41] Avukatlık müsessesi hakkında fazla bilgi için bk. Fahrettin Atar, İslâm Yargılama Hukukunun Esasları, s. 143-153.

[42] Ali Haydar, Dürerü'hükkâ Şerhü Mecelle (Kaza Kitabı), s. 139.

kararlarının kayıt ve tescil edildiğine ve bu geleneğin giderek daha sistemli hale gelip kurumlaştığına dair zengin bilgiler içermektedir. Mecelle'ye göre noterlik[43] görevi de yapan hâkim mahkemede senet ve kararları kaydedeceği sicillât defterini bulundurur (Mecelle, md.1814), yargılama sonunda gerekçesiyle birlikte hükmü içeren bir mahkeme kararı (i'lâm) düzenleyip taraflara birer nüsha verir (md. 1827). Hâkim hükmünü verdikten sonra delillerde bir değişiklik, hükme tesir edecek bir fazlalık veya noksanlık ortaya çıkmamışsa, hâkim de yanıldığına kani bulunmuyorsa onun açısından dava kesinleşmiştir ve bu davayı yeniden ele alması câiz değildir. Ancak hâkimler adaletin tecelli etmesi için ellerinden gelen gayreti sarfetmelerine rağmen hükümlerinde bazan hata edebilirler. Zira onlar da insandır; hata yapmaları tabiidir. Bu sebeple tarafların talebi üzerine karara bağlanmış bir davanın yeni baştan ele alınması (istînaf), yargılamanın tekrar yapılması (iâde-i muhâkeme) veya ikinci ve üst bir yargı kurumunca denetlenmesi (temyiz) şeklinde hukuk yollarına gidilebilir (md. 1802, 1837-1840). Hukuk davalarında davayı kaybeden kişinin kesinleşmiş hükmün gereğini kendiliğinden yerine getirmemesi halinde cebrî icraya gidilir ve yetkili kamu organları eliyle mahkeme hükmü icra edilir. Cezaların infazı da aynı şekilde hâkim veya yetkili makam tarafından yapılır.

Yargı Kararının Niteliği

Yargının amacı uyuşmazlık ve hukuka aykırılık iddialarının çözümlenip karara bağlanması suretiyle adaletin sağlanması, zulmün ortadan kaldırılması, mazlumun hakkının zalimden alınması, hakkın hak sahibine ulaştırılması ve iyiliğin emredilip kötülüğün engellenmesidir. Nitekim amacı dikkate alınarak kazâ, "İnsanlar arasında adaletle/hak ile hükmettir" diye tanımlanmıştır. Önemi ve amacı dikkate alınarak İslâmî öğretide kazâ yani adaletle hükmetmek imandan sonra en faziletli bir ibadet, yargı görevi de kutsal bir görev sayılmıştır. Mecelle'nin muhtelif maddelerinde doğrudan veya dolaylı olarak adalete vurgu yapılmıştır (Mecelle, md. 1785, 1799).

Hâkimin bir davaya ilişkin olarak vereceği hüküm genel değil özel nitelikli bir hükümdür, sadece davanın taraflarını ilgilendirir. Bu sebeple bir olay hakkında verilen hüküm ona benzer başka bir olayın hükmü sayılamaz; dolayısıyla ayrıca yargılama yapılması gerekir.

Müftünün genel nitelikli fetvası ile hâkimin kazâsının arasındaki fark işte budur.

Mecelle hâkimi şöyle tanımlamıştır: *"Hâkim beyne'n-nâs vuku bulan dava ve muhasamayı ahkâm-ı meşrûasına tevfikan fasl ve hasm için taraf-ı sultânîden nasb u ta'yin buyurulan zâttır"* (Mecelle, md. 1785). Dolayısıyla yasal hükümler çerçevesinde görev yapan bir yargı kurumu fertler lehine yeni hakların doğmasına hizmet etmez. Fertlere ait hakların doğumu hukuk düzenine (şer'-i şerîfe) aittir. Mahkeme hükmü ile davacının iddia ettiği sübjektif hakkının mevcut olup olmadığı belirlenir. Davacının haklı olduğuna hükmedilmesi durumunda hukuk düzeninin davacıya bu hakkı tanımış olduğu, davalının bu hakkın gereğine uymakla yükümlü bulunduğu belirtilmiş olur. Davacının haksız olduğuna hükmedilmesi, iddia edilen hakkın doğmamış bulunduğunun tesbiti anlamına gelir. Bu bakımdan kazâ izhârî ve ihbârî bir fonksiyondur. Fakat bazı durumlarda kişi aslında haklı olmasına rağmen hakkını ispat edemediği için davayı kaybedebilir. Dava aleyhine sonuçlanan kişi, zâhiren geçerli olan böyle bir mahkeme kararına uymakla yükümlü tutulur. Zira hukukta istikrar, düzen ve güvenlik fikri yargı kararlarının objektif

[43] Noterlik müessesesi hakkında fazla bilgi için bk. Fahrettin Atar, "Noter", DİA, yıl: 2007, XXXIII, 210-213.

ve zâhirî delillere dayalı olmasını zaruri kılmıştır. Ancak bâtınen (Allah indinde) geçerli olmayan bu kararla, davanın lehine sonuçlandığı kişi için lehine haksızlık edildiğini bildiği sürece dinde meşrû bir hak meydana gelmiş olmaz. Nitekim Hz. Peygamber'in, *"Bana ihtilâflarınızı getiriyorsunuz. Muhtemeldir ki bir kısmınız diğerine göre delillerini daha güzel ortaya koyabilir ve ben dinlediğime göre onun lehinde hükmederim. Bu şekilde kime kardeşinin bir parça hakkını alıp vermişsem onu almasın, zira ona ateşten bir parçayı vermişimdir"* (Müslim, "Akdıye", 4) demesi de bu anlamdadır. Hadis bir taraftan hâkimin hükmünün helâli haram, haramı helâl yapmayacağını vurgulamakta, diğer taraftan adaletin ve kamu düzeninin sağlanabilmesi için zahire göre işleyen böyle bir yargılama hukukunun vazgeçilmezliğine ve bilgi, kuvvet, ferâset sahibi hâkimin objektif delillere bağlı kalarak yargı faaliyetinde bulunması gerektiğine, böyle bir kararından ötürü de uhrevî sorumluluğunun bulunmadığına işaret etmektedir.

Sonuç

On altı kitap (bölüm) ve toplam 1851 maddeden oluşan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Osmanlı Devleti'nde 1869 tarihinden 1926 tarihine kadar yürürlükte kalmış bir medeni kanundur. Mecelle; borçlar, eşya, şahıs ve ticaret (şirketler) hukuklarının hükümlerininin yanı sıra usul hukukunun hükümlerini de içermektedir. Mecelle'nin mukaddimesinde (md. 2-100) usul hukukuna ilişkin pek çok genel kural ve ilke ile başta kazâ olmak üzere sulh ve ibrâ, ikrar, dava ve beyyinât, hacr (borçlunun hacri ve mallarının satılması) gibi kitaplarında yargılama hukukuna ait hükümlere yer verilmiştir. Mecelle yerini 1926'da Borçlar Kanunu'na ve kısmen de Medeni Kanun'a bırakmıştır. Köklerini Kur'an ve Sünnet'ten alan ve İslâm toplumlarının hukuk alanındaki yaklaşık 1400 yıllık hukukî müktesabatını aksettiren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, şu anda dahi araştırmacılar tarafından kaynak eser olarak kullanılmaktadır. Öte yandan Mecelle İslâm ülkelerinde kanunlaştırma hareketinin ilk önemli adımını teşkil etmiş, arkasından bütün İslâm dünyasında hızlı bir kanunlaştırma faaliyetine girilmiştir.

KAYNAKLAR

Akgündüz, Ahmet, "İslam Hukukunun Osmanlı Devletinde Tatbiki: Şer'iye Mahkemeleri ve Şer'iye Sicilleri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, yıl: 2009, sy.14, s. 13-48.

Akman, Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004.

Akyıldız, Ali, "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye", *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, (2003).

Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm Şerhü Mecelleti'l-Ahkâm Şerhü Kitâbi'l-Kadâ*, İstanbul 1316.

Atalar, Münir, "Şer'iye Mahkemelerine Dâir Kısa Bir Tarihçe", *İslâm İlimleri Enstitüsü Dergisi [Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi]*, 1980.

Atar, Fahrettin, "Kazâ", *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, yıl: 2002, XXV,113-115.

Atar, Fahrettin, "Noter", *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, yıl: 2007, XXXIII, 210-213.

Atar, Fahrettin, "Mürâfaa", *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, yıl: 2006, XXXII,38-40.

Atar, Fahrettin, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, İstanbul 2017.

Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi,* İstanbul 1996.

Aydın, Mehmet Akif, "Mahkeme", *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, yıl: 2003, XXVII,341-344.

Aydın, Mehmet Akif, "Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye", *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, yıl: 1994, I,387.

Bilmen, Ömer Nasuhi*, Hukukı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu,* İstanbul 1970.

Çadırcı, Musa, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğu'unda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarîk-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnâmesi", *A.Ü.D.T.C.F. Tarih Araştırmaları Dergisi*, c. X1V, Ankara 1983, s.139-161.

Durhan, İbrahim, Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler", yıl:2008, *EÜHFD*, C. XII, S. 3–4, s.57- 111.

Ekinci, Ekrem Buğra, "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri", *Yeni Türkiye*, Ocak-Şubat 2000, Yıl: 6, Sayı: 31, Sayfa: 764-773.

Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası)*, İstanbul 2004.

Feyzioğlu, Hamiyet Sezer- **Kılıç**, Selda, "Tanzimat Arifesinde Kadılık-Naiplik Kurumu", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, yıl: 2005, cilt:24, sayı:38, s.31-51.

Gayretli, Mehmet, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Kanunlaştırma Çalışmaları, İstanbul 2015.

İpşirli, Mehmet, "Mülâzemet", *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, yıl: 2006, yıl: 2006, XXXI, 537-539.

Jun Akıba, "Kadılık Teşkilatında Tanzimat'ın Uygulanması: 1840 Tarihli Ta'lîmnâme-i Hükkâm", *Osmanlı Araştırmaları*, XXIX, İstanbul 2007.

Kenanoğlu, M. Macit, "Nizâmiye Mahkemeleri", *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, yıl:2007, XXXIII, 185-188.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye.

Ortaylı, İlber, "Kadı",*(Osmanlı Devleti'nde Kadı)*, *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, yıl: 2001, XXIV, 70-71.

Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", *OTAM*, 29/Bahar 2011, s.93-124.

Şentop, Mustafa, *Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik*, İstanbul 2005.

Şentop, Mustafa, "Tanzimat'tan Önceki Dönemde Osmanlı Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, yıl: 2006, sayı: 1, s. 87-105.

Unan, Fahri, "Mevleviyet", *Diyanet İslâm Ansiklopedis*, yıl: 2004, XXIX,467-468.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı*, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilâtı*, Ankara 1988.

Ünal Özkorkut, Nevin, "Yargı bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiyesi'nde Yargıya Genel Bir Bakış", yıl: 2008, *AÜHFD*, C.57 Sa.1 s. 225-242.

İKİNCİ MEŞRUTİYETTEN SONRA MECELLE CEMİYETİNİN TEKRAR KURULMA SÜRECİ

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Arş. Gör. İbrahim Enes ONAT
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ÖZET

Osmanlı Devletinde Tanzimat Devrinden sonra büyük bir hukuk reformu (ıslahatı) projesi hayata geçirilmiştir. Bu dönemde, hukuk sistemine, yeni kurumlar ve kanunlar dahil edilmiş ve ilk defa Avrupa hukukundan yararlanma yoluna gidilmiştir. Bu devir hukuk kurum ve kurallarının bir kısmı Fransadan alınırken, bir kısmı da milli hukuk sistemine dayanılarak gerçekleştirilmiştir. Bu ikinci sahadaki kanunlaştırmaların en önemli ürünü Mecelle-i Ahkam-ı Adliye kısa adıyla Mecelle olmuştur. 1855 yılında, Meclis-i Tanzimat içinde teşkil edilen bir ilmi cemiyet, 1868'de, Meclis-i Vâlânın Şura-yı Devlet ve Divan-ı Ahkam-ı Adliye suretinde iki ayrı kurum haline çevrilmesiyle yeni bir biçim kazanmıştır. Bu merhalede, Mecelle Cemiyeti diye meşhur anılan cemiyet, Mecelleyi tamamladıktan sonra da bir süre çalışmalarını sürdürmüş, daha sonra da kapanmıştır. İkinci Meşrutiyetten (1908) sonra, Mecelle Cemiyeti tekrar kurularak kanunlaştırma yapmadığı fıkhın diğer sahalarında da faaliyetlerini yürütmesi, başka bir deyişle, "Mecellenin nâtamam kalmış kısmını itmam ve ikmâl eyleme"si arzulanmıştır. Bildirimizde, bu teşebbüs, bu hususta tartışmalar ve neticeleri üzerine durulacaktır. Bu arada, hükümetten gelen Mecelle Cemiyeti Nizamname Layihası ve bunun üzerinde yapılması öngörülen değişiklikler üzerinde de durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mecelle Cemiyeti, İkinci Meşrutiyet, fıkıh, Mecelle Cemiyeti Nizamnamesi.

Osmanlı Devletinde Tanzimatın ilanıyla başlayıp Cumhuriyetin kurulmasına kadar süregelen zaman içerisinde büyük bir hukuk reformu gerçekleştirilmiş; Osmanlı Devleti hukuk sisteminin yabancısı olduğu hukuki kurumlar ve kanunlar ilk defa bu dönem zarfında uygulama alanı bulabilmiş ve Avrupa devletleri kanunlarından ilk defa bu dönemde yararlanma cihetine gidilmiştir. Tanzimat dönemi sadece hukuki ve adli zeminde yapılan ıslahat faaliyetlerinin değil; *"Milliyeti nisyân ederek her işimizde / Efkâr-ı Frenke tebâiyyet yeni çıktı"* mantukunca hemen hemen her sahada icra edilen inkılabata müsaberetin, diğer bir ifadeyle Avrupaî kanunlar ve hukuk kurumlarıyla benzeşme ve bu menhec üzere tagayyür etmenin de diğer adıdır. Hal böyle iken bu devir içerisinde yapılan kanunların büyük bir kısmı başta Fransa olmak üzere muhtelif devletlerin kanunlarından devşirilirken azınlıkta kalan diğer kısmı ise milli hukukumuza dayanılarak gerçekleştirilmiştir. Bu bakımdan gerek adlî yapı, gerekse kanunlaştırma alanında

Tanzimattan Cumhuriyete kadar uzanan dönem iki fikrin, hukukta batılılaşma ile milli kalma fikrinin devamlı bir mücadelesi şeklinde geçmiştir[1].

Milli hukuk sistemine mutabık olarak, Tanzimattan sonra Osmanlı topraklarında mamulünbih olan şeriat hükümlerine muvafık tanzim edilen en önemli kanun *"adli hükümler toplaması"* da diyebileceğimiz Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyedir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye[2] bünyesinde Ahmed Cevdet Paşa başkanlığında oluşturulan Mecelle Cemiyeti'nin en önemli semeresidir[3]. İlk toplantısını Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye'de yapan Mecelle Cemiyeti Cevdet Paşa'nın riyasetten alınıp Bursa Valiliğine atanmasına kadar da burada toplanmaya devam etmiştir[4]. Cevdet Paşa'nın riyasetten ayrılmasıyla beraber cemiyetin çalışmaları Meşihat Dairesine intikal ettirilmiş ve riyasetine de Gerdankıran Ömer Hulusi Efendi getirilmiştir[5]. Ardından Cemiyet, tekrar Divân-ı Ahkâm-ı Adliyede ve Bâbıalide çalışmalarını sürdürmüştür[6]. Mecelle mazbatasından anlaşıldığı üzere Cemiyet ilk toplantısını Ahmed Cevdet Paşa riyasetinde yedi kişiden oluşan bir heyetle gerçekleştirmiştir. Daha sonra Cemiyetin toplantılarına iştirak eden aza

---

1 M. Akif Aydın, *Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet*, İstanbul 2017, 2. Baskı, s. 325, "… Mecellenin Mukaddime ve Kitabu'l-Büyu'u Şura-yı Devletin birinci sene-i inikadında vücuda getirildi(ği) ve Meclis-i Umuminin ikinci devre-i iftitahiyesi mebdei olan 24 Muharrem 1286 Perşembe günü Sadrazam Âlî Paşanın kıraat ettiği nutukta mezkûrdur. Sultan Aziz bu nutka verdiği cevapta Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyeden bahsederken hiçbir kanun ve mesele hakkında göstermediği bir şiddet ve azmi göstermiş ve Mecellenin devam ve itmamını ekîden ve mahsusen ve suret-i katiyede tabirleriyle tenbih ve ihtar eylemiştir. Bu tenbih ve ihtar dahi o zaman *Kod Napolyon* veya ahkâm-ı muamelat-ı fikh meselelerinin pek büyük münakaşalar istilzam ettiğinin delilidir." *Sebilürreşad*, cild 23, aded 577, 29 Teşrinisani 1339, s. 78

2 Tanzimat döneminde kurulan ilk Osmanlı temyiz mahkemesi olan Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye, Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin ikiye ayrılmasıyla 11 Zilkade 1284 (5Mart 1868) tarihinde kuruldu. Meclis-i Vâlâ'nın diğer kolu ise aynı tarihte Şûrâ-yı Devlet olarak düzenlendi. Bazı kaynaklarda divanın kuruluş tarihi 8 Zilhicce 1284 (1 Nisan 1868) şeklinde verilmekteyse de (Özoğuz, s. 21-22) bu tarih Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnâme-i Esâsîsi'nin kabul tarihidir (D.I.T.,1,327). Meclis-i Vâlâ'nın ikiye ayrılarak Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye ile Şûra-yı Devlet'in kurulmasını sağlayan irade ise 11 Zilkade 1284 tarihini taşımaktadır. Bkz. Aydın, a.g.e, s. 347***

3 "Bu cihetle fukahadan mürekkeb olarak riyaset-i çâkerânem tahtında olmak üzere Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Cemiyeti unvanı ile bir meclis teşkil olundu. Bu meclis, daima Bâbıalide münakid olurdu. Babıali harîkinden sonra Adliye Nezareti şimdiki mahalline naklolundukda Mecelle Cemiyeti dahi orada akd olunur oldu. Muahharan Bâb-ı Fetvaya naklolunmuştur. Bu meclis, bir cemiyet-i ilmiye olduğu cihetle Adliye Nezaretine merbut olmadığı halde Suriye'ye izam buyurulduğumda Adliye Nâzırı bulunan kim ise bu meclise nezaret eylemek adet olmuştur." Bk. Osman Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, OSAV Yayınları, İstanbul 1997, s.169. BOA, Yıldız Evrakı No: 31/1956 Mükerrer" Not: Kaşıkçı'nın mezkûr kitabında bulunan evrakın çevriyazısında bulunan birkaç hata tashih edilmiştir.
" …kütüb-i fikhıyyeden muâmelâta dâir icabat-ı zamaneye muvafık olan meseleler cem' ile (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye) namıyla bir kitap yazılmak üzere riyaset-i âcizânem tahtında olarak fühûl-i fukahadan mürekkep bir cemiyet-i ilmiyye teşkiline karar verildi. İşte Mecelle Cemiyeti diye meşhur olan cemiyet-i ilmiyye budur ki, telif ettiği Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye hâlâ cümle mehâkim-i nizamiyede düsturulameldir. (*Tezakir*'den aktaran Osman Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle,* İstanbul, 1973 s. 20),

4 "Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye dairesinde bilictima fikhın muâmelat kısmından kesirü'l- vuku' ve muâmelat-ı asra göre bedihi'l-lüzum olan mevad hakkında sâdât-ı Hanefiyenin akval-i muteberesi cem' edilerek müteaddid kitaplara taksim ve (Ahkâm- ı Adliye) ismiyle tevsim olunmak üzere bir mecelle tertibine bi'l-ibtidar…" Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, İstanbul, Mahmud Bey Matbaası, 1297, s.8 (Mukaddime*)

5 *Tezakir* 4, 96, Osman Öztürk, a.g.e, s. 30, Osman Kaşıkçı, a.g.e, s. 72

6 *Maruzat*'tan (s. 213) aktaran Osman Kaşıkçı s. 72, Mardin, *Cevdet Paşa*, s. 154. "Cevdet Paşa'nın taht-ı riyasetinde içtima eden Mecelle Cemiyeti Babıalide Sadaret dairesinde inikad eder, mesaisine devam eyler idi. Cevdet Paşa mesaisine devam ededursun, Şura-yı Devlet meseleye vazıyed etti. Avrupada da Avrupadan bir Kod Napolyon mütehassısı getirelim, memlekete bir kanun-ı medeni yaptıralım diye bazı fikirler dermeyan edildi. Fakat müfid ve müsmir olmadı. *Sebilürreşad*, "Mecelle Hakkında", cild 23, aded 577, 29 Teşrinisani 1339 s. 78.

sayısı 5 ila 9 arasında değişmiştir. Bütün kitaplarda[7] imzası bulunan azalar ise Seyfeddin Efendi ve Ahmet Hilmi Efendidir[8]. Bu azalardan oluşan Mecelle Cemiyeti, 1868-1876 yılları arasında taharriyat icra ederek Mecelleyi tamamlamışlardır.

Mecellenin milli hukuka tevfikan tedvin edildiğini söylemiştik. Bu bakımdan Mecelle, o zamana kadar fetva kitaplarında gayrimazbut durumda bulunan şeriat hükümlerini zapturapt altına alarak o hükümlere insicam vermiştir. Devrin hâkimlerinin muhakemat işleri noktasında gerekli meziyetlere malik olmaması, Nizamiye mahkemelerinin henüz kurulmuş olması ve Fransa kanunlarına müracaat mecburiyetinden halas olma gayesi[9] Mecellenin hazırlanmasında rol oynayan amillerin başında gelmektedir. Bu durumu Mecelle mazbatasından takip edelim:

> *"... Binaen alâ zalik ihtilafattan ari ve yalnız akvâl-i muhtâreyi havi olmak üzere muâmelât-ı fıkha dâir sehlü'l me'haz bir kitap yapılsa herkes kolaylıkla mütalaa ederek muâmelâtını ona tatbik ve böyle mazbut bir kitap olduğu halde nâib efendilere azim faidesi olacağı gibi mecâlis-i nizâmiye azasıyla emr-i idarede bulunan memurin dahi bilmutalaa mesâil-i şer'iyeye intisap ile lede'l-icap işlerini vüs'leri mertebe şer'-i şerîfe tevfik ederler. Ve hem mehâkim-i şer'iyede muteber ve mer'i ve hem de mecâlis-i nizamiyede hukuk davaları için kanun vaz'ından müstağni olur mütalaasına mebni öyle bir eser-i celilin vücuda gelmesi hayli vakitten beri arzu olunur bir keyfiyet olup..."*

Mecelle Cemiyeti'nin 8 senelik mesaisinin biricik semeresi olan Mecelle her ne kadar kitapların altında imzaları bulunan azaların müşterek bir eseri olsa da kitapların tertib ve tensiki, maddelerin yazımındaki üslûp ve selâset Ahmed Cevdet Paşa sayesinde mümkün olabilmiştir[10]. Cevdet Paşa, birçok defalar görevden alınmasına rağmen bütün cehd ve gayretini Mecellenin tamamlanabilmesi için bezletmiştir. Mecellenin hazırlanması aşamasında Ahmed Cevdet Paşa'ya batı hukuku taraftarlarından gelen harici muhalefetin yanında İslam Hukuku taraftarlarının da muhalefeti olmuştur. Başında Şeyhülislam Hasan Fehmi Efendi'nin bulunduğu bu grubun Mecelle'nin kendileri tarafından Şeyhülislamlıkta değil, Cevdet Paşa'nın başında bulunduğu bir heyet tarafından Adliye Nezaretinde hazırlanması sebebine dayanan muhalefetleri, gerek hükümet ve gerekse padişah nezdinde zaman zaman daha sert ve müessir olmuş ve Cevdet Paşanın Mecelle Cemiyetinden uzaklaştırılmasında en büyük rolü oynamıştır[11]. Cemiyet azasından Mekteb-i Nüvvab

---

7 Mecelle bir Mukaddime ve 16 kitaptan müteşekkil olup 1851 maddeyi havidir. Bir küll halinde olmayıp, peyderpey itmam edilen kitaplar, altında azaların ad ve mühürleriyle padişaha arz edildikten sonra icra sahasına konulmuştur.

8 Osman Kaşıkçı, a.g.e, s. 72, "Mecelle Cemiyeti toplantılarına katılan azalar şu isimlerden oluşmaktadır. Ahmed Cevdet Paşa, Ahmed Hilmi Efendi, Seyfeddin İsmail Efendi, Filibeli Halil Efendi, Şirvanîzâde Ahmed Hulusi Efendi, Kara Halil Efendi, Ahmed Halid Efendi, Yusufzâde Ahmed Halid Efendi, İbn Abidinzade Alâeddin Efendi, Karînâbâdlı Ömer Hilmi Efendi, Bağdatlı Muhammed Emin Efendi, Gerdankıran Ömer Hilmi Efendi, Yunus Vehbi Efendi, Kırımlı Abdüssettar Efendi, Abdüllatif Şükrü Efendi, İsa Ruhi Efendi. Mecelle Cemiyeti'nin son zamanlarındaki toplantılarına Meclis-i Kebir-i Maarif reisi meşhur "Dürerü'l-Hükkam" adlı Mecelle şerhinin müellifi ve İstanbul Hukuk Fakültesinde senelerce hocalık yapmış ve Mecelle okutmuş olan Ali Haydar Efendi de iştirak etmiştir." Osman Öztürk, a.g.e, 1973 s. 20-31.

9 Cevdet Paşa Mecelle Cemiyeti ile ilgili raporunda şöyle demektedir: "Fransa kanunlarına müracaat mecburiyetinden halas için ilm-i fıkıhtan bir kitap yapıp da üss-i esası kavanin-i devlet olmak üzere meydana konmak efkârı cennetmekân Sultan Abdülmecid Han Hazretlerinin ahd-i saltanatlarında meydana kondu." BOA, Yıldız Esas Evrakı No: 31/1956 Mükerrer

10 Cevdet Paşa Cemiyet riyasetinden azledildikten sonra kaleme alınan *Kitabu'l-Vedia* ile görevine tekrar rücu ettikten sonra kaleme alınan *Kitabu'l-Emânat*tan iki madde karşılaştırması Cevdet Paşa'nın üslubundaki rikkat ve zarafeti göstermesi bakımından önemlidir. *Kitabu'l-Vedia*, "Vedîada icab u kabul, örf ve âdet-i belde üzere akd-i îdası inşa ve icat için sarihan ya delâleten âkideynden sâdır ve zâhir olan şeydir." (m.767) *Kitabu'l-Emanat*'ta ise bu madde şu şekilde tanzim edilmiştir. "Sarahaten yahut delâleten icab ve kabul ile îdâ münakid olur. Aydın, a.g.e,, s. 291.

11 Aydın a.g.e. s. 287.

Müdürü Yunus Efendi şöyle der: *Cevdet Paşa, neler çekti, mezhep değiştiriyor, ona ta'zir-i şer'i lazım diyenler oldu. O bütün bu engelleri aşarak Mecelle'yi meydana getirdi.* Ömer Hilmi Efendi de şöyle dermiş: *Mecelle'yi yaparken Cevdet Paşa çok emek sarf etti. Çok nekbetlere maruz kaldı. Gâh Halebe, gâh Yanyaya taşraya memur gönderilmesi Mecelleye mani olmak içindi. Bir kısmı Avrupadan alalım derdi. Mutaassıp ulema da yalnız Hanefi akvalini alalım derdi. Her iki taraf da ona düşmandı*[12]. Fakat dâhili ve harici tüm muhalefete rağmen Cevdet Paşa, *"Râhat ricâl-i devleti hiç bilmemekdedir / Devlet ricâli râhatı hiç bilmemekdedir"* fehvasınca çalışmalarını sürdürmüş, görevinden alındığı zaman bile cemiyet azalarıyla ilişkilerini kat' etmeden onlarla bilvesile irtibat kurarak Mecelle çalışmaları hakkında fikir teatisinde bulunmaktan vazgeçmemiştir[13]. Nihayet zor geçen bu 8 senelik süre zarfında dâhili ve harici bütün muhalefete rağmen, Mecelle Cemiyeti Ahmed Cevdet Paşa'nın riyasetinde tamamlanablmiştir.

Mecelle'nin hazırlık aşamasında batı hukuku taraftarlarının ve mutaassıp ulemanın şiddetli muhalefeti, me'haz olarak yalnızca Hanefi hukukunun muteber görüşlerinin tercih edilip ihtiyacat-ı zamanın icap ettirdiği mevzularda gereken ehemmiyetin göz ardı edilmesi, Mecellenin bir takım noksanlıklarla beraber vücuda gelmesine sebep olmuştur. Söz konusu bu eksiklikler Mecellenin tanzim etmediği, yer vermediği hükümlerle[14] tanzim edilmiş olup da maddelerin muhteviyatında bulunan eksiklikler olarak ikiye ayrılabilir. Daha ziyade Mecellenin hükümlerinde bulunan bu ikinci kısmındaki eksiklikler, 1926 Medeni Kanunu kabul edilene kadar hukukçular ve muharrirler arasında daima tartışmanın bel kemiğini oluşturmuştur[15].

Cevdet Paşa, ilk defa görevinden uzaklaştırılmasına kadar olan dönem içerisinde Hanefi mezhebi içerisindeki muteber görüşlerin alınmasına ehemmiyet göstermiş olmasına rağmen, zayıf

---

[12] Osman Keskioğlu "Ahmed Cevdet Paşa (1822-1895) Hayatı ve Eserleri", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1966, Cilt 14 s. 229-230.

[13] Ahmed Cevdet Paşa Mecelle Cemiyeti Reisliğinden azl edilip Yanyaya mutasarrıf olarak gönderildikten sonra Yanyada iken *Bey'i-vefa* hakkında bir risale kaleme alıp Mecelle Cemiyetine göndermiştir. Mesele cemiyette münakaşalara yol açmış, bunu duyan Cevdet Paşa, heyet azasından mesai arkadaşı Hilmi Efendiye şöyle bir mektup yazmıştır.
"Cemiyyet-i İlmiyye-i aliyyeye takdim eylediğim *Risale-i Vefâ* üzerine cemiyyetçe mübahasât-ı kesire ve ihtilafat-ı vefire vukua geldiğini haber aldım. Böyle olacağını evvelce bilirdim. Risale-i mezkûre münderecatı hakkında olan re'y-i âcizânem ise günden güne kuvveet bulmaktadır. Yanya Nâip ve Müftüsü (Zeynelabidin Efendi) dahi bu babta re'y-i âcizanemi tasdik etmektedirler. Zira burada bey-i vefa ve istiğlâl muamelesi ruzımerre cereyan ediyor. Bu hususta nâsa teshilât gösterilmek ferâiz-ı umurdan görülür. Zat-ı fezâil-simat semûhileri "Yessirû ve lâ tuassirû hadis-i şerifini ara sıra vird-i zeban edegeldiklerinden bu babta dahi teshil-i masalih-i nâsı iltizam buyuracaklarında şüphe etmem. Seyfeddin Efendi hazretleriyle Ahmed Hulûsi Efendi hazretlerinin metânet-i efkâr-ı sahihalarından eminim. Hoca Halil Efendi hazretlerinin re'yini bilmem. Fakat masalih-i nâsın tasıbine (güçleştirmeye) sebep olmamalarını temenni eylerim. Cenab-ı Hak kendisini vefâ ve istiğlâl gailesine uğratmasın. Fakat bey'i bi'ş-şart bahsinin müzakeresi esnasında arabası kırılıp da şurut-ı fâside ile araba iştirasına mecbur olduklarını ferâmuş buyurmasınlar. Cümlesinin mübarek ellerini öperim. Sair rufeka-yı kirâm hazeratma arz-ı hulus ve selam-ı mahsus ederim. Bâkı emr u irade efendilerim hazerâtınındır. Nisan, 1291 Yanya Mutasarrıfı Ahmed Cevdet, a.g.e.**, s. 232.

[14] Mecelle'nin hazırlanması o zamanın acil ihtiyaçlarının en uygun şekilde karşılanmasına menut bulunduğundan, bir Medeni Kanunda bulunması gereken şahıs, aile, miras ile ilgili hükümler Mecellede tanzim edilmemiştir. Bu meselelerin şer'iye mahkemelerinde suhuletle hall u fasl edilmesi Mecellede düzenlenmesine gerek bıraktırmamıştır. Dolayısıyla her ne kadar teknik olarak bu durum Medeni Kanun bakımından eksiklik olarak zikredilebilirse de bağlam içerisinde eksiklik olarak görmemek icap eder.

[15] Söz konusu eksikliklerin birkaçı, "Bir maldan yararlanma hakkının (menfaat) mal sayılmayıp (m. 126) haksız fiiller karşısında korunmasız bırakılması, menfaatleri konu edinen bağımsız hukuki işlemlerin mümkün olmaması, irtifak haklarının bağımsız olarak alınıp satılamaması, taşınmazların gasp kapsamı dışında bırakılması (m. 905), kiracı veya kiralayandan birinin ölümü halinde kira akdine etkisinin düzenlenmemiş olması, taşınırların kabzdan önce satışının önlenmesi (m. 253)" misal olarak gösterilebilir.", Aydın, s. 342.

görülen bazı içtihatları "*nâsa erfak ve maslahat-ı asra evfak olmak hasebiyle"* almakta tereddüt etmemiştir. Bu durumun Mecellenin uygulanabilme ve ihtiyaçların mümkün mertebe giderilmesi noktasındaki faydası aşikârdır. Ne var ki, Cevdet Paşa muhtelif muhalefet sebebiyle altıncı kitaptan sonra hâkim görüşten ayrılmamış, o zamana kadar yürürlüğe giren kitaplardaki geniş ve tafsilatlı olarak hangi görüşün hangi sebebe binaen tercih edildiğini teşrih eden esbab-ı mucibe mazbatalarını da mücmel ve tafsilattan ârî bir surette tanzim etmiştir[16].

Dolayısıyla Mecelle hazırlanırken ihtiyâcât-ı hâzıraya muhalif olarak yalnızca Hanefi mezhebinin muteber görüşlerinin tercih et(dir)ilmesi Mecellenin daha kaleme alındığı dönemde tadil edilmesi gerektiğini gündeme getirmiştir[17]. Bunun üzerine kapsamlı olmasa da ilk tadil ve itmam çalışmalarını bizzat Mecelle Cemiyeti yapmıştır. Bu çalışmalar, bazen nizamname şeklinde bazen de maddelerin şerh edilmesi ve hükümlerinin değiştirilmesi şeklinde olmuştur[18]. Ne var ki, Cemiyet, bu çalışmalarla da istenen neticeleri gerçekleştirememiş Mecelle'nin nâkıs kalan kısımlarını ikmal ile meşgul olamamıştır. Cemiyete intikal eden diğer mesail için de azaların haftada yalnızca bir gün toplanması artık Cemiyet'in kendisine tahmil edilen görevin sonuna gelindiğinin işareti olmuştur ve Cemiyetin toplantıları Cevdet Paşa'nın ilgili raporundan sonra[19] *"Müncer olur umûr-ı cihân bir nihâyete / Sayfın şitaya meyli, bahârın hazânedir"* misali 1306 (1888) yılında tatil edilmiştir.

Mecelle Cemiyeti'ni tekrar teşekkül ettirme gayretlerinin ortaya çıkması, İkinci Meşrutiyetin ilanından sonra mümkün olabilmiştir. Mecelle Cemiyeti tekrar kurularak kanunlaştırma yapmadığı fıkhın diğer sahalarında da faaliyetlerini yürütmesi, başka bir deyişle, "Mecellenin nâtamam kalmış kısmını itmam ve ikmâl eyleme"si arzulanmıştır. Bu arzunun gerçekleştirilmesi için Meclis-i Mebusanca yeniden bir Mecelle Cemiyeti teşkil etme kararı alınmıştır[20]. Bu defa teşkil edilmesi düşünülen cemiyet yalnızca Hanefi mezhebinin içtihatlarından değil diğer mezheplerin içtihatlarından da faydalanabilecektir[21]. Bu sayede selefi olan Cemiyet'in uğraşmak zorunda kaldığı muhtemel muhalefetten salim kalma imkânını elde edilebilmesi düşünülmüştür.

---

16 Aydın, s.342.

17 İhtiyâcât-ı hâzıraya muhalif hükümlerin bir şekilde müreccah kılınmasında en etkin rolü mutaassıp ulema oynamıştır. Hâlbuki mezkûr ulema ***"Bil illeti kıl sonra müdâvâta tasaddi / Her merhemi her yâreye merhem mi sanırsın"*** nazmını tahattur edebilselerdi Mecellenin serencamı belki daha farklı seyredebilirdi.

18 Osman Kaşıkçı, a.g.e., s. 314.

19 Cevdet Paşa, Mecelle Cemiyeti ile ilgili raporunda, "… Mecellenin birkaç kitabı nâkıs kalmış ise de Cemiyet bunların ikmali ile meşgul olamıyor. Şimdi meşguliyeti ancak ahkâm-ı Mecellenin tatbikatında mehakimce görülen müşkilat bu mecliste hallolunuyor ve nezaretlerce alelhusus Defter-i Hâkânice yahud Meclis-i Mahsus-ı Vükelaca istişkal olunan bir mesele zuhurunda oraya havale kılınıyor. Bunun için haftada bir gün Mecelle Cemiyeti münakid olunup saat sekize, nihayet dokuza kadar müzakere ile meşgul olduktan sonra herkes mahall-i memuriyetine azîmet eylemekte olduğu maruzdur. Kulları Ahmed Cevdet", BOA, Yıldız Esas Evrakı No: 31/1956 Mükerrer.

20 Mecelle Cemiyeti nizamname layihasının hükümetten gönderilen suret'in 1 maddesi şu şekildedir: *"Mukaddema mevcut olup ahiren ilga edilen Mecelle Cemiyeti Mecelle-i Celile'yi hal ve zamana muvafık ve ihtiyacat-ı asrı muhit bir hâle ifrağ için yeniden teşkil olunmuştur."* Bu maddenin Meclis-i Mebusan İlmiye Encümeni tarafından tadil edilmiş şekli ise: *"Elyevm mehakim-i şer'iye ve nizamiyede mamulunbih olan Mecelle-i Celileyi tevsi ve ihtiyacat-ı asra tevfik için yeniden bir cemiyet teşkil olunmuştur."* şeklindedir. "Beyanü'l Hak, aded. 42, Birinci sene 2. Cild, 31 Ağustos 325, s. 933"

21 Aza-yı cemiyet sırf fukaha-yı Hanefiyeden müteşekkil ve merci-i tetebbuları kezalik fıkh-ı Hanefiye münhasır olmayıp Malikî, Şâfiî, Hanbelî, gibi mezâhib-i mutebere-i İslamiye ahkâm-ı fıkhiyesinin vüs'at-ı dairesinden istifade edilecek ve bu sayede nâsa erfak ve ihtiyaca evfak olmak kazıyye-i mutenabihasına daha emin bir suhulet ve serbesti ile riayet olunabilecektir. "Beyanü'l Hak, Mecelle Cemiyeti Hakkında Hükümetten Varid Olan Kanun Layihasının Tadiline Dair Encümen-i İlmiye Mazbatası, aded 41, Birinci sene 2. Cild, 24 Ağustos 325, s. 918"

2. Meşrutiyetin ilanından sonra İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye'de meriyyü'l icra olunmasına kadar geçen dönem içerisinde Mecelle'de yapılması gereken tadilat ve bu tadilatı icra edecek Cemiyet hakkında birçok görüş serdedilmiştir. Mecelle Cemiyeti'nin kurulma teşebbüsünü Ebulula Mardin şu sözlerle tebcil etmektedir: *"Şeriat-i mübeccilemizin saadet-i dâreynimizi tamamıyla tekeffül etmiş olduğuna kani' ve mutmain bulunduğumuzdan muamelatımızın kâffesini hükm-i şer'iye raptetmek netice-i mes'adet-bahşâsını temin edecek olan bu teşebbüsü âlem-i iman azim meserretlerle karşılayacaktır*."[22] Kazanlı Halim Sabit ise memnuniyetini şu şekilde ifade etmektedir. *"Meclis-i Mebusanımızca, yeniden bir Mecelle Cemiyeti'nin teşkili talep olunuyor. Ne güzel bir teşebbüs. Bunu yalnız Osmanlılar değil, bütün âlem-i İslamiyet alkışlayacak ve alkışlamalıdır. Biz de bütün kuvvetimizle alkışlarız. Cenab-ı Allah muvaffak eylesin!"*[23]

Meclis-i Mebusanca Cemiyetin teşekkül kararı alındıktan sonra bunun hakkında bir nizamname layihası hazırlanmıştır[24]. Nizamname Layihası'nın maddelerine göz gezdirildiğinde, riyasetini Cevdet Paşa'nın işgal ettiği Mecelle Cemiyeti'nin uğraşmak zorunda kaldığı selbî bazı mesailin itlafının izalesi tasavvur edildiği hemen anlaşılacaktır. Öyle ki; mezahib-i erbaa tevfikan ihtiyacât-ı asra evfak olan olan içtihadın ihtiyar edilecek olması bu duruma örnek verilebilir.

Mecelle Cemiyeti Nizamname Layihasında, Cemiyetin bir reis ile sekiz azadan mürekkep olacağı ifade edilmektedir[25]. Cemiyetin reisi olan zat vâkıf-ı ahval-i asr ve zaman ve ehl-i ilm ve kemal bir zat olacaktır. Cemiyetin azaları için ise, *ahkâm-ı fıkhiyeden asrın her türlü ihtiyacat-ı ictimaiye ve terakkiyat-ı medenisine göre mesail-i şer'iyeyi tetebbu ve taharriye muktedir ve ilm-i celil-i fıkh ile mütevaggil a'lem- i asr olan zevatın bidaa ve ahvalleri tahkik olunarak intihab ve her nerede ise celb ve davet olunur*[26]. hükmü masturdur. Mecelle üzerinde tadil ve termim, itmam ve ikmal çalışmalarını Mecelle Cemiyeti deruhte etmiş olduğundan, bu cemiyetin azalarının ve reisinin sahip olması gereken hususiyetleri ve intihap usulü hakkında devrin muharrirleri de tercih ve görüşlerini belirtmekten geri durmamışlardır[27]. Cemiyet üyelerinin intihabıyla ilgili olan

---

22 Ebulula Mardin, *Sırat-ı Müstakim*, "Şeriate Hizmet Mecelle Cemiyeti", 3. Cild, aded 55, 10 Eylül 325.

23 Kazanlı Halim Sabit, *Sırat-ı Müstakim*, "Mecelle Cemiyeti Hakkında Bir Muhtıra-i Acizâne", 2. Cild, aded 33, 26 Mart 325.

24 Mecelle Cemiyeti Nizamname Layihası için bkz. *Beyanü'l-Hak*, aded. 42, Birinci sene 2. Cild, 31 Ağustos 325, s. 933.

25 Layiha'nın Encümen tarafından tadil edilmiş şeklinde Cemiyetin bir reis ve on azadan mürekkep olacağı ifade edilmektedir. Ayrıca mütehassısin-i ulemâ-i hukuktan üç muavin, Arapça ve Türkçe kitabet ve inşaya muktedir ve fıkha aşina bir başkâtip ve iki kâtip alınacaktır. Cemiyet Reisine yedi bin, azalara altışar bin, muavinlere dörder bin, başkâtibe üç bin, diğer iki katibe de ikişer bin kuruş tahsis olunacaktır." Mecelle Cemiyeti Nizamname Layihası için bkz. *Beyanü'l-Hak*, aded. 42, Birinci sene 2. Cild, 31 Ağustos 325, s. 933.

26 Bk. 3 ve 4. maddeler. Mezkur maddeler Encümen tarafından tek maddede şu şekilde tadil edilmiştir. "Cemiyet-i mezkure azalığına mezahib-i mutebere-i İslamiye ahkâm-ı fıkhiyesinden asrın her türlü ihtiyacat-ı siyasiye ve içtimaiye ve tereakkiyat-ı medeniyesine göre mesail-i şer'iyeyi istikra ve istihraca muktedir ve ilm-i celil-i fıkhın usul ve füruuyla mütevaggil ve ahval-i nas ve zamana vâkıf fuzalâ-yı fukaha nerede olursa olsun bidaa ve ahvalleri tedkik edildikten sonra, davet ve intihab ve içlerinden meleke ve ihataca haiz-i sebk olan bir zat reis tayin olunacaktır (md. 3).

27 "…Mecelle Cemiyetine iştirak edecek zevatın ya doğrudan doğruya ahali arasında yetişen ulemadan bulunması, yahut kadılık, naiblik, hâkimlik sıfatıyla ahali beyninde bulunan zevattan intihab olunması lazım olduğu meydana çıkıyor." "… Bu halde ahkâm, kavanin intihab eden zatların her iki tarafı, yani hem ahval-i zamanı, hem ahval- i beşeriyeyi kemal-i dikkatle piş-i nazarlarında bulundurmalarının vacip ve farz olduğu pek açık bir surette meydana çıktı." Kazanlı Halim Sabit, *Sırat-ı Müstakim*, "Mecelle Cemiyeti Hakkında Bir Muhtıra-i Acizâne", 2. Cild, aded 33, 26 Mart 325, s.104-106. Ebulula Mardin ise *Sırat-i Müstakim*'de neşr olunan "Şeriate Hizmet: Mecelle Cemiyeti" başlıklı yazısında aza intihabı için şu ifadeleri serdetmiştir: "Şüphe yok ki, bu vazife-i mühimmeyi deruhte edecek zevatın her suretle vüsuk ve itimada şayan, salih, müttaki, vera'-ı zevat-ı muhteremeden olmasına begayet itina olunacaktır. Hatta bu babda yalnız memalik-i mahrusa-i Osmaniyede bulunan fukaha-i izam ile iktifa olunmayarak islamların tavattun eyledikleri kıtaat ve memalikin kâffesinde iştihar eden güzide fukahanın dahi davet edileceğini ümit ediyoruz. Böyle bir heyet-i âliye el birliğiyle geceli gündüzlü çalışarak beşeriyetin ihtiyacat-ı hakikiyesinin

maddenin Encümen tarafından tadil edilmiş halinde, üyelerden mesail-i fıkıhtan bazı konular hakkında bir eser telif edilmesinin istenmesi ve bu eser üzerinde yapılacak inceleme sonucunda kendisini ispatlayan kişilerin celb ve davet olunacağının kaleme alınması aza seçimindeki hassasiyeti göstermesi bakımından önemlidir[28].

Bilindiği üzere Mecelle, zamanın acil ihtiyaçlarına çözüm üretmek amacıyla hazırlanmış olduğundan, şer'iye mahkemelerinde hall u fasl edilen şahıs, aile ve miras ile ilgili hükümleri düzenleme konusu yapmamıştır. Bu mesele, bazı hukukçuların Mecellenin nâtamam olduğu yönündeki eleştirilerinin de kaynağını oluşturmuştur. Dolayısıyla Mecellenin muhteviyatı hakkında eleştiri konusu olan bu durumun giderilmesi ve Mecellenin "nâtamam" olma durumunu "tamam" olmaya tebdil edecek düzenleme, yine layihada kendisine yer bulmuştur[29]. Cemiyet Cuma hariç olmak üzere her gün en az beş saat içtima etmek zorundadır. Cemiyet reisi ve azalar ve kâtipler özr-i şer'isi olmadıkça bir gün dahi içtimayı terk edemeyeceklerdir[30]. Cemiyetin içtimadaki mesaisi bu bakımdan uzun tutulduğu söylenebilir. Ayrıca cemiyetin çalışmalarının inkıtaya uğramaması için davetsiz olarak hariçten kimse gelemeyecektir. Ancak hariçten gelen kişiler cemiyete müteallik hususa binaen gelmişse reisin izniyle kabul edilebilecektir. Cemiyete dair olmayan bir şey ifade etmek gibi abes yere cemiyeti işgal eyleyecek kimse kabul olunmayacaktır[31]. Cemiyetin nerede içtima[32] edeceğine dair sarih bir bilgi layihada olmamasına rağmen, cemiyetin mesai esnasında ihtiyaç duyacağı kitaplar için Bab-ı Fetva dâhilinde müstakillen bir daire tahsisi ve bu kitapların cemiyet odasında tedarik edilecek olması ifadelerinden Cemiyetin Bab-ı Fetva'da toplanacağını akla getirmektedir[33].

Mecelle Cemiyeti bu şartlar uyarınca mesai yaparak ilgili mevad ve mesailin bablarını ve fasıllarını tertib ve madde madde tahrir ve tedvin edip her kitap bu minval üzere tamamlandıkça sehv ve hatadan ari olarak reis ve azaların imza ve mühürleri, mütalaa edilen önemli konular ve esbab-ı mucibeyi havi mufassal mazbata Meclis-i Umumiye gönderilecektir. Kaleme alınacak

---

kâffesini ila- mâşâallahi teala temine kâfil ve kâfi olan şer'-i mübinimizin kavaid-i mübeccellesini ve ruhas ve azâim hakkındaki nukat-ı nazarını tedkik eder ise bu mesai şüphesiz bütün insanlar için bir esas saadet ihzar edecektir.", Ebulula Mardin, *Sırat-ı Müstakim*, "Şeriate Hizmet: Mecelle Cemiyeti", 3. Cild, aded 55, 10 Eylül 325, s. 42.

28 İlgili madde (m. 4) şu şekilde kaleme alınmıştır: Aza-yı cemiyetin intihabı için Şeyhülislamın riyaseti tahtında Adliye Nazırı ile ayan ve mebusandan üçer ve Bab-ı Fetva mütehayyizân-ı ulemâsıyla hükkâm-ı adliyeden ikişer zattan mürekkep bir encümen-i muvakkat teşkil olunup bu encümenin usul ve fürua müteallik bazı mebahis-i mühimme-i fıkhiyeden tertip edeceği beş, nihayet on mesele üzerine bir beyanname neşredilerek her tarafta erbab-ı ihtisas canibinden mesail-i mezkureye dair akval-i fukaha ve edille-i şer'iye ile vücuh-ı tercihe müteallik tafsilat ve muhakemat-ı fakîhâneyi muhtevi risaleler telif ve irsal olunması ilan edilecek ve müellefat-ı varide encümen-i mezkûr vasıtasıyla bi't-tedkik haiz-i rüchan ve imtiyaz görülenler davet olunup sahib-i risale olduğu anlaşıldıktan sonra tayin olunacaktır."

29 İlgili madde (m. 10) şu şekilde kaleme alınmıştır: "Cemiyetin başlıca vezâifi mesâlih- i asra evfak ve muâmelat-ı nasa erfak olmak üzere Mecelle-i Celilenin havi olduğu mesaili tevsi' ve tezyid ve fıkhın münakehat ve evkaf ve ukubat ve vesâyâ ve mevâris gibi iktiza eden ebvab ve fusûlü ilave edilecektir."

30 Bkz. Nizamname Layihası (m.6)

31 Bkz. Nizamname Layihası (m.9)

32 Bu konuda Mardin mezkur Cemiyetin Bab-ı Meşihatte toplanmasını gerektiğini ifade etmektedir. "…Bâhusus böyle bir cemiyetin Bab-ı Meşihatte inikadı alem-i İslam için de pek nafidir. Makam-ı hilafete olan merbutiyet-i maneviye bir kat daha kesb-i takvit eder." Bk. Mardin, a.g.m., s. 42

33 Tadil edilmiş (m. 12) şu şekildedir: "Cemiyet için Bab-ı Fetva dâhilinde müstakillen bir daire tahsis olunarak heyetin rey ve intihabı üzere iktiza eden kütüb-i fıkhiye ve saire, Cemiyet odasında tedarik edilecektir. Gerek Fetvahane-i Celile Kütüphanesi ve gerek İstanbulda mevcut diğer kütüphanelerden lüzum görülen kitaplar ba'de'l-mütalaa iade olunmak üzere Cemiyete getirilebilecek ve başkaca iktiza eden kitapların istihzarında Cemiyetin vereceği takrir üzerine hükümetçe dahi muavenet-i lazımede bulun[ul]abilecek ve Fetvahane-i hafız-ı kütübü Cemiyet kütüphanesine de memur olacaktır.

kitaplar her iki mecliste de kavaid-i fıkıh dairesinde müzakere ve tasdik edildikten sonra padişahın onayıyla birlikte cümle mehakim-i şer'iye ve kanuniyede (nizamiye) ahkâm-ı münderecesi mamulunbih olacaktır[34]. Layihada ilgili maddenin tadil edilmemiş halinde kitapların ve cemiyetçe mütalaa edilen konuların ve esbab-ı mucibeyi havi mazbatanın meclis-i umumiye gönderileceği ifadesi yoktur. Layihanın tadiline dair Encümen-i İlmiye mazbatasında eksik bırakılan bu kısmın sarahaten ifade edilmesi gerektiği belirtilmektedir[35]. Nihayet Cemiyet, bu layihanın kanunlaşarak yürürlüğe girmesinden itibaren altı ay içinde kurulacaktır[36].

Teşkil edilmesi düşünülen, bu gaye için hükümet canibinden bir layiha hazırlanan ve üzerinde çokça müsademe-i efkâr edilen bu cemiyetin kurulup kurulmadığını henüz bilmiyoruz. Fakat şu var ki, "Mecellenin nâtamam kalmış kısmını itmam ve ikmâl eyleme" maksud- i aslisi için çalışmalar İkinci Meşrutiyetin ilanından hemen sonra başlamıştır. Mecelle'yi kaleme alan Mecelle Cemiyeti'nin toplantılarının tatil edilmesinden yaklaşık 11 yıl gibi uzun bir süre sonra, böyle bir adım atılabilmiş olmasını devrin siyasi, sosyal ve ekonomik şartlarını göz önünde bulundurarak değerlendirmek herhalde daha insaflı olacaktır. Mecelle ile ilgili yapılan araştırmalarda Mecelle'nin tadil edilmesi bahsinde İkinci Meşrutiyet'ten hemen sonra atılan bu adımın yok sayılarak 1916, 1923 ve 1924 tarihli kanun-ı medeni komisyonlarından bahsedilmesi bu konunun etraflıca araştırılmasına mani olmuştur diyebiliriz. Bu makale, tafsilatlı olarak araştırılmayan Mecelle Cemiyeti'nin tekrar kurulma teşebbüsünün 1916 yılından öncesinde de var olduğunu izhar etme amacını taşımaktadır. Dolayısıyla Mecelle Cemiyeti ile ilgilenen araştırmacılar için zikri geçen Mecelle Cemiyeti Nizamname Layihası ve onun muaddel sureti bu sahada yapılacak araştırmalar için önemli bir belge mahiyetindir. Aynı zamanda bu alanda yapılacak çalışmalarla vuzuha kavuşacak konunun belki de ilk adımı niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

[34] Bkz. Muaddel Nizamname Layihası (m.10)

[35] Cemiyetçe nazar-ı mülahazaya alınan mütalaat-ı mühimme ve esbab-ı mucibe mazbatasıyla beraber meclis-i umumiye tevdi'i ve bu minval üzere derecât-ı kanuniyeden geçmesi manasından ibaret olmak lazım geleceği ve işbu mana-yı maksudun sarahaten zikri daha münasip olacağı cihetle madde-i mezkure encümenimizce ol vechile tadil ve tavzih kılınmıştır. Bk. *Beyanü'l-Hak*, "Mecelle Cemiyeti Hakkında Hükümetten Varid Olan Kanun Layihasının Tadiline Dair Encümen-i İlmiye Mazbatası", aded 41, Birinci sene 2. Cild, 24 Ağustos 325, s. 917.

[36] Bkz. Muaddel Nizamname Layihası (m.17)

NORMLAR HİYERARŞİSİ VE MECELLE: ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anahtar kelimeler: Mecelle, norm, kural, anayasa, ilk anayasa, Fatih Anayasası, Merbury v. Madison, Kelsen, normlar hiyerarşisi, içtihat, nass.

1. KONU:

Allah, Âdem ile Havva'yı yaratırken ilk normları da koymuştur. İnsanlar, normları yozlaştırınca, yeni normlar aranmaya başlanmış, normlar arasındaki mücadele kızışmış ve normlar savaşı günümüze kadar süregelmiştir. Bu bildiride, Mecelle[1]nin 14 üncü maddesi yani "*mevridi nassda ictihada mesağ yoktur*" (nass varsa içtihat yapılmaz) kuralı anayasa hukuku açısından incelenecektir. "*Mevridi nassda ictihada mesağ (cevaz, ruhsat, müsaade) yoktur*" yani eğer bir meselenin hükmü nass ile açıklanmış ise burada ictihad yapılmaz. Bu madde, şayet üst hukuk normları varsa, alt hukuk kuralları geçerli değildir, anlamına gelmektedir ki buna günümüzde normlar hiyerarşisi denilmektedir. Mecelle, 14 üncü maddesi ile normlar hiyerarşisini çok açık olarak kabul etmiştir. Önceki hukukçulara göre içtihat, hukuki kaynaklardan yararlanarak, hukuki bir hükme varabilmek için olanca gücün harcanması demektir. Buna göre, içtihat açık nass olmayan konularda mümkündür. Örneğin kumar oynamak, yasak kılınmış olduğundan bunu serbest kılmak konusunda içtihat yapılamaz.

2. GİRİŞ:

19 uncu yüzyılda Batı'daki kodifikasyona paralel olarak bizde de başlayan kanunlaştırmalar yanında Mecelle özel önem taşımaktadır. Esasen 1272/1855 yılında "muamelata" ilişkin Türkçe "Metn-i Metin" adıyla bir kitap yazılmasına karar verilmişti. Bu amaçla kurulan Komisyon ilk toplantısını 1272/1855 tarihinde yapmış ama "Alışveriş Kitabı"nı (Kitabu'l-Büyu) tamamlamadan Komisyon dağılmıştı. Mecelle hazırlanırken Hanefi mezhebinin esasları kabul edilmiş ama diğer mezheplerin görüşlerinden de yararlanılmıştır.

19 uncı yüzyılın sonunda çeşitli iç ve dış nedenler, bir *Osmanlı Medeni Kanunu* yazılmasını zaruri kılıyordu. Hâkimlerin elinde bulunacak bir kanuna acilen ihtiyaç vardı. Avrupalılar da, azınlıkları korumak için kanun istiyorlardı. Hanefilik, kendi içinde ihtilaflıydı, tercih gerekliydi, hükümler kolayca bulunamıyordu. Hanefi hukuku, Şafii hukuku kadar derli toplu değildi, oldukça geniş ve dağınıktı[2]. Çağ hızla değişiyordu, Osmanlı geniş coğrafyasıyla bu

[1] Mecelle konusunda detay için bkz. Fendoğlu, *Anayasal Derinlik*, s. 245-262.

[2] Mecelle'nin kanunlaştırılmasının gerekçeleri için bkz. Mecelle Esbab-ı Mucibe Gerekçesi, *Düstur,* I. Tertip, Cilt I.

gidişe ayak uydurmalıydı. Yeni olayların doğması; şirketlerin büyümesi, komisyonculuk, sigortacılık gibi yeni kurumlaşmalar; Hanefi mezhebi[3]nin kabul etmediği akdî şartları kabul etme zorunluluğu; malî, hukukî ve siyasî sebepler; usul-icra-iflas-noterlik gibi yeni kanunlar yapma gereği Devleti zorluyordu. Yeni hukuksal sorunlar karşısında eskiyi taklit cevap veremiyordu.

İslâm ve Osmanlı dünyasının ilk medenî kanunu sayılan Mecelle, 1869-1876 yılları arasında peyderpey hazırlanıp kabul edildi. İçerisinde temel hukuk kuralları (100 madde) Eşya Hukuku, Usul Hukuku (yaklaşık 200 madde), Borçlar Hukuku ve Ticaret Hukuku (yaklaşık 50 madde) konuları da yer almaktadır. Mecelle Türkiye'de 1926'da, Irakta 1951'de, Suriye'de 1949'da, Fas'da, 1958'de, Tunus'da 1956'da yürürlükten kaldırıldı; 57 sene yürürlükte kaldı; 1926 senesinde İsviçre Medeni Kanunu kabul edilince yerini bu kanuna devretti.

19 uncu asrın İstanbul'daki en nüfuzlu diplomatı olan Fransa Büyükelçisi, Fransız Medenî Yasasının tercümesini istiyordu. Bürokratlar da (Kabulî Paşa, Ali Paşa, Fuad Paşa) bunu destekliyordu. Ahmet Cevdet Paşa (1238/1312-1822/1895) gibi bazı etkin çevreler ise, *milli bir kanun* yapılmasından yanaydı. Bu ikinci tez tartışmayı kazandıktan sonra kurulan Mecelle Cemiyeti 1868-1889 yılları arasında görev yaptı. Mecelle Cemiyeti, Mecelle dışında, ayrıca 3 kanuna daha imza attı; 25 maddelik **Senet**le ilgili bir kanun, 301 maddelik **Hukuk** Usülü konusunda bir kanun ve Ceza Hukuku alanında "kasame" meselesini kanunlaştırdı.

Mecelle'nin en güzel şerhleri, Adalet Bakanlığı da yapan **Ali Haydar Efendi**'nin yazdığı Mecelle açıklaması (Dürerü'l-Hükkam Şerhü Mecelleti'l-Ahkâm) ile **Mes'ud Efendi**'nin (ö.1310/1889) yazdığı **Mir'at'ı Mecelle**'dir. Miratı Mecelle, Mecelle'nin hangi maddesinin hangi kaynaktan alındığını açıklayan eşsiz bir eserdir (870 sayfa). Bunların dışında Mecelle'nin, bildiğimiz, 9 ayrı açıklaması (şerhi) daha vardır. *Mecelle, bilindiği gibi yüzyıllardır yazılan ve uygulanan bir hukuk sisteminin kanunlaştırılmış bir şeklidir; başka bir ülkeden alınan bir kanun değildir.*

3. NORM, NORMLAR HİYERARŞİSİ, KANUN VE ANAYASA:

Hukuk, toplum bünyesinin omurgasıdır. Hukuk kuralı ile hukuk normu arasında ince bir fark gözetilebilir. Kuralın bir değer barındırması şart değildir oysa norm, mutlaka bir değer barındırır. Anayasa bir anlamda norm üretme normudur. Norm, kural ve müeyyide demektir. Norm kavramı yerine kural (kaide) kelimesinin kullanılmamasının nedeni, normun, değer yargılı kural olması nedeniyledir. Kural kavramının içeriğinde değer kavramı olmayabilir ama norm kavramında bu vardır. Hiyerarşi yerine kademe veya kademelenme kelimesi kullanılabilir ama bu, anlamı tam olarak ifade edemeyebilir. Çünkü hiyerarşi kavramında kademe (basamak) anlamı olduğu gibi, bunlar arasında bir astlık-üstlük ilişkisi anlamı da bulunmaktadır.

Norm nedir?.- Norm kelimesi, Fransızca "norme" kelimesinden gelir; yerleşmiş kural, ilke, standart anlamındadır; norma uygun olan "normal"dir. Normal demek, norma uygun**,** kural olarak benimsenmiş, yerleşmiş ilke ya da buna uygun durum demektir. Normun İngilizcesi, standart, quota ve rule gibi kelimelerle ifade edilir. Norm, herhangi bir kural değildir, ölçü görevini yerine getiren kuraldır. Toplumda norma uygun olanlar benimsenir, aykırı olanlar ise reddedilir. Normları ilk olarak insanlar doğa yasalarında gözlemlemişlerdir. Doğa olayları ve insanların bunlardan

[3] "Ön-yasama olarak mezhep" için bkz. Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukukunda Normlar ve Hiyerarşisi (kıs: Normlar Hiyerarşisi)*, Türkiye Adalet Akademisi Yayını, Ankara, 2016, s. 109 vd.

çıkardıkları sonuçlar ve genellemeler daha sonraları normlar şeklinde belirtilmişlerdir. Normlar, toplumca kabul edilebilen ve kendilerine üst düzeyde yer verilen kurallardır. Normlar, toplum içinde davranışların düzene uygun olup olmadıklarını belirleyen standartlar veya ölçülerdir. Önceleri oyunlarda, sonraları ticaret, din, ahlâk, gelenek ve daha sonra da hukuk alanlarında beliren normlar düzeni, sürekliliği ve istikrarı gerçekleştirmeğe yöneliktir.

Normlar hiyerarşisi nedir.- Normlar hiyerarşisi hukuk normlarının derece ve kuvvetini belirlemekte ve bir hukuk düzeninde var olan normların çokluğu anlamına gelmektedir. Hukuk düzeni bir piramide benzetilecek olursa bu piramit anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler gibi kademelerden oluşan birden çok normun varlığını ifade etmektedir. Bu normlar farklı kademelerde yer almakta, normlar arasında altlık ve üstlük ilişkisi söz konusu olmakta ve her norm geçerliliğini bir üst hukuk normundan almaktadır.

Anayasa hukukunda normlar hiyerarşisi, bilgi kaynakları ve bunların hukukta kullanımına ilişkindir. Normlar arasında ast-üst ilişkisinin varlığı anayasa mahkemelerinin de varlık nedenidir. Kanunlar anayasaya aykırı olamaz (1982/11) ve bu durumu anayasa mahkemeleri denetler (1982/153). ABD Federal Yüksek Mahkemesi Merbury/Madison (1803) kararının ve buna kaynaklık edebilecek olan Stare Decisis ilkesinin anlatmak istediği de budur. Hukukta sorunlar bir yerde çözülmeli ve kesin hükme varılmalıdır. Kesin karar (muhkem kaziye) kavramının kabul gerekçesi de bu şekilde belirtilebilir.

Kanun nedir? Yetkili bir merci tarafından yapılan, usulüne göre ilan edilen, uyulması zorunlu kurallara "kanun" denir. Kanun kural olarak 4 özelliğe sahiptir; (1) Geneldir, kişisel değildir. (2) Süreklidir, geleceği düzenler. (3) Soyuttur ve yazılıdır. (4) Kamu yararı için yapılır. Bu kuralların istisnaları vardır; idam kanunları (genel olmanın istisnasıdır), Suna Kan ve idil Biret Kanunu[4] (genel olmanın istisnasıdır) ve bütçe kanunları (sürekli olmanın istisnasıdır) belirtilebilir.

Osmanlı Devleti zamanında da kanun yapma geleneği beş aşamada yapılırdı; **(a)** Birinci aşama: Ön-yasama (mezhepler): Sivil veya resmi müctehitler (büyük hukukçular) tarafından hazırlanan kanun projeleri, **Nişancı** tarafından kanun taslağı haline getirilirdi. **(b)** İkinci aşama: Nişancı kanun taslaklarını **Divan-ı Hümayun**'a sunardı. **(c)** Üçüncü aşama: Divan-ı Hümayun, *kurul olarak* toplanır, bu kanun taslağını görüşür kabul ederdi. **(d)** Dördüncü aşama: Sadrazam bu metni Hünkâra sunardı. (e) Beşinci aşama: Hünkâr imzalarsa *kanun* veya *kanunname* adıyla yürürlüğe girerdi.

İmparatorluk döneminde kanun ve kanunname.-[5] Osmanlı kanun veya kanunnameleri, *genel ve özel* olmak üzere ikiye ayrılırdı. Bütün Osmanlı ülkesinde (Asya, Avrupa ve Afrika'da) geçerli kanunlara, *"genel kanun"* (umumi kanunname), belirli bir eyalette veya bölgede geçerli olanlarına ise *"özel kanun"* (hususi kanunname) denirdi. Osmanlı devlet başkanları *şer'i hukuk dışında ama ona aykırı olmayan örfî hukuku* düzenleme yoluna girmişlerdir. **Osmanlı Padişahlarının yasama yetkisi üç şekilde olmuştu: (a)** Mevcut nassları (ayet/hadis) kodifike edebilirdi. **(b)** Mevcut İslam hukuku içindeki içtihatlardan veya mezheplerden (ekollerden, görüşlerden) birini tercih ederek kanunlaştırabilirdi. **(c)** İslam hukukunun norm koymadığı

[4] http://tr.wikipedia.org/wiki/Harika_Cocuk_Yasasi (20.10.2014).
[5] Ayrıntı için bkz. Fendoğlu, *Anayasal Derinlik*, s.155, 231, 232, 233, 647, 654, 826, 827, 828.

alanlarda, sınırlı yasama yetkisini kullanırdı. Bu konuda sivil ve resmi hukuk bilginlerinden yararlanırdı[6].

Anayasa nedir.- Geniş anlamda anayasa, yasama, yürütme, yargı, bunlar arasındaki ilişkiler ile birey-devlet ilişkilerinden bahseder. Bu anlamda İngiltere'nin anayasası vardır[7]. "Anayasa, anayasal nitelikli hukuk kurallarının toplamıdır"[8].

İngiliz, Amerikan ve Fransız anayasal gelişmeleri incelendiğinde, ortak paydanın, Devletin, kendi kuruluş amacına uygun hareket etmesi ve insan haklarını koruması olduğu görülecektir. **Anayasallaşma akımı**nda önceleri mutlak iktidarların **sınırlanma**sı kavramı üzerinde durulmuş, daha sonraları **halkın kendisini yönetmesi** kavramına geçilmiştir.

Anayasacılık hareketi.- Anayasacılık hareketinin, 1787 ABD Anayasası ile ortaya çıktığı belirtilebilir. 1787 tarihli ABD ve 1791 tarihli Fransız Anayasalarının öncülük ettiği anayasacılık hareketi, anayasa aracılığıyla yürütmenin kısıtlanmasını sağlamıştır. Anayasacılık hareketinin temeli, doğal hukuk okuludur (*natural law doctrine*)[9]. Anayasacılık hareketinin amacı, Devleti bireye karşı sınırlandırmak; insan haklarını korumak; anayasaları kanunların üzerinde tutmak, anayasanın zor değişmesini ve adi yasalardan farklı olmasını sağlamaktır. Anayasa belirli amaçlara ulaşmak isteyen bir araçtır. Anayasacılık, insan haklarını teminat altına alan, Devlete istikrar kazandıran ve değiştirilmesi kanunlardan daha zor olan bir yazılı metin yapabilmek hareketinin adıdır[10].

Bir anayasal kural için önemli olan şey, o kuralın **en üstte** olup- olmadığı ve **zor değişip-değişmediği**dir. Şayet kural **en üstte** ve diğer kurallara göre daha **zor değişiyor**sa o kural anayasal kuraldır. Maddi anayasa hukuku anlayışına göre, bir kural, yasama-yürütme-yargı ve insan hakları ile ilgili ise anayasa kuralıdır. Şekli anayasa hukukuna göre, bir kural Anayasada yer almışsa anayasa kuralıdır[11].

Sonuç olarak görüldüğü gibi norm, normlar hiyerarşisi, kanun ve anayasa kavramlarının tamamı incelendiğinde, Mecellenin, Kitap'taki hukuk normlarını en üst norm, Sünneti ikinci norm olarak kabul ettiği görülmektedir. Kitap, anayasa metni değil ama anayasa mesabesinde, hatta daha üst bir norm olarak kabul edilmiştir. Kitap ile anayasacılık hareketleri arasında bir çelişki de görülmemektedir.

Bu girişten sonra Mecellenin 14 üncü maddesine dönmek istiyoruz; "*mevridi nassda ictihada mesağ yoktur.*" Nass ne demektir?

4. NORMLAR HİYERARŞİSİ AÇISINDAN NASS:

Mecellenin 14 üncü maddesinde geçen nass (Kitap, Sünnet) üzerinde durmak gerekmektedir. Şöyle ki;

---

6 Bkz. Özer, *Türk Anayasa Hukuku,* İslam öncesi (s. 7-29), İslam dönemi (s. 33-77), ss. 1+265.
7 Bradley-Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, s. 4, 9.
8 Gözler, s. 47.
9 http://en.wikipedia.org/wiki/Natural_law (1.11.2014); http://www.law.harvard.edu/students/ orgs/jlpp/Vol31_No1_ George online.pdf (1.11.2014); Amerikan anayasacılığında doğal hukuk doktrini için bkz.Emanuel, *Constitutional Law,*29th Ed., s. 153
10 Gözler, *Giriş*, 2014, s. 18-19.
11 Gözler, s. 47.

Kitap.- Kitap, sözlükte mektup (yazılmış); terminolojide ise, Kur'an-ı Kerim anlamına gelir. Kur'an-ı Kerim, kuşkusuz ki bir hukuk kitabı veya anayasa metni değildir. Kur'an-ı Kerim'in terim anlamı, **okunmasıyla ibadet olunan, Hz. Peygamber'e indirilmiş ve O'ndan tevatüren naklolunan, mushaflarda yazılı, Allah kelâmı, mu'ciz bir kitaptır[12].** Kur'an'ın kendisi değişmez ama yorumu değişebilir. **Kur'an-ı Kerim'de itikadi, ahlaki ve hukuki olmak üzere üç tür ayet vardır.** Kur'an-ı Kerim, hukuk ve ibadet konularında detaylı değildir, asıl ağırlık inanç (itikad) konuları üzerindedir. O, danışma üzerinde durur ama Şûra Meclisi'ni anlatmaz. Henüz keşfedilmemiş yenilikleri anlatır; "*aşılayıcı rüzgârları gönderdik*" (Hicr, 15/ 22) ayetinin tozlaşma ve üreme konusunu belirttiği gibi. Kur'an'ın, furkan, hüda, zikr gibi isimleri de vardır[13]. Kur'an-ı Kerim'in bu isimleri olduğunu bizzat kendisi haber verir.

Hukukla ilgili ayetler.- Kur'an-ı Kerim'de hukukla doğrudan ilgili ayetlerin sayısı bir görüşe göre 500, bir başka görüşe göre 317 kadardır. Hukukla ilgili bu ayetlere **ahkâm ayetleri** denir. Bunlardan 70 kadarı Aile ve Miras Hukuku ile, 70 kadarı Borçlar ve Eşya hukuku ile, 30 kadarı Ceza Hukuku ile, 13 kadarı Yargılama Hukuku ile, 10 kadarı Anayasa Hukuku ile, 25 kadarı Devletler Umumi Hukuku (Uluslararası İlişkiler Hukuku) ile, 89 kadarı ibadet, 10 kadarı da Mali Hukuk'la ilgilidir[14]. Ahkâm ayetlerinin % 28 kadarı ibadet hukuku ile ilgilidir. İslâm hukukunun temeli, ahkâm ayetleriyle ahkâm hadislerinden oluşmaktadır. Bu ayetlerin çoğu, hicretten sonra Medine'de, ya bir olay üzerine veya Hz. Peygamber'e sorulan bir soruya cevap olarak veya fetva istenmesi üzerine inmiştir[15]. Ahkâm ayetlerinin bir kısmının gerekçesi de Kur'an-ı Kerim'de gösterilmiştir[16].

Hukukla ilgili olan ayetlere (ahkâm ayetlerine) genel olarak bakıldığında üçe ayrılabilir;

1. Birincisi; bu ayetlerin bir kısmı **genel prensipler** halindedir; Devlet işlerinde şûra, adalet, suç ile ceza arasındaki denge gibi. Bu genel kurallara esnek bir yapı egemendir. Bu esnek yapıya şu örnekler verilebilir; "Eşyada aslolan ibahadır" (ibaha, serbest olan, yasak olmayan demektir)[17]. Şûra ilkesi, 3/159, 42/38; adalet ilkesi 42/15, 5/8, ve 6/152 gibi ayetlerde geçmektedir. Suç ile ceza arasındaki denge, 10/27, 42/40, haksız kazancın haram olması 2/188, 3/130, 4/2 de; hayırda yardımlaşma 5/2, zaruretin yasaklık halini gidermesi, 2/173, 5/3, 6/145, 16/115; zorluğun kaldırılması 5/6, 22/78, 48/17, 24/61, 33/ 37; sözleşmelere riayet 5/1 ayette geçmektedir. Alışveriş helal faiz haram kılınmış (2/285), alışverişte karşılıklı rıza aranmıştır (4/29). Alışverişte

---

12 İbn Melek, *Şerhu'l-Menar*, s. 34-40; geniş bilgi, Hamidullah, "*Kur'an*", Islam Medeniyeti, Ist. 1967, S.1, s. 3 vd. "El-Kelamü'l-muciz, el-münzel ala'n-nebiy, el- mektüb fi'l-mesahif, el-menkul anhü bi't-tevatür, el-müteabbed bitilavetih.

13 Yazır, *Hak Dini*, C.I, s. s. 22

14 Zeydan, *el-Veciz*, s. 126.

15 Bu ayetler de, değişik şekillerde gelmiştir: (i) Ahkâm ayetleri, ya, emretmek veya yasaklamak için talep kipi ile gelmiştir: "İnanıncaya kadar müşrike olan kadınlarla evlenmeyiniz" (Bakara, 2/ 221) ayetinde olduğu gibi. (ii) Bazan ahkâm ayetleri, haber kipi ile inzal edilir;"Anneler, çocuklarını tam iki sene emzirirler" (Bakara, 2/ 223) ayeti gibi. (iii) Bazan, bir soruya cevap olarak veya soruya karşı verilen bir fetva şeklinde inzal olur; "Sana, haram aydan soruyorlar; de ki, onda savaşmak büyük (günah) tır" (Bakara, 2/ 217) ayeti gibi. (iv) Bazen da bir şeyin helal veya haram olduğunu açıklamak için gelir;"Allah, alışverişi helal, faizi haram kıldı" (Bakara/2, 275) ayeti gibi.

16 Mesela, içki ve kumardan bahseden ayet, bunun gerekçesini şöyle açıklıyor: "Şeytan, içki ve kumarla, aranıza düşmanlık ve kin bırakır; sizi namaz ve Allah'ın zikrinden meneder; vazgeçtiniz mi?" (Maide/5, 91). Ahkâm ayetlerinin bir kısmının gerekçesi ve detayı Kur'an-ı Kerim'de gösterilmemiştir; msl. "Ey inananlar, akitlerinizi yerine getiriniz" (Maide/5, 1) ayetinde, akit çeşitleri, ifa şartları vs gösterilmemiştir. "Allah alışverişi helal, faizi haram kılmıştır" (Bakara/2, 275) ayetinde, faizin ve alış verişin ne olduğu açıklanmamıştır.

17 Bu kural, Kur'an-ı Kerim'de 2/29 ve 16/14 de belirtilir.

tanığın gerekliliği (2/282) ayette yazılıdır. Kur'an detaya girmemiş, satış sözleşmesi sadece 4 ayetle düzenlenmiştir[18].

2. İkincisi; bazı esaslar özel hüküm halindedir; zekât yükümlülüğü gibi.

3. Üçüncüsü, bazı hükümler **ayrıntılı hükümler içerir**; boşanma ve miras hükümleri gibi.

Kur'an-ı Kerim, insanları sıkıntıya sokmak için değil (5/6, 22/78, 24/61) rahmet olsun diye gönderildiğini belirtmiştir (6/157, 17/82). Kuran-ı Kerim metinleri, sadece lafzıyla değil, ruhu ile de kaynaktır. Meselâ, "çocuğun her tür masrafı babaya aittir" anlamındaki ayet, velayet konusunda babanın yetkisini de belirtmektedir.

Kuran-ı Kerim metninin belirli usule uyulması koşuluyla, daraltılması yani belirli-meşru bir gayeye uygun olarak yorumlanması mümkündür. Kuran-ı Kerim'deki hukukla ilgili (ahkâm) ayetlerin yorumu belirli esaslar dâhilinde yapılır.

Kur'an-ı Kerim, kanun boşluğu kavramını tanımaktadır (20/52 gibi). Bunun nedeni, Allah'ın, aklın egemenlik alanını geniş tutmasıdır. Zahiriler ve Şevkani ise, Kur'an-ı Kerim'i (6/59'u) kanıt olarak göstererek kanun boşluğunu kabul etmez ki bu görüşün değerlendirmesi kabul edilemez. Çünkü İslam Hukuku hükümlerinin yaklaşık % 90'ı akılla (içtihatla) elde edilmiştir. **Kur'an-ı Kerim'e göre (19/64 ve 20/52), Yüce Allah unutkan değildir. Kuran-ı Kerim, bilerek, aklın alanını geniş tutmak istemiştir.** Kur'an-ı Kerim, **tevatüren** (yani, her asırda yalan söylemesi aklen mümkün olmayan bir topluluk tarafından ittifakla) nakledilen bir kitaptır. Kur'an-ı Kerim (vahy-i metlüv: namazda okunan vahiy), 22 sene 2 ay 22 günde indirilmiştir. Hz. Ebu Bekir zamanında **Zeyd bin Sabit** başkanlığındaki bir heyet tarafından kitap haline getirilmiş, Hz. Osman zamanında çoğaltılarak büyük şehir merkezlerine gönderilmiştir. İslam hukukunda bir sorunu çözmek için önce Kur'an-ı Kerime başvurulur. Kur'an Kerim yaratılmış (mahlûk) olmayıp, ezeli olarak kabul edilir; çünkü O, yüce Allah'ın sözüdür[19].

İkinci ana norm için şunları söyleyebiliriz;

Norm olarak Sünnet.- Sünnet, **sözlükte** âdet, yol ve davranış anlamlarına gelir. **Terim** olarak Hz. Peygamber'in (i) Sözleri, (ii) İşleri ve (iii) Takriri (yani başkaları tarafından yapıldığında bunu yasaklamaması, kabul ettiğini üstü örtülü olarak (zımnen) belli etmesi demektir. Bu açıdan Sünnet, kavli (sözlü), fiili (iş, davranış) ve takriri diye üçe ayrılır. Sözlü sünnet, Hz. Peygamber'in bizzat sözleridir. Fiili sünnet, Hz. Peygamber'in sözleri değil, yaptığı işlerdir, davranışlarıdır. Takriri sünnet ise, Hz. Peygamber'in sözleri veya işleri olmayıp, başkaları yaptığında hoş gördüğü davranışlardır. İşte sünnet, bu üç ayrı bölümden oluşan bir hukuk kaynağıdır. Sünnetin delil olduğunu bizzat Kur'an-ı Kerim belirlemiştir. Hz. Peygamber'in sözlerine "Hadîs" denir. Dar anlamda hadîs, Hz. Peygamber'in sözleri demektir. Ama geniş anlamda hadîs, sünnet anlamında da kullanılmaktadır. Sünnette, nakletmenin sağlıklı oluşu ve nakleden kişi (ravi) önem taşır. Sünnetin doğru yani Hz. Peygamber'e ait olup olmaması açısından ikiye ayrılması mümkündür. Bunlar sahih (doğru) olan sünnet ve sahih (doğru) olmayan sünnettir. Sahîh sünnet, **mütevatir, meşhur ve ahad** diye ayrıca üç kısma ayrılır. Bunlardan mütevatir sünnetin sübutu (Hz. Peygambere ulaşması) kesin iken meşhur ve ahad sünnetin sübutu zannidir (kesin değildir). Şöyle ki;

[18] Birinci rakam sure numarasını, ikinci rakam ise ayet numarasını göstermektedir.
[19] Teftazani, *Telvih*, C.I, s. 26.

(i) Mütevatir sünnet: Yalan üzere ittifakları aklen mümkün olmayan bir topluluğun rivayet ettiği hadîse mütevatir denir. Örneğin, *"Kim, kasden, benim söylemediğim bir şeyi bana atfederse, cehennemdeki yerine hazırlansın"*[20] hadîsi ile zekât oranının 1/40 olduğuna dair haberler tevatür derecesine ulaşmıştır. Mütevatir hadîslerin, **itikad, ibadet ve muamelât** konusunda kesin delil olduğunda mezhepler arasında ittifak vardır.

(ii) Meşhur sünnet: Başlangıçta Hz. Peygamber'den bir veya iki kişi rivayet etmiş iken, sonradan müslümanlar arasında şöhret bulup, ikinci ve üçüncü asırlarda tevatür derecesini bulmuş olan sünnetlerdir. Örneğin "**Ameller niyetlere göredir**" hadîsi ile mest üzerine meshin mümkün olduğunu gösteren hadîsler böyledir. Meşhur sünneti inkâr eden günahkâr olur, ama dinden çıkmaz. **Sahih hadîsin üçüncü türü ahad hadîslerdir. Mezheplerarası ihtilaflar da ahad (tek rivayetcisi olan) hadîsler üzerindedir. Ahad hadîslere haber-i vahid de denir.**

(iii) Ahad hadîsler (haber-i vahid): Her nesilden (sahabe kuşağından - tabiin kuşağından ve tebe-i tabiin kuşağından) birer kişinin rivayet ettiği hadîslerdir. Veya bir kişinin diğer bir kişiden veya bir kişinin bir topluluktan veya bir topluluğun bir kişiden rivayet ettiği hadîslerdir. Mütevatir ve meşhur olmayan sahih hadîsler ahad hadîslerdir. Ahad hadîslere, haber-i vahid de denir. Haber-i vahid, ayete, akla ve mütevatir sünnete aykırı olamaz[21].

İbadet ve muamelatta muteber olabilen haberi vahid, itikat konusunda uygulanmaz. İtikatta uygulanamaz, çünkü itikad, İslam'ın çatısı sayılır. İtikatta, Kur'an-ı Kerimin ayetleri ile mütevatir ve meşhur hadîslerle yetinilir.

Ahad (tek rivayet edicisi olan) Hadîs'in değerlendirilmesi. - Ebu Hanife ve İmam Malik **haber-i vahid**i şartlı olarak kabul ederken, İmam Şafii ve Ahmed, şartsız olarak kabul eder. İmam Şafiî ve İmam Ahmed, haber-i vahidi kaynak olarak kabul eder[22]. Serahsî ile bütün ehl-i Hadîs ve Eş'arilerin çoğunluğuna göre, **Buhari ve Müslimin veya ikisinden birinin eserine aldığı hadîslerin sübutu (doğruluğu) kesindir[23].**

Hanefi ve Maliki'lerin haberi vahid denilen hadisi kabul koşulları şunlardır;

(1) Bir haber-i vahid olan hadiste öncelikle ravide bulunması gereken 4 koşul (Müslüman, akıllı, adalet ve zabıt özelliklerini taşımak) gereklidir. **(2) Haberi vahid için ayrıca 6 koşul daha aranır;** a. Haberi vahid, üst norm olan Kur'an-ı Kerime aykırı olamaz. b. Haberi vahid, üst norm olan mütevatir sünnete aykırı olamaz. c. Haberi vahid, üst norm olan meşhur sünnete aykırı olamaz. d. Haber-i vahid diğer sahabilerin bildiği ve uyguladığı genel yapıya aykırı olamaz. e. Haber-i vahidi rivayet eden ilk ravinin hukukçu (fakih) olması gerekir. Şafii ve hadîsçiler bu şartı kabul etmezler. Haberi vahid'in ilk ravisi hukukçu (fakih) değilse, rivayet kıyasa uygunsa kabul edilir. Hukukçu (fakih) olmayan, hadîs rivayetiyle de meşhur olmayan ilk ravinin rivayetinin, öncekiler (selef) tarafından kabul görmüş olması gerekir. f. Ravinin rivayet ettiği hadîse aykırı davranmamış olması gerekir. Malikilere göre, haberi vahid, Medinelilerin uygulamasına ve İslam Hukuku'nun temel esaslarına aykırı olamaz.

---

20 *Buhari,* İlim, 38.
21 Ayrıntı ve kaynaklar için bkz. Fendoğlu, Normlar Hiyerarşisi, s. 54 vd.
22 Ebu Zehra; *Metodoloji*, s. 115.
23 Karaman, *Usul,* s. 56, 64 vd.

Sünnetin kaynak değeri.- Hz. Peygamber'in hadîslerinin kaynak olma değerini bizzat üst norm olan Kur'an-ı Kerim belirlemiştir[24]. Bu dipnotta yer alan ayetler, sünnetin bilgi kaynağı olduğunu bizzat belirlemektedir. Yani üst norm olan Kur'an-ı Kerim, ikinci kaynağın (Sünnetin) değerini ve yerini açıkça söylemektedir. Ancak Hz. Pey- gamber'den sonra, çeşitli nedenlerle (dini bozmak veya nüfuz sağlamak gibi) çok çeşitli gruplar, hadîs uydurmaya başlamışlardır. Bu uydurulan sözlere hadîs denilemez, ama yine de bir kavram verileceği için bu uydurma sözlere "yalan (mevzu) hadîs" denilmiş, bu şekildeki uydurma sözler bir araya toplanarak kitap halinde basılmış ve insanların hadîs denilen bu sahte sözlerden sakınması istenmiştir.

Hadis rivayet eden kişi (ravi) aşağıdaki 4 koşulun tamamını taşımak zorundadır: Bu koşullar, (1) Temyiz gücü yerinde olmak, (2) Müslüman olmak, (3) Adil (güvenilir) olmak ve (4) duyduğunu iyi anlamış olmaktır. **Hadis metninde aranan koşullar ise şunlardır:** Bir hadîsin hukukta bilgi kaynağı olarak kabulü için aşağıdaki altı koşula uygun olması gerekir. Şöyle ki; (i) Hadis, üst norm olan ayete uygun olmalıdır. Hadîs, üst norm olan Kur'an karşısında ikinci derecededir; kanun karşısında tüzüğün durumu gibi (normlar hiyerarşisi). (ii) Bir sünnet, üst norm olan mütevatir olan sünnete aykırı olamaz (hadislerin kendi arasında hiyerarşisi). (iii) Hadîs, ortalama akla aykırı olmayacaktır. (iv) Bir hadîs, icma kaynağına aykırı olmamalıdır (icmaya aykırı düşen hadis olamaz). (v) Hadîs, **müsned** (yani muttasıl) olmalı, arada ravi kopukluğu olmamalıdır. (vi) Raviler, yukarda belirtilen dört şarta (sezgin yani mümeyyiz olmak, Müslüman olmak, adil ve iyi kayıt tutucu olmak) uyacaktır.

Sonuç- Hukukta anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik arasında hiyerarşik bir yapılanma olduğu gibi, Kur'an-ı Kerim ile Hadis arasında da aynı hiyerarşi vardır. Aynı hiyerarşi hadisler arasında da vardır. Hiyerarşi kuralı teori ve uygulamada tamamen kabul edilmiştir.

Buna göre sadece Kur'an-ı Kerim, söz (lafız)) ve anlam (mana) itibariyle mütevatirdir. Kur'an-ı Kerim derecesinde olmayan ve sadece söz veya anlamı mütevatir olan metne mütevatir sünnet denir ki bu da kesin bir delildir. Bir hadîs, mütevatir değilse, kaynak değeri konusunda 3 farklı görüş vardır. Bazılarına göre mütevatir olmayan bir hadîsin doğruluğu (sübutu) kuşkulu (zanni), bazılarına göre kesindir. Serahsi, Ebu Ya'la ve Ehl-i Hadîse göre Buhari veya Müslim şayet hadîs kitaplarına almışlarsa bu hadîsin sübutu kesindir. Sened kısmı (raviler zinciri) sahih olan bir hadîsle amel etmek için üç koşul daha aranır[25]. Şöyle ki; sahih bir hadîsle amel etmek için; bu hadîs, (1) üst norm olan ayet ve mütevatir hadîse aykırı olmayacaktır. (2) Bu hadîs, ortalama

[24] Şöyle ki; Furkan Suresi, Ayet 1: "Âlemlere bir korkutucu olsun diye kulu (Muhammed'e) Furkan'ı indiren Allah ne mübarektir". Araf Suresi, ayet 158: "Biz seni ancak müjdeleyici ve korkutucu olasın diye insanlara gönderdik". Sebe' Suresi, ayet 28: "(Ey Muhammed) de ki ey insanlar, ben sizin hepinize, Yer ve gökler kendisi için olan, kendisinden başka Tanrı olmayan, yaşatan ve öldüren Allah'ın bir peygamberiyim. Allah'a ve O'nun kelimesine (Hz. İsa'ya) inanan O'nun Peygamberi olan ümmi Nebi'ye de inanın. O'na tabi olun, umulur ki hidayet bulursunuz". Necm Suresi, ayet 3 ve 4: "O Peygamber, kendiliğinden konuşmaz; o ancak kendisine bildirilen bir vahiydir". Şûra suresi, ayet 10: "Bir şeyde ihtilaf edersiniz, onu Allah'a ve Resulüne sorunuz". Nahl suresi ayet 44: "Biz sana bu Kur'anı indirdik ki, insanlara ne indirildiğini açıklayasın". Nisa Suresi, ayet 105: "Biz sana bu Kitabı hak olarak indirdik ki, sen insanlara Allahın gösterdiği şekilde hüküm veresin". Ahzab Suresi, ayet 21: "Allah Resulünde sizin için, Allah'ı ve Ahiret gününü uman ve Allah'ı çok ananlar için güzel örnekler vardır".

[25] Fendoglu, *Normlar Hiyerarşisi*, s. 58 vd.

(selim) akıl prensiplerine aykırı olmayacaktır. Çünkü Hz. Peygamber'in ortalama akıl prensipleriyle ters düşmesi imkânsızdır. (3) Çoğu Hanefiler, ilk ravînin hukukçu olmasını şart koşarlar. Hadîsin ilk ravisi, hukukçu değilse, kıyası, bu hadîse tercih ederler. Azınlıktaki Hanefiler, muhaddisler ve Şafii hukukçuları ise ilk ravinin hukukçu olmasını şart koşmazlar.

Sünnetin yasal değeri.- Hz. Peygamber'in, bazı davranışlarının bilgi kaynağı olarak değeri vardır; kimi davranışları ise kişiseldir. Hz. Peygamber'in, kişisel ve hukuken bağlayıcı olmayan davranışlarına el- Hesais'ün-Nebeviyye (Hz. Peygambere özgü olanlar) denilir. Bunlar, hukuken bağlayıcı bir kaynak sayılmaz. Şöyleki; (i) Hz. Peygamber'in, cevaz (olabilirlik) ifade eden davranışları (trampa gibi) vardır. Trampa cevaz ifade eder. Bazı fiilleri ise İslam Hukuku'nu açıklamak için yapılmıştır. Bunlar da kaynak sayılmaz. (ii) Hz. Peygamber'in, bir insan olarak doğal işleri hukuk kaynağı sayılmaz; yemek, içmek gibi. Bunlar, hukuken bağlayıcı olmayan işlerdir. (iii) Hz. Peygamber'in, Kur'an-ı Kerim'i açıklayan veya yeni bir hukuki durumu oluşturan (ihdas eden) sünneti ise İslam Hukukunda kaynaktır. İşte sadece bu, hukuken bağlayıcı bir kaynak sayılır ki buna *"ahkâm hadisleri"* denir. Kur'an Hz. Peygamber'e, yasama yetkisi tanımıştır: *"Peygamber'in verdiklerini alınız, yasakladıklarından da uzaklaşınız."*[26] Sünnet, Kur'an-ı Kerim'den sonra İslâm hukukunun ikinci kaynağıdır. Ahkâm hadisleri, Hz. Peygamber'in, bir olayın hükmünü açıklamak için söylediği sözü, işi veya sorulan bir soruya karşı cevabıdır[27]. *Ahkâm hadisleri*[28] de vahye dayanır. Yasamanın bu ikinci kaynağı, Muaz b. Cebel hadisinde[29] belirtilmiştir. Hz. Peygamber zamanında ve ilk hicri asırda, hadisler Kur'an-ı Kerimle karışmasın diye, henüz derlenmemişti. Ahkâm hadislerinin bir kısmı, belleklerde lafızlarıyla birlikte saklanmıştı. Ama bazı hadisler -sözüyle değil- manasıyla rivayet edilmiştir.

Hz. Peygamberin bu tasarrufları devlet başkanı sıfatıyla mı, yoksa fetva olarak mı verdiği de mezhepler arasında tartışma konusu olmuştur. Meselâ, *"Kim ölü bir araziyi ihya ederse, orası onundur*" hadîsi, Ebu Hanife'ye göre, devlet başkanı sıfatıyla söylenmiş olup, Devlet başkanından izin almadan o yere sahip olunamaz. Oysa İmam Şafiiye göre, böyle bir izne gerek

---

[26] Haşr/59, 7.

[27] Bunların birçoğunda *illet* açıkça belirtilmiştir; birden fazla evlilik bazı koşullarla meşru olduğunda bile, *"Kadınla teyzesi, halası bir arada olmaz; şayet bunu yaparsanız, (sıla-i) rahmi kesersiniz*" (*Buhari,* Nikâh, 37; *Müslim*, Nikâh, 33) Hadisi gibi. Bu konudaki ayet, iki kız kardeşin nikâh altında tutulmasını yasaklamıştı. Hz. Peygamber, bunun kapsamını genişletmiştir. Benzer bir hadis *"Anne ile kızı bir arada tutmanın haram oluşu*" hadisidir; (*Nesai:* Nikâh, 45-48). Bazı ahkâm hadislerinde ise illet açıklanmamıştır: "*Hz. Peygamber, aldatıcı alış verişi yasakladı*" (*Buhari*, Büyu, 71, 48) hadisinde aldanmanın şartlarını açıklamamıştır. "*Müslümanlar şartlarına uyarlar*" *(Buhari***,** Icare, 14; *Ebu Davud*, Akdiye, 12); "*zarar ve mukabele bizzarar yoktur*" (*Ibn Mace***,** Ahkâm, 17) hadisleri de böyledir. Ahkam hadisleri, ya (i) Tafsili olarak bildirilen Kur'an ayetlerini açıklar; veya, (ii) Kur'an'da geçmemiş konular için hükümler koyar. Kur'an'ın, hadislerle açıklanması, bizzat Kur'anın istediği bir hususdur (*"Biz, bu Kur'anı, insanlara ne indirildiğini açıklaman için inzal ettik*" (Nahl/16, 44)). Kur'anda emredilen namaz, oruç, zekât, faiz gibi hükümleri Hz. Peygamber açıklamıştır. Hadislerin delil değeri Kur'an ile belirlenmiştir: "*Peygamber'in verdiğini alınız, O'nun yasakladıklarından çekininiz"* (Haşr/59, 7; Hz. Peygamber'in, Kur'an'daki yeri için bkz. Abdulbaki: *el-Mu'cem'ul Müfehres li Elfazi'l-Kur'an,* s. 312- 320: R-s-l kelimesi). Hz. Peygamber, "*ayetin inmediği konularda, halkın yararını dikkate alarak, ilahi vahyin ruhuna uygun olarak hüküm çıkarıyordu.*" *(Hallaf*: *es Sultatü's-Selas fi'l İslam,* s. 17).

[28] Ahkâm hadisleri için bkz. Şevkani, Muhammed b. Ali: *Neylü'l-Evtar Şerhu Münteka'l- Ehbar min Ehadis-i Seyyidi'l-Ehyar li İbn Teymiyye* (kıs: eş-Şevkani: *Neylü'l-Evtar***)**, Darü'l-Fikr, C. I-IX.

[29] Muaz hadisi için bkz. *Ebu Davud*, Akdiye, 11, h. nu. 3592; el-*Maverdi*: *el-Ahkamü's- Sultaniye*, s. 86; Ebu Ya'la: *el-Ahkamü's-Sultaniye*, s. 66. Hz. Peygamber Muaz'ı Yemen'e gönderdiğinde, Muaz, ancak 24 yaşındaydı. H. 18.yılında, tam 33 yaşında ol- duğu halde vefat etti; *Hamidullah*: *İslâm Peygamberi***,** C.II, s. 184. Muaz'ın, Yemen'e gönderilmesi esnasında, Hz. Peygamber'in yaptığı nasihat için bkz. Ibn Hişam, *es-Sire- tü'n-Nebeviyye***,** C.III-IV, s. 590.

olmadan kişi o yere üç yıl malik sıfatıyla emek vermiş ve şartlarını yerine getirmişse, orası onundur. Osmanlı devleti bu konuda, Ebu Hanife'nin görüşünü uygulamıştır.

Bazılarına göre, Hz. Peygambere özgü olan sünnete, sünnet-i zevaid, dini tamamlayan sünnete ise, sünnet-i hüda denir.

Sünnet, tarih boyunca önem verilen bir değerdir. Örneğin, ezan okumak sünnettir; İmam Şeybani'ye göre, ezan okumayı kasden terkeden müslüman bir beldeye karşı, dini bilerek hafife almış oldukları ve dinden dönmüş (irtidat etmiş) oldukları anlaşılırsa savaş açılabilir[30]. **Sünnetin işlevi.-** (i) Sünnet, Kur'an-ı Kerimin müphem (açık olmayan ayetler) ve mücmellerini (oldukça soyut ve genel ayetlerini) açıklar; (ii) Sünnet, Kur'an-ı Kerimin genel hükümlerini tahsîs eder (daraltır); (iii) Sünnet, nâsih (hükmü yürürlükten kaldıran) ve mensûhu (kaldırılanı) bildirir; (iv) Sünnet, Kur'an-ı Kerim ayetlerini tamamlayıcı hükümler getirir; (v) Sünnet, bazen de Kur'an-ı Kerimde olmayan hükümler koyar. Sünnet, Kur'an-ı Kerim'in anahtarıdır.

5. NASS ÜST NORMU İLE MASLAHAT NORMU ARASINDA ÇATIŞMA:

İçtihadi mesele.- İçtihadi mesele, 'hükmü doğrudan ve açıkça belirlenmemiş mesele' demektir. *'Mevrid-i nass'ta ictihad'a mesağ yoktur'* (Mecelle, md. 14) kuralı ictihadın sadece hakkında nass bulunmayan konularda değil ayrıca hükmü doğrudan ve açıkça belirtilmemiş konularda olabileceğini ifade etmektedir. İctihad, konuyla ilgili bir nassın bulunmaması veya karşılaşılan fıkhi meseleyi doğrudan düzenleyen, fakat farklı biçimde anlamaya müsait bir nassın bulunması durumunda söz konusu olur. Bunun için de hakkında kesin delil bulunan meseleler doğrudan içtihada açık olmamakla birlikte ayrıntıları içtihada açık olabilir[31].

Maslahatla nass çatışması bu alandaki tartışmalı konulardan birisidir. Bu konuda, nassın tahsisi (daraltılması) önem taşımaktadır. Acaba maslahat, nassı tahsis edebilir mi? Mezheplerin görüşü bu konuda iki ana gruba ayrılır: **Birinci görüşe (Hanefi-Maliki) göre**, maslahat, zanni (kuşkulu) nassı tahsis eder. Zanni nass, delalet ve sübutunda zannilik olandır. Hanefi ve Malikiler, kesin maslahatla çatışan haber-i vahidi reddederler. İmam Malik, bazı hallerde, nassı maslahatla tahsis eder. İki zarardan öncelikle şiddetli olanın uzaklaştırılması (nefsi koruma ve suçu önleme) ilkesi, İmam Malik'in üzerinde durduğu prensiplerdir[32]. **İkinci görüş Şafii-Hanbeli görüşüdür.** Buna göre, maslahatla nass çatışmasında, nass alınır, maslahat terkedilir. Buna göre Hz. Ebu Bekir'in, zekât vermeyenlerle savaşması, *"la ilahe illallah deyinceye kadar savaşmakla emrolundum"* hadîsine aykırıdır[33].

Mecelle ve kamu yararı.- Mecelle'nin kamu yararı ile ilgili bazı maddeleri şunlardır; (1) "Raiyye yani tebaa (vatandaşlar) üzerine tasarruf (yönetim) maslahata (kamu yararına) menuttur (bağlıdır)" (madde 58). (2) "Zararı umumiyi def (uzaklaştırmak) için zararı has (özel zarar) ihtiyar olunur (seçilir)" (26. madde). (3) "Nasın (insanların) istimali (kullanımı) hüccettir (kaynaktır) ki onunla amel vacip olur" (37. madde). (4) "Zaruretler memnu (yasak) olan şeyleri mübah (serbest)

30 İbn Melek, *Şerhu'l-Menar*, s. 588.
31 Pekcan, Ali, "*Mevrid-i Nass'ta İctihada Mesağ Yok (mu) dur" (İctihadın Mahiyeti ve Sınırlarına Dair Bir analiz),* İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı: 2, 2003, s69- 84, s. 84.
32 Bkz. Zeydan, el-Medhal, s. 82.
33 Zuhayli, Usul, C.II, s. 801.

kılar" (21. madde). (5) "Def-i mefasid (kötülüğü önlemek), celb-i menafiden (menfaatten) evladır (öncedir)." (30. madde).

Hakkında nass bulunan konularda örf ve âdet için, **Ebu Hanife ve Muhammed,** "Nass tercih edilir" derken; **Ebu Yusuf,** "Örf üzerine bina edilmiş bir nass, örf ile değişmelidir" der[34]. **Ebu Yusuf**'un bu son görüşü, beraberinde bazı tartışmalar getirmiştir. **Ebu Yusuf'a göre, bir hükmün dayanağı örf ise ve bu örf daha sonra değişmişse, nass da bu değişime paralel olarak tahsis edilir (daraltılır).** Bunun dışında genel örf, nassı tahsis etmez (daraltamaz). Ebu Yusuf'un çoğunluğun düşüncesine aykırı olan bu görüşü, Osmanlı Devleti tarafından da tercih edilmiştir.

Örfe dayanan bazı nassların (ayet-hadis) örfle değişmesine misaller: (1) Hanefi hukukçularına göre, Kur'an öğreterek maddi çıkar sağlamak ve cami ile ilgili işlerden para almak haramdır. Çünkü **ibadet, para ile yapılmaz;** fakat sonraki Hanefiler, bu işleri yapan bulunamaz diyerek mümkün görmüşlerdir. **(2)** Ebu Hanife, şahitlerin güvenilirlik işlemine gerek yoktur; çünkü Müslümanlar birbirini aldatmaz, diyordu. Zamanla ahlak bozulunca hukukçular, tanıkların güvenilirlik işlemini şart koşmuştur. **(3)** Vakıf arazileri ve yetim mallarının korunabilmesi için süre ile sınırlandırılma getirildi. **(4)** Ortak olarak çalışan işçinin, elinde iken telef olan şeyin bedelini ödemesi gerekir. Oysa bu *"Bir tecavüzü sabit olmadıkça, yed-i emin, kendisine emanet edilen şeyi ödemez."* kuralına aykırıdır. Fakat ahlak bozulduğu için, böyle bir kural getirilmiştir. **(5)** Sonraki İslam hukukçularına göre, *"Tazminat,* zarara neden olana değil, bizzat zarar verene döner (rücu eder)." kuralı değişmiştir. Tezvircinin (yalan haberin kaynağı olan kişi) tazminat vermesi veya taziren cezalandırılması kabul edilmiştir. **(6)** Hz. Ömer'in, İran toprak hukukunu alarak toprak hukukuna adapte etmesi, örfle ilgili kurallar gereğincedir. Ayrıca, "İslam'da cahiliye döneminin faziletleriyle amel edilir." hadîsi de ölçü olarak alınmıştır[35].

Temel norm (Kitap) ve buna aykırı olamayan ikinci normu (Sünnet) açıkladıktan ve içtihat yapılabilecek olan alan üzerinde durduktan sonra, Mecelle dönemindeki normlar hiyerarşisini irdelemek istiyoruz. Şöyle ki;

6. MECELLENİN KABUL EDİLDİĞİ DÖNEMDE NORMLAR HİYERARŞİSİ VAR MIDIR?

Osmanlının hukukta temeli olan İslâm hukuku, müçtehit hu- kukçuların serbest bilimsel çalışmalarıyla oluşmuştur. Osmanlılar, kendisinden önceki Abbasiler, Selçuklular, İlhanlılar ve Memlukler gibi Türk ve İslâm devletlerinden ve komşularından, özel hukuk ve kamu hukuku alanında yararlanmışlardır. Konumuz olan Mecellenin 14 üncü maddesi, normlar hiyerarşisini açıkça kabul ettiği gibi, bu kabul, esasen, dönemin hukukunda kadim olarak mevcuttur. İmparatorluğun klasik dönemindeki örfi normları üçe ayırabiliriz; **(1)** Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi (Anayasası); **(2)** Anayasa dışındaki kanunnameler; **(3)** Yazılı ve sözlü hukuk.

Türk İmparatorluk[36] döneminde **(**Selçuklu-Osmanlı) normlar hiyerarşisi kabul edilmişti[37]. İki tür kaynak vardı;

---

[34] Ebu Zehra, Metodoloji, s. 265.

[35] Ayrıntı ve kaynaklar için bkz. Fendoglu, *Normlar Hiyerarşisi*, s. 71 vd.

[36] Burada imparatorluk kelimesi, emperyalizm kavramından tamamen soyutlanmış olarak, "*Devletler Devleti*" anlamında kullanılmıştır. Doğu'da anayasal gelişmeler, anayasa hukuku kitaplarında tartışılmıştır. Örneğin Ali Fuat Başgil, Türkiye'nin İmparatorluk Devri Siyasi Teşkilatı başlığı altında Ku'ran-ı Kerim ve diğer deliller (s. 65-66), Hz.

A. Şeri hukukta normlar piramidi olarak sırasıyla dört temel vardır; **(1)** Kitap (Kuran-ı Kerim), **(2)** Sünnet, **(3)** İcma (mutabakat, konsensus, içtihadı birleştirme kararı), **(4)** Kıyas. Bu dört temel kaynaktan ast olan norm üstteki norma aykırı olamaz. Bu dört temel bilgi kaynağını daha alt düzeydeki şu bilgi kaynakları, sırasıyla takip eder; **(5)** İstihsan (gizli kıyas), **(6)** Kamu yararı (mesalihi-i mürsele), **(7)** Örf âdet, **(8)** Sahabenin hukuki görüşleri, **(9)** Eski hukuk sistemleri, **(10)** Kötülüğe sevkeden herşeyin kötü olması (zerayi)[38]. Selçuklular ve Osmanlılar, kural olarak kanun haline getirilmiş olan Hanefi Mezhebinin görüşlerini temel kabul ederek, diğer görüşlerden de yararlanarak yazılı Devlet hukukunu oluşturmuşlardır. İslam-Osmanlı hukukunda kurallar arasında hiyerarşi baştan beri kabul edilmiş, üst kuralların alt kurallara üstünlüğü benimsenmişti[39].

B. Örfi hukukta ise anayasa yerine geçen genel kanunname(ler) ve normal kanunnameler, adaletnameler ve diğer düzenlemeler mevcuttu. Önceki hukukta kurallar arasında hiyerarşi baştan beri kabul edilmiş, üst kuralların alt kurallara üstünlüğü benimsenmiştir. Bu kaynaklardan hüküm çıkarmak (istinbat) iki türlüdür: **(i)** Şayet anlam açıkça anlaşılıyorsa, yoruma gerek yoksa, doğrudan hüküm verilir. **(ii)** Anlam açıkça anlaşılmıyorsa yorum yöntemlerine başvurulur.

Klasik dönemde kanun yapımı.- Ön-yasama (mezhepler)+(Nişancı+ Divan-ı Hümayun+ Sadrazam+ Hünkâr). Yeni ihtiyaç ve sorunlar doğduğunda, gerekli olan yeni kanunlar yapılmaktadır; zamanaşımı kuralları, yeni suç ve ceza kanunlarının yapımı gibi. Bunun için **(1)** Nişancı adı verilen bilgin-bürokrat kanun tekliflerini hazırlar. **(2)** Hazırlanan kanun taslakları Divan-ı Hümayuna sunulur. **(3)** Divan-ı Hümayunda müzakere edilir, tartışılır ve kabul edilir. **(4)** Taslak, sadrazama gelir. Sadrazam da uygun gördüğünde taslak metin, onay için padişaha gelir; **(5)** Son söz padişahındır. Kısaca Osmanlı'da **nişancı+divan-ı hümayun+ sadrazam+ Hünkâr formü- lü** ile **kanun** yapılırdı.

Osmanlı yönetimi **monarşik** bir yapıdadır; bununla birlikte, Padişah, yasama, yürütme ve yargı görevini yerine getirirken bazı sınırlarla karşı karşıyadır. *Bu sınırlar, şer'i hukuk, örfi hukuk, Divan-ı Hümayun, ilmiye-seyfiye-kalemiye sınıfları, ahilik teşkilatı, tarikatlar ve genel olarak halkın ortak yararıdır (maslahat).* Sultan, İslâm hukukuna rağmen, emir veremez; *"Sultanın emri ancak şer'in hükümlerine uyduğu takdirde geçerlidir. Aksi halde geçerli sayılmaz".* Bir başka önemli sınır, halkın ortak yararıdır (maslahat). Mecelle'nin deyişiyle, "Halk üzerinde yönetim, kamu yararı şartıyla mümkündür" (*Raiye ya'ni teb'a* üzerine tasarruf*, maslahata menuttur)".* İslâm hukukunda yargı, teorik olarak vezirliğin üzerindedir.

Peygamber devrinde hukuk (s. 67), Hz. Ömer devrinde Şura Meclisi (s. 69) vs. anlatmıştır (Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku,* C. I, 1960, s. 63-70). Cem Eroğul, *Anatüzeye Giriş,* s. 145-212 arasında Osmanlı'nın Kuruluş, Yükseliş, Duraklama, Gerileme ve Yıkılış dönemleri anlatılmıştır. Mümtaz Soysal, "bugünkü sorunların başlangıç noktaları" başlığı altında, feodalite, tımar, kilise, burjuvazi, Osmanlı Devletinin yapısı, Kuran-ı Kerim, Hadis-i Şerif, İcma, Kıyas gibi kaynaklarla konuyu açıklamıştır; Soysal, *Anayasaya Giriş,* s. 5-24. Arsel, *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları, Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşu* isimli kitabında, Orta Asya dönemi Türk Hukuku üzerinde özet olarak durduktan sonra, Hz. Peygamber'in kurduğu Medine merkezli Devleti incelemiş, 4 Halife dönemini değerlendirmiş, Emevi ve Abbasileri özetledikten sonra Osmanlı Devletinin anayasal yapısını anlatmıştır; s. 3-40. İslam mucizesini Doğuda Cengiz ve Hülagü, Batıda ise İspanyollar yıkmıştır; Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku,* C. I, F. 2, 1960, s. 457 dn 1.

37 Bkz. Fendoğlu, *Normlar Hiyerarşisi*, s. 24 vd.

38 Ebu Faris, *el-kada*, s. 194. Bu hiyerarşik kurallar için bkz. Fendoglu, *Anayasal Derinlik*, 200-216. Arsel'e göre, bu kaynaklar dikkate alındığında Osmanlı'nın teokratik olduğu ortaya çıkmaktadır. Bize göre, Osmanlı teokratik bir devlet değildir. Teokrasi yanılmaz ruhban sınıfının yönetimidir; oysa İslam'da ruhban sınıfı yoktur; bkz. Arsel, *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları, Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşu,* s. 5.

39 Kuralların hiyerarşik olarak kademesi (normlar piramidi), Ortadoğu (Selçuklu- Osmanlı) anayasacılığında baştan beri vardır. Bu konu bir başka çalışmamızda irdelenmiştir; bkz. Fendoglu, *Anayasal Derinlik*, s. 180 vd.

7. GÜNÜMÜZDE TÜRKİYE'DE NORMLAR HİYERARŞİSİ NEDİR?

Türkiye'de günümüzde, normlar hiyerarşisi (kurallar kademesi) aşağıdaki tabloda gösterilmiştir[40].

1	Birinci derece kaynaklar: Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararlarıdır.
2	İkinci derece kaynaklar: Usulüne uygun olarak uluslararası andlaşmayla kabul edilmiş insan hakları metinleridir. İnsan hakları ile ilgili, usulüne uygun uluslararası andlaşmalar, ikinci sırayı işgal eder. AİHS[41], CEDAW[42], Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme[43] gibi.
3	Üçüncü derece kaynaklar: Kanun, **Olağanüstü Hal** Cumhurbaşkanı Kararnameleri (OCBK)**,** kanun hükmünde kararnameler (16 Nisan 2017 tarihli Halkoylamasından önce), Cumhurbaşkanı Kararnameleri (16 Nisan 2017 tarihli Halkoylamasından sonra), Kanunu Muvakkat, insan hakları dışında kalan uluslararası anlaşmalar, İçtihadı Birleştirme Kararları, 1961 anayasası öncesi TBMM'nin anayasa yorumlarıdır.
4	Dördüncü derece kaynaklar: 16 Nisan 2017 tarihli Halkoylamasından önce dördüncü derece kaynak "Tüzük" iken bu tarihten sonra Cumhurbaşkanı Kararnameleri bunun yerine geçmiştir.
5	16 Nisan 2017 tarihli Halkoylamasından önce Beşinci derece kaynak, Bakanlar Kuruluna kanunla tanınan yetki gereğince düzenlenen kaide kararnameler idi. 16 Nisan 2017 tarihli Halkoylaması ile sonra Bakanlar Kurulu Kaide Kararnameleri yerine Cumhurbaşkanı Kararnameleri geçmiştir.
6	Altıncı derece kaynaklar: Yönetmeliklerdir.
7	Yedinci derece kaynaklar: Adsız düzenleyici işlemlerdir. Bunlar kararlar, tebliğler, emirler, duyurular gibi Anayasada öngörülmeyen işlemlerdir. Adsız düzenleyici işlemler, tüzük ve yönetmelik şartlarına uygun olup-olmadığına göre değerlendirilirler[44].

8. AMERİKA'DA NORMLAR HİYERARŞİSİNİN KABULÜ:

Anayasa, yazılı veya yazısız anayasanın olduğu her ülkede en üst normdur. Kanunlar ve diğer mevzuat anayasaya aykırı olamaz, buna anayasanın üstünlüğü (supremacy of the constitution) ilkesi denilir. Tüm mevzuat, anayasaya saygılı olmak zorundadır. Esasen Anayasaya göre, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare *makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri* ***bağlayan*** *temel hukuk kurallarıdır.* ***Kanunlar*** *Anayasaya aykırı olamaz".*

---

40 Bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, s. 124 vd.

41 http://en.wikipedia.org/wiki/European_Convention_on_Human_Rights (1.11.2014).

42 CEDAW.- The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), adopted in 1979 by the UN General Assembly, is often described as an international bill of rights for women. Consisting of a preamble and 30 articles, it defines what constitutes discrimination against women and sets up an agenda for national action to end such discrimination; http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/ cedaw. htm (1.12.2014).

43 RG. 14.7.2009/27288: (3/12/2008 tarihli ve 5825 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan … "*Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme*"nin onaylanması; Dışişleri Bakan- lığının 13/5/2009 tarihli ve HUMŞ/619 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 27/5/2009 tarihinde kararlaştırılmıştır.

44 Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s. 643; Teziç, op. cit. s. 98; neye benziyorsa odur; Teziç, op.cit., s. 98.

(**1982/11**). 1982/11 gibi **1982/148-153** de anayasanın üstünlüğünü belirtmektedir. **1924/103** ve **1961/8** de anayasanın üstünlüğünden söz etmekte idi. Türkiye'de Anayasa Mahkemesi, diğer anayasal mahkemeler üzerinde hiyerarşik bir temyiz makamı değildir ama diğer mahkemelerin üzerinde olduğu açıktır. ABD'de Federal Yüksek Mahkeme, diğer tüm mahkemelerin hiyerarşik makamıdır.

Alman Anayasası da "anayasanın üstünlüğü" kavramını anayasaya yazmıştır. **İngiliz** anayasa sisteminde parlamentonun üstünlüğüne daha çok vurgu yapılır; Anayasal sistemin merkezinde parlamentonun yer aldığından söz edilir ve parlamentoya sınır tanınmaz[45].

Marbury v. Madison Kararı.- 1803 tarihinde ABD Yüksek Mahkemesi'nin verdiği, Marbury v. Madison kararıyla, "**anayasanın üstünlüğü ve anayasaya saygı**" ilkesi doğmuştur. **Amerika anayasa hukukunun köşe-taşı 1803 yılı**nda verilen bu karardır. John Adams ile federalistler, Thomas Jefferson ile Cumhuriyetçiler tartışmışlardı. Baş- hâkim John Marshall, yazdığı kararda anayasanın üstünlüğü (*supremacy of the constitution*) prensibini belirtmiştir[46]. Şöyle ki;

ABD'de herhangi bir hâkim, bir kanunu, anayasaya aykırı bulursa, bu kanunu (ilgili maddeyi) uygulamayabilir mi?	Evet, uygulamayabilir. Herhangi bir hâkimin anayasaya aykırı kanunu ihmal etmek yetkisi vardır.
Federal Yüksek Mahkeme kararı- Marbury v. Madison (1803).	Gerekçe: Anayasaya saygı.

Hâkim Marshall'ın gerekçesi basitti: Her hukuk kuralı, kendisinden üstün hukuk kuralı karşısında gücünü kaybeder. Anayasa yasalardan üstün bir hukuk kuralıdır. Yasalar anayasa karşısında güçlerini kaybeder. Hâkimler yasaya göre değil anayasaya göre davayı karara bağlamalıdır. Anayasa ya "alelade kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün bir kanundur" yahut da "*yasama kuvvetinin dilediği zaman değiştirebileceği, alelade kanunlarla aynı seviyede bir tasarruftur." Bu şıklardan birincisi doğru ise yasama organının anayasaya aykırı olan tasarrufları kanun değildir. İkinci şık doğru ise yazılı anayasalar, mahiyeti itibariyle sınırlandırılması imkânsız olan bir kuvveti sınırlandırmak üzere milletlerin giriştiği manasız teşebbüslerdir." Bu karar, anayasayı, yasama organına karşı da koruyacak bir mercinin olması gerektiğine ve bunun da yargı olduğuna hükmeden ilk karardır*[47].

ABD Anayasacılığına göre, anayasa devletin anayasası olmakla birlikte, çerçevesini halk çizmiştir ve değiştirilinceye kadar geçerli bir metindir[48]. Baş-hâkim John Marshall, Marbury v. Madison kararında[49] (1803), yasama ve yürütme gibi yargının da sınırının anayasa olduğunu belirtmiştir[50].

---

45 Bradley-Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, s. 53.
46 Emanuel, *Constitutional Law*, 29th Ed., s. 8.
47 Bkz. Feyzioğlu, Turhan, *Kanunların Anayasa Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, Ankara, 1951, s. 163-173, 169.
48 Edwin Meese, Forte, Spalding, *The Heritage Guide to the Constitution,* The s. 1. Anayasa, ülkenin yüce kanunudur (the supreme law of the land); ibid, s. 5.
49 § *Marbury v. Madison,* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
50 Edwin Meese, *"The Meaning of the Constitutuion",* in: The Heritage Guide to the Constitution, s. 6.

9. AVRUPA'DA NORMLAR HİYERARŞİSİNİN KABULÜ:

Hukuk kuralları arasında hiyerarşi kavramını Avrupa'da ilk kez Hans Kelsen'in[51] ortaya koyduğu belirtilir. Saf Hukuk Teorisi veya Normativist Teori'yi savunan pozitivizmin temsilcisi de olan Kelsen, doğal hukuka karşıdır. Saf hukuk teorisi bir monistik teoridir[52]. Kelsen, hukuk biliminden yabancı unsurları ayıklar, genel olarak pozitif hukuk düzenini tetkik eder. O'na göre, bütün kuralların doğduğu temel norm (grand norm, basic norm) vardır. Anayasalar da geçerliliğini o devletin tarihindeki ilk monarktan alır[53]. Kelsen'e göre, günümüzde milli hukuk normu, geçerliliğini (meriyetini), geçerli uluslararası normlardan alır[54].

Türk ve Avrupa AYM'leri Kelsen'den etkilenmiştir.

Anayasa yargısı, hukuk devletinin son aşaması olarak kabul edilmektedir. Fransanın "genel irade yanılmaz" görüşünün etkisiyle, hukuk devletinin son aşamasının idari yargı olduğu düşünülüyordu. Yasama kuvvetinin insan haklarını ihlal edebileceği düşünülmüyordu[55]. Anayasa yargısının doğuşunda kuvvetler ayrılığı ilkesi, anayasanın üstünlüğü ilkesinin ABD'de kabulü ve İngiliz uygulamaları önem taşır. İngiliz Kraliyet Konseyi (Privy Council), koloni kanunlarının İngiliz kanunlarına uygunluğunu denetliyordu. Privy Council, 1696-1782 yılları arasında kolonilerin 600'den fazla kanununu geçersiz saymıştı[56]. Kuvvetler ayrılığı prensibinde anayasanın üstünlüğü kuralına geçişin nedenleri vardır. Anayasa mahkemelerinin kuruluş nedeni, parlamentoların anayasaya ve insan haklarına aykırı kanun çıkarabilme ihtimalidir. Anayasa mahkemeleri ilk olarak 1803 tarihli Marbury v. Madison kararı ile etkisini gösterdi. İkinci Dünya Savaşı sonrasında İtalya, Almanya, Fransa ve Türkiye'de kuruldu. Portekiz ve İspanyada (1970'ler) etkili oldu. Son hareket ise SSCB'nin dağılmasından sonra (1990) meydana geldi; Doğu Avrupa'da Romanya, Macaristan, Bulgaristan gibi ülkelerde kuruldu[57].

Avrupa'da ilk kez bir hukukçu (Kelsen), anayasaya uygunluk denetimini kurdu, meşrulaştırdı ve hukuk düzeni teorisini önerdi[58]. Kelsen, ABD modelini eleştirdi ve tek mahkeme bunu yaparsa içtihat birliğinin sağlanabileceğini belirtti. İlk AYM'leri, Çekoslovakya (1920-1938), Avusturya (1920-1938), ispanya (1931-1939), İrlanda (1937)'da kuruldu. Bunlar ilk denemelerdi. AYM'lerde Kelsen modelinden sonra Avrupa modeline geçildi. AYM'leri Avusturya'da (1945), Japonya'da (1947), İtalya'da (1948), Almanya'da (1949), Fransa'da (1958),

---

51 Kelsen'e göre, pozitif hukuk, daima belirli bir toplumun hukukudur; ABD'nin hukuku, Fransa'nın hukuku, Mexika hukuku gibi. Pozitif hukukun dışına çıkılmamalı, pozitif hukukun toplumsal ve siyasal tarafına girilmemelidir; Kelsen, *General Theory of Law and State,* s. xiii.

52 Kelsen, *General Theory of Law and State,* s. xvi.

53 Kelsen, *General Theory of Law and State,* s. 111.

54 Teziç, op. cit, s. 94-96. Burada *Kelsen,* hukukun geçerliliğini hem ilk monarktan hem de uluslararası hukuktan aldığını söylerken çelişkiye düşmektedir. Turhan'a göre, H.L.A. Hart'ın en üst normu tanıma kuralı (ultimate rule of recognition) da sorunludur.

S. J. Shapiro'ya göre, hukuk sistemlerinin hukuk dışı temelleri vardır. Hukukun temelleri hukukta aranamaz. Kelsen'in, saf hukuk teorisi (pure theory of law), hukuku, hukuksal olmayan her tür yabancı şeyden temizlemeye çalışmaktadır. Tarihsel olarak ilk anayasaya itaat etmemiz gerektiğini söyleyen temel norm, Kelsen'e göre, hukuki otorite yani bir başka anayasa tarafından konulmamıştır. Yani pozitif normlar, geçerliliğini pozitif olmayan bir normdan, yani insan davranışı sonucunda ortaya çıkmayan bir normdan alırlar. Burada Kant'ın aşkın anlayışı devreye girmektedir. Frederick Schauer'in belirttiği gibi, anayasa üzerinde hukuki olmayan temellerin de etkisi vardır; Turhan, 2012, s. 179-187.

55 Özbudun, s. 393.

56 Privy Council için bkz. Tunç, *Anayasa Yargısı,* s. 27-31.

57 Hakyemez, *"Anayasal Demokrasi İçinde Türk Anayasa Mahkemesinin Konumu"*, s. 13.

58 Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 10.

Kıbrıs'ta (1960), Türkiye'de (1061), Portekiz'de (1976) ve İspanyada (1978) kuruldu. Bu AYM'leri yasama ve yürütmeye karşı anayasayı koruyacaklardır. Komünizm çöktükten sonra AYM'leri, Doğu Avrupa'da da yaygınlaştı, Bulgaristan (1991) ve Romanya (1991) gibi[59].

10. İLK ANAYASA, NORMLAR HİYERARŞİSİ VE FATİH ANAYASASI:

Dünyada **ilk yazılı anayasa** konusunda kronolojik olarak dört farklı görüşten söz edilebilir. **(1) Birinci** görüşe göre Hz. Peygamber tarafından Hicretten hemen sonra **622** yılında yapılan Medine Devleti Anayasası, *dünyanın ilk yazılı anayasasıdır*[60]. **(2)** Fatih Anayasası (1477-1481), *dünyanın ilk yazılı anayasasıdır*. **(3)** Dünyanın ilk yazılı anayasası **1639** tarihli Connecticut anayasasıdır[61]. **(4) 1719** tarihli İsveç anayasası dünyanın yazılı ilk anayasasıdır; izole kalmış olması ilk olmadığını göstermez. **(5)** Dünyanın ilk yazılı anayasası, 1787 tarihli ABD anayasasıdır. 1791 tarihli Fransız Anayasası daha sonra gelmektedir.

Padişah'ın koyduğu esasların, genel kanunname ile tanzimi, ilk defa Osmanlı'da görülmektedir; bunu yapan ilk Padişah da Fatih Sultan Mehmet'tir; Fatih, II. Bayezid, Yavuz ve Kanuni Kanunnameleri, resmen tedvin edilmiş olup, kadılara da gönderilmiştir. Genel Kanunnamelerin Osmanlı öncesi bilinmemektedir.

Fatih'in (1432-1481) kabul ettiği ve 1839 tarihine kadar zamanın gerektirdiği değişiklikler dışında yürürlükte kalan ve bir tür **anayasa** sayılan bu Kanunnamenin Fatih'e ait olduğunda kuşku yoktur. Fatih, kendisinden önceki Sultanların kanunları tedvin etmediğini görünce, bu konuda bir çalışma yapılmasını istemiş, sonuçta bu kanunname Fatih'in dili ile (birinci tekil şahıs) yazılmıştır. Kanunnamenin içeriği tamamen Fatih devrine aittir. Tevkii Abdurrahman Paşa'nın 1676 yılında yeniden yazdığı kanunname, Fatih Kanunnamesinin temel esasları muhafaza edilmek koşuluyla, tadili ve genişletilmiş şekli olup, 3 bölüm ve 51 maddedir. Maddeler sonradan eklenmiş olup, dili 15 nci yüzyıl Türkçesidir. Yavuz, bu kanunu biraz genişleterek yayımlamıştır. Kanunnamenin kaynağı, İslam hukuku ve buna aykırı olmamak koşuluyla eski Türk ve komşu ülkelerin gelenekleridir. Osmanlıda Din-Devlet ikizliği ile örfi ve şeri hukuk birlikteliği görülmektedir[62].

Fatih Sultan Mehmet'in (1432-1481) 1477 yılından sonraki bir tarihte hazırladığı ve 1839 tarihine kadar zamanın gerektirdiği değişiklikler dışında yürürlükte kalan ve bir tür **Anayasa** (**Esas Teşkilat Kanunu)** sayılan bu kanunname'nin Fatih'e ait olduğunda kuşku yoktur. Kanunnamenin ismi Kanunname-i Al-i Osman veya Fatih Sultan Mehmet'in Teşkilat Kanunnamesi'dir. Fatih, kendisinden önceki Sultanların kanunları tedvin etmediğini görünce, bu konuda bir çalışma yapılmasını istemiş, sonuçta bu kanunname Fatih'in dilinden yazılmıştır. Anayasanın başındaki "*Bu kanunnâme atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur. Evlâd-ı kiramım neslen ba'de neslin bununla âmil olalar." D*eyişinden de bu durum anlaşılmaktadır. Kanunnamenin içeriği tamamen Fatih devrine aittir. Kanunnamenin Fatih'e ait olduğunda en küçük bir şüphe yoktur.

---

59 Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 13 vd.

60 Ayrıntı için bkz. Fendoglu, *Anayasal Derinlik*, s. 222-224, 228, 363, 561, 611, 616, 618, 715. Krş. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2000, s.2, dn.2.

61 Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, s. 368.

62 Bkz. Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku,* C. I, 1960, s. 75.

Fatih kanunnamesine göre, sadrazama geniş yetkiler verilmiştir. Anayasanın birinci maddesinde bu durum şöyle belirtilir; "Bilgil ki, evvelâ vüzerâ ve ümerânın başı vezîr-i a'zamdır. Cümlenin ulusudur. Cümle ümûrun vekîl-i mutlakıdır. … Vezîr-i a'zam cümleye nazırdır ve oturmada ve durmada ve mertebede vezîr-i a'zam cümleden mukaddemdir." Bu yetkiler şöyle belirtilebilir: (i) Sadrazam, hadler, kısas, haps, sürgün ve bütün ta'zir ve siyaset cezalarının infazına karar verir[63]. (ii) Sadrazam, çeşitli divanlarda dava dinler, şer'i ve örfi davaları çözer; (iii) Sadrazam, şer' ve örf ahkâmını yerine getirir. (iv) Sadrazam, ehliyeti varsa, mezalim yargıcı olarak görev yapar. (v) Sadrazam, ilmiye sınıfının tayin ve azlinde söz sahibidir. (vi) Yargı sisteminin bütün kadıları, sadrazamın sözünü Padişah sözü gibi ferman kabul edeceklerdir. (vii) Vezir-i azam, vekili olduğu Osmanlı hükümdarının onayı ile kanun tasarılarını hazırlar[64].

Türk anayasalarının beş farklı isimle anıldığı belirtilebilir.- Selçuklu ve Osmanlı dönemi dahil Türk anayasalarının tarihte beş farklı isimle anıldığı belirtilebilir; **(1) Teamüli anayasa** (1299-1453; 1839-1876), **(2) Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi**. Osmanlı uygulamasında ilk ciddi devlet teşkilât kanunu Fatih Sultan Mehmet tarafından konulmuş, bunu Yavuz Sultan Selim ve Kanunî Sultan Süleyman değiştirmiş ve geliştirmiştir[65]. **(3) Kanuni Esasi[66] (1876), (4) Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1921, 1924)[67]. (5) Anayasa** (1961, 1982)[68].

11. SONUÇ:

1803 tarihinde ABD Yüksek Mahkemesi'nin verdiği, Marbury v. Madison kararıyla, "**anayasanın üstünlüğü ve anayasaya saygı**" ilkesi doğmuştur. **Amerika anayasa hukukunun köşe-taşı 1803 yılı**nda verilen bu karardır. John Adams ile federalistler, Thomas Jefferson ile Cumhuriyetçiler tartışmışlardı. Baş-hâkim John Marshall, yazdığı kararda anayasanın üstünlüğü (*supremacy of the constitution*) prensibini belirtmiştir.

Hukuk kuralları arasında hiyerarşi kavramını Avrupa'da ilk kez **Hans Kelsen**'in[69] ortaya koyduğu belirtilir. **Saf Hukuk Teorisi veya Normativist Teori**'yi savunan pozitivizmin temsilcisi de olan Kelsen, doğal hukuka karşıdır. Saf hukuk teorisi bir monistik teoridir[70]. Kelsen, hukuk biliminden yabancı unsurları ayıklar, genel olarak pozitif hukuk düzenini tetkik eder. O'na göre, bütün kuralların doğduğu temel norm (grand norm, basic norm) vardır. Anayasalar da geçerliliğini o

63 Kısas, tazir gibi kavramlar için bkz. Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku,* C. I, F. 2, 1960, s. 475.
64 Detay için bkz. Fendoglu, *Anayasal Derinlik,* s. 227-238; ayrıca bkz. s. 612-651.
65 *Fatih Sultan Mehmetin Umumi Kanunnamesi* (Kanun-i Padişahî)'nin tek nüshası National Bibl. Vienna, A.F.554, vrk. 2/b-7/b'den tıpkı basan ve yayınlayan Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, C.I, s. 347-366 ve Barkan, *Kanunlar*, s. 387-395; Kanunname-i Sultan Selim Han, Milli Kütüphane M.F.A.A. no:4898, vrk. 1/B-11/a'dan Akgündüz, İbid C. III, s. 88-126; bkz. eş Şeybani, Muhammed b. Hasan: *Şerhu Kitab Siyer el Kebir*, imla: Muhammed b-Ahmed es-Serahsi, Tahkik: Selahuddin el müncid, c. I-V, Kahire, 1971.
66 http://tr.wikipedia.org/wiki/Kanun-i_Esasi (1.12.2014).
67 Bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/Teşkilat-ı_Esasiye_Kanunu (1921). (1.12.2014).
68 Bkz. Fendoglu, *Anayasal Derinlik*, bkz. Osmanlı Öncesi Türk Anayasaları.
69 Kelsen'e göre, pozitif hukuk, daima belirli bir toplumun hukukudur; ABD'nin hukuku, Fransa'nın hukuku, Mexika hukuku gibi. Pozitif hukukun dışına çıkılmamalı, pozitif hukukun toplumsal ve siyasal tarafına girilmemelidir; Kelsen, *General Theory of Law and State,* s. xiii.
70 Kelsen, *General Theory of Law and State,* s. xvi.

devletin tarihindeki ilk monarktan alır[71]. Kelsen'e göre, günümüzde milli hukuk normu, geçerliliğini (meriyetini), geçerli uluslararası normlardan alır[72]. Bize göre, Kelsen'in belirttiği grand-norm, Hz. Adem tarafından getirilen kutsal sayfalardır.

Türk İmparatorluk döneminde şeri hukukta normlar hiyerarşisi 12 tane idi. Şeri hukukta normlar piramidi olarak dört temel esas vardı. Bu dört temel kaynaktan alt olan norm, üst olan norma aykırı olamaz. Bu dört temel bilgi kaynağını, daha alt düzeydeki bilgi kaynakları takip ederdi. Örfi hukukta ise anayasa yerine geçen genel kanunnameler ve normal kanunnameler mevcuttu.

Dünya hukuk literatürü, normlar hiyerarşisini sadece Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin Merbury V. Madison kararı ile Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen'in normlar piramidi ile tanımaktadır. Dünyada bu iki örnek dışında bir emsal bilinmediği belirtilmekte ise de, Mecelle, geleneksel Türk İmparatorluk Anayasa hukuku anlayışını kabul etmiş ve normlar hiyerarşisi kadimi olarak hukuk anlayışımızda benimsenmiş ve bir anlamda bunu tescil etmiştir. Gerek şeri hukuk, gerekse örfi hukuk yolu ile normlar arasında kademe anlayışı esas olmuş, bu iki hukuk kategorisinde ikincisinin birincisine aykırı olmaması için elden gelen gayret gösterilmiştir.

Günümüz anayasa mahkemelerinin kuruluş gerekçesi, genel olarak kanunların anayasaya uygunluğunu temin etmektir. Sadece anayasa mahkemelerinin değil, tüm anayasal yüksek mahkemelerin (Yargıtay, Danıştay vs) en önemli görevlerinden biri de normlar hiyerarşisini doğru uygulamaktır. Şu halde günümüz anayasa hukukunun önemli köşe taşlarından biri olan normlar hiyerarşisinin Mecelle tarafından kabul edildiğini görmekteyiz. Şayet Türkiye, redd-i mirasın reddini hukuk açısından da uygularsa, Türk hukuku, bir dünya markası olabilir. Bize düşen bu gerçeği dünya hukuk literatürüne kazandırmak olmalıdır.

---

71 Kelsen, *General Theory of Law and State,* s. 111.

72 Teziç, op. cit, s. 94-96. Burada *Kelsen,* hukukun geçerliliğini hem ilk monarktan hem de uluslararası hukuktan aldığını söylerken çelişkiye düşmektedir. Turhan'a göre, H.L.A. Hart'ın en üst normu tanıma kuralı (ultimate rule of recognition) da sorunludur.
S. J. Shapiro'ya göre, hukuk sistemlerinin hukuk dışı temelleri vardır. Hukukun temelleri hukukta aranamaz. Kelsen'in, saf hukuk teorisi (pure theory of law), hukuku, hukuksal olmayan her tür yabancı şeyden temizlemeye çalışmaktadır. Tarihsel olarak ilk anayasaya itaat etmemiz gerektiğini söyleyen temel norm, Kelsen'e göre, hukuki otorite yani bir başka anayasa tarafından konulmamıştır. Yani pozitif normlar, geçerliliğini pozitif olmayan bir normdan, yani insan davranışı sonucunda ortaya çıkmayan bir normdan alırlar. Burada Kant'ın aşkın anlayışı devreye girmektedir. Frederick Schauer'in belirttiği gibi, anayasa üzerinde hukuki olmayan temellerin de etkisi vardır; Turhan, 2012, s. 179-187.

MECELLE'YE GÖRE DOSTLUK VE DÜŞMANLIĞIN TANIKLIĞA ETKİSİ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

"Şahit gerçek hâkim; hâkim ise basit bir uygulayıcıdır."[1]

Özet

İslam hukukunda şahidin beyanına değer verilebilmesi için adil olması ve töhmet altında bulunmaması gerekir.

Töhmet sebepleri şunlardır: Şahitliğin bir menfaat temini veya zararın defi için yapılması (Mecelle, m.1700/1),

Akrabalık (usul-füru) ilişkisi ve evlilik bağı (Mecelle, m.1700/2), Ortaklık, işçi-işveren ilişkisi (Mecelle, m.1700/2),

Dostluk (Mecelle m.1701) -buraya kadar olanlar lehe tanıklığa engeldir.-

Düşmanlık (husumet) ise aleyhe tanıklığa engeldir (Mecelle, m.1702).

Ölçü: Bir kişinin töhmetten dolayı biri lehine tanıklığı geçerli ise aleyhe tanıklığı; aleyhe tanıklığı geçerli ise lehe tanıklığı geçerli değildir.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, şahit, şahitlik, dostluk, düşmanlık

Giriş

İnsan topluluklarının korunmaya, düzene ve adalete ihtiyaçları vardır. Adaletin gerçekleşmesinde bağlayıcı hukuk kuralları kadar onları uygulayan hâkimlerle hakkın veya suçun ispatı için gerekli bulunan tanıklıklar önemli rol oynar.

Tanıklık, İslâm muhakeme hukukunda ilk dönemden itibaren kesinlik ifade eden ispat araçlarının en yaygın şekilde kullanılanıdır[2]. "Şahitlik, bir kimsenin başka bir kimsede olan hakkını ispat için hâkim huzurunda tarafların yüzüne "şahadet ederim" diye haber vermesidir (Mecelle, m. 1684)[3].

---

1 Atar, Fahrettin, İslam Adliye Teşkilatı, Ank.1991, s.195. Kadı Şureyh tanıklara: "Bu davada yapacağınız tanıklıkla asıl hükmü siz vereceksiniz!" diyerek tanıklığın önemine dikkat çekmiştir. Veki, Muhammed b. Halef: Ahbâru'l-Kudât, Beyrut, Ty. II/347, Beroje, Sahip, Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslam İspat Hukuku, Ank.2007, s.196.

2 Apaydın, Yunus, "Şahit", *DİA*, C:38, s.279. "Tezkiye edilmiş tanık beyanına göre hüküm vermek vaciptir." Ali Haydar, Hoca Emin Efendizade (ö.1915): Dürerü'l- Hukkâm Şerh-i Mecelleti'l-Ahkâm, İst.1319, IV/247.

3 Tanık, muhakemenin tarafı olmayan ve beş duyusu ile elde ettiği bilgileri hâkim önünde anlatan kişidir. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İst.2006, No:34.3. Çünkü: "Hem müddai (davanın tarafı), hem şahit olmaz." Mecelle m.1703.
Şahit eğer "şahadet ederim" demeyip de yalnız "filan hususu böyle biliyorum" yahut "haber veririm" dese şahitlik yapmış olmaz. Bilirkişi beyanı ihbar kabilindendir, şahitlik lafzı şart değildir (Mecelle, m. 1689).

Kur'an'da borç ilişkisi kurma, alışveriş (Bakara 2/282), rüştünü ispat eden yetimin malının vasisi tarafından kendisine teslim edilmesi (Nisa 4/6), boşama (Talak 65/2), rec'at ve yolculukta vasiyet (Maide 5/106) gibi hukukî işlem ve tasarruflara şahit tutulmasını emreden, tanıklara zarar verilmesini yasaklayan, tanık olmaya çağrılanın bunu reddetmemesini isteyen (Bakara 2/282), tanıklığı gizlemeyi yasaklayıp bunu yapanın kalbinin günahkâr olduğunu belirten (Bakara 2/283), tanıklık görevini yerine getirmenin iyi ve ahlâklı insanın özellikleri arasında sayan (Meâric 70/33), adaletin yerini bulması için şahitliğin önemine vurgu yapan ve kimseyi kayırmadan adaletle tanıklık etmeyi emreden (Nisâ 4/135; Maide 5/8) ayetler bulunmaktadır[4].

Hz. Peygamber tanığın, davanın tarafı olmaması gerektiğini şöyle ifade etmiştir: "Hasmın ve suç ortağının beyanı, tanıklık olarak kabul edilemez."[5] "Babanın çocuğu, kadının kocası, kölenin efendisi, ortağın diğer ortağı ve işçinin işvereni lehine tanıklığı caiz değildir."[6]

Tanığı töhmet altında bırakan dört husus ise bir hadiste şöyle belirtilmiştir: "Dört sınıfın tanıklığı caiz değildir: Hasım, şerik (suç ortağı), (adil olmasından) şüphelenilen ve kendisinden bir zararı def etmek isteyen.[7]"

II. Tanıklığın şartları

A. Adalet

"Şahidin adil olması (şahadetin kabulünde) şarttır." (Mecelle, m.1705). Mezheplerin ittifakla aradığı adalet şartı, daha çok ilgili ayetlerde tanıklar için "kendilerinden razı olduğunuz" ve "adalet sahibi" nitelendirmelerinin yapılmış olmasıyla (Bakara 2/282; Mâide 5/106; Talâk 65/2) temellendirilir. Kazif haddi uygulanmamış olmak tanıklığın edasının şartlarındandır[8]. "Mecnun, sabi, köle, ve matuhun şahadeti makbul değildir."[9] Ayrıca emanete hıyanet edenin ve zina edenin tanıklığının kabul edilmeyeceğini bildiren hadis[10] vb. deliller de bu konudaki değerlendirmelerin dayanakları arasında yer alır[11].

İslam hukukunda tanık beyanının takdiri delil olduğuna dair görüş ve Hz. Ömer'in Şureyh'e sözü için bkz. Atar, Fahrettin, İslam Adliye Teşkilatı, Ank.1991, s.196.
Tanık beyanı gerçek olması şartıyla maddi gerçeğe ulaşmada önemli bir yere sahiptir. Ceza muhakemesinde en önemli delillerden biridir. Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ank.2016, s.690, Ünver-Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ank.2016, s.245. Modern ceza muhakemesi hukukunda tanıklık en az güvenilir olan delil araçlarından biridir şeklindeki görüş için bkz. Öztürk, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ank.2016, s. 317.

4 Apaydın, "Şahit", s. 279.

5 Tirmizi, *Şehadat*, 2, 3. Hadis-i şerife göre mağdur beyanı taraf olduğu için, suç ortağının açıklaması ise ikrarın hüccet-i kasıra (Mecelle, m.78) olmasından dolayı tanıklık sayılamaz, delil değeri atfedilemez. Şahidin hasım olmaması şartına binaen yetimin lehine vasinin, müvekkilin lehine vekilin tanıklığı caiz değildir. Ali Haydar, IV/246.

6 Ali Haydar, IV/269.

7 Veki, Muhammed b. Halef: Ahbâru'l-Kudât, Beyrut, Ty. II/11. "Bir hususta bir kimse hem müddai, hem şahit olmak hukukullahtan değilse caiz olmaz." Ebussuud, No:636.

8 Ali Haydar, IV/246.

9 Ali Haydar, IV/260.

10 Ebu Davud, *Akdiye*, 16.

11 Apaydın, "Şahit", s.281. Adalet vasfi tezkiye ile anlaşılır. Tanıkların tezkiyesi ile ilgili olarak bkz. Mecelle, m.1717.

B. Tanığın töhmet altında olmaması

Tanık adil olsa bile başka bir sebepten dolayı itham edilebiliyorsa (objektifliğinden şüphelenmeyi gerektiren başka bir sebep varsa) yine tanıklığı kabul edilmez.

Adalet hizmeti yapan kamu görevlilerinin doğruluktan sapmalarına sebep olan etkenler iki gruba ayrılabilir: Maddî menfaat, manevî eğilim ve değerler. Nisa, 4/135. ayetindeki "Kendinize veya ana-babanıza ve akrabanıza karşı da olsa" ifadesi birinci gruba; "zengin olsunlar, yoksul olsunlar" ifadesi ise ikinci gruba işaret etmektedir. Hâkim ve tanıklar elde edecekleri veya elden kaçırmak istemedikleri şahsî menfaatleri veya yakınlarının menfaatleri sebebiyle adaletten sapabilir, davacı ve davalının sosyal, ekonomik ve siyasî durumu da tanık ve hâkimleri etkileyebilir. Meselâ bir maddî menfaati dava eden kimsenin fakir, davalının ise zengin olması durumunda, hak zenginin olduğu halde fakir lehine tanıklık edildiği veya hüküm verildiği görülmektedir. Halbuki zengin de fakir de Allah'ın kullarıdır, onları içinde bulundukları duruma göre değerlendirecek, haklarında hayırlı olanı lütfedecek, sorumluluklarını belirleyecek ve hikmetinin bir sonucu olarak dilediğinde özel lütuflarda bulunacak olan Allah'tır. İnsanların O'nun yerine geçmeye, adaleti saptırma pahasına bazı kimseleri kayırmaya hakları yoktur. Bu sebeplerle gerek hâkimlerin ve gerekse tanıkların haksız tarafa meyletmeleri veya hakkın ortaya çıkmasını, adaletin gerçekleşmesini engellemek için hüküm vermekten ve tanıklık yapmaktan geri durmaları, mahkemeyi oyalayan davranışlar içine girmeleri yalan tanıklık ve hukuka aykırı hüküm kadar adalete aykırı bulunduğundan ayet bunları da yasaklamış, bazı şeyleri halktan gizlemek mümkün olsa bile Allah'tan gizlemenin imkânsız olduğunu vurgulamıştır.[12]"

Tanıklığı geçersiz hale getiren töhmet sebepleri şunlardır:

1) Tanıklığın bir menfaat temini veya zararın defi için yapılması:

"Şahadette def'i mağrem ve cerr-i mağnem daiyesi (zararı def, yararı celp şüphesi) olmamak şarttır…" (Mecelle, m.1700/1).

Tanıklığın dayandığı temel kabullerden/varsayımlardan biri de tanıklığın Allah için olmasıdır (Talâk 65/2). Tanıklığı sebebiyle endisine yarar sağlayan kimse bunu Allah için değil; kendisi için yapmış olur. Hz. Peygamber de aralarında husumet bulunan kişilerin birbirlerinin aleyhine tanıklığını ile bir ev halkının yardımıyla geçinen kişinin o ev halkı lehine tanıklığını reddetmiştir[13]. Tanıklığın Allah için olma özelliğiyle çelişeceği ve hakkı ortaya çıkarma işlevine şâibe düşüreceği endişesiyle İslâm hukukçuları tanığın töhmetten uzak bulunması şartını getirmişlerdir. Bir kimse için töhmet endişesi, hakkında tanıklık ettiği kişiyle kan bağı ve sosyal-hukukî ilişkileri bulunması sebebiyle olabileceği gibi doğrudan kendisinin bazı nitelikleriyle de ilişkili olabilir. Töhmet endişesi doğurduğu düşünülen başlıca hususlar şunlardır: Tanığın tanıklık sebebiyle kendine bir yarar sağlaması, kendisi hakkındaki bir utancı giderme çabası içinde bulunması, hisbe davaları dışında mahkemeye çağrılmadan tanıklık yapmak

[12] Hayrettin Karaman-Mustafa Çağrıcı-İbrahim Kâfi Dönmez-Sadrettin Gümüş, Kur'an Yolu, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, II/123-124.

[13] Ebu Davud, *Akdıye*, 16.

istemesi, tanıklık konusunda çok istekli davranması, tanıkla taraflardan biri arasında usul-füru ilişkisi, evlilik, dostluk veya düşmanlık bulunması[14].

2) Akrabalık (usul-füru) ilişkisi ve evlilik bağı:

Usul-füru ve eşlerin birbiri lehine şahadeti makbul olmaz."

Mecelle, m.1700/2[15].

"Ey müminler! Kendinizin, ana-babanızın veya akrabanızın aleyhine de olsa bütün gücünüz ve samimiyetinizle hep adalet ve hakkaniyetten yana olun. Allah için doğru şahitlik yapın. Şahitlik konusunda insanların zengin veya fakir olmasını dikkate alarak adalet ve hakkaniyetten sapmayın (yani zenginin gözüne girmek yahut fakire merhamet etmek uğruna hak ve hakikati söylemekten kaçınmayın)… şu halde arzu ve isteklerinize uyup da adaletten ayrılmayın!" Nisa, 4/135.

Ayete göre, yakın akrabanın birbiri lehine ve aleyhine yapacakları tanıklık muteber ve geçerlidir. Kurtubi'nin verdiği bilgiye göre İslam'ın ilk nesillerinde Allah korkusu hakim ve güzel ahlak yaygın olduğundan –bu ayete de dayanarak- yakınların birbirleri lehine tanıklıkları de geçerli kabul ediliyor, bu konuda hiçbir kimseden peşinen şüphe edilmiyordu. İslam toplumu sosyal ve kültürel değişmeler geçirdikçe yakınların birbirleri hakkında yapacakları tanıklıkların geçerliliği tartışılmaya başladı, "yakınlığın ve menfaatin saptırma ihtimali güçlü bulunduğu durumlarda" birçok müçtehide göre tanıklık geçerli sayılmadı[16].

Sahabe ve Tabiun devirlerinde kişinin babası, evladı ve eşi lehine tanıklığı kabul ediliyordu. Hz. Ömer, Said b. Müseyyeb (ö.711) ve Ömer b. Abdülaziz'e göre bu caizdir[17]. Bir gün Ali b. Kahil adlı biri Kadı Şureyh (ö.697) huzurunda alacak davası açmıştı. Kocası ve babası onun alacaklı olduğuna dair tanıklık edince davalı itiraz etti: "Biri kocası, biri babası!" dedi. Kadı Şureyh: "Sen onların bu özelliklerinden başka tanıklıklarını reddedecek bir sebep ileri sürüyor musun? (eğer yoksa bu durum onların tanıklık yapmasına engel değildir) Müslüman olan herkesin tanıklığı geçerlidir, bir kadın hakkında kocası ve babasından başka kim tanıklık edecek ki!" dedi ve kadının lehine karar verdi[18].

Selef-i salihin babanın oğul, oğulun baba, kardeşin kardeş ve kocanın karısı lehine tanıklığını kabul etmişlerdi. Zamanla toplumda başkalarını haksız yere itham eğilimi görülünce fakihler ve hâkimler önceki uygulamayı sürdürmenin hak kaybına yol açacağını ve insanlara zarar vereceğini fark ettiler. Maslahat düşüncesiyle toplumdaki kötü gidişi önlemek için yakınların birbiri lehine tanıklığını kabul etmemeye başladılar. Kendi zamanlarının şartlarını göz önünde tutarak

---

14 Apaydın, "Şahit", s.282.

15 Süt hısımlığı tanıklığın geçerliliğini etkilemez. Tanıklık yaptıktan sonra evlenme veya eski eşi lehine tanıklık yapma durumunda da tanıklık geçersiz hale gelir. Çırağın ustası lehine tanıklığı geçersiz; ustanın çırağı lehine tanıklığı geçerlidir. Fetva-yı Hindiyye, (Tercüme: Mustafa Efe), İst.2004, VI/525-526.

16 Kurtubi, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî (ö.1273): el-Câmi' li- Ahkâmi'l-Kur'an, Beyrut, 1988, V/264, Kur'an Yolu, II/124.

17 Kurtubi, V/264. Hz. Ömer, babanın oğula, oğlun da babaya tanıklık yapabileceğini söylemiş, Said b. Müseyyeb'den de aynı görüş nakledilmiştir. İbn Kayyım el-Cevziye Ebu Abdullah Şemseddin (ö.751/1350): İ'lâmu'l- Muvakkiîn an Rabbi'l-Âlemin, Beyrut, 1991, I/113.

18 Kadı Şureyh'in Hz. Ali'nin tanık olarak gösterdiği oğlu Hasan'ın tanıklığını kabul etmediğine dair anlatım için bkz. Ergin, O. Nuri, Mecelle-i Umur-ı Belediye, İst.1995, I/217.

bu hükmü baba-evlat, eş ve kardeşle sınırladılar[19]. Eğer daha uzak akraba için de aynı töhmet söz konusu olursa onların da şahitliği kabul edilmeyebilir[20].

Hasan Basri, Nehai, Şabi, Malik, Sevri, Şafii ve İbn Hanbel'e göre usul füru, eşler ve kardeşlerin birbiri lehine tanıklığı geçerli değildir. Ebu Hanife ve Malik'e göre eşler birbiri lehine tanıklık yapamaz[21].

Eşlerin, ebeveyn ve evladın, kardeşlerin birbirleri lehindeki tanıklıkları geçerli değildir. Ebu Yusuf ve İmam Şafii, eşler konusunda diğer imamlara muhalefet etmekte ve bunların birbirleri lehindeki şahitliklerinin kabul edileceğini söylemektedir. Buna göre düşmanların ve hasımların da birbirleri ile ilgili tanıklıkları kabul edilmez[22].

Görüldüğü gibi naslara dayalı asli hükmün, genel ahlakın bozulması ile değiştirilmesi zarureti ortaya çıkmış ve yakın akraba ile eşlerin birbirleri lehine tanıklıkları kabul edilmemiştir. Daha sonraki uygulama bu şekilde devam etmiş, Mecelle m.1700 bu doğrultuda düzenlenmiştir[23]. Eşler ve usul füru dışındaki akrabanın tanıklıkları geçerlidir.

3) Ortaklık, işçi-işveren ilişkisi (Mecelle, m.1700/2):

Bir kimsenin yardımı ile geçinenin o kimse lehine, işçinin işveren lehine, ortakların şirket malında birbiri lehine, mala kefil olanın kefalete konu borcu ödediğine dair borçlu lehine tanıklıkları da geçerli değildir; ancak bunların aleyhe tanıklıkları geçerlidir.

4) Dostların birbiri lehine tanıklığı

Mecelle m.1701: ***"Dostun dosta*** (aralarında ahbaplık bulunan kimselerin birbiri lehine) ***şahadeti makbuldür."*** Zira dostluk yekdiğerin malında tasarrufun cevazını icap ettirmeyeceğinden şahadet-i mezkurede cerr-i mağnem (menfaat) şaibesi bulunmaz[24]. Buradaki dostluk ahbaplık manasınadır, karabet (akrabalık) değildir[25]. ***Fakat beynlerindeki*** (aralarındaki) ***dostluk yekdiğerin malında*** (izinsiz) ***tasarruf etme*** (kendi malı gibi kullanma)[26] ***mertebesine varırsa o halde*** (dostların) ***yekdiğeri lehine şahadetleri makbul olmaz."*** Zira bu halde şahidin meşhudun bih ile intifa etmek töhmeti (cerr-i menfaat şaibesi) bulunacağından bu şahadeti kabul edilmez; ama aleyhine şahadeti kabul olunur[27].

---

19 İbn Kayyım, İ'lam, I/113

20 Şaban, Zekiyyüddin, İslam Hukuk İlminin Esasları (Usulü'l-Fıkh) Notlar Ekleyerek Tercüme Eden: İ. Kafi Dönmez, Ank.1996, s.124-125.

21 Kurtubi, V/264.

22 Mevsılî, Abdullah b. Mahmud (ö.683/1284): el-İhtiyâr fî Ta'lîli'l-Muhtâr, Beyrut, 1975, II/147; Zühaylî, Vehbe: el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletüh, Dımaşk, 1989, VI/569.

23 Erdoğan, Mehmet, İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, İst.1990, s.176.

24 Trablusi, Alaeddin Ali b. Halil: Muînu'l-Hukkâm fimâ Yetereddedü beyne'l- Hasmeyni mine'l-Ahkâm, Mısır, 1973, s.73.

25 İş ortağı lehine ve düşmanı aleyhine tanıklık da itham sebebiyle caiz görülmemiştir. Şirbini, Muhammed el-Hatib (ö.977/1570): Muğni'l- Muhtâc, Mısır, 1958, IV/435, Mevsıli, II/147, İbn Abidin, M. Emin (ö.1252/1836): Reddü'l-Muhtâr, İst.1984, V/462. Diğer itham sebepleri için bkz. Veki, II/11, Serahsi, el-Mebsut, XVI/121-122.

26 İbn Abidin, V/462.

27 Ali Haydar, IV/296, Bilmen, VIII/129, No:58.

Bir ayette, "Ey inananlar! Küfrü imana tercih ettikleri, küfrü imandan üstün tuttukları müddetçe babalarınızı ve kardeşlerinizi (bile) dost (sırdaş, yaran) edinmeyin!" (Tevbe 9/23) mealindeki ifadelerle dostlukların tesisinde kan bağı yerine inanç birliğinin esas alınması gerektiği vurgulanmıştır.

Şuara, 26/100-101 ayetlerinde geçen "veliyyün hamim", kardeşinin iş ve ihtiyacına önem veren demektir.[28]"

"Kişi dostunun (halîl) dini üzeredir" mealindeki hadis[29], dostluğun ancak ahlâkî, psikolojik vb. yönlerden uyuşabilenler arasında kurulabileceği şeklindeki felsefî görüşün özlü bir ifadesidir.

Dostluk ya zorunlu etkenlere bağlı olarak kendiliğinden veya gayeli ve iradî olarak kurulur. Bunların ilki ikincisinden daha güçlüdür. Zira ikincisi bağlı olduğu gayenin elde edilmesiyle sona erebileceği halde birincisi zorunlu ve hatta tabii sebeplere dayandığı için süreklidir. Bu dostluk genellikle ruhî yapıları, karakterleri uyuşan kimseler arasında gerçekleşir; birbiriyle uyuşan iki kişi arasındaki münasebetler gittikçe gelişerek iyi niyet, sevgi, güven, dayanışma gibi ahlâkî ve sosyal âmillerin tesiriyle en sonunda kişinin kendi benini, dostunun beninden ayrı görmeyeceği "aşk" derecesine ulaşabilir[30].

İslâmî literatürde kardeşlik karşılığında kullanılan Arapça uhuvvet, aynı ana babadan veya bunlardan birinden dünyaya gelenler arasındaki kan bağını belirtmesi yanında aynı sülâleye, kabile veya millete mensup olma, aynı inanç ve değerleri, dünya görüşünü paylaşma gibi ortaklık ve benzerlikleri bulunan kişi ya da gruplar arasındaki birlik ve dayanışma ruhunu da ifade etmektedir[31].

Kur'an'da ihvan, çoğu manevi kardeşlik olmak üzere her iki anlamda geçerken müminlerin birbirlerinin kardeşleri olduğunu bildiren ayet[32] dışında "ihve" kelimesi özellikle gerçek kardeşleri ifade eder. Fahreddin er-Râzî'ye göre bu istisnaî kullanımdaki amaç din kardeşliğinin en az kan kardeşliği kadar önemli olduğunu vurgulamaktır[33].

Kur'an, inanç, amaç ve davranış birliği açısından müslümanları birbirinin kardeşleri olarak gördüğü gibi (Âlü İmrân 3/103; Tevbe 9/11; Hucurât 49/10; Haşr 59/10) müslümanların dışında kalan inanç grupları arasındaki ortaklık ve iş birliğini de kardeşlik kavramıyla ifade eder. Buna göre inkârcılar ve münafıklar birbirinin kardeşleridir (Âlü İmrân 3/156, 168; Ahzâb 33/18). Hatta Kur'an münafıklarla ehl-i kitap arasında da bir kardeşlik ilişkisi kurar (Haşr 59/11).

> *"Müminler ki, batıl, asılsız ve yalan olan hiçbir şeye şahitlik etmezler, boş şeyler söz ve hareketler ile karşılaştıkları zaman yüz çevirerek, vakarla geçip giderler."* (Furkan 25/72)

Sûfîler ilk dönemlerden itibaren kendi aralarında farklı gruplar oluşturmaya, birbirine kardeş gözüyle bakmaya başlamışlardır. Tasavvufun giderek tarikat şeklinde kurumsal bir yapı kazanmasıyla birlikte bu durum daha da gelişmiştir. Gazali'nin kaydettiğine göre sûfîler birbirinin yüzüne severek ve merhametle bakmayı ibadet sayıyor…[34] müridlerin birbirine hizmet etmeleri,

---

28 Sühreverdi, Ebu Hafs Şihabüddin Ömer, Avarifü'l-Maarif (Çev: H. Kamil yılmaz- İrfan Gündüz), İst.1990, s.532.
29 Tirmizî, *Zühd,* 45.
30 Maverdi, Edebü'd-dünyâ ve'd-dîn, s.163-164.
31 Râgıb el-İsfahânî, el-Müfredât, "eh" md.
32 *"Müminler ancak ve ancak kardeştirler. Şu halde birbiriyle kavgalı, dargın, kırgın olan kardeşlerinizin arasını düzeltip sulhu sağlayın.*" Hucurat, 49/10.
33 Razi, Mefâtîhu'l-ġayb, XXVIII, 129.
34 Gazali, İhyâ, II/159.

gönül hoşluğuyla birbirinin mallarını harcamaları, ihvana karşı fedakâr ve tahammüllü olmaları, özür dilemeyi gerektirecek davranışlardan sakınmaları, sevgi ve şefkat duygularıyla dolu olmaları öğütleniyordu[35].

Ahlâk terimi olarak îsâr "bir kimsenin, kendisi ihtiyaç içinde bulunsa bile sahip olduğu imkânları başkalarının ihtiyacını karşılamak üzere kullanması, başkasının yararı için fedakârlıkta bulunması" demektir[36]. Fütüvvet, bir kimsenin, başkalarının çıkarlarını kendi çıkarlarından üstün tutması anlamına da gelmektedir[37].

Maverdi'ye göre dostluk genellikle ruhî yapıları, karakterleri uyuşan kimseler arasında gerçekleşir; birbiriyle uyuşan iki kişi arasındaki münasebetler gittikçe gelişerek iyi niyet, sevgi, güven, dayanışma gibi ahlâkî ve sosyal âmillerin tesiriyle en sonunda kişinin kendi benini dostunun beninden ayrı görmeyeceği "aşk" derecesine ulaşabilir[38].

Böyle bir dostluk ilişkisi biraz da maddi menfaatlerden sıyrılmış, temelde Allah rızasının hedeflendiği bir dostluk ilişkisi olsa gerektir. Meşhur Hadis-i Şeriflerden birinde kıyamet günü Arş'ın gölgesinde gölgelenecek yedi sınıf insan sayılırken bunlardan biri de *birbirini Allah için sevip buluşmaları da ayrılmaları da Allah için olan iki insan olarak* anlatılmıştır[39].

Hz. Hüseyin'in oğlu Ali Zeynelabidin (rh.a.) bir kişiye şöyle dedi: "Sizin herhangi biriniz elini dostunun cebine veya kesesine sokup onun izni olmadan istediği kadar parayı alabilir mi?" Adam: "Hayır!" deyince, Zeynelâbidin: "O halde siz dost değilsiniz!" dedi[40].

Feth el-Mevsılî bir dostunun evine geldi; dostu evde yoktu. Onun aile efradına rica etti. Kadın, sandığını çıkardı ve açtı. Feth, ihtiyacı kadar parayı aldı, gitti. Adam evine gelince cariyesi, Feth'in yaptıklarını aynen haber verdi. Adam sevinerek cariyesine şöyle dedi: "Eğer senin bu dediklerin doğruysa sen Allah rızası için azat edildin!" Bu sözü dostunun yaptığına sevindiği için söylemiştir[41].

Mesruk b. Ecda ağır bir borcun altına girdi ve aynı zamanda kardeşi Hayseme'nin de borcu vardı. Mesruk gidip Hayseme'nin haberi olmadan onun borcunu ödedi; Hayseme de Mesruk'un haberi olmadan onun borcunu ödedi[42].

Mâlik b. Dinar ve Muhammed b. Vasi, Hasan Basri'nin evine gittiler. O sırada Hasan evde değildi. Muhammed b. Vâsi, Hasan Basri'nin yattığı karyolanın altından, içinde yiyecek bulunan bir sepet çıkardı ve o sepetten yemeye başladı. Malik kendisine: "Ev sahibi gelinceye kadar elini tut, yeme!" dediyse de O, kulak asmadan yemeye devam etti. Çünkü Muhammed b. Vâsi, Mâlik'ten

---

35 Serrâc, s.234-237; Kuşeyrî, s.433-439, 574-580, 746, 749, akt. Uludağ, Süleyman, "İhvan" *DİA*, C:21, s.580.

36 Haşr 59/9 ayetinde terim anlamında kullanılan îsâr kelimesi ile bütün mal varlıklarını Mekke'de bırakarak Medine'ye göç etmek zorunda kalan Hz. Peygamber'i ve diğer muhacirleri şefkatle kucaklayıp mal varlıklarını onlarla paylaşmaktan çekinmeyen Medineli müslümanlar (Ensar) övgüyle anılmaktadır. Îsâr kavramı tefsirlerde, "âhiret saadetini elde etme arzusuyla başkasının iyiliğini ve mutluluğunu kendine ve kendi zevklerine tercih etmek, başkasının ihtiyacını kendi ihtiyaçlarından daha önde tutmak" şeklinde açıklanıp bir cömertlik derecesi olarak gösterilmektedir (İbn Kesîr, III/474; Şevkânî, V/232) akt. Çağrıcı, Mustafa, "Isâr" *DİA,* C: 22, s. 490.

