

# Roma Özel Hukuku ile Osmanlı Özel Hukukundaki Gelişmeler Bağlamında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Özellikleri

İrem KARAKOÇ\*

“Bizim görüşümüz budur. Bu kâdir olabildiğimiz en güzel kavildir. Kim ki bizim bu kavlimizden daha iyisini bulursa, o, doğruya daha da yakîn olur...”

İmâm-ı Âzam Ebû Hanîfe\*\*

“Her tefsir faaliyetinin vasıflarından biri de onun yavaş yavaş tükenmesidir...”

Andreas B. Schwarz\*\*\*

## Giriş

Avrupa’da Cermen soylu kavimlerin örf ve âdetlerinden oluşan medenî hukuk uygulamaları, on dokuzuncu yüzyılda tüm mahkemeleri bağlayıcı yazılı kuraları içeren kanunlar hâline getirilmiştir. Roma mirası üzerine yerleşen bu toplumlar kendi özgün tedvin yöntemleri ve tarihî birikimlerini temel alarak, Roma hukuku müesseselerini de kanunlarına dâhil etmişlerdir. Türkler de İslâmiyet’i din olarak benimsedikten sonra özel hukuklarında İslâm hukukunu uygulamışlar ve 1876’da Osmanlı Özel Hukuk Sistemi kapsamında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’yi<sup>1</sup> meydana getirmişlerdir. Çalışmamızda mukayese etmek istediğimiz husus, hukuk sistemlerinin birebir kuralları değildir. İnsan ilişkilerinde zaman içinde meydana gelen yozlaşmanın, kaçınılmaz olarak hukuka da yansıdığı durumlarda; ele aldığımız sistemlerin nasıl bir çözüm ürettiğidir. Ardından Osmanlı Özel Hukukunda önemli yeri olan Mecelle’nin, İslâm hukukunun asıllarına göre, hangi özgün nitelikleri muhafaza ettiği üzerinde durulacaktır. Burada, İslâm hukukunun mu, Roma hu-

\* Yrd. Doç. Dr., DEÜ. Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

\*\* *Hatib Bağdadî*, Tarih-i Bağdad, C. XIII, s. 352’den aktaran, Muhammed Ebû Zehrâ, **Ebû Hanîfe**, (Çev. Osman Keskioglu), Ankara, (DİB Yayınları), 5. Baskı, 2005, s. 81. Ayrıca *Şeyh Abdülvehhab Şarânî*, el-Yevâkit ve'l-Cevâhir’den aktaran, Şah Veliyyullah, “İkdu'l-Cid Risâlesi”, **İçtihad Taklid ve Telfik Üzerine Dört Risâle**, (Hazırlayan ve Çeviren H. Karaman), (İz Yayıncılık), 2. Baskı, İstanbul, 2004, s. 171.

\*\*\* Andreas B. Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, C. I, Çev. Türkân Rado, Altıncı Bası, İstanbul, 1963, s. 188.

<sup>1</sup> Kanun’un adı kimi kaynaklarca “Mecelletü'l-Ahkâmi'l-Adliyye” olarak verilmiş ancak aynı kaynaktaki, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye” biçiminde de kullanılmıştır (Bk. Abdülkerim Zeydan, **İslâm Hukukuna Giriş**, (Çev. Ali Şafak), (Kayıhan Yayınları), İstanbul, 2008, s. 208). Çalışmamız boyunca “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye” yerine kısaca “Mecelle” ifadesi kullanılacaktır.

kukundan; yoksa Roma hukukunun mu, Arapçadan Latinceye yapılan tercüme yolu ile fıkhtan etkilendiği tartışmasına girilmeyecektir<sup>2</sup>.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Tarih sırasına göre önce geldiği için, ilk bölümde Roma özel hukukunun gelişim basamakları ele alınmıştır. İkinci bölümde ise İslâm özel hukukunun, Türkler tarafından benimsenmesi süreci üzerinde durulmuştur. Son olarak da, Mecelle'nin bir içtihat hukuku sistemi olan İslâm özel hukukunu yazılı kanun haline getirmesinin ardından, ne gibi özgün nitelikleri ve özellikleri muhafaza ettiği ortaya konmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızda kullandığımız eski Türkçe Mecelle şerhleri, *Türközâde Hâfız Mehmed Ziyâeddin*'in şerhi, *Âtîf Bey*'in şerhi, *Mes'ud Efendi*'nin Mir'ât-ı Mecelle'si ile *Hacı Reşid Paşa*'nın *Rûhü'l Mecelle* adlı şerhidir. *Ali Haydar Efendi*'nin şerhi bugünkü Türkçe'ye aktarılmıştır. *Hacı Reşid Paşa*'ya büyük ölçüde başvurmamızın sebeplerinden biri, sekiz ciltlik eserinin aynı kitap cildi içinde yer alan 1-2'nci cildinin baş kısmında "Hz. İmam-ı Âzam'ın Siyasî Tercüme-i Hâli"<sup>3</sup> bulunmasıdır. Ayrıca şerhe; fikhın tarihi ve usûlünün yer aldığı bir Medhal (Giriş) kısmı konulmuştur. Yazar, "İlm-i Fikhın Tarihi" kısmında, ilk insandan zamanımıza kadar olan gelişmeyi konu almıştır. Diğer bahislerde, İslâm'dan öncesi, İslâm'ın ortaya çıkması ve devirleri ele alınmıştır. Ayrıca İslâm hukukunda, hukukçuların ve meselelerin tabakalandırılması konularına da özel bahisler ayrılmıştır. Mir'at-ı Mecelle de şekil bakımından özelliklidir. Kurallarla ilgili dayanak ve kaynak eserlere -âdetâ birer dipnot gibi- sayfaların kenar boşluklarında yer verilmesi ilginçtir<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Bu tartışma, *Goldziher, Von Kremer ve Amus* gibi eski oryantalistler/müsteşrikler tarafından başlatılmış ve kendi aralarında, İslâm hukukunun özgün olmadığı, birçok müessesesini Roma hukukundan aldığı kanaatine varmaları ile sonuçlanmıştır. Sonradan aksi kanaattekilere, önce bu tezleri çürütmüş, ardından da tam tersine Roma hukukunun İslâm hukukundan alıntı yaptığını ileri sürerek kanıtlamışlardır. Her üç görüş için de bk. Zeydan, *İslam Hukuku*, s. 112 vd, 215; Hayreddin Karaman, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslam Hukuku*, (İz Yayıncılık), 5. Baskı, İstanbul 2004, s. 119-126. Ayrıca, Roma Hukukunun etkisinin aleyhindeki kanıtlar için bk. Muhammed Hamidullah, *İslâm'ın Hukuk İlmine Katkıları*, (Editör: Vecdi Akyüz), Beyan Yayınları, İstanbul Aralık 2005, s. 249.

<sup>3</sup> Muharriri Esbak Musul Valisi Mekteb-i Hukukdan Mezun *Hacı Reşid Paşa*, Dersâdet, Cağaloğlu'nda Ayasofya caddesinde "Matbaa-i Hayriye" ve Şürekâsı, 1328. Cildin ilk 25 sayfası İmam-ı Âzam ile ilgili bir kitaptır. 25'inci sayfadan itibaren *Rûhü'l Mecelle* başlamaktadır. İkinci Bab'ında usûl-i fikh ilmi tanımlanmış ve ayrıca "deliller", "ahkâm", "hüküm" (hüküm-ü teklif(i), hüküm-ü vaz'î), "hâkim", "mahkûmünbil", "mahkûmünaleyh" gibi temel hukukî kavramlar açıklanmıştır. Her birinin sonunda Avrupa hukuk anlayışı ile karşılaştırma yapılmıştır. Diğer şerhlerde böyle bir genel açıklama kısmı bulunmamaktadır. Her biri, Mecelle'nin Mazbatasından sonra, doğrudan maddelerin açıklanmasına geçmektedirler.

<sup>4</sup> Sami Erdem, "Türkçede Mecelle Literatürü", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C. 3, S. 5, 2005, s. 688.

## I. Roma Hukukunun Tedvini ve Kara Avrupası Hukukuna Temel Oluşturma Süreci

### A. Genel Olarak

Cermen soylu kavimlerden oluşan Avrupa devletleri, Roma'yı istilâ edip, topraklarına yerleştikten sonra da özel hukukta kendi örf-âdetlerini uygulamayı sürdürmüşlerdir. Ancak temeli bir Eski Çağ uygarlığı olan Roma hukukunu da araştırıp, kökenlerine ulaşarak yeniden yorumlamışlar ve günümüzde kullandıkları modern hukuk sistemlerini, bu asıllar üzerine bina etmişlerdir. Roma hukukunun gelişim aşamalarına bakıldığında bu yöntemin nasıl kullanıldığı açıkça kendini göstermektedir. Bunu aşağıda kısaca açıklamaya çalışılmış olan yedi aşamada özetlemek mümkündür. Bunlar kısaca; *Ius Civile*'nin oluşma dönemi, praetorların katkıları, *Corpus Iuris Civilis*'in yapılması, interpolatörların ayıklanarak özü bulma çalışmaları, *glossa* ve *postglossa* çalışmalarıyla yeniden öze ulaşma etkinliği ve son olarak da, gerek doğal hukuk gerek tarihçi hukuk gibi ekoller tercih edilerek, fakat yine Roma hukukunun asılları ile bağlantı kurulup modern medenî kanunların yapılması aşamalarıdır. Sözü edilen aşamalar, Roma'nın siyasi devreleri veya Roma hukukunun geçirdiği evreler değildir. Cermen soylu kavimlerin örf-âdetlerinden oluşan medenî hukuk uygulamalarında zaman zaman meydana gelen tıkanmalarda izledikleri yöntemler ve bir üst medeniyet basamağına geçiş süreçleridir. Hukukçular bu konularda çözüm üretirken, Roma hukukunun asıl kaynaklarına başvurmuşlar, onları yeniden yorumlayarak açılım sağlamışlardır.

Roma hukuku araştırmalarında, günümüzde maddî hukukunun kaynakları dendiği zaman akla gelen; "hukuku yaratan organ" ve "yürürlük kaynakları"ndan daha farklı bir kaynak grubu öne çıkmaktadır. Bunlar hukukun bilgi kaynaklarıdır (*fontes cognocendi*). Roma hukukunun tarihi bakımından, sözü geçen kaynakların muhafazası ve yeniden elden ve gözden geçirilerek yorumlanması büyük önem taşır. Bunun en güzel örneği, devrin hukukçuları tarafından hazırlanan ilk yazılı kanun derlemesinin çalışmaları sırasında (*Corpus Iuris Civilis*) hem imparatorun hem de hukukçuların, Roma hukukunun asıl kaynaklarını ortaya çıkarma çabalarıdır. Aşağıda bu konudan ayrıca bahsedilmiştir<sup>5</sup>.

Avrupa'da on dokuzuncu yüzyıldaki kanunlaştırma etkinliğine kadar Roma hukuku tamamlayıcı hukuk olarak kullanılırken, bundan sonra zaten yazılı Medenî Kanunlara dâhil edildiği için doğrudan uygulanma özelliği kalmamıştır. Bu süreçlerin izlenmesine, öncelikle Roma'nın küçük bir site devleti ve özel hukukunun ise, sadece site mensuplarının medenî hukuk uygulamalarından ibaret olduğu ilk dönemlerden başlamak gerekmektedir.

### B. Roma Sitesinin Örf-Âdet Hukukunun Oluşması ve Temelleri

Başlangıçta, Roma sitesinde kapalı ve küçük bir toplum tarafından uygulanan, rahip hukukçuların tekelinde bulunan işlem ve dava şekillerinden oluşmuş,

<sup>5</sup> İngiltere ve ABD gibi Anglo-Saxon hukuk sistemi uygulayan ülkelerde, mahkeme kararları, hukukun yürürlük kaynağı ise de; Kara Avrupası ülkelerinde sadece bilgi kaynağıdır (Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 32).

basit ilkelere sahip bir örf-âdet hukuku (ius civile) vardı. Halk, sadece rahiplerin bildiği, bu dönemin gizli hukuk bilgisine yüzyıllar boyu erişememiştir. Toplumda soylu ve varlıklı sınıf olan particiler ile daha çok tarımla uğraşan ve genellikle particilere borçlanan plebler ayrılmıştır. Uyuşmazlıklara bakan rahip hukukçular particilerden (aristokrat sınıf) seçilir, bunlar da soylulardan yana tavır takınırlardı. Cumhuriyetin kuruluşu zamanında dahi hukuk hayatına particilerden olan rahip ve magistralar (yönetici) egemen olmuştur. Bu durum particiler karşısında plebleri savunmasız bırakmış, hukuka olan güven sarsılmıştır. Bu yüzden plebler hukukun, açık hâle getirilerek, yazılması ve herkese eşit şekilde uygulanması talepleri ile bir toplumsal mücadele başlatmışlardır. Bunun sonucunda M.Ö. 451'de muhtemelen toplumsal uyuşmazlığa konu olan kurallar, on levha halinde yazılmış, böylece hukuk uygulamasında rahiplerin tekeli kırılmıştır<sup>6</sup>. Hiç olmazsa benzer olaylarda taraflara göre farklı uygulamalar bir son bulmuştur. Ancak bu durum, hukukun içeriğine etki etmemiştir. Ayrıca hukukçuların –interpretare, cavere ve respondere'den oluşan- faaliyetleri de değişmeden kalmıştır<sup>7</sup>.

Roma sitesinin örf-âdet kurallarının kısmen yer aldığı ilk metin, Roma'nın ilk kodifikasyonu kabul edilen On İki Levha kanunudur<sup>8</sup>. Romalıların kendi rivayetlerine göre, hukukun ana kurumları, kurucu kral Romulus ve onu takip eden krallarca yazılmıştı. Fakat özel hukukun başlangıcı, yasama organı şeklinde görünen bir kişi veya kurumun koyduğu kurallar olamaz. Bir medenî hukuk, halk arasında doğup sürdürülen teâmüllerden (*mores-consuetudo*) oluşur. Roma'da buna Ius Civile denirdi<sup>9</sup>.

Örf-âdet hukukunu uygulayarak, Ius Civile'nin eksikliklerini tamamlamak ve yorumlamak için, hukuka süreklilik ve şekil kazandıran ilk müçtehit hukukçular, Roma sitesinin rahipleri (*pontifex-pontifices*) idi. Bunlar kanun koyucu değil, teâmül hukukunu şekillendiren ve sürdüren hukukçulardır. Hukukun geçirdiği tarihî sürecin bu aşamasında toplumda, hukuk-din ilişkisi son derece sıkıdır. Hukukî olay ve kanunları yorumlamak, yeni işlem şekilleri belirlemek, kendilerine sorulan hukukî meseleler hakkında görüş açıklamak rahip-hukukçuların görevi idi<sup>10</sup>. Bu bakımdan gelenekler ve dolayısıyla da hukukun temeli o dönemin çok tanrılı dinlerine dayanır. Hukukta en çok üzerinde durulan konular arasında, usûl hukuku, hukukî işlem şekilleri, miras hukuku, vesâyet-kayyımlik, gayrimenkul komşuluğuna dair ilişkiler ile haksız fiil ve cezalar yer alır. Ancak bunlar ortalama bir ilkel toplumda olanlardan fazla değildir<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> M. Ö. 449'da mevcut on levhaya iki levha daha eklenerek On İki Levha Kanunu (Lex duodecim tabularum) meydana getirilmiştir (Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku-Tarihi Giriş**, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış 13. Basım, Ankara, Yetkin yayınları, 2008, s. 76-77).

<sup>7</sup> Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 78.

<sup>8</sup> Romalıların, On İki Levha Kanununu çok abartarak överler. Bu abartı doktrininde, büyüyüp adam olmuş birinin çocukluğuna dair mucizeler anlatmasına benzetilmiştir (Ziya Umur, **Roma Hukuku-Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1982, s. 172; Karadeniz-Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 77).

<sup>9</sup> Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 88; Umur, **Roma Hukuku**, s. 160, 164.

<sup>10</sup> Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 110-111; Umur, **Roma Hukuku**, s. 181.

<sup>11</sup> Umur, **Roma Hukuku**, s. 166, 173.

Ius Civile şekilci ve katı kurallı, esnetilmesi güç olduğundan yeni toplumsal ihtiyaçlara uyum özelliği bulunmayan bir sisteme sahipti. Kanun koyan veya yorumlayanların, taraf iradesini, ulaşmak istedikleri gâyeyi veya işin gerektirdiklerini göz önüne alarak yorum yapmaları mümkün değildi. Terimlere, kalıplara veya şekillere göre karar verilir, iradenin aslına bakılmazdı<sup>12</sup>.

### C. Praetorların Hukuka Katkıları

Hukukun değişen durumlara uyum sağlamasında Cumhuriyet dönemi hukukçularının (praetor) faaliyeti önemlidir. Bunlar sonraki aşamada yeni hukukî yollar tesis ederek, Ius Civile'de bulunmayan yeni dava ve def'i yolları koyabilir; mevcut hükmü değiştirebilir veya yorumlayabilirlerdi. Nitekim praetorlar, Ius Civile'nin aşırılıklarını törpülemek amacıyla, bu konudaki yetkilerini sonuna kadar kullanmışlardır. Ancak burada cevap aranması gereken önemli bir soru vardır. Praetorların bu etkili faaliyetleri sonucunda, Ius Civile, varlığını nasıl olup da, bu değişim ve dönüşüme rağmen ilk hâli ile sürdürebilmiş ve ortadan kalkmamıştır?

Bunun sebebi, praetorun tayin ettiği bu yeni şekillerin, Ius Civile'dekileri silip onun yerine geçmemesidir. Her iki hukuk katmanı, beraber aynı anda bir arada var kabul edilirdi. Bu yüzden örneğin, bir malın hem Ius Civile maliki, hem de praetor maliki olabilir. Bir malın Ius Civile tarafından tanınan bir maliki var ise, fakat praetor bunu hakkaniyete uygun bulmayıp, somut olayda malın maliki olmayan zilyedinin malik olması gereğine inanırsa, Ius Civile mülkiyetini kaldırıp, zilyede malik diyemezdi. Yapabileceği şey, malı fiilen zilyede vermek ve onu da "praetor maliki" kılmak olurdu. Fakat bu durumda bile, Ius Civile malikinin, Ius civile'den doğan her türlü dava hakkı devam ederdi. Ancak bunları kötüniyetle kullanırsa, praetor bu defa, praetor malikine def'i hakları tanırdı. Ama doğal olarak bu durumlar sadece uyumsuzluk hâlinde memur huzuruna gelmiş olaylar için söz konusuydu. Bu uygulama şekli, mirasçılık gibi, özel hukukun diğer kısımlarında da geçerlidir. Ius Civile'nin asırlar boyu muhafazasını sağlayan, bu usûl olmuştur.

### Ç. Corpus Iuris Civilis'in Yapılması

Corpus Iuris Civilis'ten burada bahsetmemizin gâyesi, Roma hukuk sisteminin kökleşmesindeki üçüncü basamağı ortaya koymaktır. Cumhuriyetten sonra gelen İmparatorluk döneminde, İmparator Iustinianus tarafından bir hukukçular heyetine yaptırılan Corpus Iuris Civilis derlemesinin özü de, yukarıda sözü edilen antik Roma sitesinin örf-âdet hukukudur (Ius Quiritium/Ius Civile). Corpus Iuris Civilis'in içeriğinde, Roma sitesinin eski örf-âdet kurallarından başka, Klâsik dönem hukukçularının içtihatları ile imparator emirnameleri de bulunmaktadır<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Belgesay, **Yeni Hukuk**, s. 565; Koschaker, **Roma Özel Hukuku**, s. 8. Davacı dava konusunu, *ağaç* yerine *kütük* kelimesi kullanılarak talepte bulunursa sırf bu yüzden ius civileye göre, dava hakkı olmayabilirdi (Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 288).

<sup>13</sup> Corpus Iuris Civilis'in, bir kanunlaştırma mı, yoksa sadece bir derleme mi olduğu bugün hala tartışılmakta olan bir konudur. *John Mcdonell and Edward Manson (eds.), Great Jurists of The World (Rothman Reprints, South Hackensack, NJ, 1997, 1914'ün içindeki John Mcdonell, "Leibniz" bölümünden ve Hans Ankum, "La 'Codification' de Justinien était-elle une Vêritable Codification?"; in John Gilissen (ed.), Liber Amicorum (Kluwer, Antwerp, 1983)'den aktaran, Gergely Deli-Iván Sklósi,*

Roma hukukunun, Iustinianus tarafından düzenlenmiş biçimi olan Corpus Iuris Civilis, bugünkü anlamda yazılı bir kanun metni değil; kendinden önceki hukuk kaynakların bir derlemesidir<sup>14</sup>. Ancak bu metnin asıl önemi, Rönesans dönemi Avrupa hukukçularının buna verdiği değerden kaynaklanmaktadır. Çağlar boyunca Roma hukuku eğitim ve öğretimi bu metin üzerinden yapılmış, günümüz hukukunu dahi besleyen kök vazifesi görmüştür<sup>15</sup>.

Corpus Iuris Civilis (528-534), tek bir bütün halinde kaynaştırılmamış ve sistematığı de birbiriyle uyumlu bulunmayan dört ayrı kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım, Institutiones (I) olup, Romalılar zamanında hukuk öğrencilerinin el kitaplarındaki temel bilgileri içerirdi. Iustinianus, kendisini âdeta bir aziz mertebesine ulaştıran kanununu hazırlarken, eski dönem Roma hukukçusu Gaius'un plânını izlemiştir. Institutiones, dört kitaba (liber) ayrılır. Her kitap fasıllara (tituli) ve her fasıl paragraflara bölünmüştür. Her fasıl, girişe benzer bir kısım (principium) başlar ve paragraflarla sürer<sup>16</sup>.

Digestler (Pandektler) kısmında; Sabianus, Ulpianus, Paulus, Celsus, Marcellus, Papinianus gibi en eski devir klâsik hukukçularının yazdıkları eserler, parçalar hâlinde, ayrı ayrı olacak şekilde bir araya toplanmıştır. Bunlar Iustinianus'tan, 3-5 yüzyıl öncesinin hukukçularının eserleri olup, o devrin hukukunu yansıtır. Fakat düzenlemeye konu edilirken Iustinianus'un isteği doğrultusunda, Bizans devrinin yeni ihtiyaçları da göz önünde bulundurulmuştur. Bu uyarlamayı yapan hukukçulara kompilatörler, yapılan uyarlamalara ise interpolatio denmektedir. Örneğin, alım-satım akdi ile ilgili kısımda, dönemin en ünlü hukukçularının eserlerinden alınmış seksen bir parça vardır. Digesta da, paragraflardan oluşan fasıllara ayrılmış durumdaki elli kitaba bölünmüştür<sup>17</sup>.

Üçüncü bölüm olan Codex, II. yüzyıldan Iustinianus'a kadar her devirde vazedilmiş imparator emir-nâmelerinin tamamını kapsar. On iki kitaba ayrılır. Her kitap fasıllara, her fasıl constitutio veya kanunlara; bunlar da bazen paragraflara

---

**Book Review (Gábor Hamza, Wege der Entwicklung des Privatrechts in Europa. Römischtrechtliche Grundlagen der Privatrechtsentwicklung in den deutschsprachigen Ländern und ihre Ausstrahlung auf Mittel- und Osteuropa, Schenk Verlag: Passau, 2007), Review of Central and East European Law, 33 (2008) s. 385-392, (Martinus Nijhoff Publishers), s. 387.**

<sup>14</sup> Roma hukukunun Corpus Iuris Civilis'den önceki kaynakları çok sayıda değildir. Bunlar arasında, Gaius'un Institutiones adlı eseri, Paulus'un oğluna yazdığı beş ögüt kitabı (*Iulii Pauli libri quinque sententiarum*), Ulpianus'un Kaidelere Dair Kitabı (*Ulpiani liber singularisregularum*), Fragmenta Vaticana, Musa'nın Kanunları'yla Roma Hukuku Kaidelerinin Mukayesesi (*Mosaicarum et Romanarum legum collatio*) bulunur. Ayrıca bazı eski hukukçuların görüş alışverişleri (*Consultatio Veteris Cuiusdam Iurisconsulti*) ve Codex Theodosianus'dan da söz edilmelidir (Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 38 vd). Paul Koschaker, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, (AÜHF Yayınları), Yedinci Bası, Ankara 1983, s. 27.

<sup>15</sup> Eşref Küçük, "XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku", <http://www.auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/yil-2007-cilt-56-sayi-4>, s. 113.

<sup>16</sup> Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 34; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 67.

<sup>17</sup> Schwarz, s. 35; Umur, **Roma Hukuku**, s. 279; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 67-68, 88; Küçük, **Son Halka: Pandekt Hukuku**, s. 113.



bölünmüştür. Her paragraftan önce principium kısmı bulunur. Her emirnamenin başında, bunu çıkaran imparatorun adı ve yayın tarihine yer verilmiştir<sup>18</sup>.

Novellae (N) ise, Iustinianus'un Corpus Iuris Civilis'ten sonra çıkarmış olduğu emirnameleri kapsamaktadır. Çünkü Corpus Iuris Civilis'in yapılmasıyla birlikte tedvin işi bitmiş değildir. Yeni kanunlar, sonradan *novellae leges* adı ile toplatılıp külliyata eklenmiştir. Burada yüz altmış sekiz yeni kanun olup, her biri baplara ve onlar da paragraflara ayrılmışlardır<sup>19</sup>.

Daha sonraki dönemlerde Roma hukukçuları, bu interpolatıları eski metinlerden ayıklamak ve Roma hukukunun öz şeklini meydana çıkarmak istemişlerdir. Onlara göre, bu ayıklama işlemi -Roma'nın dehası ve yaratıcı gücünün en yüksek olduğu Klâsik dönemdeki durumunu ortaya koyacağı için- çok önemlidir. Çünkü zamana uydurulmak maksadı ile bir müddet sonra hukuk yozlaşmaktadır. Iustinianus devrinde de belki bir yozlaşma yaşanmış olabileceği için, hukukçular, hukukun müesseselerinin ilk şekillerini bulmaya büyük çaba harcamışlardır. **Avrupa'da her yozlaşmadan sonra, bir arayış içine girildiğinde, kaynağa dönülerek Roma hukukunun asılları yeniden elden ve gözden geçirilmektedir. Böylece müesseselerin kalıcılığı sağlanmaktadır. Bu iş ise, ancak yetkin hukukçuların yapabilecekleri bir yenileme etkinliğidir.** Bu bağlamda kaynaklardaki kesin veya muhtemel interpolatılar ve derecelerini açıklayanların fikirlerini tespit eden birtakım eserler (*Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*) yazılmıştır<sup>20</sup>.

## D. Roma Hukukunun Modern Hukuk Sistemlerine Temel Oluşturması

### 1. Genel Olarak

Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra (M. S. 5. yüzyıl) Batı Roma'da hukuk kültür düzeyi çok düşmüştür. Cermen soylu kavimlerin Roma'yı işgal etmesinin ardından hukukta bir karmaşa yaşanmış ve Corpus Iuris Civilis neredeyse anlaşılabilir hâle gelmiştir. Hukuk âleminde bunun yerine, daha kolay anlaşılır şerhler, basit ve kısa eserler kullanılır olmuştur. Bu durum on birinci yüzyıla kadar sürmüştür. O nedenle çalışmamızda bu aşamayı, üç kısımda incelemeye çalıştık. Bunlar, 5-11. yüzyıllar arasındaki Roma hukukunun asıllarının unutulduğu dönem, on birinci yüzyılda, Roma hukukunun yeni kaynaklarının bulunmasıyla başlayan Bologna Süreci (skolâstik/glossatorler dönemi) ve Postglossatorler ile devam eden; sistematik Roma hukukunun kuruluş dönemidir. Ayrıca Roma hukuku, Avrupa kanunları oluşturulurken farklı toplumlar tarafından farklı biçimlerde özümzenerek, o toplumun kendi özgün şartlarına göre sistemlerine dâhil edilmiş-

<sup>18</sup> Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 35; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 69-70.

<sup>19</sup> Adı o devirde ve Iustinianus tarafından konulmamış, sonradan Fransız romanist bilim adamı *Dionysius Gothofredus* tarafından, o dönemde var olan kilise hukuku külliyatına (corpus iuris canonici) karşılık olarak verilmiştir (Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 36); Umur, **Roma Hukuku**, s. 253; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 70.

<sup>20</sup> Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 37; Koschaker, **Roma Özel Hukuku**, s. 32.

tir. Bu husus, Fransa ve Almanya gibi iki özgün örnek üzerinden, somutlaştırılarak açıklanmaya çalışılmıştır.

## 2. Glossa ve Postglossa Akımları

Uzun bir süreden sonra gelinen noktada Roma hukukunun asılları bir kez daha, İtalya'nın Bologna şehrinde bir hukuk okulunda araştırılmaya başlanmıştır. Avrupa'nın her yerinden buraya hukuk öğrenmeye gelenler, ülkelerine dönünce Roma hukukunu uygulama sahasına geçirmişlerdir. Roma hukukunun, bu şekilde, diğer ülkelere sirayet etmesine Roma hukukunun *iktibas*ı denmektedir<sup>21</sup>. Bu konuda ilk çalışmaları yapan hukukçuların başında, *Lucerna Iuris* (Hukukun Işığı) lâkabı ile anılan ve modern hukuk biliminin kurucusu kabul edilen *Irnerius* gelmektedir<sup>22</sup>.

*Irnerius*, aynı zamanda glossatörler akımının da kurucusudur. Glossa "açıklayıcı not" anlamına gelmektedir. Glossa yöntemine göre, Iustinianus hukukunun kaynak metinlerini açıklamak ve yorumlamak için eski metinlerin kenar boşluklarına açıklayıcı notlar düşülürdü. Glossatörler, eski metinlere açıklamalar eklemek yolu ile onları yorumlamakla kalmamış, ayrıca *Distinctiones*'ler yolu ile de yüksek hukukî kavramları silsile dâhilinde, ikinci derece kavramlara ayırarak incelemiş ve bir sistematik kazandırmışlardır. *Summae/summulae* denilen metinler ile kimi konular kısa ve öz olarak açıklanmıştır. Belli bir hukuk kuralının uygulanması ile kolayca sonuca varılamayan şüpheli ve muğlak meseleler belirlenmiş, inceleme ve açıklama çalışmaları (*Quaestiones*) yapılmıştır. Bu eserlerde aynı zamanda *Generalia (Brocaria)* denilen yeni ve genel kurallar ortaya konmuştur. Glossalar daha çok, Orta Çağ'ın skolâstik yöntemi kullanılarak, ilâhiyat sahasında yapılan çalışmalar idi<sup>23</sup>.

