

OSMANLI ARAŖTIRMALARI
IX

NeŖir Heyeti — Editorial Board
HALİL İNALCIK — NEJAT GÖYÜNÇ
HEATH W. LOWRY

THE JOURNAL OF OTTOMAN STUDIES
IX

İstanbul - 1989

MECELLE'NİN HAZIRLANIŞI

Mehmet Âkif AYDIN

I. MECELLE'DEN ÖNCE KANUNLAŞTIRMA TEŞEBBÜSLERİ VE YÜRÜRLÜK KAYNAKLARI

Osmanlı Medeni Kanunu diyebileceğimiz Mecelle-i Ahkâm-ı Ad-
tiye veya kısaca Mecelle, sadece İslâm-Türk hukuk tarihinde değil,
İslâm hukuk tarihinde de ilk kanun olma özelliğini taşımaktadır.
Daha önce bu alanda görülen kanunlaştırma teşebbüslerinden hiç
birisinde, İslâm hukukunun belli bir bölümünü bütün olarak düzen-
leyen ve mahkemelerde münhasıran uygulanan bir kanun metni or-
taya konamamıştır.

Bu alandaki ilk teşebbüsün Abbasiler döneminde başladığı gö-
rülmektedir. İkinci Abbasi halifesi Mansur dönemi (136-158/754-
775), mezheplerin henüz teşekkül etmekte olduğu ve İslâm devleti-
nin çeşitli bölgelerinde ve hatta aynı bölgede hukukçular tarafın-
dan farklı icihatların ortaya konduğu ve aynı tür davalarda farklı
hükümlerin verildiği bir dönemdir. Mahkemelerde münhasıran uy-
gulanan bir kanun yapma ve böylece hükümlerde birliği sağlama ih-
tiyacı ilk defa işte bu dönemde duyulmuş ve bu ihtiyaç devrin ileri
gelen şahsiyetlerinden İbnü'l-Mukaffâ (ö. 145/762) tarafından dile
getirilmiştir. İbnü'l-Mukaffâ halifeye hitaben kaleme aldığı bir ri-
salede ülkede hukukî birlik ve istikrarı sağlamak için değişik hu-
kukî görüşlerden en uygun olanını seçmesi ve her yerde münhası-
ran uygulanan bir kanun halinde vazetmesi lüzumundan bahsetmiş-
tir¹. Bunun üzerine Halife devrin büyük hukukcusu ve Malikî mez-

1 Abdullah b. el-Mukaffâ Emevilerin son ve Abbasilerin ilk dönemlerinde
devlet hizmetlerinde kâtip olarak çalışmış, aslen İranlı olmasına rağmen Arap
şii ve özellikle nesrinde çok ileri gümüş bir şahsiyettir; geniş bilgi için bk. F.

hebinin kurucusu Malik b. Enes'ten bu maksat için bir kitap yazmasını istemişti. İmam Malik içtihatlarında hata etmiş olabileceği düşüncesiyle kendi görüşlerinin ve kitabının (*Muwatta*) bir kanun metni gibi uygulanmasına razı olmamış, daha sonra Harun Reşid (170-183/786-809)'den gelen aynı yöndeki bir teklifi de yine reddetmiştir². Bu ilk kanunlaştırma teşebbüsünün akamete uğramasından sonra, İslâm hukuku serbest gelişmesini sürdürmüş, kadılar uzun süre taraftar oldukları mezheplerinin yorumuna göre İslâm hukukunu uygulamaya devam etmişlerdir. Mezheplerin belirli bölgelere hakim olması ve buralarda sadece bu mezhep görüşlerinin uygulanması sonucu da belirli bir hukukî birlik ve istikrar sağlanmıştır.

Bu alandaki ikinci büyük teşebbüs Baburlu hükümdarı Evrenğiz Alemgir (1068-1118/1658-1707) tarafından yapılmıştır³. Hanefi mezhebi içerisinde de zamanla bir takım farklı görüş ve içtihatların ortaya çıkması ve fetva ve kaza (hüküm) ya hangi görü-

GABREELI, «İbn alMukaffa», *EI*², III, 907-909; Ahmet ATEŞ, «İbnül-Mukaffa», *İA*, 5/11, s. 864-868. Yukarıda sözü edilen risalenin adı «ed-Dürretü'l-Yetim fi Tâati'l-Mülük»dür. Arapça müteaddit baskıları olan bu risale, Fransızca ve Almanca'ya da tercüme edilmiştir. Risalenin ilgili bölümleri için bk. Subhi MAHMESÂNİ, *el-Evdâu't-Teşriyye fî'd-Düvel'l-Arabiyye Mâdihâ ve Hâduruhâ*, Beyrut 1962, s. 145-146; Muhammed HAMİDULLAH, *İslâm Hukuku Etütleri*, İstanbul 1984, s. 184-185.

2 MAHMESÂNİ, *el-Evdâu't-Teşriyye*, 144-146; Joseph SCHACHT, *İslâm Hukukuna Giriş*, Çevirenler: Mehmet Dağ - Abdülkadir Şener, Ankara 1977, s. 65; Chafik CHEHATA, *Precis de droit musulman*, Paris 1970, s. 11; Zekiy yu'd-din ŞA'BÂN, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye fî'l-Ahvâl'i's-Şahsiyye* Beyrut, 1978, s. 17-18.

3 Alemgir'den önce yine Hindistan'da Delhi Sultanları döneminde hazırlanan *Fetava-yı Tatarhanîyye*'yi de bir kanunlaştırma teşebbüsü olarak kabul edersek, Alemgir'in bu teşebbüsünü üçüncü sıraya koymak gerekir. Tuğluluklardan Gıyaseddin II. Muhammed Şah (725-752/1325-1351)'ın sarayında bir asilzade olan Tatarhan'ın emriyle hazırlanan ve onun ismiyle *Fatava-yı Tatarhanîyye* diye anılan bu eser (bk. SCHACHT, aynı eser, s. 102, d. n. 2, aynı müellif, «Al Halabî», *EI*², III, 92; Aziz AHMAD, «India», *The Legacy of Islam*, Ed. Joseph Schacht, E. Bosworth, Oxford 1979, s. 133; yalnız Aziz Ahmed mezkûr eserin Firuz Tuğluk (III. Firuz Şah) Şah'ın halefi (II. Gıyaseddin Tuğluk Şah) zamanında hazırlandığını söylemektedir) yarı resmî bir tedvin görünümündedir. Ne var ki mahkemelerde uygulamaya konmadığı gibi, doktrinde Fetava-yı *Hindîye* kadar da rol oynamamıştır.

şün esas olacağıının tesbitinde güçlük çıkması üzerine, uygulamaya esas olacak görüşleri belirlemek üzere Alemgir tarafından bir heyet kurulmuş ve bu heyet sekiz senelik bir mesai sonucu Hanefi mezhebi içerisindeki muteber görüşleri bir araya toplayan büyük bir hukuk külliyyatı meydana getirmiştir⁴. Bununla beraber *el-Fetâvâ'l-Hindîyye* veya Alemgir'den dolayı *el-Fetâvâ'l-Alemgiriyye* diye anılan bu eser, bir kanun olarak kabul edilemez. Bir kanun gibi mahkemelerde uygulanması hiç bir zaman mecburi olmamıştır. Ayrıca maddeler halinde değil, tamamen sistematik bir hukuk eseri mahiyetindedir.

