

AVRUPA HUKUKUNUN HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ*

Sümeyye SARITAŞ**

Makale Bilgisi

Makale Türü: Araştırma Makalesi, **Geliş Tarihi:** 01 Haziran 2025, **Kabul Tarihi:** 09 Eylül 2025, **Yayın Tarihi:** 30 Eylül 2025, **Atıf:** Sarıtaş, Sümeyye. "Avrupa Hukukunun Hukuk-ı Aile Kararnamesi Üzerindeki Etkisi". *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 25/2 (Eylül 2025): 1505-1547.

DOI: 10.33415/daad.1711161

Article Information

Article Types: Research Article, **Received:** 01 June 2025, **Accepted:** 09 September 2025, **Published:** 30 September 2025, **Cite as:** Sarıtaş, Sümeyye. "The Influence of European Law on the Ottoman Law of Family Rights". *Journal of Academic Research in Religious Sciences* 25/2 (September 2025): 1505-1547.

DOI: 10.33415/daad.1711161



Öz

Bu makale Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni bir yandan dönemin Osmanlı toplumunun ihtiyaçlarına çözüm arayan, diğer yandan Avrupa medeni kanunlarında yer alan bazı hükümleri Osmanlı aile hukukuna uyarlamaya çalışan bir metin olarak ele almaktadır. Özellikle evlilik yaşının sınırlandırılması, nikah öncesi ilan şartı, evlendirme velayetinin daraltılması gibi düzenlemeler, Fransız Medeni Kanunu ile başlayan Avrupa'daki kanunlaştırma sürecinin ortaya çıkardığı hukuk anlayışının etkilerini açıkça yansıtmaktadır. Avrupa medeni kanunlarında yer alan hükümlerin kararnamede yer bulabilmesi, başkanlığını Seyyid Bey'in yürüttüğü Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun belirlediği şu iki ilke ile mümkün olmuştur: Hanefi mezhebiyle sınırlı kalmaksızın diğer müçtehitlerin görüşlerinden yararlanmak ve şer'î hükümlere aykırı olmamak kaydıyla yabancı hukuk sistemlerinden hüküm iktibas etmek. Böylelikle Avrupa hukukundan alınan bazı düzenle-

* Bu makale, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Aile Hukukunda Kanunlaştırma" isimli doktora tezinden üretilmiştir. Tez sürecindeki yol gösterici katkıları ve yapıcı eleştirileri için danışmanım Prof. Dr. Murteza Bedir'e en içten teşekkürlerimi sunarım.

** Dr., sumeyye_ozdemir@hotmail.com, Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4381-4798> / PhD., sumeyye_ozdemir@hotmail.com, Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4381-4798>.

meler farklı müçtehitlerin görüşleriyle temellendirilerek kararnameye dahil edilebilmiştir. Bu iki ilke, Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun hazırladığı mazbata-da fıkıh ve usûl-ı fıkıh çerçevesinde temellendirilmiştir. Bu makalede, söz konusu temellendirmeyi yapan kişinin Seyyid Bey olduğu öne sürülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Hukuk-ı Aile Kararnamesi, İhżâr-ı Kavânîn Komisyonu, Kanun-ı Medeni Tali Komisyonu, Seyyid Bey.

The Influence of European Law on the Ottoman Law of Family Rights

Extended Abstract

This article examines the Ottoman Law of Family Rights (Hukûk-ı Aile Kararnamesi, hereafter OLFR), promulgated in 1917, as a legal outcome of the jurisdictional shift from the office of the Shaykh al-Islâm (Meşihat) to the Ministry of Justice. OLFR sought not only to respond to the emerging social needs of late Ottoman society but also to integrate selected provisions from European civil codes into the evolving framework of Ottoman family law. Provisions such as the minimum age for marriage, the requirement of public announcement before the conclusion of marriage and restrictions on the guardian's authority to marry off a ward serve as prominent examples of legal interventions aimed at restructuring the family on a statutory basis. These provisions reflected a response to social transformation and illustrated how selected articles were shaped under the influence of modern legal frameworks within the scope of OLFR.

1506 | db

The nature of OLFR makes it necessary to examine the legal bodies responsible for its formulation and the scope of their authority. In 1916, the İhżâr al-Qawânîn Commission and its subcommittees were established to draft legislation. Before these commissions began their work, however, a preparatory body known as the Supplementary Civil Code Commission (Kanun-ı Medenî Tali Komisyonu) was formed to determine the foundational principles of legislation. Chaired by Seyyid Bey, the commission adopted three key principles: (1) to draw upon the opinions of other *mujtahids* without being limited to the Hanafi school; (2) to incorporate norms from foreign legal systems as long as they did not contradict Islamic legal principles; and (3) to formulate legal provisions in clear and specific language, minimizing the discretionary power of judges. In the official report (*lâyiha*) prepared by the commission, both the use of non-Hanafi opinions and the justification for adopting foreign norms were grounded in the methodological framework of *usûl al-fıkh*.

The principles established by the commission marked a new phase in the codification experience of fıkh, which had begun with the enactment of the Mecelle in the late 19th century. With these two principles, the boundaries of fıkh were significantly expanded, and all obstacles to benefiting from other legal systems were effectively removed. Thus, it became possible to incorporate into the OLFR provisions deemed necessary by the prevailing legal rationales of the period.

The question of who formulated these foundational principles is of particular significance. Evidence suggests that Seyyid Bey played a central role in this process. Notably, there are strong parallels between the report issued by the Supplementary Civil Code Commission and Seyyid Bey's 1333/1917 book titled *Usûl-i Fıkh*, especially in the way that the use of non-Hanafi views is juridically justified. These similarities indicate that the person who formulated the legal rationale behind the commission's principles was most likely Seyyid Bey, the only commission member with recognized expertise in *usûl al-fıkh*.

The principles established by the Supplementary Commission were implemented in the OLF. This allowed for the incorporation into the OLF of specific provisions that had no precedent in classical fiqh but were deemed necessary by the Ottoman law makers of the period to restructure the family institution, through selective borrowing from European civil codes. Within this context, the article analyzes how specific provisions -such as marital capacity, limitations on guardianship, and the requirement of public notice- reflect the influence of European law and how these provisions were framed within a framework of Islamic legal justification.

The article is structured in three main sections. The first section examines the transfer of jurisdiction from the Meşihat to the Ministry of Justice and the institutional context in which this occurred. The second section focuses on the actors drafting the OLF and their adopted principles. The third section explores the influence of European law through specific provisions -particularly those related to age, capacity and public announcement- and examines how these norms were legitimized within the context of Islamic jurisprudence.

In conclusion, this article argues that the use of European laws in the OLF does not constitute a case of legal reception or wholesale borrowing; instead, it shows that certain norms of European civil codes, which reflected the general legal tendencies of the time, were transformed into statutory law through a process that ensured compatibility with Islamic jurisprudence and were justified based on fiqh.

Keywords: Islamic Law, Ottoman Law of Family Rights (Hukûk-ı Aile Kararnamesi), İhzâr al-Qawânîn Commission, Supplementary Civil Code Commission (Kanun-ı Medenî Tâli Komisyonu), Seyyid Bey.

Giriş

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi (HAK), Osmanlı hukuk tarihinde yalnızca aile hukukunun ilk sistematik kodifikasyonu değil; aynı zamanda Fransız Medeni Kanunu ile başlayan Avrupa aile hukuku anlayışı ile fıkıh arasında şekillenen yeni bir aile hukuku tasavvurunun tezahürüdür. Evlenme yaşı, nikah ehliyeti, ilan şartı ve akıl hastalarının evliliğinin kısıtlanması gibi Avrupa medeni hukukunun aileye dair yaklaşımını yansıtan bazı düzenlemeler, fikhî zeminde temellendirilerek HAK'a dahil edilmiştir.

Literatürde HAK üzerine yapılan çalışmalar çoğunlukla mezhepler arası tercih, kadın haklarının gelişimi ya da ulemanın bu sürece verdiği tepkiler üzerinde yoğunlaşmıştır. Buna karşılık, doğrudan Avrupa medeni kanunlarından alınarak HAK'a dahil edilen bazı hükümlerin farklı mezheplerden alınan hükümlerle temellendirilmesi meselesi, mevcut çalışmalarda şimdiye kadar ele alınmamıştır. Bu makale, HAK'ı Avrupa hukukunun etkileri bağlamında yeniden okuyarak söz konusu boşluğu doldurmayı amaçlamaktadır.

Çalışmanın üç iddiası bulunmaktadır. Birincisi, bazı hükümler doğrudan Avrupa medeni kanunlarından etkilenecek HAK'a dahil edilmiş ve bu hükümler temellendirilirken farklı mezheplerin ya da müçtehitlerin görüşlerinden istifade edilmiştir. İkincisi, HAK'ın hazırlanma süreci ile Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun belirlediği ilkeler arasındaki bağlantı literatürde ilk kez sistematik olarak ortaya konulmaktadır. Mevcut çalışmalarda HAK ile söz konusu komisyon birbirinden bağımsız ele alınmışken, bu makale Hukuk-ı Aile Komisyonunun söz konusu ilkelere dayanarak HAK'ı hazırladığını ortaya koymaktadır. Üçüncüsü ise, bu ilkelerin fikhî zeminin inşa edilmesinde belirleyici rol oynayan kişinin, Tali Komisyon başkanı Seyyid Bey olduğudur. Bu açıdan bakıldığında Seyyid Bey yalnızca bir komisyon başkanı değil; kararnamenin hazırlanmasını mümkün kılan önemli aktörlerden biridir.

Kararnameyi, yalnızca bir hukuk metni olarak değil aynı zamanda devlet eliyle kurgulanan yeni bir aile anlayışının yansıması olarak ele alan bu makale üç bölümden oluşmaktadır: Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Meşihatın hukuki yetkilerinin tamamının Adliye Nezaretine devredilmesinin bir sonucu olarak ortaya çıktığı için ilk bölümde bu yetki devrinin arka planı incelenmektedir. İkinci bölüm, kararnamenin kimler tarafından ve hangi esaslarla hazırlandığına odaklanmaktadır. Üçüncü bölümde ise, evlenme yaşı, ehliyet ve ilan şartı gibi düzenlemeler üzerinden Avrupa hukukunun kararname üzerindeki etkisi ve bunun fikhî açıdan nasıl açıklandığı ortaya konulmaktadır.

Makalede, Avrupa Hukuku ile kast edilen dönemin öne çıkan kanun metinleri olan Fransız, Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarıdır. Bu karşılaştırmalı inceleme, HAK'ın 19. yüzyılda başlayan kanunlaştırma hareketleri içindeki yerini değerlendirmek için önemli bir zemin sunmaktadır.

1. Kararnameye Giden Süreç: Aile Hukukunu Meşihat mı Adliye Nezareti mi Tedvin Edecek?

19. yüzyılda Osmanlı'da kapsamlı hukuki ve kurumsal reformlar yapılmıştır. Bu kapsamda, modern öncesi dönemde *ilmiye* ile büyük ölçüde iç içe olan *adliye*, 19. yüzyılın ilk yarısında *ilmiyeden* bağımsız bir yapıya kavuşarak 19. yüzyılın son çeyreğinde Adliye Nezaretine dönüşmüştür. Bu dönüşüm, Meşihat ile Meşihatın aleyhine yetkileri genişletilen Adliye Nezareti arasında şer'î meselelere

taalluk eden düzenlemeleri kimin yapacağına dair bir gerilim ortaya çıkarmıştır.¹ Bu gerilim Mecelle'nin hazırlanma sürecinde görünür hale gelmiştir. Zira şer'î hükümlerin kanunlaştırılması görevi, Meşihat yerine Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye'ye bağlı olarak kurulan Mecelle Cemiyetine verilmiş, bu da kamuoyunda eleştirilere neden olmuştur. Yeni Osmanlıların yayın organı *Hürriyet Gazetesi*'nde yer alan bir yazıda bu eleştiriler şu şekilde dile getirilmiştir:

Biz de şunda hiçbir mana bulamadık ki bizim sayısız memurlarıyla beraber koca bir Bâb-ı Meşihatımız var iken İstanbul gazetelerinin rivayetine göre kitabın tertibi Cevdet Paşa maiyetinde teşkil olunan mahsus bir cemiyete havale edilmiş. Acaba bu cemiyet yeni bir şeriat mı icat edecek, yoksa Bâb-ı Meşihât öyle bir kitâb-ı şer'î tertibinden aciz midir?²

Ahmet Cevdet Paşa'nın aktardığına göre Mecelle Cemiyetinin adliye bünyesinde çalışması dönemin şeyhülislamı Hasan Efendi ve bazı ulema tarafından eleştirilmiş; hatta Hasan Efendi havale kitabına İmam Züfer'in zayıf görüşünün alınmasının, Mecelle'nin adliyye (daire-i adliye) bağlı olarak faaliyet göstermesinden kaynaklandığını, Mecelle Daire-i İlmiye'de hazırlanıyor olsaydı bunun yapılamayacağını iddia etmiş ve bu eleştirisini Sultan Abdülaziz'e ilemiştir. Bu olayların ardından Ahmet Cevdet Paşa Mecelle Cemiyeti başkanlığı görevinden azledilmiş ve cemiyet çalışmalarını Meşihata bağlı olarak sürdürmüştür.³ Cevdet Paşa, şer'î mahkemeleri mevcutken nizamiye mahkemelerinin kurulması sırasında da bu minvalde güçlü eleştirilerin dile getirildiğini belirtmiştir.⁴

II. Meşrutiyet sonrasında aile hukukunun kanunlaştırılması gündeme geldiğinde benzer bir yetki çatışması tekrar ortaya çıkmıştır. Bu süreçte Meclis-i Mebusanda Mecelle'nin tadil edilmesi ve aile hukukunun kanunlaştırılması için Mecelle Cemiyetinin tekrar kurulması teklif edilmiştir. Meşihata bağlı Islahat-ı İlmiye Encümeni tarafından hazırlanan ve bu cemiyetin Meşihat bünyesinde faaliyet göstermesini öngören "Mecelle Cemiyeti Nizamnamesi" tasarısı

¹ Ahmet Cevdet Paşa, *Tezâkir* (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1953), 4/95.

² Namık Kemal, "Mülâhaza", *Hürriyet* 49 (31 Mart 1869), 3-4.

³ *Tezâkir*, 4/95.

⁴ *Tezâkir*, 4/85.

Meclis-i Mebusana sunulmuştur.⁵⁶ Ancak bu nizamname Meclisin 18 Ağustos 1909 tarihli 137. oturumunda gündeme geldiğinde mebuslar arasında bu cemiyetin ilmiyede mi yoksa adliyede mi faaliyet göstereceği hususunda bir tartışma yaşanmış, sonrasında da Mecliste yeterli sayıda mebus bulunmadığı gerekçesiyle müzakere edilmemiştir.⁷ Meclis-i Mebusanın sonraki oturumlarında medeni kanunun tamamlanmasının çok acil bir ihtiyaç olduğu sıklıkla vurgulanmasına ve bu çerçevede hazırlanan Mecelle Cemiyeti Nizamnamesi hatırlatılmasına⁸ rağmen zabıtlarda bunun müzakere edilmediği görülmektedir. Nizamnamenin müzakere edilmemesine ilişkin zabıtlarda açık bir gerekçe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, nizamnamede Mecelle Cemiyetinin Meşihata bağlı olarak çalışacağına belirtilmesinin, nizamnamenin taslak olarak kalmasına yol açmış olabileceği iddia edilebilir. Zira Mecelle hazırlanırken İmam Züfer'in zayıf görüşünün tercih edilmesi dahi ciddi tartışmalara neden olmuş ve şeyhülislam bu konu hakkındaki şikayetini doğrudan padişaha iletmıştır. Bu tarihsel tecrübe, İttihat ve Terakki yönetiminin medeni hukukun kanunlaştırılma sürecinde Meşihatın "muhafazakâr" bir tutum sergileyeceği yönündeki kanaatini güçlendirmiş; bu nedenle söz konusu sürecin Meşihatın dışında, Adliye Nezareti bünyesinde yürütülmesi gerektiği düşüncesini beslemiş olabilir.

Öte yandan Mecliste ortaya çıkan bu yetki çatışmasının Meşihatın devlet içerisindeki konumunun yeniden tanımlanmasına yönelik yeni bir durum olduğu, dönemin basınında şeyhülislamın Meclis-i Mebusana karşı sorumlu olup olmadığıyla ilgili bir tartışma etrafında kaleme alınan yazılardan anlaşılmaktadır. Şeyhülislamın Meclis karşısındaki konumunun irdelendiği bu yazılarda Meşihat makamının idari ve hukuki statüsüne dair görüşler dile getirilmiştir.⁹ Bu

⁵ *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi* (D. 1, İç. S. 1, 11 Haziran 1325, C. 4), 625; "Mecelle Cemiyeti Hakkında Hükümetten Vârid Olan Kanun Layihasının Ta'diline Dair Encümen-i İlmiye Mazbatası", *Beyânu'l-Hak* 41 (24 Ağustos 1325), 917-919.

