

Hukuk Tekniği Açısından Mecelle'ye Yapılan Eleştiriler ve Deđerlendirilmesi

Zeki KOÇAK ^(*)

Özet: Mecelle İslam hukuk tarihinde yapılan ilk sistematik kanundur. Mecelle'ye yönelik sadece şer'i ve örfi hukuk açısından değil, dil ve üslup gibi çeşitli yönlerden de eleştiriler yapılmıştır. Mecelle heyeti tespit ettiği eksiklikleri tadil komisyonlarıyla telafi yoluna giderken önceden olduğu gibi dış ve içten gelen yoğun baskılar altında kalmış ve beklenen düzenlemeler tamamlanmadan medeni kanuna geçilmiştir. Mecelle mücerret ve meseleci metodu cem eden nev-i şahsına münhasır bir kanun metni olarak tarihe geçmiştir. Amacımız Mecelle ve ona yöneltilen eleştirileri bir makale çerçevesinde mütalaa etmektir.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, şer'i hukuk, örfi hukuk, fıkıh, kanun, külli kaide.

The Evaluation of the Criticisms Made to the Majalla in Terms of Law Techniques

Abstract: Majalla is the first systematic law made in the history of Islamic law. Majalla has been criticized from many aspects such as Sheria Law and Customary Law. It has also been criticized in terms of its language and its wording, etc. Majalla Delegation remained under internal and external pressures while the regulatory commission was trying to recover identified deficiencies. So, civil law has been passed before the expected arrangements had been made. Majalla has taken place in history because of its uniqueness which collected the normative and the issue method together. Our aim is to adress the Majalla and the cristicisms directed at it in an article.

Keywords: Majalla, Sheria Law, Customary Law, Fiqh, Law, General Rules.

*) Dr., DİB Erzurum Ömer Nasuhi Bilmen Dini Yüksek İhtisas Merkezi Eğitim Görevlisi.
(e-posta: zkocak25@hotmail.com)

Giriş

İslam hukuk tarihinde, fetva mecmualarını ve bazı özel çalışmaları dikkate almazsak, kanunlaştırma faaliyetinde geç kalındığını söyleyebiliriz. Hammurabi kanunlarından sonra dünyada ilk kanunlardan sayılan Medine Vesikasını¹ yapmış Hz. Peygamber'in (sav) ümmetinin bu konuda neden geç kaldığı merak konusudur. Cumhuriyetten sonra laik bir hukuk anlayışının hâkim olmaya başladığı ilk yıllarda Mecelle'den istifade edilirken yeni Medeni Kanun'un esbabı mucibe layihasında, üç yüz maddesinin de bizzat ihtiyaca cevap verdiği ifade edilmiştir (Yavuz, 1998: 1; Bilge, 1995: 104). Mecelle'nin halen çeşitli İslam ülkelerindeki kanunlara da kaynaklık ettiği bilinmektedir.

Hukuk; cemiyetin bünyesinde onunla birlikte yaşayan canlı bir organizma gibidir. Bu nedenle, Mecelle'nin de, zaman içerisinde bazı gelişmelerin arkasında kalacağı pek tabiidir. Günümüzde yapılan kanunların dahi çok kısa sürede değiştirilme ihtiyacı hissettirdiği ortadadır. Dolayısıyla bu kadar zaman geçmesine rağmen bir hukukçu tarafından üç yüz maddesinin hala uygulanabilir olduğunun tespiti şayan-ı dikkattir. Kaldı ki doğrudan olmasa bile dolaylı olarak Mecelle'nin maddelerinden istifade edilmesi ve Tabî Hukuk² açısından değişmesi pek düşünilemeyen hukukun külli kaidelerini düzenlemiş olması önemli bir ayrıcalıktır.

Mecelle'ye yapılan eleştirilerden ilmi insaf ve bir metodoloji dahilinde olanları dikkate alırken bu evsafın dışında sübjektif bir tavırla yapılan değerlendirmeleri dikkate almayacağız. Ancak Mecelle'nin tedvin edildiği ortamın tarihi, iktisadi, sosyal ve siyasi şartlarına ışık tutması açısından bazı tenkitlerin sebeplerine işaret edeceğiz.

Osmanlı devletinin askeri, idari, ticari ve hukuki yapısında pek çok değişiklik 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanıyla başlamıştır. Tanzimat, Müslüman kitle ile Hristiyan kavimler arasındaki münasebetlerin bir safhası ve memleketimizin garp medeniyeti etkisine giriş hadisesi olarak telakki edilmiş ve imparatorluğun XIX'uncu asır tarihini izah eden en önemli hadise olarak kabul edilmiştir (İnalçık, 2011: 31-32; Ortaylı, 2011: 107). Tanzimat, batı etkisinin ve baskısının açıkça hissedildiği bir ıslahat hareketi, hukukta ve devlet teşkilatında yeniliklerin başlangıcıdır. Mecelle de bu sürecin ürünüdür (Karal, 2011: 124-129; Abadan, 2011: 60-61; Akgündüz, 2013: 25; Aydın, 1996: 423-426)

Mecelle'ye yöneltilen eleştirileri; küllî kaideler, Şer'î ve örfî hukuk iddiaları açısından değerlendirirken ilmi tenkitlere, takdirlere ve tekliflere atıfta bulunacağız. Maksadı-

- 1) Medine sözleşmesini dünyada ilan edilen ilk insan hak ve özgürlükleri bildireleri içerisinde de sayan bir çalışma için (Aktan ve Vural, 2003: 29-33).
- 2) Tabî Hukuk; hukukun insan mahiyetinden istidlal ederek makul bir surette tedvin edilmesi ve hukukun, her zaman için değişmez ideal bir surette doğal olarak mer'i ve muteber olması lazım geldiği telakkisine dayanan eski "tabî hukuk" mefhumuna ve tabii hukukun yeniden doğuşuyla ilgili nazariyeler için (Del Vecchio, 1952: 264-267; Yörük, 1949: 15-16; Güriz, 1996: 149-154, 379-383; Aral, 1992: 194-210; Özbilgen, 1964: 283-297; Öktem, 1995: 108-120; Bardakoğlu, 2002: 99-115).

mız bu çalışmanın neden akamete uğradığını açıklamak, günümüzdeki akademik faaliyetlerle bunun devam ettirilmesinin yeniden mümkün olup olmadığını gündeme taşımaktır. Zira bir hukuk sisteminin gelişebilmesi için en önemli husus, onun gündemde olması ve tartışılmasıdır.

1. Mecelle ve Mecelle'yi Hazırlayan Şartlar

Dünya hukuk tarihine baktığımızda kanunlaştırma faaliyetlerini hazırlayan çeşitli sebepler vardır. Kanunların mazbatalarında bunlara değinilmiştir. Mecelle'nin hazırlanma sürecindeki şartlar ise diğerlerinden çok farklıdır. Batı kanunlarının özellikle *code civil* diye bilinen Fransız Medeni Kanunu'nun tercüme edilmesine yönelik siyasi ve ekonomik baskılar ayrı bir inceleme konusu olacak niteliktedir.

1.1. Mecelle

Mecelle; bir kısım meselelerin, fikirlerin, konuların veya çeşitli kanunların bir araya getirildiği hikmetli kitap ve dergi anlamına gelmektedir. Hukuk ıstılahında ve tarihinde Mecelle; Gülhane hattı ile açılan devrin en mühim kanunudur. Ahmet Cevdet Paşa'nın³ başkanlığında toplanan bir ilmi heyet tarafından 1285- 1298/1869 - 1876 yılları arasında kitaplar halinde hazırlanarak yürürlüğe girmiş olan İslam Hukuk'unun muâmelât bölümünün bir kısmını tedvin eden kanun kitabının kısaltılmış ismidir. Asıl ismi adliyeye ilişkin hükümler mecmuası anlamına gelen *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'dir.⁴ Osmanlı'da ve 1926'da ilgasına kadar Türkiye Cumhuriyeti'nde 57 yıl boyunca tatbik edilmiştir. Meseleci metotla⁵ yazılan Mecelle, konu başlarındaki tarifleriyle kanunda nelerin kastedildiğine işaret etmesinin yanında 99 maddesiyle fıkıhın ve hukukun küllî kaidelerine dikkat çekmesiyle de büyük önemi haizdir. Mecelle 16 kitap ve 1851 maddeden oluşmaktadır (Karaman, 1999: 309-311).

3) Ahmet Cevdet Paşa'nın hayatı, tahsili, sosyal faaliyetleri ve eserleriyle ilgili bilgi için (İzğöer, 1999: 13 -20).

4) Mecelle'nin tanımı mahiyeti ve üyeleriyle ilgili bilgi için (Heyet, 1998: 221; Erdoğan, 1998: 278-279). Mecelle Cemiyeti (1285-1306/1868-1889)Ahmet Cevdet Paşa (ö. 1312/1895) başkanlığında şu üyelerden oluşmaktadır. Filibeli Seyyid Halil Efendi(ö.1302/1885), Seyfeddin İsmail Efendi(ö.1299/1882), Ahmet Hilmi Efendi(ö.1305/1888), Bağdatlı Muhammed Emin Efendi(ö.1309/1891), İbn Abidin Zade Alâadin Efendi(ö.1306/1889), Şirvanizade Ahmet Hulusi Efendi(ö.1306/1889), bu heyet zamanla başkaları da katılmıştır. Bu isimler şunlardır: Ömer Hilmi Efendi(ö.1307/1889), Ömer Hulusi Efendi(ö.1292/1875), Yunus Vehbi Efendi(1322/1904), Kırımlı Abdussettar Efendi(ö.1304/1887), Abdullatif Şükrü Efendi(ö.?), İsa Ruhi Efendi(ö.1297/1880), (Karaman, 1999: 312).

5) Meseleci metoda göre, hayatta karşılaşılmaması muhtemel hukuki problemlerden doğacak ihtimalleri göz önüne alarak kanunun düzenlemesidir. İslam hukuk tarihinde de Müçtehitler hükümlerini genelde sorulan sorulara cevap vererek oluştururken bazen de muhtemel soruları dikkate alarak hukuk pratiği yapmışlardır. (Kaşıkçı, 1997: 37-38).