Osmanlı devletinde de Tanzimat öncesinde herhangi bir kanunlaştırma teşebbüsüne rastlanmaz. Gerçi bu dönemde bugünkü kanunlar tarafından olmamakla birlikte muhtelif kanunnameler hazırlanmıştır. Ne var ki bunlar İslâm hukukunun düzenlediği alanlarda değil, bu hukukun paralelinde gelişen ve onunla çatışmayacak bir tarzda hukukî hayattaki boşlukları dolduran örfî hukukun düzenlediği alanlardadır⁵. Bu bakımdan Mecelle İslâm ve Türk hukuk tarihinde sahasında hazırlanan dikkate değer ilk kanun olmaktadır ve bu yönü önemlidir. Daha sonra gerek Osmanlı devletinde ve gerekse diğer İslâm devletlerinde İslâm hukuku sahasında hazırlanan kanunlar Mecelle'nin açmış olduğu yoldan yürümüşlerdir.

Osmanlı devletinde Mecelle öncesinde kadıların ellerinde resmî bir yürürlük kaynağı olmamakla birlikte, hukukî hayatta bir dağınıklığın veya istikrarsızlığın mevcut olduğunu da düşünmemek gerekir. Hanefi mezhebinin Osmanlı devletinin resmî mezhebi olması, fetva ve kazaya bu mezhebin görüşlerinin, bu mezhep içerisinde farklı görüşler varsa en sahih görüşün (*esahh-ı akvâl*) esas olmasını mecburi kılmış, bu durum, istinâî bölgeler olmakla birlikte ge-

4 Burhanpurlu Şeyh Nizâm (ö. 1090/1679) başkanlığındaki heyet Şeyh Vecihüddin, Şeyh Celâlüddin Muhammed, Kâdî Muhammed Hüseyin ve Molla Hâmid ile her birinin idaresindeki en az onar kişilik yardımcıdan oluşuyordu. A. S. Bazmee ANSARI, «al-Fatawa al-Alamgiriyya», *EI*², II, 837; BROCKELMANN-GAL, II, 549, SUPPL., II, 604; keza bk. Hikmet BAYUR, «Evrangzib Alemgir ve dini siyaseti üzerinde bir inceleme», *Belleten*, IX/33, s. 31; MAHMESÂNÎ, *el-Evdâw't-Teşriyye*, 146; SCHACHT, 102. Evrangzib Alemgir için bk. W. IRMINE-Muhammed HABİB, «Awrangzib», *EI*², I, 791-793.

5 Kanunnameler ve düzenlediği alanlar hakkında geniş bilgi için bk. Ömer Lütfi BARKAN, «Kanunname», *İA*, VI, 185-195.

niş Osmanlı ülkesinde aynı konuda aynı hükmün verilmesi gibi bir hukukî birlik ve istikrarı da beraberinde getirmiştir. Keza bu durum Hanefî mezhebinde yazılan ve Osmanlı medreselerinde okutulan sistematik hukuk eserlerinin, aynı zamanda kadıların bilgi ve yürürlük kaynağı olmaları sonucunu da doğurmuştur. Bir başka ifadeyle bu dönemde bilgi kaynağı olarak kullanılan fıkıh eserleri, yürürlük kaynağı olarak da hizmet görmüş, böylece bir kanun metninin bulunmamasından doğan boşluğu doldurmuştur. Özellikle Fatih devrinden Kanunî devrine kadar Molla Husrev'in *Dureri'l-Hukukâm fi Şerh Gureri'l-Ahkâm*'ı, Kanunî devrinden Mecelle'ye kadar İbrahim Halebî'nin *Mültekâ'l-Ebhur*'u kadıların en çok kullandıkları ve bu yönüyle adeta yarı resmî birer yürürlük kaynağı hüviyetine bürünen eserler olmuştur. Bunların yanısıra diğer fıkıh eserleri ve özellikle en sahih görüşü belirlemede ve meselelerin çözümünü müşahhas olaylarla kolaylaştırmada sayıları bir hayli fazla olan fetva mecmuaları da kadıların yardımcı olmuştur⁶.

II. MECELLE'Yİ DOĞURAN SEBEPLER

Tanzimat dönemi Osmanlı devletinin askerî, idarî, iktisadî hukukî ve sosyal yapısında bir çok köklü değişikliklerin meydana geldiği bir dönemdir. Hukukî değişikliklerin başında da kanunlaştırma hareketleri yer alır. 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda, devlete yeni bir hukukî yapı vermenin lüzumu üzerinde durulmuş ve bu gayeyi gerçekleştirmek üzere çeşitli meclisler ve heyetler kurulmuştur⁷. XIX. asır, Batı'da büyük kanunlaştırma hareketlerinin meydana

6 Osmanlı devletindeki resmî mezhep uygulaması hakkında geniş bilgi için bk. M. Akif AYDIN, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985, s. 71-75; keza tanzimat öncesi Osmanlı hukukundaki bilgi ve yürürlük kaynakları için bk. aynı eser, s. 79-81.

7 Bu lüzum Gülhane Hatt-ı Hümayununda «... bundan böyle devlet-i alîyye ve memâlik-i mahrûsamızın hüsn-i idaresi zımında bazı kavânin-i cedîde vaz ve tesisi lâzım ve mühim görülerek » ifadeleriyle belirtilmiştir. Fermanın tam metni için bk. Enver Ziya KARAL, *Osmanlı Tarihi*, Ankara 1983, V, 255-258. Bu dönemde «bazı kavânin-i cedîdeyi» hazırlamak için kurulan meclisler hakkında geniş bilgi için bk. Ed. ENGELHARD, *Türkiye ve Tanzimat, Devlet-i Osmaniye'nin Tarih-i İslâhâtı (1826-1882)*, Mütercim : Ali Reşad, İstanbul 1328, s. 42; A. Cevat EREN, «Tanzimat», *İA*, XI, 732; KARAL, VI, 120-122; VII, 144-150; CoşkunÜÇÖK - Ahmet MUMCU, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 1982, s. 323-324.

geldiği bir dönemdir. Bu cereyan geniş ölçüde Osmanlı devletine de tesir etmiş ve Tanzimat döneminin en köklü değişikliklerinin hukuk ve kanunlaştırma alanında olması sonucunu doğurmuştur. Bununla beraber, Batı'daki kanunlaştırma hareketlerinin kendine has âmilleri vardır⁸. Bunların Osmanlı devletindeki kanunlaştırma hareketlerinde de aynı rolü oynadığını söylemek zor, hatta imkânsızdır. O halde Tanzimat döneminde hazırlanan kanunların en büyük örneklerinden birisi olan Mecelle'nin meydana gelişinde ne gibi âmiller rol oynamıştır? Bir başka ifadeyle Mecelle'yi doğuran sebepler nelerdir?

Bu sebepleri şu şekilde sıralamamız mümkündür :

A. YENİ MAHKEMELERİN KURULUŞU

Tanzimat döneminde tek hakimli ve tek dereceli klasik Osmanlı mahkeme sistemi geniş ölçüde terkedilerek toplu hakimli ve çok dereceli yeni bir adli teşkilât kurulmaya başlanmıştır. Bu alandaki ilk teşebbüs klasik Osmanlı mahkemesinin yanısıra ticaret mahkemelerinin kurulmasıyla başladı. İlk olarak 1840'da Ticaret Nezaretine bağlı olarak ticaret meclisi (mahkemesi) kuruldu. 1847 ve 1848'de hazırlanan iki nizamname ile bu mahkeme geliştirilerek karma ticaret mahkemesi haline getirildi. Bu karma ticaret mahkemesi ticaret nazırının veya yardımcısının başkanlığında 14 üyeden meydana geliyordu. Bu üyelerin yedisi Osmanlı tebası, diğer yedisi de Osmanlı devletinde yaşayan yabancı tacirlerden seçiliyordu⁹. 1276/1860 tarihli «Ticaret Kanunname-i Hümayununa Zeyl» ile de İstanbul ve taşrada her türlü ticarî davalara bakmak üzere ticaret mahkemeleri kurulmaya başlandı. Bu mahkemeler bir başkan ile iki devamlı ve dört geçici üyeden oluşuyordu. Başkan ve daimî üyeler merkezden tayin ediliyor, geçici üyeler de mahallin muteber

8 Bu âmiller konusunda geniş bilgi için bk. Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, «Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat», *Tanzimat*, I, İstanbul 1940, s. 143-145.