⁶ *MMZC* (D. 1, İç. S. 1, 5 Ağustos 1325, C. 6), 9; "Mecelle Cemiyeti Nizamname Layihasının Suret-i Muaddelesidir", *Beyânu'l-Hak* 42 (31 Ağustos 1325), 933-935.

⁷ *MMZC* (D. 1, İç. S. 1, 5 Ağustos 1325, C. 6), 540-543.

⁸ *MMZC* (D. 1, İç. S. 2, 9 Teşrinisani 1325, C. 1), 47; *MMZC* (D. 1, İç. S. 2, 25 Teşrinisani 1325, C. 2), 242; *MMZC* (D. 1, İç. S. 2, 30 Teşrinisani 1325, C. 1), 291; *MMZC* (D. 1, İç. S. 2, 2 Kanunuevvel 1325, C. 1), 303; *MMZC* (D. 1, İç. S. 2, 9 Teşrinisani 1325, C. 1), 47; *MMZC* (D. 1, İç. S. 2, 25 Şubat 1325, C. 3), 56; *MMZC* (D. 1, İç. S. 3, 22 Kanunuevvel 1326, C. 2), 45; *MMZC* (D. 2, İç. S. 1, 2 Temmuz 1328, C. 2), 307; *Tanîn* 846 (11 Ocak 1911), 5.

⁹ Esra Yakut, *Şeyhülislamlık: Yenileşme Döneminde Devlet ve Din* (İstanbul: Kitap Yayınevi, 2014), 97.

bağlamda, 1909 tarihli bir gazete yazısında, şeyhülislamının şer'îye mahkemelerinin Meşihattan alınıp Adliye Nezaretine bağlanacağı ve Meşihatın hükümet işlerinden el çekeceği zamana kadar geçici olarak kabinde yer alabileceği ileri sürülmüştür.¹⁰ Bu yazı, İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin 1916 kongresinde açıkça dile getireceği fikirlerin aslında çok daha önce teşekkül etmeye başladığını ortaya koymaktadır.¹¹ Bununla birlikte, bu söylemin Meclis-i Mebusanda rahatça savunulabileceği siyasi ortam henüz oluşmadığı için, bu görüşü benimseyenler uygun zamanı beklemeyi tercih etmiş ve Meşihata bağlı olarak çalışacağı açıkça belirtilen Mecelle Cemiyeti Nizamnamesinin müzakere edilmesini bilinçli biçimde engellemiş olabilirler. Sonuç olarak, aile hukukunun kanunlaştırılmasında yetkili kurumun kim olacağı hususunda yaşanan yetki çatışmasının ve dönemin basınında yer bulan Meşihatın konumuna dair tartışmaların da gösterdiği üzere, söz konusu nizamnamenin müzakere edilmemesi yalnızca bir gecikme değil, aynı zamanda modernleşen Osmanlı devletinde ilmî/fikhî otoritenin kimde olacağına dair Mecelle'den itibaren süregelen kurumsal mücadelenin bir yansıması olarak değerlendirilebilir.

Söz konusu nizamname, Mecliste müzakere edilmediği için Meşihat bünyesinde Mecelle Cemiyeti açılmamıştır. Ancak 1914 yılında şeyhülislam olan Hayri Efendi Meşihatı daha etkin bir yapıya kavuşturmak amacıyla Meşihatta kapsamlı reformlara girişmiş; bu çerçevede bir nizamname ile fetva odasında Telif-i Mesâil ve Taharri-i Mesâil olmak üzere iki yeni komisyon kurmuştur.¹² Telif-i Mesâil şubesinin görevleri arasında aile hukukunun tedvin edilmesi amacıyla kitaplar hazırlamak ve asrın ihtiyacı olan meselelerde sadece Hanefî mezhebinden değil diğer üç mezhepten de istifade ederek *nâsa erfak ve asrın maslahatına evfak* bazı hükümleri irade-i seniyye ile yürürlüğe sokmak da yer almaktadır.¹³ Böylelikle bu

¹⁰ Elmalılı M. Hamdi Yazır, *Meşrutiyetten Cumhuriyete Makaleler: Din, Felsefe, Siyaset, Hukuk*, haz. A. Cüneyt Köksal, Murat Kaya (İstanbul: Klasik, 2011), 97.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: *İttihat ve Terakki'nin Son Yılları: 1916 Kongresi Zabıtları* (İstanbul: Nehir Yayınları, 1992).

¹² *Düstur: Tertib-i Sâni* (Dersaadet: Matbaa-i Âmire, 1334), 6/948-950.

¹³ "Madde 6: Telif-i Mesâil Şubesi mezheb-i Hanefiyyede gayr-i müftâbih addolunan bir kavli, maslahat-ı asra evfakiyetinden nâşi ihtiyar eder veya ilcâ-yı maslahatla eimme-i selâse mezâhibine ait bir kavli tercihan muvafık görür ise bu babda müdellelen bir mazbata tanzim ve fetva eminine tevdi eder. Mazbatanın muhtevi bulunduğu kavli Makam-ı İftâ'nın bi't-tasvîb arzı üzerine irâde-i seniyye iktiran ettikten sonra esas-ı iftâ olur."Bkz.: *Düstur: Tertib-i Sâni*, 6/949.

nizamname ile zamanın ihtiyaçları göz önünde bulundurularak Hanefî mezhebinin müftâ-bih olmayan görüşlerinden ve diğer üç mezhebin görüşlerinden istifade etmenin yolu Meşihat için resmi olarak ilk kez açılmıştır.¹⁴

Bahsi geçen düzenlemenin ardından Te'lif-i Mesâil komisyonu, aile hukuku alanında tedvin yapmak üzere çalışmalarına başlamıştır. Bu süreçte *Kitâbu'n-Nikâh*, *Kitâbu't-Talâk* ve *Kitâbu'n-Nafakât* adlı eserler tedvin edilmeye başlanmış; ancak bu kitapların hazırlanma sürecinde Hayri Efendi'nin görevinden istifa etmesi nedeniyle heyetin hazırladığı eserler içerisinde yalnızca Ali Haydar Efendi'nin tedvin ettiği *Kitâbu'n-Nafakât* basılabilmektedir.¹⁵ Komisyonun hazırladığı diğer iki eser ise taslak olarak kalmış ve yayımlanamamıştır.¹⁶

Fetvahanenin irade-i seniyye ile Hanefî mezhebinin dışına çıkma imkânı, Osmanlı topraklarında kriz haline gelmiş sorunlara çözüm üretmek için atılan önemli bir adımdır. Bu çerçevede 1916 yılında farklı mezheplerden görüş alınarak; mefkûd olan, akıl hastalığına yakalanan ya da cüzzam gibi hastalıklara sahip olan kocaların eşlerine, mahkemeye başvurarak nikahlarını feshettirme hakkı tanıyan iki fetva hazırlanmış ve bunlar irade-i seniyye ile yürürlüğe konmuştur.¹⁷ Ancak bu iki fetvanın doğrudan padişaha sunulması, İttihat ve Terakki'nin önde gelen isimleri tarafından Meclis'in yasama yetkisinin gasp edilmesi olarak değerlendirilmiş ve bu nedenle Hayri Efendi eleştirilmiştir. Hayri Efendi ise, bu durumu yazılı kanunların bulunmadığı aile ahkâmında müftâ-bih olan bir görüş yerine başka bir görüşü tercih etme şeklinde açıklamaya çalışmış, ancak bu savunması ikna edici bulunmamıştır.¹⁸

¹⁴ Ferhat Koca, "Fetvâhâne", *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yay., 1995), 12/499.

¹⁵ *Kitâbu'n-Nafakât* (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1333).

¹⁶ Eserlerle ilgili detaylı bilgi için bkz.: Sümeyye Sarıtaş, "Aile Hukukunun Kanunlaştırılması Sürecinde Türkçe Olarak Kaleme Alınmış Ahkâm-ı Nikâh ve Ahkâm-ı Talâk Literatürü", *Mehmed Sürûrî, Nikâh ve Talâk Ahkâmı İnceleme-Metin-Tıpkıbasım*, ed. Tuba Erkoç Baydar (İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2023), 40-44.

¹⁷ *Düstur: Tertîb-i Sâni* (İstanbul: Evkâf Matbaası, 1928), 8/478-482, 853-857.

¹⁸ Ebü'l-Ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa* (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996), 111-112.

Hayri Efendi söz konusu tartışmalarda kendisine çok yüklenildiğini ve bu sebeple istifa ettiğini belirtmiştir.¹⁹

Bu gelişmeler sebebiyle Meşihatın mezkur girişimi kısa süreli olmuştur. Zira İttihat ve Terakki yönetimi, Hayri Efendi'nin çıkardığı irade-i seniyyelerin hemen ardından İhzâr-ı Kavânîn Komisyonlarını kurarak aile hukukunu da kapsayacak şekilde fikhî düzenlemeleri kodifiye etme yetkisini Adliye Nezaretine devretmiştir.²⁰ Bu komisyonların oluşturulmasıyla Fetvahane hukuk yapım sürecinin tamamen dışına itilmiş, komisyonlar çalışmaya başladıktan kısa bir süre sonra Meşihatın yargı alanındaki yetkileri de alınmıştır. Böylece klasik dönemde ulemanın denetiminde şekillenen fıkıh, bu dönemde Adliye Nezaretinin merkezi otoritesi altında yürütülen yeni bir kodifikasyon sürecine dönüşmüştür. Bu değişim, aynı zamanda hukukun nasıl ve neye göre yapılacağına dair temel anlayışın da değiştiğine işaret etmektedir. Bu dönüşümün hangi ilkeler doğrultusunda şekillendiği ise en açık biçimde, Kanun-ı Medeni Tali Komisyonu tarafından belirlenen esaslar üzerinden takip edilebilmektedir.

2. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Hazırlanma Süreci

Gerek HAK'ın hazırlanma sürecinde gerek şer'îye mahkemelerinin Adliye Nezaretine bağlanmasında dönemin Adliye Nâzırı Halil Bey'in (Menteşe) çok önemli bir rolü bulunmaktadır. Zira Halil Bey hatıralarını kaleme aldığı eserinin Enver Paşa'nın Harbiye Nâzırı olduğu dönemi (1914-1918) anlattığı bölümünde, Merkez-i Umumide nâzırların katıldığı bir toplantıda kendisinin şer'î mahkemelerin Adliye Nezaretine raptedilerek yargıda birliğin sağlanmasını ve bu mahkemelerin yetkisindeki aile hukukunun tedvin edilerek Meclisin sorumluluğuna verilmesini teklif ettiğini belirtmiştir. Halil Bey bu teklifin makul bulunduğunu, İttihat Terakki Cemiyetinin kongresinde sunularak cemiyetin programına dahil edilmesine karar verildiğini ve kamuoyunda yargıda birliğin propagandasının yapılması amacıyla yazılar yazılması görevinin Ziya Gökalp'e devredildiğini ifade etmiştir. Bundan dolayı bu fikrin de ona ait olduğu şeklinde yanlış bir algı oluştuğunu, halbuki onun birikiminin böyle bir teklife

¹⁹ Mustafa Hayri Efendi, *Meşrutiyet, Büyük Harp ve Mütareke Günlükleri (1909-1922): Şeyhülislam Ürgüplü Mustafa Hayri Efendi* (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2015), 385.

²⁰ *Ceride-i Adliye* VII/149 (Ağustos 1332), 65.

uygun olmadığını dile getirmiştir. Kongrede hazırlanacak tasarının hazırlanması görevinin de Gökalp ile birlikte kendisine verildiğini, ancak Gökalp'in istemediği işleri yapma hususunda tembellik yaptığını, bundan dolayı tasarımı sadece kendisinin hazırladığını belirtmiştir.²¹ Bu nedenle öncelikle kararnamenin ana aktörü sayılabilecek Halil Bey'in biyografisine kısaca değinmek yararlı olacaktır.

1874 doğumlu Halil Bey ilk, orta ve lise tahsilini İzmir'de tamamladıktan sonra İstanbul'da Mekteb-i Hukuk'a başlamıştır. Hukuk-ı Aile Komisyonunda yer alan Mahmud Esad ile Mansûrîzâde onun İzmir İdadisinden hocalarıdır.²² Mekteb-i Hukuk'ta okuduğu sırada (1894) polisler tarafından takip edildiğini fark edince Paris'e gitmeye karar vermiştir.²³ Anılarında Paris'te Hukuk Mektebi'ne gideceğini belirtmiş, ancak gidip gitmediğine dair bir bilgi vermemiştir. 1898 yılında memleketine dönmüş ve Meşrutiyet ilan edilene kadar orada çiftçilikle meşgul olmuştur.²⁴ Meşrutiyet'in ilan edilmesinin ardından Meclise giren Halil Bey,²⁵ Said Halim Paşa'nın sadrazamlığı döneminde Said Halim Paşa'nın Hariciye Nâzırlığı'ndan istifa etmesi üzerine²⁶ 24 Ekim 1915'te Hariciye Nâzırlığına getirilmiştir.²⁷ Ardından 2 Mayıs 1916 tarihinde Hariciye Nâzırı Halil Bey vekâleten Adliye Nâzırlığı görevini üstlenmiştir.²⁸ Halil Bey vekâleten Adliye Nâzırı olarak göreve başladıktan hemen sonra medeni hukukun tadil edilmesi ve aile hukukunun kanunlaştırılma-

²¹ Halil Menteşe, *Halil Menteşe'nin Anıları: Osmanlı Mebusan Meclisi Reisi* (İstanbul: Hürriyet Vakfı, 1986), 181.

²² Halil Bey İzmir Erkek Lisesi'nin 50. yılı için düzenlenen programda yaptığı konuşmada bu iki hocasını şu şekilde anmıştır: "Biz İzmir İdadisinde serbest ve samimi yaşamıştık. Hocalarımız vazife-perest, hür fikirli insanlardı. Mahmud Esad Efendi merhum, sarıklı, değerli bir zat idi. İzmir Vilayetine de Hukuk Reisi idi. Fransızca da, tercümesi bilhassa çok kuvvetli idi. Hastalığında bile derslere gelirdi...Hocamız Said skolastikten, mistikten tamamıyla münezze, hürriyetperver, geniş görüşlü bir muallimdi." Ayrıntılı bilgi için bkz.: Abidin Çevik, *Abidin Çevik, Halil Menteşe'nin Hayatı Ve Siyasi Faaliyetleri* (Osmangazi Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, 2011), 10.

²³ Menteşe, *Halil Menteşe'nin Anıları*, 110; Çevik, *Halil Menteşe'nin Hayatı*, 10.

²⁴ Menteşe, *Halil Menteşe'nin Anıları*, 116-117.

²⁵ Menteşe, *Halil Menteşe'nin Anıları*, 127.

²⁶ M. Hanefi Bostan, "Said Halim Paşa", *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2008), 35/558.

²⁷ Çevik, *Halil Menteşe'nin Hayatı*, 39.

²⁸ Ercan Karaismailoğlu vd., "Her Türlü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru bir Hatve: Ceride-i Adliye, Makale Fihristi ve Yazar Dizini (1909-1929)", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 30 (Güz 2020), 141.

sı için Mayıs ayında Adliye Nezaretine bağlı İhâr-ı Kavânîn Komisyonunu kurmuştur.²⁹

Komisyonların kurulmasından kısa bir süre sonra Haziran/Temmuz 1916'da, Almanya'dan Adliye Nezareti müşavirliğine getirilen Dr. Karl Rudolf Heinze'nin³⁰ adliye teşkilatının ıslahını konu edinen yazıları *Ceride-i Adliye*'de yayımlanmıştır.³¹ "Harp ve Osmanlı Adliyesi" başlıklı yazısında Heinze, Osmanlı Devleti'nin harpten muzaffer olarak çıkmasının ardından ıslahatlara girişileceğini ve bu kapsamda *şerâitini câmî bir Hukuk-ı Aile Kanunu*'nun yapılacağını dile getirmiştir.³² Ayrıca kanunlar hazırlanırken yabancı devletlerin kanunlarından istifade edilebileceğini açıkça ifade etmiştir.³³ Bu yazının yayımlandığı sıralarda kanunları hazırlayan komisyonların çalışmalarına devam ettiği dikkate alındığında, Heinze'nin yabancı kanunlardan istifade edileceğini belirtmiş olması dikkat çekicidir.

Bu yazının ardından Heinze'nin, Alman Medeni Kanunu'nun tedvin sürecini kaleme aldığı yazısı yayımlanmıştır.³⁴ Bu yazıda Heinze, söz konusu kanunu dönemin muasır Avrupa kanunları arasında en gelişmiş ve en mükemmel kod olarak takdim etmiş;³⁵ Almanya'da yargı birliğinin sağlanmasında ve iktisadî kalkınmada bu kanunun etkili olduğunu vurgulamıştır.³⁶ Alman Medeni Kanu-

²⁹ Ağustos 1332, 65.

³⁰ Rıdvan Abdurrahman Demirtaş, "Darülfünun'dan Bir Ceza Hukukçusu Portresi: Cevdet Ferit Basman", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 34 (2022), 9.