Glossatörler, söze değil, gâyeye önem veren, Orta Çağ'ın skolâstik ilmine dayanmışlarsa da, yaptıkları bu işin zorlukları çoktu. Çünkü Roma hukukunun kaynakları, her şeyden önce, ölü bir lisanda kaleme alınmış; çoğu, muğlak meseleleri içermekte ve çok uzak bir geçmişe ait bulunmakta idi. Bunları açıklamak, önce vâkıf olmayı gerektirir, ki bu da ancak uzman hukukçuların yapabileceği, oldukça meşakkatli bir bilimsel etkinliktir. Bologna'da, bu disiplin ile yetişen hukukçular, başta Fransa olmak üzere, tüm Avrupa'ya yayılmışlardır. Bir yüzyıldan fazla süren bu çalışmalar sonucunda büyük bir hâşiyeler yığını birikmiştir. Glossatörlerin son temsilcisi olan Accursius, bu yığını elden geçirip, ayıklayarak en iyi gördüklerini bir tek eserde toplamıştır (*Glossa Ordinaria*)<sup>24</sup>.

On üçüncü yüzyıl ile on altıncı yüzyıllar arasında hukuk eğitimi ve araştırmaları bir diğer aşamaya geçmiştir. Artık bu aşamada, glossatörlerden sonra gelen ve onlardan biraz daha farklı bir yöntem izleyen şerh yazarı hukukçular (postglos-

<sup>21</sup> Schwarz, *Roma Hukuku*, s. 12; Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 32.

<sup>22</sup> Schwarz, *Roma Hukuku*, 186; Umur, *Roma Hukuku*, s. 288-289.

<sup>23</sup> Koschaker, *Roma Özel Hukuku*, s. 35; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 89; Şahin Akıncı, *Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş ve Kaynaklar-Hukukun Genel Kavramları-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku-Eşya Hukuku-Usûl ve İcra Hukuku*, 4. Basım, (Sayram Yayınları), Konya 2011, s. 61.

<sup>24</sup> Schwarz, *Roma Hukuku*, s. 184, 186-187; Tahiroğlu-Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 98; Umur, *Roma Hukuku*, s. 289; Gür, *Mecelle*, s. 21.



sator/commentator) ortaya çıkmıştır. Yine kaynak olarak Iustinianus kanunları ele alınmış, fakat bu kez çalışmalar, kısa hâşiyeler şeklinde olmayıp, geniş serhler biçiminde olmuştur. Postglossatörler de, Iustinianus'un kanunlarının bölümlerini, skolâstik yöntemle açıklayarak işe başlamışlar, konular giderek soyut ve sistematik bir hâl almıştır<sup>25</sup>. Bu değişimde, 1200-1300 tarihleri arasında Arap felsefesi kitaplarının Avrupa dillerine çevrilmesi ve skolâstik düşüncüyü dönüştürmesinin de etkisi vardır.

### 3. Fransız Medenî Kanunu'nun Meydana Getirilme Süreci

#### a. Genel Olarak

Fransız Medenî Kanunu (1804) kendisine Roma Hukuku'nu kaynak olarak almış ve gelişmesini bu doğrultuda sürdürmüştür. Fakat sadece Roma hukukundan oluşmuş değildir. Temelde, Cermen soylu bir toplum olan Frankların kendi örf-âdet hukuku uygulamaları yer alır. Bir Medenî Kanunun temelinde bu unsurların bulunması doğaldır. Fakat henüz kendi toplumuna uygun bir Medenî Kanun yapmayı denemeden önce, Fransız Medenî Kanunu'nun aynen alınması konusunda, Tanzimat devri Osmanlı hukukçuları arasında ciddi girişimlerde bulunulmuş olması ilginçtir<sup>26</sup>.

Roma hukukunu alıp, kendi medenî uygulamaları ile kaynaştıran Fransız Özel Hukuk Sisteminin gelişim aşamaları; kendisine İslâm hukukunu kaynak alan ve onun üzerinden kendi gelişimini sürdüren Osmanlı Özel Hukuk Sisteminin gelişim aşamalarına benzetilmektedir. Bunun sonucunda ilk Türk Medenî Kanunu diyebileceğimiz Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye yapılmıştır. Bunlardan ilki, çözüm üretmek gerektiği zaman Roma hukukunun asıllarına, ikincisi ise, İslâm hukukunun asıllarına başvurmakta idiler. Fakat Mecelle süreci kesintiye uğramıştır.

Fransa'daki farklı örflerin birleştirilerek bir Medenî Kanun yapılmasında dört önemli etken ve unsur vardır. Unsurlar arasında, Cermen hukuk uygulamalarından oluşan yerel örf-âdetler, Roma hukukunun asılları, kilise hukuku ve kralların emirname veya kanunnâmeleri bulunur. Etkenler ise, mevcut teâmulilerin ayıklanarak, bir araya toplanması ve tüm mahkemeleri bağlayıcı kanunlar yapılması gereği, Bologna'daki Roma hukuku araştırma merkezlerinden yetişen hukukçuların Roma hukukunu kendi ülkelerinde uygulama arzu ve isteği ile hukuka kilisenin ve kralla-

<sup>25</sup> Bunların glossatörlerden en belirgin farkı, uygulamacı eğilimleridir. Hayatın ihtiyaçları ile ilgilenmişlerdir. Bu yüzden eserlerinde Roma hukuku ile İtalyan sitelerinin statülerini birleştirmişlerdir (Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 190). Koschaker, **Roma Özel Hukuku**, s. 36; Umur, **Roma Hukuku**, s. 288; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 91.

<sup>26</sup> Bey' (satım) akdinin, Fransız Medeni Kanunu ile Mecelle'deki düzenleniş biçimlerinin detaylı bir mukayesesi için bk. Cemâleddin, **Kitabü'l-Büyû'-I**, s. 23; Satımın hükmü için Cemâleddin, **Kitabü'l-Büyû'-I**, s. 24; Mülkiyetin intikali ile ilgili karşılaştırmalar için bk. Cemâleddin, **Kitabü'l-Büyû'-I**, s. 25; Şart hk. Cemâleddin, **Kitabü'l-Büyû'-I**, s. 27; Hıyârü şart hk. bk. Cemâleddin, **Kitabü'l-Büyû'-I**, s. 29-30; Hıyârü ta'yin hk. bk. Cemâleddin, **Kitabü'l-Büyû'-I**, s. 32-33. Ayrıca konu ile ilgili müteakip makalesinde de vekalet vd. muameleler bakımından karşılaştırmalar vardır (Cemâleddin, **Kitabü'l-Büyû'-II**, s. 79 vd). İsviçre Borçlar Kanunu ile mukayesesi için bk. **Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi ve Nazariyeleri**, s. 300 vd.

rın egemen olma arzu ve istekleridir. Kanunlar yapılırken bunların hepsi göz önüne alınmıştır.

### b. Yerel Örf-Âdetlerin Bir Araya Toplanması Gereği

Fransa'daki ilk kanunlaştırmalar, 987 yılında Fransa'ya hâkim bir sülâle kuran *Hugh Capet*'in, birlik düşüncesini gündeme getirmesiyle başlamıştır. Code Civile'in kabul edildiği tarih olan 1804'e kadar, hukuk uygulamaları, adliye memurlarınca çeşitli örf-âdetin bulunduğu âdet kitaplarındaki (*coutumier*) hükümlere dayanmakta idi. Fransa halkı içinde, asıl unsuru teşkil eden Goluvalılar'ın yanı sıra, Bask ve Norman gibi farklı Cermen soylu unsurlar da vardır. Bu durumun tespiti, ne kadar farklı örf-âdet kuralı bulunduğunu anlamak bakımından önemlidir. Bu denli farklılığın bulunduğu bir ortamda hukukî bütünlüğün sağlanması zaruretinin gündeme gelmesinde, tek parça bir coğrafyanın etkisi olsa gerektir. Ülkenin merkezi ve kuzeyinde, kendi içinde farklılıklar gösteren Cermen örf-âdet hukuku uygulanırdı. Kavimler Göçü'nün ardından Roma ülkesine yerleşen Cermen soylu kavimler ile Romalılar üç yüz yıl birbirlerine karışmadan yaşamışlardır. İlk zamanlarda Cermenler ve Romalılar, kendi medenî hukuk uygulamalarını farklılık içinde sürdürmüşlerdir. Davalar, uyuşmazlığın tarafları hangi topluluktansa, onun hukukuna göre sonuca bağlanmıştır<sup>27</sup>.

1453'te Kral III. Şarl'ın bir iradesi ile belli bölgelerin hukuk uygulamalarının, halkın temsilcileri ve adliye memurlarından oluşan meclislerce bir araya toplanması girişiminde bulunulmuştur. XII. Louis zamanında, bu meclislere papaz ve küçük burjuvadan da temsilci alınarak toplumsal taban genişletilmiştir. Sonuçta bu dönemde, ülkede hukuk kaynağı olarak, geleneksel bir biçimde yazılı olmayan<sup>28</sup> örf-âdet kuralları kabul edilmiş olmasının sakıncaları anlaşılmıştır<sup>29</sup>. Yerel örf-âdetin toplandığı "Le Grand Coutumier de France" (Fransa'nın Büyük Teâmül Kitabı) bu konuda önemli bir kaynak görevi görmüştür. Fransa'da özel hukukun tedvini düşüncesi ilk olarak 1791'de ortaya çıktığında, bu niyetle hazırlanan iki tasarı da, Convention tarafından reddedilmiştir. Her ne kadar *Napoléon* bunları, kendi inisiyatifi ile yasama meclisine hemen kabul ettirmiş ise de, Code Civile, hukukta yaşanan sekiz yüzyıllık bir gelişimin ürünü sayılmalıdır.

### c. Roma Hukuku Çalışmaları

İkinci etken, on birinci yüzyılda İtalya'nın Bologna şehrinde başlayan hukuk akımıdır. Buradaki hukukçular, eski Roma hukuku kurallarını derleyip toplayarak yeniden yorumlamışlar, müesseseleri, kaynağa inerek yeniden tanımlamak için çalışmışlardır. Ayrıca Fransa güneyden İtalya'ya komşu olduğundan, burada uygulanan Corpus Iuris Civilis'in -dolayısıyla Roma hukukunun- coğrafi etkisi de kaç-

<sup>27</sup> Ekrem Buğra Ekinci, **Hukukun Serüveni**, (Arı-Sanat Yay), İstanbul Ekim-2011, s. 377.

<sup>28</sup> İlk hukuk dine bağlı olup, ilk hâkimler din adamları/rahiplerdi. Bunlar, halkın soyluları arasından belirlenirdi. O nedenle, eski hukukun hem değişmesini istemezler, hem de kendi tekellerinde bulunmasına çalışırlardı. Fransa önceleri Keltlerin yaşadığı bir bölge olduğu için, Kelt hukuku ve hayat tarzı egemendi. Bunların hukukçuları, *druid* denilen rahipleri idi. Hukuk kuralları yazılı olmadığı gibi, yargılama da sözlü olurdu. En önemli delil, düelloydü (Ekinci, **Serüven**, s. 399).

<sup>29</sup> Ekinci, **Serüven**, s. 409.

nılmazdı. Böylece yapılması tasarlanan yeni Medenî Kanun'un hamuruna, Roma Hukuku'nun asılları da katılmıştır.

### ç. Kilise Hukuku'nun Etkisi

Avrupa geleneğinde, Medenî Kanun'un bir diğer tarihi unsuru, Kilise hukukudur (droit canonique). Katolik Kilisesi içinde, papanın ruhanî ve dinî işler yanında dünyevî ve yönetsel işlerle, yöneticileri de düzenleme yetkisi bulunduğunu savunan, dinî bir felsefe akımı vardı (ultramontanizm). 1682'de *Bossuet*, dinde ultramontanizme karşı yeni bir akım başlatmıştır (Gallicanizm)<sup>30</sup>. Dört maddelik bir açıklama ile kaleme alınan bu görüşün modern hukuk öğretisine katkısı büyük olmuştur. Fransa kökenli bu akıma göre, St. Peter, papalar, halefleri ve dolayısıyla kilisenin, uhrevî alanlarda kendiliğinden ve Tanrıdan gelen bir egemenliği olduğu kabul edilir. Fakat bu egemenlik hiçbir şekilde, dünyevî ve medenî işleri kapsamaz. Bu yüzden krallar ve egemenler, dünyevî işlerde karar verme konusunda kiliseye bağlı değillerdir. Dünyevî egemenler, kilise tarafından görevden alınamaz ve onların tebaaları ile yaptıkları sadakat yeminlerine (oaths of allegiance)<sup>31</sup> kilise karışamaz. Ruhani alandaki yetkiler, kilisenin idare alanına (Holy See ve St. Peter ve halefleri) ait ise de, bundan sonra Gallicanlar kendilerini küçük düşürücü konsil kararlarını kabul etmeyeceklerini açıklamışlardır. Bu hareketle, Fransız kilisesi, Vatikan'dan, nisbeten, bağımsızlaşmıştır<sup>32</sup>.

Gallicanizmin etkisiyle oluşan genel meclisler bağımsızlıklarını ilân etmişlerse de, bu döneme kadar kilise hukuku, özellikle aktiler ve aile hukuku alanlarında etkili olmuştu<sup>33</sup>. Kilise hukukunun etkisi ile Roma hukukunun her ülkede uygulanma alanı ve içeriği farklılık göstermiştir<sup>34</sup>. Bu dönemde inanç bağlamında yaşanan ayrımlaşma sonucunda ve kilisenin öğretilerinin, akla mantığa değil, kilisenin çıkarlarına uygunluk taşıması dolayısıyla, kilise hukukuna karşı, *Descartes*, *Voltaire* ve *Rousseau* gibi düşünürler, hukukta da aklı ön plana çıkarmışlardır. Sonuç itibariyle, hukuk birliğine şiddetle ihtiyaç duyulan bir dönemdir.

<sup>30</sup> Catholic Encyclopedia, 1913, Vol. 15, "Ultramontanism" maddesi (Catholic Encyclopedia, (1913), Ultramontanism).

<sup>31</sup> Sadakat yemini, bireylerin, bir egemene bağlılığını ve onun tebaası olmayı taahhüt ettikleri yazılı, imzalı, yemin belgesidir. Örneğin, ABD kurulurken, tebaaların ettikleri bu yeminde, İngiltere Kralları'na bağlı olmayacakları, hiçbir şekilde ona itaat etmeyecekleri ifadesi yer almakta idi (Tümgeneral Benedict Arnold'un, 30. 5. 1778 tarihli yemin belgesi için bk. Arnold, Benedict (September 25, 1780). "Letter, Benedict Arnold to George Washington pleading for mercy for his wife", Library of Congress (George Washington Papers). [http://www.lcweb2.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/mcc:@field\(DOCID+@lit\(mcc/054\)\)](http://www.lcweb2.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/mcc:@field(DOCID+@lit(mcc/054))), Retrieved 2007-12-14.

<sup>32</sup> Notre Dame Üniversitesi Profesörlerinden John Mc Greevy'nin *Catholicism and American Freedom*, Norton and Co., New York 2003, s. 26. Bu kez kilise tarafından, "Corpus Juris Canonici" (1502) tedvin edilmiştir (Gür, *Mecelle*, s. 22).

<sup>33</sup> Gür, *Mecelle*, s. 21.

<sup>34</sup> Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 94.

#### d. Kralların Kanunnâmeleri

On üçüncü yüzyıldan itibaren güçlenen krallar, ferman (edit), beyânat (declaration), buyruldu ve nizamnâmeleriyle (ordonance) hukukun yapılandırılmasına, dördüncü bir unsur olarak katılmışlardır. Bu düzenlemeler XIV. ve XV. yüzyıllarda “code” hâline getirilerek kanunlaştırılmalarının maddî temelini oluşturmuştur<sup>35</sup>.

*Napoléon* döneminde, Fransız Code Civil’inin yanı sıra, Ticaret, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu olmak üzere beş kanunu (Cinq Code) barındıran bir kanunlar mecellesi yapılmıştır. Bundan sonra artık zamanın ihtiyaçlarına göre uyumlu değişiklikler, eklemeler ve düzenlemeler getirilmek suretiyle bu kanunlar hukuka, hem zemin, hem de kaynak görevi görmüştür. Örneğin bu kanunlar mecellesine, önce Ziraat ve Su Hukuku; 1910’dan itibaren de İş Hukuku kısımları eklenmiştir<sup>36</sup>.

Code Civil’de, Corpus Iuris Civilis’in, kişiler, eşyalar ve davalar şeklindeki hukuk ayrımı esas alınmıştır. Code Civil’in konuları, kişiler, mallar ve mülkiyetin kazanılması olup, 1806’da bunlara bir de Medenî Usûl kısmı eklenerek kanun tamamlanmıştır<sup>37</sup>.

### 4. Alman Medenî Kanunu’nun Meydana Getirilme Süreci

#### a. Genel Olarak

Cermen soylu kavimlerden oluştuğu için farklı örf-âdet hukuku uygulamalarına sahip olan Almanya da Roma hukukunu alıp kabul etmiş, fakat onu kaynakları ve sistematigi ile yeniden yoğurarak kendine mâl etmiştir. Kanuna temel olan uygulamalar burada da Alman kavimlerinin kendi medenî hukuk teâmülleridir. Orta Çağ’da on ikinci yüzyıldan on dokuzuncu yüzyıla kadar, Bologna sürecinin etkisiyle tüm Avrupa’da olduğu gibi Almanya’da da Roma Hukuku tamamlayıcı hukuk olarak kullanılmıştır. On dokuzuncu yüzyılda kodifikasyon etkinliği sonucunda Alman Medenî Kanunu (BGB) yapılmıştır<sup>38</sup>.

#### b. Roma Hukuku’nun Ortak ve Tamamlayıcı Hukuk Kabul Edilmesi

Orta Çağ ve rönesanstan sonra Kara Avrupası ülkeleri tarafından yapılan kanunlaştırmalara kadar Roma hukuku tüm Avrupa’da tamamlayıcı hukuk olarak kullanılmıştır. Buna pandekt hukuku denir. Ancak kimi Roma hukukçularına göre ise, pandekt hukuku, sadece on altıncı yüzyıldan itibaren Roma hukukunun, Alman kültürünün egemen olduğu ülke ve toplumlarda *tamamlayıcı (in subsidium) / ortak (Ius Commune)* hukuk olarak kullanılmasını yani, uygulama ve doktrin yolu ile ge-

<sup>35</sup> Gür, *Mecelle*, s. 22.

<sup>36</sup> Gür, *Mecelle*, s. 24.

<sup>37</sup> Orijinal metin için bk. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k87199g>. İngilizce metin için bk. [www.napoleon-series.org](http://www.napoleon-series.org).

<sup>38</sup> Diğer kanunlar, 1794 Pruisya Medenî Kanunu (ALR), 1811 Avusturya Medenî Kanunu (ABGB), 1900 Alman Medenî Kanunu (BGB), 1912 İsviçre Medenî Kanunu (ZGB) ve Borçlar Kanunu (OR) yürürlüğe girmiştir.

liştirilen Alman Özel Hukuku'nu ifade eder<sup>39</sup>. Buna göre, özel hukukta memleket ve şehirlere ait Cermen hukuku kâidesi varsa, o uygulanır fakat böyle bir açık hüküm yoksa, Roma hukukuna göre karar verilir. Bu sisteme, Corpus Iuris Civilis'in en önemli kısmının adı olan *Pandekt Hukuku* (*Pandectenrecht*) denmiştir<sup>40</sup>. Uygulanan hukuk bakımından, daha dar alanlar olan şehirlerin, kendi örf-âdet hukuklarının Roma hukukuna önceliği<sup>41</sup> vardı. Ancak Roma hukuku, hepsi için ortak hukuk olması bakımından bağlayıcı ve bütünlüğü sağlayıcı öneme sahipti.

Roma hukukunun Almanya'da mahkemelerde resmen uygulama alanına girmesi, 7 Ağustos 1495'te kral I. Maximilianus'un emirname ile gerçekleşmiştir. Bu tarihten sonra ülkenin en yüksek mahkemesinin (Reichskammergericht) Roma hukukuna göre karar vereceği hükme bağlanmıştır. Yerel mahkemeler, verdikleri kararların, yüksek mahkemede bozularak dönmemesi için, Roma hukukuna göre karar vermeye özen göstermişlerdir. Böylece Roma hukuku ve Cermen örf-âdet hukukları arasında uygulamada bir kaynaşma meydana gelmiştir (*usus modernus pandectarum*)<sup>42</sup>.

### c. Doğal Hukuk Akımının Etkileri

Alman hukukçuların, Roma hukukunun asıllarını, Cermen örf-âdet hukuku ile özgün bir biçimde kaynaştırarak, modern Pandekt Hukuku'nu kurdukları sıralarda, ortak hukuk uygulamaları sürerken, kurucuları *Hugo Grotius*, *Thomasius*, *Christian Wolff* ve *Thomas Hobbes* olan Doğal Hukuk Doktrini ortaya çıkmıştır (XVII-XVIII. yy). Fransız İhtilâli ve Doğal Hukuk Akımı'nın Avrupa'daki etkisinin Almanya'da da hissedilmesi kaçınılmazdı. Almanya'da ilk olarak, çeşitli hukuk dallarında bir "Genel Hükümler" kısmı oluşturma geleneği başlamıştır. "Sübjektif hukuk", "hukuki işlem" ve "irade beyanı" gibi kavramlar, özel hukuka, doğal hukuk doktrininin katkılarıdır. Sözü geçen doktrin, rasyonel düşünce araçlarıyla keşfedilen, zaman ve yer bakımından yürürlüğüne sınır getirilemeyen bir hukukun varlığı fikrine dayanmaktadır. Dünyadaki her ülkede ve her dönemde uygulanabilir olması özelliği ile doğal hukuk akımı, siyaseten kullanılmaya uygundur. Bu yüzden, toplumdaki hangi siyasî otorite veya grup tarafından benimsenir ve desteklenirse, onun gâyesine hizmet eder hâle getirilmiştir. Böylece zaman içinde sınırları belirsiz şekilde genişleyerek anlamını kaybetmiştir. Fransa'nın bunu kullanarak, diğer Avrupa ülkelerine kendi Medenî Kanununu ithal etmek istemesi, Alman milliyetçi hukukçularının gözünden kaçmamıştır<sup>43</sup>.

### ç. Tarihçi Hukuk Akımının Doğuşu ve Etkileri

Tüm bu gelişmeler karşısında on dokuzuncu yüzyılın başlarında *Savigny*, ülkede 30-40 yıldan beri hüküm süren doğal hukuk temelli genel kodifikasyon ha-

<sup>39</sup> *Windscheid*'in tanımı için bk. Küçük, **Son Halka: Pandekt Hukuku**, s. 114, 117.

<sup>40</sup> *Pandectae*; *Digesta*'nın, Yunanca'daki karşılığı olup, "her şeyi içeren" anlamına gelmektedir (Küçük, **Son Halka: Pandekt Hukuku**, s. 116.

<sup>41</sup> Bu kural "*Memleket hukuku, Roma hukukuna takaddüm eder*" biçiminde ifade edilmiştir (Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 195).

<sup>42</sup> Küçük, **Son Halka: Pandekt Hukuku**, s. 118.

<sup>43</sup> Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 197-200; Koschaker, **Roma Özel Hukuku**, s. 40.

reketine karşı çıkararak, hukukun, her toplumun kendine özgü kurallarından oluştuğunu esas alan bir doktrin ortaya koymuştur. Buna göre hukuk, kanun koyucunun yapay fiilleri ile de oluşmazdı. Özel hukuk daha sessiz, daha gizli ve görülmeyen bir biçimde gelişirdi. Bunda, toplumların ortak tarihi deneyimleri ve buradan kaynaklanan ulusal ruhu (*Volksgeist*) etkilidir<sup>44</sup>.

Her toplumun yaşadığı tarihsel olaylar bir diğerinden farklıdır. Bu yüzden örf-âdetleri ve düzenlemeleri de farklıdır. Hukukun, kendiliğinden olan fakat toplum tarafından paylaşılan güçlerin etkisiyle meydana gelen bu doğal gelişmesine, mümkün olduğunca az müdahil olunmalıdır. Hayatın ve hukukun gelişmesinin ideal yolu, kanun, mevzuat, yasaklayıcı düzenleme gibi rasyonel tasarruflar koymak değil, teâmül hukukudur. Bir milletin hukuku, ancak geçmişi, tarihi ve kesintiye uğramamış canlı-organik gelişimi takip edilerek anlaşılabilir. Her ne kadar siyasi düzenleyici tasarruflar ile kesilse ve baskılansa da, teâmül hukuku, halk arasında varlık ve gelişimini sürdürür<sup>45</sup>.

Almanya'da Tarihçi Hukuk Okulu'nun devamı sayılan Pandekt Hukuku araştırmacıları da ilk iş olarak Roma hukukunu yeniden sistematik bir şekilde incelemeye girişmişlerdir. Özel hukukun ana kavramlarını ortaya çıkarmışlardır. **Asıl gâyeleri ise, ortaya çıkabilecek olan tüm meseleleri çözebilecekleri kavram ve kurallardan oluşan eksiksiz bir sistem yaratmaktır.** Bu akımın başlıca temsilcileri *Mommsen, Puchta, Dernburg, Windsheid ve Tuhr*'dur. Alman Medenî Kanunu bu görüşlerin etkisiyle yazılmıştır<sup>46</sup>.

İsviçre ve Türk Özel Hukuku kanunlaştırmaları da, on dokuzuncu yüzyılın Romanist Alman hukuk sistematiğini esas almışlardır. Modern hukuk sistemlerindeki "kamu hukuku-özel hukuk" ayrımı Romalı hukukçu *Ulpianus*'a; özel hukuktaki "kişilere-mallara-davalara ilişkin hukuk" ayrımı ise, en eski Roma hukukçusu *Gaius*'un ayrımına dayanmaktadır (Institutiones Sistemi). Buna göre, Özel Hukuk; Şahsın hukuku, Eşya Hukuku, Borçlar Hukuku, Aile Hukuku ve Miras Hukuku olmak üzere kısımlara ayrılır. Bunların başına bir de "*Umumî Hükümler*" başlığı ile genel ilkeler yerleştirilmiştir. Sözü geçen sistematik, ilk olarak *Gaius*'un Institutiones'inde yer almış, bundan dört yüzyıl sonra Iustinianus'un Corpus Iuris Civilis'ine kaynak teşkil etmiştir. Bu ayrım, bugünkü hukuk sistemimizde de kullanılır. Batıda hukukun genel ilkelerinin tespit edilmesi faaliyetleri ise, glossatörler zamanına kadar geri götürülebilir<sup>47</sup>.

Cumhuriyetten sonraki ilk Türk Medenî Kanunu'nda kişinin hukuku, nişanlanma, evlenme engelleri, süreleri, kamusallaştırılması, butlanı ve boşanma konularında içerik bakımından hâlâ Osmanlı Özel Hukuk Sistemi'nin izleri görülmekte

<sup>44</sup> Cin-Akıylmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 8; Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu-Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 11. Bası, Ankara 2006, s. 302-303.

<sup>45</sup> Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 200.

<sup>46</sup> Üçok-Mumcu-Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 302; Küçük, **Son Halka: Pandekt Hukuku**, s. 118.

<sup>47</sup> Schwarz, **Roma Hukuku**, s. 28; Küçük, **Son Halka: Pandekt Hukuku**, s. 120; Bülent Tahiroğlu-Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usûl Hukuku, İstanbul 2009, s. 114-116.



ise de, kanunun tümü bakımından kaynak, Kara Avrupası hukuku ve dolayısıyla Roma hukukudur<sup>48</sup>.

## II. İslâm Hukukunun Tedvini ve Osmanlı Özel Hukukuna Temel Oluşturma Süreci

### 1. Genel Olarak

Türkler'in İslâm dinini kabul etmesinden sonra, özel hukukta mevcut örf-âdet hukuku uygulamalarının içeriğine İslâm Özel Hukuku da dâhil olmuştur. Hatta Osmanlı Devleti'nde özel hukuk kısmı saf İslâm hukuku kuralları çerçevesinde yürütülmüştür. Uygulamada hukukî konulardaki birçok içtihat arasından ise, Hanefî mezhebinin görüşlerinin tercih edilmesi ve benimsenmesi Osmanlı Özel Hukuku'na özgü bir niteliktir. Mahkemelerce bunların dışına çıkılmazdı. İchtihatların eş değerde kabul edildiği bir sistemde tek mezhebin benimsenmesine belli bir süreçten sonra ulaşılmıştır.

Tanzimat döneminde hazırlanan Mecelle'yi, diğer ülkelerin yazılı özel hukuk metinlerinden ayıran en önemli özellik, Allah'ın koymuş olduğu ilkeler doğrultusunda, aslı kaynaklardan hüküm çıkarılarak yapılmış olmasıdır. Mecelle'nin temeli olan İslam hukuku, İslamiyet'in ilk geldiği dönem dikkate alınırca, ezilen halk tabakalarının durumunu iyileştirmeyi gâye edinmişti. Getirdiği hükümler, güçlüden yana değil, zayıftan yana idi. Tezâkir adlı eserinde, konu ile ilgili bir kıyaslama yapan Mecelle Komisyonu başkanı *Ahmed Cevdet Paşa*, dünyada, biri Roma hukukunun tedvini; Corpus Iuris Civilis, diğeri Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye olmak üzere iki kanun olduğunu söyler. Bunların ikisi de, her biri hukukçulardan oluşan bir ilim heyeti tarafından, İstanbul'da yapılmıştır. Ancak *Ahmed Cevdet Paşa* bu ikisi arasında, kanunların kuruluş gâyesi bakımından büyük fark görür<sup>49</sup>. O'na göre, menfaatleri korumayı gâye edinen bir kanun ile ahlâk esaslı bir kanun arasında hukukî telâkkî farkı vardır<sup>50</sup>. *Elmalılı Hamdi Yazır*, bu farkı, "def'i mefâsid, celb-i menâfiden evlâdir" ana kaidelerini örnek göstererek ifade etmiştir<sup>51</sup>. *Mahmud Es'ad* ise, İslâm hukukunun gelişme, ekolleşme ve duraklaması aşamaları bakımından Roma hukukunun dönemlerine olan benzerliğe dikkat çekmiştir<sup>52</sup>.

