

MECELLE’NİN SOYUT HUKUK HEDEFİNİ ETKİLEYEN FIKHÎ UNSURLAR

Ahmet AYDIN*
E-mail: ahmetay81@gmail.com

Citation/©: Aydın, A. (2017). Mecelle’nin soyut hukuk hedefini etkileyen fikhî unsurlar. *Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi*. 3, 69-89.

Öz

İslam hukuk ekollerinden Hanefî mezhebini kaynak alan Mecelle, medeni kanun alanında yapılmış bir derlemedir ve modern kanunlara benzer şekilde soyut hukuk formatında hazırlanması amaçlanmıştır. Bu makalede Mecelle’nin soyut hukuk hedefini, kısmen de olsa, etkileyen bazı fikhî unsurlar bulunduğu tezi savunulmaktadır. Kanaatimizce bunlar, meseleci metot, analogik kıyas ve maddî unsurun ön planda olmasıdır. Makalenin ilk bölümünde bu unsurlar hakkında bilgi verilecek, ikinci kısımda ise meseleci metodun ve maddî unsurun ilgili kanuna etkisi, Mecelle’nin bazı kısımları analiz edilerek gösterilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Soyut düşünce, meseleci metot, maddî unsur, analogik kıyas

Abstract

THE ELEMENTS OF FIQH THAT EFFECT THE MAJALLA’S AIM OF ABSTRACT METHOD

Majalla based on Hanefi law school is a compiled legislation prepared in civil law and in abstract method as its contemporary legal systems done. In this article we support the idea that there are some elements belonged to fiqh that partially effects the Majalla’s aim of abstract method. According to my opinion, these elements are casuistic method, analogy and the effect of material element. In the first part of this article these elements are explained. In the second part, the effects of casuistic method and material element on Majalla are shown by analyse the some sections of this Ottoman legal code.

Keywords: Abstract thinking, casuistic method, material element, analogy.

* Yrd. Doç. Dr., İzmir Katip Çelebi Üniversitesi, İslami İlimler Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Bölümü Öğretim Üyesi .

Giriş

Batı'da başlayan kanunlaştırma faaliyetlerinin etkisiyle ülkemizde 19. yüzyılın sonlarında Medeni Kanun alanında bir çalışma yapılmasına karar verilmiş ve Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında bir heyet tarafından 1868-1876 yıllarında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye hazırlanmıştır. Kısaca Mecelle olarak adlandırılan bu düzenlemede, meseleci metot yerine çağdaş hukuk sistemlerinin tercih ettiği soyut hukuk mantığıyla kuralların hazırlanması amaçlanmıştır.

Hukukî olayların teker teker ele alınarak çözümlendiği meseleci (kazuistik) metoda kıyasla, soyut hukuk düşüncesinde kavram ve kuralların daha kapsamlı olduğu görülmektedir. Diğer taraftan, İslam hukuku özellikle Mecelle'nin kaynağını oluşturan Hanefî fıkıh doktrininin, kısmen soyut hukuka ulaşmayı etkileyen bazı unsurlar içerdiği ileri sürülebilir.

Mecelle'nin soyut hukuk düşüncesini, kısmen de olsa, etkilediği kanaatinde olduğumuz ve makalenin ilk bölümünde ele almayı düşündüğümüz ilgili unsurlar, meseleci metot, analogik (benzerliğe dayalı) kıyas, maddî unsurun belirleyici olmasıdır. Ayrıca bu bölümün sonunda fıkıhın meseleci yapısını aşarak daha genel ve kapsamlı kavram ve kurallara ulaşma yönünde klasik dönem hukukçularının çabaları hakkında genel bilgi verilecektir.

Makalenin ikinci bölümünde ise Mecelle'nin soyut hukuk hedefine ulaşmasını kısmen etkilediğini düşündüğümüz bazı bölümler analiz edilecektir. Bu bağlamda, ilgili kanun metninin mukaddime, birinci ve sekizinci bölümleri mücerret metodun izlerini daha ziyade taşıdığı kanaatinde olduğumuzdan tercih edilmiştir.

Mecelle, Hanefî mezhebini esas aldığından makalemizde ilgili hukuk ekolünün metinlerine yer verilecek, diğer İslam hukuk mezheplerine gerek duyulmadıkça temas edilmeyecektir.

1. Mecelle'nin Soyut Hukuk Hedefini Etkileyen Fıkıhî Unsurlar ve Klasik Dönem Hukukçularının Soyut Hukuka Ulaşma Gayretleri

Bu başlık altında ele alınacak unsurların, kanaatimizce, birbirinden tamamıyla bağımsız hususlar olduğu düşünülemez. Bununla birlikte, daha iyi anlaşılması için ilgili konuların ayrı ayrı incelenmesi uygun görülmüştür.

1. 1. Meseleci Metot

Hukuk tarihinde modern dönemlere kadar genelde meseleci metodun kullanıldığı bilinmektedir. Bu yöntemde, konuların teker teker ele alınarak o hususla ilgili kuralın tespitine çalışıldığı; konular genelde bağımsız olarak incelendiğinden bütün mevzuları kapsayan genel kuralların tespitinin zorlaştığı söylenebilir.

Hukukî olayların teker teker ele alındığı meseleci (kazuistik) yöntemin tarihte birçok hukuk sistemi tarafından kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Roma hukukunda hayvanın verdiği zararın tazmini hususunda ilgili kurallar belli bir olayın anlatımı ekseninde belirlenmektedir:

İlgili örnek olayda, bir tepeye çıkan katırların çektiği arabanın yan yatmasından sonra sürücülerin onu düzeltmeye çalışırken arabanın kaymasından bahsedilmekte, daha sonra kaygıya kapılan sürücülerin arabayı bıraktığı, arabanın da aşağı kısımda bulunan bir köleyi ezdiği ifade edilmektedir. Daha sonra farklı oluş şekillerine göre tazminattan kimlerin sorumlu olacağı hususu incelenmektedir.¹

Benzer şekilde, kazuistik metodun hâkim olduğu fıkıh eserlerinde, özellikle belli bir konunun farklı yönlerinin teker teker ele alınarak kuralların tespit edildiği görülmektedir. Burada öne çıkan husus, metinlerin yoğun detaylarla dolu olmasıdır.

Örneğin, birinin işinde çalışan kölenin bulundurduğu eşyanın kime ait olduğu hususu, kölenin bulunduğu mekan, söz konusu eşyanın mahiyeti, onu giyiyor oluşu, kölenin elinde, yanında veya üstünde olması, tartışmanın efendi ile köle, efendi ile işveren, işverenle köle arasında cereyan etmesi, vb. birçok yönden ayrı ayrı incelenerek hükümlere varıldığı görülmektedir (Serahsî, 1324a, ss.45-46).

Hayvanın yol açtığı zararın tazmini hayvanın bulunduğu mekan (kamuya ait bir yolda, sahibinin mülkünde, başkasının arazisinde), onu elinde bulduranın konumu (önden çeken, arkadan süren, binekte veya terkide oturan), hayvanın hangi organıyla zarar verdiği, zarara yol açan eylemin şekli (ısıрма, çarpma, vurma, çiğneme), vb. birçok açıdan ele alınmaktadır (Serahsî, 1324a, ss.189-192; Kâsânî, 1982a, ss.271-272; Zeylâî, 1314a, ss.150-153; Aydın, 2016a).

Meseleci metotta detayların hukuk metinlerine hâkim olması, özellikle hukuk ekolleri arasında belli bir konuda tartışmanın mevcudiyeti halinde daha belirgin hale gelmektedir. Bu durumda hukukî mesele, ilgili mezhebin gerekçeleri ve karşı tarafın argümanlarının çürütülmesi maksadıyla sayfalarca uzamaktadır.