³¹ Rudolf Heinze, "Harp ve Osmanlı Adliyesi", *Ceride-i Adliye* VII/150 (Eylül 1332), 110-112; Rudolf Heinze, "Alman Hukuk-ı Medeniyesinin Suret-i Tedvini", *Ceride-i Adliye* VII/153 (Kanunuevvel 1332), 300-306; Rudolf Heinze, "Makam-ı Nezârete Takdim Edilen Islahat Programı Layihası", *Ceride-i Adliye* VII/157 (Nisan 1333), 529-561.

³² Heinze, "Harp ve Osmanlı Adliyesi", 110.

³³ Heinze, "Harp ve Osmanlı Adliyesi", 111.

³⁴ Heinze, "Alman Hukuk-ı Medeniyesinin Suret-i Tedvini", 300-306. Transkripsiyonu için bkz.: Rudolf Heinze, "Alman Hukuk-ı Medeniyesinin Suret-i Tedvini", çev. Serhan Yıldırım, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 19-20 (Bahar-Güz 2015), 85-92.

³⁵ Heinze, "Alman Hukuk-ı Medeniyesinin Suret-i Tedvini", çev. Serhan Yıldırım, 88.

³⁶ "Geçen asrın son zamanlarında başlayıp yakın senelerde fevkalâde ehemmiyet ve vüs'at peyda eden Alman hayât-ı iktisâdiyesi satvet ve şevket-i hâzırâsının şüphesizdir ki büyük bir kısmını kanun-ı mezkûre medyûndur. Vahdet-i hukukiye temin edildikten sonra memleketin her tarafında bir inkişaf, daha doğrusu bir inkılâb-ı iktisadî vücuda gelmiş ve on beş sene zarfında servet-i memleket hadsiz hesapsız artmıştır." Bkz.: Heinze, "Alman Hukuk-ı Medeniyesinin Suret-i Tedvini", çev. Serhan Yıldırım, 92.

nu'nun tedvini hakkındaki bu yazı 1916 Aralık ayında yayımlanmıştır. Aynı yılın Mayıs ayında İhzâr-ı Kavânîn Komisyonları çalışmalarına başlamış ve aynı sene içerisinde Alman Medeni Kanunu'nun tercümesi yayımlanmıştır.³⁷ Bu yazının, tercüme ve komisyon faaliyetleriyle eş zamanlı oluşu, Heinze'nin görüşlerinin yalnızca entelektüel bir katkı değil, aynı zamanda bilinçli bir yönlendirme çabasıyla kaleme alındığını göstermektedir. Nitekim bu yazının kaleme alındığı dönemde Osmanlı'nın iktisadi durumunun savaş sebebiyle oldukça kötü durumda olduğu ve Osmanlı mahkeme sisteminde yargıda birliğin bulunmadığı dikkate alındığında, Heinze'in iktisadi gelişme ve yargıda birliğe dikkat çekmesi, onun Alman Medeni Kanununu Osmanlı için çözüm önerisi olarak sunduğunu düşündürmektedir.

Heinze benzer şekilde "Fıkr-i Mahsûs Layihaları" başlıklı Adliye Nezaretine sunduğu raporunda Alman Medeni Kanunu detaylı olarak tanıtmış, özellikle Fransız Medeni Kanunu'na kıyasla üstün yönlerine işaret etmiştir.³⁸ Heinze'nin tüm bu yazıları birlikte değerlendirildiğinde, onun söz konusu kanunun Osmanlı hukuk reformunda kaynak alınmasını veya iktibas edilmesini teşvik etmeye çalıştığı açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim daha önceki bir yazısında yeni kanunların hazırlanmasında yabancı hukuk sistemlerinden yararlanılabileceğini belirtmiş olması da bu yönlendirme niyetini teyit etmektedir.³⁹

Bu çerçevede, 1916 yılı itibarıyla Osmanlı'da mevcut olan ve İhzâr-ı Kavânîn Komisyonlarının teorik olarak müracaat edebilecekleri üç medeni kanun tercümesine kısaca değinmek faydalı olacaktır. İlki, 1804 yılında yürürlüğe giren ve *Code Civil* adıyla bilinen Fransa Medeni Kanunu'dur. Bu kanun, Nezaret Hilmi tarafından tercüme edilerek 1885-86 (1303) yılında *Kod Sivil Yani Fransa Kanun-ı Medenisi yahut Hukuk-ı Adıye Kanunnamesi* adıyla yayımlanmıştır.⁴⁰

Diğer iki kanun ise Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarıdır. Her ne kadar Alman Medeni Kanunu İsviçre Medeni Kanunu'ndan önce

³⁷ *Alman Kanun-ı Medenisi Tercümesi*, çev. Mişon Ventura (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1334).

³⁸ *Ceride-i Adliye* VII/160-161-162 (Eylül 1333), 851-862.

³⁹ Heinze, "Harp ve Osmanlı Adliyesi", 111.

⁴⁰ *Kod Sivil Yani Fransa Kanun-ı Medenisi Yahut Hukûk-ı Âdiye Kanunnamesi*, çev. Nezaret Hilmi (İstanbul: Dikran Karabetyan Matbaası, 1303).

yürürlüğe girmiş olsa da Osmanlı muhitindeki tercümelerde bu sıra takip edilmemiştir. Önce, 1907 yılında kabul edilip 1912'de yürürlüğe konulan İsviçre Medeni Kanunu tercüme edilmiştir. Bu tercüme Nezaret Haçeryan tarafından 1913 yılında yapılmış ve *İsviçre Kanunname-i Medenisi* başlığıyla *Ceride-i Adliye*'nin 104 (Nisan 1914)-126 (Şubat 1915) sayılarında yayımlanmıştır.⁴¹

1900 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'nun tercümesi 1334 (1915/1916) yılında Mişon Ventura⁴² tarafından yapılmış ve *Alman Kanun-ı Medenisi* adıyla Matbaa-i Âmire'de yayımlanmıştır.⁴³

2. 1. İhzâr-ı Kavânîn Komisyonları

Osmanlı Devleti'nde aile hukukunun kanunlaştırılmasına yönelik ilk somut adım, 1916 yılında Adliye Nezaretine bağlı olarak kurulan İhzâr-ı Kavânîn Komisyonu ile atılmıştır.⁴⁴ Kanunların hazırlanması amacıyla oluşturulan bu komisyon 1916 Mayıs'ında çalışmalarına başlamıştır. Komisyonun ilk toplantısına katılan dönemin Adliye Nâzırı Halil Bey, toplantıda aile hukuku düzenlemelerinde her milletin kendi örf ve esaslarına sadık kaldığını belirtmiş ve Osmanlı Devleti'nin de "ahkâm-ı esâsiyeye" bağlı kalarak bu süreci yürüteceğini ifade etmiştir. Konuşmasının devamında komisyondan beklentisini "*Terakkiyât-ı hâzıra* ve *ihtiyâcât-ı âhiremize* muvafık surette Kanun-ı Medenimizin ıslahına muvaffakiyetlerini temenni eylerim" şeklinde ifade etmiştir.⁴⁵ Bu ifadeler, fikhî meşruiyeti gö-

⁴¹ "İsviçre Kanunname-i Medenisi", çev. Nezaret Haçeryan, *Ceride-i Adliye* IV/104 (Mart 1330), 5671.

⁴² Kitapta tercüme için kimin yaptığına dair herhangi bir bilgi yer almamaktadır. Bununla birlikte Ali Adem Yörük ile Rıdvan Demirtaş'ın Darülfünun Hukuk Fakültesi hocalarının doldurdukları fotoğraflı hal tercümesi fişleri üzerine yaptıkları çalışma, mütercim bilgisi belirtilmeksizin yayımlanan bu tercümenin Mişon Ventura'ya ait olduğunu ortaya koymuştur. Bkz.: Ali Adem Yörük - Rıdvan Abdurrahman Demirtaş, "İstanbul Darülfünunu Hukuk Fakültesi Hocalarının Üniversite Reformunun Arefesinde Doldurdukları Hal Tercümesi Fişleri", *Cumhuriyetin Yüzüncü Yılına Armağan*, ed. Fethi Gedikli (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024), 652, 661.

⁴³ *Alman Kanun-ı Medenisi Tercümesi*, çev. Mişon Ventura (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1334).

⁴⁴ *Ceride-i Adliye* 149, 65.

⁴⁵ "Kanun-ı Medenimizin hukuk-ı aileye taalluk eden layihalarını ihzâr etmek üzere ayrı bir komisyon teşkil edilmiştir.... Hukuk-ı aileye taalluk eden ahkâmda her millet kendi esâsâtına ve ananesine sadık kalmıştır. Biz de tabi bu hususta ahkâm-ı esâsiyemize merbut kalacağız... Terakkiyât-ı hâzıra ve ihtiyâcât-ı âhiremize muvafık surette kanun-ı medenimizin ıslahına muvaffakiyetlerini temenni eylerim." Bkz.: *Ceride-i Adliye* 149, 65.

zetmenin yanında dönemin toplumsal ihtiyaçlarına yanıt arayışını ve çağın gereklerine uyum çabasını da yansıtmaktadır.

Halil Bey, Mayıs ayında gerçekleştirilen ikinci toplantıda medeni hukuk, aile hukuku ve ticaret hukuku için ayrı komisyonlar kurulduğunu ve bu komisyonların ortak meselelerde birlikte çalışacağını dile getirmiştir. Bu çerçevede İhzâr-ı Kavânîn Komisyonlarının alt komisyonu olarak Kanun-ı Medeni Komisyonu, Hukuk-ı Aile Komisyonu ve Kanunname-i Ticaret Komisyonu kurulmuştur.⁴⁶

Bu noktada dikkat çeken önemli bir husus, aile hukukunun Kanun-ı Medeni Komisyonundan ayrılarak ayrı bir alt komisyon bünyesinde ele alınmış olmasıdır. Bu tercih, aile hukukunda düzenleme ihtiyacının medeni hukukun diğer dallarına nazaran daha öncelikli ve acil görülmesinden kaynaklanmış olmalıdır. Zira o dönemde Osmanlı'da medeni kanun işlevi gören Mecelle aile hukukunu kapsamıyordu. Bu nedenle Kanun-ı Medeni Komisyonu Mecelle üzerinde tadil yapmakla, Hukuk-ı Aile Komisyonu ise doğrudan yeni bir kanun hazırlamakla görevlendirilmiştir.

1518 | db

2.2. Hukuk-ı Aile Komisyonu

Aile hukukunu hazırlamakla görevlendirilen Hukuk-ı Aile Komisyonu, medrese geleneği ile Mekteb-i Hukuk formasyonunu temsil eden beş üyeden oluşmaktadır.⁴⁷ Bu çeşitlilik klasik fıkıh ile Avrupa hukukunu uzlaştırma çabasının yalnızca metin düzeyinde değil, bizzat kanun yapım sürecinde de gözetildiğini gösterir. Bu bağlamda, komisyon üyelerinin eğitim ve meslek geçmişlerine kısaca bakmak faydalı olacaktır.

Isparta mebusu olan komisyon başkanı Mahmud Esad Efendi, klasik dinî ilimler tahsilinin ardından Mekteb-i Hukuk'tan mezun olmuştur. 1896'da Mekteb-i Hukuk'un müfredatına dahil edilen *Kitâbu'n-nikâh* dersinin ilk müderrisi olmuş, bu dersin notlarını daha sonra *Kitâbu'n-Nikâh ve't-Talâk* adıyla yayımlamıştır.⁴⁸ Çok eşlilik konusunda kaleme aldığı yazılarda bu uygulamayı savunan bir yaklaşım benimsemiştir. Ancak söz konusu metinler II. Meşruteli-

⁴⁶ "İhzâr-ı Kavânîn Komisyonları", *Ceride-i Adliye* 149, 65, 66; Ahmed Selahaddin, "Şuûn-ı Hukukiye", *Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1/2 (Mayıs 1332), 221-222.

⁴⁷ *Ceride-i Adliye* 149, 66.

⁴⁸ Mahmud Esad Seydişehirli, *Kitâbu'n-Nikâh ve't-Talâk* (Dersaadet: Matbaa-i Hayriye, 1326).

yet öncesine ait olduğundan,⁴⁹ kararnamenin hazırlık safhasına doğrudan müdahil metinler değildir.

Komisyunun diğer milletvekili üyesi olan Mansûrîzâde Said Efendi, klasik medrese eğitiminin yanı sıra şahsi gayretiyle Fransızca öğrenmiş ve Darülfünun Hukuk Fakültesi'nde Fıkıh Tarihi dersleri vermiştir. Çok eşlilik konusunda Mahmud Esad Efendi'den ayrılan Mansûrîzâde bu uygulamanın sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁰ Bu yöndeki yazılarını kararnamenin hazırlandığı dönemde kaleme alan Mansûrîzâde bu yönüyle sürece doğrudan fikrî müdahalede bulunmuştur. Daha önce belirtildiği üzere hem Mahmud Esad Efendi hem de Mansûrîzâde, dönemin Adliye Nâzırı Halil Bey'in İzmir İdadisinden hocalarıdır.

Komisyunun ilmiye kökenli iki üyesinden ilki, Fetvahane İ'lâmât Mümeyyizi Muavini olarak görev yaparken komisyona dahil edilen Hafız Şevket Efendi'dir. Darülfünunun Ulûm-ı Âliye bölümünden birincilikle mezun olmuş, ardından Mekteb-i Hukuk'ta okutulan derslerin imtihanlarını başarıyla vererek oranın sertifikasını almıştır. Komisyona katılmadan önce çeşitli kurumlarda nikah, vasiyet ve ferâiz dersleri vermiş; ayrıca nikah üzerine bir eser kaleme almıştır. Özgeçmişinde kararnameye dair mukayeseli bir şerh hazırladığını, ancak kararname yürürlükten kaldırıldığı için bunu yayımlayamadığını kaydetmiştir.⁵¹

İlmiye kökenli diğer üye ise Mahkeme-i Evkâf kadısı olarak görev yaparken komisyona dahil olan Mustafa Fevzi Efendi'dir.⁵² Bazı çalışmalarda bu isim Saruhan mebusu ve son Şer'îye ve Evkâf Vekili Mustafa Fevzi Efendi (Sarhan) ile karıştırılmaktadır. Ancak Ceride-i Adliye'de yer alan komisyon listelerinde o dönemde vekil olanların isimlerinin yanına vekil oldukları belirtilmiş olmasına rağmen Mah-

⁴⁹ Söz konusu yazılar (13 Eylül 1314/25 Eylül 1898) Malumat gazetesinde yayımlanmış ve ardından da kitap olarak basılmıştır. Bu yazılara Fatma Aliye Hanım karşılık vermiş ve sonrasında da Mahmud Esad ona cevap vermiştir. Konuyla ilgili yapılmış bir çalışma için bkz.: Rıza Savaş, "Modernleşme Sürecinde İki Osmanlı Aydını: Fatma Aliyye-Mahmud Esad Tartışması", *Kutlu Doğum 2004: Din-Kültür ve Çağdaşlık* (Ankara: TDV Yayınları, 2007), 247-256.

⁵⁰ Abdullah Kahraman, "Mansûrîzâde Said'in Klasik Fıkıhçılara Yönelttiği Bazı Eleştiriler", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 5/1 (Haziran 2001), 223-262.

⁵¹ Muhammed Selman Çalışkan, "Darülfünun İlahiyat Fakültesi Tefsir ve Tefsir Tarihi Müderrislerinden Manisalızâde Hafız Mustafa Şevket Efendi'nin Hayatı ve Eserleri", *Darülfünun İlahiyat Sempozyumu 18-19 Kasım 2009 Tebliğleri* (İstanbul: Bayrampaşa Belediyesi, 2010), 289, 299, 300.

⁵² "İhzâr-ı Kavânin Komisyonları", *Ceride-i Adliye* 149, 66.

keme-i Evkâf kadısı Mustafa Fevzi Efendi'nin isminin yanında herhangi bir kayıt mevcut değildir. Ayrıca dergide Kanun-ı Medeni Komisyonunu üyeleri arasında Saruhan Milletvekili Mustafa Fevzi Efendi de yer almaktadır.⁵³ Buna göre Hukuk-ı Aile Komisyonundaki kişi mebus olan Mustafa Fevzi (Sarhan) değildir. Mahkeme-i Evkâf kadılığı kaydı dışında bu isme ilişkin başka bir biyografik bilgiye rastlanmamıştır.

Komisyonun en dikkat çekici üyelerinden biri ise hiç şüphesiz Şûra-yı Devlet azasıyken komisyonda görevlendirilen Türk asıllı Tunuslu hukukçu Ali Bâş Hanbe'dir.⁵⁴ Ali Bâş Hanbe Paris Hukuk Fakültesi'nde hukuk eğitimi almış; bazı kaynaklara göre burada hukuk doktorasını da tamamlamıştır. Eğitimi müteakip Tunus'a dönmüş, 1906'dan itibaren Fransız sömürge idaresine karşı başlattığı siyasi faaliyetleri nedeniyle 1912'de sınır dışı edilmiş, ardından Paris'e, oradan İstanbul'a geçmiştir.⁵⁵ 1914'te Şûra-yı Devlet azalığına tayin edilen Ali Bâş Hanbe, burada HAK komisyon başkanı Mahmud Esad Efendi ile Kanun-ı Medeni komisyonu üyelerinden Sadettin Bey ve Seyyid Haşim Bey ile birlikte çalışmıştır.⁵⁶ Komisyon üyeleri arasında yurt dışında hukuk eğitimi almış yegâne isim olan Ali Baş Hanbe'nin, bu özelliği sebebiyle komisyonda görevlendirildiği anlaşılmaktadır.