37 İbn Kayyim el-Cevziyye'ye göre fütüvvetten ilk defa Ca'fer es-Sâdık (ö.148/765) bahsetmiştir. Medâricü's-sâlikîn, II/354). Ca'fer es-Sâdık'a göre fütüvvet: "Ele geçen bir şeyi tercihen başkalarının istifadesine sunmaktır." Uludağ, Süleyman, "Fütüvvet" *DİA*, C:13, s.259-260.

38 Edebü'd-Dünya ve'd-Din, s.163-164, akt. Çağrıcı, Mustafa, "Dostluk" *DİA*, C:9, s.512.

39 Buhari, *Ezan* 36, *Zekat* 16, *Rikak* 24, *Hudud* 19; Müslim, *Zekat* 91, Tirmizî, *Zühd* 53; Nesaî, *Kudat* 2.

40 Gazali, İhya, II/433.

41 Gazali, İhya, II/433.

42 Gazali, İhya, II/434.

daha cömert, ahlâk bakımından da Mâlik'ten daha üstündü. Bu arada Hasan Basri içeri geldi ve dedi ki: "Ey Mâlik! Biz de Muhammed'in yaptığı gibi yapıyorduk." Hasan Basri bu sözüyle arkadaşlarının evlerinde serbest davranmanın arkadaşlıktaki samimiyetten ileri geldiğine işaret etmektedir. Nasıl böyle olmasın? Allah Teâlâ şöyle buyurmaktadır: **Yahut anahtarları ellerinizde bulunan evlerden yahut dostlarınızın evlerinden yemenizde bir güçlük yoktur.** (Nur, 24/61)

Bu ayette dost, insanın ailesi gibi sayılmıştır. Çünkü eskiden dost, evinin anahtarlarını Allah için dost edindiği kişiye teslim eder ve istediği gibi kullanmasına müsaade ederdi. Buna rağmen dostu, takvanın hükmüne sarılarak yemekten sakınırdı. Ta ki Allah, Nur 24/61. ayetini indirip arkadaş ve dostların yemeklerinde rahat hareket edebileceklerine izin verinceye kadar[43].

İbrahim b. Edhem kendisiyle dostluk kurmak isteyen kimselere malını arkadaşlarına kendi malıymış gibi kullandırmalarını şart koşuyordu. Kısacası Selef-i Salihin, ihtiyacı olunca dostunun malını ona sormadan kullanabilirdi[44].

5) Düşmanlığın (husumetin) aleyhe tanıklığa etkisi

Adâvet sözlükte "zulmetmek, haklılık sınırını aşmak" gibi manalara gelen "adv" kökünden türetilmiştir[45]. Kur'an'da İslâm'a ve müslümanlara karşı hasmane ve zalimane tavır takınanlar, insanların İslâm'dan haberdar olmasını önlemeye çalışanlar iki yerde "Allah'ın ve sizin düşmanlarınız" şeklinde nitelendirilmiştir. Müslümanlar, kendilerine zarar vermeyen gayrimüslimlere iyilik ve adaletle davranmaya teşvik edilmiştir (bk. Mümtehine 60/1-9). Asıl iyilik düşmanı olmamak değil; düşmana haksızlık etmemektir[46].

Mecelle m.1702: *Şahid ile meşhudün aleyh beyninde adavet-i dünyeviye olmamak şarttır*[47].

Yani aralarında düşmanlık bulunan kimselerin birbiri aleyhine tanıklığı geçerli değildir[48]. Zira dünyevi bir sebepten dolayı düşmanlık haram ve tanığın adalet vasfına aykırı olup bu günahı işleyenin aleyhinde tanıklık yaptığı kimse hakkında gerçeğe aykırı (yalan) tanıklık

---

43 Gazali, İhya, II/435.

44 Sühreverdi, s.546.

45 Râgıb el-İsfahânî, ez-Zerîa ilâ mekârimi'ş-şerîa adlı eserinde "adâvet" başlığı altında düşman (adüv) terimini "başkasına zarar vermek için fırsat kollayan, onun iyiliğine olan işlerin tersini yapmaya çalışan kimse" şeklinde tarif etmiştir. Akt. Çağrıcı, Mustafa, "Düşmanlık" *DİA*, C:10, s.52. "Adüv odur ki, senin hüznünle ferahlanır; ferahınla mahzun olur." Bilmen, VIII/129, No:59.

46 Çağrıcı, "Düşmanlık" s.51-53.

47 1879 UMCK m.268'e göre: Şahitler icra-yı şahadetten önce korku, garaz ve husumete mebni ve artık eksik olmayarak hakikat-i hali beyan edeceklerine dair yemin ederler. Bu suretle yemin etmeyen şahitlerin beyanı yok hükmündedir… şahide şüpheliyi/sanığı tanıyıp tanımadığı, akrabası yahut hizmetçisi olup olmadığı sorulur.

48 Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "(Din) kardeşlerine kin besleyen kimsenin tanıklığı geçerli değildir." Ebu Davud, Akdiye, 16.
Dünyalık için düşmanlık eden kimsenin de tanıklığı geçersizdir. Muhît't'te denmiştir ki: Bir adamın bir adama, dünya işlerinden bir şeyde düşmanlığı olsa, tanıklığı caiz olmaz. Zahidi demiştir ki: Muhît't'te zikredilen görüş, müteahhirînin tercih ettiği görüştür. Nassa dayanan rivayet bunun hilâfınadır. Çünkü o kimse, eğer âdil olursa, tanıklığı kabul edilir. Zahidi: "Sahih olan budur, itimat da bunadır." demiştir. Molla Hüsrev, II/380.
Aralarında dünyevi düşmanlık olanların birbiri lehine tanıklığı geçerlidir. Çünkü bunda töhmet yoktur. Fakat bazı fakihlere göre bunların birbiri lehine olan tanıklıkları da geçersizdir. Zira bu düşmanlık gayrimeşrudur, haramdır, sahibinin adalet sıfatını bertaraf eder, hatta böyle bir haramı irtikâp eden kimsenin başkaları hakkındaki tanıklığı da reddolunur. Bilmen, VIII/129, No: 59.

yapmayacağından emin olunamaz[49]. Örneğin hırabede yolu kesilen mağdurun, yol kesen eşkıya hakkındaki tanıklığı kabul edilemez[50].

Ancak aralarından düşmanlık bulunanların birbiri lehine tanıklığı bazı fakihlere göre geçerlidir[51]. Zira bunda töhmet yoktur. Bu halde bu mesele Mecelle'nin 1700 nci maddesinin aksi olur. Zira mezkur madde mucibince altsoyun üstsoyu lehine şahitliği caiz değil; ancak aleyhine tanıklığı caiz iken bu maddeye göre düşmanı aleyhine şahitliği caiz değil; ancak lehine şahitliği caizdir. Diğer bazı fakihlere göre düşmanlık, fasıklık anlamına geldiği için düşman aleyhine tanıklık caiz olmadığı gibi lehine de caiz değildir. Hatta dünyevi sebeple birine düşman olanın bütün insanlar hakkında tanıklığı reddolunur. Zeylai ile Hayriyye'de birinci görüş kabul edilmiştir. Mecelle'nin "aleyhine" sözünden bu görüşün kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Dünyevi bir sebeple düşmanlık, mal ve makam gibi şeylerden kaynaklanan düşmanlık olup örf ile bilinir. Binaenaleyh yaralananın yaralayan, maktulün mirasçılarının katil, kazfedilenin fail, hakaret edilenin hakaret eden aleyhine tanıklığı geçerli değildir.

Mesela bir gayrimüslime düşmanlığı olan müslümanın o gayrimüslim aleyhine tanıklığı geçersizdir. Nitekim Zeyd'in aleyhine kardeşini haksız yere öldüren Amr'ın tanıklığı makbul olmaz.

Ancak bir kimse diğer kimseden bir hak talep ve dava veya biri diğerini darp etmesi ve istifa-yı matlup için hakime hapsettirmesi gibi şeylerle (hakkın kullanılması ile) tanıklığa engel düşmanlık oluşmaz. Mesela Zeyd Amr'dan on altın dava edip davaları derdest iken bunlardan biri diğeri aleyhine başka bir meselede tanıklık yapsa kabul olunur. Nitekim "meşhudün aleyh şahitlerini darp etmişti. Bu cihetle dünyevi düşmanlıkları vardır, şahitliklerini kabul etmem" dese dikkate alınmaz.

Keza aleyhine şahitlik yapılan: "Bu şahitlerin bana dünyevi düşmanlıkları vardır" dese ve sebebini açıklamasa şahitliklerine halel gelmez. Fakat aleyhine tanıklık yapılanın "bu şahitler düşmanımdır" demesiyle kendisi fasıklığını ortaya koymuş etmiş olduğundan aleyhine şahitlik yapılanın bu şahitler aleyhine şahitliği geçerli olmaz.

Dini sebeplerle düşmanlık, tanıklığın kabulüne engel değildir[52]. Çünkü din için düşmanlık, tanığı töhmet altında bırakmaz. Meselâ: Bir fasıka sadece fıskından dolayı buğzeden kişinin bu fasık aleyhine tanıklığı geçerlidir. Yalan tanıklık yapmak de fasıklık olduğundan fısktan dolayı buğz eden bir zatın yalan tanıklık yaparak fıskı irtikâp etmeyeceği malûmdur[53]. Bir müslümanın, büyük günahlar işlediği için hakkında düşmanlık ettiği bir kişi aleyhine tanıklığı geçerlidir. Zira bu düşmanlık haram olmadığından sahibinin adalet vasfına aykırı değil; belki kemal-i adaletine delildir. Şu kadar var ki bu dini düşmanlık, büyük günah işleyen kişi hakkında ezada ifrata yol açmışsa bu da tanıklığı geçersiz kılar[54].

Şafiilere göre dünyevi düşmanlık tanıklığa engeldir; dini düşmanlık engel değildir. Aralarında açıkça dünyevi düşmanlık bulunan kimselerin birbiri aleyhine tanıklığı kabul edilmez. Çünkü birbirinden yalan tanıklık yaparak öç almak istemiş olabilirler. Fakat bunların babalarının veya oğullarının tanıklığı kabul olunur. Zira bunlar ile aleyhine tanıklık yapılan arasında

---

49 İbn Abidin, V/462.
50 Neticetü'l-Fetava, No:1080.
51 Davalıyla tanıklar arasında bir husumet bulunsa tanıklar adil oldukları takdirde tanıklıkları onun aleyhinde kabul edilir. İbn Abidin, V/462.
52 İbn Abidin, V/462.
53 Bilmen, VIII/134, No:63.
54 Trablusi, Muinü'l-Hukkam, s.73, Ali Haydar, IV/296, Bilmen, VIII/129, No:59

bir engel yoktur. Baba veya oğlunun düşmanlığından dolayı oğlunun veya babasının da düşmanlık etmesi gerekmez. Bu hususta zahir olan görüş budur.

Dünyevi düşmanlıktan maksat, bir kimsenin bir şahsa buğz etmesinden dolayı onun nimetinin zevalini temenni etmesi, onun sürüruyla mahzun olması; musibetiyle ferahlanmasıdır. Bu hususta örfe bakılır: Örfe göre bir şahıs aleyhine tanıklık yaptığı kimseye düşman kabul edilirse onun bu şahitliği reddolunur. Dünyevi düşmanlığı belirlemek şer'i bir kural yoktur.

III. Sonuç ve Değerlendirme

Tanık bir hukuki uyuşmazlığın dayanağını oluşturan somut olgu hakkında beş duyusu aracılığıyla sahip olduğu bilgiyi bu uyuşmazlığı çözmekle görevli yargı mercii veya idari kurul önünde doğru olarak aktarmakla yükümlü kişidir. Tanıklık önemli bir kamu görevi[55], tanık bu görevi yaparken kamu görevlisidir.

Hakim gibi tanığın da objektif olması, etki altında kalmaması, etki altında kaldığı şaibesi taşımamalıdır. Tanığın tarafsızlığı harici ve dahili etkilerle zedelenebilir. Tanığa baskı yapılması, hatır gönül ilişkisi, menfaat temini gibi hususlar harici etkenlerin örneklerindendir.

Tanığın davanın taraflarından birine karşı akrabalık, evlilik, işçi- işveren yahut usta-çırak ilişkisi, iş ortaklığı ve dostluk, bu ilişkinin ve davanın tarafı olan lehinde beyanda bulunması yönünde tanık üzerinde baskı oluşturur.

Düşmanlık beslediği kişinin de aleyhinde beyanda bulunarak ondan öç almak isteyebilir. Bu kısa çalışmada tanığı etkileyen harici ve dahili faktörlerle özellikle dostluk ve düşmanlık duygularının tanık beyanını niçin geçersiz hale getirdiğini görmüş bulunuyoruz. Dostluğun tanık beyanına etkisi, fıkıh ve tefsir kitapları, hadis şerhleri ve özellikle ahlak kitaplarındaki bilgilerin bir kanun normu haline gelerek somutlaştığını görmüş, böylece Osmanlı toplum yapısını daha yakından tanımaya katkı sunmak istediğimizi göstermiş bulunuyoruz.

[55] Beroje, s.195. "Şahadetin hem tahammülü, hem de edası farz-ı kifayedir." Ali Haydar, IV/248. "Şahadet efrada nazaran bazı hadiselerde farz-ı ayn; diğer bazı hadiselerde farz-i kifaye olur. Eda-yı şahadet vecibe olduğundan bundan dolayı ücret alınamaz; yol masrafları alınabilir." Bilmen, VIII/124, No:124.
"Suçu aleni olarak işleyen ve itiyad edinen hakkında şahitlik, kötülükleri önlemek bakımından vaciptir." İbn Ferhun, II/246, Beroje, s.198-199.

KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİNİ TETİKLEYEN SEBEPLER AÇISINDAN MECELLE İLE CODE CIVIL'IN MUKAYESESİ

Talha YILDIZ, *LLM*

Hollanda

Özet

Bu çalışmada İslam hukukuna dayalı olarak hazırlanan ilk medeni kanun olan Mecelle ile Avrupa'daki en önemli kanunlaştırmalardan Code Civil'in hazırlanmasını tetikleyen sebepler mukayese edilmiştir. Bu bağlamda kendi hukuk sistemleri ve coğrafyalarına büyük etkisi olmuş olan mezkur iki kanunun hangi ihtiyaçları karşılamak üzere hazırlandıkları tespit edilip, Mecelle'nin hangi ölçüde Osmanlı iç dinamiklerinin ürünü olup olmadığı sorusuna cevap aranmıştır. Osmanlı'da medeni kanunun hazırlanmasını etkileyen sebepler arasında dış dinamikler önemli bir yere sahip olmakla birlikte, Mecelle'nin aynı zamanda bu dış baskıya milli bir cevap niteliği taşıdığı da söylenebilir. Bununla birlikte Mecelle'nin, ortaya çıktığı dünya konjonktöründen etkilenerek, fıkhı Batı hukuk formatına uygun bir biçimde ifade ettiğini görüyoruz. Buna bağlı olarak kendine özgü siyasi ve felsefi temelleri olan Batı kanunlaştırmasının fıkha uyarlanması, doğal olarak İslam hukuk düşüncesinde köklü değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Bu nedenle, Mecelle'nin tarihsel bağlamını dikkate alarak yapılan çalışmaların, daha sağlıklı sonuçlara ulaştıracağı kanaatindeyiz.

Anahtar kelimeler: Mecelle, Code Civil, hazırlanış süreci, mukayese.

Giriş

Tanzimat döneminde Osmanlı Devleti içerisinde yoğun bir kanunlaştırma faaliyetinin vuku bulduğu bilinmektedir. Bu süreç içerisinde bilhassa Mecelle, İslam hukukuna dayalı olarak hazırlanan ilk medeni kanun olması sebebiyle, yalnız Osmanlı hukuk tarihi açısından değil, İslam hukuk tarihi açısından da önemli bir kanun metni olarak kabul edilmektedir[1]. Bir kanunu doğru anlamak için, o kanunun hazırlanmasını tetikleyen sebeplerin farklı açılardan araştırılmasının önemli olduğu kanaatindeyiz. Nitekim modern hukuk biliminde kanunun yorumlanması ve anlaşılması için tarihi yorumun; yani kanun koyucunun kanunu koyarken hedeflediği gayenin dikkate alınması, bu varsayımı teyit etmektedir[2].

Tarihi yorum metodunda önemli olan hususlardan birisi de, incelenen olgunun kendi çağdaşı olan olgularla mukayese edilmesidir. Çağın şartları ve konjonktörünün dikkate alındığı çalışmaların, gerek tarihin daha objektif yorumlanmasını sağlayacağını gerekse anakronizme düşme ihtimalini en asgari seviyeye düşüreceği söylenebilir. Nitekim XIX. yüzyıl müslümanlarının

1 M.A. Aydın, 'Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye', *DİA*, XXVIII, Ankara 2003, 231.
2 W. Witteveen, *De geordende wereld van het recht. Een inleiding*, Amsterdam 1996, 470-472.

Avrupa entelektüel geleneğiyle karşılaşması sonucunda, İslam dünyasının hemen hemen her alanında köklü değişiklik ve dönüşümlerin meydana geldiği bilinmektedir[3]. Bu bağlamda Mecelle'nin aynı dönemdeki Avrupa kanunlarıyla birlikte ele alınmasının, Mecelle'nin doğru anlaşılmasına katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, yalnız Velidedeoğlu Avrupa'daki kanunlaştırma hareketlerinin Tanzimat'taki kanunlaştırmaya ne derecede etkisi olduğu üzerinde durmuştur[4]. Biz burada Velidedeoğlu'ndan farklı olarak Mecelle ve Code Civil'in; yani iki somut kanun metninin hazırlanmasını tetikleyen sebepleri mukayese etmeye çalışacağız. Bu bağlamda kendi hukuk sistemleri ve coğrafyalarına büyük etkisi olmuş[5] olan mezkur iki kanunun hangi ihtiyaçları karşılamak üzere hazırlandıkları tespit edilip, Mecelle'nin hangi ölçüde Osmanlı iç dinamiklerinin ürünü olup olmadığı sorusu cevaplandırılmaya çalışılmıştır.

Bugüne kadar Mecelle ile Code Civil'in bu açıdan mukayese edilmemiş olması bu çalışmayı orijinal kılmaktadır. Çalışmamızda Mecelle ve Code Civil'in hazırlanmasını tetikleyen sebepler birlikte ele alınmaya çalışılacaktır. Aşağıda öncelikle iki kanunun ortaya çıktığı hukuki ortam mukayese edilecektir. Daha sonra her iki kanunun hazırlanmasında önemli bir yere sahip olan hukuki istikrarsızlığa değinilecektir. Devamında sosyal ve iktisadi değişimlerin mezkur kanunların hazırlanmasındaki etkisi ele alındıktan sonra, Aydınlanma siyasi düşüncesinin kanunlaştırmaya etkisi üzerinde durulacaktır. Nihayet sonuç kısmında, yaptığımız araştırmanın neticesinde elde ettiğimiz bulgulara değinmeye çalışacağız.

1. Hukuki Ortamın Mukayesesi

1.1 Mecelle'nin ortaya çıktığı hukuki ortam

XVIII. ve XIX. yüzyıllarda Batı'nın ekonomik ve teknolojik alanlarda gelişmeler sağlaması Osmanlı'yı güç duruma düşürmüştü. Benzer bir çizgiyi yakalamak için Batı'nın örnek alınması gerektiğine inanan Osmanlı devlet adamlarının bu meyandaki en önemli kararı, sosyal, siyasi ve hukuki reformları kapsayan Tanzimat (1839) fermanını açıklamak olmuştur[6]. Tanzimat ile birlikte Osmanlı Devleti'nin siyasi ve hukuki yapısı Batı hukukuna göre şekillendirilmeye başlanmıştır. Bu dönemde bir taraftan Batı örnek alınarak adli teşkilatta düzenlemeler yapılmış, diğer taraftan Batı'dan çeşitli kanun metinlerinin iktibas edilmesi suretiyle, yoğun bir kanunlaştırma faaliyeti

---

3 M. Bedir, "Fıkıh to Law: Secularization Through Curriculum", *Islamic Law and Society*, 11, 2004, 378.

4 H.V. Velidedeoğlu, "Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat*, I, İstanbul 1940, 29-33.

5 Bkz. S. Örsten Esirgen, 'Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?', *OTAM*, 29/Bahar 2011, 35, 44-45.

6 M.A. Aydın, 'Osmanlılar', *DİA*, XXXIII, Ankara 2007, 519; M. Koçak, 'Islam and national law in Turkey', *Sharia Incorporated. A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Amsterdam 2010, 233-236;
S. Sami Onar, 'Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun bir Kısmının Codification'u', *İÜHFM*, Cilt XX/1-4, 1954, 58-59; Tanzimat döneminde yapılan değişikliklerin yegane amilinin Batı olarak göstermenin doğru olmadığını söyleyenler de vardır. Bu görüşe göre Tanzimat'tan evvel çeşitli eserlerde bir gerilemenin olduğu dile getirilmekteydi. Hatta fermanın bizzat ilk kısımlarında Kur'ân hükümlerine ve şeriata uyulduğu için devletin geçmişte güçlü olduğu, fakat 150 yıllık bir süre içerisinde bunlardan uzaklaşıldığı için bu durumun zaafa yol açtığı belirtilmektedir. Keza gerekli tedbirler alındığı takdirde beş on yıl gibi bir sürede devletin eski durumuna kavuşacağına vurgu yapılmaktadır. Bu nedenle Osmanlı Devleti'nin bizzat kendisinin yeni düzenlemelere ihtiyaç duyduğu öne sürülmektedir. Bkz. M. Şentop, 'Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü', *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Cilt 3, 2005, 649; A. Akyıldız, 'Tanzimat', *DİA*, Ankara 2011, XL, 1-2.

başlatılmıştır[7]. Bunun sonucu olarak Osmanlı Devleti'nin düalist hukuk sistemine sahip olduğu görülmektedir. Başka bir ifadeyle, mezkur düalist yapı iki farklı hukuk sisteminin aynı anda yürürlükte olmasına da yol açmıştır. Çünkü, bu dönemde gerek şer'i hukuk gerekse Batılı tarzda kaleme alınmış yeni kanunlar aynı anda yürürlükte olmuştur[8]. Dolayısıyla bu gelişmeler Osmanlı hukuk sisteminin başlangıcından Tanzimat'a kadar sahip olduğu yeknesaklığı değişime uğratmıştır[9].

1.2 Code Civil'in ortaya çıktığı hukuki ortam

Modern hukuk düşüncesinde kanun hukuku, hukukun asli kaynağı olarak kabul edilmektedir. Ne var ki Ancien Régime (1500-1800) dönemi Avrupa devletlerinde, farklı hukuk sistemlerinin aynı anda yürürlükte olduğu görülmektedir. Bu bağlamda Roma hukuku, mahalli örf ve adete dayanan hukuk kuralları ve kral tarafından belirlenen hukuk kuralları, ülkenin pozitif hukukunu oluşturmaktaydı[10]. Örneğin Fransa'nın güney kısmında Roma hukuku geçerli iken, kuzey kısmında örf ve adet hukuku geçerliydi. Keza aile hukuku alanı Kilise'nin hakimiyeti altındaydı. Şu halde dönemin Fransız hukuku için vahdet ve yeknesaklıktan bahsetmek mümkün gözükmemektedir[11]. Her ne kadar XV. yüzyıldan itibaren Fransa'da hukuki istikrarı sağlamak için farklı teşebbüslere başvurulmuş olsa da, Fransız hukukunun bütün alanlarının kodifiye edilmesi Fransız Devriminden sonra vuku bulmuştur[12]. 1789 senesinde gerçekleşen Fransız Devrimi, kanunlaştırma konusunda bir çığır açmıştır. Zira, devrimcilerin en büyük amaçlarından birisi, sınıf ve bölge ayrımı yapmaksızın ülkedeki bütün vatandaşları aynı hukuk kurallarına tabii kılmayı sağlamaktı. Farklı hukuk sistemlerinin aynı anda yürürlükte olması, hukukta birliğin ve hukuk karşısında eşitliğin önünde bir engel olarak kabul edilmekteydi[13].

Her ne kadar Mecelle, Fransız Devrimi gibi bir sürecin sonunda ortaya çıkmamış olsa da, hemen hemen hayatın her alanına dair reformların uygulanmaya konulduğu Tanzimat döneminde ortaya çıkmıştır. Bu yönüyle Mecelle ve Code Civil arasında bir benzerlik olduğu söylenebilir.

2. Hukuki İstikrarsızlık

Fransa'da hukuki istikrarsızlığın yol açtığı sorunlar

---

7 M.A. Aydın, 'Batılılaşma', *DİA*, V, Ankara 1992, 162-164; O. Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, 42; M. Koçak, 'Islam and national law in Turkey', Sharia Incorporated. A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present, Amsterdam 2010, 235-239; H. Yavuz, 'Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini', *Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara 2009, 287- 288; S. Sami Onar, 'Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun bir Kısmının Codification'u', *İÜHFM*, Cilt XX/1-4, 1954, 58.

8 A. Kılınç, 'İdam Cezasının Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukundaki Görünümüne İlişkin Birkaç Kaynak ve Bu Kaynakların Tahlili', *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sayı 11, 2011 (Bahar), 34.

9 M.A. Aydın, 'Osmanlılar', *DİA*, XXXIII, Ankara 2007, 519.

10 P.A.J. Van den Berg, *Codificatie en staatsvorming*, Groningen 1996, 1, 9; A. Pitlo, *Het Systeem van het Nederlands Privaatrecht*, Arnhem 1990, 16-17.

11 H.V. Velidedeoğlu, "Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat*, I, İstanbul 1940, 15; M. van der Burg, "Het kleine vaderland. Het gezin en de staat in Code Civil des Français (1804)", *Historica: Vrouwengeschiedenisblad*, vol. 32, 19.

12 R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis,* Leuven 2008, 415; J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen 1992, 152-156; P.A.J. Van den Berg, *Codificatie en staatsvorming*, Groningen 1996, 368.

13 P. Scholten, *Mr. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel**, Hoofdstuk 3, Deventer, 1974/2; R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis,* Leuven 2008, 414.

Yukarıda ana hatlarıyla üzerinde durulan Fransa'nın hukuk sistemi, uygulamada da bazı sorunlara yol açmıştır. Nitekim 1789 yılında toplanan Fransız Parlamentosu'nda yer alan temsilciler, temsil ettikleri bölgelerden getirdikleri şikayet defterleri içerisinde (cahiers de doléances), hukuki davaların sayıları ve süreleri hakkında şikayetlerin yer aldığı görülmektedir. Dahası, o dönemde hukuki hayattaki kargaşa, farklı hukuk kaynaklarının varlığı ve hukuktaki istikrarsızlığın, hukuki problemlerin çözümünü zorlaştırdığına ilişkin bir kanı mevcut idi. Mezkur şikayet defterlerinde örneğin mahkemedeki davaların vatandaşlara maddi açıdan ağır yükler yüklediğinden bahsedilmekteydi. Bunu engellemek için ise vatandaşın diğer vatandaşlara ve devlete karşı olan hak ve vecibelerinin kanunlaştırma yoluyla netleştirilerek, vatandaşın hukuki alandaki konumunun güçlendirilmesi tavsiye edilmekteydi. Bu sağlandığı takdirde, hukuki davaların daha şeffaf, adil ve hızlı şekilde sonuçlanacağına inanılmaktaydı[14].

Mecelle'nin hazırlanması sürecinde hukuki istikrarsızlığın emareleri

Mecelle öncesi Osmanlı hukukunda, devrim öncesi Fransız hukukuna benzer hukuki istikrarsızlık ve kargaşa söz konusu olmasa da, o dönemde hukuki istikrarsızlığın ve zaafiyetin emareleri gözükmektedir. Zira yeni kurulan mahkemelerde görev yapan hakimlerin yeterli hukuki müktesabata sahip olmamaları ve Hanefi mezhebi içerisinde farklı görüşlerin varlığı, hukuki istikrarsızlığa zemin hazırlamaktaydı. Şimdi bunun üzerine durulacaktır.

Yeni mahkemelerin kurulması ve hakimlerin yetersizliği

Tanzimat öncesi dönemde cezai, ticari veya idari; yani kısaca bütün davalara şer'iyye mahkemeleri bakmaktaydı[15]. XIX. yüzyılda sayıları ve türleri sürekli artan ticari davalara klasik adli teşkilatın yetişemez hale gelmesi, yeni mahkemelerin kurulmasını zorunlu kılmıştır[16]. Zira sanayileşen Batılı devletlerin geniş topraklara sahip olan Osmanlı Devleti'ni önemli bir ticaret pazarı olarak gördüğü bilinmektedir. Nitekim 1838 yılında İngilizlerle imzalanan Baltalimanı Muahedesi ve daha sonraki yıllarda başka devletlerle yapılan benzer antlaşmalar, gümrük duvarlarını büyük ölçüde indirmiş ve bu durum Avrupa sanayi ürünlerinin Osmanlı pazarlarını adeta istila etmesine yol açmıştı[17]. Bu meyanda Avrupa, artan ticari ilişkilerde doğacak olan hukuki ihtilafların Avrupalı tacirlerin alışkın olduğu hukuk sistemine göre çözülmesini sağlamak üzere, kanunların Batı modeline göre düzenlenmesi için Osmanlı'ya sürekli baskı yapmıştır. Nitekim Tanzimat'tan sonra şer'iyye mahkemelerinin yanında ilk olarak ticaret mahkemelerinin kurulması ve Batı'dan ilk olarak ticaret kanununun iktibas edilmesi, tesadüf değildir[18].

---

14 P.A.J. Van den Berg, *Codificatie en staatsvorming*, Groningen 1996, 33-34, 235-236, 242-243.

15 O. Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, 43-44.

16 M.A. Aydın, 'Türkiye'nin Hukuki Modernleşmesi', *Tartışmalı İlmi Toplantılar Dizisi*, 2000, 341.

17 M.A. Aydın, 'Batılılaşma', *DİA*, V, Ankara 1992, 163; W.B. Hallaq, *An Introduction to Islamic Law*, Cambridge 2009, 94; M.A. Aydın, 'Mecelle'nin hazırlanışı', *The Journal of Ottoman Studies*, IX, 1989, 40; A. Akyıldız, 'Tanzimat', *DİA*, Ankara 2011, XL, 1.

18 M.A. Aydın, 'Batılılaşma', *DİA*, V, Ankara 1992, 163; M.A. Aydın, 'Mecelle-i Ahkâm-i Adliyye', *DİA,* XXVIII, Ankara 2003, 232; M. Şentop, 'Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü', *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Cilt 3, 2005, 651; Fransa'nın Code Civil'in iktibas edilmesine ilişkin baskıları için bkz. E. Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara 1996, 63-64; M.A. Aydın, 'Mecelle'nin hazırlanışı', *The Journal of Ottoman Studies*, IX, 1989, 37, 46-47;
S. Örsten Esirgen, 'Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?', *OTAM*, 29/Bahar 2011, 37-40.

1847 yılında kurulan ticaret mahkemeleri ve daha sonraki süreçte kurulan Nizamiye mahkemeleri üyelerinin birçoğunun, hukuk tahsili görmediği bilinmektedir. O dönemde yeterli derecede hukukçuların yetişmemiş olması, birçok mahkemede hukuk kültürüne sahip olmayan kişilerin mahkeme üyesi olmalarına yol açmıştı. Bu hakimlerin hukuk tahsili görmemiş olmaları, aynı zamanda klasik fıkıh kitaplarının dili olan Arapça'ya da hakim olmadıkları anlamına geliyordu[19]. Bundan dolayı yeni kurulan mahkemelerin üyeleri görevlerini tam anlamıyla ifa edemiyorlardı. Bu sebeple hakimlerin mahkemelerde uygulayabileceği hukuk kurallarının hazırlanmasına acilen ihtiyaç duyulmaktaydı[20].

Hanefi mezhebi içerisindeki farklı görüşlerin varlığı

Osmanlı Devleti'nde hukuk birliğini sağlamak amacıyla Hanefi mezhebi resmi mezhep olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar devlet içerisinde resmi mezhep uygulaması söz konusu olsa da, hukuk mevzuatında dağınıklık ve genişlik söz konusu idi. Zira Hanefi mezhebi, İslam hukuk mezhepleri arasında çeşitli devletler içerisinde resmi uygulama alanı bulmasının yanında, farklı bölgelere en fazla yayılan mezhep durumundaydı. Bu durum Hanefi mezhebinin gelişmesine sebebiyet vermiş ve bunun neticesinde zengin bir hukuk literatürü ortaya çıkmıştır. Belirtilen gelişmenin uygulamada problem teşkil eden neticelerinden birisi, aynı konular hakkında farklı görüş ve hükümlerın tezahür etmesi idi. Tanzimat öncesi dönemde genel olarak farklı görüşler arasında fıkıh bilginlerince en güçlü görüleni uygulamada esas alınmaktaydı. Ne var ki farklı görüşler arasından en güçlü olan, her zaman kolay tespit edilemiyordu. Her ne kadar bu konuda müftülerden yardım istenilmesi veya derlenmiş fetva kitaplarına başvurulması mümkün olsa da, bunlar resmi kanun metinleri kadar kullanışlı ve kesinliğe sahip değildi. Bu nedenle medeni kanunun hazırlanması zaruri bir hal almıştı[21].

3. Hukuki İstikrarsızlığın Kaynağı

Ne var ki, Mecelle ile Code Civil'in arasında ait oldukları çevre bakımından hukuki istikrarsızlık bağlamında benzerlikler söz konusu olsa da, her iki devlette hukuki istikrarsızlığın kaynağının farklı olduğunu göz ardı etmemek gerekir. Çünkü Mecelle yeterli hukuki müktesebata sahip olmayan hakimlerin sorunlarına çözüm olarak düşünülürken, Code Civil asırlarca geçmişi olan hukuk sisteminin ve siyasal yapının sonucunda ortaya çıkan farklı hukuk kaynaklarının varlığını sonlandırmak için hazırlanmıştır. Şimdi konuyu Code Civil bağlamında ele alacağız.

---

[19] M.A. Aydın, 'Türkiye'nin Hukuki Modernleşmesi', *Tartışmalı İlmi Toplantılar Dizisi*, 2000, 341.

[20] M.A. Aydın, 'Batılılaşma', *DİA*, V, Ankara 1992, 164; M.A. Aydın, 'Mecelle'nin hazırlanışı', *The Journal of Ottoman Studies*, IX, 1989, 35-38; O. Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, 46-49; W.B. Hallaq, *An Introduction to Islamic Law*, Cambridge 2009, 101; S. Sami Onar, 'Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun bir Kısmının Codification'u', *İÜHFM*, Cilt XX/1-4, 1954, 62.

[21] M.A. Aydın, 'Mecelle'nin hazırlanışı', *The Journal of Ottoman Studies*, IX, 1989, 41-42; O. Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, 56-57; Mecelle'yi kaleme alınan komisyonun Hanefi mezhebi içerisinden yaklaşık 150 kaynağa başvurması, bu mezhebin zengin literatürünü gözönüne sermektedir. Bkz. E. Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara 1996, 167-169.

Fransa'da merkezi devletin tesisi

Yukarıda Ancien Régime dönemi Fransız hukukunun, farklı hukuk kaynaklarından neşet eden hukuk kurallarından oluştuğu belirtilmişti. Mezkur hukuki ortam, Ortaçağ Avrupasına hakim olan hukuk sistemi[22] ve siyasal yapının sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ortaçağ Avrupası'nda merkezi devletin güçlü olmaması, imparatorluklar içerisindeki prensliklerin ve derebeylerin kendi hukuk sistemlerini oluşturmalarına zemin hazırlamıştır[23].

Her ne kadar XVII. ve XVIII. asırlarda Fransa'da mutlak monarşi rejiminin tesis edilmesinden dolayı merkezi idare güç kazanmış olsa da, bu durum devlet içerisinde farklı sınıf ve hukuk sistemlerinin bir anda sona ermesine yol açmamıştır. Çünkü Fransa Kralı denge politikası izleyerek devleti ayakta tutmaya çalışıyordu. Bu konuya dair örnek vermek gerekirse, kral toplum içerisindeki farklı sınıfların itaatini sağlamak için bu sınıfların önde gelenlerini önemli mevkilerde görev yapmalarına imkan vermekteydi. Bir başka deyişle, toplumdaki sınıfların varlığı Fransa Kralı'nın otoritesinin teminatıydı. Ancak Fransız Devriminden sonra, ülkeyi farklı sınıflardan arındırma ve ulus devleti tesis etme fikrinin yüksek sesle dile getirilmeye başlandığı görülmektedir. Nitekim 1789-1793 yılları arasında ülke içerisindeki sınıf ayrımlarına son verilirken, kısa zaman içerisinde devlet idaresi yeniden yapılandırılmıştır[24]. Bu meyanda geçmişten beri eyaletlerin sahip oldukları haklar gözden geçirilmiş, bu kapsamda eyaletlerin kendi hukuk kurallarını belirleme hakkının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Çünkü devrimcilere göre Fransa halkının milli birlik ve beraberliğinin sağlanması, ancak eşit ve genel hukuk kurallarının oluşturulmasıyla sağlanabilirdi[25]. Ayrıca kanunlaştırma yoluyla merkezi devlet, devlet içerisinde yegane kanun koyucu konumuna yükselmeyi başarmış, bu durumun tabii neticesi olarak Fransa'da kanun hukuku, devletin asli hukuk kaynağına dönüşmüştür[26].

4. Sosyal ve İktisadi Değişimler

Yukarıda üzerinde durulan gerekçelerden başka, sosyal ve iktisadı değişimlerin her iki kanunun hazırlanmasında önemli etkileri olmuştur. Sosyal ve iktisadi hayatta vuku bulan değişim ve gelişmeler, doğal olarak bazı hukuki değişiklikleri beraberinde getirmektedir. Nitekim Tanzimat öncesi ve sonrasında sosyal ve iktisadı hayatta köklü değişikliklerin vuku bulması, hukuki değişimlerin yapılmasını zorunlu kılmıştır[27]. Örneğin, Osmanlı ticari faaliyetlerindeki yaşanan artış, hukuki/ticari işlemler, şirketler, kredi ve diğer alanlarda yeni hukuki

---

22 Ancien Régime döneminde hukuktaki ikilik normal bir gelişme idi. Zira hukuk ius civile ve ius gentium olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı. İus civile, bir topluma ait olan hukuku ifade ederken, ius gentium bütün toplumların müşterek hukukunu ifade etmekteydi. İki hukuk sistemi arasında tearuz vuku bulduğu zaman, ius civile daha üst konumda kabul ediliyordu. Bkz. P.A.J. Van den Berg, *Codificatie en staatsvorming*, Groningen 1996, 9-10.

23 H.V. Velidedeoğlu, "Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat*, I, İstanbul 1940, 8; M.T. Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, Ankara 2008, 60.

24 R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis,* Leuven 2008, 348-351, 371.

25 P.A.J. Van den Berg, *Codificatie en staatsvorming*, Groningen 1996, 249-269.

26 P.A.J. Van den Berg, *Codificatie en staatsvorming*, Groningen 1996, 23-24; M.T. Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, Ankara 2008, 60; A. Pitlo, *Het Systeem van het Nederlands Privaatrecht*, Arnhem 1990, 16-19; R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis,* Leuven 2008, 412.

27 M.A. Aydın, 'Mecelle'nin hazırlanışı', *The Journal of Ottoman Studies*, IX, 1989, 43.

düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmasına karşılık, klasik dönemdeki şirket anlayışının sanayi toplumunun ihtiyaçlarını gidermesinde başarısız kaldığı bilinmektedir[28].

Mecelle'de bu ihtiyaçları karşılamak için İslam hukuku çerçevesinde yeni arayışlara gidilmiştir. Bunun için de bazen Hanefi mezhebi içerisinde hakim görüş yerine, zamanın ihtiyaçlarını karşılayan farklı görüşler tercih edilmiştir. Ancak Mecelle'nin hazırlanmasında Hanefi mezhebinin dışındaki mezheplere başvurulmaması, Mecelle cemiyetinin elindeki imkanları kısıtlamıştır[29]. Bu çerçevede Cevdet Paşa'nın bir meselede Hanefi mezhebi içerisinde önde hukukçulara nazaran daha az bilinen İmam Züfer'in görüşünü tercih etmesinin, görevden azline yol açtığı kaynaklarda belirtilmektedir[30]. Buna rağmen Mecelle Esbabı Mücibesi'nde toplumun değişken ve dinamik olmasından dolayı hukuk mevzuatının değişebileceğinin kabul edilmesi, keza bu anlayışın sonucu olarak Esbabı Mücibe'de yer alan 'nasa erfak ve maslahat-ı asra evfak' ifadeleri, mezhep içi görüşler arasından tercihler yapıldığını göstermektedir[31].

Mecelle'nin hazırlanış sürecinde mezhep içi hangi görüşün esas alınması gerektiği konusunda tartışmalar yaşanırken, Code Civil'i hazırlayanlar devrim niteliğinde orijinal hukuki değişiklere imza atmıştır. Code Civil'da yeni hukuk kurallarından neredeyse sınırsız olan mülk edinme hakkı ve akit hürriyeti örnek olarak verilebilir. Zaten bu kurallar, Fransız Devriminin gerçekleştirmeyi hedeflediği en önemli idealleri arasındaydı. Buna rağmen Code Civil'de, Aydınlanma düşünürlerinin idealleri ile hukuk realitesi arasında bir uzlaşmaya varılmıştır. Her ne kadar Code Civil'in içerisinde yeni hukuk kurallarına yer verilmişse de, mezkur kanunun büyük bölümü mer'i hukuka dayanmaktaydı. Bu sebeple Code Civil, mer'i hukuk ve Fransız Devriminin bazı ideallerinin sentezi olarak değerlendirilmektedir[32].

5. Aydınlanma'nın Siyasi Düşüncesinin Kanunlaştırma Üzerindeki Etkisi

Felsefe ve tefekkür dönemi olarak nitelendirilen XVII. ve XVIII. yüzyıllarda[33] geliştirilen vatandaşlık özgürlüğü ve milli-siyasi özgürlük düşünceleri, Code Civil'in hazırlanmasında etkili olmuştur. Aşağıda bu kavramlar üzerinde durulacaktır.

---

28 M.A. Aydın, 'Türkiye'nin Hukuki Modernleşmesi', *Tartışmalı İlmi Toplantılar Dizisi*, 2000, 340; diğer taraftan o dönem genel olarak İslam hukukunun verimsiz dönemi olarak kabul edilmektedir. Mesela o dönemde ticaret hukuku sahasıyla ilgili günün ihtiyaçlarını giderecek bir doktrin geliştirilmediği bilinmektedir. Ticaret hukukunun bir parçası olan şirketler hukuku alanında, sanayi devrimi sonrası ortaya çıkan gelişmeler takip edilip bu alana ilişkin fıkhi çalışmalar yapılmadığı için, Mecelle'deki Kitabu'ş-Şirket kitabı Hicri VI. asırda yaşamış olan Hanefi alim el- Kasani'nın bir eserindeki bilgilerin maddeleştirilmiştir. Ancak Mecelle'nin mezkur bölümü incelendiği takdirde, belirtilen şirket çeşitlerinin tarım toplumlarına ait olduğunu görülecektir. Dolayısıyla Mecelle, günümüz iktisat hayatında rastlanmayan şirket şekillerden bahsetmektedir. Bkz. H. Yavuz, 'Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini', *Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara 2009, 295-296.

29 M.A. Aydın, 'Mecelle'nin hazırlanışı', *The Journal of Ottoman Studies*, IX, 1989, 43.

30 E. Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara 1996, 83-85.

31 M. Bedir, "Fıkıh to Law: Secularization Through Curriculum", *Islamic Law and Society*, 11, 2004, 388-389; R. Şentürk, "Fıkıh ve Sosyal Bilimler Arasında Son Dönem Osmanlı Aydını", *İslam Araştırmaları Dergisi*, Sayı 4, 2000, 146-150; örnekler için bkz. S. Ayyoub, "The Mecelle, Sharia, and the Ottoman State: Fashioning and Refashioning of Islamic Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries", *Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association*, 2:1, 2015, 132-139.

32 R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis,* Leuven 2008, 416-417; J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Groningen 1992, 169.

33 H.V. Velidedeoğlu, "Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat*, I, İstanbul 1940, 7.

Vatandaşlık özgürlüğü

Vatandaşlık özgürlüğü düşüncesinin oluşmasında önemli katkıları olan John Locke (ö. 1704), devlet ile toplum arasındaki ilişkinin karşılıklı hak ve yükümlülükler bağlamında ele alınmasını ön gören toplum sözleşmesi[34] teorisinin kurucuları arasındadır. Toplumun devlete karşı olan hak ve görevlerinin belirlenmesinin kanun yoluyla mümkün olabilmesi, genel olarak kanunlaştırma düşüncesine ve özel olarak Code Civil'in hazırlanmasına zemin hazırlamıştır[35]. Öte yandan John Locke güçler ayrılığının tesis edilmesine de katkı sağlamıştır. Locke'a göre devlet içerisinde yasama ve yürütme, farklı organlar tarafından yerine getirilmelidir. Daha sonra Montesquieu (ö. 1755) güçler ayrılığı sistemine yargı bağımsızlığını eklemiştir[36]. Güçler ayrılığının esas olduğu bir siyasal sistemde, sadece yasama organının kanun koyma yetkisine sahip olduğu kabul edilmekteydi. Mahkemeler ise, sadece kanunu uygulamakla yükümlü kılınmaktaydı. Dolayısıyla güçler ayrılığı düşüncesi de, kanunlaştırma çalışmalarına ve Code Civil'in hazırlanmasına zemin hazırlamıştır[37].

Milli-siyasi özgürlük

Milli-siyasi özgürlük kavramıyla toplumun yasama ve yürütme üzerindeki özgürlük talebi kastedilmektedir. Bu düşüncenin oluşmasında Rousseau'nun (ö. 1778) önemli katkıları olmuştur. Rousseau toplumun tamamını ortak iradeye sahip bir topluluk olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda egemenliğin yegane sahibi toplumdur ve bu nedenle yalnız toplum yasama yetkisini elinde bulundurmaktadır. Rousseau'nun düşünceleri dönemin siyasi yapısı için önemli yenilikleri beraberinde getiriyordu. Zira Rousseau'nun mezkur düşüncesi toplumdaki sınıf ayrımının sonlandırılmasını öngörüyordu. Bununla beraber siyasi hakimiyetin toplumun bazı sınıflara ait olduğu bir ortamda Rousseau, bütün toplumun siyasete eşit derecede katılımı savunmaktaydı. Rousseau'nun mezkur düşünceleri, Code Civil bağlamında başlatılan kanunlaştırma hareketlerine önemli katkılar sağlamıştır. Çünkü, Rousseau toplumun sahip olduğu ortak iradenin, ancak kanunlar yoluyla meydana gelebileceğini düşünmekteydi. Bunun yanında toplumun sınıf ayrımı yapılmaksızın bir tek vücut oluşturması, sınıf ve etnik köken ayrımı yapılmaksızın toplumun bütün fertleri için eşit kanunlar hazırlanmasına bağlı idi. Nitekim Fransız Devrimi'nden kısa zaman sonra toplum içerisindeki sınıfların ilga edilmesi ve sınıf ayrımı yapmaksızın toplumun tamamı için bağlayıcı olan Code Civil'in hazırlanması, Rousseau'nun düşüncelerinin bu sürece olan etkisini göstermektedir[38].

---

[34] Toplum sözleşmesi kuramına göre toplumsal ilişkiler, sözleşme yoluyla oluşturulan bir şirkete benzemektedir. Çünkü şirketin kuruluşu ve işleyişi sözleşmenin içeriği doğrultusunda belirlenmektedir. Buna benzer bir şekilde de devlet bir sözleşme neticesinde meydana gelir. Bu sözleşme, belli koşullar içinde itaat etme, emretme ve emirlere uyulmasına dayanan bir sistem oluşturur. Burada devletin sahip olduğu gücün kapsamı, sözleşmenin içeriği doğrultusunda belirlenmektedir. Bkz. Brian R. Nelson, *Western Political Thought,* Prentice-Hall, New Jersey 1982, s. 137; Y.Ş Hakyemez,''Toplum sözleşmesi kavramı ve günümüz insan hakları kuramına etkisi'', *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 13/1-3 (2003), s. 193-194.

[35] R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis,* Leuven 2008, 355; P.A.J. Van den Berg, *Codificatie en staatsvorming*, Groningen 1996, 30.

[36] R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis,* Leuven 2008, 355-357.

[37] P.A.J. Van den Berg, *Codificatie en staatsvorming*, Groningen 1996, 30; R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis,* Leuven 2008, 412.

[38] P.A.J. Van den Berg, *Codificatie en staatsvorming*, Groningen 1996, 31-32, 374-375; R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis,* Leuven 2008, 414.

Osmanlı'da sınıf ayrımının sonlandırılmasına yönelik çabalar

Yukarıda ana hatlarıyla üzerinde durulan gelişmeler, tebaa-halk ilişkisinin bir zemine oturtulmasına yönelik çabalar olarak değerlendirilebilir. Her ne kadar yaptığımız araştırma sonucunda, Mecelle'nin vatandaşlık özgürlüğü ve milli-siyasi özgürlük düşünceleri ışığında hazırlandığına dair olgulara ulaşmamış olsakta, Tanzimat döneminde hukukta eşitliği sağlamaya yönelik çalışmaların var olduğu bilinmektedir. Nitekim 1858 yılında ilan edilen Islahat Fermanı'nda müslümanlar ile gayr-i müslimler arasındaki mevcut eşitsizliklerin kaldırıldığı ilan edilmiştir. Ayrıca Tanzimat döneminde, Batı'ya benzer bir şekilde Osmanlı tebaasının ortak hukuki metinlere tabi olması hedeflenmiştir[39].

Sonuç

Mecelle'nin hazırlanmasını tetikleyen farklı sebeplerin var olmasıyla birlikte, Avrupa'da gerçekleşen sanayi devriminin ticari sahada doğurduğu sonuçların, Mecelle'nin hazırlanmasında en önemli etkenlerden biri olduğu kanaatindeyiz. Zira, ticari alandaki değişimlere klasik Osmanlı mahkemelerinin cevap verememesinden dolayı yeni mahkemelerin kurulmasının zorunlu kabul edildiği bilinmektedir. Bu durum aynı zamanda hukuk mevzuatının yetersiz kaldığını da göstermektedir. Nitekim Mecelle'nin hazırlanmasında Hanefi mezhebi içerisinden zamana uygun olarak değerlendirilen görüşlerin tercih edilmesi, bu durumu teyit etmektedir. Bu gelişmeler ışığında, Osmanlı'da medeni kanunun hazırlanmasını etkileyen sebeplerin dış dinamiklerin etkisiyle ortaya çıkmakla birlikte, Mecelle'nin bu dış baskıya milli bir cevap niteliği taşıdığı söylenebilir.

Her ne kadar Mecelle milli bir kanun niteliğine sahip olsa da, Mecelle'nin fıkhı Batı hukuk formatına dönüştürmüş olması göz ardı edilmemelidir. Nasıl ki Batı teknolojisinin alınmasının kültürel değişimlere zemin hazırlanması kaçınılmaz ise[40], kendine özgü siyasi ve felsefi temellere dayanan Batı kanunlaştırmanın fıkha uyarlanmasının, bazı sonuçları meydana getirmesinin kaçınılmaz olduğu kanaatindeyiz. Code Civil örneğinde görüldüğü üzere, Batı'daki kanunlaştırma ihtiyacı hukukun uygulanmasında meydana gelen sorunların çözülmesinden ziyade, devlet-tebaa ilişkisinin bir zemine oturtulması ihtiyacından kaynaklanmaktaydı. Örneğin, Batı tarih ve düşüncesi bağlamında ortaya çıkan güçler ayrılığı düşüncesinin Osmanlı Devletine uyarlanması, asırlarca hukukun uygulanması ve denetlenmesi hususunda yetkin olan ulemanın devre dışı kalmasına ya da en azından gücünü kaybetmesini beraberinde getirmektedir. Keza toplumdaki sınıf ayrımının sonlandırılmasını ve ulus devletin oluşmasını hedefleyen kanunlaştırmanın Osmanlı Devleti'nde uygulanmasının, millet sistemine sahip olan Osmanlı Devleti'nin bünyesine uygun olmadığı söylenebilir. Nitekim Islahat Fermanı ile birlikte toplumdaki bütün sınıflara eşit haklar verilmesi hedeflenmişse de, bu çabalar azınlıkların Osmanlı Devleti'nden kopma sürecine engel olamamıştır[41]. Bu bilgiler ışığında, Mecelle hakkında yapılacak çalışmalarda, Mecelle'nin ortaya çıktığı tarihsel bağlamın dikkate alınmasının zorunlu

[39] M.A. Yalçınkaya & İ. Yılmazçelik, "Yeniden Yapılanma", *Osmanlı Tarihi El Kitabı*, Ankara 2016, 490, 495-497.
[40] Osmanlı'da bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. R. Şentürk, "Fıkıh ve Sosyal Bilimler Arasında Son Dönem Osmanlı Aydını", *İslam Araştırmaları Dergisi*, Sayı 4, 2000, 141-156.
[41] Bkz. M.A. Yalçınkaya & İ. Yılmazçelik, "Yeniden Yapılanma", *Osmanlı Tarihi El Kitabı*, Ankara 2016, 506.

olduğunu düşünmekteyiz. Bugünün şartları ve bilgileriyle, XIX. yüzyılın şartları ve konjonktörü ışığında hazırlanmış bir kanun metninin yorumlanması veyahut yeniden uygulanmak istenilmesi, beklenen sonuçları meydana getirmeyecektir.

MECELLE' DE ELE ALINMAYAN ÜÇ KONU: FAİZ, SARF VE KARZ

Prof. Dr. Orhan ÇEKER

Konya Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Giriş

Osmanlılarda zaman zaman kanunnameler yapılmıştır. Tanzimat'tan sonra bu kanunnameler daha çok dikkati çekmektedir. Bunlardan ilmi- ye sınıfını en çok meşgul eden kanun, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye olmuştur. Kısaca "Mecelle" denilen 1851 maddelik kanunnamenin ilk 100 maddesi Fıkh'ın tarifini ve küllî kaideleri ihtiva etmektedir. Diğer maddeler bilumum borçları, emanetleri, şirketleri, ehliyetler bahsini, gasb, sulh, ibra, ikrar, muhakemeler usûlü, ticaret hukuku gibi konuları teferruatlıca işlemektedir. Ancak faiz konusu ele alınmamıştır. Yine faize çok yakın konular olan karz (borç verme) ve sarf (para bozma) hakkında da bilgi verilmemiştir. Sadece 121. maddede sarf tarif edilmiş, başka yerlerde temas edilmemiştir. Acaba Mecelle hey'eti, borçlar konusunun önemli bir parçası olan faiz, sarf ve karzı da kanunlaştırsaydı ne gibi maddeleri kaydedecekti? Bu noktadaki merakımız bizi, bu konularda bir çalışma yapmaya sevketti. Bu bakımdan gücümüz nisbetinde, bu konuların Mecelle'ye alınmamasının sebepleri üzerinde hiç durmadan, konuları, Mecelle ve ta'dil edilen maddelerin usûlünce maddeleştirmeye çalıştık.

Deneme 19 maddedir. Bazı yerlerde Mecelle dili, bazı yerlerde şimdi- ki dil kullanılmıştır. Bazı maddelerde Mecelle usûlü takip edilerek meramı anlatmaya yardımcı olsun diye misaller verilmiştir.

Kitabu' l-Buyû', Bab-ı Sâbi' Fasl-ı Sâbi' Riba, Sarf ve Karz hakkındadır.

MADDE: 403/1- "Riba, akidlerde şart koşulan karşılıksız fazlalık veya ribevî malların aynı sınıfına dahil aynı yahut ayrı cins malların birbirleri mukabilinde veresiye olarak satılmasıdır.

"Riba" yerine "Faiz" de isti'mal olunur.

Maddede faiz tarif edilmektedir. Tarifin "karşılıksız fazlalık" kısmı faizin önemli bir bölümünü, fazlalık ribasını ihtiva etmiş, ancak nesie (veresiye) ribâsını hariçte bırakmıştır. Her ne kadar veresiyedeki zamanı bir fazlalık olarak yorumlayıp tarifin o kısmını yeterli saymak mümkün görünüyorsa da muhtemel bazı sakıncalardan dolayı bundan sarf-ı nazar edilmelidir. 5 bin lira verip 7 bin lira alma muamelesinde 7 binin 5 bini evvelki 5 binin karşılığıdır. Kalan 2 bin lira karşılığı olmadığı halde alınan fazlalıktır. Tarifin sonraki kısmı nesie ribâsını ifade etsin diye ilave olunmuştur. Mesela, mübadele kastı ile 500 lira verip peşin olarak 600 lira almak fazlalık ribâsı, 500 lira verip iki ay sonra yine 500 lira, veya buna tekabül eden bir miktar Alman markı almak nesie ribâsıdır.

Tarifte geçen "aynı" veya "ayn sınıf'' tabirleri yeri gelince açıklanacaktır.

Lügat itibariyle ribâ ve faiz arasında fark varsa da teamülde riba ve faiz eş anlamlı iki kelime olmuştur. Biz de her ikisini aynı anlamda kullanacağız.

MADDE: 403/2- "Sarf. 121. maddede söylendiği vechile para bozmakve değiştinnektir. Bu muameleyi yapanlara sarraf veya sayrafî denilir."

Mecelle 121. maddede "Saıj. nakdi nakde bey' etmektir ki Türkçe akçe bozmak tabir olunur" cümlesiyle sarf akdi tarif edilmiştir. Denemenin umumunda bir eksiklik kalmaması maksadıyla burada sarfın bir tarifi daha yapılmıştır. Mecelle'de bundan başka sarfla ilgili herhangi bir madde bulunmamaktadır.

"Nakid" veya "para" kelimeleri altın, gümüş, Türk Lirası, Alman Markı, Amerikan Doları, S. Arabistan Riyali, Ürdün Dinarı... gibi bilumum paraları ifade eder. Hatta "nakid" veya "para"nın şumûlüne itibari değeri olan sened, çek ve pulları da katmak gerekir[1]. Arıcak tedavülden kalkmış olan mesela 1850'lerin 20 parası veya 1935'lerin 2,5 kuruşu para olmaktan çıkmış ve antika eşya halini almıştır. Bunlar altın ve gümüş madenlerinden yapılmış olmadıkça faiz hususunda para kabul edilmeyip normal birer mal kabul edilmelidir. Gümüş ile gümüşü, gümüş ile altını, bunlardan birisiyle mesela, Türk Lirası ile Dolar'ı, Dolar'la Mark'ı... değiştirmek sarf muamelesi olduğu gibi. Mesela bütün 5000 Türk Lirası'nı beş tane ayrı 1000'likle bozmak da sarftır. Kısaca "nakid" veya "para" denilen şeyleri bozmak ve değiştirmek "sarf" adını alır.

Karzla ilgili terimler sadece maddede verilenler değildir. Ancak en çok kullanılanları ve karışıklığa sebep olmayanları bunlardır.

Çarşı ve pazarda eşi ve benzeri bulunan mallar misli, eşi ve benzeri bulunmayan mallar ise kıyemîdir.

MADDE: 403/3- "Karz, misli bir malı borç vermektir. Borç vermeye ikraz, verene mukriz, istemeye iktiraz veya istikraz, alana müstakriz denir."

Mesela, el yazma bir kitap kıyemî olduğu halde aynı kitabın matbû nüshası mislîdir. Genel olarak, terazi, metre, litre ve büyüklükleri birbirine yakın olup tane ile satılanlar misli mal kabul edilmiş, taneleri arasında büyük fark bulu nanlar kıyemi mal sayılmıştır. Bunlara sırasıyla vezni, zirai, Jcey li, adediyyat-ı mütekâribe ve adediyyât-ı mütefâvite yahut mevzûnât, mezruât, mekilât, ma'dûdât denilmiştir. Elma, kumaş, petrol, yumurta ve koyun da sırasıyla sayı- lanların misalleridir.

Misli malların borç verilebileceğinde ulemanın ittifakı vardır. Ancak kıyemi malların borç verilmesi hususunda ihtilaf edilmiştir. Hanefi mezhebinin görüşü teknik açıdan daha ml1sait olduğu için maddeye o görüş alınmıştır[2].

Karz (borç) ile iâre (âriyet, ödünç) arasında fark vardır: Borçta, borç alınan şey harcanır, onun yerine borca eşit başka bir şey ödenir. Ödünçte ise ödünç alınan şey, aynen geri iade edilir. Mesela, darda kalıp bir bilezik borç alan kişi, o bileziği bozdurur, harcar, zamanı gelin- ce aynı gram ve ayarda başka bir bilezik öder. Fakat aynı kişi, düğünde takınmak için bir bilezik ödünç alsa, düğün bittikten sonra aynı bileziği iade eder. Bu iki misalden birincisi karz (borç), ikincisi iare (ariyet, ödünç)dir. Kanın deynden farkı da 18. madde şerhinde anlatılacaktır.

MADDE: 403 / 4- "Ribâ fâsid bir akiddir. Sarf ve karz akidleri caizdir. Ancak bunların dahi ribaya düşmemeleri şarttır."

---

[1] Buradaki "para" anlayışı İmam-ı Muhammed'in görüşü doğrultusundadır. Bkz. Abdullah el-Mevsili, el-İhtiyar. 2/31 , Beyrut, 1975.

[2] İbn Abidin, Reddu'l-Muhtar, 4/171 vd. Beyrut, Ts. Daru'l İhyart-Türasi'l-Arabi.

Burada faiz, sarf ve karz akidlerinin dini hükmü söylenmektedir.

Faiz için "fâsid" denilmiş "batıl" denilmemiştir.

Hanefiler dışında diğer üç mezheb akidler için fesâd ve butlan mertebeleri arasında fark görmemiş, her ikisini de batıl kabul etmiştir. Hanefiler ise batıl akidler arasında tamir kabul edip sahihe dönüşebilecek olanları ayırmış ve adına "fâsid akid" demiştir. Akdin aslında değil de sadece vasfındaki bir gayr-i meşrûluktan dolayı fâsid akid, sahih ve batıl akid arasında bir mertebededir. Kendisini ifsad eden o vasıf düzeltilecek olursa sihhate kavuşuverecektir. Fasid olan akdi her zaman söz konusu yapsak aklımıza hadiste Tirmizi"nin "Hasen'i gelir.

Tirmizi de zayıf hadisler arasında sahihe yakın olanları seçmiş ve adına "Hasen Hadis.. demişti. Riba. akdi ifsad eden gayr-i meşru vasıflardan bir tanesidir[3]. Bu vasıf kesilip atılacak olsa geride meşru bir akid kalacaktır. Faizin hükmen füsid kabul edilmesi naslara tamamen uymaktadır. Kur'an-ı Kerim'de "... Eğer tevbe edip (faizden vaz geçerseniz) anaparalarınız sizindir[4] buyurulmuş ve faiz illetinin atılmasıyla geride akdin meşru olarak kalacağı ifade edilmiştir. Dinimizde faiz şiddetle yasaklanmıştır[5].

Cahiliye Araplarında faiz pek yaygındı. Eski hukuklardan Hammu- rabi Kanunlannda[6] ve Roma Hukukunda[7] faize müsade olunmuştu. Türk Borçlar Kanunu'nun, 72, 84, 88, 103, 104, 205, 210, 307 ve 308. maddeleri faize yer vermektedir.

Faizin aksine dinimizde sarf ve karz meşrudur. Ancak sarf da karz da faize dönüşmemekle kayıtlıdır. Küçük bir dikkatsizlik sebebiyle sarf ve karzın faize dönüşmesi mümkündür.

MADDE: 403/ 5- "Riba iki nevidir: Nev'-i evvel: Ribay -ı Fazl: Aynı cins iki malı peşin olarak biri diğerinden fazla olması şartıyla değiştirmektir.

1 miskal altını 1,5 miskalle peşin olarak değiştirmek gibi.Nev'-i sanı: Ribay -ı Nesie: Ay nı sınıfa dahil ilci ay n veya aynı cins malı veresiye olarak mübadele etmektir.

1 miskal altını veresiye olarak 1 miskal altın veya 10 dirhem gümüşle değiştirmek gibi."

Fazlalık ribâsı daima peşin, nesîe ribası da daima veresiye mübadelelerde söz konusu olur. Maddede zikri geçen "sınıf, veresiye ve peşin"le ilgili açıklama 7-10. maddelerde verilecektir.

MADDE: 403/6- "Saif akdinin in'ilcadı için tarafların akil, sıhhati için reşîd olması şarttır. İstikrazın in'ikad ve şıhhatinde ise müstakrizin sade- ce akil olması kafıdir."

Burada sarf ve karz akidlerinin oluşması için akdi yapanlarda aranan şartlar söylenmiştir. Faiz akdi zaten haram olduğu için hakkında herhangi bir şart zikredilmemiştir.

İn' ikad ve sıhhat arasında fark vardır. Mesela, füsid akid mün'akid olduğu halde sahih değildir. İn'ikad, akdin bir bina halinde meydana gelmesi ve vücud bulması ise; sıhhat o akdin geçerli olması, hüküm ifade etmesi ve tarafları bağlamasıdır.

---

3 es-Senhüri, Masadiru'l-Hakk, 4/125 vd. 146 vd. Ts. Danı·l-Fikr.
4 Bakara: 279.
5 Bakara: 275 vd. İbn Mace, Ticaret: 58.
6 Avram Galanti, Hammurabi Kanunu, Md: 49, 66, İstanbul, 1925.
7 H. Cahit Oguzoglu, Roma Hukuku, s. 197, 229, Ankara, 1959.

İnsan hayatının çeşitli devreleri vardır. Cenin, gayr-ı mümeyyiz, mümeyyiz, me'zun mümeyyiz, baliğ ve reşid insan. İyiyi kötüden ayırabilmek demek olan temyiz çağındaki kimseye mümeyiz denir ki, "akil" dediğimiz işte budur. Temyizin belli bir yaşı olmayıp kabiliyet ve yaradılışlara göre değişir. "Akıl yaşta değil baştadır" atasözü bunu ifade eder. Tatbikatta kolaylık olsun diye 7 yaş temyiz yaşı olarak kabul edilmiştir[8]. Rüşd ise, büluğun bedeni olgunluk olması gibi, akli olgunluğa denilir. Rüşd ile büluğ birbirinin akıl ve bedendeki mukabildir. Reşid kimse tamamen hür bir şekilde malında tasarruf eder. Rüşd'ün tam aksi Sefeh'tir. Sefeh, hacre sebep olduğundan sefih hacr altına alınır, mahcur ismini alır ve velisi veya vasisi kanuni temsilci sıfatıyla kendisinin namına tasarrufta bulunur.

Dikkat edilirse görülür ki insana fayda sağlayan tasarruflarda kişinin sadece akil olması kafi görülmüş, kişinin fedakarlığını gerektiren tasarruflarda reşid olması şart koşulmuştur.

MADDE: 403/7- "Nakidler, gıda maddeleri, ilaçlar, hayvan yemleri, ev eşyaları, elektrikli ev eşyaları, yakacaklar, esnaf el aletleri, sanayi takım tezgâhları ile yedek parçaları, petrol ve ondan üretilen enerji maddeleri, matbuat vs. birbirinden ayrı mal sınıflarıdır."

MADDE: 403/8- "Aynı cins ve sınıftan oluşan mallar peşin olarak ve eşitçe değiştirilir. 1 kile buğday ancak peşin olarak 1 kile buğdayla değiştirilir. Fazlalık ribâdır."

MADDE: 403/9- "Ayrı cins fakat aynı sınıftan olan mallar peşin olarak değiştiri1ir. Mallar arasındaki fazlalık caizdir. Ancak veresiye olması ribâdır. "

MADDE: 403/10- "Ayrı cins ve sınıftan olan mallar istenildiği gibi değiştirilebilir."

Yukarıda kaydedilen dört maddenin muhtevası fıkıh kitaplarında 'Ribânın İlleti' veya "Ribevi Mallar" adı altında işlenir. Konu, faizin cereyan edip etmediği mallardır.

Konuyla ilgili hadislerin muhtevasını toplayacak olursak şöyle bir neticeye varırız:

"Altın ile altın, gümüş ile gümüş, tartısı tartısına; buğday ile buğday, arpa ile arpa, hurma ile hurma, tuz ile tuz, ölçeği ölçeğine eşit ve peşin olarak değiştirilecektir. Altın ile gümüş, buğday ile arpa, tuz ile hurma, hurma ile arpa değiştirildiğinde y ine peşin olacak ancak biri diğerinden fazla olabilecektir. Bu maddelerin külçesi ile sikkesi, eskisiyle yenisi arasında fark yoktur. Kalite ve işçilik de muteber değildir.[9]"

Yukarıya aldığımız, ilgili hadislerden mülhem cümleler, ribevi malların tesbitinde esaslar ortaya koymaktadır. Riba'nın illeti veya ribevi mallar konusunda mezheplerin görüşü şu şekilde özetlenebilir:

Kıyasa karşı çıkan, met tesbitine gitmeden nassların sadece zahirine bakarak hüküm vermekle meşhur olan Zahiriy ye mezhebine göre ribevi mallar, hadislerde sayılan 6 maddedir. Bu altı maddenin dışındaki maddelerde faiz cereyan etmez[10].

---

8 Bu tatbikata delil olarak, "Çocuklarınıza, yedi yaşına vardıklarında namazı emrediniz" (Tirmizi, Mevakitu's-Sala: 182) hadisi getirilmiştir.

9 Bkz. Buhari, Buyü: 74-81, 89, vekalet: ; Müslim, Müsakat: 79-81, 86, 87. 96; Nesai, Buyhu·: 42-52; Tirmizi, Buyü: 23-24; el-Muvatta, Buyü'; 27-39; Şafii, el-Umm, 3/14 vd. Beyrut,1973.

10 İbn Hazın, el-Muhalla, 9/504, Yeni Bs. 1969.

Dört mezheb, ribevi malların bu altı maddeye münhasır kalmadığı, bazı illetler sebebiyle başkaca mallarda da cereyan ettiği konusunda müttefiktir. Ancak mezhepler, illet tesbitinde ihtilafa düşmüşlerdir.

Hanefi ve Hanbeli mezhepleri hadislerdeki cinsin aynı cinsle değiştirilmesine ve tartı ile ölçeğe bakarak ribanın illeti "cins ve ölçü birliği"dir, diyorlar. Buna göre her iki mezhepçe bütün keyli ve vezni mallar ribevi mallardır[11]. Ribay-ı fazl için cins ve ölçü (vezn ve keyl), illetlerinin her iki maddede beraberce bulunması gerekir. Ama ribay-ı nesiede yalnız cins veya yalnız ölçü birliği kafidir. Aynı zamanda mezrüat ve ma'düdatta da ribay-ı nesie cereyan eder. Yani değiştirilen iki madde sadece cins, vezn, keyl veya zira' (metre de denebilir) yahut aded (tane) vasıflarında ortak bulunuyorsa o iki maddenin veresiye olarak değiştirilmesi ribay-ı nesie olur. Mesela, bazı Hanefilerce mekruh görülmekle beraber, 5 yumurta 7 yumurta mukabilinde peşinen değiş-tirildiğinde faiz olmaz, ama 5 yumurta veresiye olarak 5 veya 7 yumurta mukabilinde değiştirilirse riba (nesie) olur[12].

Yine Hanefilerce ribânın tahakkuku için iki bedelden en az birisinin şer'i ölçü (yarım sa'=nornıal iki koçan dolusu[13] kadar olması gerekir, dolayısıyla bir avuç (tek el dolusu) buğday iki avuçla, bir elma iki elma ile değiştirilse faiz olmaz[14].

Maliki ve Şafi mezhebleri ise hadislerdeki altın ve gümüşün nakid (para), diğer maddelerin yiyecek maddesi olduğuna bakarak ribanın illetinin cins ve nakid yahut cins ve gıda maddesi olduğunu söylemişlerdir. Buna göre her iki mezhepçe nakidler (altın ve gümüş) ile bütün yiyecek maddeleri ribevi malıdır. Maliki mezhebi yiyecekler konusunda ribay-ı nesie için değiştirilen maddelerin sadece yiyecek maddesi (ilaçlar hariç) almasını kafi görürken ribay-ı fazl için değiştirilen gıda maddelerinin;

a- Doyurucu,

b- Masrafsız olarak depolanabilir olmasını şart koşmuştur[15].

Anlatılanlara bir misal verilecek olursa: Buğday buğday ile peşin ve eşit olarak değiştirilir. Peşin veya eşit şekilde değiştirilmeyecek olursa riba olur. İlk iki mezhebe göre burada ribanın sebebi buğdayların cins ve keylilikte birleşmeleri, Maliki ve Şâfii mezheplerinde ise buğdayların cins ve gıda maddesi olması vasıflarında birleşmeleridir. Ayrıca buğdaylarda Malikilerin ribay-ı fazl için koştukları iki şart da mevcuttur.

Ribevi mallar konusunda mezheplerin görüşleri özetlenmiş oldu.

İşin burasında akla gelen bir hususu kayıt etmeden geçemeyeceğiz.

Riba ile ilgili hadisler üzerinde düşündüğümüz zaman, ribevi malların az önce bahsedilen sınırı aşacağını farkederiz. Esasen bu sınırın aşılmaması için bir nakli engel de bulunmamaktadır. Sınırlamanın aksine hadis-i şerifler işaretiyle hangi mal olursa olsun kendi cinsi ile değiştirildiğinde hem peşin hem de eşit olacağını ifade etmektedir. Bu malın keyli, vezni, nakid veya gıda maddesi olup olmaması önemli görülmemelidir. Hadislerde zikredilen maddeler bu esasın birer misalidir ve

---

11 A. el-Cezir!, el-Mezahibu'I-Erbaa, 2/249 vd. Beyrut, 1972.

12 Aynı yer. Ö. N. Bilmen, Istılahat-ı Fıkhiyye, 6/105 vd. İst. 1970.

13 Koçan, yanyana iki el (iki avuç) dolusu demektir. Buna göre iki koçarı yarırn sa· eder. Koçan (iki anıç) Arapça'daki müd karşılıgı kullanılmıştır.

14 es-Serahsi, el-Mebsüt, 12/113 vd. Matbaatü's-Saade, Ts. Kemalü'd-Din İbnü'J- Hümarıı, Şerhu'l-Fethi'l-Kadir, 5/278, Bulak. 1316. Ebu Bekr b. Ali el-Haddadi. el-Cevheretı:rn-Neyyire. l /273, İst. 1978.

15 el-Cezir!, age., aynı yer.

hadisler, vakıayı anlatmıştır. Hanefilerin, menfaatin aynı cinsten başka bir menfaatle değiştirilmesini, riba şaibesi vardır gerekçesiyle mekruh saymaları; mezhep esaslarına göre riba olmadığı halde bazı Hanefilerin 5 yumurtayı peşin olarak 6-7 yumurtayla değiştirmeyi mekruh görmeleri bütün mallarda ribânın cereyan edebileceği fikrini desteklemektedir ki, söylediğimiz gibi, hadisler zaten buna işaret etmektedir. Hâlbuki menfaat keyli, vezni. zirâi veya adedi mallardan değildir. Buna rağmen Hanefiler menfaatin aynı cins başka bir menfaatle değiştirilmesinde ribânın cereyan edebileceğinin muhtemel olduğu nu söylemişlerdir.

Çünkü menfaatin miktar ve kalitesi insandan insana, hayvandan hayvana, evden eve, tarladan tarlaya değişik olur. Bazı insanların eline iş yakışır, düzgün ve sağlam iş yapar, bazıları da vardır ki, en basit işleri bile yerli yerince yapmayı beceremez. Böylece imece usülü çalışmada verilen ve alınan menfaatler arasında bir fazlalık ve eksiklik beklenir. Onun için de haklı olarak imecede ribâ şüphesi vardır, denilebilir. Aynı şekilde Hanefiler, neyin menfaati olursa olsun aynı cinsten başka bir menfaatle değiştirilmesini caiz görmemişlerdir. Mesela, bir evde oturma karşılığında oturmak üzere başka bir evi, bir tarlayı ekme karşılığında ekmek üzere başka bir tarlayı... vermek caiz değildir, demişlerdir[16].

"Her şey kendi cinsiyle değiştirildiğinde eşit ve peşin olarak değiştirilir" kaidesini kaydettikten sonra bu hususta hadislerde bir esasın daha gizli olduğunu görürüz. "Altın ile gümüş, buğday ile arpa..." veresiye değiştirilemiyor. Altın ve gümüşün ortak özellikleri vardır: Her ikisi de nakiddir, buğday ile arpanın da ortak özellikleri vardır: Her ikisi de gıda maddesidir. Demek ki, mallar ortak özelliklerine göre tasnif edilecek ve her sınıfa giren çeşitli mallardan biri diğeri mukabilinde veresiye olarak verilemeyecektir. Bu esastan hareketle 7.maddede mallar ortak özelliklerine göre tasnif edilmiştir: Nakidler, gıda maddeleri, ilaçlar, hayvan yemleri, giyecekler, ev eşyaları, elektrikli ev eşyaları, yakacaklar, esnaf el aletleri, sanayi takım ve tezgahtan ve yedek parçalan, petrol ve ondan üretilen enerji maddeleri, matbuat vs. ayrı mal sınıflarıdır. Bu mal sınıflarını değiştirmek veya çoğaltmak mümkündür.

Adı geçen esas ve sınıfları tesbit ettikten sonra 8, 9 ve 10. maddelerde anlatıldığı üzere ribevi muamelelere bir açıklık gelmektedir: Ribanın illeti "cins ve sınıf birliği" olabilir. Buna göre:

Her iki illeti kendilerinde bulunduran yani aynı cins ve sınıftan olan mallar hem peşin hem de eşit değiştirilir. Altın altınla, Türk Lirası Türk Lirasıyla, pirinç pirinçle, benzin benzinle... eşitçe ve peşinen mübadele edilir. Fazlalık, ribay-ı fazl'a; veresiye, ribay-ı nesieye sebep olur.

İlletlerden sadece "'sınıf birliği'ni kendilerinde bulunduran mallar, yani aynı sınıfın değişik cins malları peşinen değiştirilir. Eşitlik aranmaz. Altın gümüşle, Türk Lirası Alman Markıyla, pirinç fasulye ile benzin gazyağıyla... peşin olarak mübadele edilecektir. Ancak bu malların biri diğerinden fazla olabilir. Mesela peşin olması şartıyla100 Türk Lirası'nı 20 Alman Markı'yla, 5 gr. altını 10 veya 2 gr. gümüşle, 5 teneke buğdayı 7 veya 3 teneke arpa ile, 5 litre benzini 8 veya 4 litre gazyağıyla değiştirrnek faiz değildir. Arpa bu bedellerden birisinin veresiye olması ribay -ı nesie olur.

İlletlerin hiçbirisinde birleşmeyen mallar istenildiği gibi değiştirilebilir. Aralarında herhangi bir riba cereyan etmez. Mesela, altın veya Türk Lirası benzinle arzu edildiği şekilde peşin veya veresiye olarak mübadele edilebilir. Değişik malların miktarlarının örfen çok fazla veya çok az görülmesi muameleyi faize çevirmez. Diyelim ki, 5 lira karşılığında 5 litre benzini peşin veya

[16] Bilmen, age.. 6/140. 183. Ali Haydar Ef. Dürerü'l-Hükkam. 2/777, İstanbul, 1330. el- Ceziri, age.. 3/ 103

veresiye olarak almak yahut 5 litre benzini 1000 lira mukabilinde peşin veya veresiye olarak değiştirmek faiz değildir.

Maddelerde miskal ve dirhem gibi birimlerin kullanılması, Mecelle uslubuna uyum isteğinden ileri gelmiştir.

MADDE: 403/11- "Malın eskisiyle yenisi ve nevileri arasında fark yoktur."

Bu madde de yukarıda kayıt edilen hadislerin açıkça ifadesinde görülmektedir. Değiştirilen mallardan birinin eski diğerinin yeni olması yahut değişik kalitelerde bulunması faiz esaslarının dışına çıkmak için sebep teşkil etmez. Söz gelimi iki sene önceki mahsulden kalma 5 teneke buğdayı yeni mahsul buğdayla değiştirdiğimizde yine eşit ve peşin olarak değiştireceğiz. Yeni mahsulden az verip eski mahsulden çok alınacak diye bir şart ileri sürülemez. Bunun gibi malların kalite farkı da muteber değildir. Makarnalık sert (kunduru) buğday ile ekmeklik yumuşak buğday birbirleriyle değiştirildiğinde yine eşit ve peşin olarak değiştirilecektir. Buğdayın birinin pahalı, öbürünü n ucuz olmasının bir önemi yoktur. Bununla belki de dinimiz, kesinlikle faize set çekmek istemiştir. Eski ve yeni yahut kaliteler arasında fark gözetseydi ictihad ve teamülle ileride mübadelelere fazlaca faiz karışabilirdi. Bu kapıyı sıkı sıkıya kapatması faiz ihtimaline bile meydan vermemek istemesinden olabilir. Unutmamak gerekir ki, bu farkların gözetilmemesi, sadece bir cinsin yine aynı cinsle değiştirilmesindedir. Ama değişik cinslerin mübadelesinde miktar farkının olabileceğini az önce izah etmiştik.

MADDE: 403/12- "İşçilik farkı muteber değildir. Külçe altın ile işlenmiş altın müsavidir."

Maddede adı geçen "işçilik farkı"nı 14. Maddede gelecek olan "işçilik fazlalığı"ndan ayırmak gerekir. Burada bir maddeyi başka bir madde haline getirmeyen, aynı maddenin nakış ve tezyinatını ifade eden işçilik farkı kastedilmektedir. 7. Maddenin açıklamasında geçtiği gibi işçilik farkının muteber olmadığı hadislerle sabittir.

Şüphesiz bu noktada kafamızda bir istifham belirmektedir: Sarrafın altın üzerinde nakış ve desen için harcadığı emek karşılıksız mı kalacaktır? Sarraf bizden aldığı altını ucuza alıyor, bize satacağını da pahalıya satıyor. Bizim verdiğimiz altın eski, kendisininki yeni sayılmaktadır. Hem sarraf bizden aldığı mesela, bileziği bozacak ve ücret mukabilinde kuyumcuya yeniden bilezik yaptıracaktır. Bu emek ve işçilik hesaba katılmayacak mıdır? İşin burasında işçiliğin karşılığının verilmesi pek tabii görülmektedir. Ama şurası da var ki, mesele tahlil edilmeden hüküm vermek yanlış olacaktır: Bizim verdiğimiz bilezik belki de bir gün önce aynı sarraftan satın alınmış ve onun vitrininde "yeni altın" "emek verilmiş altın" diye teşhir edilmekteydi.

Fakat aynı emek bir gün sonra sanki hiç yoktur. Henüz yeni olan bir bileziği ezip yeniden kuyumcuya göndermek emek vermek değil, emeğin boşa harcanmasıdır. Emek verilmiş bir bileziği bozup yeniden yapmak emek israfı olarak kabul edilmelidir. İnsanları bilumum israflardan alıkoymak iktisadi bir vecibedir. Diyelim ki, sarraf gerçekten bize vereceği bileziğe emek harcadı ve bu emeği korumak istiyor. Bizim vereceğimiz bilezikteki emek neden karşılıksız kalsın da sarrafın emeği para etsin? Bizim bilezik gerçekten eskimiş ve yıpranmışsa zaten yeni şekline nazaran gramında eksiklik görülecek, mukabilinde de o nisbetle az altın alınacaktır. Her iki emeğin hesaba katılması halinde bu sefer sarrafların müşterileri aldatmaları, kendi bileziklerindeki işçiliğin pek fazla, aldıkları "eski" bilezikte ise işçiliğin çok az olduğunu söylemeleri söz konusu olacaktır. Sonuç olarak en çıkar yol, -emek israfının önlenmesi açısından- işçilik farkına itibar etmemek olduğu ortaya çıkar. Zaten hadisler bunun ancak böyle olacağını açıktan

açığa beyan etmektedir. Tekrar edelim ki, bu farkın da gözetilmemesi sadece bir cinsin aynı cinsle değiştirilmesinde mevcuttur. Bir cinsin değişik bir cinsle mübadelesinde bu farkın hesaba katılması ribaya sebebiyet vermez. Daha önce kaydettiğimiz gibi 1 gr. altını 100 gr. gümüşle yahut 10.000 lira ile peşin olarak değiştirmede faiz bulunmamaktadır.

MADDE: 403/13- "Altın ile gümüş daimi olarak veznidir. Diğer malların miktan keyfiyeti örfe bırakılır. "

Burada malların takdiri şekli maddeleşmiştir. Bir malın miktarının ne şekilde tesbit edileceği meselesi. İslam hukukçularının mesai sarf ettiği bir mesele olmuştur. Sözgelimi buğday ile buğday değiştirildiğinde buğdayların miktarını tayinde ölçek mi yoksa tartı aleti mi esas alınacaktır?

Bu konudaki görüşler şöylece özetlenebilir:

İmam Azam Ebu Hanife. İmam Muhammed ve İmam Malik'e göre malların miktarı keyfiyeti için nasslara bakılır. Nasslarda vezni olan tartı ile, keylî olan ölçekle, zirai olan arşın ile (metre de denilebilir) adedi olan da tane ile kendi cinsiyle değiştirilir.

İmam Ebü Yusuf, "Bütün mallann satış şeklinde örfe bakılır" der. Örfte hangi mal ne suretle satılıyorsa kendi cinsiyle değiştirildiğinde o suretle alınır, satılır.

Şafii mezhebine göre de Asr-ı Saadet'teki Hicaz ehlinin örfü ölçü alınır. O zaman için Hicaz'da bir mal ne şekilde satılıyorduysa o mal kendi cinsi ile değiştirildiğinde ilelebet o şekilde değiştirilir. Bir malın takdiri konusunda Asr-ı Saadet'teki Hicaz Ehli'nin örfü tesbit edilemezse bakılır: Eğer o malın taneleri hurmadan büyükse vezni kabul edilir. Çünkü o zaman Hicaz'da hurmadan büyük keyl'i mal yoktu. Taneleri hurmadan küçük olanlarda ise satışın yapıldığı yerin örfü esas alınır.

Bu konuda Hanbeli mezhebinin görüşü de şöyledir: Tartı (vezn) hususunda Asr-ı Saadet'teki Mekke örfü. ölçek (keyl) hususunda da Medine örfü geçerlidir. Vezniliği veya keyliliği tesbit edilemeyen malların takdiri işi, satışın yapıldığı beldenin örfüne bakılır[17].

Özetini verdiğimiz görüşler içerisinde en kolay olanı İmam Ebu Yusuf un görüşüdür. Bu bakımdan 13. maddede İmam Ebü Yusuf'un görüşü muhtevayı teşkil etmiştir. Şunu ilave etmek gerekir ki, altın ve gümüş eski tarihlerden beri tartı ile satıla gelmiştir. Altın ve gümüşün veznîliğinin kıyamete kadar devam edeceğinde bir şüphe hatıra gelmemektedir. Altın yahut gümüşün kendilerine has bir ölçekle satılması akla uzak düşmektedir. Bundan dolayı 13. Maddeye "Altın ve gümüş daimi olarak veznidir..." diye başlandı.

Ancak şurasını da tekrar hatırlamada fayda görüyoruz: Bir malın veznfliği veya key liliği sadece o mal kendi cinsiy le değiştirildiğinde önem taşır. Mesela buğday keylî kabul edilse ancak buğday ile buğday değiştirildiğinde mübadelenin mutlaka keylî olması gerekir. Ama buğday ile arpa değiştirildiğinde bu keylîlik önemini tamamen kaybeder. Buğday ile arpa ölçekle, tartıyla, götürü ile değiştirilebilir. Bu bakımdan halk arasında mutlak olarak söylenen ·Buğday kilo ile satılmaz" sözü yanlıştır, söz, buğday ile buğdayın değişimine mahsustur.

Akla şöyle bir soru gelebilir: Altın ile şekerin veresiye olarak değiştirilmesi bütün imamlara göre faiz değildir. Altın ve şekerin her ikisi de 'veznîlik' illetinde birleşmelerine rağmen bu muamelede neden ribay-ı nesie gerçekleşmiyor?

[17] el-Cezir!, age., 2/257 vd.

Hanefiler, altın ve gümüşün vezniliğinin kendilerine has olduğunu, diğer malların veznîliklerine benzemediğini ifade ederek soruyu cevaplandırırlar[18]. Bu iki veznilik arasında bir farkın bulunduğu teamülde de göze çarpar. Altın veya gümüş tartılırken gösterilen titizlik, şeker tartılırken gösterilmez.

MADDE: 403/14- "İki mal arasındaki cins değişikliği aslının veya kullanış gayesinin ayrı oluşu yahut işçilik fazlalığı ile meydana gelir."

Şimdiye kadar sık sık "cins" kelimesini kullandık. Cinsin cinsten ne zaman ve ne gibi şartlarla ayrıldığı meselesi bu maddenin konusudur. Cins hakkında kafamızda az çok bir bilgi bulunduğu için bu maddeyi ön sıralara koymadık Ama maddenin sayısı değiştirilerek mesela, 7'nin yerine konması da mümkündür.

Mal cinslerinin aynılığı veya ayrılığı konusunda müctehidler ayrı görüşlere sahip olmuşlardır.

Şafii ve Hanbeliler "cins" tesbitinde "isim"e bakmışlardır. Aynı ismi taşıyan mallar aynı cins, ismi değişik olan mallar ayrı cins mallardır. Kullanış gayesinin aynı yahut ayrı olduğunun bir tesiri yoktur.

Malikiler ise "cins" tesbitinde "menfaat birliğini veya menfaat yakınlığını" esas almışlardır. Onlara göre aynı yahut birbirine yakın menfaat sağlayan mallar aynı cins kabul edilmiştir.

Bu konuda Hanefiler değişik esaslar koymuşlardır. 14. Maddemizi teşkil eden ve daha teknik olan bu görüş üç aynı kıstasla cins değişikliğini belli bir esasa bağlamaktadır. Onlara göre cins değişikliği şunlarla bilinir:

a- Asılların ayrı oluşuyla

Sığır etiyle koyun eti, üzüm sirkesiyle hurma sirkesi, buğday unu ile arpa unu ayrı cinstir. Çünkü asılları ayrıdır. Ama inek eti ile manda eti, koyun eti ile keçi eti aynı cinstir. Çünkü birinciler "sığır" eti, ikinciler "davar" etidir. "Sığır" kelimesi büyük baş hayvanların, "davar" kelimesi küçük baş hayvanların "asıl" isimleridir.

b- Kullanılış gayesinin ayrı oluşuyla

Koyun yünü ile tiftik ayn cinstir. Çünkü yün ile tiftiğin kullanıldığı yerler ayndır. Ama koyu n sütü ile keçi sütü, koyun eti ile keçi eti aynı cinstir. Çünkü hem asılları hem de kullanılış gayeleri birdir.

c- İşçilik fazlalığıyla

Burada sözü edilen işçilik bir malı başka bir mal haline sokan işçiliktir. Yoksa aynı mal üzerindeki nakış ve tezyinatı ifade eden işçilik değildir. Nitekim 12. maddede buna işaret olunmuştu.

Buna göre buğday ile ekmek ayn cinstir. Çünkü buğday ekmek oluncaya kadar bir sürü ameliyeyi gerekli kılmıştır. Ancak aynı kıstasa göre buğday unu ile unun ayrı cins kabul edilmesi gerekirken Hanefiler bu iki malı aynı cins saymışlardır[19].

MADDE: 403/l5- "Riba şüphesi ribanın hakikati gibidir."

Dinimizde faiz şiddetle yasaklanmıştır. Riba'nın işlenmesi bir tarafa, onun semtine bile yaklaşmak doğru görülmemiştir. Bu bakımdan kitaplarda ribâ şüphesinin bizzat ribâ gibi olacağı

[18] Bilmen. age., 6/106.
[19] Bkz., el-Cezir!, age., 2/256 vd.

kaydedilmektedir[20]. Dolayısıyla Müslüman, faiz var mı yok mu diye şüphelendiği bir muameleyi bizzat faizi işliyormuş gibi telakki edecek ve ondan uzak duracaktır. Tıpkı bunun gibi tahmini olarak mesela 50 tenekedir diye bir buğday yığınını yine 50 teneke buğdayla değiştirmeyecek, kesinlikle miktarını bilmediği bu buğday yığınlarını miktarca birbirinden farklı kabul edecektir. Böylece, muameleyi yaptığı takdirde faiz işlemiş olacağını kafasına koyacaktır.

MADDE: 403/l6- "Menfaat celbeden bütün borçlar ribâdır. "

Aslı كل قرض جر نفعا فهو ربا şeklinde olan ve hadis diye nakledilen bu kaide İslam hukukunun faiz, sarf ve karz esaslarına tamamen uygundur. Hadis olup olmadığı münakaşa edilse de[21] mana itibarıyla 403/ 7-10. maddelerin açıklanmasında verilen hadislere tam tamına intibak etmektedir.

Bu kaideye göre her ne türden olursa olsun kendisinde bir menfa- atin şart koşulduğu bütün borçlar faiz olmaktadır. Söz gelimi borçlunun borcunu öderken fazladan bir de yemek yedirmesi şart koşulsa bu borç akdi ribâya dönüşmüş olur. Aynı esastan hareketle süftece (bir nevi poliçe) de caiz görülmemiştir. Süftece, alacaklının, başka bir beldede alması şartıyla borç vermesi demektir. Mesela Konya'da borç para verip Diyarbakır'da bu borcu tahsil etmesini şart koşması bir süftecedir ki, alacaklı bu şartı ileri sürmekle parasının yoldaki emniyetini borçluya yüklemiş olur. Süftece, soyulma, kaybetme, taşıma külfeti... açısından alacaklıyı emin kıldığı, riskten kurtardığı ve kendisine böylece menfaat sağladığı için mekruh görülmüştür[22].

Bu arada satıcılara bir şeyi daha hatırlatmak istiyoruz. Bozuk paraya ihtiyaç duyup para bozdurmak isteyenlere "Benden bir şey satın alırsan paranı bozarım" demekten sakınılmalıdır. Para bozmak, şartın gereği olarak satıcıya bir menfaat sağlayacağı için "riba" kelimesi kulak- larımıza çarpmalıdır. Hz. Ömer'in "...Riba ve benzeri şüpheli şeyi terk ediniz'; sözü sık sık kulaklarımızda çınlamalıdır[23].

MADDE: 403/17- "Sarf, akid meclisine münhasırdır. Meclis içerisinde kat'iyyet kesbetmemesi yani her iki nakdin taraflarca kabzedilmeyip akdin neticelendirilmemesi akdi ifsad eder. "

Akid meclisini genellikle kitaplar, "Tarafların akid yapmak için bir araya geldikleri yer" diye tarif etmişse de "Tarafların, içerisinde akid yaptıkları zaman" şeklinde tarif etmek de mümkündür. Meclisin tarifi ayrı bir tartışma konusu olabilir.

403/2. maddede tarif edildiği üzere paranın para ile değiştirilmesine (para bozmaya) sarf denir. Paralar aynı sınıfa {nakidler) girdikleri için bir cins para aynı veya başka bir cins para ile değiştirildiğinde peşinen değiştirilecek, va'de koymak nesle ribası olacaktır. Aynı cins paraların değişiminde peşinliğin yanısıra eşitlik de aranacaktır. 403/7-10. madde açıklamalarında bunlardan uzunca bahsolunmuştu. Buna göre paraların veresiye olarak değiştirilmesi ribay-ı nesieye sebebiyet vere ceğinden, tek başına veresiye olması şartı akdi fesada uğratacaktır. Ribanın füsid bir akid olduğu hatırlanmalıdır (Bkz. 403/ 4. madde). Hatta para bozdurulduğunda "Cebimdeki para çıkışmadı şu kadarını al, geri kalanını sonra vereyim" demek suretiyle yapılan muamele veya eksiğe para bozmak da riba olur. Konulan va'denin kısa veya uzun olması arasında fark yoktur.

---

[20] Örnek olarak bkz. el-Mevsili, el-İhtiyar, 2/32, Beyrut, 1975; Ahmed el-Ba'h, er- Ravzu'n-Nediy, s. 222, Ts. Selefiyye, Mt. Alauddin el-Kasan!, Bedaiu's-Sanhai', 5/ 198. Mısır, 1327.

[21] es-Suyüti, el-Carniu's-Sağ;ir, 5/28 (Feyzu'I-Kadir'Ie beraber) Mısır, 1938, İsmail el- Acllını. Keşfu'l-Hafü, 2/125, No; 1991, Beyrut, 1351. Alauddin el-Hindi, Kenzu'l- Ummal. 6/238, No: 15516, Beyrut, 1981.

[22] el-Mevsıli, age., 2/33.

[23] İbn Mace. Ticarat: 58 (senedi sahihtir

MADDE: 403/18- "Smjlazım, karz gayr i lazımdır."

Akidlerin lazım veya gayr-i lazım olması söz konusudur. Karşı tarafın rızasına ihtiyaç duyulmadan tek taraflı olarak feshedilebilen akidler gayr-i lazım. ancak iki tarafın anlaşması suretiyle feshedilebilen yani tek taraflı olarak bozulmayan akidler, lazımdır[24]. Mesela bey' akdi her iki taraftan lazım bir akiddir. Onun içindir ki alış verişin feshi demek olan ikile (cayma) ancak karşılıklı icab ve kabul ile gerçekleşebiliyor[25]. Vekalet akdi de her iki taraftan gayr-i lazımdır. Vekil ile müvekkil istedik leri anda tek taraflı olarak akdi bozabilirler. "Gayr-i lazım" tabiri yerine "caiz" kelimesi de kullanılabilir. Bazı akidler de vardır ki bir taraftan lazım olduğu halde diğer taraffan gay r- i lazımdır. Mesela rehin akdi rahin (rehin veren) için lazım. mürtehin (rehin alan) için gayr-i lazımdır[26].

Sarf lazım, karz gay r-i lazım akidler arasında yer alır.[27]

Buna göre sarf akdi yapılıp aynı mecliste bedeller teslim edildikten ve meclis dağıldıktan sonra artık para bozanlardan birisi karşı tarafın rızası olmadan tek taraflı olarak bu akdi bozamaz. Sarf akdi bir nevi bey' akdi olduğundan bey'in vasfı ile vasıflanması tabiidir. Bey'de oldu- ğu gibi sarfta da taraflar ancak aralarında anlaşarak akdi bozabilirler.

Sarfın aksine karz akdi tarafları bağlayıcı özelliğe sahip değildir. Borcu olan o borcu istediği zaman iade eder, veren de istediği zaman alacağını tahsil eder. Karz akdinin gayr-i lazım oluşu, karzdaki müddetin hukuken muteber olmayışından ve karzın teberruattan oluşundan ileri gelir. Burada ister istemez bir yakın hususa kaymak mecburiyetini hissediyoruz. Karzda müddet konur mu, konmaz mı meselesi. Kaynaklarda, borç verirken "şu kadar gün sonra alınm" şeklinde belli müddet koyma konusunda müsbet ve menfi iki hükme rastlamak mümkündür. Bazı kitaplarda borçta belli bir müddet koymanın faize sebebiyet vereceği, dolayısıyla haram olacağı[28] belirtilirken bazılarında karzda belli müddet konduğunda akdin sahih olarak kalacağı ve sadece müddetin geçersiz (batıl) olacağı[29] söylenmiş, diğer bazılarında ise karzda belli müddetin hukuken muteber olmayacağı ancak o müddetin bitimine kadar alacaklının, alacağını istemeyip beklemesinin mendup olacağı[30] kaydedilmiştir. Son iki görüş netice itibariyle birbirinden pek farklı değildir. Yukarıda anlatılanlar karzdır. Deyn ile karıştırılmamalıdır.

Değildir. Birinci görüşe göre karzda belli müddet koymak haram, riba yani günah-i kebairken üçüncü görüşe göre bu müddete riayet etmenin mendup olacağı söylenmektedir. Birbirine son derece zıt olan bu iki görüşten hangisi en doğrusudur?

Karz akdinde belli müddet koymanın riba olacağını söyleyenler mes'eleyi şöyle yorumlamaktadırlar[31].

Yukarıda anlatıldığı gibi karz akdinde bir değiş-tokuş oluyor ama karz akdi bir mübadele akdidir demek çok zordur. Çünkü borç para veren ve alan parayı değiştirmek niyetinde değildirler.

---

24 Ali Haydar Ef., age.. 1/221
25 el-Mevsıli, age., 2/11,Mecelle, Md: 163, 190, 191.
26 Ali Haydar Ef., age., 1/221, es-Suyüti, el-Eşbah ve'n-Nezfilr, s. 275 vd. Mısır, 1959
27 es-Suyüti, aynı yer. İbn-i Nüceynı, el-Eşbah ve·n-Nezfilr, s. 134 vd. Mısır, Ts. Hüseyniyye Mat.
28 Bkz. el-Mevsıli, age., 2/9. el-Meydani, el-Lübab, 2/36 vd. Ts. M. H. Abdulhanıid tahkiki. el-Merğ;inani, el-Hidaye, 5/273 (Fethu'l-Kadir'le birlikte), Bulak, 1316.
29 İbnu'l-Hümam, ş. Fethu'l-Kadir, 5/273, Bulak, 1316, İbn Abidin, Reddu'I-Muhtar, 4/ 169 vd. Beyrut, Ts. Daru İhyai't-Türasi'l-Arabi.
30 Bilmen, age., 6/95.
31 Bkz. 28. dipnottaki yerler.

Parayı değiştirmede hem mukriz hem de müstakriz için bir fayda mevcut değildir. Buradaki mübadeleye ihtiyaçları da yoktur. Halbuki mübadelelerde bir ihtiyaç aranır. Bu bakımdan karz mübadeledir, demek karzın sebep ve gayesinden uzak olan bir şeyi söylemek olur. Karz, mukrizin müstakrize bir yardımından ibarettir, bunda herhangi bir mübadele gayesi yoktur. Bundan dolayı belli bir müddete kadar borç vermek faiz olmaz. Karzda mübadele, dolayısıyla riba olacaksa belli müddet konmaksızın sonradan ödeme yapıldığında neden yine riba olmasın. Yani müddet konmasa bile karzda veresiye mübadele, dolayısıyla riba neden bulunmasın. Son görüşte olduğu gibi aksine mukrizin, şart koşulan müddete riayet edip ancak mezkür müddetin bitiminde parayı istemesi ve sözünde durması gereklidir. Çünkü verilmiş hatta şart koşulmuş bulunan sözde durmamak dinimizde yerilmiştir.[73]

"Ey iman edenler, belli bir müddete kadar borçlandığınız zaman o (borcu yazınız... Az olsun çok olsun (hakkı) vadesine kadar y azmaktan üşenmeyiniz"[32] ayet-i kerimesinin umûmundan belli bir müddetle borç vermenin meşru olduğu açıkça zikredilmektedir.

Netice olarak, kanaatimizce, belli müddetle borç para vermenin ribii olmayacağını, aksine o müddete uymanın mendup olacağını ifade eden ibareler en doğru ibarelerdir.

Burada adı geçen "borç"tan maksat borç verme muamelesindeki borçtur. Veresiye alış-verişten doğan borç değildir. Veresiye alışverişlerde ödeme gününün belirlenmesinin şart olduğunda ittifak vardır. Genellikle borç vermeye karz, veresiye alışverişteki borca deyn denilir. Dey n genel, karz özeldir. Her karz dey ndir ama her dey n karz MADDE: 403/19- "Daru'l-harpte müslim ile harbi arasında ribânın cevazı Devlet-i Aliyye'nin iznine bağlıdır."

Küfür diyarında faiz almanın mü bah olup olmaması imamlar arasın da münakaşa konusu olmuştur.

İmam Azam Ebu Hanife ile İmam Muhammed, kafirler ülkesinde müslüman ile kafir arasınçla faizli muamelenin caiz olacağı görüşündedirler[33]. İfadelerden faizin:

Küfür ülkesinde,

Müslüman ile kaflr arasında olması şartıyla caiz görüldüğü anlaşılmaktadır. Bu iki şarttan birinin olması yani Daru' l-İslam'da veya müslümanla müslüman arasında yapılır olması halinde faiz haram olmaya devam eder.

Diğer imamlar (Ebu Yusuf dahil), faizin, her yerde ve müslümanın bütün muamelelerinde dolayısıyla Daru'l-Harpte ve müslüman ile kafir arasında da haram olduğunu söylemişlerdir[34]. Zahiriyye mezhebinin meşhur imamlarından İbn Hazın, bu ikinci görüşü şiddetle savunur ve diğerini reddeder[35].

Adı geçen iki imam, görüşlerine "Daru'l-Haıpte müslüman ile harbi arasında riba yoktur" hadisini delil gösterirler. Ayrıca şunu da söylerler: "Harbilerin malları müslümanlara helaldir. Kafirler ancak eman (veya zimmet)la onu korurlar. Harbide olduğu gibi eman (veya zimmet)

---

32 İsra, 34. Buhari, İman: 24; Müslim. İman: 107, 109; Tirmizi, İman: 14; Nesfü, İman: 20.

33 es-Serahsi, age., 14/56, el-Kasfuıi, age., 5/192.

34 İbn Kudame, el-Muğni, 4/45 vd. Ts. el-Mektebetu'l-Yüsufiyye, İbn Rüşd, el- Mukaddimat, s. 616. Beyrut, Ts. ı. Bs. Daru's-Saade, İbn Hazın, age., 9/585 vd.

35 İbn Hazın, age., aynı yerler.

olmayacak olursa mallan müslümanlara mübah olur." Peygamberimiz (s.a.s.) de Hz. Ebu Bekir'e, müşriklerle Bizans-İran konusunda bahse girmiş ve mallarını alması için izin vermişti[36].

Hadisin sıhhatini Nasbu' r-Raye sahibi ez-Zey lai, sözkonusu yapmış, Şafü. Ebu Yusuf ve Mekhul kanalıyla Beyhaki'nin rivayet ettiğini, Şafü'nin "Bu sabit değildir, hüccet de olamaz" sözünü nakletmiş ve nihayet "Hadis garibdir" demiştir[37].

Metin veya isnad yönü nden tek kalmış yahut başkaları tarafından benzeri rivayet edilmemiş olan hadise garib denilmiştir. Tarifinden de anlaşıldığı üzere garib hadis sahih olabileceği gibi sahih olmama ihtimali de vardır. Bu bakımdan garib hadis, zayıflar arasında sayılmıştır[38].

İbn Kudame, el-Muğnîsinde meseleyi mukayeseli olarak ele almış ve ikinci görüşü desteklemiştir. O der ki: "Hadis mürseldir, sihhati bizce meçhuldur ... Hadis (sabitt olsa bile) "Riba yoktur" kısmının "Riba (yine) yasaktır" manasına olması muhtemeldir.[39]"

Müctehidlerin görüşlerini naklettikten sonra sıra meselenin maddeleştirilmesine geliyor:

Görüşler üzerinde düşündüğümüz vakit her ikisinin de çeşitli durum ve şartlarda Müslümanlara fayda sağlayabileceğini mütalaa ederiz. Bu bakımdan meselenin hükmünü seyyal bırakmak ve zamanın gereğine göre her iki görüşe de tatbik imkânı vermek en doğru yol görünmektedir. Dolayısıyla bu hususta son karar bir Osmanlı tabiriyle "Devlet-i Aliyye"nin emir ve müsadesine bırakılmıştır.

---

[36] İbn Kudame, ag.e., 4/45 vd. Hadise şöyle zuhur etmişti:
Mekke müşrikleri, putperestlikte ortak oldukları için mecusi İranlıları. müslümanlar da semavi bir dine inandıkları için Ehl-i Kitap olan Bizanslıları tutuyorlar ve müşrik- ler İran'ın Bizans'ı, müslümanlar ise Bizans'ın İran'ı yenmesini istiyorlardı. Bir defa- sında İran'ın Bizans'ı hezimete uğratması sebebiyle müşrikler çokça sevinmişlerdi. Rum Suresi'nin baş kısımları nazil olup Bizanslıların "birkaç sene" içinde İranlıları yeneceğini haber verince Hz. Ebu Bekir müşriklere "Dostlarınız İranlıların bizim dost- larımıza karşı galibiyetine seviniyor musunuz? Hayır sevinmeyiniz. Allah kesinlikle gözlerinizi aydın etmeyecektir. Allah'a yemin ederim ki, Bizanslılar İranlıları mutlaka yenecektir. Bunu bize Peygamberimiz (s.a.s.) haber verdi" demişti. Bunun üzerine müşrik Ubey b. Halef ayağa kalkmış:
-Ya Eba Fudayl (Eba Bekir)! Yalan söylüyorsun, demişti. Hz. Ebu Bekir de cevaben

[37] Cemaluddin ez-Zeyla!, Nasbu'r-Raye, 4/44, el-Mektebetü's-Selefiyye, 2. Bs., 1973.

[38] Bkz. Prof. Dr. Talat Koçyiğit, Hadis Istılahları, s. 114, Ankara, 1980.

[39] İbn Kudame, age., 4/46.

1891-1893 KIBRIS YÜKSEK MAHKEMESİ'NE GELEN TEMYİZ KONULARINDA GEÇEN MECELLE MADDELERİ

Yrd. Doç. Dr. Mustafa YAYLA

Polis Akademisi

Giriş

Bu çalışma 1891-1893 yılları arasında Kıbrıs Daavi ve Kaza mahkemelerinden Yüksek Mahkeme'ye(Mehakim-i Aliyye'ye)[1] temyiz için gelen bazı davalardaki hükme konu olan Mecelle maddeleriyle ilgili değerlendirmeyi ele almaktadır.[2]

Modernleşme dönemi Osmanlı'da Tanzimat Fermanı'nın (1839) ilanı ile artık yeni bir sürece girmiştir. Osmanlı devletinin askeri, idari ve ticari yapısında pek çok değişiklik bağlamındaki gelişmeler yanısıra Osmanlı Hukuku alanında da Avrupa Hukuk sistemleriyle ilişkili olarak daha da önemli adımlar atılmıştır.[3] Bu süreç Avrupa devletlerinin kendi hukuklarıyla uyuşmayan ve sakıncalı gördükleri bazı hukuk konularıyla ilgili uygulamaları hakkında Osmanlı Devleti'ne baskı yapmaya başladıkları bir dönemdir[4].

Tanzimat Fermanı Osmanlı Devleti'nde hukuk alanında da yeni gelişmelerin başlangıcı olmuştur. Bundan dolayı Batı hukuk sistemlerini iktibas yoluyla almaya başlayan Osmanlı Devleti'nde özel hukuk ilişkilerinin düzenlenmesi için geniş kapsamlı bir kanun hazırlanmasına da gidilmiştir. İngiltere, Fransa, Avusturya, Rusya vb. Osmanlı devletiyle siyasi ve iktisadi münasebetler içinde bulunan devletlerin, azınlıkları da bahane ederek Osmanlı Devleti'ne yeni mahkemeler kurma ve yeni kanunlar yapma konularında baskı uygulamaya başladığı da görülmektedir. Bu süreçte Fransız Büyükelçisi'nin gayreti ve bazı Osmanlı devlet adamlarının desteğiyle Fransız medeni kanununun iktibas yoluyla kabulü fikri ağırlık kazanmaya başlamıştır. Bu görüşler üzerine doğrudan Fransız kanunlarının iktibası yerine *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Komisyonu* (Mecelle Cemiyeti) kurularak bugün kısaca Mecelle olarak anılan ve bir Mukaddime'yle birlikte on altı Kitaptan oluşan 1851 maddelik *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* adında bir Medeni Kanun hazırlanmıştır. *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*'de yer alan her Kitap için ayrı bir komisyon kurularak işe başlanmıştır. Çalışması biten Kitap'lardaki kanunlar ise Padişah tarafından onaylandıktan sorna yürürlüğe girmiştir[5].

---

[1] Burada zikri geçen mahkemelerin yetkileri ve ilgili diğer hususlar için bkz. *1882 Kıbrıs Mehakim-i Adliyyesi Kanunu*(The Cyprus Courts Of Justice Order 1882), Çeviren/Hazırlayan: Çeviren: H. Apisoghom Ütüciyan Lefkoşe 1883, s.14 vd. http://docs.neu.edu.tr/library/6293024181.pdf E.T.23.09.2018

[2] *The Cyprus Law Reports, Vol. II, Cases Determined by the Suprime Court of Cyprus on Appeal from the Daavi Courts and District Courts, from the year 1891 to the year 1893*, Nicosia 1894

[3] Zeki Koçak, "Hukuk Tekniği Açısından Mecelle'ye Yapılan Eleştiriler ve Değerlendirilmesi", *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2015 19 (2): 27-48*, s.28

[4] Celal Erdönmez, "Şeri'yye Sicillerine Göre Tanzimat Dönemi'nde Kıbrıs'ta bir İrtidad ve Tanassur Vakası", s.104, http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423867218.pdf E.T. 11/09/2017

[5] M Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye", *TDV İslam Ansiklopedisi,* 2003, c.28 (231-235), s.231 vd.

Genel olarak bakıldığında Osmanlı modernleşmesinin ya da Osmanlı Devleti'ndeki Batılılaşma hareketinin oldukça önemli bir cephesini kanunlaştırma hareketlerinin oluşturduğu görülmektedir. *Bu dönem* Osmanlı modernleşmesinin hukukî karakterinin, kanunlaştırmaların mantığı ve fıkhî zemin arayışlarının, Tanzimat'la birlikte yürürlüğe giren kanunların işleyişlerinin ve aksaklıklarının görüldüğü bir süreç olarak bilinir. Bu dönemin son derece kayda değer çalışması olan Mecelle'nin kanunlaştırma hareketinde hukuk, din-modernleşme, batılılaşma ve yeni devrin problemlerini çözme adına çok önemli bir rol oynadığı görülmektedir[6].

Mecelle-i Akam-ı Adliyye Osmanlı Devleti sınırları içerisinde kalan ülkelerde daha uzun süre yürürlükte kalırken Türkiye'de 1926 yılına kadar 57 yıl meriyette kalmıştır.[7] 864 sayılı "Kanunu medeninin sureti meriyet ve şekli tatbiki hakkında kanun"'un 43. maddesi olan (ilga edilen hükümler ve mecelle) "Kanunu medenîye, borçlar kanununa ve bu tatbîkat kanununa muhâlif olan hükümler ile mecelle mülgâdır" ifadesiyle 4 Ekim 1926 tarihinde Türkiye'de yürürlükten kaldırılmıştır.[8]

Kıbrıs'da Erken İngiliz Dönemi (1878-1915)

Osmanlı Hükümeti 4 Haziran 1878 senesinde İngiliz'lerle Kıbrıs konusunda "Kıbrıs Antlaşması" [9]adıyla bir sözleşme yaptı. İngiliz iç siyasetinde lehinde ve aleyhinde önemli tartışmaları beraberinde getiren bu antlaşmayla zor günler yaşayan Osmanlı Devleti böylece Rus saldırılarına karşı mülkiyeti Osmanlı Devleti'nde kalmak şartıyla Kıbrıs'ı yönetim açısından bir askeri üs olarak İngiltere'ye devretmiş oldu[10]. Böylece Ada'nın siyasi ve hukuk tarihinde "erken İngiliz dönemi (1878-1915)" başlamıştır[11]. Tanzimat sonrası dönemde Osmanlı Devleti tarafından çıkarılıp uygulamaya konulan Batı kaynaklı kanunların erken İngiliz döneminden sonra Ada'da kurulan İngiliz koloni yönetiminin son dönemlerine kadar bazı değişikliklere uğrayarak kısıtlı da olsa devam ettiği görülmektedir[12].

Geriye doğru bakıldığında 1571 yılında Osmanlı Devleti'nin Kıbrıs'ı fethettikten sonra geleneksel olarak kendi hukuk sistemini Ada'ya taşıdığı görülmektedir. Bununla birlikte Kıbrıs halkı aile hukuku ve inançlarıyla ilgili hususlarda serbest bırakılmış olup bu konularda haklarını kendi mahkemelerine başvurarak arayabilme yetkisine sahiptiler[13]. Osmanlı Devleti'nin atadığı kadıların tarafsız tutumları sebebiyle Osmanlı Adalet Sistemine güvenen Kıbrıs halkının zaman zaman kendi mahkemeleri yerine Osmanlı mahkemelerine başvurmaktan çekinmediği hatta tercih ettiği görülmüştür[14]. 4 Haziran 1878 tarihinden itibaren de Kıbrıs Adası Osmanlı Devleti'nin mülkiyeti ve Osmanlı Hukuk sistemi altında olmasına rağmen, yönetimin İngilizlere

---

[6] Aydın Aktay, "Türk Modernleşmesinin Özgünlüğü Sorunu: Türk Aile Hukuku Örneği", *Akademik İncelemeler Dergisi (Journal of Academic Inquiries),* Cilt/Volume: 7, Sayı/Number: 2, Yıl/Year: 2012, s.96-97

[7] *Günümüz Türkçesi'yle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye),* Haz. Cengiz İlhan, Yetkin Yayınları 2011, s.18

[8] 864 sayılı kanun için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400864.pdf E.T: 21.09.2018

[9] Antlaşma metni için bkz. *The Cyprus Convention: Convention of Defensive Alliance Between Great Britain and Turkey with Respect of the Asiatic Provinces of Turkey Signed at Constantinople, 4th June 1878*, http://www.lygeros.org/section_caratheodory/CyprusConvention_18780604.pdf E.T.25.09.2018

[10] Tekla Sylvia Doris Price, *The Vice Sultan: A. Henry Layard, Ambassador to Constantinople 1877-1880*, Master Thesis, University of Calgary, 1997, s.124

[11] Turgut Turhan, "The Turkish Cypriot Legal System from a Historical Perspective", Ankarabarreview, s.93-94, http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/AnkaraBarReview/tekmakale/2010-1/12.pdf E.T. 09/092017

[12] Nikitas E. Hatzimihail, "Cyprus as a Mixed Legal System", 6 J. Civ. L. Stud. (2013), s.44http://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol6/iss1/3 E.T. 20/09/2017

[13] Andreas Neocleous and David Bevir, "Legal History" (1-13) in *Introduction to Cyprus Law*, (2000) edit. Dennis Campell, Newyork, s.11

[14] Turgut Turhan, s.95-96

bırakılmasıyla İngilizler'in de kendi adalet ve hukuk sistemini yavaş yavaş Ada'ya yerleştirmeye başladığı bilinmektedir[15].

İngiltere'yle yapılan antlaşmada Sultan II. Abdülhamit (1876-1908), Kıbrıs adasında Müslüman halkın davalarını ele almayla yetkili olan *Şer'i Mahkemeler* konusuna çok dikkat etmiştir. Bundan dolayı 1 Temmuz 1878 tarihinden itibaren bu antlaşmaya eklemeler ve değişiklikler yapılarak[16] Ada'daki mevcut mahkemeler ilga edilirken Müslüman ahalinin dini işlerine bakmak için kurulan *Şer'i Mahkemeler*'in ise devam etmesine karar verilmiştir[17].

14 Ağustos 1878'de imzalanan II. Ek antlaşmayla yapılan yeni bir düzenlemeyle Ada'nın idaresinde gerekli kanun ve nizamların İngiltere'nin yönetimi süresince Kraliçe adına yürütülmesi de kabul edilmiştir. Böylece, İngiltere sadece yönetim değil aynı zamanda dolaylı bir "egemenlik" kurarak hukuk alanında yetki sahibi olmaya yönelik ciddi adımlar atabilme gücünü de böylece elde etmiş oldu[18].

5 Kasım 1914 yılında İngiliz'lerin Ada'yı kendi topraklarına ilga etmesiyle birlikte Kıbrıs da Osmanlı hakimiyetinden bu yolla çıkarılmış oldu. Bunu takibeden yıllarda idareyi elinde tutan İngiltere 1925 yılında Ada'yı tamamen bir İngiliz kolonisi haline getirmiştir[19]. Bununla birlikte Osmanlı Hukuku devam etmiştir. Çünkü mahkemede hak arayan vatandaşların haklarına karar verilebilmesi yetkisi hususunda Osmanlı ya da İngiliz hukukunu seçebilme serbestisi vardı[20].

1 Temmuz 1878 tarihinde geçici olarak hazırlanan yargı sistemi yerine 16 Mart 1882 yılında Kraliçe Victoria tarafından *1882 Kıbrıs Mehakim-i Adliyyesi Kanunu*(The Cyprus Courts of Justice Order 1882) çıkarıldı. İlerleyen yıllarda bu kanunda bazı değişiklikler ve düzeltmelerin yapıldığı görülmektedir[21]. Bu kanun aynı zamanda Osmanlı ve İngiltere arasında Kıbrıs vatandaşlarının hukuki durumunu düzenleyen ortak bir antlaşma metni olarak da bilinir[22]. Ada'da yaşayan toplumların yargıyla ilgili işlerinin düzenlenmesi için tanzim edilen bu antlaşmanın bir Anayasa niteliğinde kabul gördüğü de bilinmektedir[23].

1882 Kıbrıs Mehakim-i Adliyyesi Kanunu(The Cyprus Courts of Justice Order 1882)

Kıbrıs Mehakim-i Adliyyesi Kanunu'a göre taraflardan birinin ya da hepsinin Osmanlı vatandaşı olması durumunda Osmanlı Kanunları'nın uygulanacağı ifade edilmiştir. Tarafların başka bir ülke vatandaşı olduğu durumlarda ise İngiliz Hukuku devreye girecektir[24].

Kıbrıs'ta bu kanuna göre uygulanan Osmanlı Hukuku beş kanundan ibarettir. Bu kanunlardan 1928 yılında çıkarılan İngiliz kolonileri için hazırlanan İngiliz Ceza Kanunu üzerine tanzim edilen *Kıbrıs Ceza Kanunu* olup bölgesel ihtiyaçları karşılayamadığı öne sürülen ve tamam olmayan *Osmanlı Ceza Hukuku 1857* yerine ikame edilmiştir[25]. Yine bu kanunlardan biri 1928 tarihli

[15] J.T. Hutchinson and Claude Delaval Cobham,(1907), *A Handbook* of *Cyprus*, London, s.44-45
[16] Balıkçıoğlu, E. (2012). "The Times gazetesi'ne göre Kıbrıs'ta idari ıslahat", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, s. 821, https://www.j-humansciences.com/ojs/index.php/IJHS/article/viewFile/2292/886 E.T: 22/09/2017
[17] *1882 Kıbrıs Mehakim-i Adliyyesi Kanunu*, s.2
[18] Halil Fikret Alasya, (2002) "Kıbrıs", *TDV İslam Ansiklopedisi*, (380-383), s. 380 vd.
[19] *Encyclopedia Britanica*, "Cyprus", https://www.britannica.com/place/Cyprus E.T. 09.01.2018
[20] Andreas Neocleous and David Bevir, "Legal History" (1-13) in *Introduction to Cyprus Law*, (2000) edit. Dennis Campell, Newyork, s.12
[21] *The London Law Gazette*, 18 October 1921, s. 8182, https://www.thegazette.co.uk/London/issue/32490/page/8182/data.pdf E.T. 09/09/2017
[22] Bkz. 1882 *Kıbrıs Mehakim-i Adliyyesi Kanunu*
[23] Bkz. A.g.e.
[24] A.g.e. s.11
[25] Andreas Thoma, "Criminal Law and Procedure", (459-527), in Andreas Neocleous & Co, *Introduction to Cyprus Law*, s.460, http://www.londontrust.net/filedepot/file/Library/Introduction_to_Cyprus_Law_Andreas_Neocleous.pdf E.T. 21/09/2017

Ortaklık Hukuku, 1928 tarihli Kambiyo Senetleri Kanunu(the Bills of Exchange Law 1928) ve 1928 tarihli İflas Hukuku, değiştirilip ilga edilen *Osmanlı Ticaret Hukuku*'dur[26].

İslam Hukuk ilkelerinin kanunlaştırılmış şekli olan yani medeni hak ve yükümlülükler diyebileceğimiz ve Mecelle olarak bilinen Osmanlı Medeni Kanunu da bunlardan biridir[27]. Bu süreçte Mecelle'nin bazı maddelerinin başka kanunlar çıkarılarak değişikliğe uğradığı ve ilga edildiği de görülmektedir. Ayrıca İngiliz hukukunun sözleşmelerle ilgili güncel hususlarını içeren ve Mecelle yerine hazırlanan 1930 tarihli Sözleşme Hukuku da bunlar arasında sayılabilir. Mecelle 1945 yılında tamamen kaldırılmakla birlikte bazı maddelerinin Kıbrıs'ın İngiliz yönetiminden çıktığı zamana kadar yürürlükte kaldığı görülmektedir[28].

1933 tarihli Sivil Yanlışlıklar Hukuku(Tort Law) bu konudaki yasaları tamamlamak amacıyla çıkarılmıştır. İngiliz Milletler topluluğunda Sivil Yanlışlıklar Hukuku olan tek ülke aslında Kıbrıs olarak bilinir. Mecelle'nin geriye kalan maddeleri de diğer yasalarla birlikte zamanla ilga edilerek böylece yürürlükten kaldırıldı. Osmanlı Arazi Kanunu ve ilgili Osmanlı Hukuku ise 1945 tarihli Menkul Mülkiyet Hukuku ile değiştirilerek 1946 yılında ilga edildi. Denizcilik Hukuku ise 1894 Ticari Kargo Kanunu'yla uyumlu kaldı. İngiliz yönetimi sırasında yukarıda zikri geçen kanunlar dışında diğer hukuk dalları da kanunlaştırıldı. Osmanlı Maden Hukuku'yla ilgili kanunlar[29] da Madenler ve Kazılar Hukuku ile değiştirildi[30].

Kıbrıs Mahkeme Teşkilatı

Kıbrıs 1878 yılında İngiliz yönetimine devredildiğinde daha önce zikredildiği üzere hali hazırdaki adli sistem tamamen gözden geçirilmiştir[31]. İngiliz yönetimi önce mahkemelerin başına İngiliz hakimleri tayin ederek işe başlamıştır. Osmanlı ve İngiliz vatandaşlarla yabancılar bu mahkemelerde temsil edilmişlerdir. 1878 Kıbrıs Antlaşması'na yapılan ek protokollerde daha önce zikredildiği üzere Müslüman ahalinin hukuk işleri için *Şeri Mahkemeler'*in devam etmesi şartı yer almıştır[32].

Bu çalışmayla ilgili olarak *1882 Kıbrıs Mehakim-i Adliyyesi Kanunu* çerçevesinde İngiliz yönetimi altındaki Kıbrıs'ta mahkeme teşkilatı aşağıdaki gibi ifade edilebilir:

1. Mahkeme-i Aliye(Yüksek Mahkeme): İki veya daha fazla hakimden oluşmaktadır.
2. Mahkeme-i Kaza: Üç hakimden oluşmakta olup hakimlerden biri mahkeme başkanı olup diğer iki hakimden biri Müslüman olacaktır.
3. Mahkeme-i Şeriye: Müslüman ahalinin dini konularıyla yani ahval-i şahsiyyesiyle ilgili konularına bakmakla yetkili kılınan mahkemedir[33].

Bu çalışmada ele alınan konu ilk derece mahkemelerinden Yüksek Mahkeme'ye temyize giden ve Yüksek Mahkeme kararlarına gerekçe olarak yer alan *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*'de olan maddeleridir. Bu kararlar *Kıbrıs Mahkeme Raporları*'nda zikredildiği üzere Kıbrıs'taki "Daavi"

[26] Criton Tornaritis, "The meaning of Cyprus law and codification", http://www.kypros. org/Documents/Tornaritis/docs/law.html E.T. 10.01.2018
[27] Turgut Turhan, s.102
[28] Sue Farran ve Esin Örücü, (2016) *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched, or Blended*, Routledge, s.220
[29] Özkan Keskin, "Osmanlı Devleti'nde Maden Hukuku'nun Teamülü", s. 127 vd. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1682/17940.pdf E.T. 23.09.2018
[30] Criton Tornaritis, a.g.e
[31] Bkz. Samuel W. Baker, *Cyprus as I saw it in 1879,* MacMillan & Co. 1879
[32] J.T. Hutchinson, s.15; Bkz. *The Cyprus Convention*
[33] A.g.e. s.73

ve Kaza mahkemelerinden Yüksek Mahkeme'ye temyize gönderilen ve sonuçlanan davaları kapsamaktadır[34].

Yukarıda bahsedildiği üzere Kıbrıs İngiliz yönetimine geçtiğinde her kazada zaten Osmanlı vatandaşlarının taraf olduğu olağan davaları gören "Daavi"[35] adı verilen mahkemeler vardı[36]. Yüksek mahkeme raporlarında geçen "Daavi" mahkemelerine Kadı başkanlık etmekteydi. Bu mahkemelerin Kadı yanısıra ikisi Hristiyan ikisi Müslüman dört üyesi vardı. "Daavi" mahkemelerin hukuk yargısı o günkü parayla 5,000 piastres yaklaşık 50 Sterlin'le sınırlandırılmıştır. Bu mahkemeler ceza yargısı alanında ise ancak üç aylık hapis cezasıyla yetkilendirilmiş olup bu da Kaza Kaymakamı'nın onamasına bağlı olarak uygulanabilmekteydi[37].

Zikri geçen bu "Daavi" mahkemelerinin bir süre daha devamı sağlandı. Bununla birlikte "Daavi" mahkemeleri tatmin edici olmaktan uzak olduğu gibi mahkemeye başkanlık yapan Kadı dışında kalan diğer üyeler halk tarafından seçilmekte olup düşük ücretli kişilerden oluşan farklı bir yapıya da sahipti. Halk tarafından seçilen üyelerden bazıları iyi eğitimli olup uygulayacakları kanunları inceleyebilecek kadar yeterli eğitim ve seviyeye sahip olmakla birlikte bu gibileri bir istisna teşkil etmekteydi[38].

"Daavi" mahkemelerine ilaveten başkentte Kadı ve üçü Müslüman üçü Hristiyan altı üyeli bir hukuk mahkemesi vardı. Bu mahkeme üç yılı geçen hapis cezalarındaki konularda da temyiz mahkemesi görevi görmekteydi[39]. Larnaka limanında kurulmuş olup ticari davalara bakan bir de "Larnaka Ticaret Mahkemesi" vardı[40].

Bu mahkemelerde uygulanan hukuk Osmanlı kanunlarının derlendiği Düstur'da yer alan ve Kod Napolyan üzerine bina edilen mükemmel bir hukuk sistemi olan Osmanlı Hukuk sistemiydi. Müslümanlar için de evlilik, boşanma, vasiyet vb. konular için doğrudan İslam Hukuku'nun uygulandığı zikri geçen *Mahkeme-i Şeri* adıyla anılan şeri mahkemeler vardı[41].

1878 senesinde İngilizlere yönetimin geçmesinden yaklaşık bir yıl sonra 1879 yılında Yüksek Mahkeme kurularak adli ve ceza yargısı konularında hazırlanan bir kanunla böylece adalet sisteminde yeni adımlar atılmaya başlanmış oldu. Bu Yüksek Mahkeme bir Yüksek Delege, Adli Delege ve Yardımcı Delegelerden oluşmaktaydı. Bu mahkeme 1878 yılındaki Kıbrıs Antlaşması'yla daha önce var olan Osmanlı Mahkemelerinin yargı yetkisi altında olabilen adli ve ceza davalarıyla her kesimden gelen davalara bakmaya başladı. Bu mahkemede uygulanacak hukuk İngiliz Hukuku'ydu[42].

Kıbrıstaki mahkemelerde görev alan Kadılar aslında İslam hukuku üzerine öğrenim görmüş olduklarından Kur'an ve Sünnet'e kısaca İslami hukuka dayanan bir hukuk sisteminde uzmandılar. Bu nedenle Batı medeniyeti tecrübeleri ve gelenekleri üzerine inşa edilen kanunları Kadılar uygulamaya alışık olmadıkları gibi uzmanı da değildiler. Aldıkları İslam Hukuk eğitimi ve tecrübesi sebebiyle Kadılarla birlikte ayrıca yargı konusunda yeterli eğitime sahip olmayan diğer mahkeme üyeleri de Nizamiye Mahkemeleri'nin adli ve ceza davalarını idare etmeye yeterli görülmemeye başlanmıştır[43].

---

[34] Bkz. *The Cyprus Law Reports*, *Cases Determined by the Suprime Court of Cyprus on Appeal from the Daavi Courts and District Courts, from the year 1883 to the year 1890*, Vol. I Nicosia 1893
[35] Bkz. a.g.e
[36] Bkz. Samuel W. Baker, a.g.e
[37] C. W. J, Orr, *Cyprus Under British Rule*, (1918), London, s.114
[38] A.g.e. s.115
[39] A.g.e., s.114
[40] *The Cyprus Law Reports*, (1893) s.1
[41] C. W. J, Orr, *Cyprus Under British Rule*, s.114
[42] A.g.e. s.115
[43] C. W. J, Orr, *Cyprus Under British Rule*, s.115

İngilizler 1882 yılında yukarıda bu bahsi geçen geçici uygulamayı kaldıran yeni bir yasa yürürlüğe koyarak Ada'da var olan mahkemeleri birleştirmek ve hukuk sistemindeki ikiliği kaldırmak amacını gütmüşlerdir. Bu yöntemle Kıbrıslıların ve diğer Osmanlı vatandaşlarının Osmanlı Hukuku'na tabi olması gibi İngiliz vatandaşlarını da içerecek şekilde yabancıların da yerelliğe uygun olarak düzenlenen İngiliz Hukuku'na tabi olması planlanmıştır. İngilizlerin Osmanlı vatandaşı olmayan halkı Kıbrıs hakimlerinin yargısı altında bırakmak istemedikleri görülmektedir[44].

Yukarıda zikredildiği üzere Başkent Nicosia'da yer alan iki yargıçlı bir Yüksek Mahkeme kuruldu. Tarafların Osmanlı vatandaşı olup olmadığına bakmayıp asıl ya da temyiz olsun bütün davaları görmeye başladı. Hem adli hem de ceza davalarına bakacak sınırlı yetkide ve bir İngiliz hakimin başkanlık yaptığı biri Müslüman diğeri Hristiyan iki üyeli Kaza mahkemeleri de kurulmuştur. Bu mahkemelerde Osmanlı vatandaşı olmayanların aksini istemedikçe sadece tek İngiliz yargıçla olan mahkemeye gidebilmesine olanak sağlanmıştır[45]. Bahsi geçen bu Yüksek Mahkeme yanısıra her kazada sınırsız sivil ve sınırlı ceza yargılaması yetkisine sahip bir Kaza Mahkemesi de çalışmaya başlamıştır. Bu düzenleme yukarıda zikri geçtiği üzere *1882 Kıbrıs Adliye Teşkilatı Kanunu*(Cyprus Courts of Justice Order 1882) içinde yer aldı. *1882 Kıbrıs Adliye Teşkilatı Kanunu* daha sonra bahsi geçen bazı düzenlemelere de uğramıştır.[46].

Ayrıca *geçici mahkemeler* (Court of Assizes) de yılın belli zamanlarında zikri geçen altı ana kasabada kurulmuştur. Bu mahkemeler bir ya da daha fazla Yüksek Mahkeme yargıçlarından ve iki ya da daha fazla veya sadece Kaza mahkemesi başkanından oluşmaktaydı[47].

Her kazada Kaza mahkemesi başkanından ibaret tek hakimli ya da iki olağan hakimden oluşan ve ceza davalarına da bakan *sulh mahkemesi* de bulunmaktaydı[48].

Daha küçük davalar için sonraları Ada 16 adli alana bölünerek *Yüksek Komisyon*(High Commissioner) tarafından her bir köy için Müslüman veya Hristiyan birer hakim de atanmaktaydı. Bu mahkemeler çok dar alanda da ceza davalarına sınırlı olarak bakabileceklerdi[49].

1878 Kıbrıs Antlaşması'na yapılan ek protokollerle Ada'da var olan Şeri Mahkeme'lerin devamı zaten onaylanmıştır. Bu mahkemeler adanın sadece Müslüman ahalisinin dini konularıyla alakalı davalarına bakabilecekti. Bu daha önceki *Şeri Mahkemeler* sadece altı kasabada devam edecekti. Köy hakimleri gibi iki hakimden ya da kaza mahkemesi başkanından ibaretti. İstanbul'dan aday gösterilen ve Yüksek Komisyon tarafından başkent Nicosia Şeri Mahkemesine atanan bir de Kıbrıs Kadısı vardı[50].

Geriye kalan üç Kadı da Ada'nın yerlisi olup Nicosia, Larnaca, ve Limassol'da oturmuştur. Mahkeme teşkilatı aslında her biri üç hakimden ibaret olan altı Kaza mahkemesinden ibaretti. Bu mahkemeler o zamanki 270.000 nüfuslu küçük bir Ada'nın adliye teşkilatını oluşturmuştur[51].

Böylece Kıbrıs'ta Yüksek Mahkeme ve köy hakimleri hariç altı kazada üçer kaza hakimden oluşan 18 hakim Ada'da görev yapmaktaydı. Genelde davalara zikri geçen bu altı kasabada bakılmaktaydı[52].

[44] Turgut Turhan, s.103
[45] C. W. J, Orr, *Cyprus Under British Rule*, s.116
[46] A.g.e. s.116
[47] A.g.e. s.116
[48] J.T. Hutchinson, s.73
[49] C. W. J, Orr, *Cyprus Under British Rule*, s.116-117
[50] A.g.e. s.116-117
[51] A.g.e. s.117
[52] A.g.e. s.118

Kıbrıs Mahkeme Raporları(Cyprus Law Reports)[53]

İngiliz hukuk sisteminde üst derece mahkeme kararlarının alt derece mahkemelerini bağlayıcı olmasından dolayı *örnek teşkil* eden yüksek mahkeme kararlarının raporlanması önem teşkil etmektedir. İngiliz adalet sisteminde ilk raporlamanın 1282-1537 yıllarına ait *Yıllıklar*'da(Annuals) yer aldığı görülmektedir. 1537-1863 yılları arasında özel olarak tutulan mahkeme raporları kullanılmıştır. Raporların kalitesi ise zamana göre farklılık teşkil etmektedir. 1863 yılından itibaren ise bu durum *Birleşik Mahkeme Raporları Konseyi* tarafından resmi olarak yürütülmeye başlanarak bu gelenek hala günümüzde de devam etmektedir[54].

İngiliz adalet sisteminin bir uzantısı olarak Kıbrıs İngiliz yönetiminde de *Kıbrıs Yüksek Mahkeme Kararları* 1893 tarihinden itibaren Kıbrıs'ta da *Kıbrıs Mahkeme Raporları* adıyla basılmaya başlanmıştır. Bu kararlar 1883 yılından itibaren alt mahkemelerden temyize gönderilen ve temyiz aşamasında sonuçlanan dava kararlarını içermektedir[55].

Tanzimat sonrası Kıbrıs'ta devam eden genel adıyla Osmanlı Hukuku'nun Ada'nın İngilizlere devri olan 1878'den 1960 yılına kadar İngiliz adalet sisteminin altında kısıtlı da olsa devam ettiği görülmektedir[56].

1878 yılından itibaren İngiliz yönetimine geçen Kıbrıs'ta yapılan değişikliklere bağlı olarak *Kıbrıs Mahkeme Raporları* 1883 yılındaki Yüksek Mahkeme raporlarından başlayarak 1893 yılından itibaren 1960 yılına kadar 24 cilt halinde İngilizce olarak basılmıştır. Kıbrıs 1960 yılında İngiliz yönetiminden bağımsız olduktan sonra *Kıbrıs Mahkeme Raporları* yeni sayı verilerek aynı adla basılmaya devam etmiştir[57].

Bu çalışmada 1891-1893 yıllarını kapsayan ve 1894 yılında II. cilt olarak basılan Yüksek Mahkeme Raporları'nda ilgili kararlara gerekçe olarak gösterilen *Mecelle* maddeleri değerlendirmeye alınmıştır[58].

Kıbrıs Mahkeme Raporları gerekçelerinde maddeleri geçen *Mecelle* birçok bağlamda bir Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku ve Yargılama Usulü Hukuku olma yanısıra aynı zamanda bir hukuk kitabı olarak Osmanlı'nın Batılılaşması'na ait son ciddi ürünü denilebilecek bir hukuk eseridir. Yalnızca Hanefi fıkhının ilgili hususlarının tedvini olmayıp aynı zamanda Roma hukuk anlayış ve ilkelerine de yakındır. Mecelle bunlara ek olarak hukukun evrensel ilkelerini de tedvin etmeye özen gösteren alanında özgün bir eser olarak takdir toplamıştır. Mecelle kapsadığı hukuki tahliller ve tanımlarıyla da günümüzde geçerliliğini koruyabilecek bir hukuk mantığı ve hukuk bakış açısına sahip bir eserdir. Daha da ilerisi Mecelle hukuk tarihi ve genel tarih açısından Osmanlı toplumunun sosyal ve kültürel yapısı hakkında bir üst düzey medeniyetin ürünü olarak da ayrıca bir önem taşımaktadır.[59]

Bu bağlamda ele alınıp değerlendiriliğinde İngilizce olarak tutulan *Kıbrıs Mahkeme Raporları* da Osmanlı toplumunun sosyo-kültürel ve siyasi tarihi açısından bu derece önem teşkil eden Mecelle ile ilgili maddelere değindiğinden Osmanlı Devleti'nin hukuk tarihi yanısıra Osmanlı Hukuku'nun böylesine önemli bir eserini uygulamasıyla ele aldığından incelemeye değen oldukça önemli belgelerdir. Çünkü 1869 yılında yürürlüğe giren Osmanlı Yurttaşlık Yasası'nın kabulüyle

---

[53] Bkz. *Cyprus Law Reports,* http://www.mof.gov.cy/mof/gpo/g po.nsf /dmlpublications_en/dmlpublic ations_e n?OpenDocument& Start=1&Count=1 000&Expand=4 E.T. 21/09/2017

[54] Jacqueline Martin, *Key Facts The English Legal System*, Hodder Education, 4. Baskı, London 2010, s.10

[55] Bkz. *The Cyprus Law Reports*, Vol. I

[56] Chrisolula Michailidou, *The Application of Regulation 44/01/EC National Report Cyprus*, s.1 http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_bxl1_cyprus.pdf E.T. 21/09/2017

[57] Bu raporların yılları ve ciltleri için bkz. http://ww w.mof.gov.cy/mof/gpo/gpo.nsf/dm lpublications_en/dmlpublications_ en?OpenDoc ument&Start=1&Count=1 000&Expand=4 E.T. 21/09/2017

[58] Bkz. *The Cyprus Law Reports*, Vol. II

[59] *Günümüz Türkçesi'yle Mecelle*, s.19-20

Aile ve Miras Hukuku istisna edilerek bütün Osmanlı vatandaşları aynı hukuka tabi kılınmıştır. Böylece kanunlaştırma faaliyetiyle Osmanlı kanunlarının tamamının derlendiği *Düstur*'la birlikte özel hukuk alanının çoğunluğunu kapsayan *Mecelle* kendi başına Osmanlı topraklarında yaşayan herkese uygulanabilen bir hukuk haline gelmiş olduğundan İngilizler de hazır buldukları bu işleyen kanunları yeri geldiğinde değiştirerek ve ekleyerek uygulamaya uzun bir süre daha devam etmişlerdir.[60]

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye

Mecelle'nin ilk kitabı olan *Kitabü'l-Büyu'* 1869[61] yılında yürürlüğe girmiş ve bu andan itibaren Osmanlı Devleti'ne bağlı olan Hicaz, Suriye, Ürdün, Lübnan, Yemen, Arnavutluk, Bosna, Kıbrıs ve Filistin topraklarında tatbik olunmaya başlamıştır. Geniş bir coğrafyada uygulanma alanı bulan *Mecelle* bu yüzden Arapça, Bulgarca, Rumca ve Ermenice yanında Fransızca ve İngilizce'ye tercüme edilmiştir[62].

İngilizlerin Kıbrıs yönetimini ele aldıktan sonra *Mecelle*'yi uygulamaya devam ettiklerini Ahmet Cevdet Paşa bizzat *Maruzat* adlı eserinde ifade etmiştir[63]. Buna ilaveten 4 Ekim 1926 yılında Türkiye'de yürürlükten kaldırılan Mecelle'nin Kıbrıs'ta İngiliz koloni rejiminin devam ettiği 1960 yılına kadar yapılan değişiklik ve eklemelerle kısıtlı da olsa uygulamada bırakıldığı bilinmektedir[64]. Osmanlı Hukuk sisteminin Ada'daki etkisi sebebiyle hukuk tarihi bağlamında Kıbrıs'ta *Arazi Kanunu*'yla ilgili ana hususların mantığının anlaşılabilmesi için günümüzde bunla ilgili Osmanlı Hukuk sisteminin bilinmesinin gerektiği ifade edilmektedir[65].

1891-1893 *Kıbrıs Mahkeme Raporları*'nda karara gerekçe olarak verilen Mecelle Maddeleri[66]Mahkeme kararlarında bahsigeçen Mecelle maddeleri Mecelle'de yer aldıkları kitaplara göre tasnif edilerek aşağıdaki gibi ele alınacaktır.

Mukaddime[67]

Bu kararlarda Mecelle'nin *Mukaddime* kısmına ait 2, 45, 79 sayılı maddeleri yer almıştır. Mecelle'nin *Mukaddime* kısmı aslında 100 maddeden oluşmaktadır. 1. Madde "İlm-i fikh mesail-i şer'iyye-i ameliyyeyi bilmektir." diyerek fıkıh ilminin tanımı vermekte olup diğer 99 madde ise *İbn Nüceym* (1520-1570) ve O'nun sistemini takip eden fakihlerin bir araya getirdikleri kavaid-i külliye denilen İslam hukukun evrensel nitelikteki temel ilkeleridir.[68]

Aslında Tabiî Hukuk açısından değişmesi pek düşünülemeyen hukukun külli kaideleri Mecelle'de düzenlemiştir. Bununla birlikte Mecele'de yer alan kavaid-i külliye hakimlerin verdiği kararlara gerekçe olarak kullanılamaz. Kısaca hükümler ortada açıkça bulunan sahih bir nakil olmadıkça, yalnız bu temel ilkelerden birine dayanılarak verilemeyecektir. Bu da Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin 2-99 maddelerinin doğrudan doğruya bağlayıcı özelliği olmadığını gösterir.

---

[60] A.g.e. s.21

[61] Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", *OTAM*, 29/Bahar 2011, (93-124), s.99 vd.

[62] Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul 2009, s.59

[63] *Maruzat*, Haz. Yusuf Hallaçoğlu, İstanbul 2008, s.200

[64] Andreas Neocleous & Co, *Introduction to Cyprus Law*, s.575, http://www.londontrust.net/filedepot/file/Library/Introduction_to_Cyprus_La w_Andreas_Neocleous.pdf E.T. 21/09/2017; Ahmet Cevdet Paşa, s.59

[65] Lefkios Tsikkines, "Land Law", (515-615) in Andreas Neocleous & Co, *Introduction to Cyprus Law*, s.576, http://www.londontrust.net/filedepot/file/Library/Introduction_to_Cyprus_Law_Andreas_Neocleous.pdf E.T. 21/09/2017

[66] Bkz. *The Cyprus Law Reports*, Vol. II

[67] Çalışma içerisindeki Mecelle maddeleriyle ilgili açıklamalar *Günümüz Türkçesi'yle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye),* Haz. Cengiz İlhan, Yetkin Yayınları 2011, yılında basılan kaynaktan alıntılanmıştır.

[68] *Günümüz Türkçesi'yle Mecelle*, s.41, 45

Bu genel kaideler kararlara gerekçe olsun diye değil hakimlere kararlarında yol gösterme amaçlı olarak hazırlanmıştır[69].

Mukkadime kısmında geçen kavaid-i külliye hakkındaki genel kural ise Mecelle'nin bu külli kaidelerinin hükme gerekçe olarak kullanılamayacağıdır. Osmanlı topraklarında Mecelle'nin külli kaideleri hakim tarafından usul hatası yapılıp kullanıldığı durumlarda yani bu maddelerin hükme gerekçe olarak gösterildiği uygulamalarda bu kararların temyize gittiğinde bozulduğu görülmektedir. Mecelle'nin Mukaddime kısmında geçen maddeler aslında genel kapsamlı hukuk kuralları olup daha önce bahsedildiği üzere İslam Hukuku'nda bilinen evrensel hukuk ilkeleridir[70]. 1891-1893 yılları arasındaki davalarda Yüksek Mahkeme kararlarında Mecelle'nin Mukkaddime kısmıyla ilgili olarak geçen maddeler aşağıdadır:

Madde 2: "Bir işten maksat neyse, hüküm ona göredir." Yani, bir işle ilgili verilecek hüküm o işten maksat ne ise ona göre verilir. (الأمور بمقاصدها)

Madde 45: "Örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir."[71] (اَلتَّعْيِينُ بِالْعُرْفِ كَالتَّعْيِينِ بِالنَّص)

Örf ile belirlenenin hükmü de kanun ile olan gibidir.

Madde 67: "Sakit'e bir söz isnat olunmaz. Lakin ma'rız-ı hacette sükut beyandır."[72]

(لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان)

Sükut eden bir söz söylemiş sayılmaz. Ancak konuşması gerektiği yerde susması beyan ve ikrar ifade eder.

Madde 79: "Kişi, ikrârıyla müâheze olunur."[73] (اَلْمَرْءُ مُؤَاخَذٌ بِإِقْرَارِه)

O halde kişi ikrarıyla sorumlu tutulur.74

Mecelle, Medeni Hukuk yani özel hukuk konularını kapsadığı için zikri geçen mahkeme kararlarında gerekçe olan maddeler genel olarak Mecelle'de geçen kitapların büyük çoğunluğuna aittir. 1891-1893 yıllarına ait ve 1894'te II. cilt olarak basılan *Kıbrıs Mahkeme Raporları*'nda Mecelle'nin adı geçen kitapları aşağıdaki gibidir:

Kitabu'l-Buyu'/Satım Sözleşmesi

Mecelle'nin ilk kitabı olan *Kitabu'l-Buyu'* Mukaddime'deki külli kaidelerden sonra 101-403 arasındaki sayılı maddeleri kapsamaktadır. Yüksek Mahkeme kararlarına konu olan maddeleri aşağıdadır:

Madde: 167: "İcab ve kabul ile bey' mün'akid olur."[75] Bu madde ile bir satım sözleşmesinin icap ve kabul ile kurulmuş olması ifade edilmektedir.

Madde: 251: "Bey'-i mutlak, peşin olmak üzre mün'akid olur. Fakat bey'-i mutlak bir müddet-i ma'lûme ile muvakkat ve mukassat olmak üzre örf ve âdet olan yerde, ol müddete masruf olur." Meselâ, peşin ya da veresiye olup olmadığı zikredilmeden pazardan biri bir şey satın alsa, normalde fiyatını peşin olarak ödemesi gerekir. Fakat ay ya da hafta başında, fiyatının tamamı yahut belli bir kısmının alınması bu bölgede adet ise buna göre hareket edilir.

---

[69] Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, s.103
[70] Munir Ahmad Mughal, *Islamic Legal Maxims, al-Karhi's al-Usul*, Lahore 1999, s.29
[71] *The Cyprus Law Reports*, Vol. II, s.140
[72] A.g.e. s.38
[73] A.g.e. s.153
[74] Luqman Zakariyah (2010): "Confession and Retraction: The Application of Islamic Legal Maxims in Safiyyatu and Amina's Cases in Northern Nigeria", *Journal of Muslim Minority Affairs*, 30:2, 251-263, s.254
[75] *The Cyprus Law Reports*, Vol. II, s.5, 7

Madde: 262: "Bey'de kabz şart değildir. Fakat ba'de'l-akd evvela müşteri, semeni bâyi'a ve sâniyen bâyi' mebî'i, müşteriye vermeye borçlu olur."[76] Bir satım sözleşmesinde malı ele geçirmek şart değildir. Ancak satım sözleşmesinden sonra önce alıcı malın bedelini satıcıya öder. Bedeli ödenince satım konusu olan malı satıcı da alıcıya vermeğe borçlu olur.

Madde 263: "Mebi'in teslimi müşterinin bila-mani' mebi'i kabzedebilecek tesellümüne bayi'in izin vermesiyle hasıl olur."[77]

Madde: 293 "Mebî', kabe'-l kabz bâyi'in yedinde telef olsa, müşteri hakkında bir şey terettüb etmeyip, zararı bâyi'a âid olur."[78]

Madde: 294: "Mebî', ba'de'l-kabz telef olsa, bâyi' hakkında bir şey terettüb etmeyip, zararı müşteriye âid olur." [79]

Madde: 297: "Bâyi', semeni kabz edip lâkin mebî'i müşteriye teslim etmeden müflisen fevt olsa, mebî' bâyi' yedinde emanet kalmış olur." Bu sûrette, müşteri mebî'i alıp, sair gurema müdâhale edemez.[80]

Kitabu'l-Kefaleh/Kefalet

Mecelle'nin 3. Kitabı olup 612-672 sayılı maddeleri içermektedir. Yüksek Mahkeme kararına gerekçe olan 614. maddesi "Kefâlet bi'l-mal, bir malın edâsına kefil olmaktır."[81] şeklindedir. Bir mala kefil olmak demek o mal ile ilgili taahhütün yerine getirilmesine kefil olmak demektir.

Kitabu'r-Rehn/Rehin

Mecelle'nin beşinci kitabı olup 701-761sayılı maddeleri kapsamaktadır. Yüksek Mahkme kararlarına gerekçe olan 706. Madde "Râhin ve mürtehinin, icab ve kabulü ile rehn mün'âkid olur. Fakat kabz bulunmadıkça tamam olmaz."[82] şeklindedir. Rehin verecek olan ile rehin alacak arasında geçen icap ve kabul ifadeleriyle rehin sözleşmesi kurulmuş olur. Fakat rehin verilen mal ele geçmedikçe rehin sözleşmesi gerçekleşmez. Bundan dolayı rehin veren rehin malını teslim etmeden kararından vazgeçebilir.

Kitabu'l-Emaneh/Emanet

Mecelle'nin altıncı kitabı olup 762-832 sayılı maddeleri içermektedir. Yüksek Mahkeme kararlarına gerekçe olan 776. Madde "Mûdi' ile müstevda'ın, âkil ve mümeyyiz olmaları şarttır. Bâliğ olmaları şart değildir." [83] şeklindedir. Emanet veren ile emanet alanın akıllı ve ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Büluğ çağında olmaları şart değildir. Binaenaleyh, delinin ve mümeyyiz olmayan bir çocuğun emanet alma ve vermesi geçerli değildir. Ancak, buna izin verilen mümeyyiz çocuğun emanet alıp verebilmesi geçerlidir.

Kitabu'l-Hibe/Bağış

Mecelle'nin yedinci kitabı olup 833-880 sayılı maddeleri içermektedir. Yüksek Mahkme kararlarına gerekçe olan maddeleri ise:

[76] A.g.e. s.5
[77] A.g.e. s.5
[78] A.g.e. s.5
[79] A.g.e. s.5
[80] A.g.e. s.5
[81] A.g.e. s.153
[82] A.g.e. s.8
[83] A.g.e. s.130

Madde 851: "Sagîrin vasîsi, yahut mürebbisi yani hacr ve terbiyesinde bulunduğu kimse, gerek yedinde bulunan ve gerek diğerin nezdinde vedîa olan malını, ol sagîre hibe ettikde, mücerred icab ile, yani yalnız "hibe ettim" demesiyle, ol sagîr ana mâlik olup, kabzına muhtaç değildir."[84]

Kitabu'l-Hacr ve'l-İkrah ve'ş-Şüfa/Kısıtlama, İkrah ve Önalım Hakkı

Mecelle'nin dokuzuncu kitabı olup 941-1044 sayılı maddelerini içermektedir. Yüksek Mahkeme kararlarına gerekçe olan maddeler ise:

Madde 958: "Sefîh olan kimse, hâkim tarafından hacr olunabilir."[85] Uçarı olan kişi işlemlerinde hakim tarafından kısıtlanabilir.

Madde 961: "Sefîh ve medyûn, hâkim tarafından hacr olundukda sebebi, nâsa beyan ile işhâd ve i'lân olunur."[86] Uçarı ve borçlu olan kimse hakim tarafından kısıtlı ilan edilince bu durum halka bildirilerek ilan edilir.

Madde 968: "Sagîr-i mümeyyizi tecrübe için, malının bir mikdarını velîsi kendisine teslim ile, ahz ve i'tâya izn verebilir. Ve rüştü tahakkuk eder ise, bâki emvâlini dahi kendisine def' ve teslim eyler."

Madde 985: "Hadd-i bülûğ, ihtilâm ve ihbâl "yani gebe eylemek" ve hayz ve habl "yani gebe olmak" ile sâbit olunur."

Madde 1008: "Esbâb-ı şüf'a üçtür:

Evvelkisi, nefs-i mebî'de müşârik olmaktır. Nitekim iki kimsenin, bir akarda şâyian iştirâkleri gibi. İkincisi, hakk-ı mebî'de halît olmaktır. Nitekim hakk-ı şirb-i hâss ve tarîk-i hâssda iştirâk gibi." [87] Bu maddeyle üç çeşit önalımdan bahsedilmektedir. Birincisi satılan malın kendinde ortaklık durumudur. Nitekim iki kişinin bir taşınmazda ortak olması buna örnek teşkil eder.

İkincisi ise meselâ özel su alma hakkına sahip olunan bahçelerden biri satıldığında diğer bahçelerin sahiplerinin hepsi komşu olsun olmasın önalım hakkına sahip olurlar. Kapısı özel bir yola çıkan ev satıldığı zaman bu özel yola kapıları açılan bütün evler ister bitişik komşu olsunlar veya olmasınlar önalım hakkına sahiptirler. Ama herkesin genel olarak su aldığı bir akarsudan su alan veya kapısı genel yola çıkan evlerden birinin satılma durumunda diğer ev sahiplerinin önalım hakları yoktur.

Üçüncü şart ise satılan mala komşu olmaktır.

Madde 1012: "Bir hanenin duvarında müşârik olan kimse, ol hanede müşârik hükmündedir. Amma, duvarda müşârik olmayıp da, fakat kendi hanesinin kirişleri, komşusunun duvarı üzerine mümted olduğu sûrette, car-ı mülâsık addolunur. Mücerred ol duvar üzerine, kirişlerinin uçlarını koymak hakkı olmakla, şerik ve halît addolunamaz."[88]

Madde 1026: "Bâyi'in, mebî'den mülkü zâil olmak şarttır. Binaenaleyh bey'-i fâsidde bâyi'in hakk-ı istirdadı sâkıt olmadıkça şüf'a cârî olmaz. Ve bey'-i bi-şartı'l-hîyarda, eğer muhayyer yalnız müşteri ise, şüf'a cârî olur. Ve eğer bâyi' muhayyer ise, hakk-ı hıyârı sâkıt olmadıkça şüf'a cârî olmaz. Amma hîyar-ı ayb ile hîyar-ı rü'yet, şüf'anın sübûtüne mâni' değildir."[89]

Yukarıda geçen maddelerle birlikte 1029. ve 1030. maddeleri de ele alınmıştır.

---

[84] A.g.e. s.39
[85] A.g.e. s.69
[86] *The Cyprus Law Reports*, Vol. II, s.70
[87] A.g.e. s.93
[88] A.g.e. s.93
[89] A.g.e. s.93; *The Cyprus Law Reports*, Vol. I., s.81

Kitabü'ş-Şirkeh/Ortaklık

Mecelle'nin onuncu kitabı olup 1045-1448 sayılı maddeleridir. Yüksek Mahkeme kararlarına gerekçe olarak zikredilen maddeler ise:

Madde 1200: "Zarar-ı fâhiş, bi-eyyi vechi kân def' ettirilir." Aşırı zarar verildiğinde bu zarar herhalükarda giderilir.

Meselâ bir haneye bitişik demirci dükkânı yahut değirmen inşa edilip de demir döverken ya da değirmen dönerken, bahsi geçen hanenin binasının yapısına zarar gelmekle yahut fırın çalıştırılması ile dumanın çokluğundan veya yağhane kurularak hoş olmayan kokusundan, o hane oturulamayacak şekilde sahibi eziyet çekerse, aşırı zarar olmakla bu zararlar her halükarda gidertilir.

Ve kezâ bir kimse, diğerin hanesine muttasıl arsasında hark ihdâs ederek, değirmene su icrâ etmekle, hanenin duvarına vehn gelse, yahut bir kimse, komşusunun duvarının dibini mezbele ittihâz ve süprüntü ilka etmekle duvar çürüse, duvarın sahibi zararını def' ettirir.[90]

Kezâlik birinin hanesi kurbunda, diğerin ihdâs eylediği harmanın tozu gelmekle, ol hanede durulamayacak mertebe sahibi müteezî olsa, zararı def' ettirilir. Nitekim birinin harman yeri kurbunda, diğeri bir mürtefi' bina ihdâs ile, harmanın rüzgârını seddeylese, zarar-ı fâhiş olmakla ref' ettirilir. Kezâlik bir kimse, bezzazlar çarşısında aşçı dükkânı ihdâs edip de, tütünü komşusunun emti'asına isâbet ile zarar-ı fâhiş olsa def' ettirilir. Ve kezâlik bir kimsenin hanesindeki kârîz yarılıp da, komşusunun hanesine cereyan etmekle, zarar-ı fâhiş olsa, komşusunun da'vâsı üzerine ol kârîzin ta'mir ve ıslâhı lâzım gelir.[91]

Madde 1202: "Matbah ve kuyu başı ve hanenin havlısı gibi makarr-ı nisvân olan mahallin görünmesi, zarar-ı fâhiş addolunur. Binaen-alâ-zâlik, bir kimsenin hanesinde ihdâs eylediği penceresinden, yahut müceddeden inşâ eylediği binanın penceresinden, câr-ı mülâsıkının, yahut sokak aşırı hanesi olan bir kimsenin, makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa, bu zararın ref'iyle emr olunur. Ol kimse dahi, nisvân görülmeyecek sûrette duvar, yahut tahta perde yapıp ol zararı def' etmeye mecbur olur. Amma beher hal, penceresini seddetmek üzre cebr olunamaz.

Nitekim, çitten ma'mûl bir hâitin aralığından, komşunun makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa, ol aralıkları seddetmek üzre, hâitin sahibine emr olunur. Amma yıkıp da, duvar yapmak üzre cebr olunamaz."[92] (Bkz. Mecelle madde 22 "Zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur.")

Madde 1207: "Bir kimse, meşru' olarak mülkünde tasarruf etmekte iken, başkası anın yanında bina ihdâsıyla, kendisi mutazarrır olsa, zararını ancak kendi def' etmek lâzım gelir."

Meselâ bir hanenin kadîmî pencerelerinden, diğer kimsenin muhdes hanesinin makarr-ı nisvân olan mahalli görünür olsa, muhdes hane sahibi, mazarratını kendi def' etmek lâzım gelir. Atîk hane sahibinden iddiâya salâhiyeti yoktur. Nitekim bir kimse, demirci dükkânına muttasıl arsasında, bir hane ihdâs eylese, "demir darbından haneme zarar-ı fahiş terettüb eder" diye, dükkânı ta'til ettiremez. Ve kezâ, eskiden harman yeri olan bir mahallin kurbunda, biri hane ihdâs ettikde, "harmanın tozu hanem üzerine gelir" diye, harman sahibine "burada harman dökme" diyemez.[93]

Madde 1216: "Lede'l-hâce, emr-i sultânî ile bir kimsenin mülkü, kıymetiyle alınıp, tarîka ilhâk olunabilir. Fakat te'diye-i semen olunmadıkça mülkü yedinden alınamaz."[94]

---

[90] *The Cyprus Law Reports*, Vol. II, s.64, 79, 80
[91] A.g.e. s.79
[92] A.g.e. s.79; A.g.e. s.93; *The Cyprus Law Reports*, (1893), s.84
[93] *The Cyprus Law Reports*, Vol. II, s.79
[94] A.g.e. s.48

Madde 1235: "Yer altında cereyan eden sular, kimsenin malı değildir."

Madde 1248: "Esbâb-ı temellük üçtür: Birincisi; bey' ve hibe gibi, mülkü bir mâlikden diğer mâlike nakildir. İkincisi; irs gibi, bir kimsenin diğere halef olmasıdır. Üçüncüsü; mâliki olmayan bir mubah şeyi, ele geçirmektir. Bu dahi ya hakikîdir ki, ol şeye hakikaten vaz'-ı yed eylemektir. Yahut hükmîdir ki, yağmur suyu biriktirmek için bir kap koymak ve av için tuzak kurmak gibi, sebebini tehîe ile olur."[95]

Madde 1249: "Her kim ki, mubah olan şeyi ihrâz eylerse, ana müstakillen mâlik olur." Meselâ, bir kimsenin testi, yahut fıçısı gibi bir kab ile, bir nehirden aldığı su, ol kab içinde muhrez ve mahfûz olmakla, ol kimsenin malı olur. Başkasının andan intifa'a salâhiyeti yoktur. Ve sahibin izni olmaksızın, başkası ahz ve istihlâk ederse zâmin olur.

Madde 1250: "İhrâzın, kasda makrûn olması lâzımdır."

Binaenaleyh bir kimse, yağmur suyu almak kastıyla bir mahalle bir kab koydukda, ol kab içinde toplanan yağmur suyu, ol kimsenin malı olur.

Kezâlik, su biriktirmek için inşâ olunan havuz ve sarnıçdaki su, sahibinin malıdır. Amma, bir kimsenin bigayr-i kasd, bir mahalle vaz' ettiği kab derûnunda biriken yağmur suyu, kendisinin malı olmaz. Başka bir kimse, anı ahz ile istimlâk edebilir. (Mecelle'nin ikinci maddesinde genel kural olarak "Bir işten maksat neyse, hüküm ona göredir." Yani, bir iş üzerine terettüb edecek hüküm, ol işten maksad ne ise ona göre olur şeklinde ifade edilmiştir.)

Madde 1251: "Suyu ihrâzda, arkası münkatı' olmak şarttır.

Binaenaleyh, içinden su sızan kuyudaki su muhrez olmaz. Sahibi ibâha etmeksizin, diğer kimse öyle bir kuyuda, sızıp da müctemî' olan suyu, ahz ve istihlâk eylese, zamân lâzım gelmez. Ve kezâ, suyu mütetâbiu'l-vürûd olan, yani bir tarafından ne kadar su çıkarsa, diğer tarafından o kadar su giren havuzlardaki su, muhrez değildir."

Madde 1270: "Arazi-i mevât: Ol yerlerdir ki, kimsenin mülkü ve bir kasaba ve karyenin merası ya muhtetabı, yani baltalığı olmadığı halde, aksâ-yı umrândan baîd ola. Yani, kasaba ya karyenin en kenarındaki hanelerden, cehîrü's-savt olan kimsenin, sadâsı istimâ' olunmaya"[96]

Madde 1281: "Kuyunun harîmi, yani havlısının hukuku, her taraftan kırk arşundur."[97]

Madde 1282: "Gözlerin, yani bir yerden çıkarılıp da, suyu yeryüzünde cârî olan menba'ların harîmi, her taraftan beşer yüz arşundur."[98]

Madde 1291: "Bir kimsenin, kendi mülkünde hafr eylediği kuyunun harîmi yoktur. Komşusu dahi anın yanında ve kendi mülkünde, diğer bir kuyu hafr edebilir. Ve ol kimse "benim kuyumun suyunu cezb eder" diye, komşunun kuyu hafr etmesine mâni olamaz."[99]

Kitabu'l-İkrar/İkrar[100]

Mecelle'nin 1572-1612 sayılı maddeleri havi on üçüncü kitabıdır. Yüksek Mahkeme kararlarına gerekçe olan maddeleri ise:

Madde 1572: "İkrâr, bir kimse, diğer kimesnenin kendisinde olan hakkını haber vermektir. Ol kimseye "mukırr" ve ol kimesneye "mukarrün leh" ve ol hakka "mukarrün bih" denilir."[101] İkrar

[95] A.g.e. s.93; *The Cyprus Law Reports*, (1893), s.91
[96] *The Cyprus Law Reports*, Vol. II, s.68
[97] A.g.e. s.68
[98] A.g.e. s.67
[99] A.g.e. s.64
[100] A.g.e. s.156
[101] A.g.e. s.153

birinin başkasının kendinde olan hakkını kabul etmesidir. İkrar edene "mukırr", hakkı ikar edilen kişiye de "mukırrun leh" ve ikrar edilen hakka da "mukarrun leh" denir.