1. 2. Kıyas Metodu

İslam hukukunda önemli bir aklî hüküm çıkarım vasıtası olan kıyasın meseleci metotta uygunluk arz eden bir mahiyeti bulunmaktadır. Gerçekte soyut hukuk düşüncesinde de kıyasa başvurulmaktadır. Örf gibi din dışı kaynakların önemli derecede etkili olmadığı İslam hukukunda ise, kıyas nasların dışında en önemli hükme ulaşma vasıtası kabul edilmiştir. Zira dini metinlere dayanan İslam hukukunda karşılaşılan bir mesele hakkındaki hükmün öncelikle naslarda aranması gerekmektedir. Dini metinlerde bulunmayan hükmün ise,

¹ *Digest*, 9, 2, 52, 2. *Digest*, Roma hukukuna ait en önemli derleme çalışmalarından biridir. İlgili bölüm, Scott'un İngilizce tercümesi vasıtasıyla incelenmiştir (Scott, S. P., 1932). Bu konuda geniş bilgi için bkz. Aydın, A. (2016a), s.231.

kıyas yoluyla naslardan çıkarılması yoluna gidilmektedir ki, böylece ulaşılan hükmün son tahlilde dinî kaynaklara dayandığı ortaya konabilsin.

İslam hukukunda etkili olan, tikelden tikele geçiş anlamındaki analogik kıyastır. Bu kıyas türünde meseleler teker teker ele alınmakta ve bazen mahiyet itibarıyla farklı meseleler kıyas edilmektedir.

Örneğin, kurban ibadetinde ve kasten öldürme suçunda kullanılan aletler arasında kurulan ilişki ve yapılan kıyas bu bağlamda değerlendirilebilir. Hanefî mezhebinde Ebû Hanîfe'ye göre, sadece kesici veya delici aletlerle icra edilen öldürme eylemleri kasten (amd) öldürme kapsamında değerlendirilir ve bu tür fiiller nedeniyle faile ölüm cezası uygulanır. İlgili görüşün gerekçelendirilmesi bağlamında, Serahsî kurban ibadetinde kesici aletlerin kullanılmasına değinmekte ve bu nitelikte olmayan araçlarla kesimi yapılan hayvanın etinin helalliği hususunda şüphe oluştuğuna temas etmektedir. Aynı şekilde, müellif öldürme suçunun kesici aletlerin dışında icrası halinde faile kısâs (ölüm) cezasının tatbikinde şüphe oluşacağını, bu nedenle diğer vasıtalarla icra edilen öldürme eylemlerinde faile mezkûr cezanın uygulanmayacağını belirtmektedir (Serahsî, 1324a, s.123; İbn Âbidin, 1966a, s.528; Aydın, 2015, ss.85-105).

Dikkat edilirse, hayvanların etlerinin helal olmasıyla, faile ölüm cezasının tatbiki mahiyet itibarıyla çok farklı şeylerdir. Bununla birlikte aralarında kıyas yapıldığı, en azından zihni bir ilişkinin kurulduğu görülmektedir. Bu husus, bazı İslam hukukçuları tarafından tenkide tabi tutulmuştur.

Ancak, İslam hukukunda varlıkların cins, tür gibi kısımlara ayrılmadığını, bu nedenle farklı cins veya türdeki fertlerin birbirlerine kıyas edilerek aynı hüküm altına alındığını ileri sürmüştür (Hacak, 2007, s. 188). Bu bağlamda Hacak, İbn Hazm'ın türleri farklı şeylerin birbirlerine kıyas edilmesi nedeniyle kıyasın geçersizliğini savunduğunu belirtmiştir. Hatta kıyas karşıtlığıyla tanınan İbn Hazm'ın gerçekte kıyası mutlak anlamda geçersiz görmediğini, onun aynı tür altına dahil edilemeyecek unsurların kıyasını kabul etmediğini ileri sürmüştür. Böylece o, aynı varlık grubunda olmayan unsurların salt benzerlikten yola çıkılarak aynı hüküm altına alınmasını eleştirmiş olmaktadır (İbn Hazm, t.y., ss.182-183).

1. 3. Maddî Unsurun Hâkim Olması

Mecelle'nin soyut hukuk amacını etkileyen unsurlardan biri, kanaatimizce, Hanefî hukuk doktrininde maddî unsurun baskın olmasıdır. Bu husus özellikle maddî ve maneî unsurun ön planda olduğu öldürme suçu bağlamında incelenebilir.

Günümüzde öldürme suçu, temelde kasten veya taksirle olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi (TCK, m. 21); taksir ise dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir (TCK, m. 22).

Bu tanımlarda yer alan bilme, isteme, öngörme manevî unsuru ön plana çıkararak kavramlardır. Diğer taraftan Hanefî mezhebinde kasten öldürme suçuna benzer amd ve taksirle öldürmeye benzer hata, daha ziyade maddî unsuru ön plana çıkaracak şekilde tanımlanmıştır. Amden öldürme, “silahla (kesici veya delici aletler de silah kapsamında değerlendirilir) vurma kastı”²; hata ile öldürme (Şeybânî, 1406, s.395; Tahâvî, 1370, s.232; Aydın, 2013, ss.135-136), “failin kastettiği hedeften farklı bir hedefe isabet ettirmesidir”. Tanımlardaki maddî unsurlar, hangi eylemlerin ilgili öldürme türlerine dahil olacağını belirleyen ölçütlerdir. Bu nedenle, sopayla bir kişinin başına sürekli vurarak ölüme yol açma, eylemde kullanılan alet silah kapsamında olmadığından kasten öldürme olarak nitelendirilmez ve bu nedenle faile ölüm cezası verilmez (Serahsî, 1324a, s.124; Mergînânî, 1986a, s.163; Kâsânî, 1982a, s.234; Aydın, 2013, ss.126-129). Aynı şekilde, Ebû Hanîfe'ye göre silah kullanılmadığından suda veya elle boğarak öldürme eylemleri kasten öldürme kapsamında yer almaz (Serahsî, 1324a, ss.152-153; Kâsânî, 1982a, ss.234; Zeylaî, 1314a, s.101; Aydın, 2013, ss.77-84).

Dikkat edilirse, bu değerlendirmelerde failin öldürme kastını itibara almaksızın doğrudan suçta kullanılan aletin niteliğine, yani maddî unsura göre failin cezaî mesuliyetinin tespiti cihetine gidilmektedir. Bu nedenle, öldürme kastının bulunduğu her eylem, amd kapsamında değerlendirilmemektedir. Sonuç olarak, amden öldürmenin kapsamını maddî unsur belirlediği için modern hukukta yer alan kasten öldürmeye göre kapsamı daha sınırlıdır.

Yukarıdaki hususlar hata ile öldürme için de geçerlidir. Günümüz hukukunda taksirle öldürme kapsamında yer alan kişinin elindeki bir nesnenin taksirle birinin üzerine düşmesi sonucu ölümün gerçekleşmesi, fıkhîta hata ile öldürme kapsamında değerlendirilmemektedir (Kâsânî, 1982a, ss.271; İbn Hümâm, 1970, ss.213-214). Zira hata ile öldürmenin tanımında yer alan “failin kastettiğinden farklı bir hedefe isabet ettirmesi” şeklinde nitelenen özel unsur söz konusu eylemde mevcut değildir. Bu nedenle Hanefî doktrininde hata ile öldürme ok atmayla ilgili birkaç eylemden ibaret kalmıştır (Aydın, 2013, ss.170-173).

Dikkat edilirse, modern hukukta yer alan kast ve taksir manevî unsura ait soyut kavramlarla (bilme, isteme, öngörme) tanımlanmıştır ve bu nedenle kast veya taksirin bulunduğu bütün eylemleri içine alacak şekilde kapsamı geniştir. Fıkhîta ise manevî unsurun yani soyut olgunun hukukî muhakemede zayıfladığı, onun yerini somut unsurların aldığı ve bunun da kapsamı son derece daralmış kavramları ön plana çıkardığı görülmektedir (Aydın, 2013, ss.216).

² Amden öldürmenin bu tanımı, Ebû Hanîfe'ye göredir. İmâmeyn'e göre, öldürücü nitelikteki bir aletle vurma suretiyle ölüme yol açma da, amd kapsamında yer almaktadır. Bu konuda bkz. Serahsî, 1324a, s.59; Zeylaî, 1314a, s.97; Aydın, 2013, ss.58-73.