9 Mustafa Reşit BELGESAY, «Tanzimat ve adliye teşkilâtı», *Tanzimat* I, İstanbul 1940, s. 214; Ebul Ülä MARDİN, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, İstanbul 1946, s. 244-246; KARAL, VI, 150-152; A.C. EREN, «Tanzimat», *İA*, XI, 722-734.

tacirleri arasından seçiliyordu¹⁰. Ticaret mahkemelerinin yanısıra 1281/1864 tarihli Vilâyet Nizamnamesi ile kaza, sancak ve vilâyetlerde bidâyet ve istinaf mahkemeleri kurulmaya başlandı. Her kazada bir hakimin başkanlığında müslüman ve gayrimüslim üç üyeden meydana gelen dava meclisi (meclis-i deâvî), sancaklarda yine hakimin başkanlığında üçü müslüman, üçü gayrimüslim üye ve bir de devlet tarafından atanan memurdan oluşan temyiz meclisi (meclis-i temyiz), vilâyetlerde bir müfettişi hükkâm veya daha sonra merkez nâibinin başkanlığında üçü müslüman ve üçü gayrimüslim üye ve bir de devlet tarafından atanan memurdan oluşan temyiz divanları (divân-ı temyiz) kuruldu¹¹. Bu mahkemelere genel olarak nizamiye mahkemeleri denmektedir. 1284/1868'de bu mahkemelerin temyiz mercii olarak da Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye kuruldu ve başkanlığına Ahmed Cevdet Paşa getirildi¹².

İşte Tanzimattan sonra kurulmuş olan, ticaret ve özellikle hukuk davalarına bakan nizamiye mahkemelerinin âcilen bir medeni kanuna ihtiyaçları vardı. Yukarda belirtildiği gibi ticaret ve nizamiye mahkemelerinin başkan dışındaki üyelerinin tamamı dönemin şartları gereği hukukçu olmayan kimselerden meydana geliyordu. Gerçi ticaret mahkemelerinde uygulanmak üzere 1850 yılında ekseri hükümleri Fransız Ticaret Kanunundan alınarak bir ticaret kanunu (Kanunnâme-i Ticaret) hazırlanmıştı. Fakat bu kanun uygulanırken özellikle rehin, vekâlet, kefâlet gibi konularda medeni kanun hükümlerine ihtiyaç duyuluyordu. Hiç birisi hukukçu olmayan ticaret mahkemesi üyelerinin, bu konularda yürürlükte olan İslâm hukukunun hükümlerini, fıkıh kitaplarından istifadeyle ilgili davaya uygulamaları imkânsız gibiydi. Bu konudaki ihtiyaç belirli bir dönem umûr-ı nâfia müftüsüne ilgili hükümleri danışarak gide-

10 Ticaret Kanunname-i Hümayununa Zeyl'in metni için bk. *Düstur, Birinci Tertib* (D.I.T.), I. 445 v.d. özellikle 1, 7, 10 ve 13. maddeler. Ayrıca bk. VELİ-DEDEOĞLU, 203; ÜÇOK-MUMCU, 331-332.

11 Vilâyet nizamnamesi için bk. D.I.T. I. 608 v.d. özellikle 19, 39 ve 51. maddeler. Ayrıca bk. ENGELHARD, 486; KARAL, VII, 167-168; ÜÇOK-MUMCU, 332-333.

12 Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye'nin kuruluşu ve teşkilâtı hakkında geniş bilgi için bk. M. Akif AYDIN, «Bir hukukçu olarak Ahmed Cevdet Paşa», *Ahmed Cevdet Paşa Semineri*, İstanbul 1986, s. 27-30.

rilmeye çalışılmışsa da¹³ bunun ihtiyacı gidermeye kâfi gelmeyeceği âşikârdı. Mecelle'nin ifadesiyle «... davanın ticarete taalluk etmeyen husûsât-ı müteferriasından azîm müşkilât çekilmektedir»¹⁴. O halde ticaret mahkemesi üyelerinin anlayabileceği tarzda kaleme alacak bir medeni kanuna ihtiyaç âşikârdı. Hukuk davalarına bakan nizamiye mahkemelerinin bu dönemde medeni kanuna ihtiyaçları ise, tabiatıyla ticaret mahkemelerinden çok daha fazladır. Aynen ticaret mahkemelerinde olduğu gibi, hukukçu olmayan nizamiye mahkemesi üyelerinin uygulayacakları İslâm hukuku kurallarını yukarıda belirtilen Dürer, Mülteka gibi arapça yazılmış bilgi kaynaklarından çıkarabilmeleri imkânsızdı. Gerçi bu mahkemelerin başkanları hukukçu olduğu gibi, sancak ve vilâyetlerdeki nizamiye mahkemelerine devlet tarafından hukuk ve kanuna vakıf bir memur da tayin ediliyordu. Ne var ki gerek başkan olan hakimin ve gerekse tayin edilen diğer memurun da, biraz sonra bahsedileceği üzere fıkıh kitaplarından aradığı hükmü her zaman bulabilmesi şüpheliydi. Üstelik mahkeme üyelerinin davanın hukukî yönünden hiç haberdar olmamaları da kabul edilebilecek bir durum değildi. O halde nizamiye mahkemelerinin anlayabilecekleri ve uygulayabilecekleri bir medeni kanuna ihtiyaçları ticaret mahkemelerinden daha fazla idi. Denebilir ki Mecelle'nin hazırlanmasının en önemli sebebi işte nizamiye mahkemelerinin medeni kanuna duydukları bu ihtiyaçtır.

B. HAKİMLERİN YETERSİZLİĞİ

Osmanlı devletinin son dönemlerinde medreselerin görevlerini yeterli ölçüde yerine getirdikleri ve İslâm hukukuna vakıf hukukçular yetiştirdiklerini ileri sürmek güçtür. Halbuki Tanzimat dönemine kadar bilgi ve yürürlük kaynağı olarak kullanılan fıkıh kitapları ve fetva mecmualarından aranan hükmün bulunabilmesi ve ilgili davaya uygulanabilmesi, iyi bir hukuk kültürüne ihtiyaç göstermektedir. O dönemde ise böyle bir hukuk kültürüne sahip kimşelerin çok az olduğu görülmektedir.

13 MARDİN, 244.

14 Mecelle Mazbatası, bk. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, İstanbul 1305.

Mecelle'nin ifadesiyle :

«Ulûm-ı şerîyyede mehâretli zevâta nedret geldiğinden mehâkim-i nizâmiyede lade'l-icâb kütüb-i fıkhiyyeye müvâcizatla hall-i şüphe edebilecek âzâ bulundurmamak şöyle dursun, memâlik-i mahrûsada kâim bu kadar mehâkim-i şerîyyeye kâfi kudât bulmak müşkil olmuştur»¹⁵.