Madde 1575: İkrarda mukirrin rızası şartdır. Binaenaleyh cebr ve ikrah ile vaki olan ikrar sahih olmaz. İkrarda ikrar edenin rızası şart olduğundan baskı ve zorlama altında olan ikrar geçerli değildir. (Bu konuda Mecelle 1006. maddeye de bkz.).[102]

Madde 1589: "Bir kimse, vukû' bulan ikrârında kâzib olduğunu iddiâ etse, mukarrün leh, anın kâzib değil idüğüne tahlîf olunur." Meselâ, bir kimse "falandan şu kadar kuruş istikrâz ettim" diye bir kıt'a sened verdikten sonra, "vâkıa o kadar kuruş istikrâz ettim diye sened verdim ise de, henüz meblağı mezbûru andan almadım" dese, anın bu ikrârında kâzib olmadığına mukarrün leh tahlîf olur.[103] Bu maddelere ilaveten Mecelle 1591-1596 maddeleri de kararlara gerekçe olarak geçmektedir. [104]

Madde 1601: "Marîzin, maraz-ı mevtinde ecnebîye, yani kendisine vâris olmayan kimseye, gerek ayn ve gerek deyn ikrârı, cemi' emvâlini muhît olsa bile sahih olur. Şu kadar var ki, mukarrün bih mukırra, henüz bey' ya hibe olunmuş, yahut âhardan irsen intikal eylemiş olmak gibi, bir sebeple vakt-i ikrârda anın mülkü olduğu, çok kimselerin ma'lûmu olarak, kendi ikrârında kâzib idüğü zâhir olursa, ol halde nazar olunur: Eğer bu ikrârı, müzâkere-i vasiyyet esnâsında değil ise, hibe demek olarak teslim lâzım gelir. Ve eğer müzâkere-i vasiyyet esnasında ise, vasiyyet ma'nasına mahmûl olur ve gerek hibe olusun ve gerek vasiyyet olsun, ancak sülüs-i malından muteber olur."[105]

Madde 1609: "Bir kimse kendisi yazıp, yahut bir kâtibe yazdırıp da, mümza yahut mahtûm olarak, âhara vermiş olduğu deyn senedi, eğer mersûm ise, yani resm ü âdete muvâfık olarak yazılmış ise, ikrâr bi'l-kitâbe olup, takrir-i şifâhîsi gibi muteber ve mer'î olur. Ber-mu'tâd verilegelen vusuller, yani makbuz ilmühaberleri dahi bu kaabildendir."[106]

Madde 1610: "Bir kimse, berveçh-i bâlâ mersûm olarak yazıp, yahut yazdırıp da, mümza yahut mahtûm olarak vermiş olduğu deyn senedi, kendisinin olduğunu mu'terif iken, hâvî olduğu borcu inkâr etse, inkârına itibar olunmayıp, ol borcu îfâ eylemesi lâzım gelir. Amma sened kendisinin olduğunu inkâr ettiği takdirde, eğer hatt ya hatemi meşhûr ve müteârif ise, inkârına i'tibar olunmayıp, ol sened ile amel olunur. Ve eğer, hatt ve hatemi meşhûr ve müte'âref değil ise, istiktâb olunarak ehl-i hibreye gösterilir. Anlar "ikisi de bir şahsın yazısıdır" diye haber verirler ise, deyn-i mezkûrü vermek üzre ol kimseye emr olunur. Elhasıl sened eğer şâibe-i tezvîr ve şüphe-i tasnî'den berî olur ise, anınla amel olunur. Amma, şüpheden berî olmadığı takdirde, medyûn ol sened kendi senedi olduğunu inkâr eylediği gibi, asıl deyni dahi münkir ise, deyni olmayıp sened dahi kendisinin olmadığına, müddeînin talebiyle tahlîf olunur."[107]

Madde 1611:

"Berveçh-i bâlâ, bir kimse mersûm olarak, deyn senedi verdikten sonra fevt olsa, vârisleri o sened, müteveffânın olduğunu mu'terîf oldukları halde, ol deyni tereke-i müteveffâdan îfâ eylemeleri lâzım gelir. Amma ol sened, müteveffânın olduğunu inkâr ettikleri takdirde, eğer müteveffânın hatt ve hatemi meşhûr ve müte'âref ise, ol sened ile amel olunur."[108]

[102] A.g.e. s.153
[103] A.g.e. s.22, 153, 177
[104] A.g.e. s.153
[105] A.g.e. s.153
[106] A.g.e. s.153
[107] A.g.e. s.24, 93; *The Cyprus Law Reports*, Vol. I, s.58, 153
[108] *The Cyprus Law Reports*, Vol. II, s.153

Kitabu'l-Beyyinat ve't-Tahlif/Beyyineler ve Yemin Etme

Mecelle'nin 1676-1783 sayıları arasındaki maddelerini havi on beşinci kitabıdır. Yüksek Mahkeme kararlarına mebni olan maddeleri ise:

Madde 1676: "Beyyine, hüccet-i kaviyye demektir." Beyyine güçlü delil manasına gelir. Ayrıca Mecelle'nin "tanıklığın yerine getirilme şekliyle" ilgili olarak da 1689, 1691-1695 maddeleri de kararlara gerekçe olarak zikredilmiştir.

Madde: 1696: "Hukuk-ı nasa şehadette sebk-i da'va şarttır." Bu maddenin de "kişi haklarıyla ilgili tanıklık için dava açılmış olması şartını" ifade etmekte olduğu görülmektedir.

Yüksek Mahkeme Kararlarında Geçmeyen Mecelle'nin Diğer Kitapları

1891-1893 yılları arasında Daavi ve Kaza Mahkemelerinden Yüksek Mahkemeye temyize giden kararlarda davayla ilgili olmadığı için geçmeyen Mecelle'nin diğer yedi kitabı da vardır. Bunlar ise:

2. kitap: Kitabu'l-İcarat/Kira Sözleşmeleri (403-611)
4. kitap: Kitabu'l-Havale (673-700)
8. kitap: Kitabu'l-Gasp ve'l-İtlaf (881-940)
11. kitap: Kitabu'l-Vekale (1449-1530)
12. kitap: Kitabu's-Sulh ve'l-İbra (1531-1571)
14. kitap: Kitabu'd-Da'va/Dava (1613-1675)
16. kitap: Kitabu'l-Kaza/Yargılama (1784-1851)

Gerekçe Olarak Gösterilen Mecelle Maddelerinin Uygulanma Yöntemleri

İngiliz Yüksek Mahkeme kararlarının raporları belli bir şekil ve yöntem takip edilerek tutulmaktadır. Aşağıda seçilen örnek mahkeme raporunda görüldüğü üzere önce davaya bakan hakimlerin ve davaya taraf olanların isimleri yer alır. Sonra da raporlamaya konu olan davaların isimleri alfabetik olarak verilerek bu davaların raporlanmasında geçen anahtar kavramlar, ilgili kanun vb. maddelerin de indekslenmesi yapılmaktadır. Daha sonra önce davanın sonra da kararın özeti verilir. Örnek olarak ele aldığımız bu dava ile ilgili raporlama şekli aşağıdaki gibidir[109]:

Hakimler: [BOVILL, C.J. AND SMITH, J.]

Davacı: GEORGHIOS AGGELIDI

Davalı: FEHIM BEY TUDJARBASHI

Örnek olarak ele alınan bu davada indekslenen anahtar kavram vb. ifadeler de aşağıdaki gibi verilmiştir:

Şeri Mahkeme— Yargılama yetkisi — Müsrifin hacr altına alınması— Hacr altına alınanın bildirimi — Mecelle madde:958[110].

Örnek olarak ele alınan *davanın özeti* de aşağıdaki gibi verilmiştir:

Davalı Kadı ilamıyla işleriyle ilgili olarak hacr altına alındı. Daha sonra Davacı'dan mal satın alarak bir ödeme senedi verdi.

Dava konusu olay, Davalı'nın hacredildiği bildirimi Nicosia'da Rumca basılan bir gazetede Kadı ilamıyla ilan edildikten sonra oldu.

Örnek olarak ele alınan *davanın karar özeti* de aşağıdaki gibi verilmiştir:

[109] Mahkeme kararlarından birine ait olan bu rapor için bkz. *The Cyprus Law Reports*, Vol. II, s.70
[110] Mecelle madde 958: "Sefîh olan kimse, hâkim tarafından hacr olunabilir."

Kadı'nın Davalı'yı işleri konusunda kısıtlama yetkisi vardır fakat kısıtlamanın bu şekilde bildirimi yeterli olmayıp bundan dolayı Davacı ödeme senedindeki para miktarını isteme hakkına sahiptir.

Nicosia Kaza Mahkemesi'nin bu kararı böylece temyize havale edildi.

Dava ödeme senedindeki satılan mal karşılığında verilen 7 Sterlin'in tahsili için açılmıştır.

Ödeme senedi 28 Ağustos 1891 tarihinde verilmiş olup senedin ödenmesi gereken tarih ise 7 Eylül 1891 olarak belirlenmiştir.

Davalı senedi ödemek zorunda olmadığı şeklindeki ifadesinde "Mecelle madde 958"e göre aslında herhangi bir işleme girmekten kısıtlı olduğunu ve bunun da yerel bir gazetede ilan edildiğini söylemiştir.

Öte yandan Davacı ise Kadı'nın bu konuda hacr koyma yetkisinin olmadığını savunarak Kadı tarafından ilam yoluyla yapılan ilanın da aynı zamanda yetersiz olduğunu ifade etmiştir.

1882 Kıbrıs Mehakim-i Adliyyesi Kanunu'nun(*The Cyprus Court of Justice Order 1882*) 20. Maddesi çerçevesinde "Kadı'nın bu hacr için verdiği ilamın "Müslümanın diniyle ilgili bir konu olmadığından" ve ayrıca bu hacrin ilamı için verilen ilanın da bildirim için yeterli olmadığından dolayı mahkeme *Davacı*'nın lehine olan bu gerekçelerle hükmetmiştir.

Bunun üzerine Davalı Yüksek Mahkeme'ye temyize başvurdu.

Davalı'nın Avukatı:

Burada tartışılan konu Kadı'nın Müslüman bir müsrif hakkında sözleşmelerini etkileyecek şekilde hacretme yetkisinin olup olmadığıdır.

Parasını harcama konusunda dikkatsiz olması sebebiyle arkadaşları Kadı'ya başvurmuşlar ve Kadı da konuyu inceleyip araştırdıktan sonra 22 Ocak 1891 tarihinde bu müsrif kişinin işlerini evirip çevirebilme konusunda kısıtlı olduğunu ifade eden bir ilam verdi. Bu ilam 'Evagoras' gazetesinin 23 Ocak 1891 sayısında ilan edildi. "Evagoras" Nicosia'da haftada bir kere basılmakta olan bir gazetedir.

Avukat ise bunun Kadı'nın yargı yetkisinde olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkeme ise bunun "dini bir mesele" olmadığı kanaatine varmış olup evlilik, mihir, boşanma vb. konuların ise Şeri Mahkeme'nin yargı yetkisinde olduğunda ittifak etmiştir. Yapılan İlam bildirimini de yeterli bulmuştur.

Davacı'nın avukatı:

Davacının avukatı Müsrifin hacrinin dini bir mesele olmadığından Şeri Mahkeme'nin yargı yetkisi dışında kaldığını ve bu ilamın bir gazetede verilmesinin de yetersiz olduğunu ileri sürerek "Mecelle madde 961"[111] kapsamında "hacrin gerekçeleri ile bildirilmesi" hususunun gerektiği halde bunun böyle yapılmadığını ileri sürmüştür.

Karar: Bu konuda mahkeme kararını davacı lehine aşağıdaki gerekçeler üzere vermiştir.

(1) Kadı Müslüman olan Davalı'nın dini konular dışında kalan hususlarla ilgili işleri hakkında hacr verme yetkisine sahip değildir

(2) Hacrin ilamı için de yeterli bildirim yapılmış değildir.

Burada cevaplanması gereken soru aslında *1882 Kıbrıs Mehakim-i Adliyyesi Kanunu* 20. Maddesi'nin anlamıyla ilgilidir. Bu maddeyle *Şeri Mahkemeler*in yetki alanı sadece

[111] Mecelle madde 961: "Sefîh ve medyûn, hâkim tarafından hacr olundukda sebebi, nâsa beyan ile işhâd ve i'lân olunur."

Müslümanların *dini konularla ilgili davaları*na bakmakla sınırlandırılmaktadır. Dini konuların ne olduğu konusunda bir tanım olmamakla birlikte dini hususların Kadı'nın yargılama yetkisi alanına giren işler olduğu açıktır. Aslında ele alınması gereken diğer ana mesele de Kaza Mahkemesi tarafından hacr konusunda yapılan bildirimin bir gazetede ilan edilmesinin yeterli olup olmadığı konusudur. Bu gerekçe ile Mahkemenin kararı bozulmayarak onaylanmıştır.

Yüksek Mahkeme Kararlarında Maddeleri Geçen Diğer İlgili Kanunlar

Bu çalışmada ele alınan *Yüksek Mahkeme Raporları*'nda geçen kararlarla ilgili olarak zikredilen diğer bazı kanun ve düzenlemelerin de geçtiği görülmektedir. Bunlardan genel adıyla Osmanlı Hukuku/Legislation Ottomane/Düstur özel adlarıyla da Osmanlı Arazi Kanunu 27 Şevval 1236, Osmanlı Ticaret Kanunu, *Kıbrıs Mehakim-i Adliyyesi Kanunu 1882*, Ferman 13 Zilkade 1292 vb. kanun ve ilgili düzenlemeler sayılabilir[112].

Yüksek Mahkeme Kararlarında Geçen Diğer Bazı İlgili Kavramlar:

Yüksek Mahkeme raporlarında Daavi Mahkemeleri, Kaza Mahkemeleri, Sancak Kaza Mahkemesi, Papho Kaza Mahkemesi, Nicosia Kaza Mahkemesi (Kıbrıs Osmanlı Başkenti)[113], Sancak Şeri Mahkemesi, Kaza Şeri Mahkemesi, Vakıflar, Kadı, Kaza, Kazalar Naibi, Kazalar Kadısı, Sancaklar Kadısı, Sancaklar Naibi, Famagusto Sulh Mahkemesi, Larnaka Kaza Mahkemesi, Osmanlı İmparatorluğu, Türk Hukuku vb. zamanın müesseseleri, kanunları, idari, siyasi ve sosyo-kültürel yapısıyla da ilgili birçok kavram yer alarak Ada'daki hem Osmanlı hem de İngiliz dönemindeki hukuk tarihine ışık tutarken Ada halkının sosyo-ekonomik ve kültürel durumunu yansıtması ve özel hukuk dava istatistikleri açısından da özellikle önem taşımaktadır[114].

SONUÇ

1571 yılında Osmanlı hakimiyetine geçen Kıbrıs Adası Osmanlı Devleti'nin fethettiği diğer topraklarda olduğu gibi kısa süre içinde Osmanlı Adliye Teşkilatı'yla tanışmıştır. Ada halkı kendi özel ve dini hukuk alanında Osmanlı Adliye Teşkilatı'nın bir tezahürü olarak kendi içlerinde serbest kalmışlardır. Bununla birlikte herkese açık olan Osmanlı Adliye Teşkilatı zamanla Kadı'ların adaletine ve muhakemesine güvenen diğer Ada halkının da ilgisini çekerek zamanla onların da davalarına bakar hale gelmiştir. 1878 yılında ise gelişen siyasi tezahürlerin bir sonucu olarak Ada, mülkiyeti Osmanlı Devlelti'nde kalmak şartıyla "Kıbrıs Antlaşması" diye bilinen uluslararası belgeyle İngiliz yönetimine bırakılmıştır. Hal böyle olunca Ada'nın adliye teşkilatında yeni yönetimle birlikte bazı değişiklikler olmuş ve *1882 Kıbrıs Mehakim-i Adliyyesi Kanunu* Ada'nın bir nevi Anayasası olarak kabul görmüştür. Bu antlaşmaya ilave edilen ek protokollerle Kıbrıs'taki Müslüman ahalinin dini hukukla ilgili haklarının korunması amacıyla *Şeri Mahkemeler*in devamına karar verilmiştir. Tanzimat döneminde başlayan Batılı kanunların iktibasıyla ilgili Osmanlı Devleti'nin kanunlaştırma faaliyeti çerçevesindeki çalışmaları ışığında oluşturulan Osmanlı Medeni Hukuku olarak da bilinen fakat aslında bir *Özel Hukuk Kanunu* niteliğinde olan ve tamamı 1869-1876 yılları arasında yürürlüğe giren Mejelle aynı zamanda Osmanlı Adliye Teşkilatında pratikte bütün halka uygulanabilecek hale gelmiştir. Bu nedenle İngiliz yönetiminin Ada'da oluşturduğu yeni adli sistemde Mecelle'nin ilgili davalarda zikri geçen diğer Osmanlı kanunları gibi gündemde olduğu görülmektedir. Mecelle 1926 yılında Türkiye'de ilga edilirken Kıbrıs'ta 1960 yılına kadar mahkemelerde kısıtlı da olsa ilgili davalara konu olmaya

[112] Bkz. *The Cyprus Law Reports*, Vol. I-II

[113] Andrekos Varnava, ""Punch and the British occupation of Cyprus in 1878", *Byzantine and Modern Greek Studies Vol. 29 No. 2* (2005), s.179 E.T. https://minerva-access.unimelb.edu.au/bitstream/handle/11343/34272/66753_00002090_01_byz0167.pdf?sequence=1

[114] Bkz. *The Cyprus Law Reports*, Vol. I-II

devam etmiştir. İngiliz hukuk sisteminin köklü bir geleneği olarak örnek teşkil eden önemli Yüksek Mahkeme Kararlarını kaydeden Kıbrıs Mahkeme Raporları'nda bu uygulamalar görülmektedir. Ele alınan bu çalışmayla İngiliz hukuk sisteminde önemli bir yer tutan örnek teşkil eden Yüksek Mahkeme Kararlarının raporlanma faaliyeti Kıbrıs'ta da 1883 yılından itibaren alt derece mahkemelerinden Yüksek Mahkeme'ye temyize gelen davalarla ilgili olarak İngilizce hazırlanmıştır. Kıbrıs Mahkeme Raporlarının Ada'nın İngiliz yönetiminde kaldığı 1960 yılına kadar 24 cilt olarak basıldığı görülmektedir. Daha sonra bu gelenek yeni sayı numarası verilerek mahkeme raporlarının basılmasına devam edilmiştir. Bu çalışmada ele alınan Mecelle maddeleriyle ilgili konular 1891-1893 yıllarını kapsayan ve II. cilt olarak 1894 yılında basılan raporlarda geçmektedir. Daavi ve Kaza (alt derece) mahkemelerinden Yüksek Mahkeme'ye temyize gelen davaları karara bağlayan bu Mahkeme Raporlar'ında ilgili davalarda Osmanlı kanunlaştırma faaliyetinin en önemli ve ciddi bir ürünü olan Mecelle'nin İngiliz yönetimindeki mahkemelerde uygulanarak kararlara gerekçe olarak gösterildiği görülmektedir. İngilizce olarak 1883 yılından itibaren basılan Kıbrıs Yüksek Mahkeme Kararlarıyla ilgili Mahkeme Raporları Tanzimatla başlayan ve Batılılaşma ya da Osmanlı modernleşmesi çerçevesinde devam eden Osmanlı kanunlaştırma faaliyetinin son ve en önemli ürünü olan Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Ada'daki İngiliz yönetiminde temyiz mahkemesi tarafından uygulanmasının örnekleri hem Türk hem de İngiliz hukuk tarihi açısından büyük önemi haizdir.

KAYNAKÇA

Ahmet Cevdet Paşa, *Maruzat*, Haz. Yusuf Hallaçoğlu, İstanbul 2008

Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, İstanbul 2009

Andreas Neocleous and David Bevir, "Legal History" (1-13) in Andreas Neocleous & Co, *Introduction to Cyprus Law*, (2000) edit. Dennis Campell, Newyork, http://www.londontrust.net/filedepot/file/Library/Introduction_to_Cyprus_Law_Andreas_Neocleous.pdf E.T. 21/09/2017

Andreas Thoma, "Criminal Law and Procedure", (459-527), in Andreas Neocleous & Co, *Introduction to Cyprus Law*, edit. Dennis Campell, Newyork, http://www.londontrust.net/filedepot/file/Library/Introduction_to_Cyprus_Law_Andreas_Neocleous.pdf E.T. 21/09/2017

Andrekos Varnava, ""Punch and the British occupation of Cyprus in 1878", *Byzantine and Modern Greek Studies*, Vol. 29 No. 2 (2005), (167–186), s.179 E.T. https://minerva-access.unimelb.edu.au/bitstream/handle/11343/34272/66753_00002090_01_byz0167.pdf?sequence=1

Andreas Neocleous & Co, *Introduction to Cyprus Law*, (2000) edit. Dennis Campell, Newyork http://www.londontrust.net/filedepot/file/Library/Introduction_to_Cyprus_Law_Andreas_Neocleous.pdf E.T. 21/09/2017

Aydın Aktay, "Türk Modernleşmesinin Özgünlüğü Sorunu: Türk Aile Hukuku Örneği", *Akademik İncelemeler Dergisi (Journal of Academic Inquiries),* Cilt/Volume: 7, Sayı/Number: 2, Yıl/Year: 2012,(93-106)

Balıkçıoğlu, E. (2012). "The Times gazetesi'ne göre Kıbrıs'ta idari ıslahat", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, s. 821, https://www.j-humansciences.com/ojs/index.php/IJHS/article/viewFile/2292/886 E.T: 22/09/2017

C. W. J, Orr, *Cyprus Under British Rule*, (1918), London.

Celal Erdönmez, "Şeri'yye Sicillerine Göre Tanzimat Dönemi'nde Kıbrıs'ta bir İrtidad ve Tanassur Vakası", http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423867218.pdf E.T. 11/09/2017

Chrisolula Michailidou, *The Application of Regulation 44/01/EC National Report Cyprus*, http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_bxl1_cyprus.pdf E.T. 21/09/2017

Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", OTAM, 29/Bahar 2011.

Criton Tornaritis, "The meaning of Cyprus law and codification", http://www.kypros.org/Documents/Tornaritis/docs/law.html E.T. 10.01.2018

Cyprus Law Reports, http://www.mof.gov.cy/mof/gpo/gpo.nsf/dmlpublications_en/dmlpublications_en?OpenDocument&Start=1&Count=1000&Expand=4 E.T. 21/09/2017

Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, İstanbul 2017

Encyclopedia Britanica, "Cyprus", https://www.britannica.com/place/Cyprus E.T. 09.01.2018

Georghios M. Pikis, *An Analysis of the English Common Law, Principles of Equity and their Application in a Former British Colony*, Cyprus, Brill 2016

Günümüz Türkçesi'yle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), Haz. Cengiz İlhan, Yetkin Yayınları 2011

Halil Fikret Alasya, (2002) "Kıbrıs", *TDV İslam Ansiklopedisi*, c. 25, (380-383).

Hasan Ellek, "Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle", *Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 2014/3, c. 3, sayı: 6

J.T. Hutchinson and Claude Delaval Cobham,(1907), A *Handbook* of *Cyprus*, London

Jacqueline Martin, *Key Facts The English Legal System*, Hodder Education, 4. Baskı, London 2010.

Kıbrıs Mehakim-i Adliyyesi Kanunu 1882(The Cyprus Courts Of Justice Order 1882), Çeviren/Hazırlayan: H. Apisoghom Ütüciyan Lefkoşe 1883 Hükümet Matbaası http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423867218.pdf E.T. 11/09/2017

Lefkios Tsikkines, "Land Law", (515-615) in Andreas Neocleous & Co, *Introduction to Cyprus Law*, in Andreas Neocleous & Co, *Introduction to Cyprus Law*, (2000) edit. Dennis Campell, Newyork, http://www.londontrust.net/filedepot/file/Library/Introduction_to_Cyprus_Law_Andreas_Neocleous.pdf E.T. 21/09/2017

Luqman Zakariyah (2010): "Confession and Retraction: The Application of Islamic Legal Maxims in Safiyyatu and Amina's Cases in Northern Nigeria", *Journal of Muslim Minority Affairs*, 30:2, 251-263

M Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye", *TDV İslam Ansiklopedisi,* 2003, c.28 (231-235)

Munir Ahmad Mughal, *Islamic Legal Maxims, al-Karhi's al-Usul*, Lahore 1999.

Nikitas E. Hatzimihail, "Cyprus as a Mixed Legal System", 6 J. Civ. L. Stud. (2013), http://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol6/iss1/3 E.T. 20/09/2017

Gail Ruth Hook, *Protectorate Cyprus: British Imperial Power Before WWI*, London 2015.

Samuel W. Baker, *Cyprus as I saw it in 1879,* MacMillan & Co. 1879

Sue Farran ve Esin Örücü, (2016) *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched, or Blended*, Routledge.

Tekla Sylvia Doris Price, *The Vice Sultan: A. Henry Layard, Ambassador to Constantinople 1877-1880*, Master Thesis, University of Calgary, 1997

The Cyprus Convention: Convention of Defensive Alliance Between Great Britain and Turkey with Respect of the Asiatic Provinces of Turkey Signed at Constantinople, 4th June 1878, http://www.lygeros.org/section_caratheodory/CyprusConvention_18780604.pdf E.T.25.09.2018

The Cyprus Law Reports, Cases Determined by the Suprime Court of Cyprus on Appeal from the Daavi Courts and District Courts, from the year 1883 to the year 1890, Vol. I Nicosia 1893

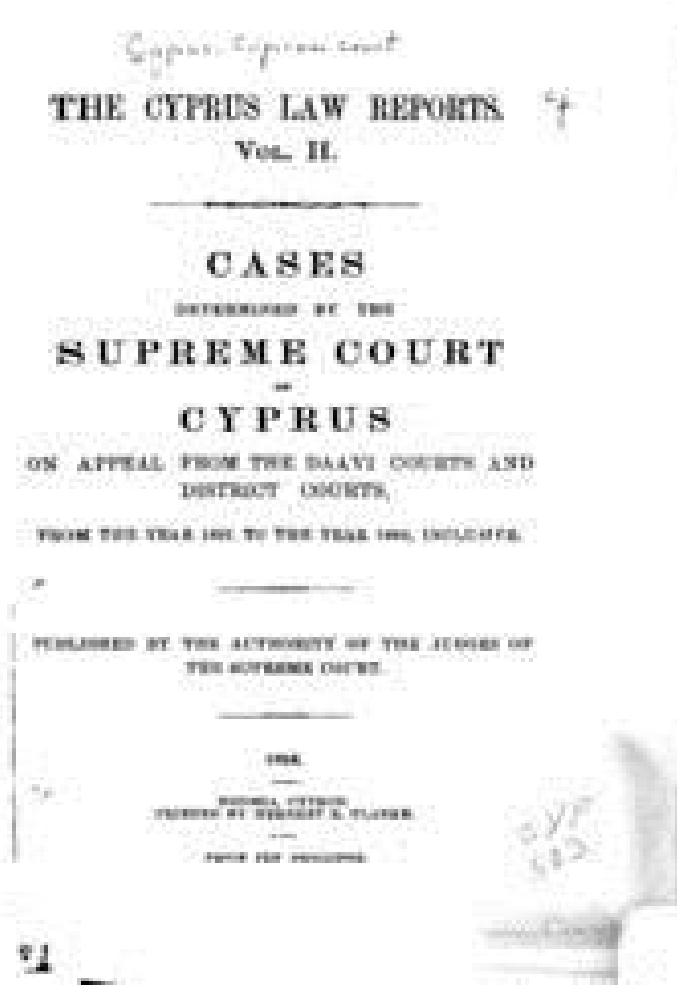
The Cyprus Law Reports, *Cases Determined by the Suprime Court of Cyprus on Appeal from the Daavi Courts and District Courts, from the year 1891 to the year 1893*, Vol. II Nicosia 1894

The London Law Gazette, 18 October 1921 https://www.thegazette.co.uk/London/issue/32490/page/8182/data.pdf , E.T. 09/09/2017

Turgut Turhan, "The Turkish Cypriot Legal System from a Historical Perspective", Ankarabarreview, http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/AnkaraBarReview/tekmakale/2010-1/12.pdf E.T. 09/092017

Zeki Koçak, "Hukuk Tekniği Açısından Mecelle'ye Yapılan Eleştiriler ve Değerlendirilmesi", *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2015 19 (2): 27-48*

EK-1:



THE CYPRUS LAW REPORTS.

VOL. II.

CASES

SUPREME COURT

CYPRUS

ON APPEAL FROM THE DAAVI COURTS AND DISTRICT COURTS.

PUBLISHED BY THE AUTHORITY OF THE JUDGES OF THE SUPREME COURT.

ADLİ HÜKÜMLER MECELLESİ'NDE KOMŞULUK MÜNASEBETLERİNDE HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMININ KRİTERLERİ VE ARAP KANUNLARINA ETKİSİNİN BOYUTU

Prof. Dr. Abdullah İbrahim Zeyd EL-KEYLANİ

Ürdün Üniversitesi - İlahiyat Fakültesi Fıkıh Usulü Bölümü

Özet

Bu araştırmanın amacı, Adli Hükümler Mecellesi'nde yer alan hakkın kötüye kullanımının kriterlerini, uygulamalarını açıklamak ve Ürdün kanunlarının Mecelle'nin bu kriterlerinden ne ölçüde etkilendiğini belirlemektir. Bunun yanı sıra, çevrenin korunmasına ilişkin sorunlarda kullanılan mutlak mesuliyet prensibine istinaden, hakkın kötüye kullanımı uygulamalarındaki modern fikirlere dair Mecelle'deki genel kuralların kapsamının, ne denli olduğunu açıklamaktır. Bu araştırma aynı zamanda, Dureri'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm adlı eserin sahibi olan Ali Haydar gibi şerhçilerin sözlerini de açıklamaktadır.

Hakkın kötüye kullanımı, hakların kullanımında yasa koyucunun amacından sapması anlamına gelir. İslami anlayışa göre; haklar başkalarına zarar verme vesilesi olarak ortaya konmamış, bilakis güvenlik ve adalet vesilesi olmaları bakımından, hak sahibinin çıkarlarının korunmasında aracı olarak yasallaştırılmıştır. Hak, anlamına binaen kullanılmamışsa veya meşru olmayan saikler göz önünde bulundurularak kullanılmışsa, bu yasa koyucunun maksadına muhalif bir kötüye kullanımdır.

Bu nedenle yasa koyucu, ferdî ya da toplumsal anlamda başkasının hakkına saygı duymaya istinaden hakkın kötüye kullanımını yasaklamıştır. Bu husus, Adli Hükümler Mecellesi'nin bazı maddelerinde, özellikle de komşu hakları meselelerinde ve ortak irtifak hakları mevzusunda kendisini göstermiştir. Bu, bireysel hakların toplumsal işlevinin bir tezahürüdür. Bu yönüyle de, hak sınırlarının tecavüzü olan ihlal kavramından farklıdır. Bireyin kendi haklarını başkalarına zarar verecek şekilde kullanmasına izin verilmez. Çünkü bireysel haklar, Kur'an-ı Kerim'de birçok ayet-i kerimeyle vurgulanan sosyal görevlere sahiptir.

Bu bağlamda fıkhi mezhepler keyfiliğe ilişkin ölçütlerde ihtilafa düşmüşlerdir. Nitekim hakkı kötüye kullananın aslında meşru bir görev icra ettiği; ancak mal sahibinin mülkünü kullanmasında olduğu gibi veya üçüncü taraflara zarar verecek şekilde kendi yararına kiracının gerçekleştirdiği eylemde olduğu gibi, bireysel anlamda veya toplumsal anlamda başkalarına zarar vermektedir.

Bireysel hakkın aslına hürmeten mal sahibinin menfaatlerini mi geçersiz kılıyoruz, yoksa başkalarının işive bireysel hakların toplumsal işlevinin tanınması için mal sahibini kısıtlıyor muyuz?

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1198. ve 1201. maddelerinde; sahiplikte kötüye kullanım hususunun esası olarak farzedilen zarar verme kastı, zarar-ı fahiş ve hakkın kullanımını temel kamu yararına aykırı olacak şekilde kullanma durumu gibi bir dizi kriter ortaya konulmuştur.[1]

[1] Fethi ed-Dureynî, *Nazariyyetu't-ta'assuf fi ist'imali'l-hakk,* Daru'l-Beşir -Müessesetu'r-Risale, Amman, Beyrut, 1998, sayfa 334.

Bu bağlamda Mecelle, zarar-ı fahiş kavramının gerçekleşmesini ifade edenkriterleri belirlemiş olup bunlardan bazıları şöyledir:

1. Binayı zayıflatmakveya güneş görmesini tamamen engellemek gibi asli menfaatleri iptal etmek. Mecelle fahiş zarar ile normal zarar arasında ayrıma gitmiştir. Buna istinaden, eğer hak sahibinin hakkını kullanmasından doğan bir olağan zarar ortaya çıkmış ise, hak sahibi bu hakkı kullanmaktan men edilemez. Aksi halde haklardan yararlanma geçersiz olur. Çünkü bu hakları kullanmak tahammülü mümkün olan bazı zararları beraberinde getirebilir. Örneğin; komşu evin olağan olarak yemek veya ekmek pişirmesi sebebiyle dumanından gelen koku gibi. Günümüzde buna doğal hâle gelen görüntü ve gürültü kirliliği de eklenmiştir.Eğer aletlerden çıkan kirlilik, normal haddi aşarsa, bunun hakkın kötüye kullanımı sayılması mümkündür.

Fahiş zararın; yerlere, zamana ve kişilere göre farklılık gösterdiğini mülahaza ediyoruz.Araştırmamız, Mecelle'nin bu konudaki tutumunu, Ürdün Medeni Kanunu'nun ve çevrenin korunmasına ilişkin düzenleyici yasaların, Mecelle'nin kararından ne ölçüde etkilendiğiniortaya çıkarmayı amaçlamaktadır.

2. Mecelle ayrıca, bir kişinin kendi mülkünde komşusunun evinin kadınlara ait olan kısmını görecek şekilde bir bina tesis etmesi gibi bir durumu insanın özel hayatını etkileyen fahiş zarar olarak addetmiştir.

Ancak, günlük ihtiyaçlardan sayılmayan faydaları önlemek zarar-ı fahiş sayılmamıştır.

Ayrıca, kamu hürriyetlerinde keyfiliğin uygulanmasını tatbiken, umumi bir yolunun kullanımına ve bundan faydalanılmasına ilişkin uygulamalar, 1213 sayılı madde ve sonrasında ele alınmıştır.

Bu araştırma; Mecelle'nin maddelerinde de görüldüğü üzere ortak hakların ve umumi bir yolun kullanımında keyfîliğin ölçütlerini incelemeyi, sonrasında bunları yasal teorilerdeki sorumluluk nedenleriyle karşılaştırmayı ve Arap yasalarının, özellikle de 1976 yılında taslak olarak hazırlanan 1996 yılında ise Temsilciler Meclisi tarafından İslam hukukundan türetilen ilk medeni hukuk olması dolayısıyla kanun olarak onaylanan, Ürdün Medeni Kanunu'nun ne ölçüde etkilenmiş olduğunu göstermeyi hedeflemektedir.

Bu araştırma aynı şekilde, Mecelle'de yer alan genel külli kaidelerin, sorumluluğu üstlenmek için bir sebep olarak mutlak mesuliyet ilkesini ifade etmede, kapasitesinin ne olduğunu müzakere etmektedir. İşte bu, çevrenin korunması için devletin hatadan soyutlanmış mutlak sorumluluğunun belirlenmesi için, modern mevzuatların sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu, Mecelle'nin kaidelerinin yetebileceği bir husustur.

Giriş

Âlemlerin Rabbi olan Allah'a hamd olsun ve Peygamberimizin âline ve ashabına salat-u selam olsun.

Adli Hükümler Mecellesi, toplumun ve İslam mirasının değerlerini koruyarak zamanın, yargıçların, avukatların ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde, Osmanlı Devleti'ndeki yasama gelişiminin tezahürlerinden biri olarak kabul edilir. Bu bağlamda Ahmet Cevdet Paşa, Mecelle'nin hazırlanmasıyla görevli komitenin başkanı olarak, hukuksal mirasla bağı koparmamak adına, yasama

yenilenmesini savunanlardan biri olmuştur. Bu yönüyle mevzuatı Fransız yasalarından almayı talep edenlerin karşısında olmuştur.

Mecelle'nin yazımına ilişkin Hümayun kararının yayımlanması, 1856 yılında durmuş olan 1. Kırım Harbi'nin sona ermesiyle aynı döneme denk gelmiştir. Bazı araştırmacılara göre; Osmanlı Müslümanları ile Ruslar arasında meydana gelen ve büyük bir İslam topluluğunun Rus yönetimi altında kalmasıyla sonuçlanan, akabinde 1856 yılında duraklayan 1. Kırım Harbi'nden sonra Osmanlı yönetimi, Moskova'daki Ortodoks Kilisesi'nden Rus yönetimi altındaki Müslüman topluluğa nasıl davranılacağına ilişkin açık bir yasa ortaya koymasını talep etmiştir. Buna karşılık Ruslar da karşılıklılık ilkesi çerçevesinde aynısını Osmanlılardan talep etmiştir. Bu bağlamda Sultan 1. Abdülmecit (1822-1861), yargının ve İslam hukuku hükümlerinin yasallaştırılması için Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında, diğer üç mezhepten paydaşların ve gözlemcilerin de katıldığı Hanefi mezhebi fıkıhçılarından ve uzmanlarından oluşan bir komite kurmuş ve bu komite Adli Hükümler Mecellesini çıkarmıştır.[2]

Bu, Osmanlı Devleti ile Rus Çarlığı arasında, Rus İmparatorluğu sınırları dâhilinde yaşayan Müslümanlar için şeriat hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığına ilişkin olarak, herhangi bir anlaşma olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir.Araştırmacıların bu soruya Osmanlı-Rus belgelerinde cevap bulabilmelerini temenni ediyorum.

Prof. Dr. Mustafa ez-Zerqa, 1990 yılında Ürdün Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde Muamelat Fıkhı ve Medeni Kanun derslerini verirken, Mecelle'nin ortaya çıkışına dair başka bir gerekçeye değinmiştir. Zerqa'ya göre Mecelle, kararların fıkıh kitaplarına konulması yöntemiyle değil, hukuku maddeler hâlinde çalışmaya alışmış olan hukuk fakültelerinden mezun avukatların ve hâkimlerin ihtiyaçlarını gidermek amacıyla hazırlanmıştır. Nitekim Zerqa'nın zikrettiği bu gerekçe, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle komitesi üyelerinin, Adli Hükümler Mecellesi'nin oluşturulmasına dayanak teşkil eden sebepleri içeren raporu, 1867 yılında Sadrazam'a sunduklarında ifade ettikleri gerekçe ile uyum arzetmektedir. Ahmet Cevdet Paşa, bu hususta şöyle demiştir: "Fıkıh ilimleri hususunda engin bilgisi olan âlimlerin varlığı nadirdir ve ihtiyaç duyulduğu vakitte nizami mahkemelerde fıkıh kitaplarını incelemeye kabiliyeti olan fıkıhçıların, bu mahkemelerde üye olarak tayin edilmeleri de mümkün değildir. Buna istinaden, Muamelat Fıkhı hususunda; kolayca ayarlanabilir, ihtilaflardan ari olan, seçilmiş sözleri ihtiva eden ve her biri kolay mütalaa edilebilen bir kitap telif etmeye ilişkin hâlâ bir umut vardır. Çünkü bu formda bir kitabın bulunması hâlinde, hem şeriatın temsilcilerinin geneli için, hem nizami mahkeme üyeleri için, hem de yönetimden sorumlu olanlar için büyük bir fayda hasıl olmuş olacaktır. Böylece onların şeriatı inceleme imkânları doğacak ve bu sayede ona intisap etmeleri mümkün olacaktır."

Sonrasında şöyle demiştir: "Bu kitap, şer'î mahkemelerde yürürlüğe girince, normal mahkemelerde görülen hukuk davaları için yeni bir yasa hazırlanmasına da gerek kalmaz.

Bu muhtemel beklentinin meydana gelebilmesi için, Tanzimat Meclisi İdaresinde ilmî bir toplantı düzenlenmiş, bu esnada birçok mesele tam olarak tanımlanmış, ancak uygulamaya geçilememiştir. Ta ki bu türden hayırlı ve mühim eserlerin ortaya çıkması yönüyle, diğer asırlara kıyasla daha çok gıpta edilen bir asır olan (Allah'ın takdir ettiği) bu hümayun asrına kadar."

---

[2] *Mecelletu'l-ahkami'l-adliyye,* el-Mektebetu'ş-Şamile elektronik nüshası, tahkik eden: Necip Hawawini, neşreden: Nur Muhammed, Kârhane-i Ticaret-i Kutub, Aram Bağ, Karaçi, sayfa 1.

Sonrasında ise şöyle ifade etmiştir: “Bu irade-i âliye mucibince, Divan-ı Ahkâm Dairesi'nde bir toplantı yaptık. Müteakiben, muamelat fıkhıyla ilgili ihtiyaç duyulan pek çok meseleyi, muhtevi ve Hanefi mezhebinin önde gelenlerinin güvenilir sözlerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulan bir mecelle hazırlamaya başladık. Bu mecelle, çeşitli bablardan oluşuyordu ve Adli Hükümler Mecellesi olarak adlandırıldı.”

Önsözile ilk bölüm tamamlandıktan sonra, Şeyhülislamlık makamına bir nüsha verildi. Öte yandan fıkıh ilminde yeterli marifet ve maharete sahip yüksek zevata da birer nüsha verildi. Ardından, gözlemlerin bazılarına dayanılarak, gerekli inceleme ve düzenlemeleri yaptıktan sonra, bir nüsha hazırlanarak zat-ı âlinize arz edilmiştir. Hâli hazırda ise, bu mukaddimenin ve bölümün Arapçaya tercüme edilmesi için bir çaba başlatılmıştır.[3]

Anlatılanlardan şunu çıkarıyoruz:

Mecelleyi telif etme işi, Müslümanlara şeriat tatbik edilirken, içeride ve dışarıda haklarını koruma hususunda ortaya çıkan ihtiyaçtan kaynaklanmıştır. Diğer bir sebep ise, kadı ve hâkimlerin kanunların tefsirinde farklı kültürlere ait birçok kaynağa başvurma yerine, kendi kültürlerine yakın bir kaynak oluşturma çabasıdır.

Mecelle'nin Genel Olarak Arap Yasalarına Etkisi

Mecelle, Osmanlı Devleti'ne bağlı bölgelerde yürürlükte olan bir yasa olmuştur.Ürdün’de 1976 yılında İslam şeriatından uyarlanan Ürdün Medeni Kanunu yerini alıncaya kadar yürürlükte kalmıştır. Bu kanun tek mezheple sınırlı kalmamışve 1994 yılında daimi bir kanun haline gelmiştir. Kanunun son hükümlerinde 1448. madde yer almıştır: “Adli Hükümler Mecellesi'nin bu kanunun hükümlerine aykırı olan maddeleri ilga edilmiştir.”

1448 Sayılı Maddeye Aykırılık, Kanun ile Çelişmeyen Konularda, Mecelle ile Amel Edilmesini İfade Eder

Bu metin, mefhumu muhalifinden hareketle kanunun hükümleriyle çelişmeyen konularda, Mecelle ile amel edilebileceğini ifade eder. Kanunun kavramlarına baktığımızda, Mecelle'nin bazı madde, yönlendirme ve teorilerde etkisinin bulunduğunu görebiliriz.

Filistin Medeni Kanunu’nun Adli Hükümler Mecellesiyle İlgili Tutumu

Mecelle, 2012 yılında yeni bir kanun ihdas edilene dek bir dizi kanunla birlikte, Filistin'de yürürlükte kalmıştır. Bu Kanunun 1301 sayılı maddesinde şuna yer verilmiştir: “Bu yasanın hükümlerinde duruma ilişkin bir metin bulunmadığı hallerde, Adli Hükümler Mecellesi hükümleri uygulanır.”

Filistin Kanunu’nun, kanunda yer almayan hallerde Mecelle ile hüküm vermeyi sürdürme yönünde bir tutum içerisinde olduğunu görüyoruz. Bu husus, ibarenin delaletinden anlaşılmakta olupmefhum-u muhalifin en büyük delaletine sahiptir.

Filistin Medeni Kanunu'nun mukaddimesinde şu ifade yer almaktadır: “Hicri 1923 tarihinde Şaban ayında çıkarılan ve Hanefi fıkhına dayanan Osmanlı Adli Hükümler Mecellesi, yürürlüğünden

[3] Muhammed Ferid Bek, *Tarihu’d-devleti’l-âliyye el-Osmaniyye*, tahkik: İhsan Hakkı, Daru’l-Nefais Yayınevi, Beyrut, sayfa 547.

itibaren yaklaşık 140 yıl geçmiş olmasına rağmen, günümüzde hâlâ Filistin topraklarında yürürlükte olan medeni kanundur."

Kanunun mukaddime kısmı, hukukçular arasında Mecelle ile amel edilmesinin ilgası veya uzun zamandır uygulanmış olması hasebiyle, Mecelle ile amel edilmesi gerektiği yönünde iki eğilim olduğuna işaret etmiştir. Adli Hükümler Mecellesi'nin savunucuları, bu Mecelle'nin metinlerinin köklü bir hale geldiğini, yargıçlar, yargı çalışanları ve davacılar tarafından iyi bir şekilde anlaşılır hale geldiğini, ilgasına gerek olmadığını, ancak cüzi değişiklikler yapılmasıyla yetinilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Ancak onlar, bu kısmi değişikliğin, sosyal ve ekonomik ihtiyaçların gelişimine, bilim ve iş alanındaki eğilimlerden doğan yeniliklere ayak uydurma hususunda, toplumsal ihtiyacı karşılamadığını tespit etmişlerdir. Nihayetinde, değişikliklere ayak uydurabilecek ve modern fikirleri barındırabilecek modern bir kanunun ihdas edilmesinde karar kılınmıştır. Bu eğilimi teşvik eden şey ise; birçok Arap ülkesinin özellikle de Adli Hükümler Mecellesi'ni uygulayan Arap ülkelerinin, medeni kanunlar çıkarmış olmasıdır.

Bu bağlamda, hukuk komitesi mevzuat hazırlama komitesinden desteğini esirgememiştir. Bu Kanunun iyi yönlerinden biri, Mecelle ve diğer kanunlarda var olan ve normalde medeni kanunlar tarafından düzenlenen eksik yönleri tamamlamış olmasıdır. Bu ise modern kanunların ihtiva ettiği metinlerden yararlanılarak yapılmış ve daha önce Filistin'de medeni mevzuat çerçevesinde düzenlenmemiş olan meselelerden çıkarımlar yapılarak, bütüncül bir yaklaşımla çözümler üretecek bir şekilde gerçekleştirilmiştir. Bu konulardan bazıları şunlardır; Kanunların çatışması, tüzel kişilik, sözleşme teorisi, taahhüt hükümleri, tarımsal alanların kiralanması, hakkın havale edilmesi, mukavele akdi, kamu hizmetleri taahhüdü, iş akdi, kumar, rehin ve koruma akdi, ömür boyu maaş, sigorta sözleşmesi, aile mülkiyeti, iflas, şirket tasfiyesi, ihtisas hakkı, imtiyaz hakkı, zaman aşımı vb. konular. Yasa koyucu kanuni görüşe, kanunların çatışması mevzusunda ortaya çıkan ilavelerin yanı sıra, iradenin noksanları, başkalarının eylemlerine ilişkin sözleşme mesuliyeti, zararlı fiil, irtifak hakkı, tasarrufa mani şart, ayni sözleşmelerin feshi ve mutabakat sözleşmelerinden sayılması ve isteğe bağlı taahhüt gibi mevzularda tafsilatlı meseleleri eklemiştir. Bunun yanı sıra kanun metinleri, İslami hukukta var olanları göz ardı etmemekte, aksine belli bir mezhebe bağlı kalmaksızın, toplumun ihtiyaçlarına uygun ve gelişiminin gereklerini yerine getiren İslami hukuktan da beslenmiştir.

Medeni kanunun en belirgin özelliği; yargıçların, avukatların, araştırmacıların, hukuk öğrencilerinin ve hukuk alanında çalışanların metinlerini inceleyerek anlamalarına yardımcı olacak açıklayıcı notların onda var olmasıdır.[4]

İşgal Altındaki Filistin'deki Yeşil Hat Bölgesinde Mecelle'nin Etkisi

Mecelle, yargının şer'î mahkemeler alanında yürürlükte kalmıştır. Nitekim 20.06.1984 tarihinde, Knesset (İsrail meclisi), şer'î mahkemelerdeki ahval-i şahsiye ile ilgili mevzular dışında, Adli Hükümler Mecellesi'ni ilga etmiştir. (Bakınız: Mecelle'nin İlga Edilmesine İlişkin 1984 tarihli Kanun'un 2. fıkrası b bendi.)

[4] Filistin Medeni Kanunu'nun Mukaddimesi, Filistin Devleti Yasama ve Fetva Divanı Sitesi http://www.dft.gov.ps/wp-content/uploads/2017/04/147.pdf

Hâli hazırda Mecelle'nin yürürlükte olan ve ahval-i şahsiye konularıyla ilgili olan maddeleri ise, tahkimin bir vakit ile sınırlandırılması gibi, muhakemeler usulüyle sınırlıdır. Bu husus Mecelle'nin 1846. maddesinde şöyle yer almıştır: "Tahkim bir vakit ile sınırlandırıldığında o vaktin müruru (geçmesi) ile zail olur."Mesela, filan günden bir aya kadar hükmetmek üzere tayin olunan hakem, ancak bu bir ay içerisinde hükmedebilir, o ayın geçmesi durumunda hükmedemez. Ederse hükmü uygulanamaz. Muhakemat Usul Kanunu da buna yakındır.

Şeriat mahkemeleri, Müslümanların ahval-i şahsiyelerine ilişkin olarak, hicri 1333 senesinde çıkarılan Osmanlı Aile Hukuku Karar Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışmaktaydı. Bu kanun, Osmanlı İmparatorluğu'nda 25 Ekim 1915 tarihinde yayımlanmış olup, Filistin'de ise 25.05.1919 tarihinde Aile Hukuku Karar Kanunu adıyla yürürlüğe girmiştir (Drayton, Filistin Kanunlar Mecmuası, 2. cilt, 96. bend, sayfa 1162)[5]. Bu yasa Müslümanların, Yahudilerin ve Hıristiyanların da dâhil olduğu, Osmanlı Devleti'nin tüm tebaasına uygulanmış, ancak 1919 yılında çıkarılan bir yasa, bu kanunun sadece Filistin'in Müslüman halkına uygulanmasını öngörerek sınırlandırmıştır. Bu amaçla, Yahudilerin ve Hıristiyanların evlilikleri ve boşanmalarına ilişkin tüm maddeler orijinal yasadan silinmiş ve yürürlükleri kaldırılmıştır. Böylece bu kanun, 1948 yılında işgal edilen Filistin'deki şer'î mahkemelerde bağlayıcı bir mevzuat haline gelmiştir.[6]

Mecelle'nin Kanunun Tefsiri İçin Kaynak Olarak Kalmasının Önemi

Hâkim, kanun metninin Mecelle ile uyumlu olduğunu gördüğünde, metnin tefsiri için Mecelle'nin şerhlerine başvurur. Bu durum Mecelle'yi, hâkim ve yargılananların kültürüne yakın açıklayıcı bir kaynak haline getirir.

Mecelle ve şerhleri, tefsir edici açık örneklemeleriyle yargıcın, kanun maddesinin gerekçesinin kaynaklarına ulaşıp kanun koyucunun maksadını öğrenerek, gönül rahatlığına ermesini temin etmesiyle ayrıcalık kazanmıştır. Öte yandan mahkûm nezdinde ise kanun metninin ilahi değerlerden alındığı, ona uygun olduğu hissi uyandırarak rahatlamasını sağlar. Bununla birlikte devlete, Mecelle'nin 58. maddesinde de belirtilen "Tebaa üzerine tasarruf, maslahata dayanır." hükmü uyarınca, devletin maslahatına dayalı mevzuat geliştirme ve yenileme ihtiyacını göz önünde bulundurarak hareket etmeyi sağlar.

Arap Ülkelerinde Batılı Kaynaklardan Medeni Hukuk Alma Girişimi

Arap ülkelerinde Fransız ve İtalyan kaynaklarından türetilen medeni hukukun ihdas edilmesi için girişimlerde bulunulmuştur. Bu girişimler, Batılı çabalar ve Batı hukukuna ve değerlerine hayranlık duyan kanun adamlarının gayretleri ve uygulamalarıyla,önce Mısır'da sonrasında ise Suriye'de başarılı olmuştur.

Bu hususta, Mısır âlimleri ve hukukçuları, Senhurî karşısında kararlı bir tutum sergilemiş ve İslam hukukunun muasır bir medeni kanuna kaynak olmasını sağlamak için ciddi çaba sarf

[5] Drayton, Filistin'de yürürlükte olan mevzuatın toplanması ve düzenlenmesi ile görevli olan Robert Harry'dir. Harry, bu düzenlemeyi tamamladıktan sonra çalışmasını 1934 yılında basmıştır. Drayton, Filistin'deki İngiliz Mandası'nın yönetimi esnasında İngiliz-Filistin Hükümeti'nin yasalarının hazırlayıcısı olarak tanınmıştır. Bkz. http://muqtafi.birzeit.edu/PDFPre.aspx?PDFPath=en/Uploads/supportive_research_and_studies/dration.pdf linkinde yer alan *Aliyetudemci't-teşriat el-Fılistiniyyevıfken li Drayton ve Mevsueti't-Teşriati'l-Urduniyye*, Bi'rzeyt Üniversitesi Hukuk Enstitüsü Yayınları, 2008, sayfa 3.

[6] Şer'i Mahkemeler nezdindeki şer'i hükümlere ilişkin link: http://scharee.com/?p=4055

etmişlerdir. Bunların başında Yargıtay Mahkemesi danışmanı Allâme Üstad Muhammet Sadık Fehmi Bey ve Şeyh Tayyib en-Neccâr, Şeyh Mahmud el-Ğerabe, Şey Hasan el-Hudaybi, Şeyh Muhammed el-Mufti el-Cezayirli ve Şeyh Ahmet Ali Allûbe gibi âlimler geliyordu. Bunlar, "Önerilen Mısır Medeni Kanunu'nda ve İslam Fıkhında Sözleşmeler Bölümüne İlişkin Bir Model" başlığıyla bir inceleme sunmuş ve burada İslam hukukunun, batı hukuku karşısındaki meziyetlerini karşılaştırmalı olarak madde madde açıklamışlardır. Ancak Mısır'daki batıl parti başarılı olmuş ve batı hukuku İslam hukuku karşısında galip gelmiştir.

Suriye'de de âlimler olayların önüne geçmeye çalışmış,çağın gelişmelerine uyum sağlayabilecek İslam hukukuna ve muhtelif mezheplerine dayanan bir medeni kanunu oluşturmak için, Allâme Şeyh Mustafa ez-Zarka'nın da üyeleri arasında olduğu bir heyet teşkil etmişlerdir. Oluşturulan bu heyet çalışmalarına başlar başlamaz, Hüsnü Zaim'in önderliğinde bir Siyonist Amerikan darbesi gerçekleşmiştir. Darbe sonrası kurulan hükümette, Esad el-Kevrani adalet bakanı olarak görev almıştır. Tesis edilen bu Amerikan hükümetinin ilk eylemi ise; İslam hukukuna dayanan bir medeni kanun oluşturmaya çalışan âlimlerden müteşekkil bu komisyonu lağvetmek, İslam hukuku yerine usul açısından Fransız - Mısır kökenli, maddeleri açısından yabancı olan bir medeni kanunu kabul ederek uygulamak olmuştur. Bu durum, yargılananların ulusal mevzuatlara olan güveninin yok olmasına neden olmuştur.

Ürdün'de de Adli Hükümler Mecellesi'nin yürürlüğünün durdurularak ilga edilmesi, yerine ise batı ve Fransız kaynaklarına dayanan bir medeni kanun getirilmesine ilişkin girişimler ortaya çıkmış ve bu anlamda 50'li ve 60'lı yıllarda, Ürdün Hükümeti tarafından parlamentoya (temsilciler meclisi) bu yönde bir tasarı sunulmuştur. Ancak, bu eğilime karşı bir halk muhalefeti ortaya çıkmış, ayrıca Mecelle'yi "yasamanın hazinesi" olarak vasıflandıran ve temeli Adli Hükümler Mecellesi'ne dayanan bir kanun oluşturulması yönünde, bir Senato (Ayan Meclisi) tavsiyesi gündeme gelmiştir.Bu görüşü savunanlar, Mecelle'nin ve İslam hukuku kaynaklarının temel alınması gerektiğini vurgulayarak şunu ifade etmişlerdir: "Araplar, gelenekleri ve zihniyetleriyle uyum gösteren yasaları kabul etmek zorundadırlar. Onların İslam fıkhına dayanan bir kanunu terkederek, Fransız Medeni Kanunu'ndan tercüme edilmiş bir kanunu tercih etme hakları yoktur."[7] Bunun üzerine, gelenek ve moderniteyi bir araya getiren ve İslam hukukuna dayanan bir medeni kanun oluşturulması için, bir komite teşekkül ettirilmiştir.

Ürdün Medeni Kanunu, 1976 yılında çıkarılmış ve bu kanunun yazımında birçok büyük fıkıhçı ve hukuk adamı görev almıştır. Bunlardan bazılarının isimleri şöyledir: Dr. Muhammed Zeki Abdulbirr, Dr. Ali el-Hafif, Üstad Mustafa ez-Zarka, Dr. Abdülaziz el-Hayyât, Üstad Abdülkadir el-Esved, Şeyh Abdülbaki Cammu ve istinaf mahkemesinin bazı üyeleri. Bu komite, ciddi bir fikri ve siyasi mücadelenin ürünü olarak teşkil etmiş olup, başında ise Dr. İbrahim Zeyd el-Keylanî yer almıştır. Ürdün Medeni Kanunu, el-Keylanî'nin Ürdün Temsilciler Meclisi Hukuk Komitesi'nin başkanlığı esnasında, daimi bir kanun olarak kabul edilmiştir. Bu kanun, 1994 senesinde çıkarılmış olup, İslam hukukuna dayanan ilk Arap kanunu olmuştur.

Ürdün Medeni Kanunu'nun çıkarılmasından sonra, Filistin Medeni Kanunu gibi bir dizi kanun bu gelişmeyi takip etmiştir. Her ne kadar Arap kanunlarında ve Filistin'in işgal altındaki bölgelerinde mevcut medeni kanunlar değiştirilmiş ve Mecelle ile amel edilmesi iptal edilmişse de, yeni oluşturulan medeni kanunlar, Mecelle'nin ortaya koyduğu yasama kuramlarının etkisi altında

[7] Muhammed Salim Mulhim, Ürdün er-Re'y Gazetesi, 01.12.2011 tarihli sayısında yayımlanan, "et-Tetavvur et-Tarîhili'l-Kanûni'l-Medeni el-Urdunî" başlıklı makale.

kalmaktan kurtulamamıştır. Bu kuramlardan biri de; mülk sahibinin yetkilerini başkalarının haklarına, özellikle de komşuluk haklarına zarar vermeyecek veya köklü bir maslahat aykırılığı barındırmayacak şekilde kısıtlayan, Hakkın Kötüye Kullanımı nazariyesidir. Hakkın gayesi güvenlik ve çalışmaya vesile olmaktır.

Malikin Yararlanma Hakkının Kullanımının Sınırlandırılması ve Hakkın Kötüye Kullanmasının Engellenmesi Hususunda; Adli Hükümler Mecellesi'nin Tutumu ve Bunun Arap Yasalarına ve Diğer Yasalara Etkisi

Mecelle, haklar ile ilgili meseleleri, bunun diğerlerine özellikle de komşulara olan etkisi hususlarını ele almış ve eğer hak sahibinden doğan bir fahiş zarar söz konusu ise, onun tasarruf hakkını sınırlandırmıştır. Çünkü İslam'a göre; ferdi haklar ikili bir statüye sahip olup, her ferdi hakta Allahüteala'nın hakkı vardır. Burada Allah'ın hakkından kasıt; hakkın yasa koyucunun maksadına uygun olarak yapılmasını ifade eder ve yine bu hakkın şeriat terazisine uygun olacak şekilde kullanılması, işe ve güvenliğe vesile olması, malın artmasına elverişli, ihtiyacı karşılayabilme vesilesi olması yönünde kullanılmasıyla gerçekleşir. Eğer meşru bir hakkın kullanımından ötürü fahiş bir zarar doğar ise; buradaki hak kullanımı meşru bir yönde gerçekleşmiş olmaz. Bu, Mecelle'nin 1197. maddesinin hüküm altına aldığı bir durumdur.Bu maddeye göre "Hiç kimse mülkünde tasarruftan men edilemez. Ancak bu tasarruf bir başkasına büyük bir zarar verdiği takdirde, o kişi mülkünde tasarruftan menolunur."Mecelle'nin bundan sonraki maddelerinde, komşuluk ilişkilerinde zarar-ı fahişin şu üç husus ile olacağı açıklanmıştır: Binanın yıkılması, zayıflatılması veya faydalarının geçersiz hale gelmesi.

Birincisi: Mecelle'nin 1198. maddesinde de değinildiği üzere; binanın yıkılmasına sebebiyet verecek ölçüde, binanın maddi bir zarara uğramış olması veya o binadan istifade etmeyi ortadan kaldıracak derecede, binanın zarar görmüş olmasıdır. Bu maddede şöyle denilmiştir; "Binaya zarar veren şey, onun yıkılmasına sebebiyet veriyorsa veya asli ihtiyaçları karşılamasından alıkoyuyorsa veyahut binadan kastedilen asıl amaç olan ikametgâh veya mesken olma özelliğini kaybetmesine neden oluyorsa, söz konusu bu zarar, zarar-ı fahiş olur."

1199. maddede ise bu hususa şöyle yer verilmiştir: "Binaya zarar veren, yani binaya zayıflık getiren ve yıkılmasına sebep olan yahut asli ihtiyaçları yani oturma gibi binadan maksat olan asıl menfaati meneden şeyler fahiş zarardır."

Mecelle'nin 1200. maddesinde yer alan hususlar, zarar-ı fahişin meydana gelmesi durumunda, buna bir cezanın terettüp etmesi gerektiğini, bu cezanın ise bu zararın ne şekilde olursa olsun giderilmesi şeklinde olması gerektiğini,şu örneklerle ortaya koymuştur;

"Bir evin bitişiğinde demirci dükkânı yahut değirmen yapılırsa, demir dövmesinden veya değirmen dönmesinden o evin binasına zayıflık gelirse yahut fırın kurulur ve duman çokluğundan veya yağhane kurulup pis kokularından ev sahibi o hanede oturulmayacak derecede eziyet çekerse,fahiş zarar oluşur ve bu zarar ne şekilde olursa olsun giderilir.

Keza bir kimse, başkasının hanesine, sürekli arsasında ark yaparak değirmene su götürür ve hanenin duvarına zarar gelirse yahut bir kimse komşusunun duvarının dibini çöplük yaparsa ve duvar çürürse, duvarın sahibi zararının ödenmesini isteyebilir.

Aynı şekilde birinin hanesinin yakınında, diğerinin yaptığı harmanın tozu gelirse, o hanede oturulamayacak derecede sahibi eziyet çekerse, zararı giderilir.

Nitekim birinin harman yerinin yakınında diğeri bir yüksek bina inşa eder ve harmanın rüzgârını engellerse fahiş zarar olup kaldırtılır.

Aynı şekilde birisi kumaşçılar çarşısında aşçı dükkânı açıp dumanı komşusunun mallarına isabet ederse, fahiş zarar olur ve bu engellenir.

Aynı şekilde bir kimsenin evindeki atık su hattı yarılır ve komşusunun hanesine akarsa, fahiş zarar olur ve komşusunun davası üzerine, o borunun tamir ve ıslahı gerekir."

Mecelle'nin 1201. Maddesinde ise; fahiş zarar sayılmayan durumlara örnekler verilmiştir. Aynı şekilde Dureru-l Hukkam adlı eserde bu mesele ayrıntılı olarak ele alınmış, fıkhi delillerle güçlü bir açıklamaya kavuşturulmuştur. Bu bağlamda el-Fetava el-Hindiyye adlı eserde bu hususa şöyle yer verilmiştir; "Eğer bir kimse evinde banyo yapar da bunun neticesinde ortaya çıkan duman komşusuna zarar verirse, burada zarar-ı fahiş meydana gelmiş olur. Ancak, banyosundan çıkan dumanın seviyesi, komşuların banyo dumanı kadar olursa, bu zarar oluşmamış sayılır. Yine bu banyo, komşunun havuzuna nem getirirse, bu zarar-ı fahiş olarak addedilmez."

Ürdün Medeni Kanunu'nun Mal Sahibinin Kısıtlanmasına İlişkin Tutumu

Mülkiyet sahibinin davranışlarının, başkalarına zarar-ı fahiş olarak bir zararı dokunmadığı sürece ya da kamu yararına ve özel çıkarlara ilişkin kanunların hilafına bir fiili meydana gelmediği sürece, kendi mülkünde tasarruf hakkı vardır. Üzerinde düşündüğümüzde, Ürdün Medeni Kanunu'nun, Mecelle'nin mülk sahibinin amme maslahatı ve zarar-ı fahiş konusunda sınırlandırmasını öngören tutumundan etkilenmiş olduğunu görürüz. Ancak Ürdün Kanunu, şufa hakkında olduğu gibi eğer kanunda sabit ise, mülk sahibinin özel çıkarlar ile ilgili olarak da sınırlandırılması gerektiğini hüküm altına almıştır.

Ürdün Medeni Kanunu'nun Zarar-ı Fahiş Mefhumuna İlişkin Tutumu

Madde 1024'te şöyle denilmiştir;zarar, eğer binanın zayıflamasına veya yıkılmasına sebep oluyorsa veya asli ihtiyaçların karşılanmasını engelliyorsa yani binadan kastedilen asıl amaç olan ikametgâh veya mesken olma özelliğini kaybetmesine neden oluyorsa; söz konusu zarar, zarar-ı fahiş olur.

Madde 1025'te şöyle denilmiştir;komşunun ışığının engellenmesi, zarar-ı fahiş sayılır. Kimsenin, komşusunun evinin pencerelerini kapatacak ve ışığını engelleyecek şekilde bina inşa etmesi uygun değildir.Aksi halde, komşuya zararın giderilmesi için binanın kaldırılmasını talep etme hakkı doğar.

Görüleceği üzere; Ürdün Kanunu, fahiş zararın belirlenmesinde, Mecelle'yle aynı tutum içinde olmuştur. Filistin Kanunu da benzerini almıştır.

Keyfiyetin Cezası Tazmin Etmektir. Bu da Zararın Dava Edilmesiyle Gerçekleşir

Mecelle, keyfilikten kaynaklanan cezanın, tazminat olduğunu ve tazminatın şartının ne olduğunu açıklamıştır. Dureru'l-Hukkam'da tazminat şartı; zarar görenin zararının tazmini için talepte bulunması olarak zikredilmiştir. Şöyle denilmiştir; "Bir kimse, komşusunun duvarının bitişiğinde lağım kuyusu yapmak için bir kuyu kazar da, oradaki kirli su duvar tarafından emilir, duvar zayıflar ve zarar görürse, zararın ortadan kaldırılması o duvarın kireç ve çimento ile yapılması ile mümkünse, bu zararın izalesi bahsedilen şekilde yapılır. Eğer zararın izale edilmesi bu şekilde

mümkün olmuyorsa veya bu şekilde yapılan fiil, zararın ortadan kaldırılmasından uzak ise, lağım için kazılan bu kuyunun ortadan kaldırılması ve kapatılması emredilir. Ancak duvar, zarar görenin bu zararın ortadan kaldırılması yönünde hak talep etmesinden önce yıkılmış olursa, burada verilecek hüküm; çukurun sahibinin sorumluluğunun olmadığıdır. Çünkü çukurun sahibi, bu çukuru kendi mülkü dâhilinde kazmıştır ve o dolaylı olarak buna sebep olan kişidir.

Mecelle, Malik ile Karşı Tarafın Hakkı Arasında Dengeyi Sağlamıştır ve Zarar-ı Fahiş Meydana Gelmemiş ise Tercihini Malikten Yana Yapmıştır

Mecelle'nin 1201. maddesi; mülk sahibinin hakkını koruma çerçevesinde, mutlak zarar gerekçesiyle mülk sahibinin hakkından yoksun bırakılamayacağını belirtir. Çünkü men etme aynı zamanda mal sahibinin zarar görmesine yol açabilir. O halde, mal sahibine verilen zarar, bir ferde veya topluluğa isabet eden zararlara eşit bir engel gibidir. Bu durumda bir tercih gerekir ve mal sahibinin hakkı daha ağır basan bir önceliğe sahiptir. Çünkü o hak sahibidir. Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm'*da bu hususa şöyle dikkat çekmiştir; "Eğer hâdis, "zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yoktur" diyerek zarar vermeyi nefyetmiştir. O halde niye men edilmiyor? Denirse, şöyle cevap verilir; çünkü her hakkın kullanımında bir şekilde bir zarar oluşuyor. Eğer mutlak manada menetmeyi kabul edersek, haklar tümüyle kullanılmaz olmuş olur. Ancak burada galip menfaate (veya ekseriyetin menfaatine) bakılır. Birisi yemek pişirdiğinde, bazı insanlar onun kokusundan veya ona iştah duyması sebebiyle rahatsız olabilir. Bu zarardan dolayı insanlar yemek pişirmekten alıkonulamaz."

Mecelle'nin 1201. maddesinde bu hususa şöyle değinilmiştir; "Bir evin hava almasını veya görüşünü veya güneşin girmesini kapatmak gibi asli olmayan hususlara ilişkin, menfaatlerin engellenmesi fahiş zarar sayılmaz. Ancak evin havasını tamamen kesmek zarar-ı fahiş olur. Bu yüzden, bir kimse komşusuna ait binanın tek pencereli odasının penceresini kapatacak şekilde, önüne bir bina inşa ederse ve odada meydana gelen karanlık kitap okunamayacak kadar ise, bu zarar-ı fahiş olduğundan zararın engellenmesi gerekir. Işığı odanın kapısından alsın denemez çünkü odanın kapısı soğuktan ötürü veya başka nedenlerden ötürü kapalı kalmalıdır.Ancak, bu odanın iki penceresi olup da bunlardan biri inşa edilen o yapıyla kapatılmışsa, bu zarar-ı fahiş sayılamaz."

Zarar-ı Fahişten Doğan Manevi Zarar

Mecelle, özel hayatın ihlali ve mahrem yerlerin görülmesiyle ilgili manevi zararı, zarar-ı fahiş olarak kabul etmiştir.

Mecelle'nin 1202. maddesinde bu hususa ilişkin şu ifadeler yer almıştır: "Mutfak ve kuyu başı ve hanenin avlusu gibi kadınların bulundukları yerlerin görünmesi, fahiş zarar sayılır. Bu bakımdan, bir kimsenin hanesinde yaptığı penceresinden veyahut yeni olarak inşa ettiği binanın penceresinden, bitişik komşusunun ya da sokak aşırı hanesi olan bir kimsenin, kadınların bulunduğu mahalli görünür olursa, bu kişi bu zararın kaldırılmasıyla emrolunur. Aynı kişi, kadınlar görülmeyecek surette duvar veya tahta perde yapıp da o zararı def etmeye mecbur olur. Ancak her hâl ve kârda, penceresini kapatmak üzere zorlanamaz. Nitekim çitten mamûl bir çevirme, duvarın aralığından komşunun kadınların bulunduğu mahalli görünür olursa, çevirme duvarın sahibi, o aralıkları kapatmak üzere emrolunur. Ancak bu duvarı yıkıp da yeniden duvar inşa etmeye zorlanamaz."

Ali Haydar bu durumu şöyle yorumlamaktadır; bu zarar kalıcı olsun veya olmasın fahiş bir zarar olduğundan izale edilir. Bir kimse evini inşa etmeye koyulursa ve bu inşa esnasında

komşusunun evindeki kadınlara ait bir yere yüksekten bakan bir yerde ise, bu görüntü bir günde sona erecek olsa bile, kendisi bir çadır koymak marifetiyle veya başka bir şey ile kadınlara ait bu mekânın görünürlüğünü ortadan kaldırması gerekir. Fakat bu zarar ezan okumak gibi günün belli bir vaktinde olan ve kısa sürede sona eren dinin sembollerinden biriyse menedilmez. Kadınlar o vakitlerde dışarı çıkmaz, ezandan sonra çıkarlar.

Arap Medeni Kanunlarının Hakkın Kötüye Kullanımı Kriterlerine İlişkin Tutumu ve Bu Hususta Mecelleden Ne Ölçüde Etkilendikleri Konusu

Yeni Mısır Medeni Kanunu, modern hukuk ile İslam hukukunun yerleşik ilkelerini uyumlu hâle getirmeye istekli olmakla birlikte, fıkıh mezheplerine[8] bağlı kalmaksızın, hakkın kötüye kullanımı konusunda, 1948 tarih ve 131 sayılı Medeni Kanunu, genel bir teori olarak kabul etmiş ve aşağıdaki hükümleri ortaya koymuştur.

Mısır Arap Cumhuriyeti Medeni Kanunu'nun 4. maddesi: Bir kimse hakkını meşru bir şekilde kullanırsa, bundan doğacak zarardan mesul olmaz.

Madde 5: Hakkın kullanımı aşağıdaki hallerde gayrimeşru olur;

a) Eğer sadece başkalarına zarar vermek isteniyorsa veya elde edilecek menfaat oldukça önemsizse, öyle ki bu menfaat yapılan işten ötürü başkasında oluşacak zararla hiç örtüşmeyecek ölçüde önemsizse gayrimeşru olur.

b) Elde edilmesi hedeflenen çıkarlar gayrimeşru olur ise.

Bu metin, hakkın kullanımının meşru bir şekilde yapılmasının gerekliliğine ve hakkın meşru kullanımından doğan zararlardan sorumlu olunamayacağına delalet etmektedir.[9]

Yine Medeni Kanun'un 807. maddesi aşağıdakileri şart koşar:

1. Mal sahibi, hakkını kullanmada, komşusunun mülküne zarar verecek ölçüde aşırıya gidemez.
2. Komşu, kaçınılması mümkün olmayan olağan komşuluk zararlarından ötürü, komşusuna rücu edemez. Ancak, alışılagelmiş mülkiyeti, taşınmazın niteliğini ve her bir mülkün diğeri için bulunduğu yeri ve tahsis edildiği amacı dikkate alarak, alışılagelen sınırı aşması halinde, bu tür zararın kaldırılmasını talep edebilir. Yetkili makamlar tarafından verilen ruhsat, bu hakkın kullanılmasını engellemez.

Suriye Medeni Kanununun Tutumu

Suriye Medeni Kanunu, hakkın kötüye kullanımını başlangıç bölümünde 5 ve 6. Maddelerde ele almış ve hükmünü belirlemiştir. İki maddenin hükümleri Mısır Medeni Kanunu ile uyumludur.

Ürdün Kanunu'nun Keyfiliğin Kriterlerine İlişkin Tutumu, Etkisi ve Diğer Arap Yasaları

Ürdün Medeni Kanunu 61. Maddesinde; şer'î cevazın teminata zıt (aykırı) olduğunu belirtmektedir.Yani, kişiye şeriatın cevaz verdiği bir işi yapmak bir zarara da sebep olsa caiz olur.

[8] ed-Dureynî, *Nazariyyetu't-Ta'assuf,* sayfa 463.
[9] ed-Dureynî, *Nazariyyetu't-Ta'assuf,* sayfa 464.

Kanun izninin tazmin sorumluluğunu kaldıracağını hüküm altına almıştır. Bu, Mecelle'nin 91. maddesinde yer almakta olup, büyük kaidelerden biridir. Sonra bu cevaz Mısır hukukuna uygun olarak aşırı gitmemekle sınırlandırılmıştır.

Bunun benzeri, Ürdün Medeni Kanunu'nun 1027. maddesinde geçmektedir: "Mal sahibine hakkın kullanımında, komşusunun mülküne zarar verecek kadar aşırıya kaçmaması düşüyor." Bu husus, Cezayir Medeni Kanunu'nda 691. Maddesinde, Birleşik Arap Emirlikleri Medeni Kanunu'nda ise 522. Maddede yer almıştır.

Ürdün Medeni Kanunu'nun 66-2 Maddesi, Mısır Medeni Kanunu'nun 4. ve 5. maddesi ile büyük ölçüde uyumludur. Metni şöyledir:

- Eğer hakkın kullanımında ihlal mevcut ise, bu gayri meşru bir hak kullanımıdır,
- Fiilden arzu edilen menfaatler gayri meşru ise,
- Faydanın, başkasında oluşacak zararla uyuşmaması (burada Ürdün kanununun "asla uyuşmaması" kaydını ilga ettiğini ve "uyuşmanın bulunmaması" kaydıyla yetindiğini mülahaza ediyoruz.)
- Cereyan eden şey örf ve âdetin ötesine geçmiş ise.

Filistin Kanunu'nun Bu Hususteki Tutumu

5. maddede şöyle denilmiştir; Hakkın kullanımı aşağıdaki hallerde keyfi sayılır:

- Hakkın kullanımında sadece başkalarına zarar vermek isteniyorsa
- Elde edilmek istenen menfaatlergayrimeşru ise,
- Elde edilmek istenen menfaatler çok önemli değilse. Öyle ki o eylemden ötürü başkasında oluşacak zararla hiç uyuşmuyorsa,
- Başkalarına olağan dışı bir zarar vermesi durumunda.

Arap Ülkelerine Ait Medeni Kanunlar ile Adli Hükümler Mecellesi'nin Karşılaştırılması

1. Mısır Medeni Kanunu'nun, cevheri bir mesele olan "amme yararıyla uyumsuzluk"ölçütünü gözardı ettiği görülüyor. Bu ölçüt, Mecelle'de, fıkıh kitaplarında ve genel maslahatın özel maslahattan önce geldiğini beyan eden usul kitaplarında bulunmaktadır. Adli Hükümler Mecellesi ise bu hususu çeşitli maddelerinde hüküm altına almıştır.[10]

Mecelle'nin 1216. maddesi: "İhtiyaç halinde, sultanın emriyle bir kimsenin evi ücretiyle alınıp yol yapılabilir. Fakat bedeli ödenmedikçe mülkü elinden alınamaz."

Mecelle'nin 1254. maddesi: "Mübah olan bir şeyden herkes yararlanabilir. Ancak bu kamuya zarar vermemek şartıyla kayıtlıdır."

Bu ölçüt, devletin tekelciliğin önlenmesi ve zorunlu fiyatlandırma gibi kamu menfaatlerinin korunmasına ilişkin olarak, bireylerin haklarını kısıtlama görevine dair uygulamalarından biridir.

Es-Senhuri, bu kriterin Medeni Kanunun 5. maddesinde yer almamasını şöyle yorumluyor; kanun koyucunun muktezasına tabi olacağı bir yasama planına en yakın olanı budur. Yani bu plan,

[10] ed-Dureynî,*Nazariyyetu't-taassuf,* sayfa 464.

kanun koyucunun, özel şartlarda istisnai mevzuat koyma konusundaki yargı erkinin salahiyetlerine en yakın olanıdır. Bu ise hakimin günlük davalarda pratik uygulama yapması için bir kriter değildir.[11]

Ancak bu, devletin bireysel bir mülkü, kanuni olarak müsadere etmesi durumunda, zarar gören kişi itiraz ederse, idari yargı için bir kriter olabilir. Bu durumda, yargının, kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda yargılama yetkisi bulunacaktır. Ayrıca, hükümetin eylemlerinin sosyal paylaşım sitelerinin kaldırılması gibi kamu özgürlüklerini kısıtladığı düşünüldüğünde, anayasal yargı için de bir kriter olabilir.

2. Mısır Medeni Kanunu'nun 5. maddesinin (b) bendi; gayri meşru kullanımın, başkasında oluşacak zararla kesinlikle uyuşmayacak çıkarlar içermesi ve benzer şekilde menfaatlerin, çok az önem taşıması gerekçesiyle sınırlandırılmasını öngörmektedir. Filistin Medeni Kanunu da bunun benzerini öngörmüştür. "Kesinlikle" kelimesinden anlaşılan sınırlandırma, Mecelle'nin yaklaşımıyla ve genel olarak fıkıh ile uyumlu değildir. Aksine bireyin çıkarlarını öne alan ferdi mezhepten etkilenmiş ve birey haklarını amme maslahatına tercih etmektedir. Üstat Dureynî "kesinlikle" kaydının, hakkın kötüye kullanımı nazariyesinin çalışmasını daralttığını söylemektedir. "Eğer hak sahibinin maslahatı başkasına dokunacak zarara kıyasla daha az önemli olsa hak sahibi menedilir" şeklindeki Mecelle ve diğer fıkıh kaynaklarının görüşü üzere kalsaydı daha evla olurdu.[12]

Uyuşmazlık ölçütü, Mecelle'nin "şiddetli zarar, daha hafifi ile izale edilir." genel kaidesi ile ifade edilmiştir. Ali Haydar, mülkiyet hususuna ilişkin uygulaması bağlamında şunu ifade eder;müşteri, satınaldığı arsaya bina yapsa, daha sonra şufa hakkıyla müşteri arsayı geri vermeye mecbur olsa duruma bakılır; binayı sökmesi müşteriye zarar vermekte ise arsayı bina ile birlikte almak, şufa hakkı olan için fazla ücret ödemeyi gerektirmektedir. Bu iki zarardan hafifi, binayı sökmeden arsayı şufa hakkı olan kişinin ücretle almasıdır. Zira verdiği ücret fazla olsa da, karşılığında bina vardır. Bina sökülürse, müşterinin zararı daha fazla olacaktır. O halde şufa hakkı olanın zararı, müşterinin zararından daha hafiftir. Şufa hakkı sahibi, binayı almakla ve müşteriye yani alıcıya kıymetini ödemekle mükellef olur.

3. Alışılagelen yönüyle kullanımı çelişik olan, diğer haklarla uyuşmazlık ölçüsü konusunda Mecelle'nin metinlerinden istifade edilir. Bu ölçü, komşuluğun olağan olmayan zararları ile fıkıhçıların bariz zarar ya da zarar-ı fahiş dediği şeylerle ilgilidir. Batı hukuku, bunu çıkarların meşruluğunun yokluğu ölçüsüne tabi kılar ve ifrat olarak isimlendirir.

Mecelle bu ölçütü 1198. maddesinde şöyle hüküm altına almıştır: "Herkes kendi mülkü olan duvar üzerine dilediği kadar çıkar ve istediği şeyi yapar. Fahiş zarar olmadıkça komşusu mani olamaz." Mecelle 1200. ve 1213. maddelerinde bu hususa ilişkin birçok uygulama örneği vermiştir:[13]

Madde 1213: "Bir yolun iki tarafında hanesi olan bir kimse, birinden diğerine köprü inşa edecek olsa bundan men edilir. Ancak inşa ettikten sonra eğer geçenlere zararı yok ise yıkılmaz. Fakat böyle genel bir yol üzerine yapılmış olan köprülerde ve çıkıntılarda karar hakkı olmaz. Bu bakımdan yukarıdaki şekilde genel yol üzerine inşa edilen köprü yıkıldıktan sonra, sahibi tekrar bina edecek olsa, bundan men edilir."

---

[11] es-Senhurî, Abdurrezzak, *el-Vasît fî şerhi'l-kanun el-medenî*, Darulİhyai't-Turasi'l Arabî, Beyrut, 1. cilt, sayfa 848, 563. fıkra.

[12] ed-Dureynî, *Nazariyyetu't-taassuf,* sayfa 395.

[13] ed-Dureynî,*Nazariyyetu't-ta'assuf,* sayfa 468.

Madde 1214: “Genel yol üzerinde alçak çıkıntılar ve balkonlar gibi geçenlere fahiş zararı olan şeyler, kadim olsa bile kaldırttırılır.”

Önceki metin, hakkın kötüye kullanımının, Mecelle'de hak sahibi ile sınırlı olmadığına, aksine kamu hürriyetlerinin kullanımını da kapsadığına delalet etmektedir.

Hakkın Kötüye Kullanımında Sorumluluk Nedeni

Mecelle, komşuluk haklarında hakkın kötüye kullanımı hususunu, hakkın kullanımında başkasına zarar verme kastı gerçekleşmemiş ve hakkın sınırı aşılmamış olsa da, fahiş zarar ile irtibatlıdır. Bu, uluslararası modern hukukun mutlak sorumluluk ilkesi raporuyla uyumludur. Nükleer faaliyetlerin çevreye vereceği zarardan ötürü, atmosferde ve komşu ülkelerde oluşan çevresel zararlarından dolayı, uluslararası hukukçular, yasal anlamıyla hataya ilişkin olarak mutlak ve koşulsuz sorumluluk çağrısında bulunmuştur. Yani bu iş mübah olmaz ve fiilin maddi sonuçlarıyla yetinilir. Bu ise, aslında izin verilen bir eylem olsa bile, zarar-ı fahişin men edilmesi kavramıyla uyumludur.[14]

Kaynakça

Aliyetudemci’t-teşriat el-Fılistiniyyevıfken li Drayton ve Mevsueti’t-Teşriati’l-Urduniyye, Bi’rzeyt Üniversitesi Hukuk Enstitüsü Yayınları, 2008, sayfa 3.

es-Senhurî, Abdurrezzak, el-Vasît fî şerhi’l-kanun el-medenî, Darulhyai’t-Turasi’l-Arabî, 1. Cilt, Beyrut.

Fethi ed-Dureynî, Nazariyyetu’t-ta’assuf fi ist'imali’l-hakk, Daru’l-Beşir - Müessesetu’r-Risale, Amman, Beyrut, 1998.

Filistin Medeni Kanunu'nun Mukaddimesi, Filistin Devleti Yasama ve Fetva Divanı Sitesi

http://www.dft.gov.ps/wp-content/uploads/2017/04/147.pdf

http://scharee.com/?p=4055

Mecelletu’l-ahkami’l-adliyye, el-Mektebetu’ş-Şamile elektronik nüshası, tahkik eden: Necip Hawawini, neşreden: Nur Muhammed, Kârhane-i Ticaret-i Kutub, Aram Bağ, Karaçi.

Muhammed Ferid Bek,Tarihu’d-devleti’l-âliyye el-Osmaniyye, tahkik: İhsan Hakkı, Daru’l-Nefais Yayınevi, Beyrut.

Muhammed Salim Mulhim, “et-Tetavvur et-Tarîhili’l-Kanûni’l-Medeni el-Urdunî” Ürdün er-Re’y Gazetesi, 01.12.2011 tarihli nüsha.

[14] ed-Dureynî,*Nazariyyetu’t-ta’assuf,* sayfa 78.

ADLİ HÜKÜMLER MECELLESİ'NİN KABULÜ DÖNEMİNDE OSMANLI DEVLETİ'NİN DURUMU

Fetiha KASIM

Celfa Üniversitesi / Cezayir

Mukaddime

Bu kanun metninin arka planını anlamak için o dönemki sosyal yapıya vakıf olmak önemlidir. 16 bölümden ve 1851 maddeden müteşekkil olan Adli Hükümler Mecellesi Kanunu'nun hazırlanması yaklaşık sekiz yıl sürmüştür. Osmanlı Medeni Kanununu oluşturma fikrinin başlangıcından tesisine kadar, bu kanunun dilini ve gelişimini etkileyen birçok faktör meydana gelmiştir.

Başlangıçta Fransız Medeni Kanunu'nu esas alma fikri gündeme gelmiştir. Ancak Mecelle ortaya çıkıncaya kadar, diğer ulusların kanunlarını benimseme yerine, Osmanlı Devleti için millî bir medeni hukuk oluşturma fikri de hep var olagelmiştir. Nihayet bir grup teorisyen bu işe koyularak Mecelle'yi kaleme almıştır.

O dönemde Adli Hükümler Mecellesi Kanunu'nun çıkarılmasına etki eden birçok faktör bulunuyordu. Bunlardan belki de en önemlisi Osmanlı Devleti'nin kendine özgü sosyal yapısı ve Batı ile ticaretinden doğan etkileşimden ötürü meydana gelen iktisadi ve ticari hayattaki değişimlerdir. Buna ilaveten, Batılı ülkelerin bölgede daha büyük imtiyazlar elde etmeyi arzulamaları da önemli bir rol oynamıştır. Tüm bunların neticesindebazı kanuni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuş ve bu faaliyetleri belirlemek ve tanzim etmek üzere bir kanun çıkarılmıştır.

1. Osmanlı Devleti'nin Adli Hükümler Mecellesi'nin Yaklaşımına İlişkin Sosyal Yapısı

Osmanlı'nın toplumsal yapısı ve sosyal sistemi son altı yüzyıl boyunca farklı tezahürler ortaya koymuştur. Devletin kuruluş, teşekkül ve gelişim dönemlerinde yaşanan ihtilaflar bir yana, sistemdeki bu süreklilik bu süre boyunca varlığını hep sürdürmüştür. Fatih Sultan Mehmet'in 16. yüzyıla kadar süren hükümranlığında İslam dünyasının karar merkezinin, Osmanlı egemenliğine dayanan yönetim merkezi olduğu açıkça mülahaza edilmektedir. 17. yüzyılda, hem Osmanlı devlet sisteminde hem de Osmanlı toplumunda önemli yeniliklerin ve değişikliklerin meydana geldiğini görüyoruz. Ancak 19. yüzyıla gelindiğinde, modernleşme girişimlerinin hem toplum düzeyinde hem de iktisadi alanda farklı etkilere sahip olduğunu görmek mümkündür. Hatta ve hatta devlet hiyerarşisinin en tepesinde de siyasi alanda çeşitli seviyelerde farklı etkilere sahip olduğunu müşahede edebiliriz. Devletin sınırlarının genişlemesi, topraklarının artması ve buna bağlı olarak Osmanlı Devleti'nin egemenliği altına giren dinî ve ırki toplulukların artması, çeşitlenmesi, devlet yönetimini bu çeşitlilikle başa çıkmada bazı tedbirler almaya itmiştir. Öte yandan, zamanın ilerlemesiyle birlikte 18. yüzyılın sonlarından itibaren devletin gerilemesi ve sınırları dâhilindeki bazı bölgeleri kaybetmesiyle birlikte bu dinî ve ırki çeşitlilik azalma göstermiş ve Osmanlı hegemonyası altında bulunan ülkelerin, topraklarını kaybettiği bölgelerde bulunan Müslüman nüfusun

çoğunluğunun kademeli olarak geri çekilmesine neden olmuştur. Nitekim bu gelişmeler, 19. yüzyılda toplumsal yaşamı ve yapıyı derinden etkileyen temel faktörler olarak addedilmektedir.[1]

a) Modernleşme Döneminde Osmanlı Toplumu

Bilinen odur ki; 19. yüzyıl toplumsal yaşamın temel unsurları açısından temel bir değişimden geçmemiştir. Ancak Islahat ve Tanzimat döneminde başlayan yeni uygulamalar toplum yapısında bazı değişikliklere yol açmıştır. Önceki yüzyıllarda olduğu gibi bu dönemde de nüfusun % 80'ini köylerdeki tarım topluluğu ve % 20'sini ise şehirlerde bulunan halk oluşturuyordu. 19. yüzyılda, büyük şehirlerde özellikle de İstanbul'da yabancıların sayısı artış göstermiş ve bunun etkisiyle Batı ürünleri ve eğlence tesisleri ortaya çıkmıştır. Osmanlı Devleti'nin modernleşme sürecinde Batılı sanayici ve tüccarlarla ticari faaliyet cemiyetleri tesis etmesi, azınlıkların ekonomik durumlarında büyük değişimlere yol açmıştır. Bu durum 20. yüzyılın başlarına kadar devam etmiş, öyle ki azınlıklar iç ticarette, sanayide ve meslek alanlarında % 60-70 gibi bir oranla ezici bir çoğunluk haline gelmişlerdir. Buna mukabil Müslümanlar ise, yatırımlarda azınlıklara ve yabancılara verilen yüksek düzeyli imtiyazlar neticesinde işçilik ücretleri alanında en düşük seviyelere gerilemişlerdir. Bu dönemde toplum yapısını etkileyen ve toplumsal hayatta değişikliklere yol açan temel faktörlerden biri de, savaşlarda toprak kaybedilmesinden, rejim değişikliği ve modernleşmeden kaynaklanan göç hareketleridir. Üretim ve tüketim ilişkilerinde olsun veya modernleşme sonrası eğitimde olsun, modernleşmenin toplumun farklı katmanlarında sebebiyet verdiği değişimler ve dönüşümlerle oluşan bu göç hareketleri toplumları adeta birbirine karıştırmıştır. 19. yüzyılda Osmanlı toplumunda ekonomik ve kültürel farklılıklar meydana gelmiş olsa da bu değişiklikler köydeki yaşamı pek etkilememiş, ancak geleneksel kent mahallelerindeki hayat ise değişim yönünde gelişme göstermiştir. Bununla birlikte, klasik çağda cami önemli bir yere sahip olmuştur. Bunun ardından ise askeri yapı düzeyinde değişiklikler meydana gelmiş ve yargı binaları ve okullarının yaygınlaşmasına ilaveten hükümetin modernizasyonu dönemiyle birlikte bürokrasi ortaya çıkmıştır.

Böylece kentlerin ekonomi merkezleri bir değişime maruz kalmıştır. Bu değişim özellikle geleneksel üretimin yapıldığı yerlerin yerini, ithal mallara dayalı ürünlerin satıldığı yerlerin teslim aldığı İstanbul gibi büyük şehirlerde meydana gelmiştir. Bu bağlamda, toplumun üst katmanlarında aile hayatı açısından da bazı değişiklikler gözlemlenmiştir. Toplumun alt tabakaları geleneksel yaşamlarını ve toplumsal dokularını muhafaza ederken, saray hayatında çok sayıda dışkaynaklı değişiklik meydana gelmiştir. Bu bağlamda, Çerkez hizmetçilerin yanı sıra siyahi mürebbiyeler ve Fransız öğretmenler saray hayatında sıkça istihdam edilir hâle gelmiştir. Üst sınıfa mensup ailelerde, Batı ve diğer ülke büyükelçiliklerinin cemiyetlerine katılımlar yoluyla aile yaşamlarında bazı değişiklikler meydana gelmiştir. Böylece Osmanlı toplumunda alt ve üst tabaka arasındaki sınıflara mensup topluluklar arasındaki uçurum iyice büyümüştür. Üst tabakaya mensup toplum kesimlerinde Batı eğlence tarzını benimseme, lüzumsuz işlerle uğraşma ve Batı tarzı yaşamı taklit etme gibi davranışlar sergilenirken, diğer tabaka olan alt sınıfta ise inzivaya çekilme, fakirleşme ve devletten uzaklaşma gibi olgular baş göstermiştir.[2]

---

[1] İbn Batuta, Rihletu İbn Batuta, tercüme: A Sait Aykut, İstanbul, 2004, sayfa 430-431; Aşık Paşazade, Tarih (Atsız), sayfalar; 94, 236-239; Tursun bey, Tarih-i Ebu'l Feth, neşreden: Mertol Tulum, İstanbul, 1977, sayfa 10-30; Lütfü Paşa, Asafnâme, neşreden; Prof. Dr. Mübahat S. Kütükoğlu (Bekir Kütükoğlu'na armağan içinde) İstanbul, 1991, sayfa 49-99.

[2] Madline C. Zilfi, el-Meratu'l-Osmaniyye 'ala e'tabi'l-hadâse, çeviren: Necmiye Alpay, İstanbul, 2000; İlber Ortaylı, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul, 2000; Mehmet İnbaşı, Rumeli Yörükleri, Erzurum, 2000; Oktay Özel, Avarız ve Cizye Defterleri, Osmanlı Devleti'nde Bilgi ve İstatistik,(hazırlayan: Halil İnalcık ve Şevket Pamuk) Ankara, DİE

Devletin bu yeni toplumsal düzeninde önde gelen nüfuz sahibi Müslümanlar, imtiyaz sahibi gayrimüslimler ve diğer devlet memurları arasında yeni bir toplumsal doku zuhur etmiştir. Öyle ki aylıklarını ve gelirlerini bir yatırım aracı olarak kullanmak isteyen güvenlik mensupları arasında yeni bir ittifakın ortaya çıkması bir tarafa, hizmetçilerde dahi bu dönemde yatırım yapmak maksadıyla borç nakit kredisi almak suretiyle yatırım yapma isteği ortaya çıkmıştır. Öte yandan, 19. yüzyılın sonlarında, modernizasyon hareketleri kapsamında tarım, ticaret ve sanayi odaları faaliyet göstermeye başlamış, tüccarlar ortaklı işletmeleri aracılığıyla profesyonel faaliyetlerini sürdürmüştür.

Bununla birlikte, bu dönemde gayrimüslimler lehine artan imtiyazlar, Türk tüccar ve işadamlarının yabancı yatırımcılar karşısındaki durumunu aşağıya çekmiştir. Nitekim bu dönemde Ermeni olmayan Yunanlılar tarafından Hristiyan orta sınıfı oluşturulmuş ve bunlar Avrupalıların Osmanlı İmparatorluğu'ndaki şirketlerinin temsilcisi olmuşlardır. Müslüman tüccarları yabancı tüccarlara verilen ayrıcalıklardan yararlanan gayrimüslim tüccarlara karşı himaye etmek için devlet tarafından "Miri Merchant" sistemi oluşturulmuşsa da bu birliğin kurulmasından arzu edilen sonuç elde edilememiştir. Bu durum, kentlerde, kasabalarda ve köylerdeki ekonomik ve sosyal hayat üzerinde önemli değişikliklere yol açmış, özellikle de limanlar aracılığıyla, Avrupa ile ticari açıdan yakından bağlantılı olanlarda, önemli değişikliklere öncülük etmiştir. Örneğin, 1840 yılında İzmir'de o dönemde daha önceden bulunan bazı Yunan, Ermeni ve Yahudi azınlıklara ilaveten, Yunanistan, İngiltere, Avusturya ve Fransa gibi yabancı ülkelerden 10.000 - 12.000 civarında yabancı İzmir'e göç etmiştir.[3]

2. Adli Hükümler Mecellesi'nin Hazırlık Döneminde Osmanlı Toplumunun Genel Yapısı

Genel anlamda 19. yüzyılda köylerde ve kırsal alanlarda yaşayan, tedrici olarak topraklarını kaybeden ve vergilerden ötürü ilkel alet ve edevat kullanan nüfusa genel olarak baktığımızda, köy hayatının fazla değişkenlik göstermediğini söylememiz mümkündür.

Bununla birlikte "Ayanlık" sistemi ortaya çıkmış ve etkisi devam ederek sonrasında çeşitli bölgelerde "ağalık" sistemini ortaya çıkarmıştır. Daha sonra ise "tımar" sisteminin ortaya çıkışıyla tasfiyeye gidilmiştir. Her ne kadar 1241/1858 yılında çıkan arazi kanunu, köylerin belirli şahısların mülkiyetine toplu olarak geçmesini engelleyen hükümler içeriyor olsa da, nüfuz sahibi şahsıların girişimlerine rağmen büyük toprak sahipleri varlıklarını sürdürmeye devam etmişlerdir. Değişen şartlar nedeniyle çiftçiler, kendilerine yönelik şiddet eylemleri sebebiyle topraklarını terk ederek başka köy ve kasabalara sığınmışlardır. Öte yandan, devletin sosyal yapısını da değiştiren göç kavramı, bu yüzyılda bir değişime uğramıştır. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu'nun bu döneminde, boş bölgelere gönüllü göç veya sürgün adı altında çeşitli nüfus hareketleri yaşanmıştır. Kırım'ın Rusya tarafından 1783 yılında ilhak edilmesiyle birlikte göç verileri değişmiştir. Osmanlı İmparatorluğu'nun kalan topraklarında ardı ardına meydana gelen savaşlarda yaşanan yenilgilerle kaybedilen Kafkasya, Karadeniz ve Balkanlar'dan siyasi ve dinî nedenlerle ciddi manada göç akımı olmuştur.

Yayınları, 2001, sayfa 35-50; The Liınits of the Almighty: MehmedII's 'Land Reform' Revisited, JESHO, XLII/2 (1999), sayfa, 226-246.

[3] Mübahat Kütükoğlu XV ve XVI. Yüzyıllarda İzmir Kazasının Sosyal ve İktisadi Yapısı, İzmir, 2000, sayfa 19;Tufan Gündüz, Anadolu'da ve Rumeli'de Yörükler ve Türkmenler Sempozyumu Tebliğleri, Ankara, 2000, sayfa 19.

1859 yılında ve 1877-1878 yıllarında meydana gelen Osmanlı - Rus harbinde; Girit ve Tisera'nın, Yunanlılar tarafından ilhakında ve Balkan Harbinde burada yaşamakta olan Müslümanlar (Çerkez, Abaza, Boşnak, Arnavut vb.) Anadolu'ya göç ederek burada yaşamaya başlamışlardır. Osmanlı Devleti'nin merkezî eyaletini oluşturan ve ana dilleri Türkçe olmayan Balkanlar'dan yaşanan göçler, Kuzey Afrika'daki ve Arap topraklarındaki Müslümanlardan bu bölgeye yaşanan göçler sebebiyle Müslüman oldukları için yerinden edilmiş insanların kimliğini aşan "etnik Müslümanlık" ve "ulusal kimlik" gibi kavramlar ortaya çıkmıştır.[4]

3. Tazminatlar Döneminde Meydana Gelen Hukuk Hareketlerinin Sebepleri

Osmanlı İmparatorluğu'nda meydana gelen yasama hareketlenmeleri ve zamanının öncüsü sayılan, ticari ve iktisadi hayatta değişiklikler öngören, toplumsal dönüşümler içeren, hukuki ihtiyaç ve taleplere cevap veren Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinin nedeni, Batı'nın baskısıyla Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşüne çare olarak ıslahata girişmektir.

a. Ekonomik ve Ticari Hayatta Meydana Gelen Değişiklikler

Endüstriyel yeniden yapılanmadan sonra, değişiklikler sadece ticari ve ekonomik alanda değil, aynı zamanda Batı medeniyetlerindeki toplumsal ve hukuki zihin alanında da yaşanmıştır. Osmanlı İmparatorluğu bu uygarlıkları doğal olarak meydana gelen değişimlerle birçok açıdan etkilemiştir. Bu etki Osmanlı tazminat döneminde ve sonrasında gerçekleşti. Adli Hükümler Mecellesi'nin çıkarılması, bu dönemde meydana gelen etkilerin sonuçlarından biridir.[5]

Sanayi devriminin etkisi ile Batı ülkelerinin ticari ve ekonomik yaşamında önemli bir gelişme olmuştur. Yeni teknolojilerin yardımıyla üretim artmış, talep ve arz arasındaki dengesizlik fiyat istikrarsızlığına ve düşüşe neden olmuştur. Bu gelişmeler, bu ürünlerin satılması için yeni pazar arayışlarına yol açmıştır. Osmanlı İmparatorluğu nüfusunun büyüklüğü nedeniyle büyük pazarlardan biri olarak Batı ülkelerinin hedefi haline gelmiştir.

Osmanlı Devleti tarafından imzalanan veya ardı ardına gelen yenilgiler nedeniyle Batılı ülkelerle imzalanmak zorunda kalınan birçok anlaşmanın sonucu olarak, bu ülkelerde üretilen ve Osmanlı Devleti'nde indirimli fiyatlarla satılan ürünler ihraç edilmeye başlandı. Osmanlı ve Batı ülkeleri arasındaki ticaret hacmi, bu gelişmeler sonucunda önemli ölçüde artmış ve ortaya birçok ticaret anlaşmazlığı çıkmıştır. Ancak, yabancılar, meydana gelen bu ihtilafları şeriat mahkemeleri önünde çözmek için yasal işlemlerde bulunmaktan yana değillerdi.[6] Artan bu anlaşmazlıkların çözümü için ihtisas mahkemeleri kurulmuştur.[7] Bu kanuna göre ve bu mahkemelerin kurulmasıyla kolektif şirketler ve borsa şirketleri düzenlenmiş ve bu türler şeriat kanunlarına göre Osmanlı hukukunda listelenen şirketlere eklenmiştir.[8] Sonuç olarak, dünyada artış gösteren millî gelirin ortaya çıkması, çeşitli konularda yasama hareketlerine ve yasal alanda yeni değişikliklere yol açmıştır.

b. Sosyal Yaşamda ve Eğitim Alanındaki Değişiklikler

---

4 Kemal H. Karpat, Osmanlı Devleti'nde Nüfus (1830 - 1914) Demografik ve Sosyal Özellikleri, çeviren; Bahar Tırnakçı, İstanbul, 2003, sayfa 11 - 23.
5 Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi,4. baskı, Beta Press, 2001, sayfa 421.
6 Osman Öztürk, Türk Hukuk Tarihinde Mecelle, İrfan Matbaası, 1973, sayfa 12.
7 Aydın, sayfa 422.
8 Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Mimoza Matbaası, 2012, sayfa 400.

Reform döneminde meydana gelen değişiklikler, sosyal hayat üzerinde de bir etki yaratmıştır. İktisadi ve ekonomik yaşamdaki değişimler, Batı'dan göç hareketleri ve eğitimdeki gelişmelerin hepsi, toplumun sosyal yaşamında doğrudan değişikliklere yol açmıştır. Türk-Yunan Savaşı, Balkan Savaşları ve 19. yüzyılın sonlarında Devlet'in de içine çekildiği Birinci Dünya Savaşı'nın bir sonucu olarak, kadınların sosyal hayata katılımı hızlanmış ve kadınlara yeni yaklaşımlar getirilmiştir.[9]

Tüm bu gelişmeler neticesinde, 1917 yılında Aile Kanunu (Hukuk - Aile Kararnamesi) hazırlanmıştır. Buradaki amaç ise yeni sosyal ihtiyaçları karşılamak olmuştur.

Buna ilaveten, 18. yüzyılın sonları ve 19. yüzyılın başlarında eğitim alanında birçok reform ve değişiklik meydana gelmiştir. Mühendishaney-i Berri Humayunu'nun (Uluslararası Deniz Mühendisliği Okulu) inşası buna bir örnek sayılabilir. Bu okulda yabancı dilde eğitim ve mühendislik bilimlerinin yabancı dillerden Türkçeye tercüme edilmesin konusunda istifade edilmiştir. Bunun yanı sıra bu reformlar kapsamında zorunlu ilkokul eğitimi, öğrencilerin eğitim almak üzere Avrupa'ya gönderilmesi ve tercüme odasının kurulması gibi faaliyetler de bu reformlara birer örnek olarak verilebilir.[10]

c. Devlet Yönetiminde Yasal Düzenlemelere Duyulan İhtiyaç

Ticari faaliyetler, ekonomik ve sosyal alanlardaki değişiklikler yeni mahkemelerin kurulmasına ve yeni yasaların çıkarılmasına yol açmıştır. Bu dönemde ortaya çıkan bir başka yasal ihtiyaç kaynağı da 19. yüzyıldaki davalarda sayının ve çeşitliliğin artış göstermiş olmasıdır. Bu bağlamda, ticari mahkemeler, düzenli mahkemeler,istinaf mahkemesi olarak Medeni Hukuk Konseyi (Divanı - Yargı Yasaları) kurulmuştur. 19. yüzyılın sonlarında Şer'î Konuları Araştırma Cemiyeti (Şer'î Tahkikat Konseyi) kurulmuş ve bu cemiyet Şeriat Mahkemelerinde Temyiz Mahkemesi olarak kabul edilmiştir.[11]

Öte yandan, son zamanlarda yargı sistemi alanında çalışan hukukçular için eski hukuk metinlerini anlamada zorluklar ortaya çıkmıştır. Fransız hukuku temelinde kurulan normal mahkemelerde hukukçu hâkimlerin hukuki bilgilerinin olmaması, eski hukuk kitaplarının incelenmesi veya müftülüklere başvurulması bir model olarak sık sık gerekli olmuştur. Bu sorunun ortadan kaldırılmasını teminen hukuk kurallarının rahat anlaşılması için basit bir Türkçe ile yazılmasına başlanmıştır.[12]

Bunun dışında İslam hukuku kaynaklarında yargı hukuku konusunda farklı bazı yorumlar bulunuyordu ve bu da pratik anlamda çeşitli güçlüklere yol açmıştır.[13]

d. Batı Ülkelerinin Etkisi ve Baskısı

Kurumsal reform döneminde gerçekleşen yasal sistemlerin en önemli nedenlerinden biri Batı ülkelerinin etkisi ve baskısıdır. Aslında, Gülhane Hatt-ı Hümayunu da bu etki ve baskı sonucunda hazırlanmıştır. 19. yüzyıl, Batılı ülkelerin pekçok yeni yasal düzenleme gerçekleştirdiği bir zaman dilimi olmuştur. Osmanlı İmparatorluğu bu hareketlerden ve Batı'daki bu değişimlerden etkilenmiş

[9] Aydın, sayfa 423.
[10] Öztürk, sayfa 10.
[11] Aydın, sayfa 423.
[12] Avcı, sayfa 397; Aydın, sayfa 42.
[13] Avcı, sayfa 397.

ve bu yansımalardan dolayı Devlet bu hukuk sistemlerinin tercüme edilmesine ve bazı durumlarda da revizyonlarla uygulanmasına başvurmuştur.[14]

Bu dönemde Osmanlı İmparatorluğu'nun etkilenmesi sadece yukarıdaki şekilde olmakla kalmamış, bazı Batılı ülkeler Osmanlı'nın kendi özel kanunlarına yönelik baskılarda da bulunmuştur. Sanayi devriminden sonra buna istinaden Osmanlı İmparatorluğu Batı ülkeleri tarafından büyük bir pazar olarak kabul edilmiş ve buna bağlı olarak da ticaret hacmi daha da artış göstermiştir. Öyle ki, Batılı ülkeler, Osmanlı İmparatorluğu'nda ticaret yaparken Devlet'in sahip olduğu yasal sisteme tabi olan Batı menşeli tüccarlarına büyük önem vermeye başlamışlardır.[15]

Batılı ülkelerin, Tanzimat ıslahı döneminde, Osmanlı İmparatorluğu'nda yaşayan gayrimüslim azınlıklar üzerinden Devlet'in işlerine karıştığını gösteren bir başka argüman daha bulunmaktadır. Osmanlı İmparatorluğu'nda yaşayan Katolik, Protestan ve Ortodoks Hıristiyanlar, Osmanlı Devleti'ne baskı yaparak, kendi dinî mezhepleri hususunda Batılı ülkelerin himayesi altına girmekiçin çeşitli girişimlerde bulunmuşlardır. Bu dönemde Katoliklerin hamisi Fransızlar, Protestanların hamisi İngilizler ve Ortodoksların hamisi ise Ruslar olmuştur. Bütün bu ülkeler, genel olarak azınlıkların haklarını koruduklarını gerekçesiyle Osmanlı İmparatorluğu üzerinde giderek artan bir baskı uyguluyorlardı. Nitekim bu baskıların hafifletilmesi amacıyla Gülhane Hatt-ı Hümayunuv e ıslah için saltanat fermanı hazırlanmıştır.[16]

Batılı etkinin bir başka boyutu ise, Fransa'nın yasa ve hukuk sistemini Osmanlı İmparatorluğu'na ihraç ederek prestij kazanma hedefidir. Özellikle Fransa, bu dönemde diğer ülkelerin de örnek alması açısından Fransız medeni kanununu teşvik etmiştir. Mecellenin hazırlandığı dönemde, o dönemin Osmanlı Adalet Bakanı olan Ali Paşa üzerinde baskı kurularak, Fransız Medeni Kanunu'nu örnek alması istenmiştir. Her ne kadar bu baskılar, parlamentonun Fransızların öngördüğü biçimde kurulmasına yol açmamış olsa da, geçirilmek istenen diğer kanunlar bu baskılar neticesinde gerçekleşmiştir.[17]

Bu dönemde meydana gelen kanunlaştırma eylemleri Osmanlı hukuk sisteminin ulusal karakterine zarar vermiştir. Çünkü hükümet bu kanunları uygulamak için hazır değildi. Bu durum Osmanlı hukuk sisteminin bütünlüğüne de zarar vermiştir.[18] Ancak Mecelle yönünden Batılı ülkelerin baskısından bahsedecek olursak, Batılı hukuk sistemlerinin Mecelle'ye sadece şeklî olarak etki ettiğini, Mecelle'nin hazırlanışında tamamen İslam hukukunun esas alındığını söyleyebiliriz.[19]

3. Adli Hükümler Mecellesi'nin Hazırlanması

a) Medeni Kanuna İlişkin Hazırlıklar:

Medeni Hukuk hazırlanması fikrinin gündeme alınmasını isteyen Gülhane Hatt-ı Hümayunu fermanından sonra, kanuni nas olarak adlandırılan metnin yasalaşması gündeme gelmiştir. Ancak bu başarısız girişimin ardından, bu fikir yine de gündemde kalmaya devam etmiştir.[20] Ali Paşa, Fransız

14 Aydın, sayfa 424.
15 Aydın, sayfa 424.
16 Avcı, sayfa 397; Aydın, sayfa 424.
17 Ebu'l-Ulâ Mardin, Medeni Hukuk Cephesi'nden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996, sayfa 63,64; Aydın, sayfa 425.
18 Aydın, sayfa 426.
19 Avcı, sayfa 398. Aydın, sayfa 432.
20 Aydın, sayfa 432.

politikacıların baskısından dolayı Fransız Medeni Kanunu'nun tercüme edilmesini talep etmiştir. Bu bağlamda Fransız Medeni Kanunu'nun Osmanlı hukuku ile çelişen yanlarının tespit edilmesi amacıyla bir komite kurulmuştur.[21]

Ulusal Medeni Kanun'un hazırlanması fikri, yapılmakta olan hazırlık çalışmaları ile birlikte münakaşa edilmiştir. Bu çerçevede bir millî Medeni Kanun'un çıkarılmasının mümkün olup olmadığını araştırmak üzere başka bir komite kurulmuştur. Uzun süren tartışmalardan sonra bir medeni kanun tesis etme fikri göz ardı edilmiş ve Mecelle'yi çıkaran müdürlükle birlikte bir toplumsal kanun mecellesi çıkarmak için çaba sarfeden Ahmet Cevdet Paşa'nın[22] düşünceleri abartılı bulunmuştur.[23]

b) Mecelle Kanunu'nun Kısa Özeti

1. Tedvin Metodolojisi Açısından:

Mecelle, Osmanlı Devleti'nde ve Ortadoğu'da ulusal bir kaide olarak büyük önemi haizdir. Uzun süren münakaşa ve çabalardan sonra hazırlanmış olmakla birlikte, hâlâ farklı birçok yasal sistemi etkilemeye devam etmektedir. Bu derlemeye ilişkin olarak kısa bazı bilgileri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Mecelle bir mukaddime ile 16 kitap (bölüm) ve 1851 maddeden oluşmaktadır. Mukaddime ve birinci bölüm 1869 yılında, kalan 16 bölüm ise 1876 yılında yürürlüğe girmiştir.
- Mecelle, mülkiyet hukuku hükümleri ile yükümlülükler hukuku ve İslam hukuku icra kanunu hükümlerini bir araya getirmiştir.[24] Kişiler, aile ve miras hukuku ile ilgili konulara somut bir şekilde değinmeden, genel İslami kaideler içermiştir.[25] Mecelle'nin içerdiği konulara gelince, onun kesinlikle özel kanun olduğunu söyleyebiliriz.[26]

Bunun yanı sıra Adli Hükümler Mecellesi'nin örf ile ilgili hükümleri dikkate değerdir. Hanefi içtihadının Mecelle'nin kaynağı sayılmasıyla geleneksel hukuk bu kanun nezdinde kabul görmüştür. Mecelle'nin genel ilkeler bölümünde yer alan örfi hükümlere baktığımızda, gümrüklere ne denli önem atfedildiğini görebiliriz.[27]

Öte yandan, her ne kadar Mecelle Hanefi mezhebini dayanak olarak almış olsa da, sadece Müslümanlar için değil, aynı zamanda Osmanlı İmparatorluğu'nun yabancılar dâhil tüm vatandaşlarına da uygulanmıştır. Bu açıdan Mecelle, Osmanlı vatandaşlığının bir kanun derlemesidir.[28]

---

21 Öztürk, sayfa 17-18; Aydın, sayfa 432. Avcı, sayfa 397.
22 Öztürk, sayfa 18; Aydın, sayfa 432.
23 Öztürk, sayfa 19; Cihan Osmanoğlu Karahasanoğlu, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, sayı 29, 2011, sayfa 96.
24 Aydın, sayfa 432; Karahasanoğlu, sayfa 104.
25 Avcı, sayfa 398.
26 Yusuf Karakoç, Mecelle, http://www.guncelhukuk.com.tr/dergiden/mecelle-mecelle-i-ahkam-adliyye.htm, (erişim: 07.08.2017)
27 Karahasanoğlu, sayfa, 109.
28 Karahasanoğlu, sayfa, 117.

2. Mecelle Sistemi:

Mecelle sisteminde öne çıkan ilk şey bölümlerdir.Bölümler“Kitap”ismi altında birbirinden ayrı konuları derlemiştir. Her bölümün başlangıç kısmında açıklayıcı bir mukaddime bulunur. Bölümler bablara, bablar fasıllara ayrılmıştır. Mecelle'nin içerdiği hükümler maddeler hâlinde Madde 1, Madde 2 ve benzeri şeklinde sınıflandırılmıştır.[29] Bu maddeler açıklayıcı nitelikte örnekler kapsayan bazı makaleler içermektedir. Mecelle ile birlikte yargısal hükümler düzenlenmiş bir kanuna dönüşmüştür. Nitekim Mecelle'nin mevzuatında, yasalaştırmaya meşruiyet verilmesi için somut bir yöntem (yasal çözümler) uygulandığını görüyoruz. Bu yüzden de bünyesinde her bir dava için ayrı bir kural bulunmaktadır.[30]

3. Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle:

Ahmet Cevdet Paşa, Mecelle sistemini hazırlamak ve uygulamak için büyük çaba sarf etmiştir. Mecelle'nin Ahmet Cevdet Paşa’yla anılmasının sebebi işte budur. Nitekim bazı durumlarda, Mecelle'nin hazırlanması onun için büyük bir meydan okuma hâline gelmiştir. Hatta kendisi Mecelle cemiyetinin başkanlığından kovulmuş olmasına rağmen, Mecelle onunla anılmaya devam etmiştir.[31]

Sonuç ve Değerlendirme

1. Sanayi Devrimi'nden sonra, Batı uygarlığı sadece ticari ve ekonomik anlamda değil, aynı zamanda sosyal ve yasal anlamda da değişim göstermiştir. Bu uygarlıklar ile pek çok alanda ilişkisi bulunan Osmanlı İmparatorluğu da bu değişimlerden büyük ölçüde etkilenmiştir. Bu etki, Osmanlı İmparatorluğu'ndaki tanzimat egemenliğinden sonra tanzimatlar ve reformlar döneminde meydana gelmiş ve Mecelle'nin kabulü bu etkileşimin sonuçlarından biri olmuştur.
2. Dünya’da sanayi üretimindeki artış, buna bağlı olarak ihracattaki artış, çeşitli ülkelerin imtiyaz elde etme arzusu ve artan refahtan pay alma hırsı ve yeni sisteme uyum sağlama isteğinin, özetle Mecelle olarak adlandırılan bir kanunlar derlemesine yansımış olduğunu söyleyebiliriz. Osmanlı Devleti'nde önde gelen avukatlar bunu kendi dinamikleriyle idrak etmişlerdir.
3. Adli Hükümler Mecellesi, Osmanlı Devleti'nin ve Ortadoğu'nun ilk ulusal yasası olarak kabul edilir. Devlet uzmanları tarafından sürdürülen uzun incelemeler ve tartışmalardan sonra tamamlanabilmiştir. Osmanlı Devleti'nin önde gelen avukatları Mecelle'yi kendi dinamikleriyle temel almış ve ona itimat etmişlerdir. Sonuç olarak, Mecelle'nin etkisi hâlâ devam etmektedir ve öyle görünüyor ki daha uzun bir süre devam edecektir.

Kaynakça

İbnBatuta, RihletuİbnBatuta, tercüme: A Sait Aykut, İstanbul, 2004.

[29] Öztürk, sayfa 32.
[30] Karakoç, sayfa 1.
[31] Karahasanoğlu, sayfa 96.

Aşık Paşazade, Tarih (Atsız), sayfalar; 94, 236-239; Tursun bey, Tarih-i Ebu'lFeth, neşreden: Mertol Tulum, İstanbul, 1977.

Lütfü Paşa, Asafnâme, neşreden; Prof. Dr. Mübahat S. Kütükoğlu (Bekir Kütükoğlu'na armağan içinde) İstanbul, 1991.

Madline C. Zilfi, el-Meratu'l-Osmaniyye 'ala e'tabi'l-hadâse, çeviren: Necmiye Alpay, İstanbul, 2000.

İlber Ortaylı, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul, 2000.

Mehmet İnbaşı, Rumeli Yörükleri, Erzurum, 2000.

Oktay Özel, Avarız ve Cizye Defterleri, Osmanlı Devleti'nde Bilgi ve İstatistik, (hazırlayan: Halil İnalcık ve Şevket Pamuk) Ankara, DİE Yayınları, 2001.

The Limits of the Almighty: MehmedII's 'Land Reform' Revisited, JESHO, XLII/2 (1999).

Mübahat Kütükoğlu XV ve XVI. Yüzyıllarda İzmir Kazasının Sosyal ve İktisadi Yapısı, İzmir, 2000.

Tufan Gündüz, Anadolu'da ve Rumeli'de Yörükler ve Türkmenler Sempozyumu Tebliğleri, Ankara, 2000.

Kemal H. Karpat, Osmanlı Devleti'nde Nüfus (1830 - 1914) Demografik ve Sosyal Özellikleri, çeviren; Bahar Tırnakçı, İstanbul, 2003.

Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi,4. baskı, Beta Press, 2001.

Osman Öztürk, Türk Hukuk Tarihinde Mecelle, İrfan Matbaası, 1973.

Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi Dersleri,Mimoza Matbaası, 2012.

Ebu'l-Ulâ Mardin, Medeni Hukuk Cephesi'nden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996.

Cihan Osmanoğlu Karahasanoğlu,"Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, sayı 29, 2011.

Yusuf Karakoç, Mecelle, http://www.guncelhukuk.com.tr/dergiden/mecelle-mecelle-i-ahkam-adliyye.htm, (erişim: 07.08.2017)

CEZAYİR MEDENİ KANUNU VE MECELLE İLE İLİŞKİSİ

Dr. İsa MAİZA
Zeyyan Aşur Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi Cezayir/Celfa

Yrd. Doç. Dr. Şakira SÜMEYYE
Setif 2 Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Cezayir

Özet

Adli Hükümler Mecellesi, medeni hukuka özellikle de büyu' (satış), icar ve kefalet sözleşmelerine büyük önem atfetmiş ve Cezayirli kanun koyucular bunu "Medeni Kanun" olarak adlandırılan yasamalarında kullana gelmişlerdir. Adli Hükümler Mecellesi'nin diğer sözleşmelere ve yükümlülüklere takdim etmek yoluyla satışa verdiği önem dikkat çekmektedir. Öte yandan, Mecelle'de büyu'la (satışla) ilgili gerekli tanımlamalar yapılmış; temel unsurlar açıklanarak detaylandırılmış, özellikle de; icap ve kabulün, bunun formatının, hallerinin, bağdaşma noktalarının vb. hususların nasıl olacağı açıklanarak, "rıza" meselesi etraflıca ve dikkatli bir şekilde ele alınmıştır. Mecelle diğer yandan, satışın taraflarını ve erkânını ortaya koymuş; satılan şeyle ilgili fiyat, fiyat değerlemesi, teslimi, satışın sona ermesi, feshedilmesi, bozulması ve iptal türleri ile ilgili meseleleri açıklamıştır. Konuyla ilgili diğer hususları ise kısaca ele almıştır.

Cezayirli yasa koyucu;"satış" mevzusunu, sözleşmeleri ve yükümlülükleri içeren Medeni Kanun'un ikinci kitabında (kısmında) vermiştir. Satışı, açık bir şekilde tanımlamamış,ancak rıza, dükkân (mahal) ve sebebin tefrik edildiği sözleşme şartlarını kapsayan ikinci kısımda zımnen vermiştir. Sonrasında ise; sözleşmenin iptal olması ve butlanı meselesi verilmiş, ardından üçüncü kısımda; sözleşmenin etkileri ayrıntılı bir şekilde ele alınmış, dördüncü kısımda ise; sözleşmenin sona ermesi (akdin inhilali) sunulmuştur.Cezayirli yasa koyucu, sözleşmeyi Medeni Kanun'un 54. Maddesinde; "bir ya da daha fazla kişinin bir hibe vermek, bir şey yapmak ya da yapmamakla yükümlü olduğu bir anlaşma" olarak tanımlarken, Adli Hükümler Mecellesi bunu; anlaşmalı tarafların yükümlülüğü ve taahhütleri olarak tanımlamıştır ki, bu icap ile kabul arasındaki irtibatı ifade eder. İlk bakışta Cezayir Medeni Kanunu ile Adli Hükümler Mecellesi arasında belirgin bir farklılığın olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu çalışma, esas olarak sözleşmelerin bir konusu olarak satışa odaklanarak, iki kanunun (medeni hukukunda) kısmi hukuki işlemlerdeki karşılaştırmalı bir incelemesine dayanmaktadır.

Giriş

Sözleşme, her çağda maddi ve manevi bir öneme sahiptir. Bu nedenle de sosyal ve ekonomik hayatın temel kuralı olarak addedilir. Osmanlı'da Adli Hükümler Mecellesi'nin, sözleşmeye gösterdiği büyük ihtimam gibi Cezayir'de deMedeni Kanun, sözleşmenin ayrıntılarını vaka bazında ele alarak bunu büyük ölçüde yapmıştır.

Sözleşmenin ve medeni hukukun yasa koyucular tarafından ele alınması, birbirine uyumlu olmuş mudur? Cezayirli medeni kanun koyucu, Osmanlı Adli Hükümler Mecellesi'nin ilkelerini ne ölçüde almıştır?

Bu sorunsala yanıt verebilmek için iki kanun yapıcının kökenini ve birbirleriyle olan ilişkilerini ortaya koymak önemlidir.

Bu bağlamda öncelikle;

Cezayir Medeni Kanunu ve Osmanlı Mecellesi Kanunu'nun kökenleri ve birbirleriyle olan ilişkileri;

1. Cezayir Medeni Kanunu ve Osmanlı Mecellesi Kanunu'nun kökenleri

2. Cezayir medeni kanununun Mecelle ile olan ilişkisi

İkinci olarak ise Cezayir kanununun Mecelleye ilişkin uygulamaları;

1. Cezayir Medeni Kanunu ve Osmanlı Mecellesi Kanunu'nun uygulama ilkeleri

2. Uygulamaya ilişkin bazı örnekler üzerinde durulacaktır.

1- Cezayir Medeni Kanunu ve Osmanlı Mecellesi'nin Kökeni

Medeni ve diğer hukuka dair işlemler, önemine binaen İslam tarihinde Emeviler ve Abbasiler döneminin bazı halifeleri tarafından ortaya konulan yasama faaliyetleriyle kanunlaştırılmıştır.[1] Kanunlaştırmaya dair ilk girişim hicri 86-96 yıllarında hüküm sürmüş Velid bin Abdülmelik'e aittir. Velid, hukuku tek kanunla ortaya koymaya çalışmış ancak bunda başarılı olamamıştır. Çünkü onun döneminde insanlar; ilmi, tefsiri ve fetvayı kaynağından almaya alışkın idiler. Ondan sonraki girişim, sünnetin kaybolmasından duyduğu endişe üzerine onu tedvin eden ve insanların başvuracağı bir kanun olmasını isteyen, Ömer b. Abdulaziz tarafından ortaya konulmuştur. Üçüncü girişim ise; Halife Ebu Cafer el-Mansur döneminde gerçekleşmiştir. Ebu Cafer, İmam Malik'ten insanların takip edeceği yolu belirleyen bilgileri tedvin etmesini istemiş, ancak tüm ısrarına rağmen İmam Malik bunu yapmayı reddetmiştir. Bu fikir Harun Reşit döneminde tekrar etmiştir. Harun Reşit, İmam Malik'in Muvatta isimli kitabının şehirlere gönderilmesini, yargı ve fetva içinbir dayanak olmasını talep etmiş, ancak İmam Malik bu fikri ikinci defa reddetmiştir. Çünkü kendisi ihtilafta rahmet olduğu düşüncesinde idi. Ardından Mısır'da İbn Kasım'ın getirdiği Hanefi mezhebinin tecrübesi kaim olmuştur. Bugünkü İslam Hukuku'na ilişkin ilk kanunlaştırma; Osmanlı devletinde 1869 tarihinde yapılmış olan ve Mecelle olarak adlandırılan yasadır.[2]

Mecellenin telif edilmesinin sebepleri, ticari işlemlerin genişletilmesi ve dış dünya ile olan bağların artmasına dayanmaktadır. Buna ilaveten nizami mahkemelerde ve hukuk temyizi kurullarında, fıkıh ilmi ve ahkâmı hakkında bilgileri bulunmayan kadıların bulunması da bir sebep olmuştur. Bu kadıların rahat başvurabilecekleri bir kaynak olması niyetiyle hükümler

[1] Kanunlaştırma (taknîn), bir hukuk dalına ilişkin yasal kuralların tek bir kanunda toplanması, düzenlenmesi ve tedvin edilmesi, sonrasında ise kanuni veya fıkhi hükümlerin tümünü içeren külliyat şeklinde yayınlanması ve devletin yetkili makamı tarafından yasama organı aracılığıyla zorunlu kılınmasıdır. Dr. Vehbe ez-Zuheyli, yasayı şu şekilde tanımlamıştır: "Taknîn (kanunlaştırma); muamelat, sözleşmeler ve bir ortaklık hazırlamaya yönelik teorilere ilişkin, şeriat hükümlerinin formüle edilerek, kendisine başvurulmasını kolaylaştıracak kanuni maddeler halinde bir çerçeveye oturtulmasıdır." Abdulbaki Abdulkebir, "Taknînu'ş-şeriati'l-İslamiyye: malehuvema aleyhi", Mecelletudiarasati'l-İslamiyye, sayı 44, 2009, sayfa 212'de naklen

[2] Abdulbaki Abdulkebir, "Taknînu'ş-şeriati'l-İslamiyye: malehuvema aleyhi", http://irigs.iiu.edu.pk:64447/gsdl/collect/alderasa/index/assoc/HASH5f43.dir/doc.pdf

kanunlaştırılmıştı. Fıkıhçılar ve araştırmacılar, Mecelle'ye büyük ihtimam göstermiş ve onu; tıpkı eski fıkıhçıların şer'î metinleri şerh ederken bunu fıkhi tertibe göre değil, Mecellenin tertibine göre şerh etmeleri gibi şerh etmişlerdir.[3]

Osmanlı Devleti, Adalet Bakanı Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığında yedi âlimden oluşan "Mecelle Cemiyeti" isminde bir komisyon tesis etmiştir. Bu komisyon, Hanefi mezhebine dayalı 1851 maddeden oluşan ve baplar, bölümler ve kanun maddeleri şeklinde tertip edilen, Medeni Hukuk Kanununu oluşturmak üzere teşekkül ettirilmiştir. Bu maddelerin uygulanmasında; Hanefi mezhebinden kaynaklı bir ihtilaf meydana gelmesi durumunda ise Mecelle, çağın gereklerine ve kamu yararına uygun olan her ne ise onu seçme yoluna gitmiştir.[4]

Fıkıhçılar, İslam şeriatı hususunda ihtilafa düşmüşlerdir. Kimi bunu taşıdığı yararlardan ötürü yararlı görmüş, kimisi ise bir kitapta toplanarak yasalaştırılmasını sakıncalı bulmuştur.

Cezayir Devleti'nin bağımsızlığından sonraki Cezayir Medeni Hukuku, Cezayir'in bağımsızlığından önce Cezayir'de uygulanan ve yürürlükte olan Fransız mevzuatının 10 Temmuz 1965 tarihine kadar uzatılmasını öngören 31.12.1962 tarihli kanun uyarınca Fransız Medeni Kanunu'nu uygulamak zorunda kalmıştır. 1965 tarihi, Fransız Medeni Kanunu'nu kapsayan 182-65 sayılı emrin yürürlüğe girdiği tarihtir. Cezayir'de bağımsızlıktan önce uygulanan Fransız mevzuatının yürürlükte kalma süresinin uzatılması, Cezayir'in bağımsızlığını kazanmasını müteakip tanık olduğu yasal boşluğun doldurulmasına matuftur. Bu nedenle Cezayir Medeni Kanunu; hükümlerinin çoğu Napolyon Bonapart yasasına dayanan Fransız yasalarından çok farklı olmayan yeni kanun oluşturulana kadar, Fransız Medeni Kanunu'nun bir uzantısı olarak addedilmiştir.

Devrimden önce Fransa'da biri diğerinden farklı yaklaşık 300 yasaya rastlanmış olup, bunların tamamı Fransa'nın muhtelif bölgelerinde uygulanan yasalardır. Roma Kanunu, 1785 yılına dek Fransa'nın güneyinde yürürlükte kalmıştır. Aynı zamanda, Fransa'nın kuzeyinde Girani kanunu uygulanmış, XIV. Louis, XV. ve XVI. Louis dönemlerinde ise diğer kanunların yanı sıra Kilise Kanunu, Devrim Kanunu ve Mutlak Monarşi Kanunu uygulanmıştır. Napolyon, önde gelen hukukçulardan bir komite kurmuş ve onlardan Fransız hukukunu birleştirmelerini istemiştir. Birkaç yıl süren sıkı bir çalışmanın ardından, bu komisyon 1804 tarihinde dünyaya, bireylerin haklarını ve görevlerini sağlayan "Napolyon Kanunu" (Fransızca: Code Napoléon) olarak bilinen bir medeni kanunu çıkarmıştır.

2- Cezayir Medeni Kanunu'nun Mecelle ile İlişkisi

Dr. Hamza Ebu Faris, Fransız hukuku ile Maliki mezhebi arasında pek çok benzeşme noktaları bulunduğunu ileri sürmektedir.Bunun bir tesadüf olması mümkün değildir. Nitekim bu durum, Napolyon Bonapart'ın Maliki fıkhını tercüme girişimi, bu kapsamda er-Risaletu'l-Fıkhiyye'yi Fransızcaya tercüme edip, Paris'teki ulusal kitaplar yayınevinde basmasının[5] yanısıra, çeşitli bölgelerden Müslümanların ve gayrimüslimlerin ve birçok farklı dinden ve ırktan insanların sürekli

---

[3] Abdurrahman bin Ahmed el-Cer'i, *"Taknînuahkami'ş-şeriyyebeyne'l-maniînve'l-mucîzîn*, Hicri 1426, sayfa 5.

[4] Abdullah Ali er-Rukban, *"Davetutessuri'l-fıkhi'l-İslamîbi'l-kanuni'r-rumanî*" Katar Üniversitesi Hicri 1403 Kültür Mevsimi kapsamında verilen bir konferans,*Mecelletuedvai'ş-şeria*, sayı 5, sayfa 80.

[5] Hucce, fakih "Küçük Malik" lakaplı Ebu Muhammed b. Abdullah b. Ebi Zeyd el-Kayravanî'nin (h 386), *er-Risaletu'l-fıkhiyye* ya da *Risaletu İbn Ebi Zeyyd el-Kayravanî* adıyla bilinen kitap, Maliki mirasının en ünlü ve enfes hazinesidir. Hatta el-Muvatta ve el-Müdevvene'den sonra mezhebin üçüncü kaynağıdır. Kitap kısa ve özet bir kitapçık olmakla birlikte iki kapağı arasına 4000 mesele sığdırmış olup, mükellef olanların bilmesi ve varlığından bihaber olmaması gereken bir eserdir.

gidip geldiği büyük okullarda yaygın olan Endülüs'teki, el-Awzai mezhebi ile Paris'in etkileşime girmesine dayanır. Bunun yanı sıra "Muhtasaru Halil" isimli eser ve başka tercümeler de yapılmıştır. Dr. Hamza, bu çeviriden istifa eden birçok Batılı hukukçunun bulunduğunu vurgulamaktadır.[6] Bu nedenle birçok hukukçu, Napolyon yasasının Maliki mezhebinden türemiş olduğunu öne sürmekte ve buna ilişkin pek çok delil sunmaktadırlar. Buna örnek vermek gerekirse; Sözleşmenin gerekçesine ve değerine ilişkin Fransız hukukunun metni şöyledir;

Sebepsiz yükümlülük veyafasit veya gayrimeşru sebebe dayalı yükümlülük batıl olup herhangi bir etkisi yoktur. Ancak, sözkonusu sebep belirtilmemiş olsa bile sözleşme geçerli olur. Sebep, kanunca yasaklanmış ise veya iyi ahlak kurallarına veya kamu düzenine aykırı olursa mahzurlu olur.[7]

Dusuki Haşiyesi'yle olan (3/6) eş-Şerhu'l-Kebir'de(3/6) geçtiği üzere; bu husus Maliki mezhebinde şu hükme tekabül etmektedir;

"Bununla birlikte, eğer sözleşme yapan (yani satış) için veya satışın sebebi üzerinde bir hak olmadığı halde uygun olmayan bir zorlama bulunursa akit sahih olur ancak ilzam gerektirmez. Satışına veya sebebine zorlandığı şey ona geri verilir. İslam hukukuna göre, sözleşmelerin sıhhatinin, sebeplerinin zikredilmesine bağlı olmadığı biliniyor.Yine bilinir ki sebep haram olduğunda da akit bozulur."Eş-Şerhu'l-Kebir'de bu geçmiştir.

1583 sayılı bentte şöyle geçmiştir:

Eğer fiyat ve fiyatlandırılankonusunda bir mutabakat var ise; mal alınmamış, bedeli verilmemiş olsa da, sözleşme yapanlar arasında satış tamamlanmış ve satılan şeyin mülkiyeti müşterisine geçmiştir. Halil, el-Muhtasar'ında şöyle demiştir; "Satış, memnuniyeti ifade etmekle gerçekleşir. Müşteri "Bana sat" der ve satıcı da "Sattım" veya "Sana sattım" der ve diğeri de bundan memnun olursa bu karşılıklı sözlerle satış gerçekleşmiş olur."[8]

Kur'an-ı Kerim'in Fransızcaya tercümesi, Kahire'de uzun bir müddet ikamet ettikten sonra 1630 yılında İstanbul'da ikame eden DuRyer tarafından yapılan tercümeyle başlar. RégisBlachére şöyle demektedir; "Kuran'ın Fransızca tercümesi, 1647 yılında Paris'te "Muhammed'in Kur'anı" adıyla ortaya çıkmış ve büyük bir şöhret bulmuştur. Bu teveccühün sebebi, o dönemde kültürlü çevrenin hayal ettiğimizden çok daha fazla bir şekilde İslam dünyasına önem vermesidir. Ardından peşpeşe baskıları yapıldı ve beş yıl içinde beş baskıya ulaştı. Buna ilaveten 1688 yılında İngilizceye, 1698 yılında ise Hollandacaya (Felemenkçe) ve Almancaya tercüme edilmiştir."[9]

---

6 Hamza Ebu Faris, Alaketi'l-kanuni'l-medenî bi'lfıkhi'l-Malikî, 15 Eylül 2012 tarihinde Moritanya Hâkimler Kulübü'nde yayınlanmış makale, bakınız: http://cmrim.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2599:2012-12-15-18-39-46&catid=121:2012-11-15-12-51-36&Itemid=233

7 Aşağıdaki bentler Fransız hukukundan alıntıdır:
1131-L'obligation sans cause ‹ou sur une fausse cause ‹ou sur une cause illicite ‹ne peut avoir aucun effet. (Sebepsiz ya da yanlış bir nedenden ya da yasadışı bir sebepten ötürü herhangi bir yükümlülüğün hiçbir etkisi olamaz.)
1132-La convention n'est pas moins valable ‹quoique la cause n'en soit pas exprimee. (Sebep, ifadeedilmemesinerağmen, dahaazgeçerlideğildir.)
1133- La causeestillicite‹quand elle estprohibee par la loi‹quand elle estcontraireauxbonnesmoeusou a l ordrepublic. (Bunun nedeni, yasaların izin verdiği ölçüde, iyi ahlak veya kamu düzenine aykırı olduğunda yasa dışıdır.)

8 Hamza Ebu Firas, a.g.e.

9 Ahmed Yusuf, *Bonapart Et Mohamet le Conquérantconquis,* Çeviren: Emel SabbanBonapart ve Muhammed el-Kahir el-Makhur, Ulusal Çeviri Projesi, sayfa 40.

Adli Hükümler Mecellesi, Osmanlı Devleti'nin hilafet döneminde hicri Şaban ayı 1293, miladi 1882 tarihinde yayımlanmış olup, 16 bölümden oluşan bir dizi mevzuattır. İlk bölümü "Büyu'", son bölümü ise "Kaza" bölümüdür. Her bölüm bir mevzuyu ele almakta ve baplardan oluşmaktadır.Her bir bap ise fasiküller içermektedir.

Mecelle, Irak, Mısır ve Ürdün gibi Arap ülkelerinin çoğunda geçerli olan medeni kanunun, üzerine inşa edildiği temeli temsil eder. Hâli hazırda Gazze Şeridi'nde de medeni hukuk olarak yürürlükte bulunmaktadır. Arapça yapılmış çeşitli tercümeleri bulunmaktadır.

İkinci Eksen: Mecelle'ye İlişkin Cezayir Yasama Uygulamaları

Bu bölümde, hem Cezayir Medeni Kanunu hem de Osmanlı Mecellesi'nin uygulama ilkelerini sunacağız ve onlardan örnekler vereceğiz.

1. Yasma Faaliyetinin İlkeleri

Hukuk yargıcı, hukuki kuralları lafızlarıyla uygular. Eğer yasama hükmü bulunmaz ise, yargıç İslam hukuku ilkelerinin gereğine göre hüküm verir. Eğer bu da bulunmaz ise örfün gereğine göre hüküm verir ve örfün bulunmadığı durumda doğal hukuka göre ve adalet kurallarına göre hüküm verir.[10]

Adli Hükümler Mecellesi'ne gelince, o bir hukuktur ve birinci maddesinde bunu ayrıntılı bir şekilde tanımlamıştır. Buna göre o ilmi şer'î meselelerin ilmidir. Fıkhi meseleler ya ahiretle ilgilidir ki bu da ibadetleri ifade eder. Ya da dünyayla ilgilidir kibu da Münakehat (evlenme, boşanma ve nafaka), Muamelat ve Ukubat (cezalar) kısımlarına ayrılmaktadır.[11]

Adli Hükümler Mecellesinin kaynakları; Kur'an-ı Kerim, Sünnet, İcma-ı Ümmet ve fıkıh âlimlerinin Kıyas'ından oluşmaktadır. Bu durum Mecelle'yi diğer pozitif kanunlardan ayrıcalıklı kılmaktadır. Kanunlar yalnızca dünyada fertler arasındaki muamelatın tatbikine çabalar. Adli Hükümler Mecellesi ise, dünya ve ahiret saadetinin eksiksiz bir şekilde elde edilmesi gayesini esas alır. Mecellenin tatbiki uygulayanın üzerinde maddi ve manevi etki bırakır.[12]

Medeni Kanun, fertlerin davranışlarını emredici kurallar veya tamamlayıcı kurallar olarak düzenleyen iki tür hukuki kural içermektedir. Emredici hukuk kuralları (Réglesimpératives), ihlaline cevaz verilmeyen veya ihlaline ilişkin fertler arasında bir ittifaka müsaade edilmeyen, kendisinden kaçılamayan bağlayıcı kurallardır. Diğer kurallar ise tamamlayıcı yani açıklayıcı kurallardır. Yani sözleşmede bir müsamaha (sükût) varsa bu kuralların ihlali üzerinde ittifaka cevaz verilir.[13]

Mecelle'ye gelince, onun bir hukuk olduğu dikkate alındığında şeriatın beş hükmü olan vücub, nedb, ibahe, hürmet ve kerahet gibi hükümlerden herhangi birinden ayrı düşünülemez.[14]

2. Mecelle ve Cezayir Yasamasının Örtüşmesine İlişkin Örnekler

[10] Cezayir Medeni Kanunu'nun 1. maddesi, düzeltilmiş mütemmim Medeni Hukuku içeren 58-75 sayı ve hicri 20 Ramazan 1395 miladi 26 Eylül 1975 tarihli emre göre yayımlanmıştır.

[11] Mecelle'nin 1. Maddesi: Fıkıh maddesi

[12] Ali Haydar, *Dureru'l-hukkam şerh-u Mecelleti'l-Ahkam*, 1. Cilt (Büyu', İcazet ve Kefalet), Daru Alemi'l-Kutub Yayınevi, Riyad, Suudi Arabistan, 2003, sayfa 16.

[13] Amr Bedewi Muhammed, el-Medhalu li diraseti'l-kanun, Birinci bölüm, Hukuk Teorisi, sayfa 52-54.

[14] Ali Haydar, a.g.e, 1. Cilt, *s*ayfa 17.

Cezayirli kanun koyucu, sözleşmeyi düzenlemiş ve onu Medeni Kanun'un 54. maddesinde şöyle tanımlamıştır; "Sözleşme, bir ya da daha fazla kişinin bir hibe vermek, bir şey yapmak ya da yapmamakla yükümlü olduğu bir anlaşmadır."

Adli Hükümler Mecellesi ise bunu, anlaşmalı tarafların yükümlülüğü ve taahhütleri olarak tanımlamıştır ki bu, icap ile kabul arasındaki irtibatı ifade eder.

İpin bağlanması dendiği gibi Satışın bağlanması denilir. Burada anlatılmak istenen satıcının ve alıcının mal alışverişinde bulunma yükümlülüğü ve taahhüdüdür.[15]

Medeni kanun hukukçusu, sözleşmeyi (contract) şöyle tanımlamıştır; "İki iradenin bir yükümlülük yaratmayı veya devretmeyi kabul etmesidir." Sözleşme ile anlaşma arasında ayrım yaparak, her sözleşmenin bir anlaşma olduğunu, ancak her anlaşmanın bir sözleşme olmadığını vurgulamıştır. Akit (sözleşme), anlaşmanın bir parçası olduğundan, bir yükümlülüğün yaratılmasına, devrine, tadil edilmesine ve sona erdirilmesine yol açabilir.[16]

Adli Hükümler Mecellesi ise bunu "Anlaşmalı tarafların yükümlülüğü ve taahhütleri olarak tanımlamıştır ki bu, icap ile kabul arasındaki irtibatı ifade eder."[17]

Satış sözleşmesi ancak icap ve kabulün uyumu ile tamamlanabilir. Adli Hükümler Mecellesi'nin 167. maddesi şöyledir; "Satış icap ve kabul ile gerçekleşir." Medeni Kanunun 59. maddesi aynı şeyi şöyle ifade etmiştir: "Sözleşme, tarafların yasal hükümlere halel getirmeksizin iradelerini karşılıklı olarak uyumlu bir şekilde ifade etmeleri ile gerçekleşir."

Ancak Adli Hükümler Mecellesi icap ve kabulün mazi sigasında (formunda) olmasını şart koşmuş, icabın kabulün önüne geçmesi veya kabulün icabın önüne geçmesini şart koşmamıştır. Aynı zamanda belirli bir lafzı da şart koşmamıştır. "sattım", "satın aldım", "aldım", "sahip oldum", "rıza gösterdim" ve bunun dışındaki lafzlarda uygun bulunmuştur.[18]

Satışın düzenlenmesine ilişkin ifade ile ilgili olarak Adli Hükümler Mecellesi, sözleşmenin sigasının (zamanının) ya muzari (şimdiki zaman) ya da emir olmasını şart koşmuştur.

Cezayirli yasa koyucu ise sözleşmenin sigasının (zamanının) şimdiki zaman, gelecek zaman veya geçmiş zaman olmasına ilişkin özel bir şart koşmamıştır. İradeyi ifade etme sözlü, yazılı ya da örfi olarak kullanılan bir işaretle olabilir. Aynı zamanda, mal sahibinin niyeti hakkında herhangi bir şüphe barındırmayan bir pozisyon şeklinde de gerçekleşebilir.[19]

Maddenin metninde Cezayirli kanun koyucunun ifade tarzı için belirli bir üslubu şart koşmadığı, eğer kanun sarih olmasını şart koşmamışsa, icabın sahibinin ifadesiyle veya kabulüyle, hatta zımni olarak yapılmasıyla yetindiği anlaşılmaktadır. İki taraf sarih olması hususunda anlaşabilir.

Medeni Kanun'un maddelerinin, Adli Hükümler Mecellesi'nin kurallarına uygun olduğu mülahaza edilmektedir ancak yerimiz ayrıntılı olarak bahsetmeye yetmiyor.

Sonuç

[15] Ali Haydar, a.g.e., *s*ayfa 16.
[16] Abdurrezzak Ahmed es-Senhuri, *el-Vasit fî şerhi kanuni'l-medenî,* 1. cilt, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabî Yayınevi, Beyrut, Lübnan, yayın tarihi yok, sayfa 137.
[17] Adli Hükümler Mecellesi'nin 103. maddesi.
[18] Adli Hükümler Mecellesi'nin 169. maddesi.
[19] Cezayir Medeni Kanunu 1/60 maddesi.

Bu inceleme sırasında bir dizi sonuca ulaştık ki bunların en önemlileri şunlardır:

- Adli Hükümler Mecellesi, İslam hukuku ve Hanefi mezhebinden türetilmiştir. Cezayir Medeni Kanunu ise Fransız kanunundan neşet etmiş olup, Napolyon Bonapart kanunudur. Prensipleri yönünden Bonapart kanununun aslı hakkında ihtilaf bulunmaktadır. Kimi onun Adli Hükümler Mecellesi'nden, kimisi ise Fransız toplumuna uygun düşmesi için yapılan bazı düzeltmelerle birlikte Maliki içtihadından kaynakladığını savunmaktadır.
- Adli Hükümler Mecellesi, kapsamlılığı ve genellemeci vasfıyla, Cezayir medeni kanunu ise mahsuslaştırma (kişiselleştirme) ile nitelenir.
- Adli Hükümler Mecellesi, Osmanlı devletinin tüm vatandaşlarına uygulanmış ve hüküm hem Müslümanlar için hem de diğerleri için eşit olmuştur. Cezayir Medeni Kanunu'nun kuralları ise yalnızca Cezayirliler arasındaki hukuki işlemleri kapsamaktadır. Bu hukuki işlemler bir Cezayirli ile yabancı arasında ise; Medeni Kanunun 9-24 maddelerinde karar verilen uluslararası özel hukuk kuralları uygulanır.
- Cezayir Medeni Kanunu, Adli Hükümler Mecellesi'nde bulunan mevcut durumu korumuştur. Ancak; yasaların çelişmesi, tüzel kişilik, hak devri ve mukavele akdi, kamu hizmetlerinin taahhüdü, hayat boyu maaş, sigorta sözleşmesi, aile mülkiyeti, iflas, şirketlerin tasfiyesi, yetki hakkı, imtiyaz hakkı ve zaman aşımı gibi Mecellede mevcut olmayan bazı meseleleri ilave etmiştir. Aynı şekilde yasa koyucu hukuki düşünceye ilaveten, hukuki ihtilaflar, iradenin kusurları, başkalarının eylemleri için sözleşme sorumluluğu, zararlı eylemler, irtifak hakları, tasarrufa mani şart, ayni sözleşmelerin feshi ve mutabakat sözleşmelerinin vaatleri ve seçime bağlılık gibi tafsilatlı meseleleri eklemiştir.

Kaynaklar

Abdulbaki Abdulkebir, "Taknînu'ş-şeriati'l-İslamiyye: malehuvema aleyhi", *Mecelletudiarasati'l-İslamiyye*, 2009, sayı 44. Elektronik nüsha:

http://irigs.iiu.edu.pk:64447/gsdl/collect/alderasa/index/assoc/HASH5f43.dir/doc.pdf

Abdullah Ali er-Rukban, *"Davetutessuri'l-fikhi'l-İslamîbi'l-kanuni'r-rumanî*" (Katar Üniversitesi, Hicri 1403 Kültür Mevsimi kapsamında verilen bir konferans)*Mecelletuedvai'ş-şeria*, sayı 5, sayfa 80 vd.

Abdurrahman bin Ahmed el-Cer'i, *"Taknînuahkami'ş-şeriyyebeyne'l-maniînve'l-mucîzîn*, Hicri 1426.

AbdurrezzakAhmed es-Senhuri, *el-Vasit fî şerhi kanuni'l-medenî,* 1. cilt, DaruİhyaiTurasi'l-Arabî Yayınevi, Beyrut, Lübnan, tarihsiz.

Ahmed Yusuf, *Bonapart Et Mohamet le Conquérantconquis,* Çeviren: Emel SabbanBonapart ve Muhammed el-Kahir el-Makhur, Ulusal Çeviri Projesi.

Hamza Ebu Faris, "Alaketi'l-kanuni'l-medenî bi'l-fikhi'l-Malikî", 15 Eylül 2012 tarihinde Moritanya Hâkimler Kulübü'nde yayınlanmış makale, bakınız:

http://cmrim.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2599:2012-12-15-18-39-46&catid=121:2012-11-15-12-51-36&Itemid=233

Ali Haydar, *Dureru'l-hukkam şerh-u Mecelleti'l-Ahkam*, 1. Cilt,DaruAlemi'l-Kutub Yayınevi, Riyad, Suudi Arabistan, 2003.

AmrBedewi Muhammed, el-Medhalu li diraseti'l-kanun, Birinci bölüm, Hukuk Teorisi.

MECELLE'NİN YAZILMASI VE OLUŞUMUNDA İSLAM HUKUKU KAYNAKLARININ ROLÜ

Prof. Dr. Saim KAYADİBİ

Associate Prof. Dr., Department of Economics, Kulliyyah of Economics and Management Sciences

Özet

İslam hukuku alanında kanunların yazılması ve oluşturulması konusunda hukuk literatüre Osmanlı'nın sunduğu en büyük katkı elbette *Mecelle* olmuştur. Batı dünyasının İslam dünyası üzerindeki siyasi ve hukuki etkilerinin göz önünde bulundurulduğu koşullarda, hala türünün en ciddi eseridir. İslam hukukunun oluşması için çok sayıda ciddi iş ve fedakârlık yapıldığı açıktır.

Birkaç yüzyılı kapsayan İslami hukukun oluşumu, İslam hukukunun kurallarının yazılması ve oluşturulması için dolaylı olarak zemin hazırlayan farklı hukuk ekollerinin benzersiz yöntemlerini formüle etme konusunda ciddi bir görev üstlenmiştir. Aynı şekilde, somut bir şekilde formüle edilmiş olan İslami hukuk kaynaklarının hukuk mantığını yaratmış ve İslami hukuk ilkelerinin oluşturulmasına müteakip, hukukçuların yasaları kolayca anlaşılabilir biçimde yazmaya (fıkıh usulü / *uṣūl el-fikh*) da ikna etmiştir.

İslam toplumunun yüzyıllardır Müslüman toplumun yasal ihtiyaçlarına cevap vermeye yönelik ciddi çalışmalarda oynadığı rol inkâr edilemez. Bu bağlamda, İslam hukukunun vahyin başlangıcından bu yana Müslüman toplumunu şekillendirmede önemli bir rol oynadığı bilinmektedir. Bu makale bu nedenle, İslam hukukunun kaynaklarının, *Mecelle'*nin yazılması ve formüle edilmesinde oynadığı role odaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mecelle (Majallah); Kanun Yazımı ve Oluşturma; İslam Hukukunun Kaynakları; *Fıkıh Usulü*; *Fıkıh Usulü Kaideleri*; Osmanlı Devleti.

Giriş

İslam hukuku sistemi, kendi başına kaynaklarını vahiyle şekillendiren, bir sebeple anlaşılabilir kılan ve insanları merkezdeki yaşamın odak noktasına götüren kapsamlı bir hukuk sistemidir. Konu burada da bitmez. Yasal bir sisteme sahip olmak, sadece bu dünyaya yönelik çözümlere yasalarını sınırlamakla kalmaz, aynı zamanda ahireti de içerir. Böylece, ahiret dünyasının refahı için de vazgeçilmez bir rol ve sorumluluk taşır.

Dünya ve ahret saadeti için şekillendirici olan İslam Hukuku, hukuk sisteminin bütünüyle birçok aşamasından geçmiştir ve bu nedenle de konuya vakıf âlimler tarafından olağanüstü çalışmalar yapılmıştır. Adanmış âlimlerimiz sayesinde birçok ilke ve kaide, müçtehitlerimizin özverili çabalarıyla formüle edilmiştir. Bu çabalara rağmen, Müslüman akademisyenler, İslam hukukunu şekillendiren kaynakları değerlendiren Kanun Yapıcının "niyetini" düşünmektedir. Bu kaynakların meselelere cevap vermediği durumlarda, İslam hukukunun başlıca kaynakları Kur'an, Sünnet, kıyas (benzeşim) ve *icmadır* (konsensüs). Aynı zamanda *istihzan* (hukuki tercih), *maslahat-ımürsile* (kamu

yararı) veya *el-istislah, istishab* (süreklilik varsayımı), *kavl el-sahabe* (Hz. Peygamber (as) Ashabının sözleri), *örfler* (gelenek), *seddü-z zerâyi*(kötülüklerin engellenmesi), *şer-ü men kablenâ* (İslam şeraitinden önce ortaya çıkan kanunlar) ve *istikra* (tümevarım) gibi *fer-i deliller* de (ikincil kaynaklar) vardır. İslam hukukunun ahirete kadar geçerli kılınmasına sebep olan vahiy ve akıl yolu tarafından işletilebilmelerini sağlayan bir *içtihat* kapısı / kurumu da vardır.

Fıkıh âlimleri İslam hukukunu, yaşamın bir parçası hâline getirmek için çalışıyorlardı. Hukukâlimleri ise, İslam hukuku kaynaklarından önemli ve sağlıklı bir düşünce biçimi aracılığıyla dinî kararların (ahkâm) kesilmesi için ilkelerini (hüküm) belirlediler. Dinin bozulmasını önlemek için en önemli yöntemleri geliştirdiler. Bu önemli yöntemlerin ışığında hukukun üstünlüğü ve hukuk kaideleri oluşturulmuştur. Bu sistemdeki bu kaidelerin çalıştırılmasıyla muazzam bir fıkıh külliyesi oluşturulmuştur.

İslam hukukunun, bu dünya ve ahiret hayatını kapsayan bir hukuk sistemi olduğunu daha önce söylemiştik. Buna göre, inananları, varlıklarını güvende ve emniyette tutabilmek için bir devlet kurmayı gerektiren tek bir çatı altında tutmalarını sağlamıştır. Peygamber'in (as), Mekke'den Medine'ye göç etmesiyle devletin temelleri kurulmaya başlandı. İktisadi, siyasi, içtimai, askerî yapılar kısa sürede tam bir devlet kimliğine dönüşmeye başladı. Medine ayetlerinin özelliklerinin bir devlet kurumunun oluşturulması için hükümler getirdiği de açıkça biliniyor.

Bir devlet kurumu varlığını sürdürür ve tüm sistematik bir sistem içinde ilkeleri ve disiplinleri ile korur. İşte bu nedenledir ki, devletin kendisini kurumsallaşmaya başlayan büyük bir görevin içinde bütün kurum ve yapıları ile yer alır. Tıpkı askerî, ekonomik, sosyal ve hukuki kurumların kendi alanında kurulması gibi devleti varoluşa getiren en önemli unsurlardan biri de adalet kurumudur. Bu gerçekliğe bağlı olarak, hukuk devlet geleneğine göre şekillenmiş ve ihtiyatlı ilke ve yöntemler üretmiştir.

Zaman içerisinde adalet kurumu, ilkelerini ve yöntemlerini kurmuş, aynı zamanda kaynaklarını sistematikleştirmiştir. Kurum, kolay anlaşılabilen zeminin yanı sıra hukuk kavramının adil olması için çalışmaya başlamıştır. Devlet kurumunun ihtiyaçları doğrultusunda ve devletin ayakta kalabilmesi için yasal çalışmalardan kaideler üretilerek anayasal hükümler formüle edilmeye çalışılmıştır. Bu çalışmalar belli bir dönemde hızlandırılmakta, belli bir dönemde yavaşlatılmakta, bu da bir devlet anayasası haline gelecek olan belirli bir âdet/gelenek yaratamamaktadır. Ancak, bu çalışmalar sonraki çalışmaların kökeni açısından göz ardı edilemez. Bu nedenlerledir ki *Mecelle*, Ahmet Cevdet Paşa'nın (d. 1895) denetimi altında Osmanlılar tarafından bu çalışmaların bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır.

*Mecelle'*nin, kaide çalışmaları ve İslam hukuku kaynaklarının çalışmaları olmasaydı bu iş mümkün olmazdı. Bu temel unsurların *Mecelle'*ye ne getirdiğini bilmeden, onların oynadıkları büyük rol bilinemezdi ve *Mecelle'*nin yapısı da tam olarak anlaşılamayacaktı. *Mecelle'*nin anlaşılması*, Usul el-Fıkıh* âlimlerinin çalışmalarının bilgi birikimine ve aynı zamanda da, bu çalışmada önemli bir faktör oluşturacak düşünce yöntemleri olarak neler sunduğunun farkındalığına da bağlıdır.

*Mecelle'*nin oluşumunda etkili olan bir diğer etken ise, *şeriat makamının* (İslam hukukunun daha yüksek hedefleri) temel değerlerinden biri olan "devlet" değerinin varlığıdır. Devletin bulunmadığı bir yerde ne anayasanın ne de yasal sistemin var olması mümkün değildir. Yasal sistemin kalıcı değeri devlet kurumudur. Osmanlı Devleti'nin ümmet bilincinin içselleştirilmesi, kanun ve kurallarının sistemleştirilmesini sağlandı. Maqāṣid al-sharī'ah'ın (İslam hukukunun daha

yüksek hedefleri), a-fıkhın bir parçası olarak görülmesi nedeniyle, devletin korunması bu bağlamda değerlendirilebilir.

Kanun Yazımı / Kodifikasyon sürecinin Abbasi (750-1258) dönemine kadar giden erken dönemlerde başladığı bilinmektedir. Osmanlı İmparatorluğu döneminde Ahmet Cevdet Paşa tarafından yapılan çalışmalara kadar İslami hukuk tarihi boyunca kodlama yöntemi gelişmeye devam etmiştir. Daha sonra, *taknin* olarak adlandırılan bu kanun yazma yöntemi Abd al-Razzāq al-Sanhūrī (ö. 1971) tarafından düzenlenmiş metinler içerisindeki yasaları tutarlı ve sistematik bir biçimde hazırlama olarak addedildi[1]. Kanun, hukuk, ceza, ceza muhakemesi ve iş hukuku ile ilgili çeşitli kanunlarda "hükm" biçiminde hazırlanan kanunlar resmi belge olarak kabul edilmektedir[2]. Bu metinler aslen İslami hukukun kaynaklarından türetilmiştir. Bu yazıda, fıkıh kaidelerinin *Mecelle'*nin kanun-yazma süreciyle mümkün olduğu kadar dolaylı olarak yazılmasını mümkün kılabildiğini göreceğiz.

İslam hukuku kaynaklarına (fıkıh usulü) dikkat çeken bu çalışma, vahyin başlangıcından itibaren *Mecelle'*nin yazımında ve oluşumunda oynadığı İslami hukuk ilkelerinin rolünü araştırmaktadır. Araştırmanın metodolojisi temel olarak konuyla ilgili klasik ve çağdaş kaynaklardan kütüphane araştırmalarında kavramsal çerçeve içinde analitik yaklaşıma dayanmaktadır.

Literatür İncelemesi:

*Mecelle'*nin İslami hukukun bir parçası olduğu kanun-yazımı ve oluşumundan bu yana, özellikle Arapça, Türkçe ve İngilizce olmak üzere çeşitli dillerde literatür bolluğu bulunmaktadır. İslam hukukunun ilkeleri ve tarihsel gelişmeleri, burada belirtilmesi gerekli olmayan pek çok yazıda ele alınmıştır. İslam hukukunun yazımı ve geçerliliğine ilişkin tartışmalar, pek çok yazıda, İslâm'da Fıkıh Felsefesinden (Falsafat al-Tashrī'l-Islām)[3] bahsedilmekte; İslam Hukuku: Kavram ve Kanun Yazımı / Kodifikasyonu[4]; ancak*Mecelle'*nin yazımında ve oluşumunda İslam Hukuku kaynaklarının rolü tartışılmamış gibi görünüyor ve şu sebepten dolayı daha fazla dikkat gerektirmektedir.

HükümYazımına Zemin Olarak İçtihat [Kapısı]:

İslam hukukunun yazılması konusunda en temel yapı ve zemin çalışmalarında, İslam hukukunun gelişmesi süreci ve ilkeleri inkâr edilemez gerçektir. İslam âlimlerinin İslam hukukunun gelişmesine katkıda bulunmak için olağanüstü bir fedakârlık sağladığı araştırılmıştır ve yüzyıllar boyunca çeşitli kişisel yöntemler *–rey*(kişisel akıl yürütme) ve *içtihat* (hukuki girişim) kullanarak geliştirilmiştir. İslam dünyasının büyümesinin sonuçlarını yansıtan "sınırların genişlemesi", İslami hukukun ilk aşamalarından itibaren insanlara yeni zorluklar getirdi. Medine'de kurulan İslam Devleti'nin merkezi, fetihle batıya kaymıştır. Devlet'in genişlemesi, hızlı bir kentleşmeyi, çok kültürlü ilişkileri ve Müslüman hukukçuların, kendi kişisel takdirlerini ve metinleri temel alan içtihatlarını kullanarak Müslüman toplumun sorunlarını ve sorunlarını çözmek için gayretli çaba göstermelerini gerektiren yeni tepkileri beraberinde getirmiştir (el-nuṣūṣ). Sistematik muhakeme

---

1 'Abdul-Razzaq al-Sanhūrī, "Wujūb Tanqīḥ al-Qānūn al-Madanī al-Miṣrīwa 'alā Ay' Asās Yakūn Hādhā al-Tanqīḥ," *Maj. Al-Qānūnwa al-Iqtiṣād*, 6(1), 1936, s. 3.

2 Ramaḍān Abū al-Suʿūd, *Al-Wasīṭ fi Sharḥ Muqaddimat al-Qānūn al-Madanī – al-Madkhalilā al-Qānūnwa bi-Khāṣṣatin al-Miṣrīwa al-Lubnāni* (Beirut: al-Dār al-Jāmiʿiyyah, 1983), vol. 1, s. 255-256.

3 Ṣubḥī Maḥmaṣānī (1987). *Falsafat al-Tashrī' fī al-Islām -The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, Trans. Farhat J. Zaideh. Selangor DarulEhsan: Penerbitan Hizbi.

