



Arş. Gör. Dr. Muhammed İkbâl SÖNMEZ

Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Cankiri Karatekin University, Faculty of Law

Çankırı, TÜRKİYE

muhammedikbalsonmez@karatekin.edu.tr

https://orcid.org/0000-0002-9670-6467

DOI: 10.70011/kahd.1662145

MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE’NİN TADİL EDİLMESİNE YÖNELİK YAPILAN ÇALIŞMALAR

*Studies on the Amendments and Revisions of the
Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*

Makale Bilgisi | Article Information

Makale Türü / Article Type:

Araştırma Makalesi / Research Article

Geliş Tarihi / Date Received: 20.03.2025

Kabul Tarihi / Date Accepted: 10.04.2025

Yayın Tarihi / Date Published: 31.07.2025

Yayın Sezonu / Pub Date Season: Temmuz / July

Cilt/Volume: 3

Sayı/Issue: 2

Atıf | Citation

Sönmez, Muhammed İkbâl “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin Tadil Edilmesine Yönelik Yapılan Çalışmalar”. *Karatekin Hukuk Dergisi* 3, sy. 2 (Temmuz 2025): 65-107.

Değerlendirme | Peer-Review

İki Dış Hakem / Çift Taraflı Körlleme

Double anonymized - Two External

İntihal | Plagiarism

Bu makale, Turnitin yazılımınca taranmıştır.

İntihal tespit edilmemiştir.

This article has been scanned by Turnitin.

No plagiarism detected.

Etik Beyan | Ethical Statement

Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunur.

It is declared that scientific and ethical principles have been followed while carrying out and writing this study and that all the sources used have been properly cited (Muhammed İkbâl SÖNMEZ).

Telif Hakkı | Copyright

Telif hakkı yazara aittir. (CC BY-NC 4.0) Uluslararası Lisansı altında lisanslanmıştır.

Copyright belongs to the author. Licensed under the (CC BY-NC 4.0) International License.

Etik Bildirim | Complaints

kahd@karatekin.edu.tr

Yayıncı | Published by

Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Çankırı Karatekin University Faculty of Law

Finansman | Grant Support

Bu araştırmayı desteklemek için dış fon kullanılmamıştır.

The author(s) acknowledge that they received no external funding in support of this research.

Özet

Tanzimat Fermanı'nın ilan edilmesinden önce başlayarak bu fermana zemin hazırlayan şartların ve fermanın ilanından sonra uygulanan politikalara yansıyan her türlü girişimin neticesinde Osmanlı Devleti'nin bir reform gerçekleştirme isteği değişik şekillerde vurgulanmıştır. Bu doğrultuda özellikle hukuki sahada gerçekleştirilmesi düşünülen çeşitli düzenlemeler, Tanzimat sonrası Osmanlı hukuk düzeni açısından önem arz etmenin yanı sıra devletin daha sonraki çabalarının bir başlangıcını oluşturmuştur. Söz konusu zaman diliminin fazlasıyla önemli bir ürünü olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye de böylesi bir ortamda ve çeşitli zorluklarla hazırlanmıştır. Mecelle, her ne kadar Osmanlı Devleti'nin Tanzimat sonrasında hukuk alanında gerçekleştirmeye çalıştığı modernleşme çabalarının önemli ürünlerinden biri olarak kabul edilse de hazırlandığı tarihsel ve toplumsal bağlam itibarıyla zamanla yetersiz kalmaya başlamıştır. Mecelle ayrıca gerek hazırlanma sürecinde karşılaşılan zorlukların gerekse devletin içinde bulunduğu konjonktürün etkisiyle tam bir medeni kanun olarak hazırlanamamış ve barındırdığı eksiklikler nedeniyle de eleştirilere uğramıştır. Bu itibarla Mecelle'nin eksik görülen yanlarının tamamlanması ve içerdiği maddelerin günün şartları gözetilerek tadil edilmesi için birtakım kanun hazırlama komisyonları kurulmuştur. Bu komisyonlar değişik zaman dilimlerinde faaliyet göstermişler ve ortaya somut bir birikim çıkarma noktasında gayret etmişlerdir. Bu çalışma, Mecelle'nin barındırdığı eksiklikleri gidermeye yönelik olarak sarfedilen çabaları, ilk elden kaynaklardan ve Osmanlı arşiv metinlerinden istifadeyle ortaya koymayı hedeflemiştir. Bu cümleden olmak üzere Mecelle'nin muhatap olduğu tadillerle eklemeleri ve bunları gerçekleştiren komisyonların faaliyetleri ele alınmak suretiyle Mecelle'deki değişiklikler gerekçeleriyle birlikte ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, Reform, Tadil, Komisyon, Kanun

Abstract

The Ottoman Empire's aspiration for reform was expressed through various initiatives both prior to and following the proclamation of the Tanzimat Edict. In this context, the legal reforms envisioned during the Tanzimat era played a pivotal role in shaping the Ottoman legal system and marked the onset of broader state-led modernization efforts. Among the most significant legal outcomes of this period was the Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, drafted under challenging circumstances and within a complex socio-political environment. Despite its importance, the Mecelle was not recognized as a fully comprehensive civil code and came under criticism for its limitations. In response, various law reform commissions were established to amend and supplement the Mecelle in line with contemporary realities. This study examines the activities of these commissions and the legal amendments they introduced, drawing on first-hand Ottoman archival materials. By analyzing the justifications for the modifications and additions made to the Mecelle, the study highlights the interplay between traditional legal principles and the pragmatic requirements of a transforming legal order.

Keywords: Mecelle, Reform, Amendment, Commission, Law

GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nde, Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra Batılı kurumlara olan ilginin de artmasıyla birlikte hız kazanan değişim süreci ve bunun hukuk alanındaki yansımaları değişik yönleriyle ele alınabilecek bir araştırma konusudur. Tanzimat'tan sonraki hukuki faaliyetler bütünü açısından bakıldığında ise bu dönemde uygulanmaya çalışılan hukukta reforma ilişkin birtakım girişimlerin nispeten somutlaştığı görülmektedir¹. Bu dönemin -diğer hukuki çalışmalarından sarfınazar ederek- yukarıda ifade edilen hukukta reforma yönelik girişimlerin belki de en önemli kazanımının Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye olduğu söylenebilir. Nitekim Tanzimat sonrası devletin hukuki bünyesinde gerçekleştirilen kanunlaştırma faaliyetleri ve yenilikler, odağın artık eksikliği fazlasıyla hissedilen bir alana, medeni hukuk alanına kaymasına sebep olmuş ve bu vesileyle bir medeni kanun hazırlanması fikri gündeme gelmiştir. Bu fikrin önemli bir sonucu olarak Mecelle'nin hazırlanması için harekete geçilmiş ve bu kodeksin ihtiyaca cevap verecek şekilde oluşturulmasına çalışılmıştır². Elbette zamanın şartları, devletin durumu ve daha birçok sebebe binaen Mecelle'nin, her ne kadar çok önemli bir çabanın ürünü de olsa günün ihtiyaçlarını karşılamaması konusunda eleştirilere maruz kalmaya başlaması çok sürmemiş, bu eleştiriler farklı zümreler tarafından gittikçe artan bir şekilde dile getirilmiştir³. Mecelle'nin eleştirilere konu olmasında; hazırlık sürecinde iç siyasi dengelerin korunmasına yönelik aşırı hassasiyetin gözetilmesi, maruz kalınan veya kalınabileceği öngörülen baskılar nedeniyle Hanefi mezhebi dışındaki görüşlerin ve dönemin şartlarına daha uygun çözümler sunabilecek Batılı hukuk sistemlerinden faydalanılmasının engellenmesi gibi etkenler belirleyici olmuştur. Bu durum, özellikle ihtilafli meselelerde daha kapsamlı ve zamanın şartlarına daha uygun bir yaklaşımın geliştirilmesini önemli ölçüde sınırlandırmıştır⁴.

II. Abdülhamid'in saltanatı boyunca, Mecelle'nin eksikliklerinin giderilmesine ve diğer hukuk alanlarında kapsamlı reform girişimlerine yeterince öncelik verilmediği görülmektedir. Özellikle bu dönemde, Tanzimat süreciyle ivme kazanan hukuk reformlarının, Mecelle'nin tamamlanmasının ardından medeni hukuk sahasında belirgin biçimde yavaşladığı söylenebilir. Bu gelişmede, dönemin yoğun iç ve dış siyasi meseleleri ile merkezîyetçi yönetim anlayışının etkili olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim XIX. yüzyılın son çeyreği, Osmanlı Devleti açısından dış politikada kırılganlıkların arttığı, iç güvenlik ve düzenin korunmasına öncelik verilen bir dönem olmuştur. Bu çerçevede hukuk alanı, bir süreliğine devletin reform gündeminde arka planda kalmış ve bu sahada daha sınırlı adımlar atılmıştır. Ancak Meşrutiyetin iadesiyle (II. Meşrutiyet)

* Bu makale, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalında yapılan Doktora çalışmasından istifadeyle kaleme alınmıştır.

¹ Tanzimat Dönemi'nde tatbik sahasına konulan birçok hukuki düzenleme ve bu dönemde faaliyete başlayan fazlaca hukuki müessese mevcuttur. Bu hukuki faaliyetlere ilişkin genel bir bilgi için bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat* (İstanbul: Maarif Matbaası, 1940), 3-73; Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi* (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2020), 39-175; Mehmet Âkif Aydın, *Osmanlı Hukuku* (Ankara: İSAM Yayınları, 2020), 330-357; Abdullah Vefa Karataş, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Yargılama Hukukunda İstinâf* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 137-185.