Yeri gelmişken İslam hukuk tarihinde Mecelle'nin mahiyetinin daha iyi anlaşılabilmesi için önceki kanun çalışmalarına kısaca atıfta bulunmak istiyoruz. Kanun tedvininde ilk teşebbüs ikinci Abbasi Halifesi Mansur döneminde (136-158/754-775) İbnü'l Mukaf-fa (ö.145/762) tarafından dile getirilmiştir. Bu süreçte yine Abbasi Halifesi Harun Reşid (170-183/786-809) İmam Malik'in *Muvatta'*ını kanun telakki etmek istemiş, fakat İmam Malik bu durumu kabul etmemiştir. İkinci büyük teşebbüs Baburlu hükümdarı Evrengzib Alemgir (1068-1118/1658-1707) tarafından bir heyet oluşturularak Hanefi fihhina göre müftabih olan fetvaların derleneceği bir esere yöneliktir. Bu esere *el-Fetava'l-Hindiyye* diğer bir ismiyle *el-Fetava'l-Alemgiriyye* denmiştir. Mecelle'den önce Osmanlı devle-tinde özellikle Fatih devrinden Kanuni devrine kadar Molla Hüsrev'in *Düreri'l-Hük-kam fi Şerhi Gureri'l-Ahkâm'ı*, Kanuni devrinden Mecelle'ye kadar İbrahim Halebi'nin *Mülteka'l-Ebhur'u* kâdılarının en çok başvurdukları eserlerdir. Bu eserlere ilaveten diğer fıkıh ve fetva kitaplarında yer alan sahih görüşlerle de amel edilmiştir (Aydın, 1996: 59-62). Osmanlı döneminde Mecelle'den önce bazı özel çalışmalar olduğu gibi⁶ bizzat Sul-tan Süleyman'ın emriyle Hanefi mezhebinde müfta bih olan mesailin toplanması emri bir nevi kanunlaştırma çalışmasıdır.⁷ Sonuç olarak hukuk tarihimiz açısından Mecelle'den önce Osmanlı'da ve diğer İslam coğrafyasında kanunlaştırma faaliyetleri üzerine detaylı bir çalışmanın olmadığı anlaşılmıştır.

1.2. Kanunlaştırma Metotları

Kanunlaştırmalarda⁸ genelde *soyut* (mücerred) ve *kazuist* (meseleci) olmak üzere iki metod izlenir. *Mücerred metoda* göre kanunlar genel kurallardır. Onlardan her şeyi dü-

- 6) Münferit Çalışmalardan Hanefi fıkıh külliyatını mütalaa ederek Bedreddin Simavi(ö.823/1420), et-Teshil isimli eseri telif etmiş 1000'in üzerinde eleştirilerini de serdetmiştir Müeyyedzade(ö.922/1526)'nin çalışmaları yanında Zenbilli Ali Efendi(ö.932/1526) önce Hidaye'yi ihtisar etmiş sonrada Hanefi fıkıh külliyatını mütalaa ederek müstakil fetvaya medar olacak çalışma yapmıştır. (Düzenli, 20015: 21-22).
- 7) II. Bayezid döneminde Şeyhülislamın emriyle *Mahzenü'l-Fıkıh* çalışması, Kemalpaşazâde Şemsed-din Ahmed efendi tarafından *Mühimmâtü'l-Müftîn* isimli çalışma yapılmıştır. Sultan Süleyman'ın döneminde, Rasul b. Salih Aydını (ö. 978/1570) *el-Fetâvâ'l-adliyye'sini* , Sakızî *Surratü'l-fetâvâ'sını* bizzat Sultan Süleyman'ın emri doğrultusunda "*Hanefi mezhebinin essah-ı akvalini*" tespit için telif ettiklerini eserlerinin mukaddimelerinde belirtmişlerdir. Bunlardan sonra Kadri Efendi (ö. 1084/1674) , Ankaravî (ö. 1098/1687) ve Atâullah (ö. 1226/1811) gibi daha birçok Osmanlı fakihî bu alanda ve bu amaca yönelik çalışmalar yapmış, en son olarak Mecelle telif edilmiştir (Düzenli, 2015: 22).
- 8) Kanun; yasama uzvu tarafından, muayyen şekillere uyularak tanzim edilen ve yürürlüğe girmesinden itibaren cemiyet için uyulması mecburi olan, umumi, mücerret ve külli kaideleri kapsayıcı bir tasaru-ftur (Heyet, 1998:164). Kanunlaştırma; hukuki hükümlerin yürürlüğünü sağlamak ve muhtevasına işlerlik kazandırmak üzere, devlet tarafından benimsenen bağlayıcı ifadeler içinde şekillenmesine denir (Mahmasani, 1985: 313). Kanunlaştırma genelde iki anlamda kullanılmıştır. Birincisi; belli bir alana ilişkin kanun adı altında hukuk kuralı koymak, kanun çıkarmaktır. İkincisi; herhangi bir hukuk alanıyla ilgili olarak belirli esas ve ilkelere dayanan geniş, etraflı ve tam düzenleme getiren büyük ve sistematik kanunlar yapmaktır (Ünal, 1998: 3861). Tarihte Türklerin yaptığı kanunlarla ilgili bilgi için (İnalçık, 323-326).

zenlemeleri beklenemez. Bu sebeple hâkimler hukuk mantıklarını kullanarak kanunların ruhunu, örf ve âdeti nazara alarak kanunları tatbik ederler (Del Vecchio, 1952: 330-334; Yörük, 1949: 45-46; Tekinay, 1987: 54).

Meseleci metoddâ ise kânun, hayatta karşılaşılması muhtemel bütün ihtimalleri göz önüne alarak bir düzenlemeye gitmektedir. Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam Hukuk'unun oluşumunda da meseleci metot kullanılmıştır. Fıkıh ve fetva kitapları meseleci metotla kaleme alınmıştır. Mecelle'de ise kendisine mahsus bir karma metot benimsenmiştir. Sâde ve mutavassıt bir dille kaleme alınmıştır (Kaşıkçı, 1997: 37). 16 kiptan oluşan Mecelle'de ibâdat, münakahat ve ukûbat bölümü yoktur. Sadece muâmelât bölümü ve muhâkemat usûlüyle ilgili üç kitap vardır.⁹

1.3. Mecelle'yi Hazırlayan Şartlar

Mecelle'ye yapılan eleştirilere geçmeden önce, hazırlanış ortamına işaret etmenin faydalı olacağı kanısındayız. Yalnız Mecelle'yi doğuran iç ve dış amillerden detaylıca bahsetmeyeceğiz.¹⁰ Fakat şu kadarına işaret edelim ki, Mecelle'yi zorunlu kılan sebeplerin başında, on üç sene önce akamete uğrayan Metn-i Metin¹¹ hareketi gelmektedir. Diğer taraftan mahkemelerdeki hâkim ve üyelerin klasik fıkıh kitaplarından istifade kudretlerinin azalmış olması, içtihat edecek kudretten tamamen mahrum bulunmaları, bir medeni kanun çalışmasını zorunlu kılmıştır. Öte yandan Tanzimat'ın akabinde batılı devletlerin, azınlıkların haklarını koruma bahanesiyle yaptığı baskılar ve kendi kanunlarını bir vesileyle sunmak istemeleri, Mecelle'nin oluşum ortamının siyasal boyutudur. İşte bu sırada Osmanlı Medeni Kanunu'nun milli karakterli mi olacağı, yoksa Ticaret Kanunu gibi Batı'dan mı iktibas edileceği tartışmaları gündemi meşgul etmiştir.¹² Cevdet Paşa, Şirvanizâde Rüştü Paşa ve Fuat Paşa milli bir medeni kanun hazırlanması taraftarıken, Ali Paşa, Mithat Paşa ve Kabûlî Paşa Fransız medeni kanununun (Code Napole-

9) Mecellenin hazırlanış süreci ve bazı kitapların o günün tarihi, sosyal ve siyasal şartlarından kaynaklanan sebeplerinden ötürü tedvin edilemeyişleriyle ilgili geniş bilgi için (Aydın, 1996: 73-79).

10) Mecelle'yi doğuran sebeplerin başında; 1. Yeni mahkemelerin kurulması, 2. Hâkimlerin yetersizliği, 3. Batının tesir ve baskısı, 4. Hanefi mezhebinde farklı görüşlerin varlığı, 5. Hukuki, sosyal ve iktisadi gelişmelerin yeni bir kanun ihtiyacını hissettirmesi gibi hususlar, gelmektedir (Karaman, 1999: 309; Kaşıkçı, 1997: 41, 52-53; Aydın, 1996: 62-73; Şimşirgil ve Ekinci, 2015: 49-50).

11) 11 Safer 1272, 13 Ekim 1855'te aralarında Ahmet Cevdet Paşanın da bulunduğu bir ilmi heyet tarafından fıkıhın muamelat kısmından Türkçe bir Metn-i Metin adıyla bir kanun kitabı hazırlanmasına karar verilmiştir. Fakat heyet sadece Kitabü'l-Büyük diye bilinen alım-satım bahsini yazdıktan sonra dağılmıştır. Bunun akabinde Fransız kanunlarının tercüme ve tatbik edilme cereyanı hız kazanmış, ticari, iktisadi ve siyasi sebeplerle yazılmaya başlanan Metn-i Metin hareketi Mecellenin öncüsü olmuş böylece Mecelle heyeti çalışmalarına başlayarak malum kanun tamamlanmıştır (Mardin, 1996: 47-49; Yavuz, 1997: 283-284).

12) Tarihte yapılan önemli kanunlaştırma hareketlerinin mahiyet ve kısa tarihi için (Velidedeoğlu, 1940: 139-159, 187-199).

an) tercüme edilmesi taraftarıydılar. Fakat neticede Cevdet Paşa'nın teklifi kabul edilmiş ve Mecelle'nin hazırlanmasına başlanmıştır. Bu noktada ise Şeyhülislâm Hasan Fehmi Efendi'nin başını çektiği bir grubun itirazları ve taassup vari tutumları mecelle heyetinin işini zorlaştırmıştır (Aydın, 1996: 47-49; Gözübenli, 1997: 285-291). Hatta Cevdet Paşa'nın defalarca Mecelle heyeti azalığından azledilmesi, içerdeki bu ihtilafın ve dıştaki tazyikin etkilerinden kaynaklanmıştır. Mecelle bu zor şartlar altında sıkıştırılarak hazırlanmış bir medeni kanundur. Fakat bu haliyle dahi meşhur hukukçu Ebul'ula Mardin'in "Mecelle, tahrir bakımından eşi yazılamayacak kuvvette bir şaheserdir." (Mardin, 171) iltifatına mazhar olmuştur. Diğer bir hukukçu ise bu hususa şöyle işaret eder. "Mecellenin tertibi ve dili üzerinde Cevdet Paşa'nın etkisi olmuştur. Dili zamanı için çok başarılıdır." (Oğuzman, 1994: 15). Bu şekildeki değerlendirmeler, başta Cevdet Paşa olmak üzere, Mecelle heyetinin hukuk kültürüne ve literatürüne vakıf olduğunu gösterir. Mecelle tedvin edilirken Hanefi mezhebindeki muteber metinlerle beraber heyetin müracaat ettiği eser sayısının 163 olduğu nakledilmiştir.¹³ Bu eserler kullanılırken ulemanın muteberlik kriterlerine riayet ettiği bilinen bir gerçektir. Tabakâtü'l-fukaha olduğu gibi tabakâtü'l-kütüb de mevcuttur (Düzenli, 2015: 3-11, 17-21).