Farklı hukuk anlayışlarını ve kurumsal gelenekleri temsil eden bu üyelerin aynı komisyonda bir araya getirilmiş olması, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin yalnızca teknik bir kodifikasyon değil, çok katmanlı bir hukuk yapım süreci olduğunu göstermektedir. Bu sürecin nasıl yürütüldüğü ise komisyonun çalışma usulü üzerinden takip edilebilmektedir.

2.3. Komisyonun Çalışma Usulü

Hukuk-ı Aile Komisyonunun da içinde yer aldığı İhzâr-ı Kavânî'nin Komisyonlarının çalışma yöntemini belirleyen iki düzenleme mevcuttur. İlki, komisyonların iç işleyişini ve kanun yapma süreçlerini düzenleyen 17 Ağustos 1916 tarihli *Kavânî'nin Layihalarını*

⁵³ "İhzâr-ı Kavânî'nin Komisyonları", 65.

⁵⁴ "Mehmet Şeker, "Ali Bâş Hanbe", *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/382.

⁵⁵ Sezai Balcı, "Teşkilat-ı Mahsusa Başkanı Tunuslu Ali Baş Hanbe - I", *Toplumsal Tarih* 209 (Mayıs 2011), 2-7.

⁵⁶ Menteşe, *Halil Menteşe'nin Anıları*, 162.

İhzâra Memur Komisyonların Usûl-i Mesâisine Dair Talimatname'dir.⁵⁷ İkincisi ise bu talimatnamenin ardından kanun yapımında izlenecek esasları belirlemek üzere oluşturulan Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun ortaya koyduğu prensiplerdir.⁵⁸ Bu iki düzenleme birlikte ele alındığında, kararnamenin hazırlanma sürecinde uygulanan yöntemler ile komisyonun hangi kurallara göre çalıştığına dair daha somut ve izlenebilir bir çerçeve ortaya çıkmaktadır.

2.3.1. 17 Ağustos 1916 Tarihli Kavânîn Layihalarını İhzâra Memur Komisyonların Usûl-i Mesâisine Dair Talimatname

İhzâr-ı Kavânîn Komisyonlarının işleyişini düzenlemek amacıyla hazırlanmış olan 12 maddelik bir talimatname yürürlüğe konmuştur. Bu talimatnamenin tam adı şöyledir: “Kavânîn layihalarını ihzâra memur komisyonların usûl-i mesâisine, makâm-ı nezâretle münasebetine ve ruesâ ve azasına itâ edilecek mebâliğe dair talimatnamedir.”⁵⁹

Talimatname, komisyonların hem kendi iç işleyişini hem de Adliye Nezareti ile olan kurumsal ilişkisini düzenlemektedir. Birinci madde dışındaki diğer maddeler, daha çok layihaların hazırlanış süreciyle ilgili teknik esaslara ilişkindir.⁶⁰ Buna karşılık, birinci madde doğrudan layihalar hazırlanırken hangi esasların dikkate alınacağına yöneliktir. Bu maddeye göre komisyonlar layihaları hazırlarken *muamelât-ı nâsa erfak, ihtiyâcât-ı zamana evfak* ve

⁵⁷ *Ceride-i Adliye* 149, 67-68.

⁵⁸ “İhzâr-ı Kavânîn Komisyonları: Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası”, *Ceride-i Adliye* 160-161-162 (Eylül 1333), 863-946; *Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası* (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1333).

⁵⁹ *Ceride-i Adliye* 149, 67-68.

⁶⁰ İsminden de anlaşılacağı üzere talimatnamede bu komisyonların çalışma usulleri düzenlenmiştir. Buna göre 1. maddede komisyonların layihaları hazırlarken neye dikkat edecekleri, 2. maddede esbâb-ı mûcibe takrirlerinin nasıl hazırlanacağı, 3. maddede layihaların müzakeresi esnasında ihtilaf çıkması halinde nasıl hareket edileceği, 4. maddede birden fazla komisyonu ilgilendiren düzenlemelerde komisyonların işbirliği içinde olacakları, 5. maddede layihalar hazırlandıktan sonra tekrar tetkik ve müzakere edilerek esbâb-ı mûcibe takrirleriyle birlikte Adliye Nezaretine teslim edileceği, 6. maddede gerekli görüldüğü takdirde bir kanuna giriş layihası (medhal-i kanun layihası) eklenebileceği, 7. maddede her toplantı için zabıtname tutulacağı ve bir nüshasının da Adliye Nezaretine verileceği, 8. maddede komisyonların her üç ayda bir Adliye Nezaretine çalışma raporu sunacakları, 9. maddede komisyonların ihtiyaç duydukları eserlerin nasıl temin edileceği, 10. maddede toplantı kayıtlarını kimin tutacağı, 11. maddede müsteşarın her toplantıya katılmasının zorunlu olduğu, 12. maddede komisyon üyelerine bu hizmet karşılığında verilecek maaşlar düzenlenmiştir. Bkz.: *Ceride-i Adliye* 149, 67-68.

memleketin iktisadi açıdan ilerlemesine yardımcı olacak hükümleri esas alacaklardır. Bu amaçla, yalnızca mevcut fikhî ve hukuki hükümlerle sınırlı kalmaksızın, diğer milletlerce kabul edilen ve uygulanmakta olan esaslardan da yararlanılabileceği ifade edilmiştir.⁶¹ Bu maddede fikhî ahkâm Hanefi mezhebi ile sınırlandırılmadığı gibi farklı hukuk sistemlerinden yararlanılabileceği de açıkça ifade edilmiştir.⁶² Ancak bu istifadenin sınırları ve uygulanma biçimine ilişkin talimatnamede ayrıntılı bir düzenleme yer almamaktadır. Bu belirsizlik, kısa bir süre sonra kurulan Kanun-ı Medeni Tali Komisyonu tarafından hazırlanan layihayla giderilmiştir.

Talimatnamenin yedinci ve sekizinci maddeleri, komisyonların her toplantı için zabıt tutmalarını ve üç ayda bir Adliye Nezaretine çalışma raporu sunmalarını öngörmektedir.⁶³ Nitekim bu doğrultuda bazı komisyonlara ait raporlar Ceride-i Adliye’de yayımlanmıştır.⁶⁴ Ancak Hukuk-ı Aile Komisyonuna dair herhangi bir zabıt veya çalışma raporu yayımlanmamıştır. Bu durum, Hukuk-ı Aile Komisyonunun tartışmalarına, karar alma süreçlerine veya görüş ayrılıklarına dair doğrudan bilgi edinilmesini ne yazık ki imkânsız kılmaktadır.

1522 | db

Bu nedenle komisyonun hangi meselelerde nasıl bir yaklaşım benimsediği ancak kararnamenin nihai metni ile Tali Komisyonun belirlediği esaslar üzerinden dolaylı olarak takip edilebilmektedir. Bu noktada, Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun ortaya koyduğu ilkeler, HAK’ın hazırlanışında izlenen yöntemi anlamak bakımından temel bir referans işlevi görmektedir.

2.3.2. Kanun-ı Medeni Tali Komisyonu

Komisyonların Mayıs 1916’da kurulmasının ardından çalışmalara başlayan Kanun-ı Medeni Komisyonunun 12 Ağustos 1916 tarihli toplantısında⁶⁵ komisyon üyesi Seyyid Haşim Bey,⁶⁶ kanun tasarılarının hangi esaslara dayanılarak hazırlanması gerektiği soru-

⁶¹ *Ceride-i Adliye* 149, 67.

⁶² “Gerek ahkâm-ı fihhiyeden ve gerek mile-i sâirece kabul ve tatbik edilmiş esâsâtan istifade edilecektir.” Bkz.: *Ceride-i Adliye* 149, 67.

⁶³ *Ceride-i Adliye* 149, 68.

⁶⁴ *Ceride-i Adliye* VII/154-155 (Şubat 1332), 385-392.

⁶⁵ *Ceride-i Adliye* VII/150 (Eylül 1332), 128.

⁶⁶ Mahmut Esat Kalıpçı, “Nağmesi Yarıda Susan Erganun’: Son Dönem Osmanlı Hukukçularından Seyyid Haşim Bey”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 10 (Güz 2010), 93.

sunu gündeme getirmiştir. Bu soru üzerine yapılan müzakerelerde, öncelikle genel ilkelerin belirlenmesi, ardından tasarıların bu esaslara göre hazırlanması gerektiği görüşü benimsenmiştir. Bu doğrultuda Seyyid Bey'in başkanlığında Ebül'Ulâ Mardin, Seyyid Haşim Bey, Abdurrahman Münib Bey ve Muammer Raşid Bey'den oluşan Kanun-ı Medeni Tali Komisyonu kurulmuştur ve bu komisyon ağustos ayı içerisinde çalışmalarına başlamıştır.⁶⁷

Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun hazırladığı layiha hem müstakil bir metin olarak basılmış⁶⁸ hem de *Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası* adıyla Ceride-i Adliye'de⁶⁹ yayımlanmıştır. Seksen sayfadan oluşan bu kapsamlı layiha üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde kanunların hazırlık sürecine yön verecek üç temel ilke belirlenmiş,⁷⁰ ikinci bölümde Medeni Kanun Komisyonu tarafından öncelikle ele alınması gereken 24 hukuki mesele tespit edilmiş,⁷¹ üçüncü bölümde ise hazırlanması öngörülen medeni kanunun kitap ve bâblarına ilişkin bir fihrist sunulmuştur.⁷² Aşağıda bu üç esas ve bunların kararnameye yansımaları ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

2.3.2.1. Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Belirlediği Esaslar

Layihanın giriş bölümünde, Osmanlı yargı pratiğinde başlangıçtan itibaren Hanefî mezhebinin esas alındığı ve Mecelle'nin de bu doğrultuda hazırlandığı belirtilmiştir. Ancak, yalnızca Mecelle'nin tedvin sürecinde benimsenen yöntemle yetinilmesi hâlinde mevcut hükümlerin aynen korunacağı ve böylece istenen değişikliklerin gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede, farklı fikhî mezheplerde dönemin ihtiyaçlarına daha uygun birçok hükmün bulunduğu özellikle vurgulanmış; bu nedenle tadillerin yalnızca Hanefî veya Şâfiî gibi belirli mezheplerle sınırlandırılmayacağı açıkça ifade edilmiştir.⁷³ Bu değerlendirmelerin ardından, komisyonun

⁶⁷ *Ceride-i Adliye* 150, 128.

⁶⁸ *Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası*, 1333.

⁶⁹ "İhzâr-ı Kavânin Komisyonları: Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası", *Ceride-i Adliye* 160-161-162 (Eylül 1333), 863-946.

⁷⁰ "Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası", 863-864.

⁷¹ "Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası", 865-936.

⁷² "Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası", 937-942.

⁷³ "Beyana hacet yoktur ki, Devlet-i 'Âliye'nin bidâyet-i te'sisinden beri Mehâkim-i Osmâniyece fikh-ı Hanefî düstûru'l-amel ittihaz edileğeldiğinden (1284) târihinde teşkil olunan Mecelle Cemiyeti tarafından zikrolunan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye mez-

benimsediği üç temel esasa yer verilmiştir. İlk esas şu şekilde formüle edilmiştir:

Nusûs-ı kâtîa-ı şer'îye ile sabit ahkâm-ı şer'iyeye muhalif olmamak şartıyla beyne'l-fukahâ muhtelefün fihi olan mesâil-i ictihâdiyede akvâl-i fukahâ bi'l-istikra' tetkik olunarak hangi müçtehidin kavli ihtiyâcât-ı hâzıraya tevafuk ediyorsa onun re'yi bi't-tercih Mecelle'nin o babdaki mevâdd-ı mahsûsası ona göre tadil olunacaktır.⁷⁴

Bu esasa göre kat'î delillerle sabit olan şer'î hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, fukahâ arasında ihtilaf bulunan meselelerde, *hangi müçtehidin görüşü zamanın ihtiyaçlarını karşılıyorsa, Mecelle'nin ilgili maddesi o doğrultuda tadil edilecektir.* Layihada bu yaklaşımı desteklemek üzere kat'î-zannî ahkâm ayırımına yer verilmiş ve asıl ahkâm-ı şer'înin, kati naslarla sabit olan hükümlerden ibaret olduğu, fıkıh imamları arasında ihtilafı olan meselelerin ise zannî ahkâm olduğu belirtilmiş ve fıkıh mezheplerin tamamının şeriata nispetinin eşit olduğu vurgulanmıştır. İhtilafı meselelerde halife hangi müçtehidin görüşüyle amel edilmesini emretmişse onunla amel etmek vacip olduğu için bu esasın encümen tarafından tereddütsüz bir şekilde kabul edildiği ifade edilmiştir.⁷⁵

1524 | db

Layihada “hangi mezhep” yerine “hangi müçtehit” ifadesinin tercih edilmiş olması, tetkik edilecek görüşlerin kapsamının dört mezhebin görüşlerini de açacak şekilde geniş tutulduğunu göstermektedir. Nitekim HAK'ta küçüklerin velileri tarafından evlendirilmesini yasaklayan düzenleme, Ebu Bekir el-Esam ile İbn Şübrüme gibi müçtehitlerin görüşlerine dayanarak yapılmıştır.

İkinci esas ise şu şekilde formüle edilmiştir:

İhtiyâcât-ı cedîdenin vaz'ına lüzum gösterdiği ahkâmda, ahkâm-ı mevzûa ve fikhîyemiz ile insicam ve tenazuru

heb-i Hanefî üzere tertip ve tanzim olunmuştur. Bu kere icrasına lüzum görülen tadilatta cemiyet-i mezkûrenin eserine iktifa edilecek olsa maksat husûle gelmeyeceği cihetle kanun-ı mezkûru hali üzere terk etmek lazım gelecek, halbuki şair mezâhib-i fikhîyede zamanın ihtiyâcâtına muvafık pek çok ahkâm bulunduğu icra edilecek tadilatta Hanefî veya Şâfiî gibi muayyen bir mezheple mukayyet olmamak esası bi't-tezekkür bu cihet şu suretle tespit olunmuştur.” Bkz.: “Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası”, 865-936.

⁷⁴ “Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası”, 863.

⁷⁵ “Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası”, 863.

muhafaza şartıyla bi'l-umûm müessesât-ı hukûkiyeden istifade edilecektir.⁷⁶

Bu ikinci esasa göre, yeni ihtiyaçların ortaya çıkardığı hukuki düzenlemelerde öncelikle fıkhi ahkâma müracaat edilecektir. Ancak ihtiyaç duyulan hüküm fıkıh literatüründe bulunamadığı takdirde, mevcut şer'î hükümlerle uyumun ve bütünlüğün korunması şartıyla diğer hukuk sistemlerine ait müesseselerden yararlanılabilecektir. Her ne kadar burada müessese ile neyin kast edildiği açıkça belirtilmemişse de bu esasın gerekçesinde “diğer tesisât-ı hukûkiyeden iktibas-ı ahkâm edilmek esası kabul edilmiştir”⁷⁷ ifadesine yer verilerek, esasen hüküm iktibasının kastedildiği vurgulanmıştır.

Bu esasa dayanarak fıkıhta doğrudan karşılığı bulunmayan bazı düzenlemelerin HAK'a dahil edildiği görülmektedir. Örneğin mürâhik ve mürâhikaların evlenebilmesi için hâkimden izin alınması ve evlilik öncesi ilan şartı gibi hükümler klasik fıkıh literatüründe doğrudan yer almazken, bu ilke doğrultusunda HAK'a eklenmiştir.

Söz konusu esasın kabul edilmesi birinci esasa kıyasla daha güç olduğundan, layihada bu ilkenin fikhî açıdan gerekçelendirilmesine özel bir önem atfedilmiştir. Öncelikle, bu prensibin kabul edilmesi hâlinde, hakkında açık şer'î bir yasak bulunmayan birçok cari muamelenin sırf fıkıhın cüz'î bir hükmüne uymadığı gerekçesiyle batıl veya fasit sayılacağı ifade edilmiştir. Oysa muamelât alanında mümkün olduğunca fesadı sahihe çevirmeye yönelik yaklaşımın şârî'in maksadına daha uygun düştüğü dile getirilmiş; bu doğrultuda kolaylaştırmayı teşvik eden ayet ve hadislerle yer verilmiştir.⁷⁸

Ayrıca bu ilke usûl-i fıkıh aracılığıyla da temellendirilmiştir. Hanefîlerin istihsân, Mâlikîlerin ıstıslâh, Şâfiîlerin ise istishâb adını verdikleri içtihat yöntemleriyle bu yöntemlerin dayandığı “Meşakkat teysiri celbeder”; “Hacet umumi olsun hususi olsun zaruret menzilesine tenzil olunur”; “Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar”; “Eşyada aslolan ibâhadır” gibi külli kaidelerin bu ilkeyi şer'an mümkün kıldığı belirtilmiştir.⁷⁹

Son olarak, kanunların muamelât-ı nâsa erfak ve ihtiyâcât-ı zamana evfak fikhî ve hukuki hükümler doğrultusunda hazırlanma-

⁷⁶ “Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası”, 864.