² Mecelle'nin hangi konjonktürde ve nasıl bir sürecin sonunda hazırlandığıyla ilgili olarak dönemin kaynaklarına yansıyan kimi ifadeler için bkz. Düstûr, Birinci tertip, cilt 1 (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1289), 23-27; Ahmed Cevdet Paşa, *Tezâkir-i Cevdet*, yay. Cavid Baysun, cilt 1 (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1953), 62-64; *Said Paşa'nın Hatıratı*, cilt 1 (Dersaadet: Sabâh Matbaası, 1328), 6; Ali Fuâd, *Ricâl-i Mühimme-i Siyâsiyye* (İstanbul: Yeni Matbaa, 1928), 127; Ahmed Cevdet Paşa, *Ma'rûzât*, haz. Yusuf Halaçoğlu (İstanbul: Çağrı Yayınları, 1980), 199-201.

³ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "İsviçre Medeni Kanunu Karşısında Türk Medeni Kanunu," *Medeni Kanun'un XV. Yıl Dönümü İçin* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1944), 339-406, burada 346-347; Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle* (İstanbul: OSAV Yayınları, 1997), 307-310.

⁴ Gürsoy Akça ve Himmet Hülür, "Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri," *Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, sayı 19 (2006), 315; Mehmet Âkif Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı," *Osmanlı Araştırmaları*, cilt 9, sayı 9 (1989), 31-50; Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi* (Konya: Sayram Yayınları, 2014), 557-564.

birlikte hukuki düzenlemeler yeniden ivme kazanmış; ceza, ticaret ve idare hukukuna ilişkin önemli reform çabaları bu dönemde gündeme gelmiştir. Dolayısıyla, II. Abdülhamid dönemi, hukuk alanında genel bir duraklama süreci olarak nitelendirilebilse de bu durum mutlak bir atalet değil, daha çok seçici ve kontrollü bir reform yaklaşımını yansıtmaktadır. Hukuki faaliyetler, II. Abdülhamid döneminin nihayete ermesine yakın bir zaman diliminde ve Meşrutiyet'in de iadesiyle (II. Meşrutiyet) birlikte tekrar hareketlenmeye başlamıştır. Öyle ki hukuki meselelerin gündemdeki yerini tekrar kazanmaya başladığı bu dönem, birçok faaliyetin başlangıcını temsil etmektedir. Bu cümleden olmak üzere 1889 yılında faaliyetleri tatil edilen Mecelle Cemiyeti 1909 yılında tekrar kurulmuş⁵ ve bu cemiyet için yürütecekleri hukuki çalışmalar için bir nizamname kaleme alınmıştır⁶. Diğer taraftan Mecelle Cemiyeti'nin kurulmasından yaklaşık yedi sene sonra kurulan İhzar-ı Kavânin Komisyonları, yürüttükleri faaliyetleri itibarıyla hem yeni bir süreci başlatmış hem de Mecelle Cemiyeti'nin yeniden kurulma amaçlarını taşıyarak çalışmalara başlamıştır. 1332/1916 Mayıs ayı itibarıyla kurulan İhzar-ı Kavânin Komisyonları; Kanun-ı Medeni Komisyonu, Hukuk-ı Aile Komisyonu ve Kanunname-i Ticaret Komisyonu adındaki üç asıl komisyondan oluşmuştur⁷.

Mecelle üzerine gerek Hukuk Tarihi gerekse İslam Hukuku alanlarında çok sayıda önemli çalışma yayınlanmıştır. Mecelle'nin değişik yönleriyle ele alındığı bu çalışmalardan bir kısmı bizim de çalışmamızın kapsamına giren hususları ele almıştır⁸. Bu çalışmalardan farklı olarak bizim çalışmamızda Mecelle tadilleri konusu bir bütün olarak incelenmiştir. Şu hâlde çalışmamızda önce Mecelle'de geçtiği şekliyle maddeler aktarılmış, ardından komisyonlarca gerçekleştirilen tadiller yazılmıştır. Tadilleri yapan komisyonlara ilişkin bilgilere ve bu komisyonların gerçekleştirdiği tadillere yönelik farklılıklara değinilen bu çalışmada ayrıca bütün bu gerçekleştirilen tadiller için hazırlanan esbâb-ı mûcibe mazbataları özetlenerek hangi komisyonun nasıl bir gerekçeyle, ilgili maddeyi değiştirdiği tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu çalışmanın içeriğine yansıyan bir başka husus ise özellikle 1916/1332 tarihli Mecelle Tadil Komisyonunun gerçekleştirdiği tadiller için hazırladığı esbâb-ı mûcibe mazbatalarında yer alan alıntıların kaynağını tespit etmek olmuş ve her iki komisyonun meclis tutanaklarına geçen faaliyetlerine atıf yapılmıştır.

Çalışmanın bağlamından kopmamak adına tarihi arka plana ait yukarıdaki bilgilerle iktifa edilmesi durumunda kalınmıştır. Çalışmanın devamında ise yukarıda değinilen komisyonlardan Mecelle tadillerini gerçekleştiren komisyon olan Kanun-ı Medeni Komisyonuna ilişkin bilgilere

⁵ 1909 sonrası tekrar kurulan söz konusu cemiyetle ilgili olarak sınırlı bir bilgiye ulaşılmış ve cemiyetin hangi faaliyetlerde bulunduğu, ortaya bir birikim koyup koymadığı tarafımızca tespit edilememiştir. Özellikle Meclis tutanakları, çeşitli arşiv belgeleri ile dönem dergi ve gazeteleri tarafımızca taranmış ancak cemiyetin teşkiline ilişkin ve birtakım genel geçer malumat dışında Mecelle Cemiyeti'nin hangi somut çalışmalarda bulunduğuyla ilgili bir malumatla karşılaşmamıştır.

⁶ Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi, 5 Ağustos 1325, Devre 1, cilt 6, içtima 137, ek 6; Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 176. Mecelle Cemiyeti'nin faaliyet göstereceği alanlar ve cemiyet için hazırlanan nizamnameye ilişkin bilgiler için ayrıca bkz. Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi, 5 Ağustos 1325, Devre 1, cilt 6, içtima 137, ek 7-10; "Mecelle Cemiyeti Nizamname Layihasının Suret-i Muaddelesidir," *Beyanü'l-Hak*, 13 Eylül 1909; "Mecelle Cemiyeti Hakkında Hükümetten Varid Olan Kanun Layihasının Tadiline Dair Encümen-i İlmiyye Mazbatası," *Beyanü'l-Hak*, 6 Eylül 1909.

⁷ Söz konusu komisyonların mesai usulleri ve başkan ile üyelerine verilecek ücretlere dair on iki maddelik bir talimatname hazırlanmıştır. Bu talimatname için bkz. *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 6, sayı 149, 67.

⁸ Bu çalışmalardan bazıları için bkz. Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 353-377; Ahmet Akgündüz, "1920-1924 Yılları Arasında Yapılan Mecelle Ta'dilleri ve Mezheplerarası Mukayese Uygulaması," *Uluslararası Mecelle Sempozyumu*, ed. Fethullah Soyubelli (Bursa: Bursa Kültür A.Ş., 2021), 25-84.; Ahmet Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (İstanbul: OSAV Yayınları, 2017), 78-175; Ayşegül Çoban, "Mecelle'nin Ta'dil Edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" (Yüksek lisans tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), 23-71; İhsan Akay, "Klasik Fıkıh Literatüründeki Külli Kâidelerle Mecelle'deki Külli Kâidelerin Karşılaştırılması," *Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi*, Diyarbakır: Şarkiyat Bilim ve Hikmet Vakfı, 14-17 Eylül 2017, 267-286.

ve bu komisyon tarafından kaleme alınan Mecelle'ye yönelik tadil ve ilavelere değinilmesi amaçlanarak hareket edilmiştir. Bu meyanda ayrıca 1340/1924 yılında mesai yürüten bir başka Mecelle komisyonunun ortaya koyduğu birikim ele alınarak çalışma nihayete erdirilmiştir.