4 Amin Aḥsan Iṣlāḥī (2000). Islamic Law: Concept and Codification, 1st edn. Lahore: Islamic Publications Ltd.

süreci, analoji (kıyas), yasal akıl yürütme sürecinin, aslında teknik olarak bir yasal akıl yürütme modeli olarak adlandırıldığı hukukî düşünce ekollerinin (mezhepler) ortaya çıkmasıyla birlikte, çalışmak için metodolojik bir çözüm olarak başlamıştır (içtihat).[5]

Yasal gerekçeler (içtihat) hukukçular arasındaki hukuki sonuçları teşvik eden bir katalizör görevi görmüştür. Fıkıh geleneği, fıkıh, fıkıh usulü ile eşzamanlı birlikte var olmasına rağmen, bu prensiplerinden çok daha erken ortaya çıkmıştır. Çünkü yasal gerekçeleri (içtihat) uygulayarak Kur'an ve Sünnet'in hükümlerini türetmek için belli ilkeler kullanılmalıdır. Fıkıh geleneği ilkeleri, bunların yapılandırılması ve yazılmasından da önce var olduğundan, ilkelerin fıkıhtan önce hiç kullanılmamış olduğu anlamına gelmez.[6]

Yasal gerekçeler (içtihat) bir bakıma İslam hukukunun yazılması ve formüle edilmesinde bir katalizör görevi görmüştür. Ünlü muhaddis Muâzbin Cebel (ö. 18/640) muhakeme akıl kullanımının fıkıh geliştirmeye yardımcı olduğuna dair bu kavramı gösterir. Peygamberimiz (as) bu konuşma sırasında şöyle söyleyerek onu akletmeye teşvik etmiştir; "Karar vermen gereken birdava da hangi vesileyle nasıl karar vereceksin?" Şöyle cevap verdi; "Ben Allah'ın kitabı uyarınca/ Kur'an üzerine karar vereceğim." Peygamber sordu: "Eğer Allah'ın kitabında rehberlik bulamayan bir durumda ne yapacaksın?" sorusuna, "Resulullah'ın (sav) Sünnet'ine uygun olarak (hareket edeceğim) dedi. Peygamber (sav) yine sordu:" (Olur da eğer Allah Resulü'nün Sünnet'inde ve Allah'ın kitabında rehberlik bulamazsan) ne yapacaksın sorusuna?" ise; "Ben bir görüş oluşturmak ve sıkıntı yaşamamak için elimden geleni yapacağım" dedi. Allah'ın Elçisi sonra onun göğsünü okşadı ve şöyle dedi: "Allah'ın Elçisi'ni memnun eden bir şey bulmasına yardım eden Allah'a şükürler olsun!"[7] İslam hukukunun ilkelerinin geliştirilmesi için bir araç olarak kullanılabilecek içtihat kavramını teyit eden birçok hadis vardır. Örneğin, Amr İbn As (ö. 65-684) tarafından anlatılan aşağıdaki hadis bunlardan biridir. Peygamber Efendimiz (asm) şöyle dedi: "Bir hâkim çaba harcar ve doğru bir karar verirse, iki kez ödüllendirilir. Eğer hatalı bir karara varırsa, bir kez ödüllendirilecek."[8] Hukukçuların istişaresi bu amaçla, İslam hukukunun gelişmesine hizmet eden başka bir yoldur. Sa'īdİbn el-Musayyab bir keresinde şöyle rivayet eder: "Allah'ın elçisine sordum. Ey Allah'ın Resulü Kuran'da ve Sünnette hiçbir cevabı olmayan bir problemle karşılaştığımızda ne yapmalıyız? "Allah'ın elçisi şöyle dedi:"Ulema bir araya gelsin ya da müminler bir araya gelsinlerve kendi aralarında istişare yapsınlar; sadece bir görüşedayanarakhükmetmeyin!"[9]Ashap, Peygamber Efendimiz (as) tarafından yaşamı boyunca bile içtihat yapmaya teşvik edilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Peygamber Efendimiz'in (as) ölümünden sonra sorunlar artmış ve devlet sınırlarının genişlemesi nedeniyle daha karmaşık bir yapıya sahip olmuştur. Bu nedenle Ashap, Kur'an'ı ve Sünnet'i içtimai hayattan kaynaklanan yeni engellere karşı karar vermede kullandılar[10]. Ayrıca, bir vakanın hangi ayet veya hadisle çözülebileceğine karar vermek için kendi fikirlerini kullanmaları gerekti. BöylelikleAshap, sadece ayetlerin doğru bir şekilde anlaşılması ve yeni sorunlara uygulanması için değil, ayetlerin doğrudan mevcut olmadığı durumlarda, daha sorunlu

---

5 Saim Kayadibi, *Istiḥsān the Doctrine of Juristic Preference in Islamic Law* (Selangor: IBT, 2010), p. xxviii.

6 Saim Kayadibi, *Principles of Islamic Law, The Methods of Interpretation of the Texts, Usul al-Fiqh*, (Kuala Lumpur: Islamic Book Trust, 2017), p. 1.

7 Abū Dāwud, *Sunan*, iii:3585, 1019; Ibn 'Abd al-Barr, *Jāmī' Bayān al-'Ilm,* ed. Muḥammad 'Abd al-Qādir 'Aṭā (Beirut: Mu'assasat Kutub al-Saqafiyyah, 1997), 2:275-76.

8 Abū Dāwud, *Sunan*, iii:1013, *ḥadīth* no. 3567; Al-Bukhārī, *al-Ṣaḥīḥ*, viii:157.

9 Tabarānī, Sulaymān b. Aḥmad (d. 360/971), "*Al-Mu'jam al-Saghīrwa al-Mū'jam al-Awsāt*" (Beirut: M. Shakūr Maḥmūd al-Ḥajj Amīr, 1985), Tabarānī in al-Awṣat'tan nakledilmiştir. Bkz "*Mujmā' al-Zawā'id*," v.1, p. 178.

10 Ahmad Hasan, "*TheEarly Development of IslamicJurisprudence*" (Islamabad: Islamic Research Institute, 1994), p. 117.

vakalara yönelik bir çözüm elde etmek için de kendi görüşlerini kullandılar.[11] Peygamber'in (as) ölümünden sonra bile ortaya çıkan yeni problemleri çözmek için Ashap tarafından formüle edilmiş ilkeler olmamasına rağmen, sadece Kur'an ve Sünnet'e başvurarak problemlerini çözmek için şeriatın ana hedefleri ışığında çözümler ya da analitik akıl yürütmeye başvurarak yeni sorunlarına cevaplar bulmak için bir yol aramışlardır. Şurayh'i Kufe'yehâkim olarak atayan Ömer İbn Hattab örneği, Peygamber'in (sav) rehberliğinin bir sonucudur. Ömer, Şurayh'e şöyle demiştir: "Her şeyden önce, sanki sana vahyedilmiş gibi kimseye sormadan Kur'an'a sor, sonra onunla hüküm ver. Kuran'da aradığınızı bulamazsanız, o zaman Hz. Peygamber'in Sünneti'ni takip edin. Eğer Sünnet'te de doğru rehberliği bulamazsanız, o zaman kişisel görüşünüze göre (*rey*)içtihadı gerçekleştirin ve doğruluk ve dürüstlükten istifade eden insanlara danışın.[12] "Bu cesaret ve öğretiler onlara, problemlerine cevap bulmak için akıl yürütme becerilerini kazandırdı ve bu tatbikatlar ile birlikte müçtehitler İslam hukukunun daha da geliştirilmesi için bir yol açmışlardır. Aynı yöntemi izleyen Ashabın halefleri tarafından miras alınan örneklik nedeniyle, bilgiyi doğrudan ashaptan aldıkları için, henüz herhangi bir ilkeyi formüle etmek durumunda kalmamışlardır.

Farklı bölgelerdeki çok çeşitli davalar/soruşturmalar nedeniyle hukuki görüşlerin ve karışıklığın çeşitliliği, net düzenlemelere duyulan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. Müslüman hukukçular çeşitli alanlarda içtihat kullanıyorken, Müslüman âlimler, belirli ilkeleri formüle etmenin gerekliliği ve tartışmalı konularda anlaşmazlıkların giderilmesi için belirli kıstaslar oluşturulmasının ve ehil olmayan kişilerin *içtihat* kavramlarını kötüye kullanmasını önlemenin gerekliliğinin farkına vardılar. İçtihadın kötüye kullanılmasının önlenmesi ve de içtihadın düzenlenmesi için bir metodolojiye duyulan ihtiyaç ile Müslüman âlimler, akletme hususunda kendilerini teşvik eden hadisleri toplarken ve yazarken, sünnet konusuyla ilgili olarak kendilerini emin hissettikleri noktalar daha da belirgin hâle geldi. Büyük hadis külliyatının derlenmesi mantıklı bir biçimde fıkıh usulü birliğini sağlamış ve düsturlar ve bir dizi kıstas; uzun bir münhasır ilmi çalışmanın ardından, bir şeriat insicamı olarak İslam hukukunun ilkelerini (*usul el-fıkıh*) oluşturmuştur.[13] Müslüman hukukçular buna göre İslam hukukunun sorunları ve ilkelerinin tartışılmasında farklı yöntem ve yaklaşımlar kullandılar. Fıkıh usulününkaleme alınması ve tahlili, esas olarak, aşağıdaki bölümde ele alınacak olan üç farklı metoda dayanmaktadır.

Mezheplerin Kanunların Oluşturulmasındaki Yeri:

Her mezhep/hukuk ekolü, İslam hukukunun, içtihat edebilmek için konularını ve prensiplerini elealırken, farklı yöntemleri ve yaklaşımları benimsemiştir. Farklı yöntemlerden biri, Mutezilenin, Şafilerin ve Malikilerinhukuk alanının derç edilmesinde benimsedikleri *Usül-el-Şafi'iyye* olarak bilinen ilahiyatçıların (*ṭarīkat el-mütekallimīn*) dediklerinazari metodudur. Bu usulü benimseyen hukukçular, ilk dönem hukukçulardan çıkarılan ister olumlu/meri hukuka isterse de ikincil hukuk kurallarına (fer-i') ilişkin anlaşma ya da anlaşmazlığabakılmaksızın, ispata dayalı fıkıh prensiplerini basit şekliyleifade etmiştir. Bu yöntemi benimseyenler çoğunlukla, fıkhınkendisi ile ilişkilendirmeye

[11] Kayadibi, *Istiḥsān*, p. 100.
[12] Ibn Taymīyyah, "*Al-Fatāwā al-Kubrā," Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah*, 19/200-201; Ibn al-Qayyīm "*I'lām*," v. 1, p. 171.
[13] Ahmad Hasan, *Principles of Islamic Jurisprudence, The Command of the Sharī'ah and Juridical Norm* (Islamabad: Islamic Research Institute, 1993), s. 16-17; Abū al-'Aynāyn Badrān, "*Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī*" (Alexandria: Muassasah Shabāb al-Jāmi'ah, 1404/1984), s. 12; Muhammad Hashim Kamali, "*Principles of Islamic Jurisprudence*" (Cambridge: Islamic Text Society, 1997), s. 4.

çabalamaksızın, fıkıh usullerininnazarihükümlerini ifade etmekle ilgilenmekteydiler[14]. Onların fıkıh usulüne dair nazari açıklamaları ikincil (fer-i)alandaki tatbiki muamelelerini nazarı dikkate almamıştır. Onlar, felsefenin karmaşık meselelerine olan temayülleri nedeniyle, peygamberlerin peygamberliklerinden önce *ismet* sıfatına sahip olmaları ve şeriatın gelmesinden evvel bireyin konumu veya sorumluluklarına ilişkin meseleler gibi, fıkhın amelî kurallarının gelişimine katkıda bulunmamışlardır.[15] Aşağıdaki usuller bu yöntemin çıktılarından bazılarıdır: el-Burhānfī Uṣūl al-Fiqh, imam el-Ḥaramayn 'Abd el-Malik al-Juwaynī (ö. H.413), Kitāb al-'Umadby al-Qāḍī' Abd al-Jabbār (ö. H.415), Abā al-Ḥusayn Muammad tarafından Kitāb al-Mu'tamad b. Al-El-Baṣrī (ö. H.436), El-Mustaṣfāmin 'Ilm al-Uṣūl al-Gazâlî (ö. H.505), el-Maḥṣūl, Fakhr al-Dīn al-Rāzī (ö. H.606) ve al-IḥkāmfīUṣūl al-Aḥkām, Sayf al-Dīn al-Āmidī (ö. H.631).

İlk hukukçular tarafından uygulanan başka bir yöntem de Hanefilerin (*usül-el-Hanefiyye veya tarikat el-fükaha'*) yöntemidir. İlk dönem âlimlerin, aslında akıl yürütmelerinde uyguladıkları iddia edilen, hukuki prensipleri teyit etmeyi hedefleyen pratik yapısıyla öne çıkmaktadır. Bu yöntem, hukuk ekolünün müştak hükümlerine bağlı olan ilkeleri belirler ve bu nedenledir kibu yöntem, hukuk kurallarının türetilmesinde usta hukukçuların delillerinde uyguladıkları hukuki prensiplere, kurallara ve düzenlemelere odaklanmaktadır. Bu düsturlar, uzman hukukçular tarafından ifade edilen fıkıh prensiplerinin ayrıntılı noktalarından çıkarılmıştır. Çoğunlukla Hanefi hukukçuları bu yaklaşımı izlemiştir. Bu nedenle, Hanefi (*Usūl al-Ḥanafiyyah* veya *ṭarīqat al-fukahā*')[16] yöntemi de denir. Teorik yaklaşım, fıkhın uymak zorunda olduğu *fıkıh usulünü* bağımsız bir disiplin olarak düşünme eğiliminde olmasına rağmen, diğer taraftan pratik yaklaşım, fıkıh usulünü ikincil hukukun - *furü el fikh*ının - detaylı meseleleri ile daha yakından ilişkilendirmeye çalışmaktadır. Bu nedenle Hanefiler, fıkıh usulünün prensiplerini fıkıh ile bir araya getirip açıklayabilmek için çaba sarf etmişlerdir ve konuya olan yaklaşımlarında daha pratik olma eğilimindedirler. Örneğin, Hanefiler bir uzlaşmaya varmak için gerekli bir istisna yapma girişiminde bulunurlar ya da nazariyeyi söz konusu ihtilafın ortadan kaldırabildiği ölçüde düzenlemeye/ayarlamaya çalışırlar.[17] Bu yöntemin bazı önemli çalışmaları aşağıda sıralanmıştır: AbūBakrAḥmad b. 'Alī al-Jaṣṣāṣ'ın*al-Fuṣūlfī al-Uṣūl* (ö. H370), Ubaydullah b. 'Umar al-Dabbūsī (ö. H.430) tarafındanyazılan*Taqwīm al-Adillah*ve*Ta'sīs al-Naẓar*, Fakhr al-Islam al-Bazdawī (ö. H.482) *Kanz al-WuṣūlilāMa'rifat al-Uṣūl* by *Uṣūl al-Sarakhsī*. Shams al-A'immah al-Sarakhsī (ö. H.490) ve 'Abd al-'Azīz b. Aḥmad al-Bukhārī'ye (ö. H. 730) ait *Kashf al-Asrār*.

Hukukçular tarafından benimsenen son usul ise, ilkelerin oluşturulmasını amaçlayan ve bu ilkeler aracılığıyla ilk hukukçular tarafından oluşturulan, fıkhın detaylı ayrıntı sorunlarını teyit eden "birleşik yöntemdir". Bu yaklaşım, hem orijinal hem de doğrulayıcı ilkeleri birleştiren önceki iki yöntemin birleşimidir. Bu yöntem aynı zamanda çok sayıda düşünce ekolü tarafından da benimsenmiştir. Aşağıdaki çalışmalar, bu bileşik yöntemin bazı ürünleridir: *Badī 'al-Nizām al-Jāmi' baynaKitābay al-Bazdawī* ve *al-Ihkām*, Ahmad b. 'Alī al-Sā'ātī (ö, H.694); *al-Tanqīḥ ve aladral-Şerī'ah* 'Ubayd Allah b. Sa'ūd al-DīnMas'ūd tarafından Mas'ūd (ö. H.747) ve al-Talwīh b. 'Umar al-Taftāzānī (ö. H.792 AH); Tāj al-Dīn 'Abd el-Wahhāb tarafından *Jam' al-Jawmi* b. 'Alī al-Subkī (d. 771 AH); İbn el-Hümmî tarafından *al-Tahrīr* (ö. H.861), ve onun şerhini/yorumu El-Taqrīr ve el-TahbīrMuhammad b. Muamamam al-Hajj (ö. H.879); ve *Musallam al-Thubūt*Muhibb Allah b. Al

[14] Ahmad Hasan, *Principles*, s. 18.
[15] Kamali, *Principles*, s. 8.
[16] Ahmad Hasan, *Principles*, s. 19.
[17] Kamali, *Principles*, p. 8.

Abdü'l-Ṣâûî'l-Bihārī (ö. H.1119) ve onun şerhini/yorumu *Fawātih al-Rahamūt* ‘Abd al-‘AlīMuhammad b. Nizām al-Dīn al-Ansārī (ö. H.1235). Klasik dönemde fıkıh usulü üzerine çok sayıda eser üretildi.[18]

Burada bahsettiğim, bu alanda ortaya çıkarılan ilk çalışmanın EbuHanife (d. 150 AH) tarafından yazılan*Kitāb al-Ra'y* olduğu belirtilmelidir. Bunu Ebu Hanife'nin öğrencileri tarafından Ebu Yūsuf (ö. 182 AH) tarafından *Kitāb al-Uṣūl el Fıkh*ve Muḥammad b.el-Ḥasan al-Shaybānī tarafından *KitābUsūl al-Fikh* izledi (ö. 189). Ancak el-Ṣāfi‘ī'nin (ö. H.204*) el-Risale* olarak bilinen eserinden önce kaybedildiği söylenmektedir. Fıkıh usulü üzerinde tanınmış bir eserdir ve alandaki ilk kapsamlı çalışmadır. Takip eden asırlarda, bu konuda mühimâlimler tarafından daha çok eser üretildi.

Hakikate Dair Münevver OluşumİÇin Hukuki Bir Rasyonel Yapı Oluşturmak:

İslam hukukunun ilkeleri, Kur'an'ın ve Peygamber (as) Sünnet'inin metinlerine dayanan hukuki rasyonel kurallar (ahkâm) üzerine inşa edilir. İslam hukuku usulünün hakikate dayalı entelektüel oluşumu için hukukçular, İslam hukuku "ana kaynaklarından yeni hükümler çıkarmak için çalışma"esasına dayanırlar. İslami hukuk ilkeleri (İslami fıkıh), İslam hukukunun ilkelerinin niteliğini ve verilmiş / türetilmiş ahkâm (kararları) ya da yasaların kaynaklarının yapısını anlamalarını ifade eden, usul ve fıkıh olarak ayrı ayrı iki bileşenden oluşur. Benzer şekilde, *Mecelleel-Aḥkām* hukuki faaliyetlerin hükümlerini/ahkâmını gözden geçirme ya da derleme olarak yansıyan birbirinden bağımsız iki bileşenden oluşmaktadır.

Usul terimi, başka bir şeyin üzerine inşa edildiği bir şey olarak tanımlanır, bu maddi ya da manevi olabilir, yani temel (*esas*)[19] anlamına gelen, köken olarak "başka bir şeyden kaynaklanan ya da çıkan şey anlamına gelen *asl* kelimesinin de çoğul halidir. Yani bir şeyin kökeni[20] demektir. Teknik olarak (asl) kelimesi, İslam hukuku alanında, Kuran'dan bir ayet ya da Kuran'dan belirli bir kanıt ya da Sünnet'ten bir hadis gibi ya *delil tafsili*veyahukuktaki *delil* anlamında kullanılır. Mesela Allah (cc), "Size (evlilik için) anneleriniz, kızlarınız, kız kardeşleriniz yasaktır, …[21]"der. Bu, *asl* bunun bir *hukm* (kural) olduğunu gösterir ki bu da anneler, kızlar ve kız kardeşler ile evliliğinin yasak olduğunu açıkça göstermektedir.Benzer şekilde "Zinaya yaklaşmayın…[22]" ifadesi debunun zina yapmayı yasaklayan bir *ḥukm* (kural) olduğunu gösterir. *Tafsilidelil*(spesifik kanıt) ile karşılaştırıldığında, *icma* veya *külli,* içinde büyük miktarda genel kanıtın bulunduğu şümullü kanıtlara denir. Örneğin, "Namazı (salah) kılın![23]"orijinal/gerçek bir karardır ve her sarhoş edici

[18] Saim Kayadibi, *Principles of Islamic Law, The Methods of Interpretation of the Texts, Usul al-Fiqh*, (Kuala Lumpur: Islamic Book Trust, 2017), p. 4-6.

[19] Mollah Husraw, Muḥammad bin Firāmūz (885/1480), "*Mir'āt al-UṣūlSharḥ Mirkāt al-Wusūl*" (Istanbul: Matba‘ah al-Amīrah, 1309), c 1 s. 56 ; Laknawī, ‘Abd al-‘Ali Muḥammad bin Nizām al-DīnAnṣārī, Baḥr al-‘Ulūm, Abū al-‘Abbās, Ḥanafī (ö. 1180/1767), "*Fawātiḥ al-Raḥamūtsharḥ Musallam al-SubūtfīUṣūl al-Fiqh*" (Cairo: Matba‘ah al-Amīriyyah Bulāq, 1906), v. 1, p. 8; Anṣārī, Abū Zakarīyyah Shaikh al-Islam "*Ghāyāt al-Wuṣūlsharḥlub al-Uṣūl*" (Cairo: Muṣṭafābāb al-Ḥalabīwaawlāduh, 1360/1941), v. 1, p. 18.

[20] SeeElias A. Elias, "*Elias Modern Dictionary*," 5th edition (Cairo: 1950); Joseph Catafago, "*English and Arabic Dictionary*" (London, 1958); Hans Wehr, "*A Dictionary of Modern Written Arabic*," editedby J. Milton Cowan, 4th edition (Germany: 1979); Imran Ahsan Khan Nyazee, "*Islamic Jurisprudence*," (Kuala Lumpur: The Other Press, 2003), p. 26-27.

[21] *Qur'ān* 4:23.

[22] *Qur'ān* 17:32.

[23] *Qur'ān* 2:43.

maddenin yasaklanmasındaki gibi analoji kavramının kullanımı da benzerdir. Örneğin "Ey iman edenler! Sarhoş edici şeylerden (her türlü alkollü içecek)… şeytanın iğrenç işlerindendir. Öyleyse, (kesinlikle hepsinden) sakının."[24] Bu kaynak, onu doğrulayan Peygamber'in (as) bir hadisi nedeniyle sarhoş edici madde içeren her içeceğin yasak olduğunu gösterir, "Sarhoş eden her içecek *hamr* (şarap)dır ve her *hamr* yasaktır."[25]*Hamr* terimi *nabīd* yasağı (mayalanmış hurma) için uygun/orijinal bir vaka (*asl*) olup, her ikisinde de sarhoşedici etkisi bulunur, fakat *hamr*dan üretilmiştir, dolayısıyla da doğal olarak yasaklanır. *Asl* kelimesinin kullanımı genel hukuk prensibi, *al-qawā'id al-fiqhiyyah,* olarak her şey için asıl kuralın izin verilebilirlik olduğu anlamına gelen, "*Al-aīlfī al-ashyā al-ibāhah*" fıkh düstürları şeklinde genişletilebilir. Burada *asl* kelimesi orijinal kural anlamında kullanılır. Benzer şekilde, "*lâ dararwalādirārfī al-İslam*"[26]"Zararın ne İslami olduğu ne de İslam'da karşılıksız olduğu" anlamına gelmektedir. Bu örnekler *asl* kelimesinin, burada İslam hukukunun bir kanıtı veya kanıtı olan eylemin/fiilin*delil*i olarak kullanıldığını göstermektedir.[27]

Ne zaman hukukçular veya müftü, *dalîlijmālī*ya da*kullī*(genel delil) ve ya *adillah al-tafsīliyyah* (özel kanıt) arasa, ki her ikisi de fıkıh usulünün bir parçası (İslam hukukunun ilkeleri) içinde ele alınmaktadır. Bu duruma *adillah al-fiqh al-kulliyyah* (genel fıkh delilleri veya kanıtları) denir. Bu anlayışla, *havadis* kitaplarındaki*havadis*lerya dapek çok düstur buna göre *Mecelle el-Aḥkām'*da uygun ilke ve hükümler ile yapılandırılmıştır.

Kavramın bütüncül anlayışını tamamlayan fıkıh usullerinin (*usul al-fikh*ın) ikinci kısmı, aynı şekilde *Mecelle el-Aḥkām* da olduğu gibi, *aḥkām*'ın (kararlar) birleşimi olarak farklı şekilde anlaşılabilen bir fıkıh terimidir. Fıkıh,hukuki rasyonalitesini prensipleri kullanım biçiminde çıkartabileceğiniz, hukukçuların [kararlarının] bir sonucudur. Hâkimler, *Fıkıh* veya *hukm'u* (karar alımı) sıkça tekrarladıkları hukuki alıştırmalar iledüzenli hâle getirirler. *Hakikate dair (epistemik) fıkh* kavramı olmadan, *aḥkām*'ın oluşturulması imkânsız olurdu. Birçok ayette de açıkça görüldüğü üzere, *fıkhın* dilbilimsel anlamını, *el-fehm* (anlayış) ile eşanlamlı olarak görülür. Mesela, "Bu insanlara ne oluyorda hiçbir şey anlamıyorlar."[28] Peygamber Efendimiz'in hadisi (as), bu konuda daha derin bir İslam anlayışının olduğunu doğrulamaktadır: "Allah her kimi doğru yola iletmek isterse, ona hidayet verir.[29]" Fıkhın anlamı aynı zamanda onu "*Ma'rifat al-nafsimālahāwamā 'alayhā*" ki bunun da anlamı "kişinin hak ve yükümlülükleri bilmesidir"[30] şeklinde tanımlayan Ebu Hanife'nin (ö. H.150) ifadesinde de görülmektedir. "Buna ek olarak fıkıh, teknik olarak Şafi tarafından, belirli delillerden türetilen hukuk kurallarının (*ahkām al-shar'iyyah*) bilgisi"[31]olarak tanımlananbir terim olup, sadece İslam hukuku için kullanılmaktadır. Fıkıh, "*alkām al-shar'iyyah*"(şeriat hükümlerinin) bilgisi olduğu için hukukun değil, İslam hukukunun bilgisi veya

---

24 *Qur'ān* 5:90.

25 Abū Dāwūd Sulaymān bin al-Ash'ās (d. 275/888) "*Sunnan*" iii, 1043, *ḥadīth*no: 3672, tr. Ahmad Hasan, Lahore: MuḥammadAshraf 1984.

26 Ibn Mājah Abū 'AbdAllah Muḥammad(d. 273/886),"*Sunan*,"ii, 784, *ḥadīth*no: 2340, Istanbul, 1981.

27 Abū 'Alī Badr al-Dīn Muḥammad bin 'Alī Shawkānī (d. 1250/1834), "*Irshād al-Fuḥūlilā Taḥqīq al-Ḥaq min 'Ilm al-Uṣūl*" (Cairo: 1937), p. 3; Ibn Amīr al-Ḥajj Muḥammad bin Muḥammad Shams ad-Dīn (d. 879), "*Al-Taqrīrwa al-Takhbīr 'alāTaḥrīr al-Kamālibn al-Humāmfī 'Ilm al-Uṣūl*" (Cairo: Matbaah al-Amīriyyah Bulāq, 1316), v. 1, p. 17.

28 *Kur'an-I Kerim*4:78.

29 Muslim, *Kitāb al-Amārah*.

30 'Ubayd Allah Ibn Mas'ūd bin Tāj al-Sharī'ah al-Ḥanafī, Ṣadr al-Sharī'ah (d. 747/1346), "*Al-Tawdīḥfī Ḥall Jawāmid al-Tanqīḥ*" (Karachi: 1979), s. 22-25.

31 'Abd al-Raḥmān bin Jād Allah al-Bannānī, al-Maghribī (d. 1198/1784), "*Ḥāshiyah 'alāSharḥJalāl al-Dīn al-Maḥallī 'alā Jam' al-Jawāmī' liIbnSubkī*" (Cairo: 1937), v. 1 p. 32; MollaHusraw, "*Mir'at al-Uṣūl*," v. 1 p. 50; Ṣadr al-Sharī'ah, "*Al-Tawdīḥ,"* c.1, s.26.

anlayışıdır. *Fıkhın* anlamı *awā'id al-fiqhiyyah* olarak kullanılmamasına rağmen, bu düsturlar ancak Kur'ân ve Sünnet metinlerinde açıkça belirtildikleri takdirde *fıkh* olarak kabul edilebilir. Fıkhın, insan davranışları için özel olarak oluşturulmuş hukuk kuralları bilgisinin bir parçası olduğunu düşünmek.Bunu fıkhın insan davranışları için özel olarak oluşturulmuş hukuk kuralları bilgisinin bir parçası olarak görüldüğü Gazali'nin düşüncesinde[32] görelim. Benzer bir şekilde, İmam Râzî daha kesin bir tanım sunmaktadır; "ihtiyaç duyulmadan bilginin elde edilememesi durumunda, kaynaklara atıfta bulunmakla ilgili yasal kuralların bilgisi, fıkh'dır."[33]Bilgi bir şekilde zaruret nedeniyle elde edilemediğinde, kaynaklarına atıfta bulunmaya dair hukuk kurallarının ilmine *fıkh* denir. Fıkıh, bu nedenle, metinlerde yer alan belirli delillerden doğrudan alınmış *shar'īaḥkām* veya Allah'ın (cc) kusursuz kanunu olan şeriat tarafından ortaya konan ya da desteklenen genel ilkelerden kaynaklanan muhakeme yoluyla genişletilmiş ve elde edilen bilginin bilgisidir. Benzer şekilde, Kurtubi[34]şeriati Allah'ın (cc) farklı emirlerini tüm insanlara ilettiği, İslam'ınesas nizamı olarak tanımlarken, diğerleri bu kavramı Resulullah'ın (as) [insanlara aktardığı] itikat ya da hükümler ile ilişkili müeyyideler[35]olaraktanımlar. Yine de, *fıkıh* hükümlerden oluşan hukuk bilgisine sahip olmakise, şeriat bizatihi kanunun/hukukunta kendisidir. Bu nedenle*şeriat*terimi, inançilkelerini korurken, her zaman insanınduyduğu ihtiyaçlarlauyumlu, eksiksiz bir yaşam sistemidir.

*Mecelle'*nin metin olarak oluşturulması için, İslam hukukunun kaynağı (*aḥkām*) hükümlerin Allah'a (cc) dayanıp dayanmadığına karar verir. Metinler şeriata dayalı hukuk kuralları üzerine kurulu olduğundan, şeriat hükümleritemelde *Mecelle'*ninsınırlarınıçizer. Bu nedenle, *Usul*âlimleri (hukuk âlimleri) *hukmshar'i*'yi (şeriat hükümlerini) "Yüce Allah'ın (cc) emir, seçme hürriyeti veya beyan vasıtayla kullarının amelleri hususunda irtibatı" olarak tanımlar.[36] Bu konuda, *mükellefinameliyle* ilgili herhangi bir irtibatının Allah'tan (cc) geliyor olması gerektiği kesindir, aksi durum kabul edilmez ve *hüküm* olarak addedilmez. Buna ek olarakbu irtibat ya bir talep biçiminde olabilir (*iktiza*) ya da bir bilinçli tercih (*taksīr*) veya bir bildirim/vaat (*vaad*). Şeriat hükümleri dört temel unsurdan oluşur: *Hākim*, *Mahkûm-u Aleyh, el Mahkūmfih* ve *Hukm*. *Hüküm*, *mükellefin* fiilleriyle ilgili irtibat açısından *şeriat hükümlerinin* ana unsurudur. Temel olarak iki ana kategoriyle ele alınır: Birincisi *al-hukmal-taklīfī* (yükümlülük, kural oluşturma, yasa tanımlama) ve diğeri *al-hukmal-waḍ'ī* (beyan hukuku)'dur. Müslüman hukukçular, birincil kurallar kategorisini *al-hukmal-taklīfī* olarak tanımlarlar ve ikincil kurallar kategorisi *al-hukmal-waḍ'ī* olarak belirlenir.[37] Öte yandan, *Al-hukmal-taklīfī* (tanımlayıcı yasa), Yüce Allah (cc) izniyle – mükellefin fiilleriyle bağlantılıdır ve beşe ayrılır; *farz, mendūb, mekruh, haram ve mübah*ancak Hanefi ekolü vacip ve farzı ayrı olarak değerlendirir ve aynı zamanda mehruhu da iki farklı sınıfa ayırır: *makrūhkarāhat al-taḥrīm* (kesinlikle onaylanmayan) ve *makrūhkarāhatel-tanzīh* (hoş karşılanmayan). Öte yandan, *el-hukmal-wad'ī,* (şahıs) *mukallafın* eylemleriyle ilgili olan bir ifadedir. Bir başka deyişle *al-ḥukmal-taklīfiyyah* için beyana dayalı bir unsurdur ve temelde beş kısmı vardır. 1. *al-sebep,* 2. *al-rükn*(unsur),

---

32 Al-Ghazālī, *Al-Mustaṣfā' min 'Ilm al-Uṣūl*, cilt.1, s.3-4.
33 Al-Rāzī, *al-Maḥṣūlfī 'IlmUṣūl al-Fiqh*, cilt.1, s. 78.
34 Al-Qurṭubī, *Al-Jāmī' liAḥkām al-Qur'ān* (Cairo: Dār al-Kutub al-Maṣriyyah, 1939), cilt. 16, s. 10; 'Abdul Karīm Al-Zaydān, *Al-Madkhal li Dirāsat al-Sharī'ah al-Islāmiyyah* (Baghdād: Mu'assasah al-Risālah and Maktabah al-Quds, 1976), s. 38.
35 Muḥammad 'Ali bin 'Ali al-Taḥwānī, *Kashf 'Iṣṭilāḥāt al-Funūn* (Beirut: DārṢadr, 1961), c.3, s. 759.
36 Ṣadr al-Sharī'ah, *age.*, c. 1, s. 13; Bannānī, "*Ḥāshiah*, c. 1 s. 32; Nyazee: *ibid.*, s. 64.
37 Herbert Lionel Adolphus Hart, "*The Concept of Law*" s. 77-96 Nyazee.denalıtı*age.*, s. 57-58.

3. *al-şarṭ* (koşul), 4. *al-māni* (engel) ve 5. *al-ṣiḥḥahal-fasādal-buṭlan.*[38] Bunlara ek olarak, '*azīmah* (kapsamlı genel kurallar) ve *rukhsah* (muafiyetler) gibi yollar da vardır.

*Mecelle*nin Oluşturulmasında Devletin Rolü:

Daha önce de belirttiğim gibi, devletin rolü *Mecelle'*nin oluşumunda etkili olan başka bir faktördür. "Devlet" değerinin mevcudiyeti *makasid el-sharī'ah'*ın (İslam hukukunun daha yüksek hedefleri – Şeriatın Amacı) temel değerlerinden biridir. Devletin bulunmadığı bir yerde ne anayasa ne de yasal sistemin var olması mümkün değildir. Yasal sistemin kalıcı değeri devlet kurumudur.

Şeriatın temel değerleriyle ilişkin olarak, İslam hukukunun; hayat, din, akıl, soy, mülkiyet, şeref ve devlet gibi belirli değerleri vardır. İslam bu değerleri korumak için geldi ve bunlar, halkın ve devletin kurucularının huzur ve güvenlik içinde varlığını sürdürebilmeleri için bu değerleri korumak amacıyla hareket eden İslam hukukunun esas (*zaruriyet*) değerleri altında değerlendirilir. Devletin korunması tehlikeye girdiğinde altı değerden geri kalanları tehlikeye düşecektir. İmam Gazali'ye göre bu değerler beş,[39] İmam el Karafi'ye göre (ö.685 / 1286) altıdır[40] ve çağdaş hukukçulara göre bu değerler yedidir.[41] Hemen hemen bütün Müslüman akademisyenler bu değerlerin, özellikle de ilk beşin korunmasına karar verdiler.

Bu değerlerin korunması İslam hukukunda çok önemlidir ve bunlara İslam hukukunun (*maqāṣid al-sharī'ah*) yüce hedefleri[42] denir. Bu beş değere ek olarak El-Karafi, şerefin korunmasına da büyük önem atfetti, çünkü onur/şeref korunmazsa diğer değerler de dolaylı olarak tehlikeye düşer. Dolayısıylabir kişinin onuru tehlikede ise önceki değerler kolayca boşa harcanabilir. "Devlet" in değerini yedinci değer olarak belirtmek oldukça makbul görülmektedir. Devletin değerinin varlığı dolaylı olarak diğerlerini aynı şekilde garanti eder. Aynı şekilde şeref, yedinci değer olarak korunmadığı ya da tehlikeye girdiğinde, diğer altı değer ciddi bir tehlikede olacaktır. Bu bakımdan devletin varlığının korunması ve sürdürülebilirliği vazgeçilmez bir görevdir. Bu değerlerin toplumsal ve bireysel düzeyde varlığının korunması, yalnızca devlet sisteminin korunmasıyla sürdürülebilir.

Devletin varlığı ve korunması, kanunların oluşturulması (formülasyon) ve yazımı (kodifikasyon) faaliyetlerini gerektirdi. Buna bağlı olarak *kavait*'in (kaidelerin) oluşturulması ve yazımı hızlandırılmıştır. Bu nedenlebir devlet kuruluşu olmasaydı *Mecelle'*nin ve *Mecelle al-Aḥkām* çalışmalarının güvence altına alınmasının mümkün olamayacağı açıktır.

Fıkıh Usülünden Fıkıh Kaidelerine

Fıkıh usulünün (*uṣūl al-fiqh)*, İslam hukukunun genel kaynakları ve ilkeleri olduğu bilinirken, fıkıh kaideleri ise *(qawā'id al-fiqhiyyah)*, (bankacılık) işlemleri, evlilik hukuku, deliller vb. gibi fıkıh meselelerin farklı alanlarını kapsayan ve fıkhın kendisinin detaylı çalışmasından elde edilen soyut

[38] Zuhaylī, *ibid.*, v. 1, p. 37; Khallāf, 'Abd al-Wahhāb (ö. 1376/1956), "*'IlmUṣūl al-Fiqh*," 12thedn. (Kuwait: Dār al-Qalām, 1398/1978).İngilizceterminolojiiçin: Nyazee, *age.*;Kamali, "*Principles*,"s. 321-353.

[39] Ghazālī, "*el-Muṣtaṣfā*," s. 174-179.

[40] Ibn 'Āshūr, "*Maqāsid el-Sharī'ah el-Islāmīyyah*," s. 123.

[41] Bu yedi değer olarak bazı akademisyenlere göre; yöneticilerin kendi takdir yetkisini kötülük yapanları cezalandırmak için kullanmalarına olanak veren "yolsuzluğun ortadan kaldırılması"na şeriatın amaçlarından biri olarak düşünülebilir. Ki bu da devletin sorumluluklarından birisidir. Bu nedenle, hükümetin *felah* (refah) elde etmesi ve *fesadı* (bozgunculuğu) engellemesi için önemli ve hatta gerekli olan bağımsız bir değer olarak görülmemektedir.

[42] Şātıbī, *al-Muvāfakāt*, II, s. 10; Zaydān, *Uṣūl*, s. 322-323.

kurallar bütünüdür ve bu nedenle de tüm bunlar fıkhın ayrılmaz bir parçasıdır. Fıkıh kaideleri ile fıkıh usulü arasındaki yakın benzerliklere rağmen ve ilki *ahkâmın* ayrılmaz bir parçası olmakla birliktefıkıh usulü tamamen ayrı bir kavramdır. Birincisi *usūl al-fıkıh* ifadesine benzeyebilir ancak bunun bir parçası değildir ve bu nedenle bu iki kavram birbirinden tamamen farklıdır. Bu yüzden buradaki düsturlar, ilahi hukukun kalıcı delilleri değildir ancak hiçbir zaman da İslam hukuku kaynakları olarak ele alınamazlar. Fıkıh kaideleri ile ilgili olarak, esas olarak 200'ün üzerinde hukuk düsturu toplanmış ve Celalettin el-Suyūṭī ve İbnNecm el-Ḥanefī tarafından yazılan *al-Ashbāhwa al-Naẓā'ir* olarak bilinen eserde derlenmiştir. Osmanlı *Mecelle'*sinin[43] giriş bölümünde bunlardan yüz tane düsturlisteye dâhil edilmiştir. Teknik anlamdafıkıh kaideleri, al-Zarka tarafından *"Şeriatın kendi özel alanıyla ilgili genel kurallardan oluşan, basit bir formatta sunulan genel fıkıh ilkeleri"*[44] olarak tanımlanmıştır. *Kavait* sözcüğü (*kaide* kelimesinin çoğulu) basitçe prensipler anlamına gelir ve *fıkıh kaideleri, fıkhın*düsturları veilkeleridir. *Fıkıh kaideleri* aynı zamanda genel ilkeler anlamına geldiğinden, *fıkıh* ile ilgili çeşitli konulara uygulanabilirler. Meselaşu düstur; "ameller niyetlere göredir" (الأمور بمقاصدها), kılıcaknab ,edrellema ,teyin adzaman ,nirelelesem müt iligli elteyin işlemlerinde niyet, sözlerde niyet, vb. konuların aynı başlık altında yeraldığını göstermektedir. *Fıkıh kaideleri* her ne kadar genel ilkeler olarak tanımlansa da bunlar*ahkâmdan* çıkarılan bütün *fıkıh* meselelerini kapsamamaktadır. Yine de bu desturlar İslam hukukunun oluşumunda önemli rol oynamışlardır zira çeşitli fıkıh meselelerinde kuralların çıkarılması için ilkeler olarak kullanılmıştır.[45] Bu iki kavram; *fıkıh usulü*ve*fıkıh kaideleri* aynı kavramlar olmamalarına rağmen bunlar birbirleriyle karıştırılmaktadır.

Mecelle al-Aḥkām al-Adliyyah (Mecelle)'ye Yönelik Kaideler:

Osmanlı Mecellesi, *Mecelle al-Aḥkām al-Adliyyah*, 1869 yılında Osmanlı Devleti tarafından yapılıp, 1851 maddeden oluşmuştur. Bu İslam hukukunun ilk tam kanun yazımı idi. Majallah'ın yazımı ve hazırlanması için Osmanlı Devleti, *Dīvān-i Aḥkām-i 'Adliyyah* (Medeni Hukuk Mahkemesi) Bakanı Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığında Mecelle Cemiyeti adında bir dernek kurmuştur. Türkiye, Mısır, Hicaz, Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Kıbrıs, Filistin ve İsrail gibi birçok ülkede kabul edilmiş ve uygulanmış, bununla birlikte 1928 yılına kadar Arnavutluk, Bosna-Hersek, 1984'e kadar Kuveyt'te yürürlükte kalmıştır. Bugün bile İsrail'de[46] ve Malezya'daki Şeriat Mahkemelerinde *Mecelle'*nin bazı maddeleri hala yürürlüktedir.

Bununla birliktefıkıh kaidelerinin tüm kaideleri (düsturları), belirli bir hukukçu tarafından ya da belirli bir zamanda bir kerede formüle edilmiş ya da yazılmış değildir. Yine defıkıh faaliyetlerinin yeniden canlandırılması sırasında,yeniden yapılandırılmış ve geliştirilmiştir. Fıkıh usullerinin çoğu, Hanefi hukukçuları tarafından geliştirildi fakat buna rağmen Peygamber'in (sav) hadislerinden türeyen düsturlar/ilkeler hariç, pek çok düstur/kanun maddesini kimin yazdığı bilinmemekte ya da belirli âlimlere atfedilmemekktedir."Zararın ne İslami olduğu ne de İslam'da karşılıksız olduğu" (*lāḍararawalāḍirārfī al-Islam*)[47] ibaresi Peygamber'in (sav) hadislerinden çıkartıldığı söylenen bir

[43] Kamali, *Principles*, p. 5-6.
[44] Muṣṭafā Aḥmad Al-Zarqā' *Al-Madkhal al-Fiqhī al-'Āmm*, 9th ed. (Damascus: Dār al-Fikr, 1968), v. 2, p. 924.
[45] Mohamad Akram Laldin, "*Islamic Law an Introduction*," (Kuala Lumpur: Research Centre of iium, 2006), p. 128-129.
[46] Ahmed Akgündüz, "*Introduction to Islamic Law*," (Istanbul: Pasifik Ofset, 2010), s. 249.
[47] Ibn MājahAbū 'AbdAllah Muḥammad (ö. 273/886),"*Sunan*,"ii, 784, *ḥadīth*no: 2340, Istanbul, 1981.

düsturdur ve "Bir hükümdarınönceden *va'z* edilmiş uygun bir yol/yöntem dışında, bir şahsa ait olmayan herhangi bir şeyi almasına izin verilmez" *(laysa li-al-imām an-yukhrijashay'anminyadiaḥadillābi-ḥaqqinthābitma'rūf), kaidesi* Ebu Yusuf'a (ö. H.181) atfedilen bir düsturdur[48] ve*"Kitāb al-Haraç"* adlı ünlü kitabında alıntılanmış.

Fıkıh düsturlarının oluşturulmasına ilişkin ilk çalışmalar, hicri üçüncü yüzyıl başlarına kadar giden bir zamana tarihlendirilmektedir. Bu nedenle, genel anlamdaki düsturların tarihçesi de fıkhın tarihçesi ile paralellik gösterir ancak fıkıh düsturları *taklit* adı verilen dönemde geliştirilmişken, fıkhın kendisi İslam ilmiâlimliğinin ilk üç asırlık döneminde gelişmiş ve doğal olarak katkıda bulunulmuştur ki; bu dönem ise İçtihat Dönemi olarak bilinen ilmi dönemdir. Fıkıh düsturları da aşağıdaki isimler ile bilinmektedir: (El-Kavaid, El Eşbah, El Furuk, El Nazeriye, El-Fıkhiyye (Al-*Qawā'id, El-Ashbāh, El-Furūq, bir-Naẓariyyah el-Fiqhiyyah*.) Bunlar arasındabir kaçı dışında, 17 tanesini Hanefi kaynaklarından Ebu Tahir el-Dabbas'ın biçimlendirdiği düsturların sayısını el-Karki 39'a çıkartmıştır. Bununla birlikte bu türden düsturların bir nota şeklinde en erken dönemde derlemesinin, Abū al-Ḥasan al-Karkī (ö. H.334) tarafından elle yazılmış olduğu kaydedilmiştir ki bu daha sonra Necm al-DīnNesefi (H. 710) tarafından örnekler ile desteklenmiştir. Yine bir başka Hanefi hukukçu olan AbūZayd al-Dabbūsī (ö. H. 430), *Ta'sīs al-Naẓar* adlı kitabında önemli birtakım detaylar üzerinde yoğunlaşmıştır. Daha sonra bu alanda yazılmış pek çok kitap kaleme alınmıştır ve son olarak da bu düsturlar 1851 maddeden oluşan ünlü Osmanlı eseri *Mecelle al-Aḥkām al-'Adliyyah*'a derç edilmiştir.

Bu alandaki tanınmış literatürler arasındaki dört fıkıh ekolü, hukukdüsturları ile ilgili literatüre şu eserler ile katkıda bulunmuştur: *Takhrīj al-Furū' 'alā al-Usūl*; ImāmAbīManāqibShihāb al-Dīn al-Zanjānī al-Shāfi'ī (d. 656 AH) tarafından yazılmıştır; *Anwār al-BurūqfīAnwā'al-Furūq* aynı zamanda *Kitāb al-Furūq* olarak bilinir ve ImāmShihāb al-Dīn al-Qarāfī al-Mālikī (ö. H. 684) kaleme almıştır; *Al Qawā'id* ise Abd ar-RaḥmānIbnRajab al-Ḥanbalī (ö. H. 795)'nin eseridir; *Al-Ashbāhwa al-Naẓā'ir*IbnNujaym al-Ḥanafī (ö. H.970)'ye aittir; *Al-Ashbāhwa al-Naẓā'ir*iseJalāl al-Dīn al-Suyūṭī al-Shāfi'ī (ö. H.1201)'ye aittir; *Durar al-Hukkām*in yazarı Ali Haydar Efendi (ö. 1918) ve*Sharh al-Majallah*eskiHumus müftüsüŞeyhMuhammadKhālid al-Attasītarafından yazılmış ve oğlu al-SheikhTāhir al-Attasītamamlamıştır. Tüm bu çalışmalar *Majallah al-Ahkām al-*'Adliyyah'ın yorum ve şerh çalışmalarının zeminini oluşturmuştur. Bu klasik eserlere ek olarak, ünlü eserler arasında çağdaş eserler de vardır, bunlar arasında MusṭafāAhmad Al-Zarqā'ın*Al-Madkhal al-Fiqhī al-'Āmm*; Şeyh 'Ali bin Aḥmad el-Nadawi'nin*El-Kaberdeli el-FiqhiyyahNash'atuhāwaTatāwuruhāDirāsatMuallifātihā;*Muhammad bin Wahbah el-Zuhailī tarafından *El-Naẓariyyah el-Fişhiye*bulunmaktadır.

İlk hukukçular, "*al-qawā'id al-fıkıheyye-asliyye*" olarak adlandırılan aşağıdaki beş temel düsturu ya da bir bütün olarak şeritın özünü temsil eden normatif hukukdüsturlarını seçtiler ve geri kalanlar yalnızca bu beşlerin detaylandırılması olmuştur. Bunlar; "Hasar/Zarar telafi edilmelidir" (الضرر يزال); "Failler, onların ardındaki niyetleriyle yargılanır" (الأمور بمقاصدها); "Kesinlik şüpheyle reddedilemez" (اليقين لا يزول بالشك); "sıkıntı kolaylık doğurur" (المشقة تجلب التيسير); "Örf/adetler yargının temelidir" (العادة محكمة).

Sonuç olarak hukukun bir disiplini olan *fıkıh usulü*, genel delillerden alınan kuralların türetilmesi için ilke ve yöntemleri yorumlama, çıkarım ve İslam hukuku kaynaklarını kullanan *taşrī'l-İslîm* (İslam hukuku mevzuatı için) bir metodolojidir.

[48] Al-Zarqā', *age.*,c. 2, s. 969; Laldin, *age.*, s. 131.

Usul al-fıkıh aynı zamanda, Allah'ın (sav) aleyhine ve İslam hukuku kaynaklarına işaret eden genel delilleri ve *aḥkām'a* nasıl ulaşılacağına dair deliller veya kanıtları da kapsamaktadır.

Sonuç:

Bu makale boyunca görüldüğü üzere, İslam hukukunun kaynakları ve İslam hukukunun kaynağından yeni hükümler (ahkâm) üretme yöntemleri, farklı hukuk ekolleri arasında kendi sistematik kanun geliştirmearaçlarını geliştirmişlerdir. Hem hukuk hem de fıkıh âlimleri, İslam hukukunun fıkıh ve prensiplerinin gelişmesine katkıda bulunmuşlardır. Özellikle İslam hukuku kaynaklarından dinî kararların (ahkâm) çıkarılması için ilkeleri belirleyen Hukuk âlimleri/ akademisyenler, fıkıh kaidelerinin oluşumu ve bu suretle *Mecelle*nin formüle edilmesi için sağlıklı düşünme yöntemleri ve entelektüel ortamı yaratmışlardır.

Sistematik bir hukukmetodolojisinin oluşturulmasındaki en önemli faktör, kurulan sistematik düşünce geleneğinin olmasıdır. Fıkıh meselelerin belirli bir anlayış içinde sistematik hale gelmesi, bu yerleşik sistematik düşünce geleneğinin bir sonucu olarak doğmuştur. Bütün bu oluşumlar içtihat faaliyetlerinin bir ürünü olarak ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Bu nedenle, içtihat faaliyetleri İslam hukukunun yazılması (kodifikayon) ve formüle edilmesi için bir zemin oluşturmaktadır.

Kaynakça:

Abū al-Suʿūd, Ramaḍān. Al-Wasīṭ fi Sharḥ Muqaddimat al-Qānūn al-Madanī – al-Madkhalilā al-Qānūnwabi-Khāṣṣatin al-Miṣrīwa al-Lubnāni (Beirut: al-Dār al-Jāmiʿiyyah, 1983).

AbūDāwūd, Sulaymān bin al-Ashʻās. (d. 275/888) "Sunnan" iii, 1043, ḥadīthno: 3672, tr. Ahmad Hasan, Lahore: MuḥammadAshraf 1984.

Akgündüz, Ahmed. "IntroductiontoIslamicLaw," (Istanbul: PasifikOfset, 2010)

Anṣārī, AbūZakarīyyahShaikh al-Islam "Ghāyāt al-Wuṣūlsharḥlub al-Uṣūl" (Cairo: Muṣṭafābāb al-Ḥalabīwaawlāduh, 1360/1941)

Badrān, Abū al-ʻAynāyn. "Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī" (Alexandria: MuassasahShabāb al-Jāmiʻah, 1404/1984)

Bannānī, Abd al-Raḥmān bin Jād Allah al-Maghribī. (d. 1198/1784), "Ḥāshiyah ʻalāSharḥJalāl al-Dīn al-Maḥallī ʻalā Jamʻ al-Jawāmīʻ liIbnSubkī" (Cairo: 1937)

Catafago, Joseph. "English andArabic Dictionary" (London, 1958)

Elias A. Elias, "Elias Modern Dictionary," 5th edition (Cairo: 1950)

Ghazālī, AbūḤāmidMuḥammadibnMuḥammad. (d. 505/1111), "Al-Mustaṣfā' min 'Ilm al-Uṣūl" (Cairo: al-Maktabah al-Tijāriyyah, 1356/1937)

Hasan, Ahmad. Principles of IslamicJurisprudence, TheCommand of theSharīʻahandJuridical Norm (Islamabad: IslamicResearchInstitute, 1993)

"TheEarly Development of IslamicJurisprudence" (Islamabad: IslamicResearchInstitute, 1994)

Ibn ʻAbd al-Barr, Jāmīʻ Bayān al-ʻIlm,ed. Muḥammad ʻAbd al-Qādir ʻAṭā (Beirut: Mu'assasatKutub al-Saqafiyyah, 1997)

IbnAmīr al-ḤajjMuḥammadbinMuḥammadShams ad-Dīn (d. 879), "Al-Taqrīrwa al-Takhbīr ʻalāTaḥrīr al-Kamālibn al-Humāmfī 'Ilm al-Uṣūl" (Cairo: Matbaah al-AmīriyyahBulāq, 1316)

IbnĀshūr, Moḥammad al-Ṭāhir. (d. 1973), "Maqāsid el-Sharīʻah el-Islāmīyyah," Treatise on Maqāṣid al-Sharīʻah al-Islāmiyyah, trans. Muḥammad el-Ṭāhir el-Mesawī (London, Washington: International Institute of IslamicThought (IIIT), 2006)

IbnTaymīyyah, "Al-Fatāwā al-Kubrā," Dār al-Kutub al-ʻIlmiyyah, 19/200-201.

Ibn al-QayyīmMuḥammad b. AbūBakr b. Ayūb b. Sa'dShams al-DīnDimishqī (d. 751/1350), "I'lām al-Muwaqqi'īnminRabb al-'Ālamīn," edt. 'Abd al-Raḥmān al-Wakīl, Cairo.

IbnMājah Abū 'AbdAllah Muḥammad(d. 273/886),"Sunan,"ii, 784, ḥadīthno: 2340, Istanbul, 1981.

Iṣlāḥī, Amin Aḥsan. Islamic Law: Conceptand Codification, 1st edn. (Lahore: Islamic Publications Ltd., 2000)

Kamali, MuhammadHashim. "Principles of IslamicJurisprudence" (Cambridge: Islamic Text Society, 1997)

Kayadibi, Saim. IstiḥsāntheDoctrine of JuristicPreference in IslamicLaw (Selangor: IBT, 2010)

Principles of IslamicLaw, TheMethods of Interpretation of theTexts, Usul al-Fiqh, (Kuala Lumpur: IslamicBookTrust, 2017)

Khallāf, 'Abd al-Wahhāb (d. 1376/1956), "'IlmUṣūl al-Fiqh," 12thedn. (Kuwait: Dār al-Qalām, 1398/1978

Laknawī, 'Abd al-'Ali Muḥammad bin Nizām al-DīnAnṣārī, Baḥr al-'Ulūm, Abū al-'Abbās, Ḥanafī (d. 1180/1767), Fawātiḥ al-Raḥamūtsharḥ Musallam al-SubūtfīUṣūl al-Fiqh" (Cairo: Matba'ah al-AmīriyyahBulāq, 1906)

Laldin, MohamadAkram. "IslamicLaw an Introduction," (Kuala Lumpur: ResearchCentre of iium, 2006)

Maḥmaṣānī, Ṣubḥī. Falsafat al-Tashrī' fī al-Islām -ThePhilosophy of Jurisprudence in Islam, Trans. Farhat J. Zaideh. (SelangorDarulEhsan: PenerbitanHizbi, 1987)

MollahHusraw, Muḥammad bin Firāmūz (885/1480), "Mir'āt al-UṣūlSharḥMirkāt al-Wusūl" (Istanbul: Matba'ah al-Amīrah, 1309)

Nyazee, Imran Ahsan Khan. "IslamicJurisprudence," (Kuala Lumpur: TheOtherPress, 2003)

Qurtubī, Abū 'AbdAllahMuḥammad b. Aḥmad (d. 760/1359),Al-Jāmī' liAḥkām al-Qur'ān (Cairo: Dār al-Kutub al-Maṣriyyah, 1939)

Rāzī, Fakhr al-DīnMuḥammad b. 'Umar b. al-ḤusaynAbū 'Abd Allah. (d. 606/1210),"*Al-Maḥṣūlfī 'Ilm al-Uṣūl al-Fiqh"* (Beirut: 1988).

Ṣadr al-Sharī'ah, 'Ubayd Allah IbnMas'ūd bin Tāj al-Sharī'ah al-Ḥanafī. (d. 747/1346), "Al-TawdīḥfīḤallJawāmid al-Tanqīḥ" (Karachi: 1979)

Sanhūrī, 'Abdul-Razzaq. "WujūbTanqīḥ al-Qānūn al-Madanī al-Miṣrīwa 'alā Ay' AsāsYakūnHādhā al-Tanqīḥ," Maj. Al-Qānūnwa al-Iqtiṣād, 6(1), 1936.

Shāṭibī, AbūIsḥāqIbrāhīm bin Mūsa al-Ghirnāṭī. (d. 790/1388), "Al Muwāfaqātfī-Uṣūl al-Sharī'ah," edt. 'Abd-Allah Diraz (Beirut: Dār al-Ma'rifah)

Shawkānī, Abū 'AlīBadr al-DīnMuḥammad bin 'Alī. (d. 1250/1834), "Irshād al-FuḥūlilāTaḥqīq al-Ḥaqmin 'Ilm al-Uṣūl" (Cairo: 1937)

Tabarānī, Sulaymān b. Aḥmad (d. 360/971), "Al-Mu'jam al-Saghīrwa al-Mū'jam al-Awsāt" (Beirut: M. ShakūrMaḥmūd al-ḤajjAmīr, 1985)

Taḥwānī, Muḥammad 'Ali bin 'Ali. Kashf 'Iṣṭilāḥāt al-Funūn (Beirut: DārṢadr, 1961)

Wehr, Hans. "A Dictionary of Modern WrittenArabic," editedby J. MiltonCowan, 4th edition (Germany: 1979)

Zarqā', MuṣṭafāAḥmad. Al-Madkhal al-Fiqhī al-'Āmm, 9th ed. (Damascus: Dār al-Fikr, 1968)

Zaydān, 'Abdul Karīm. Al-MadkhalliDirāsat al-Sharī'ah al-Islāmiyyah (Baghdād: Mu'assasah al-RisālahandMaktabah al-Quds, 1976), "al-WajīzfīUṣūl al-Fiqh," (Beirut: Muassasahar-Risālah, 2009)

Zuhaylī, Wahbah. "Uṣul al-Fiqh al-Islāmi" (Beirut: Dār al-Fikr al-Mu'āsir, 1406/1986).

MECELLE EL-AHKAM EL-ADLIYE VE MALEZYA ŞERİAT MAHKEMESİ - İSLAM HUKUKU İDARESİ'NE KATKISI[1]

Dr. Ghazali bin JAAPAR

İslam Hukuku Anabilim Dalı Yardımcı Doçent, Hukuk Fakültesi Ahmed İbrahim Kulliyyah Uluslararası İslam Üniversitesi, Malezya

Mecelle el-Ahkam El-Adliye, özellikle Malezya'da, İslam dünyasında İslam hukukunun gelişmesine büyük ölçüde katkıda bulunmuştur. Kur'an ve sünnete dayalı asıl metinlerden tedvin edilen İslam hukukunun ilk yazılı metni olan bu hukuk külliyesi daha sonra, o dönemlerdeki Malay bölgesi de dâhil; Mısır, Irak, Ürdün, Suriye gibi İslam coğrafyasının diğer bölgelerini, İslami tüzüklerin kanuna dökülmesini etkilemiştir. Malezya'da, Mecellenin etkisi, 29 Kasım 1913'te *Majallah Ahkam Johor*'un tahmilinde açıkça görülebilir. Aslında, Sultan Ebu Bakar'ın Türkiye'ye yaptığı ziyaretten sonra 1883 yılında gayri resmi olarak bu metin kabul edildi. *Mecelle*, Hanefi hukuki düşüncesine bir bütün olarak hasredilmiş olsa da, Müslümanların büyük bir çoğunluğu Şafi mezhebinden olan Malezya'da büyük bir etki yaratmış ve kabul görmüştür. Bu yazı aynı zamanda, İslam hukukunun Hanefi yorumunun, Malezya bağlamında İslami talimnamelerin şekillendirilmesinde ne ölçüde kabul edildiğini görmeyi amaçlamaktadır. Bu yazıda süreç içerisinde yapılan katkının üç yönü ele alınacaktır. İlk olarak, İslami tüzüklerin / kanunların Şeriat mahkemeleri için oluşturulması. İkincisi, İslam hukuk sisteminde İslami hukuksal ilkelerin önemini vurgulanmasına olan katkısı. Üçüncüsü, hem *Mecelle el-Ahkam el-Adliye*'de hem de *Mecelle Ahkam Johor'*da arabuluculuk (sulh) ile ilgili özel hükümler, ki bu noktada; *Mecelle Ahkam Johor*'da *in pari materia*'daki (aynı konudaki) bütün hükümler kabul edilip ve uygulanmıştır. Bu işleyiş biçiminin, modern dünyada arabuluculuk (sulh) üzerindeki uygulanabilirliğini ve uygunluğunu kanıtlamak için, arabuluculuğun (sulh mahkemelerinin) önemini ve Malezya'daki şeriat mahkemesinde uygulanmasını vurgulamak üzere mini bir atıf yapılacaktır.

Giriş

Şer'î kanunları hukuk sistemine uyarlama konusunda en ciddi girişim, Hanefi fıkhına dayalı kanun yazımının geliştirilmesiydi. Bu amaçla, kısmen ulema ve kısmen Batı'da eğitilmiş avukatlardan / hukuçulardan oluşan bir komisyon 1869 yılında kuruldu. Başkan, hem (Şeyh-ül İslam) hukuk dairesinde, hem de üniversitenin hukuk fakültesinde çalışmış olan Ahmet Cevdet Paşa idi. Dört yıl sonra 1873'te komisyona şimdilerde *Mecelle* olarak bilinen *Mecelle el-Ahkam el-Adliye*'yi sundu[2]. Bu yasa, özellikle sözleşmeler, kira, kefalet, borçlar ve krediler, kurumlar, şahitlik ve delil olmak üzere şeriat kanununun sadece küçük bir cüzünü kapsamakta olup, esas olarak iktisat ve usule dair meselelerdir. Bu kanunlar ne geleneksel Şeriatın baskın olduğu aile / medeni hukuku ve ne de

[1] Bursa'da 25-27 Eylül 2017 tarihlerinde "Uluslararası Mecelle Sempozyumu" (Kanun Yazımı, Uygulama ve Çağdaş Etkiler) sunulacak olan makale.

[2] Zaidan, Abd Karim, *al-MadkhalLidirasat al-Shariah al-Islamiyyah*, s. 138. Bakınız S. Vikor, *Between God and the Sultan: A History of ISlamic Law*, 2005, Hurst & Company London, s.230.

Avrupa'dan esinlenmiş ve yazılmış ceza hukukunu içermiyordu[3]. Bununla birlikte, *Mecelle*'nin, özellikle Malezya başta olmak üzere, Müslüman dünyasının diğer coğrafyalarında, İslam hukukunun gelişmesine büyük ölçüde katkıda bulunduğu belirtilmiştir.

İslam Tarihinde İlk Dönem Kanun Yazımı (Kodifikasyon)

İslam hukukunun gelişiminin "altıncı evresinde", o dönemin âlimleri tarafından çıkarılan fetvalar üzerinde birkaç külliye mevcuttu. Hukuk yazımının bir başka biçimi de, *Mecelle el-Ahkam-al-Adliye* olarak bilinen Osmanlı İmparatorluğu döneminde gerçekleşen hukuk metni yazımı (kodifikasyon) süreciydi. Mecelle, İslam hukukunun yasal bir metin - ilk kanun yazımı süreci olarak kabul edilir. İslami Usulde [Bankacılık]İşlemleri Kanunu'nun (*mu'amalah*=muameleler) yazılması çalışmaları 1285 Hicri (1869 Miladi) yıllarında başlar ve 1293 Hicri (1876 Miladi) yılında tamamlanır[4]. Bu proje, Osmanlı hükümeti döneminde Adliye Nazırı başkanlığında, zamanın pek çok önde gelen âlimi tarafından gerçekleştirildi. Kanun, 1851 maddeden oluşmaktadır ve dönemin Osmanlı hükümeti tarafından ülkenin dört bir yanında uygulamaya konulmuştur. *Mecelle*'deki yasa yazma sürecinin büyük bir kısmında Hanefi mezhebinin fıkhi görüşü desteklenmiştir, çünkü komitede, bu kanun taslağını çalışan bütün akademisyenler / âlimler Hanefi mezhebine mensuptur[5].

Dönemin Adliye Nazırı Ahmet Paşa'nın başında olduğu hukuk komisyonu, bu yasal metnin oluşturulmasının nedenlerini açıkladı. *Mecelle* 1869-1876 yılları arasında Osmanlı İmparatorluğu'nda Sultan'ın onayı ile başlatılan Tanzimat'ın yasama amacının bir parçası olarak ele alındı. Bu tarihler öncesinde, 1850 tarihli Ceza Kanunnamesi ve 1861'deki Umumi Ticaret Kanunnamesi yapılmasına rağmen, bu iki derleme büyük ölçüde Avrupa ülkelerinin yasalarına dayanmaktadır[6]. *Mecelle*'nin amacı ve bu külliyede kullanılan işlemleri, komitenin raporunda Cevdet Paşa tarafından şöyle özetlenmiştir;

> *İçtimai ihtiyaçlarını karşılamak üzere, çeşitli hükümlerden oluşan bir kanun yazmak amacıyla, dinî düsturları derç etme vazifesi, Sultan'ımızın bir kararnamesiyle bizlere verildi. Mahkeme-i Ali Dairesinde toplandık ve muamelat konusundaki en seçkin Hanefi hukukçularının fikirlerini ve bu fikirleri mevcut şartlara uyacak şekilde topladık. Çalışmamızın sonucu çeşitli hukuk konuları sınıflandırılmış ve bu kanun Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye olarak adlandırılmıştır*[7].

Komitenin amacı, "doğru, anlaşılması kolay, çelişki içermeyen, hukukçuların seçilmiş görüşlerini somutlaştıran ve herkes tarafından kolayca okunabilen hukuki konular üzerine bir kitap hazırlamaktı. Bu kanunun oluşturulma sebebi; "İçtihat bilimi, kıyıya sahip olmayan sınırsız bir denizdir gibidir. Yargı sorunlarının çözümüne yönelik en değerli fikirlerin tenzili, konuyla ilgili münevverlere has bir maharet ve irfan gerektirmektedir, özellikle de; çeşitli maharet ve beceri ile donanmış birçok içtihat sahibi âlimin çok farklı fikirler öne sürdüğü Hanefi mezhebi ekolünden gelen

---

3 S.Vikor, atıf, s. 230.
4 Akram, *Introduction to Shariah and Islamic Jurisprudence*, Cert Publication, 2015, s. 219.
5 age.
6 Mr Justice S.A. Rahman, Pakistan Yüksek Yargı Mahkemesi, *Mejelle*, C.R. Tyser, Law Publishing Company, Pakistan, s. I-II.
7 Majid Khadduri and Herbert J. Liebesny, *Law in the Middle East*, Vol 1 Origin and Development of Islamic Law, 1995, Middle East Institute, s. 297.

bir ekip ile bir arada çalışıyor iseniz[8]. Öte yandan, Şafi mezhebi ekolünde olduğu gibi konuyu tahkik etmek ve berraklaştırmak üzere, hiçbir girişimde bulunulmamıştır. Doğru kuralları bulmak ve bunları belirli vakalara uygulamak çok zor bir iştir. Ayrıca, değişen çağ ve zamanlar, kişiye özel veya ananelere dayalı olarak yapılması gereken işlerde sorunlara yol açıyor"[9].

Mecelle'de yer alan fıkhın tamamen Hanefi bir fıkhı olmasına rağmen, daha sonra Mısır, Irak, Tunus, Ürdün, Suriye gibi diğer Müslüman topraklarda[10] mevzuatın yazılması sürecinden etkilenmiştir. Örneğin Mısır'da nafaka ile ilgili kanunlar, *iddah*, kayıp kişi ve kusurlardan dolayı boşanma (ʻayb) gibi kurallar ancak 1920'de yürürlükten geçti. Bunu 1929'da boşanma, nafaka, neseb (soy ağacı) vb. yasalar, 1934'te *tarikahor* halefine ilişkin kanun, 1946'da hem vakıf hem de vakıf yasası ile ilgili yasa izledi. Irak'ta 1959'da özel hukuki meseleler üzerine kanunlar yapıldı. Benzer şekilde Tunus'ta "*Majallah el-Ahwal el-Syakhsiyyah*" olarak bilinen özel hukuk alanında kaleme alınmış olan yasa ise, 1956'da tamamlanmıştır. Ürdün ve Suriye'de, sırasıyla 1951 ve 1953'te özel hukuka dair yasalar yürürlüğe girmiştir. Çeşitli İslam ülkelerindeki kanun yazımı, tek bir mezhebe katı bir şekilde mensup olmadıkları için bu ülkelerde oldukça farklı yaklaşımların benimsemiş olduğunu belirtmek gerekir. Bu ülkelerde, *Mecelle*'nin aksine, farklı mezheplerin de görüşlerini kabul etmişlerdi[11].

Mahmassani, *Mecelle*deki bazı eksiklikler üzerine bir tespitte bulunmuştur. İlk olarak *Mecelle*de, evlilik, boşanma, nafaka, evlat edinme, aile ilişkisi, vasi gibi özel hukuka dair kişisel meselelerle ilgili olarak, "dokuzuncu kitapta" dolaylı olarak yer alan "men mahiyetindeki konular" ile ilgilenmedi. Aynı zamanda miras, vasiyet, vakıflar vb. kanunları da hariç tutmuştur. İkinci olarak, *Mecelle*de yükümlülükler ve sözleşmeler ile ilgili konularda şümullü bir nazariye mevcut değildir. Örneğin, her türlü sözleşmeyi kapsayan teklif ve kabul ilkeleri, satış ile ilgili "hukuk kitapçığında" yer almaktadır. Üçüncüsü, *Mecelle*, iptal edilebilir sözleşme (*fasid*) nazariyesini benimsemiş ve sözleşme özgürlüğünü sınırlayan şartlara bağlı olarak belirli sözleşmelerin geçerliliğini sağlamıştır. İslam hukukunun diğer mezhebi ekollerinde, sözleşme koşullarını serbestleştiren hükümler kullanılmamıştır[12].

Kurt, "Anadolu'nun bizzat kendi coğrafyası içerisinde" *Mecelle'*nin ömrü çok daha kısaydı", diyerek oldukça kışkırtıcı bir iddia ile ortaya çıkmıştır. Mustafa Kemal iktidara geldiğinde, laiklik reformlarının ilk hedeflerinden birisi şeriatın kaldırılmasıydı. 1924'te şeriat mahkemeleri kaldırıldı ve *Mecelle* ve diğer klasik ve Osmanlı yasalarının yerini, 1926 yılında İsviçre ve Belçika yasalarına dayanan tamamen yeni, laik hukuk aldı. Artık, Türkiye şeriat tarihini bu noktada sona erdirebiliriz, artık burada hukuk; şeriat tarihi ile alakalı değildir"[13].

---

8 *Mecelle* Hanefi Ekolündeki, *Zahir al-Rivayah* kitaplarından elde edildi. Büyük İmam'ın (Ebu Hanife) görüş alanı dâhilinde ihtilaf durumlarında, *Mecelle*, yaş ve kamu yararının ihtiyaçlarına uyan görüşleri kabul etmiştir. Örneğin, miras hacri ile ilgili olarak Mecelle, iki imam, Ebu Yusuf ve Muhammed ibn el-Hasanbani'nin görüşlerini kabul etmiş, ancak Büyük İmam Ebu Hanife'nin görüşünü reddetmiştir. Ayrıca, istisna sözleşmelerinde *Mecelle*, Ebu Yusuf'un görüşlerini kabul etti. Bkz Mahmassani Subhi, *Falsafat al-Tasyrie' al-Islami (The Philopsophy of Jurisprudence in Islam*), 2000, The Open Press Kuala Lumpur, s. 44.

9 Mahmassani, op.cit, s. 43.

10 Zaidan, *al-Madkhal*, s. 128.

11 age.

12 Mahmasani, op.cit. s. 45.

13 S. Vikor, op.cit, p. 231.

Mecelle el-Ahkam el-Adliye'nin Johor Eyaletindeki Etkisi

Tarihsel süreçte, *Mecelle el-Ahkam El-Adliye*'nin Johor Eyaleti'ne gelişi, Johor Sultanı ve Türkiye Sultanı arasındaki tarihi ilişki ile yakından bağlantılıdır[14]. Sultan Ebu Bakar'ın birçok Avrupa ve Ortadoğu ülkesine yaptığı ziyaretler, Johor eyaletinde yabancı nüfuzunu arttırmıştır. Bu, Johor Eyaleti'nin anayasasını yazan ilk Malay Devleti olmasından da anlaşılmaktadır[15].

Johor Eyaleti'nde İslam hukukunun idari yönetimindeki en büyük Türk etkisi "*Majalah Ahkam Johor*" olarak isimlendirilen İslam Medeni Hukukunun uygulanmasıdır. Bu durum, *Mecelle el-Ahkam el-Adliye*'nin 1893'ten beri orijinal dili yani Arapça dışında başka bir dilde medeni hukuk için bir referans olarak uygulanmasıyla belirginleşmiştir. Sultan Ebu Bakir'in oğlu İbrahim'in döneminde; bu medeni hukuk metni Malaycaya çevrildi ve "*Mecelle Ahkam Johor*" olarak bilinmeye başlandı[16]. Bu *Mecelle*ye, 1913'te Johor'daki şeriat kararları ile ilgili resmi bir metindeki atıfta rastlanmaktadır. Bu metnin, *Mecelle Ahkam Johor'*un giriş bölümünde (İlk Basım), Eyalet Müftüsü tarafından irat edilen önsözünde açıkça ortaya çıkıyor:*"Adalahkitabinimengandungidalamnya bicara hukum-hukumfiqh yang diterbitkandaripadasyariat al-Islam yang telah di pakaidalamkerajaan Johor selamanyadengan Bahasa Arab"*[17].

Ancak, *Mecelle Ahkam Johor'*un mukaddime bölümünde (Basım 2), Johor'un 49[18]. ve 57[19]. maddeleri ile bağlantılı hükümlerde, İslam hukukuyla ilgili konularda Johor eyaletinde görevli memurlar, hukukçular ve hâkimler tarafından, Sultan İbrahim'in rızasıyla ve tasdikiyle, dinî konularda *Mecelle Ahkam Johor*'un kullanılması ile ilgili olarak, adalet ve din işlerinde yetki sahibi mercilerce Mecelle'nin kullanılmasına cevaz verilmiştir. Bu konudaki ferman/emir, Hicri 29 Zilhicce 1331 tarihi ile Johor Müftüsü tarafından yayınlandı[20]. Johor'da yayınlanan *Mecelle Ahkam Johor*, Osmanlı'daki *Mecelle El-Ahkam el-Adliye*'ye benzer şekilde 16 cüz ve 1851 maddeden oluşmaktaydı.

Abdül Celil'e göre, *Mecelle Ahkam Johor'un* kabul edilmesi, Sultan'ın İslam hukukunun İngiliz hukukunun yan yana anılmasını engellemek için yaptığı bir girişim olarak addedilmektedir. Bahse konu olan bu *Mecelle'*nin pratikteki uygulanması, bir kanun olmaktan daha ziyade, mahkemelerde karar verme sürecinde bir atıf yapmak şeklinde idi ve uygulama alanı, sadece Johor'daki şeriat mahkemesiyle sınırlıydı[21].

Mecelle, 1914'de İngilizlerin bölgeyi sömürgeleştirilmesinden önce, Johor'da hâlâ yürürlükteydi. Medeni Hukuk Yasası'nın 1956'da yürürlüğe girmesiyle birlikte, Mecelle Ahkam Johor neredeyse tamamen yürürlükten kaldırıldı. Mecelle Ahkam Johor'un etkisi, "1934 tarihli Şeriat [Kadı] Mahkemesi, Müslümanlara İlişkin Kurallar" külliyatında da görülebileceği gibi, ifade olarak,

---

14 AbdBasir Mohamad, "The Influence of Turkey on the State of Johore: A Study on Majallat al-Ahkam al-Adliyyah", *Journal of Applied Sciences Research*, 8(3): 1757-1764, 2012. www.researchgate.net/publication.

15 AbdJalilBorham, *PentadbiranUndang-undang Islam Negeri Johor*, PenerbitUniversitiTeknologi Malaysia, 2002, s. 90.

16 AbdJalilBorhan, *Pentadbiran*,op.cit, s. 91.

17 *MajalahAhkam Johor*KodUndang-undangSivil Islam KerajaanNegeri Johor 1331H/1913M.

18 1895'in Johor Anayasası 49. Maddesi, hükümet toplantısının ana görevinin yasayı formüle etmek ve değiştirmek olduğunu, ancak sadece İslam hukuku ve şeriat dışındaki yasalarla ilgili olduğunu belirtmiştir.

19 57. Maddede İslam'ın devlet dini olduğu, diğer dinlerin uyum içinde uygulanabileceği, başka bir dinin de İslam dışında bir devlet dini olamayacağı anlaşılmaktadır.

20 AbdJalilBorham, *Othmaniyya Government Influence in Muslim Civil Laws in Malaysia; Reference to the MajalahAhkam Johor*, umpire.ump.edu.my.MAJ_BI_MARSAH.

21 AbdJalil, *Pentadbiran*,op.cit, s. 99.

şu biçimde yer almaktadır; "Şahitlerin tanıklıklarına ve koşullar ile ilgili kanun maddelere ilişkin olarak, lütfen *Mecelle Ahkam Johor*'un 15 Numaralı Cüzü, sayfa 323'e başvurunuz"[22].

Mecelle el-Ahkam el-Adliye'nin Malezya'da İslam Hukukunun Yürürlükten Kaldırılmasının Belli Hükümler Üzerindeki Etkisi.

1716 no.lu Maddede Tanıkların İncelenmesi ve 1991 tarihli Şeriat Mahkemesince Bölüm 121'de *Mecelle* ve Şahit Mahkemesinin (Kelantan Kanununun Yürürlüğe Girmesi) (KEE) Hususunun (*Tazkiye el-Şuhud*) İncelenmesi.

"Şahitlerin güvenilirliğine ilişkin bir soruşturma hakkında" Başlıklı Mecelle - 1716 Sayılı Kanun, Bölüm 6'da yer alan ifade şu şekildedir;

> *"Tanıklar delilleri ortaya koyduğunda, yargıç davalıya sorar ve "Bu tanıklar hakkında ne diyorsunuz, doğru mu, değil mi "der. Şayet, sanık; "kanıtları ile ilgili tanıkların doğru olduğunu" veya "kanıtları konusunda yetkili olduklarını" söylerse, dava konusu kabul etmiş sayılır ve idare tarafından, kabul kararı verilir. Ve eğer, "Bu tanıklar yanlış kanıtlar verir" veya "Bu adamlar yetkin, ama bu konuda bir hata yaparlar" veya "meseleyi unutmuşlar" ya da eylemin konusunu reddederlerse; aynı zamanda, "Bu adamlar yetkin," yargıcın yargılama yapmıyor, tanıkların şahit olup olmadıklarını, kamuoyuna ve özel olarak güvenilirliklerine bakarak inceleyip denetlemediklerini tespit etmiş olur.*

Bu hükmün açıklamasında, tanığın ifadesini dinleyen hâkimin, davalının bu ifadenin doğruluğunu teyit etmesini isteyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda, yargıç, tanığın yeterliliğini / cezai ehliyetini onayladığı veya reddettiği ya da delillerinin doğruluğu konusunda kuşkuya yol açıp açmayacağı konusunda davalı tarafından yapılan ifadeye güvenecektir. Davalı, tanığın gerekçelerine itiraz etmesi durumunda, mahkeme, tanıkların kamuya ve özel olarak güvenilirliğini tespit etmek için bir soruşturma yürütmekle yükümlüdür[23].

Bölüm 119'da Şeriat Mahkemesi'nin 1991 tarihli *Kelantan* Kanıtların Uygulanması Tüzüğü'nde, (KEE) "Tanıkların kanıtlarının doğru olmasını sağlamak" başlığı altında açıkça şunu belirtmiştir; "Tanık tüm delillerini sunduğunda, yargıç tanıklara, kanıtlarının doğru olduğundan emin olup olmadıklarını sormalıdır". Bu hükmün şahitlerin doğrulanması konusunda da bir değişiklik yapılarak, *Mecelle el-Ahkam el-Adliye*'nin 1716. maddesine biraz benzetildiği ileri sürülmektedir. *Kelantan* Kanıtları Uygulama Kanununun bu bölümünde, yargıç, tanıklardan, sanığın 1717. Maddesinde belirtildiği gibi sanığa sormak yerine delillerini teyidini istemelidir.

Kelantan Uygulama Kanunu, tanığın ifadesini doğrulamak için *Mecelle*'de olduğu gibi, sanıklara değil de, tanıklara sorulmasını talep etmesine rağmen, her ikisinin de aynı amaçları paylaştığı görülmektedir. Duruşma sırasında ve tanıkların ifade vermesi sırasında mahkemede, yargıç tanıklarını soruşturmak için tanıklara ve davalılara normal olarak ifadelerini soracaktır.

---

[22] PeraturanMahkamahKadiSyari'yyahBagiMenjalankanPerkara-perkarayang BerkenaanDengan Hal Ehwal Orang-orang Islam, Jabatan Agama Islam Johor, 1934, Perkara 16.

[23] Madde 1716'da yer alan Mecelle Ahkam Johor, *pari materia* aynı hükmü kabul etmiştir.

İkisi arasındaki fark, *Mecelle*de, davalının böyle bir tanıklık konusunda söz sahibi olacağıdır, öte taraftan, Kelantan'ın yürürlüğe girmesiyle birlikte, yargıç, ifadenin doğru olup olmadığına veya tanıkların adil olup olmadığına karar verecektir[24].

Bununla birlikte, bu bölüm 2002'de kanun değişikliği ile değiştirilmiştir. 2002 yılında, *Kelantan* Eyaletinin Şeriat Mahkemesi, Kanununun uygulanmasına dair, 119. Maddesi; "Tanığın şahitlik yoluyla delilini mahkemeye sunduğunu ve yargıcın 'adil olmadığına' inanmak için bir nedene sahip olduğu durumda; yargıç, bu tanığın aşağıda belirtildiği şekilde incelenmesini emredecektir". Bir hâkim, şahitlik yapan bir tanığın güvenilir olmadığına karar verirse, bu tür tanıkların "adil mi yoksa değil mi" olduğunu tespit etmek için incelenmesini isteyebilecektir[25]. Görünüşe göre, yeni yürürlüğe giren kanunda, hâkimin tanık ile ilgili bir inceleme yapıp yapmayacağına karar vermesi için; hâkimin elini güçlendirmektedir. Davalı, tanıkların bu tür ifadelerini kabul etmemektedir. Bu bölümün ifade ediliş biçiminde yapılan sadece yüzeysel bir değişiklik idi.

*Mecelle'*nin etkisi, aşağıdaki hükümde daha belirgin hale gelmiştir. *Mecelle'*nin Madde 1717 ve 120. Kısım *Kelantan* Kanunu değişikliği maddesi, tanıkların incelenmesinin iki türden olduğu ve hüküm bakımından benzerlikler gösterdiğini ortaya koymuştur; bunlar da açık ve gizli olarak sınıflandırılmıştır. Gizli incelemede, 121. Kısım *Kelantan* Uygulanma Kanunu, 1718 ve 1719 numaralı *Mecelle* maddelerini bir araya getirmiştir;

Örneğin, *Kelantan* Eyaleti Kanun Değişikliği Maddesi'nin yürürlüğe girmesiyle ilgili Bölüm 121 (3) de, tanık denetçisinin hiçbir şey yazmadığını ya da "adil değil" anlamına gelen bir kelimeyi açıkça veya zımni olarak yazmadığını tespit ederse, davacının veya yargıcın başka bir şahit bulması ve yeniden kovuşturma açılmasını gerektirir. Bu durumda, hem *Mecelle* hem de Kelantan Eyaleti Kanıtlar Kanunu Uygulaması, tanıkların delillerini kabul etmeyecektir. Eğer mübaşir, tanığın "adil" olmadığını veya durumlarını belirleyemediğini veya durumun belirlemeyecek hâlde olduğunu veya "*Valla Allah-u Alem*" yazarsa ya da mübaşir hiçbir şey yazmadıysa, yargıç tanıkların delillerini kabul etmeyecektir.

2002 yılında yapılan değişiklikle, 121 (4) sayılı bölüm, "isimsiz bir mektubun" tidak-adil "ya da "Valla Allah-u Alem" ifadeleriyle yargıca döndüğü ve bunun üzerine, başka bir deyişle, konu hakkında yazılı hiçbir şey bulunmadığını belirtmiştir. Yargıç, böyle bir tanığın ifadesini kabul etmeyecek ve başka bir tanığın çağrılmasını isteyecektir ".

122. Bölüm ile 1721 no.lu *Mecelle* arasındaki tek fark, *Kelantan* delilinin birden fazla müşahidin murakıp olmasını şart koşmasıdır. Mecelle 1721 no.lu gizli soruşturmada, tanığın kişiliğini sorgulamak için atanmış bir kişinin bulunması yeterli olmakla birlikte, ihtiyat tedbirinin elden bırakılmaması için en az iki kişi olmalı şartı vardır. Ancak, 2002 yılında yürürlüğe giren "mahfuz müfettiş" ile ilgili kanunda, mahrem bir incelemede hâkim tarafından atanacak bir veya daha fazla gizli denetçi tarafından gerçekleştirilebilir[26].

---

[24] Bölüm 119, Kelantan Uygulama Kanunu 1991, "Yargıç, tanıkların yalan söylediğini ya da tanıkların" adil olduğunu "söylediyse, ancak delillerinde yanlışlık yapmış ya da gerçekleri unutmuşlarsa ya da tanıkların" adil "olduklarını ancak suçlamaları reddettiklerini açıklıyor. Yargıç hiçbir karar vermeyecek, ancak en başta, tanıkların mahkemede ya da gizli olarak açık soruşturmaya/incelemeye tabi tutulduğundan emin olmalıdır.

[25] Bölüm 119 Kelantan Eyaleti Şeriat Mahkemesi Deliller Kanunu, 2002.

[26] Bölüm 122 KEE 1991, "Tanığın sayıca yeterli olmasına rağmen, gizli tanıkların sayısının, ihtiyati tedbir olarak birden fazla olacağı" görüşü belirtilmiştir. 2002 yılında yürürlüğe girmesiyle ilgili bölüm 122, "Gizli incelemenin, hâkim tarafından belirlenebilecek bir veya daha fazla gizli denetçi tarafından sonuçlandırılabileceğini" belirtmiştir.

Mecellenin Malezya'daki Şer-i Deliller Kanun Değişikliği üzerindeki etkisinin bir başka örneği de, yargıcın tanıklarını incelememesi için belirlediği 6 aylık dönemdir. *Mecelle* Madde 1723 şöyle der:

> *"Tanıkların şahitlik ruhsatı, hâkimin görüşüne göre bir konuda ispatlanmış ise, o hâkimin önüne başka bir konuyla ilgili müşahitlik için gelindiğinde, şayet aradan altı ay geçmediyse, yargıç yeniden güvenilirlik konusunda sorgulama yaparak kendini meşgul etmez. Eğer altı ay geçtiyse, yargıç şahitlik konusunda tekrar soruşturma talep eder".*

Öte yandan, Şeriat Mahkemesi 1991 tarihli *Kelantan* Kanıtları Kanun Değişikliğinin 125. maddesi (2002 de yapılan değişiklik ile) şöyle der;

> *"Daha önce incelenen ve o dönemdeki ilgili davada 'adil' olduğu tespit edilen herhangi bir tanık, şayet bu iki yargı arasındaki süre altı ayı geçmediyse ve yine aynı hâkim önünde tanık olursa, sonra ki başka bir davada o kişinin şahitliğini o hâkimin soruşturması gerekmez".*

Şeriat Mahkemesi Kanununun 129. Maddesi Kelantan'ın 2002 de Değişen Kanun Mecelle'nin 1727. Maddesi, her ikisi de, kanıtların güçlendirilebilmesi için, tanığın hâkimin önünde şahitlik edebilmesi için, yargı önüne çıkması ve yargıya müracaat etmesine izin verilmesi konularında birbirlerine benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte, Şeriat Mahkemesi Kanununun Yürürlüğe Girmesine dair 129. Bölümünde, tanığın incelenmesinin gerçekleştirilememesi durumunda, takibata taraf olan davacıların böyle bir başvuruda bulunabileceğini özellikle belirtilmiştir[27].

Şeriat mahkemeleri personelini gözlemlerime ve onlardan gelen verilere dayanarak, tanıkların *tazkiyesine* ilişkin hüküm, bazı sebeplerden dolayı şeriat mahkemesi tarafından hükümsüz sayılmaktadır. Tanıkların özel ya da kamuya yönelik soruşturmasının yürütülmesinin önündeki engeller arasında; Malezya'daki Şeriat Mahkemesi'nin bu kadar çok sayıda davada, şahitleri hem özel hem de kamu önünde soruşturamamasının önündeki en büyük engel; dava sayısının çokluğundan ve de bu tür görevleri üstlenecek insan kaynağının hala eksik olmasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme, seçilen kişinin raporuna güvenecek olur ise, yargılama / mahkeme süreci çok daha uzayacaktır.

Buna ilaveten, şeriat hükümleri, tanığın güvenilir olmasını isterse, aynı süreç; hem tanık hem de gizli inceleme için tanığın murakıbı için de geçerlidir. Günümüzde, Şeriat Mahkemesi, baş hâkimin denetlemesi, çapraz sorgulama ve tanıkların yeniden tahkiki yoluyla, tanıkların görevden alınması için sivil mahkeme usulünü kabul etmektedir[28]. Malezya'daki İslami delil uzmanlarından oluşan bir komite tarafından, *tezkiye*nin yürürlüğe girmesinin feshedilmesi yönünde bir teklif vardı. Bu hükümlerin olmasının nedeni, Şeriat Mahkemesi'nde adalet işleyiş sürecinin iyi çalışamaması olmuştur. Bir tanığın doğruyu söyleyeceği konusunda yemin etme zorunluluğu, "ifadelerinin doğruluğunun temini" için yeterince güvenilir kabul edilmesidir.

İ-Madde 1468 *Mecelle el-Ahkam El-Adliye* (Satın Alma ile ilgili (*wakalah*)*vekalet* hakkındadır)

---

[27] Madde 129, "Bu şartlar altında şartların gerektirdiği veya bir tanığın incelenmesinin mümkün olmadığı ve yargılamada taraflardan birisinin, tanığın hâkimin tanık olarak şehadetine tanıklık etme yetkisi vermesi için bir başvuruda bulunduğunu belirtmiştir. Onun delili ise, Hâkim bu tür bir tanığa yemin etmesini emreder ve tanıklık yapmazsa, delillerinin kabul edilmeyeceğini hatırlatır.

[28] Kısım 91 KEE (1) Bir tanığın kendisine çağrıda bulunan tarafın soruşturmasına, baş muayene denilir. (2) Karşı tarafça bir tanığın soruşturulmasına çapraz sorgulama denilir. (3) Bir tanığın çapraz olarak incelendiği ve daha sonra kendisini sorgulatan tarafça sorgulandığı durumlarda, bu sorgulama yeniden incelemek üzere gündeme alınır.

Mecelle Madde 1468, satın alma esnasında vekâlet sözleşmesini açıklamıştır. Bu kanun maddesi, vekâlet sahibi satın alınacak ürünün cinsini ve umumi acente haricinde fiyatı belirtmesi gerektiğini, belirtmektedir. Eğer vekâleti veren malın cinsini belirtmezse, cinsi ve türü ne olursa olsun kendi takdir yetkisini kullanma işini vekiline bırakmış olur[29].

Bu bağlamda, İslami bankacılık sektörü, müşteriye aracılık etmesine rağmen, özellikle de Emtia *Murabaha* (CM) bazlı ürün pazarında, emtia satın almak için bir aracı olarak yer almaktadır. Standart bir banka tarafından tatbik edilen faiz / riba yasak olduğu için, ticaretin veya (*bay'*) in İslam hukukunda izin verilen bankacılık işlem yöntemlerinden biri olduğu belirtilmelidir.

Bu nedenle de, satış ve satın alma, Kişisel Finansman, *CM* Mevduatı[30], vb. gibi rızaya dayalı ürünlere dayanan bir tür sözleşme olarak kullanılır. Bu tür bir sözleşmede müşteri, *Bur'sa Suq al-Sila*' (BSAS) gibi bir alım satım platformundan emtia almak için bankayı vekili olarak atayacaktır ve daha sonra da ticari metaları aracıya (broker)verecektir. Müşterinin alış satış platformundan emtia almak için bankaya tahsis etmek zorunda olduğu veya nakit için aracıya (broker) geri satması gereken aracı sözleşmesi (vekâleti), tüm işlem sürecini oluşturmak için hayati önem taşır. Bunun nedeni, müşterinin metaları kendilerinin satın almak için erişime sahip olmamasıdır. Bu nedenle, banka *tevarrûk* sürecini kolaylaştırmak için ticari ortaklık yapacaktır. Gözlemime dayanarak; müşteri, satın almak istediği malların türünü belirtmeyecektir. Bu nedenle banka, kendi takdir yetkisini, BSAS ve diğer mevcut ticaret platformu gibi herhangi bir alım satım platformundan satın almak için kullanabilecektir.

Bir aracı kurumun *Murabaha* Satın Alma Siparişi (MTPO) olarak bilinen bir yöntem, aslında başka bir satın alma türüdür. Banka yoluyla mal edinmek arzusunda olan bir kişi tarafından satın alınmış, ön taahhüt ile neticelenen bir sözleşmedir. Adım adım ilerleyen bir dizi sözleşmeden oluşur ve müşterinin tüm finansal ihtiyaçlarına cevap verir. Bu sürecin işleyiş sırasının şeriat ile uyumlu halde ifa edilmesi son derece önemlidir[31].

İ-Zaman Aşımı (*Murur al-Zaman*)

Mecelle Madde 1660'da, bir kişinin hak talebinde bulunması için on beş yıllık bir süre belirlenmiştir. Bu sürenin sona ermesinden sonra, zaman aşımı devreye girer ve iddia sona erer. Genel olarak, bu tip talepler on beş yıl için söz konusudur, ancak dindar bir kuruluşun (vakıf)[32]

---

[29] 1468nci Maddesi, "…. Cinsi tarif etmediğinde, sadece bana" Bir eyer hayvanı al "ya da" Bana bez al, ya da "Bana çizgili bir bez al" deyince; tür veya fiyatı bildirmez, vekil iyi iş yapmıyordur. Ama o, "Bana bir giysi veya çizgili bir kumaş elbise için bez al, bu cins ve türün ne olduğu konusunda kendi takdirinize bırakılmıştır" der ise, bu bir genel vekâlet ile vekil hangi cins ve türden satın almak ister ise alabilecektir.

[30] Bu CM Mevduat için iş akışı. 1. Müşteri paralarını Banka ile yatırır ve emtia tedarikçilerinden (Broker A) emtia almak için bankayı aracı (vekil) olarak atar. 2. Banka emtiayı müşteri adına yerinde satın alır. 3. Banka, müşteriye mal ödemelerini ertelenmiş ödemeyle birlikte artı olarak kaydetmeyi teklif eder: *murabaha*. 4. Müşteri, emtiayı satış fiyatına bankaya satış bedeli üzerinden ertelenmiş ödemeli kar ile satmayı kabul eder. Daha sonra banka emtiayı Broker B'ye satar. 5. İşlem tamamlandıktan sonra Banka, yatırılan parayı kullanabilmektedir. 6. Müşteri paralarını istediği zaman geri çekebilir ve aylık olarak karının yanı sıra anaparalarını da alabilir.

[31] Al-Huda CIBE Çalışması, "Satınalma Emrindeki *Murabahah*" Muhammed Mohsin Ahmad, http://www.docstop.com/docs/56911539/Murabaha-to-purchase-Order adresinden alındı. MTPO üç farklı sözleşmeden oluşmaktadır. 1. Ana sözleşme genel finansmanı, ardından banka tarafından teklif edildiğinde satın alması için satın alma veya söz (satın alma) taahhüdü (tek taraflı sözleşme) takip eder. 2. Müşteri veya üçüncü şahıs/taraf olan malları satın alan ve onu banka adına elinde bulunduran vekilin bulunduğu bir aracı firma sözleşmesi. 3. Emtia bankaya transfer edildiğinde sonuçlandırılacak gerçek *murabaha* sözleşmesi.

[32] Madde 1661*Mecelle*, "Mütevelli heyetinin ve vakıftan maaş ve maaş alan kişilerin, aslına uygun olarak yapılmış olan vakfa ait mülklere ilişkin eylemleri 36 yıla kadar tutulur.

talepte bulunabilmesi konusunda temel anayasal hak gereği; otuz altı yıla kadar zaman aşımı süresi uzatılabilir. Devlet arazisi, şahsi yol güzergâhı veya su haklarına ilişkin süreç sadece on yıl ile sınırlıdır.

Mecelle Madde 1660'de;

> *"Vakıf bünyesinde yer alan kamusal ya da kişisel mülkiyeti etkilemeyen hususlar şu şekilde sıralanabilir; bu tür borçlar için eylemler ve sadece güvenle saklanması için bankaya konulan yatırılan mallar ve taşınmaz mülk ve miras ile kalan mallar, özel mülk gelirler ive üretimden gelen pay ve tahvil ve icra masrafları veya taşınmaz vakıf mallarına ait mukataa (vergileri)için 15 yıllık bir zaman aşımı süresi vardır".*

*Mecelle*de zaman aşımı iki kısma ayrılabilir[33]. İlk olarak zaman aşımı kararın gerekçelendirme (*içtihat*) sürecine bağlıdır ve sabit dönem için zaman aşımı süresi 36 yıldır. Herhangi bir geçerli sebep olmaksızın 36 yılın sona ermesinden sonra yapılan herhangi bir iddia geçerli kabul edilmez. İddiayı geciktirmek için geçerli bir mazereti olmayan bir kişi böyle bir hak iddia edemez.

İkincisi, kanun koyucu tarafından belirlenen zamanın aşımı hususudur. Süresi belli zamanaşımının sona ermesinden sonra yapılan herhangi bir iddia geçerli değildir, iddiası *Mecelle*deki 1801. maddeye dayanmaktadır. Bu nedenle, bu tür bir zaman aşımı durumunda, ancak kanun koyucunun mahkemeye davayı tekrar açması için talimat vermesi durumunda, mahkemenin iddiayı tekrar gündemine alması gerekecektir. Kanun koyucu, hâkimin; benzer biçimde, belirlenen sürelerini dolduran herhangi bir davanın tekrar gündeme alınmasına izin vermez. Aynı zamanda kanun koyucu, başka bir hâkimin bu tür bir davayı gündemine almasına izin verebilir[34].

1674 sayılı maddeye göre, bir hak sadece zaman geçtiği için kaybedilmez. Davalı, *tahdit* süresinin sona ermesinden sonra mahkemede başka bir tarafın hakkını açıkça kabul ederse, bu müdafaayı daha sonra kabul etmeyebilir. *Tahdit* süresi aralıksız ve kesintili olmakla birlikte, süreyi kesintiye uğratan bazı hususlar mevcut olabilir: müştekinin azınlık konumunda olması, delilik, başka bir yere taşınma ya da sanığın imtiyazlı konumu nedeniyle müştekinin duyduğu güç korkusu[35]. Benzer şekilde, kamu karayolları, nehirler ve meralarla ilgili davalarda herhangi bir zaman aşımı tahdidi yoktur[36].

Sınırlama söz konusu olduğunda, Malezya'daki İslami düzenlemede, tarafların mevcut Şeriat mahkemesi sisteminde haklarını talep etmeleri için belirli bir süre veren hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim *Kelantan*'da eski yasa, tarafların iddialarını yerine getirmeleri için 15 yıl sınırını kabul etmişti. 15 yıllık sürenin sona ermesi durumunda, mahkeme tarafından böyle bir dava talebi gündeme alınmayacaktır. Ancak, *Kelantan'*da yeni bir İslami hükmün yürürlüğe girmesinin ardından, bu özel hüküm bu bölgedeki mahkemelerde yürürlükten kaldırıldı[37].

---

33 Ali Haidar, Durara al-Hukkam Syarh Majallah al-Ahkam, 1991, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah: Beirut, s. 259.

34 Age.

35 Madde 1663 Mecelle, "Bu bölüm göz önünde bulundurulduğunda, yani duruşmanın görüşülmesine engel teşkil eden zaman aşımının, mazeretler olmaksızın gerçekleşen zaman aşımı süresi olduğu belirtilmiştir. Öte yandan, Şeriat'ın izin verdiği durumlar arasında: davalının çocuk veya deli olması, akıl sağlığının yerinde olmaması, davacının vasisi olup olmadığı, yabancı ülkede uzun süre uzakta olması ya da karşı tarafın iktidar sahibi çok güçlü birisi olması.

36 Madde 1675 Mecelle, "Arazi ile ilgili davalarda zaman aşımı konusuna kamuya ait bir yol, bir nehir ve ortak mera arazisi gibi halkı ilgilendiren yararlar söz konusu olduğunda hiçbir önem verilmemektedir. Mesela, elli yıldır elde tutulan ve kimsenin itirazı olmadan sahip olunan bir özellikle bir köye ait olan bir mera hususunda davalık bir durum söz konusu olur ise, köyün sakinleri de bird ava açacak olur ise, dava mahkemede dinlenilir.

37 Kelantan Şeriat Mahkemesi Baş Hakimi ile söyleşi.

Hukuk Sisteminde İslami Düsturların Vurgulanmasına Katkısı

İslami Hukuk Düsturları, ulum arayışlarında, farklı mezheplere mensup Müslüman hukukçuları tarafından geliştirilen önemli bir külliyattır. Bu konuda farklı mezheplerin hukuk ekollerinde çeşitli yazılar yazılmıştır. Mecelle, II. Kısımda; Fıkıh ve Fıkıhların Düsturlarından bazı kuralları uygulamaya koymuştur. *Mecelle*nin 2-100. Maddeleri, doksan dokuz adet hüküm içermektedir. Bu maddeler, esas olarak İbn Nüceym tarafından *al-Ashbahwa al-Nazair*'den ve diğer kaynaklardan derlenmiştir[38]. İslami hukuk düsturları, İslam fakihleri arasında iyi bilinen bir konudur, çoğu hüküm ise fıkhi usulde kaleme alınmış metinlerdir[39]. Bu düsturlar hukuk külliyatına katılarak, hukuk düsturları, hâkimin hükmedebilmesi için bir rehber/kılavuz olarak sunulmuş ve öne çıkarılmıştır.

Mecelle tertipçileri, Madde 1'in son bölümünde, şümullü düsturlar ve bunlardan elde edilen yararları derz etme nedenlerini şöyle açıkladı; *Mecelle*ye göre hukuk düsturlarının yararı, mesele ve kaidelerin anlaşılmasını kolaylaştırmaktan ibarettir sadece.

Bu bağlamda, yargıç, örneğin, müphem ifadeler kullanan bir kimsenin niyeti hakkında, o kişinin irat ettiği, 'boşanma' sözcüğünün etkili olup olmadığını anlamaya çalışacaktır. Benzer bir örnek olarak, öldürmenin kasıtlı veya kasıtsız olarak mı, yoksa yanlışlıkla mı olduğu belirlenirken, sanığın; suçun ağırlığını ve cezasını tespit etme konusundaki algısına / anlayışına atıfta bulunulur[40].

İslami Finansmanda, sözleşmenin tarafları, daha büyük miktarda nakdin ertelenmesi karşılığında derhal nakdi temin etmeyi amaçlamadan, bir *inah* (satış ve geri alım) sözleşmesi yaparlarsa, buna Şafi mezhebinde dinen izin verilir, öte yandan, Maliki ve Hanbeli mezhep ekollerinde ise bu geçersiz bir uygulama / *qadaan*dır. Bununla birlikte, sözleşme taraflarından birinin *inah* sözleşmesindeki niyeti, daha büyük miktarda nakdin, sonradan ödenecek bir bedel karşılığında, geri alım şartı olmaksızın, derhal nakde dönüştürmek ise, bu Şafi mezhebince dinen *qadaan* denilerek yasaklanmıştır. Tüm bunların aksine, diğer mezheplerde bu tür bir işlem hem dinen hem de *qadaan* olarak mekruh / geçersiz kabul edilir[41].

İslami Finansmanda diğer bir önemli düstur ise *Mecelle'*nin 3. Maddesidir. "Sözleşmelerde, sözcük ve biçime değil, amaçlara ve anlamlara dikkat edilir". Hukukçular bu düsturun yürürlüğü konusunda ihtilaf içindedirler. Hanefiler, Malikiler ve Hanbeliler, bazı durumlarda istisnalar yapsalar da, çoğu sözleşmelerle ilgili kararlarında bu düsturu uygularlar. Bununla birlikte, Şiiler, karşıt bir düsturu uygular: "Sözleşmelerde, niyet ve anlamdan ziyade sözcüklere ve biçimlere daha fazla ağırlık verilir". Böylece, Hanefiler, Malikiler ve Hanbeliler, bazı istisnalar dışında bu düsturu birincil kural olarak en üst düzeyde addederken, Şafiler bazı istisnalarla bu temel prensibin tam tersini düşünür[42].

---

38 Mahmassani, Subhi, "*The Philosophy of Jurisprudence in Islam"*, çeviri; Fahat J.Ziadeh, The Open Press Kuala Lumpur, s. 151.

39 AkramLaldin, et al, "Islamic Legal Maxims and their applications in Islamic Finance, 2013, ISRA Publications, s. xvii-xx.

40 Eğer bir kişi kasten başka bir kişiyi öldürürse, kurbanın mirasçıları, katil suçlu bulunursa, ölüm cezasını talep etme hakkına sahip olurlar, ancak suçun istemeden suçu işlenmişse ceza farklıdır; Bu durumda, kan parası (diyet) ödenmelidir.

41 AkramLaldin et al, *Islamic Legal Maxims*, opcit, s. 44.

42 Ibn Nujaym, *al-Ashbahwa al-Nazair*, s. 18-19, al-Subki, *al-Ashbahwa al-Nazair* 1:175, al-Suyuti, *al-Ashbahwa al-Nazair*, 1:166, Ibn Rajab, *al-Qawaid*, 1:64. See AkramLaldin, op.cit,, s. 46.

Mesela, bir alacaklının borçlunun borcunu bila ücret kapatması durumunda (hediye etmesi durumunda), buna *ibra* (borç affı) denir. Şiilerle ve Hanefilerin çoğunluğuna ve Hanbelilere göre, bu anlamından dolayı, bu "hediyeyi" kabul eden borçluya bağlı bağlı bir durum değildir[43]. *Vadieh* (parayı sadece güvence altında tutmak maksadıyla vadeli mevduat açılması) durumunda, eğer hesap kayyumun/vasinin kullandığı para biriminde (döviz) ise, paranın yönetimi kredi departmanının (*qard*'ın) yönetimine geçer. İKÖ İslam Fıkıh Akademisi, fıkıh bakış açısına göre, İslami bir bankada ya da tipik bir bankada bir cari hesaptaki para*vadieh* olarak tutulmuyor ise, bu işlemin ismine başka bir şey denilse bile, aslında bu bir tür borç/kredidir (*qard*). Bu nedenle de, banka bu prensibi korumakla yükümlüdür ve talep edildiğinde hesabı herhangi bir ek tutar olmadan iade etmelidir[44].

*Mecelle*de, özellikle uzlaşma çözümlemesinde büyük öneme sahip olan birkaç başka düsturu vardır. *Mecelle*nin 8. Maddesinde "Borçluluktan Kurtulmanın Varsayılacağı" belirtilmiştir. Örneğin, bir hesap sahibi, hesabına bir makbuz vermeksizin parayı alan bir para yatırma makinesi (ATM) kullanarak para yatırdığını iddia ederse, banka bu kişinin iddiasını kabul etmez.İspat yükümlülüğü mudiye aittir, zira herhangi bir hesap bankada bir yükümlülük (*wadiah yad amanah*) oluşturmaktadır ve asıl kararın bankanın yükümlülükten beri olduğu yönündedir.

Qanun al-Ahwal el-SyakhsiyyahlilMusliminSudan1991 başlıklı metin, Bölüm 6'da, "Yüksek Mahkeme - bu *Kanunun* uygulama sürecinde; fıkıh prensiplerini, bu yasanın yorumunu, bazı düsturlara dayanarak yorumlayabilmektedir. *Kanun*, hükümleri uygulamak için hâkim tarafından kullanılabilecek 14 düsturdan oluşmaktaydı; Bu düsturlar arasında "Müslümanlar arasında yasak (*haram*) uygulamalara izin verilmediği ya da tam tersi yapılmadığı müddetçe, kişiler arasında arabuluculuk (*sulh*) mümkündür", "kesinlik, şüpheye yer bırakmaz", "yükümlülükten kurtulma, önceden var olan bir durumdur ve dolayısıyla hukuki konularda şümullü bir durumdadır", "varsayılan kural, geçici niteliklerin mevcut olmamasıdır", "gelenekler bir tür arabuluculuk / bilirkişilik yapar", vs.[45].

*Mecelle'*nin etkisi, bu tür bir kanun yazımında, özellikle de *Kanun*'un 6. bölümünde yer alan seçilmiş düsturları birebir içerdiği durumlarda çok belirgindir. Kanun hükmünde kararnamenin kabul edilmesinin, *Mecelle*de benzer bir bağlamdan etkilenerek bir miktar etki yarattığına inanılmaktadır. Aynı *Kanun*'un 5. Bölümü'nün (1), bu *Kanun*'daki boşluklar olması durumunda Hanefi mezhebinin en çok tercih edilen görüşüne atıfta bulunacağını açıkça belirtmek hiç de şaşırtıcı değildir[46].

Sulh[47] ve *Ibra*[48] Kavramları

Mecelle XII no.lu Kitap, bir anlaşmazlığın çözümünde *sulh* ve *ibra* diye bilinen iki kavramını birleştirmiştir. *Sulh*, üçüncü ve yansız bir tarafın; uzlaşamayan tarafların anlaşmaya varması için yardımcı olduğu bir arabuluculuk sürecidir. Tam anlamıyla sulh bir anlaşmazlığın sona ermesi anlamına gelir. Fakihlere göre, *sulh* ifadesi, aralarındaki anlaşmazlığı çözmek için anlaşmazlık

---

43 *Al-Mawsu'ah al-Fiqhiyyah al-Kuwaitiyyah*, 1:31.

44 See AkramLaldin, op.cit, p. 49.

45 Qanun Al-Ahwal al-Syakhsiyyah Lil Muslimin Li al-Sanah 1991, Wizarah al-'AdlJumhuriyyah al-Sudan.

46 Bölüm 5 (1) Qanun al-Ahwal al-Syakhsiyyah Sudan, s.26.

47 Madde 1531 Mecelle, Sulh'u "bir anlaşmazlığı rıza ile kaldırma sözleşmesi" olarak tanımlar. Sonra da teklif ve kabul ile sonuçlanır.

48 Madde 1536 Mecelle İbra' ya da tahliyesi/serbest kalma diye ikiye ayrılmıştır. Birincisi ibra 'isqat ve diğeri ibra' istifa. IbraIsqat, kendisine karşı sahip olduğu tüm hakları bırakarak ya da belirli bir miktarını çıkararak veya azaltarak başka bir kişiyi özgür kılmaktır.

içindeki tarafların girdiği bir anlaşmaya atıfta bulunmaktadır. *Mecelle el-Ahkam*'ın 1531. Maddesi *sulh*u, teklif ve kabul ile imzalanmış bir sözleşme olarak kabul etmekte ve karşılıklı mutabakatla uyuşmazlıkları çözmeyi kapsamaktadır.

Her ne kadar *ibra* sözlük anlamı olarak, "Üzerimdeki borçlar kaldırıldığında, borçtan tamamen kurtuldum" ifadesinde olduğu gibi karşılıklı uzaklaşma ve borcun kaldırılması anlamına gelmekteyse de, serbest bırakmak, ortadan kaldırmak veya arındırmak ve çıkarmak olarak da tanımlanabilir. Teknik olarak, *ibra*, "kendisinden ödünç alınan miktarı geri ödeme yükümlülüğü olan bir kişinin mali haklarını (ödemeleri toplamak maksadıyla) sıfırlamak veya kaldırmak eylemi anlamına gelir"[49].

İlginçtir ki, Mecelle bir arabuluculuk sürecinin hukuki bir sonucu olarak; başka bir *ibra* kavramını da konuya dâhil etmiştir. Bu, aralarında ihtilafların çözümünde uzlaşma yapan tarafların; haklarının bir kısmını serbest bırakmaya veya haklarından feragat etmeye yönelik bir anlaşmaya varmış olmalarından dolayı, Mecelle kanun yapıcılarının ileriye dönük bir yaklaşımı olarak addedilmelidir.

Örneğin, B'ye (borçluya) belirli borç miktarına karşı mali hakları olan A (alacaklı) kişisi, B'yi böyle bir miktarı ödemekten azledebilir. Borçlunun borcunu sıfırlaması yükümlülüğüne yol açan borcu/kredisi (*Ibra*'), aslında bu teklif metninin nasıl yazılı olarak ifade edildiğine bağlıdır. Böylelikle, borç yükümlülüğü geri çekildiğinde, alacaklı için talep hakkı kalmaz ve *ibra*'ya ilişkin iddialarını dillendiremez. *İbra*'nın, *ibra* alıcısı tarafından kabul edilmesi gerekmediği için, tek taraflı bir sözleşme olduğu düşünülmektedir, çünkü *ibra*'nın kendisi de; boşanma ya da hibe etme gibi bir haktır. *İbra*, İslami Finans kurumunun bir arabuluculuk sürecini zorunlu kılmasa da,kabul gören önemli bir kavramdır[50].

Mecelle, birbirinden bağımsız olsalar da, bu iki kavramı bir araya getirmiştir. Bunun sebebi, arabuluculuk sürecine girdiklerinde herhangi bir anlaşmazlık içinde olan tarafların, mevcut sorunu çözme ya da *ibra*' veya *tenazül* yoluyla oluşan miktarı azaltma konusunda bir anlaşmaya varması gerekmektedir.

Bir evlilikte kadının evlilik haklarıyla ilgili uzlaşmazlığı olması halinde, hak talebi söz konusu olduğunda, nafaka tutarı tekrar düzenlenecektir. Arabuluculuk sürecinde (*sulh*) koca ile nafaka ya da *muta* miktarı hususunda, örneğin kadın *muta* haklarından feragat ettiyse, koca muta ödeme konusunda azledilir. Benzer şekilde, eğer miktarı düşürülmüş bir *nafaka* üzerinde uzlaşma söz konusu olur ise, kocabaştaki tazminat bedelini ödemekten azledilir / serbest bırakılır ve bu nedenle de kadının tam miktardaki nafaka talebi buna binaen düşürülür.

Mecelle Madde 1551'de açıkça şöyle ifade edilmiştir: "Bir kişi belirli bir konuda dava açtığında, örneğin bir bahçe için ve belirli bir para miktarı için de uzlaşmaya varır ise ve davalıyı, davaya esas olan miktarın geri kalanından feragat ettirir ise, bu durumda haklarını belirli bir miktarda geri almış ve geriye kalan miktar için de haklarından vazgeçmiş olur; yani geri kalan tüm hakları "yanmış" olur. 1561. Maddede benzer bir hüküm gözlemlenmektedir; "Birisi bir haktan başka birisini

[49] *Islamic Financial System Principles and Operations*, International Shariah Research Academy for Islamic Finance (ISRA), 2013, s. 283.

[50] Bir başkasının yükümlülüğündeki bir yükümlülüğün feragat edilmesi veya serbest bırakılması (örneğin borcun alınmasından feragat edilmesi). Müşteriler erken ödeme yaparlarsa (eğer erken ödeme için indirim yaparlarsa) bahse konu finans şirketi takdiren *ibra* (indirim) verebilir. Buna "*dha' wata'ajjal*" denir. Müslüman hukukçular böyle bir uygulamanın geçerliliği konusunda ayrılır, çünkü reddedenler riba'ya benzediğini iddia ederler. Şafiler, borç bakiyesinin ödenmesi koşulu olmadan, mal sahibinin ödemeyi aldığını ve borçlunun bakiyeden çıkarılmasının şart koştuğu zaman, koşulsuz olarak sürecin hızlandırıldığını kabul etmektedir.

mahrum bıraktıysa, bu hakkın yok olduğunu belirtilmiştir. Artık ona karşı herhangi bir talepte ya da iddiada bulunamaz.

Şeriat Mahkemesinde Aile Arası Uzlaşma (*Sulh*)

Arabuluculuk birçok yönden ihtilaf davalarıyla karşılaştırılabilir. Resmi, keskin kuralları olan ve yargı tarafından karar verilen ihtilaf davalarından farklı olarak, arabuluculuk (*sulh*) davaları gayri resmi ve gayri münhasırdır[51]. İhtilaf davalarının, tarafların tüm ihtiyaçlarını karşılama ve tatmin etme bağlamında sınırlı olduğu iddia edilmektedir. Genel olarak, arabuluculuk, ihtilaf davalarından çok daha iyi çözüm ve çözüm önerileri sunar[52]. *Sulh*, Şeriat Mahkeme Sisteminin iyileştirilmesi yanında, giderek yığılan dava sayısını azaltmak için de Şeriat Mahkemelerine getirilmiştir. İlk olarak 2001'den başlayarak, bu uygulama Kuala Lumpur Federal Bölgesinde kullanılmaya başlandı[53].

Bölüm 99, Şeriat Hukuk Usul Mahkemesi (Federal Bölgeler) 1998 Yasası, der ki; "Yargılamanın tarafları, yargılamanın herhangi bir aşamasında, ihtilaflarını, İslam hukuku uyarınca, bu tür kanunların var olmaması durumunda, öngörülen kurallar uyarınca sulh anlaşmaları ile çözebilirler."

Şeriat Mahkemesine yapılan başvuru üzerine, kayıt sicil memuru, tüm başvurular ile ilgili bir değerlendirme yapacak ve böyle bir davanın sulh konseyine mi yoksa yargılamaya mı gönderileceğine karar verecektir. *Sulh*e gitme veya yargılama işlemlerine devam etme kararı, yalnızca sicil kayıt memurunun sahadaki geniş tecrübesine bağlı olacaktır. Normalde, *sulh*e getirilebilecek davalar mali ve finansal olmayan haklarla ilgilidir[54].

Sulh davalarının uygulanmasındaki zorluklar arasında şu durum sayılabilir; bir anlaşmazlığın tarafları kendilerini savunmaları için bir avukat tuttuğu zaman uzlaşmazlık meydana gelebilmektedir. Şeri Mahkemenin Hukuk Usulü'nün 5 (3). Maddesi, tarafların şahsen davaya katılmasını ve şeriye avukatının hiçbir şekilde herhangi bir tarafı tutmaması veya onlar adına hareket etmemesini ve reisin izni olmadan, hiçbir tarafın hiç kimse tarafından temsil edilmemesini öngörmektedir. Şeriye [mahkemesi] avukatlarının, sulh memurunun izni dışında bir sulh meclisine girmesine izin verilmez. Bu, tarafların sorunlarını başka kimselerden etkilenmeksizin açıkça tartışmasına izin vermek için yapılmaktadır[55].

Buna rağmen, bir avukatın taraflardan herhangi birini temsil etmesi halinde, üzerinde mutabık kaldıkları çift taraflı uzlaşma taslağı, sözleşmenin bir mutabakat kararı olarak sonuçlandırılmasından önce avukata gönderilebilir. Bazen avukat, müvekkiline miktar üzerinde anlaşmaya varmamalarını ve davaya devam etmeleri tavsiye edebilir, zira bunlar davanın uzamasına ve daha fazla yasal mahkeme

---

51 Boullee ve Nesic, *Mediation, Principles Process Practice*, 2001 at 87-8. See Nora Abdul Hak, et al, *Comparative Perspective on Alternative Dispute Resolution with Reference to Malaysia*, 2016, IIUM Press, s.229.

52 Aşağıdakiler, ihtilaf karşısında sulhun avantajlarıdır: 1. Arabuluculuk çatışmayı azaltır; 2. Arabuluculuk, ihtilaf mahkemelerinin aldığı kararlardan daha yapıcıdır; 3) Taraflar, dışarıdan dayatılan emirler yerine, kendilerini yaptıkları anlaşmalara uyma eğilimindedirler ve 4) çatışmayı azaltarak, arabuluculuk uyuşmazlıkların çözülmesinin mali maliyetlerini azaltmaya yardımcı olur. Bkz. Nora, *Comparative Perspective on Alternative Dispute Resolution*, Alternatif Uyuşmazlık Çözümünde Karşılaştırmalı Perspektif, s. 230.

53 Op.cit, s. 165.

54 Sulh yoluyla çözülebilen davalar şunlardır: 1) evlenme sözü ihlali; 2) Boşanma ile ilgili başvurular: a) Mute nikâhı b) eş ve çocukların nafaka masrafları; c) evlilik ile elde edilen mülkiyet; d) çocukların velayeti; e) mahkeme nafaka masrafları emrinin yerine getirilmesi uygulaması; f) kayıt sicil memurunun makul ve uygun bulduğu diğer tüm konular. Bakınız Nora, op.cit, s.166.

55 Bakınız, Kural 5(3), Şeriat Mahkemesi Medeni Uygulamalar (Sulh) (Federal Bölge) Kurallar 2004.

ücreti alınmasına neden olmaktadır. Tarafların anlaşma veya uzlaşmaya vardığı, ancak anlaşmayı avukatlarına yönlendirdikten sonra onların reddettiği bazı davalar olmuştur[56].

Arabuluculuk sürecinde, uzlaşmaya razı olmayan taraflardan birinin kararı nedeniyle *ibra*yla ilgili olarak önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Örneğin, kocası eşini sadece, mihr müddetince, nafaka masraflarını karşıladığında, ya da muta vs. den vaz geçmesi koşuluyla boşamayı kabul eder. Çaresiz durumdaki bir kadın, boşanma nedeni kocasının yanlış tutumları sebebiyle olsa bile, tüm haklarından feragat etmeye razı olabilir. İbnü'l-Suyuti, İbn al-'Arabi ve El- Cessas gibi bazı hukukçular, kocası tarafından karısının/eşinin boşanmalarını telaffuz etmesi için, bu tür bir *tenazül* veya *ibra* fikrine kapı aralar. Onlara göre, kadının sorumsuz olan kocasından ve sorunlu evliliğinden kurtulması daha iyidir[57].

Âlimlerin çoğu, boşanma amacıyla *ibra* ya da *tenazülal-hak* yasaklanmıştır. Koca, şayet karısını *khulu* (mihrin geri ödenmesi) ödemesi olarak *iddah* veya *muta* süresince nafakadan feragat etmeye zorlar ise, bu tür eylemin kabul edilemez olduğunu iddia ederler. El-Şafi'ye göre, eğer koca haksız nedenlerle ödeme elde eder ise, parayı geri vermesi gerektiği anlamına gelir ve zikrettiği boşanma ibaresi o şekilde kalır.

Kadın, kocasından boşanmak amacıyla, çocuklarının velayet hakkından feragat etmek için bir anlaşma yapmışsa, velayet hakkı serbest bırakılmayacaktır. Bunun nedeni, *ibra*nın "*talak*"ın ilan edilmesinden önce yapılmış olması ve velayet alma hakkının henüz belirlenmemesidir. Kadın, ilk etapta kendisine verilecek bir hakkı kullanabilecek hukuki şartlara haiz değildi. Kısacası, eğer kadın, kocası ile evlilik ilişkisine devam etmek istemediyse, boşanmak için haklarından herhangi birisi için *ibra* yapmaya zorlanamaz. Bu dava; karar için mahkemenin huzuruna getirilmelidir.

Sonuç

Mecelle, şeriatın sınırlı alanlarına, yani ticari hükümlere ve prosedürlere hapsedilmesine rağmen, İslam dünyasının büyük bir bölümünde İslam hukuk sisteminin gelişmesine büyük katkıda bulunmuştur. Mecelle, evlenme ve boşanma ve tedbir nafakası gibi diğer İslami özel hukuk alanında hükümlerle sınırlı olmamakla birlikte, İslami kurallarla ilgili şu hukuki işlemlerde bütüncül ve kapsamlı çözümler sunmaktadır; satış, kiralama, kefalet, teminat devri, rehin ve ipotek (mortgage), depozito ve teminat dâhil olmak üzere, güven, hediye, yanlış ödenek ve imha, tecrit/hacir, tahdit ve rüçhan hakkı, ortak mülkiyet veya ortaklık, vekalet, uzlaşma ve serbest bırakma. Ayrıca, mahkeme tarafından kabul, kanıt, yemin yönetimi ve adalet yönetimine ilişkin kurallar da bulunmaktadır. Suriye ve Irak'taki sömürge dönemine kadar uzun bir süre geçerli bir yasaydı ve Osmanlı kontrolünde olan bu bölgelerde, bugün hala belli alanlardaki *Mecelle*nin etkisini görebiliyoruz.[58] Malezya konusuna gelince, *Mecelle*nin, Johor'da Mecelle Ahkam Johor olarak bilinen tercüme edilmiş bir nüshası uygulamaya konuldu. *Mecelle*deki bazı hükümler ile yaptırım uygulanmaya çalışılması da, Malezya'daki bütün eyaletlerde, özellikle de tanıkların tahkikatı (tezkiyet el-şuyüt), zamanaşımı (murur al-zaman) vb. konularda Şeriat Mahkemesi Kanunlarının yürürlüğe girmesiyle ilgili kanun yazımlarında açıkça görülmektedir.

---

[56] Nora, op.cit, s. 172.

[57] Raihanah Azhari, "SulhdalamPerundanganISlam: Kajian di JAbatanKehakimanSYariah Selangor Darul Ehsan, DoktoraTezi, 2005, JabatanFiqhdanUsulAkademiPengajian Islam Universiti Malaya,s.101.

[58] Knut, op.cit, s. 231.

*Mecelle'*nin mukaddemesinde II. kısımda yer alan 99 adet maddenin hukuk düsturları içerisine dâhil edilmesi, *fetva* ve *kadda* alanlarının yanı sıra, İslami bankacılık ve finans alanındaki hukuk düsturlarının önemini desteklemiştir. Buna ek olarak, *Mecelle'*de yer alan bir kısımda düzenlenmiş ve bir araya getirilmiş olan *sulh* ve *ibra*nın hükümleri, uzlaşmanın bir sonucu olarak bir *ibra* mekanizmasıyla davadan başka uyuşmazlık çözümünde bir mekanizma olarak arabuluculuğun (sulh) ve sulh sürecinin önemini açıklığa kavuşturmuştur.

Kaynakça

AbdJalil Borham, *PentadbiranUndang-undang Islam Negeri Johor*, 2002, Penerbit Universiti Teknologi Malaysia Skudai Johor,

--------Othmaniyyah Government Influence in Muslim Civil Laws in Malaysia: Reference to the Majallah Ahkam Johor.

Boullee and Nesic, *Mediation, Principles Process Practice*, 2001.

Abd Karim Zaidan*, al-Madkhal Li Dirasat al-Shari'ah al-Islamiyyah*, 2009, Risalah Publisher Damsyiq.

Ali Haidar, *Durar al-Hukkam Syarh Majallah al-Ahkam*, 1991, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah Beirut.

Islamic Financial System Principles and Operations, International Shariah Research Academy for Islamic Finance (ISRA), 2013.

Knut S. Vikor, *Between God and the Sultan: A History of Islamic Law*, 2005, Hurst & Company London.

Kelantan Evidence Enactment of The Syariah Court 1991, 1995 International Law Book Services.

Mohammad AkramLaldin and others, *Islamic Legal Maximss and Their Application in Islamic Finance*, 2013, International Shariah Research Academy for Islamic Finance (ISRA).

Majalah Ahkam Johor: KodUndang-undang Sivil Islam Kerajaan Negeri Johor 1331H/1913M, Penerbit Universiti Teknologi Malaysia, Skudai Johor.

Majid Khadduri and Herbert J. Liebesny, Law in the Middle East, Vol 1 (Origin and Development of Islamic Law, 1955, The Middle East Institute Washington D.C.

Nora Abdul Hak, Umar A. Oseni, Nurah Sabahiah Mohamed, *Comparative Perspective on Alternative Dispute Resolution with Reference to Malaysia*, 2006, IIUM Press Gombak.

SubhiMahmassani, translated by FarhatZiadeh, *Falsafat al-Tasyri' al-Islam*, 2000, The Open Press, Kuala Lumpur.

Syariah Court Civil Procedure (Federal Territories) Act 1998 (Act 585), 2003, International Law Book Services.

Syariah Court Evidence Enactment State of Kelantan 2002.

The Mejelle being An English translation of Majalla el-Ahkam al-Adliyyah and A Complete Code on Islamic Civil Law, translated by C.R. Tyser, Law Publishing Company, Pakistan.

ADLİ HÜKÜMLER MECELLESİ VE LÜBNAN HUKUK SİSTEMİ

Halil GHOSN

Lübnan Yargıtay Hâkimi

Yasanın adaleti hakkında konuşmak, bu yasanın özelliklerinden bahsederek başlamayı gerektirir. Eğer yasa toplumsal ve bağlayıcı niteliklere sahipse; adalet ilk olarak ne kadar ceza öngördüğüyle değil, toplumsal özelliğinin ne kadar gözetildiğiyle gerçekleşir.

Toplumsal özellik hakkında konuşmak, gelenekler ve yaşam tarzı hakkında konuşmaktır. Bu unsurlar yeni bir yasanın çıkarılmasında ihmal edilemez. Bu yasama politikası Adli Hükümler Mecellesi'nde dahi gözetilmiştir. Bu hususta 39 numaralı genel kaideye işaret etmek yeterli olacaktır; "zamanların değişmesiyle birlikte hükümlerin değişmesi inkâr edilemez." Bu, yeni yasaların çıkarıldığı tarihte, kesin olarak herhangi bir toplumu, geleneklerini ifade eden ve toplumun bağlı kaldığı hukuk sistemlerinden ayrı tutmanın mümkün olmadığı sonucunu doğurur.

Lübnan, bu yasama politikasından uzak olmamıştır. Nitekim 1920 yılında Fransız mandasına girmiş olmasına rağmen, başlamış olduğu yasama faaliyeti 1932 tarihinde Medeni Kanunu çıkarmayla sonuçlanmıştır. Bu yasa, her ne kadar Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu olarak isimlendirilmiş olsa da, Osmanlı Medeni Kanunu'nun yansımalarını barındırmaktan uzak olamamıştır. Bu etkinin iki alanda olduğunu görüyoruz;

- İlk etkiyi, 31.12.1930 tarihli Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu tasarısını münakaşa eden Yasama ve Danışma Kurulu Başkanının hazırladığı raporda görüyoruz. Rapor açık bir şekilde "Türkiye, Lübnan'a sokmuş olduğu Mecelle'yi birkaç yıl önce terk etmekte ve onun yerine İsviçre Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanununu koymakta bir tereddüt yaşamamıştır. Lübnan'ın batılı toplumları ve en yakın komşuları olan Türkiye ve Mısır'ı takip etmesi, Lübnan Cumhuriyeti için en uygun olanıdır" ifadelerini içermiştir.

- Daha da önemli olan ikinci etki ise şudur; Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu, hükümlerini 1106 sayılı maddeyle sonuçlandırmıştır. Bu madde Mecelle'nin konumunu açıklamaktadır. Şöyle demektedir; "Yükümlülükler ve Sözleşmeler Hukuku'na muhalif olan veya hükümleriyle uyuşmayan Mecelle ve diğer tüm hukuki metinler ilga edilmiş olup, mülga olarak kalacaktır".

O halde, 1106 sayılı maddenin, Adli Hükümler Mecellesi'nin Lübnan Medeni Kanunu içerisinde Yükümlülükler ve Sözleşmeler alanındaki devamlılığına delaleti nedir? Mecelle'de yer alan kuralların tamamının akıbeti gerçekten bu maddenin hükmüne mi bağlıdır?

İlk olarak, Adli Hükümler Mecellesi'nin, hangi boyutta Lübnan Hukuk Sisteminin bir parçası olarak kabul edildiği hususu:

Başlangıçta, Adli Hükümler Mecellesi ile Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu hükümleri arasında farklılıklar bulunduğuna dikkat çekmeliyiz.

İlk olarak,

Adli Hükümler Mecellesi, her ne kadar muamelat kısmıyla ilgilenmişse de, bilhassa adlandırılmış (tipik) sözleşmeleri ele almıştır. Bu durum onu oluşturan bab başlıklarından da anlaşılmaktadır. Birinci bab "Satış" bölümünü, ikinci bab "İcaret" (kiralama) bölümünü, üçüncü bab "Kefalet" bölümünü, dördüncü bab "Havale", beşinci bab "Rehin", altıncı bab "Emanetler", yedinci bab "Hibe", onuncu bab "Ortaklıklar", on birinci bab "Vekâlet", on ikinci bab "Sulh ve İbra" bölümünü ele almıştır. Bununla birlikte, Mecelle, isimlendirilmiş (tipik) sözleşmenin yokluğunda veya isimlendirilmemiş (atipik) sözleşmelerin zuhuru halinde, kendisine başvurulacak genel hükümleri muhtevi bir Genel Sözleşme Nazariyesi kısmı tahsis etmemiştir.

Buna ilaveten, Mecelle; gayrimeşru zenginleşme, yararlı ve zararlı eylemler gibi hukuki olaylara ilişkin genel hükümlerin açıklanmasına dair özel bir bölüm tahsis etmemiş olup, bu hususta tahsis edilen Mecellenin sekizinci bölümü olan "Gasp ve İtlaf" bölümü de yeterli olmamaktadır.

Buna karşılık Yükümlülükler ve Sözleşmeler Hukuku iki kısma ayrılıyor; birinci kısım "Genel Olarak Yükümlülükler" şeklinde adlandırılmış olup; yükümlülük türlerini, kaynaklarını, sıhhat şartlarını, etkilerini, intikallerini ve düşmesini ihtiva eder. İkinci kısım ise, "Bazı Sözleşmelere Tahsis Edilen Kaideler" şeklinde adlandırılmış olup; "Satış" ile başlayıp "Kefalet" ile sona erer.

Diğer yandan,

Adli Hükümler Mecellesi, muamelat kısmına geçmiş olsaydı, bunun usule ait kısmını kapsardı. 13. bölüm "İkrar" kısmını, 14. bölüm "Dava" kısmını, 15. bölüm "Kanıtlar ve Yemin" kısmını, 16. ve sonuncu bölüm ise "Yargı" kısmını ele almıştır. Bütün bu hükümler Lübnan Medeni Muhakemeler Usul Kanununda yer almıştır.

Bu farklılıklar, Adli Hükümler Mecellesi ile Yükümlülükler ve Sözleşmeler Hukuku arasında, yasal tasnif uyuşmazlığı nedeniyle tam bir karşılaştırma yapmanın doğru olamayacağını açıklamak içindir. Bu nedenle, Mecellenin hükümlerinin iptali, sadece Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanununun çıkarılması gerçeğiyle ilgili değildir. Yargı usulü sistemi ile ilgili Mecelle hükümleri, Lübnan Medeni Muhakemeler Usul Kanunu uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır.

Yükümlülükler ve Sözleşmeler Yasası'nın 1106. Maddesi şunu hüküm altına almıştır; "Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu'na muhalif olan veya hükümleriyle uyuşmayan Mecelle ve diğer tüm hukuki metinler ilga edilmiş ve mülga olarak kalacaktır". Bu ifadeden yola çıkarak, Adli Hükümler Mecellesi'nden ilga edilenlerin aşağıdaki iki kategoriden birinde sınıflandırılabileceği ortaya çıkıyor:

1. Birinci kategori; Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanununun hükümlerinden birine ters düşen hükümleri ele alır. Buna örnek ise; 357 no.lu Mecelle maddesinin[1], Yükümlülükler Kanunun 208. maddesinin[2] metniyle; Mecelle'nin 368. maddesinin[3], Yükümlülükler Kanununun 385.

[1] Mecelle, 357. madde: "Alışveriş yapanlardan biri diğerini dolandırırsa ve satışta fahiş bir faydalanma tahakkuk ederse, o zaman aldatılmış olana satışı fesih hakkı doğar".

[2] Yükümlülükler, 208. madde: "Hile, mutlak manada Rıza'nın varlığını nefyetmez, ancak onu kusurlu kılar ve eğer sözleşmenin yapılmasına ve aldatılan kişiyi anlaşma yapmaya sevk eden amil o ise sözleşmenin iptaline sebep olur." Bu madde sözleşmenin iptali için aldatmayı şart koşmamıştır.

[3] Mecelle, 368. madde: "Fuzuli satış gibi üçüncü tarafların hakkı ile ilgili olan satış, diğerinin (hak sahibinin) izni sözleşmeye bağlanmış olur."

maddesiyle[4]; Mecelle'nin 1568. Maddesinin[5], Yükümlülükler Kanununun 338. maddesiyle[6]; Mecelle'nin 1342. maddesinin[7], Yükümlülükler Kanununun 849. maddesiyle[8] çelişmesidir.

> *İhtilafın külli bir ihtilaf olması zaruri değildir, aksine tam iptal gerektirmeyen, yalnızca uygulama alanının daraltılmasına yol açan cüzi bir ihtilaf da olabilir. Mecelle'nin 1642. maddesindeki örnekte olduğu gibi; "Ölü kişinin lehine veya aleyhine olan davada, yalnız mirasçılardan biri hasım olabilir. Fakat terekeden bir mala olan davada, o mal mirasçılardan kimin elindeyse o hasım olur. Zilyet olmayan mirasçılar hasım olamaz. Güney Lübnan Asliye Mahkemesi, 11 Aralık 1944 tarihinde[9] yayınlanan bir kararında; Mecellenin 1642. maddesinin borç davalarında ve ayni davalardaki temsil hukuku hükümleri kapsadığını ve "Mirasçılar yalnızca kendilerine ait olan veya aleyhlerine olan paydan mülkün borcunu talep edebilirler veya kendilerinden talep edilebilir" hükmünü öngören Borçlara ilişkin 76. maddenin, 1642 sayılı ayni davalar olmaksızın sadece borç davalarını tadil etmiş olduğunu kabul etmiştir.*

2. İkinci kategori ise; Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu'nun metinleriyle uyuşmayan hükümleri ele almıştır. Muvafakatin tahakkuk edip etmediğini araştırmak, metinlerin özüne dalmayı ve yasa koyucunun amaçlarına bakmayı gerektirir. Çünkü yalnızca ibarelerin görünen kısımları üzerinde durmak yeterli değildir. Bu nedenle, bu kategori, Lübnan içtihadında açıklayıcı bir durumda olmuştur. Mesela, Mecellenin 1595 sayılı maddesinde[10] geçen maraz-ı mevt (ölümcül hastalık) buna örnek verilebilir. Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu, bu konuya değinmediğinden, bazıları bu hükümlerin devam ettiğini ve yürürlükte kaldığını ifade etmiştir. Buna mukabil diğerleri ise, bu hükümlerin mülga olduğunu, çünkü Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu'nda yer alan rızanın noksanlarıyla ilgili genel kurallarla uyuşmadığını ifade etmişlerdir. Bizim açımızdan uygun görüş ilk görüştür.

Bu iki kategorinin dışında, Adli Hükümler Mecellesi'nin hükümleri hâlâ yürürlüktedir. Özellikle, Lübnan Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu'nun ele almadığı veya değinmediği çiftçilik sözleşmesi (Mecelle madde 1431 ve devamı) gibi konularda bu durum geçerlidir. Bu nedenle Adli Hükümler Mecellesi, Lübnan pozitif hukukunun bir kısmını teşkil etmeye devam etmektedir. Buna ilaveten, Adli Hükümler Mecellesi'nin nezaretinde ortaya çıkmış ve tamamlanmış olan hukuki koşulların, tarihinden itibaren, onun (Mecelle) etkisinde olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin; emlak hükümleriyle ilgili olarak, bir bina ne zaman yapılmış olursa olsun, sahiplerinin hak ve

---

4 Yükümlülükler 385. madde: "Başkalarının malını satmak aşağıdaki durumlar dışında geçersizdir: 1- Satılan şey, yalnızca cinsi veya türü yönünden belirli bir şey ise. 2- Sahibi tarafından yetkilendirilmişse. 3- Satıcı daha sonra satışa sunulan şey hakkında mülkiyet hakkı kazanırsa"

5 Mecelle, 1568. madde: "İbra kabule tevakkuf eylemez. Fakat red ile merdûd olur.".

6 Yükümlülükler, 338. madde: "Borçtan feragat etme veya alacaklının borçlunun lehine haklarından feragat etmesi, ancak anlaşmanın taraflarının muaf tutacağı bir ittifak ile mümkün olur".

7 Mecelle, 1342. madde: "Şirketin nakit sayılmayan emlak ve arzları gibi mallarla kurulması sahih olmaz, yani bunların şirketin sermayesi olması mümkün değildir."

8 Yükümlülükler, 849. madde: "Ortakların sermaye içindeki hisseleri para, taşınır, taşınmaz veya manevi haklar olabildiği gibi ortaklardan birinin veya tamamının endüstrisi de olabilir."

9 Yargı bülteni 1954, Sayfa 228.

10 Mecelle, 1595. madde: "Ölümcül hastalık, ekseriya onda ölüm korkusu olduğu halde hasta erkek ise hanesi haricinde, kadın ise ev içi maslahatını görmekten aciz olup bu hal üzere bir yıl geçmeden vefat eyleye. Gerek yatalak olsun gerek olmasın. Eğer hastalığı sürekli olup da bulunduğu hal üzere bir seneyi geçerse o hastanın hastalığı şiddetlenmedikçe ve hali değişmedikçe sıhhatli hükmünde olup işlemleri sıhhatli kimsenin işlemleri gibidir. Ama hastalığı şiddetli ve hali değişmiş olursa bir sene geçmeden vefat ederse değişme vaktinden itibaren ölümüne dek hastalık müddeti sayılır."

sorumlulukları, birbirlerine karşı olan yükümlülüklerine dair Mecellenin 1192 numaralı[11] ve takip eden maddeleri hala yürürlüktedir.

Bu zikredilenler, zamanla Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu ile Mecelle arasındaki ihtilafa dairdir. Ancak Mecellede yer alan bazı kurallar bulunmaktadır ki onlar, bu ihtilaflı dairenin dışındadır. Bu kurallardan ise külli kaideleri kast ediyoruz.

İkinci Olarak, Külli kaidelerin Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanununun 1106. Maddesinin Hükmünden İstisna Edilmesi:

Adli Hükümler Mecellesi'ni en fazla önemli kılan husus; mukaddimesinde yer alan "el-umûrubi-mekâsıdiha" (bir işten maksad ne ise hüküm ona göredir) kaidesiyle başlayıp, "Her kim ki kendi tarafından tamam olan şeyi nakzetmeye sa'y ederse sa'yi merduttur" hükmüyle sona eren 99 külli kaideyi içermesidir. Bu kaideler; fakihler tarafından düzenlenip düzenli hâle getirilen, bize ulaşan halini alana dek 1000 yıllık kanuni prensipler süzgecinden geçirilen yasal normları yansıtmaktadır.

Bu kaideler, hukukun ve parametrelerinin temelini oluştururlar. Onları "Cüzi Hükümlere İlişkin Yönlendirici Kanuni Usul Kaideleri" olarak tarif etmemiz mümkündür. Bu kaideler, farklı bölümlerden meseleler barındırır ve ferî metinlerin kontrol altına alınmasında ve yorumlanmasında önemli bir rol oynarlar. Nassın bulunmadığı hallerde çözümler geliştirilmesi için onlara başvurulur. Hatta eğer nas donuk kalıp mevcut kanuni maslahatlarla uyumsuz hâle gelmiş ise; nassın bulunduğu hallerde bile onlara başvurulabilir.

Yasama Danışma Kurulu, Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanununa ilişkin raporunu hazırladığında, bu külli kaideler zaten hazırdı. Zaten Yasama Danışma Kurulu Başkanı, Mecelle'nin ilk 100 maddesinin, Kanunun temel kaidelerini kapsadığını raporunda açıkça belirtmiştir.

Zikredilenlerden hareketle, külli kaidelerin Kanunun temellerini oluşturduğunu dikkate alarak, onların ferî bir hükümle karşılaştırılamayacağını söyleyebiliriz. Buradan çıkan sonuç; Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu'nda onunla çelişen bir ferî hüküm vardır gerekçesiyle, külli bir kaideyi tamamen ortadan kaldırmaktan bahsetmek söz konusu olamaz. Bu nedenle, bu kaidelerin ilga edilmesi mümkün değildir. Bu konuda Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu'nun 1106. maddesinin metninde yer alan ilga konusuna gidilemez. Külli kaideyle uyuşmayan ferî bir hükmün bulunması farz edildiğinde bile bu durum, o hükmün başka bir külli kaidede yer almasından kaynaklanmaktadır. Örneğin; Yükümlülükler ve Sözleşmeler Kanunu'nun 115. maddesi; zahirinde "Şarta mümkün mertebe riayet edilir" hükmünü öngören 83 sayılı külli kaide ile çelişik olsa da; yargıca, iyi niyetli borçlunun borcunu ödemesi için mutedil bir süre vermek gibi bir hak tanır. Bu ise, "Bir işte meşakkat görülünce geniş davranılır" hükmünü öngören 18 numaralı külli kaidenin bir uygulaması olarak kabul edilir. Aynı şekilde eğer Yükümlülükler ve Sözleşmelerin 272. maddesinde öngörülen hapis hakkı, 19 numaralı "Zarar ve zararla karşılık yoktur" külli kaidesiyle çelişirse, hapis cezası meşru bir hakkın kullanılması olarak kabul edildiğinden, 91 sayılı "Kanunun izni tazmin sorumluluğunu kaldırır" hükmü uyarınca bir teminatı yoktur. Fuzuli (yetkisiz) bir zorunluluktan dolayı mal sahibi hakkında tasarrufta bulunmayı caiz gören Yükümlülükler ve Sözleşmelerin 160. maddesi, eğer

[11] Mecelle, 1192. madde: "Herkes kendi mülkünde istediği gibi tasarruf eder, ancak başkalarının hakkı ona taalluk ederse, mülk sahibi onda istiklal üzere tasarruftan men edilir. Mesela üst tarafı birinin ve alt tarafı başkasının olan binada üst taraf sahibinin alt tarafta karar hakkı ve alt taraf sahibin alt tarafta çatı hakkı yani, güneşten ve yağmurdan örtünme korunma hakkı olmakla birisi diğerin izni olmadıkça ona zararlı olan bir şey yapamaz ve kendi binasını yıkamaz."

zaruret acil olduğu için onu "Hiç kimseye başkasının mülkünde onun izni olmadan bir tasarrufta bulunması caiz değildir" hükmünü içeren 96 sayılı kaide ile çelişen bir tutuma sevk etmişse, bu "Zaruretler mahzurlu şeyleri mübah kılar" hükmünü barındıran 21 numaralı külli kaidenin bir uygulaması olarak kabul edilir.

Özetle şuna işaret etmek gerekir; yargıcın, külli kaidelerin devamlılığı hususunda; anlaşmazlıkların çözümünde başvuracağı kanuni kaideler silsilesi içindeki konumunu bilmeyi gerektirir. Bu konuda, bazı hukukçular, külli kaidelerin sadece genel ilkeler olduğunu ve bu (hukuki kurallar) silsilesinde merkezde yer almalarının gerekli olmadığını savunmuşlardır. Ancak biz bunun aksini düşünüyoruz. Çünkü külli kaideler, ferî hükümlerin illetlerinden hareketle hukukun var ettiği, kanunlaştırılmış kapsamlılık sıfatını haiz genel kurallar olması yönüyle genel prensiplerden ayrılmaktadır. Oysa genel ilkeler kanunlaşmamış ilkeler olup, içtihadın elindeki ihtilaf çerçevesinde uygun gördüğü çözüme uyan kurallardır. Yani genel ilkelerin istinbat edilme faaliyeti, külli kaidelerin çıkarılması faaliyetinin aksine yargıcın kişisel takdirine dayalıdır.

Aslında külli kaideler hukuki metinlerdir; ancak bunlar doğrudan tatbik için değildir. Bu duruma Mecelleyi kontrol eden heyetin raporunda şöyle yer verilmiştir: "Evet, Şeriat hâkimleri, açık bir metine dayanmadan, yalnızca bu kaidelerden birine dayanarak hüküm veremezler". Bu ise, külli kaidelerin doğrudan tatbik edilemeyen yasal metinler olduğunu söylememize; külli kaidelere başvurmanın veya ona rücu etmenin, ancak ferî hükümlerin yetersizliği durumunda veya onlardaki belirsizliğin ortadan kaldırılması için mümkün olabileceğini ifade etmemize yol açmaktadır.

Bu zikredilenler, külli kaidelerin, hüküm beyanı için yargıcın başvurduğu hukuki kurallar silsilesindeki yerini belirtmektedir. Külli kaidelerin, yargıcın görevlerine ilave edilmesi gereken, gizli kalmış son derece önemli bir başka rolünün daha bulunduğuna işaret etmemiz gerekiyor. Yargıç, önünde bulunan anlaşmazlığın çözümünde, vakalara ilişkin takdir yetkisi olarak bilinen hususu uygular ve bu sırada da, uygun çözümün belirlenmesi için hazırlık olması amacıyla, davanın çelişen çıkarlarını kontrol etmeye çalışır. Bu takdir yetkisi, şahsi bir karaktere sahip olup, kontrollerden bağımsız kaldığında keyfi, zorlayıcı bir yetki ile sonuçlanır. Bu açıdan bu külli kaideler; bu yetkinin uygulanmasını denetleyecek yargıcın, karşılıklı çıkarları kontrol etmesini, bu çıkarlar arasında denge sağlayarak uygun hükmü ortaya koymasını belirler ve yasa koyucunun amaçları ile uyumlu olmasını sağlar.

Sonuç

Mecelle; hakkında tüm söylenenlere, Lübnan hukuk sisteminin bir parçası olarak kabul edilmesine, külli kaidelerinin sadece içerde değil, uluslararası ticaret açısından değerlendirildiğinde onun ilk nüveleri olarak kabul edilebilmesine rağmen -ki tüm toplumlarda bu konuda bir konsensüs bulunmaktadır-; bu kaidelerin ve hükümlerin uygulanmasında, tarihinden itibaren olmak üzere hâlâ çok çekingen davranılmaktadır. Bunun anlamı şudur: bu Mecelle, kapsadığı bu kaideler, hâlâ gün yüzüne çıkmamıştır ve onları çok az kişi bilmektedir. Şüphesiz ki bunun çözümü ise, Mecelle'nin özellikle de külli kaidelerinin hukuk fakültelerinde müfredata dâhil edilmesi, araştırma ve inceleme konusu yapılmasının teşvik edilmesi ve bunların tanıtılması amacıyla çok sayıda seminer düzenlenmesidir. Bu bağlamda düzenlenen bu akademik konferansın önemi de burada ortaya çıkmaktadır. Onu sahiplenmemiz için şu sebep yeterlidir: "Âlimlerimizin mirası yükselmemizin sebebidir."

"OSMANLI SONRASI BOSNA'DA AVUSTURYALI HAKİMLER MECELLEYİ UYGULADILAR MI?"

Mehmed BEĆİĆ

Saraybosna Üniversitesi - Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Bölümü

İletişim: m.becic@pfsa.unsa.ba; mehmed_becic@hotmail.com Gsm: + 387 61 832 462

1878 Avusturya-Macaristan işgalinden sonra Bosna'da Osmanlı hukuki mirasının *Sürekliliği ve Değişimi*

1878 Berlin Antlaşması'nın imzalanması ve Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun Bosna-Hersek'in işgali ile birlikte, bu bölgede 400 yıllık bir Osmanlı egemenliği sona ermiştir. Vilayet-i Bosna, yeni bir Avrupa gücü olan Avusturya-Macaristan otoritesinin yetkisi altındaydı ve o zamandan beri resmî olarak Bosna-Hersek olarak bilinmektedir. Avusturya-Macaristan Monarşisi bu ülkeyi, Bosna-Hersek'in ilk Yugoslav devletinin (*Slovenya, Hırvatlar ve Sırplar - Sırplar, Hırvatlar ve Slovenler Krallığı*) bir parçası hâline geldiği 1918 yılına kadar 40 yıl boyunca yönetmiştir.

Osmanlı yetkililerinin ayrılışı ile birlikte Bosna'da Osmanlı hukuku ilga edilmemiştir. Yeni hükümetin temel yasama ilkesi şuydu: *Mevcut Osmanlı kanunları, yeni yasalarla değiştirilinceye kadar yürürlükte kalacaktır.* Bu ilke, 28 Temmuz 1878'de yayınlanan Bosna-Hersek halkına bildirimde bulunan Avusturya-Macaristan hükümdarı tarafından başlatıldı. Bu fermanda, mevcut yasa ve kurumların keyfî olarak aşamalı hâle getirilmeyeceği, geleneklerin korunmaya devam edeceği ve "eski yasaların yeni bir yasa çıkana kadar geçerli olacağı"[1] vaat edildi. Monarşinin bu siyasi girişiminden sonra, Ortak Avusturya-Macaristan hükümeti, Bosna'da yasal ve kurumsal süreklilik ilkesini şart koşan, ilk yasal olarak bağlayıcı hükmünü yayınladı. Bu, 29 Ekim 1878 tarihli Geçici Ferman'dır. (*Provizornogdjelokrugaradapoglavara Zemaljskevlade od 29. oktobra* 1878.), "ülkedeki mevcut yasalar ve normların yerine geçene kadar [fermanın] yürürlükte kalacağı" belirtilmiştir. Ayrıca, aynı maddede, Saraybosna sancağının [eyalet hükümetinin], "ülkenin refahı", "Avusturya-Macaristan Monarşisi'nin devlet çıkarları", "genel kabul görmüş yasal ilkeler" ya da "devletin menfaatleri" için gerekliyse, bu yasalar ile değiştirilmek üzere daha fazla önlem alacağı ifadesi şart olarak yer almıştır (Bkz Madde 6).[2]

Bu asayiş ile ilgili kanunları çıkartarak, Bosna-Hersek'te Osmanlı hukukunun ayakta kalması için bir normatif çerçeve oluşturuldu. Bununla birlikte, Bosna'daki mevcut yasaların sürekliliği, *Osmanlı hukuksal çoğulculuğu* kavramının devamlılığı anlamına da geliyordu. Hükümet, özel emirler vererek (örneğin, 30 Aralık 1878 tarihli ve 436 sayılı Saraybosna sancağı tarafından verilen

[1] Bildiri an die Bewohner von Bosnien und der Hercegovina., (*Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, I Band, AllgemeinerTheil, Wien, 1880., 3- 4.).

[2] „ImAllgemeinenbleiben die imLandebestehendenGesetze und Normenbiszuihrer Abänderung aufrecht. Der Chef der Landesregierung hat jedoch in Fällen, in welchen das Landeswohl, das Staatsinteresse der österreichisch-ungarischen Monarchie oder allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze eine Aenderung unumgänglich erfordern, im Sinne der §§. 9 und 14 der provizorischen Wirkungskreises vorzugehen." (*Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, I Band, AllgemeinerTheil, Wien, 1880, 13.).

Mahkemelerin Teşkilatına Dair Nizamname), Bosna'daki Osmanlı yasal mirasının tüm unsurlarını iktidarda kalmak üzere düzenlemiştir: Osmanlı Devleti kanunları (Tanzimat döneminden emirler, yasalar ve kanunlar), şeriat hukuku; gayrimüslimlerin dinî ve geleneksel kanunları (*millet*) ve yabancı ülkelerin yasaları (elçilikler bünyesinde uygulanan).[3]

Bosna-Hersek'teki yönetiminin ilk aylarında bile, Avusturya-Macaristan hükümeti, Osmanlı hukukunun sürekliliği ilkesine tam olarak riayet edilemediğini fark etti: Osmanlı devlet mevzuatı yeni yönetim için bilinmeyen ve erişilemez bir içerikte idi; askerî müdahale ve işgal süreci, sivil yönetim ve yargının askıya alınmasıyla sonuçlandı; pek çok Osmanlı yetkilisi ülkeyi terk etti. Saraybosna'daki Askeri Komuta Avusturya-Macaristan Hükümetine 1878 yılının Ekim ayı sonunda ülkede bu durum hakkında bilgi verdi.[4] Bosnalı Komisyon, 17 Kasım 1878'de Budapeşte'de düzenlenen bir müzakerede aynı konuyu ele aldı.[5] Müttefik Avusturya-Macaristan Hükümetinin (Maliye Bakanlığı) mahkemeler için özel yasalar çıkartmasının sebebi de aslında buydu. (29 Aralık 1878 tarihli ve 645 sayılı Emir, 1 Ocak 1879 tarihli ve 693 sayılı karar). Hükümet bir kez daha mahkemelerin medeni hukuk davalarını ele alırken mevcut Osmanlı hukukunu uygulamak zorunda olduklarını açıkladı. Ancak, Osmanlı hukukunun uygulanamaz, karar verilememesi ya da en basit hâliyle karar vermede yetersiz kalması durumunda, mahkemelere Avusturya-Macaristan'dan medeni yasaların uygulanmasına izin verildi.[6]

1878 yılının sonlarında kurulan ve yukarıda belirtilen normatif çerçeve, Bosna-Hersek'teki asayişin tanzim edilmesi, uygulanması ve dönüştürülmesi için hukuki zemini ifade etmekteydi. Buna dayanarak, yeni yönetim Bosna-Hersek'te üç genel yasal reform stratejisi belirledi:

* *mevcut hukukun geçici sürekliliği*, yani Osmanlı devlet mevzuatı ve işgalden önce var olan diğer devlet dışı yasal / normatif sistemler;
* Bölgesel / yerel (Osmanlı) kanunlarının bulunmaması durumunda, Avusturya-*Macaristan yasalarının iştiraki ve eşlenik uygulaması* geçerli değildi ya da karar alma süreci ve mekanizması için yeterli değildi;
* Bosna-Hersek için yeni yasalar, kararnameler ve emirler çıkararak *mevcut yasal sistemin aşamalı olarak dönüşümü.*

Yine de, bazı yasal alanların yerini yeni yasalar çıkararak çok geçmiştir. Bu noktada bazı örnekleri sıralayabiliriz: 1879'da Bosna-Hersek için yeni bir Ceza Yasası düzenleyen yeni hükümet,[7] 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nu (aslında 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun değiştirilmiş bir yasal aktarımı) yürürlükten kaldırmıştır; Bosna-Hersek için yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (1880)[8] eski Osmanlı kovuşturma uygulamasının yerini aldı (Tanzimat döneminden yeni Osmanlı Ceza

[3] 30. 1878 SayılıMahkemelerinÖrgütlenmesiHakkındaKararın 7. Maddesive 8. Maddesi. 436.(Circularerlass der Landesregierung in Sarajevo vom 30. December 1878, Nr. 436 Just., betreffend die Organisation der Gerichte (*Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 5.).

[4] *Sammlung der fürBosnienund die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 6-8.

[5] HamdijaKapidžić, *Hercegovačkiustanak 1882. godine*, Veselin Masleša, Sarajevo, 1958, 25-26.

[6] *Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen,* II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881.,, 15.

[7] StrafgesetzüberVerbrechen und Vergehen (*Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 79-162.).

[8] Strafprocessordnung (*Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881.,, 191-265.).

Muhakemesi Kanunu 1879'da yayınlandı, bu yüzden Bosna'da hiç yürürlüğe girmedi);[9] Bosna-Hersek için yeni ticaret yasası (1883), Osmanlı ticaret hukukunun yerini aldı [10] (ki bu da Fransız Ticaret Kanunu'nun değiştirilmiş bir aktarımıdır)[11]; Bosna-Hersek için yeni Hukuk Usulü Kanunu (1883)[12] Mecelle'nin usul kurallarının (sadece medeni hukuk / nizamiye mahkemeleri için),[13] yerini aldı, vs. Bosna-Hersek için tüm yeni yasalar, Avusturya yasalarının az ya da çok değiştirilmiş yasa aktarımları / hukuki değişiklikleri olarak yeniden kaleme alındı.

Bununla birlikte, esasa müteallik hukuk alanında yeni yasalar yerini almamış, ancak *Osmanlı'nın yasal çoğulculuk kavramını* korunmuştur: Tanzimat döneminden kalan Osmanlı devlet yasaları, şeriat hukuku, gayrimüslim dini hukuku ve örfi hukuk yürürlükte kalmıştır.[14] Bu yüzden Osmanlı Medeni Kanunu olan *Mecelle* resmen yürürlükte kaldı. Bu yasa, işgalden sonra Bosna-Hersek'teki medeni ya da *nizamiye* mahkemeleri için bağlayıcı bir yasal kaynak olarak kaldı.

Osmanlı Hukukuna karşı Avusturyalı Yargıçlarla Yüzleşme

Avusturya-Macaristan hükümeti, Tanzimat döneminden kalan mevcut Osmanlı mahkeme sistemi temelinde Bosna-Hersek'teki yargıyı yeniden düzenlemeye karar verdi. Nizamiye ve şeriat mahkemeleri arasında ayrım korundu.[15] Şeriat mahkemeleri, Müslümanların kişisel durumları ve vakıf davaları için özel mahkemelere dönüştürülürken,[16] diğer yandan, medeni hukuku mahkemeleri diğer tüm cezai ve hukuki davaları için genel yargılama mahkemelerine dönüştürüldü.[17] Bosna'daki Osmanlı egemenliği sırasında, *naip* ya da *kadı* mevkisine sahip olan Şeriat hâkimleri - ki her iki mevkide de - mahkemelerin başkanlarıydı ve nizamiye mahkemelerinin yargı dairelerine başkanlık

---

9 About the new criminal law (1879) and the criminal procedural law (1880) in Bosnia-Herzegovina, see: Mehmed Bećić, „Recepcijakrivičnogprava u BosniiHercegovini u drugojpolovini XIX stoljeća“, *GodišnjakPravnogfakulteta u Sarajevu*, LIX-2016, PravnifakultetUniverziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2016, 219-244.

10 TrgovačkizakonzaBosnuiHercegovinu (*ZbornikzakonainaredabazaBosnuiHercegovinu*, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 308-439.).

11 NizayziBerkes, *The Development of Secularism in Turkey*, Hurst and Company, London, 1998., 162.

12 *ZbornikzakonainaredabazaBosnuiHercegovinu*, Godina 1884., Sarajevo, 1884., 259-411.

13 1883'ten sonraBosna'dakisivilprosedürreformuüzerine, bkz. Mehmed Bećić, „Austrougarskareformapravosuđaigrađanskogpostupka uBosniiHercegovini“, *GodišnjakPravnogfakulteta u Sarajevu*, LVIII-2015, PravnifakultetUniverziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2015, 107-124.

14 Bosna'dakiOsmanlısivilmirasınınvarlığıiçinbkz: Mehmed Bećić, „Das Privatrecht in Bosnien-Herzegowina (1878-1918): ZurKoexistenzösterreichischer und ottomanischerRechtsinstitutionen“, u: Thomas Simon (Hg.), *Konflikt und Koexistenz. Die RechtsordnungenSüdosteuropasim 19. und 20. Jahrhundert, Band II, Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien*, Vittorio Klostermann, 2017., 87-135.

15 Bkz: *Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen,* II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881.,, 3-15.

16 *ZbornikzakonainaredabazaBosnuiHercegovinu*, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 538-542.; Eugen Sladović, *Priručnikzakonainaredabazaupravnuslužbu u BosniiHercegovini*, 329-333. 1878'den sonraBosna-Hersek'tekişeriatmahkemelerininreformuüzerinebkz: EnesDurmišević, *Šerijatskopravoinaukašerijatskogprava u BosniiHercegovini u prvojpolovini XX stoljeća*, PravnifakultetUniverziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008.; FikretKarčić, *Šerijatskisudovi u Jugoslaviji 1918 - 1941.*, Fakultetislamskihnauka u Sarajevui El-Kalem, Sarajevo, 2005.; AbdulahBušatlić, "O ustrojstvuinadležnostišerijatskihsudova u BosniiHercegovini", *Arhivzapravneidruštvenenauke*, Godina XIII, Drugokolo, Knjiga VII (XXIV), Broj 2., Beograd, 1923., 116-124.; MihajloZobkow, "Šerijatskisudovi", *Arhivzapravneidruštvenenauke*, Godina XIII, drugokolo, knjiga VIII(XXV), broj 1., Beograd, 1923., 49-59.

17 *Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 3-5.; 12-15. Bosna-Hersek'tekiyargıreformu: Mehmed Bećić,Das Privatrecht in Bosnien-Herzegowina (1878-1918): ZurKoexistenzösterreichischer und ottomanischerRechtsinstitutionen“, 79-82.; Mehmed Bećić, *PrimjenaOpćeggrađanskogzakonika u praksiVrhovnogsudazaBosnuiHercegovinuzavrijemeaustrougarskeuprave,* Unpublished master thesis, PravnifakultetUniverziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2013., 6-56.

edebiliyorlardı.[18] Bosna bu anlamda bir istisna değildi, çünkü aynı uygulama Osmanlı İmparatorluğu'nun diğer illerinde de gözlemlenmekteydi.[19] Bu durum, Avusturya-Macaristan işgali ile değişti: yeni hükümet, şeriat hâkimlerinin tekelini kaldırdı. Yerel / Bölgesel hâkimler - yani Müslümanlar - yalnızca şeriat mahkemelerinin yargıçları olarak tutulurken, medeni veya nizamiye mahkemelerindeki pozisyonlar Avusturya-Macaristan'dan yeni adli yetkililerle dolduruldu.[20]

Arşiv kaynaklarını analiz ederek, kişilerin geçmişi, din, eğitim, dil becerileri, önceki pozisyonları ve yeni hâkimler hakkındaki diğer veriler konularında bilgi edinebiliriz.[21] Bu kaynaklardan nizamiye mahkemelerindeki yeni hâkimlerin sadece Avusturya-Macaristan yetkilileri olduğu sonucuna varabiliriz.[22] İmparatorluğun farklı bölgelerinden geliyorlardı, ama çoğunlukla Slav kökenliydiler: Hırvatistan, Slavonya, Dalmaçya, Polonya ve Bohemya. Yeni yönetim, bu ülkelerden memurları tercih etti çünkü ana dilleri Boşnakçaya benziyordu. Aslında, hâkimler genellikle iki veya üç dil konuşabiliyorlardı: Slav dillerinden birisi ve Almanca. Bu onları Bosna-Hersek'te hizmet için uygun adaylar haline getirmekteydi. Onların da benzer bir eğitim geçmişi vardı - bu avukatlar, Viyana, Prag, Zagreb, Graz, Budapeşte ve Kraliyetin diğer üniversitelerden hukuk diploması olan, Avrupa hukuk geleneğine uygun olarak okullarda yetişmişlerdi. Bundan sonra ise devlet memuru oluyorlardı.[23] Alt mahkemelerin adli makamları genç ve daha az tecrübeli avukatlarla doluyken, bölge mahkemelerindeki yüksek mevki ve Saraybosna'daki Yüksek Mahkeme daha fazla deneyime sahip avukatlar için ayrılmıştı.[24]

Buna göre, Bosna-Hersek'in işgalinden sonra nizamiye mahkemesi hâkimlerinin devri gerçekleşmiştir: Osmanlı ve İslam hukuk kültürünün avukatları olan *kadı* ve *naipler*, Avrupalı Medeni hukuk kültürünün avukatları ve Alman hukuk geleneğinin bir parçası olan hukukçular ile Avusturya-Macaristan yetkilileri tarafından değiştirilmiştir. Yeni yargıçların Osmanlı yasalarına dair hiçbir tecrübesi yoktu. Şeriat ve Osmanlı hukuku onlar için tamamen yabancıydı. Ayrıca Türkçeye de

---

[18] Eduard Eichler, *Das JustizwesenBosniens und der Hercegovina*, Landesregierungfür Bosnien und die Hercegovina, Wien, 1889., 60. Örnek olarak, XIX yüzyılın 60'lı ve 70'leri boyunca Mostar'daki kadı ve naipleri zikredebiliriz: Mehmed Hilmii Ahmed Rešid (1860.), Sejjid Ahmed Hilmii Ahmed Rešid, naib (1861.), Sejjid Ali Sidki, Sulejman Nedžib, naibi Alija (1862-1864.), Sulejman Rušdi, Sejjid Ali Sidkii Ahmed Šaćir (1865-1869.), Sejjidhadži Mehmed Arif (1870. i 1871.), Mustafa Hasib, Mustafa Izuddinefendići Sulejman (1872.), Mustafa, naib, Sejjid Mehmed Fevzi, Omer LutfiihadžiSeid Mehmed (1873-1876.), Sejjidhadži Mehmed FevziiRešidhadži Mehmed (1877.), Mehmed Se'di Omer Hilmi (1878.) itakodalje. (HivzijaHasandedić, „Mostarskikadilukinjegovekadije", *Hercegovina: Časopiszakulturnoihistorijskonaslijeđe*, 10, 1998, 29-30.).