⁷⁷ “Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası”, 864.

⁷⁸ “Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası”, 864.

⁷⁹ “Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası”, 864.

sını öngören Kanun-i Esasi'nin 118. maddesinin de bu ilkeyi emrettiği ifade edilmiştir.⁸⁰

Tüm bu gerekçelerin ardından bu iki esas birleştirilerek kanun yapılırken takip edilecek metot şu şekilde formüle edilmiştir:

İşte bu esasa binaen husûsât-ı mezkûrede evvela ahkâm-ı fıkhiyeye müracaat etmek, bulunamadığı takdirde bi-kadri'l-imkan ahkâm-ı mevzûa ve fıkhiye ile insicam ve tenasübü muhafaza eylemek şartıyla diğer tesîsât-ı hukûkiyeden *iktibas-ı ahkâm* edilmek esası kabul edilmiştir.⁸¹

Buna göre, kanun yapım sürecinde ilk olarak mezhep sınırlaması olmaksızın fikhî içtihatlarla müracaat edilecek, bunlar arasında uygun bir çözüm bulunamaması halinde fıkıh ve mevcut düzenlemelerle çatışmamak kaydıyla diğer hukuk sistemlerinden hüküm iktibas edilebilecektir.

Komisyona belirlediği bu iki esasın tamamlayıcısı niteliğinde, hâkimin takdir yetkisini sınırlayan üçüncü bir ilkeye daha layihada yer verilmiştir:

Mevâdd-ı kanuniyenin tertip ve tanziminde her cihet mümkün olduğu kadar tasrih edilerek hîn-ı tanzimde hükkâma fazla salahiyet-i takdiriye bahşedilmeyecektir.⁸²

Bu ilkeye göre, kanun metinleri mümkün olduğunca açık ve ayrıntılı şekilde kaleme alınmalı; böylece hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmamalıdır.⁸³ İlk iki esasın bu ilkenin belirlenmesinde etkili olduğu anlaşılmaktadır. Zira farklı mezheplerden alınan hükümlerle ve çeşitli hukuk sistemlerinden iktibas edilen hükümlerle oluşturulan bir kanunun doğru ve tutarlı biçimde uygulanabilmesi, metnin ayrıntılı olmasını ve hâkime bırakılan takdir alanının daraltılmasını gerektirmektedir.

Komisyona belirlediği bu esaslar, 19. yüzyılda başlayan fıkıhın kanunlaştırılma sürecini yeni bir evreye taşımıştır. Zira bu iki esasla birlikte artık fikhî sınırlar olabildiğince genişlemiş, farklı hukuk sistemlerinden istifade etmenin önünde de hiçbir engel kalmamış-

⁸⁰ “Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası”, 864.

⁸¹ “Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası”, 864.

⁸² “Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası”, 864.

⁸³ “Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası”, 864.

tır. Böylece, dönemin hukuk anlayışının gerektirdiği hükümlerin HAK'a dahil edilmesi mümkün hale gelmiştir.

Son olarak, böylesi bir dönüşümü mümkün kılan esasların kim tarafından formüle edildiği sorusu önem arz etmektedir. Mevcut veriler, Kanun-ı Medeni Tali Komisyonu başkanı Seyyid Bey'in bu süreçte belirleyici bir rol üstlendiğine işaret etmektedir. Nitekim 1333 (1917) yılında yayımladığı *Usûl-i Fıkıh* adlı eseri ile Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası arasında, özellikle farklı mezheplerden görüş almanın fikhî temellendirilmesi bakımından dikkat çekici paralellikler bulunmaktadır.⁸⁴ Ayrıca, Tali Komisyon üyeleri arasında usûl-i fıkıh alanında öne çıkan yegâne isim de Seyyid Bey'dir. Bütün bunlar birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu esasların usûl-i fıkıh çerçevesinde meşruiyet zeminini inşa eden kişinin Seyyid Bey olduğu anlaşılmaktadır.

3. Avrupa Hukukundan Etkilenerek Kararnamede Yer Bulan Hükümler

Tali Komisyonun belirlediği esaslar HAK'ta uygulanmıştır. Bu sayede, fıkıhta karşılığı bulunmamakla birlikte dönemin hukuk yapıcılar tarafından aile kurumunun yeniden düzenlenmesi bağlamında gerekli görülen bazı hükümler, Avrupa medeni kanunlarından iktibas edilerek kararnameye dahil edilebilmiştir.

Komisyonun bu esasları fiilen uyguladığı, kararnamenin esbâb-ı mûcibe layihadaki ifadelerden de açık biçimde anlaşılmaktadır. Layihada geçen "*Hususiyyle mezâhib-i muhtelifeye mensup olan fakahâ akvâlinde ihtiyâc-ı asra tevafuk edenleri bulmak mümkün ve şu suretle müslimler için îcâbât-ı medeniyeye müstenit olan kanunu, esasât-ı fikhîyeye istinat ettirmek sehl olduğundan...*"⁸⁵ cümlesi bu bağlamda dikkat çekicidir. Bu ifade, çağdaş hukuk düzeninin gerektirdiği normların (îcâbât-ı medeniye) fikhî temellere dayandırılmak istendiğini açık biçimde ortaya koymaktadır.

⁸⁴ Kanun-ı Medeni Tali Komisyonu Layihası üzerinde çalıştığımız ayrı bir makalede bu husus etraflıca değerlendirilecektir. Bkz.: Seyyid Bey, *Usûl-i Fıkıh: Medhal*, haz. Selçuk Camcı (İstanbul: Işık Akademi Yayınları, 2011), 132, 144, 284-285, 533-534; "Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası", 863-864.

⁸⁵ "Kavânîn-i munteşire: Münâkehât ve Müfârakâta Müteallik Layiha-yı Kanuniyenin Esbâb-ı Mûcibesi Hakkında Komisyon Tarafından Tanzim Edilen Mazbata", *Ceride-i Adliye* VII/163-167 (Şubat 1334), 950-951.

Benzer şekilde, kararnamenin 9. maddesine ilişkin gerekçede yer alan “*Bu rey zamanımızın efkâr-ı hukukiye ve ictimâiyesine daha muvafık bulunduğundan...*”⁸⁶ ifadesi de dönemin hukuk düşüncesiy-le uyumlu hükümler oluşturulmaya çalışıldığını göstermektedir. Bu tür ifadeler, komisyonun yalnızca fıkıh mezhepleri arasında tercihte bulunmakla yetinmediğini; aynı zamanda, dönemin baskın hukuk anlayışı olan Avrupa hukukuyla uyumlu bir aile hukuku inşa etmeye çalıştığını açıkça ortaya koymaktadır.

Tali Komisyonun belirlediği prensiplerin uygulamaya yansımaları, kararnamede yer alan bazı hükümlerde açıkça gözlemlenebilmektedir. Özellikle klasik fıkıhta ya hiç yer almayan ya da farklı şekilde düzenlenen bazı maddelerde, Avrupa medeni kanunlarından iktibas edilen uygulamaların kararnameye dahil edildiği görülmektedir. Bu çerçevede nikah ehliyeti, velayetin sınırlandırılması ve ilan şartı gibi düzenlemeler bağlamında Avrupa hukukunun kararname üzerindeki etkisi incelenecektir.

3.1. Nikah Ehliyeti

HAK, nikah ehliyeti bağlamında fıkıh doktrininden önemli ölçüde ayrılan düzenlemeler içermektedir. Zira gerek Hanefî mezhebinde gerek diğer mezheplerde nikah ehliyeti yaşla değil, kişinin belirli akli ve fiziksel olgunluğa eriştiği bülûğ ile kazanılmaktayken,⁸⁷ kararnamede Avrupa medeni kanunlarında olduğu gibi kanunen belirlenen evlilik yaşına ulaşmış olma şartına bağlanmıştır.⁸⁸ Kararnamenin 4-9. maddelerinde yer alan düzenlemeler bireylerin nikah ehliyetini yaş, temyiz gücü ve gerektiğinde hâkim takdiri gibi unsurlar üzerinden değerlendirmektedir. Bu yaklaşım, klasik fıkıhtaki ehliyetten farklı olarak, evlenme ehliyetini kademeli biçimde sınırlandıran yeni bir anlayış inşa etmektedir. Bu çerçevede kararnamede evlenmenin yalnızca fiziksel değil zihinsel bir olgunluk da gerektirdiği kabul edilerek, klasik dönemde bülûğ ile kazanılan nikah ehliyeti kararnamede fiilen rüşet yaşına ertelenmiştir. Aşağıda evlenme yaşı, ayırt etme gücü ve velayet bağlamında kararnamenin nikah ehliyetine yönelik bu yeni yaklaşımı incelenecektir.

⁸⁶ “Komisyon Tarafından Hazırlanan Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası”, 954.

⁸⁷ Ali Bardakoğlu, “Ehliyet”, *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1994), 10/537-538.

⁸⁸ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 9/762.

3.1.1. Evlenme Yaşı

Kararnameyi hazırlayanlar, nikah ehliyeti kapsamında evlilik yaşıyla ilgili önemli düzenlemeler yapmışlar ve bu düzenlemelerin gerekçelerine esbâb-ı mûcibe layihasında yer vermişlerdir. Bu düzenlemelerin temelinde, Avrupa kanunlarında evlilik için belirli bir yaş şartının öngörülmesi yatıyor olmalıdır. Zira 19. ve 20. yüzyıllarda Avrupa’da yapılan kanunlarda evlenecek kişilerin bedensel, ruhsal ve zihinsel olgunluğa erişmiş olmaları gerektiği kabul edilmiş ve buna bağlı olarak evlenme yaşına yönelik düzenlemeler yapılmıştır.⁸⁹ Kanunlarda evlilik yaşı belirlenirken genellikle iki farklı yaş sınırı öngörülmüştür. Birincisi “olağan evlenme yaşı” olarak adlandırılan ve kişinin herhangi bir ek izin veya onaya ihtiyaç duymadan evlenebilmesine kanunen izin verilen asgari yaştır. İkincisi ise “olağan üstü evlenme yaşı” olarak ifade edilen, istisnai durumlarda bireylerin evlenmesine izin verilen yaştır. Bu yaşta olanların evlenebilmeleri için veli onayı ve hâkim izni gibi ek şartlar aranır.⁹⁰ Olağan ve olağanüstü evlenme yaşları kanunlarda farklılık göstermektedir.

db | 1529

HAK evlenme yaşını beş maddede (HAK, m. 4-8) düzenlemiştir. Dördüncü madde ve ona ilave bir düzenleme içeren sekizinci madde tam ehliyetlilere, beşinci ve altıncı maddeler nakıs ehliyetlilere, yedinci madde ise ehliyetsizlere ilişkindir.

3.1.1.1. Olağan Evlenme Yaşı: Tam Ehliyetliler

“Ehliyet-i nikahı haiz olmak için hâtibin 18 ve mahtûbenin 17 yaşını ikmal etmiş olmaları şarttır (HAK, m. 4).”

Kararnamenin 4. maddesi, evlenme ehliyeti için erkeklerin 18, kadınların ise 17 yaşını tamamlamış olmaları gerektiğini ifade etmektedir.⁹¹ Her ne kadar esbâb-ı mûcibe layihasında bu yaş sınırlarında Ebû Hanife’nin bülüğün üst sınırına dair görüşünün tercih edildiği belirtilmekteyse de, maddenin lafzı bunu desteklememektedir.⁹² Zira maddede bülüğe hiçbir şekilde atıfta bulunulmamıştır.

⁸⁹ *Kod Sivil Yani Fransa Kanun-ı Medenisi*, 47; *Alman Kanun-ı Medenisi Tercümesi*, 290-291; “İsviçre Kanunname-i Medenisi”, *Ceride-i Adliye* IV/106 (Nisan 1330), 5778-5779.

⁹⁰ Mustafa Dural vd., *Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 3/48-52.

⁹¹ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 9/762.

⁹² “Komisyon Tarafından Hazırlanan Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası”, 953.

Eğer gerçekten mazbatada belirtildiği gibi bülüğün üst sınırını belirlemek amaçlanmış olsaydı bu durum maddede “Ehliyet-i nikahı haiz olmak için *bülüğa ermemiş olan* hâtibin 18 ve mahtûbenin 17 yaşını ikmal etmiş olmaları şarttır” kaydıyla açıkça ifade edilebilirdi. Dolayısıyla maddenin lafzı, klasik fıkhıdaki bülüğ merkezli anlayıştan açık bir kopuşu ve yaş esasına dayalı ehliyet sisteminin benimsendiğini göstermektedir.

Dört mezhebe göre, bülüğa eren bir erkek, veli veya hâkim iznine ihtiyaç duymaksızın nikah ehliyetine sahiptir.⁹³ Buna karşılık, kararname, biyolojik olgunluğu tek başına yeterli görmemekte; zihinsel ve duygusal gelişimi de dikkate alarak nikah ehliyetini belirli yaşlarla sınırlandırmaktadır. Bu yönüyle 4. madde, Avrupa medeni kanunlarında yer alan ve bireylerin hiçbir ilave izne ihtiyaç duymaksızın evlenebildikleri “olağan evlenme yaşı” anlayışıyla örtüşmektedir.⁹⁴

Bununla birlikte kararname, yalnızca olağan evlenme yaşını belirlemekle yetinmemiş; bu yaş sınırının altındaki bireylerin evlenmesini istisnai durumlarda mümkün kılan “olağanüstü evlenme yaşı” kapsamında değerlendirilebilecek hükümlere de yer vermiştir.

3.1.1.2. Olağanüstü Evlenme Yaşı: Nakis Ehliyetliler ve Hâkimin Takdir Yetkisi

“18 yaşını itmam etmemiş olan mürâhik baliğ olduğunu beyan ile müracaat ettikde hali mütehammil ise *hâkim izdivacına müsaade edebilir* (HAK, m. 5).

17 yaşını itmam etmemiş olan mürâhika bâliğa olduğunu beyan ile müracaat ettikde hali mütehammil ve velisinin izni munzam ise *hâkim izdivacına müsaade edebilir* (HAK, m. 6).⁹⁵

Kararnamenin beşinci ve altıncı maddeleri, dördüncü maddede belirlenen yaş sınırının (kadınlar için 17, erkekler için 18) altında kalan bireylerin evlenmesini düzenlemektedir. Bu maddelerde, tam ehliyet yaşı ile ehliyetsizlik arasında yer alan bireyler için *mürâhik* terimi kullanılmaktadır. Fıkıhta mürâhik, bülüğün alt sınırı (kızlar

⁹³ Bardakoğlu, “Ehliyet”, 10/537-538.

⁹⁴ *Kod Sivil Yani Fransa Kanun-ı Medenisi*, 47; *Alman Kanun-ı Medenisi Tercümesi*, 290-291; “İsviçre Kanunname-i Medenisi”, *Ceride-i Adliye* IV/106 (Nisan 1330), 5778-5779.

⁹⁵ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 9/762.

için 9 erkekler için 12 yaş) ile üst sınırı arasında yer alan, henüz bülüğa ermemiş kişileri tanımlamak için kullanılan bir kavramdır.⁹⁶ Oysa kararnamede, bu hükmün bülüğa ermeyenlere yönelik olduğuna dair herhangi bir açık kayıt bulunmamaktadır. Aksine bu düzenlemenin yaşça tam ehliyet sınırının altında kalan bireyler için geçerli olduğu ve bu bireylerin bülüğa erip ermediği dikkate alınmaksızın *mürâhik* terimiyle ifade edildiği anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda kararname, mürâhik kavramını klasik anlamının ötesine taşıyarak, ehliyetsiz bireylerin (sağîr) ve tam ehliyetli bireylerin (kebîr) dışında kalanları kapsayan ara bir kategoriye dönüştürmektedir. Bu bireylerin bülüğa erip ermemesi kararname bağlamında belirleyici bir unsur olmaktan çıkmıştır. Zira kararnamenin yedinci maddesine göre bülüğa ermemiş bireylerin evlenme ehliyeti zaten bulunmamaktadır.⁹⁷ Bu nedenle burada asıl mesele, bülüğa ermiş olsa bile yaş bakımından tam ehliyet sınırına ulaşmamış bireylerin konumudur.