2. Şer'î ve Örfî Hukuk Ayrımı

2.1. Şer'î Hukuk

Şer'î lafzı, daha ziyade dini ahkâmı ilgilendiren hususlarda kullanılmaktadır. Bunun içindir ki şeriat lafzıyla müradif olarak da kullanılmaktadır. Osmanlı hukukunda şer'î hukuktan kastedilen, Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyas gibi şer'î deliller vasıtası ile İslâm müçtehitlerinin fıkıh kitaplarında tedvin ettikleri hukukî hükümlerdir. Osmanlı Kanunnamelerinde şer' ve şer'î şer'if diye geçmektedir. Osmanlı Devletinde hukukun çoğu dalında yani özel hukukun tamamına yakınında ve kamu hukukunun da çoğunluğunda esas kabul edilen şer'î hükümlerdir. Bunlarda kanun koyucu Allah ve Peygamberidir (Akgündüz, 1990: 49). Fakat İslâm müçtehitlerinin edille-i şer'îyeyi kullanarak oluşturdukları fıkıh kültürüne tamamen şer'î hukuk demek farklı sonuçlara götürür. Çünkü müçtehitler her ne kadar asli kaynaklardan hareket etseler dahi onların yaptıkları da bir çeşit anlama ve yorumlamadır. Usulü fıkıh ifadesiyle bir istinbat ve istihraçtır. Öyleyse içtihat faaliyetlerini şer'î hukuk olarak isimlendirme noktasında ihtiyatlı davranmak gerekir. Bu nedenle tarif edildiği şekliyle "şer'î hukuk, hiçbir şahıs veya heyetin tasdikine gerek olmaksızın geçerlidir ve bütün müslümanları bağlar" (Akgündüz, 1990: 49) ifadesi, şer'î hukukun naslardan doğrudan alınan kısmı için daha uygun olabilir. Diğer taraftan Bilmen, ahkâmı şer'îyeye ve ahkâmı fıkhiyye diyerek şöyle bir tefrikte bulunmuştur. Ahkâmı şer'îyeye denilince, Kur'an'a, hadise ve icmaya sarahaten müstenid olan hükümler kastedilmiş olur. Ahkâmı fıkhiyye denilince ise, İslâm müçtehitlerinin kıyas ve içtihat tarihi ile istinbat et-

13) Mecelle heyetinin başvurduğu 163 eserin isimleri için (Mardin, 1996: 167-169).

tikleri hükümler kast olunur. Şu kadar var ki, bunlara da şer'î esaslara istinat ettiklerinden dolayı ahkâmî şer'îye denilmektedir (Bilmen, 1997: 14). Bu tespitlerden hareketle, şer'î hukuk kavramının hem hakiki hem de mecazi anlamda kullanıldığını söyleyebiliriz. Ayrıca Usulü Fıkıhta naslardan (Kur'an ve Sünnet) doğrudan alınan hükümlere "müstefad hüküm", diğer deliller ve emareler vasıtasıyla içtihaden dolayı olarak anlaşılan hükümlere "müstenbat hüküm" denmesi (Hallaf, 1984: 9), bizleri şer'î hukukun iki boyutunun varlığına götürmektedir.

2.2. Örfî Hukuk

Örfî hukuk, örf ve âdetle teessüs eden ve amme kudretiyle teyit olunabilen hukuk kaidelerine denir. (Heyet, 1998: 276; Kazıcı, 2011: 273-281). Sosyal bir norm olan örf bütün hukuk sistemlerinde örf ve âdet adı altında hüküm icra eder. Osmanlı Devleti'nin hukukî yapısının bir gereği olarak sosyal bir norm olan örf, diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak âdet zikredilmeksizin (örf ve âdet) kanun normuna dönüştürülmüştür. Kendisinde daima iyilik ve meşruluk manası bulunan örf ile iyilik ve kötülüğün muhtemel olduğu âdet arasında usulü fıkıh açısından önemli fark vardır (Dönmez, 2014: 374-380; Koçak, 2011: 250-266). Bu nedenle örfî hukuk denmiş âdet hukuku denmemiştir. Kısaca örfî hukuk şöyle tanımlanmıştır. Ulül-emrin emr'ü fermanlarıyla oluşan hükümler topluluğudur (Akgündüz, 1990: 49; Adın, 1996: 75). Barkan'a göre ise, padişahların din kitaplarıyla karşılaştırmadan sadece kendi idare adamlarının tecrübelerine dayanarak istedikleri gibi bir takım kanun ve nizamları oluşturmalarıdır (Barkan, 1946: 713). Kanaatimizce bu tanım pek isabetli değildir. Çünkü Şer'î esaslara muhalif olan uygulamalar makul kabul edilmemiştir. Padişahların bu kadar sınırsız kanun vazetmeleri ise, tarihi açıdan pek isabetli görünmemektedir. Bilindiği kadarıyla örfî hukuk kuralları konurken devletin hâkim hukuku olan İslâm hukukuyla çatışmamasına, İslâm hukuku kurallarına açıkça ters düşmemesine özen gösterilmiştir. Bazı kanunnamelerin baş kısmında kanunnamenin "şer'î şer'ife" uygun olduğunun belirtilmesine bile ihtiyaç duyulmuştur. (Aydın, 1985: 62). Diğer taraftan örfî hukuk demek tamamen şer'î hukukun dışında demek değildir (Akgündüz, 49; Kaşıkçı, 22). Şer'î hukuk İslâm hukukunun asli kaynaklarından oluşurken, örfî hukuk da İslâm hukukunun fer'î kaynaklarından (örf ve âdet, ıstıslah, istihsan, ıstıshab, şer'u men kablena vb..) oluşmuştur. Fakat örfî hukuk, sadece örf ve âdete dayanması itibarıyla bu adı almamış, bilakis padişahların irade, ferman ve kanunları ile belirlenen bir kanun hukuku olması nedeniyle bu adı almıştır.¹⁴ Başka bir tanımda; temelinde yerleşik örf ve âdetler olmakla beraber, genelde padişahın toplumsal ve siyasal gelişmeler karşı-

14) Örfî hukukun Osmanlı Devletindeki ilk tatbikatı Osman Gazi ile başlar. Geniş bilgi için (Öztürk, 1973: 8-9; Aydın, 1985: 61). Ayrıca kanun koyma sadece Osmanlılara has bir uygulama değildir. Osmanlıların dışında Türk - Moğol siyasi ve idari geleneklerinin hâkim olduğu Irak, İran ve Hindistan'daki İslâm Devletlerinde de benzer uygulamalara rastlanmaktadır. Cengiz Yasası, Timur Tüzükatı, Uzun Hasan ve Alaüddeve Beg Kanunları buna örnektir. (Aydın, 1996: 75).

sında, özellikle kamu hukuku alanında yaptığı bağlayıcı kanun ve düzenlemeler için örfi hukuk tabiri kullanılmıştır. (Erdoğan, 1998: 374).

Diğer taraftan idare, ceza, anayasa, hukukuna dair bazı meselelerde ve özel hukukla ilgili içtihadî mevzularda, İslâm hukuku, Ulül-emr denen halife veya padişaha, sınırlı yasama yetkisi vermiştir (Akgündüz, 1990, 51). Örneğin kul hakkını ilgilendiren veya kul hakkı ağır basan (kıyas gibi) ceza hukuku davalarında padişahın herhangi bir yetkisi söz konusu olamaz. Öyleyse örfî hukuk, daha ziyade şer’î hukuk dışında kalan, özellikle de kamu hukukuyla ilgili hukuki boşlukları doldurmak için padişaha tanınan sınırlı bir takdir yetkisinin ürünüdür. Bu açıdan bakıldığında günümüz dünyasında da bütün devletlerde böylesi hukuki boşlukların kamu otoritesi tarafından düzenlenmesi tabii bir durum olup sadece Osmanlı devletine hasredilmesi isabetli değildir. Osmanlı devletindeki uygulamada, örfî hukukun en önemli farkı, şer’î hukukla tearuz etmemesine dikkat edilmesidir.

Konunun diğer bir açıdan tahlili ise şöyledir: Osmanlı hukukunda örfî hukuk denince sadece âdet hukuku değil, şer’î hükümlerin kanun tarzında tedvini de dâhil olmak üzere, Ulül-emre tanınan sınırlı yasama yetkisi dâhilinde mütehasıs İslam hukukçularının içtihat ve fetvalarına da başvurularak ortaya konan hukukî hükümler akla gelmelidir. Ayrıca Osmanlı hukukunda kullanılan örfî hukuk tabiri, İslâm hukukçularının kullandığı “siyaset”, “siyaset-i şer’îyye”, “kanun”, “yasa” ve benzeri ifadelerle eş anlamlı hale gelmiş ve manası genişlemiştir (Akgündüz, 1990: 51). Bu nedenle örfî hukuku, sadece padişahın arzusunun hamletmek yanlış olduğu kadar, hukukiliği ve ilmiliği de tartışmalıdır.

Şer’î ve örfî hukuk konusunda net bir sonuca varmak veya kesin bir tefrikte bulunmak isabetli olmayabilir. Çünkü her iki hukukun düzenlediği alanlar ve konular birbirleriyle iç içe olduğundan net çizgilerle ayırtırmak yanlış sonuçlar doğuracaktır. Hukuk metodolojisi açısından şunu diyebiliriz: Şer’î hukuk, İslâm hukukunun asli kaynaklarından beslenirken, örfî hukuk da İslâm hukukunun fer’î kaynaklarından beslenmektedir. Şer’î hukukun oluşumunda müçtehidin takdir yetkisi varken, örfî hukukun oluşumunda hem müçtehidin hem de padişahın, padişah olarak takdir yetkisi vardır. Çünkü caiz, yapılması veya yapılmaması serbest olan hukuki meselelerdir. İşte bu meselelerde, Nisa suresindeki “Ey iman edenler Allaha, O’nun peygamberine ve sizden olan Ulül-emr’in emir ve yasaklarına itaat ediniz.” (Nisa, 4/58). ayetine istinaden Ulül-emr’in şer’î hükümlere aykırı olmamak şartıyla, emretme ve yasaklama şeklinde kanun koyma yetkisi vardır (Akgündüz, 1990: 74-75).

3. Şer’î ve Örfî Hukuk Açısından Mecelle’ye Yapılan Eleştiriler

Mecelle hakkında bilim adamlarının ve özellikle hukukçuların çeşitli değerlendirmeleri mevcuttur.¹⁵ Mecelle genelde kaynak, muhteva ve metot olmak üzere üç noktadan

15) Mecelle’yle ilgili eleştiriler, sadece ısdar edildiği dönemle sınırlı olmamış daha sonraları oluşturulacak komisyonlardan önce de sonrada sürmüştür. Mesela Kazanlı Halim Sabit Meclis-i Mebusanca

tetkik edilirken bazı müellifler mecelleye yapılan eleştirilerin tenkit nev'inden olanlarını 14 madde altında toplamışlar, takdir nev'inden olanları ise genel bir değerlendirme halinde vermişlerdir.¹⁶ Fakat bu kadar maddeleştirmenin tedahülleri doğurduğundan hareketle biz, Mecelle hakkındaki tenkitleri birkaç ana başlık altında toplarken, takdirleri de mukayese açısından yeri geldikçe zikredeceğiz.