[19] Osmanlı reformcuları şeriat ve medeni mahkeme sistemleri arasında açık çizgiler çizmeye çalıştılar. Bununla birlikte, alt-mahallelerin alt idari düzeyindeki reform döneminin çoğunda şeriat mahkemeleri yargıçlarının ilk derece (*bidayet*) nizami mahkemelerine de başkanlık ettikleri akılda tutulmalıdır. "(Iris Agmon,„ Kayıt) Şeriat Geçiş Mahkemesi, 1865-1890 "İslam HukukuveToplum, 11, 3, 2004., 341.). Ayrıcabakınız: Avi Rubin, OsmanlıNizamiyeMahkemeleri: Hukuk ve Modernite, 62-81. Ruth A. Miller, „Mürtedler ve Haydutlar: Geç Osmanlı Ceza Hukukunun Yönetiminde Dini ve Seküler Etkileşim", Studia Islamica, Sayı 97, 2003, 172-178.

[20] Hamdija Kapidžić, *Hercegovačkiustanak 1882 godine*, 27.; See also: TomislavKraljačić, *Kalajevrežim u Bosnii Hercegovini (1882-1903)*, Veselin Masleša, Sarajevo, 1987, 438-441.

[21] Yeniden düzenlenmiş medeni (nizamiye) mahkemelerindeki yeni hakimlere ilişkin arşiv kayıtlarına bakınız:*Arhiv BiH, Vrhovnisudza Bosnui Hercegovinu, Personalije.*

[22] Bosna-Hersek'tekiAvusturya-Macaristanyönetimisırasındatümyargıçların (şeriatmahkemelerivesivilmahkemeler) isimleri, bu dönemdeki yıllık dergilerde bulunabilir: *Bosanskiglasnik*/*BosnischerBote* (*Universal-Hand- und Adressbuch für Bosnien-Hecegovina*) and *Bošnjak, kalendar*.

[23] Mehmed Bećić, „Das Privatrecht in Bosnien-Herzegowina (1878-1918): Zur Koexistenzösterreichischer und ottomanischer Rechtsinstitutionen", 82-87. Yargıçların bu tanımı, hakemlerin arşiv kaynaklarının ve biyografilerinin bir analizi ile elde edilmiştir. Bkz: ArhivBiH, Vrhovnisudza Bosnui Hercegovinu, Personalije. (Martin Kenđelić, Franz Tschoffa, LavoslavVragović etc.).

[24] Eduard Eichler, *Das JustizwesenBosniens und der Hercegovina*, 145.

aşina değildiler, dolayısıyla *Düstur'*dan gelen yasaları kullanamadıklarını ya da okuyamadıklarını söylediler.

Bu nedenle, hükümet, bu yeni yetkililerin tamamen farklı bir hukuk kültüründen doğan kanunları - oldukça tuhaf ve artık kullanılmayan yasaları - nasıl uygulayacağı sorusuyla karşı karşıya kaldı. Hükümet bu sorunun farkındaydı, bu yüzden Osmanlı Kanunlarının yer aldığı *Düstur'*un Almancaya çevirmesini emretti (1 Ocak 1879 Sayılı 693 B.H.)[25]. Bundan sonra, Osmanlı yasalarının incelenmesi için özel bir komisyon oluşturuldu. Kanunlar daha sonra Viyana'daki Oryantal Akademi ve Saraybosna'daki il hükümetinin Mütercim Tercümanlık Departmanı tarafından tercüme edildi[26]. Sonraki birkaç yıl içinde pek çok Osmanlı yasası ve yönetmeliği Almancaya çevrildi. Sonra yeni hükümetin hususi emirleri adıyla yeniden yayınlandılar[27]. Resmi çeviriler, 1880/81 yıllarında *Sammlung der für Bosnienunddie Hercegovinaerlassenen Gesetze, Verordnungenund Normalweisungen* (Bosna-Hersek'e has hükümler, emirler ve kaideler) adlı hususi bir kanun derlemesi olarak neşredildi. Bu derleme üç cilde bölünmüştür. Sayıca en fazla Osmanlı kanunu (Almanca çevirisinde) ikinci ciltte - *Justizverwaltung* (Adalet İdaresi) yayınlanmıştır. Derlemenin zikredilen bu cildi Tanzimat döneminden altmışın üzerinde yasa ve yönetmelik içermekteydi. Bu hukuki işlemler; toprak ve arazi sahipliği ve tapu kaydı (tapu), şeriat hükümlerinin uygulanması, Müslümanların yaptığı bağışları (vakıflar), ticaret yasalarını, yetimlerin haklarının korunması gibi farklı yasal alanları kapsamaktadır[28].

Burada, bu Koleksiyonda yayınlanan bazı yasaları listeleyebiliriz: Devlet arazisine ilişkin düzenlemeleri içeren 1858 Osmanlı Kara Kanunu (7 Ramazan 1274 Yasası veya Arazi Kanunamesi veya Ramazanskizakon); Tarım ilişkileri ile ilgili 14 Sefer 1276 (1859) kararı (Bosna'daki mal sahipleri ve kiracılar arasındaki haklar ve yükümlülükler); Devlet arazilerinin mirasına ilişkin 17 Muharrem 1284 (1867) yasası; vatandaşların yaşlılıklarıyla ilgili 16 Zilhicce 1286 (1869) Osmanlı hukuku; Özel mülkiyetin kamulaştırılmasıyla ilgili olan 4 Recep 1272 (1855) kanunu; Bina ve yol inşaatı ile ilgili 7 Cemaziyelevvel 1280 (1863) kanunu; tedrisat vb. ile ilgili 25 Cemaziyelahir 1285 (1868) kanunu[29].

Yayımlandıktan sonra, bahsi geçen derleme resmi kullanım için tüm mahkemelere ve idari kurumlara gönderilmiştir[30]. Böylece, Avusturya-Macaristan'ın yeni yargıçları ve diğer yetkilileri, Tanzimat döneminin Osmanlı sivil yasama organını kullanabildiler. O dönemde mahkeme kararlarını analiz ederek, Avusturya-Macaristan yargıçlarının aslında *Düstur'*dan (Almanca çevirisinden) birçok Osmanlı yasasını uyguladıkları sonucuna varabiliriz. Osmanlı hukuku en çok arazi ve mülk hukuku davalarında uygulanmıştır. Bu gibi durumlarda hâkimler düzenli olarak Osmanlı Arazi Kanunu ve toprak sahibi ile ilgili diğer yasaların maddelerini uygulamışlardır. Aynı dava, diğer birçok Osmanlı

---

25 *Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 8.

26 Arhiv Bosnei Hercegovine, Zemaljskavladaza Bosnui Hercegovinu, 11, 24/19, 1881.

27 Eduard Eichler, *Das JustizwesenBosniens und der Hercegovina*, 173.

28 FikretKarčić, „Survival of the Ottoman-Islamic Laws in post-Ottoman Times in Bosnia and Herzegovina", in: Thomas Simon (Hg.), *Konflikt und Koexistenz. Die RechtsordnungenSüdosteuropasim 19. und 20. Jahrhundert, Band II, Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien*, Vittorio Klostermann, 2017., 56.

29 See: *Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 275-514.; FikretKarčić, „Survival of the Ottoman-Islamic Laws in post-Ottoman Times in Bosnia and Herzegovina", 56-65.

30 Eduard Eichler, *Das JustizwesenBosniens und der Hercegovina*, 174.

yasa ve yönetmeliğiyle de görülebilmekteydi[31]. Osmanlı yasaları Avusturya-Macaristan ve Yugoslavya döneminde[32] yavaş yavaş kaldırıldı. Bazı Osmanlı yasaları yürürlükte kaldı ve yeni yasa ve yönetmeliklerle değiştirildi (1884'te Bosna-Hersek için yeni Tapu Kanununun yürürlüğe girmesi ile Osmanlı Arazi ve Mülkiyet Yasası'nın değiştirilmesi gibi)[33]. Ancak, bazı yasalar Osmanlı sonrası dönemde yürürlükte kaldı, bazı yasalar değiştirildi ve bazı yasalar kaldırıldı. Dolayısıyla, Osmanlı yasal mirası, Bosna'daki Osmanlı ve Avusturya-Macaristan yönetiminden daha uzun süre hayatta kaldı.

Mecelle'nin Yeni Sivil (Nizamiye) Mahkemelerinde Uygulanması

Osmanlı Medeni Kanunu - Mecelle diğer Osmanlı medeni kanunları ile aynı kadere sahip değildi. Mecelle, zorlanmadan, şeriat mahkemelerinde uygulanmaya devam etti. Bu tamamen anlaşılabilir bir durumdu: bu mahkemelerde yargıçlar hep Müslümanlardan oluşmaktaydı - yerel ulema - şeriat hukukçuları olarak, içeriği, kurumları ve bu Kanunların ifade dilini biliyordu. Bu nedenle Mecelle, 1946'ya kadar Bosna-Hersek'teki bu mahkemelerin lağvedilmesi üzerine, şeriat mahkemelerinde uygulanmaya devam etmiştir[34]. Mecelle'nin esaslı ve usul hukuku kaynağı olarak kullanılmaya devam ettiği süre boyunca Bosnalı kadılar ile şeriat mahkemelerinin şeriat hükümlerini uygulanmasından farklı olarak, medeni (nizamiye) hukuk mahkemelerinin kararlarında, yeni Avusturya-Macaristanlı yetkililerle Mecelle uygulaması önemli ölçüde azaltılmıştır.

Bunun nedeni uygun bir Mecelle çeviri olmamasıydı. Tanzimat dönemi medeni hukuk kanunlarının aksine, Mecelle resmi olarak Almancaya tercüme edilmedi. 1881 yılı Derlemesinde, sadece bir kısmı Almanca olarak yayınlandı: teminat - *rehin* ile ilgili beş madde (701-706)[35] ve *mülk* ilgili kurallar (madde 998-1002)[36] çevrilmiştir. Mecelle'nin geri kalanı Almancaya tercüme edilmedi ve bu bahsi geçen Derlemeye dâhil edilmedi.

Asıl sorun Osmanlı Medeni Kanunu'nun büyük hacimli bir külliyat olması idi. Hükümet, o dönemde yayınlanması planlanan Mecelle'nin Fransızca çevirisi için geçici olarak beklemeye karar verdi[37]. Aslında, Fransızca çeviri hükümete ve Saraybosna'daki Yüksek Mahkeme'ye teslim edildi.

---

31 Adli uygulamada (hukuk davaları) ve Osmanlı hukukunun Bosna'daki Osmanlı-sivil / nizamiye mahkemelerinde uygulanması bkz: Mehmed Bećić, *PrimjenaOpćeggrađanskogzakonika u praksi Vrhovnogsudaza Bosnui Hercegovinuzavrijemeaustrougarskeuprave*, Unpublished master thesis, PravnifakultetUniverziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2013., 128-163.

32 FikretKarčić, „Survival of the Ottoman-Islamic Laws in post-Ottoman Times in Bosnia and Herzegovina“, 56.

33 Bosna'da yeni Tapu Sicil Yasası'nın kabul edilmesinden sonra Osmanlı mülkiyet hukukunun değiştirilmesinde, bkz: Mehmed Bećić, „Das Privatrecht in Bosnien-Herzegowina (1878-1918): ZurKoexistenzösterreichischer und ottomanischer Rechtsinstitutionen“, 94-98.

34 FikretKarčić, *Šerijatskisudovi u Jugoslaviji1918 - 1941.*, Fakultetislamskihnauka u Sarajevui El-Kalem, Sarajevo, 2005. 108-110.; 120-121.

35 Vorschriftenüber das Pfandrechtausdem IV. Buche der Civilrechtsgesetze, vom 14. Muharem 1288 (1871.), *Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 349-356.

36 Bestimmungenüber die Execution von Mobiliar- und ImmobiliarobjectenfreienEigenthums (Mulk), aus der ottomanischenCivilgesetzessammlung IX. Buch, vom 25. Zilkade 1289 (1872.), *Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 491-492.

37 Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, 173-174.

Ama bu pek faydalı bir girişim olmadı. Mecelle, işgalden sonraki ilk yıllarda Avusturya-Macaristan yargıçlarının çoğu için bilinmez ve anlaşılmaz bir metin olarak kaldı.[38]

Avusturya-Macaristan yargıçları Mecelle'ye erişemedikleri için Avusturya-Macaristan'dan medeni hukuk yasalarını uygulamaya başladılar. Aslında Mecelle'nin bu hâkimler tarafından kullanılamaması, *Avusturya Genel Medeni Kanunu'nun* 1811'den itibaren sivil (nizamiye) hukuk mahkemeleri için ek bir yasal kaynak olarak uygulanmasının bir sebebi olmuştur. Yasanın uygulanmasına ilişkin yasal dayanak, 29 Aralık 1878 tarihli Avusturya-Macaristan Ortak Hükümeti (Maliye Bakanlığı) ve 1 Ocak 1879 tarihli Emri[39] idi. Daha önce de belirtildiği gibi, bu kanunlar/emirler, Avusturya-Macaristan'dan ithal edilen medeni hukukun uygulanmasına imkân vermiştir. Avusturya-Macaristan yasası, yerel/bölgesel (Osmanlı) kanunun eksik olması durumunda geçerli değildi ya da hukuk davalarında karar alma için yeterli değildi.[40] 1811'den itibaren Avusturya Genel Medeni Kanunu'nun *expressisverbis (net biçimde ifade edilme)* olmadığı ifade edilmesine rağmen, hükümet bu emirlerin Avusturya Kanunlarının uygulanmasına yol açacağının farkındaydı, çünkü o zamanlar Avusturya-Macaristan'daki tek medeni hukuk düzenlemesi ellerinde mevcut olan kanunlardı.

Avusturya Medeni Kanunu, Bosna-Hersek'te resmi olarak ilan edilmemesine rağmen, esasa müteallik hukukun ana kaynaklarından biri haline geldi. Avusturya Medeni Kanununun aktarılması/nakli, Bosna-Hersek'teki yeni yasal seçkinlerin temsilcileri olarak - hukuk alanındaki elitlerin - yani yeni Avusturya yargıçlarının yargı uygulamalarının sonucuydu. Onların bakış açısından Avusturya Kanunu'nun bir prestij ve otorite statüsü vardı (Alan Watsons, *Legal TransplantsThesis*)[41].

Bu kanunların "İçeriğine" kolayca erişilebilmekteydi ve bu metnin içeriği iyi bilinmekteydi, bu nedenle de hâkimler Mecelle'nin yerini tutmak üzere ek bir yasal kaynak ve yedek kanun olarak düzenli bir şekilde bu metinlere başvurdu. O dönemde bir avukat olarak çalışan Ivo Pilar, 1911'de kendisi gibi, Avusturya Slav'ı olan, yeni avukatların Avusturya Medeni Kanunu'na çok yakından bildiklerini yazdı. İşte bu nedenle, bu Kurallar, resmen olmasa da, Bosna-Hersek'te hukuk uygulamalarında pratik olarak kabul edilmiş oldu.[42]

Birçok mahkeme kararı ve resmi raporlar, işgalin ilk yıllarından beri hâkimlerin hukuk davalarında Avusturya Genel Medeni Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin bir alışkanlık geliştirdiğini doğrulamaktadır. Bu bağlamda Mecelle'nin uygulanması bir istisnaydı - yalnızca bu Yasanın

---

38 Michael Zobkow, "Die Anwendung des allgemeinenbürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina", in: *Festschrift zurJahrhundertfeier des allgemeinenbürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911*, Wien, 1911., 731.

39 Mehmed Bećić, „Historijska i pravna osnovanost primjene Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini nakon okupacije 1878. godine", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIV-2011, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2011, 63-79; Mihajlo Zobkow, *Primjenjivanje austrijskog općeg gradjanskog zakonika u Bosni i Hercegovini*, Preštampano iz „Mjesečnika", Zagreb, 1921., 5.; Ivo Pilar, "Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischenallgemeinenbürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowinaunter besonderer Berücksichtigung der Immobilienrechtes",u: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches* 1. Juni 1911, Wien, 1911, 705.

40 *Sammlung der fürBosnien und die Hercegovina erlassenenGesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881. 3.; 15.; 23.

41 About Watsons Legal transplants Thesis, see: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2d edition, University of Georgia Press, 1993.

42 Ivo Pilar, "Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischenallgemeinenbürgerlichenGesetzbuches in Bosnien und der HerzegowinaunterbesondererBerücksichtigung der Immobilienrechtes", 705.

maddelerinin Avusturya-Macaristan yargıçlarınca bilindiği durumlarda uygulamaya konuldu.[43] Avusturya Kanunu, Bosna-Hersek için resmi olarak ilan edilmemesine rağmen, yargıçlar bunu uyguladı ve işgalden sonraki ilk yıllarda mahkeme kararlarında Mecelle'ye sık sık atıfta bulundular. Saraybosna'daki Bosna Hersek Yüksek Mahkemesi, alt mahkemelere (28 Eylül 1881 tarihli) münhasır bir tebligat göndererek bu yanlış uygulamalara tepki gösterdi. Bu kararda alt mahkemelere, Avusturya Yasası'nın Bosna-Hersek'te resmi olarak kabul edilmiş gibi atıfta bulunmadığı konusunda uyarıda bulunulmuştur. Bunun yerine, mahkemeler, mülkiyet kanunu ve borçlar hukuku ile ilgili davalarda, Avusturya Kanunlarının yasal ilkelerini ek bir kaynak olarak kullanmalıdır denilmiştir.[44]

Ancak, adli uygulamalarda Mecelle için bir ihtiyaç hasıl oldu. Hâkimler, Avusturya özel hukukunca bilinmeyen veya farklı şekilde tasarlanmış olan çeşitli yasal konular ve kurumlar hakkında karar vermek zorunda kalıyordu. Bu nedenle de Avusturya-Macaristan yargıçları Saraybosna'daki hükümetten bir talepte bulundu ve Mecelle'nin bazı bölümlerinin tercümelerini istedi. Saraybosna'daki Yüksek Mahkeme'nin ve alt hukuk mahkemelerinin talepleri üzerine, eyalet hükümeti 1883'ten 1890'a kadar belirli Mecelle maddelerinin tercümelerini yaptırıp yayınladı:

- 18 Ekim 1883 tarihli Karar, 497-521 sayılı Maddelerin tercümesini içermektedir (kira ve kira sözleşmelerinde seçme hakkı);[45]
- 25 Şubat 1886 tarihli emir, satın alma sözleşmesi ile ilgili olarak, öncelikli satın alma hakları ve diğer maddeler (109, 320, 337, 364) hakkında 950-956 ve 1008-1044 no.lu maddelerin tercümesini içermiştir;[46]
- 21 Mayıs 1887 tarihli emir, 165'inci maddenin (*laesioenormis* kurumu) çevirisi, 167 (satış sözleşmesinin sona ermesi hakkında kural), 356-358 (satış sözleşmesindeki hile ile ilgili kurallar), 369 (satış sözleşmelerinin bağlayıcılığı), 375 ve 113-115 (gayrı kabul-ü rücu satış sözleşmesi);[47]

---

43 Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, 174.;

44 *Sammlung der JustiznormalienfürBosnien und die Hercegovina*, Band I, Jahrgang 1878-1885, no. 171. „Bei der Rechtssprechung in Civilangelegenheitenzwischen Angehörigendieser Länderinsofernesieausdem Obligationen, oderSachen-Rechteentspringen, istsichzwarmit Ausnahme der vomösterr. Privatrechtenichtgekanntenhierländigenspezifischen Rechtsinstitutionennachdemallgemeinenbürg. GesetzbuchevomJahre 1811 zurichten, und sind die Rechtsprinzipien dieses Gesetzes den diesfälligenErekenntnissenzuGrundezulegen(...) Unzulässigaberistes in den Entscheidungsgründeneinzelner §§ des a. b. G.B. Das isteinesGesetzes, welches in den okkupiertenProvinzennochnicht in Kraft steht- zuzitieren. Da das Obergerichtdanachwahrgenommen hat, dasseinzelneGerichtesichnichtseltenerwähnterZitierungenbedienen, einigesich die Arbeitsogar in der Weise bequemermachen, dasssiesichdaraufbeschränkennur den bezüglichen § nichtaberauch die gesetzlicheBestimmung, die erenthältihremInhaltenachanzuführen, - ergeht an alleGerichte die strengsteWeisung, in hierkunftmehrerwähnteZitierungen, dortwosienicht am Platzesind/: Instruktionüber die Behandlung, der v. den k.u.k.österr.ung. KonsulatenübernommenenAgendenvom 26. Mai 1880 No = 9276/2065 J:/ zuvermeiden. Istesdochhöchstsonderbar, dasjenige, was Rechtensist, durcheinRechtzubegründen, welches in Bezug auf die betreffendePartei gar nichtzuRechtbesteht, und ihr gar nochzuzumuthen, sich, da ihr die Bestimmung des fraglichen §. dochnichtbekanntseinkann, beidemWortlaute des Gesetzes Rat einzuholen. Hiebeiwirdesnichtüberflüssigsein, den Gerichtengleichzeitig in Erinnerungzubringen, dasseinegedrängteDarstellung der Sachlage in den Entscheidungsgründenunerlässlicherscheint, und das esunstatthaftist, die Entscheidungsgründeetwanur den sachfälligenParteizukommenzulassen , siehingegendemobsiegendenTeilevorzuenthalten."

45 Erlass der Landesregierung Nr. 3514/III vom 18. Oktober 1883. an das Obergericht, *Sammlung der Justiznormalienfür Bosnien und die Hercegovina*, Band I, Jahrgang 1878-1885., 133-138.

46 Circulaerlass der Landesregierung Nr. 9.294/III vom 25. Februar 1886, *Sammlung der JustiznormalienfürBosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 317-329.

47 Erlass der Landesregierung Nr. 27.107/III vom 21. Mai 1887 an das Obergericht, *Sammlung der Justiznormalienfür Bosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 446-448.

- 3 Ağustos 1887 tarihli emir, 1660 ve 1674 maddelerinin tercümesini içeriyordu (sınırlamalar tüzüğü);[48]
- 13 Ekim 1887 tarihli Kararname, 1045-1047 maddesinin (cemiyetlerin/grupların dağıtılmasına ilişkin) tercümesini içeriyordu;[49]
- 14 Mayıs 1889 tarihli Kararname, Madde 167-176'nın (satış sözleşmelerinin unsurları ile ilgili) çevirisi, 252 ve 253. Maddelerin (satış sözleşmesinin imzalanmasından sonra fiyat ve kalemlerin tanımlanması hakkında), Madde 262 (satış sözleşmesinin yerine getirilmesi Kararı hakkında);[50]
- 7 Temmuz 1889 tarihli emir, Madde 1568 ve 1610 (borçların belirlenmesi ve sonlandırılması üzerine);[51]
- 20 Ağustos 1889 tarihli Emir, satış sözleşmesiyle ilgili diğer maddeleri içermektedir (Madde 190-216 ve 361-363).[52]

Yine de Mecelle hükümlerinin bölük pörçük ve kısmen yapılan tercümeleri, hukuk mahkemelerinde yargı uygulamalarının ihtiyaçlarını karşılayamamıştır. Bu nedenle hükümet 1890'da Mecelle'nin tamamını Boşnakçaya çevirdi.[53] Kısa sürede tercümeler yapılmış ve mahkemelere sunulmuştur (1906 yılında bu çeviriler temelinde, Boşnak dilinde özel bir çeviri *Medželle i ahkjamišerije - Otomanskigragjanskizakon*[54] adıyla yayınlanmıştır). Sorun, bu çevirinin Türkçe orijinaline değil, Fransızca versiyonuna dayanmasıydı. Bu nedenle hükümet, ülkedeki tüm medeni mahkemelere (9 Ağustos 1893 tarihli) özel bir emir yayınladı. Bu çevirilerin sadece "Mecelle'nin içeriği hakkında bilgi" olarak kullanılması gerektiğini belirtildi.[55] Bosna-Hersek Yüksek Mahkemesi Saraybosna'da da benzer bir tutum sergiledi. Mecelle tercümesinin bazı bölümlerinin, bunlara dayanan somut kararlar için güvenilir olmadığının altını çizdi[56]. Dolayısıyla, yeni Boşnakça tercümesinin hukuksal uygulama üzerinde önemli bir etkisi olmadı. Her durumda, yargıç Mecelle'nin kurallarının geçerli olup olmadığına karar vermek zorundaydı.[57]

---

[48] Erlass der Landesregierung Nr. 26.187/III vom 13. October 1887. an das Obergericht, *Sammlung der JustiznormalienfürBosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 517-518.

[49] Erlass der Landesregierung Nr. 26.187/III vom 13. October 1887. an das Obergericht, *Sammlung der JustiznormalienfürBosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 517-518.

[50] Erlass der Landesregierung Nr. 26.577/III vom 14. Mai 1889 an das Obergericht, *Sammlung der JustiznormalienfürBosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 741-745.

[51] Erlass der Landesregierung Nr. 36.004/III vom 7. Juli 1889. an das Obergericht, *Sammlung der JustiznormalienfürBosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 783.

[52] Erlass der Landesregierung Nr. 37.318/III vom 20. August 1889. an das Obergericht, *Sammlung der JustiznormalienfürBosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 807-808.

[53] Eugen Sladović, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Gece Kona, Beograd, 1926., 28.

[54] Michael Zobkow, "Die Anwendung des allgemeinenbürgerlichenGesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina", in: *Festschrift zurJahrhundertfeier des allgemeinenbürgerlichenGesetzbuches, 1. Juni 1911*, Wien, 1911., 732. See: *Medželleiahkjamišerije. (Otomanskigragjanskizakon).*, Bos.-herceg. zakoni IV svezak, I dioi II dio, Tisakinaklada Daniela A. Kajona, Sarajevo, 1906.

[55] Circularerlass der Landesregierung Nr. 71.835/III vom 9. August 1893. an das Obergericht, die Kreisgerichte und Bezirksbehörden, *Sammlung der JustiznormalienfürBosnien und die Hercegovina*, Band III, Jahrgang 1891-1895., 1454-1455.

[56] Decision of 24th March 1892. (Präjudicienbuch in Civilsachen, Band II, Sammlung der Entscheidungen aus den Jahren: 1890, 1891, 1892, 1893, 1894 und 1895, Obergericht für Bosnien und die Hercegovina, Sarajevo, 1899., nr. 225.).

[57] Adalbert Shek, "Uvod u predavanja o bosansko-hercegovačkompravu", *MjesečnikPravničkogdruštva u Zagrebu*, Knjiga I., Broj 2., 1914., 100.; Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, Preštampano iz „Arhiva" za pravne i društvene nauke, Beograd, 1920., 11.

Buna göre Meclis, Avusturya Medeni Kanunu'nun adli uygulamada yer almasına rağmen, ara sıra (davadan davaya değişmek üzere) Avusturya-Macaristan yargıçları Mecelle'i uygulamak zorunda kaldı. Kurallar resmi olarak Bosna-Hersek'te yürürlüğe konulmuş ve Avusturya özel hukuk sistemince pek tanınırlığı olmayan bazı kurum ve kuruluşlara çeki düzen vermiştir. Ancak, Mecelle'nin hukuk mahkemelerince uygulanması, esasa müteallik hukuk hükümleriyle sınırlıydı, çünkü usul kuralları, 1883'ten itibaren Bosna-Hersek için "Medeni Usul Kanunu" (*Civilprozessordnung / Građanskiparničnipostupnikza Bosnu i Hercegovinu*) ile değiştirildi. (Avusturya medeni usul hukukunun değiştirilmiş bir biçimi).[58] Bu, Mecelle'nin *nizamiye* mahkemelerindeki usul kurallarının tamamen Avusturya usulü ile değiştirildiği anlamına gelir, bu yüzden sadece şeriat mahkemesi uygulamasında kullanılmıştır.[59]

Hukuki Müphemlik/Belirsizlik Hususu

Konuya kısaca göz attığımızda, Avusturya-Macaristanlı yetkililerin hem Mecelle hem de Avusturya Genel Medeni Kanunu'na başvurduklarını söyleyebiliriz. Mecelle, kuralları mevcut ve uygulanabilir olduğu durumlarda kullanıldı. Çoğunlukla Avusturya Medeni Kanununa göre bilinmeyen hukuki meseleleri ve kurumları çözmede uygulanmaya konulmuştur. İki kanunun eşzamanlı olarak uygulanmasında ortaya çıkan bu tür bir hukuksal çoğulculuk, adli uygulama üzerinde olumsuz etkiler yaratmıştır. Sonuç ülkede geniş çaplı yasal bir belirsizlik ortamının oluşmasına neden olmuştur.

Bu vakıa çeşitli kaynaklar tarafından doğrulanmaktadır. Örneğin Saraybosna Yüksek Mahkemesinde yargıç olan Mihajlo Zobkow, 1911'de bu problem hakkında bir yazı yazmıştı. Bosna'daki halklar arasındaki genel görüş şu idi, birinci derece mahkemeleri, sağduyuya göre; daha yüksek mahalli bölge mahkemeleri Avusturya Medeni Kanununa göre ve Bosna-Hersek Yüksek Mahkemesi Osmanlı Medeni Kanunu - yani Mecelle'ye göre hüküm veriyordu[60]. Bosna-Hersek'teki Avusturya-Macaristan döneminin tamamında belirgin bir yasal belirsizlik sorunu vardı. Bu, 1909'dan itibaren Bosna Baro raporunda da teyit edildi. Raporlar şöyle diyor: işgalden sonraki 30 yılda bile hükümet hala medeni hukuk davalarında Osmanlı hukukunun uygulanması konusunda ısrar ediyor. Yargıçların, sadece Osmanlı hukukunun mevcut olmaması veya uygulanamaz olması durumunda Avusturya-Macaristan yasalarını uygulamalarına izin veriliyordu. Avukatlar, en büyük sorunun Mecelle ve Avusturya Medeni Kanunun eşzamanlı uygulanması meselesinin oluşturduğunu ileri sürüyordu. İki yasada da yer alan kanun maddeleri bazen aynı yasal davada kullanılabilmekteydi.[61] Ayrıca, yeni oluşturulan Bosna Parlamentosu, 1911'de yasal belirsizlik konusunu tartıştı.[62]

---

58 1883'ten sonra Bosna'daki sivil prosedüre formu üzerine, bakınız: Mehmed Bećić, „Austrougarskareformapravosuđaigrađanskogpostupka u Bosnii Hercegovini“, 107-124.

59 FikretKarčić, *Šerijatskisudovi u Jugoslaviji 1918 - 1941.*, 120-121.

60 Michael Zobkow, "Die Anwendung des allgemeinenbürgerlichenGesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina",732.

61 Ivo Pilar, "Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischenallgemeinenbürgerlichenGesetzbuches in Bosnien und der Herzegowinaunterbesondererberücksichtigung der Immobilienrechtes", 724-725.

62 *Stenografskiizvještaji o sjednicamaBosansko-hercegovačkogSabora god. 1911./12.*, II zasjedanje, Sarajevo, 1912., 78. (Stenografskiizvještaj VI. sjedniceSaboraBosneiHercegovine, držanedne 28. oktobra 1911. u Sarajevu). „Time je našojzakonodavnojvlastiodregdjenajednavrlonesretnamaršrutatekodifikacijastavljenanavrlonesigurnuosnovicu. Ova se je moglapotezatikako je pojedinisudac u pojedinomslučajuinapojedinommjestushvatioilihtioshvatiti, njegovarbitrum bio je a idanas je napodručjuprivatnopravnematerijeskoroneograničen (...) Mismodošlitakodalekosanašimprivatnimpravom, da strankakojagatraži ne možeganitikododvjetnikanitikodsudcaunaprijeddoznati, jerboće se zanjuodnosnozanjezinpravniiprijepornislučajtektečajemparnicezakonstvoriti. Sudacmoratek u procesupoputkakvogapotekara da krozprotivnezakoneistokaizapadadozira, da premavlasistompravnomukusuuzme sad

Yasal belirsizlik sorununun yanı sıra, 20. yüzyılın başlarında avukatlar, yargıçlar ve diğer hukukçular Mecelle'nin modası geçmiş olduğunu iddia etmişlerdir. Bu kanun, Bosna-Hersek'teki modern bir hukuk sistemi ve değişen sosyo-ekonomik ortam için yeterli görülmemiştir.[63] Hükümetin yargı bölümünün başkanı Adalbert Shek, 1913 yılında iç hukukun birçok maddesinin tamamen dönüştürülmesi gerektiğini söyledi. Eski Osmanlı hukukunun bugünün sorunları için pek çok açıdan uygun olmadığını söyledi.[64] Bu sürdürülemez duruma çözüm avukatları ve alanda çalışanlardan geldi, Bosna hukukunun birleştirilmesi ve kanunun baştan yazımı öngörüldü.[65] Saraybosna'daki hükümet 1911-1914 döneminde kısmi Medeni Kanun Yazımı üzerinde çalıştı. Ancak, Birinci Dünya Savaşı'nın başlangıcı bu yazımı işinin bitmesine sekte vurdu.[66] Dolayısıyla, Avusturya ve Osmanlı hukukunun paralel uygulama pratiği, 1920 yılına kadar devam etmiştir.

Bu arada hükümet, yasal belirsizlik ve geçerliliğini yitirmiş Osmanlı Medeni Kanununun uygulanması sorununu düzeltmeye çalıştı. Bu nedenle, Saraybosna'daki il hükümeti, hâkimlerin Avusturya-Macaristan yasalarının seyrek kullanımı nedeniyle eleştirdiği, sivil mahkemelere (27 Ekim 1911 tarihli) münhasır bir tebligat gönderdi. Hükümet, hâkimlerin sık sık ülkedeki değişmiş ekonomik ve sosyo-politik ilişkileri göz önünde bulundurmadan Mecelle'nin maddelerine sıkı sıkıya bağlı kaldıklarını ileri sürdü. Hükümet bu tür uygulamaların yanlış olduğunu, çünkü ekonomik gelişmeyi yavaşlattığını ve ağırlaştırdığını ve ülkedeki mevcut hukuksal tutukluğu daha da hakir bir duruma soktuğunu iddia etti. Hükümet, bu tür hukuk uygulamalarının medeni hukuk davalarında düzeltilmesinin gerekli olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, yargıçlar, modern sosyo-ekonomik şartlarda bu maddeler geçerli olmadığı zaman, Mecelle maddelerini modası geçmiş gibi addederek, göz ardı etme özgürlüğüne sahip oldular.[67]

Bu Kararname'den sonra, esasa müteallik hukuk alanında, hukuki uygulamanın kademeli olarak derç edilmesi gerçekleşti. Avusturya Medeni Kanununun uygulanması artık Mecelle'nin istisnai bir kural ve uygulama haline dönüşmesine neden oldu. Böylece, 1920'ler itibariyle, Mecelle belirli alanlarda tamamen yok oldu ve kayboldu. Mülkiyet hukuku alanında, *özel mülkiyet* ile ilgili olarak sadece birkaç kural kaldı. Borçlar hukuku alanında, Osmanlı hukuku ve Mecelle'nin maddeleri, sadece hukuki çerçeve içinde kalan konularda, ölümcül hastalık vakalarında, *laesioenormis* durumları söz konusu olduğunda ve zaman aşımı ile ilgili konulara uygulanmıştır.[68]

maloviše sad malomanjeizmedjellaiostalihzaprašenihveć u Turskojcareviniukinutih o tom zakon, a ostalošto mu falinadomiriizopć. austr. zakonanesmijućiniparagrafecitirati. Takosudijasmješajedanrecept, kojivrlorijetkoliječionupravnuranu, što je strankapunimpravomtražiodsuda da mu je zliječi."

63 Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 11.

64 AdalbertShek, "Najbližizadacibosansko-hercegovačkogzakonodavstvanapoljugrađanskogpravosuđa", MjesečnikPravničkogadruštvauZagrebu, GodinaXL, Knjiga 1., Zagreb, 1914., 2.

65 Ibid, 1-9.

66 Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 31.

67 ArhivBiH, ZVS, 5527, Präs., 1911.

68 See: Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 21-22.

ADLİ HÜKÜMLER MECELLESİ VE TANZİMAT HAREKETİ (1839-1876) İLE BAĞLANTISI
"OSMANLI DEVLETİ VE TOPLUMUNDA BIRAKTIĞI İZLER VE ETKİLER"

Dr. Muhammed Ali EL-AHMED

Karabük Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Osmanlı Tarihi ve Arap Dili Öğretim Görevlisi

Önsöz

Osmanlı Devleti (hicri 13. yüzyıl) miladi 19. yüzyılın başlangıcıyla birlikte gerileme ve şiddetli bir zayıflık döneminin eşiğinde durma noktasına gelmiştir. Öyle ki, bu dönemde Osmanlı Devleti'ne "Hasta Adam"[1] denir hâle gelmiştir. Halife III. Selim Dönemi'nin sona ermesi ve (hicri 1223) miladi 1808 yılında Halife II. Mahmut'un yönetimi devralması ile birlikte bu dönemdeki mevcut durum daha da gerileme göstermiş ve zayıflamıştır. Bu durum onun oğlu olan iki halife döneminde daha da kötüleşmiştir; bunlardan biri Halife Abdülmecit (1839-1861), diğeri ise Halife Abdülaziz'dir (1861-1876). Bu halifeler, Devlet'in içinde bulunduğu mevcut durumda reforma gitmeye ve burada radikal değişiklikler ihdas etmeye büyük bir ihtiyaç duymuşlar; Devlet'in idari, askerî, iktisadi ve yasal sistemlerini, mekanizmalarını modernize etmek adına, bu sistemleri zamanın ruhuyla uyumlu hale getirmek, modern Avrupa Rönesansı'na ayak uydurmak ve bu aşamada pençelerini Osmanlı Devleti'nin bağrına saplamış olan laik akımın taleplerini karşılayabilmek ve Devlet'teki kilit liderlik pozisyonlarını elde edebilmek için sarf edilen çaba içerisinde, bu değişiklikleri yapma ihtiyacını kabul etmişlerdir. Böylece, bu Devlet'i özellikle siyasi sistemi olmak üzere tüm kurumlarını, bu batılılaşma hareketinin vizyonunu uygulayan laik sisteme dönüştürmeye ve başta Fransa ve Britanya olmak üzere Avrupa'daki büyük devletlerle ittifak halinde Batı Avrupa sistemlerine entegre etmeye çaba göstermişlerdir.

Osmanlı Devleti'ndeki ordu, siyaset ve idare adamlarından oluşan, Batı kültürüyle yoğrulmuş bir elit kesim tarafından temsil edilen laik batılılaşma eğilimine mensup liderlerin yükselişi; bu dönemde Osmanlı halifelerinin, bir yandan devletin çöküşünü engellemek adına modernleşme ve reforma yönelmelerine neden olmuş, diğer yandan da İslam Şeriat hükümlerine dayanan İslami yönetim ile Devlet'in modernleşmesi arasında uyum sağlama ve Avrupa Rönesansı ve gelişimine ayak uydurmaya yönelmelerine sebep olmuştur. Bu durum muvacehesinde, bu aşamada Osmanlı halifeleri, Devlet organlarında hâkim olan bu Batılılaşma akımının liderleriyle çekişme ve çatışmalardan muzdarip olmuşlar ve kendi mirasları olan Osmanlı entelektüel ve kültürel mirasına

[1] Ortodoksluğa ciddi bağlılık (taassup) duyan Rusya Çarı I. Nikolay, Petersburg'daki İngiliz ahbabıyla gerçekleşen konuşmasında hasta adam tabirini kullanan ilk kişi olmuştur. Bu hasta adam büyük bir endişe ve öfke içerisinde, (Osmanlı Devletinin) geçmiş dönemlerde kaçırdığı şeyleri düzeltmeye çalışıyor, kendisini dağılmaktan ve tam bir çöküşten kurtarmaya çabalıyor. Bunu ise modernleşme, yenilenme çabaları ve Tanzimat hareketi yoluyla reform yaparak gerçekleştirmeye çalışıyor. O, Büyükelçiye hitap ederken de Osmanlı Devleti'nin topraklarını ve sahip olduğu varlıklarını bölmeyi veya en azından bazı bölümlerini kırpmayı tavsiye ederek bu (hasta adam) tabirini kullanmıştır. Bakınız: Öztuna, Yılmaz, Tarihu'd-Devle el-Osmaniyye, (2 Cilt), Tercüme: Adnan Mahmut Selman, İnceleme: Mahmud el-Ensari, Yayın: Faysal Finans Kurumu, 1. baskı, İstanbul, 1990, Cilt 2, sayfa 46-47.

sahip çıkmaya çalışmışlar, aynı zamanda da Devlet'in kurumlarını ve sistemlerini modernleştirme ruhunu da yaymaya çalışmışlardır. Bu nedenle, reform hareketinin daha ileriye taşınmasına izin veren saltanat fermanları ve kararnamelerini çıkarmaya başlamışlar, Devlet'i Batılılaştırmaya ve onu Batı'ya katmaya çalışan (koşuşturan) bu aceleci Batılılaşma akımının, Devlet'in laikleştirilmesindeki hedef ve gayelerini gerçekleştirmesini kontrol altına almak için direncini kırmaya çalışmışlardır. Bu reform hareketi (Tanzimat Hareketi olarak bilinen), iki kardeş olan I. Abdülmecit ve Abdülaziz'in saltanatları boyunca etkin ve sürekli bir şekilde varlık göstermiştir. Bu bağlamda, Halife Abdülmecit tarafından 1839 yılında Gülhane Hatt-ı Şerif-i olarak adlandırılan ilk karar (Hariciye Nazırı) Koca Mustafa Reşit Paşa eliyle çıkarılmıştır. Bu kararı müteakiben, Sultan Abdülmecit tarafından 1856 yılında Hattı-ı Hümayun (ferman) olarak bilinen bir diğer reform kararnamesi çıkarılmış olup, bu iki kararname Avrupa devletlerinin ve Rusya'nın Osmanlı Devleti'ne yaptığı baskı sonucu çıkarılmış olması yönüyle benzer ve yakın kararnamelerdir. Bu açıdan yine bu iki kararname Avrupalılara birçok imtiyaz sunmuş olup, Osmanlı Devleti'nin yönetim sistemi tarzında Batılıların metodunu izleme hususunda ve ordunun tanzim edilmesi ve silahlandırılmasında açık bir bağımlılık ihtiva etmiştir. Bu kararnameler; Osmanlı İmparatorluğu içinde yaşayan yabancılara ve gayrimüslimlere haklar ve imtiyazlar verilmesini içermiştir. Bunu, kendisinden sonra Osmanlı hilafet işlerini devraldıktan birkaç yıl sonra II. Mahmut'un oğlu Halife kardeşi Abdülaziz tarafından atılan bir başka adım izlemiştir. Şekil ve formülasyonunda Avrupa yasalarına ve mevzuatına uygun; içeriği İslam şeriatından alınan Medeni Kanun çıkarılmıştır. Bunun hazırlanması yaklaşık sekiz yıl sürmüştür. Bahse konu bu kanun "Mecelle" olarak bilinmekte olup, "Adli Hükümler Mecellesi" olarak adlandırılmıştır.

Genel anlamda Saltanat kararları, kararnameleri, kanunlar ve yasaların çıkarıldığı bu reformlar veya Tanzimat aşaması, sadece Osmanlı Devleti için değil bilakis genel olarak İslam âlemi için de bir köklü değişiklikler ve dönüşümler merhalesi olarak döneme damgasını vurmuştur. Nitekim bu evredeki söz konusu düzenlemeler Osmanlı Devleti, toplumu ve bizatihi de İslam âleminin tamamına (kimliğini değiştirmeyi de ihtiva eden) bazı yeni ve yabancı kavramları, ilkeleri ve değerleri zorunlu kılmış olup, İslam âleminin laikleşmesinin başlangıç aşaması ve varoluşsal mevcudiyetinin temeline tesir etme aşaması olarak da vasıflandırılmıştır. Bu nedenledir ki araştırmacı, bu saltanat kararlarını ortaya koymak ve bu kararların özellikle de bu merhalede çıkış gerekçelerini açıklamak maksadıyla bu yazının başlığını Tanzimat Aşaması olarak seçmiştir. Bu aşamanın ürünü olan yasalar ve kanunlar "Adli Hükümler Mecellesi" olarak adlandırılmış ve bu isimle tanınmıştır. Aynı zamanda, gerekçeleri ve sebepleri yönünden aynı dönemde yayınlanan Mecelle ile Osmanlı kararnameleri arasındaki ilgi ve örtüşmenin boyutunu ortaya koymak, özellikle de Osmanlı Devleti / toplumu üzerindeki izlerini ve yansımalarını belirtmek, Tanzimat aşamasının İslam âlemi ve ümmetinin tamamı üzerinde, sonraki dönemlerde ve uzun vadede bıraktığı mirası ve izleri ortaya koymak istemiştir.

Etkisini hemen ve direkt gösteren bu olumsuz etkilerin ilki, batıcı laik akımın Osmanlı Hilafet Devleti'ni, bu kararların çıkarılmasının başlangıcını müteakiben 50 yılı geçmeyen bir süre zarfında yıkmış olması ve sonrasında İslam milletinin yaşamının her alanı üzerindeki ardışık etkilerinin devam etmesidir. Bu gerçeği düşünen kişi; bu aşamanın sonucu olarak, İslam ülkelerinde musibetler, felaketler, güçlükler ve krizler gibi doğrudan ve dolaylı yansımalarının ortaya çıkmaya devam ettiğini, bunun gelecek dönemlere de bu şekilde kalacağını ve bunun süresini Allah'tan başkasının bilemeyeceğini idrak edebilir.

Araştırmacı, bu makalenin sorununu ve çözüm önerilerini belirlemek için çeşitli araştırmalarla, Mecelle'den önce Osmanlı toplumunun bu kararları kabul etmesi için hazırlanmasına yönelik olarak

düzenlenen faaliyetleri ardından, Mecelleyi kabul etmeleri için yapılan çalışmaları geniş bir biçimde ele almaya çalışmıştır. Daha sonra ise bu toplumun, öfkesini artıran ve evlatlarının duygularını harekete geçiren bu kararların kabulüne veya reddine ilişkin olarak toplumun reaksiyonlarını araştırmaya çabalamıştır. Makale ayrıca, Adli Hükümler Mecellesini, tanımını ve materyallerini ele almakta, yayınlanmasının sebeplerini, gerekçelerini, ehemmiyetini, prosedürel ve yasal sonuçlarını ve yayınlanmasını müteakip Osmanlı toplumunun realitesi üzerindeki etkilerini açıklamaktadır. Makale aynı şekilde, Mecelle'nin bütün ülkelerdeki ümmete mensup milletler üzerindeki etkilerini yasama yönünden, kanuni ve fıkhi yönlerden değerlendirmektedir. Bu anlamda araştırmacı, bu araştırma makalesini tarihsel ve tümevarımsal tanımlayıcı iki yaklaşıma dayanarak hazırlamıştır. Çünkü bu iki yöntem konuyu ele almanın bilimsel yöntemini temsil eder.

1) Tanzimat Hareketi, Ortaya Çıkış Nedenleri ve Kararnameleri

Bazıları, Osmanlı Devleti'nde kanunların tedvini ve yayımlanmasının üç aşamada gerçekleştiğini zikretmiştir. Bunlardan birincisi; Devlet'in ortaya çıkışının başlangıcından Fatih Sultan Mehmet dönemine kadar olan aşamadır ve hazırlık evresi olarak adlandırılmıştır. İkinci aşama Fatih Sultan Mehmet döneminden I. Sultan Selim döneminde kadar olan aşamadır. Üçüncü aşama ise; I. Sultan Selim döneminin sonundan Osmanlı Devleti'nin sona erdiği döneme kadar olan aşamadır.[2] Çağdaş araştırmacılardan biri içtihatta bulunarak bu aşamalara bir evre daha ilave etmiş ve bunun başlangıcını 19. yüzyıl ortasında Tanzimat Dönemi'nden başlatmış bitişini ise 20. yüzyılın sonunda Osmanlı Devleti'nin sona erdiği 1923 yılına kadar olan dönem olarak kabul etmiştir.[3] Gerçek şu ki ilave edilecek dördüncü bir aşamanın Tanzimat Dönemi'yle başlayıp Devlet'in yıkılışıyla son bulması şeklinde üzerinde durulması gereken bir konudur. Nitekim bu safha bu araştırma makalesiyle ilintilidir. Zira bu aşama, Batılılaşma akımının devlet kurum ve kuruluşlarını kontrol altına alarak Batı kanunlarından iktibaslar yapmak suretiyle Devlet'in İslam şeriatına dayanan sistemlerinin Batı mevzuatı ve hukuk sistemlerinden alınmış olan pozitif kanunlar ve sistemlerle, özellikle de Fransız Medeni Kanunu ile değiştirilmesi çabasıyla nitelenebilecek bir dönem olmuştur. Osmanlı kanunlarının tedvin edilmesi safhalarına ilişkin başka bir sınıflandırma daha karşımıza çıkmakta olup bu da iki aşamaya ayrılmıştır. Bunlardan biri; Tanzimat öncesi klasik dönemdir ki bu dönemde şeriat hükümleri toplum hayatında hüküm sürmüş; Tanzimat sonrası dönem olup bu döneme çeşitli alanlarda meydana gelen gerileme, zayıflama ve durgunluk damgasını vurmuştur. Bu dönemde Devlet, yönetim işlerini reforme etmek maksadıyla, yönetmelikler çıkarmakla yetinmiştir. Atılan bu reform adımları, Devlet'in kanun ve nizamlarını değiştirerek yıkmak ve yok etmek maksadıyla Avrupa devletlerinden gelen dış müdahaleler, içerden oluşan müdahaleler ve Batıcı laik akımın engellemeleri sebebiyle büyük ölçüde etkisiz kalmış ve beklentileri karşılayamamıştır.[4]

Osmanlı kanunlarının tedvinine dair aşamaları Tanzimat öncesi ve sonrası diye ikiye ayıran bahse konu taksime göre; Osmanlı Devleti'nin yaşamının büyük bir bölümünü kapsamış olan ve 19. yüzyılda Tanzimat döneminin başlangıcına kadar beş buçuk asırdan fazla bir süre devam etmiş olan dönemlerden birincisi birlik ve bütünlük ile temayüz etmiştir. Nitekim bu merhalede, Osmanlı

---

2 Canbolat, Orhan Sadık, *Osmanlı Devleti Kanunları ve Hanefî Mezhebiyle İlişkisi,* Uluslararası İslam Düşünce Enstitüsü Yayını, 1. baskı, Virjinya / Amerika Birleşik Devletleri, 2012, sayfa 51-52.

3 Canbolat, a.g.e, sayfa 52.

4 Komisyon, *ed-Devletu'l-Osmaniyye, Tarih ve Hadara*, kontrol eden: Ekmeleddin İhsanoğlu, Arapçaya çeviren: Salih Sa'davi, yayınlayan: İslam Tarih, Sanat ve Kültür Araştırmaları Merkezi (IRCICA), 1. baskı, İstanbul, 1999, 1. cilt, sayfa 511.

Devleti'nin yasama yapısının doğal evriminin ötesine geçen hiç bir radikal değişim olmamıştır. Farklı milletler ve gayrimüslim diğer topluluklar için İslami yasamanın hukuk sistemine egemenliğine ve Osmanlı Devleti tarafından çıkarılan bu tür yasaların ve örfi kanunların uygulanması sırasında oluşan boşlukların genel İslami çerçeve içerisinde doldurulduğuna şahit olunmuştur.[5] Bu dönem boyunca, herhangi bir Avrupa ülkesinin yabancı bir yasama sistemi kullanılmamış, aksine Abbasi devletinin bir uzantısı olan ve Osmanlı'dan önce gelen Türk orijinli Selçuklu İslam Devleti'nin özel kanuni ve fıkhi metinlerine tam anlamıyla itimat edilmiştir. Ancak, Tanzimat Dönemi ile başlayıp Osmanlı Devleti'nin yıkılışıyla sona eren ikinci merhaleye gelince bu dönemde Batı ve hukuki sistemleri hakkında konuşulmaya başlanmıştır. Bu Tanzimat evresi, diğer alanlarda olduğu gibi yasama alanında da Batının pozitif kanun, mevzuat ve sistemlerinden iktibas etme ve batılılaşma hareketine başlamıştır.[6] Batılılaşma Hareketinin hukuki sistemler ve yasama alanlarına ilişkin olarak Tanzimat evresinde 1839 yılında Gülhane Hatt-ı Şerif-i ve 1856 yılında Hattı-ı Hümayun fermanları gibi kararnameleri çıkarmasında siyasi, içtimai, iktisadi ve hukuki yönlerden bazı sebepleri ve gerekçeleri vardır ki bunlar aşağıdaki gibi dile getirilebilir:

1-Osmanlı Devlet ricalinden Batıcı akımın liderlerinin bu dönemde Batı yasama sistemlerine, kanunlarına ve idaresine hayranlık duyması, bu durumdan ve Batı'daki kanuni düzenleme hareketinden etkilenmeleri ve Osmanlı Devleti'nin tüm kurumlarından bunu uygulamaya çalışmalarıdır. Bu anlamda, Batı hukukunun tüm alanlarda Osmanlı Devleti'nin kurumlarında tatbik edilmesinin Devlet'i kurtarmak için gerekli bir dönüşüm olduğuna ve adalet ve yasama alanın inşasında Batı modelinin takip edilmesinin gerekliliğine inanırlar. Bu ölümcül hataya düşmelerinin sebebi; Batı kanunlarının uyum olasılığını düşünmeden veya Osmanlı Devleti'nin sosyal yapısıyla uyumsuz olmasını hesaba katmadan ya da bu toplumun yasama ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamayacağını düşünmeksizin Batı'dan etkilenmeleri ve buna hayran kalmalarıdır.[7]

2-Batılı ülkelerin, kanunlarını ve yönetmeliklerini Osmanlı Devleti'ne zorla kabul ettirmek için Osmanlı'ya devamlı olarak dayatma ve baskıda bulunması.[8] Bu dayatma, Batılı ülkelerin sanayi devriminden sonra artan üretimlerine pazarlar bulma hırsına ve Batılı sanayi ülkelerinin kendi kanun ve yönetmeliklerini tatbik etmek yoluyla bu ürünleri ihraç edebileceği ticari pazarlar temin etme çabasına ve kendi yasalarını uygulayarak Osmanlı ülkelerinde kendileri için itibarlı bir hukuk zemini oluşturma niyetine dayanmaktadır. Bunu ise, Osmanlı İmparatorluğu'nda kendilerine yakın azınlıklara, özellikle de kamu alanında, yeni haklar ve imtiyazlar temin etme çabaları aracılığıyla yapmaya çalışmışlardır. Bu bağlamda, Batılı ülkeler Osmanlı topraklarında ve Osmanlı egemenliği altında bulunan azınlıklar üzerindeki nüfuzlarını artırmak için çok ciddi çabalar sarf etmiştir. İşte bu nedenler, Avrupa sanayi ülkelerinin kanunlar, yasamalar ve tüzükler alanında Osmanlı Devleti'ne daimî ve şiddetli baskılar yapmasına yol açan sebeplerdir. Bu görüşün doğruluğunun ve geçerliliğinin doğrudan bir kanıtı ise; Avrupa ülkelerinin Paris Konferansı esnasında Sadrazam (Osmanlı Başbakanı) Ali Paşa'dan Osmanlı mahkemelerini Batı sistemine göre yeniden tanzim etmesini talep etmesi, aynı şekilde gayrimüslimlere ilişkin olarak özellikle de reform kararları ve fermanlarıyla ilgili düzenlemelerin ortaya konması için bu devletlerin Osmanlı Devleti'ne yaptığı sürekli baskılar ve bu dönemde Fransızların girişimlerinin bu baskıların ön safında yer almış olmasıdır. Öyle ki bu dönem,

---

5 Mahluf, Macide, *Tahavvulati'l-Fikr ve's-Siyase fi Tarihi'l-Osmani,*Daru'l-Afak el-Arabiyye Yayınevi, 1. baskı, Kahire, 2009, sayfa 16.

6 Komisyon, *ed-Devletu'l-Osmaniyye,*1. cilt, sayfa 511.

7 Komisyon, a.g.e*,* 1. cilt, sayfa 511-512.

8 Komisyon, a.g.e*,* 1. cilt, sayfa 511-512.

Napolyon Kanunu (Code Napoleon) olarak adlandırılan Fransız Medeni Kanunu'nun kabul edilmesi için Osmanlıların Adli Hükümler Mecellesini hazırlamaya başladıkları dönemdir. Sadrazam Ali Paşa'yı bu kanunu kabul etmeye yol açan şey; Avrupalıların, Fransızların kendisine yönelttiği aşırı baskılardan ve Osmanlı Devleti'nin Batı tarzında kanuni düzenlemeler yapması için İngilizlerin uyguladığı baskılardan kurtulmaktır.[9] Bu nedenle, Halife II. Mahmut, oğulları I. Abdülmecit ve Abdülaziz (1808-1876) döneminde Tanzimat evresinde; 1839 yılında Gülhane Hatt-ı Şerif-i ve 1856 yılında Hattı-ı Hümayun gibi kararnamelerin yanı sıra Adli Hükümler Mecellesi'ni kapsayan kanunlar ve saltanat fermanlarının, bir açıdan Batının baskılarına cevaben, Osmanlı Devleti'ni reforme etme, yönetim ve mevzuatlarını modernize etme çabaları olduğu söylenebilir. Öte yandan, Batıcı laik akımın liderlerinin devletin laikleşmesi yönünde planlarını, projelerini ve eğilimlerini gerçekleştirmeleri, bir diğer açıdan ise Batılılaşma planının reform kılıfına sokularak; Fransız, İngiliz kanunları ve diğer Avrupa kanunlarına dayanan Batı mevzuatları ile İslami sisteme dayanan asli İslami mevzuatlar arasında bir adaptasyon sağlamayı amaçlamak olduğu söylenebilir. Sonuç olarak bu reform hareketleri istenen sonuçları vermeyecektir; nitekim bunların hepsi nihayetinde Osmanlı Devleti'nin zayıflamasına ve_Batıcı laik akımın Devlet'in kurumlarını kontrol etmesine, buralarda kendi hükümlerinin egemen olmasına ve Devlet'in düşürülmesine yol açacaktır.

3- Osmanlı Devleti'nde ve toplumunda iktisadi, içtimai, kültürel vb. alanlarda yaşanan sürekli gelişme ve değişim sebebiyle bu reformlara duyulan kaçınılmaz ihtiyaç. Bu durum Osmanlı Devleti'ni ortaya çıkan acil gelişmelere ayak uydurmaya, hayatın tüm yönleriyle ilgili yeni mevzuat ve yasalar ortaya koymaya yöneltmiştir.[10]

Tanzimat ve ıslahat hareketine ilişkin hâkim görüş, Halife I. Abdülmecit döneminde başlayıp, canlılık kazanarak etkileşime geçtiği yönündedir. Kardeşi Halife Abdülaziz döneminde peşi sıra devam edip zirve noktasına ulaşmış, sonra liderlerinin direnci kırılmış ve hareketin ivmesi sınırlandırılmış, II. Abdülhamit tarafından hızı kesilmiştir. Ancak bu konudaki diğer bir görüş ise, Halife II. Mahmut'un 1808-1839 yılları arasında, Sultan III. Selim tarafından ortaya konan ilk esaslar ve başlangıcın ardından, daha geniş, güçlü, cesur ve daha net adımlarla Devlet'teki reform ve modernleşmenin öncüsü olduğuna işaret etmektedir.[11] Zira, gerçek köklü ıslahatların, 1826 yılında Vaka-i Hayriye'yi başlatan ve yeniçeri teşkilatının tümenlerini yok edip yerine Avrupa tarzında modern bir ordu kuran Halife II. Mahmut döneminde yapılmış olduğu kabul edilir. Bazı tarihçiler, bu adımın Tanzimat Hareketinin başarısını ve modern Türkiye'nin temelini teşkil ettiğini düşünmüştür.[12] Bu adım öte yandan Osmanlı Devleti'ndeki en büyük darbe olarak da kabul edilmiştir._Bu durum Sultan II. Mahmut'a askeri kışlasına geri göndermek ve sivil devlet idaresinden el çektirmek için Batıcı laik akımın sivil temsilcilerinin, devlet idaresindeki pozisyonlarını güçlendirmesine imkân tanımıştır. "Eğer Sultan Mahmut 10 yıl daha yaşasaydı, Türkiye'nin daha derin ve geniş bir biçimde değişmesi beklenebilirdi. Ancak o Tanzimat'ın temellerini hazırlamakla birlikte bunu ilan edemeden önce vefat etmiştir."[13] Öztuna, bazı Osmanlı tarihçilerinin, Sadrazam Mustafa Reşit Paşa'yı Tanzimat hareketinin öncüsü olarak düşündükleri için temel tarihi bir hataya düştüklerini düşünmektedir. Çünkü (Öztuna'ya göre) bu hareketin öncüsü, 1826 yılında yeniçeri teşkilatının tümenlerinin yok edildiği Vaka-i Hayriye'ye istinaden Sultan II. Mahmut'tur. Sultan Mahmut, Mustafa Reşit Paşa'nın

[9] Komisyon, *a.g.e,* 1. cilt, sayfa 512.
[10] Komisyon*, a.g.e,* 1. cilt, sayfa 512-513.
[11] Öztuna, *Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye,* 2. cilt, sayfa 29.
[12] Öztuna, *a.g.e,* 2. cilt, sayfa 18-19.
[13] Öztuna, *a.g.e,* 2. cilt, sayfa 23.

Batı'nın yaklaşımını benimsediğini, onları taklit ve takip ettiğini belirterek ona eleştiri tevcih etmiştir. Ancak bu doğru değildir. Çünkü Mustafa Reşit Paşa, yalnızca II. Mahmut'a sadakat gösterip onun özel bir takipçisi olmuştur. Nitekim efendisinin yaklaşımını izlemiş ve başladığı şeyi tamamlamıştır.[14]

2) Adli Hükümler Mecellesini Hazırlayan Tanzimat[15]:

Sultan II. Mahmut'un oğlu Halife I. Abdülmecit döneminde iki temel kararname yayımlanmış olup, 1839-1861 yılları arasındaki Tanzimat dönemi bunlarla temayüz etmiştir. Bu iki kararname Sultan Abdülmecit'in ismiyle çıkarılmış olup, bunlardan ilki I. Abdülmecit'in hilafetinin başlangıcında yayımlanmıştır. Bu kararnameyi, esasında Sultan II. Mahmut'un vefatından önce reform ve yenilenmeye yönelik kararnameler ve diğer alanlarda kararnameler çıkaracak olan Vezir Mustafa Paşa çıkarmıştır. Bu iki kararname şöyledir:

Birincisi: Gülhane Hatt-ı Şerif-i

Sultan I. Abdülmecit tarafından 3 Kasım 1839 tarihinde çıkarılmış olup bir anlamda Müslümanların halifesi olan Sultan[16] hattı ile yayımlanmış bir kararnamedir. Hicri 26 Şaban 1255, miladi 4 Kasım 1839 yılında çıkarıldığı da ifade edilmiştir.[17] Bu kararnameyi Mustafa Reşit Paşa, Sultan I. Abdülmecit adına; tüm devlet ricalinin, halkın, Osmanlı tebaası yabancıların, farklı milletlere mensup grupların, gayrimüslimlerin, diğer ırklara mensup insanların huzurunda okumuştur. Topkapı sarayındaki Gülhane Parkı'nda (Çiçek Sarayı) okunmuş olduğundan Gülhane Hatt-ı Hümayunu olarak isimlendirilmiştir. Bu ferman, yukarıda bahsi geçen grupların temel haklarını açıklaması ve ortaya koyması yönüyle de bir anayasa değerinde olup, Reşit Paşa'nın bu kararnameyi ilan etmesine yönelik Sultan I. Abdülmecit'in muvafakatini de temsil etmektedir. Aynı zamanda, Tanzimat'ın ilanına ilişkin muvafakati ifade etmekle birlikte, Sultan I. Abdülmecit'in devletin çıkarları ve bekası uğruna, devletin kurucularının ve dedelerinin çağlardan beri tevarüs eden haklarından feragat etmesini de ifade etmektedir.[18] Gülhane Hattı'nın ilanıyla birlikte Avrupalılar bu kararnameyi Hatt-ı Şerif olarak adlandırmaya başlamıştır.[19] Laik Batılılaşma akımının takipçilerinin bu kararnameye bakış açıları; bu kararnamenin aleni bir şekilde ortaya çıkarak Osmanlı ümmetinin umum evlatlarının önünde okunmasıyla, maddelerinin anayasa maddeleri mesabesinde bir değere kavuştuğu ve adeta Sultan II. Mahmut'un yaptığı ıslahatlar gibi olduğu yönündedir. Çünkü bu maddeler, onun (II. Mahmut) döneminde ve onun iradesiyle ortaya konmuştur. Ancak onun ömrü buna yetmemiş, bunların uygulamaya konularak uygulanması halefi olan oğlu Sultan I. Abdülmecit döneminde gerçekleşmiştir. I. Abdülmecit bu maddeleri yasalaşmış kanunlar haline getirmiş ve bunlar devletin varlığının temelini oluşturmuştur.[20] Bazıları Batı kanunlarının alınıp benimsenmesinin bu aşamada Osmanlı Devleti açısından gönüllü veya ihtiyari bir husus teşkil

---

14 Öztuna, *a.g.e,* 2. cilt, sayfa 27-28.

15 Tanzimat, 1839 yılında çıkarılan Gülhane Hatt-ı Şerif-i ve 1856 tarihli Hatt-ı Humayunu'nda kararlaştırılan kurallara dayanan kanunlar ve nizamlar mecmuasıdır. Bkz. Şemseddin Necm, Zeyelabidin, *Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye,* Daru'l-Meysere Yayınevi, 1. baskı, Amman/Ürdün, 2010, sayfa 308.

16 Şemseddin Necm,*Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye*, sayfa 308.

17 el-Muhami, Muhammed Ferid Bek, *Tarihu'd-Devleti'l-Aliyyeti'l-Osmaniyye,*thk. İhsan Hakkı, Daru'n-Nefais, 8. baskı, Beyrut, 1998, sayfa 480.

18 Öztuna,*Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye,* 2. cilt, sayfa 32.

19 Öztuna, a.g.e, 2. cilt, sayfa 32.

20 Öztuna, a.g.e, 2. cilt, sayfa 32-33.

etmekten öte vazgeçilmez bir gereklilik olduğunu düşünmektedir. Nitekim Britanya, Osmanlı Devleti'nin_modernleştirilmesi bağlamında Gülhane Hatt-ı Şerif-i'nin kabul edilmesini ve tatbik edilmesini Sultan Abdülmecit'e şart koşmuştur. Öyle ki bu kararname Avrupa yönetim ve siyaset sistemlerinden iktibaslar yapılmasını ve Osmanlı devleti içerisinde yaşayan gayrimüslim vatandaşlara bazı haklar, imtiyazlar ve ayrıcalıklar tanınmasını gerekli kılmıştır. Tanınan bu imtiyazlar ve haklar gayrimüslimlerin Avrupa devletlerinin himayesinde olmalarını sağlamıştır. Bu kararname bir anlamda modernleşme ve medeni reform sıfatı kazanmıştır. Bu şart ayrıca, Osmanlının, Mısır Valisi Mehmet Ali Paşa ile yaşadığı krizin çözümünde Avrupalı devletlerin özellikle de Fransa ve Britanya'nın sunacağı yardım ve katkıların karşılığında, Osmanlı Devleti'nin yerine getirmesi gereken temel bir önkoşul olmuştur. Osmanlı Devleti bu İngiliz pazarlıklarına boyun eğerek, Avrupa yasama sistemlerini ve kanunlarını kabul ederek laik temellere dayanan, Devlet'i modernleştirme programını ilan etmiş ve bunları reform olarak göstermiştir. Esasen hükümet kurumlarının idaresinde, mevzuatta, kanuni düzenlemede ve Devlet ve toplumun laik sivil oluşumuna yönelik eğilimde Batılı düşünceden ilham alınmıştır.[21]

- Gülhane Hatt-ı Hümayunu ve Gülhane Hatt-ı Şerifi'nin kararları ve maddeleri

Gülhane Hatt-ı Şerifi veya buyruğu, aşağıda öngörülen ana maddeleri vurgulamıştır:

1- Devlet'in tüm vatandaşlarının yaşamları, onurları ve mülkleri hakkında güvenliğin sağlanması, yargılamaların kamuya açık olması, yönetmeliklere uygun olması ve mülklerinin müsadere edilmesinin lağvedilmesi.

2- İltizam sisteminin değiştirilerek yerine sabit vergi sisteminin kurulması.

3- Askerlik için sabit bir düzenleme getirilmesi. Askerliğin ömür boyu devam etmemesi ve süresi 4 ila 5 yıl arasında değişen bir zaman aralığının belirlenmesi.

4- Müslümanlar ile gayrimüslimler arasında hak ve ödevlerde eşitlik sağlanması.[22]

5- Her vatandaşın, kanunlar çerçevesinde, kemali hürriyetle ticaret, tarım ve sanayi ile iştigal etmesi.[23]

Bu kararnameden doğan diğer yasa ve yönetmeliklere ilaveten, İslam hukuku âlimleri, fıkıhçıları ve Müslüman hukukçularına ilişkin kanunun yayımlanmasını müteakiben, Sadrazam Mustafa Reşit Paşa, Hıristiyan ve Yahudi din adamları ile Midilli Adası'nda gerçekleştirdiği görüşmede şöyle söylemiştir: "Ey Müslümanlar, Hıristiyanlar ve Yahudiler! Sizler tek bir imparatorun tebaasısınız, bir babanın evlatlarısınızdır. Şüphesiz ki Sultan hepiniz arasında eşit muamelede bulunuyor."[24] Yukarıda bahsi geçenlere ek olarak, Gülhane Hattı'nın maddelerinin yönetim alanında içerdiği bazı bentler, devletin merkezinde, hilafetin başkenti olan İstanbul'da ve diğer vilayetlerde, ademimerkeziyetçi bir yönetim şekline yönelmeyi öngörmektedir. Bu hususta dikkati çeken nokta; bu kararnamenin padişahın ve_vezirin belirsiz veya açıklanmamış siyasi sebeplere istinaden hapis, idam, sürgün veya emvalin müsadere edilmesine dair kararlar çıkarmalarına ilişkin yetkilerini azaltmış ve daraltmış olmasıdır. Bu kararnameye göre Sultan, anayasanın hükümlerine riayet etmeye yemin edecek, bu hükümlerin uygulanması Sadrazam için de

[21] Mahluf, *Tahavvulati'l-Fikr ve's-Siyase fi Tarihi'l-Osmani,* sayfa 18-19.
[22] Şemseddin Necm, *Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye,* sayfa 30.
[23] Öztuna,*Tarihu'd-Devleti'l- Osmaniyye,* 2. cilt, sayfa 33.
[24] Şemseddin Necm, a.g.e, sayfa 309.

bağlayıcı olacak, kendisi artık asker değil sivil bir kişilik olacak ve Sultan ise artık hüküm vermeyecek olup, saltanat görevlerini yerine getirecektir.[25]

İkincisi: 1856 tarihli Hatt-ı Hümayun

Bu Sultanlık kararnamesi Halife I. Abdülmecit döneminde yayımlanmış olup, birinci Sultan kararnamesi olan Gülhane Hattı'nda varit olan şeyleri birinci derecede vurgulamayı öngören bir içeriğe sahiptir. Kararname 1853-1856 Kırım savaşının sona ermesini müteakiben çıkarılmış olup, Osmanlı Devleti açısından vahim sonuçları olmuştur. Miladi 16 Şubat veya 18 Şubat 1856 yılında, hicri 11 Cemaziyelahir 1272 yılında çıkarılmış olduğu ifade edilmiştir.[26] Bir anlamda dış baskılara cevaben yayımlanmasına karar verildiğine işaret edilmiştir. 1839 yılında çıkarılan ilk Hat olan Gülhane Hattı'nda bahsi geçen kararların tekrarı olabilecek kararlar içermiş olmakla birlikte, ondan farklı kararlar ve maddeler de içermiştir. Bunlardan bazıları şunlardır:

1- 1856 tarihli Hatt-ı Hümayun, yapılması gereken değişikliklerin belirlenmesinde daha belirgin hükümler içermiştir.

2- 1856 tarihli Hatt-ı Hümayun, daha önce eşi benzeri görülmemiş bir şekilde modern olmuş ve Batı'dan alıntılar yapmıştır.[27]

3- Zorunlu askerlik uygulamasının, Müslümanlara ve gayrimüslimlere uygulanması hüküm altına alınmıştır.

4- Gayrimüslim milletlerin önderlerine tanınan ayrıcalık ve hakların muhafaza edilmesi ve devletin Hıristiyan vatandaşlarını ilgilendiren dini meselelerde, halkın seçtiği ahaliden kişilerle Hıristiyan din adamlarından oluşan karma bir komisyonun yetkili olması hükme bağlanmıştır.

5- Bu Hatt-ı Hümayun, 1839 yılında kendisinden önce gelen Hatt'a, dinleri ve mezhepleri ne olursa olsun Osmanlı Devleti'nin tüm vatandaşları için yasal ve medeni eşitlik ilkesini ilave etmiştir.

6- Osmanlı Devleti'nin tüm vatandaşlarının vatandaşlıktan birinci derecede faydalanabilmesi için Milletler Nizamı'nın öngördüğü engellemelerin izale edilmesi istenmiştir.

7- Devlet kademesindeki tüm vazifelerin Hıristiyanlara da açılması için eğitimlerine yönelik enstitüler açılması hükmü getirilmiştir.

8- Yabancıların Osmanlı Devleti topraklarında mülk edinebilmesine ve Sultan'ın bu hususa ilişkin aldığı kararlara istinaden devlet ekonomisinin geliştirilmesi amacıyla Avrupa deneyiminden ve sermayesinden istifade edilmesine izin verilmesi hükmü getirilmiştir.[28]

Üçüncüsü: Adli Hükümler Mecellesi

1839 yılında yayımlanan Gülhane Hatt-ı Şerifi ve 1856 yılındaki Hatt-ı Hümayunu olmak üzere yayımlanan iki fermanın ardından, Osmanlı Devleti'ni modernize etme ve çeşitli yönetim birimlerini yeniden yapılandırma hareketi peşi sıra gelmiştir. Bu iki kararnameyi, 1 Nisan 1868 yılında Sadrazam Ali Paşa'nın ilan ettiği Devlet Şurası Konseyi (Şura-yı Devlet) ile yargı ve

[25] Öztuna,*Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye,* 2. cilt, sayfa 34.
[26] el-Muhami,*Tarihu'd-Devleti'l-Aliyyeti'l-Osmaniyye, s*ayfa 484.
[27] Komisyon, *ed-Devletu'l-Osmaniyye*, 1. cilt, sayfa 503.
[28] Şemseddin Necm,*Tarihu'd Devleti'l-Osmaniyye*, sayfa 311-312.

yönetiminin reformu anlamına gelen şeyhülislam müessesesine bağlı olacak Adalet Divanı'nın (Divan-ı Ahkâm-ı Adliye) tesis edilmesine ilişkin kanun hükmünün çıkarılması izlemiştir.[29]

1- Adli Hükümler Mecellesi'nin Çıkarılması

Mecellenin yayınlanmasının[30], çıkarıldığı dönemde hasıl olan ihtiyaç üzerine gerçekleştiği ve bunun gerekli bir adım olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu Mecelle, Tanzimat aşamasında yayımlanan ve ilan edilen bir dizi yasa ve yönetmelik kapsamında çıkarılmıştır. Bu dönem, Osmanlı devlet işlerinin yaşamın çeşitli alanlarında köklü bir şekilde modernleştirilmesi ve reforme edilmesine ilişkin gerçek bir dönüşüm dönemi sayılmıştır. Bunun başında da kanuni ve teşrii alanda yaşanan dönüşüm gelmektedir. Bu Mecelle, II. Mahmut'un oğlu Halife Abdülaziz döneminde çıkarılmıştır. Yine bu dönemde "Sadaret" Makamı (Başbakanlık) Sadrazam Mehmet Emin Paşa[31] tarafından yönetilmekteydi. Ali Paşa, 1 Nisan 1868 yılında, Tanzimat Yüksek Meclisi'nin tamamlayıcısı olarak, Adalet Konseyi'ni tesis etmiştir. Meclis-i Vâlâ olarak da adlandırılan Adalet Konseyi iki kısımdan oluşmaktadır. Bunlardan birincisi Devlet Şurası Konseyi (Şura-yı Devlet), diğeri ise Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'dir. Şura-yı Devlet, Devlet'in yüksek idari işleriyle; Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ise yüksek yargı konularıyla ilgilenirdi. Daha sonra Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ismi Adliye ve Mezahib Nazırı olarak değiştirilmiştir.[32]

2- Mecellenin Tedvini ve Muhtevası

Sadrazam Ali Paşa, II. Mahmut'un oğlu Sultan Abdülaziz döneminde medeni hukuk alanında Fransız Medeni Kanunu'ndan (Code Napoleon) alıntı yapmak ve bunu Osmanlı Devleti'nde tatbik etmek istemiş ancak, daha sonra uzmanlardan oluşan bir komite ile Adli Hükümler Mecellesi'nin hazırlanmasıyla mükellef kılınan Osmanlı hukukçusu ve tarihçisi Ahmet Cevdet Paşa bu duruma itiraz etmiş ve karşı bir duruş sergileyerek Sadrazam Ali Paşa'nın Fransız kanunlarından iktibas yapmasını engellemiştir. Ahmet Cevdet, Osmanlı Hükümeti'nin görevlendirmesi ve Halife Abdülaziz'in emriyle Adli Hükümler Mecellesi'ni hazırlamaya başlamış ve bu aşamada Mecellenin yazımına başlayan uzman ve âlimlerden oluşan bir komite de onunla çalışmıştır.[33] el-Muhami bu hususta şöyle demiştir: "Bu mecellenin ihdas edilmesi asrın en meşhur kanun koyucularından oluşan bir heyetin bilgisi dâhilinde gerçekleştirilmiştir."[34] Bu komite Mecellenin maddelerinin yayınlanması görevinin başlangıcında, o dönemin Sadrazamı olan Mehmed Emin Âli Paşa'ya hicri Muharrem ayının ilk günü 1286 yılı, miladi 5 Mayıs 1867 tarihinde bir rapor sunmuş; bu raporda Mecelle ile ilgili yapılacak bütün işleri özetlemiş ve Mecellenin içerdiği fıkhi ve kanuni maddelere dikkati çekerek bu raporun maddelerin ele alındığı tüm yönleri kapsadığını ifade etmiştir. Komite raporunu

---

29 Öztuna,*Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye,* 2. cilt, sayfa 74-75.

30 Mecelle kelimesi lügatta, içinde hikmet barındıran sayfa anlamına geldiği gibi her kitaba verilen bir isim anlamına da gelir. Bu tabir günümüzde, günlük gazetelerin aksine belli zamanlarda çıkan ve bir sanat ile özdeşleşmiş olan gazete veya her kamu gazetesi için kullanılır. Ahkam Mecellesi, İslami fıkıh, müdevven (kanun veya fıkhi hükümlerin tümü) ve kitaplar için kullanılan modern bir başlıktır. Yine bu Mecelle, Osmanlı hükümeti tarafından, Hukuki meseleler ve sorunlar, muamelat fıkhı ve medeni yargı kararlarını Adli Hükümler Mecellesi başlığıyla kapsayan kanuni, fıkhi bir kitap ve kaynak olarak çıkarılmıştır. Mecelle, İslam hukukuna dayanan medeni kanundur. İsimlendirmenin sebebi için bakınız: el-Kubbac, Samir Mazin, *Mecelletu'l-Ahkami'l-Adliyye: Mesadiruha ve Eseruha fî Kavanini Şarki'l-İslamî,* Daru'l-Fetih Yayınevi, 1. baskı, Amman, 2008, sayfa 48.

31 el-Muhami,*Tarihu'd-Devleti'l-Aliyyeti'l-Osmaniyye,*sayfa 546.

32 Öztuna,*Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye,* 2. cilt, sayfa 74-75.

33 Öztuna,a.g.e, 2. cilt, s. 75. Komisyon, *ed-Devletu'l-Osmaniyye*, 1. cilt, sayfa 517.

34 el-Muhami,*Tarihu'd-Devleti'l-Aliyyeti'l-Osmaniyye,* sayfa 546-547.

şöyle sonlandırmıştır: "Buna istinaden, Muamelat Fıkhı hususunda; kolayca ayarlanabilir, ihtilaflardan ari olan, seçilmiş sözleri ihtiva eden ve her biri kolay mütalaa edilebilen bir kitap telif etmeye ilişkin hala bir umut vardır. Sonra şöyle demiştir: Bu kitap şer'î mahkemelerde uyulan muteber bir kitap olur ve nizami mahkemelerde görülen hukuk davaları için bir yasa hazırlanmasına ihtiyaç duymaz… En sonda ise şöyle demiştir: Bizler, Hanefi mezhebinin önde gelenlerinin güvenilir sözlerinin bir araya getirilmesiyle Muamelat Fıkhı kısmından olan çok gerekli birçok meselelerden ve konulardan oluşan Mecelleyi hazırlamaya başladık. Sonrasında ise bu Adli Hükümler olarak adlandırılmıştır.[35]

Öyleyse Mecelle, İslam hukukuna dayanan Medeni Kanun olup, Sadrazam Ali Paşa'ya arz edilen yukarıda bahsi geçen kitabın şerhinde belirtildiği gibi, 1851 maddeyi kapsamıştır. Birinci madde fıkhın tarifini ele almıştır. İkinci maddeden 100. maddeye kadar külli içtihat kaidelerini ele almıştır. Kalan maddeleri ise 16 bölüme ayrılmış olup şu şekildedir: Büyu', İcarat (kira), Kefalet, Havale, Rehin, Emanet, Hibe, Gasp ve İtlaf, Hacir, İkrah ve Şuf'a (öncelik), Şerakat (ortaklıklar), Vekâlet, Sulh ve İbra, İkrar, Dava, Beyyinat ve Tahlifu-l Kaza (yargının uygulanması).[36]

Ardışık bir şekilde yapılan bölümlendirmesi, mecellenin aralıksız yayımlanmasına benzemiştir. Oluşturulması ise 1869 yılından 1876 yılına kadar neredeyse sekiz yıl sürmüştür. Mecellenin telifiyle görevlendirilen konsey sonuçlandırdıkları bölümleri sırasıyla yayımlar ve yüksek adli makamlara arz ederdi. Konseyin bitirdiği her bölümden şeyhülislamlık makamına bir nüsha sunulur, sonrasında ise ihtisas sahibi kişilerden gelen mülahazalar konsey tarafından kabul edilirdi. Kabul edilen bu mülahazalar ışığında gerekli olan gözden geçirme ve düzeltmeler yapılır, sonrasında ise nihai olarak temize çekilerek Arapçaya tercüme edilir ve Sadrazam'a sunularak gereğinin yapılması için resmi bir Hatt-ı Hümayun yayınlanırdı.[37]

Ahmet Cevdet Paşa (1822-1895) Adli Hükümler Mecellesi'nin oluşturulması hususunu, Sadrazam Mehmet Emin Âli Paşa'nın emriyle üstlenmiştir. Bu görevden önce kendisi Adli Hükümler Mecellesi konseyi başkanlığıyla birlikte Adalet Divanı'nın (Divan-ı Ahkâmı Adliye) başkanlığını da yapmaktaydı. 1869-1876 yılları arasında devam eden Mecelle'nin hazırlanması süresince Mecelle'nin bölümleri onun kontrolünde çıkarılmıştır. Mecelle 1877[38] yılında tümüyle ortaya çıkmış olup Osmanlı Devleti'nde başvurulan bir referans olmuş ve İslam hukukuna dayalı bir medeni kanun halini almıştır. Tarihçiler, Ahmet Cevdet Paşa'nın Osmanlı İslam kültürüne sahip bir kişi olduğunu, asaletli bir kişiliğinin bulunduğunu, Batı kültürüne ve diğer kültürlere de açık olduğunu zikrederler. Cevdet Paşa, kendisini Fransız Medeni Kanunu'nun kabul edilmesine ilişkin olarak davet eden Sadrazam Âli Paşa ile yüz yüze görüşmüş ve buna karşı çıkmıştır. Ali Paşa'ya İslam hukukuna dayanan ve çağın ruhuyla uyumlu bir medeni kanunun oluşturulmasına yönelik görüşünü beyan etmiştir. Bu ise Adli Hükümler Mecellesi'nin ortaya çıkmasına önayak olmuştur.[39]

---

35 el-Muhami,*a.g.e,* sayfa 550.

36 ez-Zarka, Mustafa Ahmed Muhammed, *el-Medhalu'l-Fıkhi el-Âmm*, Alfabe Matbaaları, 9. baskı, Şam, 1967, 1. cilt, sayfa 199.

37 ez-Zarka, Mustafa Ahmed Muhammed, "Mecelletu'l-Ahkami'l-Adliyye"*, Mecelletu'l-Kada ve'l-Kanun*, Kuveyt, 1970, sayfa 24.

38 el-Cabi, Bassam Abdulvehhap, *Mecelletu'l-Ahkami'l-Adliyye,* Dar-u İbn Hazm Yayınevi, 1. baskı, Beyrut, 2004, sayfa 5-13-23. Aynı şekilde bakınız: ez-Zirkili, Hayrettin, *el-Âlâm,* 8. baskı, Daru'l-İlm li'l-Melayin Yayınevi, Beyrut, 1989, 1. cilt, sayfa 108.

39 el-Cabi, Bassam Abdulvehhap, *Mecelletu'l-Ahkami'l-Adliyye,*sayfa 13-14.

3- Mecelle'nin Önemi ve Tanzimat ile İlişkisi

Bazı tarihçiler Tanzimat Dönemi'nde hazırlanan en önemli kanunun Adli Hükümler Mecellesi olduğunu düşünürler. Bu düşünce medeni hukukun düzenlenmesine ilişkin Tanzimat Kanunu'nun çıkarılmasından sonra ortaya çıkmıştır. Ayrıca, Mecelle fikrinden sonra "Kuvvetli Metin" adıyla bilinen bir kanun hazırlanmasına çabalamış[40] ancak bunda başarılı olamamışlardır. Bu düşünce, milli bir medeni kanunun hazırlanması fikrini hep canlı tutmuştur. Nitekim Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında bir araya gelen bu Mecelle komisyonu Mecelle'yi hazırlamaya başlamış ve müteakiben bölümlerini yayımlamışlardır. Mecelle'den ortaya çıkan ilk bölüm, 1869 yılında yayınlanan mukaddime ve ilk bölümdür. Bundan sonra ise yaklaşık sekiz yıl sonra tamamlanana kadar diğer bölümler peş peşe hazırlanmıştır. Mecelle tam anlamıyla bir milli medeni hukuk olup, Batı kanunlarından etkilenmesi ise yalnızca şekli açılardan ibaret kalmıştır. Bu kanunun hazırlanması geleneksel "İfta Sistemi" (casuistic)'ne göre yapılmıştır. Bu nedenle, Mecellenin ehemmiyeti aşağıdaki hususlardan ileri gelmektedir:

a) İslami yasamalardaki resmi kanun yapma sürecine ilişkin ilk örnektir. Hem Osmanlı Devleti'nde hem de diğer İslam devletlerinde buna öncülük eden bir süreç olarak addedilmektedir.[41]

b) Mecelle sadece Osmanlı hukukunda değil tüm İslam hukuku tarihinde özel bir yer işgal eder.[42]

c) Mecelle, Tanzimat döneminde çıkmış olan kanunlar ve yasamalar manzumesinin bir parçası olarak addedilir. Bu anlamda Mecelle, Tanzimat döneminde, özellikle ticaret alanında, en önemli yasaların, insan haklarının ve daha fazlasının derinlemesine yayımlanmış olmasından önce hazırlanmıştır. Nitekim ticaret kanunu 1850 yılında, ceza yasası ise 1840 yılında çıkarılmıştır. Mecelleden sonra, hazırlanmasında büyük ölçüde Fransız Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndan istifa edilen, hicri 1296 miladi 1879 tarihinde çıkarılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu onaylanmıştır. Aynı şekilde, Mecelle cemiyetinin hazırladığı taslak ile Fransız Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri arasında birleştirme yapılarak hazırlanan ve hicri 1297 miladi 1880 yılında çıkarılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu kabul edilmiştir. Böylece, Tanzimat döneminin başlangıcından 20. yüzyıla kadar Aile Kanunu dışında birçok temel alanda kanuni düzenleme yapılmıştır. Bir anlamda Tanzimat safhası, tüm İslami yasa ve yönetmeliklerin kabulünden, Batıdan, Batı yasa ve sistemlerinden iktibasta bulunmaya doğru, tedrici ve sessiz bir dönüşümü ifade etmektedir. Her ne kadar Adli Hükümler Mecellesi'nin kapsadığı yasalar ve yönetmelikler medeni kanunun en önemli alanlarını içermiş olsa da Aile Kanunu'nun yürürlüğe girişi 20. yüzyılın başlarına kadar ertelenmiştir.[43]

d) Mecelle, Tanzimat aşamasının bir meyvesi olarak değerlendirilmekte olup, Fransız yasalarını kabul etmek isteyenlerin önünü kesmek amacıyla oluşturulmuştur. Zira Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle komisyonunun üyelerinin çabaları olmasaydı, Osmanlı Devleti'nin yasaları bu evrede büyük ölçüde Batı kanunlarından etkilenmiş olacaktı. Zira, Osmanlı Nizamiye Mahkemelerinde uygulanmak ve onunla hüküm vermek amacıyla Fransız kanunlarının Osmanlı Türkçesine tercüme edilmesine ilişkin olarak bazılarında bir arzu gelişmiş bulunuyordu.[44]

---

40 Komisyon,*ed-Devletu'l-Osmaniyye Tarih ve Hadara,* 1. cilt, sayfa 517.
41 Canbolat, *Osmanlı Devleti Kanunları ve Hanefi Mezhebiyle İlişkisi,* sayfa 74.
42 Komisyon, *ed-Devletu'l-Osmaniyye Tarih ve Hadara,* 1. cilt, sayfa 518-519.
43 Komisyon, a.g.e, 1. cilt, sayfa516.
44 Canbolat, *Osmanlı Devleti Kanunları,* sayfa 73.

Dördüncüsü: Mecellenin Osmanlı Devleti ve Toplumuna Etkileri ve Yansımaları

Adli Hükümler Mecellesi'nin, Osmanlı Devleti'nin ve toplumunun uygarlığına, kültürel kimliğine, oluşumuna ve varlığına ilişkin çeşitli alanlarda etkileri ve yansımaları olmuştur. Bazıları, II. Mahmut'un oğlu Sultan Abdülaziz'in Tanzimat Fermanı'nı çıkarmakla, Avrupa devletlerinin endişelerini nispeten ortadan kaldırdığını düşünmüşlerdir. Bu ise 1839 yılında Gülhane Hatt-ı Şerif-i ve 1856 yılında Hattı-ı Hümayun fermanlarının çıkarılmasıyla mümkün olmuştur.[45] Sultan Abdülaziz dönemine tesadüf eden yıllarda, Osmanlı Devleti'ndeki durum şiddetli bir bozulma evresine geçmiş, Devlet'e karşı isyan hareketleri aktif hâle gelmiş ve Devlet'e karşı çıkışlar artış göstermiştir. Avrupa bu durumdan istifadeyle Osmanlılar üzerindeki baskılarını ziyadesiyle artırmış ve Halife Abdülaziz'in Tanzimat'tan vazgeçmesinden endişe etmiştir. Bu yüzden de Halife Abdülaziz Avrupalıları teskin etmek adına Tanzimat'ı uygulamaya devam etmiş ve bu sürekliliğin en önemli adımı olarak Adli Hükümler Mecellesi'ni çıkarmıştır. Yine bu adımla, selefleri olan babası II. Mahmut ve kardeşi I. Abdülmecit'in yolundan giderek Tanzimat ve Islahat hareketlerine bağlı kalmıştır.[46]

Sultan Abdülaziz, İslami "Osmanlı Türk" değerlere ve geleneklere bağlı bir muhafazakârdı. Yeğeni (kardeşinin oğlu) Halife II. Abdülhamit de onun yolundan gitmiştir. Abdülhamit, İslami hayat tarzına inanan biriydi. Abdülhamit, amcası Abdülaziz ile Osmanlı Devleti'nin İslamlığının muhafaza edilmesi fikrinde birleşiyordu. Amcası Abdülaziz'in Batı'nın yalnızca teknolojik ve bilimsel yanlarının alınması gerekliğine dair görüşünü paylaşıyordu. Batı'yı taklit etmeden yaşamlarını ve hayat tarzlarını kabullenmeden Batı kültürünün hassas bir şekilde incelenmesi gerektiğine inanıyordu. Dolayısıyla Abdülaziz, sonra II. Abdülhamit, Devlet'in idaresinde ve yönetiminde ne Sultan I. Abdülmecit'in üslubuna hoşnutluk göstermiş, ne de II. Abdülhamit'in yönetimi devralmasından önce Abdülaziz'i halef olarak bırakan V. Murat'ın devlet yönetimindeki üslubuna hoşnutluk göstermiştir. Onların bu yöntemleri II. Abdülhamit'in zoruna gitmiş ve Abdülhamit onların frenkleşmesine katılmamıştır. Bilakis, amcası Abdülaziz gibi, yalnızca Batı'nın Osmanlı Devleti'nin parçalanması ve yok olması için ona karşı geliştirdiği vahşi saldırısından kaçınmak için Tanzimat sisteminin kabul edilmesi zaruretine kanaat getirmiştir.[47] Ancak, Avrupalılara ve onların destekçileri olan Batıcı akımın çoğu Mason hareketlerine mensup olan mümessillerine müttefiklerine tavizler veren sultanların kararları ve fermanlarına ilişkin genel düşünce ve değerlendirmeler onu destekler mahiyettedir. Bu imtiyazlar ve yasal değişiklikler işin sonunda Osmanlı Devleti'ni, tamamen İslam hukukuna dayanan Osmanlı İslami sisteminden doğan değerlerinden ve ilkelerinden sıyrılacağı başka bir alana taşıyacaktır. Sonuç olarak Avrupalıları ve kendilerine "Yeni Osmanlılar" denen Batılılaşmanın savunucularından oluşan takipçilerini memnun etmenin bedeli; genel olarak Osmanlıların özellikle de Müslüman Türklerin çoğunluğunun ve Osmanlı ittifakını oluşturan Türk, Arap ve diğer toplulukların, Osmanlı eyaletlerinde Osmanlı sancağı altında yaşayan kültürlü insanların, düşünürlerin, bilim insanlarının, halkın genelinin ve bu sancak altında toplanan bütün ırklardan müteşekkil her kesiminden vatandaşların, Osmanlı İslam sistemine özel bir aidiyet, gerçek bir bağlılık, samimiyet ve şevk ile bağlı olanların duygularını tahrik etmek, nefretlerini artırmak ve onları öfkelendirmek olacaktır. Bu yüzden, Tanzimat hareketinin, Avrupalıların taklidine yönelik Devlet'in mevcut eğiliminin ve bu yolda gidenlerin yönelimlerinden neşet eden etkileri ve bunun yansımalarını aşağıdaki gibi özetlemek mümkündür:

---

45 Topbaş, Osman Nuri, *el-Osmnaiyyun, Ricaluhum el-'İzam ve Muessesatihim eş-Şamiha,* Tercüme: Muhammed Harb, Daru'l-Erkam Yayınevi, 1. baskı, İstanbul, 2013, sayfa 236.

46 Topbaş, a.g.e, sayfa 235-237.

47 Öztuna,*Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye,*2. cilt, sayfa 99-100.

1- Toplumsal açıdan etkileri: Osmanlı vatandaşlarının Tanzimat hareketine karşı muhalefetleri ve bazı kanunlarına karşı duydukları nefret; Tanzimat Fermanı'nın Sultan Abdülaziz'in hükümdarlığı nezdinde ilan edilmesi, Batıya olan hayranlığa yol açmış ve bu alanda atılan ilk adımlar, Osmanlı ahalisinin ruhunda ve vicdanında tabi oldukları Osmanlı Devleti'ne karşı duyulan antipatinin ve husumetin ilk tohumlarını atmıştır. Devlet'in reform kisvesi altında sunduğu hakikati gizleyen bu girişimleri, Batının kültürel ve hukuki açıdan taklit edilmesi ve takip edilmesi anlamına gelen bu adımlarıyla birlikte kamuoyu Devlet'e karşı şüphe ve zan içinde olmaya başlamıştır. Sultan II. Mahmut ve sonrasında Sultan I. Abdülmecit, Batı'nın istediği şeyleri uygulamaya alet olmuşlar ve onu taklit etmek için adeta bir vesile olmuşlardır. Reform adımları olarak adlandırılan ve Osmanlıların Osmanlı Ordusu'nun mirası olarak gördükleri Yeniçeri Ordusu'nun lağvedilmesi, sonrasında resmî cenazelerin mızıka eşliğinde uğurlanması ve bunun haricindeki benzer reform hareketleriyle birlikte Osmanlı topluluğunun evlatları; bunların tümünün ahalinin mizacına aykırı olduğunu, Osmanlı tebaasının (halkının) örflerine yabancı olduğunu, devlet yapısını ayakta tutan ve onu besleyen iki şey olan ruhaniyetten ve maneviyattan tedrici bir şekilde uzaklaşmaya başladığını idrak etmiştir.[48] Açıkçası, Osmanlı ordusunun modernizasyonu ve ıslahı da dâhil olmak üzere yeni reform yasaları ile Yeniçeri'nin lağvedilmesi arasındaki ilişki üzerinde bir durup düşünmek gerekir. Bu bağlamda, ordunun modern ordularla uyumlu hale gelmesini isteyen Sultan II. Mahmut, bu reform için çaba gösteren ve gerçekleşmesi için ciddi çalışmalar yürüten amcası III. Selim'in izinden gitmiştir. Ne var ki III. Selim bu çabasında başarısız olmuş, Yeniçeri Ordusu'nun iradesi üstün gelmiş ve Sultan'ın projesini başarısızlığa uğratmıştır. Kardeşinin oğlu II. Mahmut onun bu çaba ve tecrübesinden istifadeyle Osmanlı ordu sistemini değiştirme hususunda geçmişteki bu çabalarda ısrar etmiştir. Ancak bunun eski ordudan (Yeniçeri) tam anlamıyla kurtulmadan mümkün olamayacağını anlamış ve orduya şiddetle saldırarak onu bertaraf etmek için korkunç bir kıyıma imza atmıştır. Fetihlerde şanlı bir tarihe sahip seçkin askeri bir tümen olan Yeniçeri Ordusu'nun; ilerleme, gelişim, refah ve kalkınma adına yok edilmesi, aslında birçok insanın hayatına mâl olmuş ve bazılarına göre bu durum aceleci bir adım olarak değerlendirilmiştir.[49]

Ancak Sultan II. Mahmut, Osmanlı Milleti önünde bu adımını haklı göstermek için bunu saltanatı güçlendirmek ve gücünü İslam âlemine göstermek maksadıyla yaptığını ileri sürmüştür. Bu ise, halkın Tanzimat hareketine karşı olan öfkesini artırmış ve genel İslami duygularını alevlendirmiştir. Buna ilaveten, bu hareket ile ilgili olan (Adli Hükümler Mecellesi'nin çıkarılması da dâhil olmak üzere) kararlar, bu dönemde yapılan işler ve genel olarak Batı'yı takip etme, onlara ittiba etme ve tavizler verme gibi sıfatlarla nitelenen bu dönemin tümüne karşı halkın duyduğu öfkeyi ziyadesiyle artırmıştır. Bu bağlamda, Sultan_Abdülmecit'in 1854 ve 1856 tarihli iki Tanzimat fermanıyla Batılılaşma hareketini resmi bir sıfata bürüyerek Osmanlı Devleti'nde yaymış olması yine halkın devlete karşı kin gütmesine sebep olmuştur. Nitekim bu iki fermanla Devlet, Batı tarzında kanunlar koymaya başlamış ve Batı üslubuna göre modern müesseseler ikame etmiştir. Halkın bu öfkesi, Osmanlı hilafetinin başkentinde ve devletin diğer eyaletlerinde kamusal yaşam alanlarında özellikle de Hıristiyanların ve Yahudilerin Müslümanlarla eşit tutulmasına ilişkin hususlarda ve Batı tarzı üniformaların yaygınlaşmasında kendini göstermiştir. Osmanlı halkının bu hoşnutsuzluğu ve öfkesi Sadrazam Reşit Paşa üzerinde yoğunlaşmıştır. Çünkü o, Müslümanlara kıyasla Hıristiyanlara

[48] Topbaş, *el-Osmnaiyyun Ricaluhum el-'İzam ve Muessesatihum eş-Şamiha, s*ayfa 233-234; Mahluf, *Tahavvulatu'l-Fikr ve's-Siyase fi Tarihi'l-Osmani,* sayfa 18-19.

[49] Lahard, Anke, *Tarihu-l İslahat vet-Tanzimat fi'd-Devle el-Osmaniyye,* Arapçaya tercüme eden: Mahmut Ali Âmir, Daru'z-Zaman Yayınevi, 1. baskı, 2008, sayfa 23.

daha fazla imtiyaz tanıyor ve onların kaygılarını ve isteklerini daha fazla dikkate alıyordu. Halkın Sadrazam Reşit Paşa'ya karşı olan bu öfkesinin idrakine varan Sultan Abdülmecit bir süre için onu sadrazamlık görevinden azletmek zorunda kalmış, ancak daha sonra 1846 yılında Reşit Paşa'yı, Mason localarının bazı üyelerinin desteğiyle, aynı göreve (sadrazamlık) iade etmiştir. Sonrasında ise 1858 yılında bu görevine son vermiştir.[50]

2- Siyasi ve bilimsel açıdan etkileri: Osmanlı Devleti'nin düşmanları olan Batılı devletlerden Fransa, İngiltere ve Rusya gibi ülkeler ve Batı'yı taklit ve takip etmeye davet eden laik akımı temsil eden devlet adamlarından ve bakanlardan oluşan iç düşmanlar, Osmanlı Hilafet Devleti'ne karşı propaganda yapmaya başlamıştır. Bu çerçevede yürütülen bu propagandanın özü ise, İslam'ın birçok alanda özellikle de bilimsel, teknik ve teknolojik alanlardaki Batı ilerlemesi ile Osmanlılar arasındaki büyük mesafenin sebebi olduğu iddiasıdır.

3- Eğitimsel, ahlaki ve kültürel açıdan etkileri: İslam düşmanları, hatalı yorumlar ve beyanlar yoluyla Avrupa ve İslam dünyası arasında bazı farklar bulunduğunu öne sürdü. Bu yanıltıcı propaganda ile Osmanlı toplumunun evlatlarının özellikle de Müslüman Türklerin genelini etki altına aldılar. Bu propaganda; Osmanlıların, Osmanlı Devleti'nin değerlerine ve İslami ve toplumsal sisteme, İslami yaşam tarzına ve Osmanlıların manevi eğitim yöntemine dayanan asli görüşlerinden uzaklaşmalarına neden olmuştur. Bu aldatıcı, yanıltıcı ve etkili propaganda aynı zamanda Osmanlıları, Avrupai hayat tarzına teşvik etmiştir. Buna ilaveten, yanılgılarla dolu çürümüş ahlaki yöntemlerinin doğru yol olduğunu iddia ederek, ilerlemenin ve terakki etmenin tek yolunun Avrupa ilkelerini özümsemek olduğunu Osmanlı toplumunda yaymaya başlamıştır.[51] Osmanlı toplumunun batıcı akımın propagandalarından ne denli etkilendiğini zikrederken ızdırap ve elem hisseden Topbaş bu hususta şöyle diyor: "Bu telkinlerin, başında padişahlar ve paşalar bulunan yüksek devlet ricalini kapsayacak derecede geniş bir boyuta ulaşması ne kadar üzücü."[52]

4- Eğitim açısından etkileri: Tanzimat döneminden önceki dönem olan Sultan II. Mahmut'un hilafet dönemi, sadrazamların ve hükümetlerinin sultan adına çıkardığı kararların ve fermanların, Osmanlı kamuoyu tarafından kabul edilebilmesi için doğal koşulların yaratıldığı bir dönem olması dolayısıyla, Tanzimatların hazırlık evresi olarak kabul edilir. Öyle ki bu Tanzimat dönemi; modernleşme, reform, çağın ruhuna ayak uydurmak ve Batı'nın gelişimini ve uygarlığını yakalamak adı altında uygulanmıştır. Bu nedenle, Osmanlı kamuoyunu özellikle de müftüleri, şeriat âlimlerini, Hanefi mezhebi imamlarını ve bunların dışında Osmanlı toplumunda yer alan bilimsel ve entelektüel eliti tahrik etmemek için laik akımı yöneten Batılılaşma hareketine "Yeni Osmanlılar" adını resmî sıfat olarak vermiş ve Hümayun kararnameleri kendi doğal mecrasında çıkarılmıştır. Bu hususta, geçen yıllar boyunca Gülhane Hattı ve diğer bir kararname olan 1856 tarihli Hatt-ı Hümayun çıkarılmış olup, eğitim alanında özellikle de yabancı topluluklara ait olan okullarda büyük bir genişlemeye tanık olunmuştur. Osmanlı Devleti'nin mali bir yardımda bulunmamasına rağmen, Türk aydınlanmacı akımın, Batı kültüründen gözleri kamaşanların yönettiği okullar ve fakülteler inşa edilmiştir. Avrupa'ya gönderilen devlet görevlilerinin ve öğrenci gruplarının sayısı artış göstermiştir. Avrupa'ya gönderilen bu gruplar; Avrupalılardan ve Batı sistemlerinden ciddi manada etkilenmiş

---

[50] eş-Şenavi, Abdülaziz, *ed-Devletu'l-Osmaniyye Devletun İslamiyyetun Muftera Aleyha,* (4 Cilt) Mısır Anglo Yayınevi, Kahire, 1980, 1. cilt, sayfa 181; es-Sallabi, Ali Muhammed, *ed-Devle el-Osmaniyye 'Avamili'n-Nuhud ve Esbabu's-Sukut,* Daru'l-Beyarik Yayınevi, 1. baskı, Beyrut, 1999, sayfa 601; Şemseddin Necm,*Tarihu'd-Devleti'l- Osmaniyye*, sayfa 312-313.

[51] Topbaş, *el-Osmnaiyyun, Ricaluhum el-'İzam ve Muessesatihum eş-Şamiha,* sayfa 234.

[52] Topbaş, a.g.e, sayfa 234.

olarak dönmüş ve Avrupa ülkelerinde gördüklerini Osmanlı beldelerinde hemen uygulama arzusuyla dolmuşlardır.[53]

1856 tarihli Hatt-ı Hümayun'da yer alan hususlardan anlaşılmaktadır ki; bu kararda bahsedilen ilk şey, halkın eğitimi ve gerekli eğitim öğretim kadrosunun hazırlanarak, daha sonraki dönemde kurulacak okullara Hıristiyanların kabulüne ilişkin şartın vurgulanması ve her şeyden önce eğitim konularının oluşturulmasının gerekliliğidir. Bu hususta Fransa, Osmanlı Devleti'nden reformların temeli olarak aşağıdaki hususların uygulanmasını talep etmiştir; Tüm devlet dairelerine Hıristiyanların da kabul edilmesi, eğitim kurumunun reforme edilmesi ve bunun herkes için zorunlu olması.[54]

5- Yasama ve eğitim açısından diğer etkileri: Tanzimat dönemi kronolojik olarak Sultan I. Abdülmecit ve kardeşi Sultan Abdülaziz dönemlerinin uzantısı olmasına rağmen, bu evrenin gerçek anlamdaki ilk adımları Sultan II. Mahmut döneminde başlamış olup Halife II. Abdülhamit dönemini de içine alır. Kanunların büyük bir bölümü bu dönemde çıkarılmış, ekonomik reformlar ve modernleşmelerin çoğu yine bu dönemde gerçekleştirilmiştir. Bunların en belirgin olanı ise hicri 1285 miladi 1868 yılında oluşturulan Devlet Şurası Konseyi'nin (Şura-yı Devlet) kurulmuş olmasıdır. Bu şura, Fransız formatından alınma bir devlet konseyidir.[55] Daha sonra ticaret kanununun yanı sıra adli işlemlerde ceza kanununun geliştirilmesine ilişkin olarak Adli Hükümler Konseyi adıyla bilinen özel bir mahkeme kurulmuştur. Aynı şekilde, 1861 yılında ticaret kanununun uygulanması için ticaret mahkemeleri kurulmuştur. Bu yasama sistemi kapsamında Osmanlı Devleti'nin modern medeni kanunu hükümlerini bir araya getiren Adli Hükümler Mecellesi 1869-1876 döneminde ihdas edilmiştir. Medeni hukuk ve ceza hukukundan müteşekkil bu entegre sistem Osmanlı Devlet'inin bütün vilayetleri ve vatandaşları için tek bir ulusal kanunun formunu almıştır.[56] Bu yasal sistemler, Osmanlı Devleti'nin hukuki ve idari sistemine getirilen reformlara ve modernleştirmelere rağmen eleştirilerden kurtulamamış; aksine, yapılan bu hukuki güncellemelere, Tanzimat hareketi ve sisteminin bütününe, özellikle de Adli Hükümler Mecellesi olarak temsil edilen medeni kanununa çok ciddi eleştiriler yöneltilmiştir. Bu eleştiriler aşağıdaki şekilde zuhur etmiştir:

a) Bazı Sultanlar ıslahatların gerçekleştirilmesinde ciddi olmamışlardır.

b) Batı hukuk sistemlerinin kabul edilmesi fikri, maddeleri Adli Hükümler Mecellesi'nde formüle edilen Medeni Kanun gibi, bazı kanuni açılardan şekilden öteye geçememiştir. Bazıları Tanzimat Hareketinin, Avrupalıların Devlet'e dayattığı bir bidatten ibaret olduğunu düşünmektedirler.[57]

c) Tanzimat hareketi, reformların kısmi olarak Osmanlı Milletler Nizamı (Nizam-ı Milel-i Osmani) girmesine neden olmuş ve bu sistem Avrupa'nın siyasi, kültürel ve dini faaliyetleri için verimli bir alan teşkil etmiştir.[58]

6- Tanzimat hareketi; Gülhane Hatt-ı Şerif-i ve Hatt-ı Hümayun gibi tüm kanun ve kararnameleriyle, sonrasında aslında İslam fıkhından türetilen Fransız medeni hukukuna benzer dış görünüşü ve adeta dönemin hareketinin yenilenmiş bir elbisesi olarak yeni Osmanlı Medeni

---

53 Şemseddin Necm,*Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye*, sayfa 312-314.
54 Lahard, Anke, *Tarihu-l İslahat vet-Tanzimat fid-Devle el-Osmaniyye,* sayfa 179. Ayrıca bkz: *aynı eser,* sayfa 181-185.
55 Yaği, İsmail, *ed-Devletu'l-Osmaiyye fi Tarihi-l-İslami-l-Hadis,* el-Abikan Kitabevi, 1. baskı, Riyad, 1996, sayfa 159. Ayrıca bkz:es-Sallabi, Ali Muhammed, *ed-Devletu'l-Osmaniyye 'Avamili'n-Nuhud ve Esbabu-s Sukut, s*ayfa 622.
56 Şemseddin Necm*, Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye,* sayfa 313.
57 Şemseddin Necm,a.g.e, sayfa 313-317.
58 Şemseddin Necm, a.g.e, sayfa 313-315.

Kanunu'nun tesis edilmesiyle sonuçlanmıştır. Yine bu hareket, Mithat Paşa'nın anayasası veya diğer adıyla, Sultan II. Abdülhamit döneminin başlangıcında 1876 yılında[59] gerçekleşen Meşrutiyetin (Anayasa'nın) ilanı ile neticelenmiştir. Burada, Tanzimat hareketinin Sultan II. Abdülhamit dönemine kadar genişlemesine vurgu yapılmış, bununla beraber hareketin müdahalesiyle daha karmaşık ve çatışmacı hale gelen durumu dikkatli bir şekilde ele alan, Batıcı akımın tırnaklarını budayıp (önünü kesen) bir süreliğine etkisini azaltan ve hilafet devletini yıkılmaktan kurtarıp yüceltmek amacıyla çaba sarf eden, Müslümanların halifesi Abdülhamit'in rolü üzerinde durulmuştur. Ancak kendisi bu elde edilmesi zor hedefe ulaşamamış olsa da, siyasi bilgeliği ve tecrübesiyle Devlet'in çöküşünü 30 yılı aşkın bir süre daha geciktirmiştir.

7- Tanzimat hareketinin Osmanlı Devleti'ne en önemli ve tehlikeli etkileri ve yansımaları; İslam âlemine liderlik eden ve İslam sancağı altında yönetilen bir İslam devleti olarak resmi bir şekilde yolun sonuna gelmiş olması, Devlet'in yasama faaliyetinin ve kanunlarının aleni olarak ve gizli bir şekilde 1856 tarihli Gülhane Hatt-ı Şerif-i ve Hatt-ı Hümayun örneğinde olduğu gibi veya medeni kanun, ticari, siyasi ve iktisadi kanunlar örneğinde olduğu gibi doğrudan veya dolaylı olarak laikleşmesidir. Her iki durumda da, Devlet'in ve kanunlarının laikleşmesi; hilafet sancağını taşıyan bir devlet olarak, İslam âlemindeki umum Müslümanların çıkarlarını koruyan ve gözeten bir devlet olarak Osmanlı Devleti'nin, Müslümanların nazarındaki ihtişamını kaybetmesine ve meşruiyetinin yok olmasına neden olmuştur. Aynı şekilde, Müslüman ülkelerdeki İslam âlimlerinden, kanaat önderlerinden, toplumsal ve bilimsel alandaki seçkinlerden oluşan tabakanın; siyasi, iktisadi ve kültürel anlamda her seviyede[60] ülkelerinde Avrupa ve Batı'nın artarak devam eden ve hayatın tüm alanlarına yayılıp günümüze kadar ulaşarak devam eden saldırılarına müsaade eden devletleri olan Osmanlı Devleti'nin davranışlarına şüphe ile bakmaya başlamalarına neden olmuştur.[61]

8- Adli Hükümler Mecellesi'nin kendi asrında ve döneminde bu şekilde çıkarılmış olması, İslam fıkıh tarihinde büyük bir hadise olarak kabul edilmektedir. Ancak, herhangi yenilikçi bir çalışmada olabileceği gibi Mecelle'nin de başlangıçta meziyetleri, bazı kusurları, yenilenmesi ve geliştirilmesi gereken yanları olmuştur. Adaletin ve hakkın mizanı ve ilkeleri sabit olduğu sürece, Mecelle hukukun ve yasamanın ölümsüz değere sahip nefis bir cevheri olmaya devam edecektir.[62] Mecelle, gerek Türkçe aslı ve gerekse Arapçaya tercümesiyle zamanının önünde bulunmaktadır. Bu çalışmayı gerçekleştiren bilim ekibinin büyük hukukçu ve fakih Ahmet Cevdet Paşa tarafından denetlenmesi; tüm zaman ve mekân için doğru olma özelliğiyle, semavi mesajların hatimesi olması hasebiyle, Rabbani İslam hukukuna dayanan ayrıcalıklı bir hukuk ve içtihat çıkarmasını sağlamıştır.[63] Bu nedenle Mecelle'nin sonsuz bir değere sahip kıymetli bir hukuk kitabı olmasındaki en büyük fazilet İslam hukukuna aittir.[64] İslam hukukunun 20. yüzyıldaki müçtehidi, müceddidi ve Hanefi fakihi olan İslam ümmetinin allamesi Mustafa ez-Zarka'nın da işaret ettiği gibi, fazilet, Mecelle'yi ortaya çıkaran ve bu alanda çalışan Ahmet Cevdet Paşa ve onun denetiminde Mecelle'nin maddelerini kanunlaştıran ulemaya aittir. Mecelle, onların İslam hukuku alanında değerli bir ilme,

---

59 es-Sallabi, *ed-Devletu'l-Osmaniyye 'Avamili'n-Nuhud ve Esbabu-s Sukut, s*ayfa 605.

60 es-Sallabi, a.g.e, *s*ayfa 605.

61 el-Azzavi, Kays Cevad, *ed-Devlet'l-Osmnaiyye, Kırae Cedide li-Avamili'l-İnhitat,* Dünya ve İslam Araştırmaları Merkezi, 1. baskı, 1994, sayfa 63.

62 ez-Zarka, Mustafa Ahmed Muhammed, "Mecelletu'l-Ahkami'l-Adliyye ve Hareketu't-Taknîn mine'l-Fıkhi'l-İslamî ve'l-Kanun"*, Mecelletu'l-Kada ve'l-Kanun*, Kuveyt, 1970, sayfa 24-25.

63 Mahluf, *Tahavvulati'l-Fikr ve's-Siyase fi Tarihi'l-Osmani,* sayfa 29-31.

64 ez-Zerka, *a.g.e,* sayfa 24-25.

yasama taslağı hazırlanmasında ise engin bir kudrete sahip olduklarına delalet etmektedir.[65] Bununla birlikte, meselelerin, hayatın gereklerinin ve sorunlarının üstesinden gelmede İslam hukukunun kapsayıcılığı ve kapasitesine dayanan Mecelle'nin, bu övgü ve mükemmelliğe rağmen Hanefi mezhebi usulüne göre tasnif edilmiş olması ve yazılmış olması eleştirilmiştir. Hâlbuki bu yerilecek bir durum değil aksine övülecek bir husustur. Nitekim yaşadığımız çağda ümmetin tekrar canlandırdığı fıkhi kaostan uzak olması yönüyle en doğru seçim olduğu söylenebilir. Ancak bununla birlikte bazı kusurları ve noksanlıkları da bulunmaktadır. Eğer hukukun zamanın ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir dalı varsa, o halde devletin mezhep usulünün ötesine geçmesi gerekiyor. Bu usul, acil ve yeni fıkhi meseleyi veya sorunsalı çözmeyi başaramamışsa, bu durumda İslam hukukunun engin deryasına sığınmak, ona başvurmak gerekir. İşte Mecelleyi hazırlayanlar bu yöntemi uygulayarak çok iyi bir iş çıkarmışlardır.[66] Ancak buna rağmen, yankıları ve olumsuz yansımaları nedeniyle Mecelle, daha iyi olması adına, birçok yoruma maruz kalmıştır. Aşağıdaki hususlar da dâhil olmak üzere, fıkhi ve hukuki sorunları ele alınıp çözülmedikçe, İslam toplumlarında kalıcı etkiler bırakacak gibi görünüyor:

a) Adli Hükümler Mecellesi, tüm medeni kanunları bir araya getirmekten daha ziyade bir medeni hukuk sözleşmesi olmaya daha yakın olup, genel bir yükümlülük teorisi içermez.[67]

b) Mecelle, yalnızca bir mezhebe yani Hanefi mezhebine bağlı kalmıştır ve şüphesiz ki usulü ve dalları ne kadar engin olursa olsun, teorileri ve yorumları ne kadar geniş olursa olsun tek bir mezhep içtihadına bağlı kalmak, halkın yenilenebilir ihtiyaçlarına yetmeyebilir. İslam hukukunun kabiliyetine ilişkin en büyük potansiyeli, yalnızca bir içtihadi mezhepte değil, aksine içtihadi mezheplerin (yaklaşımların) tümünde tecelli edip ifadesini bulur. Fıkhi ve kanuni maddelerin bir araya getirilmesi ve kapsamlı olması hususunda en uygun olan, Mecelle'nin kanun ve kuramlarıyla tüm fıkhi mezheplere dayanmış olmasıdır. Böylelikle, yeni meselelerin ve ihtiyaçların tekrar etmesiyle yüz yüze gelecek olan toplumun, zamansal ilgisi ve ihtiyaçları doğrultusunda bu mezheplerin (yaklaşımların) içerdiği görüşlerin en iyisi alınacak ve Doğu ve Batı'daki diğer milletlerle uygar iletişimden dolayı ekonomi ve diğer alanlarda büyük gelişmeye tanık olunacaktır.[68] Bu nedenle, Mecelle'nin yayımlanmasının üzerinden çok vakit geçmeden, ticaret ve diğer üretim alanlarında ortaya çıkan ekonomik yöntemlerden neşet eden, çağın yenilenebilir ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz olduğu ortaya çıkmıştır. Bu yüzden ihtiyaçlar üzerine pek çok yeni kanun yapılmış ve her biri Mecelle'nin bir kısmını ortadan kaldırmıştır.[69]

Sonuç

Bu bilimsel makale Adli Hükümler Mecellesi'nden, onun toplumsal ve siyasi etkisinden, yayımlanmasına ilişkin gerekçelerinden ve nedenlerinden ve Hayırlı Düzenlemeler (Tanzimat-ı Hayriyye) hareketiyle olan ilişkisinden; Tanzimat döneminde çıkarılan kararname ve fermanlardan bahsetmiştir. Tanzimat'tan murat edilen gayenin, Osmanlı sultanlarının, bu dönemde çıkarılan kararlar aracılığıyla Osmanlı Devleti'ndeki sivil ve askeri yönetimleri ıslah_etmek istemeleri

---

65 es-Sanhuri, Abdurrezzak, *min Mecelleti-l-Ahkam el-Adliye ila Kanuni'l-Medeni el-Iraki ve Hareketu Taknîn el-Medeni fi'l-'Usuri-l-Hadise,Mecelletu'l-Kada*, 1936, Bağdat, sayfa 54.

66 el-Kubbac, Samir Mazin, *Mecelletu'l-Ahkami'l-Adliyye: Mesadiruha ve Eseruha fi Kavanini Şarki'l-İslamî,* sayfa 316-317.

67 el-Kubbac, a.g.e, sayfa 315.

68 el-Kubbac, a.g.e, sayfa 314.

69 ez-Zarka, "Mecelletu'l-Ahkami'l-Adliyye ve Hareketu't-Taknîn mine'l-Fıkhi'l-İslamî ve'l-Kanun"*, Mecelletu'l-Kadâ ve'l-Kanun*, sayfa 25.

olduğuna işaret edilmiş ve öncelikle mevzuatın ve yasaların değişim ve modernizasyonunun ihdas edilmesini içermiştir. Osmanlı Devleti'nin ciddi bir zayıflama ve çöküş aşamasına girmiş olması, Fransa, İngiltere ve Rusya gibi dış düşmanlarının baskısı ve Osmanlı Devleti içerisindeki ana devlet idarelerini elinde bulunduran, Mason hareketiyle irtibatlı olan ve Avrupa ülkelerine sadakatle bağlı olan, laik Batıcı akımın temsilcilerinden oluşan iç düşmanların baskıları neticesinde yapılan reformlar ve modernizasyon, Osmanlı Devleti ve toplumu açısından bir zaruret ve ihtiyaç haline gelmiştir. Tanzimat hareketi, 19. yüzyılın başlarında Sultan II. Mahmut döneminin başlangıcından itibaren, aynı yüzyılın sonlarına kadar uzanmış ve II. Abdülhamit'in saltanatıyla iç içe geçmiştir. Tanzimat; biçimsel taslağı Fransız medeni kanunundan alınan ve Adli Hükümler Mecellesi olarak bilinen İslam şeriat hükümlerine dayanan medeni kanun, ticaret kanunu gibi diğer kanunların yanı sıra, Halife I. Abdülmecit döneminde çıkarılan Gülhane Hatt-ı Şerif-i ve Hatt-ı Hümayun gibi saltanat fermanlarını ve düzenlemelerini içermiştir. Mecelle yasal biçimiyle Batı yasalarına uygun olup, aslında Osmanlı İslam medeni hukukudur. Tanzimat aşaması bir anlamda, Osmanlı Devleti'nin yaşadığı zayıflık ve gerilemeden kurtulma çabası olarak nitelendirilmiştir. Öbür yandan, Batılı baskılara bir cevap olarak, Osmanlı topraklarında Batıya ticari haklar ve ekonomik imtiyazlar tanıyan yasaların ve mevzuatın ihdas edilerek, Osmanlı Devleti'nin kendi vatandaşlarına tanıdığı haklara eşit medeni hakları ve ayrıcalıkları gayrimüslim yabancı vatandaşlara tanıması, Osmanlı sultanlarının bu taleplere cevap vermeleri amacıyla gerçekleştirilmesi zorunlu olan bir aşama olarak ortaya çıkmıştır. Devlet idaresindeki Batıcı laik akımın tahakkümünden dolayı sultanlar, Devlet'i yabancı baskılara maruz hale getirmiş ve uçurumun eşiğine sürüklemişlerdir. Devlet onların bu eğilimleri ve Osmanlının İslami sistemini değiştirmeye yönelik teveccühleri yüzünden, bu baskıların ölümcül ve olumsuz sonuçlarından kurtulamamıştır. Tanzimat evresinde alınan bu kararlar, Osmanlı Devleti ve toplumu üzerinde hayatın çeşitli alanlarındaki olumsuz yankıları ve etkilerini yansıtmış olup, Osmanlı Devleti'nin ve toplumunun tedrici olarak kendi değerlerinden ve İslam hukukuna dayanan yasama ve hukuk sistemlerinden uzaklaşarak, Batı'yı taklit eden ve kendi uygar kimliğini kaybeden yeni bir toplum olmasına neden olmuştur. İşin sonunda bu gelişmelerin hepsi, Batıyı savunanların Osmanlı Devleti'ndeki konumlarını güçlendirmelerini sağlamış, devletin yeteneklerini kontrol altına almalarını ve devleti yasal olarak çökertip sonrasında ise siyasi ve varoluşsal olarak çökmesini sağlamıştır.

Kaynakça

el-Azzavi, Kays Cevad, ed-Devle el-Osmaniyye, Kırae Cedide li-Avamili'l-İnhitat, Dünya ve İslam Araştırmaları Merkezi, 1. baskı, 1994.

el-Cabi, Bassam Abdulvehhap, Mecelletu'l-Ahkami'l-Adliyye, Dar-u İbn Hazm Yayınevi, 1. baskı, Beyrut, 2004.

el-Kubbac, Samir Mazin, Mecelletu'l-Ahkami'l-Adliyye: Mesadiruha ve Eseruha fî Kavanini Şarki'l-İslamî, Daru'l-Feth Yayınevi, 1. baskı, Amman, 2008.

el-Muhami, Muhammed Ferid Bek, Tarihu'd-Devleti'l-Aliyyeti'l-Osmaniyye, thk. İhsan Hakkı, Daru'l-Nefais, 8. baskı, Beyrut, 1998.

es-Sallabi, Ali Muhammed, ed-Devle el-Osmaniyye 'Avamil en-Nuhud ve Esbabu-s Sukut, Daru'l-Beyarik Yayınevi, 1. baskı, Beyrut, 1999.

es-Sanhuri, Abdurrezzak, "min Mecelleti-l Ahkam el-Adliye ila Kanuni'l-Medeni el-Iraki ve Hareket Taknîni'l-Medeni fil 'Usuri'l-Hadîse", Mecelletu'l-Kada, sayı:1-2, 1936, Bağdat.

eş-Şenavi, Abdülaziz, ed-Devletu'l-Osmaniyye Devletun İslamiyyetun Muftera Aleyha, (4 Cilt) Mısır Anglo Yayınevi, Kahire, 1980.

ez-Zarka, Mustafa Ahmed Muhammed, "Mecelletu'l-Ahkami'l-Adliyye", Mecelletu'l-Kada ve'l-Kanun, sayı 1, Kuveyt, 1970.

ez-Zarka, Mustafa Ahmed Muhammed, el-Medhalu'l-Fıkhi el-Âmm Alfabe Matbaaları, 9. baskı, Şam, 1967.

ez-Zirkili, Hayrettin, el-Âlâm, 8. baskı, Daru'l-İlm li'l-Melayin Yayınevi, Beyrut, 1989.

İbn Manzur, Muhammed bin Mukarram (hicri 711 miladi 1311), Lisanul Arab, (15 cilt), thk. Amir Ahmet Haydar, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1. baskı, Beyrut, 2003.

Komisyon, ed-Devletu'l-Osmaniyye, Tarih ve Hadara, kontrol eden: Ekmeleddin İhsanoğlu, Arapçaya çeviren: Salih Sa'davi, yayınlayan: İslam Tarih, Sanat ve Kültür Araştırmaları Merkezi (IRCICA), 1. baskı, İstanbul, 1999.

Lahard, Anke, Tarihu-l-Islahat vet-Tanzimat fid-Devle el-Osmaniyye, Arapçaya tercüme eden: Mahmut Ali Âmir, Daru'z-Zaman Yayınevi, 1. baskı, 2008.

Mahluf, Macide, Tahavvulati'l-Fikr ve's-Siyase fi Tarihi'l-Osmani, Daru-l Afak el-Arabiyye Yayınevi, 1. baskı, Kahire, 2009.

Öztuna, Yılmaz, Tarihu'd-Devleti'l-Osmaniyye (2 Cilt), Tercüme: Adnan Mahmut Selman, İnceleme: Mahmud el-Ensari, Yayın: Faysal Finans Kurumu, 1. baskı, İstanbul, 1990.

Şemseddin Necm, Zeynul Abidin, Tarihu'd-Devle'l-Osmaniyye, Daru-l Meysere Yayınevi, 1. baskı, Amman/Ürdün, 2010.

Topbaş, Osman Nuri, el-Osmnaiyyun, Ricaluhum el-'İzam ve Muessesatihim eş-Şamiha, Tercüme: Muhammed Harb, Daru'l-Erkam Yayınevi, 1. baskı, İstanbul, 2013.

Yağı, İsmail, ed-Devletu'l-Osmnaiyye fi Tarihi'l-İslami'l-Hadis, el-Abikan Kitabevi, 1. baskı, Riyad, 1996.

MECELLE'NİN GÜNÜMÜZDEKİ UYGULAMALARI VE EĞİLİMLERİ (ÜRDÜN ÖRNEĞİ)
ADLİ HÜKÜMLER MECELLESİ'NİN ÜRDÜN MEVZUATINA ETKİSİ

Dr. Samir Mazin EL-QUBC

Ürdün Haşimî Krallığı Yüksek Şeriat Mahkemesi Üyesi

Osmanlı Hilafet Devleti, yaklaşık altı yüzyıl sürmüştür. Bu Devlet kendisini İslam şeriatının koruyucusu, Müslümanların savunucusu olarak kabul etmiştir. Osmanlı Devleti, genel olarak İslam hukukuna; fetva konusunda, yargılamada, eğitimde va'z-ü nasihat ve irşat gibi özel hususlarda ise Hanefi fıkhına başvurmuştur.

Bu Devlet son döneminde, şer'î hükümlere müracaat etmeyi kolaylaştırmak, hâkimlerin benzer meselelerde görüş birliğine gitmelerini sağlamak için İslam hukukundan türeyen ve bölümleme ve numaralandırma yönünden modern kanunların metoduna göre ahkâmı düzenleyen bir kanun çıkarma ihtiyacı hissetmiştir.

Mecellenin çıkarılmasına götüren sebep, Devlet'in genişlemesinden ötürü Devlet-i Aliye-i Osmaniye'de genel bir medeni kanuna duyulan ihtiyaçtır. Zira bu dönemde Batı kanunlarına benzer kanunlar talep eden liberaller ve laikler ortaya çıkmış, müteakiben Hilafet Devleti önleyici bir tedbir almaya karar vermiş ve bu bağlamda nüvesi İslam hukukuna dayanan, görünüm olarak pozitif kanunlara benzeyen tamamlayıcı bir kanun olarak Mecelle'yi çıkarmıştır. Değişim, dönüşüm, gelişim ve modernleşme talebine yönelik yükselen her sesi, Mecelle-i Ahkâm içeriği ve taslağıyla susturmuştur.

Mecellenin genel olarak Arap ülkelerinde özelde ise Ürdün'de yürürlükte olan mevzuatlar üzerinde açık ve net bir etkisi vardır. Ürdün'deki şer'î mahkemeler, kararlarını veya bunlardan bazılarını Adli Hükümler Mecellesi'ne dayandırmaya devam etmektedir.

Allah, lütfu ve keremiyle Tunus'ta ez-Zeytune Üniversitesi'nde "Adli Hükümler Mecellesi, Kaynakları ve Doğu İslam Kanunlarına Etkisi" konulu doktora tezimi onur derecesiyle yazma fırsatı lütfetti. Allah'ın yardımıyla Mecelle fikrini ve onun görkemini Zeytune Üniversitesi bilim insanlarına ve düşünürlerine açıklama imkânı buldum. Çünkü Tunus, Mecelle'yle hükmetme konusunda ayrı duran ülkelerden biridir.

Uygar ülkelerdeki başlıca ve önemli yasalar olan medeni yasalara bakacak olursak, Mecelle'nin ilk referans olduğunu, hatta bu kanunlara ilişkin açıklayıcı notların bile Mecellede yer alan benzer maddelere dayandırıldığını görebiliriz. Medeni kanun kuralları, genel kaideler sayılır. Diğer kanunların füruunda özel hükümler bulunmadığında ona başvurulur ve onunla hükmedilir. Bu durum bu kanunun ehemmiyetine delalet etmektedir.

Mecelle'nin aynı zamanda Şirketler Hukuku, Ticaret Hukuku, Muhakemeler Usulü Kanunu, Deliller Kanunu ve Medeni Kanun gibi sair kanunlar üzerinde de açık bir etkisi vardır.

Buna ilaveten Mürşidu'l-Hayerân ve el-Kâri'nin Mecelletu'l-Ahkami'ş-Şer'îyye gibi resmi olmayan kanunlar üzerinde de etkili olmuştur. Mecelle, içinde yargı edebi ilmini veya bugünkü adıyla "Yargı Etiği Kuralları"nı da barındırmıştır.

Adli Hükümler Mecellesi'nin Ürdün mevzuatı üzerindeki etkisi hakkında yazacak olursak, bu etkinin neredeyse Doğu İslam ülkelerindeki sair mevzuatlardaki etkiyle benzer olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim bu ve benzer kanunların büyük çoğunluğu aynı kaynaktan gelmektedir. Şayet örf, âdet veya mevzuatta bağımsızlığın izhar edilmesi gibi nedenlerden kaynaklanan bazı ihtilaflar olmasaydı neredeyse aynı kanun sayılırdı.

Ürdün Haşimi Krallığı, Devlet-i Aliye-i Osmaniye'nin yönetimi altındaki bölgelerden biriydi. Prens Abdullah b. Hüseyin 1921 tarihinde, Britanya'nın yardımıyla Doğu Ürdün Emirliği'ni kurmuş, 1946 yılında ise bağımsızlığını kazanarak Ürdün Haşimi Krallığının kralı olmuştur.

İlk Medeni Kanun

Adli Hükümler Mecellesi, 31.12.1967 sonuna kadar Ürdün Haşimi Krallığı'nın medeni kanunu idi. 01.01.1977 tarihinden itibaren ise yeni bir medeni kanun çıkarma süreci başlamıştır. 1. Maddesinde bu yasa "1976 Medeni Kanunu" olarak isimlendirilmiş ve 01.01.1977 tarihinde ise yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bu tarihten önce de Adli Hükümler Mecellesi, doğu ve batı bölümlerinde olmak üzere Ürdün Haşimi Krallığı'nda yürürlükte olan kanun idi.

Ürdün Medeni Kanunu'nun 1448. maddesinin 1. fıkrası şöyledir: "Adli Hükümler Mecellesi'nin bu kanununun hükümlerine aykırı olan hükümlerle amel edilmesi yasaklanmıştır."

Bu kanuna ilişkin açıklayıcı notlar şöyledir:

Bu metin, sadece Mecelle kanununun hükümleriyle çelişen hükümlerin ilgasını öngörmüştür. Bu durumda bu kanunun hükümleriyle çelişen Mecellenin hükümleri mülga sayılmamıştır. Özellikle bu taslağın ikinci maddesinde, üzerinde en çok ittifak edilen İslami fıkıh hükümlerine dayanan hükümler bulunmadığı takdirde, Mecellenin hükümlerinin tamamına uyulacağına hüküm verilmiştir. Genel olarak Mecellenin hükümlerine ve hâkimin etik kuralları gibi bazı hükümlerine ve diğerlerine Ürdün yargısının hemen her alanında hâlâ ihtiyaç duyulmaktadır. (Ürdün Medeni Kanunu'na ilişkin açıklayıcı notlar, 813/2.)

Buna karşılık, 15 Haziran 1949 yılından itibaren uygulanmaya başlanan Suriye Medeni Kanunu'nun ikinci maddesi "Bu kanunun yürürlüğe giriş tarihinden itibaren Adli Hükümler Mecellesi ilga edilecektir" hükmünü içermiştir.

Dolayısıyla Ürdün ve Suriye yasaları, selefleri olan Adli Hükümler Mecellesi (her iki ülkeden önceleri uygulanmakta olan medeni kanunlar) karşısında farklı tutum almışlardır. Ürdünlü yasa koyucu Mecellenin tamamen iptal edilmesi yoluna gitmemiş olup, yalnızca Ürdün kanunu ile uyuşmayan hükümlerini iptal etmiştir. (Dr. Vehît Rıza Suvvar, el-İtticahatu'l-âmme fi'l-Kanuni'l-Medeni, sayfa 6.)

Osmanlı Devleti egemenliği altındaki ülkeler, medeni hukuk yasaması açısından iki gruba ayrılmıştır. Birinci grup ülkeler, (medeni kanun dairesindeki bazı hükümler hariç olmak üzere) İslam hukukundan vazgeçmiş ve Fransız medeni kanununu örnek alarak yeni bir medeni kanun oluşturmuşlardır. İkinci grupta bulunan bazı doğu Arap ülkeleri ise Osmanlı Devleti'nden miras aldıkları Adli Hükümler Mecellesi'ni muhafaza etmiş ve hala medeni muamelelerde İslami Şer'î

hükümleri uygulamaktadırlar. Bu kategoriye giren ülkeler Irak, Suriye ve Ürdün olmuştur. *(*Abdurrezzak Ahmet es-Safhuri*, "*Adli Hülkümler Mecellesi'nden Irak Medeni Kanununa Geçiş ve Modern Zamanlarda Yasalaştırma Hareketi" başlıklı *Mecelletu'ul-Kada* dergisinde yayınlanmış araştırma*,* sayı 1-2, tarih 1936.)

Ürdün Medeni Hukuku'nun Mecelle İle Olan İlişkisi

Medeni Kanun, Adli Hükümler Mecellesi'nin sadık bir evladıdır. Onun membaından beslenmiş, onu kendine örnek almış ve rehber edinmiştir. Hatta ondan gelişip meyve verir hâle gelmiş, bir kısmı onu inkâr etmemiş aksine onunla birlikte yürümüş ve ondan gurur duymuştur.

Usul Muhakemeleri Kanunu

Usul Muhakemeleri Kanunu veya İcra Kanunu olarak bilinen kanun veya Murafaa Kanunu; Şer'î mahkemelerde, nizami mahkemelerde veya ceza mahkemelerinde olsun, özel hukuk tarafından düzenlenen ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için mahkemelerde izlenecek prosedürleri tanımlayan bağlayıcı kurallar dizisidir. *(*Dr. Abdunnasır el-Attar, *Medhal li diraseti'l-kanun, sayfa 114.)*

Usuller

Usuller, taleplerin adalete sunulmasına ilişkin takip edilen yöntemdir. Sunulmasını müteakip ise savunma, müdahale, soruşturma, hüküm ve verilen karara itirazın yapılarak sonrasında hükmün tenfiz edilmesi devreye girer. Çünkü muhakeme (yargılama) davanın taraflarının veya hâkimlerin düştükleri anlaşmazlığa ilişkin iddiaların belirlenmesi, adil bir karar çıkarılmasına ilişkin olarak mahkemenin aydınlatılması gibi bir takım ardıl eylemleri ihtiva eder. Bu aynı zamanda, şikâyetten veya dava açmaktan başlayarak kararın çıkmasına, buna itiraz edilmesine ve gerektiğinde ikrahen tenfiz edilmesine kadar, bu aşamaları düzenleyen kuralların tamamını içerir. *(*Munzir eş-Şavi*, el-Medhal li-diraseti-l-kanuni'l-vad'i,* sayfa 96-97.)

Bu durumda Mecelle'nin usul kanunlarıyla ilişkisi nedir?

Bu kurallardan önemli olan bazısı, yani murafaa ve icra usulleri, İslam fıkıh kitaplarında serpilmiş durumdaydı. Adli Hükümler Mecellesi tedvin edildiğinde, usul kanununun da türemiş olduğu bu kuralları ve kaideleri kapsayacak şekilde hazırlanmıştır.

Bunun örneği; dava, karar, karardan sonra davanın gözden geçirilmesi, deliller ve yemine ilişkin hükümleri içeren bentlerle ilgili durumdur. Bu hususlar Mecelle'de mevcuttur. Bunlar Mecelle tarafından Muhakeme Usulü Kanunu, Deliller ve Usule İlişkin Hukuk olarak gruplandırılmıştır.

Ahval-i Şahsiye Kanunu

"Aile Kanunu" olarak da bilinen bu kanun, soy veya hısımlık (evlilik) yoluyla kurulan akrabalık bağlarından doğan ilişkileri düzenleyen ve bağlayıcılığı olan kurallar manzumesidir.

Hukukçular, Ahval-i Şahsiye'yi, "Aile ile ilgili olan işleri, kişinin bizzat kendisiyle ilgili işleri düzenleyen kurallar" olarak tanımlamışlardır. Bu kanun, evlilik ve ondan doğan konuları, ehliyet ve bununla ilgili konuları ve miras ile ona ilişkin hükümleri ele alır.

İnsanlar arasındaki medeni ilişkileri düzenlemek için Adli Hükümler Mecellesi yürürlüğe girdiğinde, onun yanı sıra, karı ile koca arasında, baba ile oğul arasında ve akraba ile akraba arasındaki aile ilişkilerini tanzim eden "Osmanlı Aile Hukuku Kanunu" da çıkarılmıştır. Burada mühim olan soru şudur: Bir medeni kanun olarak Mecellenin ahvali şahsiye kanunları ile olan ilişkisi nedir?

Şunu belirtebiliriz; Medeni Kanun, ehliyeti ve ona engel durumları incelediği gibi büluğu ve yokluğunu, delilik nedeniyle tasarruf hakkının yasaklanması ve bunun kaldırılması konularını da inceler. Bu hususlar, Ahval-i Şahsiye'nin en önemli mevzularındandır, Mecellede 941-1002 maddelerinde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Örneğin; eğer 13 yaşına ulaşan bir oğul babasıyla münakaşa eder de ondan nafaka talep ederse, davaya başlayıp sürdürmekten önce hâkimin çocuğun büluğa erip ermediğinden emin olması gerekir. Bu husumetin sıhhati içindir. Çünkü baliğ olmayanın husumeti geçerli olmaz. Bu konuda küçüğün büluğa erip ermediğini tespit etmek amacıyla Mecellenin 985-989 maddelerine dayanmak gerekiyor.

Yargı Adabı

Yargı adabına ilişkin meseleler İslam fıkıh kitaplarında serpiştirilmiş halde bulunuyordu. Taşıdığı önemden dolayı bu konuda "Yargı Adabı" ismiyle çeşitli eserler ortaya çıkmıştır. Mus'afetu'l-Hukkâm, Tebsiratu'l-Hukkâm bunlara örnek verilebilir. Bu eserlerle birlikte İbn Farhûn el-Maliki, et-Tarablûsi, et-Timurtâşi, el-Hasâf, İbn Ebi'd-Dem ve benzeri birçok büyük ümmet âlimi ortaya çıkmıştır. "Yargı Adabı" terimiyle kastettiğimiz, yargıcı ve yargıyı ilgilendiren kurallar ve bu kurallardan doğan hususlardır.

Adli Hükümler Mecellesi, Yargı bölümü olan 16. bölümde; yargıcın nitelikleri, hakkı, vazifeleri ve adabına ilişkin bilgileri ele almıştır. 14. bölümde ise "Dava" konusunu ele almıştır. Bu hususlar, "Yargı Adabı", "Muhakemeler Usulü Kanunları" veya "Murafaa Kanunları" bölümünde de zikredilmiştir.

Mecellenin Medeni Kanunlara Etkisine İlişkin Örnekler:

- Adli Hükümler Mecellesi'nin 4. Maddesi şunu öngörmüştür: "Yakinen bilinen, şüphe ile yok olmaz."
- Ürdün Medeni Kanunu'nun 74. Maddesi şuna hükmetmiştir: "Yakîn şüphe ile ortadan kalkmaz."
- Adli Hükümler Mecellesi'nin 76. Maddesi şunu öngörmüştür: "İspatlama iddia eden için yemininkâr edene, yemin düşer."
- Ürdün Medeni Kanunu'nun 77. Maddesi şuna hükmetmiştir: "İddia eden kişiye delil getirmek, inkar eden kişiye yemin etmek düşer."
- Adli Hükümler Mecellesi'nin 77. Maddesi şunu öngörmüştür: "İspatlama görünenin aksini ispat için, yemin aslın bekası içindir."
- Ürdün Medeni Kanunu'nun 78. Maddesi şuna hükmetmiştir: "Delil, zahirin hilafını ispat içindir, yemin aslın bekası içindir."
- Adli Hükümler Mecellesi'nin 80. Maddesi şunu öngörmüştür: "Tenakuz ile hüccet kalmaz. Ancak mütenakızın aleyhine olan hükme halel gelmez."

- Ürdün Medeni Kanunu'nun 85. Maddesi şuna hükmetmiştir: "Tenakuz ile hüccet kalmaz ancak sonra oluşursa mahkemenin hükmüne bir etkisi olmaz."
- Adli Hükümler Mecellesi'nin 1752. Maddesi şunu öngörmüştür: "Dilsizin yemini ve bundan kaçınması, onun bilinen alışılagelmiş işareti ile mümkün olur."
- Ürdün Medeni Kanunu'nun 81. Maddesi şuna hükmetmiştir: "Dilsizin tanıklığında ve yemininde alışılagelen işaretine itimat edilir."
- Adli Hükümler Mecellesi'nin 10. Maddesi şunu öngörmüştür: "Bir zamanda sabit olan şeyin aksine delil olmadıkça bekasına hükmedilir."
- Ürdün Medeni Kanunu'nun 4. Maddesi şuna hükmetmiştir: "Bir zamanda sabit olan bir şeyin, aksini ispatlayan bir delil bulunmadıkça devamına hükmedilir."
- Adli Hükümler Mecellesi'nin 19. Maddesi şunu öngörmüştür: "Zarar ve zarara karşılık yoktur."
- Adli Hükümler Mecellesi'nin 20. Maddesi şunu ön görmüştür: "Zarar izale edilir."
- Ürdün Medeni Kanunu'nun 62. Maddesi şuna hükmetmiştir: "Zarar ve zarara karşılık yoktur. Zarar izale edilir."
- Adli Hükümler Mecellesi'nin 91. Maddesi şunu öngörmüştür: "Kanun izni, tazmin sorumluluğunu kaldırır. Mesela bir insanın kendi mülkünde kazmış olduğu bir kuyuya birinin hayvanı düşüp telef olsa tazmin sorumluluğu lazım olmaz."
- Ürdün Medeni Kanunu'nun 61. Maddesi şuna hükmetmiştir: "Kanun izni, tazmin sorumluluğunu kaldırır. Her kim ki hakkını meşru bir şekilde kullanırsa, bundan neşet eden zarardan sorumlu olmaz."
- Mısır Medeni Kanunu'nun 4. ve Suriye Medeni Kanunu'nun 5. Maddesi şuna hükmetmiştir: "Kim ki hakkını meşru bir şekilde kullanırsa, bu zarardan doğan zarardan sorumlu değildir."
- Adli Hükümler Mecellesi'nin 30. Maddesi şunu öngörmüştür: "Fesadı def etmek, menfaati celb etmekten evladır."
- Ürdün Medeni Kanunu'nun 64. Maddesi şuna hükmetmiştir: "Zararın önlenmesi, menfaati kesbetmekten evladır."
- Adli Hükümler Mecellesi'nin 33. Maddesi şunu öngörmüştür: "Zaruret, başkasının hakkını iptal etmez."
- Ürdün Medeni Kanunu'nun 63. Maddesi şuna hükmetmiştir: "Zaruret, başkasının hakkını geçersiz kılmaz."
- Adli Hükümler Mecellesi'nin 26. Maddesi şunu öngörmüştür: "Genel zararı gidermek için hususi zarar tercih edilir."
- Adli Hükümler Mecellesi'nin 27. Maddesi şunu ön görmüştür: "Şiddetli zarar, hafif zararla izale edilir."
- Ürdün Medeni Kanunu'nun 65. Maddesi şuna hükmetmiştir: "Genel zarar hususi zarar ile def edilir, büyük zarar ise en hafifi ile def edilir."

Adli Hükümler Mecellesi'nin Muhakemeler Usulü Kanunlarına Etkisine İlişkin Örnekler:

Şer'î ve Medeni Muhakemeler Usulü Kanunları Mecelle'den açık ve belirgin bir şekilde etkilenmiştir. Burada bazılarını zikredeceğiz:

1. Davada maslahat:

Şer'î Muhakemeler Usulü Kanunu'nun 44. maddesi şunlara hükmetmiştir:

a) Eğer taraflar arasında gerçekten bir husumet yok ve aksine taraflardan birinin iddia ettiği hakkı elde etmek için yargılamada hilekârlığa karşılıklı olarak başvurmuşlarsa, dava reddedilir.

b) Sahibi için kanunda öngörülen bir statü veya menfaat mevcut değilse, bir dava veya talep veya ödeme kabul edilemez.

c) Talep etmekten gaye; öngörülebilir bir zararın def edilmesine ilişkin tedbir ise veya anlaşmazlıkta delilinin kaybedilmesinden korkanın hakkını temin etmek ise muhtemel bir maslahat yeterli olur.

Medeni Muhakemeler Usulü Kanunu'nun 3. maddesi ise şuna hükmetmiştir:

a) Sahibi için kanunda öngörülen bir maslahat mevcut değilse, kişinin hiçbir talep veya reddetme başvurusu kabul edilmez.

b) Talep etmekten gaye; öngörülebilir bir zararın def edilmesine ilişkin tedbir ise veya anlaşmazlıkta delilinin kaybedilmesinden korkanın hakkını temin etmek ise muhtemel bir maslahat yeterli olur.

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1630. maddesinde şu hususlar öngörülmüştür:

"Davanın, sübut bulduğu takdirine dayalı olması ve aleyhine dava açılanın bir şey ile mahkûm edilmesini gerekli kılacak bir hususun bulunması şarttır.

Meselâ bir kişi birine bir şeyi ödünç vereceğinde, diğer bir şahıs çıkıp da "ben onun yakınlarındanım bana ödünç versin" diye dava etse, bu kabul olmaz. Aynı şekilde bir kişi herhangi bir hususta birini vekil tayin edeceği zaman, diğer bir şahıs çıkıp da "ben onun komşusuyum onun vekâletine daha evlayım" diye dava etse bu da kabul olmaz. Zira herkes malını dilediğine ödünç verebilir ve işleri için dilediğini vekil tayin edebilir. Bu vb. iddialar sabit olduğunda davalı hakkında hiçbir hüküm terettüp etmez."

O halde, Muhakemeler Usulü Kanunu şu hususta Mecelle ile aynı görüştedir: Davanın şu üç delilden biriyle sabit olması halinde, davalı hakkında bir şeye hükmedilmesi ve onun bir bedelle yükümlü kılınması şart olur. Bunlar; ikrar, delil ve yeminden vazgeçme ve dava ve ispatın abes olmamasıdır. Akil kişi abes olan işlerle iştigal etmez.

2. Benzeme ve yazdırma:

Şer'î Muhakemeler Usulü Kanunu'nun 78-83 maddeleri bilinmeyen bir imza veya hat üzerinde ne tür bir uzmanlık uygulanacağını ele almıştır. Bu kanun, bu konuya küçük bir ihtilafla atıfta bulunan ve 1609-1611 maddelerinde bu konuya işaret eden Adli Hükümler Mecellesi'nin izinden

gitmiştir. Aynı şekilde Medeni Muhakemeler Usulü Kanunu da bu mevzuları 87-101 maddelerinde ele almıştır.

3. Şahitlikte delilin kısıtlanması:

Şer'î Muhakemeler Usulü Kanunu'nun 56. maddesi şunu öngörmüştür; "Davacının iddiasını kişisel kanıtlara dayandırması halinde, tevatür delilinin sınırlandırılması da dâhil olmak üzere, bunu yapması istendiğinde tanıklarını sınırlandırması gerekir. Dava konusu tanıklığın Allah adına gönüllü olmasını (hisba) kabul ediyor olması dışında başka tanıklar istenemez, tayin edilemez."

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1753. maddesi bu hususta şunu öngörmüştür; "Eğer davacı, hiç şahidim yok der ve sonra şahitleriyle gelirse veya filan ve filan dışında hiç şahidim yok der ve sonrasında benim başka bir şahidim var derse kabul edilmez."

Şer'î Muhakemeler Usulü Kanunu'nun maddesinin Mecelle'nin bu maddesinden ne denli etkilendiğinin açık bir şekilde mülahaza ediyoruz.

4. Vekillerden birinin tasarrufu:

Şer'î Muhakemeler Usulü Kanunu'nun 15. maddesinin (c) fıkrası, Medeni Muhakemeler Usulü Kanunu'nun ise 63. maddesinin 3. fıkrası şuna hükmetmiştir; "Vekillerin sayısı artarsa, vekâletname tarafından açıkça yasaklanmamışsa, bunlardan biri davadan çekilebilir."

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1465. maddesinde ise bu hususa şöyle yer verilmiştir; "Bir kimse bir hususta iki kişiyi birden vekil tayin ederse, vekil oldukları hususta, yalnız birisi tasarrufta bulunamaz."

Bu iki maddeden kaynaklanan yasal hükümlerin bir olduğunu mülahaza ediyoruz.

Mecelle'nin Deliller Kanunu üzerindeki etkisine ilişkin örnekler:

Delil hüccettir. Deliller Kanunu ise ispatı hak delillerini açıklamak ve ayrıntılı olarak ele almak için ortaya çıkmıştır. Deliller Kanunu'nun ikinci maddesi ispatı hak delillerine ilişkin tanımlama yapmıştır.

Deliller şöyle sıralanmıştır:

1. Yazılı deliller
2. Tanıklık
3. Karineler
4. İkrar
5. Yemin
6. Muayene (inceleme) ve deneyim.

Bu husus Ürdün Medeni Kanunu'nun 72. maddesinde yer almıştır.

Adli Hükümler Mecellesi'nin Ürdün Deliller Kanunu üzerinde açık ve belirgin bir etkisi vardır. Öyle ki Mecelle'nin bazı maddeleri delil yasası ile hemen hemen aynıdır. Nitekim bu durum Deliller Kanunu'nun 1952 tarihinde yürürlüğe girmesiyle daha görünür olmuş ve Mecelle'den bu denli etkilenen yasa koyucular, bu kanunun bazı maddelerini harfiyen Mecelle'den nakletmişlerdir.

Deliller Kanunu'nda Mecelle'nin onaylandığı meseleler

Duymaya dayanan tanıklık:

Deliller Kanunu'nun 39. maddesi şuna hükmetmiştir; "Duymaya dayanan tanıklık şu haller dışında kabul olmaz:

1. Vefat
2. Nesep
3. Uzun bir müddetten beri hayır kurumu için adanmış olan doğru duruş."

Mecelle'nin 1688. maddesinde şuna hükmedilmiştir; "Şahitlerin şahitlik konusu olan şeyi, bizzat görmeleri ve ona göre şahitlikte bulunmaları gerekir. Duyumla yani "insanlardan şöyle duydum" diyerek tanıklık yapmaları caiz değildir. Eğer bir yerin vakfedilmiş bir mal olduğunu veya birinin vefat ettiğini duydum diye şahitlik etse yani buna şahitlik ederim zira güvenilir bir kişiden bunu duydum dese şahitliği makbul olur. Velayet, ölüm ve soy bağı hususlarında şahitlik şeklini böyle yorumlayarak yani işitme lafzını söylemeyerek böyle söyleniyor diyerek şahitlik etmesi hukuken geçerlidir.

Bu iki madde arasında bir benzerlik vardır, ancak Mecelle fazla ayrıntıya ve örneklendirmeye gitmiştir.

Fukahaya ve Mecelle'nin şerhçilerine gelince onlar, işitmeye dayalı tanıklıktan kabul edilenler hususunda daha fazla ayrıntıya girmişlerdir. Hatta bunu 9 konuya kadar çıkarmışlardır. Bunlardan dördünde ittifak ile kabul edilir ki bunlar; Nikâh, nesep, ölüm ve yargı hususlarıdır. Beşine göre ise esas olan görüşe göre; duymaya istinaden tanıklık kabul edilebilir. Bunların ilki mihir, ikincisi zifaf, üçüncüsü azat olma (hürriyete kavuşma), Ebu Yusuf'a göre dördüncüsü velayet, beşincisi ise vakıf'tır.

2. Tanığın ehliyeti (uygunluğu):

Ürdün Deliller Kanunu'nun 32. maddesi şöyle demektedir; Mahkeme, yeminin manasını anlamayan çocuk veya deli dışında her insanın şehadetini (tanıklığını) dinler. Ancak yeminin manasını anlamayan çocuğun sözlerini yalnızca çıkarımda bulunmak amacıyla dinleyebilir.

Mecelle ise bunu daha da ayrıntılandırmıştır. Çocuğun, delinin, sağırın, amanın ve dilsizin tanıklığının dinlenmesini men etmiştir.

3. İkrarın tanımı:

Ürdün Deliller Kanunu'nun 44. maddesi şuna hükmetmiştir: "Bir insanın, üzerinde başkasının hakkı bulunan bir hususu haber vermesidir."

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1572. maddesinde ise şöyle yer almıştır; "Bir insanın, üzerinde başkasının hakkı bulunan bir hususu haber vermesidir. Bu kişiye "Mukır" (Haber veren), diğerine "Mukarrun leh" (lehine ikrarda bulunulan) hakka ise "Mukarrun bih" (ikrar olunan hak) denir."

Deliller Kanunu'nda yer alan yasal madde Mecelle'de bulunan madde ile aynıdır. Bu da bu kanunun bu maddeyi Mecelle'den harfiyen naklettiğini gösteriyor.

1. Mukırr'ın (haber verenin) şartları:

Bu husus, Ürdün Deliller Kanunu'nun 47. maddesinde şöyle ifade edilmiştir: Mukırrın (İhbarcının) akıllı, baliğ ve kısıtlı (mahcur) biri olmaması şarttır. Küçüğün, mecnûnun, bunağın ve ahlaksızın ikrarı geçerli olmaz. Bunların velilerinin, vasilerinin veya onlara bakmakla yükümlü olanların kendileri hakkındaki ikrarı da geçerli değildir. Ancak, mümeyyiz olan küçüğün izin verilen konulardaki ikrarı, baliğin (yetişkinin) ikrarıyla aynı hükümdedir."

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1573. Maddesi ise bu hususu şöyle hükme bağlamıştır; "Mukırrın, akıllı ve baliğ olması şarttır. Dolayısıyla küçüğün, mecnunun, bunağın, baygının ve ahlaksızın ikrarı geçerli olmaz. Bunların velilerinin ve vasilerinin kendileri hakkındaki ikrarı da geçerli değildir. Ancak, mümeyyiz ve izin verilen küçük izinli olduğu konularda baliğle aynı hükümdedir."

Burada maddeler arasında benzerlik bulunmaktadır. Sadece Mecelle, kısıtlılığı (hacr) bu maddede değil, 1576. maddede ifade etmiştir. (Madde 1576: Mukırrın mahcur (kısıtlanmış) olmaması şarttır.)

2. İkrarın şartları:

Bu husus, Ürdün Deliller Kanunu'nun 48. maddesinde şöyle ifade edilmiştir; "Zahir hâlin ikrarı tekzip etmemesi şarttır."

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1577. maddesinde ise şöyle yer almıştır; "Zahir hâlin, ikrarı tekzip etmemesi şarttır. Binaenaleyh cüssesi bulûğa uygun görünmeyen bir çocuk, baliğ olduğunu ikrar etse ikrarı geçerli olmaz."

İki maddenin de aynı olduğu görülüyor. Sadece Mecelle söz konusu maddeye açıklayıcı bir örneğe yer vermiştir.

Ürdün Deliller Kanunu'nun 49. maddesi şöyledir:

1. İkrar, lehine ikrar olunanın kabulüne bağlı değil fakat onun reddiyle reddolunur.
2. Lehine ikrar olunan, ikrar olunan şeyin bir miktarını reddederse, bu durumda reddedilen miktar hususunda ikrar için bir hüküm kalmaz. Ancak kalan miktar için ikrar olabilir.

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1580. maddesinde ise şu şekilde yer almıştır; "İkrar, lehine ikrar olunanın kabulüne bağlı değil fakat onun reddiyle reddolunur, hükmü kalmaz. Lehine ikrar olunan, ikrarın konusunun yalnız bir miktarını reddederse, bu durumda reddedilen miktarda ikrarın hükmü kalmayıp reddetmediği miktarda ikrarı sahih olur."

Burada da iki maddenin hemen hemen aynı olduğu görülmektedir.

3. İkrarın hükümleri:

Ürdün Deliller Kanunu'nun 50. maddesinde şuna hükmedilmiştir:

1. Kişi ikrarıyla ilzam olunur, ancak bir hükümle yalanlanırsa ilzam olmaz.
2. İhbarcının tespit etmesi koşuluyla, bir hatanın vaki olması dışında ikrardan rücu' etmek doğru değildir.

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1587. maddesinde şöyle ifade edilmiştir; "Kişi ikrarıyla sorumlu tutulur. Ancak hâkimin hükmüyle tekzip olunursa, ikrarı hükümsüz kalır."

Her iki maddenin de aynı olduğunu mülahaza ediyoruz.

Ürdün Deliller Kanunu'nun 51. Maddesi şuna hükmetmiştir; "İkrar, sadece ikrar edene etki eden delildir."

Mecelle'nin 78. Maddesinde ise şöyle denilmiştir: "İspatlama dava ile ilgili herkese etki eder. İkrar ise sadece ilgilisine etki eder."

Her iki madde de anlam yönüyle aynıdır.

4. Talep edilmeksizin yemin etmek:

Ürdün Deliller Kanunu'nun 54. maddesinde şöyle denilmiştir; "Yemin yöneltilen kişi, hasmı tarafından kendisine yemin tevcih edilmedikçe ve buna ilişkin mahkeme kararı çıkmadıkça yemin etmez. Ancak, mahkeme ona istizhar yemini ettirebilir. Ayrıca istihkakta, ayıbından ötürü satılan malın reddinde, şufa hakkında karar verileceğinde, hasım tarafından talep edilmemiş olsa bile mahkeme yemin ettirebilir."

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1746. maddesinde şöyle ifade edilmiştir; "Yemin ancak hasımın talebi üzerine verilir. Ancak şu dört hususta talep olmaksızın hâkim tarafından yemin ettirilebilir:

1. Birisi terekeden bir hak dava ve ispat ettiğinde, hâkim davacıya bu hakkını miras bırakanın bir şekilde tahsil etmediğine ve ettirmediğine, onu ibra ve başkasının üzerine havale etmediğine, başka kimse tarafından yerine getirilmediğine ve bu hakkın karşılığında miras bırakanın bir rehini bulunmadığına yemin verilir. Buna hatırlatma yemini denir.
2. Birisi bir mala hak iddia edip davasını ispat ettiğinde, hâkim ona bu malı başka bir kimseye satmadığına, kimseye hibe etmediğine herhangi bir şekilde mülkünden çıkarmamış olduğuna yemin ettirir.
3. Müşteri satılan malı ayıbına binaen reddettiğinde, hâkim malın ayıbına muttali olduktan sonra sözle veya mülk sahibinin sergileyeceği herhangi tasarrufla bunu kabul etmediğine dair yemin ettirir.
4. Hâkim şufa ile hükmolunması gereken bir durumda, şufa talep edene şufayı iptal etmediğine yani şufa hakkını herhangi bir şekilde düşürmediğine dair yemin ettirir."

İki maddeyi okuduğumuzda kastedilen anlamın aynı olduğunu, ancak Mecelle maddesinin Deliller Kanunundaki benzeri maddeden daha fazla şerh ihtiva ettiğini ve tüm kapalılıkları gideren açıklayıcı örnekler verdiğini görüyoruz.

Deliller Kanunu'nun 54. maddesinde ise "Mahkeme kararının çıkmasından sonra" ifadesi kullanılmıştır.

Mecelle'nin 1747. maddesinde şöyle bir ifade yer almıştır; "Hasmın talebi üzerine henüz hâkim tarafından yemin teklif olunmadan davalı yemin etmiş olsa, bu yemin geçerli olmayıp hâkim tarafından tekrar yemin ettirilmesi gerekir."

5. Kesinlik (Betat) ve bilgisizlik yemini:

Ürdün Deliller Kanunu'nun 55. maddesinde bu husus şöyle ifade edilmiştir; "Yemin konusu olan vakıa tevcih edilen şahısla alakalı olmalıdır. Eğer şahsı ile ilgili değil ise sadece bilip bilmediğine dair yemin ettirilir."

Mecelle'nin 1748. maddesinde bu hususa şöyle yer verilmiştir; "Kişi kendi eylemi için yemin etmek isterse kesinlik yemini eder. Yani bu işin şöyle olduğunun veya olmadığının kesinliğine dair yemin eder. Kendisi başkasının bir fiili hakkında yemin edecekse bilgisizlik yemini eder. Yani bu şey hakkında bir bilgisinin bulunmadığına dair yemin eder. Mesela, "Vallahi murisimin (miras bırakanın) bundan borç aldığını bilmiyorum" veya "bu konuda bir bilgim yok" demesi gibi."

Deliller Kanunu'ndaki maddenin Mecelle maddesinden etkilenmiş olduğunu görüyoruz. Ancak Mecelle maddesi daha açıklayıcı ve geniş olmuştur.

6. Birden fazla hak iddiasında tek bir yemin edilmesi:

Ürdün Deliller Kanunu'nun 56. maddesinde bu hususa şöyle yer verilmiştir; "Farklı taleplerin bir araya geldiği durumda tek yemin yeterli olur."

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1570. maddesinde bu husus şöyle geçer; "Farklı davalar bir arada toplanmışsa, her birine ayrı ayrı yemin etmek yerine bunlardan birine yemin etmek kâfidir."

Bu iki maddeyi incelediğimizde lafız olarak farklı olduklarını ancak netice itibariyle aynı oldukları görüyoruz.

7. Yemin edilmesi veya bundan vazgeçilmesi (nükûl) ancak mahkemede olabilir.

Ürdün Deliller Kanunu'nun 58. maddesinde bu husus şöyle yer almıştır: "Yemin ancak mahkeme önünde yapılabilir. Bunun dışında yapılan yeminin veya bundan vaz geçmenin bir kıymeti yoktur."

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1744. maddesinde bu hususa ilişkin şu ifade yer alır; "Yemin sadece hâkimin veya yardımcısının huzurunda yapılırsa geçerli olur. Mahkemenin dışında başkalarının huzurunda yeminden vazgeçilmesi dikkate alınmaz."

İki maddenin manası da birdir. Çünkü yemin ettirme, hasmın talep etmesi halinde hâkimin hakkıdır. Hâkim dışında yapılan yemin veya bundan vazgeçme durumu dikkate alınmaz.

8. Yemin ancak Allah'a kasem edilerek yapılır:

Ürdün Deliller Kanunu'nun 66. maddesinde bu hususta şu ifadeye yer verilmiştir; "Yemin, yemin edenin "Vallahi" demesiyle eda edilir ve mahkemenin kararlaştırdığı ifadeyle yapılır."

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1743. maddesinde bu hususa şöyle yer verilmiştir; "Davalı veya davacı konumundaki biri yalnız "Allah" adına "Vallahi" veya "Billahi" sözüyle tekrar etmeden bir defa yemin ettirilir."

9. Dilsizin yemini ve bundan vazgeçmesi:

Ürdün Deliller Kanunu'nun 67. maddesinde şöyle denilmiştir; "Eğer yazmayı bilmiyorsa dilsizin yemininde veya vazgeçmesinde alışık olduğu işarete itibar edilir. Eğer yazmayı biliyorsa yemini veya vazgeçmesi yazıyla sağlanır."

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1752. maddesinde bu hususa şöyle yer verilmiştir; "Ahrazın (dilsiz) yemini ve bundan vazgeçmesi, onun alışılagelmiş işaretiyle olur."

İki madde incelendiğinde basit bazı farklarla birlikte aynı oldukları görülür. Ürdün Deliller Kanunu, yazmayı bilen dilsizin yeminin veya ondan vazgeçmesinin yazıyla olacağını kabul etmiştir.

Mecelle ise yazmayı zikretmemiştir. Çünkü Mecelleye göre tercihe şayan olan görüş, dilsizin okumayı bilse bile işaretine itibar edileceğidir. Çünkü her ikisi de zorunlu delildir.

10. Yemin etmede ve ettirmede vekillik:

Ürdün Deliller Kanunu'nun 68. maddesinde bu husus şöyle yer almıştır; "Vekâlet tahlifte (yemin ettirme) işler, ancak yeminde olmaz."

Adli Hükümler Mecellesi'nin 1745. maddesinde bu hususa şöyle yer verilmiştir; "Vekâlet tahlifte (yemin ettirme) işler, ancak yeminde olmaz. Dava vekilleri hasıma yemin ettirebilirler. Ancak eğer yemin onların müvekkillerine tevcih edilirse, müvekkillerin bizzat yemin etmeleri zorunlu olur. Vekillerinin yemini geçerli olmaz."