Şüphesiz, insan birbiri ile iletişim hâlinde yaşayan bir varlıktır. İnsan ilişkilerinde olduğu gibi hukukta da etkileşim kaçınılmazdır. Örneğin, Fransız Cod Civile'inin (Kod Napolyon), İslam fıkhdan iktibas edilerek yapıldığı da öne sürülmüştü<sup>53</sup>. Mektebi Hukuk Mecelle muallimlerinden ve Selânik Hukuk Mahkemesi

<sup>48</sup> Miller, *Substratum*, s. 355.

<sup>49</sup> Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 65.

<sup>50</sup> *Aydın*'in, bunu izah için her iki sistemde zarar ve tazmini konusunda benimsenen esasların farklılığına dair verdiği örnek oldukça açıklayıcıdır (*Aydın*, *Sempozyum Müzakeresi*, s. 324).

<sup>51</sup> Küçük Hamdi, *II*, s. 143.

<sup>52</sup> Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 160. Mahmud Es'ad Efendi, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, (Hazırlayanlar: Fethi Gedikli, M. Esad Kalıpçı, Ebru Kayabaş, Sevtap Metin, Ayhan Ceylan, Abdullah Demir, İrem Karakoç, A. Adem Yörük), (Yetkin Yayınları), Ankara 2012, s. 224-225.

<sup>53</sup> Fransız Code Civile'inin iktibas edilmesi gereğini savunanlar, bunun kaynağının İslâm hukuku olduğunu ileri sürerek, görüşlerine yandaş toplamaya çalışmışlardır. Napolyon'un Mısır'da iken, birçok

reisi *Muallim Cemâleddin*, *İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânin Mecmuası*'nda farklı sayılarda yayınlanan ve Fransız Medenî Kanunu ile Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'yi mukayese ettiği; birbirini takip eden iki makalesinin ilkinde, Kod Napolyon'un, doğrudan doğruya İslâm hukukundan iktibas edildiğini belirtmektedir. Mısır kütüphanelerindeki fıkıh kitapları çoğunlukla Şafî mezhebine dayandığı için, Fransa kanunu da bu mezhebin görüşlerine yakındır<sup>54</sup>. Ayrıca *Muallim Cemâleddin*, sözü edilen her iki makalesinde de, satım akdi<sup>55</sup>, kanunen bu akidden men edilenler; aralarında nikâh akdi bulunanların durumu, eşler arası satımın düzenlenişi ve vasislerin vesayetleri altında bulunanların mallarını satın alıp alamayacakları, vekil ile müvekkilin durumları ile hâkim, nüvvab, kâtip, mübaşir, dava vekili gibi görevlilerin görev alanlarında mevcut nızâlardan dolayı ferağ işlemleri yapıp yapamayacakları gibi hususlarda, her iki kanunun düzenlemelerini madde madde karşılaştırmıştır<sup>56</sup>. Fakat bir hukuk sisteminin tebellür etmesinde önemli olan kuralların şekli değil, sistemin esas aldığı temel değerdir.

Osmanlı Devleti'nin özel hukukunun gelişmesinde Tanzimat dönemi önemli bir dönüm noktasıdır. Her ne kadar Hanefî görüşleri esas alınmış da olsa, ülkede tüm mahkemeleri bağlayıcı tek bir Medenî Kanun yapılmış olması hukuk dünyasına özgün bir katkıdır. Ancak bunda, önceki dönemlerde yetişmiş hukukçuların çalışmalarının da payı büyüktür. Şüphesiz bu dönemde İslâm hukukunun kaynağı olan kimi Arapça kitapların asıllarından yapılan tercümelemeler önemlidir. Örneğin, *Şerhü's-Siyeril-Kebir* ile *Mevkûfat, İbn-i Âbidin* gibi hukukçular tarafından tercüme edilerek hukuk edebiyatımıza kazandırılmıştır. Bu zorunlu bir etkinlikti. Çünkü,

fukahadan İslâm hukukunu derlettiğini ileri sürmüşlerdir (*Said*, Hukuk-ı Siyâsiye-i Osmanîye Dersleri, Dersâdet 1329, s. 59'dan aktaran Osman Kaşıkçı, **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye**, (OSAV), İstanbul 1997, s. 63. Ayrıca bk. Abdurrahman Âdil, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye mi Kod Napolyon mu?"; **İkdam Gazetesi**, 25 Teşrinisânî 1923; Küçük Hamdi (Elmalılı Hamdi Yazır), "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyemize Revâ Görülen Müâhi(a)zeyi Müdâfaa", **Beyânü'l-Hak Dergisi**, 1. Sene, 2. Cilt, S. 48, s. 1226-1229, 1226-1227 (I), <http://amk.gov.tr>; Küçük Hamdi (Elmalılı Hamdi Yazır), "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyemize Revâ Görülen Müâhi(a)zeyi Müdâfaa", **Beyânü'l-Hak Dergisi**, 2. Sene, S. 61, s. 1024-1026, (II), <http://amk.gov.tr>. Bu makaleler, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyemize Revâ Görülen Müâhi(a)zeyi Müdâfaa", **Meşrutiyetten Cumhuriyete Makaleler-Din Felsefe Siyaset Hukuk** (Haz. Cüneyd Köksal-Murat Kaya) (Klasik Yayınları), İstanbul Ağustos 2011'de yayınlanmıştır. (Bu makale, **Beyân'ül-Hak Dergisi**'nin, 48-51, 53-55, 59 ve 61'inci sayılarında (9) bölüm halinde yayınlanmıştır. Çalışmamızda atfı yapılan sayı, bu bölüm numarası ile kısaltılmıştır). Aydın, **Mecelle**, s. 232. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ile Code Civil'in hükümlerinin tablo olarak karşılaştırılması için bk. *Demetrius Nicolaidis*, Code Civil Ottoman, Constantinople, 1988 (Aktaran, Kaşıkçı, **İslâm ve Osmanlı**, s. 64, dn. 3).

<sup>54</sup> Muallim Cemâleddin, "Mukâyese-i Kavânin-i Medeniye: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye-Fransa Kanun-ı Medenisi-Kitabü'l-Büyü'1", **İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânin Mecmuası**, Sene 1, İstanbul 1925, s. 22; Kaşıkçı, **İslâm ve Osmanlı**, s. 63; Ekrem Buğra Ekinci, **İslâm Hukuku**, (Ari-Sanat Yay), İstanbul Mayıs-2006, s. 59-60.

<sup>55</sup> Satım akdi detaylı bir şekilde ilk makalede karşılaştırılmıştır (Muallim Cemâleddin, **Kitabü'l-Büyü'1**, s. 22 vd).

<sup>56</sup> Muallim Cemâleddin, "Mukâyese-i Kavânin-i Medeniye: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye-Fransa Kanun-ı Medenisi-Kitabü'l-Büyü'1" (II), Sayı: 8, s. 79 vd. Günümüzde yapılan benzer bir karşılaştırma için bk. Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, "**Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi**", s. 109 vd. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1682/17939.pdf>.

Fetvâhâne-i Âliyye'den açıklanan fetvâlar hakkında Meşihat makamına itiraz edilmesi durumunda, kaynak İslâm hukukunun asıllarına ulaşmak gerekirdi. Fakat asıl önemlisi, sıhhati sonraki hukukçularca onaylanan, dört adet Türkçe fıkıh kitabı yazılmış olmasıdır<sup>57</sup>. Sözü geçen çalışmalar, Osmanlı özel hukuk uygulamalarını bir sistem hâline getirmiştir. Nitekim bu aşamadan sonra, bir mesele hakkında hukukçuların, öncelikle Türkçe fetvâ kitaplarına başvurması, burada hüküm bulamazlarsa, (Meşihatın görüşü ve uygun bulması ile) Arapça yazılmış muteber hukuk kitaplarına müracaat etmeleri öngörülmüştür. Ayrıca uygun meselelerin yer aldığı fetvâ derlemeleri meydana getirilmiştir. Bu derlemeler de tıpkı fıkıh kitapları gibi, basılıp yayımlanarak, tüm mahkemelerde kullanılmak üzere yürürlüğe sokulmuştur. Böylelikle şer'î ilimler alanındaki kadim gelenek, mevcut olduğu şekli ile korunmuş fakat Türk toplumunun ihtiyaçlarına göre düzenlenmiştir<sup>58</sup>.

Tanzimat'tan sonra Osmanlı mahkeme yapılanmasında değişiklikler olduğu gibi, hukuk anlayışı da değişmiştir. Ticaret ve ceza mahkemelerinden ayrı olarak, özel hukukta genel nitelikli mahkemeler/Nizamiye mahkemeleri kurulmuştur<sup>59</sup>. Burada uygulanmak üzere, hiç şüphesiz, bir toplumun en başta ihtiyaç duyduğu ve hukuk sisteminin ana gövdesini oluşturan Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu düzenlenmeliydi. Fakat Osmanlı Devleti için o dönemde ticarî ilişkiler daha âcî olduğundan, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye yapılırken, hukukî işlemlerin düzenlendiği Borçlar Hukuku'ndan başlanmıştır. Özel hukuk anlamında, bir medenî kanun sisteminde Borçlar Hukuku ayrı bir kitapta yer alabilir. Bu, şekle ilişkin bir tercihtir.

Osmanlı Özel Hukuk Sistemi'nin oluşmasına kadar İslâm hukukunun gelişme döneminde ülke çapında tüm mahkemeleri bağlayıcı tek bir kanun yapılacağı zaman mevcut içtihatlar arasında seçme yapmak zorunluluğu gündeme gelmiştir. Gerek Osmanlı Devleti'nde Mecelle'den önce, gerekse İslam hukukunun uygulandığı daha eski tarihlerde kurulan devletlerde bu konuda girişimler olmuştur.

## 2. İslâm Hukuku'nda Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Önceki Kanunlaştırma Girişimleri

İslâm hukukunda Kur'an ve Sünnet aslı kaynaklar olduğundan, bunların derlenmesi de tedvin etkinliği olarak düşünülebilir. Kur'an daha inerken yazılıp ezberlenmiş fakat Halife Ebû Bekir (R.A) devrindeki Yemâme savaşında ezberleyenlerin bir kısmı şehit olunca Kur'an'ın kitap hâlinde derlenmesi ihtiyacı doğmuştur. Sünnet ise, Hicrî ikinci yüzyılın başlarında toplanmaya ve yazılmaya başlanmıştır<sup>60</sup>.

Abbasîlerin, yönetimi Emevîler'den devralmalarının ardından, hukukta özgür ve ilerlemeye açık bir dönem başlamıştır. İchtihatlardaki artış, hukukî kararlarda farklılık ve belirsizliği getirmiş, farklı içtihatları benimseyen kâdîların farklı kararlar

<sup>57</sup> Bunlar Fetâvâyı Âli Efendi, Behce, Feydiyye ve Netice adlı kitaplardır (Hacı Reşit Paşa, **Ruhü'l Mecelle**, s. 16).

<sup>58</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 16.

<sup>59</sup> Ekrem Buğra Ekinci, **Osmanlı Mahkemeleri, Tanzimat ve Sonrası**, (Ari-Sanat), İstanbul Mart-2004, s. 633 vd.

<sup>60</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bk. Ali Şafak, **İslâm Hukukunun Tedvini**, Erzurum 1978; Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku**, (4. Bası), Ankara 2002, s. 13.

vermesi sonucunda halkta adalete güvensizlik oluşmaya başlamıştır. Bunun üzerine Halife Mansur resmî bir kanunlaştırma hareketi başlatmak; İmam Mâlik'in Muvatta' isimli kitabını resmî kod olarak kabul ve ilân etmek istemiştir. Fakat iyi bir İslâm hukukçusu olan İmam Mâlik, bunun İslâm hukukundaki içtihat özgürlüğüne ve "bir içtihadın aynı seviyedeki bir başka hukukçunun içtihadına üstünlüğü bulunmadığı" genel ilkesine aykırı olacağından dolayı kabul etmemiştir. Ünlü hukukçuya göre, aksine bir uygulama hukukta durağanlaşmayı da beraberinde getirirdi. İmam Mâlik'in karşı çıktığı ikinci girişim, Abbasîler devrinde, Halife Harun Reşid zamanında olmuştur<sup>61</sup>.

Aynı dönemde *kâdîlar kâdîlığı* anlamına gelen ve bir üst yargı mercii olan "*kâdîyü'l kudat*"lık kurulmuş, ilk kâdîyü'l kudat olarak İmam-ı Âzam'ın öğrencisi, Hanefî doktrininde başta gelen üç hukukçusundan ikincisi olan Ebû Yusuf atanmıştır. Büyük hukukçu, hocası Ebû Hanife'nin kabul etmediği bu görevi kabul ettiği için epey eleştiriyeye maruz kalsa da, bu kararında kendi döneminin halifesinin, adalete verdiği önemi görüp, samimiyetine inanması ve ona destek olmak istemesi de etkili olmuştur<sup>62</sup>. Kâdîların tayinini yapacak olan böyle bir makam tesisi, belki içtihatların birleştirilmesi bakımından toparlayıcı olabilirdi. Nitekim bu tarihten sonra kâdîlar genellikle Hanefî doktrinini bilen hukukçular arasından belirlenmeye başlanmıştır. Zamanla bu mezhep, ülkenin resmî mezhebi olmuş ve istenen hukuk birliğine, farklı yoldan da olsa, ulaşılmıştır<sup>63</sup>.

Ebû Yusuf'tan sonra Hanefî doktrininde üçüncü ismi olan İmam Muhammed Şeybanî de çeşitli eserler vermek süretiyle, hem Hanefî görüşlerinin bir araya toplanarak teorisinin oluşturulmasına katkıda bulunmuş, hem de ülkedeki hukuk birliğinin sağlanmasına, eserleri yolu ile, destek olmuştur<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Çağatay-Çubukçu, **İslâm Mezhepleri**, s. 176; Joseph Schacht, **İslam Hukukuna Giriş** (An Introduction to Islamic Law), (Çev. A. Şener-M. Dağ), AÜİF Yayınları, Ankara 1977, s. 65; Kaşıkçı, **İslâm ve Osmanlı**, s. 25; Ekinci, **İslâm**, s. 71-72.

<sup>62</sup> İmam-ı Âzam, kendi döneminde Emevî halifesi olan Mervan bin Muhammed zamanında Küfe valisi olan Yezid bin Amr'ın kâdîlik teklifini kabul etmemiştir. Bu yüzden hapse atılıp, işkence görmüştür. Beş-altı yıl sonra, Emevîler yıkılınca bu kez Abbasî halifesi tarafından yapılan temyiz mahkemesi başkanlığı teklifini kabul etmediği için tekrar hapse atılarak, işkence ile öldürülmüştür. Ebû Hanife'nin, hem hukuku bilip-öğreten, hem de anlattıklarını yaşayan, içtihat derecesinde üstün bir hukukçu olarak, kâdîlık ve benzeri görevleri kabul etmemesinin nedeni, onaylamadığı yönetimin hukuk dışı uygulamalarına halk nezdinde destek ve onay vermiş olmamaktır. Hatta öldüğünde, "üzerinde *gasp* âlameti bulunmayan" bir kabristana defnini vasiyet etmek süretiyle, öldükten sonra dahi insanlara öğüt vermeyi sürdürdüğü rivâyet olunur (Ekinci, **İslâm**, s. 82).

<sup>63</sup> İmam Ebû Yusuf'un kanunlaştırma çalışmaları bununla sınırlı kalmayıp, ülkedeki malî hukuk uygulamalarını, bir sistematik içerisinde *Kitab-ül Haraç* adlı eserinde bir araya getirmiştir. Eser sadece fetvâlar veya olaylar üzerinden değil, genel esasları da tesbit ederek uygulamaya yön vermiş ve hukuk tarihinde, malî hukuka ilişkin ilk eser olmuştur (Ekinci, **İslâm**, s. 72).

<sup>64</sup> Hanefî doktrininde kurucusu İmâm-ı Âzam Ebû Hanife (Nûman bin Sâbit), hukukî görüşlerini yazılı hâle getirilmeden vefat etmişti. Onun görüşleri, ilk iki öğrencisi Ebû Yusuf ve İmam Muhammed tarafından yazılan eserlerde ortaya konulmuştur.

Sonraki dönemlerde Hanefî fikhını bir araya toplayan ilk eserler Fetâvâ-yı Tatarhâniye<sup>65</sup> ve Fetâvâ-yı Cihangiriye gibi kitaplardır<sup>66</sup>. Bunlar, Osmanlı coğrafyasında yazılmış fetvâ kitaplarının çoğuna ve kanunnâmelere kaynaklık etmiş ise de kendi dönemlerinde, fıkhıdaki görüş ayrılıklarını gidermekten uzaktır. Çünkü bir ülkenin tüm mahkemelerini bağlayıcı resmî kodu niteliğinde değillerdi. Bireysel anlamda *İbni Nüceym ve Cüveynî* adlı iki hukukçu, özgün girişimlerde bulunmuşlardır. Hukuk tarihinde İbn Nüceym, kitabını soyut yöntemle hazırlaması; Cüveynî ise, belli bir mezhebe bağlı kalmadan bir kanun kitabı (El- Muhit) yazmak istemesi bakımından önem taşır<sup>67</sup>.

Büyük Selçuklu Devleti'nde Nizâm-ül Mülk'ün etkisiyle, Melikşah tarafından ülkedeki önemli hukukçulardan kurulmuş bir kurula, büyük fikir ayrılığı olan konularda Müslümanlar için ortak hükümler koyan bir kitap yapmaları görevi verilmiştir. Fakat kimse, **gerçekten farklı mezheplerin içtihatlarını birleştirmenin doğru olacağı konusunda emin olamadığından dolayı**, bu fikirden de cayılmıştır. Ama sonuç olarak, sözü edilen bu kanunlaştırma çalışmaları, hiçbir zaman, Mecelle gibi bir Medenî Kanun düzenlemesi olamayıp, belli alanlara münhasır kalan münferit uygulamalardır<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Hindistan (H. 8. yüzyıl) Delhi Sultanlığı'nda, Muhammed II. Tuğrak (1324-1351) zamanında, devlet adamı Emir Tatarhan'ın talimatı ile Âlim bin Âlâ tarafından Hanefî fikhının bir araya toplanması amacıyla hazırlanmıştır. Bu külliyyat, tam üç yüzyıl sonra yapılacak olan Fetâvâ-yı Hindiyeye (f. Alemgiriyye) adlı fetvâ derlemesine de temel oluşturmuştur. Fetâvâ-yı Hindiyeye, Bâbü'r hükümdarı Muhyiddin Muhammed Evrengzir Bahadır Âlemgir tarafından Burhanpurlu Mevlana (Şeyh Nizam)'ın başkanlığında; ona bağlı, her biri on kişilik kurullardan oluşan dört yardımcısı tarafından hazırlanmış, bir sistematik hukuk kitabıdır. Arap dilinde yazılmış kitaplar arasında, bir heyet tarafından hazırlanmak bir yana, iki kişinin bir arada yazmış olduğu bir başka eser yoktur. Söz konusu eser, Hanefî doktrinini esas almış; ibâdetler, Aile Hukuku, Borçlar Hukuku, Ceza Hukuku ve Miras Hukuku'na dair en güçlü görüşleri (zâhirü'r-rivâye) toplamış, zayıf rivâyetlere (nevâdir) ise, fetvâ işareti taşıması hâlinde, ya da görünür açıklık bulunmayan durumlarda başvurmuştur. 3000 sayfadan fazla olup, altı cilttir. Genelinde El-Hidâye örnek alınmıştır. Hindistan mahkemelerinde uygulandığından, Hindlilerin, İngiliz egemenliği altına girmelerinden sonra da, geçerli sayılarak İngilizceye çevrilmiştir. Tatarhâniyye'yi kullanan sonraki kanunlaştırmalar, "soru-cevap" şeklinde olanlar değil, genel kural tesisine yönelik eserlerdir (Ali Haydar Efendi, **Mecelle Şerhi**, C. I, s. 17; Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 29; Schacht, **Giriş**, s. 102; Mehmet Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 7. Baskı, (Beta Yayınları), İstanbul 2009, s. 32; Halil Cin-Ahmet Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi-Kamu Hukuku**, Konya 1989, C. I, s. 137; Kaşıkçı, **İslâm ve Osmanlı**, s. 26; Imber, **Ebussuud**, s. 42. Ayrıca *Zeydan*, El-Fetâvâ'l-Bezzâziye ve Fetâvâ'l-İbni Teymiyye'den de bahseder (*Zeydan*, **İslam Hukuku**, s. 207). Bk. *Tuğba Demirkan*, Fetâvâ-yı Tatarhâniyye'nin Fıkıh Tarihindeki Yeri (Aile Hukuku Örneği), İstanbul 2007 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

<sup>66</sup> Sözü geçen eserlerin Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'ye örnek teşkil ettiği, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Esbâb-ı Mûcibe mazbatasında bildirilmiştir (Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 29).

<sup>67</sup> Hukukun genel ilkelerinin ortaya konulması yaklaşımı ilk kez *İbni Nüceym* tarafından benimsenmiştir. *İbni Nüceym*, görüşlerini "El-Eşbah ve'n-Nezâir" adlı hukuk kitabında açıklar. Kitap, meseleci yöntem ile yazılan eski hukuk kitaplarından farklı olarak, soyut yöntem benimsenerek meydana getirilmesi açısından Mecelle'nin küllî kaidelerine de örnek teşkil eder. *Cüveynî'nin* kitabının ilk bölümlerindeki hadislerin, Şafîi hukukçu *Beyhâki* tarafından eleştirilmesi üzerine, *Cüveynî* bu girişiminden vazgeçmiştir (Kaşıkçı, **İslâm ve Osmanlı**, s. 26). Imber, **Ebussuud**, s. 37 vd.

<sup>68</sup> Kaşıkçı, **İslâm ve Osmanlı**, s. 27.



İslâm hukukunun, tüm mahkemeleri bağlayıcı tek bir görüş benimsemekle aynı anlama gelen; yazılı kanun sistemine dönüş(e)memesinin iki temel nedeni vardır ve bunlardan biri, kesinlikle, geri kalmışlık değildir. Hukukun, müdahale edilmeden, kendiliğinden oluşması ve gelişmesi gereğine olan inancın yanı sıra, eski hukukçularca oluşturulmuş olan geleneksel düzeni bozmaktan çekinmektir. Gerçekten de eski müçtehitler kaynağa daha yakın oldukları için, hukuku hem *bilmek* hem de hayatında *uygulamak* bakımından oldukça iyi idiler. Sonra gelenler kendilerinden bu kadar emin olamamışlardır.

Geleneğin sürdürülebilmesi için, hukuk âleminde, hukukçular tarafından sürekli üretilen farklı içtihatlar her zaman, serbestçe var olabilmeli<sup>69</sup>, hâkimler, yere ve zamana göre, bunlardan hangisini uygun buluyorlarsa, onu tercih edebilmelidirler. Zaman içerisinde mevcut içtihatlardan, daha kolaylık sağlayanlar ile insanların o dönemdeki ihtiyaçlarına daha uygun olanlar, mahkemelerce de daha çok tercih edileceğinden, kendiliğinden doğal bir ayıklanma olacak, tıpkı mezheplerde olduğu gibi, kimi içtihatlar terk edilecek; kimileri ise, hayatiyetini sürdürecektir. Bir zaman diliminde terk edilen içtihat, sonraki bir dönem için uygun olabilir. Mahkemeler bunu uygulayabilmek için her seferinde kanun yapılması veya değiştirilmesi sürecinden geçmesini beklememelidir.

### 3. Osmanlı Devleti'nde Mecelle'den Önceki Kanunlaştırma Denemeleri

Osmanlı Devleti'nde fıkıh yazınının büyük kısmını, fetvâ kitapları oluşturmakta idi. Hukukta ekol kurmuş, İslâm hukukunun kaynaklarını kullanma ve hüküm çıkarma konusunda kendine özgü yöntem geliştirmiş olan usul sahibi müçtehit hukukçular dönemi kapanmıştı. Kanunnâmeler hazırlanırken, bizzat şeyhülislâmlardan görüş alınmakta ve fakat kaynak olarak fetvâ kitapları kullanılmaktaydı. Bu türden kaynakların bir kısmı soru-cevap şeklindeki hükümlerden bir kısmı ise, eski dönemlerde yazılmış olan fetvâ derlemelerinden oluşurdu<sup>70</sup>.

Osmanlı Devleti'nin kuruluş devrinde El-Hidâye, Kenz-ü'd-Dekâik, Kudûri, El-Vikâye ve El-Muhtar gibi kitaplar, hem hukuku öğreten eserler, hem de kanun olarak kullanılmıştır. Gerçi padişah tarafından onaylanıp, yürürlüğe konulmadıkları için teknik anlamda -bugünkü anlamda- kanun sayılamaz idi iseler de, tüm hâkimler tarafından daha mesleğe başlarken tamamen bildikleri ve uyguladıkları için fiilen kanun gibi idiler<sup>71</sup>. Mecelle'ye kadar, *Halebî'nin Mültekâ el-Ebhur'u* aynı görevi görmüştür<sup>72</sup>. Bu eserlerde hukukun tüm dallarına ilişkin esaslar yer alır. Ayrıca bu eserler, Mecelle şerhlerinde de kaynaklar arasında sayılmıştır<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Zeydan, *İslam Hukuku*, s 208.

<sup>70</sup> *Ebüssuûd Efendi'nin Maruzât'ı ve Kanun-ı Cedid* adı ile bilinen kanun derlemeleri ilk gruba örnek gösterilebilir (Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, (DÜHFY), Diyarbakır 1986, C. I, s. 71).

<sup>71</sup> Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı*, s. 27; Imber, *Ebussuud*, s. 36-37.

<sup>72</sup> Halil Cin-Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi-Özel Hukuk*, C. II, Konya 1989, s. 170.

<sup>73</sup> Mes'ud Efendi, *Mir'at-ı Mecelle*, İstanbul, 1297 Kânunuevvel (1299 Muharrem), s. 9.



Tanzimat'tan sonra, Medenî Kanun alanında yazılı bir kanun metni hazırlanması düşüncesi hep gündemde olmuştur. Çünkü on dokuzuncu yüzyıl Osmanlı Devleti artık sanayileşmiş Batı ülkelerinin bir tür yarı-sömürgesi; ürünlerinin pazarı hâline gelmişti. Dolayısıyla Ticaret Kanunu satıcının/büyük tüccarın lehine düzenlemeler içermeli; bunun boşluklarını dolduracak olan Borçlar Kanunu da tabii ki onunla uyumlu olmalıydı<sup>74</sup>. Ticaret mahkemelerinde, 1850'de kabul edilen Ticaret Kanunnâme-i Hümayûnu geçerli ve uygulanmakta idi<sup>75</sup>. Fakat bilindiği gibi davalar bütünüyle ticarete dair bir tek uyuşmazlıktan oluşmaz. Bir uyuşmazlığın içerisinde, ticarete ilişkin olmayan hususlar da bulunur. O dönemde yargılama sırasında, bu gibi hususların karara bağlanmasında büyük zorluklar çekilmekte idi. Bu konularda Avrupa kanunlarına başvurulmasının dahi düşünülebilmiş olması, gerçekten şaşkınlık uyandırıcıdır. Fakat bir başka devletin kanununun, Osmanlı Devleti mahkemelerinden verilecek bir hükme kaynak teşkil etmesi, devletin egemenlik unsurunu ortadan kaldıracığından dolayı kabul edilemezdi. Yabancı bir ülke kanunu ancak ve ancak onu almak isteyen devletin kendi yasama organının onayından geçtikten sonra; başka bir ifade ile, kendi kanunu olduktan sonra, yerli mahkemede uygulanabilirdi<sup>76</sup>.

Mecelle'den önce aynı gâyeye yönelik kayda değer iki çalışma vardır. Biri, Fransız elçisinin kabul etmemizde ısrarcı olduğu<sup>77</sup> 1804 tarihli Code Civile'in tercüme edilmesi, diğeri ise *Metn-i Metin*'dir. 1855'te Medenî Kanun konusunda iç ve dış baskılar artmıştır. Ahmed Cevdet Paşa'ya göre, bir milletin esas kanunlarını yabancı kanunlar ile değiştirmek, o milleti imha etmek demektir. Bunun üzerine Meclis-i Âli-i Tanzimat tarafından şer'î hukukun muâmelât kısmının düzenlenmesine karar verilmiştir. Oluşturulan kurulun başkanlığına *Rüştü Molla Efendi* adlı hukukçu getirilmiştir. Kurulda, İstanbul kâdîsı *Tahir Efendi*'nin yanı sıra, Meclis-i Maârif üyesi *Hüsâm Efendi*, *Ali Râtıp Bey* ile *Ahmed Cevdet Paşa* vardır<sup>78</sup>. Ancak *Metn-i Metin*, tamamlanamamıştır.

Bu dönemde yapılan ve yapılması planlanan kanunlarda yabancı etkisi göz ardı edilemez. Yabancı devletler, ülkedeki azınlıkları bahane ederek, her fırsatta baskılarını sürdürmüşlerdir. Zaten çeşitli nedenlerle, insanlarda, bir batı hayranlığı gelişmiş idi. Bunun, Medenî Kanun taleplerine de yansımaları kaçınılmazdır. Batıdan

<sup>74</sup> Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *TDV. İslâm Ansiklopedisi*, C. XXVIII, Ankara 2003, s. 232; Vasfi Raşit Seviğ, "Fıkıh ve Medeni Kanun", *AÜHF*, C. VIII, S. 3-4, 1954, s. 210.

<sup>75</sup> *Ahmed Cevdet Paşa*'ya göre, özellikle Kırım savaşıdan sonra Osmanlı Devleti ile Batılı devletler arasındaki ticaret canlanmıştır (Ahmed Cevdet Paşa, *Tezâkir*, C. I, s. 62). Bunda, İngiltere ile imzalanan, 1838 tarihli Baltalimanı Andlaşması'nın kapitüler hükümlerinin de etkisi vardır. Sözü geçen canlılık, şüphesiz, Batılıların satıcı, Osmanlı Devleti'nin ise alıcı (pazar) olması biçiminde tezahür etmiştir (Mehmet Akif Aydın, *Mecelle*, s. 232).