3.1. Kanun Tekniği Açısından Yapılan Eleştiriler

Mecelleye genel olarak yapılan itirazlarda, ilk göze çarpan husus, Cevdet Paşa'nın dışındaki Mecelle heyetinin göstermiş olduğu mezhep taassubu ve içtihattan uzak durmalarıdır. M. Reşit Belgesay bu hususa şöyle işaret etmiştir. "İslâm ve Türk Hukuk sistemine hâkim olanların en büyük hataları, içtihat kapılarını kapayıp evvelki müçtehitlerin hadiselerin hususiyetine göre koydukları hükümleri umumî ve şaşmaz bir kaide imiş gibi şartları tamamen aynı olmayan hâdiselere tatbik idi. Mecelle de muhteşem, selis, cazip ifadesi ile bu hatayı işledi." (Belgesay, 1946: 562).

Ebu'l-Ula Mardin de Mecelle'nin kanunlaştırma ve hüküm açısından haklı itirazlara maruz kalabileceğini kabul etmiş ve şöyle açıklamıştır: "Mesela Mecellede kanun olmasına rağmen fıkıh kitaplarındaki usul aynen muhafaza edilmiş kitaplar, baplar, fasıllar bu kitaplardaki tasnife göre ayrılmış ve her akitte ehliyet şartı tekrar olunmuştur. Bu tekrarlar ve ilave olunan misaller kanun veçhine uygun değildir." (Mardin, 1996: 171). Bir başka hukukçu aynı hususlara işaret etmekle birlikte, kitapların başlangıcında verilen lügatlerin

yeniden oluşturulmak istenen Mecelle Cemiyetiyle ilgili iki makale yazarak görüşlerini ve eleştirilerini serdetmiştir. Bu makaleler dikkatli okununca önceki Mecelle heyetine bir ta'rizde bulunduğu anlaşılmaktadır. Mesela Mecelle'nin olması gereken özellikleri hakkındaki başlığında üç hususa vurgu yapmıştır. Bunlar sırasıyla; 1. Mecelle, şahsın hukuku, kamu hukuku, toplumsal hukuk, siyasi hukuk... hepsini içine alıp medeni ihtiyaçlarımıza yeterli olmalıdır. 2. Kanunlar hevâdan değil, mutlaka şer-i şeriften alınmalıdır. 3. Mecelle bütün manasıyla zamanımıza, zeminimize, halimize uygun olmalıdır. Âdeta halimizden istinbat edilerek yapılmış olmalıdır. Ayrıca Mecelle'nin iki yönüne dikkat çekerek birinci yönü klasik eserlerden alınan, diğeri ise içtihat ile elde edilen hükümler olmalıdır şeklinde beyan ettikten sonra, Mecelle heyetinin zamanın gereklerini bilmesi, hüküm ve kanunların uygulanabilirliğinin olması gerektiğine vurgu yapmıştır. Özellikle üzerinde durduğu en önemli husus, Mecelleyi oluşturacak heyetin diğer şartlara ilaveten birde içtihat ehli olması gerektiğidir. Bunun içinde medreselerdeki eğitim sistemini de eleştirmiştir (Halim Sabit Şibay, 1999: 151-162, 163-168.

- 16) Mecelleye yönelik tenkitler; 1. Her kitabın başında orda geçen kelime ve ıstılahlar tarif edilmiştir. 2. Bazı maddelerin altında açıklayıcı misaller verilmiştir. 3. Dört mezhepten sadece Hanefî mezhebi esas alınmıştır. 4. Menkul malın kabzından evvel bey'ine cevaz verilmemiştir. 5. Bütün fer'i meselelerde tatbik edilecek umumi maddelerin bulunmaması, 6. Mukaddimedeki küllî kaidelerin tatbik kaideleri azdır. 7. Günümüz hukukun şahıs, aile, miras hukuku ile aynî haklar gibi taksimin mecellede olmaması, 8. On altı kitap arasında bir insicamın olmadığı, 9. Muhtelif meseleler bir kitapta toplanmıştır. 10. Fıkıh kitaplarındaki tasnif dikkate alınmıştır. 11. Son dört kitap hukuk usulü muhakemelerine ait hükümleri ihtiva eder. 12. Bazen ahlaki kaidelere başvurmakla iktifa edilmiştir. 13. Akitlerle ilgili bazı hususlarda tekrara düşülmüştür. 14. Madde sayısı medeni kanun olması itibarıyla fazladır. Maddelerle ilgili açıklamalar için (Şimşirgil ve Ekinci, 2015: 60-67).

günümüz kanun tekniğine uymadığını kaydetmiştir (Gür, 1975: 167). Fakat bir diğer hukukçu, Mecelle'deki kitapların girişlerinde, tanım ve kuralların verilmesini diğer kanunlarda bulunmayan bir üstünlük olarak telakki etmiştir (Şafak, 1997: 263). Diğer taraftan mecellenin ilk maddeleri hakkında şöyle bir değerlendirme de yapılmıştır. "Mecelle'nin ilk 99 maddesi vecize üslûbu ile yazılmış tazelik ve hayatiyeti her zaman için baki, mantık ve felsefe düsturlarından ibaret olup zaten her şeyden önce inkişaf zemini selim akıl ve muhakeme üstüne kurulu hukuk mütalaalarının da esasını ve zübdesini teşkil eyler. Ayrıca külli kaideler tabi hukuka ve modern hukukun hayli münakaşalardan ve tekâmülünden sonra ulaştığı prensiplere o derece uygundur" (Gür, 1975: 108, 110; Belgesay, 1946: 564; Baktır, 1997: 315-316). Mecelle'ye ve İslâm hukukuna sert eleştirileri ile bilinen hukukçu H.V. Velidedeoğlu, Mecelle'yi Tanzimat'tan sonra en önemli kanunlaştırma hareketi olarak kabul ettikten sonra şöyle bir değerlendirmede bulunur. Mecelle'nin ilmi fıkha dayanması, muğlak olması ve halk tarafından anlaşılabilmesi ve hatta değme erbabi hukuk tarafından layıkıyla ihata edilmesinin müşkül bulunması neticesini doğurmuştur. O'na göre muğlaklığın sebebi dine müstenit oluşudur. (Velidedeoğlu, 1940: 192). Bir kanun metninin muğlaklığını dine dayandırmak hukuk ilmi açısından ne kadar isabetli olabilir? Kanunların vaz'ındaki ana gaye amme düzenini hukuk nizamı içinde korumak ve sürdürmektir. Bunu temin hususunda toplumun inançlarına, örf ve âdetine riayet etmek kanun yapan iradenin gözetmesi gereken bir husustur. Zira toplumu idare edecek kanunların kağıt üzerinde kalmayıp amme vicdanında makes bulabilmesi için toplum tarafından da benimsenmesi gerekir.

3.2. Dil Açısından Yapılan Eleştiriler

Mecelle'ye yapılan itirazların başında dilinin ağır oluşu ve muğlaklığı gelmektedir. Kanaatimizce bunun en önemli sebebi, kanunlaştırmanın zorluğundan ve karakteridir. Ayrıca hâkim kültürün etkisi ile vaz edilen kanunlarda ağırdal bir dilin kullanılması kaçınılmazdır. Mecelle'nin, edebi bir üslupla yazılmasının diğer bir sebebi ise, Cevdet Paşa gibi edebiyat ve belâgat üstadının heyetin başında bulunmasıdır. (Hacımuftuoğlu, 1997: 185-222). Mecelle'nin edebi yönü hakkında, " Bu kitap, o devirlerde, İslâm fikhının olduğu kadar, Türk dilinin de büyük eserlerinden sayılır" (Mardin, 1996: 207), tespiti önemlidir. Ali Himmet Berki de Mecelle'nin üslubundan bahsederken, onun mutavassıt bir üslupla kaleme alındığını ve sonuna kadar böyle devam ettiğini belirttiikten sonra tenakuzdan uzak, zaafî telif gibi noksanlıklardan beri bir halde son bulunduğunu, iyi anlaşılması için de tetkike ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir. (Berki, 1990: XI).

Kanunların muğlaklığı kullanılan dil ve tabirlerin yabancılığı ve uydurma oluşunun yanında üslubunun belagat açısından çok üstün olmasından kaynaklanabilir. Dolayısıyla Veldet'in yukarıda ifade ettiği gibi Mecelle'deki muğlaklığın dine dayalı oluşundan kaynaklandığı iddiası, delilsiz ve izaha muhtaçtır. Mecelle'nin anlaşılmasındaki zorluğun harf inkılabıyla da ilgisinin olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Zira bazı tabirlerin ve

terkiplerin günümüz Türkçesinde kullanılmadığı bir gerçektir. Diğer taraftan Mecelle'nin diliyle ilgili yapılan tenkitlerin yanında takdirlerin varlığı da bir izafiliğin olduğunu göstermektedir. Yalnız şurası da bir hakikattir ki, toplum hangi kanunlarla yönetildiğini anlamalıdır. Kanaatimizce Mecelle'de kanun maddelerinin akabindeki örneklendirmeler, nispeten anlaşılabilirliği sağlama ve yanlış anlaşılımları önleme açısından önemlidir.

3.3. Mezhep Açısından Yapılan Eleştiriler

Mecelle'ye yapılan itirazların en başında geleni hiç kuşkusuz, Mecelle'nin bir mezhep taassubu ile kaleme alınmış olmasıdır. Bu duruma İslâm hukukçularından ve pozitif hukukçulardan itiraz etmeyen yok gibidir.

Örneğin Ali Himmet Berki şöyle bir serzenişte bulunmaktadır: “Her meselenin Hanefi mezhebi içtihadına muvafık olması lüzumu ihtiyar olunmayıp, Maliki, Şafii ve Hanbeli içtihatları gibi Müslümanlarca muteber içtihatlardan da istifade edilmek yolu münasip görülse ve Mecelle öyle tanzim olursa idi, işaret ettiğimiz hükümler, halkın haline ve ihtiyacına daha muvafık olurdu.” (Berki, 1990: XII; Abdülhalim, 1339: 78).

Bu hususta Ebu'l-Ula Mardin şöyle diyor: “Halkın ihtiyaçlarına geniş sahada cevap vermek, ihtilafli meselelerde açıktan açığa kat'î hükümler sevk ederek her türlü şek ve te reddüdü önlemek ve ezmanın tebeddülünü nazara almak icap ederdi. Hâlbuki hükümleri tedvinde dar bir çerçevede içinde Hanefi mezhebi hükümleri ile iktifa cihetine gidildi ve iç siyaset endişesi ile itiraz ve tahaşi mesleki güdüldü. İşte bu yüzden Maliki mezhebindeki alacağın temliki ve borcun nakli gibi Roma hukukunda bile bulunmayan ve ilk olarak tedvini Alman Medeni Kanunu'na bir fahrî şeref vesilesi veren hükümlerden faydalanma fırsatı kaçırıldı” (Mardin, 1996: 171).