Burada da her iki maddenin aynı olduğunu görüyoruz. Ancak Mecelle maddesi hem evvelini hem de sonunu şerh etmiştir.

Bunlar, Ürdün Haşimi Krallığı Yasalarının, Adli Hükümler Mecellesi'nden etkilenmesine ilişkin bazı örneklerdir. Bu da Mecelle'nin derinliğine sağlamlığına delalet eder.

Âlemlerin Rabbi olan Allah'a hamdolsun.

MALEZYA'DA İSLAMİ FİNANS'TA MECELLE'NİN KULLANIMI: BIR ÖN ÇALIŞMA[1]

Prof.Dr.Farid Sufian SHUAIB

Malezya Uluslararası İslam Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü

İslam hukuku cüzlerinin tedvini olarak, *Mecelle* ya da *Mecelle el-Ahkâm el-Adliye*, İslam içtihadının genel ilkeleri ve bankacılık işlemlerine ilişkin yasal kurallar da dâhil olmak üzere, geniş kapsamlı konuları ele almaktadır. Bu prensipler İslami finans uygulamaları ile ilgilidir. 1877'de Osmanlı'da yürürlüğe giren bu Kanunun, dünyanın başka bir bölgesinde, yani Malezya'da İslam hukukunun bugünkü uygulaması üzerine etkisini dikkate almak oldukça ilginç bir çalışma olacaktır. Bu araştırma, Malezya'da İslami finans uygulamalarında *Mecelle'*nin kullanımını incelemektedir. Araştırma, mevzuat ve içtihat gibi kaynaklar üzerinde "metin analizi" yöntemini kullanmaktadır. Bunun dışında, Malezya'da İslami finansın düzenlenmesi ve işletilmesinde yer alan taraflarla görüşmeler yapılmaktadır. Araştırmanın bulguları, *Mecelle'*nin İslami finans uygulamalarındaki temel referanslardan biri olduğunu göstermektedir.

Giriş

Malezya, Malezya'daki İslami finansal varlıkların güçlü bir şekilde büyümesiyle dünyanın İslami finans merkezi olmayı hedeflemektedir.[2] Uluslararası İslam Üniversitesi Malezya'daki İslami Bankacılık ve Finans Enstitüsü (IIBF) gibi üniversiteler altında bulunan araştırma enstitülerinin varlığının dışında, Malezya Merkez Bankası, Malezya'da İslami finansın büyümesini hızlandırmak için, Uluslararası Finans İslami Şeriat Araştırmaları Akademisi'ni (ISRA) ve Uluslararası İslami Maliye Eğitimi (INCEIF) Merkez'ini kurmuştur. *Mecelle'nin* öneminden bahsederken, aynı zamanda *Mecelle'nin* Malezya'da İslami finans alanında kullanımını düşünmek yerinde olacaktır. *Mecelle'nin* 1877'de Osmanlı Türkiye'sinde yürürlüğe konulduğunu ve *Mecelle* ile Malezya arasındaki bağlantıyı anlamak için tarihin ve Malezya hukuk sisteminin dikkate alınması gerektiğini düşünmek gerekiyor.

Malezya Hukuk Tarihine Genel Bir Bakış

Güneydoğu Asya'daki erken krallıklar Hinduizm ve Budizm'den etkilendi. İslam daha sonra dünyanın bu kısmına ulaştı ve bu bölgedeki krallıkları Brunei Sultanlığı, Sulu Sultanlığı, Aceh Sultanlığı ve Melaka Sultanlığı gibi İslami Sultanlıklara dönüştürdü. İslam'ı, Malay Yarımadası'na ve Güneydoğu Asya'ya getirenler arasında, 14. yüzyılda Orta Doğu, Hindistan ve Çin'den gelen Müslüman tüccarlar yer almaktadır[3]. Malezya'daki İslamlaşma süreci bölgedeki hayatın her alanını değiştirdi. Bu değişimin içeresinde, Malay Sultanlıkları döneminde kabul gören İslam hukukuna

[1] Uluslararası Adalet Sempozyumunda sunulan bir makale: Adalet Akademisi tarafından 25-27 Eylül 2017, Bursa, Türkiye tarafından düzenlenen Kanun Tedvini, Uygulama ve Çağdaş Etkiler.

[2] http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=fs_mfs&pg=fs_mfs_bankerişimtarihi: 4/9/2017.

[3] SQ Fatimi, *Islam Comes to Malaysia*, Singapore: Malaysian Sociological Research Institute Ltd, 1963.

dayalı hükümlerin yer aldığı fezlekeler ile varlığı ispatlanmış olan bir hukuk sistemi de yer almaktadır[4].

Bu İslamlaştırma süreci, Malay Sultanları ve Osmanlı Türkiye arasındaki iyi ilişkilerin yardımı ile mümkün oldu[5]. Bu, en azından - resmi düzeyde - Johor Eyaleti tarafından 1913'te *Majalla el-Ahkam al-Adliyyah*'ın kabul edilmesi ile sonuçlanmış bir süreç olmuştur[6]. İngilizler tarafından devlet yönetiminde daha üst düzey konumları ele geçirmeden önce *Mecelle'nin*Johor'da uygulanmasının ne ölçüde gerçekleştirildiği araştırılmalıdır.

Hukuk Düsturu Külliyatı olarak Mecelle

Hukuk ilkelerinin - düsturlarının veya al-*qawa□id al-fiqhiyah'*in - kısaca genel şeriat hükümleri ile alakalı düzenlemeler içerisinde ortaya konulan fıkhın genel ilkeleri olduğu söylenebilir[7]. Mohamad Hashim Kamli, hukuksal ilkelerin, "genellikle şeriatın amaç ve hedeflerini ifade eden, genellikle birkaç kelimeyle ifade edilen öz lafzi ifadeler biçimindeki nazari soyutlamalar"[8] olduğunu belirtmiştir.

Hukuk düsturları kendi içlerine hukukçuları bağlamazlar ve fıkıh usulleri - *usul-el-fıkıh* - ile eşdeğer değildirler (hukukun kaynakları, hukuk muhakemesinin yorumlanması ve usulüne / metodolojisine ilişkin kurallara dair İslami hukuk ilmi olarak fıkıh usulü anlamında olduğu gibi).

Hukuk düsturlarının sistemli belgeleri *Mecelle'*de bulunabilir. Ahmet Akgündüz'ün tarif ettiği üzere, Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlık ettiği bir komisyon tarafından hazırlanan üzerinde 8 yıl çalışıldıktan sonra, 1876 yılında tamamlanan *Mecelle*, 1851 maddeden oluşmaktadır[9]. Sadece Türkiye'de değil Mısır, Lübnan, Kuveyt ve Bosna gibi diğer ülkelerde de uygulanmıştır. *Mecelle*, asla Malezya Federasyonu tarafından bir hukuk yasası olarak kabul edilmemiştir[10].Bununla birlikte, *Mecelle*, özellikle Malezya'da İslami finans tatbikatında dikkate değer ve önemli bir atıf kaynağıdır.

İslami Finansman Alanında Uygulayıcıların Eğitiminde *Mecelle*'nin Yeri

İslami bankacılık alanındaki profesyonel çalışmalarda Mecelle'nin kullanılmasının yanı sıra, bu çalışma; İslami bankacılık sektöründe, geleceğin meslek sahiplerine, üniversite düzeyinde *Mecelle'nin* tanıtılıp tanıtılmadığını görmek için *Mecelle'nin* yüksek öğretimdeki yerini ve kullanımı ele almayı hedeflemektedir. Bir ön çalışma olarak, bu makale, Malezya Uluslararası İslam Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Hukuk Lisans düzeyi müfredatında (Hukuk Lisans Diploması)yer alan ilgili dersleri incelemektedir.

İncelenecek ilk ders *Usul El Fıkıh* veya İslami Hukuk Esasları dersidir. Ders, *usul el-fıkıh'*ın tanımı, kapsamı ve tarihini, bunun yanı sıra; *vacip, helal, haram, mekruh* ve *nehiy* gibi şeriat

---

4 Konuyla ilgili daha detaylı bilgi için, bakınız: Yazar Farid Sufian Shuaib, *Powers and Jurisdiction of Syariah Courts in Malaysia*, 2nd ed., Petaling Jaya: LexisNexis, 2009.

5 Örnek için bakınız: Saim Kayadibi (ed.), *Ottoman Connections to the Malay World: Islam, Law and Society*, Petaling Jaya: The Other Press, 2011.

6 Ahmed İbrahim, "Malezya İslam HukukuYönetiminde Son Gelişme" başlıklı bir yazı, İslami İlimler Enstitüsü (IKİM) tarafından 23-24 Temmuz 1996 tarihlerinde düzenlenen İslami Hukukların Yönetimi Uluslararası Semineri'nde; Abd Jalil Borham, *MajalahAhkam Johor: Kod Undang-Undang Sivil Islam Kerajaan Johor 1331H/1913M*, Johor Bahru: Penerbit Universiti Teknologi Malaysia, 2002.

7 Muhammed Anas al-Zarqa, *Introduction to Islamic Jurisprudence*, Kuala Lumpur: IBFIM, 2014.

8 Mohamad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, Cambridge: Islamic Texts Society, 2005.

9 Ahmed Akgunduz, *Introduction to Islamic Law*, Rotterdam: IUR Press, 2010.

10 Ancak, yukarıda belirtildiği gibi Johor Eyaleti ile ilgili tarihi lütfen inceleyin.

prensipleri ve diğer alt bölümleri ile ele almaktadır. Sonraki kısımlarda ise, *maqasid al-shari'ah* (ya da hukukun amaçları) ve şeriatın kaynakları ya da ispatları ile ilgilenir. Dersin ana hatları, *Mecelle*ye herhangi bir atıfta bulunmaz. Benzer şekilde, dersin öğretim üyeleriyle yapılan görüşmeler, İslami Hukuk Esasları dersinin içeriğinde *Mecelle'nin* herhangi bir kullanımının olmadığını ortaya koymuştur.

İncelenen ikinci ders, İslami Bankacılık İşlemleri Hukuku'dur. Bu dersin amacı; sözleşme oluşumu (akit teşekkülü), belirsizlik doktrini (müphem hususlar), sözleşme özgürlüğü (akitten vazgeçme), hürriyeti ve farklı İslam hukuku ekollerinde faiz / tefecilik ve kredi gibi hukuki sözleşme prensiplerini incelemektir. Bu derste ayrıca, satış (*bay*), vadeli satış (*bay-sa-salam*), para mübadelesi (*bay-saraf*) ve leasing/kira sözleşmesi ('*akd el-icra*) gibi farklı sözleşme türlerini de ele almaktadır. Kursun içeriğinde, *Mecelle al-Ahkam al-Adliyyah*'ı, - Wahbahal-Zuhaili'ye ait, *İslami Hukuk Esaslarında İslami Bankacılık İşlemleri* gibi kitapların diğer yazılar dışında - gerekli referanslardan biri olarak sunmaktadır[11].Bu dersin programında, *Mecelle'nin* 105[12], 151[13], 152[14] gibi özel maddelerine atıfta bulunurken, satış (*bay* ') gibi farklı sözleşme türleri de tartışılmaktadır.

İslami Bankacılık İşlemleri Hukuku dersini veren öğretim elemanlarına göre, *Mecelle* konusu bu dersin öğretimi ve öğrenilmesinde yaygın olarak kullanılmaktadır. Onların görüşüne göre, konuyla ilgili hukuk düsturlarına, hukuk metinlerinde rastlanmasına rağmen, *Mecelle* öğrenciler için hukuki ilkeleri görmek açısından oldukça kullanışlı bir referans sunmaktadır. *Mecelle'de*ki örnekler, hukuk ilkelerini öğrencilere açıklamada da faydalı olmaktadır.

İslami finans ile ilgili bir başka ders ise Bankacılık ve *Tekafül* (İslami Sigortacılık) Hukukudur. Bu konunun İslami Bankacılık İşlemleri Hukukundan ayrıldığı nokta şudur; bu derste Malezya'da İslami bankacılık hukukunun ve *Tekafül* hukukunun; yasal ve düzenleyici çerçevesi ele alınmaktadır. Ayrıca, İslami bankacılık işlemleri ve *tekafül* işleyişi ve bu konunun alt başlığı altında yer alan ürünlerin uygulanmasını da ele alınmaktadır. Derste, örnek olarak, İslami bankacılık tarihi, ilgili mevzuat, Şeriat yönetişim çerçevesi ve yatırım hesabı, akreditif, teminat mektubu ve *tekafül* gibi finansal ürünleri tartışmaktadır.

Dersi veren öğretim görevlileri, ders içeriğinde *Mecelle* ile ilgili doğrudan bir atıf olmamasına rağmen, *Mecelle'*yi derslerinde yaygın olarak kullanmaktadırlar. Öğretim görevlileri, *Mecelle'nin* bankacılık işlemleri kanunlarını özetler biçimde açıkladığına ve *Mecelle'de* kullanılan formatların belirli ölçülerde ilgili mevzuatlara ışık tuttuğunu düşünmektedirler. Bu, konuyu anlamada öğrencilere yardımcı olmaktadır.

İslami Bankacılığın Günlük Operasyonlarında *Mecelle*

Bu çalışma için araştırmacı, İslami bankaların şeriat departmanlarından gelen memurlarla mülakat yaptı. Bankaların, Şeriat Araştırma ve Danışmanlık Dairesi adıyla şeriat ile ilgili konularda her tür hizmeti veren bir danışma merkezi vardır. Mülakatın amacı, İslami bankaların günlük işleyişinde *Mecelle'nin* kullanımını tespit etmekti.

---

[11] Wahbah Zuhaili (çeviren. Mahmud A El Gamal), *Islamic Transactions in Islamic Jurisprudence*, Syria: Dar al-Fikr Damascus, 2003.

[12] "Satış, mülkün mülkiyetini değiştirmekten ibarettir. Sonuçlandırılabilir veya sonuçlandırılamaz."

[13] "Satılan şey, yani, satışta belirtilen ve mevsuk nesneyi oluşturan işbu hususi nesnenin, yani mülkün - yalnızca müsellem nesnelerden, belirtilen miktarın/fiyatın mal alışverişi aracı olmasından kaynaklandığından mütevellit zikredilen maldır."

[14] "Fiyat, satılan ürün için ödenecek miktardır ve ödeme yapma yükümlülüğü gerektirir."

Bu bölüm altında yer alan departmanlar sırasıyla; mevzuatın incelenmesinden sorumlu olan Şeriat Hukuk Birimi, ürün geliştirme sorumlusu ve günlük sorunları ele alan Şeriat Danışma Birimi, cari Şeriat konularına ya da detaylı analiz gerektiren meselelere bakan Şeriat Araştırma Birimi ve son olarak Şeriat Komitesi'ne destek veren Şeriat Sekreterliği Birimi. Şeriat Komitesi, 2013İslami Hizmetler Kanununa göre, her İslami banka tarafından kurulması gereken Şeriat uzmanlarından oluşan bir komitedir. Komitenin işlevi, finans kurumunun iş ve faaliyetlerinin Şeriata uygun davranmasını sağlamaktır[15].

Bir şeriat departmanından gelen şeriat görüşlerini oluşturma sürecinin bir örneği şudur; öncelikle bu departman, iş ekibinden (Şeriat Danışma Birimi aracılığıyla) alınan önerileri Şeriat perspektifinden inceleyecektir. Belirli bir konu hakkında derinlemesine bir Şeriat araştırması gerekiyorsa, departman (Şeriat Araştırma Birimi aracılığıyla) teklifin ayrıntılarını açıklayan bir araştırma raporu hazırlar, şayet konuyla ilintili ise şer'î meseleleri ve Kuran, Sünnet, hukukçuların yazıları ve *Mecelle'*den örnekler ile bu konulardaki argümanları destekleyen bilgileri bir araya getirir. Araştırma sunumu daha sonra Şeriat Sekretaryası Birimine sunulur. Bundan sonra ise, araştırma sunumu, müzakere edilmek üzere, ilgili bankanın Şeriat Komisyonunun huzuruna getirilir ve sunumda yer alan teklifin kabul edip edilmeyeceğine karar verilir.

Bankanın günlük işleyişiyle ilgili danışılan görüşlerinin sunulmasında, Şeriat departmanı, Malezya Merkez Bankası Şeriat Danışma Konseyi'nin ilgili yönergelerine veya kararlarına atıfta bulunur. Şeriat Danışma Kurulunun görevi; herhangi bir finansal meseleyle ilgili içtihat yapmak, İslami finans işleriyle ilgili Merkez Bankasına ve İslami finans kurumlarına tavsiyelerde bulunmak olan şeriat ve finans uzmanlarından oluşan bir konseydir[16]. Şayet bu departman, ilgili yönergeleri veya kararları bulamaz ise, bankanın şeriat Komitesinin ilgili kararına atıfta bulunacaktır. Eğer hâlâ ilgili bir tespit / karar yoksa bölüm *Mecelle* de dâhil olmak üzere, diğer ilgili fıkhî kaynaklara atıfta bulunur.

Bankalar *Mecelle'nin* kullanımına dair bazı örnekler sunmaktadır. İlk örnek, *Mecelle'nin* 175. maddesi kapsamında karşılıklı güvene dayalı satış yoluyla (*Bay' al-Mu'atah*) ilgilidir[17]. Örneğin, Şeriat Departmanının karşılaştığı bir sorun, banka ile müşteri arasındaki bir işe alım sözleşmesinin, "kiralama / leasing" işleminde, kiralanan mallar üzerinde sahiplenilmesinin sonucu olup olmadığının belirlenmesidir; örneğin bir araç, ödemenin bankaya son taksitini ödediği için bir satış ve satın alma işleminde müşteriye geçebilir(ve banka mallar üzerinde sahiplik mülkiyetini serbest bırakıyor olabilir), ki böylesi durumlarda örneğin araba gibi bir malın mülkiyeti, satın alanın yazılı olarak bir satın alma sözleşmesine girmesine gerek kalmadan alıcıya devredilecektir. *Mecelle'*de satış sözleşmesiyle ilgili olarak yapılan düzenleme, konuyu dile getirme ve çözme konusundaki görüşe yardımcı olur. *Mecelle'de* karşılıklı güvene dayalı satış sözleşmesiyle ilgili olarak yapılan provizyon, konuyu dile getirme ve çözme konusundaki kararlılığa destek olmaktadır.

Mecelle'nin kullanımıyla ilgili ikinci örnek, zımni rıza ilkesi ile ilgilidir. Sınıflandırma ile ilgili karar verilecek husus şu şekilde cereyan etmiştir; hangisi seçilmelidir; mevduat hesabımı (anaparanın yatırıldığı paranın güvence altında olduğu) yoksa (anaparanın güvence altına alınmadığı) ve o dönemlerde 2013'ün yeni İslami Finansal Hizmetler Yasası kapsamına dâhil edilen yatırım hesabı

15 Section 30 of the Islamic Financial Services Act 2013.

16 2009 Malezya Merkez Bankası'nın 52. Bölümü.

17 "Teklifin ve kabulün esas amacı, tarafların karşılıklı mutabakatı olmasıdır, bir satış da teklife cevap verilmesi ve kabulünün kanıtı olarak tarafların herhangi birinin konuyla ilgili tasarrufu ile sonuçlanabilir." Madde 4 buna örnek sunmaktadır.

mı[18]? Bu sınıflandırmaya göre, banka artık şeriat sözleşmesi olan *müderabeh'*i bir mevduat ürününde kullanamaz, çünkü(genel yatırım hesabı ürününde uygulanan) *müderabeh* sözleşmesinin doğası gereği *müderabeh* sözleşmesindeki sermayenin *müdarib* veya girişimci tarafından güvence altına alınamayacağıdır (bu noktada *muhatap* bankadır).

Bu sebeple, banka ya ürünün hesap türünü; gerekli görürse bir yatırım hesabına dönüştürebilir (ve artık bu hesap bir mevduat hesabı olarak sınıflandırılmaz) ya da ürünü vadeli mevduat hesabı olarak sınıflandırılmaya devam etmek için *teverruk* sözleşmesine dönüştürebilir. İkinci seçenek olarak, yani bir *teverruk* sözleşmesine dönüştürüldüğünde, ilk sözleşme (*müderabe*) fesih edilmeli ve yeni bir sözleşme (*teverruk*) ile değiştirilmelidir. Prensip olarak, bu tür bir uygulama, tüm müşterilerin bu işlemi onayladıklarını belirten evrak ile bankaya rücu etmelerini gerektirmektedir (yani bir *teverruk* sözleşmesine). Ancak, operasyonel olarak, çok sayıda müşteri olduğu için bu uygulama pratikte pek işlevsel olmayabilmektedir. Bu nedenle, zımni rıza kavramı, *Mecelle'nin* 192. maddesine atıfta bulunularak, sözleşmenin feshine dair zımni bir rıza ve 67. maddeye dayanarak taraflardan herhangi bir dönüş/yanıt alınamaması kaidesi esasına ithafen, zımni rıza gösterildiği şeklinde yorumlanmaktadır[19].Bu ilkeler, *teverruk* prensibine göre yeni sözleşme zemininin oluşturulmasının mevcut müşterilerin, bankaya rızalarını açıkça iletmeleri gerekmeden, (sessiz kalmaları ve değişime itiraz etmelerine izin verilmeden) zımni rızasıyla yapılabileceğinin belirlenmesi için destekleyici bir altyapı sağlamaktadır.

Banka yetkilileri, *Mecelle'nin* sorunların çözümlenmesinde ve tespitlerin yapılmasında açık ve doğrudan destek sağlamada ve onlara açıklık kazandırmada faydalı olduğunu açıkladı. Doğrusunu söylemek gerekirse, her ne kadar *Mecelle*, şeriat delilleri ve hukuk metinlerinden elde edilebilecek bu tür prensiplerin, doğrudan kaynağı olmasa da, bankacılık camiasındaki konumu itibariyle bir hukuk düsturları külliyatı olarak çok faydalı bulunmaktadır.

Mecelle'nin banka işleyişinde kullanılmasına dair örnekler sunmalarının yanı sıra, banka yetkililerine, neden *Mecelle*yi yararlı ve işlevsel buldukları da sorulmuştur. Onlara göre, *Mecelle*, konuyla ilgili provizyona / işleme rahatlıkla atıfta bulunabildikleri ve bankacılık işlemlerini kısa sürede ama detaya da inerek kolaylıkla gerçekleştirebildikleri bankacılık işlemleri ile ilgili kanunların külliyatıdır. Bu durum, elbette, uzun ve özlü olmayan ancak ayrıntılı araştırmalar için yararlı olabilecek hukuk metinlerinin değerini azaltmayacaktır[20]. Banka yetkililerinden biri, *Mecelle'nin* adım adım açıklamalar ile ilerlediğini, örneğin; başta temel hukuk düsturları ile başlangıç yaptığını, sonrasında da teklife binaen temel satış ve kabul ilkelerini anlattığı ve kişinin, *Mecelle'*yi etüt ederek, bankacılık işlemlerinin hukukunu öğrenip anlayabileceği yorumunu yapmıştı.

İkincisi, Mecelle, bankacılık işlemleri kanunu ile alakalı sistematik bir düzenleme sağlamaktadır. Hukuk metinleri ise her ne kadar sistematik de olsa, konunun uzunluğu ve ağdalı ağır dili nedeniyle, okuyucu-dostu bir metin olmayabilir. Böylece, konuyla ilgili ilkeleri veya hukuk düsturlarını araştırmak, *Mecelle*yi kullanarak çok daha kolay hale gelmektedir. *Mecelle'nin* yararlı ve

---

[18] 2013 yılında "Yatırım hesabı" ve "İslami mevduat" tanımlaması ile ilgili İslami Finansal Hizmetler Yasası'nın 2. Bölümü'ne bakınız.

[19] Madde 192'de, "Geçerli bir fesih, teklif ve kabul yerine geçebilecek bir kanundan da etkilenebilir" diye belirtilmektedir. Madde 67, "Sessizliği koruyan bir kişiye hiçbir söz söylenmez, ancak sessizlik, konuşmanın mutlak bir gerekliliği olan bir durumlara müsavidir. Yani, sessizliği koruyan bir kişinin böyle bir beyanda bulunmuş olduğu söylenemez, ama bir açıklama yapması gereken yerde sessizliği sürdürürse, böyle bir sessizlik bir kabul ve beyan olarak kabul edilir."

[20] Örneğin; Wahbah Zuhaili (çeviren Mahmud A El Gamal), *Islamic Transactions in Islamic Jurisprudence*, Syria: Dar al-Fikr Damascus, 2003.

yardımcı olmasının üçüncü nedeni ise, bazı hükümler ile ilgili verilen örneklerdir. Karşılıklı güvene dayalı satış ile ilgili 175. madde kapsamında verilen örnekler, ilkelere çok uygundur ve bu ilkeleri çok daha açık hale getirmektedir. *Mecelle'nin* dördüncü faydası ise, prensiplerin açıklığı ve doğrudan oluşudur. Bu aslında, hukuk düsturlarının olması beklenen bir özelliğidir.

Memurlara, işyerlerinde *Mecelle*yi kullanırken herhangi bir direniş veya itiraz ile karşılaşıp karşılaşmadıkları da sorulmuştur. Onlara göre, *Mecelle'*yi iş arkadaşlarından ya da kontrolörlerden kullanmaya yönelik herhangi bir direniş ya da itiraz yoktu. Malezya Merkez Bankası veya Malezya Güvenlik Komisyonu ile iletişim halinde olmalarına dayanan tecrübelerine binaen, *Mecelle'de* konuyla ilgili kararları destekleme konusunda herhangi bir sıkıntı ile karşılaşmadıklarını da ifade etmişlerdir. Malezya büyük ölçüde Şafi mezhebinden olsa da, eğer bankacılık işlemlerinde diğer mezheplerde alınan kararlar konuya uygun ve konuyla ilgili ise, prensipler açısından diğer mezheplerin esnekliklerini kullanma konusunda fazlasıyla cevaz vardır.

Memurlara ayrıca, konuyla ilgili farkındalıkları veya *Mecelle* ile daha önce karşılaşıp karşılaşmadıkları hakkında sorular sorulmuştur. Banka çalışanlarından birisi, yükseköğretimde hiç *Mecelle* ile ilgili bir ders almadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, Uluslararası İslam Üniversitesi'nde Hukukta yüksek lisans dersleri alırken, hukukçuların Mecelle ile ilgili yazdığı hukuk metinlerine rastladığını söylemiştir[21]. Banka görevlisi, üniversitenin çevrimiçi kaynaklarını kullanırken, kendi araştırmaları sonucunda Mecelle ile tanışmıştır.

Mevzuat ve Tüzüklerde Mecelle

Bu bölümde, ilgili belgelerde yer alan *Mecelle'nin* kullanımını belirlemek için, İslami finans ile ilgili mevzuat ve tüzüklere/yönergelere bakılmıştır. İslami finans konusundaki ana tüzükler, İslami finans kurumlarının düzenlenmesi ve denetlenmesi ile ilgili olarak, Merkez Bankası ve İslami Finansal Hizmetler Yasası'nın 2013 yılı idaresi, hedefleri, işlevleri ve yetkileri ile ilgili olarak 2009 Malezya Merkez Bankası'dır. Bu kanunlarda *Mecelle*ye atıfta bulunulmamıştır.

Malezya Merkez Bankası da faaliyetlerine sektöre açıklık ve yönlendirme sağlamak için bir tür rehber yayınlar[22]. Bu rehberin örnekleri, *Istisna* '[23], *Kefalet*[24] ve *Müdarebe*[25] hakkında kılavuzdur. Bu Kılavuzlar *Mecelle*ye atıfta bulunmamaktadır. Bu, *Mecelle'nin* fıkıh için önemli referanslardan biri olmasına rağmen, Malezya yasalarına dâhil edilmediğini göstermektedir.

Üst Düzenleme Kurumlarının Belirlenme Sürecinde *Mecelle'nin* Yeri

İslami finans işinin merkezinde şeriat ile uyum yatmaktadır. İslami finansın işleyişi, İslami finans katılımcılarının güvenini hızlı ve otoritesiyle kazanmış bir kurum tarafından çözülmesi gereken pek çok Şeriat konusunu içerisinde barındırmaktadır. İslami finans kurumlarının şeriata her zaman uymaları şarttır[26]. Bunu başarmak için bireysel finans kurumu düzeyinde Şeriat Komitesi ve ulusal düzeyde Şeriat Danışma Konseyi kurulmuştur.

---

21 Örnek olarak; Jalaluddin Abdul Rahman al-Suyuti, *al-Ashbahwa-al-nazair fi qawaidwa-furu' fiqh al-Shafi'iyah*, Bayrut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyah, 1998.

22 2013 İslamiFinansalHizmetlerYasası'nın 277. Bölümü

23 Bank Negara Malaysia, *Istisna'*, BNM/RH/PD 028-1, 23 Aralık 2015.

24 Bank Negara Malaysia, *Kafalah*, BNM/RH/PD028-4, 13 Nisan 2017.

25 Bank Negara Malaysia, *Mudarabah*, BNM/RH/STD 028-8, 20 Nisan 2015.

26 2013 İslamiFinansalHizmetlerYasası'nın 28 (1).Maddesi.

Şeriat Komitesi'nin işlevi finansal kurumun iş ve faaliyetlerinin şeriat ile uyumlu olmasını sağlamaktır[27]. Şeriat Komitelerinin üyeleriyle yapılan görüşmelerde, üyeler komitenin görevlerinden birinin, şeriat ilkelerinin uygun bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını göz önünde bulundurarak, finansal ürün geliştirmenin şeriat kurallarına uyumuna ilişkin tavsiyelerde bulunmak olduğunu ifade etmektedir. Bir bankanın şeriat departmanı, finansman işinin yürütülmesinde şeriat ile ilgili herhangi bir meseleyi tanımlamak için şeriata uygun mali denetim ve şeriat incelemesi yapacak ve daha sonra Maliye Merkez Bankası'nın bu sorunları çözme kılavuzuna / yönergelerine atıfta bulunacaktır. Şeriat departmanı, ürün veya operasyonda olası bir şeriat uyumsuzluğu (PSNC) olduğuna inanırsa, bölüm, bulgularını ve tavsiyelerini belirleyecek ve komitenin karar vermesi için Şeriat Komitesi'ne sunacaktır.

Şeriat Komitesi üyeleri tarafından *Mecelle'nin* kullanımıyla ilgili olarak, üyeler Şeriat meselelerini tartışırken hukuki düsturlara başvururlar. Bununla birlikte, düsturları tanımlamak veya tartışmak için doğrudan *Mecelle*ye başvurmazlar. Onlara göre, bankacılıkla ilgili düstur ifadeleri, doğrudan Kur'an ve Sünnetten ya da Şeriat kaynaklarından gelen ilkelerin içtihadıyla alınabilir. Diğer bir deyişle, düsturlar ya da ilkelerin mutlaka *Mecelle'*ye bir atıfta bulunmasına gerek yoktur.

Kendileri ile mülakat yapılan Şeriat Komitesi üyelerinden edinilen bilgiye göre, Komite üyelerinin *Mecelle* konusunda bilinçlendirilmesi veya bilgilendirilmesi ile ilgili olarak, bu kavramla ilk karşılaşma yükseköğretim düzeyinde gerçekleşmiştir. Görüşülen banka yetkililerinden birisi, *Mecelle'nin*, İslami bir bakış açısıyla yapılandırılmış bankacılık ürünlerin incelenmesi ile ilgili doktora dersleri için kendisine faydalı olduğunu belirtmiştir.

İslami finanstaki ikinci yönetim organı Şeriat Danışma Konseyi'dir. Konsey, İslami finans hizmetlerine ilişkin İslam hukukunun tespiti için tek yetkili merci olarak kabul edilir[28]. Şeriat Danışma Kurulu'nun görevleri, İslami mali meseleler hakkında ilgili İslami kanunları saptamak, Merkez Bankası'na İslami finans işiyle ilgili tavsiyelerde bulunmak ve ayrıca İslami finans kurumlarına da tavsiyelerde bulunmaktır[29]. Dahası, mahkemeler veya hakemler İslami finans işiyle ilgili şeriata dair sorularını, Konseye göndermelidirler, zira buradan çıkan kararlar; mahkemeler veya hakemler üzerinde bağlayıcı niteliktedir[30].

Yayınlanmayan Şeriat Komitesi kararlarının aksine, Malezya Merkez Bankası Şeriat Danışma Konseyi'nin kararlarını yayınlamaktadır. Yayınlanan kararlardan, Konsey *Mecelle*ye atıfta bulunmaktadır. 13 Nisan 2007 tarihli ve *İstisna* prensibine dayalı proje finansmanı ile ilgili kararında, Şeriat Danışma Konseyi tarafından; önerilen yapı ve işletme mekanizmasına izin verildiği kararlaştırıldı[31]. Alınan kararı desteklerken, şayet konuyla ilgili karşılıklı olarak mutabık kalınmışsa, Konsey *istisna*ya izin verilebileceğini bildiren *Mecelle'nin* ilgili maddelerine atıfta bulunur[32].

---

27 2013 İslamiFinansalHizmetlerYasası'nın30. Maddesi.
28 2009 MalezyaMerkezBankası'nın 51. Bölümü.
29 2009 MalezyaMerkezBankası'nın 52. Bölümü.
30 2009 MalezyaMerkezBankası'nın 56 ve 57.Bölümü.
31 Bank Negara Malaysia, *Shariah Resolutions in Islamic Finance*, Bank Negara Malaysia: Kuala Lumpur, 2010.
32 Kararda üç maddeden, yani 389, 390 ve 391. Maddelerden, bahsediliyor. 389. Maddede "Müşteri şayet böyle bir sözleşmeyi lağıv etmek ister ise, bir üretim ve satış sözleşmesi genellikle geçerlidir. Bununla birlikte, sözleşmede bir süre belirtildiyse, böyle bir geleneksel uygulamanın yapılmadığı durumlar ile ilgili olarak, gelecekteki teslimata karşı derhal ödeme yapılması durumunda geçerli olan koşullar yürürlüktedir. Bununla birlikte, sözleşme de herhangi bir süre belirtilmemişse, sözleşme, üretim ve satış sözleşmesinin niteliğindedir". 390. Madde de, "İmalat ve satış sözleşmesi durumunda, ilgili kanun maddesinin tanımlanması ve tanımlandığı şekilde de hizmetinverilmesi" hükmünü

Şeriat Danışma Kurulu üyeleri ile (eski üyeler de dâhil) mülakat yapılırken, Konseyin yayınlanan kararlarında Mecelle yönelik atıfta bulunularak yapılan tek referansın, Konsey'in sadece bir kez yalnızca *Mecelle*ye atıfta bulunup bulunmadığı anlamına geldiği sorulmuştur. Üyeler işlemin öyle olmadığını açıkladılar, çünkü *Mecelle'nin*, her ne kadar ana referans olmasa da, onların kararlarını vermelerinde, yardımcı bir referans olarak kullandıkları bir kaynak olduğunu belirttiler.

Mülakatlarda, Şeriat Danışma Kurulu üyeleri, müzakerelerinde ilgili yerlerde *Mecelle*ye başvurulduğunu açıkladı. Bu özellikle, Hanefi mezhebi ekolunun görüşlerini yansıtmaktadır. Aynı zamanda, *Mecelle'de* çözüme dair doğrudan açık bir atıfta bulunulmamasının, *Mecelle'de*n müzakere sırasında söz edilmediği anlamına gelmesi gerekmediği de belirtmişlerdir. Şeriat Danışma Konseyi ayrıca, İslami Finans Kurumu Muhasebe ve Denetim Kurumu (AAOIFI) tarafından üretilen standartlar ve İslam Fıkıh Akademisi Konseyi'nin kararları ve tavsiyeleri gibi diğer belgelere de de atıfta bulunmaktadır.

Şeriat Danışma Kurulu üyelerinden biri, *Mecelle'nin* daha iyi bir atıf olma özelliği taşıdığını, zira hükümlerde yer alan ifadelerin, uygun eylem seyri hakkında bir rehberlik sunan "yapabilir" ve "yapar" gibi şart ve emir kiplerini içerdiğini ifade etmiştir. Ayrıca, hükümler bir "özellikler veya ilgili öğeler" listesiyle de desteklenmektedir. Bu, standartların geliştirilmesinde ve uygunluğun değerlendirilmesinde bir altyapı zemini olarak kullanılmaya faydalı olmaktadır[33].

Sonuç

Mecelle'nin gelecekteki uygulayıcıların eğitiminde kullanımı, mali kurumların günlük işleyişi ve düzenleyici kurumlar tarafından tespit edilmesine ilişkin yukarıdaki bulgular, *Mecelle'*ye İslami finans alanında devam eden ilgiyi göstermektedir. İslami finans ilkeleriyle ilişkin diğer referanslarının aksine, *Mecelle'nin* kendine has eşsiz özelliği, bir kanun metni olarak *Mecelle'nin* doğal yapısında yatmaktadır. Kanun hükümlerinin yazılı bir metni olarak, *Mecelle'nin* şu çeşitli özellikleri mevcuttur; sistematik bölümleme ve hükümlerin tutarlı biçimde dizili olması; açık, kesin ve kesin bir dil ve gerekli hallerde şerhli maddeler. Oldukça başarılı bir şekilde kaleme alınmış olan *Mecelle* bu özellikleri ile Osmanlı'nın kalıcı mirasını güçlendirmektedir.

taşımaktadır. 391. Maddesi, "Üretim ve satış sözleşmesinin şart olmadığı, paranın hemen ödenmesi gerektiği" hükmünü vermektedir.

[33] Örneğin, sözleşme ortaklığına ilişkin kâr hakkının unsurlarını listeleyen 1348 maddesine bakılabilir.

OSMANLI İMPARATORLUĞU, OSMANLI SONRASI DÖNEM VE OSMANLI DIŞINDAKİ ÜLKELERDE *MECELLE* LİTERATÜR İNCELEMESİ

Tomoki OKAWARA

Tohoku Üniversitesi

1. Giriş

Mecelle, Türk hukuk tarihi içinde tipik bir İslam hukuk geleneği ve kültürü kanunu olarak değerlendirildiğinden, İmparatorluk'taki Tanzimat'tan beri çıkarılan diğer kanunların çoğu, bir dizi modern Batılı yasaya bakılarak çıkartılmıştır. Birçok Türk akademisyen *Mecelle* üzerinde çalışmış ve önemli akademik sonuçlar yayınlamış olsa da, diğer araştırmacılar tarafından akademik anlamda ilgi görmemiştir[1]. Ancak, çalışmalar yukarıda bahsedilen alanla sınırlı kalmıştır ve *Mecelle'*de şimdiye kadar, eski-Osmanlı ve Osmanlı-dışı ülkelerde yapılmış çok az girişim bulunmaktadır[2]. Bu makalede, *Mecelle'*nin araştırma alanını dünya çapındaki sınırlarında genişletmeye çalışacağım, çünkü *Mecelle'*nin eski-Osmanlı ve Osmanlı-dışı ülkelerde yapılmış çalışmaları oldukça azdır. Bu yüzden her şeyden önce, eski Osmanlı ve Osmanlı-dışı ülkelerde *Mecelle* ile ilgili temel bilgilerini araştırmaya başlamalıyım. Başka bir deyişle, Osmanlı Türkçesiyle yazılmış olan *Mecelle'*nin ne zaman ve neden diğer dillere çevrildiğini henüz bilmiyoruz. Mecelle'nin hukuk çevirisinin tarihini anlamak, hedef ülkelerdeki *Mecelle'*nin başka ülke ve dillere hukuki aktarım sürecini anlamaktır. Bu makalede, *Mecelle'*nin hukuksal çevirisi hakkında, bir literatür taraması kaleme almak istiyorum.

Her şeyden önce, çeviri ve adalet meselesini irdelememiz gerekir. White'ın işaret ettiği gibi (1) çeviri hem bir başka kişiyle hem de başka bir dille bir tanışma ve bu dili kullanarak karşılık verme sanatıdır, (2) çeviri sayesinde, çevirmenler diller arasındaki, insanlar arasındaki (ve halklar arasındaki) farkları daha net olarak gösterebilir ve anlaşılabilir bir noktaya taşır… (3) bireyin kişilik haklarını vurgular ve (4) tüm bu açılardan bu bir hukuk ve adalet modelidir, zira hem doğru ilişkileri kurmaya yaradığı, hem de kişiler arasında; hem de kullanılan dil ile akıl arasında bir bağ kurduğu için; bu iki kavram da hukuk felsefesinin kalbini oluşturur[3]. Daha sonra, hukuk çevirisi sorunuyla ilgili olarak Wolff, Poon'un bazı fikirlerini gerekçe göstererek şöyle der: "Bugün bu usul daha serbest / liberal olsa da, hukuk çevirisinde ilk önemli husus asıl kaynak metne sadık kalmasıdır.[4] Wolf, "metinsel sadakat doktrinini" Sarcevic'in aşağıdaki gözlemini aktararak açıklıyor:

> *Hukuk çevirmenleri, sadakat ilkesiyle genelde sınırlandırılmıştır. Çevirinin asıl amacının kaynak metnin içeriğini olabildiğince doğru bir şekilde yeniden üretmesi gerektiğine inanan, hem hukukçular hem de dilbilimciler yasal metinlerin tam anlamıyla tercüme edilmesi*

[1] Ruvin, "Modernity as a Code," s. 845.
[2] Birkaç istisnai çalışma G. Tedeschive Ch. Mallat tarafından yapılmıştır. Tedeschi "Le centenaire de la Mejelle."Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*.
[3] White, *Justice as Translation,* s. 230.
[4] Wolf, "Legal Translation," s. 229.

gerektiğine karar verdiler. Yasalardaki her cümleye harfiyen sadık kalma adına, hukuki tercümede asıl kılavuz; kaynak metne tam sadakattir.[5]

Japonya'da, 1868'deki Meiji Dönemi'nde yaşanan Yeniden Yapılanma / (Restorasyon Döneminden) sonra, merkezi hükümetin, Avrupa hukuk sistemi çerçevesinde, baştan yazılmış yasaları yürürlüğe koymaya çalışmasından bahsetmek faydalı olabilir. Bu amaçla, Napolyon Medeni Kanununun Japoncaya çevrilmesi, Şinpey Eto'nun (Adalet Bakanı, 1872-73) denetimi altında alelacele yürütülmüştür. Bu tercüme ile aslında, 'Fransa' ve 'Fransızca' yerine 'Japonya' ve 'Japonca' yazılarak basit bir değişiklik yapıldığı görülmektedir[6]. Sadece doğrudan çevirileri yapılarak ve içerikte herhangi bir değişiklik yapılmadan olduğu gibi metni sunmaya çalıştılar. Bakanın, tercümanı bizzat şu ifadeyle teşvik ettiği bile söylenir: "Mümkün olduğu kadar çabuk tercüme etmelisin, yanlış tercüme etsen bile.[7]" Bu başarısızlıktan sonra, Japon hükümeti, Fransızca ve Almanca olarak yasa taslaklarını yazan yabancı danışmanlar istihdam etti. Bu çevrilmiş taslaklar Japon hukukçuları ve yetkilileri tarafından Japon ananelerini ve geleneklerini yansıtacak şekilde metinleri "Japonlaştırmak" için defalarca gözden geçirilmiştir.[8] Kısacası, Meiji Dönemi'nde Japon elit hukuk uzmanları, çeviri çalışmaları sayesinde Batı modern hukuk kavramını incelemeye çalışmıştır.

2. Osmanlı İmparatorluğu ve eski Osmanlı ülkelerinde *Mecelle* Literatür İncelemesi

2-1. Osmanlı Türkçesi Nüshası (Orijinal Metin)

Japonya örneğinde olduğu gibi, Osmanlı İmparatorluğu'nda, Avrupa yasaları, özellikle Fransız yasaları Osmanlı Türkçesine çevrilmiş ve yeni yasalar çıkarmakta kullanılmıştır; ticaret hukuku, ceza kanunu, deniz ticareti hukuku, ceza muhakemesi usulü ve medeni usul yetki kuralları[9]. Medeni Kanun için bile, Vezir-i Azam, Ali Paşa (ö. 1871), Fransız Medeni Kanununu (*CodeNapoleon*) tercüme ettirdi ve onun kabul edilmesi için bastırdı, ancak *Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'*nin başkanı Cevdet Paşa (ö. 1895) (Adli Hükümler Kurulu) ve *Mecelle* Cemiyeti, ona karşı çıktı. Sonunda, gözetimi altında *Mecelle* şeriata uygun olarak kabul edildi. Bu meşhur bölüm, Türk hukuk tarihine hukuki ikilemenin bir örneği olarak geçtiği için, bazı akademisyenler, hukuksal düalizm ile birlikte var olma fikrini yeniden ele almaya başladılar ve Osmanlıların, kanunun baştan yazmanın ne anlama geldiğini ve neleri uygulamaya koyduklarını anlamaya çalıştırlar[10]

Benim görüşüme göre, *Mecelle* de bir çeviri ürünüdür, çünkü *Mecelle*nin maddeleri çoğunlukla ünlü *Hanefi Ekolü* hukuk kitaplarından çevrilmiştir. Örneğin, *Mukaddime* (önsöz) bölümünde yer alan 2 - 100 no.lu maddeler neredeyse tamamen İbn Nüceyim'in (ö. 1563) *Eşbah ve'n-Neza'ir* ve Hadimi'nin (ö. 1762) *Menafiu'd-deka''ik fi şerhi mecami'ul-haka'ik'*ından alınmadır. Buna ek olarak, Cevdet Paşa ve kurul üyeleri, Batı hukukuna dair kavramları *Mecelle*ye aktarıp, onu "Türkçeleştirmeyi" denediler. Özellikle bunu, 1. Maddede görüyorum, çünkü kurul burada "medeniyet" ve "akıl" kelimelerini kasıtlı olarak seçip kullanıyor:

---

5 Sarcevic, Wolf, "Legal Translation," içinde, s. 236.
6 Takeda and Sekine, "Translation of Japanese Laws and Regulations," s. 224.
7 Matsumoto, "Lost in Translation," s.113.
8 Takeda and Sekine, "Translation of Japanese Laws and Regulations," s.224.
9 Hallaq, *Shari'a: theory, practice, transformations*, s. 411. Oguz, "The Role of Comparative Law in the Development of Turkish Civil Law, s.378.
10 Rubin, "Modernity as a Code," s. 844-850.

... İnsanın uygar bir varlık olduğu (medeniyu't-teb) olduğu göz önüne alındığında, diğer hayvanlar gibi yalnızlık içinde yaşayamaz, bir uygarlık halinde yaşamak (medeniyet) için diğer insanlarla işbirliği içinde işbirliği yapmak ve iletişim hâlinde olmak zorundadır. Bununla birlikte, her insan sevdiği şeyleri ister ve hoş bulmadığı şeylerden kaçınır. Sonuç olarak, evlilik, karşılıklı yardım ve sosyal ilişkiler konusunda düzeni ve adaleti ('adl ve nizam') sürdürecek olan şeriata dayalı yasaların (kavanin-i mü'eyyede-i şer'iye) kurulması gerekli olmuştur ki bütün bunlar uygarlığın temelini oluşturmaktadır (el-medeniyet) [yazar tarafından kısmen değiştirilmiştir][11].

İbn Haldun'un (ö. 1406), Osmanlı Türkçesine çevrilen *Mukaddime* (*Prolegomena*)'sinden ilham alan, Cevdet Paşa, Osmanlı Türkçesinde medeni hukukun yeniden yazılmasının önemini ve muhtemelen de bu nedenle, *Mecelle'*nin yüz maddeden oluşan ilk bölümünü *mukaddime* olarak adlandırmıştır. Bununla birlikte, İslami hukukçuların, 1. Maddenin tam metnine yeterince dikkat etmedikleri ve Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi'nin (ö. 1935) *Dürer'ül-hukkam Şerh-i Mecelletü'l-ahkam* adlı şerh kitabı da dâhil olmak üzere, bu konuya yeterince yer ayırmadıkları da görülmektedir.

2-2. *Mecelle'*nin Çevrilmiş Metinleri

Araştırma grubumuzun çalışmasına[12] göre, Osmanlı İmparatorluğu ve eski Osmanlı ülkelerinde çeşitli çevrilmiş *Mecelle* metinleri bulunmaktadır. Arapça, Fransızca, Yunanca, İngilizce, İbranice, Bulgarca, Ermeni, Boşnakça[13] tercüme edilmiş nüshalar mevcuttur. *Mecelle'*nin tercüme edilmiş metinleri neredeyse Osmanlı İmparatorluğu topraklarının tamamını kapsadığı anlamına gelir (ve daha sonra ele alacağım gibi, İslam dünyasını kapsayan diğer tercüme metinler de vardır). Bununla birlikte, çeviri faaliyetlerinin süreçleri henüz yeterince araştırılmamıştır ve hala belirsizlikler söz konusudur.

2-2-1. Arapça Nüsha

Bu karmaşık çeviri süreçlerini yeniden tekrarlama girişiminin ardından, Arapça metnin en karmaşık vaka olduğuna inanıyorum. *Mukaddime*'nin ve 1869 Nisan'ında *büyu'* (satış) ile ilgili ilk kitabının yayımlanmasından sonra, Arapça metnin çeviri faaliyeti başlamış ve Ekim1870'de de bitmiş gibi görünüyor, ancak yayınlanması için bir altı ay daha gerekiyordu. Sözde bu metin *Bab-Meşihat* (Şeyhülislam), *Bab-ı Ali* (Başbakanlık) ya da diğer bakanlıklar tarafından kontrol edildi.

İşin ilginç yanı, konu sadece çeviriden ibaret değildi. Örneğin, Madde 16: '*el-ictihad la yunkazubi-mislihi* (Bir hukuki yorum başka bir eşdeğer hüküm tarafından nesh / nakz edilmez)', Arapça nüshasının "*ictihād ile ictihād naḳż olunmaz"* bir çevirisi ise Osmanlı Türkçesinin uyarlamasıdır: "Bir başka deyişle, bir hukuki yorum imha edilemez". Bu madde aslen *Eşbah ve'n-neza'ir'*in "*el-ictihad la yunkazubi 'l-ictihad*" hukuki düsturundan / prensibinden gelmektedir. Osmanlı Türkçesi ile basit bir çeviri gibi görünüyor ve Arapça nüshası, okuyucu tarafından gerçek anlamını daha iyi verebilmekte: "Aynı değere sahip iki yorum varsa, bunlardan biri diğerini yok etmez. Ancak biri diğerinden daha güçlü ise, durum böyle de olmayabilir. "

---

[11] Hooper, *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan*, s.15-16.

[12] 2008'de Mecelle'yi incelemek için düzenlenen ve Japon tarihçiler, hukukçular ve avukatlardan oluşan disiplinler arası araştırma grubu.

[13] M. Becic, sempozyumda *Mecelle'nin* bazı maddelerinin Avusturya-Macaristan yönetimi altında Almancaya bile çevrildiğini bize bildirdi.

Bununla birlikte, diğer kısımlarda birçok yanlış çeviri, ekleme ve çıkarmanın olduğu durumlar da vardır. Örneğin, 426. Maddede aslen Osmanlı Türkçesi olan metnin bir kısmı;"*ve bir kimse sakin olmak üzere isticar eylediği hanede sakin olmayıp da eşya vaz edecek olsa caiz olur*(ve oturmaküzere kiralanmış bir evde, eğer kişi orada oturmuyor ise, şayet oraya birkaç eşya koymak isterse, bu yasaldır)" Arapça bir nüshada bu tamamen atlanmıştır. Başka bir örnek ise Madde 244 de yer alır; Osmanlı Türkçesinin nüshasında bir ibareden sonra "*emma el-hale hazıhı Der-saadet'te cari olam örf o âdete nazaran yirmilik yerine eczasından olan kırıllık ve ikilik verilemez* (şimdiki zamanda, Konstantiniye'de uygulanan günlük kullanım ve âdetlere göre, ḳırḳlıḳ [1 ḳırḳlıḳ = 1 guruş] ve ikilik [= 2 guruş] madeni yirmilik yerine [= 20 guruş] madeni paralar verilemez, yirmilikten daha düşük sikkeler olmasına rağmen) ", Arapça ek ibare ise "*ve-fi Beyrut bi'l-aks li'enna'l-ecza fi-ha ağla*(fakat Beyrut'ta bu durum söz konusu değildir, zira orada daha küçük değerlerde sikkeler mevcuttur)" ancak, resmi izin alınmadan Beyrut nüshasına bu ibare eklenmiştir[14]. Muhtemelen, Beyrut tebaası hukuki görüşlerini ifade etmesi için bu lafzı eklemeyi gerekli gördü.

Bu Arapça nüshası daha sonra Yusuf el-Esir (ö. 1889) tarafından *Bab-ı Meşihat* gözetiminde revize edilmiş ve 1879 yılında da yayınlanmıştır[15], ve bu nüsha herkesçe Kabul gören metin olmuştur. Önsözde, Lübnan kökenli bir Osmanlı Arap olan Ahmet Faris eş-Şidyak (ö.1887) ve Arap gazetesi *el-Ceva'ib'*in yazı işleri müdürü şöyle der:

> *Mecelle'nin ilk ve ikinci basımları tükendi, çünkü hakimler ve Kurul üyeleri mahkemelerdeki yargı davalarını düzene koymuşlardı ve özellikle de Türkçe bilmeyen ya da tamamen bu dile uzak olan Araplar (ebna'u'l-Arab) tüm nüshaları satın almışlardı*[16].

Buradan da anlaşılacağı üzere, 1876 Osmanlı Anayasası ile ülkenin resmi dili Türkçedir, ancak Osmanlı tebaasından pek çok kişi hala Türkçe bilmemekteydi.

İnceleme kitabının yazarı Selim Baz (ö. 1920), değiştirilmiş ve genişletilmiş baskının yeniden basılması vesilesiyle Osmanlı Türkçesinden doğrudan *Şerhü'l-Mecelle* isimli yeni çeviri yapmaya çalışmıştır. Devletçe onaylanmamış bir metin olmakla birlikte, daha doğru tercüme edilmiş Arapça bir metin olduğu için olsa gerek, Osmanlı Devleti'nin çöküşünden sonra bile, Suriye Devleti 1879[17]tarihli Arapça metinleri uygulamada kabul etmiştir. Fransız mandası altında Irak ve Lübnan ve İngiliz Mandası altında Irak, Filistin ve Mavera-i Ürdün'de (TransJordan) farklı bir süreç izlendi. Lübnan, *Mecelle*nin yürürlükten kaldırıldığı 1932'deki yasa değişikliği ile Borçlar Hukuku Yasasını yürürlüğe koydu. Türkiye'ye gerçekleşen büyük kanun değişikliklerine ek olarak, Medeni Kanunun modernleşmesine yönelik ilk hamlelerden birisi buydu. Öte taraftan, Suriye, Irak Mavera-iÜrdün (TransJordan) ve Filistin *Mecelle*yi, Manda idaresinin sonuna kadar medeni bir yasa olarak hatta sonradan bağımsız bir ülke olarak bir süre daha tuttu.

2-2-2. Fransızca ve Yunanca Nüshalar

*Mecelle*nin ilk üç kitabı Fransızcaya çevrildi ve 1872 ile 1878 yılları arasında V. Servicen tarafından basıldı. *Faculté de Droit Paris* diplomalı Servicen, o zamanlar İstanbul'da mahkeme denetçisi, *conseillerauditeur,* olarak İstanbul Yargıtay'ına hizmet etti[18]. Bu çalışmanın çoğunun

---

14 Bu Arapça versiyon, H.1302'de (1884-85) Beyrut Edebiyye matbaası tarafından yayınlandı.

15 Ceva'ib, Osmaniye veya diğer basımlar tarafından yayınlanmıştır.

16 *el-Mecelle* [Matba'atü'l-ceva'ib], Önsöz.

17 Hooper, 1923'te yayımlanan Necib Bey Hevavini Mecelle'sinin resmi bir çeviri olarak kabul edildiğini yazıyor. Hooper, Filistin ve Trans-Jordan Medeni Kanunu, Önsöz'ün ikinci sayfası. Bununla birlikte, Hevavini'nin (ö. 1956), 1879 versiyonunun aynısıdır ve sadece bazı hüküm maddelerine atıf numaraları eklemiştir.

18 Diğer kaynakta ise, "avocat du barreau ottoman" olarak tanıtılmaktadır. Huart, Cl., "Le Code civil ottoman," s.55.

Vahan Efendi'nin[19] gözetiminde yapıldığını yazıyor. Vahan Efendi, Ermeni kökenli kıdemli bir yargı görevlisiydi ve çeşitli yargı işlem ve süreçlerini incelemek için Avrupa'ya gönderilmiş idi[20].Buradaki, çalışmaları mahkeme süreçlerinde pratik kullanım amaçlıydı.Daha önemli bir çalışma ise, *Servet* ve *Konstantinoupolis* gazetelerinin Osmanlı – Yunanca editörü bir özel bir girişimci olan D. Nikolaidis tarafından yapıldı ve çeşitli hukukçu ve diğer uzmanların işbirliğiyle[21] 1881'de 1-8 arasını; daha sonra 1888'de G. Sinapian[22] ile ortak çalışarak 9 - 16 arasındaki *Mecelle* kitaplarını çevirip yayınlayarak bu büyük çalışmayı gerçekleştirdi. Mukaddeme kısmında, Nikolaidis buradaki düsturların, az sayıdaki Müslüman hukukçu ve yargı konseyi üyeleri tarafından anlaşılabildiğini ve sorgulandığını söyler ve metinleri karmakarışık hukuk külliyelerinin ve eserlerin arasından derlediğini ve kendisini içinden çıkılmaz bir labirentin ortasında bulduğunu yazar. Ayrıca, amacının Avrupalılara Osmanlı toplumunun *Mecelle* sayesinde uygarlaşmış bir toplum olduğunu göstermek olduğunu da açıklar. Bir sonraki yıl, 1889'da Nikolaidis, zengin şerhler düşülmüş Yunanca nüshasını da[23] yayınladı. Bu yayınlar, hem Fransızca hem de Yunanca olarak, Osmanlı tebaası ve imparatorluğun yabancı sakinleri arasında Türkçe bilmeyen tebaa da dâhil olmak üzere, Osmanlı Medeni Kanunu'nun temel bilgisinin kamuya geniş bir şekilde yayılmasında önemli bir katkı sağlamıştır. Aslında, Nikolaidis'in faaliyetleri Osmanlı hükümeti tarafından desteklenmişti, çünkü ikinci işinde ona ona maddi destek verildi ve o da onları satın alıp pek çok yerde dağıtımını yaptı. Ayrıca, bu çalışmalar gazetecinin ve devletin/hükümetin ortak girişimleridir.

2-2-3. İngilizce Nüsha

İlk çevrilmiş İngilizce metin, İngiliz Bölge Koruma Dairesi gözetiminde Kıbrıs'ta yapılmıştır. Kıbrıs'ta İngiliz Bölge Yargıcı olan William E. Grigsby[24] ve Osmanlı Meclisi'nden tüm çalışmayı gözden geçiren, Kraliçe'nin Kıbrıs'tan sorumlu yetkili avukatı, Katip ve Tercümanı Nicholas Vitalis işbirliğiyle *Mecelle'*nin yukarıda zikredilen onaylı Yunanca nüshasını İngilizceye çevirdi[25]. Osmanlı hükümeti *Mecelle'*nin çevrilmiş metinlerinin içeriğini sansür ve izinlerle kontrol etmeye çalıştı, zira tüm yayınlar denetlenmeli ve hükümet izni almak zorundaydı. *Mecelle'*den tercüme edilmiş metinler ve şerhler bu kuralın bir istisnası değildi ve Arapça, Fransızca, Bulgarca ve diğer dillerde nüshalar şeklinde korunmuş olan belgeler için de izin aldı. Bununla birlikte, bazı metinler bu izni alamadı[26]. Ne gariptir ki, yukarıda da belirtildiği gibi, Grigsby'nin ilk İngilizce nüshası da 1895'ten 96'ya kadar

---

19 Servicen, *Code civil ottoman*, Önsöz.

20 Ruvin, "Legal borrowing and its impact on Ottoman legal culture, s.284.

21 İsimler şu şekilde sıralanmıştır; Takvor Efendi Baghtchebanoglou, juge au tribunal de 1re instance de Pera (muhtemelen Müslüman), hakim, L. Rota, avukat (Levanten mi?), Mihran Chirinian (Ermeni olabilir) and Alexandre Adamides (Yunanlı olabilir). Nicolaïdes, *Code civil ottoman*, cilt.1, ss.c-d. Takvor Efendi'nin ünvanı Huart, Cl., tarafından şöyle verilmiştir: "Le Code civil ottoman," s.55.

22 Muhtemelen Ermeni

23 Öztürk, Mecelle'yi 1872'de Yanni Fotiyadi Kostaki Efendi'nin Yunancaya çevirmek için ilk dönemlerde resmi girişimde bulunduğunu gösteren bazı belgeler olduğunu bildirmektedir. Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, s.82.

24 Aynı zamanda 1874-1879 yılları arasında Tokyo Üniversitesi'nde Hukuk profesörü olarak görev yapmıştır. İngiltere'de hukuk eğitimi verdikten sonra, 1893'te Kıbrıs'ta bölge yargıcı olarak atanmıştır, orada da Mecelleyi İngilizceye çevirmiştir.

25 Chevalier-Commander de l'OrdreduMedjidié, Kraliçe'nin Kıbrıs Danışmanı, Katip ve Tercümanı

26 Örneğin, *Minhacü'l-mecelle* başlıklı Kale-i Sultaniyeli Türkzade Ziyauddin Efendi'nin şerhleri 1894 yılında incelemeye tabi tutuldu, ancak bir yıllık inceleme sürecinin ardından reddedildi. BOA, MF. MKT 204-39, MF.MKT 256-55. Aynı zamanda, hibe (hediye) ile ilgili bazı maddeler, 1894'te Ermeni Patrikhanesi'nde hazırlanmış, ancak Ermeni Kilisesi içinde bile dolaşımını yasaklanmıştır.

incelenmiş[27] ve en sonunda Bab-ı Ali'den izin almıştı, ancak bu kitap zaten 1895'te yayınlanmıştı. Bu iznin lafzi olduğu anlamına gelmekteydi ve sonra gerçekten de metin onaylandı.

Sekiz yıl sonra, bu nüshanın yerine, daha sonra Osmanlı tebaasından bir Yunanlı ve Türk yetkililerle işbirliği yapan Girne Bölge Mahkemesi Başkanı Tyser tarafından yapılan daha eksiksiz bir nüsha hazırlandı[28]. Arapça nüshasında olandan farklı olarak, Fransızca, Yunanca ve İngilizce nüshaları farklı etnik kökene sahip Müslüman ve Hıristiyanların işbirliği ile yazıldı. Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşünden sonra, İngiliz Mandası altında yer alan Mavera-i Ürdün'de, Ch. A. Hooper 1930'larda *Mecelle*nin tercümesine ve incelemesine önemli bir katkı sağlamıştır. Irak Basra'da Asliye Mahkemesi Başkanlığı görevini üstlendiğinde kısmen *Mecelleyi*[29] ve Osmanlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu tercüme etmiştir[30]. Mavera-i Ürdün'e taşındıktan sonra, 1930'larda Mavera-i Ürdün Hükümeti / Yönetimi Hukuk Danışmanı[31] olarak *Mecelle*'yi ayrıntılı olarak inceledi. Bu çeviri faaliyetlerinde bulunan Hooper, Osmanlı Türkçesi ve Arapça nüshaları arasındaki kritik farkları çok iyi anlamak zorundaydı, çünkü bu iki nüsha da Osmanlı yönetiminin sonlarına kadar kullanılmıştı. Konuyu kendisi şöyle açıklıyor;

> *İlk önce Hicri 1308'de Konstantinopolis'te yayımlanan güvenilir bir Türkçe metinden elle tam bir çeviri yazdım. Daha sonra bu çeviriyi, eski Osmanlı İmparatorluğu'nun Arapça konuşan bölgelerinde en yaygın olarak kullanılan iki Arapça nüshasıyla kontrol ettim. Herhangi bir sapma bulunduğunda, oradaki hususu çözmek için tekrar Türk(çe) metnine başvurdum. Bu kontrol, bu çevirilerde belirli hataların varlığını ortaya çıkardı.*[32]

Hooper'un İngilizce tercüme metninin ayırt edici özelliği, İngiliz yetkililer için uygulanabilirliği ile somutlaşmış bir metin olmasıdır[33]. Tercüme edilen metin ve ayrıntılı çalışma ile birlikte hukuk sisteminin "Anglikazisyonu", yani Osmanlı normlarının ve prosedürlerinin Filistin ve Mavera-i Ürdün bölgesinde İngilizce metin ile değiştirilmesi ihtimalini de araştırılmış oldu[34].

2-2-4. İbranice Nüsha

İbranice nüshanın tuhaf bir tarihçesi vardır, zira Osmanlı İmparatorluğunun çöküşünden önce yapılmamıştır ve Modern İbranice o dönemde iyi bir şekilde oturmuş yaygın kullanılan bir dil de değildi. İngiliz hâkimiyetindeki Filistin'de İngilizce ve Arapça ile birlikte Modern İbranice resmî bir dil hâline geldiği dönemde, Yahudi bir yargıç olan, G.Frumkin, *Mecelle*'i İbraniceye çevirmeye başladı ve yedi yıllık çalışmasının ardından 1928'de metin yayınladı. Daha çok Osmanlı Türkçesi, Arapça ve Tyser'in İngilizcesi nüshalarını esas aldı[35]. Çevirisinin amacını iki açıdan ele alır (1) hukuk mesleği alanında kullanım için pratik yol ve (2) yeni medeni kanunun yürürlüğe konulması amacıyla

---

27 BOA? (Arapça?)

28 D. G. Demetriades, Mahkeme Katibi, ve Ismail Hakki Efendi, Türk Mahkeme Mübaşiri

29 Deliller Kitabı / Beyyine

30 1930'da *The Law of Civil Procedure of Iraq and Palestine* başlığıyla yayınlanmıştır.

31 *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan* metnini iki cilt olarak yayımladı; 1. ciltte (1933) *Mecelle*nin kendisi tarafından yapılmış tam metni bulunur ve 2. cilt (1936) yılında basılmıştır.

32 *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan*, Önsözün ilk ve ikinci sayfaları. Amman Adalet Bakanlığı Amman Adalet Bakanlığı Başsavcısı Abdullah Nusseir ve Adalet Bakanlığından Fuad Ghanma'nın değerli yardımını aldı.

33 Son zamanlarda Hooper'un hukuksal çevirisi için kullanılan çeviri stratejileri üzerine bir çalışma yayınlandı, fakat görmezden gelinemeyecek bazı hatalar olduğunu görüyorum; (1) yazar Hooper'un Arapça'yı İngilizce'ye çevirdiğini, ancak dediğim gibi hem Osmanlı Türkçesini hem de Arapça nüshalarını kullandı. (2) Daha önceki İngilizce sürümlerine, yani Grigsby'in veTyser'e atıfta bulunma olasılığını dikkate almanın önemli olduğunu düşünüyorum. Alwaza, *"Important Translation Strategies,"* s.245-253.

34 Likhovski, *Law and Identity in Mandate Palestine*, s.11-17.

35 Frumkin, Gad, *Meg'elle o mejelet al-aḥkaam al-'adliya*, s.5-6.

akademik amaçlarla Şeriat ile İbranice hukuk arasındaki karşılaştırmalı çalışma yapma imkânı. Ancak bu çalışma fikri kendisine ait değildi, resmi olarak çalışmaya mali destek veren İngiliz Yüksek Komiseri Herbert L. Samuel'in talebiydi. Tam tersine, *el-Hukuk* isimligazetesinin Arap editörü Fehmi el-Huseyini, 1920'lerde Ali Haydar Efendi'nin *Dürerü'l-hukkam*'ını kendi inisiyatifiyle Arapçaya çevirdi. Manda yönetimindeki Filistin'de Osmanlı Türkçesi, Arapça, İngilizce ve İbranice nüshaları arasındaki girift ilişkiler o dönemdeki bölgesel karmaşık siyasi, kültürel ve hukuki durumları yansıtıyor gibi görünüyordu.

2-2-5. Diğer Nüshalar

1881'de yayınlanmış olan Arnabudoğlu Hristaki Efendi'nin Bulgarca metni ile 1889'da Ermeniceye tercüme edilmiş metinler hakkında yeterli bilgiye sahip olmamakla birlikte,1906'da 1878'den beri Osmanlı İmparatorluğu'nun egemenliği altında bulunan ve Avusturya-Macaristan yönetimindeki Bosna Hersek'te Boşnakçaya çevrilmiş metin hakkında yeterli bilgiye sahibim.

Yukarıda da belirttiğim gibi, Osmanlı İmparatorluğu ve eski Osmanlı ülkelerinde Arapça, Fransızca, Yunanca, İngilizce, İbranice, Bulgarca, Ermeni ve Boşnakça tercüme metinleri mevcuttu. Bu kadar farklı dillerde kaleme alınmış bir *Mecelle* literatürü nasıl değerlendirilebilir? Osmanlı ve İngiliz hükümetinin niyetinin "emperyal / sömürgeci bir söylem" ile açıklanabileceği sonucuna varılabilmelidir. Söz konusu alanda modern hukuk sisteminin yayılması değil, eski yasal normların ve prosedürlerin yenileriyle değiştirilmesi anlamına gelir. Bu anlamda hukuk çevirisi, kelime ile ikame sözcük olarak aynı değildir. Aslında Osmanlı hükümeti, bu konuda sadece sansüre ve yayının iznine bağlı olarak, etkin bir şekilde müdahale etmekle kalmamış, aynı zamanda talep ederek, finansal yardım yaparak, satın alma yoluyla ve ya dağıtım yaparak da *Mecelle'*yi teşvik etmiştir.

3. Osmanlı harici Topraklarda *Mecelle* Literatürünün İncelemesi

Şimdi, Cavi metinleri (Arap alfabeleriyle yazılmış Malayca), Rusça, Urduca ve Dari dillerine (Afganistan'da kullanılan Farsça) tercüme edilen, Osmanlı toprakları dışındaki ülkelerdeki *Mecelle* nüshaları literatürüne kısa bir bakış atalım:

3-1. Cavi ve Rusça Nüshaları

İlk örnek İngiliz etkisi altındaki Malay bölgesinde yayımlanan *Majalah Aklam Johor* adlı Cavi dilinde yazılmış nüshadır. Bu metnin nasıl yapıldığına ve kullanıldığına dair çok az çalışma olmasına rağmen, 19. yüzyılın sonlarında Johor Sultanı Abubakar'ın, Osmanlı İmparatorluğu'na yaptığı ziyaretle bağlantılısı olabilir. *Majalah Aklam Johor'*un önsözüne göre, Müftü Şeyh Abdülkadir bin Mohsin el-Attasin'e 1913te Johor Sultanı tarafından bir izin verildi.[36]

Rusçaya tercüme edilen metin 1911'de Taşkent'te yayınlandı. Bu konuda, Ruslar bir kolonyal yönetim aracı olarak kullanılması amacıyla şeriat temelli medeni kanunun daha iyi anlayabilmek niyetiyle çeviri girişiminde bulunmuş olabilir. Bu anlamda, bu nüsha, "emperyal / sömürgeci söylem" literatürü olarak anlaşılmalıdır.

3-2. Urduca ve Dari [Afganistan Farsçası] Nüshaları

*Mecelle*nin yayılmasının bir sonraki aşaması, esas olarak Güney Asya bölgesinde, yani Pakistan ve Afganistan'da, 1960'larda meydana geldi. Bu süreçler yukarıda belirtilen çeviri faaliyetlerinden farklı olarak görülebilir. Hindistan'dan 1947'de ayrılarak, Müslüman bir topluluk

[36] Borham,"The relationship between Turkey and Malaysia," s.47.

olarak bağımsızlığını ilan eden, Pakistan'ın ulusal kimliğinin merkezde 'İslam' tanımlanmalıydı. 1970'lerin sonuna kadar ki hukuk sisteminde, şeriat, kişisel davalar ile (özel hukuk) sınırlıydı. Ancak, bu tarihten sonra, Ziyau'l-Hak başkanlığında bir dizi şeriat temelli yasa getirildi. Görünen o ki, İslami hükümler Pakistan'da bu tarih öncesinde hukuk kültüründe baskın bir hale gelmemişti. Bu şartlar altında *Mecelle*nin Urducaya çevrilmesi, bir İslam hukukçusu olan, Abdu'l-kuddus Haşimi tarafından 1966 yılında yaptığı tercüme ile yapılmıştır. Haşimi, aslında önceden *Mecelle'*nin Urducaya çevrildiğini ve *Şeriat-i mahbube*, adıyla Mevlevi Muhammed Selim Dehlavi tarafından tercüme edilip 1883-84 yıllarında Deccan, Haydarabat da basıldığını, lakin bu nüshanın kısaltılmış metin olması hasebiyle, kendisinin tam çevirisi yaptığını belirtmiştir[37]. Bu durumda, Urduca çevrilmiş metnin devlet tarafından değil, kişisel bir girişim ile gerçekleştiğini anlamaktayım.

Dari diline çevrilmiş metin ise vereceğimiz son örnektir. Afganistan da siyasi istikrarsızlıktan muzdarip idi. Müslüman bir hukukçu olan Abdulalişah Tuhi Heravi, *Mecelle*'nin ilk yüz maddesini Dari diline çevirdi. Şeriat mahkeme sistemini iyileştirmek için bu çeviriyi yaptığını yazıyor (*islahat-i unur-i kaza*). Özellikle Heratlı birçok Afgan hukukçusundan destek aldı, ama aynı şekilde bu konuda hükümet tarafından mali olarak desteklenmemiş gibi görünüyor.

İlginç bir şekilde, her iki nüsha da Osmanlı Türkçesinden değil de, Suriye'den Atasi Ailesine mensup, Muhammed Halid ve Muhammed Tahir tarafından 20. yüzyılın ilk yarısında yazılmış olan *Mecell'*nin Arapça şerh kitaplarından çevrilmiştir. Bununla birlikte, Pakistan ve Afganistan'ın her iki faaliyeti de, kısmen 1970'lerdeki askeri darbeden dolayı pek verimli sonuçlar doğurmamıştı. Zamanlama ve amaç göz önüne alındığında, her iki ülkenin çeviri faaliyetleri 'sömürgecilik sonrası dönem / İslami yeniden canlanma söylemi" olarak açıklanabilir.

Son olarak, çağdaş Arap ülkelerinden ilginç bir vakayı eklemek istiyorum. Bu da, Maliki ve Hanbeli Mezhep Hukuk ekollerinin baskın olduğu 1985 tarihli Birleşik Arap Emirlikleri Medeni Kanunudur. Bununla birlikte, sahih (*el-akdu's-sahih*), batıl (*el-akdu'l-batıl*), fasit (*el-akdu'l-fasıd*), mefkuf (*el-akdu'l-mevkuf*) ve bu Kanunun 209-218'inci maddelerinde mülazım (*el-akdgayru'l-mülazım*) addedilen akit kategorileri ile karşılaştım. Sözleşmelerin bu şekilde sınıflandırılması Hanefi Hukuk ekolünün en tipik düsturudur ve ne Maliki'de ne de Hanbeli'de görülür. Bu örnekler, modern dünyada *Mecelle'*nin bir tür kültürel hukuki yayılımı olarak görülebilir.

4. Sonuç

İlk bölümde, Mecelle (Arapça, Fransızca, Yunanca, İngilizce, İbranice, Bulgarca, Ermenice ve Boşnakça) tercüme metinlerinin Osmanlı İmparatorluğu ve eski Osmanlı ülkelerinde nasıl yapıldığını inceledim. Osmanlı ve İngiliz hükümetlerinin niyetinin "emperyal / sömürge söylemiyle" açıklanabileceğini sonucuna vardım, çünkü bu iki devlet, *Mecelle*'nin tercüme edilmiş metinlerini kontrol etmek için çeşitli yöntemler kullanarak etkin biçimde müdahale etmemiştir.

İkinci bölümde, *Mecelle'*nin yirminci yüzyılın başından itibaren Osmanlı İmparatorluğu dışındaki yayılma süreçlerini inceledim. Bu süreçler iki şekilde anlatılabilir; çeviriler (1) yirminci yüzyılın ilk yarısında "emperyal / sömürgeci söylem" olarak algılanabilir. Bu noktada, *Mecelle'*nin çevirileri, İngiliz Malay bölgesi ve Rus Orta Asya gibi İmparatorluğun dışındaki bölgelere de yayıldı ve (2) özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısında, 1960'lar ve 1970'lerde "sömürgecilik / İslami yeniden canlanma söylemi" olarak görülebilir. Pakistan ve Afganistan'ın İslam hukukçuları,

[37] Haşimi, *Mecelletü'l-ahkam (Mükemmel Urdu Tercüme)*, s. 9-10.

Arapçaya çevrilmiş *Mecelle'*yi kendileri inisiyatif kullanarak kendi dillerine çevirdiler. *Mecelle*nin bu denli yayılması vakası gelecekte bile görülebilir. Örneğin BAE Medeni Kanunu, sözleşmelerin sınıflandırılmasında Hanefi Hukuk ekolünden kısmen etkilenmiştir. *Mecelle'*nin çevrilmiş metinlerinin, Osmanlı İmparatorluğu, Osmanlı ve Osmanlı dışı ülkeler üzerinde, beklediğimizden daha önemli ve dünya çapında etkileri olduğu sonucuna varılmalıdır.

Kaynakça

[Mecelle]

Ali Ḥaydar, Dürerü'l-hukkamfişerhiMecelleti'l-ahkam, 4 vols, translatedbyFehmiel-Ḥuseyini, Beyrut: Daru'l-kütubi'l-ilmiye, n.d. (Arapça)

Ali Haydar Efendi, Hocaeminefendizade, Dürerü'l-hukkam şerhi mecelleti'l-ahkam, 4 vols, (vol.1) İstanbul: Matbaa-i Tevsi'-i Tıba'at, (vols.2-3) Kustantıniyye [İstanbul]: Matbaa-i Ebüzziya, (vol.4) [İstanbul]: Hukuk Matbaası, 1330. (Osmanlıca)

Baz [el-Lübnani], Selim b. Rüstem, Şerḥu'l-mecelle, 2 vols, 3rd ed., Beyrut: Darü'l-fikr, n.d. (Arapça)

Frumkin, Gad, Meg'elle o mejelet al-aḥkaam al-'adliya (qobets-dini hamišpaṭ), Yerušalem, 5712 [1951/52] (rep. of 1928). (İbraniçe)

Grigsby, W. E., The Medjelleor Ottoman Civil Code, London: Stevens andSons, 1895. (İnglizce)

Haşimi, Abdulkuddus, Mecelletü'l-ahkam (Mükemmel Urdu Tercüme), Karachi: Mirza EhtarhasanEduket, 1966. (Urduca)

Hooper, C. A.,The Law of Civil Procedure of Iraqand Palestine, Basrah: The Times, [1930].

Hooper, C. A.,The Civil Law of Palestineand Trans-Jordan, vol.1, HolmesBeach: Gaunt, 2000 (rep. ofJerusalem: Azriel, 1933). (İnglizce)

el-Mecelle, Beyrut: el-Matba'atü'l-edebiye, AH1302. (Arapça)

el-Mecelle, Kustantıniye: Matba'atü'l-ceva'ib, AH1305, 3rd ed.(Arapça)

Nicolaïdes, D.,Codecivilottoman, 2 vols, Constantinople, vol.1 [1881], vol.2, 1888. (Fransızca)

Tohi el-Heravi, Muhammed Abdulalişah, Şerh Kava'idi Külliye ve Zavabiti Umumiye, n.p., SH1348. (Darice: Afgan Farsçası)

Tyser, C. R., D. G. DemetriadesandIsmailHaqqiEffendi, TheMejelle, being an English Translation of Majallah el-Ahkam-i Adliyaand a Complete Code on IslamicCivilLaw, TheOtherPress: Kuala Lumpur, [2001] (rep. of n.p., 1967). (İnglizce)

Servicen, Vitchen, Codecivilottoman, vol.1, Constantinople, vol.1, 1872. (Fransızca)

[Theothersources]

Alwazna, Rafat Y., "Important Translation Strategies Used in Legal Translation: Examples of Hooper's Translation of the Ottoman Majalla," Cheng, Le, KingKui Sin and Anne Wagner (eds.), The Ashgate Handbook of Legal Translation, London and New York: Routledge, 2016, pp.237-254.

Borham, AbdJalil "TherelationshipbetweenTurkeyandMalaysia in 19thcenturyandimpact of implementation of MajalahAhkamJohor,"The International Journal of SocialSciences, 13-1 (2013), pp.46-50.

Hallaq, Wael B.,Shari'a: theory, practice, transformations, Cambridge, UK: Cambridge UniversityPress, 2009.

Huart, Cl., "Le Codecivilottoman," Revue Critiqued' Histoire et Litterature, Nouvelleserie 13 (1882), pp.50-57.

Likhovski, Assaf, Lawand Identity in MandatePalestine, ChapelHill: TheUniversity of North Carolina Press, 2006.

Mallat, Ch., IIntroduction to Middle Eastern Law, Oxford and New York: Oxford University Press, 2007.

Matsumoto, Emi, "Lost in Translation: The Reception of Germanlaw in Japan,"Housei Riron, 42-3/4 (2010) pp.110-128.

Oguz, Arzu, "The Role of ComparativeLaw in the Development of Turkish Civil Law," Pace International Law Review, 17-2 (2005), 373-386

Öztürk, Osman, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı, 1973.

Ruvin, Avi, "Legal borrowing and its impact on O toman legal culture in the latenineteenth century," Continuity and Change, 22-2 (2007), pp.279-303.

Rubin, Avi, "Modernity as a Code: The Ottoman Empire and the Global Movement of Codification," Journal of the Economic and Social History of the Orient, 59 (2016), pp.828-856.

Takeda, Kayokoand Yasuhiro Sekine, "Translation of Japanese Laws and Regulations," Cheng, Le, King Kui Sin and Anne Wagner (eds.), The Ashgate Handbook of Legal Translation, London and New York: Routledge, 2016, pp. 223-236.

Tedeschi, G., "Le centenaire de la Mejelle," Revue Internationals de Droit, 21, 1969, pp. 125-133.

White, J. B.,Justice as Translation, an Essay in Culturaland Legal Criticism, Chicago andLondon: TheUniversity of Chicago Press, 1990.

Wolf, Leon, "Legal Translation," Malmkjær, K. and Kevin Windle (eds.), The Oxford Handbook of Translation Studies, Oxford and New York: Oxford UniversityPress, pp. 228-242.

THE USE OF THE MAJALLA IN ISLAMIC FINANCE IN MALAYSIA: A PRELIMINARY STUDY*

Prof. Dr. Farid Sufian SHUAİB

Civil Law Department Faculty of Laws, International Islamic University Malaysia

The Majalla or the *Majalla al-Ahkam al-Adliyyah* as a codification of parts of Islamic law covers wide ranging subjects including general principles of Islamic jurisprudence and legal rules on transactions. These principles are relevant to the practice of Islamic finance. It is an interesting question to consider the impact of this Code - that entered into force in 1877 in the Ottoman – over the present day practice of Islamic law in another part of the world, namely Malaysia. This research examines the use of the Majalla in the practice of Islamic finance in Malaysia. The research employs the method of textual analysis on the sources such as legislation and case law. Apart from that, interviews are conducted with parties involved in regulating and operating Islamic finance in Malaysia. The finding of the research shows the status of the Majalla as one of the essential references in the practice of Islamic finance.

Introduction

Malaysia is destined to be the Islamic financial hub of the world with the strong growth of the Islamic financial assets in Malaysia.[1] Apart from the existence of research institutes under the universities such as the Institute of Islamic Banking and Finance (IIBF) in the International Islamic University Malaysia, the Central Bank of Malaysia establishes the International Shariah Research Academy for Islamic Finance (ISRA) and the International Centre for Education of Islamic Finance (INCEIF) to accelerate the growth of Islamic finance in Malaysia. In celebrating the significance of the Majalla, it is pertinent to consider the use of the Majalla in Islamic finance in Malaysia. One has to consider that the Majalla was put into force in Ottoman Turkey in 1877 and one has to consider the history and the Malaysian legal system in understanding the connection between the Majalla and Malaysia.

An Overview of the Malaysian Legal History

The early kingdoms in Southeast Asia were influenced by Hinduism and Buddhism. Islam later arrived in this part of the world and transformed the kingdoms to be Islamic Sultanates such as

* A paper presented in the *International Symposium of the Majalla: Codification, Practice and Contemporary Effects*, organised by the Justice Academy of Turkey, 25-27 September 2017, Bursa, Turkey.

1 http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=fs_mfs&pg=fs_mfs_bank accessed on 4/9/2017.

the Sultanate of Brunei, Sultanate of Sulu, Sultanate of Aceh and Sultanate of Melaka. Among those who have brought Islam to the Malay Peninsula and the Southeast Asia are Muslim traders from the Middle East, India and China in the 14th century.[2] The Islamisation process in Malaysia transformed all aspects of the lives of the population. This includes the legal system as evidenced by the legal digests containing provisions based on Islamic law that were discovered throughout the Malay Sultanates.[3]

This Islamisation process was helped by the good relations between the Malay Sultanates and the Ottoman Turkey.[4] This include the adoption – at least at the official level - the *Majalla al-Ahkam al-Adliyyah* by the State of Johor in 1913.[5] It is a question to be explored further to what extent is the application of the Majalla in Johor before the British made further inroad in the administration of the State.

The Majalla as a Collection of Legal Maxims

Legal maxims or *al-qawa'id al-fiqhiyah* could be said to be the general principles of *fiqh* put forward in a arrangement that is concise relating to the general rules of Shariah in.[6] Mohamad Hashim Kamli explains that "legal maxims are theoretical abstractions, usually in the form of short epithetic statements that are expressive, often in a few words, of the goals and objectives of Shariah".[7] Legal maxims in itself do not bind the jurist and is not equivalent to *usul al-fiqh* (as in the meaning of *usul al-fiqh* as Islamic jurisprudence relating to rules regarding sources of law, interpretation and methodology of legal reasoning).

The systematic documentation of legal maxims could be found in the Majalla. As described by Ahmed Akgunduz, the Majalla – prepared by a commission headed by Ahmet Cevdet Pasha - contain 1851 articles which was completed in 1876 after 8 years of preparation.[8] It was applied not only in Turkey but other countries such as Egypt, Lebanon, Kuwait and Bosnia. The Majalla was never adopted as a code of law by the Federation of Malaysia.[9] Nevertheless, the Majalla is a significance and importance reference particularly in the practice of Islamic finance in Malaysia.

The Majalla in the education of Practitioners in Islamic Finance

Apart from the use of the Majalla in the professional works in Islamic banking, this paper looks at the use of the Majalla in tertiary education to see whether future professionals in the Islamic

2 SQ Fatimi, *Islam Comes to Malaysia*, Singapore: Malaysian Sociological Research Institute Ltd, 1963.

3 See a detailed exposition on this matter in Farid Sufian Shuaib, *Powers and Jurisdiction of Syariah Courts in Malaysia*, 2nd ed., Petaling Jaya: LexisNexis, 2009.

4 See for instance Saim Kayadibi (ed.), *Ottoman Connections to the Malay World: Islam, Law and Society*, Petaling Jaya: The Other Press, 2011.

5 Ahmad Ibrahim, "Recent Development in the Administration of Islamic Law in Malaysia", a paper presented in *International Seminar on the Administration of Islamic Laws*, organised by Institute of Islamic Understanding Malaysia (IKIM), 23-24 July 1996; Abd Jalil Borham, *Majalah Ahkam Johor: Kod Undang-Undang Sivil Islam Kerajaan Johor 1331H/1913M*, Johor Bahru: Penerbit Universiti Teknologi Malaysia, 2002.

6 Muhammed Anas al-Zarqa, *Introduction to Islamic Jurisprudence*, Kuala Lumpur: IBFIM, 2014.

7 Mohamad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, Cambridge: Islamic Texts Society, 2005.

8 Ahmed Akgunduz, *Introduction to Islamic Law*, Rotterdam: IUR Press, 2010.

9 But see the history regarding the State of Johor as mentioned above.

banking industry are introduced to the Majalla in their tertiary education. As a preliminary study, the paper examines relevant courses under the curriculum of the Bachelor of Laws (LLB(Hons)) in the Faculty of Laws, International Islamic University Malaysia.

The first course under examination is *Usul al-Fiqh* or Islamic Jurisprudence. The course discusses the definition, scope and history of *usul al-fiqh*, classifications and subsections of the value of *Shariah* such as obligatory, recommended, forbidden, abominable and permissible. Then it deals with the *maqasid al-shari'ah* or objectives of law and the sources or proofs of *Shariah*. The course outline does not disclose any reference to the Majalla. Similarly, interviews with the lecturers of the course do not disclose any use of the Majalla in the teaching of the course Islamic Jurisprudence.

The second course examined is the Islamic Law of Transaction. The objectives of this course is to analyse the principles of the law of contract such as the formation of contract, the doctrine of uncertainty, freedom of contract, usury and loan under the different schools of Islamic law. The course also discusses the different type of contract such as sale (*bay'*), forward sale (*bay' al-salam*), money exchange (*bay' al-□sarf*) and leased based contract (*'aqd al-ijarah*). The course outline of the course provides *Majallah al-Ahkam al-Adliyyah* as one of the required references apart from other writings such as Wahbah Zuhaili, *Islamic Transactions in Islamic Jurisprudence*.[10] The course outline also refers to specific articles of the Majalla such as articles 105,[11] 151,[12] 152[13] while discussing the different types of contract such as sale (*bay'*).

According to the lecturers teaching the course Islamic Law of Transactions, the Majalla is extensively used in teaching and learning of the course. In their views, although relevant legal maxims may be found in jurist writings, the Majalla provides a handy reference for students to find the maxims. The illustrations in the Majalla are also helpful in explaining the maxims to the students.

Islamic Law of Banking and Takaful is another course relevant to Islamic finance. The distinction of this course from Islamic Law of Transaction is that this course discusses the legal and regulatory framework of Islamic banking and takaful in Malaysia. It also discusses the operation Islamic banking and takaful and the application of the products under it. The course discusses for instance the history of Islamic banking, the relevant legislations, the Shariah governance framework and the financial products such as investment account, letter of credit, letter of guarantee and *takaful*.

Lecturers teaching the course explained that although there is no express reference of the Majalla in the course outline, the Majalla is used widely in the class room. The lecturers opined that the Majalla provide a concise exposition of the law of transactions and the format used in the Majalla mirrors to certain extent legislations. This assists the students in understanding the subject matter.

The Majalla in the Daily Operation of Islamic Banking

The researcher has interviewed officers from Islamic banks who are from the Shariah departments of the banks. The objective of the interview is to find out the use of the Majalla in the

[10] Wahbah Zuhaili (trans. Mahmud A El Gamal), *Islamic Transactions in Islamic Jurisprudence*, Syria: Dar al-Fikr Damascus, 2003.

[11] "Sale consists of exchanging property for property. It may be concluded or non-concluded."

[12] "The thing sold is the property disposed of, that is, the specific object specified at the sale and which constitutes the original object thereof, because enjoyment can only be had of specific objects, price being the means of exchanging property."

[13] "The price is the amount to be paid for the article sold, and entails liability to make payment."

day to day operation of Islamic banks. The banks have a one-stop centre for Shariah related matters in the form of the Shariah Research and Advisory Department. Under that department there are the Shariah Legal Unit which is responsible in examining relevant legislations, the Shariah Advisory Unit which is involved in product development and the day to day issues, the Shariah Research Unit which looks at recurring Shariah issues or matters that requires detailed analysis and the Shariah Secretariat Unit which gives support to the Shariah Committee. The Shariah Committee is a committee consisting of experts on Shariah required to be established by every Islamic banks under the Islamic Financial Services Act 2013. The function of the committee is to ensure the financial institution's business and activities comply with Shariah.[14]

An example of the process of producing Shariah opinions from a Shariah department is that firstly the department (through the Shariah Advisory Unit) will examine the proposal received from the business team from the Shariah perspective. If a further or an in-depth Shariah research is required on a particular issue, the department (through the Shariah Research Unit) will prepare a research paper detailing the proposal, the Shariah issues, and the proposed determination on those issues with supporting arguments from the Quran, the Sunnah, the writing of jurists and the Majalla, if relevant. The research paper will then be submitted to the Shariah Secretariat Unit. Subsequently, the research paper will be presented before the Shariah Committee of the bank to be deliberated over and a determination will be made whether to accept the recommendation in the paper.

In providing advisory opinions on day to day operation of the bank, the Shariah department will refer to the relevant guidelines or resolutions of the Shariah Advisory Council of the Central Bank of Malaysia. Shariah Advisory Council is a council consisting of experts on Shariah and finance whose functions are to ascertain Islamic law on any financial matter, to advise the Central Bank on Islamic financial business, and to provide advice to Islamic financial institutions.[15] Failing to find any relevant guidelines or resolutions, the department will refer to any relevant determination of the bank's Shariah Committee. If still there is no relevant determination, the department refers to other sources of *fiqh*, including the Majalla.

The banks provide some examples on the use of the Majalla. The first example is with regard to the sale by conduct (*Bay' al-Mu'atah*) under article 175 of the Majalla.[16] The issue faced by the Shariah department is to determine whether upon the conclusion of a hiring contract between the bank and the customer in a "hire purchase" transaction, ownership over the hired goods, for example a vehicle, could pass to the customer in a sale and purchase transaction by virtue of the customer paying the final instalment of the payment to the bank (and the bank releasing ownership claim over the goods) where the ownership of the goods such as a vehicle will be transferred to the purchaser without the need for the purchaser to enter into a purchase contract in writing. The provision in the Majalla in reference to the contract of sale by conduct assists the deliberation in articulating and resolving the issue.

The second example given on the use of the Majalla is with regard to the principle of implied consent. The issue for determination was raised due to the classification of deposit account (where the principal (the money deposited) is guaranteed) and investment account (where the principal is not

[14] Section 30 of the Islamic Financial Services Act 2013.
[15] Section 52 of the Central Bank of Malaysia Act 2009.
[16] "The fundamental object of offer and acceptance being the mutual agreement of the parties, a sale may also be concluded by any conduct of the parties which is evidence of offer and acceptance." The article provides 4 examples.

guaranteed) under the then new Islamic Financial Services Act 2013.[17] Pursuant to this classification the bank can no longer use the Shariah contract of *mudarabah* in a deposit product as the nature of the *mudarabah* contract (which is applied in general investment account product) is that the capital in a *mudarabah* contract cannot be guaranteed by the *mudarib* or the entrepreneur (here it is the bank). Due to this, the bank can either change the nature of the product to an investment account (and no longer classified as a deposit account), or convert it to a *tawarruq* contract in order for the product continues to be classified as a deposit account. As the second option is taken, namely by converting it to a *tawarruq* contract, the first contract (*mudarabah*) has to be ended and replaced by a new contract (*tawarruq*). In principle, this requires all customers to revert to the bank expressing their consent for the conversion to a new contract (namely a *tawarruq* contract). However, operationally, this may not be viable due to the large number of customers. Therefore, the concept of implied consent is explored with reference made to the article 192 of the Majalla that provide for an implied consent on the rescission of contract and article 67 on the imputation from silence.[18] These principles provide the supporting basis for articulating the determination that the formation of the new contract base on the principle of *tawarruq* could be made through implied consent of the existing customers (by them keeping silent and not objecting to the change) without the need for them to expressly convey their consent to the bank.

The officers of the bank explained that the Majalla had helped them in articulating and providing clear and direct support in resolving the issues and making ascertainment. Although admittedly the Majalla is not the direct source of such principles which could be found from the Shariah evidence and jurist writings, its position as a recognised collection of maxims is much helpful.

Apart from providing examples of the use of the Majalla in the operation of the bank, the officers were also asked why they regard the Majallah as being useful and helpful. According to them, the Majalla is very detailed yet concise in its treatment of the law of transactions whereby reference to a relevant provision can be made with ease. This of course does not reduce the value of jurist writings which may be lengthy and not as concise, but are useful for detailed research.[19] One of the officer commented that because the Majalla is a step by step exposition – such as starting with maxims, then continues on the fundamental basis of sale and acceptance with offer – a person could learn and understood the law of transactions by going through the Majalla. Secondly the Majalla provides a systematic arrangement on the law of transactions. Although jurist writings may also be systematic, the length and the deep coverage of the subject may not be reader friendly. Thus, a search for relevant principles or maxims is much easier by using the Majalla. The third reason why the Majalla is useful and helpful is the examples given under some of the provisions. The examples given, such as under article 175 on the Sale by Conduct, are very appropriate to the principles and

[17] See Section 2 of the Islamic Financial Services Act, 2013 on the definition of "investment account" and "Islamic deposit".

[18] Article 192 provides that "A valid rescission may also be effected by conduct which takes the place of offer and acceptance". Article 67 provides that "No statement is imputed to a man who keeps silence, but silence is tantamount to a statement where there is an absolute necessity for speech. That is to say, it may not be said that a person who keeps silence has made such and such a statement, but if he keeps silence where he ought to have made a statement, such silence is regarded as an admission and statement."

[19] For instance Wahbah Zuhaili (trans. Mahmud A El Gamal), *Islamic Transactions in Islamic Jurisprudence*, Syria: Dar al-Fikr Damascus, 2003.

make the principles clearer. The fourth usefulness of the Majalla is the clarity and directness of the principle. This is an expected characteristic of maxims.

The officers were also asked whether they encountered any resistance or objections in using the Majalla in their works. According to them there was no resistance or objection to using the Majalla either from their peers or the regulators. In their experience interacting with the Malaysian Central Bank or the Malaysian Security Commission there is no problem in using the Majalla in supporting the relevant determination. Although Malaysia is largely following the Shafi'i school, in matters of transactions there is much flexibility to the use the principles from other schools if the ruling from other schools is suitable and relevant.

The officers were also asked about their awareness or exposure to the Majalla. According to one of the officers, he was not exposed to the Majalla in his tertiary education. However, he was exposed to legal maxims through the writings of jurists while reading the master degree in Law at the International Islamic University Malaysia.[20] The officer was acquainted with the Majalla through his own research using the online resources of the university.

The Majalla in Legislations and Guidelines

In this section, examination is made to legislations and guidelines relating to Islamic finance to determine the use of the Majalla in those documents. The main statutes on Islamic finance are the Central Bank of Malaysia Act 2009 with regard to the administration, objects, functions and powers of the Central Bank and the Islamic Financial Services Act 2013 with regard to the regulation and supervision of Islamic financial institutions. No reference is made to the Majalla in those Acts.

The Central Bank of Malaysia also issues guideline to provide clarification and direction to the industry in their operation.[21] Examples of such guidelines are Guideline on *Istisna'*,[22] *Kafalah*,[23] and *Mudarabah*.[24] These Guidelines do not refer to the Majalla. This shows that the Majalla, although one of the important references to *fiqh*, is not incorporated in the law of Malaysia.

The Majalla in the Determination by the Regulatory Bodies

The central basis of Islamic finance business is its compliance with Shariah. The operation of Islamic finance invites many Shariah issues that need to be resolved promptly and authoritatively by an institution that attracts confidence by the participants of Islamic finance. It is a requirement that Islamic financial institutions to comply with Shariah at all time.[25] To achieve this, the Shariah Committee at the individual financial institution level and the Shariah Advisory Council at the national level are established.

---

[20] For instance Jalaluddin Abdul Rahman al-Suyuti, *al-Ashbah wa-al-nazair fi qawaid wa-furu' fiqh al-Shafi'iyah*, Bayrut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyah, 1998.

[21] Section 277 of the Islamic Financial Services Act 2013.

[22] Bank Negara Malaysia, *Istisna'*, BNM/RH/PD 028-1, 23 December 2015.

[23] Bank Negara Malaysia, *Kafalah*, BNM/RH/PD028-4, 13 April 2017.

[24] Bank Negara Malaysia, *Mudarabah*, BNM/RH/STD 028-8, 20 April 2015.

[25] Section 28(1) of the Islamic Financial Services Act 2013.

The function of the Shariah Committee is to ensure the financial institution's business and activities comply with Shariah.[26] In interviews with members of the Shariah Committees, the members regard one of the functions of the committee is to advise on the Shariah compliance of the financial product development by considering whether Shariah principles is properly applied. The Shariah department of a bank will conduct Shariah audit and Shariah review to identify any Shariah issues in the operation of the financing business and then to refer to the Malaysian Central Bank's guidelines to resolve those issues. If the Shariah department believed that there is a potential Shariah non-compliance (PSNC) in the product or the operation, the department will present their findings and recommendations to the Shariah Committee for the committee to determine.

With regard to the use of the Majalla by the members of the Shariah Committee in their deliberation, the members do refer to legal maxims in discussing the Shariah issues. However, they do not necessarily refer directly to the Majalla in identifying or discussing the maxims. According to them, the phrases of the maxims could be taken directly from the Quran and the Sunnah or formulation of the principles from the sources of Shariah. In other words, the maxims or the principles need not necessarily referred to the Majalla.

Regarding to the awareness or exposure of the committee members to the Majalla, according to members of the Shariah committee that were interviewed, they were exposed to the Majalla in their tertiary education. For one of the interviewees, the Majalla was helpful for his doctorate degree relating to examination of derivative products from an Islamic perspective.

The second governing body in Islamic finance is the Shariah Advisory Council. The Council is regarded as the sole authority for the ascertainment of Islamic law in respect of Islamic financial services.[27] The functions of the Shariah Advisory Council are to ascertain Islamic law on any financial matter, to advise the Central Bank on Islamic financial business, and to provide advice to Islamic financial institutions.[28] Furthermore, the courts or the arbitrators have to refer Shariah questions on Islamic financial business to the Council and its ruling is binding on the courts or the arbitrators.[29]

In contrast to resolutions of the Shariah Committee, which is not published, the Malaysian Central Bank publishes the Shariah Advisory Council's resolutions. From the published resolutions, the Council did refer to the Majalla. In its resolution dated 13th April 2007 regarding project financing based on *Istisna'*, the Shariah Advisory Council resolved that the proposed structure and mechanism is permissible.[30] In supporting the resolution, the Council refers to articles of the Majalla that say *istisna'* is permissible provided that the subject matter have been mutually agreed upon.[31]

---

[26] Section 30 of the Islamic Financial Services Act 2013.
[27] Section 51 of the Central Bank of Malaysia Act 2009.
[28] Section 52 of the Central Bank of Malaysia Act 2009.
[29] Sections 56 and 57 of the Central Bank of Malaysia Act 2009.
[30] Bank Negara Malaysia, *Shariah Resolutions in Islamic Finance*, Bank Negara Malaysia: Kuala Lumpur, 2010.
[31] The resolution cites three articles, namely articles 389, 390 and 391. Article 389 provides that "A contract for manufacture and sale is generally valid if it is customer to conclude such a contract. If a period is prescribed, however, in respect to things to which no such custom applies, the conditions applicable in the case of immediate payment against future delivery are in force. If no period is prescribed, however, the contract is in the nature of a contract for manufacture and sale". Article 390 provides that "In the case of contract for manufacture and sale, an identification and description of the article must be given as required". Article 391 provides that "It is not essential to a contract for manufacture and sale, that the money should be paid immediately".

While interviewing members (including former members) of the Shariah Advisory Council, they were asked whether the single reference of the Majalla in the published resolutions of the Council means only once that the Council refers to the Majalla. The members explained that it is not so because the Majalla, although not the main reference, is used as a supplementary reference in their deliberation.

In the interviews, members of the Shariah Advisory Council explained that the Majalla are referred to in their deliberation where relevant. This is in particular in explaining the views of the Hanafi school. It is also explained that the absence of express reference to the Majalla in the resolution need not necessarily mean that the Majalla was not referred to during the deliberation. The Shariah Advisory Council also refers to other materials such as the standards produced by the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution (AAOIFI) and the resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy.

One of the members of the Shariah Advisory Council explained that sometime the Majalla provides a better reference since the wording of the provisions contain imperative value such as "may" and "shall" which provide a guideline on the appropriate course of action. Furthermore, the provisions are couched in a list of features or elements. This is helpful to be used as a basis in developing standards and in assessing compliance.[32]

Concluding Remarks

The above findings on the use of the Majalla in the education of future practitioners, day-to-day operation of financial institutions and ascertainment by regulatory bodies show the continuing relevance of the Majalla in Islamic finance. Its unique feature in contrast to other references of principles of Islamic finances is in the nature of the Majalla as a codification. The codification of legal maxims provides the Majalla with several features, namely systematic chapterisation and coherence sequencing of provisions; clear, precise and definite language and illustrated provisions where necessary. These features of the Majalla, which was completed by no mean feat, infuse durability in the lasting legacy of the Ottoman.

[32] For instance, article 1348 that list out the elements for the right of profit relating to contractual partnership.

THE MAJALLAH AL-AHKAM AL-ADLIYYAH AND ITS CONTRIBUTION IN THE ADMINISTRATION OF ISLAMIC LAW IN SHARIAH COURT IN MALAYSIA[1]

Dr Ghazali bin JAAPAR[2]

Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws, International Islamic University Malaysia.

The Majallah al-Ahkam Al-Adliyyah had vastly contributed to the development of Islamic law in the Muslim world particularly in Malaysia. Being the first codified and written version of Islamic law derived from the original revealed sources of the Quran and the Sunnah, this legal compendium had later influenced the codification of Islamic statutes in other part of the Islamic region such as Egypt, Iraq, Jordan, Syria including Malaya at that time. In Malaysia, the impact of Majallah can be clearly seen in the imposition of Majallah Ahkam Johor as early as 29 November 1913. In fact, it was unofficially adopted in year 1883 after the visit by Sultan Abu Bakar to Turkey. Despite the fact that Majallah fully subscribed to the Hanafi legal thought, it had made great impact and well received in Malaysia where majority muslim attached themselves to a Shafii madhhab. This paper also intent to see the extent to which the Hanafi interpretation of Islamic law was accepted in the formulation of Islamic statutes in Malaysian context. For the purpose of this paper, three aspects of contribution will be discussed. Firstly, the codification of Islamic statutes for the Shariah courts. Secondly, the contribution in term of highlighting the importance of Islamic legal maxims in the Islamic legal system. Thirdly, discussion will be made to a specific provisions regarding mediation (sulh) in both Majallah al-Ahkam al-Adliyyah and Majallah Ahkam Johor in which the latter had adopted and taken all the provisions in the former in pari materia. In order to prove the practicality and relevancy of this mechanism on mediation (sulh) in modern day, small reference will be made to highlight the importance of sulh and its implementation in the Shariah Court in Malaysia.

Introduction

The most decisive attempt at adapting the Shariah into the legal system was the development of a codified law based on Hanafi fiqh. A commission for this purpose was set up in 1869, consisting partly of 'ulama and partly of Western-trained lawyers. The chairman was Ahmed Cevdet Pasha who had worked both at the Sheikul Islam's office and at the university's faculty of law. Four years later in 1873 the commission presented its proposal, the Majallah al-Ahkam al-'Adliyyah, normally known as the Majalla.[3] This law covered only a small part of sharia law, mainly contracts, hire,

[1] Paper to be presented in "International Majalla Symposium" (Codification, Practice and Contemporary Effects) in Bursa Turkey 25-27 September 2017.

[2] Assistant Professor at Islamic Law Department, Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws, International Islamic University Malaysia.

[3] Zaidan, Abd Karim, *al-Madkhal Lidirasat al-Shariah al-Islamiyyah*, p. 138. See also S. Vikor, *Between God and the Sultan: A History of ISlamic Law*, 2005, Hurst & Company London, p.230.

surety, obligations and trusts, agencies as well as testimony and evidence, that is mainly economic and procedural matters. It did not include family law, where traditional Shariah was dominant, nor criminal, which was already codified on a European inspired basis.[4] Having said that however, the Majallah had greatly contributed to the development of Islamic law in other part of the Muslim world particularly in Malaysia.

The first codification in Islamic history

In the sixth stage of the development of Islamic law, there were several compilation on legal verdict (fatwa) issued by scholar of that time. Another form of legal writing was the codification of law that took place during the Ottoman Empire period famously known as Majallah al-Ahkam- Al-Adliyyah. The Majallah is considered as the first codification of Islamic law as a legal text.[5] The work of codifying the Islamic Transaction Law (*mu'amalah*) begins in the year 1285H (1869CE) and was completed in the year 1293H (1876CE). It was headed by the Minister of Justice under the Ottoman Government assisted by a number of great scholars of the time. The code has 1851 articles and was enforced by the Ottoman government throughout its empire during that time. Most of the enactment in the Majallah favors the Hanafis view of fiqh as all of the scholars on the committee that were trusted to draft this code were from the Hanafi mazhab.[6]

The commission of jurist headed by Ahmad Pasha Minister of Justice explained the reason why codification of this legal text had become necessary. The Majallah was elaborated between 1869 and 1876 as a part of the legislative purpose of the tanzimat initiated in imperial Turkey with the approval of the Sultan. Though it was preceded by other two legislation namely Penal Code of 1850 and the Commercial Code of 1861, but these two compilations had been largely based on the laws of European countries.[7] The object of the Majalla and the procedures used in compiling it were set forth by Cevdet Pasha in the committee's report as follows;

> *The work of compiling religious principles to make a code containing provisions to satisfy the needs of society was vested in us by a decree of the Sultan. We met in the office of the High Court and collected the opinions and ideas of the most eminent Hanafi jurists on the subject of mu'amalat to suit the present conditions. The result of our work is classified according to various subjects of law and the code is called Majallat-I Ahkam Adliye.*[8]

The aim of the committee was "to prepare a book on juridical transactions which would be correct, easy to understand, free from contradictions, embodying the selected opinions of the jurists and easily readable by everyone. The reason for this codifying was that "the science of jurisprudence is an infinite sea with no shore to it. The deduction of the most worthy opinions for the solutions of judicial problems requires considerable intellectual skill and thorough grasp of the subject, particularly so in the Hanafi school where many interpreters of varifying calibre have given

4 S.Vikor, op.cit, p. 230.
5 Akram, *Introduction to Shariah and Islamic Jurisprudence*, Cert Publication, 2015, p. 219.
6 Ibid.
7 Mr Justice S.A. Rahman, Judge Supreme Court of Pakistan, *The Mejelle*, translated by C.R. Tyser, Law Publishing Company, Pakistan, p. I-II.
8 Majid Khadduri and Herbert J. Liebesny, *Law in the Middle East*, Vol 1 Origin and Development of Islamic Law, 1995, Middle East Institute, p. 297.

conflicting opinions.[9] Despite this fact no attempt has been made, as in the Shafii school, to sift and crystalize the subject matter. It is very difficult to discover the correct rules and to apply them to specific cases. Moreover, the changing times give rise to problems that must be built upon custom or usage".[10]

Despite the fact that Majallah was a completely Hanafi version of fiqh, it was later influenced the movement for the codification of legislation in other muslim territory such as Egypt, Iraq, Tunisia, Jordan, Syria.[11] For example in Egypt rules on maintenance, iddah, missing person and separation due to defects *('ayb*) was passed in 1920. It was followed by law on divorce, dower, lineage (nasab) etc in 1929, law on *tarikah* or succession in 1934, law on waqf and law on endowment both in 1946. In Iraq codification on law of personal matters was passed in 1959. Similarly in Tunisia a codified law on personal matter known as "Majallah al-Ahwal al-Syakhsiyyah" was completed in 1956. While in Jordan and Syria, a codified law of personal matters was successfully enacted on 1951 and 1953 respectively. It is worth mentioning that the codification in various Islamic countries had taken rather different approach in the sense that they didn't rigidly subscribed to one single mazhab. Contrary to the Majallah, they had adopted views from different mazhab.[12]

Mahmassani had made an observation on some shortcomings in the Majallah. Firstly the Majallah did not deal with questions of personal status such as marriage, divorce, alimony, adoption, family relationship, guardian etc except indirectly in the ninth book on interdiction. It also left out the laws on inheritance, wills, waqfs etc. Secondly, there is no general theory in the Majallah governing obligations and contracts. For example, principles of offer and acceptance which cover all types of contracts embodied in the book of sale. Thirdly, the Majallah adopted the theory of voidable (fasid) contract and made the validity of certain contracts conditional upon stipulations which limit the freedom of contract. It did not make use of provisions in other school of Islamic jurisprudence which liberalize conditions of contracting.[13]

Kurt had made a rather provocative conclusion that "Majallah history was shorter in the home regions of Anatolia. When Mustafa Kemal took power, the Shariah was one of the first targets for his secularizing reforms. He abolished the Sharia court in 1924, and the Majalla and other classical and Ottoman laws were replaced in 1926 with fully new, secular law based on Swiss and Belgian law. Thus we can bring the history of Turkey to an end here it is no longer relevant for the history of the Sharia".[14]

---

9 The Majallah was mainly derived from the books of Zahir al-Riwayah in the Hanafi school. In case of conflict between the view of the Great Imam (Abu Hanifah) and his companions, the Majallah adopted those opinions which conform to the needs of the age and public interest. For example, in the interdiction of prodigal the Majallah adopted the views of the two imams, Abu Yusuf and Muhammad ibn al-Hassan al-Shaybani, discarding the opinion of the Great Imam Abu Hanifah. Also in contracts of istisna', the Majallah adopted the views of Abu Yusuf. See Mahmassani Subhi, *Falsafat al-Tasyrie' al-Islami (The Philopsophy of Jurisprudence in Islam*), 2000, The Open Press Kuala Lumpur, p. 44.

10 Mahmassani, op.cit, p. 43.

11 Zaidan, *al-Madkhal*, p. 128

12 Ibid.

13 Mahmasani,op.cit. p. 45.

14 S.Vikor, op.cit, p. 231.

The influence of Majallah al-Ahkam Al-Adliyyah in the State of Johor

The historical advent of the Majallah al-Ahkam Al-Adliyyah to the State of Johore has closely connected with the historical relationship between Sultan of Johore and the Sultan of Turkey.[15] The visit made by Sultan Abu Bakar to several European and Middle Eastern countries had invited foreign influence on the government of Johore. This is evident in the fact that Johore was the first Malay state having written constitution.[16]

The biggest Turkish influence in the administration of Islamic Law in the state of Johor is the implementation of Islamic civil law named as "Majalah Ahkam Johor. This is evident in the implementation of Majallah al-Ahkam al-'Adliyyah as a reference for civil law since 1893M in its original language i.e. Arabic. During the time of Sultan Ibrahim, son of Sultan Abu Bakar this civil law code was translated into Malay language and known as "Majallah Ahkam Johor".[17] This Majalah was being made an official reference pertaining to Shariah rulings in Johor in 1913. It is clearly revealed in the introductory section of the Majalah Ahkam Johor (version 1) a foreword by the state Mufti: *"Adalah kitab ini mengandungi dalamnya bicara hukum-hukum fiqh yang diterbitkan daripada syariat al-Islam yang telah di pakai dalam kerajaan Johor selamanya dengan Bahasa Arab".*[18]

However in the introductory part of Majalah Ahkam Johor (version 2) it is stated that in respect of the Laws of the State of clause 49[19] and 57[20] of Johor, Sultan Ibrahim with the consent of the members of the justice and religious position confirming the use of Majalah Ahkam Johor by the officers, magistrates and judges in the state of Johor in matters concerning Islamic law. The directive was issued by the Mufti of Johor dated 29 Zulhijjah 1331H.[21] Majalah Ahkam Johor contains 16 Books and 1,851 articles similar to that of Majallah al-Ahkam al-Adliyyah.

According to Abd Jalil the adoption of Majalah Ahkam Johor was considered as an attempt made by the Sultan to safeguard the position of Islamic law from being side lined by the English law. The application of this Majalah was not as a statute of law rather as reference to the court in making judgment and it was only limited to the Syariah court in Johor.[22] It was still in force in Johor before British colonization in 1914. With the introduction of Civil Law Act 1956, Majalah Ahkam Johor was practically abolished. The impact of Majalah Ahkam Johor can still be seen in "Rules of Syariah Kadhi Court relating to Muslim Affairs 1934" where it mentioned that "As regard to the testimony of witnesses and matter relating to its conditions please refer to Majalah Ahkam Johor Book 15 page 323.[23]

---

15 Abd Basir Mohamad, "The Influence of Turkey on the State of Johore: A Study on Majallat al-Ahkam al-Adliyyah", *Journal of Applied Sciences Research*, 8(3): 1757-1764, 2012. www.researchgate.net/publication.

16 Abd Jalil Borham, *Pentadbiran Undang-undang Islam Negeri Johor*, Penerbit Universiti Teknologi Malaysia, 2002, p. 90.

17 Abd Jalil Borhan, *Pentadbiran*, op.cit, p. 91.

18 *Majalah Ahkam Johor* Kod Undang-undang Sivil Islam Kerajaan Negeri Johor 1331H/1913M.

19 Clause 49 of the Johor Constitution 1895 stated that the main task of government meeting is to formulate and amend the law but it only relates to laws other than Islamic law and Shariah.

20 Clause 57 provides that Islam is the religion of the state while other religion may be practised in harmony, no other religion could be a religion of the state other than Islam.

21 Abd Jalil Borham, *Othmaniyya Government Influence in Muslim Civil Laws in Malaysia; Reference to the Majalah Ahkam Johor*, umpire.ump.edu.my.MAJ_BI_MARSAH.

22 Abd Jalil, *Pentadbiran*, op.cit, p. 99.

23 Peraturan Mahkamah Kadi Syari'yyah Bagi Menjalankan Perkara-perkara yang Berkenaan Dengan Hal Ehwal Orang-orang Islam, Jabatan Agama Islam Johor, 1934, Perkara 16.

The influence of Majallah al-Ahkam al-Adliyyah on certain provisions in the Enactment of Islamic law in Malaysia.

i- Examination of witnesses (*tazkiyah al-Syuhud*) in Article 1716 Majallah and Section 121 Kelantan Evidence Enactment (KEE) of the Shariah Court 1991.

Majallah in Article 1716 Section VI under the heading "Is about an enquiry into the credibility of witnesses" stated;

> *"When the witnesses give evidence the judge asks the defendant and says, "What do you says about these witnesses, are they truthful or not'. And if the defendant says "the witnesses as regards their evidences are truthful", or "as regards their evidence they are competent" he is considered to have admitted the subject matter of the action, and judgment is given by the admission. And if he says, "These witnesses give false evidence", or "These men are competent, but in this matter they make a mistake," or "they have forgotten the matter," or, if denies the subject matter of the action at the same time saying, "These men are competent," the judge does not give judgment, he ascertains whether the witnesses are or are not competent by examining as to their credibility, publicly and privately".*

In this provision, it clearly mentioned that the judge upon hearing the testimony of the witness will ask the defendant to verify the truthfulness of that testimony. In this regard, the judge shall rely on the statement made by the defendant on such testimony whether he approves or rejects or accepts the competency of the witnesses but raise some doubt on the truthfulness of their evidence. In the event the defendant challenges on the facts of testimony, the court is bound to conduct an enquiry to ascertain the credibility of the witnesses publicly and privately.[24]

In Section 119 Kelantan Evidence Enactment (KEE)of The Shariah Court 1991 under the heading "To ensure the evidence of the witnesses are true" had spell out clearly that "*When the witness had given all their evidence the judge shall ask the witnesses to ensure that the evidence of the witnesses are true"*. It is argued that this provision had somewhat emulate the article 1716 of Majallah al-Ahkam al-Adliyyah with some modification in the approach of verification of the witnesses. In this Section of Kelantan Evidence Enactment, the judge shall ask the witnesses to verify the truthful of their evidence instead of asking the defendant as stated in Article 1716 of Majallah.

Although Kelantan enactment requires the judge to ask the witnesses and not the defendant as in the Majallah for verification of the testimony, it seems that both share the same objectives. In the court during the hearing and when the witnesses testify, the judge will normally ask the witnesses and the defendant alike in order to investigate their testimony. The difference between two is the fact that in Majallah the defendant will have the say on such testimony, while in Kelantan enactment the judge will decide on whether the testimony is true or the witnesses are adil or not.[25]

[24] Majalah Ahkam Johor in Article 1716 adopted the same provision *in pari materia.*

[25] Section 119, Kelantan Evidence Enactment 1991 explains "If the judge said the witnesses are telling lies or the witnesses are *'adil* but they have made mistake in their evidence or had forgotten the facts or he said the witnesses are

However, this section has been amended in 2002. Section 119 of Syariah Court Evidence Enactment State of Kelantan 2002 stated that "*Where a witness has given his evidence by way of syahadah and the judge has reason to believe that he is not 'adil, the judge shall order such witness to be examined as hereinafter provided"*. If it appears to a judge that a witness who has given syahadah is unworthy of credit he shall cause such witness to be examined to determine whether he is '*adil* or otherwise.[26] It seems that in the new enactment, in essence it still empower the judge to decide whether to conduct an examination on the witness or not. It does not rely on the defendant say of such testimony of the witnesses. It was just a cosmetic change on the wording of the section.

The influence of Majallah become more obvious in the following provision. Article 1717 of Majallah and Section 120 Kelantan Evidence Enactment both are having similarities in its provision where examination of witnesses is of two types, open and secret. In secret examination, Section 121 Kelantan Evidence Enactment had adopted a combined of Article 1718 and 1719 Majallah. Section 121 (3) of Kelantan Evidence Enactment for example requires the judge, if he found that the witness examiner didn't write anything or write a word having the meaning of "not 'adil" expressly or impliedly, may require the plaintiff or the Prosecution to produce other witness. In this case, both Majallah and Kelatan Evidence Enactment shall not admit the evidence of the witnesses. If the examiner writes that the witness are "not *'adil*", or he could not determine their condition or their condition is undeterminable or write "*wallahu a'lam*" or the examiner did not write anything the judge shall not admit the evidence of the witnesses.

In 2002 amendment, section 121 (4) stated that *"where the secret letter is returned to the judge with the words "tidak adil" or "wallahu a'lam" or any other words to that effect written thereon, or if there is nothing written thereon, the judge shall not admit the evidence of such witness and may request another witness to be produced".*

The only difference between section 122 and Article 1721 Majallah is the fact that Kelantan evidence makes it mandatory to have more than one witness examiner. While in Majallah article 1721 in a secret enquiry, it is sufficient that there is one person appointed to enquire into the character of the witness, yet, for consideration of prudence there must be two at least. However, in the 2002 enactment in term of number of secret examiners, the secret examination may be conducted by one or more secret examiners as may be determined by the judge. [27]

Another example of Majallah's influence on the Syariah Evidence enactment in Malaysia is on the 6 months period set by both for the judge not to examine the witness. Article 1723 Majallah stated:

> *"When the competency of witnesses has in the opinion of the judge been proved in one matter, when he has given evidence in another matter before that judge, if six months have not passed between, the judge does not occupy himself with inquiring again into their credibility. And if six months have passed, the judge inquires into it again".*

'adil but he denied the accusation, the judge shall make no decision but shall foremost make sure that the witnesses are *'adil* or otherwise through open examination in the court or secretly.

[26] Section 119 State of Kelantan Syariah Court Evidence Enactment 2002.

[27] Section 122 KEE 1991 stated "Number of witnesses examiner in secret shall be more than one as a precautious step although one examiner is enough". In 2002 Enactment section 122 stated that "The secret examination may be concluded by one or more secret examiners as may be determined by the judge".

While Section 125 of Kelantan Evidence Enactment of the Syariah Court 1991 (amendment 2002) stated that;

> *"A judge is not required to examine any witness who had been examined and found to be 'adil under this part if he becomes a witness before the same judge in a later proceeding and the interval between the two proceedings does not exceed six months".*

Section 129 of Syariah Court Evidence Enactment 2002 of Kelantan and Article 1727 of Majallah are having similarity where both allow the party to the proceeding to make an application to the Judge for the witness to take oath as a witness of truth so as to strengthen his evidence. However, in Section 129 of Syariah Court Evidence Enactment it mentioned specifically that in the event the examination of witness under this part cannot be carried out then the party to the proceeding can makes such application.[28]

Based on my observation and input from the Syariah court personnel, the provision on *tazkiyah* of witnesses remains unpractised by the Syariah court for some reasons. Among the obstacles to execute the private or public enquiry of witnesses is due to the fact that the Shariah court in Malaysia was handicapped of such mounting number of cases while the human resource to undertake such tasks are still lacking. It will also take the trial a longer journey if the court relies on the report of the chosen person.

On top of that, if Shari'ah requires the witness to be trustworthy, the same goes to the examiner of the witness both in public or secret examination. For the time being the Syariah court is still adopting the civil court procedure of impeachment of the witnesses through examination in chief, cross examination and re-examination of witnesses.[29] There was a suggestion by a committee of experts in Islamic evidence in Malaysia to scrap the provision on *tazkiyah* from the enactment. The reason being these provisions did not functioning well in the process of administration of justice in the Syariah Court. The requirement of a witness to take the oath of truth is considered credible enough to ensure the truthfulness of their testimony.

ii- Article 1468 Majaallah al-Ahkam Al-Adliyyah (Is about a *wakalah* for buying)

Article 1468 Majallah had explained on the agency contract in buying. This article requires that the principal must declare the genus of the thing to be bought and its price except in general agency. If the principal does not specify the genus, it is left to the wakil to use his discretion of what genus and kind it shall be.[30]

---

[28] Section 129 stated that "If the circumstances so require or an examination of a witness under this part cannot be carried out and a party to the proceeding makes an application to the judge for the witness to take the oath as witness of truth so as to strengthen his evidence, the Judge shall order such witness to take such oath and shall remind the witness that if he fails to do so his evidence shall not be admitted.

[29] Section 91 KEE (1) The examination of a witness by the party who calls him shall be called his examination in chief. (2) The examination of a witness by the adverse party shall be called his cross examination. (3) Where a witness has been cross-examined and is then examined by the party who called him, such examination shall be call his re-examination.

[30] Article 1468 stated that, "….When he does not describe the genus, if he says only, "Buy me a saddle animal", or "Buy me cloth, or, for example, "Buy me a striped cloth", and he does not declare the kind or price, the wakil is not good. But is he says, "Buy me cloth for a suit of clothes or striped cloth, it is left to your discretion of what genus and kind it shall be", it is a general wakalah, the wakil can buy of what genus and kind he wishes.

In this regard, the Islamic banking industry despite being an intermediation with the customer is also involved as an agent to purchase commodity from the market particularly in Commodity Murabahah (CM) based product. It is worth mentioning that since usury as being practiced by the conventional bank is prohibited, trading or bay' is one of the permissible method of transaction in Islamic law. Hence, sale and purchase is used as an underlying contract in certain shariah compliant products such as Personal Fianancing-i, CM Deposit-i etc.[31] In this type of contract, the customer will appoint the bank to purchase commodity from trading platform such as Bursa Suq al-Sila' (BSAS) and later to sell the commodities to the broker. Contract of agency *(wakalah*) in which the customer will have to appoint bank to purchase commodities from the trading platform or sell it back to the broker for cash is vital to accommodate the whole process of transaction. This is due to the fact that the customer doesn't have the access to purchase the commodity by themselves. Hence, the bank will do the trading part in order to facilitate the *tawarruq* process. Based on my observation the customer will not specify the type of commodities he wanted to purchase. So the bank can use its discretion to buy any commodities from any trading platform such as BSAS and other available trading platform.

Another example of agency to purchase in a concept known as Murabahah to Purchase Orderder (MTPO). It is a contract concluded with a prior promise to buy, submitted by a person interested in acquiring goods through the bank. It is a bunch of contracts completed in step and ultimately suffices the financial needs of the customer. The sequence of their execution is extremely important to make the transaction Shariah compliant.[32]

iii- Lapse of time (*murur al-zaman*)

Article 1660 Majallah had specified period of fifteen year for a person to claim his right. After the expiry of that period his claim will not be heard. In general, actions may be brought for fifteen years, but thirty-six years are allowed for bringing action relating to the fundamental constitution of a pious foundation (waqf).[33] Action relating to government land, private roads or water rights may be heard for ten years only.

Article 1660 Majallah stated that;

> *"Actions which do not affect the public or property included in that orifginally made waqf, such actions for debt and for thing deposited for safe keeping and for immovable mulk property, and inheritance, and actions for the benefit and produce of dedicated property,*

[31] This is the workflow for CM Deposit. 1. Customer deposit their money with the Bank and appoint the bank as agent (wakil) to buy commodity from commodity suppliers (Broker A). 2. The Bank buy the commodity on spot basis on behalf of customer. 3. The Bank offers to purchase commodity to customer at cost plus mark-up on deferred payment I.e. murabahah. 4. Customer agrees with the offer to sell the commodity to the bank on sale price with profit on deferred payment. Then the bank sells the commodity to Broker B on spot. 5. After completion of trading the Bank is able to utilize the deposited money. 6. Customer able to withdraw their money anytime and shall receive their principal amount besides profit in monthly basis.

[32] Muhammad Mohsin Ahmad, "Murabahah to the Purchase Orderer", Al-Huda CIBE Workshop retrieved from http://www.docstop.com/docs/56911539/Murabaha-to-purchase-Order. The MTPO comprises three different contracts. 1. The main contract connotes the overall financing, followed by an agreement (unilateral contract) to purchase or promise (wa'ad) by the customer to purchase when offered by the bank. 2. An agency contract whereby the agent (wakeel) who could be the customer or third party to purchase the commodity and possess it on behalf of the bank. 3. The actual murbahah contract where it is to be concluded when the commodity is transferred to the bank.

[33] Article 1661 Majallah stated "Actions of the mutawalli and of persons who receive salary and victuals from the waqf in respect of the property included in that originally made waqf are heard up to 36 years.

and for a masyrutah tawliyat and for the possession by ijaratayn or muqata'a of immovable waqf properties, after being abandoned for 15 years are not heard".

In Majallah lapse of time can be divided into two types.[34] Firstly lapse of time where the ruling is based on reasoning (*ijtihadi*) and the fixed period is 36 years. Any claim made after the expiry of 36 years without any valid reason will not be entertained. The reason being as an able person that has no valid excuses for delaying the claim, it shows that he has no right to such claim.

Secondly, lapse of specified time made by the Ruler. Any claim made after the lapse of fixed time will not be heard is based on the article 1801 Majallah. Hence, in the event of lapse of time of this type but the Ruler instruct the court to hear the case the court will have to hear the claim. The Ruler can disallow the judge to hear any case that has lapsed the stipulated period of time of this type. At the same time the ruler can allow other judge to hear this type of case.[35]

According to article 1674, a right is not lost merely by passing of time. If a defendant explicitly admits the right of another party in court after the period of limitations has expired, he may not plead this defence later. Although the period of limitation should pass without intervals and interruptions, there are some causes which interrupt the period: the minority of the plaintiff, insanity, a journey to a distant place or fear on the part of the plaintiff of the powerful position of the defendant.[36] Similarly, no period of limitations applies to actions concerning public highways, rivers and pastures.[37]

As far as limitation is concerned, there is no provision contain in the Islamic enactment in Malaysia that imposed certain period of time for the parties to claim their right in the current Syariah court system. As a matter of fact, in Kelantan the old enactment had adopted 15 years limit for the parties to make their claim. Upon expiry of 15 years such claim will not be heard by the court. However, after the introduction of new Islamic enactment in Kelantan, this particular provision was removed from Kelantan enactment.[38]

The contribution in highlighting the Islamic Legal Maxims in legal system

Islamic Legal maxims is an important component of knowledge developed by the Muslim jurists of different mazhab in their quest of knowledge. They have written on this subject in various literature in different school of law. The Majallah had introduced in Part II certain rules from the Fiqh i.e. the Maxims of Fiqh. Articles 2-100 of the Majallah contains ninety-nine maxims. They were mainly derived from al-Ashbah wa al-Nazair by Ibn Nujaim and from other sources as well.[39] Even

---

[34] Ali Haidar, Durara al-Hukkam Syarh Majallah al-Ahkam, 1991, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah: Beirut, p. 259.

[35] Ibid

[36] Article 1663 Majallah stated that "In this chapter is considered, that is to say, the lapse of time, which prevents the hearing of actions, is the lapse of time which has taken place without excuses. On the other hand consideration is not given to time which passes in consequence of one of the excuses allowed by Shariah law such as a person being an infant or madman or person of unsound mind, whehter the plaintiff has a guardian or not, or a person being in foreign country a long way off or his opponent being a person in power.

[37] Article 1675 Majallah stated that "No attention is paid to the lapse of time in actions about lands, the benefit from which concerns the public like a public road, a river and common pasture land. For exmple after someone has held and possessed for fifty years without dispute a pasture which belongs specially to a village, if the inhabitants of the village, to which it belongs claim it by action, the action is heard.

[38] Interview with the Chief Syariah Court Judge of Kelantan.

[39] Mahmassani, Subhi, "*The Philosophy of Jurisprudence in Islam"*, translated by Fahat J.Ziadeh, The Open Press Kuala Lumpur, p. 151.

though Islamic legal maxims is a well known subject in Islamic scholarship, but it was still in the form of fiqhi writing style.[40] By putting the maxims in the body of law it had highlighted and promoted the significance of legal maxims as guide for the judge in making decision.

The compilers of the Majallah explained in the last part of Article 1 the reasons for incorporating general maxims and the advantages accruing therefrom. The advantage to be gained from the maxims, according to the Majallah, is to facilitate the understanding of problems and principles and nothing more.

For example Article 2 of Majallah stated;

"A judgment is in accordance with what the object of an act may be. That is to say, if a judgment shall be given about an act, it will be in accordance with what the object of an act may be."

In this regard, the judge will rely on the intention of a person to determine for example, whether the divorce using ambigious words is effective or not. Simiarly in determining whether the killing was intentionally or unintentionally or by mistake, reference will be made to the intention of the accused to determine the gravity of the crime and its punishment.[41]

In Islamic Finance, if the contracting parties enter into an 'inah (sale and buy back) contract without intending thereby to procure immediate cash in exchange for a deferred payment of a larger amount of cash, it is permissible *diyanatan* and *qada'an* in the Shafii school, while in the Maliki and Hanbali schools it is invalid *qadaan*. However, if the intention of the contracting parties in an 'inah contract is to exchange immediate cash for a deferred payment of a larger amount of cash, it is prohibited *diyanatan* but not *qadaan* in the Shafii, on condition that the buy-back is not stipulated in the contract. In contrast, the other school of law invalidate this transaction both *diyanatan* and *qadaan.*[42]

Another important maxim in Islamic Finance is Article 3 of Majallah "In contracts, attention is given to the objects and meaning, and not to the words and form". Jurists are divided over the validity of the maxim. The Hanafis, Malikis and Hanbalis implement it in their rulings on most contracts, although they do make exceptions in some cases. However, the Shafiis implement the opposite maxim: "In contracts, greater weight is given to words and form rather than intention and meaning". Thus, the Hanafis, Malikis and Hanbalis consider the maxim to be the primary ruling with some exceptions, while the Shafiis consider the opposite to be the primary ruling with some exceptions.[43]

For example if a creditor makes a gift of the debt to the debtor, it is actually *ibra'* (debt forgiveness). Due to that meaning, its validity is not depending upon the "gift" recepient accepting it, according to the Hanbalis school and the majority of the Hanafis and Shafiis.[44] In wadia'ah (deposit for safekeeping), if the deposit that the custodian uses is in the form of currency, the ruling changes to that of *qard*. The Islamic Fiqh Academy of the OIC resolved that, from fiqh perspective, the

---

40 Akram Laldin and others, "Islamic Legal Maxims and their applications in Islamic Finance, 2013, ISRA Publications, p. xvii-xx.

41 If a person kills another person intentionally, the heirs of the victim have the right to demand the death penalty (qisas) if the killer is convicted, but if the crime is perpetrated unintentionally the punishment differs; in that case, blood money (diyah) must be paid.

42 Akram Laldin and others, *Islamic Legal MAxims*, opcit, p. 44.

43 Ibn Nujaym, *al-Ashbah wa al-Nazair*, p. 18-19, al-Subki, *al-Ashbah wa al-Nazair* 1:175, al-Suyuti, *al-Ashbah wa al-Nazair*, 1:166, Ibn Rajab, *al-Qawaid*, 1:64. See Akram Laldin, op.cit,, p. 46.

44 *Al-Mawsu'ah al-Fiqhiyyah al-Kuwaitiyyah*, 1:31.

money in a current account- whether in an Islamic bank or a conventional bank- is a loan (*qard*) rather than wadia'ah, even if it is called wadi'ah. Thus the bank is obliged to guarantee the principle and must return the deposit without any additional amount when requested.[45]

There are several other maxims in Majallah that is of great importance especially in settling dispute. Article 8 of Majallah stated "Freedom from indebtedness is to be presumed". For example if an accountholder claims that he made a deposit into his account using a cash deposit machine (CDM) that malfunctioned, taking the money without issuing a receipt. The bank denies the claim. The burden of proof is on the depositor since any deposit creates a liability on the bank (wadiah yad damanah), and the original ruling is that the bank is free of liability.

In Qanun al-Ahwal al-Syakhsiyyah lil Muslimin Sudan 1991, in Section 6 stated that "The High Court -in the course of implementing this Qanun may adopt the principles of fiqh in their interpretation of this law based on certain maxims. The Qanun has included 14 maxims that can be used by the judge in order to implement the provisions in the qanun. Among the maxims are "mediation (sulh) is permissible between muslimin except sulh that turns forbidden (haram) permissible and vice versa", "certainty is not dispelled by doubt", "harm is to be eliminated", "freedom from liability is the pre-existing and therefore prevailing state", "the presumptive rule is that transitory attribute do not exist", "custom is an arbiter etc".[46]

The influence of Majallah is very obvious in this kind of codification when it includes the verbatim of selected maxims in section 6 of the Qanun. The adoption of maxims in the statute of law is believed to have some kind of impact from a similar setting in the Majallah. It is not suprising to see the Section 5(1) of the same Qanun stated clearly that in the event of lacunae in this Qanun reference shall be made to the most preferred view of the Hanafi school.[47]

Sulh[48] and Ibra[49]

Book XII of Majallah had combined two concepts of *sulh* and *ibra*' in settlement of a dispute. *Sulh* is a mediation process where the third neutral party assists the disputing parties to reach a settlement. Literally *sulh* means termination of a dispute. According to fuqaha' it refers to an agreement entered into by the parties in dispute to settle the dispute between them. Article 1531 of the Majallah al-Ahkam regards *sulh* as a contract concluded by offer and acceptance and consist of settling disputes by mutual consent.

While *ibra'* literally means mutual estrangement and removal, as in "I was absolved of debt when it was removed from me". It can also be defined as to release, eliminate or purify and to

45 See Akram Laldin, op.cit, p. 49.
46 Qanun Al-Ahwal al-Syakhsiyyah Lil Muslimin Li al-Sanah 1991, Wizarah al-'Adl Jumhuriyyah al-Sudan.
47 Section 5 (1) Qanun al-Ahwal al-Syakhsiyyah Sudan, p.26.
48 Article 1531 Majallah defines Sulh as "a contract removing a dispute by consent. And it becomes a concluded by offer and acceptance.
49 Article 1536 Majallah Ibra' or release is divided into two. Firstly is *ibra' isqat* and the other is *ibra' istifa. Ibra Isqat* is for someone to make free another person by dropping all the rights which he has against him, or by subtracting or diminishing a certain quantity of them.

remove. Technically, *ibra'* means "an act of absolving or dropping one's financial rights (to collect payment) from a person who has the obligation to repay the amount borrowed from him".[50]

Interestingly Majallah had included another notion of *ibra'* as a legal consequence of a mediation process. This is forward looking approach by the legislator of Majallah since the parties making compromise in settling disputes between them, must have come to an agreement to release or waive some of his/her rights.

For example if A (the creditor) who has financial rights against B (the debtor) certain amount of debt, A may release B from paying such amount. *Ibra'* from a debt which causes the debtor's liability for the debt to be absolved is based on the wording of the offer. Thus, when the liability is withdrawn, the creditor has no rights to demand and his claims relating to *ibra'* are not entertained. *Ibra'* is considered as unilateral contract is the sense that there is no requirement of acceptance from the recepient of *ibra'* since ibra' itself is dropping one's right just like divorce or giving away a gift (*hibah*). *Ibra'* is an important concept adopted by the Islamic Financial institution though it doesn't necessarily involved a mediation process.[51]

Majallah had brilliantly brought these two concepts together though they are independent from each other. This is due to the fact that any parties to a dispute when they enter into a mediation process must come to an agreement to settle the claim or reducing the amount involved through *ibra'* or *tanazul.*

If a dispute is on the matrimonial rights of a wife in a marriage, when she makes a claim she will fix some amount of *nafqah* or *mut'aah* on the husband. During the process of mediation (*sulh*) with the husband on the amount of maintenance or *mut'ah*, if she waived her rights on *mut'ah* for example, her entitlement for the payment of *mut'ah* is released from the husband. Similarly, if she agreed on a reduced amount of *nafaqah*, the husband is therefore being released from paying the original amount of claim and the wife's right to the claim for full amount is therefore diminished.

Article 1551 Majallah has clearly stated "When a person brings an action about a known thing, e.g a garden, and makes a compromise for certain amount of it, and releases the defendant from the action for the rest, he has received the certain amount of his rights and has stopped the action for the rest, I.e. the right of action which he had for the rest is destroyed. Article 1561 also stated to the same effect that "If someone has released another from a right, that right is destroyed. No longer can he bring an action against him.

Family Mediation (*Sulh*) in the Shariah Court

Mediation can be compared to litigation in many aspects. Unlike litigation which is formal, inflexible and the decision is imposed by the judge, mediation (*sulh*) is informal and non-

[50] *Islamic Financial System Principles and Operations*, International Shariah Research Academy for Islamic Finance (ISRA), 2013, p. 283.

[51] Waiver or release of the right to an obligation in the liability of another (eg waiving the right to a debt). The financier may discretionally give *ibra'* (rebate) if the customers pays early (discount for early payment. This is known as "*dha' wa ta'ajjal*". Muslim jurists are divided on the validity of such practice because those reject it argue that it resembles *riba'*. The Shafiis hold that so long the payment of balance of the debt expedited unconditionally whereby the owner takes the payment and releases the debtor from the balance then it is permissible.

adversarial.[52] It is claimed that litigation is limited in its ability to address and satisfy all of the needs of the parties. In general, mediation offers better solution and settlement that litigation.[53]

Sulh was introduced in the Syariah Court in order to reduce the number of backlog as well as to improve the Syariah Court System. It was first introduced in the Federal Territory of Kuala Lumpur beginning in 2001.[54]

Section 99 Syariah Court Civil Procedure (Federal Territories) Act 1998 stated that "The parties to any proceedings may, at any stage of the proceedings, hold *sulh* to settle their dispute in accordance with such rules as may be prescribed or, in the absence of such rules, in accordance with Islamic Law".

Upon application made to Syariah court, the Registrar will make an assessment to all application and determine whether such a case should be sent to the *sulh* Council or trial. The decision to go for *sulh* or proceed for trial will depend solely on the Registrar's wide experience in the field. Normally, cases that can be brought to *sulh* are related to financial and non-financial rights.[55]

Among challenges in implementing sulh is when the parties to a dispute had engaged a lawyer to represent him/her. Rule 5(3) of the Syariah Court Civil Procedure provides that the parties shall appear in person, and no syarie lawyer may appear or act for any party and no party shall be represented by any person without the leave of the Chairman. Syar'ie lawyers are not allowed to attend a *sulh* council except with the permission of the *sulh* officer. This is to allow parties to discuss their problems openly without influence from anyone else.[56]

Notwithstanding this, if a lawyer represents any of the parties, the draft agreement of amicable settlement which they have agreed upon, may be referred to the lawyer before the agreement is concluded as a consent judgment. Sometimes the lawyer may advise their client not to agree on the amount and to proceed with trial as they can prolong the case and get more legal fees. There have been cases where the parties reached agreement or settlement but rejected it after referring the settlement to their lawyer.[57]

One important issue arises in relation to *ibra'* made by a disputing party in the course of mediation process. For example the husband would only agree to divorce the wife if she agrees to let go her rights of custody or maintenance or *mut'aah* etc. A desperate wife would agree to waive all these rights even though divorce was due to wrongdoings on the part of husband. Some jurists like Ibn al-Suyuti, Ibn al-'Arabi, al-Jassas of the opinion this kind of *tanazul* or *ibra'* made by the wife so

---

52 Boullee and Nesic, *Mediation, Principles Process Practice*, 2001 at 87-8. See Nora Abdul Hak and others, *Comparative Perspective on Alternative Dispute Resolution with Reference to Malaysia*, 2016, IIUM Press, p.229.

53 The following is the advantages of mediation over litigation. 1. Mediation reduces conflict; 2. Mediation is more constructive than adversarial court proceedings; 3) Parties are more likely to adhere to agreements they have made themselves rather than orders that have been imposed from outside; and 4) By reducing conflict, mediation helps reduce the financial costs of resolving disputes. See Nora, *Comparative Perspective on Alternative Dispute Resolution*, p. 230.

54 Op.cit, p. 165.

55 Cases that can be settled through sulh are: 1) breach of promise to marry; 2) application related to divorce such as a) mut'ah b) maintenance of wife and children; c) matrimonial property; d) custody of children; e) enforcement of maintenance order; f) any other matters which the Registrar thinks reasonable and suitable. See Nora, op.cit, p.166.

56 See rule 5(3), Syariah Court Civil Procedure (Sulh) (Federal Teritorries) Rules 2004.

57 Nora, op.cit, p. 172.

that the husband would pronounce divorce is permissible. According to them it is better for the wife to be released from irresponsible husband and problematic marriage. [58]

While according to majority, *ibra*' *or tanazul al-haq* for the purpose of getting divorce is forbidden. They argue that if the husband had forced the wife to waive her rights of maintenance during *'iddah* or *mut'ah* as a payment of *khulu'* this kind of action is not acceptable. According to al-Shafii, if the husband gets the payment through unfair means he must return back the money and the *talaq* he had pronounced stands.

If the wife made an agreement to release her right to the custody of children in order to get divorce from the husband, her right to custody will not be released. This is due to the fact that *ibra'* was made before the pronouncement of *talaq* and the right to custody was not yet determined. The wife was not in the position to release a right that has yet to be granted to her in the first place.

In short, if the wife didn't want to continue marriage relationship with the husband, she can't be forced to make an *ibra'* to any of her rights in order to get the divorce. This case must be brought to the court for decision.

Conclusion

Majallah despite being confined to limited areas of Shariah i.e. commercial and procedural but it had made great contribution to the development of Islamic legal system as a whole in most part of the Muslim world. Although the Majallah doesn't not provide for the Islamic personal laws on marriage and divorce and other ancillary reliefs, it embodies a comprehensive set of Islamic rule on transaction including sale, hire, guarantee of suretyship, transfer of debt, pledges and mortgages, deposit and trust, gift, wrongful appropriation and destruction, interdiction, constraint and pre-emption, joint ownership or partnership, agency, settlement and release. In addition, there are also provisions related to the rules on admission, evidence, administration of oath and administration of justice by the court. It was the valid law in Syria and Iraq well into the colonial period, and in those regions that were under Ottoman control we can still see the influence of the Majallah in certain fields today.[59] As far as Malaysia is concerned, Majallah was put in to practice in Johor in a translated version known as Majallah Ahkam Johor. The imposition of certain provisions in Majallah is also evident in the codification of Syariah Court Evidence Enactment in all states in Malaysia particularly on the examination of witnesses (*tazkiyah al-syuhud*), lapse of time (*murur al-zaman*) etc. While the inclusion of 99 articles on legal maxims in part II of the introductory part of Majallah had promoted the importance of legal maxims in the realm of fatwa and Qadha' as well as the Islamic Banking and finance. In addition, the provisions on *sulh* and *ibra'* that was arranged and combined in one book had clarifies the importance of mediation (*sulh*) as one of mechanism in dispute resolution apart from litigation with a mechanism of *ibra'* as a result of a compromise or *sulh* process.

[58] Raihanah Azhari, "Sulh dalam Perundangan ISlam: Kajian di JAbatan Kehakiman SYariah Selangor Darul Ehsan, Ph.D Thesis, 2005, Jabatan Fiqh dan Usul Akademi Pengajian Islam Universiti MAlaya,p.101.

[59] Kurt, op.cit, p. 231.

References:

Abd Jalil Borham, *Pentadbiran Undang-undang Islam Negeri Johor*, 2002, Penerbit Universiti Teknologi Malaysia Skudai Johor,

--------Othmaniyyah Government Influence in Muslim Civil Laws in Malaysia: Reference to the Majallah Ahkam Johor.

Boullee and Nesic, *Mediation, Principles Process Practice*, 2001.

Abd Karim Zaidan*, al-Madkhal Li Dirasat al-Shari'ah al-Islamiyyah*, 2009, Risalah Publisher Damsyiq.

Ali Haidar, *Durar al-Hukkam Syarh Majallah al-Ahkam*, 1991, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah Beirut.

Islamic Financial System Principles and Operations, International Shariah Research Academy for Islamic Finance (ISRA), 2013.

Knut S. Vikor, *Between God and the Sultan: A History of Islamic Law*, 2005, Hurst & Company London.

Kelantan Evidence Enactment of The Syariah Court 1991, 1995 International Law Book Services.

Mohammad Akram Laldin and others, *Islamic Legal Maximss and Their Application in Islamic Finance*, 2013, International Shariah Research Academy for Islamic Finance (ISRA).

Majalah Ahkam Johor: Kod Undang-undang Sivil Islam Kerajaan Negeri Johor 1331H/1913M, Penerbit Universiti Teknologi Malaysia, Skudai Johor.

Majid Khadduri and Herbert J. Liebesny, Law in the Middle East, Vol 1 (Origin and Development of Islamic Law, 1955, The Middle East Institute Washington D.C.

Nora Abdul Hak, Umar A. Oseni, Nurah Sabahiah Mohamed, *Comparative Perspective on Alternative Dispute Resolution with Reference to Malaysia*, 2006, IIUM Press Gombak.

Subhi Mahmassani, translated by Farhat Ziadeh, *Falsafat al-Tasyri' al-Islam*, 2000, The Open Press, Kuala Lumpur.

Syariah Court Civil Procedure (Federal Territories) Act 1998 (Act 585), 2003, International Law Book Services.

Syariah Court Evidence Enactment State of Kelantan 2002.

The Mejelle being An English translation of Majalla el-Ahkam al-Adliyyah and A Complete Code on Islamic Civil Law, translated by C.R. Tyser, Law Publishing Company, Pakistan.

THE SITUATION OF OTTOMAN EMPIRE IN THE ADOPTION PERIOD OF THE MEJELLE

Fatiha GACİM

Algeria, Djalfa Zayyan Ashur University

INTRODUCTION

It is important to know the situation of the social structure to understand the background of a law text. Mejelle, which contains and introduction, 16 books and 1851 articles, had been prepared in almost eight years. From the begining of the idea to create an Ottoman Civil Code, there were many factors that affects the context of the Mejelle.

At the beginning, the idea to adopt the French Civil Code remained on the agenda. However, the idea to create a national civil code, instead of adoptation another nation's, came to existence. So that a group of people started to work to create it.

There were many factors to influence the Mejelle such as the social structure of Ottoman Empire, changes in commercial and economic life, pressure of the western countries and the need of legal regulations. Examining them will allow people to analise the Mejelle in the most correct way.

I. SOCIAL STRUCTURE OF THE OTTOMAN STATE, ON THE WAY TO THE MEJELLE

Ottoman social structure and social order has shown various appearances throughout its history of six centuries. There are continuities as well as differentiations between the foundation period and state formation stage; Fatih Sultan Mehmet's era and 16th century during which the central Islamic world came under the domination of Ottoman sovereignty; 17th century in which significant changes were made in the society and state order and 19th century during which modernization attempts had different levels of influence. With the enlargement of the borders, the diversity of religious and ethnic groups entering the Ottoman domination increased. On the other hand, as a result of the regression at the borders since the end of the 18th century, this diversity diminished, while the majority of the Muslim population in the lost countries retreated to the remaining lands. Another factor that deeply influenced community life and structure in the 19th century has been its modernization efforts with roots dating back to the previous century[1].

[1] İbn Battuta, Seyahatname (Tercüme. A Sait Aykut). İstanbul 2004, ı, 430-431; Aşıkpaşazade, Tarih (Atsız), pp. 94, 236-239; Tursun Bey, Tarih-i Ebü'lFeth (nşr Mertol Tulum), İstanbul 1977, pp. 10-30; Lutfi Paşa, Asa{name (nşr Mübahat S. Kütükoğlu, Prof. Dr. Bekir Kütükoğlu'na Armağan), İstanbul 1991, pp. 49-99.

A. OTTOMAN SOCIETY IN THE MODERNISATION PERIOD

It is known that the 19th century has not undergone a fundamental change in terms of the basic elements of community life, but the new practices that started with the Tanzimat Reform Era period brought about some changes in the structure of society. In this period, as in the previous centuries, it was an agricultural society, with 80% of the population living in the villages and 20% in the cities. In the 19th century, the number of foreigners increased in major cities, especially in Istanbul. By the influence of them, Western goods, commodities and amusements started to show their influence in society. The fact that the Ottoman State made business associations with Western merchants and industrialists during the modernization process led to significant changes in the economic situation of minorities, When it came to the beginning of the 20th century, minorities in the craft, industry and internal trade fields appeared overwhelmingly superior (60-70%). Muslims were at the lowest level in the worker wages, as high-level duties were given to foreigners and minorities in foreign initiatives.The major dynamics that affect the structure of society and the changes in its life in this period are the migration movements caused by modernization and land losses. While modernization causes a change and transformation in various social layers both by its influence on production-consumption relations and bymodernization in education, the migrations almost re-blended the society. Although economic and cultural differences that took place in the Ottoman society in the 19th century did not change much in the village life, the traditional neighborhood life in towns and cities was about to be changed. In the classical period there was a central place for the mosque and other important building (*imaret sitesi)*.The change that took place in the military and bureaucratic structure during the modernization era has put forward the government, the judiciary buildings and the schools, but drew back the madrasahs.

Similarly, the economic centers of cities have also undergone a change. Especially in large cities like Istanbul, the places where the traditional production was made were replaced by the places where the products based on imports are sold. Some changes were observed in the upper layers of the society in terms of family life, while the lower layers of the society maintain their traditional life. In the pavilion-mansion life, black nannies and French duennas were employed besides Circassian maids. The upper layer families experienced innovations in their lives by participating in meetings at the Western embassies. The entertainment understanding of the upper segments -which have the economic capacity to sustain the Western way of life and meet new pleasures such as theater, ball, opera, painting- started to differ from the lower layer's entertainment understanding[2].

In the new social order, a new social network has been established between notable Muslims, rich non-Muslims and civil servants. A new business alliance has emerged between the officers, who want to use their revenues as an investment tool, or the servants who have borrowed money in their tightest times, and the artisans who are trying to deal with the affairs of the state. On the other hand, towards the end of the 19th century, chambers of agriculture, commerce and industry started to be established within the framework of modernization movements so that tradesmen continued their professional organization through their limited institutions.

[2] For further information: Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları (ed. Madeline C Zilfi, tre. Necmiye Alpay), İstanbul 2000, tür.yer.; İlber Ortaylı, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul 2000; Mehmet İnbaşı, Rumeli Yörükleri, Erzurum 2000; Oktay Özel, "Avfuız ve Cizye Defterleri", Osmanlı Devleti 'nde Bilgi ve İstatistik (haz. Halil İnalcık-Şevket Pamuk), Ankara 2000, pp. 35-50; a.mlf .. "The Liınits of the Almighty: Mehmed II's 'Land Reform' Revisited", JESHO, XLII/2 (1999), pp. 226-246.

Nevertheless, the increasing privileges of non-Muslims in this period have reduced the status of the Turkish merchants and businessmen to the subcontractor of foreigners. In fact, in that period, a Christian middle class was formed by Greek and Armenian non-Muslims, as representative of the European companies as the result of the economic activities of the Europeans in the Ottoman Empire. Despite the creation of the "Hayriye Merchant" class to protect Muslim merchants against non-Muslim merchants, who benefits from the advantages of the capitulations granted to foreign merchants; the desired result has not been achieved. Significant changes have taken place in the economic and social life of cities and towns, particularly those closely linked to European trade through port cities. For example, in the 1840s there were 10.000-12.000 people who were the subjects of foreign countries such as Greece, England, Austria, France besides Greek, Armenian and Jewish in İzmir population[3].

B. THE GENERAL STRUCTURE OF THE OTTOMAN SOCIETY IN THE TIME THAT MECELLE WAS PREPARED

When we look at the situation of the villagers in the 19th century in general, it is noteworthy that they still constitute a very important part of the population. However, the villagers, who were gradually losing their lands and who were using primitive technology. now started to lose their products to the notables and tax-farmers. In the new period, it can be said that the social life of the countryside has not been changed much.

However, it is understood that the effect of the ayanlık (*landed proprietor in Ottoman Empire*) concept had persisted and Aga establishment (*Ağalık kurumu*) appeared in varios regions while Timar holder had gone into liquidation through the grab of the demesne. Although Land Code of 1241-1858 contains provisions which prevent the transfer of villages collectively to the property of certain persons, in practice, great landowners had continued their existence because the such attempts of the persons who have financial power couldn't be prevent.. Peasantry, who were concerned about the safety of life and property due to the various acts of banditry against them, often took refuge in other villages or cities, leaving their land. On the other hand, immigration concept in this century has deeply shaken social structure. Before the Ottomans, the face of Anatolia changed with the Turkish immigrations, and in the Ottoman period, inhabiting policies were applied to the conquered regions, especially Rumeli through voluntary immigration or exile. With the annexation of Crimea by the Russia in 1783, immigrations took place from the Caucasus, the North of the Black Sea and the Balkans to the remaining lands of the Ottoman Empire due to political and religous reasons.

The ethnic and national structure of today's Turkey has taken its new form with the Ottoman-Russia war of 1828-1829, the Crimean war, the end of the resistance of Sheikh Shamil against the Russians (1859), the Ottoman- Russia war of 1877-1878, the annexation of the Tessera and Crete by Greece, Balkan war, First World War and the immigrations and population exchanges which occur during and after War of İndependence. Some of immigrations came from Muslim components (Circassian, Abaza, Bosnian, Albanian, etc.) which inhabit and Anatolia and Balkans constituting the central territory of the Ottoman State and which their of native language is not Turkish. The importance of religion is obvious in this immigration; in addition to this, the sharing of the Ottoman political culture is also influential in the attitude of these components unlike the other Muslims-

[3] Mübahat S. Kütükoğlu, XV ve XVI. Asırlarda İzmir Kazasının Sosyal ve İktisadi Yapısı, İzmir 2000, s. 19; Anadolu'da ve Rumeli'de Yörükler ve Türkmenler Sempozyumu Bildirileri (ed. Tufan Gündüz), Ankara 2000, p. 19.

components living in North Africa and Arab lands. A "national" Ottoman-Muslim identity and personality beyond historical Islam and congregational identity were born in these people, who were displaced because they were Muslims[4].

II. REASONS GENERATING THE LEGALIZITION MOVEMENTS OF TAZMINAT PERIOD

The legal movements occurring in Ottoman Empire and the reasons of the enactment of the Civil Code, which considered national for the first time like Mecelle are possible to classify as changes in commercial and economic life, changes in social life, requirements, legal needs and influence and pressure of Western in Tanzimat Reform Era period.

A. CHANGES IN COMMERCIAL AND ECONOMIC LIFE

After Industrial Revaluation, changes happened not only commercial and economic sense but also social and legal sense in Western Civilizations. Ottoman Empire which bears on this civilizations in many aspects was influenced the changes which occur naturally.. This influence took place during and after Tazminat period of Ottoman[5]. The enactment of Mecelle is one of the consequences of influence which occur in this period.

A big development took place in the business and economic life of Western countries with the impact of Industrial Revolution. The production increased by the help of new techniques practiced; when the supply in the supply demand equilibrium increased sharp decreases took place in the prices. The Western countries that produced much more than they could consume, started to search for new markets to sell these products. OttomanEmpire became one of the targets of Western countries as being one of the big markets due to its population.

As a result of several agreements that Ottoman Empire signed or had to sign with Western countries, the products that were produced in such countries started to be sold with lower tariff in the Ottoman Empire. The trade volume between Ottoman Empire and Western countries grew dramatically in the consequence of these developments and number of commercial disputes increased as an outgrowth too. On the other hand, the foreigners did not want the lawsuits to solve the disputes to be brought before the Ecclesiastical Courts.[6]. (Şer'i Mahkemeler). Specialized Courts (İhtisas Mahkemeleri)were established to solve the increasing disputes, Code of Commerce(Ticaret Kanunnamesi) was accepted in 1850.[7]. With this code, collective, commandite and stock exchange companies were regulated and these three types were added to the companies that were stated in Ottoman Law according to Ecclesiastical Law.[8](Şer'i Hukuk).

To conclude, the demand of having a share from the welfare and national income increasing in the world led to arise of legislation movements on different issues and new changes in the law field.

---

4 Kemal H. Karpat, Osmanlı Nüfusu (1830-1914): Demografik ve Sosyal Özellikleri (tre. Bahar Tırnakçı), İstanbul 2003, p. 11-23

5 Mehmet Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 4. Baskı, Beta, 2001, p. 421.

6 Osman Öztürk, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İrfan Matbaası, 1973, p. 12.

7 Aydın, p. 422.

8 Mustafa Avcı, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, Mimoza, 2012, p. 400.

B. THE CHANGES IN THE SOCIAL LIFE AND EDUCATION

All the changes that took place during Reform Era also had impacts on the social life. The changes in the business and economic life, the westernization movements, and the developments in education field all created changes in the social life of the society directly. In the consequence of the Turkish-Greek, Balkans and World War I that the empire went to in the late nineteenth century, the participation to the social life by women accelerated and new approaches about women had arisen. [9].

As the result of all of these developments, Code on Family Law (Hukuk-ı Aile Kararnamesi) was prepared in 1917. The aim herein was to address the new social needs.

Addition to these, lots of reforms and changes also took place in the education field at the late eighteenth century and beginning of nineteenth century. Establishing Imperial School of Naval Engineering (Mühendishane-i Berr-i Hümayun), benefiting from education in foreign language and translating the pieces in foreign languages into Turkish can be shown as examples. Regulating obligatory primary education, sending students to Europe for education and establishing Translation Chamber are also examples of reforms in this field afterwards. [10]

C. NEED OF LEGAL REGULATIONS IN THE STATE GOVERNMENT

The changes in the business, economic and social fields brought on needs of establishing new courts and legislating new codes. Another source of such legal need during this term was the increase in the number and types of the lawsuits in the nineteenth century. In this context, commercial courts, *Nizamiye* courts and Council on Civil Laws (Divan-ı Ahkam-ı Adliye) as an appeal court were established. Towards the late of nineteenth century Assembly to Examine Ecclesiastical Issues (Meclis-i Tehkikat-ı Şer'iye) was established and started to serve as the appeal court of ecclesiastical courts[11].

On the other hand, the fact that judges who were not jurists served in the courts in recent periods, made it difficult to understand the old legal texts. The inadequacy in the legal knowledge of non-juridical judges in the Nizamiye courts which established by taking France as an example, often necessitated the screening of old fiqh books or the application to the muftis. In order to eliminate this problem, the rules of law have started to be written in plain Turkish[12].

Apart from these, there were some differences in the jurisprudence between the different interpretations of the sources of Islamic law; which led to various difficulties in practice[13].

D. THE EFFECT AND PRESSURE OF WESTERN COUNTRIES

One of the most important causes of legal regulations and innovations in the Tanzimat Reform Era is the influence and pressure of the western states. In fact, the rescript of Gülhane was also prepared as a result of this influence and pressure. Again the nineteenth century is a time when Western states have made many new legal regulations. In this context, the Ottoman Empire was

[9] Aydın, p. 423.
[10] Öztürk, p. 10;
[11] Aydın, p. 423.
[12] Avcı, p. 397; Aydın, p. 423.
[13] Avcı, p. 397.

influenced by these movements in the west; moreover, it has resorted to translating these regulations brought by Western states and applying them with minor revisions for many times[14].

In this period, the influence of the Ottoman State did not only take the form mentioned above, but some western states also made pressures to take their own laws. On the basis of this situation, after the industrial revolution, the Ottoman State is considered as a big market by the western countries and the trade volumes there are increasing considerably. So much so that western states gave great importance to their traders being subject to the legal order they were accustomed to while trading in the Ottoman State[15].

Yet another argument that western states used to intervene in the Ottoman state in the Tanzimat Reform Era was the non-Muslim minorities living in the Ottoman Empire. Catholic, Protestant and Orthodox Christians living in the Ottoman Empire have been tried to be protected by different countries according to their sects. The protectors of the Catholics were the French, of the Protestants were the British and of the Orthodox were the Russians. These countries, referred under these roles, have constantly oppressed the Ottoman State for minorities' public rights. The rescript of Gülhane and the royal edict of reform were also prepared with the thought of alleviating these pressures[16].

Another dimension of Western influence is the goal of acquiring a prestige by exporting France's own laws and legal order into the Ottoman State. In particular, the fact that the French Civil Code was quoted and liked by other countries during its period of preparation also encouraged the French. During the preparation of Mecellen, it is known that Ali Pasha, the Grand vizier of that period, was pressed for the French Civil Code to be brought. Although these pressures did not result in terms of parliament, the results were obtained for other laws[17].

In this period, the works on the codification make damages to the national character of Ottoman Law system, because these codes were not prepared for the sake of government, but after the demands of western countries. That damages the integrity of Ottoman Law system[18]. In terms of *Mejelle (Mecelle)* we can say that western law systems had only formal influence. As the very first example of the codification of Islamic law, *Mejelle*has a valuable place on the history of Islamic Law[19].

III. PREPARATION OF *MEJELLE*

A. PREPARATORY WORKS OF CIVIL CODE

After Imperial Edict of Gülhane, even if the idea on the preparation of a civil code was brought to agenda, the text called *Metn-i Metin* was not codified[20]. After this fruitless attempt, this idea continues to remain on the agenda. Ali Pasha requested the translation of the French *Code Civil* in

14 Aydın, p. 424.
15 Aydın, p. 424.
16 Avcı, p. 397; Aydın, p. 425.
17 Ebul'ula Mardin, **Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa**, Türkiye Diyanet Vakfı Publications, 1996, p. 63-64; Aydın, p. 425.
18 Aydın, p. 426.
19 Avcı, p. 398; Aydın, p. 432.
20 Aydın, p. 432.

consequence of the pressures of the French politicians. In this respect, a committee was founded to analyze conflicted dispositions of *Code Civil* with Ottoman Law[21].

The idea to prepare a national civil code discussed at the same time with those preparatory works. Another committee was founded to decide whether the reception of *Civil Code* or the codification of a national civil code. After long discussions, the idea of reception was putted away and the ideas of Ahmet Cevdet Pasha preponderated[22]. He endeavored much for the preparation of the code and *Mecelle Cemiyeti (Society of Mejelle)* with his directorate prepared the code[23].

B. SHORT SUMMARY OF *MEJELLE*

1. In Terms of Methodology of Codification

As the firstnational code in Ottoman State and the Middle East, *Mejelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)* has a great importance. Prepared after long discussions and endeavors, it has still and will have influences on different law systems. We can give some short information on the Code;

- *Mejelle*is consisted of introduction, 16 books and 1851 articles. Introduction and the first chapter entered into force in 1869, while the 16thbook, the last one, entered into force in 1876.

- *Mejelle* combined the dispositions on the law of property, law of obligations and procedural law of Islamic Law[24]. Without embodying the issues on law of persons, family and inheritance, it contained totally Islamic rules[25]. With regards of the subjects it contains, it was definitely a private law code[26].

The provisions on customary of the "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye" are also remarkable. The traditional legal acceptance of the Hanafi School is the source of the Mejelle. The customary clauses in the general principles section reveal the significance given to customs[27]. On the other hand, although Hanafi fiqh was taken as a source for Mejelle, it was applied not only to the Muslims but also to all of the Ottoman State subjects including foreigners. Thus it is a code for Ottoman citizenship[28].

2. System of Mejelle

The first thing that stands out in the system of Mejelle is the books. In Mejelle, separate subjects were gathered under the headings named "Kitab (Book)". At the beginning of each book there is a preface as an explanation. The books are divied into "Bab"s as far as their content are concerned. “Bab”s are divided into "fasıl"s. Provisions are enumerated as “article 1”, “article 2” and so on. Some of the articles contain examples which serve as explanations[29]. With Mejelle, case law

---

21 Öztürk, p. 17-18; Aydın, p. 432; Avcı, p. 397.
22 Öztürk, p. 19; Cihan Osmanoğlu Karahasanoğlu, “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi**, V. 29, 2011, p. 96.
23 Öztürk, p. 18; Aydın, p. 432.
24 Aydın, p. 432; Karahasanoğlu, p. 104.
25 Avcı, p. 398.
26 Yusuf Karakoç, **Mecelle**, (Online), http://www.guncelhukuk.com.tr/dergiden/mecelle-mecelle-i-ahkam-adliyye.html, Last Accessed: 07.08.2017.
27 Karahasanoğlu, p. 109.
28 Karahasanoğlu, p. 117.
29 Öztürk, p. 32.

turned into codified law. In the legislation of Mejelle, concrete (casuistic) method of legalization has been adopted, not the abstract one. Thus, there is a separate rule for each issue[30].

