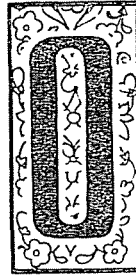


Hukuk

MECELLE

Prof. Ali Himmet
BERKİ



KUYANLAR yazı başlığından hemen bundan evvelki Medenî Kanunumuz olan Mecelleye intikal edeceklerdir. Filhakika biz bu yazıda Mecelle kelimesinin lügat manasından ve her nevi mecmuadan değil, Medenî Kanunla ilga olunan Mecelle-i Ahkâmı Adliyye'den ve bunun kimler tarafından ihzar olduğundan, üslûp ve mündericatından, ihtiva ettiği hükümlerin vuzûh ve âhenginden bahsedeceğiz.

Mecelle, Cumhuriyetten sonra ilga edilmiş ve onun yerine İsviçre Medenî Kanunundan terceme olunan Türk Medenî Kanunu geçmiş ise de her hukuk müntesibinin kanunların ne gibi tahavvüllere uğradığını öğrenmeye ihtiyacı vardır. Bilhassa eski ve yeni hükümlerin mukayesesi bakımından çok mühimdir. Böylece dünyada mevcut hukuk manzumeleriyle İslâm hukukunun menşe' ve tekâmül hakkında bir fikir edinmek mümkün olur. İşte bu yazıyı bu düşüncelerle yazıyoruz.

Mecelle'ye bu adın verilmesi muamelâta dair hukûkî hükümleri ihtiva etmesi itibariyledir.

BURADA Fransız Medenî Kanununun terceme veya Türk Medenî Kanununun Hanefî mezhebi üzere tedvini etrafındaki ihtilâf ve çetin münakaşa ve mücadeleler üzerinde durmayacağız. Bunlar, Prof. Ebul'ülâ bey merhumun «Ahmet Cevdet Paşa» adıyla neşrettiği tarihi ve kıymetli eserde teferruatıyla izah olunmuştur. Öğrenmek isteyenler bu esere müracaat edebilirler. Yalnız şu mühim hususu beyan edelim ki, o zamanki vükelâdan bazılarının muhalefet ve mücadelelerine ve Fransız maslahatgüzarının Kod Napolyon'un tercemesi hususundaki faaliyetine rağmen, Ahmet Cevdet Paşa merhumun müstesna zekâ ve geniş malûmatı galebe çalmış ve Eimme-i Hanefiyenin içtihadlarından zamanın icablarına uygun «Mecelle» nâmiyle bir medenî kanunun tedvinine karar vermiştir. Bir şahsın mesâisi ile böyle muazzam bir işin vücûda gelmesi mümkün olmadığından, Cevdet paşanın riyasetinde hukuk âlimlerinden bir hey'et teşkil olunmuş ve bu hey'et Hicrî 1284 tarihinde çalışmaya başlamıştır. Rahmete vesile olmak için hey'eti teşkil eden zevâtın isimlerini kadirşinaslık vazifesi olmak üzere yazıyorum :

Reis : Ahmet Cevdet Paşa.

Âzâ-i kiram : Divanı ahkâmı adliyye azâsından Ahmet Hulûsi.
Şûrayı Devlet azâsından Seyfeddin.
Şûrayı Devlet azâsından Mehmet Emin.
Divanı Ahkâmı Adliye azâsından Ahmet Hilmi.
İbnî Abidin zade Alâaddin.
Fetva Emîni Halil.
Meclis-i Tetkikât âzâsından Ömer Hulûsi.
Mekteb-i Nüvvâb müdürü, Yunus Vehbi.

Meclis-i Tetkikâti Şer'iyeye âzâsından, İsa Ruhi.
 Meclis-i Tetkikâti Şer'iyeye âzâsından, Ahmet Hâlit.
 Evkaf Müfettişi müsteşarı, Ömer Hilmi.
 İlâmat-ı Şer'iyeye mümeyyiz muâvini, Abdülseddâr.