<sup>76</sup> Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, C. I, Mazbata, s. 5.

<sup>77</sup> Fransız elçisi Mösyö Bouree'in, Ticaret Kanununa uyumlu olsun diye, Code Napoleon'un da kendilerinden aynen alınması için padişah nezdindeki baskıları için bk. Ahmed Cevdet Paşa, *Ma'rûzât*, s. 200; Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 64-65. Ayrıca bk. Roderick Davison, *Osmanlı İmparatorluğunda Reform, (1856-1876)*, 1. Bası, (Çev. Osman Akınhay), Papirüs Yayınları, İstanbul 1997, s. 21.

<sup>78</sup> Ahmed Cevdet Paşa, *Tezâkir*, (Cavid Baysun (nşr.), II. Baskı, Ankara 1986, C. I, s. 62-63; Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 46-48, 63.

bir Medenî Kanun alınmasını isteyen görüşler azımsanmayacak kadar çoktu. O yüzden bu ortamda, kendi Medenî Kanunumuzu kendimizin yapabileceği fikrinin kabul ettirilmesi âdetâ bir zafer olarak nitelenir<sup>79</sup>.

Çalışmamızın konusu olan Türk hukuk tarihinin gelişim seyri ile Avrupa hukuk tarihinin gelişim seyri arasındaki paralellik bu noktadan sonra bitmektedir. Çünkü Türk hukuk tarihinin doğal gelişim çizgisi, Batıdan aynen kanun alma biçiminde tezâhür eden bir toplu kabul hareketi ile kesintiye uğramıştır. Bu toplu kabulü zorunlu kılan birçok tarihî, ekonomik, sosyal, kültürel, askerî sebep vardır. Ülkemizde bütün bunları inceleyen pek çok çalışma yapılmıştır. Çalışmamız boyunca, “Batıdan tercüme yolu ile aynen kanun alınmasa idi ne olurdu?” sorusunun cevabını aradık<sup>80</sup>. Muhtemelen zaman içerisinde Mecelle üzerinde değişiklikler yapılarak, kimi batı kaynaklı müesseseleri de sisteme uyumlu bir şekilde dâhil ederek bugün bulunulan noktada olunacaktı. Nitekim kısa bir müddet sonra, Mecelle’de yapılan değişiklikler bizi bu sonuca götürmektedir. Mecelle’yi tadil etmek üzere -örneğin alım-satım akdinde şartın geçerli olup olmadığı hususu gibi- birçok hukukî tartışmalar hemen başlamıştır<sup>81</sup>. İctihat hukuku sistemine alışkın bir toplumun yaptığı kanunların, kısa aralıklarla ve kolayca değiştirilmek yoluna gidilmesi kadar doğal bir sonuç olamaz.

Nitekim daha kanun yapılırken tasarlanan ve sonra gerçekleştirilen ilk değişiklikler genellikle, Hanefî fıkhnın tercih ettiği görüş dışındaki bir içtihadın benimsenmesi şeklinde olmuştur. Örneğin, kira sözleşmesinde taraflardan birinin ölmesinin hükmü, Mecelle’de belirtilmemiştir. Çünkü Hanefî ekole göre, bu durumda sözleşme sona ererken (fesih)<sup>82</sup>; diğer mezheplere göre ise, sona ermemektedir. Mecelle genel olarak Hanefî fıkhnına uygun hazırlandığı için, hakkında hüküm bulunmayan konularda bu boşluğun Hanefî doktrini ile doldurulacağı kabul

<sup>79</sup> Sungurbey, **Ebül-Ulâ Mardin**, s. 124; Ekinci, **İslâm**, s. 230.

<sup>80</sup> *Erdoğan*, tebliğinde, buna benzer bir sorunun cevabını “Osmanlı Aile hukukuna ilişkin süreç bakımından aramış ve o da benzer sonuca ulaşmıştır (Mehmet Erdoğan, “İslâm Hukukunun Dinamizmi, Esneklik ve İkame Kurumlar”, **İslâm Fıkhnın Dinamizmi (Sempozyum Tebliğ ve Müzakereleri-22 Mart 2003)**, (Ed. Yunus Vehbi Yavuz), Kur’an Araştırmaları Vakfı-Kurav Yayınları, Bursa 2006, s. 27).

<sup>81</sup> Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de değişiklik yapılması gereğine, daha hazırlanma aşamasında değinilmiştir. Ahmed Cevdet Paşa, eksiklikler konusundaki görüşlerini notlarında belirtmiştir. Öncelikle değiştirilmesi gereken hususlar, on iki madde hâlinde yazılmıştır. Mecelle’nin yer yer eleştirildiği bu notların kim tarafından yazıldığı bilinmemekle beraber, *Kaşıkçı*’ya göre, kullanılan ifade tarzı ve yazı karakterinden; yazanın, Ahmed Cevdet Paşa olduğu sonucuna varılabilir (Metnin transkripsiyonu ve aslı için bk. *Kaşıkçı*, **İslâm ve Osmanlı**, s. 308-309). Alım-satımda şart ile ilgili bk. Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 136 vd. Ayrıca bk. **Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi ve Nazarıyerleri**, Adalet Bakanlığı Yayını, 1928 (Bu kaynak Eski Türkçedir), s. 300 vd.

<sup>82</sup> Serahsî, **El-Mebsût**, C. 15, s. 153-154; Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kâmusu**, (Bilmen Yayınevi), İstanbul, C. 6, s. 179; Halebi, **Mülteka**, C. 3, s. 416 (Fetva için *Âli Efendi*, C. 2, s. 191; Fetvâ *Abdurrahim*, C. 2, s. 134). Alt kiranın da fesholunmuş olacağına dair fetvâ *İbn Nüceym* için bk. Halebi, **Mülteka**, s. 280; *Kaşıkçı*, **İslâm ve Osmanlı**, s. 311. Şartla satım konusunda da Hanefî doktrininin görüşü eleştirilmiş ve insanların ihtiyacı nedeniyle, şartlı satımın caiz olması gerektiği savunulmuştur (Görüşler için bk. *Kaşıkçı*, **İslâm ve Osmanlı**, s. 313). Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 343.

edilir<sup>83</sup>. Ancak daha baştan, bir resmî mezhebe bağlı kalınması, doktrinde eleştirilmiştir. Eleştiriler aslında doğrudan sistemin özüne yöneliktir<sup>84</sup>. Bu yüzden, *Celâl Nuri ve Mustafa Âsım*'ın savunduğu; 'Mecelle'de değişiklik yapılması' fikri kabul görmüştür. Mecelle'yi değiştirmek ve tamamlamak için, Mecelle komisyonu bizzat kendisi çalışmıştır. İlk incelenen ve yürürlüğe giren hükümler, *Senetler Hakkında Nizamnâme* ve *Kasâme* müesseseleridir. Hemen yürürlüğe girmeyenler ise, *Gıyapta Yargılama*, *İstihkak* konusu ve *Usûl Kanunu* tasarısıdır. Ama görüldüğü gibi kanun çalışmaları süreklilik arz etmektedir<sup>85</sup>.

Mecelle'de eksik olduğu gerekçesiyle eleştirilen aile, vakıf, diyât gibi kısımlar için de ayrı kitaplar hazırlanması gündemde idi. Çünkü yapılan bu çalışma aslında özel hukuk alanını bütünüyle düzenleme projesidir. Hatta Karinâbâdizâde Ömer Hilmi Efendi<sup>86</sup> Mecelle'nin devamı niteliğinde olan ve onunla aynı uyumu yakaladığı; Evkaf ve Diyât kitaplarını hazırlamakta idi. Fakat Mecelle'nin on altıncı kitabının yayınlanmasının ardından, Cemiyet'in çalışmaları, II. Abdülhamid'in vehmi yüzünden durdurulmuştur<sup>87</sup>.

### III. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Özellikleri

#### A. Genel Olarak

Osmanlı özel hukuk sisteminin temeli İslâm hukukuna dayanmaktadır. İslâm Hukuku ise, asıl kaynaklardan hüküm çıkarmaya öncelikle önem atfetmektedir. Hatta bu, hukukun ayrı bir bölümü kabul edilerek, hüküm çıkarma yöntemleri ve hüküm çıkarabilme yeterliliğine sahip hukukçular belirlenmiştir. Bu yönüyle İslâm hukuku, liyâkate dayalı elitist bir özellik de taşır.

Mecelle ile Osmanlı özel hukuk sistemi bakımından, bir aşama kapanmakta ve bir diğer aşamaya geçilmektedir. O nedenle tüm bu süreç zarfında hukukçulara büyük görev düşmektedir. Her ne kadar özel hukukun doğal gelişim sürecine müdahale edilmemeli ise de, hukuk, tabiatın bir parçası gibi, insanın etkisi ve katkısı olmadan; dönüşümüne sadece seyirci kalınacak bir müessese de değildir. **Hukukçuların, kolaylığı seçmeden, mevcut sistem üzerinde, zamanın gerektirdiği değişiklikleri ince ince ve sistemin aslına uygun bir şekilde işlemeleri gerekir**

<sup>83</sup> Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı*, s. 308; Ayşe Çoban, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Ta'dil Edilen Maddelerinin İslâm hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Konya 2008 (Yüksek Lisans Tezi), s. 11, [http://www.belgeler.com (30.04.2012)].

<sup>84</sup> Mecelle'yi en sert eleştirenler arasında kapitülasyonlardan en çok yararlanan ülkelerin başında gelen Rusya'dan bir hukukçu olan *André Mandelstam* gelmektedir. Mandelstam'ın eleştirisi, menkul malın teslimden önce, başkasına satışının yasak olmasını öngören Hanefî görüşü ile hasarın, sözleşmenin kurulması ile değil; teslimle alıcıya geçmesini öngören hükme yöneliktir (Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 92, 213; Sungurbey, *Ebül-Ulâ Mardin*, s. 121-122). Tartışmalar ve Mecelle'nin savunusu için ayrıca bk. Küçük Hamdi, *II*, s. 139 ve Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 213-214, 217, 219.

<sup>85</sup> Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 140; Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı*, s. 314-342.

<sup>86</sup> Karinâbâdizâde Ömer Hilmi Efendi, Ahmed Cevdet Paşa tarafından asrın İmam-ı Âzamı mesabesinde nitelendirilmiş büyük bir hukukçudur (Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 8-9).

<sup>87</sup> Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 149, 153-154. Aile hukukuna girilememesinin sebepleri hk. bk. Osmanağaoğlu, "Mecelle", s. 107.

ki; bu da bir hukuk sisteminin kendini yenileyerek varlığını sürdürmesinin en önemli koşuludur.

Mecelle'nin mazbatasında<sup>88</sup> yukarıda sözü edilen sürecin çok sağlıklı bir şekilde yürüyemeyeceğinin ilk izleri görülmektedir. Burada kullanılan ifadeye göre ülkede, o güne kadar uygulanmış olan yaklaşık altı yüzyıllık bir hukuk sistemini "bilen" hukukçu bulunmamaktadır. Buradaki "bilinmesi gereken hukuk" ifadesinden kasıt, genel hukuk bilgisi, fıkıh kuralları ve görüşlerin yer aldığı eserlerdir. "Hukukçu"dan kasıt ise, hem doktrin anlamında *fukaha*, hem de uygulayıcı olarak kâdîlardır<sup>89</sup>. Hanefî fıkının içtihatlarının çokluğu nedeni ile *sahih kavli* ayırt etmek zorlaşmıştır. Bu nedenle olay ve hükümlerin belirlenerek bir kitapta toplanması, hâkimler için zorunluluk hâlini almıştı. Tüm hukukçuların kolaylıkla okuyabileceği, Türkçe, bir toplu hukuk kaynağına ihtiyaç vardı. Diğer yandan, *Ahmed Cevdet Paşa*'nın da belirttiği gibi, adliyeye ilişkin işler, bir hükümetin tebaasına karşı olan iki aslî görevinden biridir. Özetle; iyi hâkim yetiştirmek, devletin başta gelen görevidir<sup>90</sup>.

O hâlde, mevcut hukuku; yeni uyuşmazlıklar karşısında, açıklayacakları hukukî görüşlerle müçtehit hukukçulardan ve yargı kararlarına esas teşkil ettirecekleri içtihatlarla yargıçlardan başka kim dönüştürecektir? Bu unsurda bir eksiklik ve sakatlık bulunduğu açıktır. Dönemin iç ve dış siyasî ve sosyal çalkantıları da, kolay olan yolun -bir başka deyişle, dünya üzerinde o dönemde mevcut ve muhtemelen en yeni yapılmış kanunlardan birinin aynen alınmasının- tercih edilmesine neden olacaktı. O yüzden mümkün olan en kısa sürede, Osmanlı Devleti'nin Medenî Kanunununun yapılması gerekmekte idi.

Son dönem Osmanlı hukukçularının Hukuka Giriş niteliğindeki eserlerinde hukukçuların şikâyet ettiği bir husustan da bahsetmek gerekmektedir. Bir mesele ile ilgili olarak bir hukukî görüş açıklandığında ya da bir hukukî düzenleme yapılmak istendiğinde, kimileri tarafından derhâl "şer'an câiz değildir" şeklinde etiketlenmekte idi. Bu da, İslâm hukukunun iyi bilinmemesinden kaynaklanmaktadır<sup>91</sup>. Çalışmamızın devamında, buraya kadar anlatılan şartlar altında hazırlanan

<sup>88</sup> Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin açıklamasına ilişkin olan eski yazılı kaynakların kiminde, giriş kısmında yer almaktadır (Ali Haydar Efendi, **Mecelle Şerhi**, C. I, s. 5-8; H. M. Ziyaeddin, **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi**, Dersââdet 1312, s. 5-14).

<sup>89</sup> Özellikle ticaret mahkemelerinde hâkimlik yapanların ticarî örf ve âdetten öte bir hukuk bilgileri ve anlayışları olduğu söylenemezdi. Her ne kadar ticarî hayatı düzenleyen Ticaret Kanunnâme-i Hümayını var idi ise de, bir dava sadece ticarî konulardan oluşmamakta, bu yüzden hâkimlerin, genel hukuk bilgisi ve biçimlenmesine sahip olmaları da gerekmekte idi (Ali Haydar Efendi, **Mecelle Şerhi**, C. I, s. 3; Aydın, **Mecelle**, s. 231). Mardin, **Ahmed Cevdet Paşa**, s. 346.

<sup>90</sup> Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelletü'l-Ahkâm Mecelle Şerhi**, Osmanlıca Aslından Çeviren: R. Gündoğdu-O. Erdem, (Gül Neşriyat-Osmanlı Yayınevi), C. I, İstanbul, t.y, s. 5-8; Ebû'l-Ülâ Mardin, **Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa**, (TDV Yayınları), Ankara 1996, s. 21. *Ahmet Cevdet Paşa*'nın hâkimlerin nasıl yetişmesi gerektiğine dair görüşleri için bk. "Devletçe Lüzum Görülen İslahata Dair Makam-ı Sadâretten Verilen Emir Üzerine H. 1289 Yılında Cevdet Paşa Merhum Tarafından Kaleme Alınan Lâyiha" (Mardin, **Ahmed Cevdet Paşa**, s. 342).

<sup>91</sup> Mehmed Seyyid, **Usul-i Fıkıh/Medhal**, (Haz. Selçuk Camcı), İstanbul, Şubat-2011, s. 87-88; Ahmed Cevdet Paşa, **Ma'rûzât**, Yusuf Halaçoğlu (nşr.), (Çağrı Yayınları), İstanbul 1980, s. 201; Beşir Gözübenli, "Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle", **Ahmed Cevdet**

Mecelle'nin İslâm Hukuku rûhunu ne derece yansıttığı, Mecelle'nin taşıdığı özellikler göz önünde tutularak, irdelenmeye çalışılacaktır.

### B. Mecelle Yerli-Millî Bir Kanundur

Mecelle'yi hazırlayan komisyon yerli hukukçulardan oluşturulmuştur. Bu önemli bir özelliktir. Fakat İslâm hukukunun diğer hukuk sistemlerinden ayrılan en önemli özelliği, bir yönden Müslümanlara hitap ederken, diğer yönü ile de evrensel olmasıdır. Evrensellik, kişinin inancına bağlı bir hukuka tâbî olmasından gelmektedir. Çünkü Müslüman kimse, hangi ülkede yaşamakta olursa ve hangi egemen erkeğe bağlı bulunursa bulunsun, kendisine İslâm hukuku uygulanır<sup>92</sup>. Bu özellik, şer'î hükümlerin Borçlar Hukuku işlemleri (muamelât) hakkında da geçerlidir. İslâm hukukunun manevî etki alanındaki bu genişlik, sadece şer'î hukuka özgüdür. Çünkü modern sistemlerde, kural olarak, bir devletin hukuku, o egemen otoritenin ülkesinde ve kendi tebaası hakkında geçerlidir<sup>93</sup>.

Mecelle yeni bir yöntem ile hazırlanmış, fakat içerik bakımından Batı sistemini esas almamıştır. O güne kadar Osmanlı ülkesinde uygulanan borçlar, eşya ve kısmen usûl hukukunu bir araya toplamıştır. Bu nedenle yürürlüğe girdikten sonra, Müslüman tebaa bakımından bir uyum sorunu olmamıştır. Zaten uygulanmakta olan hükümlerin derlenmesi olduğundan, toplumun öz kültürünün bir parçasıdır. Bilindiği gibi hukukun kaynağı halkın örf ve âdetleridir. Mecelle örfe, hukuk uyumsuzluklarının çözümünde, ayrıca bir kaynak olma niteliği de tanımıştır<sup>94</sup>. Kanuna göre *örf ve âdet*, uyumsuzlukların çözümünde esas olabilirdi (Mecelle m: 36). Örf-âdet burada, günümüzde olduğunun aksine, normları yorumlama aracı değil; normun kendisi hükmündedir<sup>95</sup>. Ancak bu kural, hukukun genel ilkelerine ve özüne aykırı olan örfler için geçerli değildir.

**Paşa Sempozyumu, 9-11 Haziran 1995** (TDV Yayınları), s. 285-314, Ankara 2009, s. 290 vd. Bu yaklaşım bazen Ahmed Cevdet Paşa'yı Hanefî fıkı içindeki farklı görüşleri tercih etmekten dahi alakoymuş; hareket serbestisini epey kısıtlamıştır (Gözübenli, **Kanunlaştırma**, s. 294). *Mardin, Cevdet Paşa'nın* bu yaklaşımı, "hukuk zevkından mahrum kimselere nâhak yere Mecelle'ye tariz fırsatı vermiş" olduğu ve onu hafife almalarına yol açtığı için eleştirir (Mardin, **Ahmed Cevdet Paşa**, s. 7, 74; İsmet Sungurbey, **Ebül-Ulâ Mardin**, 2. Baskı, İstanbul Mart 2011, s. 123).

<sup>92</sup> Hatta Müslüman, bulunduğu yerde meşrû bir yönetici olmasa da, İslâm hukukunun hükümleriyile bağlıdır (Macid Hadduri, **İslâm Hukukunda Savaş ve Barış**, Türkçesi: Fethi Gedikli, Yöneliş yayınları, İstanbul 1999), s. 37-38, 56, 149. Hukukun kişiselliği ilkesi gereğince, İslâm hukukunun uygulanmadığı bir ülkede bulunan bir Müslüman, orada yapacağı sözleşmelerde -bu devletin kanunlarında yasak olmasa bile- İslâm hukukunun faiz, şarap ve domuz etine getirdiği yasaklara uymak durumundadır (Hadduri, **Savaş ve Barış**, 172).

<sup>93</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye**, C. I-II, Dâr-ül Hilâfet-ül Âliyye, 1326, s. 50.

<sup>94</sup> Hanefî ekolünde en çok hadis bilen hukukçu olarak bilinen Ebû Yusuf, hukukta örf ve âdete çok yer vermiştir. Ona göre, nass ile örf birbirine aykırı olduğunda, nassın örften doğup, doğmadığına bakılmalıdır. Eğer nass örften doğmuş ise veya örfe dayanıyor ise, örfe itibar edilmelidir (Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 224; Neşet Çağatay-Âgâh Çubukçu, **İslâm Mezhepleri Tarihi**, Ankara 1976, s. 172).

<sup>95</sup> Cengiz İlhan, **Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye) Aslı İle Birlikte Tam Metin**, (Yetkin Yayınları), Ankara 2011, s. 14.



## C. Mecelle İçerik Bakımından Dinî Nitelik Taşımaktadır

### 1. Genel Olarak Mecelle ve Fıkıh İlişkisi

Mecelle'nin, iki makaleden oluşan mukaddimesinin birinci makalesi fıkıh ilmini tanımlamaktadır. Buna göre, "İlm-i fıkıh, mesail-i şer'iyye-i ilmiyyeyi bilmektir"<sup>96</sup>. Günümüz Türkçesi ile ifade etmek gerekirse, hukuk bilimindeki meseleleri bilmektir. Basit gibi görünen bu tanımdaki kimi ifadeler, hukuk sisteminin, dine ve içtihadı dayalı olmasından dolayı, bugün kullanılan anlamından farklılık taşımaktadır. Fıkıh, uygulamaya ilişkin hukukî hükümler, yani ibâdetler ve işlemler yönünden mükelleflerin fiilleri ile ilgili hükümlerdir<sup>97</sup>. Ancak fıkıh tamamen Allah'ın hazırlayıp, insanların uygulaması için önlerine koyduğu bir yapı olarak algılanmamalıdır. İnsanlar, aslı kaynaklarda belirtilen genel esaslara uygun olarak kendi hukuk sistemlerini kendileri "inşa ederler"<sup>98</sup>.

Mecelle'de, hukuka dair yapılan tanımlamalar ve ayrımlarda daima, İslâm inancı esas alınmıştır<sup>99</sup>. Bir başka deyişle, hukukun, bugün kanunlarımıza kaynaklık eden Roma hukukundaki kadim ayrımı olan; "kişilere ilişkin hukuk, mallara ilişkin hukuk ve davalara ilişkin hukuk" sınıflandırmasına İslâm hukukunda bir de "Allah ile insan ilişkilerine dair hukuk" un eklenmesi gerekmektedir<sup>100</sup>. Bu ilişkinin hukukî niteliği, borçlar hukuku anlamında bir borç ilişkisidir. O nedenle eski hukuk kitaplarının ilk bölümlerinde, ibadete ilişkin esaslar da yer almaktadır<sup>101</sup>. Fakat büyük oranda bir borçlar hukuku kitabı olan Mecelle, bu kısmı içeriğine dâhil etmemiştir. Düzenlemeler giderek dünyevî bir özellik kazanmıştır.

Dine dayalı hukuk bağlamında söz edilmesi gereken bir diğer kavram da *şeriat*'tir. Kelime anlamı, "içmek için gidilen su yolu"dur. Terim olarak ise, "Allah'ın kulları için koymuş olduğu dinî hükümler"dir. Bir anlamda *din* demek olsa da hukukun; "kendisinden hüküm çıkarılacak veya takip edilecek doğru yol" demektir. Bu yönü ile kaynaklardan hüküm çıkarmayı da kapsamakta ve doğrudan "İslâm" a karşılık geldiği de ifade edilmektedir<sup>102</sup>.

<sup>96</sup> İmam-ı Âzam'a göre, bir insanın yararına ve zararına olanı bilmesidir (Zeydan, **İslam Hukuku**, s. 99).

<sup>97</sup> Zeydan, **İslam Hukuku**, s. 99, 153, 245; Ansay, **İslâm Hukuku**, s. 8-9.

<sup>98</sup> Erdoğan, **İslam Hukukunun Dinamizmi**, s. 20.

<sup>99</sup> Örneğin, İslâm hukukunda, meselelere ilişkin hükümler ikiye ayrılmaktadır. Bunların bir kısmı sonuç bakımından âhiret ile ilgilidir. Bunlara ibâdetle dair hükümler (ahkâm-ı ibâdât) denir. Diğer kısım hükümler ise dünyevî olup, aile hukuku (münâkehat-mufâratat), borçlar hukuku (muâmelât) ve ceza hukuku (ukûbat) kısımlarına ayrılmaktadır (Ziyâeddin, **Şerh**, s. 16; Ali Haydar Efendi, **Mecelle Şerhi**, C. I, s. 12). Zeydan, **İslam Hukuku**, s. 102-103.

<sup>100</sup> Aynı yöndeki görüş hakkında ayrıntı için bk. Hamidullah, **İslâm'ın Hukuk İlmine Katkıları**, s. 236 vd; Hadduri, **Savaş ve Barış**, s. 27; Zeydan,

<sup>101</sup> *Imber*, eski hukuk kitaplarının baş kısımlarında, ibadetlere ilişkin kısmın bulunmasını; "her Müslümanın hayatında Allah'ın yüceliğini sembolize etmek" maksadına bağlamaktadır (Colin Imber, **Şeriatın Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk**, (Çev. M. Bedir), (Tarih Vakfı Yurt Yayınları), İstanbul 2004, s. 38). Ancak bu bir sembolden çok, doğrudan doğruya Allah ile yaratıldığı insan arasında, yaratılma esnasında yapıldığı kabul edilen ahdin gereği olan bir edimin ifasıdır. O nedenle ibadet esasları da hukukçular tarafından belirlenmektedir.

<sup>102</sup> Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 89; Ansay, **İslâm Hukuku**, s. 9; Norman Calder, "Shari'a, El'den ak-



Günümüzde fıkıhtan ayrı bir de İslâm hukuku tâbiri kullanılmaktadır. İslâm hukuku, aslında fıkıhın, dünyevî ve sosyal yönü ağır basan alanından başka bir şey değildir. Bu şekilde, modern araştırma tekniğine uygun olması için, fıkıhın kapsamı tahsis edilerek, daraltılmıştır<sup>103</sup>. Fıkıhta Allah'ın koyduğu hükümlerle, hakkında hüküm bulunmayan meselelerde hukukçuların çıkardığı hükümler birbirinden teknik olarak farklıdır. Fukahânın içtihatları, müçtehitlerin kendi anlayış ve algılayışlarını ortaya koyduğu için değişebilir. Oysa kanun koyucu (şâri') olarak Allah'ın koyduğu hükümler değişmezler<sup>104</sup>.

## 2. Fıkıhın Kapsamı

İslâm hukuku hem dünyevî hem de uhrevî yönü bulunan özgün bir hukuk sistemidir<sup>105</sup>. Uhrevîlik, hayatın ve tüm hukuk sisteminin özünde vardır. Allah tüm evreni, dünyayı ve üstün sıfatlarla donattığı insanı yaratmıştır. Kurduğu bu düzenin belli bir vâdeye kadar işlemlerini irade etmiştir. Tüm yarattıklarını insanlar için var ettiğinden dolayı da, mevcut düzenin işleyebilmesi ile, insan neslinin devamını irtibatlandırmıştır. Bu düzen, öncelikle insanların bireysel varlıklarını güvenle sürdürebilmelerine bağlıdır. Bu bağlamda fıkıh, bir insanın doğumundan ölümüne kadar, dünya üzerinde yaşadığı müddetçe, gerekli gördüğü her aşamayı düzenler.

İnsanın yeme-içme, barınma, korunma gibi temel ihtiyaçlarını sağlayabilmesi için ekonomik süreçler gereklidir. Bu aşamada hukukî muameleler yapar, bozar, yenilerini yapar, zarar verebilir, tazmin eder, suç işleyebilir, ceza görür vb... Yeni nesillere kaynaklık edebilmesi için evlenmesi, çocuklarını bakıp büyütmesi gerekir. Onlarla olan ilişkilerdeki süreçler dünyevî nitelik taşır. Üst soyu ile ilişkilerinin hukukten sorunsuz içinde sürdürülmesi sağlanmalıdır. Öldüğünde de malının varislerine intikalinde sorun yaşanmaması veya yaşandı ise bu sorunların âdil bir biçimde çözülebilmesi için her ne kadar hukuk, dünyevîlik vasfı ile ön plânda imiş gibi görünse de, hukuk sistemi kurulurken aslî ilkeler göz önünde tutulmalıdır. Ayrıca Allah'ın insana, tüm hayatı boyunca yüklediği (teklif-mükellefiyet) bazı görevler vardır. Hatta bunların kimisi, sadece kul ile Allah arasındaki ilişkiden doğar. İlginç olan taraf, bunların ne şekilde yürütüleceğinin de hukukçular tarafından aydınlığa kavuşturularak, herkesçe benimsenen kâidelere bağlanmasıdır. Soyut

taran, Murteza Bedir, "Fıkıh to Law: Secularization Through Curriculum", **JSTOR: Islamic Law and Society**, Vol. 11, No. 3 (2004), s. 379 (<http://www.epnet.com/ehost>) (15 Kasım 2005). Bundan başka bir de *millet* anlamı bulunmaktadır. Şeriatın suya benzetilmesinin nedeni, hem doğru bir yol çizmesi, hem de insanlar suyu içtiğinde akıl, ruh ve bedenen canlılık vermesidir (Zeydan, **İslâm Hukuku**, s. 69). Ayrıca kanaatimizce suyu yukarıya doğru takip edildiğinde, mutlaka kaynağa ulaşılması bakımından, bir tür sağlamlık ve doğruluk garantisi vermektedir.

<sup>103</sup> Doktrinde, İslâm hukuku tabirinin fıkıh yerine kullanılmasının nedeni olarak, son dönem yenileşme hareketleri sonucunda Avrupa'dan yapılan tercümelemlerin etkin olduğu ileri sürülmektedir (Ekinci, **İslâm**, s. 17. *Schacht* gibi nisbeten daha eski kaynaklar İslâm hukuku (Islamic Law) terimini kullanırken, daha yeni çalışmalarda, Batılı kaynaklarda da Fıqh (fıkıh), waqf (vakıf) gibi ifadelerin terim olarak aslı gibi, kullanıldığı dikkat çekmektedir. Fıkıhta insan davranışlarının sınıflandırılması ve *şeriat*, *fıkıh*, *hukuk*, *kanun* kavramları hk. ayrıca bk. Bedir, **Curriculum**, s. 379-380.