3. Ahmet Cevdet Pasha and Mejelle

Ahmet Cevdet Pasha made great efforts to prepare and enforce Mejelle. That is why Mejelle is identified with Ahmet Cevdet Pasha. Sometimes, the preparation of Mejelle has become a big challenge for him. He continued to be identified with Mejelle even though he was expelled from the Presidency of the Mejelle Society[31].

CONCLUSION AND EVALUATION:

1. After the Industrial Revolution, Western civilization changed not only in commercial and economic sense, but also in social and legal sense. The Ottoman state, which had many connections with these civilizations, was also strongly influenced by these changes. This influence took place during the Tanzimat and post-Tanzimat Reform Era of the Ottoman Empire and the adoption of Mejelle is one of the results of this interaction.
2. It can be said that the increasing industrial production in the world, the increase of exports, the desire of the different nations to get a share of the increasing prosperity, the desire to adapt to the new order were reflected to the code briefly named Mejelle. The leading lawyers of the Ottoman Empire have realized this with their own dynamics.
3. Mecelle-i Ahkami Adliyye is the first national law of the Ottoman Empire and Middle East. This is its most important feature. It was completed after long debates and studies. The leading lawyers of the Ottoman Empire have realized this with their own dynamics.The impact of Mejelle is still ongoing on and it looks like it will last for a long time.

[30] Karakoç, p. 1.
[31] Karahasanoğlu, p. 96.

DID AUSTRIAN JUDGES APPLY THE MECELLE IN POST - OTTOMAN BOSNIA?

Mehmed BEĆIĆ

University of Sarajevo – Law Faculty

1. Continuity and change of Ottoman legal heritage in Bosnia after the Austro-Hungarian occupation 1878.

With the signing of the Berlin Treaty of 1878 and the occupation of Bosnia and Herzegovina by the Austro-Hungarian Empire a 400 years long Ottoman rule in that region was terminated. *Vilayet Bosna* has come under the authority of a new European force - Austro-Hungary and, since then, it is formally known as Bosnia and Herzegovina. The Austro-Hungarian Monarchy governed this country for 40 years, until 1918, when Bosnia and Herzegovina became part of the first Yugoslav state (*State of Slovenes, Croats and Serbs - Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes*).

With the departure of the Ottoman authorities, Ottoman law was not abolished in Bosnia. The fundamental legislative principle of the new government was: *existing Ottoman law remains in force until it is replaced by new laws*. This principle was prompted by the Austro-Hungarian monarch in the *Proclamation to the people of Bosnia and Herzegovina,* issued on 28th July 1878. In the Proclamation, it was promised that the existing laws and institutions will not be phased out arbitrarily, that customs will remain preserved, and that the "old laws will be valid until a new law is issued".[1] After this political act of the monarch, the Joint Austro-Hungarian government issued its first legally binding provision that stipulated the principle of legal and institutional continuity in Bosnia. This was the Provisional Order of 29th October 1878. (*Provizornog djelokruga rada poglavara Zemaljske vlade* od 29. oktobra 1878.), in which it was prescribed "that the existing laws and norms in the country will remain in force until their replacement". In addition, in the same article it was stipulated that the provincial government in Sarajevo would take further actions to replace these laws, if this was necessary for the "welfare of the country", "state interests of the Austro-Hungarian Monarchy" or "generally accepted legal principles" (Article 6).[2]

By issuing these orders, a normative framework for the survival of Ottoman law in Bosnia and Herzegovina was created. Nevertheless, the continuity of the existing law in Bosnia also meant the continuity of the *Ottoman concept of legal pluralism*. By issuing special orders (for example, the

[1] Proclamation an die Bewohner von Bosnien und der Hercegovina., (*Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, I Band, Allgemeiner Theil, Wien, 1880., 3- 4.).

[2] „Im Allgemeinen bleiben die im Lande bestehenden Gesetze und Normen bis zu ihrer Abänderung aufrecht. Der Chef der Landesregierung hat jedoch in Fällen, in welchen das Landeswohl, das Staatsinteresse der österreichisch-ungarischen Monarchie oder allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze eine Aenderung unumgänglich erfordern, im Sinne der §§. 9 und 14 der provizorischen Wirkungskreises vorzugehen." (*Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, I Band, Allgemeiner Theil, Wien, 1880, 13.).

Order on the Organization of Courts issued by the provincial government in Sarajevo on 30th December 1878 no. 436 Just.) the government legislated all the components of the Ottoman legal heritage in Bosnia to remain in power: Ottoman state laws (orders, laws and codes from the *Tanzimat* period), Shari'a law; religious and customary laws of the non-Muslims (*millet*) and the laws of foreign countries (applied within the consular jurisdiction).[3]

Even during the first months of its rule in Bosnia and Herzegovina, the Austro-Hungarian government recognized that the principal of the continuity of Ottoman law could not be fully respected: Ottoman state legislation was unknown and inaccessible for the new administration; the act of military intervention and occupation resulted in the suspension of civil administration and judiciary; the largest number of Ottoman officials left the country. The Military Command in Sarajevo informed the Austro-Hungarian Government about this condition in the country by the end of October 1878.[4] The Bosnian Commission discussed the same topic in a debate held in Budapest on 17th November 1878.[5] That was the reason why the Joint Austro-Hungarian Government (Ministry of Finance) issued special orders for the courts (Order of 29th December 1878 No. 645; Order of 1st January 1879 No. 693). The government once again proclaimed that the courts have to apply the existing Ottoman law when dealing with civil cases. But in case that the Ottoman law was inapplicable, unavailable or simply insufficient for decision making, the courts were given the opportunity to apply civil laws from Austro-Hungary.[6]

- The aforementioned normative framework established by the end of 1878 represented the legal basis for the regulation, application and transformation of the legal order in Bosnia and Herzegovina. Based on that, the new administration has defined three general strategies of legal reform in Bosnia and Herzegovina:
- *temporary continuity of the existing law*, that is, the Ottoman state legislation and other non-state legal/normative systems that existed before the occupation;
- *subsidiary and analog application of laws from Austria-Hungary*, in case that the domestic (Ottoman) law did not exist, was not applicable or was not enough for decision making;
- *gradual transformation of the existing legal system*, by issuing new laws, decrees and orders for Bosnia and Herzegovina.

Nevertheless, certain legal areas have been replaced very soon by issuing new laws. At this point we can list some examples: by issuing a new Criminal law for Bosnia and Herzegovina in 1879,[7] the new government abolished the Ottoman Criminal Code from 1858 (which was in fact a modified legal transplant/reception of the French Penal Code of 1810); the new Criminal Procedure

---

3 Article 7 and Article 8 of the Order on the organization of courts from 30th of December 1878 no. 436 Just. (Circularerlass der Landesregierung in Sarajevo vom 30. December 1878, Nr. 436 Just., betreffend die Organisation der Gerichte (*Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 5.).

4 *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 6-8.

5 Hamdija Kapidžić, *Hercegovački ustanak 1882. godine*, Veselin Masleša, Sarajevo, 1958, 25-26.

6 *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen,* II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881.,, 15.

7 Strafgesetz über Verbrechen und Vergehen (*Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 79-162.).

Code for Bosnia and Herzegovina (1880)[8] replaced the old Ottoman practice of prosecution (the new Ottoman Code of Criminal Procedure from the Tanzimat era was issued in 1879, so in Bosnia it never came into force);[9] the new Commercial law for Bosnia and Herzegovina (1883)[10] replaced the Ottoman commercial law (which was also a modified reception/transplantation of the French Commercial Code)[11]; the new Civil Procedure Code for Bosnia and Herzegovina (1883)[12] replaced the procedural rules of the *Mecelle* (only for the civil/*nizamiye* courts),[13] etc. All of the new laws for Bosnia and Herzegovina were created as more or less modified legal transplants/receptions of Austrian laws.

However, the area of substantive civil law has not been replaced by new laws, but has maintained the *Ottoman concept of legal pluralism*: Ottoman state laws from the Tanzimat era, Shari'a law, non-Muslim religious law and customary law remained in force.[14] That's why the Ottoman Civil Code *Mecelle* was formally held in force. That Code remained a binding legal source for the shari'a and the civil or *nizamiye* courts in Bosnia and Herzegovina after the occupation.

2. Confronting Austrian judges with Ottoman law

The Austro-Hungarian government decided to reorganize the judiciary in Bosnia and Herzegovina on the basis of the existing Ottoman court system from the Tanzimat era. The division into nizamiye and shari'a courts was retained.[15] The latter were turned into special courts for cases of personal status of Muslims and *waqf* cases,[16] while the civil courts became courts of general jurisdiction for all other criminal and civil cases.[17] During the Ottoman rule in Bosnia, the shari'a

[8] Strafprocessordnung (*Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881.,, 191-265.).

[9] About the new criminal law (1879) and the criminal procedural law (1880) in Bosnia-Herzegovina, see: Mehmed Bećić, „Recepcija krivičnog prava u Bosni i Hercegovini u drugoj polovini XIX stoljeća", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIX-2016, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2016, 219-244.

[10] Trgovački zakon za Bosnu i Hercegovinu (*Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu*, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 308-439.).

[11] Nizayzi Berkes, *The Development of Secularism in Turkey*, Hurst and Company, London, 1998., 162.

[12] *Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu*, Godina 1884., Sarajevo, 1884., 259-411.

[13] On the civil procedure reform in Bosnia after 1883., see: Mehmed Bećić, „Austrougarska reforma pravosuđa i građanskog postupka u Bosni i Hercegovini", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LVIII-2015, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2015, 107-124.

[14] On the survival of the Ottoman civil legacy in Bosnia, see: Mehmed Bećić, „Das Privatrecht in Bosnien-Herzegowina (1878-1918): Zur Koexistenz österreichischer und ottomanischer Rechtsinstitutionen", u: Thomas Simon (Hg.), *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert, Band II, Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien*, Vittorio Klostermann, 2017., 87-135.

[15] See: *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen,* II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881.,, 3-15.

[16] *Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu*, Godina 1883., Sarajevo, 1883., 538-542.; Eugen Sladović, *Priručnik zakona i naredaba za upravnu službu u Bosni i Hercegovini*, 329-333. On the reform of the sharia courts in Bosnia-Herzegovina after 1878, see: Enes Durmišević, *Šerijatsko pravo i nauka šerijatskog prava u Bosni i Hercegovini u prvoj polovini XX stoljeća*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008.; Fikret Karčić, *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji 1918 - 1941.*, Fakultet islamskih nauka u Sarajevu i El-Kalem, Sarajevo, 2005.; Abdulah Bušatlić, "O ustrojstvu i nadležnosti šerijatskih sudova u Bosni i Hercegovini", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Godina XIII, Drugo kolo, Knjiga VII (XXIV), Broj 2., Beograd, 1923., 116-124.; Mihajlo Zobkow, "Šerijatski sudovi", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Godina XIII, drugo kolo, knjiga VIII(XXV), broj 1., Beograd, 1923., 49-59.

[17] *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 3-5.; 12-15. On the reform of the judiciary in Bosnia-Herzegovina: Mehmed Bećić,

judges with the rank of *naib* or *qadi* held both positions – they were heads of the shari'a courts and they chaired the judicial chambers of the nizamiye courts.[18] Bosnia in that sense was no exception, because the same practice was recorded in other provinces of the Ottoman Empire.[19] This changed with the Austro-Hungarian occupation: the new government abolished the monopoly of the shari'a judges. Domestic judges – Muslims were held only as judges of the shari'a courts, while the positions in the civil or nizamiye courts were filled with new judicial officials from Austro-Hungary.[20]

By analyzing the archive sources, we can get an insight on the personal background, religion, education, language skills, previous positions and other data about the new judges.[21] From these sources we can conclude that the new judges in the nizamiye courts were exclusively Austro-Hungarian officials.[22] They came from different parts of the Empire, but mostly from the Slavic ones: Croatia, Slavonia, Dalmatia, Poland and Bohemia. The new administration favored the officials from these countries because their mother tongue was similar to Bosnian language. In fact, the judges usually spoke two or three languages: one of the Slavic languages and German. That made them suitable candidates for service in Bosnia and Herzegovina. They also had a similar educational profile – they were lawyers schooled in accordance with European civil law tradition, with law degrees from Vienna, Prague, Zagreb, Graz, Budapest and other universities in the Monarchy. After that, they would become state officials.[23] The judicial posts in the lower courts were filled with young and less experienced lawyers, while the higher positions in the district courts and the Supreme Court in Sarajevo were reserved for lawyers with more experience.[24]

„Das Privatrecht in Bosnien-Herzegowina (1878-1918): Zur Koexistenz österreichischer und ottomanischer Rechtsinstitutionen", 79-82.; Mehmed Bećić, *Primjena Općeg građanskog zakonika u praksi Vrhovnog suda za Bosnu i Hercegovinu za vrijeme austrougarske uprave,* Unpublished master thesis, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2013., 6-56.

[18] Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, Landesregierung für Bosnien und die Hercegovina, Wien, 1889., 60. As an example, we can name the *qadis* and *naibs* in Mostar, during the 60ties and 70ties of the XIX century: Mehmed Hilmi i Ahmed Rešid (1860.), Sejjid Ahmed Hilmi i Ahmed Rešid, naib (1861.), Sejjid Ali Sidki, Sulejman Nedžib, naib i Alija (1862-1864.), Sulejman Rušdi, Sejjid Ali Sidki i Ahmed Šaćir (1865-1869.), Sejjid hadži Mehmed Arif (1870. i 1871.), Mustafa Hasib, Mustafa Izuddinefendić i Sulejman (1872.), Mustafa, naib, Sejjid Mehmed Fevzi, Omer Lutfi i hadži Seid Mehmed (1873-1876.), Sejjid hadži Mehmed Fevzi i Rešid hadži Mehmed (1877.), Mehmed Se'd i Omer Hilmi (1878.) i tako dalje. (Hivzija Hasandedić, „Mostarski kadiluk i njegove kadije", *Hercegovina: Časopis za kulturno i historijsko naslijeđe*, 10, 1998, 29-30.).

[19] „The Ottoman reformers endeavored to draw clear boundary lines between the shari'a and civil court systems. However, one should bear in mind that for most of the reform period at the lower administrative level of the sub-districts, shari'a judges presided over the nizami courts of first instance (bidayet) as well." (Iris Agmon, „Recording procedures and Legal Culture in the Late Ottoman Shari'a Court of Jaffa, 1865-1890", *Islamic Law and Society*, 11, 3, 2004., 341.). See also: Avi Rubin, *Ottoman Nizamiye Courts: Law and Modernity*, 62-81. Ruth A. Miller, „Apostates and Bandits: Religious and Secular Interaction in the Administration of Late Ottoman Criminal Law", *Studia Islamica*, No. 97, 2003, 172-178.

[20] Hamdija Kapidžić, *Hercegovački ustanak 1882 godine*, 27.; See also: Tomislav Kraljačić, *Kalajev režim u Bosni i Hercegovini (1882-1903)*, Veselin Masleša, Sarajevo, 1987, 438-441.

[21] On archive materials about the new judges in the reorganised civil (nizamye) courts, see: Arhiv BiH, Vrhovni sud za Bosnu i Hercegovinu, Personalije.

[22] The names of all judges (sharia courts and civil courts) during the Austro-Hungarian administration in Bosnia-Herzegovina can be found in the annual magazines from that period: *Bosanski glasnik*/*Bosnischer Bote* (*Universal-Hand- und Adressbuch für Bosnien-Hecegovina*) and *Bošnjak, kalendar*.

[23] Mehmed Bećić, „Das Privatrecht in Bosnien-Herzegowina (1878-1918): Zur Koexistenz österreichischer und ottomanischer Rechtsinstitutionen", 82-87. This description of the judges was obtained by an analysis of archival sources and biographies of the judges. See: Arhiv BiH, Vrhovni sud za Bosnu i Hercegovinu, Personalije. (Martin Kenđelić, Franz Tschoffa, Lavoslav Vragović etc.).

[24] Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, 145.

Accordingly, after the occupation of Bosnia and Herzegovina a transfer of nizamiye court judges occurred: qadis and naibs, as lawyers of Ottoman and Islamic legal culture were replaced by Austro-Hungarian officials, as lawyers of European Civil Law culture and German legal tradition. The new judges had no experience with Ottoman laws. Shari'a and Ottoman law was completely unknown for them. Also, they were not familiar with Turkish language, so they could not use or read the laws from the *Düstur*.

Hence, the government was faced with the question of how these new officials will apply completely strange and unavailable laws - laws originated in a completely different legal culture. The government was aware of this problem, so it ordered a translation of Ottoman laws from *Düstur* into German (Order of 1st January 1879 No. 693 B.H.).[25] After that, a special commission for the investigation of Ottoman laws was formed. The laws were then translated by the Oriental Academy in Vienna and the Dragoman department of the provincial government in Sarajevo.[26] In the next few years, many Ottoman laws and regulations were translated into German. Then they were republished in the form of special orders of the new government.[27] The official translations were published in a special Collection of laws in 1880/81 named *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen* (Collection of laws, orders and norms issued for Bosnia and Herzegovina). The Collection was divided in three volumes. The largest number of Ottoman laws (in German translation) was published in the second volume - *Justizverwaltung* (Justice Administration). This volume of the Collection contained over sixty laws and regulations from the Tanzimat period. These legal acts dealt with different legal areas, including landownership and land registration (*tapu*), application of Shari'a law, Muslim endowments (*waqf*), commercial laws, the protection of orphans etc.[28] Here we can list some of the laws published in this Collection: Ottoman Land Code of 1858 (*Law of 7 Ramadhan 1274* or *Arazi Kanunamesi* or *Ramazanski zakon*), which contained regulations regarding state-owned land; *Order of 14 Safer 1276* (1859) relating to agrarian relations (rights and obligations between landlords and tenants in Bosnia); *Law of 17 Muharram 1284* (1867) relating to the inheritance of state-owned land; *Ottoman law of 16 Dhu al-hijja 1286* (1869) relating to maturity of citizens; *Law of 4. Rajab 1272* (1855) relating to the expropriation of private property; *Law of 7 Jumadi al-awwal 1280* (1863) relating to the construction of buildings and roads; *Law of 25 Jumadi al-alkhir 1285* (1868) relating to general education etc.[29]

After its publication, the Collection was sent to all courts and administration bodies for official usage.[30] In this way, the new judges and other officials from Austro-Hungary were able to use Ottoman civil legislature of the Tanzimat era. By analyzing court decisions in that period, we can conclude that Austro-Hungarian judges in fact applied many Ottoman laws from *Dustur* (in German translation). Ottoman law was most applied in the cases of land and property law. In such cases, the

---

25 *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 8.

26 Arhiv Bosne i Hercegovine, Zemaljska vlada za Bosnu i Hercegovinu, 11, 24/19, 1881.

27 Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, 173.

28 Fikret Karčić, „Survival of the Ottoman-Islamic Laws in post-Ottoman Times in Bosnia and Herzegovina", in: Thomas Simon (Hg.), *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert, Band II, Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien*, Vittorio Klostermann, 2017., 56.

29 See: *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 275-514.; Fikret Karčić, „Survival of the Ottoman-Islamic Laws in post-Ottoman Times in Bosnia and Herzegovina", 56-65.

30 Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, 174.

judges regularly applied articles of the Ottoman Land Code and other laws related to landownership. The same case was also with many other Ottoman laws and regulations.[31]

The Ottoman laws were gradually abolished during the Austro-Hungarian and Yugoslav period.[32] Some Ottoman laws stayed in force and were modified with new laws and regulations (like the modification of Ottoman Land and Property Law with the new Land Registration Law for Bosnia and Herzegovina in 1884).[33] However, some of the laws remained in force in post-Ottoman times, some laws were modified and some laws were abolished. Hence, the Ottoman legal legacy survived longer than the Ottoman and the Austro-Hungarian rule in Bosnia.

3. The application of Mecelle in the new civil (nizamiye) courts

The Ottoman Civil Code – *Mecelle* did not have the same destiny as the other Ottoman civil laws. Mecelle continued to be applied in the shari'a courts, without difficulties. This is perfectly understandable: judges in these courts were exclusively Muslims - members of the local *ulama* – as shari'a lawyers, they knew the content, the institutes and the language of that Code. Therefore, Mecelle continued to be applied within the shari'a courts, until 1946, when these courts in Bosnia and Herzegovina were abolished.[34] Unlike the practice of the shari'a courts with domestic qadis where *Mecelle* continued to be used as a source of substantial and procedural law, in the practice of civil (nizamiye) courts, with new Austro-Hungarian officials, application of Mecelle was significantly reduced.

The reason for that was the lack of a proper Mecelle translation. Unlike the rest of the Tanzimat civil laws, Mecelle was not officially translated into German. In the Collection of 1881, only some parts of it were published in German: five articles about collateral – *rehn* (articles 701-706)[35] and rules about the enforcement on *mulk* (articles 998-1002).[36] The rest of Mecelle was not translated into German and incorporated in that Collection. The main problem was the large volume of the Ottoman Civil Code. The government decided to wait temporarily for the French translation of the Mecelle, which was planned to be published in that period.[37] Indeed, the French translation was delivered to the government and the Supreme Court in Sarajevo. But that was not of great help.

---

31 On judicial practice (civil cases) and the application of the Ottoman law in post-Ottoman civil/nizamye courts in Bosnia, see: Mehmed Bećić, *Primjena Općeg građanskog zakonika u praksi Vrhovnog suda za Bosnu i Hercegovinu za vrijeme austrougarske uprave*, Unpublished master thesis, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2013., 128-163.

32 Fikret Karčić, „Survival of the Ottoman-Islamic Laws in post-Ottoman Times in Bosnia and Herzegovina", 56.

33 On the modification of Ottoman property law after the adoption of the new Land register law in Bosnia, see: Mehmed Bećić, „Das Privatrecht in Bosnien-Herzegowina (1878-1918): Zur Koexistenz österreichischer und ottomanischer Rechtsinstitutionen", 94-98.

34 Fikret Karčić, *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji 1918 - 1941.*, Fakultet islamskih nauka u Sarajevu i El-Kalem, Sarajevo, 2005. 108-110.; 120-121.

35 Vorschriften über das Pfandrecht aus dem IV. Buche der Civilrechtsgesetze, vom 14. Muharem 1288 (1871.), *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 349-356.

36 Bestimmungen über die Execution von Mobiliar- und Immobiliarobjecten freien Eigenthums (Mulk), aus der ottomanischen Civilgesetzessammlung IX. Buch, vom 25. Zilkade 1289 (1872.), *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881., 491-492.

37 Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, 173-174.

Mecelle remained unknown and inaccessible to the most of Austro-Hungarian judges during the first years after the occupation.[38]

Since the Austro-Hungarian judges were not able to access Mecelle, they started to apply civil laws from Austro-Hungary. In fact, the unavailability of Mecelle became a reason for the application of the Austrian General Civil Code from 1811 as an additional legal source for the civil (nizamiye) courts. The legal basis for the application of the law was the above-mentioned Order of the Austro-Hungarian Joint Government (Ministry of Finance) from 29th December 1878. and the Order of 1st January 1879.[39] As previously mentioned, these orders allowed application of civil law from Austria-Hungary, in case the domestic (Ottoman) law was missing, was not applicable or was not sufficient for decision making in civil cases.[40] Although the Austrian General Civil Code from 1811 was not mentioned *expressis verbis*, the government was aware that these orders would lead to the application of the Austrian Code, because it was the only civil law codification in Austro-Hungary at that time.

Although the Austrian Civil Code wasn't formally proclaimed in Bosnia and Herzegovina, it became one of the main sources of substantive civil law. The transplantation of the Austrian Civil Code was the result of the judicial practice of the new Austrian judges as representatives of the new legal elite in Bosnia and Herzegovina. From their perspective the Austrian Code had a status of *prestige* and *authority* (Alan Watsons *Legal transplants thesis*)[41]. The Content of it was easily accessible and well known to them, therefore the judges consulted it on a regular basis as an additional legal source and replacement for Mecelle. Ivo Pilar, a lawyer from that time, wrote in 1911 that the new lawyers, as „Austrian Slavs", had the Austrian Civil Code in their "blood and flesh". That's why the Code was practically, although not formally, adopted in Bosnia and Herzegovina.[42]

Many court decisions and official reports confirm that since the first years of the occupation the judges have developed a habit of applying the Austrian General Civil Code in civil cases. In that context, the application of Mecelle was an exception – it was applied only in case the articles of that Code were known to the Austro-Hungarian judge.[43] Although the Austrian Code was not formally proclaimed for Bosnia and Herzegovina, the judges applied it and cited it in their court decisions during the first years after the occupation. The Supreme Court of Bosnia and Herzegovina in Sarajevo reacted to this misconduct by issuing a special order to the lower courts (Order of 28th September 1881). In this Order the lower courts have been warned that the Austrian Code cannot be cited as if it was formally adopted in Bosnia and Herzegovina. Instead, the courts should apply the

---

38 Michael Zobkow, "Die Anwendung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina", in: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911*, Wien, 1911., 731.

39 Mehmed Bećić, „Historijska i pravna osnovanost primjene Općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini nakon okupacije 1878. godine", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIV-2011, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2011, 63-79; Mihajlo Zobkow, *Primjenjivanje austrijskog općeg gradjanskog zakonika u Bosni i Hercegovini*, Preštampano iz „Mjesečnika", Zagreb, 1921., 5.; Ivo Pilar, "Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung der Immobilienrechtes",u: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches* 1. Juni 1911, Wien, 1911, 705.

40 *Sammlung der für Bosnien und die Hercegovina erlassenen Gesetze, Verordnungen und Normalweisungen*, II Band, Justizverwaltung, Wien, 1881. 3.; 15.; 23.

41 About Watsons Legal transplants Thesis, see: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2d edition, University of Georgia Press, 1993.

42 Ivo Pilar, "Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung der Immobilienrechtes", 705.

43 Eduard Eichler, *Das Justizwesen Bosniens und der Hercegovina*, 174.;

legal principles of the Austrian Code as a supplementary source when dealing with cases about property law and law of obligations.[44]

However, the judicial practice showed a need for Mecelle. The judges had to decide about diverse legal issues and institutes, which were unknown to Austrian private law or were regulated differently. Therefore the Austro-Hungarian judges sent inquiries to the government in Sarajevo and asked for translations of certain parts of Mecelle. On requests of the Supreme Court in Sarajevo and lower civil courts, the provincial government issued translations of certain passages of Mecelle in the period from 1883 to 1890:

- The Order of 18th October 1883 contained translation of Articles 497-521 (about the right of choice in lease and rental agreements);[45]
- The Order of 25th February 1886 contained translation of Article 950-956 and 1008-1044 on rights of priority purchase and other Articles (109, 320, 337, 364) regarding purchase contract;[46]
- The Order of 21st May 1887 contained translation of Article 165 (on the institute of *laesio enormis*), 167 (rule on the conclusion of the sales contract), 356-358 (the rules on fraud in sales contract), 369 (consequences of sale contracts), 375 and 113-115 (irrevocable sale contract);[47]
- The Order of 3rd August 1887 contained the translation of Articles 1660 and 1674 (on statute of limitations);[48]
- The Order of 13th October 1887 contained the translation of Article 1045-1047 (on dissolving of communities);[49]

---

[44] *Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina*, Band I, Jahrgang 1878-1885, no. 171. „Bei der Rechtssprechung in Civilangelegenheiten zwischen Angehörigen dieser Länder insoferne sie aus dem Obligationen, oder Sachen-Rechte entspringen, ist sich zwar mit Ausnahme der vom österr. Privatrechte nicht gekannten hierländigen spezifischen Rechtsinstitutionen nach dem allgemeinen bürg. Gesetzbuche vom Jahre 1811 zu richten, und sind die Rechtsprinzipien dieses Gesetzes den diesfälligen Erekenntnissen zu Grunde zu legen(...) Unzulässig aber ist es in den Entscheidungsgründen einzelner §§ des a. b. G.B. Das ist eines Gesetzes, welches in den okkupierten Provinzen noch nicht in Kraft steht- zu zitieren. Da das Obergericht danach wahrgenommen hat, dass einzelne Gerichte sich nicht selten erwähnter Zitierungen bedienen, einige sich die Arbeit sogar in der Weise bequemer machen, dass sie sich darauf beschränken nur den bezüglichen § nicht aber auch die gesetzliche Bestimmung, die er enthält ihrem Inhalte nach anzuführen, - ergeht an alle Gerichte die strengste Weisung, in hierkunft mehrerwähnte Zitierungen, dort wo sie nicht am Platze sind/: Instruktion über die Behandlung, der v. den k.u.k.österr.ung. Konsulaten übernommenen Agenden vom 26. Mai 1880 No = 9276/2065 J:/ zu vermeiden. Ist es doch höchst sonderbar, dasjenige, was Rechtens ist, durch ein Recht zu begründen, welches in Bezug auf die betreffende Partei gar nicht zu Recht besteht, und ihr gar noch zuzumuthen, sich, da ihr die Bestimmung des fraglichen §. doch nicht bekannt sein kann, bei dem Wortlaute des Gesetzes Rat einzuholen. Hiebei wird es nicht überflüssig sein, den Gerichten gleichzeitig in Erinnerung zu bringen, dass eine gedrängte Darstellung der Sachlage in den Entscheidungsgründen unerlässlich erscheint, und das es unstatthaft ist, die Entscheidungsgründe etwa nur den sachfälligen Partei zukommen zu lassen , sie hingegen dem obsiegenden Teile vorzuenthalten."

[45] Erlass der Landesregierung Nr. 3514/III vom 18. Oktober 1883. an das Obergericht, *Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina*, Band I, Jahrgang 1878-1885., 133-138.

[46] Circulaerlass der Landesregierung Nr. 9.294/III vom 25. Februar 1886, *Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 317-329.

[47] Erlass der Landesregierung Nr. 27.107/III vom 21. Mai 1887 an das Obergericht, *Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 446-448.

[48] Erlass der Landesregierung Nr. 40.988/III vom 3. August 1887 an das Obergericht, *Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 482-483.

[49] Erlass der Landesregierung Nr. 26.187/III vom 13. October 1887. an das Obergericht, *Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 517-518.

- The Order of 14th May 1889 contained translation of Article 167-176 (elements of sale contracts), Articles 252 and 253 (on defining prices and items after the conclusion of a sales contract), Art. 262 (on the order of fulfillment of the sales contract);[50]
- The Order of 7th July 1889 contained transplantations of Art. 1568 and 1610 (on liberation and recognition of debt);[51]
- The Order of 20th August 1889 contained other Articles about sales contract (Art. 190-216 and 361-363).[52]

Still, the occasional and partial translations of Mecelle provisions could not satisfy the needs of the judicial practice in the civil courts. Therefore the government ordered in 1890 a translation of the entire Mecelle into Bosnian language.[53] Soon the translations have been made and submitted to the courts (on the basis of these translations in the year 1906 a privat translation in Bosnian language was published under the title *Medželle i ahkjami šerije - Otomanski gragjanski zakon*).[54] The Problem was that this translation was not based on the Turkish original, but on the French version. That's why the government issued a special order to all civil courts in the country (Order of 9th August 1893), in which it was prescribed that these translations should be used "exclusively as information about the content of Mecelle".[55] The Supreme Court of Bosnia and Herzegovina in Sarajevo held a similar position. It emphasized that some parts of Mecelle translation were not reliable for a concrete decision to be based on them.[56] So, the new Bosnian translation did not have a significant impact on the legal practice. In each case, the judge had to decide whether or not the rules of Mecelle were applicable.[57]

Accordingly, although the Mecelle was replaced by the Austrian Civil Code in the judicial practice, occasionally (from case to case) the Austro-Hungarian judges had to apply Mecelle. The Code was formally held in force in Bosnia and Herzegovina and it regulated certain institutes that were unknown to Austrian private law. However, the application of Mecelle within the civil courts was limited to substantive law provisions, because its procedural rules were replaced by the Civil Procedure Code for Bosnia-Herzegovina (Civilprozessordnung/Građanski parnični postupnik za

---

50 Erlass der Landesregierung Nr. 26.577/III vom 14. Mai 1889 an das Obergericht, *Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 741-745.

51 Erlass der Landesregierung Nr. 36.004/III vom 7. Juli 1889. an das Obergericht, *Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 783.

52 Erlass der Landesregierung Nr. 37.318/III vom 20. August 1889. an das Obergericht, *Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina*, Band II, Jahrgang 1886-1890, 807-808.

53 Eugen Sladović, *Islamsko pravo u Bosni i Hercegovini*, Gece Kona, Beograd, 1926., 28.

54 Michael Zobkow, "Die Anwendung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina", in: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911*, Wien, 1911., 732. See: *Medželle i ahkjami šerije. (Otomanski gragjanski zakon).*, Bos.-herceg. zakoni IV svezak, I dio i II dio, Tisak i naklada Daniela A. Kajona, Sarajevo, 1906.

55 Circularerlass der Landesregierung Nr. 71.835/III vom 9. August 1893. an das Obergericht, die Kreisgerichte und Bezirksbehörden, *Sammlung der Justiznormalien für Bosnien und die Hercegovina*, Band III, Jahrgang 1891-1895., 1454-1455.

56 Decission of 24th March 1892. (Präjudicienbuch in Civilsachen, Band II, Sammlung der Entscheidungen aus den Jahren: 1890, 1891, 1892, 1893, 1894 und 1895, Obergericht für Bosnien und die Hercegovina, Sarajevo, 1899., nr. 225.).

57 Adalbert Shek, "Uvod u predavanja o bosansko-hercegovačkom pravu", *Mjesečnik Pravničkog društva u Zagrebu*, Knjiga I., Broj 2., 1914., 100.; Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, Preštampano iz „Arhiva" za pravne i društvene nauke, Beograd, 1920., 11.

Bosnu i Hercegovinu)[58] from 1883 (a modified reception of Austrian civil procedural law).[59] That means that the procedural rules of Mecelle in nizamiye courts were completely replaced by Austrian procedure, so they were used only in sharia court practice.[60]

4. The problem of legal uncertainty

From this brief overview we can conclude that the Austro-Hungarian officials applied both - Mecelle and Austrian General Civil Code. Mecelle was used if its rules were available and applicable. Most often it was applied when solving legal issues and institutions that were unknown to Austrian Civil Law. This kind of legal pluralism, which was manifested in simultaneous application of two codes, had negative effects on judicial practice. The result was widely spread legal uncertainty.

This fact is confirmed by various sources. For example, Mihajlo Zobkow, who was a judge at the Supreme Court in Sarajevo, wrote about this Problem in 1911. He wrote that the general opinion among the people in Bosnia was that the courts of first instance judge according to common sense, the higher district courts according to Austrian Civil Code, and the Supreme Court of Bosnia and Herzegovina judges according to Ottoman Civil Code - Mecelle.[61] The problem of legal uncertainty was present during the whole Austro-Hungarian era in Bosnia and Herzegovina. That is confirmed in the report of the Bosnian attorney chamber from 1909. The reports states: it is unacceptable that after 30 years from the occupation the government still insists on the application of Ottoman law in civil cases. The judges are allowed to apply laws from Austro-Hungary only in case that the Ottoman law did not exist or was inapplicable. The Lawyers claimed that the biggest problem is the concept of the simultaneous application of Mecelle and Austrian Civil Code. They argued that sometimes articles of both codes are used in one and the same legal case.[62] Also, the newly created Bosnian Parliament discussed the issue of legal uncertainty during 1911.[63]

Apart from the problem of legal uncertainty, in the beginning of the XX century lawyers, judges and other legal professionals claimed that Mecelle was outdated. The Code was considered not to be adequate for a modern legal system and changed socio-economical environment in Bosnia

---

58 *Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu*, Godina 1884., Sarajevo, 1884., 259-411.

59 On the civil procedure reform in Bosnia after 1883., see: Mehmed Bećić, „Austrougarska reforma pravosuđa i građanskog postupka u Bosni i Hercegovini“, 107-124.

60 Fikret Karčić, *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji 1918 - 1941.*, 120-121.

61 Michael Zobkow, "Die Anwendung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina",732.

62 Ivo Pilar, "Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung der Immobilienrechtes", 724-725.

63 *Stenografski izvještaji o sjednicama Bosansko-hercegovačkog Sabora god. 1911./12.*, II zasjedanje, Sarajevo, 1912., 78. (Stenografski izvještaj VI. sjednice Sabora Bosne i Hercegovine, držane dne 28. oktobra 1911. u Sarajevu). „Time je našoj zakonodavnoj vlasti odregdjena jedna vrlo nesretna maršruta te kodifikacija stavljena na vrlo nesigurnu osnovicu. Ova se je mogla potezati kako je pojedini sudac u pojedinom slučaju i na pojedinom mjestu shvatio ili htio shvatiti, njegov arbitrum bio je a i danas je na području privatno pravne materije skoro neograničen (...) Mi smo došli tako daleko sa našim privatnim pravom, da stranka koja ga traži ne može ga niti kod odvjetnika niti kod sudca unaprijed doznati, jerbo će se za nju odnosno za njezin pravni i prijeporni slučaj tek tečajem parnice zakon stvoriti. Sudac mora tek u procesu poput kakvog apotekara da kroz protivne zakone istoka i zapada dozira, da prema vlasistom pravnom ukusu uzme sad malo više sad malo manje iz medjella i ostalih zaprašenih već u Turskoj carevini ukinutih o tom zakon, a ostalo što mu fali nadomiri iz opć. austr. zakona nesmijući ni paragrafe citirati. Tako sudija smješa jedan recept, koji vrlo rijetko liječi onu pravnu ranu, što je stranka punim pravom traži od suda da mu je zliječi.“

and Herzegovina.[64] Adalbert Shek, the chairman of the judicial department of the government, said in 1913 that many of the articles of the domestic law have to be completely transformed. He said that the old Ottoman law is not suitable in many ways for today's problems.[65]

The solution for this unsustainable situation lawyers and professionals saw in unification and codification of Bosnian civil law.[66] The government in Sarajevo worked on partial Civil Law codification during 1911-1914. However, the beginning of World War I prevented it from being finished.[67] Hence, the practice of parallel application of Austrian and Ottoman law continued in the second decade of the XX century.

Meanwhile, the government tended to correct the problem of legal uncertainty and application of outdated Ottoman Civil Law. Therefore, the provincial government in Sarajevo issued a special order for the civil courts (Order of 27th October 1911), in which it criticized the judges for their rare usage of Austro-Hungarian laws. The government claimed that the judges very often timidly stick with the articles of Mecelle, not considering the changed economical and socio-political relations in the country. The government declared that kind of practice as wrong, because it slows down and lingers economical development and it insults the exiting legal apprehension in the country. The government concluded that it is necessary to correct this kind of legal practice in civil cases. So the judges got full freedom to neglect articles of Mecelle as outdated, whenever those articles are not applicable in modern socio-economic circumstances.[68]

After that Order, a gradual unification of the legal practice in the field of substantive law occurred. The application of the Austrian Civil Code became a rule and application of Mecelle an exception. In that way, by the second decade of the XX century, Mecelle was definitely reduced on specific fields. In the field of property law those were only few rules in relation with private (*mulk*) property. In the field of obligations law, the articles of Ottoman law and Mecelle were applied only to issues related to legal capacity, the case of terminal illness, *laesio enormis* and statute of limitations.[69]

---

64 Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 11.
65 Adalbert Shek, "Najbliži zadaci bosansko-hercegovačkog zakonodavstva na polju građanskog pravosuđa", Mjesečnik Pravničkoga društva u Zagrebu, Godina XL, Knjiga 1., Zagreb, 1914., 2.
66 Ibid, 1-9.
67 Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 31.
68 Arhiv BiH, ZVS, 5527, Präs., 1911.
69 See: Bertold Ajsner, *O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini*, 21-22.

ROLE OF THE SOURCES OF ISLAMIC LAW IN CODIFICATION AND FORMATION OF THE MECELLE (*MAJALLAH*)

Saim KAYADIBI

International Islamic University Malaysia

Abstract

The greatest contribution of the Ottomans to codification and formation of Islamic law which has brought to the legal literature is of course the Mecelle *(Majallah)*. It is still the most serious work of its kind in the circumstances of the time when the Western world's political and legal effects on the Islamic world are taken into consideration. It is obvious that a lots of serious works and self-sacrifice have been made for the achievement of the formation of Islamic law.

The formation of Islamic law, which encompasses a few centuries, has undertaken serious task of formulating the unique methods of different law schools which indirectly laid the groundwork for the codification and formulation of the rules of Islamic law. Likewise, the fact that the sources of Islamic Law which have been formulated in a concrete manner has created logic of law, and it persuaded the jurists to make the laws easily be understandable following the formulation of the principles of Islamic Jurisprudence (*uṣūl al-fiqh*).

The role that Islamic law has played with serious works towards responding the legal needs of the Muslim society for centuries cannot be denied. In this context, it is known that Islamic law has been playing a significant role in shaping the Muslim society since the beginning of the revelation. This paper, therefore, focuses on the role that the sources of Islamic law played in the codification and formulation of the Mecelle.

Keywords: The Mecelle (Majallah); Codification and Formation; Sources of Islamic Law; Usul al-Fiqh; Qawā'id al-Fiqhiyyah; Ottoman State.

Introduction:

The Islamic Law system is by itself a comprehensive legal system which shapes its sources by revelation, makes it understandable with a reason and by taking the people in its centre places in the focal point of the life. That does not stop. Having a legal system does not just limit its laws to the solutions for this world alone, rather it include hereafter too. Thus, it upholds an indispensable role and responsibility for the prosperity of the world of eternity.

Islamic Law, which has been shaping man for the happiness of the world and the hereafter, has gone through so many stages as a whole legal system and for that reason extraordinary works have been done by competent scholars. Through our devoted scholars, many principles and *qawā'id* were

formulated by the dedicated efforts of our *mujtahids*. While having these efforts, the Muslim scholars consider the intention of the Lawgiver which measures the sources that shape the Islamic law. Primary sources of Islamic law are the *Qur'ān*, the *Sunnah*, *qiyās* (analogy), and *ijmā'* (consensus) while in the event where these sources are not responding to the issues. There are also secondary sources which are *istiḥsān* (juristic preference), *maṣlaḥah mursalah* (public interest) or *al-istiṣlāḥ*, *istiṣḥāb* (presumption of continuity), *qawl al-ṣaḥābī* (the sayings of a Companion of the Prophet (pbuh)), *'urf* (custom), *sadd al-dharā'i'* (blocking the means), *shar' man qablanā* (revealed laws preceding the *sharī'ah* of Islam) and *istiqrā'* (induction). There is also an *ijtihad* institution, which enables them to be operated by the power of both reason and revelation that render the Islamic law is valid until the end of the world.

Fiqh scholars have been working to make Islamic Law a part of the life, while the Juristic scholars have set principles in order to make deductions of religious rulings (*aḥkām*) from the sources of Islamic law through a substantial as well as a healthy way of thinking. They have developed the most important methods to prevent the degradation of religion. The *qawā'id* (maxims) of *fiqh* and principles of law were created under the light of these important methods. The enormous *fiqh* literature has been formed by operating these *qawā'id* (maxims) within this system.

We have already said that Islamic Law is a legal system which encompasses the matter of this world and the afterlife. Accordingly, it has taken the believers to keep them under one roof which necessitates establishing a state in order to maintain their existence safe and secure. The foundations of the state were began to establish once the Prophet (pbuh) emigrated from Mecca to Medina. Economic, political, social, military structures began to come to a complete state identity in a short time. It is also clearly known that the characteristics of *Medani* verses bring provisions for the formation of a state institution.

A state institution comes to existence and maintains it with the principles and the disciplines within a whole systematic system. This is why all the institutions and structures of the state that make up engaging themselves into a great deal of work which has begun to discipline it. As it is established in the field of military, economic, social and juridical institutions. One of the most important elements that bring the state to existence is the institution of justice. Due to this reality, law has also shaped itself according to the state tradition and has produced prudent principles and methods.

In the course of time, the justice institution established its principles and methods, as well as systematized its sources. The institution began to work in order to produce bases of which are easily understood as well as the concept of law to be fair. In line with the needs of the state institution and for the survivability of the state, constitutional provisions were tried to be formulated by producing *qawā'id* from the legal studies. These studies are accelerated in a certain period, slowed down in a certain period which has not been able to create certain *qawā'id* that would become a state constitution. However, these studies cannot be ignored in terms of the origin of subsequent studies. It is because the Mecelle had been emerged by Ottomans under the supervision of Ahmet Cevdet Pasha (d. 1895), as the product of these works.

It would not have been possible to have Mecelle if it were not the studies of *qawā'id* and the studies of the sources of Islamic law. Without knowing what these basic elements bring about to the Mecelle, the great role that they play wouldn't be known and the nature of the Mecelle wouldn't be fully understood either. Understanding of the Mecelle depends on the knowledge of the works of

Usul al-Fiqh scholars and also depends on the awareness of what they introduce as methods of thinking which will make an important factor in this study.

Another factor that is effective in the formation of Mecelle is the existence of the "state" value which is one of the essential values of the *maqāṣid al-sharīʻah* (higher objectives of Islamic law). It is not possible to exist neither the Constitution nor the legal system in a place where the state is not available. The permanent value of the legal system is the state institution. The internalizing the *ummah* consciousness of the Ottoman state, rendered its laws and rules to be systematized. As *maqāṣid al-sharīʻah* (higher objectives of Islamic law) is considered a part of the uṣūl a-fiqh, the protection of the state can be evaluated in this context.

It is known that the process of codification began as early as ʻAbbasid (750-1258) period. The method of codification continued to develop throughout the history of Islamic Law until the great deal of work which was made by Ahmet Cevdet Pasha in the period of the Ottoman Empire. Later on, this method of codification which was named *taqnīn* that is considered by ʻAbd al-Razzāq al-Sanhūrī (d. 1971) as it is drafting the laws within arranged texts in consistent and systematic form.[1] The drafted laws in a form of "code" in various branch of law that of civil, commercial, penal, criminal procedure and law of labour are considered as official documents.[2] These texts originally were derived from the sources of Islamic law. As we shall see in this paper that the formation made possible the *qawā'id fiqhiyyah* has also indirectly codified by the codification process of the Mecelle.

Giving attention on the sources of Islamic law (*uṣūl al-fiqh*), this paper explores the role of the principles of Islamic law that played in codification and formation of Mecelle since the beginning of the revelation. The methodology of research is mainly based on analytical approach within conceptual framework in library research from classical and contemporary sources related to the topic.

Literature Review:

Since the codification and formation of the Mecelle (*Majallah*) as is a part of Islamic law, there are abundances of literatures available in various languages especially in Arabic, Turkish and English. The principles of Islamic law and their historical developments have been elaborated in many writings which is not necessary to mention here. The codification of Islamic law and controversy about its validity have also been discussed in many writings to mention but a few the Philosophy of Jurisprudence in Islam (*Falsafat al-Tashrī' fī al-Islām*)[3]; Islamic Law: Concept and

[1] 'Abdul-Razzaq al-Sanhūrī, "Wujūb Tanqīḥ al-Qānūn al-Madanī al-Miṣrī wa ʻalā Ay' Asās Yakūn Hādhā al-Tanqīḥ," *Maj. Al-Qānūn wa al-Iqtiṣād*, 6(1), 1936, p. 3.

[2] Ramaḍān Abū al-Suʿūd, *Al-Wasīṭ fi Sharḥ Muqaddimat al-Qānūn al-Madanī – al-Madkhal ilā al-Qānūn wa bi-Khāṣṣatin al-Miṣrī wa al-Lubnāni* (Beirut: al-Dār al-Jāmiʿiyyah, 1983), vol. 1, pp. 255-256.

[3] Ṣubḥī Maḥmaṣānī (1987). *Falsafat al-Tashrī' fī al-Islām -The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, Trans. Farhat J. Zaideh. Selangor Darul Ehsan: Penerbitan Hizbi.

Codification[4]; However, the role of the sources of Islamic Law in codification and formation of the Mecelle (*Majallah*) seems to be not discussed and with that reason it needs more attention.

Ijtihād as a ground working for formulation of the law:

At the most basic structure and ground working for the codification of Islamic law, the process of the development of Islamic law and its principles are undeniable truth. It's researched that scholars of Islam have given extraordinary sacrifice to contribute to the development of Islamic law and it has been developed over the centuries using a variety of methods of *ra'y* (personal reasoning) and *ijtihād* (juridical effort). The expansion of the borders which reflected the growth of the Muslim world that presented people with new challenges for the legislation of Islamic law from very early stages of Islamic history. The headquarters of the Islamic State, established in Medina, has shifted to the West with conquest. The expansion of the state brought rapid urbanization, multicultural relationships and new responses that required the Muslim jurists to provide vigorous efforts to resolve the problems and issues of the Muslim community using their personal discretion and ijtihād based on the texts (*al-nuṣūṣ*). The process of systematic reasoning, analogy (*qiyās*), began as a methodological solution to operate with the appearance of the legal schools of thought (madhāhib) in which the process of legal reasoning is in fact technically called a model of legal reasoning (*ijtihād*).[5]

The legal reasoning (*ijtihād*) encouraged the legal implications among the jurists. The tradition of *fiqh* appeared much earlier than its principles, despite of the fact that the fiqh coexisted with *uṣūl al-fiqh*. It is because certain principles must be used to derive rulings from the *Qur'ān* and the *Sunnah* by exercising the legal reasoning (*ijtihād*). As the tradition of *fiqh* existed earlier than the formulation of its principles does not mean that the principles had never been used prior to *fiqh*.[6]

The legal reasoning (*ijtihād*), in a way, has served as a catalyst in the study of codification and formulation of Islamic law. The famous ḥadīth of Mu'adh ibn Jabal (d. 18/640) indicates this notion that the legal reasoning helped the use of intellect develop the fiqh. The Prophet (pbuh) encouraged him for this purpose by saying with this conversation: "How will you judge when the occasion of deciding a case arises?" He replied: "I shall judge in accordance with Allah's book." The Prophet asked: "(What will you do) if you do not find guidance in Allah's book?" He replied: "(I will act) in accordance with the *Sunnah* of the Messenger of Allah." The Prophet (pbuh) asked: "(What will you do) if you do not find guidance in the Sunnah of the Apostle of Allah and in Allah's book?" He replied: "I shall do my best to form an opinion and spare no pains." The Apostle of Allah then patted him on the chest and said: "Praise be to Allah who helped the messenger of Allah find a thing which pleases the Apostle of Allah."[7] There are many aḥādīth which validate the concept of *ijtihād* that can be used as a tool for the development of the principles of Islamic law. For example, the following ḥadīth which was narrated by 'Amr ibn al-'Āṣ (d. 65/684) is one of them. As he who heard that the Prophet (pbuh) said: "If a jurist exerts efforts and arrives at a correct ruling, he will be rewarded

4 Amin Aḥsan Iṣlāḥī (2000). Islamic Law: Concept and Codification, 1st edn. Lahore: Islamic Publications Ltd.
5 Saim Kayadibi, *Istiḥsān the Doctrine of Juristic Preference in Islamic Law* (Selangor: IBT, 2010), p. xxviii.
6 Saim Kayadibi, *Principles of Islamic Law, The Methods of Interpretation of the Texts, Usul al-Fiqh*, (Kuala Lumpur: Islamic Book Trust, 2017), p. 1.
7 Abū Dāwud, *Sunan*, iii:3585, 1019; Ibn 'Abd al-Barr, *Jāmī' Bayān al-'Ilm,* ed. Muḥammad 'Abd al-Qādir 'Aṭā (Beirut: Mu'assasat Kutub al-Saqafiyyah, 1997), 2:275-76.

twice. If he arrives at an erroneous ruling, he will be rewarded once."[8] The Consultation of the jurists is another way for this purpose which served for the development of Islamic law. A narration from Sa'īd Ibn al-Musayyab who once said: "I asked the Messenger of Allah. O! Messenger of Allah what shall we do when we face a problem, which has no answer in the *Qur'ān* and the *Sunnah*?" The Apostle of Allah said: "Your scholars (*'ulama'*) come together, or worshippers come together from among the believers, and make consultation among yourselves; do not judge on the basis of only one opinion."[9] The Companions were encouraged by the Prophet (pbuh) to perform ijtihād even during his life time.

As it is mentioned above, following the demise of the Prophet (pbuh), the problems increased and there were of a more complex nature due to the expansion of the borders of the state. Therefore, the Companions had the *Qur'ān* and the *Sunnah* to decide on the new obstacles stemming from social life.[10] They also needed to use their own opinion to decide which verse or *ḥadīth* could be applied to a case. Thus, the Companions employed their own opinions not only to understand the verses correctly and apply them to new problems, but also to achieve a solution for more problematic cases on which no verses were directly available.[11] Although there were no formulated principles by the Companions for solving new problems which occurred even after the demise of the Prophet (pubh), they simply inherited a way to solve their problems to recourse to the *Qur'ān* and the *Sunnah*, they would look for solutions in light of the main objectives of the *Sharī'ah*, or by recourse to analogical reasoning in a way that if they failed to find answers to their new problem. The example of 'Umar ibn Khaṭṭāb who appointed Shurayḥ as a judge to Kūfah is the result of the teaching of the Prophet (pbuh) as 'Umar told Shurayh saying: "First of all look into the *Qur'ān* as though it was revealed to you without asking anyone, then rule with it. If you cannot find what you are looking for in the *Qur'ān* then follow the Prophet's *Sunnah*. If you cannot find the right guidance in the *Sunnah* then perform *ijtihād* by *ra'y* with your personal opinion and consult the people of righteousness (virtuousness, justness) and honesty."[12] This encouragement and teachings gave them ability to exercise their intellect to find answers for their problems occurred and along with these exercises mujtahids opened a way for further development of Islamic law. The intellectual exercises inherited by the Successors of the Companions who followed the same method and they did not yet formulate any principles since they simply acquired knowledge directly from the Companions.

The diversity of juristic opinions and confusion because of the wide range of inquiries in different territories accentuated the need for clear regulations. While the Muslim jurists were exercising *ijtihād* in a variety of fields, they realized the necessity of formulating certain principles and setting up certain criteria to remove disagreements on the disputed matters and prevent misuse of the concept of *ijtihād* from unappropriated people. To prevent from misuse of *ijtihād* and the need for a methodology to regulate *ijtihād* became increasingly obvious when the scholars became confident about the subject matter of the *Sunnah* in collecting and documenting the *ḥadīth* heritage, which encouraged them also to elaborate on the law. The compilation of the vast *ḥadīth* heritage logically

---

8 Abū Dāwud, *Sunan*, iii:1013, *ḥadīth* no. 3567; Al-Bukhārī, *al-Ṣaḥīḥ*, viii:157.

9 Tabarānī, Sulaymān b. Aḥmad (d. 360/971), "*Al-Mu'jam al-Saghīr wa al-Mū'jam al-Awsāt*" (Beirut: M. Shakūr Maḥmūd al-Ḥajj Amīr, 1985), Narated by Tabarānī in al-Awṣat. See in "*Mujmā' al-Zawā'id*," v.1, p. 178.

10 Ahmad Hasan, "*The Early Development of Islamic Jurisprudence*" (Islamabad: Islamic Research Institute, 1994), p. 117.

11 Kayadibi, *Istiḥsān*, p. 100.

12 Ibn Taymīyyah, "*Al-Fatāwā al-Kubrā," Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah*, 19/200-201; Ibn al-Qayyīm "*I'lām*," v. 1, p. 171.

brought the consolidation of *uṣūl al-fiqh*, and the formulated principles and set of criteria established the principles of Islamic law (*uṣūl al-fiqh*) as a *Sharī'ah* discipline after a long run of exclusive scholarly works.[13] The Muslim Jurists accordingly used different types of methods and approaches in the discussion of the problems and principles of Islamic law. Formulation and analysis of the *uṣūl al-fiqh* mainly took three distinct methods which will be discussed in the following section.

Legal Schools in formulation of the law:

Every legal schools adopted different methods and approaches in discussion of the issues and the principles of Islamic law to infer rulings. One of the distinct methods is the method of the theologians (*ṭarīqat al-mutakallimīn*), known as *uṣūl al-Shāfi'iyyah*, which was adopted by the *Mu'tazilah*, *Shāfi'īs* and *Mālikīs* in their compilation of this discipline, that's a theoretical method. The jurists of this method basically articulated principles of *fiqh* that were substantiated by proofs, irrespective of their agreement or disagreement on the positive law or subsidiary legal rules (*furū'*) as brought down from the early jurists.[14] The followers of this method mostly were concerned with expressing the theoretical principles of *uṣūl al-fiqh* without necessarily endeavouring to relate these to the *fiqh* itself. Their theoretical explanation of *uṣūl al-fiqh* did not take into consideration their practical application in the area of the *furū'*. They did not contribute to the development of the practical rules of fiqh due to the inclination of them in complex issues of philosophy, such as *'iṣmah* of the prophets prior to their prophetic mission and matters concerning the status of the individual or his responsibilities prior to the revelation of the *Sharī'ah*.[15] The following works are some of the products of this method: *al-Burhān fī Uṣūl al-Fiqh* by Imām al-Ḥaramayn 'Abd al-Malik al-Juwaynī (d. 413 AH), *Kitāb al-'Umad* by al-Qāḍī 'Abd al-Jabbār (d. 415 AH), *Kitāb al-Mu'tamad* by Abū al-Ḥusayn Muḥammad b. 'Alī al-Baṣrī (d. 436 AH), *Al-Mustaṣfā min 'Ilm al-Uṣūl* by al-Ghazālī (d. 505 AH), *al-Maḥṣūl* by Fakhr al-Dīn al-Rāzī (d. 606 AH) and *al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām* by Sayf al-Dīn al-Āmidī (d. 631 AH).

Another method which was applied by the early jurists is the method of the *Ḥanafīs* (*uṣūl al-Ḥanafiyyah* or *ṭarīqat al-fuqahā'*). It's distinguished by its practical character, aimed at confirming the juristic principles reported to have been applied by the early jurists in their actual reasoning. It is an applied and pragmatic study of the points of detail of *fiqh* as brought down from the early *Ḥanafī* jurists. This method establishes the principles which are subservient to the derivative laws of legal school and therefore focuses on the juristic principles, rules and regulations that were applied by the master jurists in their arguments in deriving the rules of law. The principles were inferred from the points of detail of *fiqh* articulated by these master jurists. Mostly *Ḥanafī* jurists followed this approach. Therefore, it is called the method of the *Ḥanafīs* (*uṣūl al-Ḥanafiyyah* or *ṭarīqat al-fuqahā'*).[16] Although the theoretical approach tends to envisage *uṣūl al-fiqh* as an independent discipline to which the *fiqh* must conform. The practical approach, on the other hand, attempts to

[13] Ahmad Hasan, *Principles of Islamic Jurisprudence, The Command of the Sharī'ah and Juridical Norm* (Islamabad: Islamic Research Institute, 1993), p. 16-17; Abū al-'Aynāyn Badrān, "*Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī*" (Alexandria: Muassasah Shabāb al-Jāmi'ah, 1404/1984), p. 12; Muhammad Hashim Kamali, "*Principles of Islamic Jurisprudence*" (Cambridge: Islamic Text Society, 1997), p. 4.

[14] Ahmad Hasan, *Principles*, p. 18.

[15] Kamali, *Principles*, p. 8.

[16] Ahmad Hasan, *Principles*, p. 19.

relate the *uṣūl al-fiqh* more closely to the detailed issues of the *furū' al-fiqh*. Therefore, the *Ḥanafīs* have endeavoured to explain the principles of *uṣūl al-fiqh* in combining them with the *fiqh* itself and tend to be more practical in their approach to the issue. For example, the *Ḥanafīs* attempt to make a necessary exception in order to reach a conciliation, or they try to adjust the theory to the extent that the conflict in question is removed when they find a principle of *uṣūl* to be in conflict with an established principle of *fiqh*.[17] Some important works of this method are listed below: *al-Fuṣūl fī al-Uṣūl* by Abū Bakr Aḥmad b. 'Alī al-Jaṣṣāṣ (d. 370 AH), *Taqwīm al-Adillah* and *Ta'sīs al-Naẓar* by 'Ubaydullah b. 'Umar al-Dabbūsī (d. 430 AH), *Kanz al-Wuṣūl ilā Ma'rifat al-Uṣūl* by Fakhr al-Islam al-Bazdawī (d. 482 AH), *Uṣūl al-Sarakhsī* by Shams al-A'immah al-Sarakhsī (d. 490 AH), and *Kashf al-Asrār* by 'Abd al-'Azīz b. Aḥmad al-Bukhārī (d. 730 AH).

The last method that was adopted by the jurists is the combined method which aims at establishing the original principles as well as confirming the questions of detail of *fiqh* as brought down from the early jurists by means of these principles. Thus, this approach is a combination of the previous two methods, combining both the original and confirmatory principles. This method is also adopted by numerous schools of thought. The following works are some of the products of the combined method: *Badī' al-Niẓām al-Jāmi' bayna Kitābay al-Bazdawī wa al-Iḥkām* by Aḥmad b. 'Alī al-Sā'ātī (d. 694 AH); *al-Tanqīḥ* and its commentaries *al-Tawḍīḥ* by Ṣadr al-Sharī'ah 'Ubayd Allah b. Mas'ūd (d. 747 AH) and *al-Talwīḥ* by Sa'd al-Dīn Mas'ūd b. 'Umar al-Taftāzānī (d. 792 AH); *Jam' al-Jawāmi'* by Tāj al-Dīn 'Abd al-Wahhāb b. 'Alī al-Subkī (d. 771 AH); *al-Taḥrīr* by Ibn al-Humām (d. 861 AH), and its commentary *al-Taqrīr wa al-Taḥbīr* by Muḥammad b. Muḥammad Amīr al-Ḥajj (d. 879 AH); and *Musallam al-Thubūt* by Muḥibb Allah b. 'Abd al-Shakūr al-Bihārī (d. 1119 AH), and its commentary *Fawātiḥ al-Raḥamūt* by 'Abd al-'Alī Muḥammad b. Niẓām al-Dīn al-Anṣārī (d. 1235 AH). A large number of works were produced on *uṣūl al-fiqh* during the classical period.[18]

It's worth mentionıng here that the first work reportedly came into being on this field was *Kitāb al-Ra'y* by Abū Ḥanīfah (d. 150 AH). It was followed by works by Abū Ḥanīfah's disciples, namely *Kitāb al-Uṣūl* by Abū Yūsuf (d. 182 AH) and *Kitāb Uṣūl al-Fiqh* by Muḥammad b. al-Ḥasan al-Shaybānī (d. 189). However, these works were reportedly lost before the work of al-Shāfi'ī (d. 204 AH) known as *al-Risālah*. It is a well-known treatise on *uṣūl al-fiqh* and is the first comprehensive work in the field. In the centuries that followed, more works were produced on the subject by significant scholars.

Constructing juristic rational for epistemic intellectual formulation:

The Principles of Islamic law construct their rulings (aḥkām) by juristic rational that is based on the texts of the *Qur'ān* and the *Sunnah* of the Prophet (pbuh). For the epistemic intellectual formulation of the methods of Islamic jurisprudence, jurists rely on essential ground working to derive new rulings from the main sources of Islamic law. The principles of Islamic jurisprudence (*uṣūl al-fiqh*) consist of two components separately as *uṣūl* and *fiqh* which reflect understanding the

[17] Kamali, *Principles*, p. 8.
[18] Saim Kayadibi, *Principles of Islamic Law, The Methods of Interpretation of the Texts, Usul al-Fiqh*, (Kuala Lumpur: Islamic Book Trust, 2017), p. 4-6.

nature of the *aḥkām* of the principles of Islamic jurisprudence and the nature of the sources from which the *aḥkām* (rulings) or the laws are derived. Similarly *majallah al-aḥkām* also consists of two components distinctly as *majallah* and *aḥkām* which reflect review or journal of the *aḥkām* of the juridical acts.

The terms *uṣūl* is defined as something upon which another thing is constructed, be it material or spiritual which has the meaning of foundation (*asās*),[19] it is the plural of *aṣl* which is "something from which another thing originates or is sourced." That is the origin of a thing.[20] Technically, the word (*aṣl*) is used as the meaning of *dalīl* in Islamic law in which it is either *dalīl tafṣīlī* like an individual verse or a specific evidence of the Qur'ān or an individual *ḥādīth* of the Sunnah. For example, Allah (swt) says, "Forbidden to you (for marriage) are your mothers, your daughters, your sisters…"[21] which this *aṣl* indicates a *ḥukm* (rule), which is obvious that marriage to mothers, daughters and sisters is forbidden. Similarly "And come not near to unlawful sexual intercourse…"[22] which indicates a *ḥukm* (rule) that committing adultery is prohibited. As compared to *dalīl tafṣīlī* (specific evidence), the *dalīl ijmālī* or *kullī* is general evidence which contains within it a large amount of specific evidences. For example, "And perform *al-ṣalāh*"[23] is an original ruling (*aṣl*) as well as the usage for the concept of analogy such as the prohibition of every intoxicants, for example "O you who believe! Intoxicants (all kinds of alcoholic drinks)…are an abomination of Satan's handiwork. So avoid (strictly all)."[24] This origin indicates that every drink which contains intoxication is prohibited due to a *ḥadīth* of the Prophet (pbuh) which confirms it, "Every drink which contains intoxicant is *khamr* (wine) and every *khamr* is forbidden". [25] The term *khamr* is an original case (*aṣl*) or basis for the prohibition of *nabīdh* (fermented dates), the '*illah* of intoxication is found in both, but is extrapolated from *khamr*, which is the *aṣl*, therefore it naturally becomes prohibited. The usage of *aṣl* can be extended to maxims of *fiqh* as the general principles of jurisprudence (*al-qawā'id al-fiqhiyyah*) such as "*Al-aṣl fī al-ashyā' al-ibāḥah*" which means the original rule for all things is permissibility. Thus, the word *aṣl* is used here in the sense of the original rule. Similarly, "*lā ḍarar wa lā ḍirār fī al-Islam*" which means "Harm is neither inflicted nor reciprocated in Islam".[26] These examples indicate that the word *aṣl* is used in there as actual *dalīl* which is a proof or an evidence of Islamic law.[27]

---

19 Mollah Husraw, Muḥammad bin Firāmūz (885/1480), "*Mir'āt al-Uṣūl Sharḥ Mirkāt al-Wusūl*" (Istanbul: Matba'ah al-Amīrah, 1309), v. 1 p. 56 ; Laknawī, 'Abd al-'Ali Muḥammad bin Nizām al-Dīn Anṣārī, Baḥr al-'Ulūm, Abū al-'Abbās, Ḥanafī (d. 1180/1767), "*Fawātiḥ al-Raḥamūt sharḥ Musallam al-Subūt fī Uṣūl al-Fiqh*" (Cairo: Matba'ah al-Amīriyyah Bulāq, 1906), v. 1, p. 8; Anṣārī, Abū Zakarīyyah Shaikh al-Islam "*Ghāyāt al-Wuṣūl sharḥ lub al-Uṣūl*" (Cairo: Muṣṭafā bāb al-Ḥalabī wa awlāduh, 1360/1941), v. 1, p. 18.

20 See Elias A. Elias, "*Elias Modern Dictionary*," 5th edition (Cairo: 1950); Joseph Catafago, "*English and Arabic Dictionary*" (London, 1958); Hans Wehr, "*A Dictionary of Modern Written Arabic*," edited by J. Milton Cowan, 4th edition (Germany: 1979); Imran Ahsan Khan Nyazee, "*Islamic Jurisprudence*," (Kuala Lumpur: The Other Press, 2003), p. 26-27.

21 *Qur'ān* 4:23.

22 *Qur'ān* 17:32.

23 *Qur'ān* 2:43.

24 *Qur'ān* 5:90.

25 Abū Dāwūd Sulaymān bin al-Ash'ās (d. 275/888) "*Sunnan*" iii, 1043, *ḥadīth* no: 3672, tr. Ahmad Hasan, Lahore: Muḥammad Ashraf 1984.

26 Ibn Mājah Abū 'Abd Allah Muḥammad (d. 273/886), "*Sunan*," ii, 784, *ḥadīth* no: 2340, Istanbul, 1981.

27 Abū 'Alī Badr al-Dīn Muḥammad bin 'Alī Shawkānī (d. 1250/1834), "*Irshād al-Fuḥūl ilā Taḥqīq al-Ḥaq min 'Ilm al-Uṣūl*" (Cairo: 1937), p. 3; Ibn Amīr al-Ḥajj Muḥammad bin Muḥammad Shams ad-Dīn (d. 879), "*Al-Taqrīr wa al-Takhbīr 'alā Taḥrīr al-Kamāl ibn al-Humām fī 'Ilm al-Uṣūl*" (Cairo: Matbaah al-Amīriyyah Bulāq, 1316), v. 1, p. 17.

Whether jurists or *muftī* of Islamic law seek the *dalīl ijmālī* or *kullī* (general evidence) or the *adillah al-tafṣīliyyah* (specific evidence) in which both are considered within the subject matter of the *uṣūl al-fiqh* (the principles of Islamic jurisprudence) that's called *adillah al-fiqh al-kulliyyah* (proofs or evidences of general *fiqh*). With this understanding, many maxims or *qawā'ids* in the books of *qawā'ids* and accordingly suitable principles and rulings are structured in the *Majallah al-Aḥkām*.

The second components of the *uṣūl al-fiqh* which completes the holistic understanding of the concept is the term *fiqh* that can also be understood differently as the combination of the *aḥkām* (rulings), similarly the *majallah al-aḥkām*. The *fiqh* is a result of jurists of whose juristic rational that is inferred by the usage of the principles. They formulate the *fiqh* or *ḥukm* (ruling) through juristic intellectual exercises. Without the epistemic notion of *fiqh*, the formulation of the *aḥkām* would be impossible. As it's evidenced in many verses the linguistic meaning of the *fiqh* that is synonymous with *al-fahm* (understanding). For example, "So what is wrong with these people that they fail to understand a single fact." [28] The *ḥadīth* of the Prophet (pbuh) confirms it in the meaning of a deeper understanding of Islam as saying "He for whom Allah wills His blessings is granted an understanding of *dīn*."[29] The meaning of *fiqh* is also represented in the saying of Abū Ḥanīfah (d. 150) who defines it as "*Ma'rifat al-nafsi mā lahā wamā 'alayhā,*" which means "a person's knowledge of his rights and obligations."[30] In addition to that, the term *fiqh*, technically is used for Islamic law alone which was defined by Shāfi'ī's (d. 204/819) as "The knowledge of the legal rules (*aḥkām al-shar'iyyah*) pertaining to conduct, derived from their specific evidences."[31] Since the term *fiqh* is the knowledge of the *aḥkām al-shar'iyyah*, it is a knowledge or understanding of Islamic law, not the law itself. Despite the fact that the meaning of *fiqh* is not used as *qawā'id al-fiqhiyyah*, these principles may be considered as fiqh if they are explicitly mentioned in the texts of the *Qur'ān* and the *Sunnah.* Let's see it in al-Ghazālī's consideration that *fiqh* is a part of the knowledge of legal rules established specifically for human conduct.[32] Similarly Imām al-Rāzī provides a more precise definition "The knowledge of the legal rules pertaining to conduct with reference to their sources, when this knowledge is not obtained by way of necessity."[33] Fiqh, therefore, is the knowledge of the *shar'ī aḥkām* derived directly from the specific evidences in the texts or extended through reasoning from the general principles that are laid down or supported by the *Sharī'ah* which is the complete law of Allah swt. Likewise, al-Qurṭūbī defines *sharī'ah* as the canon of Islam, all the different commandments of Allah (swt) to mankind,[34] while others defines it as the injunctions revealed to the Prophet (pbuh) of Allah (swt) related to law or belief.[35] Nevertheless, *fiqh* is a knowledge of law that's jurisprudence, while the *sharī'ah* is the law itself. Therefore, the term *sharī'ah* consists of a

---

28 *Qur'ān* 4:78.

29 Muslim, *Kitāb al-Amārah*.

30 'Ubayd Allah Ibn Mas'ūd bin Tāj al-Sharī'ah al-Ḥanafī, Ṣadr al-Sharī'ah (d. 747/1346), "*Al-Tawdīḥ fī Ḥall Jawāmid al-Tanqīḥ*" (Karachi: 1979), p. 22-25.

31 'Abd al-Raḥmān bin Jād Allah al-Bannānī, al-Maghribī (d. 1198/1784), "*Ḥāshiyah 'alā Sharḥ Jalāl al-Dīn al-Maḥallī 'alā Jam' al-Jawāmī' li Ibn Subkī*" (Cairo: 1937), v. 1 p. 32; Molla Husraw, "*Mir'at al-Uṣūl*," v. 1 p. 50; Ṣadr al-Sharī'ah, "*Al-Tawdīḥ,"* v.1, p.26.

32 Al-Ghazālī, *Al-Mustaṣfā' min 'Ilm al-Uṣūl*, vol. 1, p.3-4.

33 Al-Rāzī, *al-Maḥṣūl fī 'Ilm Uṣūl al-Fiqh*, vol. 1, p. 78.

34 Al-Qurṭubī, *Al-Jāmī' li Aḥkām al-Qur'ān* (Cairo: Dār al-Kutub al-Maṣriyyah, 1939), vol. 16, p. 10; 'Abdul Karīm Al-Zaydān, *Al-Madkhal li Dirāsat al-Sharī'ah al-Islāmiyyah* (Baghdād: Mu'assasah al-Risālah and Maktabah al-Quds, 1976), p. 38.

35 Muḥammad 'Ali bin 'Ali al-Taḥwānī, *Kashf 'Iṣṭilāḥāt al-Funūn* (Beirut: Dār Ṣadr, 1961), v.3, p. 759.

complete system of life that is compatible with the need of human being of all times while preserving the tenets of faith.

For the formation of Majallah, the source of Islamic Law determines whether the rulings (*aḥkām*) are originated from Allah (swt) or not. Since it's a *sharī'ah* oriented codes of law, the *ḥukm shar'ī* simply designs the scope of the Mecelle (Majallah). It's therefore, the *uṣūlīs* (juristic scholars) define the *ḥukm shar'ī* as "A communication from Allah (swt), the Exalted, related to the acts of the subjects through a demand or option, or through a declaration."[36] It is obvious that any communication related to the act of the subject (*mukallaf*) must be from Allah (swt) otherwise it is not accepted and cannot be considered as *a ḥukm.* In addition to this, the communication can either be in the form of a demand (*iqtiḍā'*) or a choice (*takhyīr*) or a declaration (*waḍ'ī*). The *ḥukm shar'ī* consists of four fundamental elements which are the *Ḥākim* (Lawgiver), the *maḥkūm 'alayh* (the subject), the *maḥkūm fīh* (the act of the mukallaf), and the *ḥukm* (ruling).

The *ḥukm* (ruling) is the main element of the *ḥukm shar'ī* in terms of a communication which is related to the act of the subject (*mukallaf*). It is basically considered with two main categories: the first is *al-ḥukm al-taklīfī* (the obligation, creating rule, defining law) and the other is *al-ḥukm al-waḍ'ī* (declaratory law). The Muslim jurists designate the category of primary rules as *al-ḥukm al-taklīfī* (defining law) and the category of secondary rules is designated as the *al-ḥukm al-waḍ'ī*.[37] *Al-ḥukm al-taklīfī* (defining law), in one hand, is a communication from Allah , the exalted, related to the acts of the *mukallaf* (subjects), which consists of a demand or an option which arises in the five categories of *wājīb* or *farḍ* (obligatory), *mandūb* (recommended), *makrūh* (adversity), *ḥarām* (prohibited) and *mubāḥ* (permissible), yet the Ḥanafī School considered *wājīb* or *farḍ* (obligatory) separately and *makrūh* also divided into two different forms as *makrūh karāhat al-taḥrīm* (strongly disapproved) and *makrūh karāhat al-tanzīh* (disapproval). On the other hand, *al-ḥukm al-waḍ'ī* is a communication from Allah (swt) which is related to the acts of the *mukallaf* (subject) in a manner that is declaratory, in another word it is explanatory component for *al-ḥukm al-taklīfiyyah* through its fundamental tools which consist of 1. *al-sabab* (the cause) 2. *al-rukn* (the element), 3. *al-sharṭ* (the condition) 4. *al-māni'* (the impediment), 5. *al-ṣiḥḥah*, *al-fasād*, *al-buṭlān* (the validity, the nullity, the vitiation).[38] In addition to these tools, there are some more tools which are '*azīmah* (a comprehensive general rules) and *rukhṣah* (exemptions).

The Role of State in formulation of Mecelle:

As I mentioned earlier that the role of state is another factor that effects in the formation of Mecelle. The existence of the "state" value is one of the essential values of the *maqāṣid al-sharī'ah* (higher objectives of Islamic law). It is not possible to exist neither the Constitution nor the legal system in a place where the state is not available. The permanent value of the legal system is the state institution.

In regards to the essential values of the *maqāṣid al-sharī'ah* (higher objectives of Islamic law) that there are certain values of the Islamic law (*sharī'ah*) which are life, religion, intellect, lineage,

[36] Ṣadr al-Sharī'ah, *ibid.*, v. 1, p. 13; Bannānī, "*Ḥāshiah*, v. 1 p. 32; Nyazee: *ibid.*, p. 64.
[37] Herbert Lionel Adolphus Hart, "*The Concept of Law*" p. 77-96 quoted from Nyazee. *Ibid*., p. 57-58.
[38] Zuhaylī, *ibid.*, v. 1, p. 37; Khallāf, 'Abd al-Wahhāb (d. 1376/1956), "*'Ilm Uṣūl al-Fiqh*," 12th edn. (Kuwait: Dār al-Qalām, 1398/1978). See for the use of English terminology: Nyazee, *ibid.*; Kamali, "*Principles*," p. 321-353.

property, honour and state. Islam came to protect them and these are considered under the essential (ḍarūriyyāt) values of Islamic law which intends to protect them in order to maintain the existence of the people and the constituents of the state in peace and security. The rest of the six values will be in danger when the protection of the state is jeopardized. These values according to Imām al-Ghazzālī is five,[39] according to Imām al-Qarāfī (ö.685/1286) is six,[40] and according to the contemporary jurists these values are seven.[41] Almost all of the Muslim scholars agreed on the protection of these values, especially the first five.

The protection of these values is essential in Islamic law and these are called higher objectives of Islamic law (*maqāṣid al-sharī'ah*).[42] In addition to these five values, al-Qarāfī added the protection of honour (*sharaf*) which guarantees the other five because if the honour is not protected, the other values indirectly fall into danger. Therefore, if a person's honour is in danger, the previous values would be susceptible to be wasted easily. It is highly desirable to mention the value of "state" as the seventh value. The existence of the value of state indirectly guarantees others in the same way. Likewise the honour, when the seventh value is not protected or in danger, the other six values would be in serious jeopardy. In this respect, the preservation and sustainability of the state's existence is indispensable task. The protection of the existence of these values in terms of social and at individual level, can be sustained by only the protection of the state system.

The existence and the protection of the state necessitated formulation and codification activities. Accordingly formulation of qawā'id and the codification of law have been accelerated. Therefore, it is clear that it would not have been possible to have Mecelle if it were not a state institution and its power to guarantee the studies of *majallat al-aḥkām*.

From *Uṣūl al-Fiqh to Qawā'id al-Fiqhiyyah:*

As it is known that *uṣūl al-fiqh* is the general sources and principles of Islamic law while the *qawā'id al-fiqhiyyah* is a body of abstract rules which are derived from the detailed study of the *fiqh* itself, which consists of theoretical guidelines in the different areas of *fiqh* issues such as transactions, matrimonial law, evidences, etc. and therefore, these are an integral part of *fiqh*. Despite the close similarities of *qawā'id al-fiqhiyyah* with the *uṣūl al-fiqh* and the former being an integral part of the *aḥkām*, *uṣūl al-fiqh* is totally a separate concept. The former may resemble the expression *uṣūl al-fiqh*, however not a part of it and therefore, these two concepts are totally different from one another. This is why the maxims are not lasting proofs of divine law, yet they can never be treated as sources of Islamic law. In regards to *qawā'id al-fiqhiyyah*, mainly over 200 legal maxims have been collected and compiled in works known as *al-Ashbāh wa al-Naẓā'ir* authored by *Jalāl al-Dīn al-Suyūṭī* and *Ibn Nujāym al-Ḥanafī*. One hundred of these maxims have been adopted in the

[39] Ghazālī, "*el-Muṣtaṣfā*," s. 174-179.
[40] Ibn 'Āshūr, "*Maqāsid el-Sharī'ah el-Islāmīyyah*," s. 123.
[41] In addition to these seven values, according to some scholars, although "eliminating corruption," which enables rulers to use their discretionary powers to penalize evildoers is considered as one of the objectives of the *shari'ah*, we consider it as sub-element of the state value of which it's one of the responsibilities of the state. Therefore, it's not considered as an independent values which is important and even essential for the government to achieve falāḥ (welfare) and prevent fasād (destruction).
[42] Şātıbī, *al-Muvāfakāt*, II, s. 10; Zaydān, *Uṣūl*, s. 322-323.

introductory section of the *Ottoman Majallah*.[43] In technical sense, *qawā'id al-fiqhiyyah* was defined by al-Zarqā' as "*It is the general fiqh principles which are presented in a simple format consisting of the general rules of Sharī'ah in a particular field related to it*."[44] *Qawā'id* (plural of *qā'idah*) simply means principles and *qawā'id al-fiqhiyyah* is the principles and the maxims of *fiqh*. Since the *qawā'id al-fiqhiyyah* also means general principles, they can be applied to various issues related to *fiqh*. For example the following maxim "*matters are determined according to intention*" (الأمور بمقاصدها) which indicates that all issues pertaining to intention are covered such as the intention in prayers, in doings, in transactions, in sayings, etc. Although the *qawā'id al-fiqhiyyah* is defined as general principles, these may not cover all of the *fiqh* issues deducing the *aḥkām*. Yet these maxims played a great deal of role in the formation of Islamic law since they are used as principles for deducing rules in various *fiqh* issues.[45] Despite of the fact that these two concepts of that *uṣūl al-fiqh* and *qawā'id al-fiqhiyyah* are not the same therefore, these are confused with one another.

The Qawā'id towards *Majallah al-Aḥkām al-'Adliyyah* (Mecelle):

The *Ottoman Majallah* (Mecelle) that is *Majallah al-Aḥkām al-'Adliyyah*, consisted of 1851 articles, introduced in 1869 by the Ottoman State. This was the first complete codification of Islamic law. For the codification and the preparation of the *Majallah*, the Ottoman State established an association called *Majallah Jam'iyyeti* (Association of *Majallah*) under the chairmanship of Ahmed Jawdat Pasha, Minister of *Dīwān-i Aḥkām-i 'Adliyyah* (civil court). It was adopted and applied in many countries such as Turkey, Egypt, Hijaz, Iraq, Syria, Jordan, Lebanon, Cyprus, Palestine and Israel and yet it remained in force until 1928 in Albania, Bosnia and Herzegovina, until 1984 in Kuwait. Even today, it is still in force some decrees of *Majallah* in Israel,[46] and in *Sharī'ah* Courts in Malaysia.

Nevertheless, not all of the *qawā'id* (maxims) of the *qawā'id al-fiqhiyyah* was formulated or codified all at once by a particular jurist or at a particular time. Yet it was formulated and developed during the time of the revival of *fiqh* activities. Most of the maxims of *fiqh* were developed by early *Ḥanafī* jurists, but still authors of many maxims are not known except for those maxims originally derived from the *ḥadīth* of the Prophet (pbuh) or may be attributed to particular scholars such as "*no harm shall be inflicted nor reciprocated in Islam*" (*lā ḍarara wa lā ḍirār fī al-Islam*)[47] is a maxim which was derived from the *ḥadīth* of the Prophet (pbuh) and "A ruler is not permitted to take anything that belongs to a person except through a proper way which has already been established" (*laysa li-al-imām an-yukhrija shay'an min yadi aḥad illā bi-ḥaqqin thābit ma'rūf*) is a maxim which was attributed to Abū Yūsuf (d. 181 AH) which is quoted in his well-known book "*Kitāb al-Kharāj*."[48]

The early works on the formulation of the maxims of *fiqh* have been traced back to as early as the third century *hijrī*. Therefore, the history of the maxims in a general sense is parallel with that of the *fiqh* itself however, mainly the maxims were developed during the era of imitation (*taqlīd*), while

[43] Kamali, *Principles*, p. 5-6.
[44] Muṣṭafā Aḥmad Al-Zarqā' *Al-Madkhal al-Fiqhī al-'Āmm*, 9th ed. (Damascus: Dār al-Fikr, 1968), v. 2, p. 924.
[45] Mohamad Akram Laldin, "*Islamic Law an Introduction*," (Kuala Lumpur: Research Centre of iium, 2006), p. 128-129.
[46] Ahmed Akgündüz, "*Introduction to Islamic Law*," (Istanbul: Pasifik Ofset, 2010), p. 249.
[47] Ibn Mājah Abū 'Abd Allah Muḥammad (d. 273/886), "*Sunan*," ii, 784, *ḥadīth* no: 2340, Istanbul, 1981.
[48] Al-Zarqā', *ibid*., v. 2, p. 969; Laldin, *ibid*., p. 131.

the *fiqh* was developed and naturally contributed during the first three centuries of Muslim scholarship, which is known as the era of *ijtihād*. The maxims of *fiqh* may also be known by the following terms *Al-Qawā'id*, *Al-Ashbāh*, *Al-Furūq*, *An-Naẓariyyah al-Fiqhiyyah*.

Among them, not all but a few, Abū Ṭāhir al-Dabbās who formulated seventeen maxims from the *Ḥanafī* sources and al-Karkhī increased this maxims to thirty-nine. However, it is recorded that the earliest compilation in the form of a note of such maxims was manuscripted by Abū al-Ḥasan al-Karkhī (d. 334 AH) which was exemplified later by Najm al-Dīn Naṣafī s (710 AH). Yet another Ḥanafī jurist Abū Zayd al-Dabbūsī (d. 430 AH) elaborated some of the significant maxims in his book *Ta'sīs al-Naẓar*. Later on many books authored on this field and finally these maxims were incorporated into the famous Ottoman work of *Majallah al-Aḥkām al-'Adliyyah* which consisted of 1851 articles.

The four school of thoughts contributed to the literature on legal maxims, among the well-known literatures on this field include the following manuscripts: *Takhrīj al-Furū' 'alā al-Uṣūl* by Imām Abī Manāqib Shihāb al-Dīn al-Zanjānī al-Shāfi'ī (d. 656 AH); *Anwār al-Burūq fī Anwā'al-Furūq* known al *Kitāb al-Furūq* by Imām Shihāb al-Dīn al-Qarāfī al-Mālikī (d. 684 AH); Al Qawā'id by 'Abd ar-Raḥmān Ibn Rajab al-Ḥanbalī (d. 795); *Al-Ashbāh wa al-Naẓā'ir* by Ibn Nujaym al-Ḥanafī (d. 970 AH); *Al-Ashbāh wa al-Naẓā'ir* by Jalāl al-Dīn al-Suyūṭī al-Shāfi'ī (d. 1201 AH); *Durar al-Ḥukkām* by Ali Haydar Efendi (d. 1918 CE) and *Sharḥ al-Majallah* by the former Mufti of Homs Sheikh Muḥammad Khālid al-Attasī and its competition by his son al-Sheikh Ṭāhir al-Attasī were works of the interpretation of *Majallah al-Aḥkām al-'Adliyyah.* In addition to these classical works, there are also contemporary works, among the famous include the followings: *Al-Madkhal al-Fiqhī al-'Āmm*, by Muṣṭafā Aḥmad Al-Zarqā'; *Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah Nash'atuhā wa Taṭāwuruhā Dirāsat Mualliſātihā* by Sheikh 'Ali bin Aḥmad al-Nadawi; *Al-Naẓariyyah al-Fiqhiyyah* by Muḥammad bin Wahbah al-Zuhailī etc.[49]

The early juristic scholars have chosen the following five essential maxims called "*al-qawā'id al-fiqhiyyah al-aṣliyyah*," or the normative legal maxims which represent the essence of the Sharī'ah as a whole and simply the rest are considered an elaboration of these five: "*Harm must be eliminated*." (الضرر يزال); "*Acts are judged by the intention behind them*" (الأمور بمقاصدها); "*Certainty is not overruled by doubt*" (اليقين لا يزول بالشك); "*Hardship begets facility*" (المشقة تجلب التيسير); "*Custom is the basis of judgment*" (العادة محكمة).

Consequently, the *uṣūl al-fiqh* is a discipline of law, a kind of methodology for *tashrī' al-Islāmī* (legislation of Islamic law) which uses principles and methods for deriving *aḥkām* (rulings) which are taken from general evidences, the rules of interpretation, deduction and the sources of Islamic law. *Uṣūl al-fiqh* also includes the kind of general evidences that are indicative to the *aḥkām* of Allah (swt) and the sources of Islamic law, as well as proofs or evidences on how to arrive at the *aḥkām* (rulings).

Conclusion:

As it has been seen throughout the paper that the sources of Islamic law and the methods of deriving new rules (*aḥkām*) to give judgements from the source of Islamic law have developed their

[49] Al-Zarqā', *ibid*., v. 2, p. 969; Laldin, *ibid*., p. 131-134.

own principles among the different law schools which has created a systematic methodology of law. Both Juristic and fiqh scholars have been contirbuting to the development of *qawā'id* (maxims) of fiqh and principles of Islamic law. Especially the Juristic scholars who have set principles in order to make deductions of religious rulings (*aḥkām*) from the sources of Islamic law, created healthy thinking methods and intellectual environment for formation of the qawā'id (maxims) and accordingly formulation of the Mecelle.

The most important factor in the formation of a systematic legal methodology is that the tradition of systematic thinking which has been established. The fact that the *fiqh* issues became systematic within a certain understanding that was born as a result of this established systematic thinking tradition. All these formations have emerged and developed as a product of the process of *ijtihād* activities. Therefore, the *ijtihād* activities are ground-working for codification and formulation of Islamic law.

References:

Abū al-Suʿūd, Ramaḍān. *Al-Wasīṭ fi Sharḥ Muqaddimat al-Qānūn al-Madanī – al-Madkhal ilā al-Qānūn wa bi-Khāṣṣatin al-Miṣrī wa al-Lubnāni* (Beirut: al-Dār al-Jāmiʿiyyah, 1983).

Abū Dāwūd, Sulaymān bin al-Ash'ās. (d. 275/888) "*Sunnan*" iii, 1043, *ḥadīth* no: 3672, tr. Ahmad Hasan, Lahore: Muḥammad Ashraf 1984.

Akgündüz, Ahmed. "*Introduction to Islamic Law*," (Istanbul: Pasifik Ofset, 2010)

Anṣārī, Abū Zakarīyyah Shaikh al-Islam "*Ghāyāt al-Wuṣūl sharḥ lub al-Uṣūl*" (Cairo: Muṣṭafā bāb al-Ḥalabī wa awlāduh, 1360/1941)

Badrān, Abū al-'Aynāyn. "*Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī*" (Alexandria: Muassasah Shabāb al-Jāmi'ah, 1404/1984)

Bannānī, Abd al-Raḥmān bin Jād Allah al-Maghribī. (d. 1198/1784), "*Ḥāshiyah 'alā Sharḥ Jalāl al-Dīn al-Maḥallī 'alā Jam' al-Jawāmī' li Ibn Subkī*" (Cairo: 1937)

Catafago, Joseph. "*English and Arabic Dictionary*" (London, 1958)

Elias A. Elias, "*Elias Modern Dictionary*," 5th edition (Cairo: 1950)

Ghazālī, Abū Ḥāmid Muḥammad ibn Muḥammad. (d. 505/1111), "*Al-Mustaṣfā' min 'Ilm al-Uṣūl*" (Cairo: al-Maktabah al-Tijāriyyah, 1356/1937)

Hasan, Ahmad. *Principles of Islamic Jurisprudence, The Command of the Sharī'ah and Juridical Norm* (Islamabad: Islamic Research Institute, 1993)

- "*The Early Development of Islamic Jurisprudence*" (Islamabad: Islamic Research Institute, 1994)

Ibn 'Abd al-Barr, *Jāmī' Bayān al-'Ilm,* ed. Muḥammad 'Abd al-Qādir 'Aṭā (Beirut: Mu'assasat Kutub al-Saqafiyyah, 1997)

Ibn Amīr al-Ḥajj Muḥammad bin Muḥammad Shams ad-Dīn (d. 879), "*Al-Taqrīr wa al-Takhbīr 'alā Taḥrīr al-Kamāl ibn al-Humām fī 'Ilm al-Uṣūl*" (Cairo: Matbaah al-Amīriyyah Bulāq, 1316)

Ibn Āshūr, Moḥammad al-Ṭāhir. (d. 1973), "*Maqāsid el-Sharī'ah el-Islāmīyyah*," *Treatise on Maqāṣid al-Sharī'ah al-Islāmiyyah*, trans. Muḥammad el-Ṭāhir el-Mesawī (London, Washington: International Institute of Islamic Thought (IIIT), 2006)

Ibn Taymīyyah, "*Al-Fatāwā al-Kubrā," Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah*, 19/200-201.

Ibn al-Qayyīm Muḥammad b. Abū Bakr b. Ayūb b. Sa'd Shams al-Dīn Dimishqī (d. 751/1350), "*I'lām al-Muwaqqi'īn min Rabb al-'Ālamīn*," edt. 'Abd al-Raḥmān al-Wakīl, Cairo.

Ibn Mājah Abū 'Abd Allah Muḥammad (d. 273/886), "*Sunan*," ii, 784, *ḥadīth* no: 2340, Istanbul, 1981.

Iṣlāḥī, Amin Aḥsan. *Islamic Law: Concept and Codification*, 1st edn. (Lahore: Islamic Publications Ltd., 2000)

Kamali, Muhammad Hashim. "*Principles of Islamic Jurisprudence*" (Cambridge: Islamic Text Society, 1997)

Kayadibi, Saim. *Istiḥsān the Doctrine of Juristic Preference in Islamic Law* (Selangor: IBT, 2010)

- *Principles of Islamic Law, The Methods of Interpretation of the Texts, Usul al-Fiqh*, (Kuala Lumpur: Islamic Book Trust, 2017)

Khallāf, 'Abd al-Wahhāb (d. 1376/1956), "*'Ilm Uṣūl al-Fiqh*," 12th edn. (Kuwait: Dār al-Qalām, 1398/1978

Laknawī, 'Abd al-'Ali Muḥammad bin Nizām al-Dīn Anṣārī, Baḥr al-'Ulūm, Abū al-'Abbās, Ḥanafī (d. 1180/1767), *Fawātiḥ al-Raḥamūt sharḥ Musallam al-Subūt fī Uṣūl al-Fiqh*" (Cairo: Matba'ah al-Amīriyyah Bulāq, 1906)

Laldin, Mohamad Akram. "*Islamic Law an Introduction*," (Kuala Lumpur: Research Centre of iium, 2006)

Maḥmaṣānī, Ṣubḥī. *Falsafat al-Tashrī' fī al-Islām -The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, Trans. Farhat J. Zaideh. (Selangor Darul Ehsan: Penerbitan Hizbi, 1987)

Mollah Husraw, Muḥammad bin Firāmūz (885/1480), "*Mir'āt al-Uṣūl Sharḥ Mirkāt al-Wusūl*" (Istanbul: Matba'ah al-Amīrah, 1309)

Nyazee, Imran Ahsan Khan. "*Islamic Jurisprudence*," (Kuala Lumpur: The Other Press, 2003)

Qurtubī, Abū 'Abd Allah Muḥammad b. Aḥmad (d. 760/1359), *Al-Jāmī' li Aḥkām al-Qur'ān* (Cairo: Dār al-Kutub al-Maṣriyyah, 1939)

Rāzī, Fakhr al-Dīn Muḥammad b. 'Umar b. al-Ḥusayn Abū 'Abd Allah. (d. 606/1210), "*Al-Maḥṣūl fī 'Ilm al-Uṣūl al-Fiqh"* (Beirut: 1988).

Ṣadr al-Sharī'ah, 'Ubayd Allah Ibn Mas'ūd bin Tāj al-Sharī'ah al-Ḥanafī. (d. 747/1346), "*Al-Tawdīḥ fī Ḥall Jawāmid al-Tanqīḥ*" (Karachi: 1979)

Sanhūrī, 'Abdul-Razzaq. "Wujūb Tanqīḥ al-Qānūn al-Madanī al-Miṣrī wa 'alā Ay' Asās Yakūn Hādhā al-Tanqīḥ," *Maj. Al-Qānūn wa al-Iqtiṣād*, 6(1), 1936.

Shāṭibī, Abū Isḥāq Ibrāhīm bin Mūsa al-Ghirnāṭī. (d. 790/1388), "*Al Muwāfaqāt fī-Uṣūl al-Sharī'ah*," edt. 'Abd-Allah Diraz (Beirut: Dār al-Ma'rifah)

Shawkānī, Abū 'Alī Badr al-Dīn Muḥammad bin 'Alī. (d. 1250/1834), "*Irshād al-Fuḥūl ilā Taḥqīq al-Ḥaq min 'Ilm al-Uṣūl*" (Cairo: 1937)

Tabarānī, Sulaymān b. Aḥmad (d. 360/971), "*Al-Mu'jam al-Saghīr wa al-Mū'jam al-Awsāt*" (Beirut: M. Shakūr Maḥmūd al-Ḥajj Amīr, 1985)

Taḥwānī, Muḥammad 'Ali bin 'Ali. *Kashf 'Iṣṭilāḥāt al-Funūn* (Beirut: Dār Ṣadr, 1961)

Wehr, Hans. "*A Dictionary of Modern Written Arabic*," edited by J. Milton Cowan, 4th edition (Germany: 1979)

Zarqā', Muṣṭafā Aḥmad. *Al-Madkhal al-Fiqhī al-'Āmm*, 9th ed. (Damascus: Dār al-Fikr, 1968)

Zaydān, 'Abdul Karīm. *Al-Madkhal li Dirāsat al-Sharī'ah al-Islāmiyyah* (Baghdād: Mu'assasah al-Risālah and Maktabah al-Quds, 1976),

- "*al-Wajīz fī Uṣūl al-Fiqh*," (Beirut: Muassasah ar-Risālah, 2009)

Zuhaylī, Wahbah. "*Uṣul al-Fiqh al-Islāmi*" (Beirut: Dār al-Fikr al-Mu'āsir, 1406/1986)

MECELLE LITERATURE REVIEW OF THE OTTOMAN EMPIRE, EX-OTTOMAN AND EXTRA-OTTOMAN COUNTRIES

Tomoki OKAWARA

Tohoku University

1. Introduction

As *Mecelle* has been evaluated as a typical code of Islamic legal tradition and culture in Turkish legal history, most of the other codes enacted since Tanzimat in the Empire have been viewed of a type of Western modern laws. While many Turkish scholars have studied *Mecelle* and published significant academic results, it has not received the scholarly attention by the other researchers well[1]. Their studies, however, has been limited to above mentioned field, and only few attempts have so far made at *Mecelle* in ex-Ottoman and extra-Ottoman countries[2]. In this article, I will try to widen the field of the research of *Mecelle* across the border of Turkey at a worldwide level, because the study of *Mecelle* in ex-Ottoman and extra-Ottoman countries has been quite few. So I should start, first of all, to inquire into basic information of *Mecelle* in ex-Ottoman and extra-Ottoman countries. In other words, we have still not known when, how and why Ottoman Turkish *Mecelle* has been translated into the other languages. To understand a history of legal translation of *Mecelle* is to understand a process of legal transplantation of *Mecelle* in target countries. For its purpose, I would like to write a literature review of legal translation of *Mecelle* in this article.

First of all, I have to inquire into the problem of translation and justice. As White points out, (1) translation is an art of recognition and response, both to another person and to another language, (2) it carries the translator to a point between languages, between people (and between peoples), where the differences between them can be more fully seen and more nearly comprehended …, (3) it involves an assertion of the self, and (4) in all these respects it is a model of law and justice, for these two are at their heart also ways of establishing right relations, both between one person and another and between a mind and the languages it confronts[3]. Then, as to the problem of legal translation, Wolff states it, citing some researcher's opinion such as Poon's 'Although today it is more liberal in style, the first consideration in legal translation is still fidelity to the original text[4].' Wolf explains the doctrine of textual fidelity by Sarcevic's following observation:

> *Legal translators have traditionally been bounded by the principle of fidelity. Convinced that the main goal of translation is to reproduce the content of the source text as accurately as possible, both lawyers and linguists agreed that legal texts had to be translated literally.*

1 Ruvin, "Modernity as a Code," p.845.
2 A few exceptions are studies done by G. Tedeschi and Ch. Mallat. Tedeschi "Le centenaire de la Mejelle." Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*.
3 White, *Justice as Translation,* p.230.
4 Wolf, "Legal Translation," p.229.

For the sake of preserving the letter of the law, the main guideline for legal translation was fidelity to the source text[5].

It may be worth mention, in passing that in Japan, after the Meiji Restoration of 1868, the central government sought to enact codified laws, in the framework of European legal system. For its purpose, translation of Napoleonic Civil Code into Japanese was hastily conducted under the supervision of Shinpei Eto (Minister of Justice, 1872-73). The translation is observed simple replacement of 'France' and 'French' with 'Japan' and 'Japanese'[6]. He tried to introduce it as it was, only in direct translation and without modification to the contents. He is said to have urged the translator with the phrase: "Just translate as quickly as you can, even if you might mistranslate[7]." After this failure, Japanese government employed foreign advisors, who wrote drafts of laws in French and German. These translated drafts went revised many times by Japanese jurists and officials to 'Japanize' the texts to reflect Japanese traditions and customs[8]. In short, Japanese elite class of legal profession in Meiji era tried to study the concept of Western modern law through translation work.

2. *Mecelle* literature review of the Ottoman Empire and ex-Ottoman countries

2-1. Original (Ottoman Turkish) Version

Same as Japanese case, in the Ottoman Empire, European laws, French laws in particular, were translated into Ottoman Turkish, and used for enacting new laws; commercial code, criminal code, code of maritime commerce, code of criminal procedure and code of civil procedure[9]. Even for civil code, Ali Paşa (d. 1871), the Grand Vezir, translated French civil code (Code Napoleon) and pushed strongly adopting it, but Cevdet Paşa (d. 1895), president of the *Divan-ı Ahkam-ı Adliye* (council of judicial ordinance) and the *Mecelle Cem'iyeti* (*Mecelle* committee), opposed him. Finally, under his supervision, *Mecelle* was enacted in accordance with Shari'a. As this famous episode was placed in Turkish legal history as an example of legal dualism, some scholars, however, started to revise such vision of coexistence of legal dualism, or reconsider how Ottomans understood and adopted the meaning of codification[10].

In my view, even *Mecelle* is also a product of translation, because articles of *Mecelle* are mostly translated from famous Hanfite legal books. For example, articles 2 – 100, the section of *mukaddıme* (preface), are almost from İbn Nüceyim (d. 1563)'s *Eşbah ve'n-neza'ir* and Hadimi (d. 1762)'s *Menafiu'd-deka'ik fi şerhi mecami'ul-haka'ik*. In addition to that, Cevdet Paşa and members of the committee seem to have tried to 'Turkishificate' some concept of Western law into their *Mecelle*. I see it in Article 1 in particular, because the committee uses the word such as 'civilization' and 'reason' intentionally:

... In view of the fact that man is a civilized being (medeniyu't-teb'), he cannot live in solitude like the other animals, but is in need of co-operation and association in work with

5 Sarcevic cited in Wolf, "Legal Translation," p.236.
6 Takeda and Sekine, "Translation of Japanese Laws and Regulations," p.224.
7 Matsumoto, "Lost in Translation," p.113.
8 Takeda and Sekine, "Translation of Japanese Laws and Regulations," p.224.
9 Hallaq, *Shari'a: theory, practice, transformations*, p.411. Oguz, "The Role of Comparative Law in the Development of Turkish Civil Law, p.378.
10 Rubin, "Modernity as a Code," pp.844-850.

his fellow men in order to live in a state of civilization (medeniyet). Every person, however, asks for the things which he likes and avoids things which are disagreeable to him. As a result, it has been necessary to establish Shari'a based laws (kavanin-i mü'eyyede-i şer'iye) likely to maintain order and justice ('adl ve nizam) as regards marriage, mutual help and social relations, which are the basis of all civilization (el-medeniyet) [partly modified by author][11].

Possibly inspired by İbn Haldun (d. 1406)'s *Mukaddime* (Prolegomena), which he had translated it into Ottoman Turkish before, Cevdet expressed the importance of codification of civil law in Ottoman Turkish, and probably for this reason he named the first section of hundred articles of *Mecelle* as *mukaddime*. Islamic jurists, however, seem not to have paid any important attention to the full-length Article 1, and commentary books, including Hocaeminefendizade Ali Haydar Efendi (d. 1935)'s *Dürer'ül-hukkam Şerh-i Mecelletü'l-ahkam*, does not devote so much pages to it.

2-2. Translated Texts of *Mecelle*

According to study of our research group[12], there are various translated *Mecelle* texts in the Ottoman Empire and ex-Ottoman countries. There are translated texts of Arabic, French, Greek, English, Hebrew, Bulgarian, Armenian, Bosnian version[13]. It means that translated texts of *Mecelle* cover almost the Ottoman Empire (and as I will discuss later, there are the other translated texts covering Islamic World). The processes of translation activities, however, have not yet been sufficiently studied, and still obscure.

2-2-1. The Arabic version

After the trial of reproducing these complicated processes of translation activities, I am convinced that the Arabic case is most complicated one. Just after the promulgation of *mukaddime* and the first book of *buyu* (sale) in April 1869, translation activity of Arabic text seems to have started and it seems to have finished in October 1870, but it needed another six months for the publication. Supposedly, it was checked by *Bab- Meşihat* (the Ministry of Şeyhülislam), *Bab-ı Ali* (the Prime Minister's Office) or the other Ministries.

Most interestingly, it is not simple translation. For example, Article 16: '*el-ictihad la yunkazu bi-mislihi* (One legal interpretation is not be destroyed by another equivalent one)' of the Arabic version is a translation of "*ictihād ile ictihād naḳż olunmaz* (One legal interpretation cannot be destroyed by another)" of the Ottoman Turkish version. This article originally derives from the legal maxim "*el-ictihad la yunkazu bi' l-ictihad*" of *Eşbah ve'n-neza'ir*. The Ottoman Turkish version seems to be simple translation, and the Arabic version can be better understood by reader the actual meaning of it as "If there are two interpretations of the same value, one of them does not destroy the other. However, if one is stronger than the other, this is not the case."

---

[11] Hooper, *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan*, pp.15-16.

[12] Cross-disciplinary research group, which was organized to study *Mecelle* in 2008, and composed of Japanese historians, jurists and lawyers.

[13] M. Becic gave information to us that even some articles of *Mecelle* were translated into German under the Austro-Hungarian rule in the symposium.

In the other parts, however, there are many mistranslations, additions and omissions. For example, in Article 426 a part of original Ottoman Turkish version; "*ve bir kimse sakin olmaḳ uzere isticar eylediği hanede sakin olmayıpta eşya vaz edecek olsa caiz olur* (and in a house hired for someone to live in, if he does not live there, if he wishes to put things there, it is lawful)" is totally omitted from an Arabic version. Another example is Article 244; after the phrase of Ottoman Turkish version "*emma el-hale hazıhı Der-saadet'te cari olam örf o adete nazaran yirmilik yerine eczasından olan kırıllık ve ikilik verilemez* (at the present time, according to the usage and customs existing in Constantinople, *ḳırḳlıḳ* [1 *ḳırḳlıḳ* = 1 *guruş]* and *ikilik* [= 2 *guruş*] coins cannot be given in the place of *yirmilik* [= 20 *guruş*] coins, despite simply being lesser denominations than *yirmilik*)", the Arabic additional phrase "*ve-fi Beyrut bi'l-aks li'enna'l-ecza fi-ha ağla* (but in Beyut, this is not the case, because the lesser denominations are more valuable)" was inserted in the version of Beyrut, but without official permission[14]. Probably, people of Beyrut thought it necessary to insert it to express their legal opinion.

This Arabic version was further revised later by Yusuf el-Esir (d. 1889) under the supervision of *Bab-ı Meşihat* and published in 1879, which became an authorized version[15]. In the preface, Ahmet Faris eş-Şidyak (d.1887), a Lebanese origin Ottoman Arab, and an editor-in-chief of the Arabic Newspaper, *el-Ceva'ib* writes:

> *The first and second editions of Mecelle became out of print, because judges and members of Courts established for settling lawsuits and Arabs (ebna'u'l-Arab) in particular, who were lack of Turkish ability or ignorant of it at all, purchased them*[16].

From here, it is obvious that even after the Ottoman constitution of 1876 defined its official language is Turkish, many subjects were still lack of Turkish ability.

Selim Baz (d. 1920), the author of the commentary book, titled *Şerhü'l-mecelle*, tried to make new translation directly from Ottoman Turkish in the occasion of republication of the modified and enlarged edition. It is the more accurate Arabic translated text, but not authorized, so even after the demise of the Ottoman Empire, the State of Syria adopted authorized Arabic text of 1879[17]. Syria and Lebanon under the French Mandate, and Iraq, Palestine and Transjordan under British Mandate followed a different process. Lebanon enacted the Code of Obligations and Contracts in 1932, by which abolished *Mecelle*. It was one of the earliest moves toward modernization of Civil Code in addition to Turkey. On the contrary, Syria, Iraq, Transjordan and Palestine kept *Mecelle* as civil code until the end of Mandate rule, and some country even after.

2-2-2. French and Greek versions

First three books of *Mecelle* were translated into French and published between 1872 and 1878 by V. Servicen, who was a licentiate of Faculté de droit de Paris, and served the Court of Cassation of Istanbul as a conseiller auditeur at that time[18]. He writes that most of this work was done under

---

14 This Arabic version was published by Edebiye press of Beyrut in AH1302 (1884-85).

15 It has been published by Ceva'ib, Osmaniye or the other presses.

16 *el-Mcelle* [Matba'atü'l-ceva'ib], preface.

17 Hooper writes *Mecelle* of Necib Bey Hevavini published in 1923 has been adopted as an official translation. Hooper, *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan*, the second page of Preface. That of Hevavini (d. 1956) is, however, just same to the 1879 version, and he added reference numbers of legal articles to it only.

18 In the other source, he was introduced as "avocat du barreau ottoman." Huart, Cl., "Le Code civil ottoman," p.55.

the supervision of Vahan Efendi[19]. Vahan Efendi was an Ottoman Armenian senior judicial official, and sent to Europe to study various judicial procedures[20]. Accordingly, their work was aimed at practical use in court procedures. The more important work was done by a private entrepreneur. D. Nikolaidis, who was an Ottoman Greek editor of the newspapers *Servet* and *Konstantinoupolis*, conducted this work, and published books 1 – 8 in 1881 with collaboration from various law and the other specialists[21], and books 9 – 16 in 1888 with collaboration from G. Sinapian[22]. In its forward, Nikolaidis writes these principles were found in the midst of an inextricable labyrinth of collections and works which the small number of Muslim jurists and juris consults could … consult and understand. He also explains that his aim is to show Europeans that the Ottoman society became well civilized by *Mecelle*. In 1889, the following year, Nikolaidis published Greek version, which is with rich legal commentaries[23]. By these publications, both in French and Greek, Nikolaidis constituted a valuable contribution to broad diffusion of basic knowledge of Ottoman Civil Code to the public, including non-Turkish speakers among the Ottoman subjects and foreign residents in the Empire. In reality, Nikolaidis' activities were sponsored by the Ottoman government, because the latter gave him financial aids and bought and distributed them. Then, those are joint enterprises of the journalist and the government.

2-2-3. English version

The first English translated text was made in Cyprus under British Protectorate. William E. Grigsby[24], a British District Judge in Cyprus, translated the above mentioned authorized Greek version of *Mecelle* into English, with collaboration from Nicholas Vitalis, Clerk and Translator of the Queen's Advocate of Cyprus, who revised the whole work from the Ottoman Turkish Original[25]. The Ottoman government tried to check contents of translated texts of *Mecelle* through censorship and permission, because all publications should be inspected and had to get the permission by the government. Translated texts and commentaries of *Mecelle* were no exception to this rule, and from documents preserved in BOA, French, Bulgarian and the other versions also got the permission. Some of which was, however, could not get it[26]. Most interestingly, also above mentioned the first English version of Grigsby was also inspected from 1895 to 96[27], and finally got permission from Bab-ı Ali, but this book had already been published in 1895. It means that this permission was nominal, and in reality it is ratified.

---

19 Servicen, *Code civil ottoman*, preface.

20 Ruvin, "Legal borrowing and its impact on Ottoman legal culture, p.284.

21 Names are given as follows; Takvor Efendi Baghtchebanoglou, juge au tribunal de 1re instance de Pera (possibly Muslim), the judge, L. Rota, the lawyer (Levantine?), Mihran Chirinian (possibly Armenian) and Alexandre Adamides (possibly Greek). Nicolaïdes, *Code civil ottoman*, vol.1, pp.c-d. The title of Takvor Efendi is cited from Huart, Cl., "Le Code civil ottoman," p.55.

22 Possibly Armenian

23 Öztürk reports there was some documents indicating the early official attempt to translate *Mecelle* into Greek conducted by Yani Fotiyadi Kostaki Efendi in 1872. Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, p.82.

24 He also taught as a professor of Law at the University of Tokyo between 1874 and 1879. After teaching Law in England, he was appointed as a district judge in Cyprus in 1893, where he *Mecelle* translated into English.

25 Chevalier-Commander de l'Ordre du Medjidié, Clerk and Translator of the Queen's Advocate of Cyprus

26 For example, its commentary titled *Minhacü'l-mecelle* of Kale-i Sultaniyeli Türkzade Ziyauddin Efendi was inspected in 1894, but after one year's inspection, the application was rejected. BOA, MF. MKT 204-39, MF.MKT 256-55. At the same time, some papers related to *hibe* (gift), were drafted in Armenian Patriarchate in 1894, but prohibited of its circulation even inside Armenian Church.

27 BOA

Eight years later, this version was replaced by more complete version made by Tyser, President of District Court of Kyrenia, who also got collaboration from an Ottoman Greek and Turkish officials[28]. Not like Arabic version, French, Greek and English versions were made with collaboration from Muslims and Christians of many ethnic origins.

After the demise of the Ottoman Empire, in Transjordan under British Mandate, Ch. A. Hooper made an important contribution to translation and study of *Mecelle* in 1930s. When he served as President of the Court of First Instance at Basra of Iraq, he translated a part of *Mecelle*[29], and the Ottoman Code of Civil Procedure[30]. After he moved to Transjordan, he studied *Mecelle* in detail as Judicial Adviser to the Government of Transjordan in 1930s[31]. Engaged in those translation activities, Hooper should understand critical differences between two versions of Ottoman Turkish and Arabic, because two versions had been used there until the end of the Ottoman rule. He explains;

> *I first wrote out by hand a complete translation from a reliable Turkish text published by authority in Constantinople in 1308 A.H. I then checked this translation with the two Arabic versions which are most commonly in use in the Arabic speaking territories of the former Ottoman Empire. Where any divergence was found, I referred again to the Turkish text to settle the point. This check revealed the existence of certain errors in these translations*[32].

The distinguishing feature of English translated text of Hooper is embodied in its practicability for British officials[33]. His translated text and detailed study also explored the possibility of 'Anglicization' of legal system, namely the replacement of Ottoman norms and procedures by English one in Palestine and Transjordan[34].

2-2-4. Hebrew version

Hebrew version has something strange history, because it was not made before the demise of the Ottoman Empire, and Modern Hebrew had not been well established at that time. When the language became an official language in British-ruled Palestine along with English and Arabic, G. Frumkin, Jewish Judge, started to translate *Mecelle* into Hebrew, and published it in 1928 after his seven years work. He mainly referred to versions of the Ottoman Turkish, Arabic and Tyser's English[35]. He explains his aim of translation from two aspects (1) practical aspect for use of legal profession, and (2) academic one for the purpose of enacting new civil code, and comparative study between Shari'a and Hebrew law. That work was, however, not of his own idea, but of the request of the British High Commissioner, Herbert L. Samuel, who gave him financial support officially. On

---

28 D. G. Demetriades, Register of the Court, and Ismail Haqqi Effendi, Turkish Clerk of the Court

29 the book of Evidence

30 It was published under the title of *The Law of Civil Procedure of Iraq and Palestine* in 1930.

31 He published *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan* as two volumes; vol.1 (1933) contains a complete English translation of *Mecelle* by himself, and vol.2 (1936).

32 *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan*, the first and second pages of preface. He got the invaluable help of Abdullah Nusseir, Superintendent of the Ministry of Justice, Amman, and Fuad Ghanma, Clerk in the Ministry of Justice, Amman.

33 Recently a study of translation strategies used in legal translation of Hooper was published, but I see it has some mistakes that cannot be overlooked; (1) the author states Hooper translated Arabic into English, but as I said, he used both Ottoman Turkish and Arabic versions. (2) I think it important to consider the possibility he referred to previous English versions, i.e. Grigsby's and Tyser's. Alwaza, "Important Translation Strategies," pp.245-253.

34 Likhovski, *Law and Identity in Mandate Palestine*, pp.11-17.

35 Frumkin, Gad, *Meg'elle o mejelet al-aḥkaam al-'adliya*, pp.5-6.

the contrary, Fehmi el-Huseyini, an Arab journal editor of *al-Hukuk*, translated voluminous *Dürerü'l-hukkam* of Ali Haydar Efendi into Arabic in 1920s by his own initiative. Such complicated relations of Ottoman Turkish, Arabic, English and Hebrew versions in Mandate Palestine seem to have reflected complicated political, cultural and legal situations at that time.

2-2-5. The other versions

Although I do not have sufficient information about Bulgarian translated text of Arnabudoğlu Hristaki Efendi, published in 1881, and Armenian translated text of 1889, I also have some information about Bosnian translated text made and published in 1906 in Bosnia and Herzegovina, ruled by Austrian-Hungary under the sovereignty of the Ottoman Empire since 1878.

As I have mentioned above, that there are translated texts of Arabic, French, Greek, English, Hebrew, Bulgarian, Armenian and Bosnian in the Ottoman Empire and ex-Ottoman countries. How *Mecelle* literature of such various languages can be evaluated? It should be concluded that the intention of the Ottoman and British government can be explained by 'imperial/ colonial discourse'. It means not diffusion of modern legal system in given area, but the replacement of old legal norms and procedures by new ones. In this meaning, legal translation is not same as replacement word by word. Actually the Ottoman government not only actively intervened in it through censorship and permission of the publication, but also even promoted it through the request, financial aids, purchase and distribution.

3. *Mecelle* literature review of extra-Ottoman countries

Turning now to *Mecelle* literature of extra-Ottoman countries, where translated texts of Jawi (Malay written in Arabic scripts), Russian, Urdu and Dari (Persian in Afghanistan) were established.

3-1. Jawi and Russian versions

The first example is Jawi version, named *Majalah Aklam Johor*, published in British Malay. Although there are quite few studies about how that text was made and used, it might be connected with visit of Abubakar, the Sultan of Johor to the Ottoman Empire in the end of the 19th century. According to the preface of *Majalah Aklam Johor*, the permission was granted by the Sultan of Johor to the Mufti, Şheyh Abdulkadir bin Mohsin el-Attas in 1913[36].

Russian translated text was published in Tashkent in 1911. The latter case might be intended by Russians for the purpose of understanding Shari'a based civil code possibly to use it as a tool of colonial rule. In this sense, those version should be understood as literature of 'imperial/ colonial discourse.'

3-2. Urdu and Dari versions

The next stage of diffusion of *Mecelle* operated in 1960s, mainly in South Asian region, i.e. Pakistan and Afghanistan. Those processes can be seen differently from the above mentioned translation activities. Independent separately from India in 1947, as a Muslim nation, Pakistan should have centered its national identity as 'Islamic.' In legal system until the end of 1970s, Shari'a

[36] Borham, "The relationship between Turkey and Malaysia," p.47.

had been almost restricted to personal status. After the date, however, a series of Shari'a based laws were introduced under the presidency of Ziyau'l-hak. Islamic norms, supposedly, had not been mainstream in legal culture in Pakistan before the date. Under such conditions, translation of *Mecelle* into Urdu was done by an Islamic jurist, Abdu'l-kuddus Haşimi who published it in 1966. Haşimi states that *Mecelle* was partly translated into Urdu and published in Haydarabad of Deccan in 1883-84 under the title of *Şeriat-i mahbube*, translated by Mevlevi Muhammed Selim Dehlavi, but it was abridged version, so he made full translation[37]. Then, I understand that Urdu translated text was not sponsored by the government, rather a personal enterprise.

Dari translated text is the last example. Afghanistan also suffered from political instability. Abdulalişah Tuhi Heravi, a Muslim jurist, translated the first one hundred articles of *Mecelle* into Dari. He writes it is done for improving Shari'a court system (*islahat-i unur-i kaza*). He got help from many Afghani jurists from Herat in particular, but it also seems not to have been sponsored by the government.

Interestingly, both versions were translated not from Ottoman Turkish, but from Arabic commentary books of *Mecelle* written by Muhammed Halid and Muhammed Tahir of the Atasi family from Syria, written in the first half of the 20th century. Both activities of Pakistan and Afghanistan, however, had seemingly no fruitful result, partly due to military coup d'etats of 1970s. Timing and motive being taken into consideration, translation activities of both countries can be explained as 'postcolonial/ Islamic revival discourse.'

Finally, I prefer to add one interesting case from contemporary Arab countries. It is the case of Civil Code of the United Arab Emirates of 1985, where the Maliki and Hanbali Schools of law are dominant. I, however, found category of contracts as valid (e*l-akdu's-sahih*), void (*el-akdu'l-batıl*), defective (*el-akdu'l-fasıd*), suspended (*el-akdu'l-mevkuf*) and non-binding (*el-akd gayru'l-mülazım*) in Articles 209 – 218 of the Code. Such categorization of contracts is of the most typical principles of the Hanafi School of law, and is neither in Maliki nor in Hanbali. It can be seen as a kind of legal cultural diffusion of *Mecelle* in the modern world.

4. Conclusion

In the first part, I examined how translated texts of *Mecelle* (Arabic, French, Greek, English, Hebrew, Bulgarian, Armenian and Bosnian) were conducted and established in in the Ottoman Empire and ex-Ottoman countries. I found that intention of the Ottoman and British governments can be explained by 'imperial/ colonial discourse,' because each government not only actively intervened in it through various method of controlling translated texts of *Mecelle*.

In the second part, I examined the diffusion processes of *Mecelle* outside the Ottoman Empire since around turn of the twentieth century. These processes can be seen by two narratives; (1) the stage of the first half of the twentieth century also can be understood as 'imperial/ colonial discourse.' In this stage, translation work of *Mecelle* was propagated to territories outside the Empire, such as British Malay and Russian Central Asia, and (2) the second stage might be seen as 'postcolonial/ Islamic revival discourse' in the second half of the twentieth century, 1960s and 1970s in particular. Islamic jurists of Pakistan and Afghanistan translated Arabic *Mecelle* into their national

[37] Haşimi, *Mecelletü'l-ahkam (Mükemmel Urdu Tercüme)*, pp.9-10.

languages by their own initiative. Phenomenon of *Mecelle* diffusion can be observed even after that. UAE Civil Code, for example, was partly influenced by Hanafi School of law in the categorization of contracts. It should be concluded that translated texts of *Mecelle* had had important and worldwide impacts on the Ottoman Empire, ex-Ottoman and extra-Ottoman countries, further than we expected.

[Bibliography]

[*Mecelle*]

Ali Ḥaydar, *Dürerü'l-hukkam fi şerhi Mecelleti'l-ahkam*, 4 vols, translated by Fehmi el-Ḥuseyini, Beyrut: Daru'l-kütubi'l-ilmiye, n.d. (Arapça)

Ali Haydar Efendi, Hocaeminefendizade, *Dürerü'l-hukkam şerhi mecelleti'l-ahkam*, 4 vols, (vol.1) İstanbul: Matbaa-i Tevsi'-i Tıba'at, (vols.2-3) Kustantıniyye [İstanbul]: Matbaa-i Ebüzziya, (vol.4) [İstanbul]: Hukuk Matbaası, 1330. (Osmanlıca)

Baz [el-Lübnani], Selim b. Rüstem, *Şerḥu'l-mecelle*, 2 vols, 3rd ed., Beyrut: Darü'l-fikr, n.d. (Arapça)

Frumkin, Gad, *Meg'elle o mejelet al-aḥkaam al-'adliya (qobets-dini hamišpaṭ)*, Yerušalem, 5712 [1951/52] (rep. of 1928). (İbraniçe)

Grigsby, W. E., *The Medjelle or Ottoman Civil Code*, London: Stevens and Sons, 1895. (İnglizce)

Haşimi, Abdulkuddus, *Mecelletü'l-ahkam (Mükemmel Urdu Tercüme)*, Karachi: Mirza Ehtarhasan Eduket, 1966. (Urduca)

Hooper, C. A., *The Law of Civil Procedure of Iraq and Palestine*, Basrah: The Times, [1930].

Hooper, C. A., *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan*, vol.1, Holmes Beach: Gaunt, 2000 (rep. of Jerusalem: Azriel, 1933). (İnglizce)

el-Mecelle, Beyrut: el-Matba'atü'l-edebiye, AH1302. (Arapça)

el-Mecelle, Kustantıniye: Matba'atü'l-ceva'ib, AH1305, 3rd ed. (Arapça)

Nicolaïdes, D., *Code civil ottoman*, 2 vols, Constantinople, vol.1 [1881], vol.2, 1888. (Fransızca)

Tohi el-Heravi, Muhammed Abdulalişah, *Şerh Kava'idi Külliye ve Zavabiti Umumiye*, n.p., SH1348. (Darice: Afgan Farsçası)

Tyser, C. R., D. G. Demetriades and Ismail Haqqi Effendi, *The Mejelle, being an English Translation of Majallah el-Ahkam-i Adliya and a Complete Code on Islamic Civil Law*, The Other Press: Kuala Lumpur, [2001] (rep. of n.p., 1967). (İnglizce)

Servicen, Vitchen, *Code civil ottoman*, vol.1, Constantinople, vol.1, 1872. (Fransızca)

[The other sources]

Alwazna, Rafat Y., "Important Translation Strategies Used in Legal Translation: Examples of Hooper's Translation of the Ottoman Majalla," Cheng, Le, King Kui Sin and Anne Wagner (eds.), *The Ashgate Handbook of Legal Translation*, London and New York: Routledge, 2016, pp.237-254.

Borham, Abd Jalil "The relationship between Turkey and Malaysia in 19th century and impact of implementation of *Majalah Ahkam Johor*," *The International Journal of Social Sciences*, 13-1 (2013), pp.46-50.

Hallaq, Wael B., *Shari'a: theory, practice, transformations*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009.

Huart, Cl., "Le Code civil ottoman," *Revue Critique d'Histoire et Litterature*, Nouvelle serie 13 (1882), pp.50-57.

Likhovski, Assaf, *Law and Identity in Mandate Palestine*, Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2006.

Mallat, Ch., I *Introduction to Middle Eastern Law*, Oxford and New York: Oxford University Press, 2007.

Matsumoto, Emi, "Lost in Translation: The Reception of German law in Japan," *Housei Riron*, 42-3/4 (2010) pp.110-128.

Oguz, Arzu, "The Role of Comparative Law in the Development of Turkish Civil Law," *Pace International Law Review*, 17-2 (2005), 373-386

Öztürk, Osman, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı, 1973.

Ruvin, Avi, "Legal borrowing and its impact on Ottoman legal culture in the late nineteenth century," *Continuity and Change*, 22-2 (2007), pp.279-303.

Rubin, Avi, "Modernity as a Code: The Ottoman Empire and the Global Movement of Codification," *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 59 (2016), pp.828-856.

Takeda, Kayoko and Yasuhiro Sekine, "Translation of Japanese Laws and Regulations," Cheng, Le, King Kui Sin and Anne Wagner (eds.), *The Ashgate Handbook of Legal Translation*, London and New York: Routledge, 2016, pp.223-236.

Tedeschi, G., "Le centenaire de la Mejelle," *Revue Internationals de Droit*, 21, 1969, pp.125-133.

White, J. B., *Justice as Translation, an Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1990.

Wolf, Leon, "Legal Translation," Malmkjær, K. and Kevin Windle (eds.), *The Oxford Handbook of Translation Studies*, Oxford and New York: Oxford University Press, pp.228-242.

مدير مخبر جمع دراسة وتحقيق مخطوطات المنطقة وغيرها معتمد من وزارة التعليم العالي

عضو مجلس ادارة اتحاد الدولي للحقوقيين/ عضو هيئة المخطوطات الإسلامية كامبردج بريطانيا

***أ/ شاكري سمية أستاذة مساعدة (أ)كلية الحقوق جامعة سطيف 2. الجزائر**

تقديم:

الملخص

أولت مجلة الأحكام العدلية العثمانية أهمية بالغة للمعاملات المدنية لا سيما العقود من بيوع وإجارة وكفالة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في تقنينه المسمى بالقانون المدني، ويلاحظ على مجلة الأحكام العدلية اهتمامها بالبيع من خلال تقديمه على غيره من العقود والالتزامات. كما أنها فصلت فيه من خلال عرض تعريفه وأركانه لاسيما الرضا الذي فصلته تفصيلا دقيقا محكما من خلال عرض الإيجاب والقبول وصيغهما وحالاتهما و مجالس تطابقهما وغير ذلك. كما عرضت المجلة أطراف البيع وأركانه وبينت المسائل المتعلقة بالشيء المبيع، الثمن،المثمن، التسليم وأنواع انقضاء البيع من فسخ وانفساخ وإبطال. أما بقية المعاملات فقد تناولتها بإيجاز.

عرض المشرع الجزائري البيع في الكتاب الثاني من القانون المدني المتضمن الالتزامات والعقود ولم يعرف البيع صراحة بل ضمنا في القسم الثاني المتضمن شروط العقد حيث فصل في الرضا، المحل، والسبب ثم عرض إبطال العقد وبطلانه كما عرض مفصلا آثار العقد في القسم الثالث وانحلاله في القسم الرابع .عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من القانون المدني انه:" اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" بينما عرفته مجلة الأحكام العدلية انه التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول .يظهر للوهلة الأولى وجود اختلاف واضح بين القانون المدني الجزائري ومجلة الأحكام العدلية العثمانية. لذا كانت هذه الدراسة التي تقوم على دراسة مقارنة للقانونين في جزئية المعاملات المدنية من خلال التركيز بالأساس على البيع كهم العقود.

مقدمة

يكتسي العقد أهمية مادية ومعنوية على كل العصور لذا يعد القاعدة الأساسية في الحياة الاجتماعية والاقتصادية وقد اهتمت مجلة الأحكام العدلية للدولة العثمانية كما فعل القانون المدني الجزائري بالعقد من خلال التصدي لجل جزئيات العقد كل على حدا.

فهل كانت معالجة العقد والمعاملات المدنية من طرف التقنينين متطابقة؟ و إلى أي مدى أخذ المشرع الجزائري المدني بمبادئ مجلة الأحكام العدلية العثمانية؟

للإجابة على الإشكالية كان من الأهمية بمكان عرض أصل التقنينين وعلاقتهما ببعضهما البعض ثم

أولا : أصل التقنينين المدني الجزائري والمجلة العثمانية وعلاقتهما ببعضهما البعض.

1-: أصل التقنينين المدني الجزائري والمجلة العثمانية

2-علاقة القانون المدني الجزائري بالمجلة:

ثانيا: تطبيقات التقنين الجزائري للمجلة.

1- مبادئ تطبيق التقنينين المدني الجزائري والمجلة العثمانية
2- بعض الأمثلة على التطبيق

1- أصل التقنينين المدني الجزائري والمجلة العثمانية

تم تقنين[1] المعاملات المدنية وغيرها نظرا لأهميتها وذلك من خلال العديد من محاولات التقنين في التاريخ الإسلامي من طرف عدد من الخلفاء الأمويين والعباسيين. فكانت أول محاولة للتقنين للوليد بن عبد الملك 86-96 والذي حاول وضع تقني واحد لكن لم ينجح في ذلك لأن الناس في زمانه اعتادوا أخذ العلم والشرح والفتوى من منبعها، ثم كانت محاولة الخليفة "عمر بن عبد العزيز الذي دون السنة خوفا من ضياعها، و لكي تصبح قانونا يحتكم الناس إليه، أما المحاولة الثالثة فقد كانت في عصر الخليفة أبي جعفر المنصور عندما طلب من الإمام مالك أن يدون ما يحمل الناس على مذهبه لكنه رفضه رغم

[1]- التقنين هو جمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون وتنظيمها وترتيبها في مدونة واحدة ثم إصدارها في شكل مدونة تتضمن قانون وفرضها من طرف السلطة المختصة في البدولة عن طريق السلطة التشريعية فيها. وعرف الدكتور وهبة الزحيلي القانون بأنه:"إن التقنين هو صياغة أحكام الشريعة في معاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها جامعة لإطارها في صورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها." نقلا عن : عبد الباقي عبد الكبير،" **تقنين الشريعة الإسلامية: ماله وماعليه"**، مجلة الدراسات الاسلامية، العدد 44، 2009، ص 212

إصرار الخليفة، لتتكرر الفكرة في عهد هارون الرشيد على الإمام مالك من خلال كتابه الموطأ على الأمصار ليكون مرجعا للقضايا والفتاوى لكن الإمام رفض مرة أخرى لأنه متمسك بأن الاختلاف رحمة، ليكون بعدها في مصر تجربة المذهب الحنفي على ما جاء به ابن القاسم. وكان أول تقنين للفقه الإسلامي في العصر الحاضر ما قامت به الدولة العثمانية عام 1869 التي سميت بالمجلة.[2]

ترجع أسباب تأليف المجلة لاتساع المعاملات التجارية وازدياد الاتصالات بالعالم الخارجي، بالإضافة لوجود قضاة في المحاكم النظامية ومجالس تمييز الحقوق لا اطلاع لهم على علم الفقه وأحكامه، فكان تقنين الأحكام ليسهل عليهم الإطلاع عليها وقد عُني الفقهاء والباحثون بالمجلة وشرحوها، كما كان الفقهاء القدامى يشرحون المتون الشرعية، متبعين في شروحهم ترتيب المجلة لا الترتيب الفقهي.[3]

أسست الدولة العثمانية لجنة سميت "جمعية المجلة" ترأسها أحمد جودت باشا وزير العدل و تتكون من سبعة علماء لوضع قانون المعاملات المدنية لترتب أحكامها في أبواب وفصول و مواد قانونية مجموعها 1851 مادة تستمد أحكامها عن المذهب الحنفي و في حال وجود اختلاف في المذهب اختارت المجلة ما تراه موافقا و مقتضيات العصر والمصلحة العامة.[4]

اختلف الفقهاء في الشريعة الإسلامية بين مجيز للتقنين لما له من منافع و بين رافض و محرم للتقنين في مدونة واحدة.

أما القانون المدني الجزائري فبعد استقلال الدولة الجزائرية اضطرت إلى تطبيق القانون المدني الفرنسي عملا بالقانون 1962/12/31 المتضمن تمديد العمل بالتشريع الفرنسي المطبق في الجزائر قبل الاستقلال إلى غاية 10جويلية 1965 وهو تاريخ بدء سريان الأمر رقم 65-182 المتضمن القانون المدني و يرجع تمديد سريان التشريع الفرنسي المطبق في الجزائر قبل الاستقلال إلى الفراغ التشريعي الذي شهدته الجزائر عقب الاستقلال، لذا يعتبر القانون المدني الجزائري امتداد للقانون الفرنسي إلى حين وضع القانون الجديد الذي لا يختلف كثيرا عن القانون الفرنسي و الذي يعود إلى قانون نابليون بونابرت ويستمد منه العديد من أحكامه.

---

[2]– عبد الباقي عبد الكبير، تقنين الشريعة الاسلامية ماله وماعليه، مقال منشور في الموقع :
http://irigs.iiu.edu.pk:64447/gsdl/collect/alderasa/index/assoc/HASH5f43.dir/doc.pdf

[3]-- عبد الرحمان بن أحمد الجرعي، "تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين و المجيزين"، د.ب. ن، **1426، ص 5**

[4]-- عبد الله علي الركبان، "دعوة تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني"، محاضرة ألقيت ضمن الموسم الثقافي لجامعة قطر 1403 هـ،مجلة أضواء الشريعة/ عدد 5، ص 80

وجد في فرنسا قبل الثورة ما يقرب من ثلاثمئة قانون يختلف الواحد منها عن الآخر. وكانت جميعها نافذة في المناطق الفرنسية المختلفة، فكان القانون الروماني معمولا به في جنوب فرنسا إلى غاية سنة 1785، كما كان العمل بالقانون الجراني في الشمال والقانون الكنسي وقانون الثورة و قانون الملكية المطلقة في عهد لويس الرابع عشر والخامس عشر والسادس عشر فضلا عن قانون الثورة وغيرها من القوانين الأخرى، فألّف نابليون لجنة من كبار رجال القانون وطلب إليها توحيد الشرع الفرنسي. وبعد بضع سنوات من العمل الشاق أخرجت تلك اللجنة للعالم في سنة 1804 قانونًا مدنيًا عرف باسم "قانون نابليون" (بالفرنسية Code Napoléon) :وهو ينص على حقوق الأفراد وواجباتهم.

2-علاقة القانون المدني الجزائري بالمجلة:

و يؤكد الدكتور حمزة أبو فارس أن هناك العديد من نقاط التطابق بين القانون الفرنسي والمذهب المالكي، ولا يمكن أن يكون ذلك مصادفة،و إنما يعود لتأثر باريس بالمذهب الأوزاعي في الأندلس والتي كانت منتشرة في المدارس الكبرى التي يرتادها المسلمون وغير المسلمين من مختلف الأماكن و مختلف الأجناس والديانات، فضلا عما قام به نابليون بونابرت من ترجمة للفقه المالكي حيث قام بترجمة "الرسالة الفقهية "[5]ونسخها في دار الكتب الوطنية بباريس، كما تم ترجمة "مختصر خليل"و طبع مع ترجمته وغيرها من التراجم، و يؤكد الدكتور أن هناك العديد من فقهاء الغرب الذين استفادوا من هذه الترجمة. [6]وعليه يؤكد العديد من الفقهاء أن قانون نابليون بانبرت مستمد من المذهب الملكي و يعطون العديد من الأدلة. منها نص القانون الفرنسي في **سبب العقد و ثمنه حيث :**

[7]أن الالتزام بدون سبب أو بسبب فاسد أو بسبب غير مشروع فهو باطل لا يترتب عليه أثره.ومع ذلك يكون العقد صحيحا، ولو لم يذكر السبب. يكون السبب محظورا عندما

---

[5]- **يعد كتاب « الرسالة الفقهية » أو ما يعرف بـ: « رسالة ابن أبي زيد القيرواني » للشيخ الإمام الفقيه الحجة « أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني الملقب بمالك الصغير (ت386 هـ) »، من أشهر وأنفس ذخائر التراث المالكي، بل المصدر الثالث في المذهب بعد الموطأ والمدونة ، والكتيب على صغر حجمه واختصاره، حوى بين دفتيه أربعة آلاف مسألة، يجب على المكلف معرفتها ولا يسعه جهلها.**

[6]- حمزة أبو فارس،" علاقة القانون المدني بالفقه المالكي"، مقال نشر في نادي القضاة الموريتانيين، السبت 15 ديسمبر2012، أنظر الموقع:
http://cmrim.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2599:2012-12-15-18-39-46&catid=121:2012-11-15-12-51-36&Itemid=233

[7]**جاء في البنود التالية من القانون الفرنسي**

يكون ممنوعا بنص القانون أو مناقضا للأخلاق الحميدة، أو مناقضا للنظام العام.
ويقابله عند المالكية كما جاء في الشرح الكبير بحاشية الدسوقي 6/3:
إلا إن أجبر العاقد عليه (أي البيع) وكذا على سببه جبرا حراما، وهو ما ليس بحق فيصح ولا يلزم، ورد عليه ما جبر على بيعه أو على سببه.
ومعروف في الشريعة الإسلامية أن العقود لا تتوقف صحتها على ذكر أسبابها.
ومعروف أيضا أن السبب عندما يكون حراما يبطل العقد، وقد مر بنا ما في الشرح الكبير.
- وفي البند 1583
إذا حصل التراضي على الثمن والمثمن، ولو لم يحصل قبض السلعة والثمن،
تم البيع بين المتعاقدين، وثبت ملك المبيع لمشتريه. وقال خليل في مختصره :(ينعقد البيع بما يدل على الرضا، وإن بمعاطاة وببعني فيقول بعت، وبايتعت أو بعتك ويرضى الآخر فيهما).[8]

تعود لترجمة القرآن بالفرنسية و التي قام بها "دى رييير" بعد إقامته لفترة طويلة في القاهرة ثم في القسطنطينية في عام 1630و يقول "Régis Blachére": "ظهرت ترجمة القرآن عان 1647 في باريس تحت عنوان"قرآن محمد" و حظيت في الحال بشهرة عظيمة مردها اهتمام العالم المثقف آنذاك بالعالم الإسلامي أكثر مما نتخيله بكثير، و توالت الطبعات، فخلال خمس سنوات صدر مالا يقل عن خمس طبعات، بالإضافة إلى ذلك ترجمت إلى الانجليزية عام 1688 و الهولندية عام 1698 و الألمانية ..."[9]

مجلة الأحكام العدلية صدرت في فترة الخلافة العثمانية في شعبان سنة 1293 هجري الموافق ل1882 ميلادية، وهي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتاب أولها كتاب البيوع وأخرها كتاب القضاء ،مكون من ستة عشر كتاب، أولها كتاب البيوع و آخرها كتاب القضاء كل كتاب يتناول موضوع ومكون من أبواب وكل باب مكون من فصول

1131-L'obligation sans cause ‹ou sur une fausse cause ‹ou sur une cause illicite ‹ne peut avoir aucun effet.
1132- La convention n'est pas moins valable ‹quoique la cause n'en soit pas exprimee .

1133-La cause est illicite ‹quand elle est prohibee par la loi ‹ quand elle est contraire aux bonnes moeus ou a l ordre public.

[8]- حمزة أبو فراس، المرجع السابق.
[9]- أحمد يوسف،**Bonapart Et Mohamet le Conquérant conquis** ،ترجمة أمل الصبان،بونابرت ومحمد القاهر المقهور، المشروع القومي للترجمة، ص 40

المجلة هي القاعدة التي بني عليها القانون المدني في أغلب الدول العربية مثل العراق ومصر و الاردن ,وهو ساري المفعول في قطاع غزة كقانون مدني ،يوجد عدة تراجم للغة العربية.

المحور الثاني: تطبيقات التقنين الجزائري للمجلة.

سنعرض في هذه الجزئية مبادئ تطبيق كل من التقنين المدني الجزائري والمجلة العثمانية ثم نعطي أمثلة عنهما

1-مبادئ تطبيق التقنينين

يطبق القاضي المدني القواعد القانونية بألفاظها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، و إذا لم يوجد فبمقتضى العرف و إذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي و قواعد العدالة.[10]

أما مجلة الأحكام العدلية فهي عبارة عن فقه وقد عرفته المادة الأولى مطولا و هو علم بالمسائل الشرعية العلمية. والمسائل الفقهية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات وإما أن تتلق بأمر الدنيا وهي تنقسم الى مناكحات ومعاملات وعقوبات.[11]

تتمثل مآخذ مجلة الأحكام العدلية في القرآن والسنة و إجماع الأمة وقياس الفقهاء وهو ما يميز مجلة الأحكام العدلية عن بقية القوانين الوضعية فالقوانين تسعى لتطبيق المعاملات بين الأفراد في الدنيا فقط أما مجلة الأحكام العدلية فغايتها أن ينال مطبقها سعادة الدارين الدنيا و الآخرة فتطبيقها له أثر مادي و معنوي على مطبقه. [12]

إن القانون المدني يضم نوعان من القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد إما قواعد آمرة أو قواعد مكملة،أما القواعد الآمرة Régles impératives فهي التي لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق بين الأفراد على مخالفتها فهي قواعد ملزمة لا يمكن التهرب منها.و قواعد أخرى مكملة و هي قواعد مفسرة أي أنه عند السكوت في العقد يجوز الاتفاق على مخالفتها.[13]

---

[10]- المادة الأولى من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20رمضان 1395، الموافق ل 26سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[11]- المادة الأولى من المجلة: مادة (1) الفقه

[12]- علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، المجلد الأول(البيوع، الإجازة، الكفالة) دار عالم الكتب، الرياض ، العربية السعودية، 2003، ص 16

[13]- عمرو بدوى محمد، **المدخل لدراسة القانون**، الكتاب الأول، نظرية القانون، د.ب..ن.، د.س.ن، ص ص (52-54)

أما المجلة فباعتبارها من الفقه أي أنها لن تخرج عن أحد الأحكام الشرعية الخمسة وهي الوجوب والندب والإباحة والحرمة والكراهة.[14]

2-أمثلة عن تطابق التقنينين

نص المشرع الجزائري على العقد وعرفه في المادة 54 من القانون المدني أنه:" العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"

بينما عرفته مجلة الأحكام العدلية أنه التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول.

و يقال عقد البيع كما يقال عقد الحبل، و المراد به التزام وتعهد كل من البائع والمشتري بالمبادلة المالية.[15]

والعقد (contrat)عرفه فقيه القانون المدني أنه:" توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله"، وميز بين العقد والاتفاق مؤكدا أن كل عقد هو اتفاق لكن ليس كل اتفاق هو عقد لأن العقد جزء من الاتفاق،والاتفاق قد يؤدي إلى إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.[16]

أما مجلة الأحكام العدلية فعرفته أنه:" التزام المتعاقدين و تعهدهما أمرا وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول.[17]

ولا يتم عقد البيع إلا بتطابق الإيجاب بالقبول، حيث نصت المادة 167 من مجلة الأحكام العدلية:" البيع ينعقد بإيجاب وقبول" وهو نفس ما جاء به القانون المدني عندما نص في المادة 59:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتان دون الإخلال بالنصوص القانونية".

غير أن مجلة الأحكام العدلية اشترطت أن يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي ولم تشترط أن تسبق صيغة الإيجاب القبول أو تسبق صيغة القبول الإيجاب، كما لم يشترط

---

[14]- علي حيدر،المجلد الأول، المرجع السابق، ص 17

[15]-- علي حيدر،**درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**،المجلد الأول، دار عالم الكتب، الرياض، العربية السعودية، 2003، ص 105

[16]-- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون ذكر سنة النشر، ص137

[17]-- المادة 103 من مجلة الأحكام العدلية.

لفظ معين فيمكن أن يكون بلفظ "بعت" أو "اشتريت" أو "أخذت" أو"تملكت" أو "رضيت" وغيره من الألفاظ.[18]

أما صيغة انعقاد البيع فقد اشترطت مجلة الأحكام العدلية أن تكون بصيغة المضارع، أما عن صيغة الأمر.

بينما لم يشترط المشرع الجزائري أن يكون بأي صيغة لا للحاضر ولا المستقبل ولا الماضي، حيث نص:" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه."[19]

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري لايشترط صياغة معينة للتعبير ويكتفي بتعبير صاحب الإيجاب أو القبول حتى ضمنيا إذا لم يشترط القانون أن يكون صريحا كما يجوز أن يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

يلاحظ أن مواد القانون المدني تتماشى مع قواعد مجلة الأحكام العدلية فقط المقام لا يكف لذكرها بالتفصيل.

خاتمة

توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها:

*مجلة الأحكام العدلية مستمدة من الشريعة الإسلامية و من المذهب الحنفي، أما القانون المدني الجزائري فمستمد من القانون الفرنسي و هو قانون نابليون بونابرت والذي اختلف في أصوله بين مؤيد لفكرة أنه مستمد من مجلة الأحكام العدلية و آخر أنه مستمد من الفقه المالكي. مع بعض التعديلات حتى تتماشى مع المجتمع الفرنسي.

*مجلة الأحكام العدلية تتصف بالشمولية و العمومية أما القانون المدني الجزائري فيتسم بالتخصيص .

*تطبق مجلة الأحكام العدلية على كل المقيمين في الدولة العثمانية ويستوي في الأمر إن كانو مسلمين أو غير ذلك أما القانون المدني الجزائري فقواعده تشمل المعاملات المدنية بين الجزائريين فقط أما إن كانت معاملة بين جزائري و أجنبي فتطبق قواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في المواد من 9 إلى 24 في القانون المدني.

[18]-- المادة 169 من **مجلة الأحكام العدلية**.
[19]- المادة 1/60 من القانون المدني الجزائري

* أبقى القانون المدني الجزائري على ما هو موجود في مجلة الأحكام العدلية وأضاف بعض المسائل التي لم تكن موجودة منها تنازع القوانين، والشخصية الاعتبارية، وحوالة الحق وعقد المقاولة، والتزام المرافق العامة، والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين وملكية الأسرة والإعسار وتصفية الشركات، وحق الاختصاص، حق الامتياز، والتقادم ....الخ، كما أضاف المشرع إلى الفكر القانوني مسائل تفصيلية، تتمثل في إضافات وردت في تنازع القوانين، وعيوب الإرادة، وفي المسؤولية العقدية على فعل الغير، وفي الفعل الضار، وفي حقوق الارتفاق ، وفي الشرط المانع للتصرف، وفي إلغاء العقود العينية وعدها من العقود الرضائية، وفي الالتزام التخييري .....الخ.

معايير التعسف في استعمال الحق في المعاملات الجوارية في مجلة الأحكام العدلية ومدى تأثيرها في القوانين العربية

إعداد: بروفيسور د.عبدالله إبراهيم زيد الكيلاني

الجامعة الأردنية –كلية الشريعة – قسم الفقه وأصوله

ملخص

يهدف هذا البحث لبيان معايير التعسف في مجلة الأحكام العدلية وتطبيقاتها، ومدى تأثر القوانين الأردنية في مفهوم التعسف كما قررته مجلة الأحكام العدلية، ومدى اتساع القواعد العامة في المجلة للأفكار الحديثة في تطبيقات التعسف استنادا لمبدأ المسؤولية المطلقة التي يُعمل بها في قضايا حماية البيئة . ويبين البحث أقوال الشراح، كشرح علي حيدر في درر الحكام شرح مجلة الأحكام .

والتعسف في استعمال الحق هو انحراف في استعمال الحقوق عن مقصود المشرع منها، فالحقوق في المفهوم الإسلامي لم تشرع وسيلة للإضرار بالآخرين؛ وإنما شرعت وسيلة أمن وعدل وتحقيق لمصالح صاحب الحق ، فإذا لم يؤد استعمال الحق لمقصوده نظرا للمآل أو للبواعث غير المشروعة فهذا من التعسف المخالف لمقصود المشرع .

ومن هنا منع الشارع التعسف في استعمال الحق؛ التفاتا لحق الغير فردا كان أو جماعة، ويظهر هذا في عدد من مواد مجلة الأحكام العدلية، سيما في مسائل حقوق الجوار، والحقوق الارتفاقية المشتركة، وهذا مظهر للوظيفة الاجتماعية للحقوق الفردية، وهو يختلف عن مفهوم التعدي الذي هو تجاوز لحدود الحق، فلا يسوغ للفرد أن يستعمل حقه الفردي على نحو يؤذي غيره؛ لأن للحقوق الفردية واجبات اجتماعية أكدها القرآن الكريم في العديد من آياته .

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في وضع معايير للتعسف ؛ كون المتعسف يمارس فعلا مشروعا في الأصل لكن نشأ عنه ضرر بالغير، فردا كان أو جماعة، كاستعمال المالك لملكه أو المستأجر لمنفعته على نحو يؤدي إلى ضرر بالغير.

فهل نغلب مصلحة المالك احتراما لأصل الحق الفردي، أم نقيد المالك مراعاة لمصلحة الغير والتفاتا للوظيفة الاجتماعية للحقوق الفردية ؟

وقد وضعت مجلة الأحكام العدلية في المواد 1198 –1201 عددا من المعايير اعتبرت مناط التعسف في الملك متحققا فيها ، منها قصد الإضرار، و الضرر الفاحش، وحالة استعمال الحق استعمالا يتعارض مع مصلحة عامة جوهرية[1].

وحددت المجلة معايير يتحقق بها مفهوم الضرر الفاحش من ذلك:

1: أن يوهن البناء أو يعطل المنافع الأصلية كحجب الشمس بالكلية، وميزت المجلة بين الضرر الفاحش والضرر المعتاد ،وبناءً عليه فلا يُمنع صاحب الحق من استعمال حقه إذا كان الضرر معتادا ، وإلا لأدَّى ذلك إلى تعطيل الانتفاع بالحقوق؛ حيث لا يخلو استعمالها من بعض المضارّ التي يمكن تحمُّلها عادة مثل: رائحة الدخان التي تأتي من بيت الجار نتيجة طبخه أو خَبزه على العادة ، ويلحق بها في أيامنا

[1] نظرية التعسف في استعمال الحق الدريني ص 334 قديم

التلوث الصوتي والبصري المعتاد، فإذا تجاوز التلوث المنبعث عن الآلات الحد المعتاد يمكن اعتباره تعسفا .

ونلحظ أن تحديد الضرر الفاحش من الأمور التي تَختلِف باختلاف الأشخاص والأماكن والأزمان، وهذا ما يهدف البحث لبيان موقف المجلة منه مدى تأثر القانون المدني الأردني والقوانين المنظمة لحماية البيئة بما قررته المجلة .

2: كما عدت المجلة من الضرر الفاحش ما يمس الحياة الخاصة للإنسان، كمن يبني في ملكه على نحو يطلع فيه على المكان الذي هو مقر النساء لجاره .

بينا لم تعد من الضرر الفاحش منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية .

كما تناولت في المواد 1213 –وما بعدها تطبيقات للتعسف في استعمال الطريق العام والانتفاع به مما بعد تطبيقا للتعسف في الحريات العامة .

يهدف البحث إلى دراسة معايير التعسف في استعمال الحقوق المشتركة وفي استعمال الطريق العام كما تكشف عنها مواد المجلة ثم مقارنتها بأسباب المسؤولية في النظريات القانونية ، وبيان مدى تأثر القوانين العربية وعلى الخصوص القانون المدني الأردني باعتباره أول قانون مدني مستمد من الشريعة الإسلامية وضع كمشروع عام 1976 وأقر قانونا من مجلس النواب عام 1996

كما يناقش البحث مدى اتساع القواعد العامة الكلية في المجلة للقول بمبدأ المسؤولية المطلقة سببا لتحمل المسؤولية، وهو الذي انتهت إليه التشريعات الحديثة لتقرير مسؤولية الدولة المطلقة المتجردة عن الخطأ لحماية البيئة، وهو أمر يمكن أن تتسع له قواعد المجلة .

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

تعد مجلة الأحكام العدلية أحد مظاهر التطور التشريعي في الدولة العثمانية على نحو يلبي حاجات الزمان وحاجات القضاة والمحامين مع المحافظة على قيم الجماعة والتراث الإسلامي وكان أحمد جودت باشا رئيس اللجنة المكلفة بصياغة المجلة من الداعين للتجديد التشريعي بما لا يقطع الصلة مع التراث الفقهي. وكان على خلاف مع الذين يدعون لأخذ التشريع من القانون الفرنسي

وتزامن صدور القرار الهمايوني لكتابة المجلة مع انتهاء حرب القرم الأولى التي توقفت عام 1856 للميلاد ،ويرى بعض الدراسين أن "إنشاء مجلة الأحكام العدلية بعد توقف حرب القرم الأولى 1856 بين المسلمين العثمانيين والروس والتي أدت إلى بقاء جالية إسلامية ضخمة تحت سلطة الروس فطلبت السلطنة العثمانية من الكنيسة الأرثوذكسية في موسكو تقنينا واضحا لكيفية معاملة الرعايا المسلمين مما دفع الروس للرد بالمثل فأنشأ السلطان عبد المجيد الأول (1822 م-1861 م) لجنة من الخبراء وفقهاء الحنفية-برئاسة أحمد جودت باشا- مع مساهمين من المذاهب الثلاث الأخرى مراقبين لتقنين القضاء والأحكام الفقهية الإسلامية فصدرت مجلة الأحكام العدلية"[2]

[2] مجلة الأحكام العدلية ، نسخة الكترونية على المكتبة الشاملة ،تحقيق نجيب هواويني ،الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، ص 1

وهذا يثير سؤالا هل كانت هناك اتفافيات بين الدولة العثمانية وروسيا القيصرية بتطبيق أحكام الشريعة على مسلمي الامبرطورية الروسية؟

أرجو أن يتمكن الباحثون بالوثائق العثمانية الروسية من الإجابة على هذه السؤال.

وذكر الأستاذ مصطفى الزرقا أثناء تدريسه في كلية الشريعة في الجامعة الأردنية عام 1990 لمادة فقه المعاملات والقانون المدني ، سببا آخر لنشأة المجلة وهو أنها وضعت لتلبية حاجة القضاة والمحامين من خريجي كليات الحقوق الذين ألفوا دراسة القانون على شكل مواد ولم يألفوا دراسة الكتب الفقهية في منهج عرض الأحكام. وهذا السبب موافق لما ذكره أحمد جودت باشا وأعضاء لجنة المجلة في تقرير رفع إلى الصدر الأعظم عام 1867 مبينا الأسباب الموجبة لوضع مجلة الأحكام العدلية حيث يقول : "وقد ندر وجود المتبحرين في علوم الفقه كما أنه لا يمكن تعيين اعضاء في المحاكم نظامية لهم القدرة على مراجعة الكتب الفقهية وقت الحاجة بناء على ذلك لم يزل الأمل معلقًا بتأليف كتاب في المعاملات الفقهية يكون مضبوطًا سهل المأخذ، عاريًا من الاختلافات، حاويًا للأقوال المختارة، سهل المطالعة على كل أحد؛ لأنه إذا وجد كتاب على هذا الشكل حصل منه فائدة عظيمة عامة لكلّ من نواب الشرع ومن أعضاء المحاكم النظامية والمأمورين بالإدارة، فيحصل لهم بمطالعته انتساب إلى الشرع

ثم يقول ، فيصير هذا الكتاب معتبرًا مرعي الإجراء في المحاكم الشرعية، مغنيًا عن وضع قانون لدعاوى الحقوق التي ترى في المحاكم النظامية.

ومن أجل الحصول على هذا المأمول عقدت سابقًا جمعية علمية في إدارة مجلس التنظيمات، وحرر حينئذ كثير من المسائل، ولكن لم تبرز إلى حيز الفعل...، حتى شاء الله تعالى بروز ما في هذا العصر الهمايوني الذي صار مغبوطًا من جميع الأعصار بظهور مثل هذه الآثار الخيرية المهمة.

ثم يقول ...وبموجب الإرادة العلية اجتمعنا في دائرة ديوان الأحكام، وبادرنا إلى ترتيب مجلة مؤلفة من المسائل والأمور الكثيرة الوقوع اللازمة جدًا من قسم المعاملات الفقهية، مجموعة من أقوال السادة الحنفية الموثوق بها، وقسمت إلى كتب متعددة وسميت بالأحكام العدلية.

وبعد ختام المقدّمة والكتاب الأوّل منها أعطيت نسخة منهما لمقام مشيخة الإسلام، ونسخ أخرى لمن له مهارة ومعرفة كافية في علم الفقه من الذوات الفخام. ثُمَّ بعد إجراء ما لزم من التهذيب والتعديل فيها بناء على بعض ملاحظات منهم، حررت منها نسخة وعرضت على حضرتكم العلية. والآن حصلت المبادرة إلى ترجمة هذه المقدّمة والكتاب إلى اللغة العربية"[3]

ويفهم مما سبق

أي أن الحاجة لتأليف المجلة كانت لتلبية مصلحة داخلية وخارجية ومتصلة بحماية حق المسلمين في تطبيق الشرع عليهم ، كما أنه المجلة كانت تسعى إلى وجود مصدر قريب من ثقافة القضاة والحكام يرجع لتفسير القوانين بدلا من وجود مصادر متعددة من ثقافات متنوعة

أثر المجلة في القوانين العربية عموما

كانت المجلة قانونا معمولا به فيالمناطق التي كانت تابعة للدولة العلية العثمانية، وبقي معمولا بها في الأردن حتى عام 1976، إلى أن حلّ القانون المدني الأردني الذي عمل به 1976 المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ولم ير الاقتصار على مذهب وأُقرّ قانونا دائما عام 1994 وجاء وفي الأحكام الختامية للقانون المادة 1448" يلغي العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية".

مفهوم المخالفة للمادة 1448 يفيد العمل بالمجلة فيما لا يتعارض مع القانون

[3] تاريخ الدولة العلية العثمانية ، محمد فريد بك ،تحقيق إحسان حقي، دار النفائس ، بيروت ص 547

يفيد هذا النص بمفهوم المخالفة أنه يعمل بالمجلة إذا لم تتعارض مع أحكام القانون ، وعند النظر في مفردات القانون نجد أن أثر المجلة مازال قائما في صياغة عدد من المواد وفي الاتجاهات والنظريات.

موقف القانون المدني الفلسطيني من مجلة الأحكام العدلية

بقي العمل بالمجلة مع مجموعة قوانين أخرى في فلسطين إلى عام 2012 حتى وضع قانون مدني جديد وجاء في المادة 1301 منه :"تسري أحكام مجلة الأحكام العدلية فيما لم يرد بشأنه نص في أحكام هذا القانون".

نجد أن موقف القانون الفلسطيني أبقى العمل بالمجلة فيما لا نص فيه جاء هذا بدلالة العبارة وهي أقوى دلالة من مفهوم المخالفة

وجاء في مقدمة القانون المدني الفلسطيني :"وتُعد مجلة الأحكام العدلية العثمانية الصادرة في شعبان 1293 هجرية والمستمدة من الفقه الحنفي القانون المدني الساري في الأراضي الفلسطيني إلى يومنا هذا، حيث مضى على سريانها قرابة 140 عاماً"

وبينت مقدمة القانون وجود اتجاهين بين أهل القانون لألغاء العمل بالمجلة أو الإبقاء عليها باعتبار أنه طبقت زمنا "وقد رأى المدافعون عن مجلة الأحكام العدلية بأن نصوص هذه المجلة أصبحت راسخة ومعروفة لدى رجال القانون والقضاء والمتقاضين وأن لا داعي لإلغائها، ويمكن الاقتصار على تعديلات جزيئة

إلا أنهم وجدوا أن التعديل الجزئي لا يلبي الحاجة المجتمعية مسايرة التطور في الحاجات الاقتصادية والاجتماعية وما استجد من اتجاهات في نطاق العلم والعمل، وأخيراً استقر الرأي على سن قانون مدني حديث يواكب المتغيرات ويستوعب الأفكار الحديثة ومما شجع هذا الاتجاه أن معظم البلدان العربية ولا سيما تلك التي كانت تطبق مجلة الأحكام العدلية قد أصدرت تقنينات مدنية.

وقد عكفت اللجنة القانونية تساندها لجنة صياغة التشريعات ...من إيجابيات القانون أنه أكمل النقص الذي يوجد في المجلة، وغيرها من القوانين التي تنظم مسائل تنظمها التقنيات المدنية عادة، وذلك باستنباطه بما ورد في التقنيات الحديثة من نصوص، فنظم موضوعات لم تنظم من قبل في فلسطين في إطار التشريعات المدنية أو تعالج على نحو متكامل، منها تنازع القوانين، والشخصية الاعتبارية، ونظرية العقد، وأحكام الالتزام، وإيجار الأراضي الزراعية وحوالة الحق وعقد المقاولة، والتزام المرافق العامة، وعقد العمل، وعقد الحراسة والرهان والمقامرة، والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين وملكية الأسرة والإعسار وتصفية الشركات، وحق الاختصاص، حق الامتياز، والتقادم ....الخ، كما أضاف المشرع إلى الفكر القانوني مسائل تفصيلية، تتمثل في إضافات وردت في تنازع القوانين، وعيوب الإرادة، وفي المسؤولية العقدية على فعل الغير، وفي الفعل الضار، وفي حقوق الارتفاق ، وفي الشرط المانع للتصرف، وفي إلغاء العقود العينية وعدها من العقود الرضائية، وفي الالتزام التخييري .....الخ. كذلك لم تغفل نصوص القانون ما هو موجود في الفقه الإسلامي، بل أخذت من الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين، ما يلائم حاجات المجتمع ويلبي متطلبات التطور فيه.

ولعل أبرز ما يميز القانون المدني أنه مرفقٌ به مذكرات توضيحية تُساعد القضاة والمحامين والباحثين وطلبة القانون والمُشتغلين في المجال القانوني على دارسة وفهم نصوصه. [4]

أثر المجلة داخل الخط الأخضر في فلسطين المحتلة

كانت المجلة معمولا بها في القضاء في المحاكم الشرعية ، وبتاريخ 1984/6/20 ألغى الكنيست مجلة الأحكام العدلية عدا الأحكام التي تتعلق بالأحوال الشخصية في المحاكم الشرعية (أنظر قانون إلغاء المجلة 1984 المادة -2- فقرة (ب)

والمواد المعمول بها من المجلة الآن وتتعلق بالأحوال الشخصية محدودة في أصول المحاكمات مثل تقييد التحكيم بوقت، فقد جاء في المادة 1846 من المجلة: إذا تقيد التحكيم بوقت يزول بزوال الوقت وقريب منه قانون أصول المحاكمات .

وكانت المحاكم الشرعية تعمل بأحكام قانون قرار حقوق العائلة العثماني لسنة 1333 هجرية المختص بالأحوال الشخصية للمسلمين وقد صدر هذا القانون بتاريخ 25 تشرين الأول ميلادي في الامبراطورية العثمانية وأصبح نافذ المفعول في فلسطين بتاريخ 1919/5/25 باسم قانون قرار حقوق العائلة (مجموعة قوانين فلسطين درايتون ج2 ب96 ص 1162) [5] وكان هذا القانون يسري في الأصل على جميع رعايا الدولة العثمانية من مسلمين , ويهود , ومسيحين , غير أن القانون الصادر في سنة 1919 قد حصر تطبيقه على المسلمين فقط من رعايا فلسطين، وايفاء بهذه الغاية حذفت من القانون الأصلي جميع المواد المتعلقة بزواج وطلاق اليهود والمسيحين وأبطل مفعولها، فهذا القانون هو التشريع الملزم للمحاكم الشرعية في فلسطين المحتلة عام 1948. .[6]

أهمية بقاء المجلة مصدرا لتفسير القانون

إذا ظهر للقاضي أن نص القانون موافق للمجلة فإنه يرجع إلى شروح المجلة لتفسير النص إذا لزم الأمر بما يجعل المجلة وعاءً تفسيريا قريبا من ثقافة الحكام والمحكومين

وتمتاز المجلة وشروحها بضرب الأمثلة التفسيرية الواضحة وبحصر مصادر تفسير المادة القانونية بما يحقق انشراحا عند القاصي بوصوله لمقصود المشرع ، وارتياحا عند المحكوم لشعوره بأن نص القانون مستفاد من القيم التشريعية الربانية والموافقه لقيمه وثقافته، مع مراعاة ما تحتاجه الدولة من تجديد يستدعي وضع تشريعات جديدة مستندة للمصلحة التي نصت عليها المجلة في المادة 58 " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة".

---

[4] مقدمة القانون المدني الفلسطيني ص موقع ديوان الفتوى والتشريع في دولة فلسطين، http://www.dft.gov.ps/wp-content/uploads/2017/04/147.pdf

[5] درايتون هو روبرت هاري المكلف بجمع وتحرير التشريعات المعمول بها في فلسطين وقام بطبعها هام 1934 وعرفت درايتون المدون القانوني لحكومة فلسطين البريطاني إبان الانتداب البريطاني انظر آلية دمج التشريعات الفلسطينة وفقا لدرايتون وموسوعة التشريعات الأردنية منشورات معهد الحقوق جامعة بير زيت 2008ص 3 على الرابط http://muqtafi.birzeit.edu/PDFPre.aspx?PDFPath=en/Uploads/supportive_research_and_studies/dration.pdf

[6] موقع الأحكام الشرعية لدى المحاكم الشرعية http://scharee.com/?p=4055

محاولة اخذ القانون المدني من مصادر غربية في البلاد العربية

كانت هناك محاولات لوضع قانون مدني مستمد من المصادر الفرنسية والإيطالية، في البلاد لعربية وقد نجحت هذه المحاولة في مصر ثم سوريا، بجهود غربية وتنفيذ من رجل القانون الذين أعجبوا بالقانون الغربي والقيم الغربية

وكان لعلماء مصر ورجال القانون فيها موقف عظيم في مواجهة السنهوري، وتقديم الشريعة الإسلامية لتكون مصدراً لقانون مدني معاصر، وكان على رأس هؤلاء العلامة الأستاذ محمد صادق فهمي بيك المستشار في محكمة النقض، ومجموعة من العلماء منهم: الشيخ الطيب النجار، والشيخ محمود الغرابة، والشيخ حسن الهضيبي، والشيخ محمد المفتي الجزايرلي، والشيخ أحمد علي علوبة، وقدموا بحثاً عنوانه: (نموذج لكتاب العقد في القانون المدني المصري المقترح وفي الفقه الإسلامي) وبينوا مزية الفقه الإسلامي على الفقه الغربي مقارنة مادة بمادة، ولكن حزب الباطل في مصر انتصر وقدم الفقه الفرنسي على الفقه الإسلامي.