Bu zâtlar, bir kaç istisna edilirse, icâbât-ı zamana ve ihtiyacat-ı nâsa vâkıf hukuk ilminde selâhiyete sâhib şahıslar idiler. Cevdet paşa merhum ise, tarih ve fıkıhdaki ihtisası ile beraber islâmî ve muhtelif sâir akli ilimlerde mümtazdı. Onun ilmi ihatasını anlamak için İbni Haldun merhumun mukaddimesini terceme ederken her bahisinde ilâve ettiği mütalâa ve izâhata bir göz gezdirmek yetiştir. Lisan ve tahrîr kudretinin derecesi, eserlerindeki insicam, fesâhat ve belâgâtla sâbittir. Mecelle'nin tertip ve sehli mümteni' denecek kadar parlar olan uslûbu da o kudretin eseri feyzi idi. Mündericatu, zaafi te'lif ve itnab gibi nakiselerden âri olup sevk olunan hükümler arasında tam bir ahenk vardır. Yekdiğerine muhalif hükümlere tesadüf edilmez. Hülâsâ, Mecelle o zamana göre benzerinin vücûda getirilmesi güç bir eserdir. Nitekim Mısır ve Hind gibi İslâm memleketlerinin âlim ve mütefekkirleri Mecelle'yi takdirlerle karşılamış ve bunu hazırlayan Hey'et hakkında medhü senalarda bulunmuştur.

BAZI kimseler, her kitabın evvelinde o kitaba âit istilâh ve tâbirlere yer verilmiş olmasını tenkid ederler; Garb kanunlarında olmadığına bakarak kanunlarda istilâh yazılmaz derler. Halbuki her ilim gibi, kanunların da bir lisanı vardır. Bunlar bilinmedikçe o kanunun meselelerini anlamak güç olur ve ihtilâfa mahal verir. Mecelle'de her kitabın başında mukaddime olarak o kitabda geçen tâbirlere yer verilmiş olması hükümleri anlamayı kolaylaştırmak ve ihtilâfa mahal bırakmamak içindi. Nitekim bir zamandan beri makale ve kanunlarda terimlerin mefhumunu yazmak yolunda bir ceryan başlamıştır. Muasır kanunlarda târifler ve matlablar bulunduğu da inkâr edilemez.

Meselelere misal vermeğe de itiraz olunur. Bizce bu da doğru ve haklı değildir. Misaller, meselelerin aynası mesâbesindedir. Hükümleri anlamakda ve kuvvetle kavramakda rehberdirler. Halkın kanunları anlayabilmesini temin (1) ve mahkeme ve dairelerde zuhûr edecek olan yanlış tefsirlere peşinen manî olmak ve bu yanlış tefsirler yüzünden hakların heder olmamasını temin etmek için kanunlarda vuzûh şarttır. Bu gün mahkeme ve dairelerde dâva ve işlerin çoğalmasının sebeplerinden biri de işte bu vuzuhsuzluktur. Temyiz Mahkemesinin daireleri arasında tahaddüs eden ihtilâflar da bundandır.

Şunu kayd etmek yerinde olur ki, Mecelle'de az da olsa tenkid edilecek hükümler yok değildir: irade serbestisinin lüzumundan fazla tahdidi ve mal mağsubun taleb edilmese bile ecir misil lâzım gelmemesi o cümledendir. Hanefi içtihadları ile bağı kalmayarak büyük müçtehidlerden İbni Sübrime ve İmam Ahmet bin Hanbel'in içtihadlarına uygun olarak Nassa yani Kur'an'ın ve Sünnetin sârahatine muhalif olmamak şartıyla irade serbestisi ve İmam Şâfiî hazretlerinin içtihadları veçhile gasbolunan malda ecir misil lüzumu kabul olursa idi, halkın hal ve ihtiyacına daha muvafık olurdu. Şunu da hatırlatalım ki, muasır kanunlarda da tabii haklara, akıl ve mantıka aykırı bir kaç değil nice hükümler vardır.