<sup>104</sup> Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 90; Zeydan, **İslâm Hukuku**, s. 154.

<sup>105</sup> İslâm hukukuna göre bireylerin hayattaki tüm hukukî iş ve ilişkileri; kişi ile Allah, kişi ile kişi, kişi ile toplum, toplum ile diğer toplumlar arasında meydana gelir (Zeydan, **İslâm Hukuku**, s. 30-31).

hükümün somutlaşması; uhrevî olanın dünyevileşmesi gerekmektedir. İşte burada hukukun dinî boyutu devreye girmektedir. Çünkü hukuk (fıkıh) insanın sadece dünyevî değil, dinî hükümler bakımından da, lehine ve aleyhine olacak şeyleri bilmesi biçiminde tanımlandığından, bir İslâm hukukçusu aynı zamanda din adamıdır da... Hukuku en iyi bilenler –dinî ve dünyevî boyutu ile- onu aynı zamanda en iyi uygulayanlardır<sup>106</sup>.

### 3. Fıkıhın Kısımları

İslâm hukuku, usûl ve fûrû' olmak üzere en başta iki kısma ayrılmasının Mecelle'ye yansıyan bir yönü vardır. Çünkü sadece hâkim veya hukukçunun, önüne gelen sorun karşısında bir hukukî çözüm üretmesi önemli değildir; asıl önemlisi, bu çözümün aslı kaynaklara uygunluğudur. Kaynaklardan nasıl hüküm çıkarılacağını düzenleyen ve tarihte hiçbir yerde rastlanmayan bir bilim dalı olan usûl-i fıkıh<sup>107</sup>, gelişimini ve ilerlemesini, *Mâturidî*, *Kassâs'ür-Râzî*, *Debûsî*, *Serahsî*, *Pezdevî* ve *Yüsri* gibi Orta Asyalı Türk hukukçularına borçludur<sup>108</sup>. O nedenle hukukçu hem, dayanması gereken iki sağlam sütun olan *adalet* ve *doğruluğa*; hem de bunların da kökeninde/kaynağında bulunduğunu kabul ettiği Allah'ın kurallarına uymalıdır. Adalet ve doğruluğun nasıl sağlanacağı, aslı kaynaklarda –en azından genel ilkeler bazında- ifade edilmiştir.

Bir hukuk sisteminin dini esas alması, yeni ihtiyaç ve durumlara uyum yeteneğinin olmadığı anlamına gelmemektedir. İslâm hukuku, hem yatayda, farklı coğrafya ve insan topluluklarının uygulamalarında, toplumların hayatına uyum sağlayıcı nitelikte olup, hem de dikeyde, tarihî gelişim içerisinde değişerek<sup>109</sup>, gelişerek ve dönüşerek bir sistem hâline gelmiştir. Hem farklı toplumların örf-âdet hukuklarına göre hem de tarihî şartların etkisi altında şekil değiştirmiştir. Şüphesiz, Avrupa geleneğine sahip bir toplumun, -genel ilkeler aynı olmakla beraber örfler bakımından- İslâm hukukunu uygulayış biçimi ile Ortadoğu'da örf-âdeti farklı olan bir insan toplumununki farklı olacaktır. Örneğin, İslâm dini ilk dönemlerde,

<sup>106</sup> Sözlükte fıkıh bir şeyi anlamak, idrak etmek, vâkif olmak, bilmek demektir. Hukukî terim olarak manası ise, yapılan işler yönünden, nefsin lehine veya aleyhine olanı bilmektir (İbrahîmi Halebî, **İzahlı Mülteka El Ebhur Tercümesi**, (Çev. Mustafa Uysal), C. I, İstanbul t.y., s. 7, 16, dn. 1). Fıkıhın esaslarını delilleri ile birlikte bilen (bilgili) ve uygulayan (erdemli) kimselere fakih denmektedir. Bilmek fiili, kendi hayatında da yaşamak ve uygulamayı da kapsadığından, hukukçunun faziletli olması ayrıca belirtilmelidir. Çünkü bir bakıma "Fıkıh, ilimle ameldir" (bildiğini uygulamaktır) (Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 33); Mehmed Seyyid, **Usûl-i Fıkıh-Medhal**, (Hazırlayan: Selçuk Camcı), (Akademi yayınları), İstanbul, Şubat-2011, s. 63; Sungurbey, **Ebül-Ulâ Mardin**, s. 77. Müçtehit hukukçuluk sıfatları arasında, kâmil ahlâk sahibi olmak da yer almaktadır (Muhammed bin Abdülazim, "**El-Kavlû's-sedîd Risalesi**", s. 79). Aynı özelliğe vurgu yapan günümüz hukukçuları da vardır. *Özkes'e* göre, iyi bir hukukçunun sahip olması gereken vasıflar olan kavramlara, kurumlara, kurallara, kaynaklara hâkimiyeti ifade eden "**4 K**" kuralına bir de bunları uygulayacak hukukçuya izafeten "kendine" hakimiyet eklenmelidir. Romalı hukukçulara göre de hukuk, iyilerin ve doğruların sanatıdır (*Ius est ars boni et aequi*) (Muhammed Özkes, **Sorular/Şemalar/Örneklerle Temel Hukuk Bilgisi**, 3. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2012, s. 26-28.

<sup>107</sup> Bedir, **Curriculum**, s. 380-381.

<sup>108</sup> Sungurbey, **Ebül-Ulâ Mardin**, s. 44, dn. 41.

<sup>109</sup> Halil İnalçık, "**Tarih ve Akademi**", Tüba Konferansları, Ankara 2001, s. 5.

mevcut coğrafyada yaşayanların eski ve fakat erdemli uygulamalarının sürmesine imkân tanımıştır. Mevcut uygulamaların bir kısmının ise, ıslah edilerek sürdürülmesi sağlanmıştır. İslâm inancının genel ilke ve esaslarına aykırı olan örfler ise kaldırılmıştır. İslâm hukukunu benimseyen farklı egemenlik alanları olan ülkelerde, genel esaslar (akâid) değişmemekle beraber, aile hukuku ve muamelat gibi günlük hayatı düzenleyen uygulamalarda farklılıklar olabilir. Bu gerçek, ulemâ tarafından da kabul edilmiştir<sup>110</sup>.

### **Ç. Mecelle, Uygulama Alanı Bakımından Lâik Bir Nitelik Taşımaktadır**

İnsanlar tarih boyunca evlenme, çocuk sahibi olma, çocuğa isim koyma, hukukî bir işlem yapma, bir mal sahibi olma gibi medenî ilişkilerine genellikle bir uhrevî boyut katmak, bir tür Tanrısal/kutsal nitelik vermek istemişlerdir. Türkler İslâm dinini kabul ettikten sonra, dünyevî nitelik taşıyan bu gibi işlemlerini İslâm dininin kuralları ile ve seçtikleri mezhebin görüşü doğrultusunda yapmayı tercih etmişlerdir.

Ancak devlet içerisinde farklı din ve inanç mensubu insanlar da vardı. Dini referans alan bir devlet olmakla beraber Osmanlı Devleti bu dine inanmayanlar için de farklı statüler oluşturmuştur. Onlar hakkında özellikle İslâm hukukunun özel hukuk kurallarının tamamı uygulanmayabilirdi. Osmanlı Devleti çok uluslu bir imparatorluk olarak, farklı inançtaki insanları, İslâm hukukuna zorlamamış, medenî ilişkilerine kendi inançları doğrultusunda kutsallık katma veya dünyevileştirme uygulamalarında onları serbest bırakmıştır.

Devletin son dönemlerinde ise bu sistem, iç ve dış sebeplerle etkin bir biçimde uygulanamayınca, 1869 tarihinde Tâbiyet-i Osmaniye Kanunnâmesi kabul edilerek, dine göre değil, devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olma ölçütüne göre, tüm tebaa, kural olarak aynı hukuka bağlanmıştır. Ancak aile ve miras uyuşmazlıkları, Müslümanlar için, şer'î mahkemelerde; diğer din mensupları bakımından ise kendi usûllerine göre çözülmeye devam edilmiştir. Bu durumda Mecelle, Nizamiye Mahkemelerinde uygulanmak üzere yapılan ve dine göre bir ayrıma gidilmeden herkese uygulanması ön görüldüğü için, uygulama alanı bakımından, laik bir kanundur<sup>111</sup>.

### **D. Komisyon Tarafından, Parçalar Hâlinde Hazırlanıp Yürürlüğe Konulmuştur**

Mecelle, 1868'den 1876'ya kadar parça parça hazırlanıp, tamamlanan kısım yürürlüğe konulmuştur. Mecelle çalışmalarının sonuna kadar götürülmesi, heyet üyeleri bakımından oldukça zorlu bir süreçti. Her ne kadar Mecelle, bir komisyon tarafından hazırlanmış ise de, bu konuda *Ahmed Cevdet Paşa*'nın ne kadar disiplinli ve özverili çalıştığı bilinmektedir<sup>112</sup>. Mecelle Cemiyeti, görevde bulunduğu süre

<sup>110</sup> İnalçık, "Tarih ve Akademi", s. 5. Örf ve âdetin İslâm hukukundaki yeri hk. bk. Zeydan, **İslam Hukuku**, s. 47, 105-106.

<sup>111</sup> İlhan, **Mecelle**, s. 21.

<sup>112</sup> Mardin, **Ahmed Cevdet Paşa**, s. 74-75; Sungurbey, **Ebül-Ulâ Mardin**, s. 48.

zarfında, sadece kanun komisyonu olarak değil; devlet daireleri ve hatta Meşihatın dahi hukukî görüş sorduğu bir danışma kurulu şeklinde görev yapmıştır<sup>113</sup>.

Heyet üyeleri, aynı zamanda devlet memuru da oldukları için, bazıları taşraya tayin edilmişler, bazılarının ise çeşitli mazeretlerle yerlerini terk etmeleri gerekmiştir. Bir yandan devletin ileri gelenleri ve Sadrıazam Âli Paşa, Fransız Cod Civil'ini tercüme ettirerek, Medenî Kanun olarak benimsetme çabası içinde idi. Öte yandan devrin şeyhülislâmı, fıkha ilişkin bir konunun neden Divan-ı Ahkâm-ı Adliye tarafından çalışıldığına anlam veremediğinden, usûl bakımından Mecelle'ye karşı çıkmıştır<sup>114</sup>. Bu yüzden parçalar hâlinde yürürlüğe koyma yöntemi bilinçli olarak seçilmiştir. Her kitabın sonunda onu hazırlayan üyelerin imzaları vardır.

Zaman içerisinde metni hazırlayan heyetin üyelerinde değişiklikler olması, kaçınılmaz olarak dile ve anlatımdaki bütünlüğe de yansımıştır. Mecelle çalışmalarının başından sonuna kadar heyette bulunan üyeler, *Seyyid Halil Efendi*, *Seyfüddin Efendi* ve *Ahmed Hilmi Efendi*'lerdir<sup>115</sup>. *Ahmed Cevdet Paşa*, cemiyet çalışmalarını sürüncemede bırakmak isteyenlerce, birçok defalar üyelikten alınarak, ilki Bursa valiliği olmak üzere, Maraş, Yanya ve Suriye valiliklerine sürülmüştür. Fakat kısa zamanda eski yerine dönmüştür. Büyük kısmı *Ahmed Cevdet Paşa*'nın varlığında hazırlanmasına rağmen tamamlanmasında bulunamadığı "rehin"<sup>116</sup> ile yokluğunda hazırlanan "emanet" hakkındaki beşinci ve altıncı kitapların sonunda adı ve imzası yoktur<sup>117</sup>. Ancak dışarıda bulunduğu dönemlerde de Mecelle ile olan bağıni kesmemiştir. Örneğin, Yanya'da iken, "vefâ" akdine ilişkin bir risale hazırlamış ve Mecelle Cemiyeti'ne göndermiştir<sup>118</sup>.

### E. Mecelle, Meseleci (Kazuistik) Yöntemi Özgün Bir Biçimde Kullanmıştır

Mecelle hazırlanırken soyut (mücerret) değil, somut (müşahhas) yöntem kullanılmıştır. Düzenlemelerde, *tiplerleştirme* yapılmamış; her konu için ayrı ayrı

<sup>113</sup> Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı*, s. 73.

<sup>114</sup> Hayri Mutluçağ, "Fatih Me'zunlarından Cemiyet-i İlmiye-i İslâmiye Vekili Şeyh Alzâde Hoca Muhyiddin Efendi'nin II. Sultan Abdülhamid'e Sunduğu, 27 Cemâziyelâhir 1314 Tarihli Arzısı", (Belgelerle Türk Tarihi Dergisi, C. I, S. 1, Ekim 1967, s. 17, belge: 11, s. 18)den aktaran, Sungurbey, *Ebül-Ulâ Mardin*, s. 48, dn. 45 a.

<sup>115</sup> Hacı Reşid Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 28.

<sup>116</sup> Kendisinin mühürlemediği rehin kitabında da Hanefi mezhebinin ayırt edici özelliklerinden biri olan "alacaklı elinde karşılık telef olursa borcun sâkit olacağı" hükmü unutulmuştur. Bu eksiklik de Ahmed Cevdet Paşa tarafından başka bir düzenleme ile giderilmiştir (Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 85; Sungurbey, *Ebül-Ulâ Mardin*, s. 126; Mehmet Akif Aydın, "Kitab'ül Vedia ve Ahmed Cevdet Paşa" *Ahmed Cevdet Paşa Sempozyumu*, 9-11 Haziran 1995 (TDV Yayınları), Ankara 2009, s. 329.

<sup>117</sup> Hacı Reşid Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 27; Ahmed Cevdet Paşa, *Ma'rûzât*, s. 220; Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 85, 116; Sungurbey, *Ebül-Ulâ Mardin*, s. 51; Aydın, *Vedia*, s. 329; Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı*, s. 74. Vedia kitabının, hem içerik ve şekil hem de teknik bakımdan bütüne ne kadar uyumsuz olduğu aşikârdır. Sonradan bu kitap Ahmed Cevdet Paşa tarafından toplatılıp; bütüne uyumlu şekilde ve eksikleri giderilmek suretiyle; kendi deyimiyle "eki belli edilmeksizin imha" edilerek yeniden yazılıp dağıtılmıştır (Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 93-95; Aydın, *Vedia*, s. 330).

<sup>118</sup> Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 336; Sungurbey, *Ebül-Ulâ Mardin*, s. 51.

genel esaslar oluşturulmuştur. Bu yaklaşım, İslâm hukukunun tarihî kaynaklarındaki düzenleme biçimine daha uygundur<sup>119</sup>. Fakat Mecelle bunu, külli kaidelerle birleştirmek biçiminde özgün bir tekniğe dönüştürmüştür. Kanun maddesinde önce hüküm, altında da açıklaması yer almaktadır. Böylece hükmün açıklaması da kanunun lâfzına dâhil edilmiştir. Doktrinde bu yöntemi, “1924 Anayasası döneminde, TBMM’ne tanınmış olan *tefsir kararı (yasama yorumu)* çıkarma ayrıcalığı-nın, kanun metninde kullanılması” olarak tanımlayan görüşler vardır<sup>120</sup>.

Maddelerin altında hem açıklamalar hem de örneklerin bulunması, Mecelle’ye bir hukuk kitabı özelliği katmakta; kendi mantığını ortaya koyması ve anlaşılmasını kolaylaştırmaktadır. O dönemde insanlar bilmek istedikleri hükümler hakkında fetvâ alarak davalasmadan önce haklı olup olmadıklarına dair sonucu öğrenmek isterlerdi. Herkesin anlamasını kolaylaştırmak için de örnekleme yolu seçilmiş olmalıdır. Kanaatimizce bu düzenleme şekli, alanında ilk metin olmasından da kaynaklanmaktadır.

Mecelle, fıkıh kitaplarında dağınık durumda olan hükümleri özet bir şekilde sokmuştur. Her mesele için verilen fetvâ örneklerini, sadece kanun metnini açıklamak için örnek olarak kullanmış, aynı konuda birbirine yakın fetvâları metne katmamıştır. Bu yönü ile kendisinden beklenen, hem yazılı kanun olma ve hem de hukukta birlik ve bütünlüğü sağlama işlevini yerine getirmiştir. Külli kaidelerle birlikte değerlendirildiğinde, görünüşte meseleci metot kullanılmış, fakat soyut bir düzenleme amaçlanmıştır. *Belgesay’a* göre, kanunun diğer maddeleri ne kadar meseleci bir anlayışla hazırlanmış olsa da, külli kâideler o kadar modern anlamda bir genelliğe sahiptir<sup>121</sup>.

Kanunun kısımları arasındaki bağlantıyı, bütünlüğü ve kaynaştırmayı sağlamak üzere metne eklenen genel hükümler sayesinde, Mecelle’yi, kazuistik yaklaşımla kurgulanmış, sadece hukuk uygulamalarını yazılı hâle getirmiş gibi anlayan ve algılayan görüşlere katılmak mümkün değildir. Birçok kaynakta Mecelle’nin, kazuistik bir metin olduğu ifade edilmektedir. Bu yöntemin, İslâm hukukunun ilk dönemlerinde kullanıldığı söylenebilir de<sup>122</sup>, 1869–1876 yıllarına gelindiğinde, artık hukukun genel kısmı ile özel kısmı arasındaki ayrımla birlikte hukukun genel ilkeleri de iyice belirginleşmişti. Külli kaideler, sonradan ortaya çıkabilecek ve hakkında hüküm bulunmayan bir uyuşmazlığa uygun hükmü, tespit edebilecek şekilde, -en önemlisi aynı kitap içerisinde- yer almıştır<sup>123</sup>. Dönemin hukukçuları

<sup>119</sup> Schacht, **Giriş**, s. 209, prg. 205-206.

<sup>120</sup> Yusuf Karakoç, “**Sunuş**” Yazısı, (C. İlhan, Günümüz Türkçe’siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) Aslı ile Birlikte Tam Metin, Ankara 2011). s. 8.

<sup>121</sup> Mustafa Reşit Belgesay, “Mecelle’nin Külli Kâideleri ve Yeni Hukuk”, **İHFİM**, C. XII, S. 2-3, s. 561-608, İstanbul 1946, s. 564.

<sup>122</sup> Aydın, **Tarih**, s. 63, 431.

<sup>123</sup> İslâm hukukçuları H. III. yüzyıldan itibaren genel ilkeleri (külli kaideler) belirlemeye başlamışlardır. Hanefiler’de Ebû Tahir ed-Debbas, Kerhî, Debûsi, İbn-i Nüceym, Şafiilerde İmam’ül-Harameyn el-Cüveynî, İzzu’bni-Abdüsselâm, Süyûtî; Mâlikilerde Karafî, Hanbelilerde İbn-i Receb bu konudaki ilklere sahiptir. Konu ile ilgili diğer eserler için bk. *Zerkâ*, II, s. 951-961; *Zümeylî*, “El-Kavâid-ül Fıkhiyye”, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyet-ül Bahsi-l İlmî, C. V, s. 11 (1402-1403), s. 17-24’dan aktaran Aydın, **Tarih**, s. 64.

Roma hukukundan ve onun sistematüğinden de haberdardı. Mecelle'de bunların örnek alınmamasının nedeni kanaatimizce, Hukuk Sisteminin özgünlüğünü muhafaza edebilmektir.

## F. Mecelle, Külli Kaideler (Hukukun Genel İlkeleri) Tesis Etmiştir

Mecelle'nin mukaddimesinin ikinci makalesinde yer verilen ve *Debûsî*'den ilham alarak *İbn-i Nüceym*'in başlattığı akım doğrultusunda hazırlanan, 99 adet küllî kaide<sup>124</sup> vardır. Bunlar aslında "hukukun genel ilkeleri"nden başka bir şey değildir. Kâide kelimesinin çoğulu, *kavâid* olup, sözcük anlamı ise "esas, ilke, temel"dir. Fıkıhta terim anlamı, bir meselenin veya hukukun bir kısmının hükmünün bilinebilmesi için, o meselenin veya kısmın tamamına (küllisine) ya da çoğunluğuna (ekserisine) uyumu ve uygunluğunu sağlayan küllî/ekserî hükümlerdir<sup>125</sup>. Eski hukukumuzda bu geniş kapsamlı genel hükümlere kavâid-i külliye denirken, özel hükümlere ise -sadece belli bir akdi/konuyu aynı başlık altında zabtettiği/topladığı için- *zâbita* denmekte idi<sup>126</sup>.

Bu ilkelere modern hukuk birçok tartışmalı aşamalardan sonra ulaşabilmiştir. Mecelle'ye göre, hakkında şer'î hüküm bulunmayan hâllerde, öndoğru (müsellemat)<sup>127</sup> sayılan bu maddeler, tek başına bir hükme kaynaklık edemezlerdi<sup>128</sup>. Bu yasak, kişiler arası uyumsuzlukları çözecek hâkim için geçerlidir. Ancak şüphesiz, kamu gücünü kullanan diğer görevliler, işin niteliği gereği, bu ilkeleri doğrudan doğruya kullanabilir veya düzenlemelerine dayanak yapabilirlerdi<sup>129</sup>.

<sup>124</sup> Aslında yaklaşık 500 civarında olan bu kuralların, Mecelle'de Allah'ın 99 ismini sembolize edecek şekilde özetlendiği, *Ali Haydar Efendi* tarafından, belirtilmektedir. Bu şekil, sonraki düzenlemelerde de örnek alınarak klasikleşmiştir (Mustafa Bakır, "Mecelle'nin Küllî Kâideleri ve Ahmed Cevdet Paşa", *Ahmed Cevdet Paşa Sempozyumu*, 9-11 Haziran 1995 (TDV Yayınları), Ankara 2009, s. 318).

<sup>125</sup> *Hamevî*, fi Şerh-i Kavli'l-Eşbah, el-Fenni'l-Evvel, fi'l-Kavâid ve Menâfiu'd-Dekâyık (Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, s. 17, 21); *İbn-i Nüceym*; El-Eşbah ve-n'Nezâir ve Şerhuhü'l-Hamevî, s. 22'den aktaran Zeydan, *İslâm Hukuku*, s. 129. Küllî kaideleri açıklayan ve *Âtîf Bey* tarafından yazılan şerhin künyesi: Maarif Nezâret-i Celîlesinin 12 Haziran sene-i 316 tarih ve 144 numaralı ruhsatnâmesi ile tab olunmuştur, Dersaâdet, (Mahmud Bey) Matbaası, Babiâli civarında Ebûssuud caddesinde numara 72, 1318 (*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavâid-i Külliye Şerhi*, Dersaâdet Mahmud Bey Matbaası, Bâbiâli civarında Ebussuud Caddesinde numara 72, (İstanbul) 1318, (Kavâid). Ayrıca bk. aynı cildin içinde *Âtîf Bey*, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavâid-i Külliye Fıkhının İzahı*, Dersaâdet (Mahmud Bey Matbaası, Bab-ı Ali civarında Ebûssuud Caddesinde numara 72), 1318.

<sup>126</sup> Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 21. Ayrıca kâide, zâbita, eşbah ve'n-nezâir, nazariye, fûruk, prensip ve külliyyat tâbirlerinin hukuki anlamları ile küllî kâidelerin karşılaştırılması için bk. Abdullah Demir, *Mecelle ve Küllî Kâideler*, (Işık Akademi Yayınları), İzmir, Mart 2011, s. 15-25.

<sup>127</sup> İspatı imkânsız veya çok zor fakat her akliselim sahibinin kolayca ve biraz düşünmekle, tereddütsüz, kabul edeceği gerçeklere müsellemat-öndoğru (aksiyom/postulat) denir (Belgesay, *Yeni Hukuk*, s. 564).

<sup>128</sup> Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 7; Belgesay, *Yeni Hukuk*, s. 564; A. Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, (Çeltüt Matbaası), İstanbul tarihsiz, s. 108; Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı*, s. 82.

<sup>129</sup> Belgesay, *Yeni Hukuk*, s. 563.



Genel hukuk ilkeleri tesis etme geleneği, İslâm hukukunun ilk devirlerine dayanmaktadır. İslâm dini, hayatın her alanını kapsayan genişlikte genel ilkeler tesis etmiştir. Peygamberimiz, karar alma, yürütme ve yargı işlerini de yapmıştır. Kendisi, kanun koyucu, uygulayıcı, fetvâ makamı ve yargıç idi. Ancak Peygamber Hz. Muhammed (S.A.V) bir gün ebediyete irtihal edeceğini bilmekte idi. O yüzden yargılamalar halkın huzurunda yapılır ve böylece halkın da uygulanan yöntem ve ilkelerden haberdar olması sağlanırdı<sup>130</sup>. Bu yapılırken asıl gâye, münferit olayların bilinmesi değil, her olaya uygulanabilecek genel esasların oturtulması idi. Bunlar hukukun özleridir. Bir düzenleme yapıldığı zaman, ne maksatla yapıldığının herkesçe anlaşılması, bir uyuşmazlık çözülyorsa, benzer bir başka uyuşmazlıkta hüküm çıkarırken bu genel ilkelere uygun muhakeme yapılarak doğru sonuca ulaşılabilmesi sağlanmalıydı. Fıkıhtaki küllî kaidelerin kökeni, bu geleneğe dayanmaktadır<sup>131</sup>. Genel esasları bilen hukukçu, olaya bütünsel bakabilir, çözümünü gereken sorunu anlayabilir ve dahası tanımlayabilir. Kanunları veya hukuk konularını bilmek ile, sorun çözmek farklı şeylerdir. Sorun çözmeye hukukun özlerine hâkimiyet ön plâna çıkmaktadır<sup>132</sup>.

Küllî kaideler, hukuk dallarına ait genel esaslardan farklı ve geniş kapsamlıdır. Hukukun genel ilkeleri, örneğin, Borçlar Hukuku'nun satım akdine ilişkin genel ilkelerinden farklı olup, sadece Borçlar Hukuku'nda değil her hukuk dalında uygulanabilir<sup>133</sup>.

Mecelle'de hem bugünkü anlamda hukukun genel ilkeleri olarak nitelendirilen kâideler hem de Borçlar Hukuku'nun genel kısmında yer alan genel esaslar bulunur. Ayrıca da özel olarak satım, kira, bağışlama, havale, vekâlet gibi başlıklar altında kendine ait kısımda (kitap) ayrıntılı hükümler vardır. Bu durum, günümüzdeki modern Borçlar Kanunu'ndan çok da farklı değildir. Bugün de, başlangıçta biraz daha ayrıntılı olmakla beraber, bir genel esaslar kısmı, ardından her akde ilişkin özel hükümlerin yer aldığı borçlar özel kısmı bulunmaktadır.

Örneğin, Mecelle'nin üçüncü maddesinde satım (bey'), kira (icâre), havâle, rehin, bağışlama (hibe), kefâlet, vekâlet, şirket gibi hukuki işlemlerde uygulanacak genel esaslara yer verilmiştir. Fakat ayrıca 304'üncü madde, sadece satım (bey') akdini düzenlemektedir. 404'üncü maddeden itibaren ise, kiraya ilişkin özel hükümler başlamaktadır.

Mecelle, küllî kâideler ve içerdiği yargılama usûlüne ilişkin hükümler sayesinde sadece Borçlar Hukuku alanına değil, Kişinin Hukuku, Aile ve Miras

<sup>130</sup> Bu dönemde, küllî kaidelerle düzenlenmeye uygun olan itikat, inanç ve ahlâk esasları üzerinde çok durulmuş; fakat, muamelâta ilişkin fer'î hükümler açıklanmayarak, İslâm toplumunun hukukçularının içtihatlarına bırakılmıştır (Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 18). Ferhat Koca, "İslâm hukuk Düşüncesinde Değişimin Gerekliliği", **İslâm Fıkhnının Dinamizmi (Sempozyum Tebliğ ve Müzakereleri)**, 22 Mart 2003, (Ed. Yunus Vehbi Yavuz), Kur'an Araştırmaları Vakfı-Kurav Yayınları, Bursa 2006, s. 37-38.

<sup>131</sup> Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 16-17.

<sup>132</sup> Cengiz İlhan, **Mecelle-Hukukun Doksan Dokuz İlkesi, Eski Hukukun "Mecelle"nin Doksan Dokuz Genel Kuralının Çevirisi, Yorumu ve Günümüz Hukuku ile Karşılaştırılması**, İstanbul Ekim-2003, s. xx.

<sup>133</sup> Demir, **Küllî**, s. 31.

hukuku ile Ukubat ve Uluslararası Hukuka dahi kaynaklık edebilirdi<sup>134</sup>. “Bir işten maksat ne ise, hüküm-i şer’i ona göredir” (m. 2), “İçtihat, içtihat ile nakzolunamaz” (m. 16), “Zaruretler şer’an memnû olan şeyleri mübah kılar” (m. 21), “Bir zarar kendisinden büyük bir zarar ile izâle olunamadığı gibi, kendi misli ile dahi izâle olunamaz” (m. 25), “Ezmânın tebeddül ve tağayyürü ile örf ve âdete mübtenî olan ahkâmın tağayyürü inkâr olunamaz” (m. 39), “Mâni’ ve muktezî te’âruz ve içtima ettikte mâni’ takdim olunur” (m. 46) ilkeleri buna örnek verilebilir<sup>135</sup>.

## G. Mecelle, Nakle Dayalı Bir Sistemi Esas Almıştır

### 1. İslâm Hukukunun Kaynakları Bakımından Naklin Önemi

İslâm hukuku temelde nakle dayanır<sup>136</sup>. Çünkü, İslâm hukukunun iki aslı kaynağı, İslâm dininin kutsal kitabı olan Kur’an-ı Kerim ve Peygamberimiz Hz. Muhammed’in (S.A.V) söz (hadis) ve uygulamaları olan Sünnet’tir. Diğer iki aslı kaynak, icmâ ve kıyas bu ikisine aykırı olamamaktadır. *Snouck-Hurfonje*, Kur’an-ı Kerim ve Sünneti, fıkıhın tarihî kaynağı; İcmaı, fıkıhın dogmatik esası; Kıyası ise, fıkıhın mantikî esası olarak tanımlamaktadır<sup>137</sup>.