Yukarıda yer verilen görüş, fıkhıdaki tanım anlayışının Aristocu mantıktakinden farklı olduğunu belirten Hacak'ın tespitleriyle kısmen paralellik arz etmektedir. Hacak, Aristo mantığının genelini, türün tanımına odaklandığını; bunun aksine fıkhıta ise külli kavramlardan ziyade fertlerin ön planda olduğunu, tanımların da bunları temel aldığını ileri sürmüştür (Hacak, 2007, s.183). Bu görüşün fıkhın bütünü için olmasa da, Hanefî öldürme suçunda görüldüğü üzere, kısmen geçerli olduğu söylenebilir.

Somut detaylara dayalı, içeriği dar tanımlar sadece öldürme suçuna özgü değildir. Hırsızlık suçunda da, aynı hususu görmekteyiz. Modern hukukta eşyanın bulunduğu yerden alınması (TCK. md. 141) şeklinde soyut ve her türlü hırsızlık eylemini kapsayan tanımın yerine; Hanefî doktrininde birçok şekil şartlarıyla hırsızlık suçunun kapsamı daraltılmıştır.³ Örneğin, kapalı alanda hırsızlık suçunun gerçekleşmesi için failin bu alana girmesi ve elinde eşya bulunduğu halde oradan çıkması şartı getirilmiştir. Bu nedenle, duvardan delik açarak içerdeki eşyayı almak tam anlamıyla hırsızlık suçu oluşturmadığı için (Ebû Yusuf hariç) Hanefî hukukçuların çoğunluğuna göre faile hırsızlık suçunun cezası olan el kesme tatbik edilmez (Serahsî, 1324b, s.147; Kâsânî, 1982a,s.66; Zeylaî, 1314b, s.223; Aydın, 2014b, ss.272-273).⁴

Hanefî hukuk doktrininde maddî unsurun etkisi, özel hukuk alanında da görülmektedir. Örneğin, boşama kastı bulunmayan kocanın eşine dil sürçmesi sonucu boşama lafzını söylemesiyle ayrılık gerçekleşmektedir (Kâsânî, 1982c, s.100; Aydın, 2016b, ss.31-32). Bu eylemde rızanın, kastın dikkate alınmaksızın dış dünyaya yansıyan somut olguya, yani maddî unsur olan söze itibarla hükme varıldığı görülmektedir.

Konunun satım akdiyle ilgili kısmı, Mecelle ekseninde ikinci bölümde incelenecektir.

Hanefî doktrininde zaman zaman şekli, maddî unsuru daha ziyade itibara alan yaklaşımın diğer fıkıh ekollerine kıyaslandığında zayıfladığına, özellikle Mâlikî ve Hanbelî ekolünde maddî unsurun etkisinin daha az olduğuna işaret edilmiştir (Senhûrî, t.y.a, s.36).⁵

1. 4. Fıkıh Tarihinde Soyut Hukuk Çalışmaları

Mezhepler arasında farklılıklar bulunmakla birlikte, modern hukuka kıyasla İslam hukukunda zaman zaman maddî unsurun daha ziyade etkili olduğu söylenebilir. Ayrıca bütün hukuk ekollerinde meseleci metodun hâkim olduğu görülmektedir. Diğer taraftan İslam hukuk tarihinde meseleci metot yerine genel kural eksenli çalışmalara ve maddî unsuru tenkide yönelik görüşlere rastlanmaktadır.

³ Hanefî mezhebinde hırsızlık suçunda şekil unsurunun etkisiyle ilgili bkz. Aydın, A. (2014b), ss.267-284.

⁴ Belirtmek gerekir ki, hırsızca had cezasının tatbik edilmemesi ona herhangi bir ceza verilmeyeceği anlamına gelmez. Bu bağlamda tazir cezası uygulanabilir. Bununla birlikte, ilgili suç türünde en üst ceza olan el kesmenin tatbikinde eylemin icra şeklinin belirleyici olduğu kanaati varlığını muhafaza etmektedir.

⁵ İslam hukuk ekollerinin iç iradeye verdikleri önemin Roma ve kilise hukukuyla mukayesesi için bkz. Senhûrî, (t.y.b), ss.8-12.

Örneğin, Hanefî hukukçulardan Ebu'l-Leys es-Semerkindî veya Debûsî'ye atfedilen Te'sîsü'n-nazar adlı eserde, müçtehitlerin görüşleri onların dikkate aldıkları kurallar ekseninde daha derli toplu şekilde sunulmaya çalışılmıştır.⁶

Hanefî hukukçusu Kâsânî, düzenli ve sistemli şekilde konuları ele almaya gayret etmiş, konunun başlarında adeta ilgili muhtevayı özet olarak sunmaya çalışmıştır. Bununla birlikte, Kâsânî birçok öldürme eylemini İslam hukukunda taksirle öldürmenin yaklaşık karşılığı olan hata ile öldürme yerine farklı bir eylem türü olan hata yerine geçen öldürme kapsamına dahil etmiş ve bunu yaparken eylemlerin icra şeklini esas almıştır (Kâsânî, 1982a, s.271; Aydın, 2013, ss.151-175).

Gazzâlî'nin fıkha hakim olan analogik kıyasın mantıkî kıyas kalıbına sokulması tavsiyesi bu bağlamda önemlidir. O, fakihlerin terminolojisinde yer alan “nebiz (bir içki türü) sarhoş edicidir, şaraba kıyasla nebiz de haramdır” şeklindeki analogik kıyasın “her nebiz sarhoş edicidir, her sarhoş edici haramdır, dolayısıyla nebiz haramdır” şeklinde ifade edilmedikçe tenkide açık olduğunu belirtmiştir (Gazzâlî, 1413, ss.116-117; Apaydın, 2002, s.531). Dikkat edilirse, ikinci kalıpta daha soyut ve genel bir ifade yer almaktadır.

İslam hukukunda sonraki dönemlerde maslahat ve makâsîd anlayışının (hukukî amaç ve yarar ilkesi bağlamında daha soyut ve genel kural eksenli düşünme) ön plana çıkması, külli kaide eksenli muhakemeyi ön plana çıkarmıştır. Bu bağlamda, Gazzâlî, Cüveynî, İzzeddin b. Abdüsselam, Karâfî, İbn Teymiyye, İbn Kayyım gibi hukukçuların çalışmaları önem arz etmektedir.

Özellikle şeklin ve maddî unsurun etkisini boşanma hukuku bağlamında önemli ölçüde tenkit eden İbn Kayyım, hukukî işlemlerde niyetin, iç iradenin itibara alınması gerektiğini, şekle ve maddî unsura göre hükme varmanın yanıltıcı olduğunu belirtmiştir (İbn Kayyım, 1991, ss.81-91; Aydın, 2013, s.190).

Meseleci yaklaşım yerine genel kural eksenli düşüncenin ön plana çıkışı, maddî unsur yerine manevî unsura vurgu yapan hukukçuların varlığı, külli kaideler ilminin oluşumu, İslam hukukunda soyut hukuka doğru bir yönelim olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte, bu tür çalışmaların daha önce yerleşmiş olan fıkıh külliyyatını önemli oranda değiştirici bir etkiye sahip olmadığı da söylenebilir. Yani fıkıhın temel karakteristik özelliklerinin ve kurallarının ileriki dönemlerde de büyük ölçüde korunduğu söylenebilir. Bu husus, ikinci bölümde Mecelle soyut hukuk düşüncesi bağlamında analiz edilirken incelenecektir.

2. Soyut Hukuk Açısından Mecelle'nin Değerlendirilmesi

Bu bölümde hukuk doktrininde meseleci metodu takip eden ve zaman zaman manevî unsurdan ziyade maddî unsuru itibara alan Hanefî ekolünün ilgili özelliklerinin Mecelle'nin

⁶ İlgili konuda daha detaylı bilgi için bkz. Özen, (2011), ss.545-547.

soyut hukuk hedefine kısmî etkisi analiz edilecektir. 1851 maddeden oluşan Mecelle'nin tamamını tetkik etmek makalenin sınırları açısından zorluk teşkil ettiğinden, ilgili kanun metninde yer alan birkaç bölümün analizi uygun görülmüştür. Bu bağlamda, mukaddime ve birinci bölüm yanında *meseleci metot ve maddî unsuru* belirgin şekilde ön plana çıkaran bazı örnekleri ihtiva ettiğini düşündüğümüz sekizinci bölüm incelenecektir. Ayrıca konunun daha iyi anlaşılması maksadıyla Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili maddelerine gerek duyuldukça temas edilerek bazı mukayeseler yapılacaktır.