BU hususları kısaca arzdan sonra Mecelle Hey'eti ilmiyesinin çalışma tarzı ile, Mecelle'nin ihtiva ettiği hükümlerin mer'iyete girmesi için iradelerin ne sûretle istihsal edildiğini izâha geçiyoruz :

Hey'et, biraz evvel söylediğimiz veçhile, 1284 tarihinde çalışmasına başlamış ve son kitabı olan «Kitab'ül-Kaza» 1293 tarihinde mer'iyete girmiştir. Velev ki Mecelle gibi yalnız muâmelâta dâir olsun 17 sene çok sayılmaz. Kısa müddet zarfında acele neşrolunan kanunların ömrü kısa olur. Gayeyi temin ve beşer münasebetlerini tatmin etmez. Sık sık tâdil zarûreti hâsil olur. Bu da bir hayli hakların ziyana ve tatbikatda ıtıratsızlık ve zorluklara sebep olur.

Hey'et muayyen zamanlarda reisin riyaseti altında toplanır, yazılacak mevzuların tarzı, tertip ve tahriri görüşülerek kaleme alınmak üzere içlerinden bir zâta havale olundu. Karar veçhile yazıldıktan sonra, tekrar kısım kısım ve madde madde üzerinde müdavele-i fikir edilerek kabul olunan tarz tesbit olunurdu. Mekteb-i Nüvvâbda tahsilde bulunduğumuz zaman Hey'et âzâsından Yunus Vehbi efendi merhum mektebde müdür idi. Bize ceryan eden müzakereleri ve bazı meseleler üzerinde geçen çetin münakaşaları anlatırdı. Bu zâtin anlattığına göre hiç bir madde müzâkere olunmadan kabul edilmezmiş.

(1) Kanunu bilmemezlik mazeret sayılmaz şeklindeki hukuk kâidesi başka tür-lü tatmin edilemez.

Her kitab hazırlandıkça bu kitap esbâb-ı mûcibe mazbatası ile Meclis-i Vükelâya takdîm olunur ve bu meclisce arz amîk müzakereden sonra bazı mühim meselelerin mûcib sebepleri gösterilerek, ittihaz olunan karar, arz tezkeresiyle makam-ı Hilâfete takdîm olunurdu. Mucebince amel oluna, yani mevki-i mer'iyet iradesi çıktıktan sonra, Mabeyin-i Hümayûn baş kitabetinden, sâdır olan İrade, Sadarete tebliğ edilirdi. Nitekim Hicrî 1286 tarihinde hazırlanan mukaddime ile birinci kitap makam-ı Sadârete, oradan da arz tezkeresi ile makam-ı Hilâfete takdîm olunmuş ve İradesi çıktıktan sonra baş kitabeden tebliğ olunmuştur. Diğer kitaplar hazırlandıkça bu yazdığımız veçhile irade istihsal olunurdu. Her kitabın esbabı mucibeli arz tezkereleri sûretleri merhum Ebul'ulâ beyin «Ahmet Cevdet Paşa» adlı eserinde aynen yazılıdır. Hukuk ilmi ile iştilal edenlere görmelerini tavsiye ederim.

Mecelle'ye iki makaleyi havi bir mukaddime ile başlanmıştır. Birinci makale Fıkhın tarif ve taksimine ve ikinci makale küllî fıkıh kâidelerine dâirdir. Veciz ve belîğ bir sûrette yazılan birinci makaleyi okumalarını kâilerimize hararetle tavsiye ederim. İkinci makale, 99 küllî Fıkıh kaidelerini ihtiva etmektedir. Bu kaidelerin mukaddime olarak öne alınması meselelerle istinâs ve hâdiselerde hareket noktalarıyla hükümlere intikali kolaylaştırmak içindir. Bu kâideler aynı zamanda hayat ve mantık vecizeleridir. Muhakkaktır ki, Mecelle'nin ihtiva ettiği meseleleri anlamakda büyük fâidesi olmuştur. Hatta zamanımız hukukunu ve hukuk ilminde tefsir ilminin anlaşılabilmesi için yalnız fâideli değil zaruridir. Ancak bu kâidelerden istifade ve beklenen faydaları elde edebilmek için üzerlerinde durup düşünmek lâzımdır. Esasen hukuk ilmi de bu zihnî faaliyetden başka bir şey değildir.