Mecellenin mazbatasında yer alan “asrın ihtiyaçlarına göre” (Berki, 1990: 10) ifadesinin “Hanefi mezhebinin dışına çıkılmayışı” (Berki, 1990: 12) iddiasıyla çeliştiği açıktır. Seyyid Nesib bu hususu teferruatlı bir şekilde örneklendirerek sunmuştur. Hatta Mecelle'nin kaleme alındığı dönemde bile, halkın ihtiyacına cevap vermediğini sadece Hanefi mezhebinin görüşlerinin alındığını vurgulayan hukukçu, bu durumun mecelle gibi bir eseri yaraladığını söylemiştir. Seyyid Nesib akitlerde ileri sürülen şartların hukuki durumunu mezheplere ve müctehitlere göre yorumlarken, yer yer Mecelle'nin mazbatasından da pasajlar almıştır. Şartlı satım hakkında İmam Şafii, sadece kölenin azat edilme şartı ile satımını caiz görmüş, diğer hususlarda her türlü şart ve satımın fesadına hükmetmiştir. İmam Malik'in görüşü kölenin azat şartı yanında istisnayı biraz daha genişletmiş ise de Şafii'nin görüşüyle yakınlık arzeder.¹⁷ Ahmet b. Hanbel ise mutlak olarak satıcı kendisi için malda hususi bir menfaat şart koşabilir, görüşündedir. Fakat bu

17) Satım akidindeki ileri sürülen şartlar hususunda mezhepler arasında farklı görüşlerin olduğu malumdur. Konunun mukayeseli bir şekilde incelenmesine ihtiyaç vardır (İbni Rüşd, 1985, II, 132-137; Seyyid Nesib, 1323: 408-410).

hakkın satıcıya tanınıp, alıcıya tanınmaması, hukuk düşüncesine ve kıyasa aykırıdır. İbn Ebi Leyla genel olarak, şartın ve satım işleminin fasit olduğunu kabul etmiştir. İbn Ebi Leyla'nın görüşü "Müslümanlar şartlarına sadıktırlar." (Aclunî, 1352: II, 209). hadisine ters düşmektedir. İbn Şübrüme'nin görüşü bu hadisi şerife uysa da, satıcı ve alıcının, icrası caiz olmayan şartları koşmalarına kapı aralanmış olmaktadır. Oysa fukaha indinde, şartlara imkân ölçüsünde riayet etme prensibi müsellemtandır. Sonuç itibari ile Hanefi mezhebi orta bir yol takip ederek, şart hususunda "caiz", "müfsit" ve "lağv" diye üç noktaya temas etmiştir. Şöyle ki, satım akdinin muktezasından olmayıp veya muktezayı akd satımı teyit etmeyip de tarafeynden birine menfaati olan şart "müfsit" ve bundan doğan satımda "fasit"dir. Herhangi bir tarafa faydası olmayan şartlı satım işlemi "sahih", ileri sürülen şart "lağv"dır. Fakat örf nizamı kaldırdığından, örfçe muteber olan şartla yapılan satım işlemi "caiz" olur. Hanefi mezhebinde, örfçe malum olan şartların kabul edilmesi hukuken önemlidir. Fakat asrımızda alım satım işlemlerinde halkın örfünde genişleme olmuştur. Bu nedenle asrımızda ticari hayatın gelişmesine paralel olarak, yeni oluşacak şartlara da müsaade edilmelidir. Bunun için mecellede İbn Şübrüme'nin görüşünün alınması daha uygun olacaktır. Yani mutlak olarak hem şart hem de satım akdi caizdir. Fakat yine de Hanefi mezhebinin görüşü alınmıştır. Yalnız, birinci babın dördüncü faslında sadece satım akdini ifsat etmeyen şartlarla iktifa edilmiştir (Berki, 1990: 11; Seyyid Nesib, 1323: 404-425). Neticede Mecelle heyeti, kanunun gayesine, fukahanın tercihinine ve asrın ihtiyacına riayet edileceğini mazbatada kabul etmiş olsa da şartlı bey' konusunda Hanefi mezhebinin zahirinden uzaklaşmamıştır (Seyyid Nesib, 1323: 404-425).

Seyyid Nesib'in bu yorumlarına kısmen katılmakla birlikte, günümüzde oluşan ve gelişen ticari işlemlerin işlerlik kazanması adına her türlü şart serbestisinin tanınması, alım-satım akdinin hukuki gayesi olan mübadelede, bazen haksız kazancın birileri lehine cari olacağı sonucunu doğurabilir. Dolayısıyla mutlak manada şart serbestliğinin bir takım hukuki problemleri beraberinde getireceği kanaatindeyiz. Kaldı ki batıl örfün hükümsüz olduğu da bir gerçektir. Öyleyse haksızlığı ve belirsizliği doğuracak şartların, her iki taraf için akdin inikadına hâlel getireceğini söylememiz hukukun bir gereğidir. Netice itibarıyla akdin gereğinden, mülayiminden (münasip), şeriattan ve örften doğan şartlar sahih olacağından akit de sahih olacaktır; saydığımız bu hususlara muhalif olan şartların bulunduğu hallerde ise şartın çeşidine göre hüküm verilip akitte ona göre hüküm alınmalıdır. Dolayısıyla bu konuda günümüz şartlarını da dikkate alarak derinlemesine yapılacak bir çalışmaya ihtiyaç olduğu anlaşılmıştır. (Seyyid Nesib, 1323: 410-425. Karaman, 1991: II, 187-199).

Seyyid Nesib'in dikkat çektiği önemli bir nokta ise, Mecelle'nin mazbatasında yer alan bir yanlışliktir. Şöyle ki, şart hususunda birbirine tam zıt görüş serdeden İbn Ebi Leyla ile İbn Şübrüme değil, Ebu Hanife ile İbn Şübrüme'dir. İbn Ebi Leyla bunların arasında mutavassıt bir yol takip etmiştir. "Müslümanlar şartlarına sadıktır" (Ebu Davud, Akziye, 12). hadisine aykırı davranan İbn Ebi Leyla değil Hanefi mezhebidir (Sey-

yid Nesib, 1323: 410). Çünkü bu hususta İbn Rüşd, 'araya¹⁸ satışına izin veren hadisi, "Allah'ın kitabına uymayan şartların batıl olduğunu" (Buhari, Mükateb, 2), haber veren hadis ve "Müslümanlar şartlarına sadıktır" (Ebu Davud, Akziye, 12), hadisi, birbiriyle çelişmektedir, diyor. Bu çelişkinin neticesi olarak, şartlı satım hususunda fakihler ihtilaf etmişlerdir. Ebu Hanife ve Şafii şartlı satımda her ikisinin de fesadına hükmetmişlerdir. İbn Şübrüme satımın ve şartın cevazına hükmetmiş, İbn Ebi Leyla ise satımın caiz, şartın batıl olduğuna hükmetmiştir (İbn Rüşd, 1985: II, 133). Bu nedenle, satım ile şartın fasit olup olmaması suretinde birbirine zıt olan Ebu Hanife ile İbn Şübrüme'nin görüşüdür. İbn Ebi Leyla ise bu ikisi arasında orta yolu takip etmiştir. "Müslümanlar şartlarına sadıktır." Hadisine zıt olan görüş Ebu Hanife'nindir. İbn Ebi Leyla'nın görüşü hadisi şerife uygundur (Seyyid Nesib, 1323: 410). Ebu Hanife'nin bu konuda başka rivayetlerle amel ettiğini de zikreden Seyyid Nesib mezhepler arası mukayese açısından delilleri detaylıca serdetmiştir. Anlaşılan o ki, şartlı satım konusunda Seyyid Nesib'in ulaştığı bazı sonuçlar o kadar net de değildir. Çünkü Hanefi mezhebinde akdi bozan, bozmayan ve fesada götüren şartların ayrı ayrı değerlendirildiği dikkate alınırca, kesin sonuca gitmek için bu ayrımlara değinilmesi gerekirdi. (Karaman, 1991: II, 189-195).

Mecellede örfî hukukun varlığı ve mahiyeti hakkında herhangi bir değerlendirmeye rastlayamadık. Yalnız, hazırlanan her kitaptan sonra padişah tarafından "mucebince amel oluna" kaydının düşülmesi, mecelleye bir bakıma örfî hukuk niteliği de kazandırmıştır. Dolayısıyla yapılan müspet ve menfi eleştiriler zımnen de olsa hem şer'i hukuku hem de örfî hukuku içermektedir. Çünkü eleştiride bulunanlardan bu ayrıma özenle dikkat edeni henüz tespit edemedik. Mecellede cem edilen şer'i ve örfî hukuka birlikte yapılan eleştiriler, ayrı ayrı yapılsaydı, günümüzde yapılmak istenen Mecelle vari çalışmalara daha büyük katkı sağlanmış olurdu.

Bu bağlamda H. V. Velidedeoğlu mecelleyi şöyle yorumluyor; "mecelle ahkâmı fıkhiyyeyi tedvin ederek bir kanun haline koymakla adeta fikhın muamelat kısmını şeklen olsun dinden ayırıp devletleştirmiş, laikleştirmiş ve böylece bu sahalarda hakiki manasında laik kanunlar konmasına yol açmıştır. Binaenaleyh Mecelle'nin kabulü o zaman için bu bakımdan da bir ilerilik arzeder" (Velidedeoğlu, 1940: 195). Bu yorumu yabana atmamakla birlikte Mecelle'nin veya örfî hukukun hazırlanmasındaki gayeyi göz ardı

18) 'Araya satımı İslam hukukunda faiz olup olmaması hususunda tartışılmıştır. Tahmini oluşu, aynı cinsten oluşu bu tartışmanın temelini oluştururken insanların komşuluk ilişkileri ve ihtiyacın hasıl olması gibi durumlardan hareketle müsaade edilmesi dahi nazariyede uzun tartışmalara sebep olmuştur. Bu nedenle farklı şekillerde tarifi yapılmıştır. Bir kimsenin yoksul birisine hurma ağacını bir yıl süreyle vermesi ve böylece onun ağacın hurmalarından istifade etmesi. Taze hurmanın henüz ağacın dalında iken ölçü-tartı kullanılmaksızın tahmin yoluyla kuru hurma karşılığında alınıp satılması. Bu uygulama riba yasağı ilkesine göre caiz olmaması gerekirken, dayanışma ilkesine göre caiz görülmüştür. Çünkü taze hurması olmayan insanların ellerindeki kuru hurmaları karşılığında böyleleri muamelelere ihtiyacının olduğu malumdur. Mesela misafirin gelip taze hurma isteğinin olması azda olsa böyleleri işlemlere kısa süreli insanları bazen mecbur bırakabilir (Erdoğan, 1998: 18).

etmemek gerekir. Çünkü o günün şartlarını göz önüne aldığımızda padişahın Mecelle'yi onaylama gayesi, neticesi ne olursa olsun karışıklığı önlemek, hukukî düzeni korumak ve hayata işlerlik kazandırıp dıştan sunulan kanunları da bertaraf etmektir. Eğer söylen- diği gibi gaye laik kanun hazırlamak olsaydı, Fransız Medeni Kanunu kabul edilebilirdi. Mecelle'nin onayıyla birlikte örfî kanunların vaz edilmesi de "Ehl-i örf"¹⁹ denilen askeri ve idari yetkililerin keyfi cezalar vermesi, dilediği gibi vergi koyması ve para cezası (ce- rime) toplamasına ve benzeri davranışlara engel olma, yani kanun hakimiyetini sağlama ihtiyacı olduğu söylenebilir. Bir kanunname nüshasının haşiyesinde kanunnamelerin he- definin halkı idarecilerin zulmünden kurtarmak olduğunun belirtilmesi dikkat çekicidir" (Aydın, 1996: 78-79).