2.1. Mecelle'nin Mukaddime Bölümünün Soyut Hukuk Açısından Değerlendirilmesi

Mecelle'nin genel kurallara başlangıçta yer vermesi soyut hukuk açısından önem arz etmektedir. Bununla birlikte, ilgili kısımda zikredilen kurallarda dahi meseleci metodun izlerinin bulunduğu söylenebilir. Nitekim aynı kuralın çoğu zaman değişik lafızlarla ifade edilerek farklı bir kaide izlenimi verildiği görülmektedir.

Zararla ilgili aşağıdaki kaideler hemen hemen aynı anlama sahiptir:

Genel zararı def' için özel zarar tercih olunur (m. 26).

Daha ağır olan zarar hafif olan zararlarla izâle olunur (m. 27).

İki kötü şeyden birini seçmek zorunda kaldığımızda daha hafif olanı icra edip büyük olandan kurtulmuş oluruz (m. 28)

İki kötüden daha hafif olanı tercih edilir (m. 29).

Zaruretlerle ilgili aşağıdaki kurallar yakın anlama sahiptir:

Zorluklar kolaylığı doğurur (m. 17).

Bir işte sıkıntı oluştuğunda kolaylık gösterilir (m. 18).

Zaruretler yasak şeyleri mübah kılar (m. 21).

Örflle ilgili aşağıdaki genel kaideler aynı anlama sahiptir:

Âdet belirleyicidir (m. 36).

Toplumun davranışları bir delildir ki onu uygulamak vacip olur (m. 37).

Örfen bilinen şey şart kılınmış gibidir (m. 43).

Tüccarların arasında bilinen şey onların arasında şart kılınmış gibidir (m. 44).

Örf ile belirlenen dini metinlerle belirlenmiş gibidir (m. 45).

Aşağıdaki kurallar da aynı anlama sahiptir:

Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır (m. 5).

Eski olan şey, eski hali üzere terk olunur (m. 6).

Bir zamanda sabit olan şeyin aksine delil olmadıkça devamıyla hükmolunur (m. 10).

Tazminatla ilgili aşağıdaki hükümler yakın anlama sahiptir:

Bir şeyin faydası tazminatının karşılığıdır. Yani, bir şey zarar gördüğü takdirde tazminatı kime aitse, o şahsın tazmin etmesi ilgili şeyden menfaatinin karşılığı olmuştur (m. 85).

Zarar menfaat mukabelesindedir. Yani, bir şeyin menfaatine nail olan onun zararını da karşılar (m. 87).

Külfet nimete ve nimet külfete göredir (m. 88).

Parça-bütün ilişkisi bağlamında yer verilen aşağıdaki kuralların birçoğu aynı hususu ifade etmektedir.

Vücutta bir şeye tabi olan hükümde dahi ona tabi olur (m. 47).

Tabi olan şeye ayrıca hüküm verilmez (m. 48).

Bir şeye malik olan kimse o şeyin zaruriyatından olan şeye dahi malik olur (m. 49).

Asıl sakıt olunca fer (ona ait olan şey, onun parçası) dahi sakıt olur (m. 50).

Bir şey batıl olunca onun içerdığı şey dahi batıl olur (m. 52).

İlgili hükümlerin benzerlerini Mecelle'nin diğer kısımlarında da görmekteyiz.

Belde örfünde satılanın kapsadığı her şey zikre ihtiyaç duymaksızın satım akdine dahil olur.

Örneğin, ev satımında mutfak ve kileri; zeytinlik satımında zeytin ağaçları zikre ihtiyaç duymaksızın satım akdine dahildir. Zira mutfak ve kiler evin müştemilatındandır ve zeytinlik birtakım zeytin ağaçlarını içeren yere denir. Yoksa sade bir araziye zeytinlik denmez (m. 230).

Satılan şeyin parçası hükmünde olan yani alma maksadı göz önüne alındığında satılardan ayrılması mümkün olmayan şeyler de zikre ihtiyaç duymaksızın satıma dahildir.

Örneğin, kilidin satımında anahtar ve sütü için alınan ineğin satımında süt emen yavrusu zikredilmeksizin satıma dahildir (m. 231).

Satılana bitişik olan şeyler zikredilmeksizin satım akdine dahil olur.

Örneğin, bir konağın satımında çivilenmiş kilitler ve yerli dolap ve minderlikler gibi yerli olmak üzere konmuş ve bina edilmiş şeyler ve sınıri dahilinde olan bahçesiyle kamuya ait yola veya çıkmaz sokağa ulaştıran yollar ve bahçe ve arsa satımında dikili ağaçlar pazarlıkta açıkça zikredilmese dahi satım akdinden ayrılmayıp beraber satılmış olur (m. 232).

Satılan şeyin isminin müstemilatından veya satılana bitişik olmayan ve satılanın parçası veya onunla beraber satılması örf ve adet gereği bulunmayan şeyler satım anında zikredilmedikçe satıma dahil değildir. Fakat beldenin örf ve adetince satıma tabi olarak satılan şeyler zikredilmeksizin satıma dahildir.

Örneğin, ev satımında yerli olmayan dolap ve kanepeler ve sandalye gibi yerli olmayıp da kaldırılmak üzere konulmuş şeyler ve bağ ve bahçe satımında limon ve çiçek saksıları ve diğer mahalle nakledilmek üzere dikilmiş fidanlar ve arazi satımında ekin ve meyvelerin satımında pazarlıkta zikredilmedikçe satılan ile beraber satılmış olmazlar. Fakat birlikte örf ve adet olan yerlerde binek atının gemi ve yük beygirinin yuları zikredilmeksizin satıma dahil olur (m. 233).

Yukarıdaki örnekler dikkatle incelendiğinde, önemli oranda detaylara girildiği ve bazı şeyler aynı kural kapsamında yer alabilecekken her birinin ayrı maddeler halinde ele alındığı görülmektedir. Örneğin, evin satımına mutfağın (m. 230), kilidin satımına anahtarın (m. 231), konağın satımına çivilenmiş kilidin dahil olması (m. 232) farklı maddelerde ele alınmıştır. Oysa bunlar aynı madde kapsamında ifade edilebilirdi. Burada meseleciler metot yanında, kanaatimizce, maddî unsurun da etkisi bulunmaktadır. Yani eşyanın her farklı şekli için ayrı madde düzenlendiği söylenebilir.

Mecelle'nin zaman zaman somut detaylara yer veren ilgili yaklaşımı, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'yla mukayese edildiğinde daha belirgin gözükmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda mülkiyet hakkının kapsamı başlığı altında bütünüleyici parçayı düzenleyen 684. maddesi şu şekilde yer almaktadır:

Bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünüleyici parçalarına da malik olur. Bütünüleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır (m. 684).

Ve aynı kanuna ait eklenti başlığı altında yer verilen maddenin de, Mecelle'deki benzerlerine göre daha soyut ve kapsamlı olduğu ileri sürülebilir:

Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar. Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi,

korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır. Eklenti, asıl şeyden geçici olarak ayrılmakla bu niteliğini kaybetmez (m. 686).

Türk Medeni Kanunu'nun eklenti sayılmayan hususlarla ilgili ifadelerinin de, soyut ve kapsamlı olduğu söylenebilir.

Asıl şeye zilyet olan kimsenin sadece geçici olarak kullanması veya tüketmesi için özgülünen ya da asıl şeyin özel niteliği ile herhangi bir ilişkisi bulunmadan sadece korunmak, satılmak veya kiraya verilmek üzere onunla birleştirilen şeyler eklenti sayılmaz (m. 687).