Fıkıh doktrininde ise haklara ehil olma bakımından böyle bir ara statü mevcut değildir. Kişi ya *sâğîr* (bülüğa ermemiş) ya da *kebîr* (bülüğa ermiş) olarak değerlendirilir. Bülüğa ermemiş kişi mümeyyiz ise nakıs ehliyet sahibidir; nikah akdi yapabilir, ancak velisinin icazetiyle bu akit bağlayıcı hale gelir. Bülüğa ermiş birey⁹⁸ ise nikah akdi bakımından tam ehliyetli sayılır ve herhangi bir ek izne ihtiyaç duymaz.⁹⁹ *Mürâhik* terimi klasik fıkhıta sadece bülüğa ermemiş bireyler için kullanılırken,¹⁰⁰ kararname bu kavramı yaş ekseninde yeniden yorumlamış ve bülüğa ermiş olsa dahi belirli bir yaşın altında kalan bireylerin nikahını hâkim iznine tabi tutmuştur.

Bu yönüyle kararname, biyolojik olgunluğu evlenme ehliyeti için yeterli görmemekte; bireyin zihinsel ve toplumsal olgunluk düzeyini esas alarak, “nakıs evlenme ehliyeti” olarak tanımlanabilecek bir ara statü tesis etmektedir. Bu statüdeki bireylerin evlenebilmesi, kararnamenin açık ifadesiyle hâkimin takdirine bırakılmış-

⁹⁶ Nihat Dalgın, “Mürâhik”, *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 32/40.

⁹⁷ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 9/763.

⁹⁸ Hanefi mezhebi dışındaki mezheplere göre kadının nikah ehliyeti yoktur. Ayrıca Hanefi mezhebi içerisinde de bu meselede ihtilaf vardır. Bülüğa ermiş erkeklerin nikah ehliyetinin olduğu hususunda bütün mezheplerin ittifakı olduğu için burada erkek birey kast edilmektedir. Bkz.: Bardakoğlu, “Ehliyet”, 10/537-538.

⁹⁹ Bardakoğlu, “Ehliyet”, 10/537-538.

¹⁰⁰ Dalgın, “Mürâhik”, 32/40.

tır.¹⁰¹ Bu ise klasik fıkihtaki anlayıştan ayrılan yeni bir yetkiyi gündeme getirmektedir.

3.1.1.2.1. Hâkimin Takdir Yetkisi

Kararnamenin beşinci ve altıncı maddelerinde yer alan “hâkim izdivacına müsaade edebilir” ifadesi, hâkime takdir yetkisi tanındığı izlenimini vermektedir. Zira bu iki madde, hâkimin uygun görmesi hâlinde evliliğe izin verebileceğini, aksi hâlde bu izni vermekten imtina edebileceğini ifade etmektedir.¹⁰²

Bununla birlikte, bu ifadeyle fıkihtaki izn-i kadı uygulamasına benzer şekilde yalnızca prosedürel bir onayın kast edilmiş olduğu da ileri sürülebilir. Bu uygulamada hâkim, taraflar arasında evliliğe engel bir durum bulunmadıkça izni vermekle yükümlüdür; takdir yetkisine sahip değildir.

Üçüncü bir ihtimal olarak, hâkimin burada yalnızca evlenecek kişilerin bülüğa erip ermediklerini tespit etmekle yetkili olduğu, diğer bir deyişle hâkimin yetkisinin yalnızca fizyolojik değerlendirmeyle sınırlı bulunduğu da öne sürülebilir. Ancak bu yorum madde metniyle çelişmektedir. Zira ilgili maddede “hâli mütehammil ise hâkim izdivacına müsaade edebilir” denilerek bülüğun tespiti “hâli mütehammil” ifadesiyle ayrıca zikredilmiştir.¹⁰³ Bu durumda bu ihtimal elenmekte, geriye yalnızca iki olasılık kalmaktadır: bu ya gerçek anlamda bir takdir yetkisidir ya da yalnızca prosedürel bir onaydan ibarettir. “Müsaade edebilir” ifadesiyle hâkimin prosedürel onayının mı yoksa hâkimin takdir yetkisinin mi kast edildiğini anlamak için kararnamenin sekizinci maddesiyle karşılaştırma yapmak faydalı olacaktır. İlgili madde şu şekildedir:

17 yaşını itmam etmiş olan kebîre, bir şahıs ile tezevvüç etmek üzere müracaat ettikde hâkim keyfiyeti velisine

¹⁰¹ Mazbatada bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “Bi’l-cümle eimme hazerâtu tarafından kabul buyurulduğu üzere baliğ olduğu beyanıyla tezevvüç etmek isteyen mürâhik ve mürâhikanın hâlinin mütehammil olup olmadığı hakkında hakime hakk-ı takdîr itâ edilerek beşinci ve altıncı maddeler bu esaslar üzerine kaleme alındı.” Bkz.: “Komisyon Tarafından Hazırlanan Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası”, 954.

¹⁰² Sadreddin Efendi de bu durumu şu ifadelerle eleştirmektedir: “Ma’azalik izinname alacaksa hakim efendi de onu elbette verecektir. Re’yine menût imiş gibi (müsaade verebilir) denilmesi sù-i isti’mâlâta kapı açar.” Bkz.: Ahmet Yasin Küçükütyaki, *Sadreddin Efendi’nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi* (Ankara: Gazi Üniversitesi SBE, 2009), 99.

¹⁰³ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 9/762.

tebliğ eder ve veli itiraz etmediği veya itirazı varit görülmediği halde izdivacına müsaade eyler (HAK, m. 8).¹⁰⁴

8. maddede görüldüğü üzere, 17 yaşını doldurmuş bir kızın evliliğinde velisinin itirazının bulunmaması veya bu itirazın geçerli sayılmaması durumunda hâkimin evliliğe izin vermek zorunda olduğu, maddede “izdivacına müsaade eyler” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Bu maddedeki “eyler” ifadesi hâkimin takdir yetkisine sahip olmadığını; belirli şartlar gerçekleştiğinde izni vermekle yükümlü olduğunu göstermektedir. Buna karşılık, beşinci ve altıncı maddelerdeki “müsaade edebilir” ifadesi ise hâkimin evliliğe izin verip vermeme anlamında takdir yetkisi bulunduğu işaret etmektedir. Dolayısıyla, kararnamenin beşinci ve altıncı maddelerinde yer alan “müsaade edebilir” ifadesi ile sekizinci maddede geçen “müsaade eyler” ifadesi arasındaki fark, hâkime tanınan yetkinin niteliğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, kararnameyi kaleme alanların bu ifadeleri bilinçli bir şekilde hâkimin takdir yetkisinin sınırlarını belirlemek amacıyla seçtikleri anlaşılmaktadır.

db | 1533

Sonuç olarak, kararnamede yer alan *müsaade edebilir* ifadesinin bülüğün tespiti ya da hâkimin prosedürel onayı şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Her iki ihtimalin de bizzat kararnamenin maddeleriyle çelişmesi, bu ifadeyle gerçek anlamda bir takdir yetkisinin tanındığını kuvvetle göstermektedir. Ancak dikkat çekici olan şudur ki, hiçbir mezhepte, bülüğe ermiş bir kişinin evlenmesi hususunda hâkime böyle bir takdir yetkisi tanınmamaktadır. Zira bütün mezheplere göre, bülüğe ermiş bir erkek, herhangi bir makamın iznine gerek duymadan nikah akdi yapabilir.¹⁰⁵ Buna rağmen, kararnamede bülüğe ermiş kişi için dahi hâkime bu yetki tanınmıştır. Bu çerçevede, fıkıh doktrininde yeri olmayan bu tür bir takdir yetkisinin kararnameye nasıl dahil edildiği sorusu önem kazanmaktadır. Fransız, Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarının o dönemde yapılan tercümeleri incelendiğinde olağan evlenme yaşının altında olan bireylerin evlenmesinin ancak istisnai hallerde ve hâkim izni gibi ilave prosedürlerle mümkün kılındığı görülmektedir.¹⁰⁶ Bu durumda,

¹⁰⁴ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 9/763.

¹⁰⁵ Bardakoğlu, “Ehliyet”, 10/537-538.

¹⁰⁶ *Kod Sivil Yani Fransa Kanun-ı Medenisi*, 47; *Alman Kanun-ı Medenisi Tercümesi*, 291; “İsviçre Kanunname-i Medenisi”, çev. Nezaret Haçeryan, *Ceride-i Adliye* IV/106 (Nisan 1330), 5779.

kararnamedeki düzenlemenin dönemin Avrupa medeni kanunlarından etkilenilerek oluşturulmuş olması kuvvetle muhtemeldir. Kararnamenin konuyla ilgili hükümleri bu etkiyi açıkça göstermektedir.

3.1.1.3. Ehliyetsizler Üzerindeki Evlendirme Velayetinin Sınırlandırılması

Kararnamede nikah ehliyeti yalnızca biyolojik gelişime indirgenmemiş; bireylerin evliliğin sorumluluklarını kaldırabilme kapasitesi de dikkate alınarak daha kapsamlı bir sistem benimsenmiştir. Bu doğrultuda, sadece bülüğa ermiş olmak evliliğe ehil olmak için yeterli sayılmamış, tam ehliyet için yaş sınırı belirlenmiş ve bu sınırın altındaki bireylerin evlenmeye elverişli olup olmadıkları konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Kararnamede, bu yaklaşım bir adım daha ileriye taşınarak çocukların velileri tarafından evlendirilmesi yasaklanmış; ayrıca, ayırt etme gücünden yoksun olan bireylerin evlenmeleri de bir zaruretin varlığına bağlanarak, bu kişilerin evlendirilmesine yönelik velayetin kapsamını oldukça daraltmıştır. Ayrıca bu tür durumlarda son karar mercii olarak hâkime takdir yetkisi de verilmiştir. Böylece, klasik fıkıhta velinin evlendirme yetkisi oldukça geniş bir alanı kapsarken, HAK ile velinin bu yetkisi önemli ölçüde sınırlandırılmış ve hâkime bu hususta takdir yetkisi verilmiştir.

3.1.1.3.1. Çocuklarda Velinin Nikah Velayetinin Kaldırılması

“12 yaşını itmam etmemiş olan sağır ile 9 yaşını itmam etmemiş olan sağire hiçbir kimse tarafından tezvîc edilemez (HAK, m. 4).”¹⁰⁷

Bu maddede, kararnamenin yedinci maddesinde belirlenen yaş sınırının (kızlar için 9, erkekler için 12)¹⁰⁸ altındaki çocukların ve

¹⁰⁷ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 9/763.

¹⁰⁸ Kararnamede zikredilen 9 ve 12 yaş sınırları, yeni bir düzenleme olmayıp Mecelle'nin de benimsediği klasik doktrine dayanmaktadır. Zira kararname öncesindeki uygulamada da bu yaşlar öncesinde bülüğ iddiası dikkate alınmamıştır. Bu *Mecelle*'nin 986. maddesinde de “Sinn-i bulûgun (bülüğ yaşının) mebdei erkekte tam 12, kızda 9 ve müntehâsı ikisinde dahi tam on beş yaştır. Bir erkek 12 ve bir kız dokuz yaşını tekmil edip de baliğ olmazsa oluncaya dek mürâhik ve mürâhika denilir” şeklinde ifade edilmiştir. Kararnamenin yedinci maddesi *Mecelle*'nin 988. maddesinde “Mebde-i sinn-i bülüğa varmayan bir çocuk bâliğim deyu dava eylese kabul olunmaz” şeklinde

bu sınırın üzerinde olmakla birlikte henüz bülüğa ermemiş olan çocukların evlendirilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Bu madde kararnamede, fıkihtaki evlendirme velayetinin dışına çıkıldığını göstermektedir. Zira dedenin ve diğer velilerin evlendirme velayetleri hususunda mezhepler arasında görüş ayrılıkları mevcutsa da babanın çocuğunu evlendirme velayeti olduğu hususunda ittifak bulunmaktadır.¹⁰⁹

Bununla birlikte, fıkıh kitaplarında Ebu Bekir el-Esam ile İbn Şübrüme'nin çocukları hiç kimsenin evlendiremeyeceği görüşünde oldukları ifade edilmektedir. Kararnamenin yedinci maddesinde çocukların menfaatinin gözetilmesi amacıyla bu görüşün tercih edildiği esbâb-ı mûcibe layihasında belirtilmiştir.¹¹⁰

Ancak bu madde, dört mezhebin ittifakla kabul ettiği velinin evlendirme velayetini ortadan kaldırdığı için ciddi eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştirilerde, çocukların menfaatini korumak için İbn Şübrüme'nin görüşünü almak yerine, Hanefî mezhebindeki kapsamı oldukça geniş bir şekilde tanımlanmış olan velayet yetkisinin daraltılması yoluna gidilmesi ve bu bağlamda Şâfiî mezhebinin görüşü tercih edilerek velayetin yalnızca baba ve dedeye; yahut Mâlikî mezhebinin görüşü tercih edilerek yalnızca babaya hasredilmesinin daha isabetli olacağı ifade edilmiştir. Böyle yapılması halinde yapılan düzenlemenin hem dört mezhepten birine muvafık olacağı hem de icmâya aykırı olmaması olacağı dile getirilmiştir.¹¹¹

Bu tür çözüm önerilerinin tercih edilmemiş olması, kararnameyi hazırlayanların asıl amacının çocuk evliliklerini tümüyle yasaklamak olduğunu göstermektedir. Bu doğrultuda, Avrupa medeni kanunlarında olduğu gibi, evliliğe asgarî bir yaş sınırı getirilmesi amaçlanmış olmalıdır. Zira o dönemde tercümesi yapılmış olan Fransız, Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarında evlilik için asgari yaş sınırının getirildiği görülmektedir.¹¹² Her ne kadar kararnamede bu sınır bülüğa tekabül ediyor gibi görünse de, bülüğ sonrasında da

ifade edildiği gibi bu yaştan önce bülüğ iddiasının dikkate alınmayacağını göstermektedir. Bkz.: *Düstur: Tertîb-i Evvel* (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1293), 3/43.

¹⁰⁹ Yunus Apaydın, "Velâyet", *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 43/17.

¹¹⁰ "Komisyon Tarafından Hazırlanan Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası", 953-955.

¹¹¹ Küçükütyaki, *Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi*, 102-108.

¹¹² *Kod Sivil Yani Fransa Kanun-ı Medenisi*, 47; *Alman Kanun-ı Medenisi Tercümesi*, 290; "İsviçre Kanunname-i Medenisi", *Ceride-i Adliye* IV/106 (Nisan 1330), 5779.

evlilik hâkimin takdir yetkisine bırakılarak bu sınır daha ileri bir yaşa taşınmıştır.

3.1.1.3.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk ve Velayetin Daraltılması

İslam Hukukunda evlenecek kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmaları şart değildir. Bu durumda, velileri onlar adına nikah akdini gerçekleştirme yetkisine sahiptir. Hanefî mezhebinde bu yetki mutlak niteliktedir; Şâfiî mezhebinde olduğu gibi yalnızca zaruret durumlarında başvurulabilecek istisnai bir yetki değildir. Bununla birlikte, Hanefî mezhebinde mecnun veya kısıtlı bireylerin evlendirilmesi, bir tür zaruret hali olarak değerlendirilmiş; bu nedenle bu kişilerin birden fazla kişiyle evlendirilmeleri caiz görülmemiştir.¹¹³

Buna karşılık, kararnamenin dokuzuncu maddesi temyiz gücünden yoksun bireylerin evlendirilmesini, hem zaruretin varlığına hem de hâkimin iznine bağlamıştır. İlgili madde şu şekildedir:

“Mecnun ile mecnûnenin bir zarurete mebni olmadıkça nikahları caiz değildir. Zaruret bulunduğu takdirde hâkimin izniyle nikahları velileri tarafından akdolunur (HAK, m. 9).”¹¹⁴

Esbâb-ı mûcibe layihasında bu maddenin Şâfiî mezhebine dayandığı belirtilmiştir.¹¹⁵ Ancak Sadreddin Efendi söz konusu düzenlemenin, Şâfiî mezhebinin görüşünü yansıtmadığını ifade ederek bu maddeyi *muhâlif-i şer'* bir madde olarak nitelendirmiştir. Zira Şâfiî mezhebinde muhayyerlik hakkı kullanılmadığı sürece kimsenin nikahta zaruret olmadığını iddia ederek nikahı feshedemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca Şâfiî mezhebinde hâkim izni şartı öngörülmediği gibi başka herhangi bir mezhepte de bu şartın bulunmadığını ifade etmiştir.¹¹⁶

Avrupa kanunlarında bireyin evlenebilmesi için sadece biyolojik olarak değil, aynı zamanda zihinsel olarak da yeterli olması gerektiği anlayışı benimsendiği için temyiz gücüne sahip olmayanların

¹¹³ *Kitâbu'n-Nikâh* (Diyaret İşleri Başkanlığı Kütüphanesi, Yazmalar, 178), 97.

¹¹⁴ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 9/763.

¹¹⁵ “Komisyon Tarafından Hazırlanan Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası”, 955.

¹¹⁶ Küçükütyaki, *Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi*, 112-113.

evlendirilmesi hususunda ciddi sınırlamalar getirilmiştir.¹¹⁷ HAK'ı düzenleyenler Avrupa kanunlarındaki bu sınırlamaların etkisiyle Şâfiî mezhebinin görüşünü almış olmalıdırlar. Zira esbâb-ı mûcibe layihasında “*bu rey zamanımızın efkâr-ı umumiyesine ve ictimaiyesine daha muvafık*”¹¹⁸ denilerek buna işaret edilmiştir.