Kur’an, Peygamberimiz tarafından Allah’tan nakledilmiştir. Sünnet de, başta Hz. Muhammed’in (S.A.V) etrafındaki ailesi, dost ve arkadaşları tarafından nesilden nesle aktararak bugüne kadar getirilmiştir. İslâm hukukçuları, sünnetin muhafazası için, aktaranların güvenilir kimseler olup olmadığını göz önüne alarak bunları sınıflandırmışlar ve bu uygulamadan, Hadis Bilimi doğmuştur. “*Tâbîler ve tâbîlere tâbîler*” (tâbiin ve tebe-i tâbiin)<sup>138</sup> diye de isimlendirilen dönemde, hadislerin toplanması gereği ortaya çıkmıştır. Emevîlerin ünlü halifesi Ömer bin Abdülaziz’in, mevcut tüm hadisleri toplamakla görevli memurlar tayin etmesi, aynı zamanda büyük bir tedvin etkinliği kabul edilmektedir<sup>139</sup>.

Nakilci yaklaşım, sonradan gelen yeni nesil hukukçuların önceki büyük müçtehitleri takip etmesinde de bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar Ebû Hanife, fıkha ilişkin sistematik bir eser yazmamış ise de, o döneme kadarki tüm müçtehitler, Kur’an ile karıştırılmasını diye, fetvâ ve içtihatlarını yazmaktan

<sup>134</sup> Ahmet Şimşirgil-Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, İstanbul 2007, s. 32.

<sup>135</sup> Âtîf Bey, *Kavâid*, s. 6, 23, 27, 33, 48, 54. Külli kâidelerin çoğunluğu Eşbah’tan tercüme ile alınmıştır. Diğerlerinin de kaynakları ile tablo şeklinde gösterimi için bk. Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 179-186.

<sup>136</sup> Mahmud Es’ad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 228; Ali Haydar Efendi, *Şerh*, C. I, s. 1 vd; Ansay, *İslâm Hukuku*, s. 12.

<sup>137</sup> Seviğ, *Fıkıh*, s. 222. Deliller Hk. bk. İbn Teymiyye, “*Raf’u’l-Melâm Risâlesi*”, s. 48.

<sup>138</sup> Ashab, tabiler ve onlardan sonrakileri kapsayan üç dönemde yaşamış olan âlimlere, *kurûn-i selâse ricâli* denir (Çeviren ve Yayına Hazırlayan: Hayreddin Karaman) *İctihad Taklid ve Telfik Üzerine Dört Risâle, İbn Teymiyye, Abdullah bin Abdülazim, Şah Velîyyullah, Senhûri*, (İz Yayın-cılık), 2. Baskı, İstanbul 2004, s. 28.

<sup>139</sup> Bu dönemde hukuk ilmi ile uğraşanlar ve en ünlü hukukçular çoğunlukla Arap olmayanlar (mevâlî) idi. Araplar savaş ve yönetim faaliyetleri ile ilgilenirlerdi (Ekinci, *İslâm*, s. 71-72). Hadislerin güçlülüğü ve zayıflığı ile ilgili olarak bk. İbn Teymiyye, “*Raf’u’l-Melâm Risâlesi*”, s. 40.

çekinmişlerdir. Hadisler bile, bir müddet, Kur'an sabitlenip yerleşinceye kadar yazılmamıştır<sup>140</sup>.

Diğer ilâhi dinler bu yüzden bozulmuş, içlerine zamanla ilâhi olmayan kimi kişisel görüşler karışmıştır. Hatta kutsal kitaplar, onu yorumlayanların kendi kişisel görüşlerine göre değiştirilmiştir. Aynı sonucun Kur'an'ın da başına gelmemesi için, hukukçular çok titiz davranmışlardır. Kur'an'da olmayan bir hükmü, varmış gibi göstermek ya da mevcut bir emir/yasağı yokmuş gibi yorumlamak en çok çekinilen hususlardandır. Bu durum hukukçuya, büyük sorumluluk yükler. O nedenle İslâm hukukçuları hüküm çıkaracak olan müçtehitlerin niteliğine büyük önem vermişlerdir. Nitekim İslâmiyet'in I. ve II. yüzyılında müçtehitler giderek çoğalmıştır. Nass ile çözülemeyerek, içtihadla ihtiyaç gösteren durumlarda akıllardaki ve bilgilerdeki farklılık (tefâvüt-i ukûl ve mâlûmat) nedeniyle tüm bu müçtehitlerin aynı görüş üzerinde birleşmeleri mümkün olamamaya başlamıştır. Hukukî meselelerde artış ve çeşitlenme olmuştur. Ayrıca Peygamberimizden hadis nakleden yakınları azalarak tükenmiştir. İkinci ve üçüncü kuşaklara gelindiğinde, hukukî olan farklılıklar bağlamında<sup>141</sup> görüş ve içtihatlar çoğalmış, bunların toplanması ve kanunlaştırılması zorunluluğu hâsıl olmuştur<sup>142</sup>.

## 2. Mezhep Görüşlerinin Nakledilmesinin Önemi

İslâmiyet'in ilk yüzyılında Peygamberimiz hayatta iken yargılama ile görevlendirdiği kişiler toplumda bilinir hâle gelmişti. Ashab ve onları izleyen neslin hukukçuları, bilgilerinin çokluğu ve sağlığına göre birbirlerinden üstün tutulurdu. Ancak bir âlimin bilmesi beklenen hususlar, sünnetin tamamı değil; çoğudur. Bu devirde hukukun kaynakları, Kur'an-ı Kerim, Sünnet ve Kıyastır. Bu dönemde öne çıkan âlimler, kısmen hadis hafızı, kısmen de fakih idi<sup>143</sup>. Hukukçu (fakih) sahabeler ise, Hz. Ebû Bekir, Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Ali, Hz. Âişe, Abdullah b. Mes'ud, Abdullah b. Abbas, Abdullah b. Ömer, Zeyd b. Sabit, Muaz b. Cebel ve Musa el-Eş'arî (R.A.) dir<sup>144</sup>.

Peygamberimizin irtihâlden sonra, teşrî devri sona ermiş ve içtihat dönemleri başlamıştır. Bu işle görevli kimseler, uyumsuzluk çözmede kaynak sıralamasına uymalıydı. Nerede, ne hüküm olup olmadığını bilmeliydi. Bilemediği durumda ise, bilenlere danışma zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyaçtan dolayı da fetvâ müessesesi yerleşmiştir. Ancak kimse kendisini, tek bir âlimin fetvâlarına bağlı kalmaya veya bir müftinin tüm fetvâlarını toptan kabule zorunlu hissetmemiştir<sup>145</sup>.

Bir süre sonra hadisler gibi, fetvâ ve içtihatların da yazılması zorunlu hâle gelmiştir. Hanefî fikhını ve İmam-ı Âzam'ın usûl ve maddî hukuka ilişkin görüşlerini talebeleri, daha dersler esnasında, çoğu zaman onun gözetimi ve denetimi altında toplamış ve yazmışlardı. Hanefî fikhının dayanağını teşkil eden en önemli eserler

<sup>140</sup> Seviğ, **Fıkıh**, s. 211-212.

<sup>141</sup> Imber, **Ebussuud**, s. 30-31.

<sup>142</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 8; Âtîf Bey, **Kavâid**, s. 8-16.

<sup>143</sup> Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 22; 153; İbn Teymiyye, "**Raf'u'l-Melâm Risâlesi**", s. 35, 39.

<sup>144</sup> Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 24.

<sup>145</sup> Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 74-75; Senhûri, **Telifik**, s. 187; Fendoğlu, **Tarih**, s. 95.

olan *Müsned* ve *El-Âsar*, büyük hukukçunun talepleri tarafından yazılmıştır. Bu yüzden Hanefî fıkhnın da nakil yolu ile intikal etmiş bir sistem olduğu söylenebilir<sup>146</sup>.

Zaman itibariyle daha sonra gelen bir müçtehidin, kendisinden evvelki büyük hukukçulardan birine tâbî olması çoğunlukla yöntem bakımındandır. Bu usûl zamanla, bir tasavvuf yöntemi olan “önden gidenin izine basmak” şeklinde ifade edilen takip yöntemine dönmüştür. Bunun sonucunda bir insan örneğin, Hanefî mezhebini, çok gerekmedikçe, Şafii mezhebinin yöntem ve kavillerini kullanmamalı idi. İnsanlar farklı görüşlerin eş değerde tutulması kuralını suiniyetle uygulayarak, her mezhebin kolay kavillerini seçmek yoluyla hukuku yozlaştırma yoluna gitmemelidir. Ama bazı istisnaî durumlarda farklı mezheplerin görüşlerini uygulamak zorunlu olur ki, buna telifik denmektedir. *Senhûrî*, “Mezheplerin Hükümleri Arasında Telifik” adlı tebliğinde, Mecelle’yi “teşride telifik” açısından değerlendirmiştir<sup>147</sup>. Gerçi Mecelle, sadece Hanefî fıkhnı esas almıştı, fakat eğer hayatiyetini sürdürebilse idi, yapılması düşünülen değişiklikler diğer mezheplerin; günün ihtiyaçlarını karşılamaya daha uygun görüşlerinin de benimsenebilmesi biçiminde olacaktı<sup>148</sup>.

### a. Müçtehitlerin Sınıflandırılmasının Gereği

Fıkhta kaynaklardan hüküm çıkarmak çok önemlidir. Bu nedenle hukuk, usûl ve fûrû olma üzere iki koldan gelişme göstermiştir. Hukukun dayanaklarına (müstened-i ileyh) *usûl-i fikh/ilmi usûl* 149 denir. İslâm hukukunda genel olarak, içtihat yapabilen kimseye müçtehit denir. *Fakih* de müçtehit ile aynı anlamda kullanılan bir sözcüktür. Şer’î hükümlerin ayrıntılı bir şekilde izahını ve sonuçlarını bilen kimselere fakih denir<sup>150</sup>. Kelime olarak *ıctihat* ise, çok zor ve uğraş gerektiren bir işi yapmak için (delillerden hüküm çıkarmak) harcanan zorlu ve meşakkatli bir çabayı ifade etmektedir<sup>151</sup>. Hükümlerin ve delillerin toplanması, tedvini ve meselelerin

<sup>146</sup> Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 216-217; Koca, **Değişim**, s. 39.

<sup>147</sup> Telifikin doğru olmadığını savunan düşüncelere rağmen, İslâm hukukunda çok zengin bir içtihat topluluğu vardır. Bunun iyi kullanılmasının yolu, muteber mezhep görüşleri arasından seçim yapmaktır (Senhûrî, **Telifik**, s. 226-227).

<sup>148</sup> Nitekim hukuk hayatlarına Mecelle ile devam eden ülkelerde bu uygulamaya geçilmiştir. Mısır’da 1920 yılından itibaren dört mezhep kavillerinden seçme yapma işi fiilen gerçekleştirilmiştir (Ahmed Ferec Senhûrî, “Mezheplerin Hükümleri Arasında Telifik” (Tebliğ), (Hazırlayan ve Çeviren H. Karaman) **İctihad Taklid ve Teflik Üzerine Dört Risâle**, (İz Yayıncılık), 2. Baskı, İstanbul 2004, s. 225).

<sup>149</sup> “Usûl”, “asl” ın çoğulu olup, hukuk (fikh) bu asıllara dayanır. Kendisinin üzerine diğerlerinin binâ edildiği şey demektir. Usûl-i fikhin konusu şer’î deliller ve hükümlerdir. Ayrıca örfen, râcih, kâide ve delil anlamlarına da gelir (Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 62, 65-69; Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 30; Gür, **Mecelle**, s. 49-50).

<sup>150</sup> Müftî, bir meselenin şer’î hükmünü öğrenmek için sorulan kişidir. Soruya verilen cevaba fetvâ denir. Usûlde, müftî de müçtehitir. Sorulan her hangi bir soruya gerekli cevabı verebilmeleri için müftülerin de şer’î meseleleri bilmeleri gerekirdi. Zaman içinde bu özelliği kaybeden müftüler, müçtehit değil, ancak “nakleden” (nâkil) haline gelmişlerdir (Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 252). Fetvâ ile kaza arasındaki fark için bk. Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 255.

<sup>151</sup> Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 146; Ansay, **İslâm Hukuku**, s. 26; Senhûrî, **Telifik**, s. 187; Erdoğan, **İslâm Hukukunun Dinamizmi**, s. 21-22.

sistematik hâle getirilmesi (terfi'i) ile uğraşan müçtehitlerin tümü, birbiri ile aynı seviyede bilgi, anlayış ve kavrayış gücüne sahip değildi. Bu bağlamda müçtehitler -farklı mezheplere göre, farklı şekillerde de olsa- aynı maksatla, sınıflandırılmışlardır.<sup>152</sup>

Hukukla uğraşanlar arasında bir de, tüm hukukî delilleri ve hükümleri sadece "bilenler/hıfz etmiş olanlar" vardır ki, onlara ne müçtehit ne de fakih denir. Bunlar, bilmekle beraber hüküm çıkarma (istinbat) gücüne ve yetkinliğine sahip olmadıklarından, sadece taklit edenlerdir (mukallit). Asıl kaynaklardan hüküm çıkarabilen hukukçuları (eshab-ı tahrir), tercih ve temyiz yeteneği bulunan hukukçuların meseleler hakkındaki görüşlerinin ve dayanaklarının toplanıp yazılması ile uğraşan fıkıh kısmına *hulâfiyat* denmektedir.<sup>153</sup> Aşağıda açıklayıcı olması bakımından, Hanefî ekolüne göre yapılmış olan sınıflandırma verilmiştir.

## b. Müçtehitlerin Dereceleri

### aa. Birinci Tabaka Müçtehitler

Müçtehid-i mutlak<sup>154</sup> da denilen en üst seviye hukukçular, içtihat yapabilme yetenek ve hakkını hâizdirler. Bunlar ayrıca, özgün bir içtihat yöntemi de geliştirmişlerdir. Ne yöntem, ne de meseleye bulduğu çözüm bakımından bir başkasına bağlı değillerdir. Bu seviyedeki müçtehitler arasında derece farkı bulunmadığı gibi, yapmış oldukları içtihatlar da aynı değerde olup, biri diğerini ortadan kaldırmaz, geçersiz kılmaz (nakzetmez)<sup>155</sup>.

Bir süre sonra çoğalan müçtehitlerin kimilerininin bağluları ya sınırlı kalmış veya hiç kalmamıştır. Çoğu hukukî işlemlerde -Şafiî fıkıhına uyan müçtehitlere tâbî olan Şiâ ehlî istisna tutulursa- ehl-i sünnet ve'l-cemaatin bütünü, İmâm-ı Âzam Ebû

<sup>152</sup> Mehmed Seyyid, **Dersler**, s. 9; Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 148. Buna dayanak olan hadis ve açıklaması için bk. *Ebû Dâvûd* (İlm, 10); *Tirmizî* (İlm, 7); *İbni Mâce* (Mukaddime, 18; Menâsik, 76); *Dârimî* (Mukaddime, 24); *Ahmed bin Hanbel* (El-Müsne'd, I/437; 3/2254/80, 82; 5/183)'den aktaran Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 153, dn. 121.

<sup>153</sup> İkinci, **İslâm Hukuku**, s. 21.

<sup>154</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 11. Akaidde, akılda daha kolay kalıcı olan şüursel bir anlatımla örneğin, ilk tabaka hukukçular, şöyle ifade edilmiştir:

*Gürûhu müçtehid üçtür hakikat*

*Biri müstanbıt-ı hüküm'ü şeri'at*

*Bunlara müçtehid fi's-şer'i derler.*

*Usûl ve fûrû'u zabt ederler*

*Bunlar bir kimseyi taklid etmez*

*Bunlar bir kimsenin ardınca gitmez*

*Kitab'î Sünnet'î İcmâ'î ümmet,*

*Kıyas ile bu dörde bezl-i himmet*

*İmâm-ı Âzam edip hem üç eimme (Mâlikî, Şafiî ve Ahmed bin Hambel)*

*Fürû için kavânini mühimme*

*Bu dörtten cümle ahkâma şevâhid*

*Çıkarılmış her biri başka kavâid... (İbn-i Âbidin, Mecmüatü'rresail'den aktaran Halebî, **Mülteka**, s. 7, 1. maddesi); Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 458; Senhûri, **Telifik**, s. 188.*

<sup>155</sup> Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 458; Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 203; Ansay, **İslâm Hukuku**, s. 27.

Hanife, İmam Mâlik, İmam Şâfiî<sup>156</sup> ve İmam Ahmed'in (Hanbel) özgün, hukuka uygun ve bağımsız görüşlerine dayanmışlardır. Bu durum kendiliğinden meydana gelen bir ayıklanmadır. İmam Muhammed, İmâm-ı Âzam'dan eğitim almış ve bu eğitimini İmam Ebû Yusuf<sup>157</sup> ile tamamlamıştır. Ayrıca kendisi, bu iki büyük ve sağlam müçtehit hukukçudan aldığı fıkıh meselelerini toplamış, düzenlemiş ve yayınlamıştır<sup>158</sup>.

Bu üç Hanefî doktrin mensubu hukukçu, bazı meselelerde aynı görüşü paylaşırken, bazı konularda görüş ayrılığına düşerek, kimi zaman ikili gruplar hâlinde aynı kanaati paylaşmışlardır. Bu yüzden aynı görüşte olan ikisinden bahsedilirken özelleşmiş adlarla anılmışlardır. İmam-ı Âzam ve İmam Ebû Yusuf'a (aynı görüşü paylaştıklarını ifade ederken) *şeyheyn* (iki şeyh), İmam-ı Âzam ve İmam Muhammed'e *tarafeyn* (iki taraf), İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e ise *İmameyn* (iki imam) (veya *re'yu sahibeyn* 159) denir. Her üçüne birden ise, *Eimme-i selâse* (üç İmam) denmektedir<sup>160</sup>.

### bb. İkinci Tabaka Müçtehitler

İmameyn, her ne kadar birçok konuda hocaları İmâm-ı Âzam'a muhalif olmuşlar ise de, usûlde hocaları ile aynı yaklaşımı benimsedikleri, ona tâbi oldukları ve yolunu izledikleri için, kendilerine mezhep içinde müçtehit (*müçtehid fi'l mezhep*) denir. Bağımsız ve özgün görüşleri vardır. Bu, içtihat yapma yeteneği bakımından bir eksiklik değil, farklılık olduğundan yöntem sahibi hocalardan ayrı bir kategoride değerlendirilmişlerdir<sup>161</sup>.

<sup>156</sup> Şâfiî mezhebine göre hukukçular, bağımsız (müstakil), bağlı (müntesip), mezhepte ve fetvâda müçtehitler olmak üzere dörde ayrılır (Mehmed Seyyid, *Medhal*, s. 220-226). İmam Şâfiî'nin doktrinini içeren ve kendisi tarafından yazılmış olan, *El-Ümm* ve *Er-Risale* adlı iki eseri dilimize çevrilmiş olarak vardır. Muhammed bin Abdülazim, "*El-Kavlu's-sedid Risalesi*", s. 79.

<sup>157</sup> Ebû Yusuf da, gerek kendi görüşlerinin yer aldığı, gerekse hocasının görüşleri bulunan birçok eser vermiştir. Kimi usûl, kimi emâliye ilişkin olan bu eserler; *Kitabü's-Salât*, *Kitabü'z-Zekât*, *Kitabü's-Siyam*, *Kitabü'l-Ferâiz*, *Kitabü'l-Büyû*, *Kitabü'l-Hudud*, *Kitabü'l-Vekâle*, *Kitabü'l-Vesâya*, *Kitabü's-Sayd ve'z-Zebâih*, *Kitabü'l-Gasb* ve *İstibra*, *Kitabü İhtilâfü'l-Emsar*, *Er-Red alâ Mâlik b. Enes*, *Kitabü'l-Harac*, *Kitabü'l-Cevâmi* ve *İmlâ'dır*. Ayrıca *Kitabü'l-Âsar*, *İhtilâfü İbn Ebî Leylâ*, *Er-Red Alâ Siyer-i Evzai'de* hocasının re'ylerini aktarır ve savunur (Ebû Zehrâ, *Ebû Hanife*, s. 225). Zeydan, *İslam Hukuku*, s. 218. Ebû Yusuf'un *Kitabü'l-Harac*'ının; Ali Özek tarafından çevrilmiş olan ve İstanbul 1973 tarihli "*Kitab-ü'l-Haraç*" ile Müderriszade Muhammed Atâullah Efendi tarafından çevrilmiş ve İsmail Karakaya (Ankara 1982) tarafından sadeleştirilmiş olan "*Kitabü'l-Harac*" olmak üzere dilimize çevrilmiş iki nüshasına ulaşabildik.

<sup>158</sup> Hacı Reşid Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 11-12; İmam Muhammed kitaplarının çoğunu Ebû Yusuf'a sunup, okutmuştur. Sadece örneğin, *Mudârabetü'l-Kebir* gibi, "...Kebir" ismini taşıyanlar bunun dışında olup, onlar sadece kendisinin eseridir. İmam Muhammed'in yazmaya eğilimi olduğundan, birçok eser vermiştir. Kitaplarının hepsi, sağlam kaynaklı ve delile dayalı olmak bakımından eşit olmadığı için doktrin bunları; *zâhir rivâyetler* ve *nevâdir* olmak üzere iki kısma ayırmıştır (Ebû Zehrâ, *Ebû Hanife*, s. 235). Zeydan, *İslam Hukuku*, s. 217-218.

<sup>159</sup> Zeydan, *İslam Hukuku*, s. 219; Şah Veliyyullah, "*Ikdu'l-Cid*", s. 146.

<sup>160</sup> Hacı Reşit Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 12; Zeydan, *İslam Hukuku*, s. 219.

<sup>161</sup> Hacı Reşit Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 12; Çağatay-Çubukçu, *İslâm Mezhepleri*, s. 171-173; Zeydan, *İslam Hukuku*, s. 216; Şah Veliyyullah, "*Ikdu'l-Cid*", s. 148; Senhûri, *Telifik*, s. 189. *Ebû Zehrâ*, İbn-i Âbidin'in bu görüşüne katılmamış ve sözü geçen İmameyn'e İmam Züfer'i de ekle-



### cc. Üçüncü Tabaka Müçtehitler

Büyük hukukçulardan kimileri, İmâm-ı Âzam'ın koymuş olduğu usûl ve cüz'i hüküm ve kurallara (fürû') karşı çıkmaksızın, mezhep sahibinden kesin belirlenmiş kural olmayan olaylarda/durumlarda; mezhep sahibinin belirlemiş olduğu usûl ve kuralların gerektirdiği şekilde hüküm çıkarmışlardır (istinbat). Bunlara meselede müçtehit (*müçtehid fi'l mesele*) denir. Bunlar, nassdan değil, meseleden içtihat ederler<sup>162</sup>. Başta gelen temsilcileri arasında *İmam Hassaf*, *İmam Tahavi*, *İmam Kerhî*, *Şems-ül Eimme-i Hulvanî*, *Fahr-ül Pezdevî*, *Fahr-ü'ddin-i Kâdihan* sayılabilir. Bu hukukçular ne asıl, ne fürûda birinci ve ikinci derecedeki hukukçulara muhalefet edemezler. Ancak hakkında nass bulunmayan hükümleri meseleden çıkarırlar<sup>163</sup>.

### çç. Dört, Beş ve Altıncı Tabaka Müçtehitler

*Ebû Zehrâ*, eserinde bu tabakaları ayrı başlıklar altında vermiş, fakat sonunda üç, dört ve beşinci tabakaları birleştirerek tahriç<sup>164</sup> ve tercih olmak üzere iki tabaka saymanın yeterli olacağını belirtmiştir<sup>165</sup>. Fakat *Hacı Reşid Paşa*, dört, beş ve altıyı birlikte ifade etmek sûretiyle tabakalar arasındaki yakınlığı ortaya koymuştur. Buna göre, içtihat derecesine ulaşamamış hukukçulara *mukallid*, yaptıkları faaliyete ise *taklid* denir. Bunlar, *Eshâb-ı tahric*, *eshâb-ı tercih* ve *eshâb-ı temyiz* olacak şekilde 4'üncü, 5'inci ve 6'ncı tabakaları meydana getirirler. Tahriç erbabı hukukçular,

yererek, bu üç talebeyi, hukuki düşüncelerinde özgür; hocalarını taklit etmeyen, kendi görüşlerini oluşturmuş bağımsız hukukçular olarak nitelendirmiştir. Ona göre, İmâm-ı Âzam'dan ders almış olmaları, bağımsız olamayacakları anlamına gelmemelidir. Taklitçi oldukları sonucuna varılamaz. İmâm-ı Âzam'ın, kendi beyanı ile talebeleri hakkındaki görüşü ise şöyledir: "İçlerinde 36 yetmiş adam var. Onlardan 28'i kâdîliğe yarar, 6'sı fetvâ makamına yarar, ikisi ise hem başkâdîliğe hem de fetvâ makamına uygundur, bunlar; Ebû Yusuf'la Züfer'dir". İmâm Muhammed'i saymamış olma sebebi İmâm-ı Âzam öldüğünde, onun henüz 18 yaşında olması ve bu yaşın başkâdîlik bakımından uygun bulunmamasıdır. Yoksa yetkinlik bakımından ele alındığında, İmâm Muhammed, Hanefî fikhinin yazılı hâlde bugüne gelmesini sağlayan kimsedir (Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 222, 223, 234, 456; Zeydan, **İslam Hukuku**, s. 218). *Halebi*'nin Mültekâ el-Ebhûr'unda, bu tabaka *İbn-i Âbidin'e* atfen şiiresel bir dille tanımlanmıştır:

"İkinci müçtehid mezhebtehir pes.

*Ebû Yusuf*, *İmam Muhammed* (R. A) gibi çok kes (kimse)

Eder üstadına bazı hilâfı,

Usûlünde değil kâdir hilâfe,

Budur tahkik, varma itisâfa (varma çekismeye).."*Halebi*, **Mülteka**, s. 7, 2. madde.

<sup>162</sup> Halebi, **Mülteka**, s. 8.

<sup>163</sup> ".Üçüncü müçtehidir fi'l mesâil,

*Tahavi* rütbesinde çok efâdil,

Usûlünde fürû'unda imama,

Değil kâdir hilâfın ihtimama

*İmam-ı Âzam* usûlüne müvâfık

Bulurlar bazı cüz'iyeye mutabık

*İmamundan* yok iken nassı zâhir

Olurlar bunu istinbata kâdir."*(Halebi*, **Mülteka**, s. 8). Şah Veliyyullah, "**İkdu'l-Cid**", s. 146.

<sup>164</sup> Müçtehitlerin, dayandıkları nassları, asılları, kaideleri uygulayarak, şer'i hükümler çıkarmasına tahriç denir. *Cassas* ismi ile bilinen *Ebû Bekr Errazî* buna örnek gösterilebilir (*Halebi*, **Mülteka**, s. 8, 17).

<sup>165</sup> Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 462.

mutlak müçtehit hukukçu tarafından konulmuş olan usûl kurallarını ve bunun kaynaklarını çok iyi bilirler. Bazı durumlarda müçtehit büyük hukukçu ve onun talebelerinden nakil ve rivâyet olunan fakat iki farklı şekilde anlaşılma ihtimali olan meseleler bulunur. Bunları, önceden esasları belirlenmiş usûle göre, düşünerek-inceleterek ve fûrû'dan da benzer ve emsal olan durumlar/hükümlerden yararlanarak (kıyas) açıklamış ve yorumlamışlardır<sup>166</sup>.

Ancak yine de, görüşünü alıp, benimsedikleri ve uyguladıkları kimseye bağlıdır. Kendileri bizzat hükmünü bilmedikleri mesele için istinbat edip, kaynaklardan hüküm çıkarmazlar. Üçüncü tabakadaki hukukçuların belirlemiş olduğu kurallara göre, tercih yöntemlerini de kullanarak, rivâyet olunan görüşlerden birini somut olaya uygularlar. Yetkinlikleri ve alttaki tabakadan üstünlükleri -delil gücüne bakarak ya da yaşadıkları zamanın şartlarını değerlendirerek- görüşlerden birini diğerine tercih etmelerinden kaynaklanır. Aslında yaptıkları iş; mevcut görüşler arasında ölçüp, biçip, mukayese yapmak ve denge kurmaktır<sup>167</sup>.

Beşinci tabaka hukukçular, tercih erbabıdır. Bu hukukçular, bir meselede, mezhep sahibi mutlak hukukçudan farklı rivâyetler bulunması durumunda, söz konusu rivâyetlerden bazısını diğerlerine tercih etmişlerdir. Bunlar arasında Kudûrî ile Hidâye'nin yazarları ve bunların ayarındaki hukukçular yer almaktadır<sup>168</sup>.

Altıncı tabaka olan temyiz sahibi hukukçular ise, önceki hukukçuların sözlerinden kuvvetli olanlarını zayıf olanlardan (zâhir mezhebi, nevadirden) ayırt ederek, kendi kitaplarında zayıf olanları nakil etmemişlerdir. **Bu uygulama içtihatların birleştirilmesinde önemli bir aşamadır.** Mecmâ, Vikâye, Muhtar ve Kenz gibi itibarlı hukuk metinlerinin yazarları temyiz sahibi sayılırlar<sup>169</sup>.

Ancak İslâm hukukunda kör taklit teşvik edilmemiştir. O nedenle, kendisi içtihat yapamayacak seviyede olan hukukçuların bir müçtehidini veya örnek alınacak görüşü esas alırken, kendi seviyesinde incelemesi gerekirdi. Bu şekilde gerçeği araştıran (tahkik eden) hukuk âlimlerine *muhakkik* denilmiştir<sup>170</sup>. Eski hakimler, yazılı bir kanun metni olmamakla birlikte karar verirken, keyfi bir tercihte bulunamaz; bir hiyerarşi içinde davranırlardı.

### dd. Yedinci Tabaka Müçtehitler

Yukarıda sayılan nitelikleri taşımayan hukukçular ise, ne içtihat, ne tahriç, ne tercih ve ne de temyize yeterlidirler. Tercih erbabı hukukçuların tercih ve temyizine bağlı olurlar. Bunlara sadece; *mukallitler* de denir. Aslında bunları, fukahadan saymak yerine "nakilci" olarak nitelendirmek daha doğru olabilir<sup>171</sup>.

<sup>166</sup> Hacı Reşit Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 12; Halebi, *Mülteka*, s. 8, 17-18; Ebû Zehrâ, *Ebû Hanife*, s. 461; Zeydan, *İslam Hukuku*, s. 206.