2.2. Mecelle'nin Birinci Kısımının -Satım Akdinin (Kitâbu'l-buyû)- Soyut Hukuk Açısından Analizi

2.2.1. Tanımların Fazlalığı

Mecelle'nin satım akdinden bahseden birinci bölümü (Kitâbu'l-buyû) birçok kavramın tanımla başlanmaktadır. Bu bağlamda, satımdan kastedilenin ne olduğundan icap ve kabulün tanımına kadar birçok şeyin tarif edildiği görülmektedir. Burada sipariş akdinin mahiyeti, malların takası, menkul ve gayr-i menkul dahi tanımlanmıştır. Birçok tarife yer verilmesinde, ifadelerin Arapça olması ve ilgili kavramları bilmeyen hukukçulara yardımcı olma maksadının da etkili olduğu düşünülebilir. Ancak Mecelle'de bayi, malı satan (md. 160), müşteri, satın alan (md. 161), kıymet, bir malın gerçek değeri (md. 154), taksit, borcu farklı ve belirli vakitlerde ödemek üzere ertelemek (md. 157) şeklinde tanımlara yer verilmesini, meseleci metodun uzantısı olarak değerlendirmek de mümkündür. Yani her şey birim birim ele alınmış ve herkesin bileceği kavramlar dahi tarif edilmiştir. Örneğin, taksitin, kıymetin, bayinin, müşterinin ne olduğunu bugün dahi bilmeyen yok gibidir. Türk Borçlar Kanunu metninde bu tür kavramların, tespit edebildiğimiz kadarıyla, tanımına yer verilmemiştir.

2.2.2 Maddî ve Manevî Unsurun Etkisi

Mecelle'nin kaynağını oluşturan Hanefî doktrinde dışa yansıyan iradenin zaman zaman daha belirleyici olduğuna makalenin birinci kısmında temas etmiştik. Bu bağlamda Mecelle'yi değerlendirirken, öncelikle mukaddime bölümünde iç iradeye vurgu yapan aşağıdaki maddelere yer vermek istiyoruz.

Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir (m. 2).

Akitlerde maksatlar ve manalar itibara alınır, lafızlar ve onların yapıları değil (m. 3).

Bu iki madde ilk bakışta iç iradenin itibara alındığı izlenimini vermektedir. Diğer taraftan, Mecelle'nin temel aldığı Hanefî mezhebinde dış irade birçok meselede belirleyicidir ve bu

durum kanaatimizce analiz ettiğimiz kanun metni için de geçerlidir. Nitekim mukaddime kısmında yer alan aşağıdaki madde bunu teyit eder niteliktedir:

Gizli konularda bir şeyin delili, onun yerini alır. Yani hakikatine vakıf olunamayan hususlarda maddî unsur ile hükme varılır (m. 68).

Satım akdinin kuruluşu maksadıyla söylenen sözlerle ilgili maddelerde, iç iradeden ziyade maddî unsurların belirleyici olduğu söylenebilir:

İcap ve kabul için genellikle mazi sığası kullanılır (m. 169).

Alacağım, satacağım gibi soyut vaat anlamında olan gelecek zaman lafızlarıyla satım akdi gerçekleşmez (m. 170).

Sat ve satın al gibi emir lafızlarıyla da satım akdi gerçekleşmez. Ancak şimdiki zamana işaret eden emir ile satım akdi gerçekleşir

Örneğin, müşteri şu malı şu kadar kuruşa sat dediğinde satıcı da “sattım” derse satım gerçekleşir. Aynı şekilde satıcı “bu malı şu kadar kuruşa al” dediğinde müşteri de “aldım” derse, müşteri “aldım” deyip satıcı da “al” veya “var hayrını gör” derse satım gerçekleşmiş olur.

Zira bu durumda “al” veya “hayrını gör” tabirleri “işte sattım al” demektir (m. 172).

Mukaddime kısmında yer verilen “akitlerde lafızların değil; maksat ve manaların itibara alınacağına” yer veren madde ekseninde değerlendirildiğinde herhangi bir sözle akdin tamamlanması gerekirdi, denilebilir. Oysa Hanefi mezhebinde olduğu gibi Mecelle özellikle geçmiş zaman kalıplarıyla akdin kurulacağını, gelecek zaman sığasıyla satımın gerçekleşmeyeceğini açıkça belirtmiştir. Ayrıca emir ifadeleri şimdiki zamana işaret etmesi (anlaşıldığı kadarıyla icap ve kabulden en az birinin geçmiş zamanda olması) halinde akdin kuruluşu için geçerli kabul edilmektedir.

Diğer taraftan, Türk Borçlar Kanunu’nda sözleşmenin tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun açıklamalarıyla kurulacağı ve irade açıklamasının açık veya örtülü olabileceği belirtilmiş (TBK. m. 1), bu konuda belli lafızların kullanımı şart koşulmamıştır. Bu da, rızaya işaret eden her türlü lafızla akdin kurulacağı anlamına gelir ki, ilgili yaklaşımın Mecelle’ye kıyasla daha soyut ve genel olduğu söylenebilir.

Akdin kuruluş lafızlarında maddî unsur itibara alınmakla birlikte, rıza unsuruna işaret eden yazı (m. 173), sözsüz olarak karşılıklı bedellerin verilmesi (m. 175), hatta dilsizin işaretiyle (m. 174) akdin kurulacağını kabulü, katı şekilciliğin Mecelle’de bulunmadığı yönünde değerlendirilebilir. Bununla ilgili bir madde metni şu şekilde yer almaktadır:

Örneğin, pazarlıksız lakırdısız müşteri parayı verip ekmeği dahi ona ekmeği verdiği satım gerçekleşir (m. 175).

Mecelle'de akdin sözsüz olarak da gerçekleşeceğinin kabulü maddî unsurun etkisini azaltmakta ve rıza unsurunu ön plana çıkarmaktadır. Diğer taraftan maddî unsurun etkisini ortaya koyan geçmiş zaman kalıbını kullanmanın akitlerde neden şart koşulduğu sorusu gündeme gelmektedir. Anlaşıldığı kadarıyla karşılıklı alıp vermenin rızaya işaret ettiği, gelecek zaman kalıbının ise akdin kuruluşuna delaletinin kesin olmadığı, yani hukuki istikrar açısından belli kalıpların kullanımının şart koşulduğu söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu'nda bu konuda bir sınırlandırma getirilmemiştir.

2.2.3. İcap ve Kabulle İlgili Maddî Şekil Şartları

Mecelle'nin kurallarının kaynağını oluşturan Hanefî mezhebinde icap-kabul irtibatı hususunda tarafların rızasını bir kenara bırakacak nitelikte maddî unsurun etkili olduğuna bazı modern çalışmalarda temas edilmiştir (Senhûrî, t.y.b, ss.9-11; Dönmez, 1996, s.20; Aydın, 2014a, ss.90-92).

Örneğin, iki kişi yolda yürürken birinin icabından sonra diğerinin hemen kabul beyanında bulunmaması, arada çok az fasıla bulunması, tarafların adım atmaları nedeniyle akit meclisi değiştiğinden akdin kurulmasına engel kabul edilmektedir (Kâsânî, 1982b, s.137; Mergînânî, 1986b, s.246; Zebîdî, t.y, s.184). Aynı yerde dururken icap ve kabul arasına uzun bir aranın girmesi ise, akit meclisi değişmediğinden akdin kuruluşuna engel olarak görülmemektedir. Bununla birlikte, tarafların icap-kabul irtibatını kestiği düşünülen davranışları ise akdin gerçekleşmesine engel kabul edilmektedir. Örneğin birinin icabından sonra diğerinin ayağa kalkması bu şekilde değerlendirilmektedir (Kâsânî, 1982b, s.137).

Mecelle, Hanefî mezhebini esas almakla birlikte icap-kabul ilişkisi hususunda ilgili hukuk ekolünde yer alan birçok örneğe yer vermemiş, kanaatimizce, Hanefî mezhebine (Kâsânî, 1982b, s.137; Mergînânî, 1986b, s.246) kıyasla konuyu daha soyut şekilde ifade etmiştir:

Satım akdinin gerçekleştiği mecliste icaptan sonra kişiler ayrılışına kadar akdi sonuçlandırma hakkına sahiptirler.

Örneğin, taraflardan biri satım akdinin gerçekleştiği mecliste bu malı şu kadar kuruşa sattım yahut aldım diyerek öneride bulunsa, diğeri hemen "aldım" veya "sattım" demeyip bir müddet geçtikten sonra aynı mecliste kabul etse satım akdi gerçekleşmiş olur. Her ne kadar meclis uzun uzadıya sürmüş ve öneri kabul arası hayli uzamış olsa da bu akdin kuruluşuna zarar vermez (m. 182).