Bu noktada, evlenme ehliyetinin yalnızca biyolojik değil, aynı zamanda zihinsel olgunlukla ilişkilendirilmesi; diğer bir deyişle temyiz gücünden yoksun bireylerin evliliklerinin olabildiğince sınırlandırılması, kararnamenin Avrupa medeni kanunlarından etkilenmiş olabileceğini düşündürmektedir. Zira Fransız, Alman ve İsviçre Medeni Kanunları'nda, temyiz gücü evlilik için asli bir şart olarak kabul edilmiş ve bu şartı taşımayanların evlenmesi yasaklanmıştır.¹¹⁹

Ne Hanefî mezhebinde ne de diğer mezheplerde, Avrupa medeni kanunlarındaki gibi temyiz gücü bulunmayan bireylerin evliliğini açık ve kategorik biçimde yasaklayan bir görüş yer almadığı için kararnameyi hazırlayanlar çocuk evliliğinin yasaklanmasında olduğu gibi burada da doğrudan bir yasaklamaya gitmek yerine, Şâfiî mezhebinin görüşünü alarak ancak bir zaruret durumunda ve hâkimin izniyle evlenmelerine cevaz vermek suretiyle bu tür evlilikleri mümkün olduğunca sınırlandırmayı tercih etmiş olmalıdırlar.

3.2. Nikahın İlanı

Nikahın tarafların rızasının yanı sıra belirli şekil şartlarına bağlanması, bütün hukuk sistemlerinde kabul edilen bir esastır. Bu şartlar, kamu düzeninin korunması, evliliğin aleniyet kazanması ve gizli birlikteliklerin engellenmesi gibi amaçlara hizmet eder. Bu bağlamda, şahitlik ve evlenme niyetinin kamuya ilan edilmesi en temel şartlar arasında yer alır.¹²⁰

¹¹⁷ Fransız ve Alman Medeni Kanunlarında temyiz gücü olmayanların evliliğini yasaklayan açık bir madde bulunmadığı gibi velilerinin onları evlendirebileceğini bildiren bir madde de bulunmamaktadır. Zira velilerin onlar adına yapabilecekleri fiiller arasında evlendirme zikredilmemiştir. Buna karşın İsviçre Medeni Kanununda ise açıkça yasaklanmıştır: “Ancak kuvve-i temyiziye mâlik olan eşhas akd-i nikâh edebilirler. Kuvve-i aklıyeyi ihlal eden bir illete düşer olan eşhas akd-i nikâh eylemekten katiyen mahurdurlar (m. 97).” Bkz.: “İsviçre Kanunname-i Medenisi”, *Ceride-i Adliye* IV/106 (Nisan 1330), 5779.

¹¹⁸ “Komisyon Tarafından Hazırlanan Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası”, 954.

¹¹⁹ “Komisyon Tarafından Hazırlanan Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası”, 955.

¹²⁰ Dural vd., *Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku*, 3/62.

19. ve 20. yüzyıllarda hazırlanan medeni kanunlarda nikah öncesinde aranan şekil şartlarının başında, evlenmek isteyen bireylerin bu iradelerini resmi makamlara bildirmeleri ve bu niyetin kamuya ilan edilmesi zorunlu tutulmuştur.¹²¹ Buna karşılık İslam Hukukunda ilan Mâlikî mezhebi dışındaki mezhepler tarafından faydalı bir uygulama olarak görülmesine rağmen nikahın şartı olarak değerlendirilmemiştir. Üstelik fıkhıdaki ilan, çoğunlukla nikahtan sonra yapılan ve evliliğin duyurulmasını amaçlayan bir bildirim niteliğindedir.¹²² Avrupa hukuk sistemlerinde yer alan ilan ise nikah akdinden önce gerçekleştirilen ve evlenme niyetinin resmi makamlarca kamuya duyurulmasını zorunlu kılan prosedürel bir yükümlülüktür.¹²³ Bu iki yaklaşım arasındaki fark Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hangi modeli benimsediği sorusunu önemli hale getirir.

HAK'ta, Avrupa kanunlarına benzer şekilde, nikahın şekil şartlarını düzenleyen ilk madde ilan şartına ilişkindir. Kararnamenin 33. maddesinde bu durum "Akd-i nikâhın icrasından evvel keyfiyet ilan olunur." şeklinde ifade edilmiştir.¹²⁴ Esbâb-ı mûcibe layihasında İslam'ın ilk dönemlerinden itibaren cuma günleri mescitlerde nikahların ilan edildiği ifade edilmiştir. Ancak kararnamede ilanın nasıl yapılacağına dair herhangi bir açıklama mevcut değildir.¹²⁵ Aynı şekilde esbâb-ı mûcibe layihasında da ilanın yapılışına dair açıklama bulunmamaktadır.

Bu belirsizliği gidermek amacıyla, kararnamenin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra 31 Aralık 1917 tarihli *Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Müteallik Muâmelât-ı İdariye Hakkında Nizamname* (Bundan sonra: HAK-İMN) yayımlanmıştır.¹²⁶ Bu nizamnamenin ilk sekiz maddesi doğrudan ilan sürecine ilişkin olup bu süreci ayrıntılı biçimde düzenler.¹²⁷

¹²¹ *Kod Sivil Yani Fransa Kanun-ı Medenisi*, 51-52; *Alman Kanun-ı Medenisi Tercümesi*, 293; "İsviçre Kanunname-i Medenisi", *Ceride-i Adliye* IV/106 (Nisan 1330), 5780.

¹²² Fahrettin Atar, "Nikâh", *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 33/116.

¹²³ *Kod Sivil Yani Fransa Kanun-ı Medenisi*, 51-52; *Alman Kanun-ı Medenisi Tercümesi*, 293; "İsviçre Kanunname-i Medenisi", *Ceride-i Adliye* IV/106 (Nisan 1330), 5780.

¹²⁴ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 9/766.

¹²⁵ "Komisyon Tarafından Hazırlanan Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası", 956.

¹²⁶ *Düstur: Tertîb-i Sâni* (İstanbul: Evkâf Matbaası, 1928), 10/52-57.

¹²⁷ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 10/52-54.

Nizamnamenin ilk dört maddesi, klasik Osmanlı uygulamasında *izn-i kadı* ya da *marifet-i kadı* olarak bilinen sistemin daha formal hale getirilmiş bir versiyonu niteliğindedir. Bu maddelere göre, evlenmek isteyenlerin bilgilerinin yer aldığı ilmühaber mahkemeye sunulmasının ardından hâkim, tarafların evlenme ehliyetine sahip olup olmadıklarını, aralarında bir evlenme engelinin bulunup bulunmadığını ve varsa kızın velisinin itirazını denetlemektedir.¹²⁸

Nizamnamenin beşinci maddesi ve devamındaki maddeler, mahkemece yapılan belge incelemesinin ardından, tarafların evlenmeye ehil oldukları ve evlenmeye engel bir durumun bulunmadığı tespit edildiğinde başlayan ilan sürecine ilişkindir.¹²⁹ Bu sürecin işleyişi nizamnamede şu şekilde ifade edilmiştir: “Akd-i nikâhın icra edileceğinden bahisle bu babda bir diyeceği olanların tarihi ilandan itibaren on gün zarfında itirazlarını mahkemeye beyan eylemeleri lâzım geleceği ilan olunur (HAK-İMN, m. 5).” Bu hüküm uyarınca, evlilik niyeti kamuya duyurulmakta; bu hususta bir itirazı olanların ilan tarihinden itibaren on gün içinde mahkemeye başvurarak görüş ve itirazlarını bildirmeleri istenmektedir.¹³⁰

db | 1539

Altıncı maddede ilan metninin bir nüshasının halkın göreceği yerlere asılacağı, ayrıca gerekli görülmesi halinde bir örneğinin gazetede yayımlanabileceği belirtilmiştir.¹³¹ İtiraz sürecine ilişkin hükümler, nizamnamenin yedinci ve sekizinci maddelerinde düzenlenmiştir.¹³² İtirazların karara bağlanmasının ardından ilan süreci tamamlanır ve nikah akdinin icrasına geçilir.

Bu noktada, kararnamede yer alan ilan düzenlemesinin Avrupa medeni kanunlarında yer alan ilan prosedürüne benzemekle birlikte HAK öncesindeki uygulamanın da bu düzenlemeye entegre edildiği anlaşılmaktadır. Bir yandan Avrupa hukuklarının medeni nikah için öngördüğü ilan şartı benimsenirken, diğer yandan Osmanlı geleneğinde var olan *izn-i kadı/izinname* uygulaması bu yapıya dahil edilmiştir. Sonuç itibarıyla, *izn-i kadı*dan ilan şartına uzanan bu dönüşüm, HAK’ın hazırlanma sürecinde tıpkı Tali Medeni Komisyonun esasları doğrultusunda hem fıkıhtan hem de Avrupa medeni kanunlarından yararlandığını açıkça göstermektedir.

¹²⁸ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 10/52-54.

¹²⁹ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 10/53-54.

¹³⁰ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 10/53.

¹³¹ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 10/54.

¹³² *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 10/54.

3.3. Tefrik ya da Hükmen Ölüm Kararının Akabinde Mefkûdun Eşinin Bir Başkasıyla Evlenmesinin Ardından Mefkûdun Dönmesi

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 126 ve 129. maddeleri arasında gaipliğe dayalı tefrik düzenlemelerine yer verilmiştir.¹³³ 126. madde nafaka tahsilinde güçlük çeken ve 127. madde nafaka tahsilinde güçlük çekmeyen mefkûdun eşinin tefrikine hükmedilmesini öngörmüştür. 128. maddede ise, mefkûdluk sebebiyle verilen tefrik kararından sonra kadının başka biriyle evlenmesi durumunda mefkûd kocanın geri dönmesi halinde ikinci evliliğin geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir:

“Mevadd-ı sâbıkâ mücebince tefrikine hükmolunan kadın âhar bir şahıs ile tezevvüç ettikten sonra zevc-i evvelin zuhuru nikâh-ı ahîrin infisâhını mucip olmaz (HAK, m. 128).”¹³⁴

Bu madde, hâkimin tefrike hükmettiği durumlarda, kadının yaptığı ikinci evliliğin mefkûd koca sonradan dönse bile, geçerliliğini koruyacağını ifade etmektedir. Zira hâkimin verdiği tefrik kararı, ilk nikah akdini sona erdirmekte; böylece kadın, iddet süresini tamamladıktan sonra yaptığı ikinci evlilik geçerli olmaktadır.

Buna karşılık, kararnamenin 129. maddesi, mefkûdun ölümüne hükmedilmesi hâlinde kadının başka biriyle yaptığı evliliğin, mefkûdun geri dönmesi durumunda geçersiz olacağını düzenlemektedir:

“Vefatına hükmolunan kimsenin zevcesi âhar bir şahısla tezevvüç ettikten sonra zevc-i evvelin hayatı tahakkuk etse nikâh-ı sâni münfesihi olur (HAK, m. 129).”¹³⁵

Bu iki madde karşılaştırıldığında, kararnamede tefrik kararı ile ölüm hükmü arasında net bir ayırım yapıldığı ve mefkûdun dönmesi durumunda bunlara farklı hukuki sonuçların bağlandığı görülmektedir. Oysa klasik Hanefî fihhında, bu iki durum arasında hukuki sonuç bakımından bir fark bulunmamaktadır. Gerek mefkûdun vefatına hükmedilmesi gerekse hâkimin tefrik kararı vermesi durumlarında kadın, iddetini tamamladıktan sonra başka birisiyle evlenebilir. Mefkûd geri döndüğünde ise bu ikinci evlilik geçerlili-

¹³³ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 9/777.

¹³⁴ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 9/777.

¹³⁵ *Düstur: Tertîb-i Sâni*, 9/777.

ğini korur. Diğer bir deyişle, kararname öncesinde hâkim ister mefkûdun vefatına hükmetsin ister tefrikan hükmetsin kadının yaptığı ikinci nikah geçerlidir.¹³⁶ Bu hususa ilişkin fetva şu şekildedir:

Zeyd mevki-i harpte a'dâ ile muharebe ettikten sonra mefkûd olup hayat ve memâtı malum olmasa Zeyd'in memâtı gâlib-i zan olacak mertebe müddet mürurundan sonra mevtiyle hükmolunmak sahih olur mu? el-Cevap: Olur.

Bu surette Zeyd'in mevtine hükmün lühûkundan sonra zevcesi Hind ba'de inkızâi'l-idde nefsinin ahara tezvîc ve veresei dahi terekesini mesele-i mirasları veçhile taksim etmeye kadir olurlar mı? el-Cevap: Olurlar.¹³⁷

Mazbatada mezhebin yerleşik görüşünün dışına çıkıldığında bunun gerekçesine yer verilmiştir. Bu maddeye ilişkin olarak vefatına hükmedilen mefkûdun eşi başka biriyle nikahlandığında ikinci nikahının münfesihi olmayacağına dair *Behcetü'l-Fetâvâ*'da bir fetvanın bulunduğu, buna karşılık *Reddü'l-Muhtâr*'da Ebüssuûd'a atfen bu durumda ikinci nikahın münfesihi olacağına dair bir görüşün yer aldığı belirtilmiştir.¹³⁸ Ayrıca bir kimsenin hayatta olduğunun sonradan ortaya çıkması halinde, onun ölümü hakkındaki hükmün batıl olacağı ve buna bağlı olarak ikinci nikahın da münfesihi olması gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim hâkimin vefatına hükmetmesi sebebiyle karısı başkasıyla evlenen ve malı mirasçılara taksim edilen mefkûdun yaşadığı ortaya çıksa, mirasçılar harcadıkları miktarı tazmin etmekle yükümlü olmasalar da ellerinde kalan malı mefkûda iade etmeleri gerekir. Bu durum verilen ölüm hükmünün batıl olduğunu göstermektedir. Ancak buna rağmen mefkûdun yaşadığının ortaya çıkması karısının ikinci evliliğini münfesihi kılmamaktadır. Komisyon, mal ve nikah hakkında bu şekilde iki ayrı sonuç doğmasının bir hükmün "kısmen batıl, kısmen sahih" olması anlamına geleceğini, bunun ise fıkhen ve mantıken kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle bu maddenin Ebüssuûd'un görüşü-

¹³⁶ Ali Haydar Efendi konuyla ilgili kaleme aldığı eserinde bunu şu şekilde ifade etmiştir: "Mefkûdun hîn-ı velâdetinden itibaren 90 yaşını ikmâl etmekle mevtine hükmolunarak emvali taksim kılıldıktan sonra hayyen gelse verese yedlerinde aynen bulunduğu malı ahzeder. Ama telef olanı tazmin ettiremez. Nitekim bervechi mezkûr mevtime hükmolunmakla zevcesi iddetini bi'l-ikmâl zevc-i ahara varıp badehu mefkûd gelirse zevcesini zevc-i sânidan alamayacağı gibi (40 mesele)." Bkz.: Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd* (Kostantiniye: Matbaa-i Ebüzzîya, 1309), 23.

¹³⁷ Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, 21-22; *Ceride-i İlmîye* 1/1 (Recep 1332), 24-25.

¹³⁸ *Ceride-i Adliye* VII/163-167 (Şubat 1334), 961.

şüne dayanılarak kaleme alındığı ifade edilmiş,¹³⁹ ancak bu görüşün detayı hakkında bilgi verilmemiştir. İlgili pasaj şu şekildedir:

Vefatına hükmolunan zevcin zevcesi şahs-ı âhar ile izdivaç ettikten sonra berhayat olarak zuhuru hâlinde alelîlak nikâh-ı sâninin münfesih olmayacağına dair *Behcetü'l-Fetâvâ*'da bir fetva mevcut ise de *Reddü'l-Muhtâr*'da Ebüssuûd merhuma atfen bilakis nikâh-ı sâninin münfesih olacağı muharrerdir.¹⁴⁰

Reddü'l-Muhtâr'da İbn Âbidin'in aktardığına göre Tahtavî, Ebüssuûd'un Şeyh Şahin'den "Kadın birinci kocasının, çocuklar ise ikinci kocanın" şeklinde bir nakilde bulunduğunu gördüğünü ifade etmiştir.¹⁴¹ *Reddü'l-Muhtâr*'da Ebüssuûd'un bu görüşü benimsemişine dair bir ifade yer almamaktadır. Öte yandan Ebüssuûd'a atfedilen bu görüş başka bir kaynaktan tespit edilememiştir. İbn Âbidin'in bu naklin sonuna iliştiği "تأمل" ifadesi¹⁴² onun da bu nakle şüphe ile yaklaştığını göstermektedir. Dolayısıyla bu görüşün mezhebin yerleşik görüşünün dışına çıkılması hususunda dayanak teşkil edecek nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.