BİLMÜNASEBE söyleyelim ki, küllî kaidelerden başka, bir de umumî zâbitalar (esaslar) vardır. Bunlar küllî kaidelerden ayırılır. Muayyen mevzua dair umumî mefhum ve esaslardır. Kitab'ül-İcarede istilahat-ı fıkhiyeden sonra yazılan birinci bâbın mündericatı yalnız akdî icareye müteallik o nevi mefhum ve esaslardır ki zevabit-ı umumîye (umumî esaslar) ünvanı altında irad olunmuştur.

Her kitab hazırlanırken Hey'ete Cevdet Paşa riyaset etmiş ve metinlerin hepsi tetkik ve tashihinden geçmiştir. Yalnız zikri geçen «Ahmet Cevdet paşa» adlı eserde izah olunan sebeplerden dolayı müşarûn'ileyh bir ara riyâsetden ayrılmış ve riyâsete Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyeye âzâsından Ömer Hulûsi efendi merhum getirilmiş ve Cevdet paşanın riyâseti esnasında hazırlanan Kitab'ül-rehin reis olarak bu zât tarafından imzalanmıştı. Bundan sonra Ömer Hulûsi efendinin riyaset ettiği Hey'et tarafından «Kitab'ül-Vedîa» ünvanı altında vedîaya ait meseleler hazırlanarak mucebince amel olunmak üzere irâde-i Sultaniye istihsal edilmişti. Fakat bu kitab muhitde beğenilmemiş, itirazlara ve dedikodulara ma'ruz kalmıştı. Çünkü uslûp ve mündericat itibariyle evvelce çıkan kitaplara benzememekte idi. Bunun üzerine Cevdet paşanın tekrar riyasete getirilmesine lüzüm hâsıl olmuştur. Merhum bu defa Hey'etin başına gelince kendisi bulunmadığı zaman hazırlanıp iradesi çıkan Kitab'ül-Vedîa'yı, kusur ve noksanlarından bahsetmeksizin, Emânet, Vedîa ve Âriyetin «Kitab'ül-Emânât» ünvanı altında tanziminin daha muvafık olacağına Hey'eti ikna ederek «Kitab'ül-Vedîa» ba irade iptal ettirildikten sonra birer bâb olarak, Emanet, Vedîa ve Âriyet «Kitab'ül-Emânât» ünvanı altında tanzim olunmuştur. İptal olunan «Kitab'ül-Vedîa» kalmış olsa idi diğer kitapların uslûp ve mündericatına, kitabet ve tertib san'atına uymayan bu kitap dâima tenkid mevzuu olacaktı. Bundan sonra hazırlanan kitaplar da sonuna kadar Cevdet paşanın riyasetinde çalışan Hey'et tarafından hazırlanmıştır.

Mekteb-i Nüvvabda (Medreset'ül-Kuzatda) tahsilde bulunduğumuz zaman iptal olunmuş bir kitab olduğundan haberdar değil idik. Kuyucaklı ulemeden Âtîf bey merhumun oğlu Kemal Âtîf beyde bu kitabı görmüş ve bağdan sonuna kadar okumuştum. Filhakika diğer kitaplara hiç de benzemiyordu. Hükümleri doğru olmakla beraber tertib ve tahriri basit idi. Ebul'ulâ bey merhum, Ahmet Cevdet paşa adlı eserini yazarken böyle iptal edilmiş bir kitabın bulunduğuna muttâlî olmuş ve bu hususda malûmatım olup olmadığını bir mektupla benden sormuşdu. Ben de yukardaki ittilâmı kendilerine arz etmiştim.

İptal olunan «Kitab'ül-Vedîa» aramalara rağmen bulunamamış, nihayet Yıldız'dan Üniversite Kütüphanesine naklolunan kitaplar arasında bir tomar içinde bulunabilmiştir.

YUKARIDA da işaret ettiğimiz veçhile, Mecelle mütevasıt bir uslûpla başlamış, sonuna kadar öyle devam etmiştir. Müphem bir mesele ve hükme ve zaafı te'lif gibi bir noksana tesadüf olunmaz. Mecelle'nin sâdelik ve insicamını anlamak için eski ve yeni harflerle matbû olan mündericatına şöylece bir göz gezdirmek kâfidir.