Mecelle'ye sadece bir örf ve âdet hukuku nazariyle bakmak ve neticede laik bir anla- yışa varmak pek isabetli değildir. Çünkü tarihteki örfî hukuk uygulamalarıyla şer'î hukuk uygulamaları birbirine ters değil, tam aksine bir uyum içerisindedir. Örneğin; Osman Gazi'nin Allah'ın emri değil diye pazar (bac) vergisine önceden karşı çıktığı, fakat Şey- hülislam tarafından şer'î esaslara aykırı olmadığı bildirilince de kabul ettiği düşünülürse, Osmanlıda örfî hukuk normlarının ve kanunnamelerin devamlı şer'î hukuka arzedildiği anlaşılır. Aynı şekilde Mecelle'nin de hazırlandıktan sonra padişah tarafından tekrar Şey- hülislama arzedilmesi (Aydın, 1996: 79-80), Onun şer'îliğini ispat ettiği gibi örfî niteliği- nin varlığını da gösterir. Zaten örf lafzı, dinen maruf ve meşru olan için kullanılır. Burada âdet hukuku denmemesine dikkat çekmek istiyoruz. Şöyle ki, örfte iyilik mündemiçken âdetde durum böyle değildir. Zira âdet iyide olabilir kötüde olabilir.²⁰ Kanaatimizce Me- celle heyeti bu kavramların farkına dikkat çekmek için böyle kullanmıştır. Bu yönüyle baktığımızda günümüzdeki kanunların, örf ve âdeti tefrik etmeden birlikte kaynak olarak kullanmaları, Mecelle'nin belirlediği noktaya onların henüz ulaşamadığını göstermekte- dir.

3.4. Siyasi Mülahazalarla Yapılan Eleştiriler

Hukuk tarihimizde Mecelle'ye yapılan eleştiriler sadece şer'î ve örfî hukuk bazında kalmamış bazende dış devletlerin ülkemizdeki sefirleri kendi kanunlarını kabul ettirmek için tenkide soyunmuşlardır. Mesela Mösyö Mandelstam elinden geldiği kadar mecelle- den seçtiği 167, 197, 200, 205, 237, 238, 253, 293, 320, 262, 369, 1338, 1353. maddeler arasında çelişkili ve yetersizliklerini ifade ederek Fransız Medeni Kanununu kabul et-

19) Ehl-i örf" veya "örfî idare" kavramlarındaki örf kelimesi çalışmamızda kullanılan örf ile aynı değil- dir. Usulü fıkıhta kullanılan örfte de daima iyilik manası mündemiçtir. Oysa yukardaki kullanımda da olumsuz bir mananın varlığı anlaşılmaktadır. Hatta çağımızda ihtilallerde "sıkıyönetim" yerine "örfî idarenin" kullanılması, mantık ilminde şiir yapma diye bilinen; kötü bir şeyi güzel ve makul göstermek için esas isminin yerine başka bir ismi adlandırmak babındandır (Koçak, 2011: 251).

20) Örf ve âdetin meşruiyet delilleri ve aralarındaki farklarla ilgili usulü fıkıh açısından değerlendirmeler için (İzmirli, 1999: 137-148. Dönmez, 2014: 374-380; Koçak, 2011: 250-266).

tirmek için yoğun çaba sarf etmiştir. Elmalı Hamdi Yazır Mösyö Mandelstam'ın eleştirilerine cevap sadedinde yazdığı dokuz makale, Fransız Medeni Kanunuyla da mukayese etmek suretiyle Mecelle'nin rüçhaniyetini ispat etmiştir (Yazır, 2011:137-168). Hamdi Yazır eleştirilerine geçmeden önce şöyle bir tarzde bulunur: “Mösyö Mandelstam'ı takdir ederim. Çünkü kapitülasyonlardan dolayı memleketimizden en ziyade istifade eden bir hükümetin memuru olan bu zat mensub olduğu devletin menafine hizmet nokta-i nazarından vazifesini sûtret-i fevkaladede icra ediyor. Vazife-şinasları takdir etmek hakperestliktir.” (Yazır, 2011:138) Mösyö Mandelstam o kadar ileri gitmiştir ki, Hamdi Yazır onun adeta şöle söylediğini dile getirmiştir. “Ey Osmanlılar! Osmanlılığı terk etmeyince size hakk-ı hayat yoktur” Akabinde Hamdi Yazır şöyle serzenişte bulunur: “Acaba düvel-i ecnebiyede bulunan Osmanlı memur-ini siyasiyyesinden hiçbiri böyle bir nüfusu nazara malik olabiliyor mu? Acaba bir Osmanlı hukuk şinası Fransa Kanun-ı Medenisini ele alınca Mösyö Mandelstam'ın Mecelle'mizde şayan-ı itiraz bulabildiği mevad kadar sezavar-ı tenkid mevad bulamaz mı? Bulabilirse acaba yaptı mı? Ben derim ki kapitülasyonlarımızın ilgası zımında kanunlarımızı değil, memur-ini siyasimizi buldukları yerlerde Mösyö Mandelstam gibi bir nüfusu nazarla icrayı vazife edecek derecede tasfiye ve terbiye lazımdır.”²¹ Hamdi Yazır Mecelle'ye yapılan tutarsız itirazların pek çoğunu bu ifadeleriyle ortaya koymuştur. Hamdi Yazır'ın Mecelle'yi, Fransız kanunlarıyla mukayese ve değerlendirmesi müstakil bir çalışmanın konusu olabilecek nitelikte ve kapsamda olduğundan çalışmamıza alamıyoruz. Şunu da ifade edelim ki, bizler Mecelle'nin eleştirileceğini kabul ediyoruz. Zaten 1916 tarihli Mecelle Ta'dil Komisyonu ve 1923 tarihli Vâcibât Komisyonu eleştirileri değerlendirme çalışmalarını başlatmış fakat dıştan ve içten gelen baskılar sebebiyle bu komisyonlara düzeltme imkanı sağlanmamıştır. Yine de bu süreçte yapılan çalışmalar hukuk tarihimiz açısından çok önemlidir (Akgündüz, 2013: 31-39).

Bugün Mecelle ile dünyadaki medeni kanunların yeniden bir karşılaştırmasına ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Mukayese sayesinde kanunların tutarlılığının önemi ve Mecelle'nin mahiyeti daha iyi ortaya çıkacaktır. Yeni bir çalışmada ise Mecelle maddelerinin her birinin akabinde, Türk Medeni Kanunundaki maddelerin (eski-yeni) mecelledeki maddelere karşılık olabilecekleri zikredilmiş, Kadri Paşa'nın Ahvalu'ş-Şahsiyye ve Mürşidü'l-Hayran'ı da mukayesede dikkate alınmış ve ta'dil komusyonlarınca yapılan ta'diller de kitaba eklenmiştir. Çalışma bu sahada fikir vermesi açısından önemli bir başlangıç olabilir (Akgündüz, 2013: 24). Buna ilaveten Mecelle'deki kitapların, Mecelle

21) Mecelle'ye en ağır eleştirileri yapan Yanko Vityanos'un “Mecelle'nin tedvini Devlet-i Osmaniye'yi yüz senelik bir terakkiden alıkoymuştur” sözünü o günün yazarlarından Abdurrahman Adil Bey de maalesef desteklemiş fakat gerekçelerini de ortaya koymamıştır. Bu tür eleştirilerin siyasi bir takım mülahazalarla olduğu anlaşılmaktadır. (Abdülhalim, 1339: 78). Yanko Vityanos'un yukardaki ifadesini başka bir hukukçu mantiken eleştiriye tabi tutmuş kanunun üzerinde dururken kanunların ahlaki boyutuna da dikkat çekmiştir (Ahmed Nazif, 1339: 99-100).

ta'dilleri ile gerekçelerin bir komisyon maharetiyle teker teker ele alınıp günümüz kanunlarıyla da birlikte derinlemesine incelenerek ortaya çıkarılacak mukayeseli bir çalışmaya ihtiyaç olduğu analıdır.

4. Küllî Kaideler Açısından Yapılan Eleştiriler

Mecelle'deki küllî kaidelerin²² bir çoğu ayetlerden, hadislerden, fıkıh ve usulü fıkıh-daki delillerden ve mantık kaidelerinden istihraç edilmiştir.²³ Dolayısıyla küllî kaidelerle ilgili eleştirilerde ihtiyatlı olmak gerekir. Yapılan eleştirilerin ekserisi bazı kaidelerde tek-rara düdüdüğü yönündedir. Esas itibariyle tekrarların sadece küllî kaidelerin içerdikleri konular itibariyle değil; kaide, davabit, eşbah ve nezair ve el-furuk gibi kavramlar açısın-dan da ele alınması gereğine inanıyoruz.²⁴ Çünkü bu kavramların arasındaki ilişki dikkate

22) *Ebu Tâhir ed-Debbâs* (h. 3. asır) küllî kaideleri ilk kullanan kişidir. Hanefî mezhebine mensub olan *ed-Debbâs* ilk başta 17 kâide ortaya koymuştur. *Ebu Tâhir ed-Debbâs*'tan ise bu kaideleri ilk öğrenen Şâfi mezhebine mensub *Ebu Saîd el-Herevî*'dir. Ayrıca *ed-Debbâs* tespit ettiğı bu 17 maddeyi daha sonra çağdaşı olan Ebu'l-Hasan el-Kerhi (ö.340/952) genişletmiş ve 37 maddeye çıkarmıştır. Bir diğer Hanefî fakihî Ebu Hafs Ömer en-Neseî de (ö.537/1141) bunları örneklerle açıklamıştır. Bu çalışma Ebu Zeyd *ed-Debusî*'nin Tesisü'n-Nazar isimli eserinin sonunda basılmıştır (Debusî, 2006: 123-132). Kaidelerin tarihi ve Ümmü'l- Mevad diye bilinen beş küllî kaide için Mustafa Zerka'nın babasının eserine yazdığı mukaddime için (Zerka, 1996: 36-44; En-Nedvî, 1991: 79-83, 97-102).

23) Kavaidi fıkhiyenin mehzallarının genelde ayet, hadis ile fıkıh, usulü fıkıh ve mantığın temel prensiplerinden kaynaklandığına dair müstakil bir çalışma yapılmıştır. Özellikle küllî kaidelerinde anası sayılan beş küllî kaidenin mehzalları için (Azzam, 2005: 51, 60-66).

24) Kavaid ve bu manada kullanılan bazı ana kavramlar;

Kavâid: Lügate esas, kural, kanun, temel ve asıl anlamlarına gelmektedir. İstilahta ise, kapsamına giren olayların hükümlerini genellikle bildiren özlü ifâdelerde billurlaşan genel (küllî) hükümlerdir.

(وَأِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ) (البقرة: ١٢٧)

Davâbit: Sadece fıkıhtaki bir bölüm ile ilgili meseleleri bir araya getiren, toplayan dar kapsamlı prensiplere denir. *Mecelle*'nin başlangıcındaki 99 madde *kavâid-i külliyeyi* ifade ederken, geri kalan kitaplardaki özel kâideler ise *devâbit* için örnek teşkil eder.

Eşbah ve'n-Nezâir: Lügate eş, benzer ve denk gibi anlamlara gelirken; ıstilahta ise görünüşte birbirine benzeyen; fakat hemen fark edilemeyip dikkatli bir araştırma ile tespit edilebilen bir illet ve fark nedeniyle hükümleri farklı olan meseleleri ifade eden şey denir.

Eşbah ile *Nezâir* arasındaki farka gelince *eşbah*; birbirine benzeyen ve aynı hükmü olan meseleler için kullanılırken, *nezâir*; ilk bakışta benzeşmeler de hüküm itibari ile farklı olan meseleler için kullanılır. Kısaca şekil ve mahiyet itibariyle birbirine benzeyen meselelere *eşbâh*; şekil itibariyle benzeyip mahiyet itibariyle benzemeyenlere ise *nezâir* denir.

el-Furuk: Furuk kelimesi Arapçada daha ziyade lügat itibari ile kelimeler arasındaki farkları ifade etmek için kullanılır. Örneğin hicri 4. asrın başında yaşayan *Ebu Hilâl el-Askerî*'nin *el-Furuk fi'l-Luğa* isimli eseri bunun en güzel örneğidir. Görünüşte birbirine benzeyen fakat daha dakik bir araştırma neticesinde ortaya çıkan ve birini diğerine kıyas etmeye engel olacak nüans dolayısıyla illet ve hükümleri farklı olan meseleler ya da kaidelerdir. Sahanın en önemli eseri *Karrâfî*'nin *el-Furuk* adlı eseridir.

Külliyât: Aynı konumdaki kişilerin hepsi için aynı hükmü belirleyen küllî kaziyelere, yani tümel önermelere denir.

alınırsa tenkitlerin durumu değişebilir. Şöyle ki, fıkıhın tamamını ihata edecek temel prensiplere küllî kaide denirken; özel bir alanı düzenleyen maddelere ise davabıt denmektedir. (Bahuseyn, 2008: 14-21, 58-67). Dolayısıyla bazı konuların anlaşılması için küllî kaide yanında davabıtta da ihtiyaç olduğu aşikardır. Bazı müellifler ise eleştirilerini islam hukukunun ana konularını dikkate alarak yapmışlardır. Bunların gerekçesi de yine tekrara düşüldüğü fikrine dayanmaktadır. Fakat bu durum o kadar kesin değildir. Çünkü zamanla tekrar gibi görünen pek çok madde arasında hukuken önemli farkların olduğu anlaşılmaktadır. Hatta bu alanda yazılan eserlerde²⁵ zaman zaman maddeler arasındaki umum-hususluk ilişkisine dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla küllî kaideler arasında gösterildiği kadar tekrar olmadığı kanaatindeyiz. Bazı eserlerde bu maddelerin sayısı oldukça fazladır. İşte o nev'i eserlerde tespit edilen kaideler arasında tadahullerin daha fazla olduğu söylenebilir.²⁶ Diğer taraftan İslam ulemasınca, istisnalarının olacağından hareketle, fıkıh usulünde kıyas yaparken küllî kaidelerin makisünaleyh olamayacağı kabul edilmesi, gözardı edilmemelidir. Onun için kıyasta makisünaleyhin nas olması önemli bir kuraldır. Çünkü mutlak manada küllî olma vasfının naslara mahsus olduğu ehlince malumdur.

Küllî kaidelerle ilgili değerlendirme yapan bir islam hukukçusu 99 kaideyi 30 konuda toplamın uygun olacağını savunarak bu konuları ve ilgili kaidelerle bunların altına

Usûlü Fıkıh Kâidesi: Fıkıh usulünde anlamaya ve hüküm koymaya yönelik kurallardan hareket edilerek oluşturulan genel prensiplere denir. Mesela; الأمر يفيد الوجوب ibâresi gibi.

Fıkıh Nazariyesi: Hukukun özel bir bölümünü ya da konusunun ana unsurları, temel şartları ve hükümleri ile detaylı olarak tetkik edilmesi ve o sahada her zaman geçerli olacak neticelere varılmasıyla oluşan, temel alan teorisini ifade eder. Hak teorisi, mülkiyet teorisi, akit teorisi gibi (Baktır, 1997: 5-9; Yaman: 2001: 52-61).

- 25) Küllî kaidelerle ilgili yazılan eserlerden her mezhebe dair bir kaçını araştırmacıların faydalanması için zikretmek istiyoruz: **1. Hanefilere Ait Eserler;** Debbûsî, *Te'sisu'n-Nazar*. İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*. el-Kerâbisî, *el-Furuk fi'l-Fıkh*. el-Hâdimî, *Mecâmiu'l-Hakâik*. İbni Âbidin, *Nuzhetu'n-Nazar*. Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-Hükkâm Şerh-i Mecelle-i Ahkâm*. Mesud Efendi, *Mir'ât-ı Mecelle*. Ahmed ez-Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye*. Ezheri, Mustafa Mahmut, *Şerhu Kavaidi'l-Hadimî*, Riyad, 2013. **2. Mâlikilere Ait Eserler;** Karrâfî, *el-Furuk*. Makkârî, *el-Kavâid*. İbn Gâzi el-Mâlikî, *el-Külliyâtü'l-Fıkhıyye*. Muhammed el-Miknâsî, *en-Nezâiri'l-Fıkhıyye*. **3. Şâfilere Ait Eserler;** Cüveynî, *el-Cem ve'l-Fark*. Subkî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*; Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*. Zerkeşî, *el-Me'sü fi'l-Kavâid*. İzzuddin Abdusselam, *Kavâidu'l-Ahkam fi Mesâlihi'l-Enâm*. Ebu Muhammed el-İsnevî, *Mataliu'd-Dekâik fi Tahriri'l-Cevâmi ve'l-Fevarik*. **4. Hanbellilere Ait Eserler;** Makdisî, *el-Fusul ve'l-Furuk*. İbn Teymiyye, *el-Kavâidu'n-Nûrâniyyetu'l-Fıkhıyye*. İbnü'l-Cevzî, *Takrîru'l-Kavâid*, İbn Abdilhâdî, *el-Kavâidü'l-Küllıyye ve'd-Devâbidü'l-Fıkhıyye*. **5. Şiaya Ait Eserler;** Mirza Hasan, *Kitâbu Kavâidi'l-Fıkhıyye*. Mirza Bâkır b. Zeynel Âbidîn, *el-Kavâidü'l-Fıkhıyye*. **6. Usul Kâidelerinin Furu Fıkıha Tatbikiyle İle İlgili Eserler;** Ahmed Zencanî, *Tahriru'l-Furu ale'l-Usul*. Ebu Abdullah et-Tilmisanî, *Miftahu'l-Usul ila Binai'l-Furu ale'l-Usul*. Ebu Muhammed el-İsnevî, *et-Temhid fi Tahriru'l-Furu ale'l-Usul*. Abdullah et-Timurtaşî, *el-Usul ila Kavaidi'l-Usul*. Sâlih Farfur, *Tahriru'l-Furu ale'l-Usul*.
- 26) Rıza Efendi nezaretinde Musa Carullah tarafından kaleme alınan eserde mecellede geçen 99 maddeden sonra ilave ettiği kaidelerin fıkıh ve usulü fıkıh kitaplarından özenle seçilerek hazırladığını ifade ettikten sonra eserinde toplam 201 maddeyi cem etmiştir. (Bigiyef, 1949: 72; Demir, 2008: 249-287).

giren diğer kaideleri de zikretmiştir (Şafak, 1997: 265-266). Bir başka islam hukukçusu ise bu maddeleri kırk konu altında toplamanın uygunluğunu savunmuş ve tedahul eden maddeleri zikretmiştir (Zerka, 1968: II, 965). Görüldüğü üzere bu konuda kesin bir sonuca ulaşmak imkansızdır. Bir başka hukukçunun konuları veya maddeleri/küllî kaideleri azaltması ya da çoğaltması mümkündür. İslam hukukunda isimli akitler olduğu gibi isim-siz akitler de nazariyede tartışılmış zamanla oluşacak yeni akit çeşitlerine ve sonuç olarak yeni kitaplara kapı açılmıştır. Dolayısıyla gelecekte küllî kaideleri farklı taksimatlara ve konulara ayırmak mümkündür.

Kanaatimizce ayet ve hadislerle istinad eden kaidelerle etmeyenleri birbirinden ayırmak gerekir. Çünkü ayet ve hadislerde olan hükümlerin külliliğinde şüphe yoktur. Zira kıyamete kadar devam edecek meselelerin teferru eden hükümleri için esas alınacak olan küllî naslardır. Küllî naslardan yeni çıkan cüzî meselelerin hükmünü istinbat etmek için içtihat gereklidir. Şöyle ki, fetrin çokluğunun ferdiyeti aşamaması gibi münferit meselelerin artması; o meselelerin dahil olduğu nassın, küllî hükmünün dışına çıkamayacağı da mantıken malumdur. Fakat diğer delillerden istinbat edilen küllî kaideler için böylesi bir kapsayıcılıktan bahsedemeyiz. Zaten bu sahada yazılan eserlerde kaidelerin istisnalarına dikkat çekilmesi de bunu gösterir.

Sonuç

Mecelle hakkında yaptığımız bu çalışma, hukuk tarihine, mukayeseli hukuka ve hukuk felsefesine ne denli muhtaç olduğumuzu ortaya çıkarmıştır. Zira hukuk tarihimizde, önceki kanunlaştırmalarla ilgili yeterli çalışmalar yapılmadığı gibi Mecelle'yle ilgili de istenen seviyede araştırma ve kanunlar arası mukayese henüz yapılmamıştır. Genelde Mecelle'ye yönelik menfi eleştiriler ön plana çıkarılmış, müspet değerlendirilmeler ise mevzii olarak kalmıştır. Bu durumda ülkemizdeki hukuk sisteminin değişmesi de etkili olmuştur.

Günümüze kadar yapılan kodifikasyon çalışmalarında izlenen somut olay yöntemi ile soyut kural yöntemi Mecelle'de birlikte kullanılmıştır. Mecelle'nin başında sunulan küllî kaideler, soyut kural yönteminin en güzel örneğini sergilerken diğer bölümler ise somut olay yöntemiyle kaleme alınmıştır. Bazı hukukçular Mecelle'nin küllî kaidelerini göz ardı ederek, sadece somut olay yöntemi ile kaleme alındığından iyi bir kanunlaştırma faaliyeti olmadığını iddia ederler. Oysa modern kanunlaştırma yöntemi dedikleri mücerret metodun Alman, Fransız ve İsviçre medeni kanunlarından önce Mecelle'de ve esasını teşkil eden usulü fıkıh ve kavaidle ilgili eserlerde kullanıldığı malumdur. Mecelle'de yaygın olan somut olay yönteminin kullanım sebebiyse, zikrettiğimiz üzere, günün şartlarının bir gereği olmasının yanısıra kanunların keyfi yorumlanmasını engelleyerek hakimlerin vazifelerini kolaylaştırmaktır. Çünkü o dönem hukuk düşüncesinde normatiflikten ziyade formalliğin ön planda olduğu aşıkardır.