I. KANUN-I MEDENÎ KOMİSYONU VE MECELLE'Yİ TADİL ÇALIŞMALARI

1332/1916 tarihli İhzar-ı Kavânîn Komisyonlarından biri olan Kanun-ı Medeni Komisyonu, 30 Temmuz 1332 (12 Ağustos 1916) yılında Adliye Nezareti kütüphanesinde yapılan toplantıyla faaliyetlerine bilfiil başlamıştır⁹. Komisyonun, başkan ve üyeleri şu kimselerden oluşmaktadır¹⁰:

Başkan: Kastamonu Mebusu ve eski Adliye Nazırı Mehmed Necmeddin Bey

Üye: Meşihat-ı Ulya eski Müsteşarı Ebül'ulâ Bey

Üye: Şura-yı Devlet Tanzimat Dairesi Başkanı Sadeddin Bey

Üye: İzmir Mebusu Seyyid Bey

Üye: Burdur Mebusu Seyyid Haşim Bey

Üye: İlâmât-ı Şer'iyeye Müdürü Âli Bey

Üye: Beyoğlu Sulh Hâkimi Abdurrahman Münib Bey

Üye: Ziraat ve Ticaret Nezaret-i Celilesi Müsteşarı Mustafa Şeref Bey

Üye: Saruhan Mebusu Mustafa Fevzi Efendi

Üye: Karahisar-ı Şarkî Mebusu Muammer Raşid Bey

Üye: Ticaret-i Bahriye Mahkemesi Başkanı Yusuf Ziya Bey

Müşavir üye: Darülfünun-ı Osmanî Hukuk Fakültesi Muallimi Dr. Erich Nord

Kâtip: Umur-ı Hukukiye Müdür Muavini Haralambos Efendi

Kâtip: Darülfünun-ı Osmanî Hukuk Fakültesi Muallimi Mişon Efendi

İsimleri anılan üyelerin¹¹ katılımıyla eski Adliye Nazırı Necmeddin Bey'in başkanlığında gerçekleştirilen ilk toplantıda, hazırlanacak olan kanun layihasının dayanacağı hukuki ilkelerin ve esasların öncelikli olarak belirlenmesi ve akabinde kayıt altına alınması, üyelere Seyyid Haşim Bey tarafından teklif edilmiştir. Mesele derinlemesine incelenmiş ve yapılan görüşmeler neticesinde her kanun maddesinin dayanacağı esasın o maddenin tespit edilmesi sırasında incelenerek kabul edilmesi görüşüne karşılık ilk olarak medeni kanunda kabul edilmesi düşünülen hukuki esasların tespit edilmesi ve devamında kanun layihasının hazırlanmasına girişilmesi şeklindeki görüş oy çokluğuyla kabul edilmiştir.¹² Söz konusu hukuki ilke ve esasların tespit edilmesi için de Seyyid Bey'in başkanlığında, Ebül'ulâ, Seyyid Haşim, Abdurrahman Münib ve Muammer Raşid Beylerden müteşekkil bir tali komisyon oluşturulmuştur¹³. Bu komisyon hiç

⁹ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 6, sayı 150, 128.

¹⁰ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 6, sayı 149, 65.

¹¹ Söz konusu komisyonda yer alan başkan ve üyelerin ünvanları, atıfta bulunulan kaynaktan hareketle yazılmıştır. Bu kimselerin, ilgili komisyonda görev yapmalarından önceki ve sonraki yaşantılarında daha başka görevlerde bulundukları görülmektedir. Ayrıca tarafımızca yapılan araştırmada Kanun-ı Medeni Komisyonu üyelerinin ne şekilde seçildikleriyle ilgili müstakar bir bilgiye ulaşılamamıştır. Bkz. *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 6, sayı 149, 65.

¹² Söz konusu müzakerede kimlerin ve neden olumsuz oy kullandığı belirtilmemiştir. Bkz. *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 6, sayı 150, 128.

¹³ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 6, sayı 150, 128.

vakit kaybetmeden çalışmalara başlamış ve yakın zamanda genişçe bir layiha hazırlayarak birçok esas tespit etmiştir.

Kanun-ı Medeni Komisyonu, faaliyet gösterilen alanın genel itibarıyla *Mecelle'nin tevsiyan tadili* hakkında olması bakımından gerek arşivin bir kısmında gerekse bazı kaynaklarda Kanun-ı Medeni Komisyonu olarak değil de Mecelle Komisyonu olarak yer almıştır¹⁴. Dolayısıyla ileride incelenmeye çalışılacak olduğu üzere ortaya çıkan somut birikimin büyük bir kısmı Mecelle ile ilgili olmuştur. Söz konusu komisyonun faaliyetlerine dair ayrıntılara yer verilmeden önce tali komisyonun hazırladığı layihanın ve tespit ettiği esasların ele alınmasının faydalı olduğu kanaatine varılmıştır. Zira hazırlanan layiha pek çok açıdan daha sonrası için bir temel basamak teşkil etmiştir.

Tali komisyonun layihasında yer alan 1. esas, şer'î naslarla ve sabit olan şer'î hükümlerle çelişmemek kaydıyla fakihler arasında ihtilaflı olan içtihadî konularda fakihlerin konuyla ilgili görüşlerinin araştırılarak hangi görüşün zamanın şartlarına uygun olduğunun belirlenmesi suretiyle o görüşle amel edilmesine yöneliktir¹⁵. Bu esasın kabul edilmesinin gerekçesine bakıldığında ise müçtehitler arasında ihtilaflı olan meselelerde ortaya konulan rey ve içtihatların zannî olduğu, dolayısıyla bütün fıkıh mezheplerinin çabalarının eşitliğine binaen içtihadı konu meselelerde devlet başkanı hangi müçtehidin görüşüyle amel edilmesini emrederse onunla amel edilmesinin gerekliliği ve bu konunun ise hem fıkıh kaynaklarında hem Mecelle'nin 1801. maddesinde hem de Mecelle'nin esbâb-ı mucibesi mazbatasında tereddütsüz kabul edildiği hususlarının yer aldığı görülmektedir¹⁶.

Yukarıda söz konusu edilen 1. esasla birlikte farklı mezheplere ve fıkıh kitaplarına müracaat edildiği hâlde günün şartlarının ortaya çıkardığı yeni meselelerin çözümü hususunda bir birikim bulunamaması veya yeterli gelmemesi durumunun tartışıldığı komisyonda bir başka esasın daha kabul edilmesi düşüncesi ağır basmıştır. Öyle ki yeni ihtiyaçlar doğrultusunda tespit edilecek hükümlerde; yürürlükte bulunan hükümlerle fikhî hükümlere, düzen ve uyumu bozmadığı sürece, tüm hukuki kurumlardan istifade edileceği 2. esas olarak kabul edilmiştir¹⁷. Söz konusu esasın yazılma gerekçesinde bu esasın kabul edilmemesi hâlinde, haklarında yasaklandığına dair herhangi bir nas bulunmayan ve pratik sahada cereyan eden birçok muamelenin, sadece cüzi fıkıh birikimine uymaması nedeniyle butlan veya fesadına hükmetmek gerekeceği ifade edilmiştir. Bu nedenle gerekçenin devamında, “Allah, size kolaylık diler, zorluk dilemez”¹⁸ ve “...size din konusunda hiçbir güçlük yükledi”¹⁹ ayetleri ile “Kolaylaştırın zorlaştırmayın; müjdeleyin, nefret ettirmeyin!”, “Dininizin en hayırlısı en kolay olanıdır” hadisleri delil gösterilerek bu mantığa binaen söz konusu muameleleri, fesat ya da butlan şeklinde

¹⁴ Ceride-i Adliye, 1332, cilt 7, sayı 160-161-162, 863; Ayrıca Mecelle Komisyonunun sadece bir isimlendirme farkı olmayıp aynı zamanda Kanun-ı Medeni Komisyonuna bağlı ayrı bir tali komisyon olma ihtimali de vardır. Nitekim bazı arşiv belgelerinde Kanun-ı Medeni Komisyonu içerisinde bulunmayan bazı üyelerin varlığı ve iki isimlendirmenin de aynı belgede yer alması bu kanaati desteklemektedir. Bkz. **Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (DABOA)**, Bâb-ı Âlî Evrak Odası (BEO), fon no. 4693, gömlek 351906; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 178.

¹⁵ Bu esas layihada şu şekilde ifade edilmiştir: “Nusûs-ı katia-ı şer'îyye ile sabit ahkâmı şer'îyyeye muhalif olmamak şartıyla beyne'l-fukahâ muhtelefünfih olan mesail-i içtihadîye de akval-i fukahâ bi'l-istikra tetkik olunarak hangi müçtehidin kavli ihtiyâcât-ı hâzırâya tevafuk ediyorsa onun reyi bi't-tercih Mecelle'nin ol baptaki mevâdd-ı mahsûsası ona göre tadil olunacaktır.” Bkz. *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 7, sayı 160-161-162, 863.

¹⁶ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 7, sayı 160-161-162, 863.

¹⁷ Bu esas layihada şu şekilde ifade edilmiştir: “İhtiyâcât-ı cedîdenin vazına lüzum gösterdiği ahkâmda, ahkâm-ı mevzua ve fikhîyemiz ile insicam ve tenazuru muhafaza şartıyla bi'l-umum müessesât-ı hukukiyeden istifade edilecektir.” Bkz. *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 7, sayı 160-161-162, 864.

¹⁸ el-Bakara 2/185.

¹⁹ el-Hac 22/78.

يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ

وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ

yorumlamaktan ziyade imkân nispetinde sıhhatte yormanın, Şâri‘in maksadına daha uygun olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Hanefî mezhebinde *istihsan*, Mâlikî mezhebinde *istislâh*, Şâfiî mezhebinde *ibâha-i asliye-yi istishâb* gibi içtihat usullerinin varlığı ve “*Meşakkat teysîri celbeder*”, “*Hâcet-i umumi olsun, hususi olsun zaruret menzilesine tenzil olunur*”, “*Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar*”, “*Eşyada asıl olan ibahâdır*” gibi külli kaidelerin delaleti, 2. esasın gerekçelendirilmesi için sunulmuştur.²⁰ Son olarak 1909 yılında tadil edilen Kanun-ı Esasi’nin 118. maddesinde²¹ yer alan ifadelerin de ortaya koyduğu gibi öncelikle fıkıh ahkâmına müracaatla meselelerin çözülmesi ancak buralarda herhangi bir temelin bulunamaması durumunda fıkıh ahkâmına uygunluğu şartıyla diğer birtakım hukuk birikiminden yararlanılarak iktibas yapılması düşüncesi, 2. esasın kabul edilmesinde rol oynamıştır²².