Öneriden sonra, kabulden önce taraflardan biri akdi gerçekleştirilmemeye işaret eden bir söz veya fiil gerçekleştirirse öneri batıl olur ve kabule mahal kalmaz.

Örneğin, taraflardan biri sattım dedikten sonra ikisinden biri başka bir işle yahut bir diğer bahis ve müzakere ile meşgul olsa icap batıl olup ondan sonra kabul ile satım gerçekleşmez (m. 183).

Özellikle son paragrafta icap-kabul irtibatını kesen hususların genel olarak ifade edildiği, ayrıntılara girilmediği söylenebilir. Hanefî metinlerinde (Kâsânî, 1982b, s.137; Mergînânî, 1986b, s.246) ise, tarafların hangi hareketlerinin icap-kabul ilişkisini keseceği hususuna yukarıda temas edildiği gibi detaylı şekilde yer verilmiştir. Bununla birlikte Mecelle'nin ilgili konuda tamamıyla Hanefî mezhebinin anlayışını yansıttığı belirtilmelidir. Yani kanun metninde ifade edilmemiş olsa da, ayrıntılarda Hanefî ekolünde yer verilen kuralların geçerli olacağı söylenebilir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Türk Borçlar Kanunu'nda öneri (icap) ve kabul irtibatı hususunda daha ziyade rıza unsuru belirleyici olmakta ve şekil şartları itibara alınmamaktadır. Konu bağlamında, icapı yapan tarafın icabıyla bağlılığı hususunda hukukî istikrar açısından şu kurala yer verilmiştir:

Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur (m. 4).

3. Mecelle'nin Sekizinci Kısımının (Haksız Fiille İlgili Bölüm) Soyut Hukuk Açısından Analizi

Mecelle'nin kaynağını oluşturan Hanefî mezhebinde manevî unsura kıyasla birçok konuda maddî unsurun etkili olduğu kanaatine yukarıda temas edilmiştir. Haksız fiilin yol açtığı tazminatın karşılanmasında da aynı yaklaşımın izleri görülmektedir. Nitekim failin mesuliyeti tespit edilirken eylemin doğrudan veya dolaylı⁷ gerçekleşmesi önemli bir ayırım olarak metinlerde yer almıştır. Özellikle ilgili hukuk ekolünde neticeyi gerçekleştiren son şarta büyük önem verildiği görülmektedir.

Örneğin Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf, kafesini açarak kuşun veya kapısını açarak hayvanın kaçmasına neden olan şahsın, hayvanın telef olması halinde tazminattan sorumlu olmayacağını belirtirlerken, failin eylemiyle kaçma hareketi arasında hayvanın fiilinin girdiğini, bu nedenle kaçma hareketinin hayvanlara isnat edileceğini ileri sürmüşlerdir. Failin mesuliyetinin düşmesinde maddî unsurun çok etkili olduğu bu görüşe karşın, İmam Muhammed ilgili eylemlerde failin tazminatla sorumlu olduğunu ileri sürmüştür. Hanefî eserlerde genelde ilk görüş kabul edilmişken (Serahsî, 1324b, s.15; Zebîdî, t.y., s.346; İbn Âbidîn, 1966b, s.100) Mecelle bu eylemlerde tazminatın gerekeceği görüşünü savunan İmam Muhammed'in içtihadını tercih etmiştir (m. 922). Bu, Mecelle'nin maddî unsura ilgili konuda itibar etmeyip mezhebin genel görüşüne rağmen farklı bir hüküm benimsediğini göstermektedir. Diğer taraftan, Mecelle Hanefî mezhebinde olduğu gibi doğrudan ve

⁷ Hanefî mezhebine ait metinlerde mübâşeret-tesebbüb ayrımı şeklinde yer alan bu hususun öldürme suçu bağlamında analizi için bkz. Aydın, 2013, ss.176-209.

dolaylı zarar (mübâşeret-tesebbüb) ayırımına yer vererek tazminat hususunda maddî unsuru itibara almıştır.

Mübâşereten zarar, bir şeyi bizzat telef etmektir ki eden kimseye fâil-i mübâşir denilir (m. 887).

Tesebbüben itlâf, bir şeyin telefine sebep olmaktır. Yani bir şeyde diğer bir şeyin genelde zararına sebep olan bir iş yapmaktır ki eden kimseye mütesebbib denilir.

Nitekim asılı bir kandilin ipini kesmek kandilin yere düşüp de kırılmasına sebep olmaktadır. Bu durumda ipi kesen mübâşereten ipi telef etmiş ve tesebbüben kandili kırmış olur.

Aynı şekilde bir kimse bir tulumu yardığında içindeki yağ akıp telef olsa, bunu yapan mübâşereten tulumu ve tesebbüben yağı itlaf etmiş olur (m. 888).

Mecelle özellikle hayvanların verdiği zararlar hususunda fikhî eserlerinde zikredilen ayrıntılara temas etmiştir. Konuyla ilgili 932. madde metni aşağıdaki gibidir:

Bir şahıs kamuya ait yolda hayvanına binip giderken kaçınılamayan zararı tazmin etmez.

Örneğin, hayvanın ayağından toz ve çamur sıçrayıp da diğerinin elbisesini kirletse veya ayağı ile tepip veya kuyruğuyla ile çarpıp bir zarara yol açsa tazminatla yükümlü olmaz. Ancak hayvanın ön ayağı veya başı ile çarpmasından meydana gelen zararı karşılar.

Yukarıdaki örnekte hayvanın ön ayağı ve başıyla verdiği zararın tazmin edilmesine karşılık, arka ayağı ve kuyruğuyla verilen zarar nedeniyle ödeme sorumluluğunun bulunmaması failin hayvanın ön kısmını görebilmesi, arka kısmını ise görememesiyle ilişkilidir (Serahsî, 1324a, ss.189-192; Kâsânî, 1982a, ss.271-272; Zeylaî, 1314a, ss.150-153). Dikkat edilirse, eylemin icra şeklinin, yani maddî unsurun tazminatta belirleyici olduğu görülmektedir.

Mecelle ayrıca hayvan sahibinin kendi arazisinde hayvanın yol açtığı zararı diğer yerlerde gerçekleşen zarardan farklı kabul etmiş ve bu durumda hayvanın birçok eyleminden dolayı tazmin sorumluluğu bulunmadığını belirtmiştir.

Bir kimse gerek binici olsun veya olmasın kendi mülkünde iken hayvanı ön ayağı yahu başı veya kuyruğu ile çarparak veyahut arka ayağı ile teperek başkasına zarar etse sahibi tazminatla sorumlu olmaz (m. 930).

Mecelle, hayvanın yol açtığı haksız fiilin farklı bir icra şeklini istisna etmiş ve kişinin kendisine ait mekanda dahi olsa ilgili eylemde hayvanın yol açtığı zararın tazmine tabi

olduğunu vurgulamıştır. Bu da, binicinin üzerinde bulunduğu hayvanın ayaklarıyla bir şeyi veya şahsı çiğneyerek zarara yol açmasıdır.

Bir kimsenin binici olduğu hayvan ön veya arka ayağı ile kendi mülkünde veya başka yerde bir şeyin üzerine basıp da telef etse binici olan kişi o şeyi doğrudan telef etmiş kabul edilerek herhalde tazminle sorumlu olur (m. 936).

Bu hüküm, hayvana binen kişi ile onu önden çeken veya arkadan sevk eden şahısların sorumluluğu arasında fark gözetilen Hanefî mezhebinin yaklaşımını (Serahsî, 1324a, ss.189-192; Kâsânî, 1982a, ss.271-272; Zeylaî, 1314a, ss.150-153) aynı şekilde yansıtmaktadır. Binicinin üzerinde bulunduğu hayvanın *çiğneyerek* zarar verdiği şeyden sorumlu olmasına karşılık diğer fiillerden (örneğin, ayağıyla çarparak veya başıyla vurarak) mesul olmayışı yine maddî unsurun etkisini ortaya koymaktadır. Yani eylemin şekline, maddî unsura göre tazminat sorumluluğu belirlenmektedir.