Mecelle'yle ilgili müspet veya menfi eleştiriler, onun kaynaklarına inilerek yapılsaydı daha isabetli olurdu. Zira Mecelle Hanefi fikhında mütun-i erbaa veya mütun-i sitte diye

bilinen meşhur ve maruf olan temel fıkıh eserlerinin tercümesi gibidir. Hatta Hidayenin metni olan Bidayetü'l Mübtedi'nin bazı bölümleri orijinal bir şekilde derlenmiş ve kanun tekniğiyle tedvin edilmiştir. Zaten bu metin, Ebu Hanife'nin fetvalarının esas alındığı Kuduri'nin el-Muhtasar'ı ile İmam-ı Muhammed'in Camiu's-Sağir'inden derlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında Mecelle'nin Ebu Hanifenin içtihatlarına dayandırılmasının bir sebebi daha anlaşılmış olur. Dolayısıyla Mecelle'yi eleştirmeden önce, kadim furu fıkıh metinlerine ve onların şerhlerindeki hükümlerin gerekçelerine ve ta'lillerine başvurmak daha isabetli olacaktır. Çünkü Mecelle, esas itibariyle başlangıç değil, sonuçtur. Kanaatimizce malum fıkıh eserlerinin, hukuk diline ve kanun tekniğine uygun bir şekilde edebi yönden mutavassıt bir üslupla da olsa türkçeye tercüme edilmesi, Mecelle'nin bariz ve aşılması zor bir vasfı olarak karşımızda durmaktadır.

Kaynakça

- Abdülhalim, (1339). "Mecelle Hakkında". Sebilü'r-Reşad (XXIII), sayı: 577, ss. 77-79.
- Abadan, Y. (2011). "Tanzimat Fermanı'nı Tahlili". Tanzimat. (Editörler: Halil İnalıcık-Mehmet Seyitdanlıoğlu). İstanbul: Türkiye İş Bankası, ss. 59-88.
- Aclunî, İ.b. M. (1352). Keşf'u'l- Hafa. Beyrut: Dâru'l-İhya et-Türsi'l-Arabi.
- Ahmed Nazif, (1339). "Teceddüd-Tekemmül Mecelle Meselesi". Sebilü'r-Reşad (XXXII), sayı: 279, ss. 99-100.
- Akgündüz, A. (2013). Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye. İstanbul: OSAV Yayınları.
- Akgündüz, A. (1990). Osmanlı Kanunnameleri I. İstanbul: Fey Vakfı Yayınları.
- Aral, V. (1992). Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Aydın, M. (1996). İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları. İstanbul: İz Yayıncılık.
- Aydın, M. (1996). Türk Hukuk Tarihi. İstanbul: Beta Yayınları.
- Aydın, M. (1985). İslâm Osmanlı Aile Hukuku. İstanbul: Anka Ofset.
- Azzam, A. (2005). el-Kavaidü'l-Fıkhiyye. Kahire: Daru'l-Hadis.
- Bahuseyn, Y.b. A, (2008). el-Kavaidü'l-Fıkhiyye. Kahire: Mektebetü'r-Rüşd.
- Baktır, M. (1997). İslam Hukukunda Külli Kaideler. (Basılmamış Çalışma). Erzurum.
- Bardakoğlu, A. (2002). "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve İstıslah Görüşü". Makâsıd ve İctihad. (Haz. Ahmet Yaman). Konya: Yediveren Kitap.
- Barkan, Ö. L. (1946). "Türkiye'de Sultanların Teşri Sıfat ve Salahiyetleri ve Kanunnameleri". İÜHFİM, XII, sayı:1, ss. 713-733.
- Belgesay, M. R. (1946). "Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk". İÜHFİM, XII, sayı:1, ss. 561-608.

- Berki, A. H. (1990). Mecelle (Mukaddime). İstanbul: Hikmet yayınları.
- Bilge, N. (1995). Hukuk Başlangıcı. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.
- Bigiyef, M. C. (1949). Kavaidü Fıkhiyye. Kazan.
- Bilmen, Ö. N. (1997). Hukuku İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu. İstanbul: Bilmen Yayınları.
- Aktan C. C, Vural İ. Y. (2003). Özgürlük Bildirgeleri. Konya: Çizgi Kitabevi.
- Debusi, E. Z. (2006). Kitabu Tesisi'n-Nazar. Beyrut: Daru'l-Fikr.
- Demir, A. (2008). Külli Kaideler Ekolü ve Mecelle. İzmir: Katre Yayınları.
- Del Vecchio, G. (1952). Hukuk Felsefesi Dersleri, trc, Sahir Erman, İstanbul.
- Dönmez, İ. K. (2014). Fıkıh Usulü İncelemeleri (Örf). İstanbul: İSAM Yayınları.
- Erdoğan, M. (1989). Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü. İstanbul: Rağbet Yayınları.
- Gözübenli, B. (1997). "Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle". Ahmet Cevdet Paşa (Sempozyum 9-11 Haziran 1995). Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.
- Gür, A. R. (1975). Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle. İstanbul.
- Güriz, A. (1996). Hukuk Felsefesi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara.
- Hacımuftuoğlu, N. (1997). "Ahmet Cevdet Paşa'nın Belâgat-ı Osmaniye'si ve Yankıları" Ahmet Cevdet Paşa (Sempozyum 9-11 Haziran 1995), Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.
- Halim Sabit Şibay (1999). "Mecelle Cemiyeti Hakkında Bir Muhtıra-i Âcizane I". İslam Düşüncesinde Arayışlar. (Yay. Haz. İlyas Çelebi- Ziya Yılmaz). İstanbul: Rağbet Yayınları.
- Halim Sabit Şibay (1999). "Mecelle Cemiyeti Hakkında Bir Muhtıra-i Âcizane II". İslam Düşüncesinde Arayışlar. (Yay. Haz. İlyas Çelebi- Ziya Yılmaz). İstanbul: Rağbet Yayınları.
- Hallaf, A. (1984). İlmü Usulî'l-Fıkh. İstanbul: Mektebetü'l-İslamiyye.
- Heyet, (1998). Türk Hukuk Lügatı, Başbakanlık Basımevi, Ankara.
- İbni Rüşd, (1985). Bidayetü'l-Müçtehid ve Nihatetü'l-Muktesid. İstanbul: Kahraman Yayınları.
- İnalcık, H. "Kanun". DİA, XXIV, ss. 323-327.
- İnalcık, H. (2011) "Tanzimat Nedir?". Tanzimat. (Editörler. Halil İnalcık-Mehmet Seyitdanlioğlu). İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları.
- İzgör, Z. (1999). Ahmet Cevdet Paşa. İstanbul: Şule Yayınları.

- İzmirli, İ. H. (1999). “Fıkıh ve Fetâvâ Örfün Nazar-ı Şer'deki Mevkî'i”. İslam Düşünce-
sinde Arayışlar. (Yay. Haz. İlyas Çelebi-Ziya Yılmaz). İstanbul: Rağbet
Yayımları.
- Karaman, H. (1999). İslam Hukuk Tarihi. İstanbul: İz Yayıncılık.
- Karaman, H. (1991). Mukayeseli İslam Hukuku. İstanbul: Nesil Yayınları.
- Kaşıkcı, O. (1997). İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle. İstanbul: OSAV Yayınları.
- Karal, E. Z. (2011). Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nda Batı'nın Etkisi, Tanzimat. (Editörler.
Halil İnalıcık-Mehmet Seyitdanlıoğlu). İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayın-
ları.
- Koçak, Z. (2011). " (Mehmet Şener'in “Örf-Âdet ve Göreneđin Hukuki Deđeri”
tebliğine)Müzakere", Din ve Gelenek. İstanbul: İSAV Yayınları.
- Mahmasani, S. (1985) İslam Hukukunun Tedvini I. (Trc, İbrahim Kafi Dönmez), MÜİFD,
sayı: 3, ss. 313-326.
- Mardin, E. (1996). Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa. Ankara: Türkiye
Diyanet Vakfı Yayınları.
- Nedvî, A. A. (1991). el-Kavaidü'l-Fıkhiyye. Dimeşk: Daru'l-Kalem.
- Oğuzman, K. (1994). Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Öktem, N. (1995). Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları. İstanbul.
- Ortaylı, İ. (2011). Tarihimiz ve Biz. İstanbul: Timaş Yayınları.
- Özbilgen, T. (19649. “Tabiî Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne”. İÜHFM,
XXX, sayı: 1-2, ss. 281-304.
- Öztürk, O. (1973). Osmanlı Hukuk Tarihi'nde Mecelle. İstanbul.
- Seyyid Nesib, (1323). “Mecelle'nin Islahına Doğru”. Darulfünun Hukuk Fakültesi Mec-
muası, sayı: I/4, ss. 405-425.
- Şafak, A. (1997). Hukukun Temel İlkeleri Açısından Mecelleye Bir Bakış, Ahmet Cev-
det Paşa (Sempozyum 9-11 Haziran 1995). Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı
Yayımları.
- Şimşirgil A, Ekinci Ekrem B, (2015) Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle. İstanbul: Yalın
Yayıncılık.
- Tekinay, S. S. (1987). Medeni Hukuka Giriş Dersleri. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Ünal, M. (1998). “Türk Medeni Hukuku Alanındaki Cumhuriyet Dönemi Kanunlaştırma
Faaliyetleri ve Bunun Kadın Hakları Bakımından Sonuçları”. Yeni Türki-
ye, Eylül-Aralık, Sayı: 23-24, ss. 3861-3867. Ankara.
- Velidedeoğlu, H. V. 1940. “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”. Tanzimat I Yüzüncü
Yıl Dönümü Münasebetiyle, ss. 139-209, İstanbul: Maarif Matbaası.

- Yaman, A. (2001). "Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri Ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri". Marife, sayı: 1, ss. 49-75, Konya: Sebat Ofset Matbaacılık.
- Yavuz, C. (1998). Medeni Kanun Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat. İstanbul: Beta Yayınları.
- Yavuz, H. (1997). "Ahmet Cevdet Paşa ve Mecellenin Tedvini". Ahmet Cevdet Paşa (Sempozyum 9-11 Haziran 1995). Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.
- Yazır, E. M. H. (2011). Meşrutiyetten Cumhuriyete Makaleler. (Haz. A. Cüneyt Köksal-Murat Kaya). İstanbul: Klasik.
- Yörük, Abdülhak Kemal, (1949). Hukukun Umumi Prensipleri. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Zerka, A. (1996). Şerhu'l-Kavaidi'l-Fıkhiyye. Beyrut: Daru'l-Kalem.
- Zerka, M. (1968). el-Medhal el-Fıkhu'l-Âmm. Dimeşk: Matbaatu Darbeyn.