İşte Mecelle mazbatasında da belirtilen hakim ihtiyacını gidermek üzere ilk önce 1270/1853-1854'de Muallimhâne-i Nüvvâb adıyla bir kadılar mektebi (medresetü'l-kudât) açıldı¹⁶. Bu okuldan mezun olanlar şeriye mahkemelerine ve hukuk mektebi kuruluncaya kadar nizamiye mahkemelerine hakim oluyorlardı. Ne var ki bu yeni okuldan mezun hakimlerin fıkıh kitaplarına başvurarak İslâm hukukunu uygulamada medreselerden yetişen kadılardan daha yeterli olduklarını söylemek zordur. Mecelle mazbatasında nizamiye mahkemesi hakimlerinin İslâm hukukunu bilmemelerinin nasıl hukukî bir istikrarsızlığa ve güvensizliğe yol açtıkları belirtilmektedir¹⁷. Bu durumda İslâm hukukunun fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş olması yetmemekte, onun özellikle nizamiye mahkemesi hakimlerinin yararlanabilecekleri bir şekle sokulması gerekmektedir. Bu ise İslâm hukukunun kanunlaştırılmasıyla mümkün olabilirdi. İşte Mecelle'nin hazırlanmasının ikinci önemli sebebi nizamiye mahkemesi hakimlerinin klasik hukuk kaynaklarını kullanmadaki bu yetersizlikleridir. Türkçe olarak ve açık bir üslûpla kaleme alınan Mecelle onlara bu konuda yeterli olmak imkânını sağlamıştır. İtalyan Ansiklopedisinin Mecelle'nin hazırlanış sebebi olarak yeni nizamiye mah-

15 Mecelle Mazbatası, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, s. 6.

16 Bu okul Mehmed Arif Efendi'nin şeyhulisâmlığı zamanında 1270'de ilk önce «Muallimhâne-i Nüvvâb» adıyla açılmıştır. 1302/1884'den sonra ismi Mekteb-i Nüvvâb'a, 1329'da da Mekteb-i Kudât'a çevrildi. Geniş bilgi için bk. Osman ERGİN, *Türkiye Maarif Tarihi*, İstanbul 1977, I-II, 157-158. Bu mektebin daha sonra hazırlanan nizamnameleri için bk. *İlmiye Sahnemesi*, İstanbul 1334, s. 674 v.d.

17 Mecelle Mazbatası, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, s. 3; ayrıca bk. Sıddık Sami ONAR, «Osmanlı İmparatorluğunda İslâm hukukunun bir kısmının codification'u, Mecelle», *İÜHFİM*, XX/1-4, s. 61.

kemelerinin acemi hakimlerine bir yardım olmak üzere kaleme alınmış olduğunu belirtmesi¹⁸ bu bakımdan yerinde bir tesbit olmaktadır.

C. BATI'NIN TESİR VE BASKISI

Mecelle'nin hazırlanmasının üçüncü sebebi Batı'nın bir medeni kanun hazırlanması yolundaki tesir ve baskısıdır. Bu tesir ve baskı diğer kanunlaştırmalarda ve adli teşkilâtın yeniden düzenlenmesinde de görülmektedir. Esasen bizzat Tanzimatın Batı'nın baskısı ve Batı'yı memnun etmek düşüncesiyle ilân edildiği, hatta fermanın batılı devlet adamlarına danışılarak düzenlendiği bilinmektedir¹⁹. Fermanın okunmasından ve Tanzimat döneminin başlamasından sonra da özellikle hukuk alanındaki değişiklik ve yeniliklerde bu tesir ve baskı kendini daima hissettirmiştir²⁰. Şöyle ki Tanzimat döneminde iş başında bulunan devlet adamları kendilerine daima Batı'yı örnek almışlardır. Bu dönemin en önemli devlet adamları olan Reşit Paşa, Âli Paşa ve Fuat Paşa batılılaşmanın heyecanlı birer taraftarıdır. XIX. asır ise, Batı'da kanunlaştırma asrıdır. Oradaki bu cereyanın Osmanlı devletine tesir etmemesi düşünülemezdi. Nitekim Tanzimatın ilânından kısa bir süre sonra her alanda köklü kanunlaştırma hareketlerine girişilmiştir²¹.

Hukukun her sahasında kanunlaştırmaya gidilirken Medenî Hukuk ihmal edilemezdi. Bu yüzden ya millî bir medeni kanunun hazırlanması veya Batı'dan bir medeni kanunun iktibası işbaşındaki devlet adamlarının hep zihninde olmuştur. Yerinde görüleceği üzere Mecelle'den önce bir Metn-i Metin'in hazırlanması teşebbüsü, keza Fransız Medeni Kanununu Osmanlı hukukuna uyarlama girişimleri, bu konunun hep gündemde kaldığını göstermektedir.

18 MARDİN, 211. Aynı sebep için ayrıca bk. KRAMERS, «Medjelle» *EI*, I, 449.

19 ENGELHARD, 7-8; Enver Ziya KARAL, «Gülhane Hatt-ı Hümayununda Batı'nın etkisi», *Belleten*, sy. 112, s. 597.

20 Bu konuda geniş bilgi için bk. Tarık Zafer TUNAYA, *Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri*, İstanbul 1960, s. 37; KARAL, *agm*, 581-601; keza aynı müellif, *Osmanlı Tarihi*, VII, 166-173.

21 Geniş bilgi için bk. VELİDEDEOĞLU, *agm*, s. 139-209.

Batı'nın kanunlaştırmadaki rolü çoğu zaman tesir noktasında kalmamış, bizzat batı devletlerinin bunu istemeleri şeklinde bir baskıya da dönüşmüştür. Mecelle'den önce Fransız Ticaret Kanunundan büyük ölçüde iktibasla hazırlanan 1850 tarihli Ticaret Kanununun kabulü, kamu hukuku alanında gayrimüslim azınlıklara sağlanan yeni hak ve imtiyazlar, 1856 tarihli İslahat Fermanının ilânı, keza yeni ticaret ve nizamiye mahkemelerinin düzenlendiği şekliyle ortaya çıkışı, hep bu baskıların sonucu olmuştur. Paris Kongresinde Batı'nın baskılarından ve özellikle tercümanların mahkemelere yaptıkları müdahalelerden şikâyet eden Âli Paşa'ya batılı devlet temsilcileri, mahkemelerin -tabiatıyla onların istekleri doğrultusunda- yeniden düzenlenmesini telkin etmişlerdir²². İnalçık'ın da isabetle belirttiği gibi, Âli Paşa Batı'nın bu baskılarını azaltabilmek ümidiyle gerek yeni mahkemelerin kuruluşu, gerekse kanunlaştırmalarda hep Batı'nın istekleri yönünde düzenlemeler taraftarı olmuştur²³.

Bu baskıların bir kaç sebebi vardır: Birincisi bu dönemde Avrupa'nın Osmanlı devletiyle ticarî münasebetlerinin gelişmesidir. Sanayileri için Osmanlı devletini büyük bir pazar olarak gören batı devletleri, tacirlerine Osmanlılarla olan ticarî münasebetlerinde alışıktıkları hukukî statüleri, emniyetli pazar şartlarını sağlamaya büyük özen göstermişlerdir²⁴. Bunun için de ticaret kanununun ve onun boşluklarını dolduran medeni kanununun ve bu kanunların uygulanacağı ticaret mahkemelerinin kendi istekleri doğrultusunda şekillenmesine önem vermişlerdir.