1542 | db

Bu noktada, kararnameyi hazırlayanların klasik fıkhıta bulunmayan bu ayrımı neden yaptıkları sorusu önem kazanır. Çünkü kararname öncesinde mefkûdun aleyhine verilen tefrik kararı ile vefat hükmü arasında sonuç bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Söz konusu ayrım, Avrupa medeni kanunlarında yer alan ölüm karinesiyle¹⁴³ gaiplik¹⁴⁴ ayrımının etkisiyle açıklanabilir. Nitekim Avrupa medeni kanunlarındaki gaiplik kararı kişinin ölümüne ya da hayatta olduğuna dair kesin bir karar değildir.¹⁴⁵ Ölüm karinesinin aksine bu karar yalnızca ilgili kişilerin haklarını düzenleyebilmek adına alınan geçici bir hükümdür. Gaiplik kararı, önceki evliliği sona erdirmediğinden, kişinin yeniden evlenebilmesi için mahkeme

¹³⁹ *Ceride-i Adliye* 163-167, 961-962.

¹⁴⁰ *Ceride-i Adliye* 163-167, 961.

¹⁴¹ İbn Âbidin, *Hâşiyetü Reddi'l-Muhtâr 'ale'd-Dürri'l-Muhtâr* (Mısır: Şeriketü Mektebeti ve Matbaati Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve Evlâdihî bi-Mısır, 1966), 4/297.

¹⁴² İbn Âbidin, *Hâşiyetü Reddi'l-Muhtâr 'ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, 4/297.

¹⁴³ Mustafa Dural vd., *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 2/26.

¹⁴⁴ Dural vd., *Kişiler Hukuku*, 2/30.

¹⁴⁵ Dural vd., *Kişiler Hukuku*, 2/34.

kararıyla boşanmanın gerçekleşmesi gerekir.¹⁴⁶ Kararnamenin 129. maddesi bu yönüyle gaiplik kararıyla paralellik göstermektedir.

Bununla birlikte, HAK'ı hazırlayan komisyonun mezhebin yerleşik görüşünden ayrılarak mefkûdun öldüğüne dair verilen hükümle karısının nikahının tefrik edilmesini ayırmasında Avrupa medeni kanunlarındaki gaiplik kararının etkisinin olduğunu söylemek için İslam Hukukunda ara bir kategori olarak gaiplik kararının olup olmadığına da bakılması gerekmektedir.

Modern öncesi fıkıh doktrinde insan ya sağ ya da ölü olarak tasavvur edilmiş; kişinin ölümüne veya hayatta olduğuna dair kesin bir hüküm oluşturmayan gaiplik kararı şeklinde üçüncü bir durumun varlığı kabul edilmemiştir. Mefkûdun malları için vasi tayin edilmesi, karısının nafakasını temin edebilmesi için kocası aleyhine borçlanmasına izin verilmesi gaibin sağ olarak kabul edildiğini gösteren emarelerdir. Öte yandan İslâm hukukunda kişinin öldüğüne dair baskın kanaat oluşacak kadar bir süre geçtikten sonra gaibin hükmen ölü kabul edilmesi bir açıdan gaiplik kararına benzemektedir. Zira doktrinde hükmen ölü kabul edilen gaibin geri dönmesi ihtimalinin dikkate alınması ve bununla ilgili hükümlerin mevcut olması¹⁴⁷ hükmen ölü kabul edilen gaibin ölümüne kesin gözüyle bakılmadığını göstermektedir. Buradan yola çıkarak, kararnamede hükmen ölüm kararının nikahı kendiliğinden sona erdirmemesi gerektiği yönündeki yaklaşımın, Avrupa medeni hukuk sistemlerinden etkilenerak kararnameye dahil edilmiş olduğu söylenebilir.

Sonuç

Bu makalede, Hukuk-1 Aile Kararnamesi sadece içerdiği hükümlerle değil, aynı zamanda ortaya çıktığı tarihsel ve kurumsal bağlamla birlikte; özellikle kararnamenin Meşihat ile Adliye Nezareti arasında yaşanan yetki aktarım süreciyle olan doğrudan ilişkisi çerçevesinde ele alınmaktadır. Meşihatın hukuki yetkilerinin Adliye Nezaretine devredilmesi, salt idari bir değişiklikten ibaret olmayıp; hukuk yapımında yön ve yöntem bakımından köklü bir dönüşümü ifade etmektedir. Kararname, bu dönüşümün aile hukukuna yansıyan somut sonucudur.

¹⁴⁶ Dural vd., *Kişiler Hukuku*, 2/35; "İsviçre Kanunname-i Medenisi", *Ceride-i Adliye* IV/106 (Nisan 1330), 5779.

¹⁴⁷ Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, 23.

Kararnamenin muhtevası, bu kurumsal yön değişikliğinin yalnızca idarî bir yeniden yapılanma olmadığını; bu değişiklikle birlikte aynı zamanda içerik düzeyinde, dönemin değişen toplumsal ihtiyaçlarına cevap verme arayışıyla bağlantılı olarak bazı yeni hükümlerin HAK'a dahil edildiğini göstermektedir. Bununla birlikte, söz konusu yeni hükümlerin tamamının dönemin ihtiyaçlarından kaynaklandığını söylemek güçtür. Fiilî bir toplumsal talep bulunmamasına rağmen, Avrupa medeni hukukunun etkisiyle kararnameye dahil edilen düzenlemeler de mevcuttur. Bu çerçevede, nikah ehliyeti, velayetin olabildiğince sınırlandırılması ve ilan gibi bazı hükümler, Avrupa hukukun izlerini taşımaktadır. Her ne kadar bu düzenlemeler, fıkıh kitaplarında yer alan bazı görüşlerle temellendirilmeye çalışılmış olsa da, bu görüşler tarihsel olarak uygulamada karşılığı bulunmayan ya da klasik doktrinde marjinal kabul edilen görüşlere dayanmaktadır.

Kararnameyi hazırlayanlar kararnamenin hükümlerinde Avrupa hukukundan faydalandıklarını açıkça ifade etmemiştir. Ancak kararname hazırlanmadan önce kanunların hazırlanmasında hangi esasların dikkate alınacağını belirlemek üzere oluşturulan Tali Medeni Komisyonunun belirlediği esaslarda farklı mezheplerden görüş alınabileceğinin yanı sıra mevcut ahkamlarla çelişmeyen unsurların yabancı hukuk sistemlerinden alınabileceği kabul edilmiştir. Bu çalışmada, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*'nin hükümleriyle Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun belirlediği esaslar arasındaki ilişkiye dikkat çekilmiştir. Şimdiye dek kararname üzerine yapılan çalışmalarda bu bağlantının ihmal edilmesinin temel nedenlerinden biri, söz konusu ilkelerin yalnızca Medeni Kanun hazırlık süreciyle sınırlı olduğunun varsayılması olmalıdır. Oysa kararnamenin birçok maddesi, bu ilkelerin somut bir yansıması niteliğindedir.

Bu çalışmada ayrıca, Tali Komisyon tarafından belirlenen esasların fikhî meşruiyet zeminini inşa eden ismin Seyyid Bey olduğu ortaya konulmuştur. Onun *Usûl-i Fıkıh* adlı eseri ile komisyonun hazırladığı layihada yer alan ifadeler arasında gözlemlenen içeriksel paralellikler ve komisyon üyeleri arasında usûl-i fıkıh alanında öne çıkan tek isim oluşu, bu kanaati desteklemektedir.

Kaynakça

- Ahmed Selahaddin. “Şuûn-ı Hukûkiye”. *Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1/2 (Mayıs 1332).
- Ahmet Cevdet Paşa. *Tezâkir*. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1953.
- Ali Haydar Efendi. *Risâle-i Mefkûd*. Kostantiniye: Matbaa-i Ebüzziya, 1309.
- Apaydın, Yunus. “Velâyet”. *TDV İslâm Ansiklopedisi*. 43/15-19. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- Atar, Fahrettin. “Nikâh”. *TDV İslâm Ansiklopedisi*. 33/112-117. İstanbul: TDV Yayınları, 2007.
- Balç, Sezai. “Teşkilat-ı Mahsusa Başkanı Tunuslu Ali Baş Hanbe - I”. *Toplumsal Tarih* 209 (Mayıs 2011), 2-7.
- Bardakoğlu, Ali. “Ehliyet”. *TDV İslâm Ansiklopedisi*. 10/533-539. İstanbul: TDV Yayınları, 1994.
- Bostan, M. Hanefi. “Said Halim Paşa”. *TDV İslâm Ansiklopedisi*. 35/557-560. İstanbul: TDV Yayınları, 2008.
- Çalışkan, Muhammed Selman. “Darülfünun İlahiyat Fakültesi Tefsir ve Tefsir Tarihi Müderrislerinden Manisalızâde Hafız Mustafa Şevket Efendi'nin Hayatı ve Eserleri”. *Darülfünun İlahiyat Sempozyumu 18-19 Kasım 2009 Tebliğleri*. 287-306. İstanbul: Bayrampaşa Belediyesi, 2010.
- Çevik, Abidin. *Abidin Çevik, Halil Mentеше'nin Hayatı Ve Siyasi Faaliyetleri*. Osmangazi Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Dalgın, Nihat. “Mürâhik”. *TDV İslâm Ansiklopedisi*. 32/40-41. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.
- Demirtaş, Rıdvan Abdurrahman. “Darülfünun'dan Bir Ceza Hukukçusu Portresi: Cevdet Ferit Basman”. *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 34 (2022), 5-32.
- Dural, Mustafa vd. *Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- Dural, Mustafa vd. *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Ebü'l-Ula Mardin. *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996.
- Heinze, Rudolf. “Alman Hukuk-ı Medeniyesinin Suret-i Tedvini”. *Ceride-i Adliye* VII/153 (Kanunuevvel 1332), 300-306.
- Heinze, Rudolf. “Alman Hukuk-ı Medeniyesinin Suret-i Tedvini”. çev. Serhan Yıldırım. *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 19-20 (Bahar-Güz 2015).
- Heinze, Rudolf. “Harp ve Osmanlı Adliyesi”. *Ceride-i Adliye* VII/150 (Eylül 1332), 110-112.
- Heinze, Rudolf. “Makam-ı Nezârete Takdim Edilen Islahat Programı Layihası”. *Ceride-i Adliye* VII/157 (Nisan 1333), 529-561.
- İbn Âbidîn. *Hâşiyetü Reddî'l-Muhtâr 'ale'd-Dürri'l-Muhtâr*. Mısır: Şeriketü Mektebeti ve Matbaati Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve Evlâdihî bi-Mısır, 2. Basım, 1966.
- Kalıpçı, Mahmut Esat. “Nağmesi Yarıda Susan Erganun”: Son Dönem Osmanlı Hukukçularından Seyyid Haşim Bey”. *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 10 (Güz 2010).
- Karaismailoğlu, Ercan vd. “Her Türü Yoksulluk İçinde Tekemmüle Doğru bir Hatve: Ceride-i Adliye, Makale Fihristi ve Yazar Dizini (1909-1929)”. *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 30 (Güz 2020).
- Küçüktiryaki, Ahmet Yasin. *Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi*. Ankara: Gazi Üniversitesi SBE, 2009.
- Mahmud Esad Seydişehir. *Kitâbu'n-Nikâh ve't-Talâk*. Dersââdet: Matbaa-i Hayriye, 1326.
- Menteşe, Halil. *Halil Mentеше'nin Anıları: Osmanlı Mebusan Meclisi Reisi*. İstanbul: Hürriyet Vakfı, 1986.
- Alman Kanun-ı Medenisi Tercümesi*. çev. Mişon Ventura. İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1334.

- Mustafa Hayri Efendi. *Meşrutiyet, Büyük Harp ve Mütareke Günlükleri (1909-1922): Şeyhülislam Ürgüplü Mustafa Hayri Efendi*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2015.
- Namık Kemal. "Mülâhaza". *Hürriyet* 49 (31 Mart 1869).
- "İsviçre Kanunname-i Medenisi". çev. Nezaret Haçeryan. *Ceride-i Adliye* IV/104 (Mart 1330).
- "İsviçre Kanunname-i Medenisi". çev. Nezaret Haçeryan. *Ceride-i Adliye* IV/106 (Nisan 1330), 5777-5784.
- Kod Sivil Yani Fransa Kanun-ı Medenisi Yahut Hukûk-ı Âdiye Kanunnamesi*. çev. Nezaret Hilmi. İstanbul: Dikran Karabetyan Matbaası, 1303.
- Sarıtaş, Sümeyye. "Aile Hukukunun Kanunlaştırılması Sürecinde Türkçe Olarak Kaleme Alınmış Ahkâm-ı Nikâh ve Ahkâm-ı Talâk Literatürü". *Mehmed Sürûri, Nikâh ve Talâk Ahkâmı İnceleme-Metin-Tıpkıbasım*. ed. Tuba Erkoç Baydar. 13-51. İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2023.
- Savaş, Rıza. "Modernleşme Sürecinde İki Osmanlı Aydını: Fatma Aliyye-Mahmud Esad Tartışması". *Kutlu Doğum 2004: Din-Kültür ve Çağdaşlık*. 247-256. Ankara: TDV Yayınları, 2007.
- Seyyid Bey. *Usûl-ı Fıkıh: Medhal*. haz. Selçuk Camcı. İstanbul: Işık Akademi Yayınları, 2011.
- Şeker, Mehmet. "Ali Baş Hanbe". *TDV İslâm Ansiklopedisi*. 2/382. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Yakut, Esra. *Şeyhülislamlık: Yenileşme Döneminde Devlet ve Din*. İstanbul: Kitap Yayınevi, 2014.
- Yazır, Elmalılı M. Hamdi. *Meşrutiyetten Cumhuriyete Makaleler: Din, Felsefe, Siyaset, Hukuk*. haz. A. Cüneyt Köksal, Murat Kaya. İstanbul: Klasik, 2011.
- Yörük, Ali Adem - Demirtaş, Rıdvan Abdurrahman. "İstanbul Darülfünunu Hukuk Fakültesi Hocalarının Üniversite Reformunun Arefesinde Doldurdıkları Hal Tercümesi Fişleri". *Cumhuriyetin Yüzüncü Yılına Armağan*. ed. Fethi Gedikli. 639-703. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024.
- Ceride-i İlmiye* I/1 (Recep 1332).
- Ceride-i Adliye* VII/149 (Ağustos 1332).
- Ceride-i Adliye* VII/150 (Eylül 1332).
- Ceride-i Adliye* VII/154-155 (Şubat 1332).
- Ceride-i Adliye* VII/160-161-162 (Eylül 1333).
- Ceride-i Adliye* VII/163-167 (Şubat 1334).
- Düstur: Tertîb-i Evvel* 3. İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1293.
- Düstur: Tertîb-i Sâni* 6. Dersâadet: Matbaa-i Âmire, 1334.
- Düstur: Tertîb-i Sâni* 8. İstanbul: Evkâf Matbaası, 1928.
- Düstur: Tertîb-i Sâni* 9. İstanbul: Evkâf Matbaası, 1928.
- Düstur: Tertîb-i Sâni* 10. İstanbul: Evkâf Matbaası, 1928.
- "İhzâr-ı Kavânin Komisyonları". *Ceride-i Adliye* 149 (Ağustos 1332), 65-68.
- "İhzâr-ı Kavânin Komisyonları: Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası". *Ceride-i Adliye* 160-161-162 (Eylül 1333), 863-946.
- İttihat ve Terakki'nin Son Yılları: 1916 Kongresi Zabıtları*. İstanbul: Nehir Yayınları, 1992.
- Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun Layihası*. İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1333.
- "Kavânin-i Müntehişre: Münâkehât ve Müfârakâta Mütcellik Layiha-yı Kanuniyenin Esbâb-ı Mûcibesi Hakkında Komisyon Tarafından Tanzim Edilen Mazbata". *Ceride-i Adliye* VII/163-167 (Şubat 1334), 950-963.
- Kitâbu'n-Nikâh*. Diyanet İşleri Başkanlığı Kütüphanesi, Yazmalar, 178.
- "Mecelle Cemiyeti Hakkında Hükümetten Vârid Olan Kanun Layihasının Ta'diline Dair Encümen-i İlmiye Mazbatası". *Beyânu'l-Hak* 41 (24 Ağustos 1325), 917-919.
- "Mecelle Cemiyeti Nizamname Layihasının Suret-i Muaddelesidir". *Beyânu'l-Hak* 42 (31 Ağustos 1325), 933-935.

Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (D. 1, İ. S. 1, 11 Haziran 1325, C. 4).
Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (D. 1, İ. S. 2, 9 Teşrinisani 1325, C. 1).
Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (D. 1, İ. S. 2, 25 Teşrinisani 1325, C. 2).
Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (D. 1, İ. S. 2, 30 Teşrinisani 1325, C. 1).
Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (D. 1, İ. S. 2, 2 Kanunuevvel 1325, C. 1).
Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (D. 1, İ. S. 2, 9 Teşrinisani 1325, C. 1).
Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (D. 1, İ. S. 2, 25 Şubat 1325, C. 3).
Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (D. 1, İ. S. 3, 22 Kanunuevvel 1326, C. 2).
Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (D. 2, İ. S. 1, 2 Temmuz 1328, C. 2).
Tanîn 846 (11 Ocak 1911).