Hanefî mezhebi ve onu kaynak alan Mecelle'nin hayvanın verdiği zararlar konusunda, birçok meseleyi ayrıntılı düzenlerken, özellikle eylemin icra şekline göre çeşitli hükümlere varması modern hukuk mantığından önemli oranda farklılık arz etmektedir. Nitekim hayvan bulunduranın sorumluluğunu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 67. maddesinde tazminat sorumluluğu, haksız fiilin icra şekillerine yer vermeksizin kusursuz sorumluluk bağlamında ele alınmıştır. Ayrıca, hayvan bulunduranın gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi halinde tazminattan kurtulacağı belirtilmiştir.⁸

Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.

4. Mecelle'nin Diğer Bölümlerinin Soyut Hukuk Açısından Analizi

Mecelle'de meseleci metodun, maddî unsurun etkisi buraya kadar yer verdiğimiz bölümlerin dışında da görülmektedir. Bu bağlamda iki meseleye yer verilecektir: Bunlar, şufa hakkının kullanımı ve emanetçinin tazmin sorumluluğudur.

⁸ Hayvanın yol açtığı zararın karşılanması hususunda geniş bilgi için bkz. Aydın, (2016a).

4.1. Şufa Hakkının Kullanımı

Mecelle'de şufa hakkında (satım akdinde yukarıda temas edilen icap-kabul irtibatına benzer şekilde) şahsın ön alım hakkını kazandığını duyduğu an itibarıyla yaptığı hareketler, ilgili hakkın kullanımı ve düşmesinde etkili olmaktadır:

Şufa sahibi eğer ön alım hakkını tehir ederse, örneğin, satım akdini duyduğu yerde şufa talep etmeyip başka bir işle meşgul olmak gibi hakkından vazgeçtiğine delalet eder bir halde bulunur veya şufa talep etmeden meclisten kalkarsa şufa hakkı düşer (m. 1032).

Şufa sahibinin ilgili hakkı kullanması hususunda Mecelle'nin benimsediği hükmün, günümüz hukukuyla kıyaslandığında daha iyi anlaşılacağı kanaatindeyiz. Ön alım hakkının kullanımını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 242. madde metni şu şekildedir:

Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerh edilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her halde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır.

Türk Borçlar Kanunu, şahıslara ön alım hakkını kullanma konusunda makul süreler belirlerken, Mecelle şufa hakkının ilgililer tarafından bir an önce kullanılmaması halinde düşeceğini belirtmektedir. Burada failin konuyu öğrendikten sonraki davranışları, yani maddî unsur belirleyici olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu, rıza unsurunu, kanaatimizce, gölgelemektedir. Zira şahsın konuyu öğrendikten sonra ayağa kalkması veya farklı bir hareket yapması her zaman hakkı kullanmaktan vazgeçtiği anlamına gelmez. Kabul etmek gerekir ki, Hanefî mezhebinde hangi hareketlerin hakkın kullanımından vazgeçme anlamına geldiği, hangi davranışların bu şekilde değerlendirilemeyeceği hususunda birçok ayrıntıya temas edilmiştir (Serahsî, 1324c, ss.116-117; Kâsânî, 1982b, s.17). Bu şekilde ayrıntılara yer vermek, meseleci metoda hizmet etmekte ve soyut, genel kurallara ulaşmada engel oluşturmaktadır.

Mecelle Hanefî mezhebini takip etmektedir. Diğer taraftan İslam hukukundaki bütün ekoller şufa hakkının kullanımı hususunda aynı yaklaşımı benimsememişlerdir. Örneğin, Mâlikî ekolü şufa hakkının kullanımı hususunda, günümüz hukukunda olduğu gibi hak sahibine belli bir müddet düşünme fırsatı sunmaktadır (İbn Rüşd, 1402, ss.262-263; Karâfî, 1994, ss.372-373). İlgili mezhebe göre, satım akdi esnasında orada bulunan şufa sahibi iki ay, akit sırasında hazır olmayan şahıs ise bir yıl içinde önalım talebinde bulunmadığında ilgili hak düşmektedir (İlîş, 1989, ss.213-214).

4.2. Emanetçinin Tazmin Sorumluluğu

Bu başlık altında emaneti elinde bulunduran kişinin, ilgili malın zarar görmesi halinde tazminattan hangi koşullarda sorumlu olacağını inceleyeceğiz.

Mecelle, emanet alan kişinin elindeki saatin kazara düşerek kırılması halinde, tazminatla sorumlu olmayacağını; yerdeki saatin üzerine emanetçinin elinde bulunan bir şeyin düşerek onu kırması veya saate basması halinde sorumlu tutulacağını kanunlaştırmıştır (md. 777).

Dikkat edilirse, birinci eylemle diğerlerini ayıran sadece fiilin icra şeklidir. Gerçekte manevî unsur açısından bütün eylemlerde taksirin bulunduğu anlaşılmaktadır. Birinci eylemi farklı kılan husus, her ne kadar emanet alan saati elinden düşürürken kusurlu olsa da, saati kıran son fiilin yere çarpma hareketi olmasıdır (Nitekim Hanefî mezhebinde son hareketin birçok meselede önemli oranda itibara alındığı söylenebilir).⁹ Bu bağlamda, anlaşıldığı kadarıyla, failin zararlı netice üzerinde doğrudan etkisinin bulunmadığı değerlendirilmektedir. Diğer eylemlerde (saatin üzerine emanetçinin elindeki bir şeyin düşmesi veya onun üzerine basması) ise failin neticeye doğrudan etkisinin (Mecelle ve Hanefî mezhebinde buna mübâşeret-doğrudan eylem denir) bulunduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle, son iki eylemde emanetçi tazminatla sorumlu olmaktadır.

Sonuç

Batı'da kanunlaştırma faaliyetlerinin etkisiyle Osmanlı İmparatorluğunda Medeni Kanun alanında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında bir heyet tarafından hazırlanan Mecelle, kaynağını oluşturan Hanefî mezhebinin hükümlerini modern kanun formatında düzenleme yoluna gitmiştir. Hanefî mezhebinde meseleci metot takip edilirken, Mecelle heyetinin modern kanun formatında soyut hukuku esas alan bir metin hazırlamayı amaçladığı ileri sürülebilir.

Bu araştırmada, bazı fikhî unsurların soyut kurallara ulaşmada Mecelle'yi etkilediği tezi savunulmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu makalede, Mecelle bütün olarak ele alınmamıştır. Daha ziyade araştırmada ileri sürülen tezi teyit eden bölümlere yer verilmiştir. Mecelle, ilgili bölümlerden ibaret olmadığı gibi, onun soyut hukuk hedefini gerçekleştirmede bütünüyle başarısız olduğuna dair bir görüş bu makalede savunulmamaktadır. Araştırmamızda, Mecelle'de zaman zaman soyut hukuk hedefinin gerçekleşmesini engelleyen noktaların bulunduğu örneklerle ortaya konmaya çalışılmıştır.

⁹ Hanefî mezhebinde birçok meselede son hareketin itibara alındığı, örneğin, bir kimseye zehir sunarak onun içmesini sağlayan failin, ölüm neticesinden dolayı ölüm cezası veya diyetten sorumlu olmadığı görülmektedir. Bu eylemde, maktulün kendisini öldüren zehri eliyle içmiş olması, netice üzerinde son hareketin etkili olduğunu kabul eden Hanefî ekolüne göre failin cezaî mesuliyetini önemli oranda düşürmektedir (Serahsî, 1324a, s.155; Kâsânî, 1982a, s.235). Son şart nazariyesinin Hanefî ekolünde öldürme suçunda cezaî mesuliyete etkisi hususunda bkz. Aydın, 2013, ss.176-209.

Makalede özellikle cezaî ve hukukî mesuliyetin tespitinde birçok meselede Hanefî mezhebinin maddî unsuru, eylemin icra şeklini itibara aldığı ve bunun genel, kapsamlı, soyut kuralların oluşmasını kısmen engellediği tezi savunulmuştur.