İkincisi Osmanlı devletindeki gayrimüslim azınlıklara özellikle kamu hukuku alanında bir takım haklar sağlayarak, hem de azınlıklar nezdinde kendi itibarlarının artmasını sağlamak ve hem de bunu vesile ederek Osmanlı devletinin içişlerine müdahale imkânını

22 Ahmet CEVDET PAŞA, *Maruzat*, Yayıma hazırlayan: Yusuf Halaçoğlu, İstanbul 1980, s. 198; MARDİN, 59.

23 Halil İNALCIK, «İmtiyazat», *Eİ*², III, 128.

24 Ömer Lütfi BARKAN, «Türkiye'de din ve devlet ilişkilerinin tarihsel gelişimi», *Cumhuriyetin 50. Yıldönümü Semineri*, Ankara 1975, s. 93; Ergun ÖZSÜNAY, «Türkiye'de Yabancı hukukun benimsenmesi hareketi içerisinde Türk Medeni Kanununun anlamı ve önemi», *Medeni Kanununun 50. Yıl Sempozyumu*, İstanbul 1978, s. 400-401.

bulmaktır. Özellikle İslahat Fermanının ilânında bu durum açıkça görülmektedir²⁵.

Üçüncüsü ise bazı batı devletlerinin hukuki yapılarını ve kanunlarını Osmanlı devletine empoze ederek siyasi ve hukuki bir prestij elde etmeyi istemeleridir. Bilhassa Fransa'nın bu yoldaki gayretleri büyüktür²⁶. Code Napoléon olarak meşhur olan Fransız Medeni Kanununun bütün dünyada alâka ile karşılanmasının Fransızları gururlandırdığı ve bu yola ittiği söylenebilir. Biraz ilerde görüleceği üzere gerek Mecelle'nin hazırlanmasında, gerekse Mecelle'den önce medeni kanun olarak hazırlanması kararlaştırılan metni metin teşebbüsünde bu Fransız baskılarının önemli rolü olmuştur. Gerçi bu baskılar Fransız medeni kanunu alınması sonucunu doğurmamış, fakat Mecelle'nin hazırlanmasında itici bir rol oynamıştır. Bir diğer ifadeyle Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle cemiyetinin diğer üyeleri şunu çok iyi biliyorlardı ki, başarılı olamazlarsa Mecelle yerine Fransız Medeni Kanunu kabul edilecektir.

D. HANEFİ MEZHEBİNDE FARKLI GÖRÜŞLERİN VARLIĞI

Osmanlı devletinde resmî mezhep olarak kabul edilen Hanefi mezhebi İslâm mezhepleri içerisinde en fazla yayılma ve uygulanma, dolayısıyla en fazla gelişme imkânına sahip olmuş bir mezheptir. Bunun sonucu olarak çok zengin bir hukuk literatürü meydana gelmiş, fakat aynı zamanda aynı konuda farklı görüş ve hükümler de ortaya çıkmıştır. Tanzimat öncesinde bu farklı görüşlerin hukuki birlik ve istikrarı bozmaması için, bunlar içerisinde en kuvvetli olanın (esahh-ı akvâl) uygulanması esası getirilmiştir. Fakat bu farklı görüşlerden hangisinin en kuvvetli görüş olduğu her zaman kolaylıkla bilinmemekteydi. Gerçi bu konuda müftülerden yardım istemek veya derlenmiş fetva koleksiyonlarından yararlanmak mümkündü. Ne var ki, bunlar en sahih görüşleri bir araya toplayan resmi bir kanun metninin kullanım kolaylığına ve kesinliğine sahip değildi. Mecelle'nin deyişiyle :

25 Halil İNALCIK, «Tanzimat nedir», *Tarih Araştırmaları* 1940-1941, DTCF *Yıllık Araştırmaları Dergisi*, I, s. 256.

26 Guido (Gad) TEDESCHI, *Studies in Israel Law*, Jerusalem 1960, s. 86.

«*Abel-husus mezheb-i Haneîi üzere tabakât-ı mütefâvî-
tede pek çok müctehitler gelip ihtilâfât-ı kesîre vukû-
bulmuş ve fıkıh-ı Haneîi, fıkıh-ı Şâfiî gibi tenkîh edile-
meyüp pek müteşâ'ib ve müteşettit olmuştur. İşte bun-
ca akvâl-i mütehâlîfe içinde kavî-i şahîhi temyiz ile ha-
vâdisin âna tatbîkindle azîm usret vardır*»²⁷.

O halde bir medeni kanun hazırlanması bu bakımdan da zaruri idi. Hakimler fıkıh kitaplarını değil, medeni kanunu uygulayacaklarından bu kitaplarda yan yana bulunan bir kaç görüşten hangisinin hükme esas olacağını tesbit güçlüğünden kurtulacaklardı. Mecelle'nin ifadesiyle :

«*Binâen alâ zâlik ihtilâfâtın âri ve yalnız akvâl-i muh-
târâyı hâvi olmak üzere muâmelât-ı fıkıha dâir sehlî'l-
mehûz bir kitap yazılsa, herkes kolaylıkla mütelâza ede-
rek muâmelâtına ona tatbik ve böyle marbût bir kitap
olduğu halde nâib efendilere azîm fâidesi*»²⁸

olurdu.

E. HUKUKÎ-SOSYAL VE İKTİSADÎ DEĞİŞMELERİN BİR MEDENİ KANUNA İHTİYAÇ GÖSTERMESİ

Sosyal ve iktisadî hayattaki değişme ve gelişmeler, bunlara paralel bir takım hukuki değişiklikleri de beraberinde getirmektedir. Mesele İslâm hukuku sahasında da böyledir. Esas itibarıyla İslâm hukukunun iki asıl kaynağı olan kitap ve sünneti yorumlayarak ve icmâ, kıyas, sahabe fetvası, istihsan, örf, maslahat gibi diğer kaynak ve yorum metodlarını kullanarak İslâm hukukunu ortaya koyan müctehit hukukçular, zannedildiğinden daha fazla içinde buldukları çevrenin, hukukî, iktisadî, sosyal ve kültürel şartlarının etkisi altında kalmışlardır. Bu şartlardaki bir değişimin yeni bir ictihada ve yoruma yol açmaması mümkün değildir. «*Ezmâ-nın tağayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkâr olunamaz*» (MAA, 39). Mecelle mazbatasında bu gerçek şu şekilde ifade edilmiştir :

27 Mecelle Mazbatası, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 4.

28 Mecelle Mazbatası, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 6-7.

«Kaldı ki tebeddül-i asâr ile örf ve âdete mübteni mesâil-i fıkhiyye dahi tebeddül eder»²⁹.

Tanzimat öncesi ve sonrasında sosyal ve iktisadî hayatta bir çok köklü değişikliklerin meydana geldiği bir vâkiadır. Cevdet Paşa ticarî ve iktisadî hayattaki değişme ve gelişmeleri :

«Günden güne Avrupalıların memâlik-i mahrûsaya tevârüdü ziyadeleşip alethusus Kurum muhârebesi münâsebetiyle fevkalâde çoğaldı ve bu cihetle dâire-i ahz u itâ vüs'at buldu. Dersaadette ruz-u merrre zuhûra gelen deâvi-yi ticâreti bir mahkeme-i ticâret idare edemez oldu»³⁰.