Tali komisyon tarafından kaleme alınan iki genel esasa ek olması ve bununla birlikte tadil edilecek bütün kanun maddelerinin hazırlanmasında göz önünde bulundurulmak üzere üçüncü bir esasın ilave edilmesi uygun görülmüştür. Neticede kanun maddelerinin oluşturulmasında ve düzenlenmesinde; hâkimlere fazla bir takdir yetkisi bırakmamak adına mümkün merteye açık olunmasına yönelik 3. esas kabul edilmiştir²³. Bu esasın gerekçesinde ise ehil ve yeterli âkimlerin azlığı sebebiyle kanun maddelerinin kaleme alınırken kimi devletlerde olduğu gibi hâkimlere fazlaca takdir yetkisinin tanınmasıyla birçok hatanın ortaya çıkması durumunun ve görevini kötüye kullanma niyetinde olanlara da genişçe bir alan açılması hususunun önüne geçmek olduğu belirtilmiştir. Bu doğrultuda kanun maddelerinin mümkün derecede açık yazılarak hâkimlere fazlaca takdir yetkisi tanınmaması amacı bu esasın temel gerekçesini oluşturmaktadır²⁴.

Layihanın devamında, yukarıda ele alınan üç temel esasın yanında bu esaslara bağlı birtakım esaslar daha tespit edilerek kayıt altına alınmıştır. Daha münferit meselelerle ilgili olan bu esaslar yeri geldikçe ifade edilmeye çalışılacaktır. Şu hâlde tali komisyonun hazırladığı layiha, içerdiği hususlar bakımından önemli birçok konuya temas etmiştir. Öyle ki Batı hukuk sistemi ve mevzuatından yapılan aktarımlar ile tartışılan meselelerin çözümü noktasında Batı hukukuna ait uygulamalara değinilmesi dikkati çekmektedir. Layihada ele alınan konularda önce günün şartları ortaya konulmuş daha sonra Batı hukuk mevzuatı özellikle de Fransız, Alman ve İsviçre Medeni-Borçlar Kanunlarında yer alan kurallar incelenmiş ve bu kurallardan yararlanılması sağlanmıştır.²⁵ Nitekim layihada özel hukuka dair *taksir* (kusurluluk) konusu detaylı bir şekilde işlenmiş, bu konuda gerek Fransız gerekse Alman ve İsviçre kanunlarından aktarımlar yapılmıştır. Bazen madde madde bazense bir anlayış olarak söz konusu Batı mevzuatı incelemeye tabi tutulmuştur. Bu incelemeye binaen bazı noktalarda Batı mevzuatı uygun bulunarak iktibas edilmiş diğer bir kısmında ise inceleme sonucunda fıkıh müktesebatının, ilgili konuda yeterli ve günün şartlarına daha uygun olduğu belirtilmiştir²⁶. Örnek olarak mukavele serbestisi konusu ele alınırken

²⁰ Mustafa Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kâideleri* (İzmir: Tibyan Yayıncılık, 2015), 68, 78, 98.

²¹ Kanun-ı Esasi Madde 118: “*Elyevm düstürü’l-amel bulunan nizâmât ve teamül ve âdât ileride vazolunacak kavânin ve nizâmât ile tadil veya ilga olunmadıkça meriyyü’l-icra olacaktır. Kavânin ve nizâmâtın tanziminde muamelât-ı nâsa erfak ve ihtiyâcât-ı zamana evfak ahkâm-ı fikihiye ve hukukiye ile âdâb ve muamelat esas ittihaz kılınacaktır.*” Bkz. Düstür, İkinci Tertip, cilt 1 (Dersaadet: Matbaa-i Osmaniye, 1329), 643.

²² *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 7, sayı 160-161-162, 864.

²³ Bu esas layihada şu şekilde ifade edilmiştir: “*Mevâdd-ı kanuniyenin tertip ve tanziminde her cihet mümkün olduğu kadar tasrih edilerek hükkâma fazla salahiyet-i takdiriye bahşedilmeyecektir.*” Bkz. *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 7, sayı 160-161-162, 864.

²⁴ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 7, sayı 160-161-162, 864.

²⁵ Kanun-ı Medeni Komisyonu tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerde ortaya çıkan en önemli hususlardan biri, komisyonun müzakere gündemine aldığı konularda, günün şartları ve insanların-toplumun ihtiyaçlarının daima göz önünde bulundurulmasıdır. Komisyon, bu nedenle nispeten daha erken dönemde ortaya konulmuş Fransız hukuk müktesebatından istifade etmenin yanı sıra daha yeni olan Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarından da fazlasıyla istifadede bulunmuştur.

²⁶ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 7, sayı 160-161-162, 867-876; Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, 168-169.

müçtehit ve fakihlerin görüşleri üzerinde durulmuş, en nihayetinde günün şartları açısından en uygun olanın akit ve muamelelerde serbestinin sağlanmasına dair düşünce olduğu kabul edilmiştir. Mukavele serbestisi, müçtehitlerin çoğunluğunun olumsuz kanaatine rağmen İbn Şübrüme'nin görüşüyle temellendirilmek suretiyle desteklenmiştir²⁷. Dolayısıyla mevcut fikhî birikim, tebaa arasında problem doğuran bir meselenin çözümü hususunda yeterli olmuş ve incelenmesine rağmen bu konuda Batı mevzuatına başvurulmamıştır.

Tali komisyon, Mecelle maddelerine yönelik incelemelerinde de sadece fikhî müktesebatından değil Batı hukuk mevzuatından istifade etmeye gayret göstermiştir. Bu meyanda önce Batı hukukunun ilgili maddeleri aynen alınmış daha sonra hangisinin tercih edildiği ya da edilmediği detaylıca açıklanmıştır. Komisyonun Batı'dan aktarılan kurallara yönelik değerlendirmelerinde gözetilen ölçütün, söz konusu kuralların genel olarak günün şartlarına uygunluğu ve *akla ve mâdelele muvafık olması* hususları olduğu belirtilmiştir²⁸.

Tali komisyonca hazırlanan layihada dikkat çeken bir diğer konunun ise yapılan incelemelerde yalnızca Fransız, Alman ve İsviçre mevzuatıyla yetinilmemesi aynı zamanda İngiltere, Amerika, Avusturya, Macar kanunlarının da dikkate alınmak suretiyle yararlanılması ve Roma hukukundaki bazı müesseselere de ayrıca yer vermeye çalışıldığı hususları olduğu görülmektedir²⁹.

Yukarıda değinilenler ışığında, Kanun-ı Medeni Tali Komisyonunun tespit ettiği usul ve esaslar doğrultusunda çalışmalara başlayan komisyon üyeleri Mecelle'yi etraflıca incelemeye ve gerekli tadilleri yapmaya girişmişlerdir. Ortaya konulan çalışmaların neticesinde Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'u ile Kitabü'l-İcâre kısımları bazı tadil ve eklemelere konu olmuştur. Sonraki başlıklar altında komisyon raporlarından elde edilen detaylı ve uzunca bilgiler başlıklar hâlinde özetlenmeye çalışılacaktır.

A. MECELLE'NİN KİTABÜ'L-BÜYÛ'UNUN TADİLATINA DAİR YAPILAN ÇALIŞMALAR

Mecelle Komisyonunun (Kanun-ı Medeni Komisyonu) uzun sayılabilecek bir sürede hazırlayarak raporlaştırdığı Mecelle tadillerini içeren kanun layihası ancak Şubat 1338 (Şubat 1922) yılında yayımlanabilmiştir. Söz konusu layiha gayet detaylı olarak hazırlanmıştır. Yapılan çalışmalar ve tespit edilen birikim kayda değer olmakla birlikte ortaya konulan çalışmanın sınırlılığına dikkat çekmek gerekmektedir. Öyle ki 1332/1916 yılında kurulan komisyonca, Mecelle'nin on altı kitabından yalnızca ikisi tadil edilerek bazı ilavelerle desteklenmiştir. Ortaya konulan çalışma her ne kadar sonraki süreçlere katkı sağlamışsa da komisyonların kuruluş aşamasında belirtilen hedefler tam anlamıyla gerçekleştirilememiştir. Elbette bu durumun yaşanmasının birtakım nedenleri vardır. Diğer taraftan Osmanlı Devleti'nin yer aldığı ittifakın mağlup olduğu, I. Dünya Savaşı ve Millî Mücadele yıllarını içeren bu dönemdeki tadil faaliyetlerinin böyle bir yekûna ulaşması dahi başarı olarak belirtilebilir³⁰.

²⁷ Ceride-i Adliye, 1332, cilt 7, sayı 160-161-162, 865-867.

²⁸ Ceride-i Adliye, 1332, cilt 7, sayı 160-161-162, 876-881.

²⁹ Ceride-i Adliye, 1332, cilt 7, sayı 160-161-162, 886-887.