وحاول العلماء في سوريا استباق الأحداث، وشكلوا لجنة كان من أعضائها العلامة الشيخ مصطفى الزرقا لوضع قانون مدني يناسب تطور العصر، مستمداً من الفقه الإسلامي من مذاهبه المتعددة. وما أن بدأت اللجنة بالعمل حتى وقع انقلاب أمريكي صهيوني برئاسة حسني الزعيم، وكان وزير العدل في هذه الحكومة أسعد الكوراني، وكان أول عمل لهذه الحكومة الأمريكية أن ألغت اللجنة التي سعت لوضع قانون مدني مستمد من الفقه الإسلامي، وتبنت القانون المدني المصري الفرنسي بأصوله، والأجنبي بمواده، بدلاً من الشريعة الإسلامية، وطبقته. بما أشعر المحكومين بعدم الثقة بالتشريعات الوطنية .

وكان هناك محاولات لألغاء العمل بمجلة الأحكام العدلية في الأردن ووضع قانون مدني من المصادر الفرنسية والغربية ، قد تقدمت به الحكومة الأردنية في الخمسينيات والستينيات إلى مجلس الأمة، ولكن كان هناك معارضة شعبية وتوصية من مجلس الأعيان بوضع قانون مستمد من مجلة الأحكام العدلية، الذي وصف بأنه "كَنزنا التشريعي" ، واستند دعاة الاستناد للمجلة ولمصادر من الفقه الإسلامي إلى أنّ: "الواجب أن يستقل العرب بقانونهم الذي يتلاءم مع تقاليدهم وعقليتهم ولا يحق لهم أن يتركوا مصادرهم الفقهيه الإسلامية إلى قانون مترجم عن القانون المدني الفرنسي"[7] وبناء عليه تشكلت لجنة لوضع قانون مدني يجمع بين الأصالة والمعاصرة مستمدا من الفقه الإسلامي

وقد صدر القانون المدني الأردني عام 1976 ،وشارك في صياغته عدد من كيار رجال القانون والفقه **من** الدكتور محمد زكي عبدالبر، والدكتور علي الخفيف، والأستاذ مصطفى الزرقا، والدكتور عبدالعزيز الخياط، الأستاذ عبدالقادر الأسود، والشيخ عبدالباقي جمو، وعدد من أعضاء محكمة الاستئناف. وكان تشكيل اللجنة بعد جهاد فكري وسياسي وكان مقرر اللجنة الدكتور ابراهيم زيد الكيلاني و تم إقرار القانون المدني الأردني قانوناً دائماً في أثناء رئاسته للجنة القانونية لمجلس النواب وهو أول قانون عربي مستمد من الفقه الإسلامي سنة 1994

[7] صحيفة الرأي الأردنية، 1-12-2011 ، عدد يوم الخميس، ، مقال بعنوان التطور التاريخي للقانون المدني الأردني، لمحمد سالم ملحم

ثم تتبعه عدد من القوانين كالقانون المدني الفلسطيني ، ورغم تعديل القوانين العربية والمناطق المحتلة في فلسطين بقوانين مدنية وإلغاء العمل في المجلة في بعض التشريعات إلا أن القوانين المدنية الجديدة تأثرت بالنظريات التشريعية التي أعملتها المجلة، ومن ذلك نظرية التعسف التي تقيد صلاحيات المالك بما لا يحدث ضررا في الآخرين لا سيما في الحقوق الجوارية، أو يخل بمصلحة جوهرية، حيث إن مقصود الحق أن يكون وسيلة أمن وعمل.

موقف مجلة الأحكام العدلية من تقييد سلطة المالك في الانتفاع ومنع التعسف في حقه وأثر ذلك في القوانين العربية و غيرها

تناولت المجلة بَيَانِ الْمَسَائِلِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالحقوق وأثرها على الغير لا سيما الْجِيرَانِ وقيدت تصرف المالك إذا ترتب عليه ضرر فاحش ،لأن الحقوق الفردية في الإسلام ذات صفة مزدوجة فلله تعالى حق في كل حق فردي ، ومعنى حق الله تعالى أن يستعمل الحق على نحو يحقق مقصود المشرع منه بأن يكون وسيلة أمن وعمل وتنمية للمال وتلبية للحاجات وفق ميزان الشرع، فإذا نشأ عن الاستعمال المشروع ضرر فاحش فلا يعود مشروعا على هذا النحو. وهذا ما نصت عليه

الْمَادَّة (1197) لَا يُمْنَعُ أَحَدٌ مِنْ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ فَاحِشٌ لِلْغَيْرِ

وفصلت المواد التي تلت مفهوم الضرر الفاحش في المعاملات الجوارية بتوفر أحد ثلاثة أمور: انهدام البناء أو وهنه أو تعطيل منافعه

الأول : أن يضر بالبناء ضررا ماديا يؤدي لهدمه أو يعطل الانتفاع به كما في المادة

(1198) مَا يَضُرُّ الْبِنَاءَ أَيْ يُوجِبُ وَيُسَبِّبُ انْهِدَامَهُ أَوْ يَمْنَعُ الْحَوَائِجَ الْأَصْلِيَّةَ أَيْ الْمَنْفَعَةَ الْأَصْلِيَّةَ الْمَقْصُودَةَ مِنْ الْبِنَاءِ كَالسُّكْنَى هُوَ ضَرَرٌ فَاحِشٌ

المادة (1199) وَالضَّرَرُ الْفَاحِشُ هُوَ كُلُّ مَا يَمْنَعُ الْحَوَائِجَ الْأَصْلِيَّةَ يَعْنِي الْمَنْفَعَةَ الْأَصْلِيَّةَ الْمَقْصُوْدَةَ مِنَ الْبِنَاءِ كَالسُّكْنَى، أَوْ يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ أَيْ يَجْلِبُ لَهُ وَهْنًا وَيَكُوْنُ سَبَبَ انْهِدَامِهِ.

وضربت المادة 1200 عددا من الأمثلة للضرر الفاحش وبينت الجزاء المترتب وهو وجوب الإزالة

لَوْ اتَّخَذَ فِي اتِّصَالِ دَارٍ دُكَّانَ حَدَّادٍ أَوْ طَاحُونٍ وَكَانَ يَحْصُلُ مِنْ طَرْقِ الْحَدِيدِ وَدَوَرَانِ الطَّاحُونِ وَهَنٌ لِبِنَاءِ تِلْكَ الدَّارِ أَوْ أَحْدَثَ فُرْنٌ أَوْ مَعْصَرَةٌ بِحَيْثُ لَا يَسْتَطِيعُ صَاحِبُ الدَّارِ السُّكْنَى فِيهَا لِتَأَذِّيهِ مِنْ الدُّخَانِ أَوْ الرَّائِحَةِ الْكَرِيهَةِ فَهَذَا كُلُّهُ ضَرَرٌ فَاحِشٌ فَتُدْفَعُ هَذِهِ الْأَضْرَارُ بِأَيِّ وَجْهٍ كَانَ وَتُزَالُ. وَكَذَا لَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَرْصَةٌ مُتَّصِلَةٌ بِدَارِ آخَرَ وَشَقَّ فِيهَا قَنَاةً وَأَجْرَى الْمَاءَ مِنْهَا لِطَاحُونِهِ فَحَصَلَ وَهَنٌ لِحَائِطِ الدَّارِ أَوْ اتَّخَذَ أَحَدٌ فِي أَسَاسِ جِدَارِ جَارِهِ مَزْبَلَةً وَأَلْقَى الْقِمَامَةَ عَلَيْهَا فَأَضَرَّ بِالْجِدَارِ فَلِصَاحِبِ الْجِدَارِ طَلَبُ دَفْعِ الضَّرَرِ , وَكَذَلِكَ لَوْ أَحْدَثَ أَحَدٌ بَيْدَرًا فِي قُرْبِ دَارِ آخَرَ وَتَأَذَّى صَاحِبُ الدَّارِ مِنْ غُبَارِ الْبَيْدَرِ بِحَيْثُ أَصْبَحَ لَا يَسْتَطِيعُ السُّكْنَى فِي الدَّارِ فَيَدْفَعُ ضَرَرَهُ , كَمَا أَنَّهُ لَوْ أَحْدَثَ أَحَدٌ بِنَاءً مُرْتَفِعًا فِي قُرْبِ بَيْدَرِ آخَرَ وَسَدَّ مَهَبَّ الرِّيحِ فَيُزَالُ لِأَنَّهُ ضَرَرٌ فَاحِشٌ. كَذَلِكَ لَوْ أَحْدَثَ أَحَدٌ مَطْبَخًا فِي سُوقِ الْبَزَّازِينَ وَكَانَ دُخَانُ الْمَطْبَخِ يُصِيبُ أَقْمِشَةَ وَيَضُرُّهَا فَيُدْفَعُ الضَّرَرُ. وَكَذَلِكَ لَوْ انْشَقَّ بَالُوعُ دَارِ أَحَدٍ وَجَرَى إلَى دَارِ جَارِهِ وَكَانَ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ فَاحِشٌ فَيَجِبُ تَعْمِيرُ الْبُلُوغِ الْمَذْكُورِ وَإِصْلَاحُهُ بِنَاءً عَلَى دَعْوَى الْجَارِ.

وضربت المادة 1201 عددا من الأمثلة التي لا تعد من الضرر الفاحش

وجاء في درر الحكام تفصيلا للمسألة تأصيلا ببيان شواهدها الفقهية

فقال إذَا اتَّخَذَ أَحَدٌ دَارِهِ حَمَّامًا وَحَصَلَ ضَرَرٌ فَاحِشٌ لِلْجِيرَانِ مِنْ دُخَانِهِ يُمْنَعُ مَا لَمْ يَكُنْ دُخَانُ الْحَمَّامِ بِقَدْرِ دُخَانِ الْجِيرَانِ (الْهِنْدِيَّةُ) .

أَمَّا إذَا كَانَ الْحَمَّامُ يَجْلِبُ رُطُوبَةً لِجَابِيَةِ الْجَارِ فَلَا يُعَدُّ ذَلِكَ ضَرَرًا فَاحِشًا

موقف القانون المدني الأردني من تقييد المالك

مادة 1021 -للمالك ان يتصرف في ملكه كيف شاء ما لم يكن تصرفه مضرا بالغير ضررا فاحشا او مخالفا للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة او المصلحة الخاصة.

وبالتأمل نجد أن القانون المدني الأردني تأثر بموقف المجلة من تقييد الملك بالضرر الفاحش وبالمصلحة العامة غير أن القانون الأردني نص أيضا على تقييد تصرف المالك أيضا للمصلحة الخاصة إذا نص عليها القانون كحق الشفعة مثلا

موقف القانون المدني الأردني من مفهوم الضرر الفاحش

جاء في المادة 1024 -الضرر الفاحش هو ما يكون سببا لوهن البناء او هدمه او يمنع الحوائج الاصلية اي المنافع المقصودة من البناء.

المادة 1025 -حجب الضوء عن الجار يعد ضررا فاحشا فلا يسوغ لاحد ان يحدث بناء يسد به نوافذ بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه والا جاز للجار ان يطلب رفع البناء دفعا للضرر.

وترى أن القانون الأردني سار مع المجلة في تحديد الضرر الفاحش وبمثله أخذ القانون الفلسطيني

الجزاء المترتب على التعسف التعويض ولا يستحق إلا بدعوى رفع الضرر

بينت المجلة الجزاء المترتب على التعسف وهو التعويض وبينت شرط التعويض

جاء درر الحكام بيان لشرط التعويض أن يتقدم المتضرر بطلب رفع الضرر" إذَا أَحْدَثَ أَحَدٌ حُفْرَةً فِي اتِّصَالِ حَائِطِ جَارِهِ لِوَضْعِ الْأَقْذَارِ فِيهَا وَكَانَ امْتِصَاصُ الْمَاءِ مُوجِبًا وَهَنَ الْحَائِطِ وَمُضِرًّا بِهِ فَإِذَا كَانَ مُمْكِنًا إزَالَةُ الضَّرَرِ بِتَشْيِيدِهَا بِالْكَلْسِ وَالْإِسْمَنْتِ فَيُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ ضَرَرِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ، وَإِذَا كَانَ غَيْرَ مُمْكِنٍ إزَالَةُ الضَّرَرِ بِذَلِكَ أَوْ امْتَنَعَ عَنْ إزَالَةِ الضَّرَرِ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ فَيُؤْمَرُ بِرَفْعِ الْحُفْرَةِ وَسَدِّهَا (التَّثْقِيحُ) . وَلَكِنْ إذَا انْهَدَمَ الْحَائِطُ قَبْلَ ادِّعَاءِ الْجَارِ إزَالَةَ الضَّرَرِ وَاسْتِحْصَالِ الْحُكْمِ بِذَلِكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِ الْحُفْرَةِ لِأَنَّ صَاحِبَ الْحُفْرَةِ قَدْ حَفَرَ حُفْرَةً فِي مِلْكِهِ فَهُوَ مُتَسَبِّبٌ غَيْرُ مُتَعَدٍّ."

وازنت المجلة بين حق المالك وحق الغير فرجحت حق المالك مالم يكن الضرر فاحشا

وبينت المادة 1201 أنه لا يمنع المالك من حقه لمطلق الضرر تغليبا لحق المالك ، لأن القول بالمنع يؤدي أيضا إلى ضرر بالمالك ، فإذا كان الضرر الذي يصيب المالك مثل بالمنع مساو للضرر الذي يصيب الغير فردا أو جماعة رجح حق المالك لوجود مرجح وهو أنه صاحب حق وقد نبه إلى هذا علي حيدر في درر الحكام بأنه إذا قيل: أن الحديث نفى الضرر فقال لا ضرر ولا ضرار ، فلماذا لا يمنع فقال لأن كل ممارسة لحق يلزم عنه ضرر على نحو ما ، ولو قلنا بالمنع مطلقا لتعطلت الحقوق

ولكن ينظر للمصلحة الغالبة فمن طبخ طعاما ربما يتأذى بعض الناس من رائحته أو يتشهى فلا يمنع الناس من الطبخ لهذا الضرر

وجاء في الْمَادَّةُ (1201) مَنْعُ الْمَنَافِعِ الَّتِي لَيْسَتْ مِنْ الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ كَسَدِّ هَوَاءِ دَارٍ أَوْ نَظَّارَتِهَا أَوْ مَنْعِ دُخُولِ الشَّمْسِ لَيْسَ بِضَرَرٍ فَاحِشٍ. لَكِنَّ سَدَّ الْهَوَاءِ بِالْكُلِّيَّةِ ضَرَرٌ فَاحِشٌ فَلِذَلِكَ إذَا أَحْدَثَ أَحَدٌ بِنَاءً فَسَدَّ بِهِ نَافِذَةَ غُرْفَةِ جَارِهِ الَّتِي لَهَا نَافِذَةٌ وَاحِدَةٌ فَصَارَتْ مُظْلِمَةً بِحَيْثُ لَا يُسْتَطَاعُ قِرَاءَةُ الْكِتَابَةِ مِنْ الظُّلْمَةِ فَيُدْفَعُ الضَّرَرُ حَيْثُ إنَّهُ ضَرَرٌ فَاحِشٌ , وَلَا يُقَالُ فَلْيَأْخُذْ الضِّيَاءَ مِنْ بَابِهَا لِأَنَّ بَابَ الْغُرْفَةِ يَحْتَاجُ إلَى غَلْقِهِ مِنْ الْبَرْدِ وَلِغَيْرِهِ مِنْ الْأَسْبَابِ وَإِنْ كَانَ لِتِلْكَ الْغُرْفَةِ نَافِذَتَانِ فَسُدَّتْ إحْدَاهُمَا بِإِحْدَاثِ ذَلِكَ الْبِنَاءِ فَلَا يُعَدُّ ضَرَرًا فَاحِشًا.

الضرر المعنوي من الضرر الفاحش

كما عدت المجلة من الضرر الفاحش الضرر المعنوي المتعلق بانتهاك الحياة الخاصة والاطلاع على العورات :

الْمَادَّةُ (1202) رُؤْيَةُ الْمَحِلِّ الَّذِي هُوَ مَقَرُّ النِّسَاءِ كَالْمَطْبَخِ وَبَابِ الْبِئْرِ وَصَحْنِ الدَّارِ يُعَدُّ ضَرَرًا فَاحِشًا , فَإِذَا أَحْدَثَ أَحَدٌ فِي دَارِهِ نَافِذَةً أَوْ بَنَى مُجَدِّدًا بِنَاءً وَفَتَحَ فِيهِ نَافِذَةً عَلَى الْمَحِلِّ الَّذِي هُوَ مَقَرُّ نِسَاءِ جَارِهِ الْمُلَاصِقِ أَوْ جَارِهِ الْمُقَابِلِ الَّذِي يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا طَرِيقٌ وَكَانَ يَرَى مَقَرَّ نِسَاءِ الْآخَرِ مِنْهُ فَيُؤْمَرُ بِرَفْعِ الضَّرَرِ وَيَكُونُ مَجْبُورًا عَلَى دَفْعِ هَذَا الضَّرَرِ بِصُورَةٍ تَمْنَعُ وُقُوعَ النَّظَرِ إمَّا بِبِنَاءِ حَائِطٍ أَوْ وَضْعِ سِتَارٍ مِنْ الْخَشَبِ لَكِنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى سَدِّ النَّافِذَةِ عَلَى كُلِّ حَالٍ كَمَا إذَا عَمِلَ حَائِطًا مِنْ الْأَغْصَانِ الَّتِي يَرَى مِنْ بَيْنِهَا مَقَرَّ نِسَاءِ جَارِهِ فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِسَدِّ مَحَلَّاتِ النَّظَرِ وَلَا يُجْبَرُ عَلَى هَدْمِهِ وَبِنَاءِ حَائِطٍ مَحِلَّهُ.

ويعلق علي حيدر: يُزَالُ هَذَا الضَّرَرُ سَوَاءٌ كَانَ ضَرَرًا دَائِمِيًّا أَوْ غَيْرَ دَائِمِيٍّ حَيْثُ إنَّهُ فَاحِشٌ وَذَلِكَ إذَا بَاشَرَ أَحَدٌ بِنَاءَ دَارِهِ وَكَانَ أَثْنَاءَ الْبِنَاءِ مُطِلًّا عَلَى مَقَرِّ نِسَاءِ جَارِهِ فَعَلَيْهِ مَنْعُ النَّظَرِ عَنْ مَقَرِّ النِّسَاءِ بِوَضْعِ خَيْمَةٍ أَوْ غَيْرِهَا وَلَوْ كَانَتْ الرُّؤْيَةُ تَنْتَهِي فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ.

أَمَّا إذَا كَانَ الضَّرَرُ غَيْرُ الدَّائِمِ مِنْ شَعَائِرِ الدِّينِ كَالْآذَانِ وَيَزُولُ بِوَقْتٍ جُزْئِيٍّ فَلَا يُدْفَعُ وَلَا تَخْرُجُ النِّسَاءُ الْمُجَاوِرَةُ أَثْنَاءَ الْآذَانِ وَيَخْرُجْنَ بَعْدَهُ

موقف القوانين المدنية العربية من معايير التعسف و مدى تأثره بالمجلة

حرص القانون المدني المصري الجديد على المواءمة بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية وما انتهى إليه الفقه الحديث ولكن دون أن يتقيد بمذاهب الفقه[8] ، وأخذ القانون المدني رقم 131 لسنة 1948 -بنظرية عامة للتعسف على النحو التالي:

المادة 4 من القانون المدني لجمهورية مصر العربية :

.– من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر

مادة 5 – يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث .لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ب ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.[9]

[8] نظرية التعسف في استعمال الحق ، فتحي الدريني، دار البشير، مؤسسة الرسالة ، عمان، بيروت 1998، 463

ويدل هذا النص على تقييد استعمال الحق على نحو مشروع، وعدم المسؤولية عن الأضرار التي تنشا عن الاستعمال المشروع للحق.

وجاء في المادة في المادة 807 من القانون المدني على أن :

" (1) على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار

(2) وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذي خصصت له ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق"

موقف القانون المدني السوري

أخذ القانون المدني السوري بنظرية التعسف ونص عليها في الباب التمهيدي ، في المادتين الخامسة والسادسة ونصوص المادتين مطابقتين للقانون المدني المصري

موقف القانون الأردني من معايير التعسف وأثره والقوانين العربية الأخرى

نص القانون المدني الأردني في المادة 61 على أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، وهذا نص المادة 91 من المجلة وهو من القواعد الكبرى، ثم قيد الجواز بعدم الغلو موافقا للتشريع المصري

ونظير ما تقدم ما ورد في المادة 1027 من القانون المدني الأردني ، :على المالك ألا يغلو في استعمال حقه على نحو يضر بملك الجار ويقابلها المادة 691 من القانون المدني الجزائري ، والمادة 522 من القانون المدني الإماراتي

وجاءت في المادة 66-2 من القانون المدني الأردني مطابقة إلى حد كبير للمادة 4، 5 من القانون المدني المصري ونصها:

يكون استعمال الحق غير مشروع إذا توفر قصد التعدي

إذا كانت المصالح المرجوة من الفعل غير مشروعة

إذا كانت المنفعة لا تتناسب مع يصيب الغير من ضرر –وتلحظ هنا ان القانون الأردني الغى قيد لا تتناسب البتة ، واكتفى بعدم التناسب

إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة

موقف القانون الفلسطيني

جاء في المادة 5 : يعد استعمال الحق تعسفياً في الأحوال الآتية:

إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

---

[9] نظرية التعسف في استعمال الحق ، فتحي الدريني، دار البشير، مؤسسة الرسالة ، عمان، بيروت 1998، 464

إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف.

مقارنة بين القوانين المدنية للدول العربية وبين مجلة الأحكام العدلية

1:يلحظ أن القانون المدني المصري أغفل معيار التعارض مع مصلحة عامة جوهرية وهو معيار وضعته المجلة وكتب الفقه والأصول التي بينت أن المصلحة مقدمة على المصلحة الخاصة[10] وقننته مجلة الأحكام العدلية في عدد من موادها مثل:

المادة (1216) يُؤْخَذُ لَدَى الْحَاجَةِ مِلْكُ أَيِّ أَحَدٍ بِقِيمَتِهِ بِأَمْرِ السُّلْطَانِ وَيَلْحَقُ بِالطَّرِيقِ , وَلَكِنْ لَا يُؤْخَذُ مِلْكُهُ مِنْ يَدِهِ مَا لَمْ يُؤَدَّ لَهُ الثَّمَنُ.

الْمَادَّةُ (1254) يَجُوزُ لِكُلِّ أَحَدٍ الِانْتِفَاعُ بِالْمُبَاحِ , لَكِنَّهُ مَشْرُوطٌ بِعَدَمِ الْإِضْرَارِ بِالْعَامَّةِ.

.وهذا المعيار من تطبيقاته ما يتعلق بولاية الدولة في تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة كمنع الاحتكار والتسعير الجبري.

ويعلل السنهوري عدم النص على هذا المعيار في المادة الخامسة من القانون المدني بأنه أقرب ما يكون إلى خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها أي هي اقرب لصلاحيات المشرع من صلاحيات السلطة القضائية في وضع تشريعات استثنائية وفي ظروف خاصة ، فهي ليست معيارا يتخذه القاضي للتطبيق العملي في الأقضية اليومية [11]

ولكن يمكن أن تكون معيارا للقضاء الإداري في حال تملك الدولة لملك فردي واعترض المتضرر فيكون للقضاء ولاية النظر في تحقق شرط المصلحة العامة ، كما يمكن أن يكون معيارا للقضاء الدستوري في حال نظر في صحة إجراءات الحكومة بتقييد الحريات العامة كإلغاء مواقع التواصل الاجتماعي مثلا .

2: يلحظ على الفقرة ب من المادة الخامسة من القانون المدني المصري أنها قيدت حالة الاستعمال غير المشروع بأن تكون مصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، وبمثله أخذ القانون المدني الفلسطيني ، و القيد المستفاد من كلمة البتة غير منسجم مع توجه المجلة ولا الفقه عموما بل متأثر المذهب الفردي الذي يقدم مصلحة الفرد ويهمل الواحب الاجتماعي للحق الفردي، ويقول الأستاذ الدريني هذا القيد " البتة" يضيق أعمال نظرية التعسف، فلو انه أبقى على توجه المجلة والمصادر الفقهية بمنع التصرف إذا كانت مصلحة صاحب الحق قليلة الأهمية بالمقارنة مع الضرر اللاحق بالغير لكان أولى[12]

ومعيار عدم التناسب ،وهو مستفاد من القاعدة العامة الضَّرَرُ الْأَشَدُّ يُزَالُ بِالضَّرَرِ الْأَخَفِّ، ومن تطبيقاتها في مجال الملكية ما ذكره علي حيدر إِذَا أَحْدَثَ الْمُشْتَرِي فِي الْعَقَارِ الْمَشْفُوعِ أَبْنِيَةً، فَلَوْ أُجْبِرَ

[10]نظرية التعسف ، الدريني، 464

[11] الوسيط ، السنهوري ج 1 ص 848 نبذة 563

[12] نظرية التعسف في استعمال الحق ، فتحي الدريني، 395

الْمُشْتَرِي وَالْحَالَةُ هَذِهِ عَلَى قَلْعِهَا وَتَسْلِيمِ الْعَقَارِ الْمَشْفُوعِ لِلشَّفِيعِ يَتَضَرَّرُ الْمُشْتَرِي، كَمَا أَنَّهُ إذَا أُجْبِرَ الشَّفِيعُ عَلَى أَخْذِ الْمَشْفُوعِ مَعَ دَفْعِ قِيمَةِ الْبِنَاءِ الَّذِي أَحْدَثَهُ الْمُشْتَرِي يَتَضَرَّرُ أَيْضًا بِإِجْبَارِهِ عَلَى دَفْعِ نُقُودٍ ثَمَنًا لِلْبِنَاءِ الْمُحْدَثِ زِيَادَةً عَنْ قِيمَةِ الْمَشْفُوعِ، إلَّا أَنَّ هَذَا الضَّرَرَ أَخَفُّ مِنْ ضَرَرِ الْمُشْتَرِي فِيمَا لَوْ أَجْبَرْنَاهُ عَلَى قَلْعِ الْبِنَاءِ، إذْ يَضِيعُ مَا أَنْفَقَهُ عَلَى الْبِنَاءِ بِلَا مُقَابِلٍ بِخِلَافِ الشَّفِيعِ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ مُقَابِلَ الثَّمَنِ الَّذِي يَدْفَعُهُ الْبِنَاءَ أَوْ الشَّجَرَ. إذًا فَضَرَرُ الشَّفِيعِ أَخَفُّ مِنْ ضَرَرِ الْمُشْتَرِي فَيُخْتَارُ وَيُكَلَّفُ ذَلِكَ الشَّفِيعُ بِأَخْذِ الْأَبْنِيَةِ وَدَفْعِ الْقِيمَةِ لِلْمُشْتَرِي

3: يستفاد من نصوص المجلة معيار التعارض مع حقوق أخرى يتعارض استعمالها على الوجه المألوف ، وهذا المعيار خاص بمضار الجوار غير المألوفة أو ما يسميه الفقهاء الضرر الفاحش أو البين ، والفقه الغربي يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة ويسميه الإفراط.

وقد قننت المجلة هذا المعيار في المادة 1198 " على كل احد له حق التعلي على حائط الملك وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضررا فاحشا " وقد وضعت المجلة عدة تطبيقات في المواد 1200 - 1213 لهذا المعيار [13]

الْمَادَّةُ (1213) إذَا كَانَ لِأَحَدٍ دَارَانِ عَلَى طَرَفَيْ الطَّرِيقِ وَأَرَادَ إنْشَاءَ جِسْرٍ مِنْ وَاحِدَةٍ إلَى أُخْرَى يُمْنَعُ وَلَا يُهْدَمُ بَعْدَ إنْشَائِهِ إنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمَارِّينَ لَكِنْ لَا يَكُونُ لِأَحَدٍ حَقُّ قَرَارٍ فِي الْجِسْرِ وَالْبُرُوزِ الْمُنْشَأَيْنِ عَلَى الطَّرِيقِ الْعَامِّ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ , أَمَّا إذَا انْهَدَمَ الْجِسْرُ الْمَبْنِيُّ عَلَى الطَّرِيقِ الْعَامِّ بِهَذِهِ الصُّورَةِ وَأَرَادَ صَاحِبُهُ بِنَاءَهُ فَيُمْنَعُ أَيْضًا.

الْمَادَّةُ (1214) تُرْفَعُ الْأَشْيَاءُ الْمُضِرَّةُ بِالْمَارِّينَ ضَرَرًا فَاحِشًا وَلَوْ كَانَتْ قَدِيمَةً كَالْبُرُوزِ الْوَاطِئِ وَكَذَا الْغُرْفَةُ الدَّانِيَةُ

يدل النص السابق على أن مفهوم التعسف في المجلة لم يقتصر على الملك بل شمل استعمال الحريات العامة .

سبب المسؤولية عن التعسف

ربطت المجلة التعسف في الحقوق الجوارية بالضرر الفاحش، ولو لم يتحقق قصد التعدي ولا تجاوز حدود الحق ، وهذا ينسجم مع انتهى إليه الفقه الدولي الحديث من تقرير مبدأ المسؤولية المطلقة، فإنه نظرا لما تتسم به الأنشطة النووية من ضرر على البيئة توثر في الفضاء الجوي وفي الدول المجاورة فقد نادى فقهاء القانون الدولي بالمسؤولية المطلقة غير المشروطة بالخطأ في المفهوم القانوني، أي أن يكون العمل غير مباح ، بل يكتفي بالنتائج المادية للفعل وهذا ما ينسجم مع مفهوم منع الضرر الفاحش ولو كان الفعل في أصله مأذونا به [14]

[13] نظرية التعسف ، الدريني ، 468

[14] نظرية التعسف ، الدريني ، ص 78

إن الحديث عن عدالة القانون يجب أن ينطلق من خصائص هذا القانون. وإذا كانت خصائص القانون أنها قواعد اجتماعية مُلزمة، فإن العدالة في المقام الأول تتحقق على قدر مراعاة الصفة الاجتماعية وليس على قدر درجة العقوبة.

والحديث عن الصفة الاجتماعية هو حديث عن العادات واسلوب الحياة، فهذه العناصر لا يُمكن اغفالها عند سنّ قانونٍ جديد. وهذه السياسة التشريعية لها دليلٌ حتى في مجلة الأحكام العدلية، وتكفي الإشارة إلى القاعدة الكلية رقم 39: "لا يُنكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان"، وهو ما يستتبع أنه لا يُمكن على الاطلاق عند سنّ قوانين جديدة أن نفصلَ أي مجتمعٍ عن الأنظمة القانونية التي خضعت له والتي تُعبِّر عن هذه العادات.

ولبنان ليس بعيداً عن هذه السياسة التشريعية. فبالرغم من خضوعه إلى الانتداب الفرنسي في العام 1920 وما رافقه من حركةٍ تشريعيةٍ أثمرت بصدور القانون المدني في العام 1932 والذي سمّي بقانون الموجبات والعقود، إلا أن طيف وأثر النظام القانون المدني العثماني كان حاضراً، وقد تجلّى ذلك في أثرين:

- الأثر الأول نجده في التقرير الذي وضعه رئيس اللجنة الاشتراعية والاستشارية التي ناقشت مشروع قانون الموجبات والعقود، والمؤرخ في 1930/12/31، والذي تضمّن صراحة أن "تركيا لم تتردد منذ بضعة أعوام في ترك المجلة التي أدخلتها في لبنان مفضّلة عليها قانون الموجبات والعقود السويسري، وأنه خليق بالجمهورية اللبنانية أن تقتدي بالأمم الغربية وبأقرب جاراتها أعني تركيا ومصر".
- الأثر الثاني وهو الأهم، أن قانون الموجبات والعقود ختم أحكامه بالمادة رقم 1106 التي بيّنت موقع المجلة، إذ نصت: "ألغيت وتبقى ملغاة جميع أحكام المجلة وغيرها من النصوص الاشتراعية، التي تُخالف قانون الموجبات والعقود أو لا تتفق مع أحكامه".

فما هي دلالةُ المادة 1106 موجبات وعقود حول استمرار مجلة الأحكام العدلية في النظام القانوني اللبناني؟ وهل فعلاً أن مصير جميع القواعد الواردة في المجلة مرهونٌ بِحكم هذه المادة؟

أولاً- في مدى اعتبار مجلة الأحكام العدلية جزءاً من النظام القانوني اللبناني:

في البدء لا بد أن نُشير إلى أن ثمّة فروقات بين كل من مجلة الأحكام العدلية وقانون الموجبات والعقود:

فمن جهة أولى،

إن مجلة الأحكام العدلية إذا كانت اعتنت بقسم المعاملات، إلا أنها تناولت على وجه الخصوص عقوداً مسمّاة، وهذا ما يتجلى بعناوين الكتب التي تتألف منها: فالكتاب الأول تناول البيوع، الكتاب الثاني الإجارة، الكتاب الثالث الكفالة، الكتاب الرابع الحوالة، الكتاب الخامس الرهن، الكتاب السادس الأمانات، الكتاب السابع الهبة، الكتاب العاشر الشركات، الكتاب حادي عشر الوكالة، الكتاب الثاني عشر الصلح والإبراء"، إلا أن المجلة لم تخصص قسماً للنظرية العامة للعقد يتضمّن الأحكام العامة التي يُرجع إليها في حالة خلو العقد المسمّى من حكمٍ يرعى المسألة، والتي يُرجع إليها أيضاً في حالة ظهور عقود غير مسمّاة.

إضافة إلى ذلك، فإن المجلة لم تُخصص كتاباً لبيان الأحكام العامة **للوقائع القانونية** كالفعل الضار والفعل النافع والإثراء غير المشروع، ولا يكفي في هذا الشأن تخصيص الكتاب الثامن منه لـــ "الغصب والاتلاف"؛

بالمقابل فإن قانون الموجبات والعقود ينقسم إلى قسمين: القسم الأول معنون **"في الموجبات على وجه عام"** متضمّناً أنواع الالتزامات ومصادرها وشروط صحتها ومفاعيلها وانتقالها وسقوطها، أما القسم الثاني فمعنون **"قواعد مختصة ببعض العقود"** الذي يبدأ بالبيع وينتهي بالكفالة.

ومن جهة ثانية،

إن مجلة الأحكام العدلية إن كانت تطرقت إلى قسم المعاملات، فإنها شملت الجانب الإجرائي منه، فالكتاب الثالث عشر تناول الإقرار، والرابع عشر تناول الدعوى، والخامس

عشر تناول البيّنات والتحليف والكتاب السادس عشر والأخير تناول القضاء، وهذه الأحكام جميعها محلها في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

إن هذه المفارقات هو لبيان أن إعمال المقارنة التامة بين مجلة الأحكام العدلية وبين قانون الموجبات والعقود لا يُمكن أن يستقيم لعدم تطابق التصنيف القانوني. من أجل ذلك فإن مدى الغاء أحكام المجلة لا ينطلق حصراً من واقعة صدور قانون الموجبات والعقود، فأحكام المجلة المتعلّقة بالنظام الإجرائي القضائي ملغاة عملاً بأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

وبالعودة إلى المادة 1106 من قانون الموجبات والعقود، فقد نصّت: "أُلغيت وتبقى ملغاة جميع أحكام "المجلة" وغيرها من النصوص الاشتراعية، التي تخالف قانون الموجبات والعقود أو لا تتفق مع أحكامه". وانطلاقاً من عبارتها يتبدى أن ما أُلغي من مجلة الأحكام العدلية يندرج ضمن إحدى الفئتين:

1- الفئة الأولى تتناول الأحكام التي تتعارض مع إحدى نصوص قانون الموجبات والعقود، مثال ذلك المادة 357 مجلة[1] التي تتعارض مع نص المادة 208 موجبات[2]، والمادة 368 مجلة[3] التي تتعارض مع المادة 385 موجبات[4]، والمادة 1568 مجلة[5] التي تتعارض مع

[1]- المادة 357 مجلة: "إذا أغرّ أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذٍ".

[2]- المادة 208 موجبات: "ان الخداع لا ينفي على الإطلاق وجود الرضا لكنه يُعيبه ويؤدي إلى إبطال العقد إذا كان هو العامل الدافع إليه والحامل للمخدوع على التعاقد"، فهذه المادة لم تشترط الغبن لإبطال العقد.

[3]- المادة 368 مجلة: "البيع الذي يتعلّق به حق الغير كبيع الفضولي ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الآخر".

[4]- المادة 385 موجبات: "بيع مال الغير باطل إلا في الأحوال الآتية: 1- إذا كان المبيع شيئاً معيناً بجنسه أو بنوعه فقط. 2- إذا أجازه المالك. 3- اذا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على المبيع"

[5]- المادة 1568 مجلة: "لا يتوقف الإبراء على القبول ولكن يرتد بالرد".

نص المادة 338 موجبات[6]، والمادة 1342 مجلة[7] التي تتعارض مع المادة 849 موجبات[8].

وليس من الضروري أن يكون التعارضُ كلّياً بل يمكن أن يكون جزئياً يؤدي فقط إلى تضييق دائرة نطاق التطبيق دون حد الإلغاء التام، على سبيل المثال المادة 1642 مجلة التي تضمّت: "يصح أن يكون أحد الورثة خصماً في الدعوى التي تُقام على الميت أو له، ولكن الخصم في دعوى عين من التركة هو الذي في يده تلك العين والوارث الذي لم يكن ذا يد ليس بخصم"، فقد اعتبرت محكمة لبنان الجنوبي البدائية في قرار صادر في 1944/12/11[9] أن المادة 1642 مجلة شملت في أحكامها أصول التمثيل في دعوى الدين وفي دعوى العين وأن المادة 76 موجبات التي نصت أن الورثة "لا يُمكن أن يُطالِبوا أو يُطالَبوا إلا بالحصة التي تعود لهم أو عليهم من دين التركة" عدلت المادة 1642 لناحية دعوى الدين فقط دون دعوى العين.

2- أما الفئةُ الثانيةُ فتتناول الأحكام التي لا تتفق مع نصوص قانون الموجبات والعقود. والبحث في تحقق الموافقة من عدمه يتطلب الغوص في روحية النصوص والنظر إلى مقاصد المشترع إذ لا يكفي مجرد الوقوف على ظاهر العبارات. من أجل ذلك كانت هذه الفئة محل تباينٍ في الاجتهاد اللبناني، على سبيل المثال: أحكام مرض الموت الواردة في المادة 1595 مجلة[10]، فمنهم من قال ببقائها وسريانها لأن قانون الموجبات والعقود لم

---

[6]- المادة 338 موجبات: "أن الابراء من الدّين أو تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المديون لا يكون إلا بمقتضى اتفاق إذ يُفترض في الإبراء اتفاق أصحاب الشأن".

[7]- المادة 1342 مجلة: "لا يصح عقد الشركة على الأموال التي لا تعد من النقود كالعروض والعقار أي لا يجوز أن تكون هذه رأس مال شركة".

[8]- المادة 849 موجبات: "يجوز أن تكون حصص الشركاء في رأس المال نقوداً أو أموالاً منقولة أو ثابته أو حقوقاً معنوية كما يجوز أن تكون صناعة أحد الشركاء أو صناعاتهم جميعاً".

[9]- النشرة القضائية 1954 ص.228.

[10]- المادة 1595 مجلة: "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره ان كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره ان كان من الاناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن. وان امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حالٍ واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغيّر. ولكن لو اشتد مرضه وتغيّر حاله ومات قبل مضي سنة يُعد حاله اعتباراً من وقت التغيّر إلى الوفاة مرض الموت"

يتطرق إليه، في حين أن آخرين اعتبروا أنها ملغاة لأنها لا تتفق مع القواعد العامة الواردة في قانون الموجبات والعقود المتعلقة بعيوب الرضى. من جانبنا فإننا نؤيد الرأي الأول.

أما في ما عدا هاتين الفئتين، فإن أحكام المجلة العدلية لا تزال سارية التطبيق لاسيما فيما يتعلق بالمسائل التي لم يُعالجها أو يتطرق إليها قانون الموجبات والعقود كعقد المزارعة (المادة 1431 وما يليها مجلة)، وهي بذلك لا تزال تؤلف جزءاً من القانون الوضعي اللبناني. بل نضيف أن الأوضاع القانونية التي نشأت واكتملت في ظل مجلة الأحكام العدلية لا تزال حتى تاريخه خاضعة لها، على سبيل المثال لا تزال المواد 1192 وما يليها مجلة[11] والمتعلقة بأحكام الاملاك العقارية بشأن حقوق والتزامات المالكين في البناء الواحد تجاه بعضهم البعض سارية متى كان البناء قد أقيم في زمن سريانها.

إن ما ذُكر تناول التنازع بين القوانين في الزمان بين قانون الموجبات والعقود وبين المجلة، إلا أن ثمّة قواعد واردةٌ في المجلة هي خارج دائرة التنازع، ونعني بها القواعد الكلية.

ثانياً- في استثناء القواعد الكلية من حكم المادة 1106 موجبات وعقود:

إن أكثر ما يمنح مجلة الأحكام العدلية أهميتها تضمّنها في مقدّمتها تسعاً وتسعون قاعدة كلية بدءاً من قاعدة "الأمور بمقاصدها" وانتهاءً بقاعدة "من سعى في نقض ما تمَّ من جهته فسعيه مردودٌ عليه"، قواعدٌ صقلها الفقهاء، استغرقت صياغتها على النحوِ الذي وصلتنا أكثرَ من ألف عام، تُعبِّر عن المسلّمات القانونية.

هذه القواعد تؤلف أساس القانون وثوابته، ويُمكن تعريفها بـأنها "الأصول المقنّنةُ التوجيهيةُ للأحكام الجزئية"، فيدخل في حكمها مسائلٌ من أبواب متفرقة، وهي تلعب دوراً هاماً في ضبط النصوص الفرعية وتفسيرها، ويُرجع إليها لاستنباط الحلول عند انتفاء النص، بل يُمكن أن يُلجأ إليها رغم وجود النص إذا كان جامداً لم يعد يأتلف مع المصالح القانونية المستجدة.

هذه القواعد الكلّية كانت حاضرةً عندما وضعت اللجنة الاشتراعية الاستشارية تقريرها بشأن قانون الموجبات والعقود إذ ذكر رئيس اللجنة الاشتراعية والاستشارية صراحة في تقريرها أن المئة الأولى من مواد المجلة تتضمّن القواعد الأساسية للقانون.

---

[11]- المادة 1192 مجلة: "كلٌ يتصرف في ملكه كيف شاء لكن إذا تعلّق به حق الغير يمنع المالك من تصرفه بوجه الاستقلال. فلو كان السفل لواحد والعلو لآخر فلصاحب العلو حق القرار على السفل ولصاحب السفل حق السقف في العلو يعني حق الستر من الشمس والتحفظ من المطر ولهذا لي لأحدهما أن يفعل شيئاً مضراً إلا باذن الآخر ولا أن يهدم بناء نفسه".

انطلاقاً ممّا ذُكر، فإن القواعد الكلية، باعتبارها تؤلف أساسيات القانون، لا يُمكن مقابلتها مع حكمٍ فرعي. ما يستتبع أنه لا يُمكن الحديث عن إلغاء قاعدة كلّية لأن ثمّة حكماً فرعياً في قانون الموجبات والعقود يتعارض معه. من أجل ذلك فإن هذه القواعد غير قابلة للإلغاء، ولا يُثار بشأنها موضوع الالغاء الوارد في نص المادة 1106 موجبات وعقود، وعلى فرض وجود حكمٍ فرعيٍ يتعارض مع قاعدة كليةٍ فذلك لأن هذا الحكم يندرج ضمن قاعدة كلية أخرى. على سبيل المثال: فإن المادة 115 موجبات وعقود التي تمنح للقاضي حق إعطاء المديون حسن النية مهلاً معتدلة للإيفاء، إن كانت تتعارض في ظاهرها مع القاعدة الكلية رقم 83 الناطقة: "يُلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان"، إلا أنها تُعتبر من تطبيقات القاعدة الكلية رقم 18: "الأمر إذا ضاق اتسع". كذلك فإن حق الحبس المنصوص عليه في المادة 272 موجبات وعقود إذا كان يتعارض مع القاعدة الكلية رقم 19: "لا ضرر ولا ضرار" إلا أن الحبس يُعتبر ممارسة لحقٍ شرعي فلا ضمان عليه عملاً بالقاعدة الكلية رقم 91: "الجواز الشرعي يُنافي الضمان"- وإذا كانت المادة 160 موجبات وعقود التي تُجيز للفضولي القيام بموجب على رب المال إذا كانت الضرورة الماسة دفعته تتعارض مع القاعدة الكلية 96: "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه" إلا أنها تُعتبر من تطبيقات القاعدة الكلية 21: "الضرورات تبيح المحظورات"؛

يبقى أن التأكيد على استمرارية القواعد الكلّية يوجب معرفة موقع هذه القواعد ضمن سلسلة القواعد القانونية التي يلجأ إليها القاضي عند فصله في النزاع: وفي هذا الشأن فقد ذهب عددٌ من الفقه إلى اعتبار أن القواعد الكلية ليست سوى المبادئ العامة فتأخذ مركزها في هذه السلسلة، إلا أننا نرى خلاف ذلك. فالقواعد الكلّية تتميّز عن المبادئ العامة في أنها قواعدٌ مقنّنةٌ أوجدها الفقه انطلاقاً من عللِ الأحكام الفرعية ما يمنحها الصفة الشمولية، في حين المبادئ العامة هي قواعد غير مدوّنة يستنبطها الاجتهاد في إطار النزاع الذي بين يديه بما يتلاءم مع الحل الذي يراه مناسباً، بمعنى أن عملية استخراج المبادئ العامة لا تخلو من التقدير الشخصي للقاضي وذلك خلافاً لعملية استنباط القواعد الكلية.

وفي الواقع إن القواعد الكلية هي نصوص قانونية، لكنها نصوص ليست معدّة للتطبيق المباشر، ولقد ورد ذلك في تقرير اللجنة المشرفة على المجلّة بقولها: "نعم ليس لحكام الشرع الشريف أن يحكموا بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد ما لم يقفوا على نصٍ صريح"، وهو ما يخلص بنا إلى القول أن القواعد الكلية هي نصوص قانونية ذات تطبيق غير مباشر لا يتم اللجوء إليها إلا عند انتفاء الحكم الفرعي أو من اجل إزالة غموض يكتنف هذه الأحكام الفرعية.

وإذا كان ما ذُكر يتناول موقع القواعد الكلية في سلسلة القواعد القانونية التي يلجأ إليها القاضي لبيان الحُكم، يبقى أن ثمّة دوراً آخر خفياً للقواعد الكلّية بالغ الأهمية يُضاف إلى وظائفه الأساسية: فالقاضي عند فصله في النزاع المعروض أمامه يُمارس ما يُعرف بالسلطة التقديرية للوقائع يعمد في معرضها إلى رقابة المصالح المتناقضة المتعلقة بالدعوى تمهيداً لتقرير الحل المناسب. هذه السلطة التقديرية ذات الطابع الشخصي إن خلت من الضوابط لأضحت سلطةً عبثية تعسفية. من هنا تأتي القواعد الكلية لتكون أدوات تضبط ممارسة هذه السلطة وتُفعّل من رقابة القاضي للمصالح المتقابلة وكيفية الموازنة بينها تمهيداً لإعمال التناسب وتقرير الحل الذي يتلاءم مع مقاصد المشترع.

ختاماً،

بالرغم من جميع ما ذُكر حول المجلة واعتبارها جزءاً من النظام القانوني اللبناني وأهمية القواعد الكلّية ليس فقط على الصعيد الداخلي وإنما على صعيد التجارة الدولية وصلاحيتها لأن تكون نواةً لها باعتبارها من المسلّمات المتفق عليها بين جميع الشعوب، إلا أن التطبيق العملي لهذه القواعد والأحكام لا يزال حتى تاريخه خجولاً جداً، ومرد ذلك أن هذه المجلة وهذه القواعد التي تحتويها مغيّبةٌ لا يعلم بها إلا القليل. ولا ريب أن الحل يكمن في إدخالها، وتحديداً القواعد الكلية، ضمن المناهج في كليات الحقوق والتشجيع بأن تكون موضوعاً للدراسات والأبحاث، والإكثار من إقامة الندوات للتعريف بها، وهنا تتجلّى أهمية عقد هذا المؤتمر العلمي. ويكفينا دافعاً للتمسّك بها: أن تراثَ علمائِنا سببٌ لارتقائنا.

مجلة الأحكام العدلية وارتباطها بحركة التنظيمات (1839 – 1876م)

" تداعياتها وآثارها على الدولة والمجتمع العثماني "

د. "محمد علي" الأحمد

أستاذ اللغة العربية والتاريخ العثماني

كلية الإلهيات – جامعة كرابوك - تركيا

مقدمة:

وقفت الدولة العثمانية مع مطلع القرن التاسع عشر الميلادي/ الثالث عشر الهجري، على أعتاب مرحلة التراجع والضعف الشديد، فيما أطلق عليه: " الرجل المريض"[1] مع انتهاء عهد الخليفة سليم الثالث وتولي الخليفة محمود الثاني عام 1808م / 1223هـ ، وازدادت الأمور تراجعاً وضعفاً في عهد ولديه الخليفتين عبد المجيد الأول 1839 – 1861م، وعبد العزيز 1861 – 1876م، وقد أدرك هؤلاء الخلفاء الحاجة القصوى لإصلاح أوضاع الدولة وإحداث تغييرات جذرية فيها، وتحديث أجهزتها ونظمها الإدارية والعسكرية والاقتصادية والتشريعية، في مسعىً لتطوير تلك النظم بما يجاري روح العصر ويواكب النهضة الأوروبية الحديثة، وبما يلبي مطالب التيار العلماني الذي نشب مخالبه في جسد الدولة العثمانية في هذه المرحلة، وتمكن من تولي المناصب القيادية الرئيسة فيها، وسعى لتحويل هذه الدولة بكافة مرافقها، لا سيما نظامها السياسي، إلى نظام علماني يطبق رؤية هذا التيار التغريبي، ويربطها بالنظم الأوروبية الغربية، بالتحالف مع الدول الكبرى في أوروبا، خاصة فرنسا وبريطانيا، وكان اندفاع زعماء التيار التغريبي العلماني المتمثل بالنخب المثقفة ثقافة غربية من رجال الإدارة والسياسة والجيش في الدولة العثمانية، سبباً في توجه الخلفاء العثمانيين في هذه الفترة نحو الإصلاح والتحديث للدولة لتجنيبها السقوط من ناحية، وللموائمة بين نظامها الإسلامي المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، وبين تحديث الدولة والسير بها لمواكبة التطور والنهضة الأوروبية، وإزاء هذا يعاني الخلفاء العثمانيون في هذه المرحلة من حالة التجاذب والصراع مع قادة التيار التغريبي المتحكم بمفاصل الدولة، ويحاولون التمسك بموروثهم التراثي والفكري والحضاري العثماني، وفي الوقت ذاته إضفاء طابع التحديث على مؤسسات الدولة ونظمها، ولذلك بدأوا يصدرون الفرمانات والقرارات السلطانية التي تؤذن بالسير في حركة الإصلاحات قدماً نحو الأمام، وكبح جماح التيار التغريبي المتعجل في تنفيذ مآربه بعلمنة الدولة، والمهرول في تغريبها وإلحاقها بالغرب، وقد سارت حركة الإصلاح هذه - والتي عرفت بحركة التنظيمات- بشكل فعال ومتلاحق في عهد السلطانين الأخوين عبد المجيد الأول وعبد العزيز، وأصدر الخليفة عبد المجيد القرار الأول المسمى خط شريف كلخانة سنة 1839م، وأصدره مصطفى رشيد باشا السلطان ثم أتبعه السلطان عبد المجيد بمرسوم إصلاحي آخر عرف بالخط الهمايوني سنة 1856م، والمرسومان متشابهان ومتقاربان من حيث أنهما جاءا بضغط الدول الأوروبية وروسيا على الدولة العثمانية، وأنهما

---

[1] كان أول من استخدم تعبير الرجل المريض قيصر روسيا نيقولاي الأول، المتعصب جداً لأرثوذوكسيته عند مكالمته للنصير الإنجليزي في بطرسبورغ، وهو في حالة غضب وقلق شديد وهو يتابع تدارك الدولة العثمانية لما فاتها خلال الفترات الماضية، ومحاولتها إنقاذ نفسها من التشتت والانهيار التام، وذلك بسعيها للإصلاح، من خلال حركة التنظيمات ومحاولات التجديد والتحديث، وقد استعمل هذا التعبير وهو يخاطب ذلك السفير، مشيراً عليه باقتسام أراضي وممتلكات الدولة العثمانية، أو تشذيب أطرافها على أقل تقدير، انظر: أوزتانا، يلماز، تاريخ الدولة العثمانية (2 ج)، ترجمة: عدنان محمود سلمان، مراجعة محمود الأنصاري/ نشر: مؤسسة فيصل للتمويل، طـ 1، استانبول، 1990م، جـ 2، ص 46 – 47)

قدَّما كثيراً من التنازلات للأوروبيين، وفيهما تبعية واضحة للغرب في السير على منهاج الغربيين في أسلوب نظام الحكم لإدارة الدولة العثمانية، وفي مجال تنظيم الجيش وتسليحه، ومما تضمنته هذه المراسيم : إعطاء امتيازات وحقوق لغير المسلمين وللأجانب داخل الدولة العثمانية، وتلا ذلك خطوة أخرى خطاها من بعده أخوه الخليفة عبد العزيز بن محمود الثاني بعد سنوات عدة من توليه شؤون الخلافة العثمانية، وتمثلت بإصدار قانون مدني يُحاكي في شكله وصياغته القوانين والتشريعات الأوروبية، ويستمد مضمونه ومحتواه من الشريعة الإسلامية، واستغرق إعداده قرابة ثماني سنوات، وقد عرف هذا القانون بـ : المجلة، وأطلق عليها: مجلة الأحكام العدلية.

لقد اتسمت مرحلة التنظيمات أو الإصلاحات بمجمل ما صدر فيها من تشريعات وقوانين ومراسيم وقرارات سلطانية، بأنها مرحلة تحولات وتغيرات جذرية ليس بالنسبة للدولة العثمانية فحسب، بل للعالم الإسلامي بشكل عام، لأنها فرضت على الدولة العثمانية وعلى المجتمع العثماني، بل وعلى العالم الإسلامي بأكمله، قيماً ومبادئ وتصورات جديدة وغريبة، وفيها تغيير لهويته، ووصفت هذه المرحلة بأنها بداية عَلْمَنَة العالم الإسلامي والتأثير على كيانه الوجودي من أساسه، لأجل هذا جاء اختيار الباحث لعنوان هذه الورقة ليعرض تلك القرارات السلطانية وليبين دواعي صدورها في هذه المرحلة بالذات، مرحلة التنظيمات، وليُعَرِّف بما رافقها وما صاحبها من تشريعات وقوانين، سميت واشتهرت بمجلة الأحكام العدلية، وليبين أيضاً مدى التلازم والارتباط بين إصدار المجلة وإصدار المراسيم العثمانية في الفترة ذاتها، من حيث دواعي وأسباب الإصدار، ومن حيث تداعيات ذلك وانعكاساته على الدولة والمجتمع العثماني بشكل خاص، وما خلّفته مرحلة التنظيمات هذه وما تركته كذلك من بصمات على الأمة الإسلامية والعالم الإسلامي بأكمله لعهود وفترات لاحقة بعيدة المدى .

وأولى تلك الآثار السلبية القريبة المباشرة هدم التيار العلماني التغريبي لدولة الخلافة العثمانية في مدة لا تزيد عن خمسين عاماً من بدء صدور تلك القرارت ثم استمرار تأثيراتها المتتالية على جوانب حياة أمة الإسلام كافة، ويدرك المتأمل لذلك الواقع أن عواقب تلك المرحلة وارتداداتها المباشرة وغير المباشرة لا تزال تظهر تباعاً كمصائب ونكبات ومحن وأزمات في أقطار الأمة الإسلامية، وستبقى كذلك إلى فترات مستقبلية لا يعلم مداها إلى الله وحده.

وقد سعى الباحث إلى معالجة موضوع هذه الورقة من خلال مباحث عدة تتناول عرضاً للمراسيم العثمانية التي تقدمت على إصدار المجلة، باعتبارها كانت بمثابة تمهيد وتهيئة للمجتمع العثماني لتقبل تلك القرارت، ومن ثم لاستقبال صدور مجلة الأحكام العدلية، ثم لدراسة ردود أفعال ذلك المجتمع على تلك القرارات، لما تتضمنه من مواد تثير حفيظته وتحرك مشاعر أبنائه لقبول أو رفض ما جاء فيها، كما تتناول الورقة مجلة الأحكام العدلية والتعريف بها وبموادها، وتبين أسباب ودواعي إصدارها وأهمية هذا الإصدار وعواقبه الإجرائية والقانونية، وتأثيراته على واقع المجتمع العثماني عقب صدورها، وكذلك تناقش تأثيرات المجلة على المجتمع الإسلامي في الأمة بكافة أقطارها، من الجوانب القانونية

والتشريعية والفقهية. وقد اعتمد الباحث في إعداد ورقته البحثية على المنهجين التاريخي والاستقرائي الوصفي، لأنهما يمثلان الطريقة العلمية لمعالجة الموضوع .

أولاً: حركة التنظيمات وأسباب ظهور مراسيمها:

ذكر البعض أن تدوين قوانين الدولة العثمانية وإصدارها قد مَرَّ بمراحل ثلاث، أولاها: من بداية نشوء الدولة حتى عهد السلطان محمد الفاتح، وسميت بالفترة التحضيرية، وثانيها: من عهد السلطان الفاتح حتى عهد السلطان سليم الأول، والثالثة: من بعد عهد السلطان سليم الأول حتى نهاية عمر الدولة العثمانية[2]، واجتهد أحد الباحثين المعاصرين فأضاف مرحلةً رابعة اعتبر بدايتها من عهد التنظيمات منتصف القرن التاسع عشر إلى نهاية حياة الدولة العثمانية مطلع القرن العشرين 1923م[3]، والحقيقة أن إضافة مرحلة رابعة تبدأ بعهد التنظيمات وتنتهي بنهاية الدولة، أمر يستحق التوقف عنده، لأن هذه المرحلة هي المعنية بهذه الورقة البحثية، إذ اتسمت بمحاولات الاقتباس من القوانين الغربية من خلال سيطرة التيار التغريبي على مرافق الدولة ومؤسساتها، ومحاولتهم استبدال أنظمة الدولة المستمدة من الشريعة الإسلامية بأنظمة وقوانين وضعية مأخوذة عن النظم القانونية والتشريعية الغربية، خاصة القانون المدني الفرنسي. وهناك تقسيم آخر لمراحل تدوين القوانين العثمانية، قُسِّمَت من خلاله إلى مرحلتين، مرحلة ما قبل التنظيمات سميت بالفترة الكلاسيكية، وكان فيها الشرع هو الحاكم لحياة المجتمع، والمنظم لكافة أمور الدولة العثمانية، ومرحلة ما بعد التنظيمات، التي اتسمت بالركود والضعف والتراجع في مختلف المجالات، واقتصرت الدولة في هذه الفترة على إصدار اللوائح لإصلاح شؤونها، وخطوات الإصلاح في هذه المرحلة ليست ذات فعالية كبيرة ولم تؤت ثمارها المطلوبة، بسبب التدخلات الخارجية من الدول الأوروبية، والتدخلات الداخلية والعرقلة من التيار العلماني التغريبي، كي يسيروا بالدولة نحو تغيير أنظمتها وقوانينها وإلا السير بها نحو السقوط والزوال[4] .

ووفق التقسيم الآنف الذكر الذي جعل تدوين القوانين العثمانية في مرحلتين مرحلة ما قبل التنظيمات وما بعدها، فإن المرحلة الأولى السابقة للتنظيمات، والتي أخذت الحيز الأعظم من عمر الدولة العثمانية وامتدت لأكثر من خمسة قرون ونصف حتى بدء عهد التنظيمات في القرن التاسع عشر، تميزت بالوحدة والاتساق، ولم يحدث فيها تغيير جذري يخرج عن مسيرة التطور الطبيعي للبناء التشريعي للدولة العثمانية، وشهدت سيادة التشريعات الإسلامية على النظام الحقوقي للملل والطوائف الأخرى غير المسلمة[5]، وملء الفراغ

---

[2] جانبولات، أورهان صادق، قوانين الدولة العثمانية وصلتها بالمذهب الحنفي، نشر: ال معهد العالمي للفكر الإسلامي، ط 1، فرجينيا / الولايات المتحدة الأمريكية، 2012م، ص 51 - 52 .

[3] جانبولات، المرجع السابق، ص 52 .

[4] مجموعة مؤلفين، الدولة العثمانية تاريخ وحضارة، (2 ج) إشراف أكمل الدين إحسان أوغلي، ترجمه للعربية: صالح سعداوي، نشر: مركز الأبحاث للتاريخ والفنون والثقافة الإسلامية (إيريسكا)، ط 1، استانبول، 1999م، جـ 1، ص 511 .

[5] مخلوف، ماجدة، تحولات الفكر والسياسة في التاريخ العثماني، دار الآفاق العربية، ط 1، القاهرة، 2009م، ص 16 .

الناشئ أثناء تطبيق تلك التشريعات والقوانين العرفية التي تصدرها الدولة العثمانية، ضمن الإطار الكلي للشريعة الإسلامية، ولم يستعينوا أثناء تلك الفترة بنظام تشريعي أجنبي من أية دولة أوروبية، بل كان الاعتماد كاملاً على النصوص الفقهية والقانونية الخاصة بالدول الإسلامية التركية السابقة على العثمانيين كالسلاجقة، امتداداً إلى الدولة العباسية، أما في المرحلة الثانية التي تبدأ بعهد التنظيمات وتنتهي بانتهاء الدولة العثمانية، فقد بدأ الحديث عن الغرب وعن نظمه القانونية، وبدأت مرحلة التنظيمات بحركة التغريب والاقتباس في المجال التشريعي من الأنظمة والتشريعات والقوانين الوضعية الغربية، كما هو الحال في المجالات الأخرى[6]، وكان لحركة التغريب في مجال التشريع والنظم الحقوقية، التي نصت عليها المراسيم السلطانية التي صدرت في مرحلة التنظيمات، كالخط الهمايوني المسمى شريف كلخانة عام 1839م والخط الهمايوني عام 1856م، كان لها أسباب ومبررات خاصة بها من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية والحقوقية، وتتمثل في :

1- إعجاب قادة التيار التغريبي من رجال الإدارة العثمانية في هذه الفترة بالنظم التشريعية والقانونية والإدارية الغربية، وتأثرهم بها وبحركة التقنين في الغرب، وسعيهم لتطبيقها في الدولة العثمانية، وهم يؤمنون بأن تطبيق القوانين الغربية على مرافق الدولة العثمانية في كافة المجالات، تحول لا بد منه لإنقاذها، وأنه لا بد من احتذاء النموذج الغربي في البناء العدلي والمجال التشريعي، وكان سبب وقوعهم في هذا الخطأ القاتل، هو إعجابهم وتأثرهم بالغرب دون أن يفكروا في إمكانية توافق القوانين الغربية أو عدم توافقها مع البناء الاجتماعي للدولة العثمانية، أو في تلبيتها للاحتياجات التشريعية لهذا المجتمع أو عدم ذلك[7].

2- أن الدول الغربية كانت دائمة الضغط والإلحاح على الدولة العثمانية لإرغامها على قبول قوانينها وتشريعاتها[8] ويعزى الإلحاح هذا إلى حرص الدول الغربية على إيجاد أسواق لمنتجاتها المتزايدة بعد ثورتها الصناعية، وسعيها لتأمين أسواق تجارية تُصَدِّر إليها تلك المنتجات، عن طريق تطبيعها بقوانينها وتشريعاتها هي، أي الدول الصناعية الغربية، وسعيها للبحث عن مكانة حقوقية معتبرة لها في البلاد العثمانية عن طريق فرض قوانينها، وذلك من خلال محاولتها تأمين امتيازات وحقوق جديدة للأقليات القريبة منها في الدولة العثمانية، خاصة في مجال القانون العام، وبذلها جهوداً متتالية لزيادة نفوذها لدى الأقليات الموجودة في الأراضي العثمانية وتحت السيادة العثمانية، وهذه أسباب تجعل تلك الدولة الأوروبية الصناعية تمارس الضغوط الدؤوبة والدائمة على الدولة العثمانية، في مجال النظم والتشريعات والقوانين، ومن الأدلة المباشرة على صحة ودقة هذا الرأي، أن الدول

---

(6) مجوعة مؤلفين، الدولة العثمانية تاريخ وحضارة، جـ 1، ص 511 .

(7) مجموعة مؤلفين، المرجع السابق، جـ 1، ص 511 – 512 .

(8) مجموعة باحثين، المرجع نفسه، جـ 1، ص 511 – 512 .

الأوروبية طالبت الصدر الأعظم (رئيس الوزراء العثماني) عالي باشا، أثناء مؤتمر باريس، بأن يعيد تنظيم المحاكم على النظام الغربي، وأيضاً الضغوط المستمرة من تلك الدول على الدولة العثمانية لوضع تنظيمات تتعلق بغير المسلمين، خاصة فرمانات وقرارات الإصلاح، وفي مقدمة تلك الضغوط محاولات الفرنسيين في هذه الفترة، وهي الفترة التي بدأ العثمانيون فيها بإعداد مجلة الأحكام العدلية، لكي يتم الأخذ بالقانون المدني الفرنسي المسمى بقانون نابليون (Code Napoleon)، الأمر الذي دعا الصدر الأعظم علي باشا إلى الأخذ بهذا القانون، محاولة منه للتخلص من شدة الضغوط الأوروبية والفرنسية عليه، وكذلك الضغوط الإنجليزية لفرض تنظيمات قانونية على الدولة العثمانية على النمط الغربي[9] . لهذا يمكن القول إن المراسيم السلطانية والقوانين التي صدرت في مرحلة التنظيمات في عهد الخلفاء محمود الثاني وولديه عبد المجيد الأول وعبد العزيز بين 1808 – 1876م، وتشمل الخط الهمايوني خط شريف كلخانة 1839م والخط الهمايوني 1856م، ومعهما مجلة الأحكام العدلية، هي محاولات لإصلاح الدولة العثمانية وتحديث إدارتها وتشريعاتها، بالاستجابة للضغوط الغربية من ناحية، وبالتنفيذ لخطط ومشاريع وتوجهات زعماء التيار العلماني التغريبي، في السير نحو علمنة الدولة من ناحية ثانية، وبإلباس خطة التغريب لبوساً إصلاحياً، من خلال السعي للموائمة بين التشريعات الإسلامية الأصلية المستمدة من النظام الإسلامي، وبين التشريعات الغربية المستمدة من القوانين الفرنسية والإنجليزية وغيرها من القوانين الأوروبية من ناحية ثالثة، وبالتالي لن تؤتي هذه الحركات الإصلاحية ثمارها المرجوة، لأنها كلها تصب في النهاية في اتجاه إضعاف الدولة العثمانية، وتقوية التيار العلماني التغريبي لإحكام قبضته وسيطرته على مرافق الدولة، والسير بها نحو إسقاطها

3- الحاجة الماسة إلى تلك الإصلاحات نفسها، وذلك بسبب حالة التغير والتطور المستمر الذي يظهر على الدولة والمجتمع العثماني في الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغير ذلك، الأمر الذي يفرض على الدولة العثمانية وضع تشريعات وقوانين جديدة تواكب المستجدات الطارئة التي تطرأ على الساحة العثمانية في شؤون الحياة كافة[10].

إن الرأي السائد حول حركة التنظيمات والإصلاحات، بأنها بدأت ونشطت وتفاعلت في عهد الخليفة عبد المجيد الأول، وتتابعت واستمرت وبلغت أوجها وذروتها في عهد أخيه الخليفة عبد العزيز، ثم كَبَح جماحها وجماح زعمائها وحَدَّ من زخمها الخليفة عبد الحميد الثاني، لكن الرأي الآخر يشير إلى أن الخليفة محمود الثاني 1808 – 1839م هو رائد الإصلاح والتحديث في الدولة، في خطوات أوسع وأقوى وأكثر جرأة ووضوحاً، بعد البدايات والأسس الأولية التي خطها السلطان سليم الثالث[11]، إذ تعد الإصلاحات الجذرية

---

(9) محموعة باحثين، الدولة العثمانية تاريخ وحضارة، جـ 1، ص 512 .

(10) مجموعة باحثين، المرجع الساب، جـ 1، ص 512 – 513 .

(11) أوزتونا، تاريخ الدولة العثمانية، جـ 2، ص 29.

الحقيقية في عهد الخليفة محمود الثاني، والتي افتتحها بالواقعة الخيرية 1826م، وقضى فيها على فِرَق التشكيلات الانكشارية تماماً، وتشكيل الجيش الحديث على الطراز الأوروبي وقد عَدَّ بعض المؤرخين هذه الخطوة بأنها الأساس لنجاح حركة التنظيمات، والأساس لتكوين تركيا الحديثة[12] كما عُدَّت بأنها أكبر انقلاب في الدولة العثمانية، والتي تمثلت بتمكين السلطان محمود الثاني المدنيين الممثلين للتيار العلماني التغريبي من إدارة الدولة، بحيث أرجع العسكر إلى ثكناتهم، وسحب من أيديهم إدارات الدولة المدنية، " ولو قُدِّر للسلطان محمود أن يعيش عمرعشر سنوات أُخَر (10) لكان من المتوقع أن يتغير وجه تركيا بشكل أعمق وأعم، فهو الذي جَهَّز أسس التنظيمات، لكنه مات قبل أن يتمكن من إعلانها "[13]، ويرى أوزتونا أن مؤرخي التاريخ العثماني وقعوا في خطأ تاريخي جوهري حين اعتبروا الصدر الأعظم مصطفى رشيد باشا هو رائد حركة التنظيمات، لأن رائدها هو السلطان محمود الثاني، استناداً إلى الواقعة الخيرية عام 1826م، والتي قضى فيها على الفرق الانكشارية، وأن ما يوَجَّه من نقد لمصطفى رشيد باشا، على أنه هو الذي بدأ السير على منهج الغرب وتقليدهم واتبعاهم، ليس صحيحاً، لأن مصطفى رشيد باشا لم يكن إلا صنيعة السلطان محمود الثاني وتابعه الخاص، لأنه سار على نهج سيده وأتم ما بدأه[14] .

ـ ثانياً: التنظيمات[15] الممهدة لمجلة الأحكام العدلية :

صدر مرسومان أساسيان في عهد الخليفة عبد المجيد الأول بن السلطان محمود الثاني، تميزت بهما مرحلة التنظيمات، في الفترة بين 1839م و 1861، وصدرا باسم السلطان عبد المجيد، أولهما صدر في بداية خلافة عبد المجيد الأول، وقد أصدره الوزير مصطفى رشيد باشا، الذي كان في الأصل سيصدره وغيره من مراسيم التجديد والإصلاح قبل وفاة السلطان محمود الثاني، وهذان المرسومان هما:

الأول : خط شريف كلخانة :

وقد صدر عن السلطان عبد المجيد الأول في الثالث من نوفمبر/ تشرين الثاني

3 / 11/ 1839م، ويعني المرسوم المتوج بخط السلطان خليفة المسلمين[16] وقيل صدر في الرابع من نوفمبر 1839م، السادس والعشرين من شعبان 1255 هـ[17]، وقد أعلنه

---

(12) أوزتونا، المرجع السابق، جـ 2، ص 18 – 19 .

(13) أوزتونا، المرجع السابق، جـ 2، ص 23.

(14) أوزتونا، المرجع ذاته، جـ 2، ص 27 – 28 .

(15) التنظيمات هي مجموعة القوانين والأنظمة التي صدرت مستندةً إلى القواعد التي تقررت في منشور خط شريف كلخانة عام 1839م، ومنشور الخط الهمايوني 1856. انظر: شمس الدين نجم، زين العابدين، تاريخ الدولة العثمانية، دار المسيرة ط ـ 1، عَمّان / الأردن، 2010م، ص 308.

(16) شمس الدين نجم، تاريخ الدولة العثمانية، ص 308 .

(17) المحامي، محمد فريد بك، تاريخ الدولة العلية العثمانية، تحقيق إحسان حقي، دار النفائس، ط ـ 8، بيروت، 1998م، ص 480 .

مصطفى رشيد باشا وتلاه باسم السلطان عبد المجيد الأول أمام كل رجال الدولة وأمام الشعب وأمام كافة رعايا الدولة العثمانية من الأجانب وأبناء الملل والطوائف والأجناس والأعراق الأخرى من غير المسلمين، وتُلِيَ في كلخانة أو الجولخانة (قصر الزهور) في سراي طوب قابو، ولذلك يُطلَق عليه كلخانة خط همايوني، وهذا الفرمان بمثابة الدستور الذي يوضح الحقوق الأساسية لتلك الفئات الآنفة الذكر، ويمثل موافقة السلطان عبد المجيد الأول على إعلان رشيد باشا عن هذا المرسوم، وهو أيضاً بمثابة الموافقة على إعلان التنظيمات وبمثابة التنازل عن الحقوق المتوارثة منذ عصور طويلة لأجداده ومؤسسي الدولة، حرصاً من السلطان عبد المجيد الأول على مصالح الدولة واستمرار بقائها[18]، وبالإعلان عن هذا المرسوم مرسوم خط كلخانة، بدأ الأوروبيون يطلقون عليه اسم: خط شريف[19]، ونظر أتباع التيار التغريبي العلماني للمرسوم أنه بمجرد ظهوره للعلن وتلاوته أمام عموم أبناء الأمة العثمانية، أصبحت مواده بمثابة مواد دستورية، وأصبحت كأنها إصلاحات السلطان محمود الثاني، لأنها في الأصل وُضِعَت في عهده وبإرادة منه، ولكن عاجلته الوفاة، وإقرارها وتثبيتها، في عهد خلفه ابنه السلطان عبد المجيد الأول، جعلها مواداً قانونية موثقة، وأصبحت أساساً لوجود الدولة[20]، ويرى البعض أن الأخذ بالقوانين الغربية إنما كان ضرورة ملزمة للدولة العثمانية في هذه المرحلة، وليس أمراً طوعياً أو اختيارياً، لأن بريطانيا اشترطت على السلطان عبد المجيد إقرار وتطبيق خط شريف كلخانة، على أنه تحديث للدولة العثمانية، بما فيه من اقتباس من النظم الأوروبية في الإدارة والسياسة، وبما يتضمنه من المزايا والمنح والحقوق التي تُعطى للرعايا غير المسلمين في الدولة العثمانية، والتي تجعلهم تحت رعاية وحماية الدول الأوروبية، وأن يأخذ هذا المرسوم صفة التحديث والإصلاح المدني، وأن يعتبر هذا شرطاً مبدئياً وأساسياً يجب أن تنفذه الدولة العثمانية وأن تعمل به مقابل أن تقدم لها الدول الأوروبية، خاصة فرنسا وبريطانيا العون والمساعدة في حل الأزمة مع والي مصر محمد علي باشا، وقد خضعت الدولة العثمانية للمساومات الإنجليزية، فأعلنت برنامجها التحديثي للدولة القائم على أسس علمانية، من خلال الأخذ بالقوانين والنظم التشريعية الأوروبية، وألبسته لَبوس الإصلاح، وهو في حقيقته يستلهم الفكر الغربي في التقنين والتشريع وإدارة مؤسسات الحكم، والاتجاه نحو التشكيل المدني العلماني للدولة والمجتمع[21] .

- مقررات ومواد الخط الهمايوني خط شريف كلخانة:

أكد منشور أو خط شريف كلخانة على بنود رئيسة تنص على الآتي:

---

[18] أوزتونا، تاريخ الدولة العثمانية، جـ 2، ص 32 .

[19] أوزتونا، المرجع السابق، جـ 2، ص 32 .

[20] أوزتونا، المرجع السابق، جـ 2، ص 32 – 33 .

[21] مخلوف، تحولات الفكر والسياسة في التاريخ العثماني، ص 18 – 19 .

1- إيجاد ضمانات لأمن جميع رعايا الدولة على حياتهم وشرفهم وأملاكهم، وأن تكون المحاكمات علانية، وأن تكون مطابقة للّوائح، وإلغاء مصادرة الأملاك.

2 - إيجاد نظام ثابت للضرائب يحل محل نظام الالتزام.

3 - إيجاد نظام ثابت للجندية، لا يستمر مدى الحياة بل تُحدَّد مدته بفترة تتروح بين 4 و 5 سنوات.

4 - المساواة بين المسلمين وغير المسلمين في الحقوق والواجبات[22] .

5 - يجوز لكل مواطن الاشتغال بالتجارة والزراعة والصناعة بحرية تامة في إطار القوانين[23] .

إضافة إلى مجوعة أخرى من القوانين والأنظمة التي تفرعت عن هذا المرسوم، وخاطب الصدر الأعظم مصطفى رشيد باشا عقب صدور القانون علماء الشريعة الإسلامية والفقهاء والقانونيين المسلمين، ومعهم رجال الدين النصارى واليهود، ضمن لقائه معهم في جزيرة متلين، قائلاً: " أيها المسلمون والنصارى واليهود، إنكم رعية امبراطور واحد، وأبناء أب واحد، إن السلطان يسوي بينكم جميعاً "[24] . وإضافة لما سبق، تضمنت المواد التي نص عليها خط كلخانة بعض البنود والنقاط في مجال الإدارة، تنص على الاتجاه نحو اللامركزية الإدارية في مركز الدولة وعاصمة الخلافة استانبول وفي الولايات الأخرى، وتَرِد الإشارة هنا في هذا الخصوص إلى أن هذا المرسوم قد قلَّص صلاحيات الباديشاه " السلطان " والوزير في إصدار أحكام السَّجن أو الإعدام أو النفي أو المصادرة للأموال، استناداً لأسباب سياسية مبهمة أو غير معلنة، ووفقاً لهذا المرسوم يُقْسِم السلطان على رعاية أحكام الدستور، ويناط تطبيق هذه الأحكام بالصدر الأعظم، وأن يكون مدنياً لا عسكرياً، ويقوم السلطان بواجبات السلطنة ولا يحكم[25] .

الثاني : الخط الهمايوني عام 1856م :

صدر هذا المرسوم السلطاني في عهد الخليفة عبد المجيد الأول، ويتضمن فحواه بالدرجة الأولى تأكيداً على ما ورد في المرسوم السلطاني الأول خط كلخانة، وجاء إصداره إثر الانتهاء من حرب القِرْم (1853 – 1856م) وما تمخضت عنه من نتائج وعواقب وخيمة على الدولة العثمانية، وقد صدر في 16 / فبراير / شباط / 1856م، وقيل يوم 18/ شباط / 1856م، الموافق 11 / جمادى الآخرة سنة 1272هـ [26]، أي أنه تمت

---

(22) شمس الدين نجم، تاريخ الدولة العثمانية، ص 309 .

(23) أوزتونا، تاريخ الدولة العثمانية، جـ 2، ص 33 .

(24) شمس الدين نجم، المرجع السابق، ص 309 .

(25) أوزتونا، تاريخ الدولة العثمانية، جـ 2، ص 34.

(26) المحامي، تاريخ الدولة العلية العثمانية، ص 484 .

الموافقة على إصداره استجابة للضغط الخارجي، وعلى الرغم مما تضمنه من مقررات تعد تكراراً لما تقرر في الخط الأول خط كلخانة، فإنه قد احتوى مواداً وقراراتٍ جديدة تختلف عن عما ورد في خط كلخانة عام 1839م، ومن ذلك:

1- يعد الخط الهمايوني عام 1856م أكثر دقة في تحديد التغيرات الواجب إجراؤها .

2- الخط الهمايوني 1856م أكثر عصرية واقتباساً عن الغرب بشكل غير مسبوق من قبل[27] .

3- يطبق التجنيد الإجباري على المسلمين وغير المسلمين .

4- يحافظ على الحقوق والامتيازات التي تمتع بها رؤساء الملل غير الإسلامية، وتصبح المسائل الدينية المتعلقة برعايا الدولة من النصارى بيد مجلس مختَلط من الأهالي ورجال الدين المسيحي ينتخبه الشعب .

5- أضاف هذا الخط الهمايوني على الخط الذي سبقه عام 1839م، مبدأ المساواة القانونية والمدنية لكافة رعايا الدولة العثمانية، مهما كانت أديانهم ومذاهبهم .

6- إزالة كافة حواجز نظام الملل، بحيث يتمتع كل مواطني الدولة العثمانية بدرجة واحدة من المواطنة.

7- فتح معاهد تعليم أمام المسيحيين لتفتح أمامهم كافة الوظائف في الدولة .

8- السماح للأجانب بامتلاك الأراضي في الدولة العثمانية، والاستعانة برأس المال والخبرات الأوروبية لتطوير اقتصاد الدولة، تطبيقاً لقرارت السلطان المتعلقة بهذا الأمر[28] .

ثالثاً : مجلة الأحكام العدلية :

تتابعت حركة تحديث الدولة العثمانية وإصلاح إداراتها المختلفة عقب صدور الفرمانين خط شريف كلخانة 1839م، وخط همايوني 1856م، وتلا هذين المرسومين إصدار قانون مرسوم مجلس شورى الدولة الذي أعلنه الصدر الأعظم " رئيس الوزراء " علي باشا في 1 / نيسان / 1868م، وتأسيس ديوان الأحكام العدلية الذي يعنى بإصلاح القضاء وإدارته، وهو يتبع مؤسسة شيخ الإسلام[29] .

1 - إصدار مجلة الأحكام العدلية :

---

[27] مجموعة مؤلفين، الدولة العثمانية تاريخ وحضارة، جـ 1، ص 503 .

[28] شمس الدين نجم، تاريخ الدولة العثمانية، ص 311 – 312 .

[29] أوزتونا، تاريخ الدولة العثمانية، جـ 2، ص 74 – 75 .

يعتبر إصدار المجلة[30] حاجة من حاجات المرحلة التي صدرت فيها، وخطوة لا بد منها، جاءت ضمن مجموعة من القوانين والأنظمة التي تم وضعها وإصدارها في مرحلة التنظيمات، والتي تُعَد بحق فترة التحول الحقيقي والإصلاح والتحديث الجذري لشؤون الدولة العثمانية في جوانب الحياة المختلفة، وفي مقدمة ذلك الجانب القانوني والتشريعي، وقد تم إصدارها في عهد الخليفة عبد العزيز ابن محمود الثاني، وكان يتولى الصدارة العظمى "رئاسة الوزراء" الصدر الأعظم عالي باشا[31] محمد أمين، وقد أسس عالي باشا مجلساً للعدل في 1 / نيسان / 1868م، إتماماً لمجلس عالي التنظيمات، ويتكون مجلس العدل المسمى **مجلس والا** من قسمين، الأول مجلس شورى الدولة والثاني ديوان الأحكام العدلية، الأول يُعنى بأمور الدولة الإدارية العليا، والثاني يهتم بالأمور القضائية العليا، وأطلق على ديوان الأحكام العدلية اسم: عدلية ومذاهب ناظري[32] .

2 - تدوين المجلة ومحتوياتها :

أراد الصدر الأعظم عالي باشا في عهد السلطان عبد العزيز بن محمود الثاني اقتباس القانون المدني الفرنسي(Code Napoleon) في مجال الحقوق المدنية، وتطبيقه في الدولة العثمانية، ولكن أحمد جودت باشا، المؤرخ والقانوني العثماني، والذي كُلّفَ فيما بعد بوضع مجلة الأحاكم العدلية مع لجنة من المختصين، اعترض عليه ووقف في وجهه ومنعه من الاقتباس من القوانين الفرنسية في هذا الشأن، وبدأ بتكليف من الحكومة العثمانية، وبأمر من الخليفة عبد العزيز، بوضع مجلة الأحكام العدلية وعمل معه هيئة من العلماء والمختصين القانونيين، التي باشرت كتابة المجلة [33]. يقول المحامي في هذا السياق : " كان وضع هذه المجلة بمعرفة لجنة من أشهر مشَرِّعِي هذا العصر".[34] وقد قدمت هذه اللجنة تقريراً إلى الصدر الأعظم آنذاك محمد أمين عالي باشا عند بداية تكليفها بوضع مواد المجلة في غُرَّة محَرَّم 1286 هـ الموافق 5 / مايو / أيار / 1867م، أجملت فيه كل ما يتعلق بعملها في المجلة، وبيّنت أهمية ما تتضمنه المجلة من مواد فقهية وقانونية، وأنها تغطي كافة الجوانب التي تناولتها موادها، وختمت تقريرها بالقول: " بناء على ذلك لم يزل الأمل معلقاً بتأليف كتاب في المعاملات الفقهية، يكون مضبوطاً سهل المأخذ، عارياً من الاختلافات، حاوياً للأقوال المختارة، سهل المطالعة على كل أحد .. إلى

---

(30) المجلة في اللغة تعني الصحيفة فيها الحكمة، كما تطلق على كل كتاب، ويقال في عصرنا هذا لكل صحيفة عامة أو متخصصة في فن من الفنون تظهر في فترات معية بخلاف الصحف اليومية، ومجلة الأحكام عنوان حديث الاستعمال بالنسبة لكتب ومدونات الفقه الإسلامي، وهي المجلة التي أصدرتها الحكومة العثمانية، كمصدر وكتاب فقهي قانوني يشتمل على المسائل والقضايا الفقهية وفقه المعاملات وأحكام القضاء المدني بعنوان: مجلة الأحكام العدلية، وهذه المجلة هي القانون المدني المستمد من الشريعة الإسلامية. انظر سبب التسمية: القُبَّج، سامر مازن، مجلة الأحكام العدلية، مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي، دار الفتح، طـ 1، عَمَّان، 2008 م، ص 48 .

(31) المحامي، تاريخ الدولة العلية العثمانية، ص 546 .

(32) أوزتونا، تاريخ الدولة العثمانية، جـ 2، ص 74 – 75 .

(33) أوزتونا، المرجع السابق، جـ 2، ص 75 .

مجموعة مؤلفين، الدولة العثمانية تاريخ وحضارة، جـ 1، ص 517 .

(34) المحامي، تاريخ الدولة العلية العثمانية، ص 546 – 547 .

أن يقول: فيصير هذا الكتاب معتبراً مرعي الإجراء في المحاكم الشرعية، مغنياً عن وضع قانون لدعاوى الحقوق التي تُرى في المحاكم النظامية ... إلى أن يقول: ... وبادرنا إلى ترتيب مجلة مُؤَلَّفةٍ من المسائل والأمور الكثيرة الوقوع اللازمة جداً من قسم المعاملات الفقهية، مجموعة من أقوال السادة الحنفية الموثوق بها، وسميت بالأحكام العدلية[35].

إذاً المجلة هي القانون المدني المستمد من الشريعة الإسلامية، وقد شَمِلَت كما ورد في شرح الكتاب المرفوع أعلاه إلى الصدر الأعظم عالي باشا، على ألف وثمانمئة وواحد وخمسين مادة، (1851) وقد تناولت المادة الأولى منها تعريف الفقه، ومن المادة الثانية إلى المادة المئة، القواعد الفقهية الكلية، وباقي موادها موزعة على ستة عشر كتاباً، مرتبة على الشكل الآتي : البيوع، الإجارات، الكفالة، الحوالة، الرهن، الأمانات، الهبة، الغَصْب والإتلاف، الحجر والإكراه والشُّفْعَةُ، الشركات، الوكالة، الصلح والإبراء، الإقرار، الدعوى، البَيِّنات، التحليف القضاء[36] .

وكانت في تبويبها متتابعة أشبهت في صدوره المتتالي المجلات، وقد استغرق وضعها ثماني سنوات تقريباً، منذ عام 1869 حتى 1876م، وكانت اللجنة المكلفة بتأليفها تصدر ما تنجزه تباعاً وترفعه إلى الجهات العدلية العليا، وكلما أنهتْ تحرير كتابٍ تُقدِّم منه نسخة لمقام مشيخة الإسلام، ثم تستقبل الملاحظات على عملها من ذوي الاختصاص، وتجري ما يلزم من التهذيب والتعديل في ضوء تلك الملاحظات، ثم تقوم بتبييضه نهائياً وتُترْجِمُهُ إلى اللغة العربية وترفعُه إلى الصدر الأعظم لتوشيحه بالخط الهمايوني للعمل بموجبه[37] .

- تولى أحمد جودت باشا (1822 – 1895 م) أمر وضع مجلة الأحكام العدلية بتكليف من الصدر الأعظم محمد أمين عالي باشا، وكان قبل ذلك رئيساً لديوان الأحكام العدلية، ومع توليه رئاسة لجنة مجلة الأحكام العدلية، صدرت أقسام المجلة تحت إشرافه في الفترة التي استغرق العمل فيها بين 1869 – 1876م، وظهرت للعلن عام 1877م[38]، كمرجع في الدولة العثمانية يُحْتَكَم إليها، وكقانون مدني عثماني مستمد من أحكام الشريعة، ويذكر المؤرخون أن أحمد جودت باشا معروف بشخصيته ذات الثقافة الإسلامية العثمانية، المتمسكة بالأصالة والمنفتحة على الثقافات الأخرى الغربية وغيرها، وقد تصدى لعالي باشا الصدر الأعظم الذي دعاه إلى اعتماد القانون المدني الفرنسي، فرد عليه وعارضه، وأبدى له توجهه لوضع قانون مدني مستمد من الشريعة الإسلامية ومواكب لروح العصر، فكانت خطوته العملية وضع مجلة الأحكام العدلية[39] .

---

(35) المحامي، تاريخ الدولة العلية العثمانية، ص 550 .

(36) الزرقا، مصطفى أحمد محمد، المدخل الفقهي العام (2 ج) مطابع ألف باء الأديب، طـ 9، دمشق، 1967م، جـ 1، ص 199 .

(37) الزرقا، مصطفى أحمد محمد، مجلة الأحكام العدلية، بحث منشور، مجلة القضاء والقانون،ع 1، س 1، الكويت، 1970م، ص 24 .

(38) الجابي، بسام عبد الوهاب، مجلة الأحكام العدلية، دار ابن حزم، طـ 1، بيروت، 2004م، ص 5 – 13، ص 23 .

وانظر: الزركلي، خير الدين، الأعلام، (8 ج) دار العلم للملايين، طـ 8، بيروت، 1989م، جـ 1، ص 108 .

(39) الجابي، مجلة الأحكام العدلية، ص 13 – 14 .

3 - أهمية المجلة وارتباطها بالتنظيمات:

يرى بعض المؤرخين ان أهم قانون جرى إعداده في عهد التنظيمات هو مجلة الأحكام العدلية، فقد جرى التفكير بعد صدور قانون التنظيمات بإعداد قانون مدني، كما حاولوا إعداد قانون عرف باسم: المتن المتين، بعد التفكير بوضع المجلة[40]، غير أنهم لم يوفقوا في ذلك، وظل التفكير قائماً إلى أن تبلورت فكرة إعداد قانون مدني وطني، فشرعت جمعية المجلة التي تشكلت تحت رئاسة أحمد جودت باشا وبدأت بوضع قانون المجلة، وتوالى إصدار كتبها، فكان أول ما ظهر فيها هو المقدمة والكتاب الأول عام 1869م وتوالت الكتب بعد ذلك واحداً تلو الآخر، إلى أن اكتملت بعد ثمانية أعوام تقريباً، وكانت المجلة قانوناً مدنياً وطنياً خالصاً، وقد انحصر تأثرها بالقوانين الغربية في الجوانب الشكلية دون سواها، وكان إعدادها اتباعاً للنظام التقليدي الإفتائي (casuistic)، ولذلك تأتي أهمية المجلة من الجوانب الآتية:

أ- تعتبر النموذج الأول لعملية التقنين الرسمي في التشريعات الإسلامية، والعمل الريادي في ذلك سواء في الدولة العثمانية، أو في الدول الإسلامية الأخرى[41] .

ب- تحتل المجلة مكانة خاصة، ليس في القانون العثماني وحده، بل في تاريخ الحقوق الإسلامية كافة[42].

جـ- تعد المجلة جزءاً من منظومة التشريعات والقوانين التي صدرت في مرحلة التنظيمات، وقد سبق إعداد المجلة، إصدار أهم القوانين والأعمال الحقوقية وأكثرها عمقاً في عهد التنظيمات، لا سيما في مجال التجارة، إذ صدر قانون التجارة عام 1850م، وقانون العقوبات قبل ذلك عام 1840م. وبعد المجلة جرت الموافقة على قانون أصول المحاكمات الجزائية الصادر بتاريخ 1879م / 1296 هـ ، والذي صيغ بالاستفادة إلى حد كبير من قانون المحاكمات الجزائية الفرنسي، كما جاءت الموافقة على قانون المحاكمات الحقوقية الصادر بتاريخ 1297هـ / 1880م، والذي جرى إعداده بالدمج بين مسودة أعدتها جمعية المجلة وبين أحاكام قانون أصول المحاكمات الحقوقية الفرنسي، وبذلك تم تقنين أغلب المجالات الأساسية منذ بداية عهد التنظيمات حتى القرن العشرين، باستثناء قانون العائلة، أي أن مرحلة التنظيمات مرحلة الانتقال الفعلي والتحول التدريجي والهادئ من الأخذ بكل القوانين والتشريعات الإسلامية، إلى الأخذ والاقتباس من الغرب ومن القوانين والنظم الغربية، وقد تأخر سَنُّ قانون العائلة إلى مطلع القرن العشرين، على الرغم من أن

---

(40) مجموعة مؤلفين، الدولة العثمانية تاريخ وحضارة، جـ 1، ص 517 .

(41) جانبولات، قوانين الدولة العثمانية وصلتها بالمذهب الحنفي، ص 74 .

(42) مجموعة مؤلفين، المرجع السابق، جـ 1، ص 518 – 519 .

التشريعات والقوانين التي شملتها مجلة الأحكام العدلية، والتي غطت أهم مجالات القانون المدني[43] .

د- تعد المجلة ثمرة من ثمار مرحلة التنظيمات، وقد أنشئت لقطع الطريق على الذين أرداوا الأخذ بالقوانين الفرنسية، إذ لولا جهود أحمد جودت باشا وأعضاء هيئة اللجنة في تأليف المجلة، لتأثرت في هذه الفترة قوانين الدولة العثمانية إلى حَدّ كبير بالقوانين الغربية، وكانت هناك الرغبة لدى البعض في ترجمة القوانين الفرنسية إلى اللغة العثمانية، كي يطبقوها ويحكمون بها في المحاكم النظامية العثمانية[44].

- رابعاً: تداعيات وانعكاسات المجلة على الدولة والمجتمع العثماني :

ترك إصدار مجلة الأحكام العدلية آثاراً وانعكاساتٍ وتداعياتٍ متعددة الاتجاهات على الكيان والوجود والهوية الثقافية والحضارية للدولة والمجتمع العثماني، ويرى البعض أن السلطان عبد العزيز بن محمود الثاني، بإصداره فرمان التنظيمات، قضى نسبياً على مخاوف الدول الأوروبية، وذلك من خلال المرسومين خط شريف كلخانة عام 1939م، والخط الهمايوني عام 1856م[45]، إذ أن السنوات التي صادفت عهد السلطان عبد العزيز، وصلت فيها الأوضاع في الدولة العثمانية إلى حالة التردي الشديد، ونشطت حركات التمرد وازداد الخروج على الدولة، واستغلت أوروبا هذا وزادت من ضغوطها على العثمانيين، وخشيت من تخلي الخليفة عبد العزيزعن التنظيمات، ولذلك جاء استمرار عبد العزيز في تطبيق التنظيمات طمأنة للأوروبيين، ثم جعل إصدار مجلة الأحكام العدلية أبرز خطوات تلك الاستمرارية، وجعلها أيضاً خطوة للتأكيد على نهج سَلَفَيْهِ، والده محمود الثاني وأخيه عبد المجيد الأول،في التمسك بالإصلاحات والتنظيمات[46].

لقد كان السلطان عبد العزيز محافظاً متمسكاً بالقيم والتقاليد الإسلامية "العثمانية التركية" وقد سار على نهجه من بعده ابن أخيه الخليفة عبد الحميد الثاني، إذ كان عبد الحميد من المؤمنين بالمنهج الإسلامي في الحياة، وبالإضافة إلى التقاء عبد الحميد مع عمه عبد العزيز حول ضرورة الحفاظ على إسلامية الدولة العثمانية، فإن عبد الحميد الثاني يشبه عمه عبد العزيز ويسير على نهجه في ضرورة الأخذ عن الغرب في الجانب العلمي والتكنولوجي فقط، وأنه يجب الاطلاع على الثقافة الغربية، دون تقليد الغرب والأخذ عنهم في أسلوب حياتهم ومعيشتهم، ولهذا لم يُبْدِ عبد العزيز، ثم عبد الحميد الثاني من بعده، ارتياحاً لأسلوب السلطان عبد المجيد الأول في الحكم وفي إدارة الدولة، ولا لأسلوب

---

(43) مجموعة مؤلفين المرجع ذاته، جـ 1، ص 516 .

(44) جانبولات، قوانين الدولة العثمانية، ص 73 .

(45) طوباش، عثمان نوري، العثمانيون، رجالهم العِظَام ومؤسساتهم الشامخة، ترجمة: محمد حرب، دار الأرقم، طـ 1، استانبول، 2013م، ص 236 .

(46) طوباش، المرجع السابق، ص 235، 237 .

السلطان مراد الخامس، الذي خلف عبد العزيز في السلطنة قبل تولي عبد الحميد الثاني إدارة الدولة، وامتعض عبد الحميد الثاني من أسلوبهما، ولم يرتح لتفرنجهما، بل كان كعمه عبد العزيز في الاقتناع بضرورة الأخذ بنظام التنظيمات، فقط من أجل تجنب هجمة الغرب الشرسة على الدولة العثمانية لتمزيقها والقضاء عليها[47] . لكن ما يبرر به من آراء ووجهات نظر لقرارات السلاطين وفرماناتهم التي تقدم تنازلات للأوروبيين ولحلفائهم الموالين لهم من رجالات التيار التغريبي، والذين ينتمي الكثيرون منهم للحركة الماسونية، فإن تلك التنازلات والتغييرات القانونية والتشريعية ستأخذ الدولة العثمانية في نهاية المطاف، إلى المربع الآخر، الذي تنسلخ فيه من قيمها ومبادئها المتمثلة بالنظام العثماني الإسلامي، والمستمد كلياً من الشريعة الإسلامية، وبالتالي سيكون إرضاء الأوروبيين وأتباعهم دعاة التغريب "العثمانيين الجدد"، أو ما يقال عنهم "يني عثمانيليلر" سيكون ثمناً لإغضاب وتنفير وإثارة مشاعر السواد الأعظم من العثمانيين "المسلمين الأتراك" بشكل خاص، والمسلمين من أبناء الرابطة العثمانية من غير الأتراك، العرب وغيرهم من كافة العرقيات المنضوية تحت لواء الرابطة العثمانية في ولايات الدولة العثمانية كلها، من مثقفيها ومفكريها وعلمائها وعامة الناس فيها، ممن لديهم الغيرة والحمية والانتماء الحقيقي والولاء الخاص للنظام الإسلامي العثماني، ولذلك يمكن إجمال التداعيات والآثار المترتبة على التنظيمات وعلى الاتجاه بالدولة نحو التقليد للأوروبيين والسير في ركابهم، بالأمور الآتية :

1- في الجانب الإجتماعي : معارضة المواطنين العثمانيين لحركة التنظميات، ونفورهم من بعض قوانينها : إن إعلان فرمان التنظيمات قبل سلطنة السلطان عبد العزيز، قد افتتح الطريق أمام الإعجاب بالغرب، وكانت الخطوات الأولى التي تمت في هذا المجال، قد ألقت في روح ونفوس الأهالي العثمانيين البذور الأولى للحقد والكراهية ضد دولتهم العثمانية، وأصبح عامة الناس في حالة من الشك والريبة بخطوات الدولة، التي تلبس لبوس الإصلاح، وتخفي حقيقة الأمر، والتي تعني اتباع الغرب وتقليده ثقافياً وقانونياً، وأصبح السلطان محمود الثاني ومن بعده السلطان عبد المجيد الأول، آلةً لتنفيذ ما يريده الغرب ووسيلةً لتقليده، وأدرك أبناء الرابطة العثمانية أن ما يسمى بالخطوات الإصلاحية، مثل إلغاء الانكشارية، التي يراها العثمانيون الشكل التراثي للجيش العثماني، ثم تشييع الجنازات الرسمة بعزف الموسيقى، وغيرها من الحركات الإصلاحية، أدركوا أن ذلك كله مخالف لطباع الأهالي، وغريب عن أعراف رعايا الدولة العثمانية، وأن الدولة بدأت تبتعد تدريجياً عن الروحانية والمعنوية، اللتان كانتا تغذيان بنائها[48]. وفي الحقيقة إن الربط بين القوانين الإصلاحية الجديدة، ومنها تحديث الجيش العثماني وإصلاحه، وبين إلغاء

---

(47) أوزتونا، تاريخ الدولة العثمانية، جـ 2، ص 99 - 100 .

(48) طوباش، العثمانيون، رجالهم العِظَام ومؤسساتهم الشامخة، ص 233 – 234 .

مخلوف، تحولات الفكر والسياسة في التاريخ العثماني، ص 39 .

الانكشارية، أمر يستحق التوقف والنظر، فالسلطان محمود الثاني الذي أراد إصلاح الجيش ليكون مواكباً للجيوش الحديثة، قد سار على خطا عمه سليم الثالث، الذي سعى لهذا الإصلاح وعمل جاداً لتحقيقه، ولكنه فشل وغلبته إرادة الجيش الانكشاري وأحبطت مشروعه، وقد استفاد ابن أخيه محمود الثاني من خطوته وتجربته، وصمم على المضي بتغيير نظام الجيش العثماني، ورأى أن ذلك مستحيلاً دون التخلص كاملاً من الجيش القديم "الانكشارية"، فقرر البطش به وسحقه في مذبحة رهيبة، ويرى البعض أن القضاء التام على الانكشارية، وهُمْ الفرقة العسكرية المتميزة ذات التاريخ المُشَرّف في الفتوحات، إنما هي خطوة متسرعة ذهب ضحيتها الكثير من الناس، وذلك من أجل الرقي والتقدم والازدهار؟![49]

أمّا السلطان محمود الثاني فقد بَرّر خطوته أمام الأمة العثمانية بسحق الانكشارية، بأنها لتقوية السلطنة وإظهار القوة للعالم الإسلامي. ومما زاد السخط الشعبي وألهب الشعور الإسلامي العام ضد حركة التنظيمات، وبما ارتبط بها من قرارات وأعمال أخرى، بما فيها إصدار مجلة الأحكام العدلية، وضد هذه الفترة بمجملها، كونها موسومة بالتقليد للغرب وبداية الاتباع لهم وتقديم التنازلات لهم، أن السلطان عبد المجيد قد أضفى على حركة تغريب الدولة العثمانية الصفة الرسمية، من خلال فرماني التنظيمات عام 1854، 1856م، إذ بدأت الدولة بهذين الفرمانين في التقنين للقوانين على الطريقة الغربية، وإقامة المؤسسات الحديثة وفق الأسلوب الغربي، وقد بدت النقمة الشعبية على مظاهر الحياة العامة في عاصمة الخلافة العثمانية وغيرها من ولايات الدولة، لا سيما فيما يخص مساواة النصارى واليهود بالمسلمين، وشيوع الأزياء الغربية، وتركزت النقمة والاستياء الشعبي العثماني على الصدر الأعظم "رئيس الوزراء" رشيد باشا، لأنه كان يراعي خاطر المسيحيين فيما يتعلق بالامتيازات التي منحها لهم مقارنة بالمسلمين، وقد أدرك السلطان عبد المجيد هذه النقمة على رشيد باشا، فاضطر لعزله وإسقاطه من الصدارة العظمى لبعض الوقت، ولكن أعاده عقب ذلك للصدارة العظمى عام 1846م، ولكن بمساندة عدد من أعضاء المحافل الماسونية، ثم عزل منها فيما بعد عام 1858م. [50]

2- في الجانب السياسي والعلمي : بدأ أعداء الدولة العثمانية من الدول الغربية الكبرى كفرنسا وبريطانيا وروسيا، ومن الأعداء الداخليين، متمثلين بالتيار العلماني الداعي لتقليد الغرب واتباعه، من رجالات الدولة ونُظَّارِها "وزرائها"، بدأوا حملة دعائية ضد دولة

---

[49] لهارد، أنكه، تاريخ الإصلاحات والتنظيمات في الدولة العثمانية، ترجمه للعربية محمود علي عامر، دار الزمان، طـ 1، دمشق، 2008م، ص 23 .

[50] الشناوي، عبد العزيز، الدولة العثمانية دولة إسلامية مفترى عليها (4 ج) مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1980م، جـ 1، ص 181.
الصلابي، علي محمد، الدولة العثمانية، عوامل النهوض وأسباب السقوط، دار البيارق، طـ1، بيروت، 1999م، ص 601 .
شمس الدين نجم، تاريخ الدولة العثمانية، ص 312 – 313 .

الخلافة العثمانية، مفادها أن الإسلام هو السبب في المسافة الكبيرة بين العثمانيين وبين هذا التقدم الغربي في المجالات المختلفة، لاسيما في الجانب العلمي والتقني والتكنولوجي .

3- في الجانب التربوي والأخلاقي والثقافي : عَرَضَ أعداء الإسلام بعض الفروق بين العَالمَيْن الأوروبي والإسلامي، وذلك من خلال تأويلات وتفسيرات خاطئة، وصاروا بتأثير هذه الدعاية التضليلية لعموم أبناء الرابطة العثمانية، ولخصوص الأتراك المسلمين، يُبعِدون العثمانيين عن آرائهم الأصلية المتمسكة بقيم الدولة العثمانية، والمستمدة من النظام التشريعي والاجتماعي الإسلامي، ومن أسلوب الحياة الإسلامية وأسلوب التربية الروحية للعثمانيين، وأخذت هذه الدعاية التضليلية الخَدّاعة والمؤثرة تروج للعثمانيين أسلوب الحياة الأوروبية، وأن طريقهم الأخلاقي الفاسد المليء بالانحرافات هو الطريق المستقيم، وأخذوا يُشيعون في المجتمع العثماني أن الطريقة الوحيدة للترقي، هي التشرب بمبادئ أوروبا[51].
ويشعر طوباش بالمرارة والألم وهو يذكر مدى تأثر المجتمع العثماني بدعايات التيار التغريبي، ويقول: " كم هو محزن أن نطاق هذه التلقينات كان متسعاً جداً، للدرجة التي كانت تشمل كبار رجال الدولة، وعلى رأسهم السلاطين والباشاوات"[52] .

4- في مجال التعليم : اعتبرت الفترة التي سبقت مرحلة التنظيمات، وهي فترة خلافة السلطان محمود الثاني، بأنها تمهيدية لهذه التنظيمات، بحيث تهيأت فيها الظروف الطبيعية لتقبل الرأي العام العثماني ما يصدره الصدور العظام وحكوماتهم من قرارت وفرمانات باسم السلطان في الفترة اللاحقة، وهي فترة التنظيمات، تحت مسمى التحديث والإصلاح ومواكبة روح العصر، واللحاق بركب التطور والمدنية الغربية، ولذلك جاءت المراسيم الهمايونية في سياقها الطبيعي لتضفي على حركة التغريب التي يقودها التيار العلماني " العثمانيون الجدد "، الصفة الرسمية، كي لا تثير الرأي العام العثماني وخاصة علماء الشريعة والمفتين، وأئمة المذهب الحنفي وغيرهم من النخب العلمية والفكرية في المجتمع العثماني، وإزاء هذا شهدت السنوات التي تلت مرسوم خط كلخانة، والمرسوم الآخر الذي صدر في الخط الهمايوني عام 1856م / 1273هـ، شهدت توسعاً كبيراً في مجال التعليم، لا سيما في المدارس التعليمية التابعة للجاليات الأجنبية، وأُنشئت المدارس والكليات التي يديرها ما يسمى " تيار المستنيرين الأتراك" ، ويقصد بهم المنبهرين بالثقافة الغربية، على الرغم أن الدولة العثمانية لم تقدم لها مساعدات مالية، كما ازدادت بعثات الطلاب وموظفي الدولة إلى أوروبا، فعاد هؤلاء وهم شديدو التأثر بنظم الغرب وبالأوروبيين، وتملؤهم الرغبة للإسراع لتطبيق ما رأوه في بلاد الغرب على البلاد العثمانية[53] .

---

(51) طوباش، العثمانيون، رجالهم العظام ومؤسساتهم الشامخة، ص 234 .

(52) طوباش، المرجع السابق، ص 234 .

(53) شمس الدين نجم، تاريخ الدولة العثمانية، ص 312، 314 .

ويتضح من القرارات التي تضمنها الخط الهمايوني 1856م، أن أول ما يذكره هذا القرار هو التعليم العام، وتأكيده وإلحاحه على وجوب قبول المسيحيين في المدارس التي ستؤسس في الفترة اللاحقة، مع إعداد الكادر التعليمي، ويجب أن توضع أمور التعليم قبل كل شيء، وقد طلبت فرنسا من الدولة العثمانية تنفيذ النقاط الآتية كأساس للإصلاحات: قبول المسيحيين في دوائر الدولة كافة، وإصلاح هيئة التعليم والزامه للجميع[54] .

5- في المجال التعليمي والتشريعي أيضاً : إن مرحلة التنظيمات على الرغم من امتدادها زمنياً خلال عهد السلطانين عبد المجيد الأول وأخيه عبد العزيز، فإن خطواتها الأولى تبدأ فعلياً منذ عهد السلطان محمود الثاني، وتتوغل إلى عصر الخليفة عبد الحميد الثاني، وقد صدرت فيها معظم التشريعات القانونية، وجُلُّ الإصلاحات والتحديثات الاقتصادية، وكان من أبرز ذلك إنشاء مجلس شورى الدولة الذي أُنشيء في عام 1868م / 1285هـ، وهو مجلس للدولة على النسق الفرنسي[55]، ثم وَضع قانون التجارة، وكذلك قانون العقوبات، وفي الإجراءات القضائية، تم إنشاء محكمة خاصة عرفت بمجلس الأحكام العدلية، كما أنشئت محاكم تجارية لتفيذ قانون التجارة في سنة 1861م، وكان إنشاء مجلة الأحكام العدلية ضمن هذه المنظومة التشريعية، والتي جمعت أحكام القانون المدني الحديث للدولة العثمانية، وذلك ضمن الفترة 1869 – 1876م ، وقد اتخذت هذه المنظومة المتكاملة من القوانين الجزائية والمدنية شكل القانون الوطني الموحد لجميع ولايات الدولة العثمانية ولجميع مواطنيها[56]، وهذه الأنظمة التشريعية على الرغم مما أدخلته من إصلاحات وتحديثات على النظام القانوني وعلى الجهاز الإداري للدولة العثمانية، فإنه لم ينج من النقد، بل والنقد الشديد الذي وُجّه إلى تلك التحديثات وإلى حركة ومنظومة التنظيمات برمتها، وإلى القانون المدني الذي مثلته مجلة الأحكام العدلية بشكل خاص، **وقد لامست الانتقادات الجوانب الآتية :**

أ - أن بعض السلاطين لم يكونوا جادين في تنفيذ الإصلاحات.

ب- كانت فكرة الأخذ بالنظم القانونية الغربية لا تتعدى الجوانب الشكلية في بعض الجوانب القانونية، مثل القانون المدني الذي تمت صياغة مواده في مجلة الأحكام العدلية، واعتبر البعض حركة التنظيمات كلها بدعة فرضها الأوروبيون على الدولة[57]

---

(54) لهارد، تاريخ الإصلاحات والتنظيمات في الدولة العثمانية، ص 179 .

وانظر: المرجع نفسه، ص 181 – 185 .

(55) ياغي، إسماعيل، الدولة العثمانية في التاريخ الإسلامي الحديث، مكتبة العبيكان، ط 1، الرياض، 1996م، ص 159.

وانظر: الصَّلابي، الدولة العثمانية، عوامل النهوض وأسباب السقوط، ص 622 .

(56) شمس الدين نجم، المرجع السابق، ص 313 .

(57) شمس الدين نجم، تاريخ الدولة العثمانية، ص 313 – 317 .

جـ- أدت حركة التنظيمات إلى إدخال إصلاحات جزئية في نظام المِلَلْ، وصار هذا النظام مجالاً خصباً للنشاط الأوروبي الثقافي والديني والسياسي[58].

6- تكللت حركة التنظيمات بكافة قوانينها ومراسيمها، خط شريف كلخانة، والخط الهمايوني، وما تلاها من تأسيس القانون المدني العثماني الجديد، بثوبه وشكله الخارجي المضاهي والمشابه للقانون المدني الفرنسي، وبحقيقته المستمدة من الفقه الإسلامي، وثوبه المتجدد المواكب لحركة العصر، تكللت هذه الحركة بدستور مدحت باشا، أو ما عُرِف بإعلان المشروطية " الدستور" عام 1876م، في بداية عهد السلطان عبد الحميد الثاني[59]، في هذا تأكيد على امتداد حركة التنظيمات إلى عهد السلطان عبد الحميد الثاني، وتداخلها معها تداخلاً يشوبه التعقيد والصراع والحذر الشديد من خليفة المسلمين عبد الحميد، الذي استطاع تقليم أظافر التيار التغريبي وتحجيمه لبعض الوقت، والسعي للنهوض بدولة الخلافة من كبوتها، ولكنه وإن كان لم يتمكن من تحقيق هذا الهدف الصعب المنال، استطاع بحكمته وحنكته السياسية أن يؤخر سقوط الدولة لمدة تجاوزت الثلاين عاماً.

7- إن من أهم وأخطر تداعيات وآثار حركة التنظيمات على الدولة العثمانية، أنها رسمياً على طريق نهايتها كدولة إسلامية تتصدر العالم الإسلامي وتقوده تحت راية الخلافة الإسلامية، وإن علمنة قوانين الدولة وتشريعاتها، إما بصورة علنية وواضحة، كما هو الحال في خطي شريف كلخانة والخط الهمايوني 1856م، أو بصورة شكلية وغير مباشرة، كما هو الحال في القانون المدني وقوانين التجارة والسياسة والاقتصاد، وفي كلا الحالين فعلمنة الدولة وقوانينها يسحب من دولة الخلافة العثمانية شرعيتها ويسقط هيبتها من أنظار المسلمين، كدولة رافعة لراية الخلافة، وحامية وحارسة وراعية لمصالح عموم المسلمين في العالم الإسلامي، وإن علماء الإسلام وقادة الفكر والنخب العلمية والاجتماعية في بلاد المسلمين، بدأوا يرتابون من مسلك دولتهم التي تأذن بالتوغل الأوروبي والغربي في ديارهم، على كافة المستويات الثقافية والاقتصادية والسياسية[60]، والذي سيزداد ويتسع فيما بعد، ليشمل مجالات الحياة كافة، ويتأصل ليستمر إلى يومنا هذا[61].

8- يعتبر صدور مجلة الأحكام العدلية في عصرها وزمانها حدثاً عظيماً في تاريخ الفقه الإسلامي وحركة التقنين منه، ولكنها شأنها شأن أي عمل مبتكر في بدايته يكون له مزايا وعيوب، ويجب أن يخضع للتطوير والتجديد، وهي جوهر فقهي تشريعي نفيس خالد القيمة، ما دام للعدالة وللحق ميزان ومبادئ ثابتة[62] . وفي الوقت ذاته هي متقدمة بالنسبة

---

[58] شمس الدين نجم، المرجع السابق، ص 313، 315 .

[59] الصَّلابي، الدولة العثمانية، عومل النهوض وأساب السقوط، ص 605 .

[60] الصلابي، الدولة العثمانية، عوامل النهوض وأساب السقوط، ص 605 .

[61] العَزَّواي، قيس جواد، الدولة العثمانية، قراءة جديدة لعوامل الانحطاط، مركز دراسات الإسلام والعالم، طـ 1، د.م، 1994م، ص 63 .

[62] الزرقا، مجلة الأحكام العدلية وحركة التقنين من الفقه الإسلامي، مجلة القضاء والقانون، ع 1، س 1، الكويت، 1970م، ص 24 – 25 .

لزمنها، سواء في أصلها التركي أو في ترجمتها العربية، وإن الفريق العلمي والإشراف على عملها وإنجزاها من قبل الفقيه القانوني الكبير أحمد جودت باشا، جعلها تصدر بِحُلَّتِها القانونية والفقهية المتميزة[63]، المستمدة من الشريعة الإسلامية الربانية، بخاصيتها الصالحة لكل زمان ومكان، باعتبارها الشريعة الخاتمة للرسالات السماوية، ولهذا الفقه الفضل الأكبر في جعل هذه المجلة سَفْرَاً قانونياً خالد القيمة[64]. كما أشار لذلك علّامة الأمة الإسلامية وفقيهها الحنفي مجدد الفقه الإسلامي ومجتهده في القرن العشرين مصطفى الزرقا رحمه الله، وإن فضل واضعي المجلة وعملهم، أحمد جودت باشا والعلماء الذين قننوا مواد المجلة تحت إشرافه، إنما ينم عن علم غزير بالفقه الإسلامي وقدرة واسعة على الصياغة التشريعية[65]، لكن وعلى الرغم من هذه الإشادة بالمجلة وتميزها، بأنها مستمدة من الفقه الإسلامي بسعته وشموليته وتغطيته لمسائل وحاجات الحياة وتجددها، فإن من تداعيات صدورها في زمانها الذي كتبت فيه وانعكاساته، أنها كُتبت وبُوِّبَت فقهياً على أصول المذهب الحنفي، وهذا أمر محمود وليس بمذموم، فهو أقرب للصواب من حيث البعد عن الفوضى الفقهية التي تحياها الأمة في عصرنا الراهن، ولكنه في الوقت ذاته يحمل قصوراً ونقصاً، لأنه إذا وقف فرع فقهي عن مواكبة احتياجات العصر، فعلى الدولة حينها أن تتجاوز أصول المذهب، إن لم تسعفها تلك الأصول بحل إشكالية أو مسألة فقهية طارئة ومستجدة، وعندئذ ينبغي اللجوء إلى بحر الفقه الإسلامي الواسع، وقد فعل القائمون على المجلة حين وضعوها وأحسنوا صنعاً[66]، إلا أنه وبالرغم من هذا، فإنه وُجِّه للمجلة العديد من الملاحظات يحسن التعرض لبعضها، لما لذلك من تداعيات وانعكاسات سلبية، يبدو أنها تترك آثارها في المجتمعات الإسلامية بشكل دائم، ما لم يصار إلى معالجتها وتجاوز تبعاتها الفقهية والقانونية، **من ذلك :**

أ - إن مجلة الأحكام العدلية لا تجمع كل القوانين المدنية، بل هي أقرب إلى أن تكون قانوناً للعقود المدنية، وهي لا تتضمن نظرية عامة للالتزام[67] .

ب- إن المجلة قد التزمت مذهباً واحداً وهو المذهب الحنفي، ولا مراء أن المذهب الاجتهادي الواحد مهما اتسع بأصوله وفروعه، وتشعبت نظرياته وتخريجاته، لا يمكن أن يكفي الأمة في حاجاتها التشريعية المتجددة، فالسعة الكبرى في قابليات الفقه الإسلامي، إنما تتجلى في مجموع مذاهبه الاجتهادية، لا في واحد منها، فكان الأقرب للشمولية والاستجماع للمواد القانونية والفقهية، أن تستمد المجلة قوانينها ومسائلها من

---

(63) مخلوف، تحولات الفكر والسياسة في التاريخ العثماني، ص 29 – 31 .

(64) الزرقا، المرجع السابق، ص 24 – 25 .

(65) السَّنْهُوري، عبد الرزاق، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين المدني في العصور الحديثة، مجلة القضاء، ع1 – 2، س 2، 1936م، بغداد، ص 54 .

(66) القُبَّجْ، مجلة الأحكام العدلية، مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي، ص 316 – 317 .

(67) القُبَّج، المرجع السابق، ص 315 .

جميع المذاهب الفقهية، بحيث يُؤخذ أجود ما تحتويه تلك المذاهب من آراء تنسجم مع المصلحة الزمنية وحاجات المجتمع الذي سيواجه مع تجدد الزمن مسائل وحاجات جديدة، وسيشهد تطوراً كبيراً في مجالات الاقتصاد وغيرها من المجالات، جراء التواصل الحضاري مع الأمم الأخرى في الشرق والغرب[68]، ولذلك لم يمض على صدور المجلة زمن طويل، حتى ظهر عدم كفايتها للوفاء بحاجات العصر المتجددة، والتي نشأت من تولد الأساليب الاقتصادية الحديثة في التجارة وسائر نواحي الإنتاج، مما دعا إلى تدارك الحاجة بقوانين متتالية عديدة، كان كل منها ينسخ جانباً من المجلة[69].

الخـــاتـــمـــــة

تحدثت هذه الورقة العلمية عن مجلة الأحكام العدلية وأثرها السياسي والاجتماعي وعن مبررات ودواعي إصدارها، وعن ارتباطها بحركة التنظيمات الخيرية، وتكلمت عن المراسيم والفرمانات التي صدرت في مرحلة التنظيمات، وبيَّنت أن المراد بالتنظيمات هو القرارات التي أراد السلاطين العثمانيون من خلالها إصلاح الإدارات المدنية والعسكرية في الدولة العثمانية، وقد شملت إحداث تغيير وتحديث للتشريعات والقوانين بالدرجة الأولى، وكان الإصلاح والتحديث حاجة وضرورة للدولة والمجتمع العثماني، نظراً لدخول هذه الدولة في مرحلة الاضمحلال والضعف الشديد من ناحية، ونتيجة للضغوط التي مارسها أعداء الدولة والأمة العثمانية عليها من ناحية ثانية، الأعداء الخارجيون كفرنسا وبريطانيا وروسيا، والأعداء من الداخل كالتيار التغريبي العلماني في الدولة العثمانية، الذين يمسكون بالإدارات الرئيسة فيها، ويرتبطون بالحركة الماسونية، ويدينون بالولاء للدول الأوروبية، وقد امتدت حركة التنظيمات منذ بداية عهد السلطان محمود الثاني مطلع القرن التاسع عشر، إلى نهاية القرن ذاته، وتداخلت مع عهد السلطان عبد الحميد الثاني، وشملت التنظيمات والمراسيم السلطانية في عهد الخليفة عبد المجيد الأول، خط شريف كلخانة والخط الهمايوني، إضافة لقوانين أخرى كقانون التجارة والقانون المدني، الذي تمت صياغته الشكلية على طريقة القانون المدني الفرنسي، واستمد مواده من أحكام الشريعة الإسلامية، فيما عرف بمجلة الأحكام العدلية، فكانت المجلة بشكلها القانوني مجاراة للقوانين الغربية، وفي حقيقتها هي القانون المدني العثماني الإسلامي، وقد تميزت مرحلة التنظيمات بأنها محاولة للخروج من مرحلة الضعف والتراجع التي تعاني منها الدولة العثمانية، كما كانت استجابة للضغوطات الغربية بوجوب استحداث قوانين وتشريعات تعطي الغرب حقوقاً تجارية، وامتيازات اقتصادية في أراضي الدولة العثمانية، وتعطي الرعايا الأجانب من غير المسلمين مزايا وحقوقاً مدنية، تماثل وتساوي حقوق موطني الدولة العثمانية أنفسهم، وباستجابة السلاطين العثمانيين لهذه المطالب، قد أدخلوا الدولة في مرحلة الضغوط الأجنبية، ولا يستطيعون فيها التخلص من تبعاتها وآثارها السلبية القاتلة، جراء تحكم التيار العلماني التغريبي بإدارت الدولة، وتوجههم للسير بها نحو الهاوية ونحو تغيير

---

(68) القُبَّجْ، المرجع ذاته ص 314 .

(69) الزرقا، مجلة الأحكام العدلية، وحركة التقنين من الفقه الإسلامي، ص 25 .

نظامها الإسلامي العثماني، واستبداله بالنظم المدنية العلمانية المرتبطة بالغرب، وقد انعكست هذه القرارات والتشريعات المتخذة في مرحلة التنظيمات على الدولة والمجتمع العثماني بآثار وتداعيات سلبية في جوانب الحياة المختلفة، وأخرجت الدولة والمجتمع العثماني تدريجياً من قيمه ومنظومته التشريعية والقانونية المستمدة من النظام الإسلامي، إلى مجتمع جديد يُقَلِّد الغرب ويفقد هويته الحضارية، وقد أدى ذلك في نهاية المطاف إلى تمكين دعاة التغريب من الدولة عثمانية، وسيطرتهم على مقدراتها، فأسقطوها تشريعياً ثم أسقطوها سياسياً ووجودياً .

المصادر والمراجع

1- ابن منظور، محمد بن مكرم (ت 711 هـ / 1311م) لسان العرب (15ج) تحقيق: عامر أحمد حيدر، دار الكتب العلمية، طـ1، بيروت، 2003م .
2- أوزتونا، يلماز، تاريخ الدولة العثمانية (2ج) ترجمة: عدنان محمود سلمان، مراجعة: محمود الأنصاري، مؤسسة فيصل للتمويل، طـ 1، استانبول، 1990م .
3- الجابي، بسَّام عبد الوهاب، مجلة الأحكام العدلية، دار ابن حزم، طـ 1، بيروت، 2004 م .
4- الزَّرقا، مصطفى أحمد محمد، مجلة الأحكام العدلية، مجلة القضاء والقانون، ع1، س1 الكويت، 1970م .
5- الزّرقا، مصطفى أحمد محمد، المدخل الفقهي العام (2ج) مطابع ألف باء الأديب، طـ 9، دمشق، 1967م.
6- الزِّركلي، خير الدين، الأعلام (8ج) دار العلم للملايين، طـ 8، بيروت، 1989م .
7- السَّنهُوري، عبد الرزاق، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين المدني في العصور الحديثة، مجلة القضاء، ع1-2، س2، بغداد، 1936م.
8- شمس الدين نجم، زين العابدين، تاريخ الدولة العثمانية، دار المسيرة، طـ 1، عَمَّان / الأردن 2010م .
9- الشَّنّاوي، عبد العزيز، الدولة العثمانية دولة إسلامية مفترىً عليها (4ج) مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1980م .
10- الصّلابي، عوامل النهوض وأسباب السقوط، دار البيارق، طـ 1، بيروت، 1999م .
11- طوباش، عثمان نوري، العثمانيون، رجالهم العِظام ومؤسساتهم الشامخة، ترجمة: محمد حرب، دار الأرقم، ط 1، استانبول، 2013م .
12- العَزّاوي، قَيس جَوَاد، الدولة العثمانية، قراءة جديدة لعوامل الانحطاط، مركز الدراسات الإسلام والعالم، طـ 1، د.م، 1994م .
13- القُبَّج، سامر مازن، مجلة الأحكام العدلية، مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي دار الفتح، طـ 1، عَمَّان، 2008م .

14- لهارد، أنكه، تاريخ الإصلاحات والتنظيمات في الدولة العثمانية، تَرْجَمُهُ عن الفرنسية للعربية: محمود علي عامر، دار الزمان، طـ 1، دمشق، 2008م .
15- مجموعة مؤلفين، الدولة العثمانية، تاريخ وحضارة (2ج) إشراف: أكمل الدين إحسان أوغلي، ترجمه عن التركية: صالح السَّعداوي، نشر: مركز الأبحاث للتاريخ والفنون والثقافة الإسلامية (إريسكا)، طـ 1، استانبول، 1999م .
16- المحامي، محمد فريد بك، تاريخ الدولة العلية العثمانية، تحقيق: إحسان حَقِّي، دار النَّفائس طـ 8، بيروت ، 1998م .
17- مخلوف، ماجدة، تحولات الفكر والسياسة في التاريخ العثماني، دار الآفاق العربية، طـ 1 القاهرة، 2009م .
18- ياغي، إسماعيل، الدولة العثمانية في التاريخ الإسلامي الحديث، مكتبة العبيكان، طـ 1 الرياض، 1996م.

تطبيق المجلة في أيامنا واتجاهاتها

(نموذج الأردن)

تأثير مجلة الأحكام العدلية على التشريعات الأردنية

إن دولة الخلافة العثمانية قد استمرّ حكمها ما يقارب ستّة قرون ، وكانت تعدّ نفسها حامية للشريعة الإسلاميّة ومدافعة عن حمى المسلمين ،وكانت تحتكمُ إلى الشريعة الإسلامية الغرّاء عموماً وإلى الفقه الحنفي خُصوصاً؛ سواءً في الفُتيا و القضاء أو التَّدريس والوعظ والإرشاد.

وشعرت هذه الدولةُ في أواخر عهدِها إلى إصدار قانون مستمدٍّ من الشريعة الإسلاميّة تدوّنُ أحكامُه وفقَ منهج القوانين الحديثة من حيث التقسيم والترقيم، لتيسّر الرجوع إلى الأحكام الشّرعيّة بالنسبة للقضاة، ولتوحيد رأي القضاة في المسائل المتماثلة.

وكان الباعث على إصدار هذه المجلّة لتكون قانوناً مدنيّاً عاماً في الدولة العليّة العُثمانية نظراً لاتّساع هذه الدولة ؛ حيث ظهر العلمانيّون والليبراليون يطالبون بقوانين مماثلة لقوانين الغرب ؛ فارتأت دولةُ الخلافة أن تقوم بأمرٍ وقائي فأصدرت المجلّةُ قانوناً متكاملاً قلبه من الشريعة الإسلامية وقالبُهُ من القوانين الوضعيّة، فكلَّما عجّ صوتٌ ينادي بالتحديث والتطوير أو التبديل والتّغيير أسكتته مجلةُ الأحكام بمضمونها ورسمها.

وإن للمجلة تأثيراً جلياً على التشريعات المعمول بها في الدول العربية عموماً؛ وفي الأردن خصوصاً؛ وما زالت المحاكم الشرعية في الأردن تسندُ أحكامها أو بعضاً منها إلى مجلة الأحكام العدلية.

ولقد منّ الله عليّ بلطفه وكرمه فكتبتُ أطروحة الدكتوراه في جامعة الزيتونة / تونس وكان موضوعها "مجلة الأحكام العدلية / مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي". بتقدير " مشرّف جداً ؛ واستطعت بفضل الله أن أوصل فكرة المجلة وبيان عظمتها إلى علماء الزيتونة ومفكّريها لأنها من البلاد المتفردة عن الحكم بها.

ولو نظرنا إلى القوانين المدنية وهي من القوانين المُهمة والرئيسة في البلدان المُتحضّرة ؛ لوجدنا أن مجلة الأحكام هي مرجعها الأول بل إن المذكرات الإيضاحية لتلك القوانين كانت تُسند كلَّ مادة إلى مثيلتها في المجلّة، وبما أن قواعد القانون المدني تُعدّ قواعد عامّة يُرجعُ إليها ويُعملُ بها عند عدم وجود قواعد خاصة في فروع القانون الأخرى مما يدل على أهميّة هذا القانون.

وكذلك كان للمجلّة تأثيراً واضحاً على سائر القوانين الأخرى كقانون الشركات والقانون التجاري وقانون أصول المحاكمات وقانون البيّنات وقانون الأحوال الشّخصيّة.

وكذلك تأثيرها على القوانين غير الرسمية كمرشد الحيران ومجلّة الأحكام الشرعيّة للقاري، وضمّت المجلّة بين جنباتها علم أدب القضاء أو ما يُسمّى اليوم " مدوّنة السلوك القضائي".

وعندما نكتب عن أثر مجلة الأحكام العدلية على التشريعات الأردنية يكاد هذا الأثر يتشابه على سائر التشريعات في دول الشرق الاسلامي حيث إن معظم هذه القوانين المتشابهة مصدرها واحد وتكاد تكون ذات القانون لولا بعض الاختلافات التي يكون مردُّها إلى العادة والعُرف أو لإظهار الاستقلالية في التشريع.

وإن المملكة الأردنيَّة الهاشمية كانت من ضمن المناطق التي تخضع للدولة العليّة العثمانية،وقد أسّس الأمير عبدُ الله بن الحسين عام 1921 م إمارة شرق الأردن بمساعدة بريطانيا ونالت استقلالها عام 1946 م وأصبح ملكا على المملكة الأردنية الهاشمية.

القانون المدني الاول:

كانت مجلة الاحكام العدلية القانون المدني في المملكة الاردنية الهاشمية حتى نهاية عام 1967/12/31 م ، وتم بدء العمل بالقانون المدني اعتبارا من 1977/1/1

وذلك حسب ما نصت المادة(1)منه "يسمى هذا القانون

"(القانون المدني لسنة 1976)ويعمل من 1977/1/1م "

وقبل هذا التاريخ كانت مجلةُ الأحكام العدلية هي القانون المعمول به في المملكة الأردنية الهاشمية بضفتيها الشرقية والغربية.

ونصت المادة(1448) فقرة (1) من القانون المدني الأردني على ما يلي "يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية".

وجاء في المذكرات الإيضاحية لهذا القانون:

(رؤي النَّص على إلغاء ما يتعارض مع أحكام هذا القانون من المجلة فقط وفي هذه الحال يُعتبر ما يتعارض منها مع أحكام القانون غير ملغى، خصوصاً أنه قد نص في المادة الثانية من هذا المشروع أنه في حالة عدم وجود نص يرجع إلى أحكام الفقه الاسلامي الأكثر موافقة ؛وأحكام المجلة من جُملتها وأيضا بعض أحكام المجلة مثل آداب القاضي وغيرها لا يزال محتاجا إليه في جميع أنواع القضاء الأردني/ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني 813/2.

بينما نجد أن القانون المدني السوري والذي بُدء بتطبيقه اعتبارا من 15 حزيران 1949م ؛قد نصت المادة (2)منه"تلغى اعتبارا من التاريخ المذكور مجلة الأحكام العدلية.

وبذلك يفترق القانونان الأردني والسوري في مواجهتهما لسلفهما مجلة الأحكام العدلية (القانون المدني السابق في هذين القطرين)من حيث إن واضع القانون الأردني لم يعمد إلى إلغاء المجلة بل ألغى منها ما يتعارض مع أحكامه.

د.وحيد رضا سوار/الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني ص6

ولقد انقسمت البلاد التي كانت خاضعة للدولة العثمانية إلى قسمين من حيث التقنين المدني:قسم منها عدل عن الشريعة الاسلامية (إلا في دائرة الأحوال الشخصية) ووضع تقنيناً مدنياً اتخذ التقنين الفرنسي نموذجاً له.

أما القسمُ الثاني من بلاد الشَّرق العربي احتفظ بمجلَّة الأحكام العدلية التي ورثها عن الدولة العثمانية ولا يزال يطبق حتى الآن أحكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المدنية ويدخل في هذا القسم العراق وسوريا والأردن.

"عبد الرزاق احمد السفهوري/بحث بعنوان "من مجلة لاحكام العدلية الى القانون المدني العراقي وحركة التقنين في العصور الحديثة.منشور في مجلة القضاء عدد(1-2)سنة 1936 السنة الثانية 24".

علاقة القانون المدني الأردني بالمجلة:

إن القانون المدني هو الابن البار بمجلَّة الأحكام العدلية فقد استقى من معينها وجعلها نبراسا وهاديا له؛ حتى إنه بعض ما نضج وآتى ثماره لم يتنكر لها بل سار معها مفتخرا بها.

قانون أصول المحاكمات:

إنَّ قانون أصول المحاكمات أو ما يعرف بقانون الإجراء أو قانون المرافعات ؛سواء أكان للمحاكم الشرعية أم النظامية والجزائية (وهو مجموعة القواعد الملزمة التي تحدِّد الإجراءات الواجب اتباعها أمام المحاكم للفصل في المنازعات الناشئة عن العلاقات التي ينظمها القانون الخاص.

"د.عبد الناصر العطار-مدخل لدراسة القانون ص114".

فالإجراءات: هي الشكل الذي وفقا له تقدم الطلبات إلى العدالة؛ ويتم الدفاع والتدخل والتحقيق والحكم والطعن في الأحكام وتنفيذها؛ لان المُحاكمة تتضمن عدداً من الأعمال المتتالية؛ سواء قام أطراف القضية أم القضاة والتي من شأنها أن تحدِّدَ ادِّعاءات الأطراف المتخاصمين وتنير المحكمة مما يساعدها على إصدار الحكم العادل ، فهي تتضمن كل القواعد التي تُنَظم ابتداء من الشكوى أو إقامة الدعوى إلى صدور الحكم والطعن به وتنفيذه بالإكراه عند الاقتضاء.

"منذر الشاوي-المدخل لدراسة القانون الوضعي ص 96-97 بتصرف".

فما هي علاقة مجلة الأحكام بقوانين الأصول؟

إنَّ بعضاً مُهماً من تلك القواعد أي قواعد المرافعات والإجراءات كانت مبعثرة في كتب الفقه الإسلامي، وعندما دُوِّنت مجلة الأحكام شملت هذه القواعد التي اشتقت منها قوانين الأصول والمرافعات أحكامها.

ومثاله ما يتعلق ببعض بنود الدعوى والحكم ورؤية الدعوى بعد الحكم وغير ذلك وأحكام البينات والتحليف ، فهذا أمورٌ موجودة في المجلة ؛واقتسمتها قوانين أصول المحاكمات والبينات والمرافعات.

قانون الأحوال الشخصية:

أو ما يعرف بـ "قانون الأسرة " وهو مجموعة من القواعد الملزمة التي تنظم العلاقات الناشئة عن صلات القرابة، سواء أكانت القرابة قرابة نسب أو قرابة مصاهرة.

وقد عرف القانونيون الأحوال الشخصية : بأنها القواعد التي تنظم الشؤون المتعلقة بالأسرة وبالفرد نفسه؛ وهي تتناول الزواج وما يتفرع منه ؛والأهلية وما يرتبط بها؛ والمواريث وما يتعلق بها من أحكام.

وعندما صدرت مجلة الأحكام العدلية لتنظيم العلاقات المدنية بين الناس صدر إلى جانبها قانون"حقوق العائلة العثماني "لينظم العلاقة الأسرية بين الناسح بين الزوج وزوجته؛ والأب وابنه والقريب لقريبه وهكذا، فالسؤال المهم ؛ ما هي علاقة المجلة بقوانين الأحوال الشخصية ما دامت المجلة قانونا مدنياً ؟

فنقول : إنَّ القانون المدني يبحث في الأهلية وعوارضها ويبحث كذلك في البلوغ وعدمه وفي الحجر وفكه وهذه مواضيع من صلب الأحوال الشخصية وقد تناولتها المواد(941-1002)من المجلة بشيء من التفصيل.

مثال:

اذا اختصم ابنٌ بلغ من العمر ثلاثة عشرة سنة مع والده يطالبه بنفقة ؛ فقبل البدء والسير في الدعوى لا بد للقاضي من التأكد من بلوغ الصغير وذلك لصحَّة الخصومة؛ لأنَّ غير البالغ لا تصحُّ له خصومةٌ ويُعتمد في ذلك كله على المواد (985-989) من المجلة في تحديد بلوغ الصغير أو عدمه.

أدب القضاء:

إنَّ مسائل أدب القضاء كانت مبعثرة في كتب الفقه الإسلامي ونظراً لأهميتها أفردت لها تآليف خاصة سُمِّيت بـ " أدب القضاء" ومنها "مُسعفة الحكام " و "تبصرة الحكام " وبرز لتلك التآليف أكابر علماء الأمة مثل ابن فرحون المالكي والطرابلسي والتمرتاشي والخصاف وابن أبي الدم وغيرهم كثير.

ونقصد بهذا المصطلح "أدب القضاء" هو القواعد التي تختص بالقاضي والقضاء والحكم وما يتفرع عن ذلك.

وتناولت مجلة الأحكام في الكتاب السادس عشر وهو كتاب القضاء ؛ حيث سردت فيه صفات القاضي وما عليه وماله وآدابه؛ وقد تناولت في الكتاب الرابع عشر الدعوى وهي تذكر في كتب أدب القضاء كما تذكر في قوانين أصول المحاكمات أو المرافعات.

نماذج من أثر المجلة على القوانين المدنية:

ـ نصت المادة (4) من مجلة الأحكام العدلية على : (اليقين لا يزول بالشك) .

ـ ونصت المادة (74) من القانون المدني الأردني على : (اليقين لا يزول بالشك).

ـ نصت المادة (76) من المجلة على : (البينة على المدعي واليمين على المنكر).

ـ ونصت المادة (77) من القانون المدني الأردني على : (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر).

ـ ونصت المادة (77) من المجلة على : (البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل).

ـ ونصت المادة (78) من القانون المدني الأردني على : (البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل).

ـ ونصت المادة (80) من مجلة الأحكام على : (لا حجة مع التناقض، لكن لا يختل معه حكم الحاكم).

ـ ونصت المادة (85) من القانون المدني الأردني على : (لا حجة مع التناقض، ولكن لا أثر له في حكم المحكمة إذا ما ثبت بعده).

ـ ونصت المادة (1752) من المجلة على : (تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة).

ـ ونصت المادة (81) من القانون المدني الأردني على : (ُيعتد في شهادة الأخرس وحلفه بإشارته المعهودة).

ـ ونصت المادة (10) من المجلة على : (ما ثبت بزمان يُحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه).

ـ ونصت المادة (4) من القانون المدني الأردني على : (ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على ما ينافيه).

ـ نصت المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية على : (لا ضرر ولا ضرار).

ـ ونصت المادة (20) من المجلة على : (الضرر يزال).

ـ ونصت المادة (62) من القانون المدني الاردني على : (لا ضرر ولا ضرار ، والضرر يزال).

ـ نصت المادة (91) من مجلة الاحكام على : (الجواز الشرعي ينافي الضمان، فلو حفر انسانٌ في ملكه بئرا فوقع فيه حيوانٌ أو رجلٌ وهلك لا يضمن حافرُ البئر شيئا).

- ونصت المادة (61) من القانون المدني الاردني على : (الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعل حقه استعمالا مشروعا لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر).

- ونصت المادة (4) من القانون المدني المصري و(5) من القانون المدني السوري على : (من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر).

- نصت المادة (30) من المجلة على : (درءُ المفاسد أولى من جلب المنافع).

- ونصت المادة (64) من القانون المدني الأردني على : (درءُ المضار أولى من كسب المنافع).

- ونصَّت المادة (33) من المجلة على : (الاضطرار لا يُبطل حق الغير ....).

- ونصت المادة (63) من القانون المدني الأردني على : (الاضطرار لا يبطل حق الغير).

- ونصت المادة (26) من المجلة على : (يُتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام).

- ونصت المادة (27) من المجلة على :(الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف).

- **ونصت المادة (65) من القانون المدني الأردني على : (يدفع الضرر العام بالضرر الخاص والأشد بالأخف).**
-

نماذج من أثر المجلة على قوانين أصول المحاكمات:

أما قانونا أصول المحاكمات المدنية والشرعية فقد تأثرا بالمجلة تأثرا واضحا وجليا ونذكر بعضا من ذلك .

أولا: المصلحة في الدعوى :

نصت المادة (44) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على:

"أ - تُرفضُ الدعوى إذا لم يكن بين الطرفين خصومة في الواقع بل قصدا بالتقاضي الاحتيال على حكم بما يدعيه أحدهما.

ب- لا تقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه صفة أو مصلحة قائمة يقرّها القانون.

ج - تكفي المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ".

ونصت المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية على :

1.لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون.

2.تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه .

ولقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (1630) على:

(يُشترط أن تكون الدعوى على تقدير ثبوتها ملزمة للمدعى عليه بشيء ومستوجبة الحكم عليه به ؛ مثلا لو أعار واحدٌ آخر شيئا فقام شخصٌ آخر يدّعي ويقول أنا من متعلقاته فليعرني لا تصح دعواه. كذلك لو وكَّل واحدٌ آخر بأمر فقام شخصٌ آخر يدعي ويقول أنا جاره وبوكالته أولى فليوكلني لا تصح دعواه لأن لكل واحد أن يعير ماله من شاء وأن يوكل بأموره من أراد وإذا قدّر ثبوت هذه الدعاوى وأمثالها فلا يترتب على المدعى عليه حكم).

إذن فقد اتفقت قوانين أصول المحاكمات مع المجلة في أنه (يشترط أن يحكم ويلزم المدعى عليه بشيء في حالة ثبوت الدعوى بأحد الحجج الثلاثة وهي : الإقرار والبينة والنكول عن اليمين وألا تكون الدعوى والإثبات عبثا والعاقل لا يشتغل بالأمور التي بها عبث).

ثانيا: المضاهاة والاستكتاب:

لقد تناولت المواد (78-83) من قانون أصول المحاكمات الشرعية كيفية إجراء الخبرة على التوقيع المنكر أو الخط. وقد سار هذا القانون على خطى مجلة الأحكام العدلية التي أشارت بموادها (1609-1611) إلى هذا الأمر مع قليل من الاختلاف أملاه العرف، وكذلك تناول قانون أصول المحاكمات المدنية هذه المواضيع في المواد (87-101).

ثالثا: حصر البينة في الشهادة :

نصت المادة (56) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على :

(اذا استند المدعي في دعواه إلى البينة الشخصية يجب عليه أن يحصر شهوده عندما يطلب منه ذلك، ويشمل هذا الحصر بينة التواتر. ولا يجوز تسمية شهود آخرين إلا اذا كان موضوع الدعوى مما تقبل فيه الشهادة حسبة).

ولقد نصت المادة (1753) من مجلة الأحكام العدلية على :

(اذا قال المدعي ليس لي شاهد مطلقا ثم أراد ان يأتي بشهوده أو قال ليس لي شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لي شاهد آخر فلا يُقبل).

نلاحظ ان مادة قانون أصول المحاكمات الشرعية متأثرة بمادة المجلة تأثرا واضحا.

رابعا: تصرف أحد الوكيلين:

نصت الفقرة (ج) من المادة (15) من قانون اصول المحاكمات الشرعية

ونصت الفقرة (3) من المادة (63) من قانون اصول المحاكمات المدنية على :

(اذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الانفراد بالعمل في القضية ما لم يكن ممنوعا من ذلك صراحة في التوكيل).

ولقد نصت المادة (1465) من مجلة الأحكام العدلية على :

(اذا وكل واحد اثنين معا بأمر فليس لاحدهما وحده التصرف في الأمر الذي وكلا به).

نلاحظ ان الحكم القانوني المترتب على هاتين المادتين واحد.

نماذج من أثر المجلة على قانون البينات :

البيِّنةُ هي الحُجَّة، ويأتي قانون البينات ببيان أدلة إثبات الحق، ويتناولها بشيء من التفصيل، أما أدلة إثبات الحق، فقد نصَّت عليها المادة الثانية من قانون البينات .

تقسم البينات إلى :

1.الأدلة الكتابية .

2.الشهادة .

3.القرائن.

4.الاقرار.

5.اليمين.

6.المعاينة والخبرة.

وهي عين المادة (72) من القانون المدني الاردني.

وإن مجلة الاحكام العدلية لها أثرٌ واضحٌ وبيّنٌ على قانون البينات الأردني، حتى إن بعض مواد المجلة تكاد تكون هي نفس مواد قانون البينات، مما يثبت أنه عند صدور قانون البينات سنة (1952) كان المشرعون متأثرين بالمجلة إلى درجة كبيرة جعلتهم ينقلون بعض موادها حرفيا.

المسائل التي وافقت فيها المجلة قانون البينات:

اولا : الشهادة بالتسامع:

نصت المادة (39) من قانون البينات على : الشهادة بالسماع غير مقبولة إلا في الحالات التالية :

1.الوفاة .

2.النسب.

3. الوقف الصحيح الموقوف لجهة خيرية منذ مدة طويلة.

وقد نصت المادة (1688) من المجلة على : (يلزم أن يكون الشهود قد عاينوا بالذات المشهود به، وأن يشهدوا على ذلك الوجه ولا يجوز أن يشهدوا بالسماع. يعني أن يشهد الشاهد بقوله : سمعت من الناس، ولكن إذا شهد بمحل أنه وقف أو بوفاة واحد بقوله سمعت من الثقة يعني لو قال أشهد بهذا لأني هكذا سمعته من ثقة تقبل شهادته، وتجوز شهادة الشاهد بالولاية والنسب والموت بالسماع من دون أن يفسر وجه شهادته، يعني أن يتكلم بلفظ السماع...).

هناك تشابهٌ بين المادتين إلا أنَّ المجلة لم تخل من تمثيل وإطالة.

أما الفقهاء وشراح المجلة فقد توسعوا في ما يقبل بالتسامع من الشهادة، حتى إنهم أوصلوها إلى تسعة مواضع: أربعة تُقبل فيها بالإجماع وهي : النكاح والنسب والموت والقضاء، وخمسة مواضع تقبل فيها الشهادة بالتسامع على الأصح أولها المهر وثانيهما الدخول بالزوجة، وثالثهما العتق، ورابعهما الولاء عند أبى يوسف، وخامسهما الوقف.

ثانيا: أهلية الشاهد:

نصت المادة (32) من قانون البينات الأردني على : (تسمع المحكمة شهادة كل انسان ما لم يكن مجنونا أو صبيا لا يفهم معنى اليمين ولها أن تسمع اقوال الصبي الذي لا يفهم معنى اليمين على سبيل الاستدلال فقط).

أما مجلة الاحكام العدلية ، فقد توسعت في ذلك، اذ منعت سماع شهادة الصبي والمجنون وكذلك شهادة الأطرش والأعمى والأخرس.

ثالثا: تعريف الإقرار :

نصت المادة (44) من قانون البينات الأردني :

(الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر).

ولقد نصت المادة (1572) من مجلة الاحكام على :

(الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر، ويقال لذلك مُقر،ولهذا مقر له، وللحقّ مقر به).

فإن المادة القانونية الموجودة في قانون البينات هي نفسها التي في المجلة.

ويتبين من ذلك انّ قانون البينات قد نقلها حرفيا عن المجلة.

رابعا: شروط المقر :

نصت المادة (47) من قانون البينات الأردني:

(يشترطُ أن يكون المُقر عاقلا بالغا غير محجور عليه ، فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه، ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم والقوام عليهم، ولكن الصغير المميز المأذون يكون لإقراره حكم إقرار البالغ في الأمور المأذون بها).

ولقد نصت المادة (1573) من مجلة الأحكام العدلية على :

(يشترطُ أن يكون المُقر عاقلاً بالغاً، بناء عليه لا يصح إقرار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة، ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم، أما الصغيرُ المميز المأذون فهو بحكم البالغ في الأمور التي صحت مأذونيته فيها).

نلاحظ ان هناك تشابها بين المادتين إلا أن مادة المجلة لم تذكر الحجر في هذه المادة، وانما ذكرته في المادة (1576): (يشترط أن لا يكون المقر محجورا).

خامسا: شروط الإقرار :

نصت المادة (48) من قانون البينات على :

(يشترطُ ألا يكذب ظاهر الحال الإقرار)

ولقد نصت المادة (1577) من مجلة الأحكام العدلية على :

(يشترطُ أن لا يكذب ظاهر الحال الإقرار ، فإذا اقر الصغير بأنه بالغ وكانت جثته لا تتحمل البلوغ فلا يصح إقراره ولا يعتبر).

نلاحظ ان المادتين السابقتين شيء واحد إلا ان المجلة أتت بمثال توضيحي للمادة المذكورة.

ونصت المادة (49) من قانون البينات الأردني على :

1.لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له ولكن يرتد برده.

2.واذا رد المقر له مقدارا من المقر به فلا يبقى حكم للإقرار في المقدار المردود ويصح الإقرار في المقدار الباقي.

ولقد نصت المادة (1580) من مجلة الأحكام العدلية على :

(لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له، ولكنه يرتد برده ولا يبقى ولا يبقى له حكم واذا رد المقر بعض المقر به فلا يبقى للإقرار حكم في القدر المردود ويصح في القدر الباقي الذي لم يرده المقر له).

نلاحظ كذلك هنا ان المادتين شيء واحد تقريبا.

سادسا: أحكام الإقرار :

نصت المادة (50) من قانون البينات الأردني على :

1.يلزم المرء بإقراره إلا اذا كذّب بحكم .

2.لا يصح الرجوع عن الإقرار إلا لخطأ في الواقع على ان يثبت المقر ذلك .

ولقد نصت المادة (1587) من المجلة على : (يلزم الرجل باقراره، ولكن اذا كذبه حكم الحاكم فلا يبقى لاقراره حكم ...) .

نلاحظ ان المادتين شيء واحد.

ونصت المادة (51) من قانون البينات الاردني على : (الإقرار حجة قاصرة على المقر).

ولقد نصت المادة (78) من المجلة على : (البينة حجةٌ متعديةٌ والاقرارُ حجةٌ قاصرةٌ).

فالمادتان لهما نفس المدلول.

سابعا: حلف اليمين بدون طلب :

نصت المادة (54) من قانون البينات الاردني على : (لا يحلف من وجهت إليه اليمين الا بطلب خصمه وبعد صدور قرار المحكمة بذلك، ولكن تحلفه المحكمة يمين الاستظهار، وعند الاستحقاق، ورد المبيع لعيب فيه، وهند الحكم بالشفعة، ولو لم يطلب الخصم تحليفه).

ولقد نصت المادة (1746) من مجلة الأحكام العدلية على : (لا يحلف الا بطلب الخصم، ولكن يحلف من قبل الحاكم في اربعة مواضع بلا طلب:

الاول: اذا ادعى واحد على التركة حقا وأثبته فيحلفه الحاكم بأنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه ولا أبرأه منه ولا أحاله به على غيره ولا أوفاه أحد وليس للميت بهذا الحق رهن، ويقال لهذا يمين الاستظهار.

الثاني:اذا استحق رجلٌ مالا وأثبت دعواه حلفه الحاكم بأنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه.

الثالث:اذا اراد المشترى رد المبيع لعيبه، حلفه الحاكم بأنه بعد اطلاعه على العيب ولم يرض به قولاً أو دلالة كتصرفه تصرف الملاك.

الرابع: تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بأنه لم يبطل شفعته، يعني لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه).

بقراءة المادتين نجد أن مدلولها واحد، ولكن مادة المجلة جاءت أكثر شرحا من أختها التي بالبينات، بل جاءت بأمثلة موضحة ومزيلة كل لبس.

وجاءت عبارة (وبعد صدور قرار المحكمة) الموجودة في المادة (54) من قانون البينات بمحلها.

وحيث نصت المادة (1747) من المجلة على : (اذا حلف المدعى عليه بطلب الخصم قبل أن يكلفه الحاكم فلا يعتبر يمينه ويلزم أن يحلفه الحاكم مرة اخرى).

ثامنا: الحلف على البتات وعلى عدم العلم:

نصت المادة (55) من قانون البينات الأردني على : (يجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وُجهت إليه اليمين، فإن كانت غير شخصية انصبَّت اليمين على مجرد علمه بها).

ولقد نصت المادة (1748) من مجلة الاحكام على :

(اذا اراد الرجل أن يحلف على فعل نفسه يحلف على البتات، يعني يحلف على القطع بأن هذا الشيء كذا أو ليس بكذا، أما اذا أراد أن يحلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم يعني يحلف على عدم علمه بذلك الشيء بأن يقول مثلا "والله لا اعلم أن مورثي استدان من هذا أو ليس لي علم بذلك".

نلاحظ أنَّ مادة قانون البينات متأثرةً بمادة المجلة، إلا أن مادة المجلة جاءت أشمل وأوضح.

تاسعا: يمين واحدة لعدة مطالبات:

نصت المادة (56) من قانون البينات على :

(اذا اجتمعت مطالب مختلفة يكفي فيها يمين واحدة).

ولقد نصت المادة (1570) من مجلة الاحكام على :

(اذا اجتمعت دعاوى مختلفة يكفي فيها يمين واحدة، ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة).

بتتبع المادتين السابقتين نجدهما مختلفتين لفظا متفقتين نتيجة.

عاشرا: العبرة باليمين أو النكول عنه لا يكون الا في مجلس الحكم :

نصت المادة (58) من قانون البينات الأردني على : (لا تكون اليمين إلا أمام المحكمة ولا اعتبار للنكول عن اليمين خارجها).

ولقد نصت المادة (1744) من مجلة الأحكام العدلية على :

(لا تكون اليمين الا في حضور الحاكم أو نائبه، ولا عبرة بالنكول عن اليمين في حضور غيرها).

فالمادتان معناها واحد لأن اليمين حق القاضي مع طلب الخصم ولا عبرة ليمين ولا نكول عند غير القاضي.

الحادي عشر: الحلف لا يكون الا بالله:

نصت المادة (66) من قانون البينات الأردني على : (تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف (والله) ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة).

وقد نصت المادة (1743) من مجلة الاحكام العدلية على :

(إذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف باسمه تعالى بقوله والله أو بالله مرة واحدة بدون تكرار).

الثاني عشر: يمين الاخرس ونكوله:

نصت المادة (67) من قانون البينات الأردني على :

(يعتبر في حلف الاخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها).

ولقد نصت المادة (1752) من مجلة الأحكام العدلية على :

(تعتبر يمين الاخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة).

بالنظر إلى المادتين السابقتين يتبين أنهما شيءٌ واحد، وهما كذلك مع فرق بسيط، إن قانون البينات اعتبر أن الاخرس الذي يعرف الكتابة يكون يمينه ونكوله بها، أما المجلة لم تذكر الكتابة لأن الرأي الراجح عندها أن الاخرس ولو كان مقتدرا على الكتابة فتعتبر إشارته، لأن كلا منهما حجة ضرورية.

الثالث عشر : النيابة في اليمين والتحليف:

نصت المادة (68) من قانون البينات الأردني على :

(تجري النيابة في التحليف ولكن لا تجري في اليمين).

ولقد نصت المادة (1745) من المجلة على :

(تجري النيابة في التحليف ولكن لا تجري في اليمين، فلوكلاء الدعاوى أن يحلفوا الخصم، ولكن إذا توجهت اليمين على موكليهم فيلزم تحليف الموكلين بالذات ولا يصح تحليف وكلائهم.

نلاحظ ان المادتين شيء واحد، إلا أن مادة المجلة شرح آخرها أولها.

هذه بعض نماذج من تأثر القوانين بالمملكة الأردنية الهاشميّة بمجلّة الأحكام العدلية ؛ مما يدل على رسوخ المجلّة ورصانتها .

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين

د. سامر مازن القبج

عضو المحكمة العليا الشرعية/المملكة الأردنية الهاشمية

SEMPOZYUM BİLDİRİLER PROGRAMI

1. GÜN (25 Eylül 2017 – Pazartesi)

Oturum Başkanı: Salih MURAT, Makedonya Anayasa Mahkemesi Üyesi

* Bulgaristan'da Mecelle Uygulaması, *Dr. Mustafa Aliş HACI, Bulgaristan Başmüftüsü*

* Batı Trakya Müslüman Türk Azınlığında Müftülerin Yetkileri ve Mecelle'nin Yeri
İbrahim ŞERİF, Gümülcine Seçilmiş Müftüsü

* Osmanlı Sonrası Dönemde Mecelle Avusturyalı Hukukçularca Uygulandı mı?
Mehmed BECİC, LLM, Saraybosna Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* İngilizce Literatürde Mecelle Algısı
Doç. Dr. Sami ERDEM, Amerika George Mason Üniversitesi İslam Çalışmaları Merkezi

12.45-14.00 Öğle Arası – Yemek

14.00-15.45 2. OTURUM (Ahmed Cevdet Paşa Salonu)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Yusuf ULCAT, Uludağ Üniversitesi Rektörü

* Osmanlı Dönemi Sonrasında Ortadoğu Ülkelerinde Mecelle'nin Etkisi
Doç. Dr. Tomoki OKAWARA, Japonya Tohoku Üniversitesi Uluslararası Kültürel Çalışmalar Enstitüsü

* Mecelle-i-Ahkâm-ı Adliyye ve Malezya'daki Şeriat Mahkemesinde İslam Hukuku İdaresindeki Katkısı
Yrd. Doç. Dr. Gazali Bin JAAPAR,
Malezya Uluslararası İslam Üniversitesi İslam Hukuku Bölümü

* 1920-1924 Yılları Arasında Yapılan Mecelle Ta'dilleri ve Mezhepler Arası Mukayese Uygulaması
Prof. Dr. Ahmet AKGÜNDÜZ
Hollanda Rotterdam İslam Üniversitesi İslam Hukuku Bölümü

* Mecelle'nin Hazırlanmasında ve Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukukunda Ahmed Cevdet Paşa'nın Rolü
Prof. Dr. M. Akif AYDIN, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

3. OTURUM (Ali Haydar Efendi Salonu)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Hür Mahmut YÜCER, Karabük Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

* İki Önemli Kodifikasyon Örneği: Mecelle ve 1734 Tarihli İsveç (Medeni) Kanunu, Benzerlikler-Farklılıklar
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Kıbrıs Yüksek Mahkemesi Kararlarında (1891-1893) Mecelle'nin Uygulanması
Yrd. Doç. Dr. Mustafa YAYLA, Polis Akademisi

* Mecelle'ye Göre Zamanaşımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri
Yrd. Doç. Dr. Ahmet KILINÇ, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Karşılaştırmalı Hukuk Tekniği Açısından Mecelle ve Dönemdaş Kanunların İncelenmesi
Yrd. Doç. Dr. Ünsal DÖNMEZ, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Mecelle'nin Hazırlanmasında ve Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukukunda
Ahmed Cevdet Paşa'nın Rolü, *Prof. Dr. M. Akif AYDIN, İstanbul Medipol Ünv. Hukuk Fakültesi*

15.45-16.00 Çay - Kahve Arası

16.00-17.45 3. OTURUM (Ahmed Cevdet Paşa Salonu)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Mustafa ŞENTOP, TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı

* Osmanlı Hâkimiyetinde Tunus'ta Kanunlaştırma: Anayasa İlanı ve Fıkhın
Kanunlaştırılmasında Tunus'un İslam-Osmanlı Coğrafyasındaki Önceliği Üzerine Bir İnceleme
Prof. Dr. Ayhan CEYLAN, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Hukuk Fakültelerinde Okutulan (Medenî Hukuk ve Hukuk Başlangıcı)
Ders KitaplarındaYer Alan Mecelle Hakkındaki Görüşler Üzerine Bir Değerlendirme
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Kazan Bölgesinde Yeni Mecelle Çalışmaları
Prof. Dr. İbrahim MARAŞ, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

* Mecelle'nin Rusya Türklerine Etkisi
Prof. Dr. Seyfettin ERŞAHİN, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

OTURUM (Ali Haydar Efendi Salonu)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Kaşif Hamdi OKUR
Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Üyesi

* Bir Osmanlı Örfi Hukuk Düzenlemesi Olarak Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye
Yrd. Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Hâdimi'den Mecelle'ye Külli Kaideler ve Pratikten Soyut Hukuka Geçiş Çabaları
Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK, Konya Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

* Bir İçtihat Hukuku Olan İslam Hukukunda Kanunlaştırmanın İmkân ve Sınırları
Yrd. Doç. Dr. Muhammed Tayyib KILIÇ, Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

2. GÜN (26 Eylül 2017 – Salı)

09.00-10.45 4. OTURUM (Ahmed Cevdet Paşa Salonu)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Refik KORKUSUZ
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Yargı Kararları Bağlamında Mecelle'nin Külli Kaidelerinin Uygulama Örnekleri Cezayir'de Mecelle Uygulaması
Dr. Aisa MAİZA, Cezayir Djalfa Zeyyan Ashoor Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Mecelle'nin Malezya'da İslami Finans Sisteminde Uygulanması
Prof. Dr. Farid Sufian SHUAIB, Malezya Uluslararası İslam Ünv. İslam Hukuku Bölümü

* Filistin'de Mecelle Uygulaması
Yuosef Farhan KHAMIS ABD ELSAMAD, Filistin Adalet Bakanlığı Hukuk Müsteşarı

* Ürdün'de Mecelle Uygulaması
Dr. Samer Mazen QUBBAJ, Ürdün Amman Şer'i İstinaf Mahkemesi Reis Naibi

* Mecelle'nin Arap Kanunlarına Etkisi ve Uygulanması
Dr. Abdallah i Zaid ALKILANE, Ürdün Fıkıh Vakfı

4. OTURUM (Ali Haydar Efendi Salonu)
Oturum Başkanı: Prof. Dr. Yusuf Ziya KAVAKÇI, Emekli Öğretim Üyesi

* Mecelle'nin Külli Kaidelerinin Hadislerdeki Temelleri
Yrd. Doç. Dr. Ebubekir SİFİL, Yalova Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi

* Tanzimat'tan Sonra Zorunlu Görülen Kodifikasyon Fikri ve Bu Hususta Ahmed Cevdet Paşa'nın Batıcılara Karşı Verdiği Mücadele: "Mecelle"

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Harun KIYLIK, Iğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

* Osmanlı Anayasal Gelişmeleri Ekseninde Nizamiye Mahkemeleri Yargı Sistemi
Yrd. Doç. Dr. Akif TÖGEL, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den İstifade Eden Ülkelerin, Özel Olarak Irak'ın Çeşitli Yasalar İtibariyle Etkilenme Boyutları

Dr. Abdülazim İBRAHİM, Karabük Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

10.45-11.00 Çay - Kahve Arası

11.00-12.45 5. OTURUM (Ahmed Cevdet Paşa Salonu)

Oturum Başkanı: Dr. Akram MASADAH, Ürdün Başsavcısı

* Mecelle'de Hakkın Kötüye Kullanılması
Prof. Dr. SAFFET KÖSE, İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi

* Mecelle'nin Başında Yer Alan Külli Kaidelerin Usûlî Temelleri
Prof. Dr. Ali İhsan PALA, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

* Mecelle'nin Tedvininde İslami Hukuk Kaynaklarının Rolü
Doç Dr. Saim KAYADİBİ

Malezya Uluslararası İslam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

* Lübnan Hukukunda Mecelle Uygulamaları
Dr. Khalil GHOSN, Lübnan Yargıtay Hakimi

OTURUM (Ali Haydar Efendi Salonu)
Oturum Başkanı: Prof. Dr. Abdülkadir ŞENER, Emekli Öğretim Görevlisi

* Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Meslek Ahlâkı Selçuk HONDU

Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu Başkan Yardımcısı, Emekli Danıştay Üyesi

* Mecelle'de İstimlak
Doç. Dr. Nuran KOYUNCU, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Mecellede Tahkim Hukuku (Hükümleri)
Yrd. Doç. Dr. Cemil TEKELİ, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Mecelle'nin On Altıncı Kitabı "Yargılama"nın Birinci Babı
Arş. Gör. Banu ATLI, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

12.45-14.00 Öğle Arası – Yemek

14.00-15.45 6. OTURUM (Ahmed Cevdet Paşa Salonu)

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Fikret EREN, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Mecelle'de İhya Müessesesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Mecelle'de Yargılama Hukukunun Esasları
Prof. Dr. Fahrettin ATAR, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

* Mecelle'de Ele Alınmayan Üç Konu: Faiz, Sarf, Karz
*Prof. Dr. Orhan ÇEKER, Konya Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakült*esi

3. GÜN (27 Eylül 2017 – Çarşamba)

09.00-10.45 7. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Tahir YAREN, Yalova Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi

* Mecelle Komisyonunun Teşkili ve Ahmet Cevdet Paşanın Açılış Dersi
Prof. Dr. Şamil DAĞCI, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

* İkinci Meşrutiyetten Sonra Mecelle Cemiyetinin Tekrar Kurulma Süreci
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Normlar Hiyerarşisi ve Mecelle: Anayasa Hukuku Açısından Mecelle
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Mecelle'ye Göre Dostluk ve Düşmanlığın Tanıklığa Etkisi
Prof. Dr. Mustafa AVCI, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

10.45-11.00 Çay - Kahve Arası

11.00-12.45 8. OTURUM

Prof. Saad Hashiem SINDATOK, Filipinler Moro Cotabato Üniversitesi

* Mecelle ve Fas Müdevvenesinin Mukayesesi
Dr. Galal ALİ, Hollanda- Emekli Öğretim Üyesi

* Mecelle Kabul Sürecinde Osmanlı İmparatorluğunun Durumu
Fatiha Bint Al-Basheer GACIM,
Cezayir Djalfa Zeyyan Ashoor Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Mecelle'nin Devlet ve Osmanlı Toplumunun Kimliğine Etkisi
Dr. Muhammed Ali EL-AHMED, Karabük Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

* Kanunlaştırma Hareketlerini Tetikleyen Sebepler Açısından Mecelle ile Code Civil'in Mukayesesi

Talha YILDIZ, LLM, Hollanda Adalet ve Emniyet Bakanlığı

12.45-13.00 Çay - Kahve Arası

13.00-13.30 KAPANIŞ OTURUMU (Değerlendirme ve Kapanış Konuşmaları)