İşte bu değişiklikler bir medeni kanuna ihtiyaç hissettirmiştir. Tabiatıyla Mecelle bu ihtiyaçlara İslâm hukuku çerçevesi içerisinde cevap vermeye çalışmıştır. Bunun için de zaman zaman Hanefi mezhebi içerisindeki hakim görüşün dışına çıkıp mezhep içerisindeki diğer görüşlerden de istifade etmiştir. Ne var ki mezhep konusundaki dar telakkilerin Mecelle cemiyetinin Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerden yararlanmasını önlediği ve böylece cemiyetin elindeki imkânları büyük ölçüde kısıtladığı belirtilmelidir.

Görülmektedir ki, Mecelle'yi doğuran âmiller, Batı'da kanunlaştırma hareketlerini doğuran âmillerden farklıdır. Batı'daki kanunlaştırmaların en önemli âmillerinden birisi olan hukukî dağınıklık, Osmanlı devletindeki kanunlaştırmalar ve özellikle Mecelle için söz konusu değildi³¹. Mecelle'nin düzenlediği alanda bütün imparatorluk dahilinde bir hukukî birlik esasen mevcuttu. Batı'daki gibi sistematik hukuk ilminin gelişmesinin veya yeni felsefî ve hukukî cereyanların Mecelle'yi doğurması da söz konusu olmamıştır. Sistematik hukuk ilmi bilâkis zayıftır ve Mecelle'yi doğuracak yeni bir felsefî veya hukukî cereyan da söz konusu değildir. Son olarak hu-

29 Mecelle Mazbatası, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, s. 4-5.

30 CEVDET PAŞA, *Tezâkir*, Yayınlayan: Cavid Baysun, Ankara ,1953 I, 62.

31 AYTEKİN ATAAY, «Neden İsviçre Medeni Kanunu», *Medeni Kanunun 50. Yılı Sempozyumu*, İstanbul 1978, s. 60.

kükun birleştirilmesi yoluyla millî devletlerin kurulmasına yardımcı olmak gibi siyasî bir gaye de Mecelle'de rol oynamamıştır. Bu durumda Batı'daki ve Osmanlı devletindeki kanunlaşmalarda yegâne müşterek âmilin iktisadî ve sosyal gelişmeler olduğu söylenebilir. Bu gelişmeler, yeni bir takım hukukî düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir³².

III. MECELLE'NİN HAZIRLANIŞI

A. METN-İ METİN TEŞEBBÜSÜ

Yukarda belirtilen sebeplerle Tanzimattan sonra bir medeni kanunun hazırlanması Osmanlı devlet adamlarının ve hukukçularının zihnini ve gündemini uzun süre meşgul etmiştir. Batı'daki örneklerinde de görüldüğü gibi, bir medeni kanun hazırlanması o kadar kolay ve kısa sürede başarılacak bir iş değildir. Osmanlı devletine has ilâve bir zorluk olarak da uzun süre, devrin hukukçuları ve devlet adamları arasında medenî kanunun Batı'dan mı alınacağı, yoksa yürürlükteki hukukun mu tedvin edileceği noktasında bir görüş birliğinin sağlanamamış olması gösterilebilir.

İşte bu görüş ayrılıkları, tereddütler içerisinde 1272/1855 başlarında millî bir kanun fikrinin ağır bastığı ve medeni kanun olarak bir metn-i metnin hazırlanmasına teşebbüs edildiği görülmektedir. Bu maksatla Tanzimattan sonra, daha önce kurulmuş olan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin şekil değiştirmesiyle meydana gelen Meclis-i Tanzimat bünyesinde bir «cemiyet-i ilmiye» meydana getirilmiş ve metn-i metnin hazırlanması görevi bu cemiyet-i ilmiyeye verilmiştir. Meclis-i Tanzimat üyesi Rüştü Molla Efendi'nin başkanlığındaki bu cemiyet, İstanbul kadısı Tahir Efendi, Meclis-i Maarif azası ve İstanbul payelilerinden Hüsam Efendi, Ali Ratib Bey ve Ahmed Cevdet Efendi (Paşa)dan teşekkül ediyordu³³. İlk

32 Batı'daki ve Osmanlı devletindeki kanunlaştırma âmillerinin mukayeseli incelemesi için bk. Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, *Türk Medeni Hukuku*, İstanbul 1959, I, 45-46.

33 CEVDET PAŞA, *Tezâkir*, I, 63; bu üyeler hakkında geniş bilgi için bk. MARDİN, 47-48; Metn-i Metin komisyonunun kuruluşuyla ilgili mazbatanın met-

toplantısını 20 Safer 1272/2 Aralık 1855 tarihinde yapan cemiyet, uzunca bir süre çalıştıktan ve ilk kitap olarak Kitabü'l-Buyû'u kaleme aldıktan sonra vazifesini tamamlayamıyarak dağıldı. Cemiyetin neden dağıldığı konusunda elimizde yeterli bilgi yoktur. Cevdet Paşa'nın verdiği bilgiye göre Metn-i Metini hazırlayan heyet dikkatle seçilmiş değildi. İçlerinde böyle bir kanunu hazırlayacak çapta bir hukukçu olarak sadece İstanbul kadısı Tahir Efendi vardı. Cevdet Paşa kendisini dahi, «*ol vakit ulûm-ı nakliyyede malûmât ve melekem nâkıs idi*» diyerek yeterli görmemekte ve bunu telafi etmek için çalışmaktaydı³⁴. Muhtemel ki cemiyetin bu teşekkül tarzı işin yarım kalmasında rol oynamıştır. Bunun yanısıra Mecelle'yi akamete uğratmak isteyen dahilî ve haricî faktörlerin de belirli ölçüde bunda rolü olmuş olabilir. Mecelle'deki Kitabü'l-Buyû'un bir prototipi olması muhtemel bu Metn-i Metin'in Kitabü'l-Buyu'u bugün maalesef elimizde yoktur. Bu bakımdan onu Mecelle'nin ilk kitabıyla karşılaştırma imkânından mahrumuz.

Burada belirtmemiz gereken bir nokta da, daha sonra Mecelle'nin meydana gelmesinde baş rolü oynayan Cevdet Paşa'nın da bu ilk teşebbüs içerisinde yer almış olmasıdır. Tanzimattan sonra Mustafa Reşit Paşa, yapacağı hukukî düzenlemelerin şerî yönünü aydınlatmada kendisine yardımcı olacak birisini tavsiye etmelerini seyhülislâmlıktan isteyince ona genç bir ilim adamı, Cevdet Efendi gönderilmişti³⁵. İşte bu şekilde Tanzimat ricaliyle tanışan ve bu dönemin kanunlaştırmalarında önemli roller üstlenen Cevdet Paşa'nın yarım kalsa da bu ilk teşebbüs içerisinde yer alması önemlidir. Onun ileride hazırlayacağı Mecelle için bu Metn-i Metin komisyonunda çok kıymetli tecrübeler edindiğini ve dersler aldığını söylemek yanlış olmaz.

ni için bk. ERGİN III-IV, 1085-1086; ayrıca bk. Hulusi YAVUZ, «Mecelle'nin tedvini ve Cevdet Paşa'nın hizmetleri», *Ahmet Cevdet Paşa Semineri*, İstanbul 1986, s. 53.