³⁰ Nitekim komisyonun hazırladığı kanun layihasının başında yer alan ifadelerde bu duruma temas edilerek şöyle denilmiştir: "İhtiyac-ı zamana binaen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin bazı maddelerinin tadili ve noksanının ikmali zımında teşekkül eden encümenimiz bu vazifenin ağırlığını müdrik idi. Çünkü husul-ı maksada hizmet, ihtiyac-ı zamanı ve memleketteki örf-i hâss ve örf-i âmmu bilmekle beraber ilm-i hukuka dair birçok müdevvenatı tettebbu ve

Söz konusu zaman ve zeminde Mecelle Komisyonunun üstlendiği işin fazlasıyla girift ve zor olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Nitekim Mecelle'nin ihtiyaç duyulan tadillerin yapılmak üzere baştan sona incelenmesi, eksikliklerin belirlenmesi, günün şartlarının tespit edilerek bu şartlara uygun hüküm aranması ve bu hükümler arasında tercih yapılması gibi durumlar komisyonun nasıl bir mesaide bulunduğunu ortaya koymaktadır. İfade edilen zorlukların farkında olan komisyon üyeleri tarafından hazırlanan layihada bu hususlardan bahisle birtakım prensipler belirlenmiş ve komisyon üyeleri yoğun bir mesai harcayarak çalışmalarını sürdürmüşlerdir. Ayrıca komisyon üyelerince maddelerin tadilinde ve yeni maddelerin tespitinde farklı mezheplerden yararlanma eğilimleri ve süreci nasıl yürüttükleri ortaya konulmuştur³¹. Bu bilgiler ışığında, devamında yapılan çalışmalar neticesinde hazırlanan tadiller ve ilavelere geçilmiş madde madde söz konusu faaliyetler gerekçesiyle izah edilmiştir³².

Nihayet ana hatlarıyla değinilen bu sürecin ardından aşağıdaki kısımda komisyon tutanaklarından ve yayınlanan layihadan elde edilen bilgelerin sunulmasına, Mecelle'de yer aldığı şekliyle maddelere ve layihayla yapılması düşünülen tadillerin aktarılmasına ve varsa bu tadillerin esbâb-ı mücibesi ile gerekli görülen malumatın özetlenmesine çalışılacaktır³³. Dolayısıyla ilk

ahkâmında tebahhura muhtaç olduğu ve hâlbuki her taraftan ervahı tazyik etmekte olan ahvâl-i zamaniyenin huzur-ı bâl ile iştigale müsbet olmadığı takdir ediyordu. Lakin (ما لا يدرك كله لا يترك كله) kaidesine binaen ve Allah Teâlâ'nın (وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ) ayet-i kerimesi hükm-i münîfine itimaden bezl-i makdereti, imtinadan ahsen gördü. Zaten beyne'n-nâs icra-yı adalet ve imha-yı zulüm ve mezellele kefil olan kanunların tekemmülü tedrici olacağı cihetle noksanımızın bizden sonra gelecek erbab-ı fazl ve kemâl tarafından ikmal olacağı itimadıyla müstâinen bi'llah mücadele-i fi'l-laha besmele keşi mübâderet olundu." Bkz. Ceride-i Adliye, 1332, cilt 1, sayı 2, 92.

³¹ Bu meyanda belirtilen şu ifadeler komisyonun faaliyet tarzını yansıtmayı bakımından önemlidir: "Mezâhib-i İslamiye dairesinde cevelân-ı mesail-i şer'iyeye-i fer'iyede meslek-i taklide sülûk olup bunun cevaz ve adem-i cevazı dahi muhtelifünfih ise de derece-i içtihadı ihraz için muktezi olan kudretin hayli zamandan beri fıkdanı hasebiyle Kitap ve Sünnet'e muttali ve onlardan istinbât-ı ahkâma muktedir olanların rivayetleriyle amel vacip olmuş olmakla encümenimizce de o vücûba ittibâ zaruri görüldü. Vakıa mezâhib-i İslamiye dairesinde cevelan mezhepten mezhebe intikal ve hadisat-ı müteaddide ve mesâil-i muhtelifede muhtelif mezheplerin ihtiyarını müstelzim bulunmuş ve bu ise bazı ulema tarafından men olunmuş ise de, diğer bazı ulema taklit için bir mezheb-i muayyenin iltizamı lazım olmadığını ve binaenaleyh hadisat-ı müteaddide ve mesâil-i muhtelifede mezâhib-i müteahâlifeye ittibânın caiz olduğunu beyan ve ashâb-ı güzîn -ırdvânüllâhi aleyhim ecmaîn- hazerâtının bazı mesâilde kendilerinden bazısını ve bazı mesâilde diğerlerini taklit edenler hakkındaki sükütlarını delil olarak ityân etmişlerdir. Hele (nâsın muamelatını iptalden ise mehmâ-emken şer'e takrip evlâdır) kaidesi ve inde'z-zarûre mezhebinin gayrıyla amel eden mazurdur fetvası, cevaz cihetini takviye eden delâilden bulunduğu gibi, bir Cuma namazı için hamamda guslettikten ve Cuma namazını kıldıktan sonra guslettiği hamamın kuyusundan bir fare-i meyyite çıktığını haber alan eimme- i Hanefiyye'den Ebû Yusuf -rahmetullâhın- (نَأْخُذُ بِقَوْلِ إِخْوَانِنَا مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ: إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ قَلْتَيْنِ لَمْ يَحْمِلْ خِيْنَا) diye Cuma namazını iade etmemesi hadisenin vukuundan sonra da cevazın pek vazih bir delili görüldü. Bu hususta içtinap olunacak nokta katiyen memnu olan telfike düşmekten yani hadise-i vahidede müteahâlif mezhepleri cemetmekten ibaret olup encümenimiz dahi bu vartadan tebâüdü elzem gördü." Bkz. Ceride-i Adliye, 1332, cilt 1, sayı 2, 92-93.

³² Bu durum layihada şöyle ifade edilmiştir: "Kitabü'l-Büyû'dan bed' ile Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Peyderpey kiraat ve tetkik ve ihtiyâcât-ı zamana vukufumuz nispetinde der-pîş ve mezâhib-i İslamiye'ye dair müdevvenât-ı mevcûde tettebbu olunarak tekrardan ve fi zamanına lüzumu görülmüş mesâili idhâlden içtinap ile nâsa erfak ve zamana evfak surette bazı maddeleri tadil ve mevcut olmayan bazı mevâd dahi ait oldukları bab ve fasıllar irâe olunarak tekmile tarzında ilave ve her kitap hakkındaki tetkikat resîde-i hitam oldukça o kitaba ait mevâd-ı muaddele ve munzamının tahriri tensip olundu." Bkz. Ceride-i Adliye, 1332, cilt 1, sayı 2, 93.

³³ Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'una dair yapılan tadil ve ilavelerin tamamı için bkz. **Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi (DABCA)**, fon: 30-18-1-1, kutu: 6; Mecelle tadilleri için ayrıca bkz. Akgündüz, "1920-1924 Yılları Arasında Yapılan Mecelle Ta'dilleri...", 25-84.

olarak Mecelle'de yer alan hükümlere yönelik tadiller daha sonra ise Mecelle'ye ilave edilmesi düşünülen maddeler ele alınacaktır³⁴.

1. Kanun-ı Medeni Komisyonu Tarafından Kitabü'l-Büyû'un Tadilatına Dair Tespit Edilen Maddeler

Kanun-ı Medeni Komisyonu, Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû' bölümünde yer alan bazı hükümlerin dönemin ihtiyaçlarına uygun hâle getirilmesi amacıyla çeşitli maddelerde tadilata gitmiştir. Bu tadilata konu olan maddeler şunlardır:

Muaddel Madde 125: *Mülk, insanın malik olduğu şeydir. Gerek a'yân olsun ve gerek menafî ve düyun olsun.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 125. maddesinin³⁵ tadilinin, mülk kavramının tarifine *düyun* (borçlar) ibaresinin eklenmesi maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir. Ayrıca esbâb-ı mûcibede; borçların, mülkün tarifinin dışında tutulmasının komisyon tarafından uygun görülmediği ifade edilerek maddenin aslı da ciddi bir değişikliğe tabi tutulmadan bu şekilde bir ilaveyle madde tadil edilmiştir³⁶. Bu durum, komisyonun mülkiyet kavramını yalnızca fiziki mallarla ve menfaatlerle sınırlı tutmama ve borç gibi değerleri de bu tanıma dâhil etme yönündeki yaklaşımını göstermesi bakımından önemlidir. Böylece mülkiyetin kapsamı genişletilerek dönemin ekonomik ve hukukî ihtiyaçlarına daha uygun hâle getirilmiştir.

Muaddel Madde 126: *Mal; onda münâfese ve bezl cari olan şeydir.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 126. maddesinin³⁷ tadilinin, mal kavramının kapsamına borçlar ve menfaatlerin eklenmesi maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir. Ayrıca esbâb-ı mûcibede, günün şartları düşünüldüğünde Hanefilerdeki şekliyle borç ve menfaatlerin mal olarak kabul edilmemesi hâlinde birçok sıkıntının ortaya çıkacağı düşünüldükçe komisyon tarafından önce Hanefî kaynaklarda geçen ifadelerle³⁸ daha sonra diğer mezheplere³⁹ atıfla söz konusu madde Şâfiî mezhebi tercih edilerek tadil edilmiştir⁴⁰. Bu değişiklik, komisyonun yalnızca Hanefî mezhebine bağlı kalmaksızın, ihtiyaç ve maslahat gereği diğer mezheplerin görüşlerinden de yararlanma iradesini ortaya koymaktadır. Böylece hukukun toplumsal ihtiyaçlara cevap verebilmesi için müşahhas bir mezhebin içtihadının dışına çıkılarak daha esnek ve işlevsel bir yaklaşım benimsenmiştir.