Manevî unsur, soyuttur ve soyut kavramlarla ifade edilmektedir. Soyut kavramların kapsamı geniştir. Kavramlar somutlaştıkça kapsamaları daralmaktadır. Maddî unsur somut bir kavramdır. Fiziki aleme özgü fiil, onun şekli maddî unsurla ilgilidir. Kasten öldürme dendiğinde kastın bulunduğu bütün eylemler bunun kapsamına girmektedir. Diğer taraftan mesuliyet açısından manevî unsur yerine; (Hanefî mezhebinde olduğu gibi) maddî unsur, eylemin icra şekli dikkate alındığında sadece belirli formattaki fiiller ilgili kavramın kapsamına dahil olmaktadır. Bu, aynı zamanda her fiilin belirli şekle uygunluğunun ayrı ayrı incelenmesini gerektirmektedir. Ceza hukukuyla ilgili olmakla birlikte, bu temel yaklaşım farkının modern hukukta soyut ve genel biçimde ele alınan bir hususun Mecelle'de bazen çeşitli örnekler bağlamında detaylı şekilde analiz edilmesinde etkili olduğu söylenebilir.

Maddî unsuru itibara alan bu yaklaşımın İslam hukukunda kısmen etkili olduğu kanaatindeyiz. Nitekim maddî unsurun etkisi mezhep içinde olduğu kadar, mezhepler birbirleriyle mukayese edildiğinde de farklılık arz etmektedir. Özellikle Mâlikî ve Hanbelî hukuk ekollerinde manevî unsurun daha ziyade dikkate alındığı bazı araştırmacılar tarafından ileri sürülmüştür. Senhûrî gibi bazı modern dönem İslam hukukçuları tarafından işaret edilen bu hususun Osmanlı hukukçularının da dikkatinden kaçmadığı ve Mecelle'den sonra aile hukuku alanında yapılan düzenlemede (Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi) diğer mezheplerin hükümlerinden yararlanma yoluna gidilmesinde bu hususun da etkili olduğu düşünülebilir.

Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde, Hanefî mezhebinin aksine diğer hukuk ekollerinin ve hukukçuların görüşleri bağlamında sarhoşun (m. 104) ve tehdit altındaki (mükreh) kişinin (m. 105) boşaması geçersiz sayılmıştır. Bu, failin kastına itibar etmeksizin boşanma sözünün söylenmesini, yani maddî unsuru dikkate alıp sarhoşun ve mükrehin boşamasını geçerli kabul eden Hanefî ekolünün aksine, manevî unsuru itibara alan bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir.

Kaynakça

Apaydın, H. Y. (2002). "Kıyas". *DİA* içinde (c.25, ss.529-539), İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı.

Aydın, A. (2013). *Hanefî Fıkıh Literatüründe Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurlarıyla İlgili Kavramların Gelişimi* (Hicrî 4-9. Asırlar). (Yayınlanmamış Doktora Tezi). Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

- Aydın, A. (2014a). İslam hukukunda zaman, mekan ve hareket unsuru bağlamında birleştirme metodu. *Journal of Intercultural And Religious Studies*. 7, 81-117.
- Aydın, A. (2014b). Hanefî doktrininde hırsızlık suçunda şekil unsuru ve cezaî mesuliyete etkisi. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 24, 267-284.
- Aydın, A. (2015). Hanefî Furû Fıkıh Literatüründe Şekli Benzerlik. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 26, 85-105.
- Aydın, A. (2016a). İslam ve roma hukukunda hayvanın verdiği zarardan sorumluluk. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 28, 213-239.
- Aydın, A. (2016b). İslam boşanma hukukunda beyanın değerlendirilmesinde etkili unsurların sübjektif nazariye açısından analizi. İzmir.
- Digest (Roma Hukuku Alanında Yapılan Derleme Çalışmalarından Biri).
- Dönmez, İ. K. (1996). İslam hukukunda modern iletişim araçları ile yapılan akitler (batı hukuku ile mukayeseli olarak). *İlam Araştırma Dergisi*. 1 (1), 9-62.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed (1413). *el-Müstasfa min ilmi'l-usûl*. (C. 1). (Hamza Züheyr Hafız, thk.). Medine.
- Hacak, H. (2007). *Atomcu evren anlayışının İslam hukukuna etkisi*. İstanbul.
- İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer (1966a). *Reddü'l-muhtâr*. (C. 6). Kahire.
- İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer (1966b). *Reddü'l-muhtâr*. (C. 4). Kahire.
- İbn Hazm, Ebû Muhamed b. Ali (t.y.). *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*. (C. 7). Kâhire.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâleddîn Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamîd (1970). *Şerhu Fethi'l-kadîr*. (C. 10). Matbaatu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî.
- İbn Kayyim, Şemseddîn Muhammed el-Cevziyye (1991). *İ'lâmu'l-müvakkîin an rabbi'l-âlemîn*. (C. 3). Beyrût: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye.
- İbn Rüşd, Ebu'l Velîd Muhammed b. Ahmed. (1402). *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*. (C. 2). Beyrut.
- İlîş, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed (1989). *Minehu'l-celîl alâ muhtasarı Halîl* (c. 7). Beyrut.
- Karâfî, Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim (1994). *ez-Zehîra*. (C. 7). Beyrut.
- Kâsânî, Ebû Bekr Alâeddin Ebû Bekr b. Mesûd b. Ahmed. (1982a). *Bedâiu's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi'*. (C. 7). Beyrût: Dâru'l-Kitâbî'l-Arabî.
- Kâsânî, Ebû Bekr Alâeddin Ebû Bekr b. Mesûd b. Ahmed. (1982b). *Bedâiu's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi'*. (C. 5). Beyrût: Dâru'l-Kitâbî'l-Arabî.
- Kâsânî, Ebû Bekr Alâeddin Ebû Bekr b. Mesûd b. Ahmed. (1982c). *Bedâiu's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi'*. (C. 3). Beyrût: Dâru'l-Kitâbî'l-Arabî.

- Mergînânî, Ebü'l-Hasan Burhâneddîn Ali b. Ebî Bekr. (1986a). *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*. (C. 4). İstanbul.
- Mergînânî, Ebü'l-Hasan Burhâneddîn Ali b. Ebî Bekr. (1986b). *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*. (C. 1). İstanbul.
- Özen, Şükrü (2011). "Te'sîsü'n-nazar". *DİA* içinde. (C. 40, ss.545-547), İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı.
- Scott, S. P. (1932). *The Civil Law*. Cincinnati.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl Serahsî (1324a). *el-Mebsût*. (C. 26). Kâhire: Matbaatü's-Saâde.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl Serahsî (1324b). *el-Mebsût*. (C. 9). Kâhire: Matbaatü's-Saâde.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl Serahsî (1324c). *el-Mebsût*. (C. 16). Kâhire: Matbaatü's-Saâde.
- Senhûrî, Abdürrazzâk (t.y.a). *Mesâdiru'l-hak fî fikhî'l-İslâmî/Dirâse mukârane bi'l-fihî'l-garbî*. (C. 4). Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsî'l-Arabî.
- Senhûrî, Abdürrazzâk (t.y.b). *Mesâdiru'l-hak fî fikhî'l-İslâmî/Dirâse mukârane bi'l-fihî'l-garbî*. (C. 2). Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsî'l-Arabî.
- Şeybânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Hasan b. Ferkad el-Hanefî (1406). *Câmi'ü's-sagîr ve şeruhü'n-nâfiu'l-kebîr*. (C. 4). Beyrût: Âlemü'l-Kütüb.
- Tahâvî, Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed b. Selâmet el-Ezdî (1370). *Muhtasaru't-Tahâvî*, (Ebü'l-Vefâ el-Efgânî, thk.), Kâhire: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî.
- Zebîdî, Ebû Bekr b. Ali b. Muhammed el-Haddâd (t.y). *el-Cevheretü'n-neyyire alâ Muhtasari'l-Kudûrî*. (C.1). Dâru'l-Hayriyye.
- Zeylâî, Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen (1314a). *Tebyînu'l-hakâyık Şerhu Kenzi'd-dekâik*. (C. 6). Bulak: Matbaatü'l-Kübra'l-Emîriyye.
- Zeylâî, Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen (1314b). *Tebyînu'l-hakâyık Şerhu Kenzi'd-dekâik*. (C. 3). Bulak: Matbaatü'l-Kübra'l-Emîriyye.