34 CEVDET PAŞA, *Tezâkir*, I, 63.

35 Geniş bilgi için bk. AYDIN, *agm*, 21-22.

B. FRANSIZ MEDENI KANUNUNUN ALINMA ÇABALARI

Metn-i Metin teşebbüsünün akamete uğramasından sonra medeni kanun hazırlıklarına bir müddet ara verildiği söylenebilir. Fakat bu dönemde Fransızların kendi medeni kanunlarının kabulü için müsait bir zemin oluşturmaya çalıştıkları görülmektedir. 1850 tarihli Ticaret Kanununda ve ticaret mahkemelerinin teşekkülündeki tesir ve baskıların etkili oluşu, Fransızlara diğer sahalarda ve özellikle Code Napoléon'un kabulü konusunda da baskı yapma cesaretini vermiş ve Fransız sefaretî Osmanlı devlet adamları üzerinde adeta devamlı bir baskı icra etmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi, biraz da bu baskıları hafifletmek düşüncesiyle bazı Osmanlı devlet adamları, medeni kanun ihtiyacının Fransız code civile'inin ictibasıyla giderilmesi fikrine sahip olmuşlardır. Bu düşüncedeki devlet adamlarının başında yer alan Sadrazam Âli Paşa, Girit'ten Sultan Abdülaziz'e gönderdiği 3 Şaban 1284/30 Kasım 1867 tarihli lâyiha-da ihtiyatlı bir uslupla bunu teklif etmektedir :

«Bir de başlıca şikâyet bizim mahkemeler olduğundan ol bapta dahi bir yol aranmakta ve Mısır'da yapılmakta olduğru gibi bizde dahi code civile dedikleri kanunnâme tercüme ettirilip deâvi-i muhtelitede, mehâkim-i muhtelitede ve o kanunnâmeye tatbikan rüyet ettürülmek emir-i zarurî görünür. Bunun dahi ahkâm-ı celîle-i şer'-i şerîfe kat'an dokunmayarak sâir nizâmî mahkemeler misülli tanzîmî kâbil olur zan olunur»³⁶.

Âli Paşa bu teklifi yapmakla kalmıyor, Said Paşa'ya code civile'in arapçaya yapılmış olan tercümesinden türkçeye aktarılma vazifesini de veriyordu³⁷. Gerçi Âli Paşa lâyihada code civile'i Mısır'da olduğru gibi karma mahkemelerde muhtelit davalara uygulanmak üzere teklif etmekteydi. Bu ifadeden Fransız Medeni Kanunu-

36 Ali Fuad (TÜRKGELDI), *Ricâl-i Mühimme-i Siyasiyye*, İstanbul 1928, s. 127; ayrıca bk. KARAL, *Osmanlı Tarihi*, VI, 26; Engin Deniz AKARLI, *Belgelerle Tanzimat*, İstanbul 1978, s. 16.

37 (Said Paşa), *Said Paşa'nın Hatıratı*, İstanbul 1328, I, 5-6; ayrıca bk. Ergin, I, 230.

nun genel bir medeni kanun olarak kabulü düşünülmediği intibası ilk nazarda edinilmektedir. Hatta Fındıkoğlu, mezkûr kanunun sadece hukuk kültürünü artırmak için tercüme edildiğini de ileri sürmektedir³⁸. Ne var ki Fındıkoğlu'nun fikrine katılma imkânı yoktur. Esasen lâyhada hukuk kültürünü geliştirmeden değil, sınırlı da olsa bir tatbikattan bahsedilmektedir. Fransa'nın İstanbul'daki maslahatgüzarı M. Outray tarafından Marquis de Moustier'e çekilen 8 Rebiülevvel 1284/10 Temmuz 1867 tarihli telgrafta maslahatgüzar, Monsieur Bourré'nin tavsiyesi üzere ticaret kanununun yeniden kaleme alınması ve medeni kanun hükümleriyle tamamlanması konusunda Âli Paşa'ya ısrar ettiğini, Âli Paşa'nın da Code Napoléon'un tatbiki kabil olan maddelerinin istinsah edilmesi için bir komisyon memur ettiğini bildirmektedir³⁹. Bu telgraf Âli Paşa'nın Girid'den gönderdiği lâyhadan yaklaşık olarak beş ay önce çekilmiştir. Daha sonra 16 Zilkade 1284/10 Mart 1868 tarihinde bu defa Monsieur Bourrée tarafından Marquis de Moustier'e çekilen telgrafta da medeni kanundan kabili tatbik 1500-1600 maddeyi seçmek üzere görevlendirilen komisyon çalışmalarının büyük ölçüde ilerlediğinden bahsedilmektedir⁴⁰. Bu belgelerden code civile'in hukuk kültürünü artırmak için değil, uygulanmak üzere tercüme edildiği anlaşılmaktadır. Yine bu belgeler Âli Paşa'nın Girid'den gönderdiği lâyhadan çok önce, bu konuda hazırlık yapıldığını ve bizzat sadrazam tarafından bu maksatla bir komisyon kurulduğunu ortaya koymaktadır⁴¹. Bu kadar köklü hazırlıkların karma mahkemelerde muhtelit davalar için olduğunu kabul etmek de oldukça güçtür. Âli Paşa'nın, lâyhada bu şekilde ifade etmesi bir ihtiyat-kârlığın sonucu olsa gerektir. Muhtemelen Âli Paşa bu ifadesiyle padişahın ve efkâr-ı umumiyenin bu konudaki tavrını ölçmekte ve

38 FİNDİKOĞLU Ziyaeddin Fahri, *Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul 1958, s. 244.

39 Telgrafın Fransızca metni için bk. BARON de TESTA, *Recueil des Traités de la Porte Ottomane avec les Puissances Etrangères*, Paris 1892, VII, 469; Hulusi YAVUZ, «Events leading to the compilation of the Ottoman civil code», *İslâm Tetkikleri Dergisi*, VIII/1-4, s. 115; Türkçe metin için bk. MARDİN, 64-65.

40 BARON de TESTA, VII, 511; YAVUZ, *agm.*, 116.

41 M. Outray'ın yukarıda zikredilen telgrafında Âli Paşa'nın kurmuş olduğu bir komisyondan bahsedilirken Engelhard da Fransız erbâb-ı kaleminden birine tanzim ettirilen bir kanun-i medenin hazırlık çalışmalarından bahsetmektedir, ENGELHARD, 44.

bir zemin yoklaması yapmaktadır. Gelen tepkiye göre code civile'in hangi maksatla ve ne ölçüde iktibas edileceği belirlenecektir. Vekiller heyetinde konu tartışılırken mesele hep genel bir medeni kanun olarak ele alınmıştır. Kaynaklarda sınırlı bir uygulamadan bahis yoktur.

Fransız Medeni Kanununun alınması konusunda bazı Osmanlı devlet adamları belirli ölçüde rol oynamışlarsa da, esas rolü Fransız büyükelçiliği ve özellikle büyükelçi De Bourrée oynamıştır denebilir. Cevdet Paşa bu rolü şu ifadelerle belirtir :

«O zaman elçilerin Dersaadetçe en nüfuzlusu Fransa elçisi mösyö Bourrée olduğundan Fransız kanunlarının mehâkim-i Devlet-i Aliyye'de mâmûlün bih olması emelinde bulunmağla, Fransız politikasının hâdim olanlar hep bu fikr-i sakimde idiler»⁴².

M. Outrey'in telgrafından anlaşıldığı üzere De Bourrée, Âli Paşa üzerinde gerek kendisi ve gerekse maslahatgüzar kanalıyla büyük bir baskı icra etmiş ve muhtemelen code civile'in alınması gerekçelerini ihtiva eden tafsilâtlı bir rapor hazırlatarak, Âli Paşa'yı ikna etmiş ve Âli Paşa da bilinen hazırlıkları yaptırmıştır. Ne var ki bu gayretler başarılı olmamış, konu vekiller heyetinde geniş şekilde tartışılırken Âli Paşa'nın yanı sıra ticaret nazırı Kabuli Paşa'nın da code civile'i savunmasına rağmen, Ahmed Cevdet Paşa, Fuat Paşa ve Şirvanizâde Rüstü Paşa'nın karşı çıkmaları sonucu, Fransız medeni kanununun alınmasından vazgeçilerek Mecelle'nin hazırlanmasına karar verilmiştir⁴³.