Muaddel Madde 130: *Nuket nakdin cemi olup altın ve gümüşten ibarettir. Nikel meskûkât ve kavâim-i nakdiye gibi şeyler dahi örfen nakitten mâduttur.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 130. maddesinin⁴¹ tadilinin, nakdi paralar ile nikel sikkelerin insanlar arasında kullanımda olması sebebiyle bu paralara hukuki bir statü kazandırmak

³⁴ Mecelle tadillerinin yer aldığı layiha ve komisyon tutanaklarıyla ilgili olarak bir hususu belirtmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Şöyle ki Mecelle tadilleri kısmında geçen tadillerde, ilgili komisyon tutanaklarında birçok fıkıh kitabından Arapça alıntı yapılmış, bu alıntılarda farklı nedenlerden kaynaklanan hatalar yer almıştır. Tarafımızca yapılan araştırma neticesinde öncelikle yapılan atıflar mukayeseyle okunmaya çalışılmış ve ardından gerek okunabilen gerekse okunamayan atıflar fıkıh literatürünün detaylı taramasından sonra tespit edilerek ilk geçtiği kaynaklarıyla birlikte dipnotlarda belirtilmiştir.

³⁵ Mecelle Madde 125: *Mülk, insanın malik olduğu şeydir. Gerek a'yân olsun ve gerek menafî olsun.*

³⁶ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 2, 93; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 11, 54-55.

³⁷ Mecelle Madde 126: *Mal; tab'ı insani mail olup da vakt-i hacet için iddihâr olunabilen şeydir ki menkule ve gayr-ı menkule şamil olur.*

³⁸ Şeyhizâde Abdurrahman, *Mecma'u'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, cilt 1 (İstanbul: Dârü'ttâbâti'l-Âmire, 1328), 467, 584.

³⁹ Nevevî, *Minhâcü'l-Tâlibîn* (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 2005), 330-331.

⁴⁰ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 2, 93; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 11, 55.

⁴¹ Mecelle Madde 130: *Nuket, nakdin cemi olup altın ve gümüşten ibarettir.*

maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir⁴². Bu değişiklik, ekonomik hayattaki fiilî gelişmelerin hukukî düzenlemelere yansıtılma ihtiyacının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

Muaddel Madde 142: *Hukuk-ı mücerrede, def-i zarar için sabit olan haklardır. Hakk-ı şufa ve hıyâr-ı şart gibi.*

Muaddel Madde 143: *Hukuk-ı müekke, def-i zarar için olmayıp asaleten sabit olan hukuktur. Hakk-ı mürur, hakk-ı şirb, hakk-ı mesîl gibi.*

Muaddel Madde 144: *Hakk-ı mürur âharın mülkünden geçmek hakkıdır. Hakk-ı şirb bir nehirde nasîb-i muayyen-i malumdur. Hakk-ı mesîl bir hanenin harice suyu ve seyli akmak ve damlalık hakkıdır.*

Mecelle'nin 142., 143. ve 144. maddelerinin⁴³ tadili, esasen söz konusu maddeleri 144. maddede toplayarak tek bir maddenin üç maddeyi kapsamı şeklinde gerçekleşmiştir. Ayrıca Mecelle'de yer almayan yeni iki madde ilave edilmiştir. Bu maddeler -layihada da belirtildiği üzere- Mecelle'nin numaralandırılmasına müdahale etmemek için 142. ile 143. madde olarak yazılmıştır. Söz konusu maddeler için gayet detaylı bir esbâb-ı mûcibe yazılmıştır. Kısaca belirtmek gerekirse söz konusu esbâb- mûcibe, tespit edilen 142. ve 143. maddelerin içeriğinde yer alan *hukuk-ı müekke* ile *hukuk-ı mücerreden*in tanımlarını, bu tanımlara delalet eden alıntılarının yer aldığı kaynakları⁴⁴ ve bu ayrımın gerekliliğine yönelik açıklamalarla mezhepler arasındaki görüş farklılıklarını içermektedir⁴⁵. Bu kapsamlı esbâb-ı mûcibe, komisyonun yalnızca lafzi bir düzenlemeyle yetinmediğini, aynı zamanda kavramsal ve mezhepler arası farkları gözeterek derinlikli bir hukukî çerçeve oluşturma gayreti içinde olduğunu göstermektedir.

Muaddel Madde 151: *Mebî' satılan şeydir ve bey'den maksûd-ı aslı odur.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 151. maddesinin⁴⁶ tadilinin, *mebî'in* (satılan şey) kapsamının genişletilmesi daha doğrusu *mebî'in* sadece aynın değil aynı zamanda borçların ve hukuk-ı müekkenin kapsamına girenleri de içermesi maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir⁴⁷. Bu düzenleme, klasik fıkıhtaki 'ayn ile deyn ayrımına getirilen daha kapsayıcı bir yorumla, çağın ekonomik ve hukukî ihtiyaçlarına cevap verme çabasını yansıtmaktadır. Böylece satış akdinin konusu genişletilerek hem hukukî işlemlerde esneklik sağlanmış hem de uygulamadaki belirsizliklerin önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

Muaddel Madde 204: *Mebî' ayn ise akitteki tayin ile taayyün eder.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 204. maddesinin⁴⁸ tadilinin, 151. maddenin tadil edilmiş şekline uyması maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir⁴⁹.

Muaddel Madde 216: *Kanavâta teb'an suyun bey'i caizdir. Hakk-ı mürur ve hakk-ı şirb gibi hukuk-ı müekkenin arza teb'an bey'i caiz olduğu gibi münferiden bey'i dahi caizdir.*

⁴² *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 3, 143; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 11, 56.

⁴³ Mecelle Madde 142: *Hakk-ı mürur, âharın mülkünden geçmek hakkıdır.*

Mecelle Madde 143: *Hakk-ı şirb, bir nehirde nasîb-i muayyen-i malumdur.*

Mecelle Madde 144: *Hakk-ı mesîl, bir hanenin harice suyu ve seyli akmak ve damlalık hakkıdır.*

⁴⁴ Alâüddîn Haskefî, *ed-Dürrü'l-Muhtâr* (Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2002), 417; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, cilt 5 (Mısır: Matbaatü Mustafa el-Babî, 1966), 80; cilt 4, 518.

⁴⁵ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 3, 143-144; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 11, 56-60; *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 4, 188-189.

⁴⁶ Mecelle Madde 151: *Mebî' satılan şey ki bey'de taayyün eden ayndır ve bey'den maksûd-ı aslı odur. Zira intifa ancak a'yân ile olup semen mübadele-i emvale vesiledir.*

⁴⁷ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 5, 237; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 11, 60-61.

⁴⁸ Mecelle Madde 204: *Mebî' akitteki tayin ile taayyün eder.*

⁴⁹ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 5, 237; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 11, 61.

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 216. maddesinin⁵⁰ tadilinin, komisyon tarafından daha önce tadil edilen 142., 143. ve 144. maddelerin tadil edilmiş şekline uyması maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir⁵¹.

Muaddel Madde 224: *Teb'îzinde zarar olan mevzûnâttan bir mecmuun miktarı beyan ve yalnız ol mecmuun bahası zikrolunarak satıldıkda lede't-teslim tamam çıkarsa bey' lazım olur; nakıs çıkarsa müşteri muhayyer olup dilerse bey'i fesheder; dilerse semen-i müsemmadan hissesiyle kabul eyler. Bu takdirde bayiin rızası şarttır. Ve zait çıkarsa ziyade bayiindir. Bu surette gerek bayi ve gerek müşteri muhayyer olur. Şu kadar ki bayi ziyadeyi meccanen müşteriye terk ederse müşterinin muhayyerliği sakıt olur ve ziyade mukabelesinde bir ivaz itasıyla bey'in takririnde tarafeyn ittifak ederlerse caiz olur.*

Hanefî mezhebine göre tespit edilen Mecelle'nin 224. maddesi,⁵² maddede geçtiği üzere ziyade ve noksana kıymet takdir eden Hanbelî mezhebine ait kaynaklara⁵³ atıfla tadil edilmiştir⁵⁴. Söz konusu bu tercih, komisyonun ihtiyaç hâlinde Hanefî mezhebi dışındaki görüşlere de başvurduğunu ve özellikle malî muamelelerde daha işlevsel ve günün şartlarına uygun çözümler sunan yaklaşımlara açık olduğunu göstermektedir.

Muaddel Madde 225: *Teb'îzinde zarar olan mevzûnâttan bir mecmuun miktarıyla aksam ve eczasının bahası dahi beyan ve tafsil olunarak satıldıkda lede't-teslim gerek tamam çıksın ve gerek nakıs ve zait çıksın hükmü madde-i ânifenin hükmü gibidir.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 225. maddesinin⁵⁵ tadilinin, 224. maddenin tadil edilmiş şekliyle arasındaki uyumun korunması maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir⁵⁶.