<sup>167</sup> Ebû Zehrâ, *Ebû Hanife*, s. 462.

<sup>168</sup> Hacı Reşit Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 12; Halebi, *Mülteka*, s. 9, 18; Ebû Zehrâ, *Ebû Hanife*, s. 462.

<sup>169</sup> Hacı Reşit Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 12; Halebi, *Mülteka*, s. 9, 17-19.

<sup>170</sup> Muhammed bin Abdülazim, "El-Kavlu's-sedid Risalesi", s. 85, dn. 7. Telfik (mürekkep içtihat) ve taklit hususu son üç derecedeki müçtehitler bakımından ortaya çıkmış ve tartışılmıştır (Senhûrî, *Telfik*, s. 190-191).

<sup>171</sup> "Mukallidden dahi dördüncü kısmı Değildir muteber ismi ve resmi.

Osmanlı Devleti'nde yüksek fetvâ makamını kazanmış olan hukukçular arasında *Zenbilli Ali Efendi*, *Hâce Sa'düddin Efendi* gibi önemlileri sayılabilir. Bunların yaptıkları işler, hukuk öğretimi ve uygulaması yaptırmak, eser yazmak, fıkıh meseleleri hakkında fetvâ vermek ile çoğu devlet dairesine ilişkin örfî kanun ve düzenlemeleri hazırlamaktır. Örneğin, Arazi Kanunnâmesi önceden büyük hukukçu *Ebüsuud Efendi* tarafından yapılmış olan "Kanun-ı Arazi" esas alınarak, çıkarılmıştır (tahriç)<sup>172</sup>.

## H. Mecelle Hanefî Fıkımın Kanunlaştırılmıştır

### 1. Genel Olarak

Mecelle'ye esas olan İslâm hukuk sistemi temelde bir bütündür. Sistem gereği, hukuk âleminde, birbirine eşdeğerde birçok farklı içtihatlar bulunabilirdi. Böylece hepsi, her zaman kullanılabilmeye hazır hâlde olurlardı. Hâkimler, bunlardan uygun gördüklerini, kararlarına esas alabilirlerdi<sup>173</sup>. Bu nedenle İslâm hukukunun bir "hukukçular hukuku"<sup>174</sup> olduğu söylenebilir. Günümüzdekinden farklı olarak, yasama organı dahi yapacağı düzenlemelerde aslı kaynaklardaki ilkelerle bağlıdır ve hukukçularca denetlenir<sup>175</sup>. Ancak zaman içerisinde halifeler, ülkedeki tüm mahkemelerde, farklı mezheplerden birinin görüşlerinin uygulanabileceğine karar verebilmiştir<sup>176</sup>. Günümüz sistemi ile karşılaştırıldığında bunu anlamak biraz zordur. Fakat içtihatlar arasındaki denlikle ilgili olarak, eski hukuk bilginlerinden nakledilen şu ifade, açıklayıcı olabilir: "**Bizim seçtiğimiz görüş doğrudur, hata ihtimali olmakla beraber; başkalarınınkini ise yanlıştır, doğru olma ihtimali bulunmakla beraber...**"<sup>177</sup>.

*Bunlar farkeylemez ğassü semini, (yağsız ve yağlıyı mesleden mecazdır)*

*Şimalinden temyiz etmez yemini (sağından solunu ayırt edemez)"* (Halebi, **Mülteka**, s. 9, 17). Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 12; Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 464.

<sup>172</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 15. İbni Kemal ve Ebûsuud Efendi'nin kendilerinden önceki şeyhülislâmlara göre, çok daha etkili bir şekilde kanunlaştırma etkinliğinde buldukları ifade edilmektedir. Hatta Ebûsuud Efendi kitaplardaki klasik bilgilere dayalı fetva vermekten öte, bu bilgileri, mevcut yeni olaylara uygulayarak, zamanın ve zeminin örf ve adetleri ile bütünleştirerek gerçek anlamda içtihat yapmıştır. Arazi sistemini kurmanın yanı sıra, İmam Muhammed ve Züfer'in görüşlerine dayanarak ülkede para vakıflarının kabul edilmesini sağlamıştır (Abdullah Demir, **Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Devlet-i Aliyye'nin Büyük Hukukçusu**, (Ötüken Yayınları), İstanbul 2006, s. 220).

<sup>173</sup> *Mehmed Seyyid*, Usûl-i Fıkıh-Medhâl adlı eserinde bu durumu şöyle ifade eder: "Hiç düşünülüyor ki şeriat başka, fukahânın rey ve içtihadından mütevellit mesâil-i fıkhiye yine başkadır. Ve Mezheb-i Hanefî ile sair mezâhib-i fıkhiye beyninde şer'î şerife nazaran hiçbir fark yoktur. Bu hâl yalnız Mezheb-i Hanefî sâliklerine mahsus ve münhasır değildir, diğer mezâhib-i fıkhiye müntesipleri dahi bu hususta onlarla hemhâldir" (Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 87). İbn Teymiyye, "Raf'u'l-Melâm Risâlesi", (Hazırlayan ve Çeviren H. Karaman) **İçtihad Taklid ve Telfik Üzerine Dört Risâle**, (İz Yayıncılık), 2. Baskı, İstanbul 2004, s. 50.

<sup>174</sup> "Jurists' law" tabiri için bk. Schacht, **Giriş**, s. 212, prg. 209; Bedir, **Curriculum**, s. 384.

<sup>175</sup> Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 97-98, 102, 114-115.

<sup>176</sup> Zeydan, **İslâm Hukuku**, s. 207. Vakfın bağlayıcılık kazanmasında farazî dava yolunun kullanılması uygulaması buna iyi bir örnek olabilir.

<sup>177</sup> Kenz ve el-Kâfi adlı kitapların yazarı, *İmam Hâfızuddin Neseî*'den aktaran, Muhammed bin Abdülazim, "**El-Kavl'us-sedîd Risalesi**", s. 81. Konu ile ilgili olarak, "Her müçtehidin içtihadı

Günümüzde hâkimin yargılama sırasında yaptığı faaliyet, soyut bir hukuk kuralının somut bir olayda uygulanmasıdır. Buna “altlama” faaliyeti denir. “Soyut kuralın somut olayda canlandırılması”nı ifade eden altlamada, hukuk kuralı büyük önerme; bunun uygulanacağı somut olay küçük önermedir. Kuralın olaya, muhakeme yoluyla uygulanmasından sonra hâkimin ulaştığı sonuç, vargı/karar/hükümdür<sup>178</sup>.

Mecelle’den önce müçtehit hukukçu, karşısına gelen uyuşmazlıkta uygulayacağı soyut hukuk kuralını da, asli kaynaklardan kendi bulup çıkarmalı idi<sup>179</sup> (Ya da kendinden evvelki müçtehitlerin görüşlerine uyardı). Bu, işin zor kısmıdır. Mecelle bu aşamayı hukukçudan alıp yazılı kurallar belirlemek süretiyle, aslında onun işini kolaylaştırmıştır<sup>180</sup>.

Mecelle’den sonra da, hiç şüphesiz, İslâm hukukundaki farklı içtihatlar, hukuk doktrininde varlığını sürdürmeye devam edeceklerdir. Fakat Osmanlı Devleti mahkemelerinde, bunlardan uygulanması hukuk sistemi tarafından kabul edilen bir veya bir kaç tanesi, hükme dayanak yapılabilecektir. Her ne kadar bireyler için bile sabit olmayan, tek mezhebe bağlılık yükümlülüğünün devletin yasama erkini bağlayıcı kılması kimi hukukçularca eleştirilse de<sup>181</sup>; o dönemin şartları bakımından, Avrupa kanunlarını tercüme ederek uygulamaktansa, dayanaksız içtihatların (şaz) seçilmemesi kaydıyla, Hanefî mezhebine bağlı kalma uygulaması doktrinde olumlu karşılanmıştır<sup>182</sup>. Mecelle, insanlar arası ilişkilerde daha çok kolaylık sağlayan bir doktrin olarak bilinen ve daha önce de benimsemiş olan Hanefî ekolünün esaslarını benimsemiştir<sup>183</sup>.

## 2. Hanefî Fıkhının Tercih Edilmesinin Sebepleri

Hanefî fıkhının tercih sebebi olmasında, hukukî konularda insanların işlerini kolaylaştırıcı yönde görüşler açıklamasından başka nedenler de vardır<sup>184</sup>. Söz ko-

---

farklı olduğuna göre, her biri, gerçek midir, yoksa Allah’ın hükmü tektir, fakat müçtehitlerin her birinin doğru veya hatalı olma ihtimali mi vardır?” temelinde bir tartışma vardır. Çoğunluk, ikinci görüşü tercih eder (Muhammed bin Abdülazim, “**El-Kavlu’s-sedid Risalesi**”, s. 82); Diğer görüş ve taraftarları için bk. Şah Veliyullah, “**İkdu’l-Cid**”, s. 127).

<sup>178</sup> Özekes, **Temel Hukuk Bilgisi**, s. 92.

<sup>179</sup> Naslardan hüküm çıkarmada “metin (nass)” ve “olgunun (somut olay)” müçtehidin kararındaki etki paylarını açıklayan bir makale için bk. Ali Bardakoğlu, “Fıkhın Yenileşmesinde Metin-Olgun İlişkisi”, **İslâm Fıkhının Dinamizmi (Sempozyum Tebliğ ve Müzakereleri)**, 22 Mart 2003, (Ed. Yunus Vehbi Yavuz), Kur’an Araştırmaları Vakfı-Kurav Yayınları, Bursa 2006, s. 51-56.

<sup>180</sup> Altlama faaliyeti için örnekler için bk. Özekes, **Temel Hukuk Bilgisi**, s. 93.

<sup>181</sup> Dârü’l-fünûn-i Osmanî Hukuk Fakültesi Usûl-i Fıkh müderrisi *Mehmed Seyyid Bey*’in görüşünü aktaran Karaman, **Dört Risale**, s. 18, 76.

<sup>182</sup> Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 330; Zeydan, **İslâm Hukuku**, s. 209.

<sup>183</sup> Aydın, **Mecelle**, s. 233. Fıkh ilmini tedvin eden, fıkhî kitaplara, baplara, fasillara bölerek kolaylaştırılan, İmam-ı Âzam Ebû Hanife’dir. Abbasi halifesi Harun Reşid’in başkâdılık makamı tesis ederek bu makama, İmam Ebû Yusuf’u getirmesi ile birlikte, Abbasiler devrinde de resmî mezhep olarak benimsenmiş ve genellikle bu mezhepten olan hukukçular kâdi olarak atanmıştır (Çağatay-Çubukçu, **İslâm Mezhepleri**, s. 160; Ekinci, **İslâm**, s. 71).

<sup>184</sup> Hanefî doktrin, *nâse erfak ve asrın maslahatına evfak* idi. Yani, İnsanların uygulaması bakımından kolaylaştırıcı ve günün ihtiyaçlarını karşılamaya daha uygun görüşlere sahipti (Bedir, **Curriculum**, s. 388-389).

nusu mezhebin kurucusu olan İmâm-ı Âzâm Ebû Hanife, Irak'ta yetişmiş olması nedeniyle çeşitli kültürleri bir arada değerlendirme ve insanlar arasındaki farklılıkları kabul ederek çözüm üretme kültürüne sahipti.

Hanefiliğin öğretim metodu Mecelle'ye daha uygundur. Ebû Hanife öğrencilerine hukuk soruları sorup, kendi görüşünü açıklamadan önce onların tartışması için zaman verirdi. Sonunda fikir birliğine varılınca bunu talebelerine yazdırır, kontrol ve tedvin ederdi. Eğer ihtilaf olur ise, bu kez görüş ihtilafla beraber yazdırılırdı. Mezhep, başından beri topluluğa dayalı olup, tartışma, şûra ve görüş alışverişi yöntemlerini kullanmıştır. Bu da talebenin kendi kendine içtihat yapabilme yeteneğini geliştirmiştir<sup>185</sup>.

Hanefilik mezhebi, sadece Ebû Hanife'nin meselelere bulduğu görüşlerinden ibaret değildir. Büyük hukukçu, mesele çözenin yanı sıra, bir de özgün çözüm usûlü ortaya koymuştur. Ayrıca Hanefiler, kişisel akıl yürütmeye (re'y) diğer mezheplerden daha çok yer vermiştir. O nedenle bunlara, *ehl-i re'y ekolleri* denir. "Girmek, takip etmek, gidilen yol" anlamlarına gelen mezhepler arasındaki farklılaşma, kaynak sıralamasında kendini göstermektedir<sup>186</sup>. Hanefî ekolün, kaynaklardan hüküm çıkarırken izlediği yol, Kur'an-ı Kerim, sünnet, sahabe fetvâsı, icmâ, kıyas, istihsan ve örfütür. Hadis ve re'y ekolleri şeklindeki ayrılaşmada, Hanefilik, bu iki ucu birbirine yaklaştırmaya çalışmıştır. Mecelle şerhinde *Hacı Reşid Paşa*, Mecelle'de hukukun kaynaklarını açıklamaya ayırdığı İkinci Fasil'da, kaynak konusunda Hanefî doktrini benimsediğini ifade eder. Bu şerhte kaynaklar, Birinci Mebhas, Kur'an-ı Kerim<sup>187</sup>; İkinci Mebhas, Sünnet<sup>188</sup>; Üçüncü Mebhas, İcma<sup>189</sup>, Dördüncü Mebhas, Kıyas<sup>190</sup>; Beşinci Mebhas, İstihsan<sup>191</sup>; Altıncı Mebhas, Edille-i Müteferria<sup>192</sup> (İstishab, Tahkim-ül Hâl, Fıkdan-ı Delil, Taklid, Şehâdet-ü Kalb) olarak açıklanmaktadır. Bir hükümde birden fazla delilin içtimalı mümkündür. Eski Türkçe hukuk kitaplarındaki yöntem de bu şekildedir<sup>193</sup>.

İmâm-ı Âzâm'ın ortaya koyduğu özgünlük, hadis kritiğinde titiz davranmasıdır. Bilindiği gibi hadislerin kaynak olarak kullanılmasında, nakledenlerin Peygamber'e kadar ulaşması gerekir. Bunun tespitinde, rivayet edenlerin kimliği ve kişiliğine büyük önem atfedilir. Büyük hukukçu, kararında kullanmak durumunda

<sup>185</sup> Zeydan, **İslam Hukuku**, s. 214.

<sup>186</sup> Mezheb sözcüğünün terim anlamı, görüş, kanaat, düşünce, inanç, ekol, doktrindir (Karaman, **Dört Risale**, s. 9). Örneğin, Maliki doktrinin kaynak sıralamasında, başta Kur'an-ı Kerim ve Sünnet vardır. Sünnette titiz davranırlar. Kıyas ve Medine uygulamasını *ahad hadis*lere tercih ederler ve mesâlih-i mürseleyi (istislâh) kaynak kabul ederlerdi (Zeydan, **İslam Hukuku**, s. 222; Halil Cin-Ahmet Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, (Osmanlı Araştırmaları Vakfı), İstanbul 2011, s. 134-135; Fendoğlu, **Tarih**, s. 135). Seviğ, **Fıkıh**, s. 216.

<sup>187</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 32.

<sup>188</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 34.

<sup>189</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 36.

<sup>190</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 39.

<sup>191</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 42.

<sup>192</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 43-44.

<sup>193</sup> Hadisi şerif hükmü gereği, "şehâdet-ü kalb"ten; "kalbin delillliği, tanıklığı" anlamında bahseden Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 45; Mehmed Seyyid, **Dersler**, s. 16 vd; Zeydan, **İslam Hukuku**, s. 288.

olduğu hadisin, sahabeden olan rivâyetçileri birden çok ise, birini seçer, toptan terk etmezdi. Bir rivâyet eden (râvî) tarafından rivâyet edilmiş olan, fakat İslâm inancının genel ilkelerine aykırı bulunan hadisleri kullanmamıştır. Ancak aynı özellikteki bir hadis, İslâm hukukunun genel esaslarına uygun ise, kabul edip, kararına dayanak yapmıştır. Buna rağmen kullandığı hadis sayısı azımsanmayacak kadar çoktur<sup>194</sup>. Bu husus, mezhebin en özgün ve en önemli özelliğidir. Çünkü dikkat edilirse, ikinci asli kaynak olan *hadisi*, kabul edip etmemek noktasında *akla* dayanmaktadır. Akli, muhakeme sürecinin daha en başında, yani *naklî delilleri* tespit etmede kullanmaktadır. Peygamberimiz zamanında, gerekçesiz ve dayanaksız bir hukukî karar verilemeyeceği ve düzenleyici işlem yapılamayacağı esası benimsenmişti.

Kaynak sıralamasında hangi yolun izleneceği konusunda, Hz. Muhammed (S.A.V)'in Yemen'e vali olarak yolladığı Muaz adlı sahabesine verdiği öğüt<sup>195</sup>, sonra gelen hukukçulara yol gösterici olmuştur. Fakat burada Hz. Muhammed (S.A.V) hayatta olduğu için hadisler bellidir. Her hangi bir tereddüt durumunda, kendisinden sorularak doğrulanılabildi. O vefat ettikten sonra bu yol kapandığı için, insanoğlu, kimi hadislerin güvenilirliği konusunda kendi aklı ile baş başa kalmıştır. Mezhepler arasında da bu konuda farklılaşmalar kaçınılmaz olmuştur.

Halife Ömer (R.A) yargılama esasları ile ilgili olarak bir yazılı metin hazırlamıştır. Ebû Musa el-Eş'arî'ye yönelmiş olan bu yazılı talimattaki (Kitab-ü Siyaseti'l-Kadâ) ilkeler, sonradan Mecelle'de de yer aldığı -ve hatta Osmanlı Hukuk Usûlü ders kitaplarında okutulduğu için- kaynak niteliği taşıması bakımından önemlidir<sup>196</sup>. Buna göre;

- Delil, iddia sahibine; yemin, inkâr edene yüklenir.
- Yargılama sırasında, müslümanlar arasında -helâli haram ve haramı helâl kılan türden olanlar dışında- sulha izin verilmelidir.
- İddia sahibi, hakkını ortaya koymak veya delil göstermek için süre isterse verilir. Süre sonunda delil getirip, ispatta bulunursa hakkı ona verilir. Bunu yapamazsa aleyhine karar verilir.
- Verilen bir kararın, sonradan yanlış ve haksız olduğu ortaya çıkarsa, hakka başvurmalı, yanlışta ısrar edilmemelidir. Çünkü hakkın önceliği (kadim) vardır. Hiçbir şey onu iptal edemez.
- Adil müslümanların şahitlikleri geçerli; fakat zanlı (maznun) veya itham altında olanların (müttehem) şahitliği geçerli değildir. Hâkim karar verirken, soyut bir söze değil; açık deliller ve yemine dayanmalıdır.
- Kâdî, hakkında Kur'an-ı Kerim ve Sünnet'te açıklık bulunmayan bir davada, öncelikle meselenin geçeceğini anlayıp, idrak ettikten sonra kıyaslama,

<sup>194</sup> Çağatay-Çubukçu, **İslâm Mezhepleri**, s. 163; Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 268; Zeydan, **İslam Hukuku**, s. 213.

<sup>195</sup> Hz. Muhammed (S.A.V) Muaz'ı Yemen'e yollarken, ona ne ile hükmedeceğini sorduğunda; Muaz, Kur'an'a dayanacağını, orada delil bulunmazsa, Sünnet'e bakacağını, yine kararına dayanak teşkil edecek bir esas bulamaz ise, kendi re'yi (aklı) ile hükmedeceğini açıklamış ve Peygamberimizden onay almıştır (Çağatay-Çubukçu, **İslâm Mezhepleri**, s. 163).

<sup>196</sup> Hz. Ömer'in talimatının Arapça aslı ve Türkçesi için bk. Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 27 vd; Hayreddin Karaman, **İslam Hukuk Tarihi**, İstanbul 2001, s. 121.



emsal bulma (eşbah ve'n-nezâir) ve benzerliklerinden yola çıkarak, olayı fark ve temyiz etmelidir. Ardından kendi re'yini, Allah'ın çizdiği genel ilkelere en uygun şekilde oluşturmalıdır.

- Yarğılama sırasında hâkim, hiddet, şiddet, bıkkınlık, yüz çevirme, söz kesme, ıstırap ve riyâ gibi davranış ve tutumlardan uzak durmalıdır. Buna karşın, sabırlı, ılımlı, iyi niyetli, sakin ve sağlam durmalıdır.
- Verilen hükmün icrası gerekir. İcra veya infaz edilmedikçe hakkı açıklamanın faydası yoktur.

İmam-ı Âzam, fıkıh usûlünde, üçüncü kaynak olarak, ashabın sözlerini kabul etmiş fakat bunlardan dilediğini alıp, dilediğini almamakta kendini özgür hissetmiştir. Kişisel aktarım kaynaklarını bununla sınırlı tutmuş, sahabeden sonra gelenlerin kendi sözlerini kaynakları arasına almamış, kendi görüşünü (re'y) tercih etmiştir. Kararını oluşturmada dördüncü kaynağı ise, yetkin hukukçuların yaptıkları icmâdır<sup>197</sup>.

Hanefi ekolünün bir diğer özelliği kıyası da delil saymasıdır. Ayrıca, İmam-ı Âzam, esaslarını kendisinin belirlediği bazı durumlarda, kıyasa zıt görünen bir sonucu, somut olayın özelliğine göre daha güzel ve uygun bulduğu için uygulamak yolunu seçer (istihsan). Bundan maksat, insanların kullanmasına en uygun olanı bulup, almaktır. Bütün bu yollarla hüküm çıkarılamıyor ise, örf ve âdet delil kabul edilir<sup>198</sup>.

### 3. Hanefî Mezhebinde Meseleler Sınıflandırılmıştır

Hanefî mezhebine göre, hukukun usûle ilişkin meseleleri üç bölüme ayrılmaktadır. Bu derecelendirme bir tür hiyerarşi gibidir. Birinci tabaka usûl meseleleri, açık, görünür (zâhir) rivâyetler ile mezhep sahiplerinden İmâm-ı Âzam, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'den güvenilir bir aktarımla bugüne ulaşan meselelerdir. Bunlara *mesâil-i usûliyyûn* da denir<sup>199</sup>. Bunların yer aldığı altı kitap, İmam-ı Âzam'dan, hem güvenilir kimseler tarafından rivâyet edilmiştir, hem de üç büyük Hanefî hukukçusunun meseleler hakkındaki görüşlerini bir arada içerir. *İmam Züfer* ve *İmam Hasan bin Ziyad*'ın da görüşleri Hanefî mezhebine dâhil ise de, zâhirimezhep veya zâhirürrivâyet dendiğinde, asıl üç İmamın görüşleri kastedilir. Bunlara, örneğin *Serahsî (El-Mebcut)* gibi hukukçular tarafından, şerhler yazılmış, aynı zamanda meseleler de bir sınıflandırmaya tâbi tutulmuştur<sup>200</sup>.

<sup>197</sup> Çağatay-Çubukçu, **İslâm Mezhepleri**, s. 164; Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 264.

<sup>198</sup> Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 307; Çağatay-Çubukçu, **İslâm Mezhepleri**, s. 165.

<sup>199</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 13. Bunlar, İmam Muhammed'in, *Mebcut, Ziyâdât, Cami-ü's Sagir, Cami-ül Kebir, Siyer-ü's Sagir, Siyer-ül Kebir* adlı, içerikleri bakımından usûl meselelerinden oluşan altı kitabındaki meselelerdir. Fakat bu hukukçunun, eserlerinde, kendi görüşlerinden başka, İmam-ı Âzam ve Ebû Yusuf'unkilere de yer verdiği unutulmalıdır. Bunlar tevâtüren İmam'dan rivâyet olunduğu için, bu kitaplara Görünen/Kuvvetli-Apaçık Bilinen Rivâyetler Kitapları anlamına gelmek üzere, "*Kütüb-ü'z-Zâhir-u'r-Rivâyat*" denilir. Çünkü Hanefî fıkı bu altı kitabı dayanak alır (Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 233). Zeydan, **İslam Hukuku**, s. 216.

<sup>200</sup> Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, s. 235. Tekrarları çoğaldıktan sonra bu zâhirürrivâyetler, *İmam Mervezî* adlı hukukçu tarafından "El-Kâfi" adlı tek bir eserde toplanmış; H. V. yüzyılda ise, *Serahsî* tarafından El-Mebcut adı ile şerhedilmiştir. Siyer-ül-Kebir'in şerhi olan ve *Serahsî*'nin yazdığı şerh,

İkinci tabaka meseleler, sözü geçen altı kitap dışındaki bazı kitaplarda, üç İmam'dan rivâyet olunan; az rastlanan (*nevâdir*) meselelerdir. Altı kitapta (Kütüb-ü Sitte) yer alan meseleler gibi, tevâtüren rivâyet edilmiş ve sâbit değıllerdir. Bu yüzden nevâdir sayılmışlardır. Bunları içeren kitaplara da, Kuvvetli ve Açık Olmayan Rivâyetler Kitapları (*Kütüb-ü Gayrizâhiru'r-Rivâye*) denir<sup>201</sup>. İmam Ebû Yusuf'dan rivâyetle gelen Kütüb-ü Emâlî böyledir<sup>202</sup>.

İmam Muhammed'in gayrizâhirrivâyetleri ise, Rakkiyat, Keysâniyat, Hârûniyat, Cürçâniyat, Ziyâdâtü'z-Ziyâdât, Hucec ve Kitâbü'l-Âsar'dır. Bunların gayrizâhirrivâyet olmasının nedeni, dayanaklarının tartışmalı olması; sağlam rivâyetlerle İmam Muhammed'e dayandırılmamasıdır. Burada dayandırılan ilk kişinin İmam Muhammed olması gereğı, mezhebin görüşlerini ilk kez yazılı hâle getirenin bu hukukçu olmasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu görüşler, mezhebin önderi İmam-ı Âzam Ebû Hanife'ye, İmam Muhammed vasıtasıyla dayandırılır<sup>203</sup>.

Üçüncü grup meseleler ise, olaylara ilişkin (vâkiat ve nevâzil/fetâvâ) meselelerdir. Mezhep sahiplerinden rivâyet olunmayan, fakat sonraki müçtehitlerce, asıl mezhep sahibi hukukçuların yöntemleri ile hakkında hüküm çıkarılmış olan meselelerdir. Bazı hukukçular, üçüncü tabaka meselelerin karma bir şekilde toplandığı kitaplar yazmışlardır. Bazıları ise, bunları sınıflandırarak, önce *usûl meselelerini*, ardından *nevâdiri* ve sonra da *vâkiat meselelerini* açıklamışlardır<sup>204</sup>.

Mecelle'de yer alan meseleler, bu açıdan değerlendirildiğinde; fetvâlardan çıkarılan üçüncü grup meselelere de yer verdiği görülür. Fakat çoğunluğu zâhirrivâyet meseleleridir. Çünkü zâhirrivâyetleri nakleden sağlam ve itibarlı metinlerden alınmışlardır<sup>205</sup>.

Mecelle'nin 1803'üncü maddesinin açıklamasında yer aldığı gibi<sup>206</sup>, birkaç mesele İmam Züfer'in içtihadına ve sonra gelen hukukçuların seçtikleri diğer görüş/kavillere göre kaleme alınmıştır<sup>207</sup>.

#### 4. Hanefî Fıkıhının Kabulünün Mecelle'nin Değıştirilmesine Etkisi

Mecelle'de Hanefî ekolün görüşleri esas alındığı için ve önceden de Hanefî ekolü ortak mezhep şeklinde uygulanmakta olduğundan, mevcut boşlukların, sözü

Osmanlı hukukçusu *Ayntâbi Münib Efendi* tarafından, 1241 yılında Türkçe'ye tercüme edilmiş ve Matbaa-i Âmir'e de basılmıştır (Hacı Reşid Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 13). (Zeydan, *İslam Hukuku*, s. 218; Çağatay-Çubukçu, *İslâm Mezhepleri*, s. 174).

<sup>201</sup> Hacı Reşid Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 13.

<sup>202</sup> Mehmed Seyyid, *Medhal*, s. 235-236.

<sup>203</sup> Çağatay-Çubukçu, *İslâm Mezhepleri*, s. 174; Zeydan, *İslam Hukuku*, s. 218-219; Ahmed Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, (TDV. Yay), İstanbul 1990, s. 24. İmam Muhammed'in din ilimleri ile ilgili 99 adet eseri vardır (Bilmen, *Kamus*, s. 393). Ayrıca İmam Muhammed'in Hanefî fıkıhının tedvininde üstün hizmeti vardır. Eserler için bk. *İbni-Nedim*, El-Fihrist, s. 301-302; *Ahmed Emin*, Duha'l-İslâm, C. II, s. 203-205'den aktaran Çağatay-Çubukçu, *İslâm Mezhepleri*, s. 174, dn. 273.

<sup>204</sup> Hacı Reşid Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 14; Mehmed Seyyid, *Medhal*, s. 238.

<sup>205</sup> Hacı Reşid Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 14.

<sup>206</sup> İlhan, *Mecelle*, s. 570-571.

<sup>207</sup> Hacı Reşid Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 15.

geçen mezhebin kavilleri ile doldurulması uygundu. Ancak, Mecelle hazırlanırken bazı tartışmalı hususlar ortaya çıkmıştır. Bu yüzden, gerek kanunun hazırlanışı sırasında, gerekse sonradan ortaya çıkan ihtiyaçlardan dolayı değişiklik (ta'dil) çalışmaları başlatılmıştır. İslâm hukukunun kanun koyucuya, kanunu değiştirmek yetkisini de verdiği konusunda doktrinde görüş birliği vardır. Fakat Mecelle'de öngörülen değişikliğin kapsamı ve bunu yapmaya yetkili organ konularında tereddüt yaşanmıştır. Tartışmalar sonucunda değişikliklerin iki şekilde yapılması gerektiğine kanaat getirilmiştir. Birisi mevcut olmayan bir hükmü tesis etmek, diğeri ise, mevcut hükmü, başka bir görüş ile değiştirmektir<sup>208</sup>.

Değişikliği yapacak olan heyet öncelikle, değişikliğin, hangi ilkeler esas alınarak yapılacağını belirlemek için bir komisyon kurmuştur. Farklı mezhepler arasından tercih yapılması gerektiğinde, şer'î hukukun kesin delillerine aykırı olmamak kaydıyla, zamanın ihtiyaçlarına en uygun olan görüş kabul edilecek veya diğer hukuk sistemlerinden alınarak, Mecelle'nin ilgili hükmü değiştirilecektir<sup>209</sup>.