C. MECELLE CEMİYETİNİN KURULUŞU VE MECELLE'NİN HAZIRLANIŞI

Uzun bir mücadeleden sonra millî bir medeni kanun hazırlanmasına karar verilince, o zaman Divan-ı Ahkâm-ı Adliye nazırı olan

⁴² Ahmet CEVDET PAŞA, *Maruzat*, 200.

⁴³ Ahmed CEVDET PAŞA, *Maruzat*, 200; Ali SÖYLEMEZOĞLU, «Cevdet Paşa», *İA*, III, 116.

Ahmed Cevdet Paşa'nın başkanlığında bir cemiyet kurularak Mecelle'nin telifine başlandı. Devrin ileri gelen hukukçularından oluşan Mecelle cemiyeti Cevdet Paşa'nın başkanlığında yoğun bir çalışma devresine girerek 100 maddelik Mukaddime ve Kitabü'l-Büyu'u hazırladı⁴⁴. Hazırlanan bu mukaddime ve birinci kitap önce şeyhül-islâmlığa ve devrin ileri gelen hukukçularına takdim edildi. Gelen tenkitler ışığında gerekli düzeltmeler yapıldı. Nihayet 8 Zilhicce 1285/22 Mart 1869 tarihli bir mazbata ile sadarete sunuldu.

Mecelle mazbatasında mukaddime ve ilk kitabı hazırlayan cemiyet üyeleri olarak Evkaf-ı Hümayun müfettişi Seyyid Halil, Şura-yı Devlet âzâsı Seyfeddin, Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye âzâsı Ahmed Hulusi ve Ahmed Hilmi, Şura-yı Devlet âzâsı Mehmed Emin ve Mecelle Cemiyeti âzâsı İbn Abidinzâde Alâaddin isimleri yer almaktadır. Daha sonra bu ilk kitap 7 Muharrem 1286/19 Nisan 1869 tarihli sadaret arz tezkiresiyle padişaha sunulmuş ve 8 Muharrem 1286'da padişahın tasdiğiyle kanunlaşarak yürürlüğe girmiştir⁴⁵.

Mecelle bir bütün olarak hazırlanmamış, her kitap hazırlandıkça irade-i seniyyeleri alınmış ve yürürlüğe girmiştir. Buna göre Kitabü'l-İcârât 6 Zilkâde 1286, K. Kefalet 18 Muharrem 1287, K. Havale ve K. Rehn 25 Safer 1288, K. Emânet 24 Zilhicce 1288, K. Hibe 29 Muharrem 1289, K. Gasb ve'l-İtlâf 23 Rebiülevvel 1289, K. Hacr ve'l-İkrah ve's-Şüfa 16 Rebiülâhır 1290, K. Şirket 16 Cemâziyelâhır 1291, K. Vekâle 20 Cemâziyelevvel 1291, K. Sulh ve'l-İbra 6 Şevval 1291, K. İkrar 9 Cemâziyelevvel 1293, K. Dava 9 Cemâziyelâhır 1293, K. Beyyinât/K. Kaza 26 Şaban 1293 de İrade-i seniyyeleri alınarak yürürlüğe girmiştir. Böylece kanunun bütünüünün hazırlanması yaklaşık sekiz sene sürmüştür.

Mecelle'nin bu şekilde parça parça yürürlüğe girmesinin o günün şartlarına daha uygun olduğu söylenmelidir. Code Civile'in kabul edilmesini isteyenler ve özellikle Fransız büyükelçisi De Bourrée kendi kanunlarının alınması ve Mecelle'nin akamete uğratılması ça-

44 Mecelle cemiyetince tanzim edilen mazbatanın orjinal nüshası için bk. Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA-, Dosya Usulü İradeler Gurubu, 65/7; ayrıca bk. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, s. 2-16; MARDİN, 271-277.

45 Sadaret arz tezkeresinin orjinal metni için bk. BOA, Dosya Usulü İradeler Gurubu, 65/7; ayrıca bk. MARDİN, 66-68.

lışmalarına bir müddet daha devam etmiştir. Cevdet Paşa Mecelle'nin dördüncü kitabını kaleme aldıktan sonra 24 Muharrem 1287'de Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye nazırlığından azledilmesinde, De Bourrée'nin aleyhte çalışmalarının da rolü olduğu kanaatindedir. Öte yandan şeyhülislâmlık da Mecelle'nin kendileri tarafından değil de, Cevdet Paşa tarafından Adliye Nezaretinde hazırlanması gibi bir takım sübjektif mülâhazalara dayanarak Cevdet Paşa'ya ve Mecelle çalışmalarına karşı çıkmaktaydı. Cevdet Paşa'nın Mecelle Cemiyetinden dördüncü kitaptan sonra bir müddet uzaklaştırılmasında bu muhalefetin de büyük payı vardı⁴⁶. İşte böyle bir ortamda, tamamlandıktan sonra yürürlüğe girme yoluna gidilseydi bu çift taraflı muhalefetin Mecelle'yi tamamen akamete uğratması ve daha önceki başarısız Metn-i Metin teşebbüsünde olduğu gibi Mecelle'nin de yarıda kalması pekâlâ mümkün olabilirdi. Halbuki kitap kitap çıktıkça, Mecelle kendisini kabul ettirmiş ve aleyhindeki muhalefet gücünü kaybetmiştir.

Mecelle'nin hazırlanmasında yukarda adı geçen hukukçular dışında başkaları da rol oynamıştır. Her kitabın sonunda o kitabı hazırlayan cemiyet üyelerinin isimleri yer almaktadır. Buna göre Cevdet Paşa'nın dışında Mecelle'nin hazırlanmasına iştirak eden hukukçular şunlardır : 1. Filibeli Halil Efendi (1, 2, 5-8. kitaplarda), 2. Seyfeddin İsmail Efendi (1-5, 6-8, 10-16. kitaplarda), 3. Şirvânizade Ahmed Hulusi Efendi (1-5, 9-16. kitaplarda), 4. Ahmed Hilmi Efendi (bütün kitaplarda), 5. Bağdatlı Muhammed Emin Efendi (1-4. kitaplarda), 6. İbn Âbidinzâde Alâaddin Efendi (1-5. kitaplarda), 7. Gerdankıran Ömer Hulusi Efendi (5-8. kitaplarda), 8. Kara Halil Efendi (7-16. kitaplarda), 9. İsa Ruhi Efendi (sadece 5. kitapta), 10. Yunus Vehbi Efendi (5-8. kitaplarda), 11. Abdülatif Şükrü Efendi (6-8. kitaplarda), 12. Ahmed Hâlid Efendi (6-16. kitaplarda), 13. Karinâbadlı Ömer Hilmi Efendi (13-16. kitaplarda), 14. Abdüsettâr Efendi (14.-16. kitaplarda)⁴⁷.

46 CEVDET PAŞA, *Tezâkir*, IV, 95; aynı müellif, *Maruzat*, 201; MARDİN, 79, 88.

47 Bu üyeler hakkında geniş bilgi için bk. MARDİN, 160-167.