Sonuçta "bir ülkenin kanunu yapılırken, farklı mezhep içtihadının tercih edilmesi" ile "bir kişinin, kendi menfaatine uymadığı gerekçesiyle, başka bir mezhep görüşünü münferit bir olayda kullanmak üzere geçici olarak alması" birbirinden farklıdır. Yazılı kanun sisteminin benimsenmesi, tüm mahkemeleri süresi belirsiz bir müddet bağlayacak bir düzenleme yapılması demektir. Elbette ki yapılan kanun, ihtiyaca cevap vermediği zaman değiştirilebilirdi. Mecelle bakımından, her yeni değişiklik, farklı bir içtihadın benimsenmesi olarak düşünülebilir.

## İ. Mecelle'nin Kendine Özgü Şekli Özellikleri Vardır

### 1. Dil ve Üslûp

Dönemine göre Mecelle'nin dili sâde ve üslûbu basittir<sup>210</sup>. Metin okunduğunda bazı yerlerin arı bir Türkçe ile, bazı yerlerin ise ağdalı bir dille kaleme alındığı dikkat çekmektedir. Söz konusu kısmı yazan hukukçunun üslûbu ve zamanın etkisi dilde kendisini göstermektedir. Kanunları hazırlayan komisyonun üyelerinin tutumu ile orantılı olan bu farklılığa günümüzdeki hukuk sistemlerinde de rastlanabilmektedir. Maddelerin "norm" kısmını, maddeye açıklık getiren "örnek" kısmı

<sup>208</sup> Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 144. Her ne kadar fıkıh kitaplarında *kanun koyucu* yerine *halife* denilmekte ise de, bundan kasıt, halifenin kanun koyucu sıfatı olmalıdır. *İbn-i Şübrume* ve *İmam Tirmîzi'* nin inşaret ettiği hadisler doğrultusunda, helâli haram veya haramı helâl kılan şartlar dışında her konuda farklı içtihat kullanılabilir ve Mecelle ta'dil edilebilirdi (Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 136). Delil hadisler için bk. Tirmîzi, **Ahkâm** 17; Ebû Dâvud, **Akdiye** 12; İbn Mâce, **Ahkâm** 23.

<sup>209</sup> Kanunların değiştirilmesi sırasında, hükümler mümkün olduğu kadar hâkime takdir hakkı tanımayacak şekilde sınırlayıcı ve ayrıntılı düzenlenecekti. Kural olarak akit serbestisi esası benimsenecek; sorumluluk konusu, kişinin kendi fiilinden ve başkasının fiilinden sorumluluğu ve hayvan sahibinin sorumluluğu olmak üzere düzenlenecekti. Haksız fiilden doğan maddî ve manevî zararın tazmini esas olacak ve akitlerin, hiç veya zamanında ifa edilmemesi durumunda, Batı hukukundan alıntı yapılabilecekti. Akitlerde, üçüncü kişi lehine şart ileri sürülebileceği, Maliki ekolünün görüşleri Batı hukuku ile karşılaştırılarak iflâs kurallarının tüccar olmayana da uygulanabileceği kabul edilecekti. Özetle değişiklikler, satım ve kira akti üzerinde toplanmış idi (Mehmed Seyyid, **Medhal**, s. 137).

<sup>210</sup> Kaşıkçı, **İslâm ve Osmanlı**, s. 39

izlemektedir. Mecelle heyetinin başkanı olan *Ahmed Cevdet Paşa*, aynı zamanda edebiyat ve tarihle ilgili eserleri de olan bir kimse idi. Onun bu özellikleri genel üslûba yer yer, ayrı bir hoşluk ve şairsellik de katmıştır<sup>211</sup>.

Her bölümün girişinde, o bölümle ilgili tanımlara yer verilmiştir. Söz konusu kanunun sadece mahkemelerde uygulanmak üzere değil, aynı zamanda halkın, gündelik işlemlerini yaparken başvurabilmesi için de yapıldığı, ilk kitabın *Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası*'nda belirtilmiştir. Böylece daha az uyuşmazlık çıkacağı ön görülmüştür<sup>212</sup>.

Cumhuriyetten sonraki en önemli uygulamalardan biri de, hukuk terim ve kavramlarının Türkçeleştirilmesidir. Ancak İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun sistemimize uyarlanması, Mecelle'deki terim ve kavramlar ile gerçekleştirilmiştir. Bugün özel hukukumuzdaki terimler Mecelle'de de bulunmakta idi. Hatta günümüz modern kanunlarını da Mecelle'nin kavram ve ilkelerine göre algılamakta ve anlam vermekte olduğumuz kanaatini taşıyan hukukçular vardır<sup>213</sup>.

Kanun maddelerinin içerikleri, Mecelle'nin tekrarı olmamakla beraber, Cumhuriyet sonrasında yapılan Medenî, Borçlar, Usûl ve Ticaret kanunlarımızdaki hükümlerle benzerlik taşımaktadır. Cumhuriyet dönemi kanunlarının, Roma hukuku esaslı Batı hukukundan alındığı bilinmekle beraber, hukuk algısı, anlayış ve arayışı evrensel olduğundan benzerlikler bulunabilir<sup>214</sup>.

## 2. Şekil ve Maddelerin Yerleşimi

Mecelle'nin, 1851 maddelik metni, Prusya'nın 19.000 maddelik Memleket Kanunu yanında, uzun değildir. İçerisinde, fıkıh ilminin tanımı ve bölümlerinin açıklandığı *Birinci Makale* ile Hukukun Genel İlkelerinin yer aldığı *İkinci Makale*'den oluşan bir giriş de bulunmaktadır. Bunun ardından sözleşmelere dair kitaplar gelmektedir. Her kitap için ayrı bir *Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası* yazılmıştır. Sözü geçen bölümde, doktrinde, o kitapta işlenen konu ile ilgili tartışmalı hususların neler olduğu ve hangi görüşün, hükme esas alındığı açıklanmaktadır.

Mecelle'nin kendi iç tasarımıyla özel bir uyum gözetilmiştir. *Ali Haydar Efendi*, bu uyumu anlatırken güzel bir benzetmede bulunmuştur. Kitap, bir "ev"e; meselelerin her türü ise, "oda"lara benzetilmektedir. Her odanın "kapı"ları olduğu gibi, meselelerin de Bap (kapı)ları vardır<sup>215</sup>.

<sup>211</sup> Hacı Reşid Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 27; Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 25, 30, 36, 207; Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı*, s. 73. Ayrıca Ahmed Cevdet Paşa'nın defterindeki, vefatından önceki son yazısı, farklı diller ve lisanlar arasında yaptığı karşılaştırmadır (Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 350).

<sup>212</sup> Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 3-7; Hacı Reşid Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 17-26.

<sup>213</sup> İlhan, *Mecelle*, s. 16.

<sup>214</sup> Karakoç, *Sunuş*, s. 8. Benzerliklerin, İslâm hukukunun yeni Medenî Kanun üzerindeki etkilerini sürdürmesinden kaynaklandığı tezi için bk. Ruth A. Miller, "The Ottoman And Islamic Substratum of Turkey's Swiss Civil Code", *Journal of Islamic Studies*, 11:3 (2000) pp. 335-361 © Oxford Centre for Islamic Studies 2000. (<http://jis.oxfordjournals.org> 30.04.2012), s. 335 vd.

<sup>215</sup> Şerhü'ş-Şemâil, li-Âliyyi'l-Kâri, fi Evveli'l-Kitâb'dan aktaran, Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, C.I, s. 17.

Birinci Kitap, Satım; İkinci Kitap, Kira; Üçüncü Kitap, Kefalet; Dördüncü Kitap, Havale; Beşinci Kitap, Rehin; Altıncı Kitap, Emanet; Yedinci Kitap, Bağışlama sözleşmelerini, sekizinci Kitap, Gasp ve İtlâf şeklindeki haksız fiilleri; Dokuzuncu Kitap, Hacr, İkra ve Şuf'a hakkını; Onuncu Kitap, Ortaklık; On Birinci Kitap, Vekâlet; On İkinci Kitap, Sulh ve İbra; On Üçüncü Kitap, İkrar; On Dördüncü Kitap, Dava; On Beşinci Kitap, Beyineler ve Yemini; On Altıncı Kitap ise, Yargılamaya ilişkin kuralları içermektedir. Her kitabın kendine özgü ayrı bir girişi ve bölümleri vardır. Bölümler fasıllara ayrılmıştır. Her bölüm, numaralandırılmış fasıllardan oluşup, bu fasılların başında, ilgili konuyu belirten ve kaç fasla ayrıldığını ifade eden, bir açıklayıcı cümle yer almaktadır. Örneğin, "Satım sözleşmesi, bir giriş ile yedi bölüme ayrılmıştır. Birinci Bölüm satım sözleşmesi ile ilgili konular hakkında olup, beş fasıldır. Birinci fasıl, satımın unsurları hakkındadır" gibi...<sup>216</sup>

Her sözleşmenin yer aldığı kitaptaki *Giriş* kısmı, o sözleşmeye ilişkin hukuk terimlerini içermektedir. Örneğin kira sözleşmesi ile ilgili terimler, ücret, icâre (kira), icâre-i lâzıme, icâre-i müneccenze, icâre-i muzâfe, âcir-mucir, müstecir, me'cur, ecir, ecr-i misl, ecr-i müsemma olup, 404-415'inci maddeler arasında yer almıştır. Ayrıca Mecelle'de bugün kullanmadığımız bazı hukuk terimleri de vardır. Sadece satım sözleşmesi ile ilgili terimler 66 maddedir (m. 101-166). Günümüzde hukuk terimlerinin Mecelle'deki kadar ayrıntılı kullanılmadığı görülmektedir<sup>217</sup>.

Mecelle, sistematik bakımından yeni Borçlar Kanunu'muzdan çok farklı değildir. Ancak içerik bakımından, "işçinin, kendisini kiraya veren kimse" olarak tanımlanması gibi, temel farklar da yok değildir.

### 3. Kanun Maddelerinin Yapısal Özellikleri

Bir kanunda, ilgili terimlerin tanımlanmış, kavram ve ilkelerin içerik ve sınırlarının belirlenmiş, kural ve istisnaların düzenlenmiş olması gerekmektedir. Ayrıca kanunu hazırlayan hukukçular objektif olmalı, kavramları ve kurumları yanlış anlaşılmaya yol açmayacak şekilde tanımlamalıdır. Mecelle'nin bu bakımdan son derece tutarlı olduğu görülmektedir. Günümüz doktrini, artık Mecelle'de bu kavramlaştırmaların, Roma hukukunda yapılanlardan daha aşağıda olmadığını, hatta günümüz modern hukukçularına ışık tutacağını kabul etmektedir<sup>218</sup>.

Bugünkü *norm* anlamında bir hukuk kuralının yapısında "vakıa" ve "hüküm/sonuç" olmak üzere iki temel bölüm bulunur. Vakıa kısmında genel ve soyut bir şekilde hukukî durum tanımlanırken, sonuç bölümünde buna hukukî bir sonuç bağlanmaktadır<sup>219</sup>. Mecelle'deki hukuk kuralları; *hüküm, hakkında hüküm verilen, aleyhinde hüküm kurulan*, gibi çeşitli kısımlardan oluşmaktadır. "Hüküm (çoğ. Ahkâm)", "bir şey üzerine düşen, hitâb-ı şâri'in eseri" manasını taşır. Fıkıhta, konulmuş bir hükmün, rükün, illet, sebep, şart ve alâmet olmak üzere beş unsuru

<sup>216</sup> Hacı Reşid Paşa, *Rûh-ül Mecelle*, s. 27; Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, s. 17; Âtîf Bey, *Kitabü'l-büyü' Şerhi*, s. 2 vd.

<sup>217</sup> Örneğin, nâfiz akit-nâfiz olmayan akit ayrımı günümüzde kullanılmamaktadır. Geçersizliğin batıl ve fâsit olarak ayrılmasında da benzer bir durum vardır (İlhan, *Mecelle*, s. 17).

<sup>218</sup> Karakoç, *Sunuş*, s. 9; İlhan, *Mecelle*, s. 15

<sup>219</sup> Özkes, *Temel Hukuk Bilgisi*, s. 74.

bulunur. Rükün, hükmün esas/temel/en sağlam olan kısmıdır; kişi için mükellef olunan hükmü (hükmü teklifi<sup>220</sup>) kıvama getiren ve dayanağı olan parçasıdır. İlet; hükmün dışında olan, fakat onda, değiştirici bir eser bırakan parçadır<sup>221</sup>. Sebep, hükmünde doğrudan doğruya etkili olmayıp, ona ulaştırılan ve vesile olan unsurdur. Şart unsuru, hükme ulaştırmayıp, ancak, hükmün vücudu ona bağlı olur. Şart, bazen sebep hükmünde; bazen ise, illet hükmünde olabilir. Alâmet ise, hükmün vücûdunda ona bağlı olmayan, fakat belki vücuduna delâlet eden unsurdur<sup>222</sup>.

Mecelle'deki hukuk kurallarının kimi, kendisiyle ilgili hüküm verilmiş olunan (mahkûmun-bih) haklardan bahsetmektedir. Bu bağlamda, Allah hakları (hakk-u'llah), şahıslara değil de, kamuya ilişkin olması bakımından Allah'a bağlanarak muhafazası sağlanmış haklar biçiminde tanımlanmıştır. Bundan başka kişi hakları (hakk-u'abd) ve karma haklar gibi hak çeşitlerinden de bahsedilmektedir<sup>223</sup>.

Yazılı hukuk kuralında bulunan bir diğer kısım, aleyhinde hüküm kurulan unsur yani, mükelleftir (mahkûmün-aleyh). Bu kapsamda "ehliyet" konusu tartışılmaktadır. İslâm hukukunda mükellef olanın akıl sahibi olması gerektirdi<sup>224</sup>.

Eski hukukçular şer'î ahkâmın iyi (hüsn) veya kötü (kubh) oluşunu ayrı ayrı değerlendirmişlerdir. Fakat bu konuda ölçüt, akıl değil; şer'dir. Mükellefin üzerine egemen olan da şer'dir. Kişilere yüklenmiş bazı mükellefiyetlerin salt akıl ile açıklanması mümkün olmayabilir. O nedenle, İslâm hukukçuları, genellikle ibâdetler ve bazı cezaî hükümler ile mirastaki kimi kuralların meşrûiyet sebebini açıklamak noktasında aklın, durması (tevakkuflu) gerektiğini kabul etmişlerdir. Benzer durum, akla dayalı olarak yapılan modern kanunlarda da vardır. Örneğin, bir suçun cezasının on beş yıl olarak kanunda yer alması durumu, "neden on altı veya on üç değil?" şeklinde sorgulanmaz. "Vaz'ı kanun böyle uygun görmüştür" demek gerekir. Eski dönem hukukçuları da benzer şekilde, miras hukukundaki oranların neden bu şekilde olduğu sorusuna, "taraf-ı şer'den böyle takdir buyrulmuştur" deyip, gereği ile uygulama yapmışlardır. Çünkü bu hükümler Kur'an'da detaylı şekilde açıklanan hükümlerdir<sup>225</sup>.

Avrupa kanunlarında, Mecelle'den farklı olarak, kanunların iyi veya kötü olmasında mükellefin üzerine egemen olan kıstasın akıl olduğu kabul edilmiştir. Aslında İslâm hukukçuları da aklı, Allah'ın bir lütfü olarak görür ve bizzat istinbat yaparken akıllarını kullanırlar. Fakat aradaki fark, İslâm hukukçularının aklı bir araç

<sup>220</sup> Teklif, bir görev vermek/Allah'ın insanları emir ve yasakları doğrultusunda görevlendirmesi; Şeriât-ı İslâmiye'nin, ehliyet ve selâhiyet sahibi olan insanlara birtakım vazifeler yapmalarını ve bazı şeyleri yapmaktan kaçınmalarını emir ve borçlandırmasıdır (Mehmed Seyid, **Medhal**, s. 431; Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 50).

<sup>221</sup> Bir kimsenin, bir başkasının malına malik olabilmesi için, satım, bağış vb. bir illet olması gerekir (Mehmed Seyid, **Medhal**, s. 442).

<sup>222</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 50; Mehmed Seyid, **Medhal**, s. 450.

<sup>223</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 54-55; Aydın, **Tarih**, s. 161.

<sup>224</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 55 vd. Ancak Mecelle'de kişiliğin başlangıcı, hak ve fiil ehliyetinin tanımı, korunması ve sona ermesi gibi sınırlayıcı tanımlara yer verilmemiştir. Bunun nedeni, kişinin hukukuna dair konularda her milletin serbest bırakılmış olmasıdır (Kaşıkçı, **İslâm ve Osmanlı**, s. 209).

<sup>225</sup> Hacı Reşid Paşa, **Rûh-ül Mecelle**, s. 51; Mehmed Seyid, **Medhal**, s. 458-459.



olarak görmeleri ve bazı durumlarda yetersiz kalacağını kabul etmeleridir. Hele aklını kullanan doğru kullanmıyorsa veya kimi dünyevî hırsları aklının normal işlevini görmesine engel oluyorsa; aklın, âdil karar vermede yetersiz bir araç olabileceğini kabul etmişlerdir. "Akli kullanmak" -özellikle toplumsal yozlaşma dönemlerindeki kişinin kendi dünyevî menfaatine uygun davranması şeklinde algılanabilir. Öte yandan Yaratıcı, yarattığı insanın, bazen diğer insanların yararına olmak üzere kendi dünyevî menfaatini fedâ etmesini isteyebilir. İslâm hukukuna göre, Yaratıcı'dan kaynaklandığı için, Kur'an ve sahih sünnette hata bulunmaz<sup>226</sup>. Buna dayanılarak, sağlıklı bir şekilde oluşturulmuş icmâ ve kıyasen elde edilen hükümler de aynı sebeple güvenilirdir. Diğer deliller de, doğru bir istinbat ile ve kişisel hırslarından arınmış âdil ve doğru bir hukukçu tarafından kullanıldığında, varılan sonuç güvenilir olmaktadır.

### Sonuç

Hukukun değişimi ve gelişimi, dünyada iki insanın var olduğu günden, iki insanın kalacağı güne kadar devam edecek olan kesintisiz bir süreçtir. Tarihteki hukuk sistemlerinin genel gidişatına bakıldığında, söz konusu sürecin, ortak ve belli aşamaları olduğu görülmektedir. Birbirini izleyen aşamalardan biri bittiğinde, diğerine geçilerek gerçekleşen/gerçekleşmesine izin verilen ilerleme sağlıklıdır. Her bir aşama sindirilerek bitirilmeli, kesintisiz ve birini yaşamadan diğerine atlanılmayan bir süreç olmalıdır. Eğer bir hukuk sisteminde, kanun yapma yöntemi seçilip benimsenmiş ise, yapılan kanunlar, zamanın şartlarına göre değiştirilebilir.

Çalışmamıza konu olan Kara Avrupası ve Osmanlı Özel Hukuk sistemleri arasında benzerlikler olduğu kadar farklar da vardır. Hukuk tarihi çalışmaya yeni başlayanların, özellikle Batı kökenli yabancı kaynaklara baktıklarında genellikle ilk karşılaştıkları yaklaşım tarzı, eserde ele alınan hukukî müessese veya kavramın köken olarak ilk kez Batı hukukunda yer aldığına dair bir iddia olmaktadır. Ardından, aksi görüşü savunanlarla karşılaşmakta ve ilk tartışmalar bu çizgide gelişmektedir. Bu bağlamda İslâm Hukuku'nun, Roma Hukuku'ndan etki almış olduğunu savunan görüşler kadar, tamamen karşı düşüncede olanlar da vardır. Fakat her iki sistem arasındaki benzerliği, bizim de katıldığımız görüş olan, az çok birbirine benzeyen tarihi gelişim şartları ile açıklayanlar da bulunmaktadır. Çalışmamızın gâyesi, hangisinin diğerinden etkilendiği veya kimin bir hukuk müessesesini, diğerinden daha önce kullandığı değildir. Biz süreçleri karşılaştırmayı amaç edindik. Çalışma neticesinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

Avrupa'daki genel bir kanunlaştırma hareketinin nedeni, mevcut içtihatların çokluğu ve hâkimlerin keyfi uygulamaları sonucunda adalete olan güvenin sarsılmasıdır. Avrupalı hukukçuların, gerek dönem dönem meydana gelen bozulmalarda, sistemi yeniden gözden geçirirken ve gerekse Fransa ve Almanya gibi ulus devletler gerek kendi medenî kanunlarını yaparken, hep aynı yöntemi izledikleri görülür. Bu yöntem, Roma hukukunun Klâsik dönemindeki asıllarına ve kaynaklarına ulaşmak; müesseseleri asli biçimine kavuşturmadır.

<sup>226</sup> Erdoğan, *İslâm Hukukunun Dinamizmi*, s. 18.

Benzer etkileşim İslâm hukuku için de söz konusudur. Anadolu üzerinde yapılan kanunlaştırmalar, hiç şüphesiz, bilebildiğimiz ve geriye doğru ulaşabildiğimiz en uç noktadan daha da eskilere dayanmaktadır. M.Ö. 2000'lerdeki kodifikasyonlardan bugüne kadar hukukun gelişme süreçleri takip edildiğinde, benzer aşamalardan geçildiği görülür. Her bir kanunlaştırma, toplumda hak ve adaletin önemini bilen kanun koyucularca yapılmıştır. Bunlar arasında Hammurabi Kanunları, Hitit Kanunları, Solon Kanunları ve Iustinianus'un Kodifikasyonu sayılabilir.

İslâmiyet'in kabulünden sonra İslâm hukuku, Türkler'in özel hukuk uygulamaları bakımından asıl kaynak hâline gelmiştir. İhtiyaç olduğunda bu asıllara başvurularak çözüme gidilmiştir. Zaman zaman içtihatların toplanması gereği üzerinde durulmuştur. Ülkedeki önemli hukukçulardan kurulmuş kurullara, büyük fikir ayrılığı olan konularda Müslümanlar için ortak hükümler koyan bir kitap yapmaları görevi verilmiştir. İmam Mâlik başta olmak üzere bu hukukçular, her halde –en azından kendi görüşlerini yazılı hale getirebilirlerdi. Bu yetkinliğe sahiptirler. Fakat hiçbir hukukçu, **farklı mezheplerin içtihatlarını birleştirmeyi önermemiştir.** Bu yaklaşım, aslında bir yönü ile iyi bir sonuca da vesile olmuştur. Çünkü ilâhî kaynaklı, farklı bir içtihat hukuku sistemi ortaya çıkmıştır. Benzer biçimde İslâm hukuk tarihinde de içtihatların çok ve farklı olmasının yarattığı sakıncanın giderilmesi ihtiyacı çeşitli dönemlerde hissedilmiş ve ülkede uygulanacak bütün hâlinde bir Medenî Kanun için girişimler olmuştur. Fakat hazırlanan çeşitli metinler mahkemeleri toptan bağlayıcı bir tedvin değil, içtihat derlemeleri olarak kalmıştır.

İlk kez Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ile özel hukukun, borçlar, eşya ve kısmen usûl hukuku dallarında, hâlihazırda ülkede uygulanan içtihatların bir kitapta toplanarak tüm mahkemeleri bağlayıcı yazılı kanun yapılması sistemi Osmanlı Devleti tarafından benimsenip uygulamaya geçirilmiştir. Bunun sonucunda Osmanlı Devleti'nin yerli kanunu olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ortaya çıkmıştır.

Çalışmamız hazırlanırken, doktrinde Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'yi eleştirmeksizin öven ve hiç olumlu yönü yokmuşçasına yeren görüşler olduğu görülmüştür. Ancak, her iki yaklaşım da doğru değildir. Her şeyden önce, bir ilk olması nedeni ile söz konusu kanunun bazı eksiklikleri olacağı düşünülmelidir. Fakat bunları belirtirken, dönemindeki diğer ülke kanunları ile karşılaştırılarak eleştirilmesi gerekir. Bu bağlamda Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin tüm eksikliklerine rağmen, üzerinde zamanın gerektirdiği değişiklikler işlenerek geliştirilip dönüştürülmeye uygun; hukukun temel müessese ve kavramları bakımından sağlam ve iyi bir kanun olduğu sonucuna varılabilir. Her şeyden önemlisi, halkın yüzyıllardan beri kullandığı mevcut medenî hukuk uygulamalarını kanun hâline getirdiği için özgün bir sistem yaratacaktı. Döneminde uygulanamamasının nedeni ise, doğasındaki bir eksiklik değil; Tanzimat döneminde, Ticaret Kanunu gibi, özel hukukun diğer alanlarında yapılan kanunların, zorunlu olarak Batı sistemini esas almış olmasıdır. "Mecelle'nin ruhu" bu kanunlarınkı ile âhenkli değildi.

Bir hukuk sisteminin ruhundan kastedilen, temelde menfaatin mi, ahlâkın mı esas alındığıdır. Çalışmada karşılaştırılan he iki hukuk sistemi, kaynak ve öz bakımından farklıdır. Çünkü Roma hukukunun ilk işlem şekilleri ve kavramları, sitenin patricius olan (soylu sınıf) rahip hukukçularınca belirlenmiştir. Yıllar son-

ra yapılan yeni düzenlemelerde bile bu asıllar, tanımlamalar, kavram ve yaklaşım tarzı değişmemiştir. En bariz örneği, alım-satım akdinin kurulması, mülkiyetin ve hasarın intikali konularında görülür. Buna göre, bir malı satma sözü verip anlaşılan satıcının, (teslimden önce) aynı malı, daha yüksek fiyat veren bir başka kişiye satıp teslim etmesi doğa karşılanmakta ve ikinci alıcı malik sayılmaktadır.

Buna karşın İslâm dini ise, varlıklı, soylu ve fiziki anlamda güçlüler tarafından ezilen, mağdur olan, köylü, fakir ve yaşlılar gibi korunmaya muhtaç halk kesimlerinin haklarını iade etmek, insana yeniden insan olmayı hatırlatmak üzere düzenlemeler yapmıştır. Bu nedenle önemle üzerinde durulan ilke -hem iç özel hukuk, hem uluslararası hukuk bakımından- ahde vefâ ilkesi olmuştur. Bu yaklaşım biçimi, kaçınılmaz bir şekilde özel hukukun genel ilkelerinde de belirleyicidir. Alım-satım da, mülkiyetin intikalinde, sözün verilmesine itibar edilmesi, hasarın intikalinde ise teslim bakılması bu yüzdendir. Tüccar komşusunu, kardeşi olarak görüp gözeten kişilerin kanunlarıyla; onu, alt etmesi gereken bir rakip gören bir diğerinin kanunlarının farklı olacağı çok açıktır.

Bütün bu farklara rağmen, şüphesiz hukuk ve adalet insanlığın ortak malıdır. Evrenseldir. Bu evrensellik de insanın ve hukukun doğasından kaynaklanmaktadır. Kaldı ki insanlar arası ilişkiler, her ne kadar eskiden haberleşme ve ulaşım daha ilkel koşullarda sağlanıyor idi ise de, gerek savaşlar, gerekse ticaret ve seyahatler gibi yollarla daha da gelişmiştir. *Ius gentium*, Roma'nın, savaş, ticaret ve medeni ilişkiler sonucu yabancı kavimler ile iç içe yaşamasıyla doğmuş ve bu etkileşim sonucunda meydana gelmiş bir hukuk katmanıdır. Fakat etkileşim yoluyla Roma vatandaşına özgü ve katı kurallara sahip örf-âdet hukuku olan *ius civileyi* dahi dönüştürmüştür. Mülkiyetin devir şekilleri ve rızâî akitlerin sisteme dâhil edilmemesinde olduğu gibi, dava hakları ve yargılama kurum ve sistemleri dahi, bu yolla Roma hukukunun bir parçası olmuş ve kendi vatandaşlarına da uygulanır hâle gelmiştir. Hatta sonradan Roma'yı işgal eden Cermen örf-âdet hukukuna sahip farklı kavimler Roma hukukundan etkilenmiş ve kendilerine asıl olarak onu seçmişlerdir.

Mecelle'nin dünya hukuk armonisine yaptığı özgün katkı ise, kendi düzeni ve mantığı içerisinde, insanın yaratıcısı ile olan ilişkilerini, Allah'ın irade ve düzeninin hukuktaki yansımalarını, bir denetim mekanizması şeklinde açık bir biçimde hukuk sistemine dâhil etmesidir. Bunu yaparken şekli itibariyle de Batı sistemini örnek almıştır.

Sonuç olarak günümüzde de yeni bir kanun yapılacağı zaman, bu yeni düzenlemenin, sistemin ana yapısına uygunluğunun sağlanması için asıllara başvurulması gerekmektedir. Bir ülkede mevcut hukuk kurallarının; birbiriyle uyumlu, hayatiyeti olan bir sisteme dönüştürülmesinin tek yolu budur. Avrupa'da bir Roma hukukçusuna, sadece tarihte kalmış bir hukuk sistemini inceleyen kişi gözüyle değil; bir özel hukukçu gözüyle bakılmaktadır. Türk hukukunda ise, bilgi kaynakları önemsenmemekte, hukuk tarihi araştırmacısı ise, olmuş bitmiş bir hukuk sistemini araştıran kişi olarak görülmektedir. Oysa günümüz hukuku, köklerini tarihe salmış bir ağaç gibi düşünülürse, hukuk tarihçisi, bu ağacı besleyen kaynaklarla bugünkü hukukumuz arasındaki bağı araştıran kişi anlamına gelmektedir. Kısacası hukukun kaynakları, Türk-İslâm-Osmanlı özel hukuku ve Roma hukuku tarihinde benzer etkilere sahip-

tir. Ülkemizde kanunlar yapılırken, komisyonlarda, hukuk sisteminin bütünlüğüne ve özüne uygun bir düzenleme yapılması için, özel bir itina gösterilmesi gerekir. Özel hukukta başvurulacak olan asıllar içerisinde, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye de dâhil edilmeli ve ayrıca -doktrinde de dile getirildiği gibi- kanun komisyonlarında bir hukuk tarihçesine mutlaka yer verilmelidir.