Muaddel Madde 246: *Semenin tecilinde ve taksitinde müddet malum ve muayyen olmak lâzımdır. Binaenaleyh şu vakte kadar ya ay veya sene veyahut rûz-ı Kasım gibi âkideyn indinde malum ve muayyen olan bir vakte kadar ile pazarlık olsun bey' sahih olur.*

Muaddel Madde 247: *Hasat mevsimi gibi beyne'n-nâs müteârif olan bir müddet beyanıyla pazarlık olunsa bey' sahih olur.*

Mecelle'nin 246. ve 247. maddelerinin⁵⁷ tadili, hasat zamanı gibi insanlar arasında bilinen veya bilinmesi kolay olan bir müddet tayinine yönelik beyanlarla meydana gelen satış akdinin sıhhatinin gerekliliğinden doğmuştur. Bu noktada gerekçede yer alan ifadelerden anlaşıldığı kadarıyla önce Hanefî mezhebine ait kaynaklara⁵⁸ müracaatla mesele incelenmiş ancak daha sonra Mâlikî mezhebine ait alıntılarla⁵⁹ desteklenerek madde tadil edilmiştir⁶⁰. Bu yaklaşım,

⁵⁰ Mecelle Madde 216: *Arza teb'an hakk-ı mürurun ve hakk-ı şirbin ve hakk-ı mesîlin ve kanavâta teb'an suyun bey'i caizdir.*

⁵¹ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 5, 237; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 11, 61-62.

⁵² Mecelle Madde 224: *Teb'îzinde zarar olan mevzûnâttan bir mecmuun miktarı beyan yalnız ol mecmuun bahası zikrolunarak satıldıkda lede't-teslim nakıs çıkarsa müşteri muhayyer olup dilerse bey'i fesheder; dilerse çıkan miktarı mecmu semen-i müsemma ile alır ve zait gelirse ziyadesi müşterinin olup bayi muhayyer olamaz.*

⁵³ Salâhiddin el-Buhûti, *Keşşâfû'l-Kinâ' 'ani'l-İknâ'*, cilt 7 (Riyad: Suudi Arabistan Adalet Bakanlığı, 2008), 407-408.

⁵⁴ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 5, 237-238; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 11, 62-63.

⁵⁵ Mecelle Madde 225: *Teb'îzinde zarar olan mevzûnâttan bir mecmuun miktarı ile aksam ve eczasının bahası dahi beyan ve tafsil olunarak satıldıkda lede't-teslim gerek nakıs çıksın ve gerek zait çıksın müşteri muhayyer olup dilerse bey'i fesheder ve dilerse çıkan miktarı aksam ve eczâ için beyan olunan baha hesabıyla alır.*

⁵⁶ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 5, 238; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 11, 63-64.

⁵⁷ Mecelle Madde 246: *Semenin tecilinde ve taksitinde müddet malum ve muayyen olmak lâzımdır.*

Mecelle Madde 247: *Şu kadar gün veya ay sene veyahut rûz-ı Kasım gibi âkideyn indinde malum ve muayyen olan bir vakte kadar; vade ile pazarlık olunsa bey' sahih olur.*

⁵⁸ İbrahim b. Muhammed el-Halebî, *Mülteka'l-Ebhur* (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1998), 12-13.

⁵⁹ Muhammed b. Ahmed ed-Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî 'ale's-Şerhi'l-Kebîr*, cilt 3 (Beyrut: Dârü'l-Fikr, ts.), 205.

⁶⁰ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 5 238-239; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı. 11, 64.

komisyonun toplum nezdinde muteber olan örf ve teamül gibi pratik gerçeklikleri dikkate aldığını ve gerektiğinde diğer mezheplerin görüşlerini de delil olarak benimsediğini ortaya koymaktadır.

Muaddel Madde 253: *Müşteri kable'l-kabz mebi'i âhare satabilir.*

Mecelle'nin 253. maddesi,⁶¹ günün şartları gözetilerek Osman el-Bettî'nin görüşü doğrultusunda tadil edilmiştir. Ancak Osman el-Bettî'nin görüşünün delilinin bilinmemesi nedeniyle komisyon başkanı Necmeddin Bey ve üyelerden Hulusi ve Âtîf Beyler muhalif kalmışlardır⁶². Bu değişiklik, menkul-gayrimenkul ayrımını ortadan kaldırarak kabz (fiilî teslim) şartını hafifletmiş ve alıcının, mebi'i teslim almadan da satışını mümkün kılacak şekilde tasarruf yetkisini genişletmiştir. Böylece ticari muamelelerdeki pratik ihtiyaçlar gözetilmiştir.

Muaddel Madde 293: *Mebi' kable'l-kabz bayiin yedinde müşterinin sun'u olmaksızın telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı bayie ait olur. Şu kadar ki bayi bir ay kabz-ı mebi'i müşteriye arz edip de müşterinin imtinaından sonra mebi' telef olsa telefte müşterinin sun'u olmasa bile zararı müşteriye ait olur.*

Muaddel Madde 298: *Sevm-i şirâ tarikiyle yani tesmiye-i semen olarak iştira etmek üzere müşterinin kabzedip götürdüğü mal müşterinin sun'u olmaksızın yedinde telef ve zayi oldukça kıyemiyâtta olduğu takdirde kıymetini ve misliyyâtta olduğu takdirde mislini bayie vermesi lazım gelir ve müşterinin sun'uyla telef ve zayi oldukça semen-i müsemmayı vermesi lazım gelir. Amma semen tesmiye olunmamış ise müşteri yedinde emanet hükmünde olarak bilâ taaddi telef ve zayi olduğu hâlde damân lazım gelmez.*

Mecelle'nin 293. ile 298. maddeleri⁶³ Mecelle'nin hükümlerini detaylandırmak üzere Hanefî⁶⁴ ve Hanbelî⁶⁵ literatüründen yapılan alıntılarla tadil edilmiş, 298. maddenin devamında yer alan örnek ise çıkarılmıştır⁶⁶.

Muaddel Madde 313: *Bayi ve müşteri filan vakte kadar tediye-i semen olunmak ve olunamazsa aralarında bey' olmamak yahut bayi semeni kabzedip de filan vakte kadar iade-i semen olunursa aralarında bey' olmamak üzere pazarlık etseler sahih olur ve buna hıyâr-ı nakd denilir.*

Muaddel Madde 314: *Müddet-i muayyenede müşteri semeni tediye edemez ise hıyâr-ı nakd ile akd olunan bey' münfesi ve bayi semeni iade edemezse bey' lazım olur.*

Muaddel Madde 315: *Hıyâr-ı nakd vârise intikal eder; binaenaleyh muhayyer olan kimse müddet-i muayyene içinde vefat ederse veresi onun makamına kaim olur.*

⁶¹ Mecelle Madde 253: *Müşteri kable'l-kabz mebi'i akar ise âhare satabilir ve eğer menkul ise satamaz.*

⁶² *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 6, 286; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 12, 83.

⁶³ Mecelle Madde 293: *Mebi' kable'l-kabz bayiin yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı bayie ait olur.*

Mecelle Madde 298: *Sevm-i şirâ tarikiyle yani tesmiye-i semen olunarak iştira etmek üzere müşterinin kabzedip de götürdüğü mal müşteri yedinde telef ve zayi oldukça kıyemiyâtta olduğu takdirde kıymetini ve misliyyâtta olduğu takdirde mislini bayie vermesi lazım gelir. Amma semen tesmiye olunmamışsa müşteri yedinde emanet hükmünde olarak bilâ taaddi telef ve zayi olduğu hâlde damân lazım gelmez.*

Mesela bayi bu hayvanın bahası bin kuruştur götür beğenirsen al deyip müşteri dahi ol veçhile iştira etmek üzere alıp götürse ve hanesinde hayvan telef olsa değeri bahasını bayie vermesi lazım gelir. Amma bahası beyan edilmeyerek bayi götür beğenirsen alırsın deyip müşteri dahi beğenirse badehu pazarlığını edip de iştira eylemek üzere götürdükde yedinde bilâ taaddi telef olsa damân lazım gelmez.

⁶⁴ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, cilt 3 (Bulak: el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, 1310), 17.

⁶⁵ *el-Buhûtî, Keşşâfû'l-Kınâ' 'ani'l-İknâ'*, cilt 7, 495.

⁶⁶ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 6, 286-287; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 12, 83-84.

Hıyâr-ı nakdi, hıyâr-ı şarttan sayarak cevaz veren Hanefî ulehasının görüşleri⁶⁷ ölçüsünde tadil edilen 313. ile 314. maddeler⁶⁸ ve hıyâr-ı nakdin vârise intikalini kabul eden 315. madde,⁶⁹ komisyon üyeleri arasındaki müzakereler neticesinde zamana ve insanların ihtiyaçlarına uygun olması gerekçe gösterilerek tadil edilmiştir⁷⁰. Bu düzenlemeler, komisyonun, fikhî geleneğe bağlı kalmakla birlikte, değişen sosyo-ekonomik şartlara cevap verebilmek adına hükümlerde esneklik sağlama iradesini ortaya koymaktadır. Böylece hıyâr müessesesi pratik uygulanabilirlik açısından yeniden yorumlanmıştır.

Muaddel Madde 387: *Sihhat-ı selemın bekasında semenin meclis-i akitte yahut tarih-i akitten itibaren üç gün zarfında teslimi şarttır. Şu kadar ki müsellemin fihin zaman-ı tesliminin hulûlünden mukaddem tediye edilmek üzere bilâ-şart semenin üç günden ziyade tehir-i teslimi dahi selemi ifsat etmez.*

Esbâb-ı mûcibede Mecelle'nin 387. maddesinin⁷¹ tadilinin, pratikte kendine yer edinen satışta ana paranın akit meclisinde teslim olunmaması şeklindeki uygulamanın, Mâlikî mezhebine ait kaynaklara⁷² atıfla imkân ölçüsünde sıhhatli olarak değerlendirilmesi maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir⁷³. Bu değişiklik, Mecelle komisyonunun örf ve uygulamaya dayalı fiilî durumu dikkate alarak fikhî hükmü buna uyarlama çabasının bir yansımasıdır. Böylece sözleşmelerde uygulamadaki geçerliliğe öncelik veren daha realist bir yaklaşım benimsenmiştir.

Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû' kısmına yönelik olarak yapılan yukarıdaki tadilleri, yalnızca lafzî bir düzenleme faaliyeti değil, aynı zamanda dönemin toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlarına uygun bir hukuki uyarlama süreci olarak değerlendirilebilir. Ayrıca komisyonun çalışmaları incelendiğinde, temel fikhî çerçevenin Hanefî mezhebi esas alınarak korunmaya çalışıldığı, ancak gerektiğinde diğer mezheplerin daha işlevsel ve pratik çözümler sunan görüşlerine de başvurulduğu ve uygulamadaki fiilî durumun göz önünde bulundurulma çabası görülmektedir.

2. Kanun-ı Medeni Komisyonu Tarafından Kitabü'l-Büyû'a İlave Edilen Maddeler

Kanun-ı Medeni Komisyonu, Mecelle'de yer alan mevcut hükümleri yeterli görmeyerek Kitabü'l-Büyû' bölümüne dönemin ihtiyaçlarına cevap verecek mahiyette bazı yeni maddeler ilave etmiştir. Bu ilaveler şunlardır:

Birinci babın birinci faslına iki madde ilave edilmiştir:

Madde 1: *İcap ve kabul telgraf ve telefon ile dahi olur.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'una eklenen 1. maddenin yazılma gerekçesinin, günün şartları olduğu belirtilmiştir. Maddenin oluşturulma gerekçesine yönelik deliller ise âmâların yaptığı akitlerin, gaiplerin yazışma suretiyle yaptığı akitlerin, bir duvarın arkasında bulunan ile diğer tarafında bulunan kişinin yaptığı akdin ve sağrıların birtakım aletlerle

⁶⁷ Kemâlüddîn İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, cilt 6 (Mısır: Matbaatü Mustafa el-Babî, 1970), 319-320; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, cilt 3, 688.

⁶⁸ Mecelle Madde 313: *Bayi ve müşteri filan vakte kadar tediye-i semen olunmak ve olunamazsa beynlerinde bey' olmamak üzere pazarlık etseler sahih olur; buna hıyâr-ı nakd denilir.*

Mecelle Madde 314: *Müddet-i muayyenede müşteri semeni tediye edemezse hıyâr-ı nakd ile akd olunan bey' fasit olur.*

⁶⁹ Mecelle Madde 315: *Hıyâr-ı nakd ile muhayyer olan müşteri müddet-i muayyene içinde vefat ederse bey' batıl olur.*

⁷⁰ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 6, 287-288; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 12, 84-87.

⁷¹ Mecelle Madde 387: *Sihhat-ı selemın bekasında semenin meclis-i akitte teslimi şarttır âkideyn kable't-teslim iftirâk ederlerse akd-i selem münfesih olur.*

⁷² Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî 'ale's-Şerhi'l-Kebîr*, cilt 3, 195-196, 205-206.

⁷³ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 7-8-9, 431; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 12, 87-88.

yaptığı akitlerin cevazı hakkında gerek Hanefî kaynaklarında gerekse Mâlikî mezhebine ait kaynaklardaki⁷⁴ ifadelerdir⁷⁵.

Madde 2: *Ba'de'l-muhasebe taayyün edecek semen mukabilinde ceste ceste mal satın almak caizdir. Buna bey'i isticrâr denir.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'una eklenen 2. maddenin yazılma gerekçesinin, söz konusu dönemde *isticrâr akdi* suretiyle yapılan ticari ilişkinin varlığı ve bu durumu düzenleyen herhangi bir maddenin bulunmaması sebebiyle olduğu belirtilmiştir. Komisyon tarafından yapılan incelemeler neticesinde vakaya uygun bir delil⁷⁶ bulunarak ilgili madde kaleme alınmıştır⁷⁷.

Birinci babın dördüncü faslına dört madde ilave edilmiştir:

Madde 3: *Ahad-ı âkideyne nef'-i malumu olan şart ile bey' sahih ve şart muteberdir. Mesela bayiin şu kadar müddet binmek şartıyla bir hayvan satması veyahut müşterinin malum olan hanesine nakledilmek şartıyla bir şeyi satın alması sahih ve şart muteberdir.*

Madde 4: *Ahad-ı âkideyne nef'i olan iki şartın cemiiyle vuku bulan bey' fasittir. Meğerki bu şartlar akdin muktezası veya mukteza-yı akdi müeyyid veya müteârif olalar.*

Madde 5: *Bir akd-i âhar müstakil şartıyla vuku bulan bey' fasit ve şart batıldır. Mesela müşteri bayie yahut bayi müşteriye bir miktar akçe ikraz etmek ve yahut bir şey satmak gibi bir şartla vuku bulan bey' fasit ve şart batıldır.*

Madde 6: *Ba'de'l-akd irat olunan şürût-ı caize asl-ı akde iltihak eder. Lakin şürût-ı faside asl-ı akde iltihak etmeyip lağvolur.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'una eklenen yukarıdaki maddelerin yazılma gerekçesinin, satış akdinin şarta bağlanıp bağlanamayacağı konusunda olduğu belirtilmiştir. Komisyon tarafından yapılan incelemeler neticesinde bey'in şart ile takyidi meselesinin Hanefî, Mâlikî ve Şâfiî mezheplerinde caiz olmadığı tespit edilmiş buna delil olarak ise birtakım hadisler gösterilmiştir. Ancak şartlı satışın pratikte uygulanıyor olması, komisyon üyelerini söz konusu üç mezhep dışında yer alan görüşleri araştırmaya sevk etmiştir. Sonuç olarak İbn Şübrûme ile İbn Hanbel'in ifade ettiği şekliyle şartlı satışta hem satışın hem de şartın makbul olduğuna yönelik görüş⁷⁸ tercih edilerek maddeleştirilmiştir⁷⁹.

Madde 7: *Bey'in şarta taliki caiz değildir. Şu kadar ki müşteri ba'de'l-akd semen-i müsemmadan bir miktarını bayie verip de mebî'i alırsa verilen miktar semenden mahsup edilmek, almaz ise bayiin olmak şartına talik ederse bey' caiz ve şart muteberdir.*

Esbâb-ı mûcibede; satışın şarta bağlanmasına dair olan yukarıdaki maddenin yazılma gerekçesinin, -öncekilerde olduğu gibi- bu şekil muamelelerin pratikte fazlasıyla uygulanması nedeniyle olduğu belirtilmiştir. Komisyon tarafından maddenin içeriği kaleme alınırken söz konusu satış işlemi hakkında yapılan araştırmalarda sadece Hanbelî mezhebi kaynaklarında⁸⁰ cevazına delil bulunarak bu mesele yukarıda aktarıldığı şekliyle maddeleştirilmiştir⁸¹.

⁷⁴ Ebû Abdillâh Muhammed İlîş, *Fethu'l-'Aliyyi'l-Mâlik fi'l-Fetvâ 'alâ Mezhebi'l-İmâm Mâlik (Fetâvâ Muhammed İlîş)*, cilt 1 (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, ts.), 180.

⁷⁵ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 2, 94; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 12, 89.

⁷⁶ Haskefî, *ed-Dürri'l-Muhtâr*, 395.

⁷⁷ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 2, 94-95; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 12, 89.

⁷⁸ Ebû'n-Necâ el-Haccâvî, *el-İknâ' fi Fikhi'l-İmâm Ahmed bin Hanbel*, cilt 2 (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, ts.), 79-80.

⁷⁹ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 2, 95; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 161-165.

⁸⁰ el-Haccâvî, *el-İknâ'*, cilt 2, 81.

⁸¹ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 4, 190-191; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 162-165.

Birinci babın beşinci faslına bir madde ilave edilmiştir:

Madde 8: *İkâle âkideyn hakkında bey'a hamli mümkün ise bey', değil ise feshdir. Amma şahs-ı sâlis hakkında bey'dir. Binaenaleyh semen-i evvelin tezyit veya tenkisi şartıyla ikâle bey'i cedit hükmündedir. Ve bey'i mukâyedada bedelinden birinin telefinden sonra ikâle feshdir ve akar hakkındaki ikâlede şufa cereyan eder.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'una eklenen 8. maddenin yazılma gerekçesinin, *ikâlenin* hükmüne dair -Mecelle'de özel bir fasıl olmasına rağmen- herhangi bir açıklık ve işaret bulunmaması nedeniyle olduğu belirtilmiştir. Bu noktada komisyon tarafından layihada da yer verilen alıntılar⁸² ve değinilen hususlarla konu etraflıca ele alınmış ve söz konusu madde yazılmıştır⁸³.

İkinci babın birinci faslına iki madde ilave edilmiştir:

Madde 9: *Hakk-ı teallînin bey'i caizdir. Mesela bir kimse muayyen bir bina yapmak üzere dükkânının ulüvvünü âhar bir kimseye bey' etse sahîh olur.*

Madde 10: *Vaz-ı haşeb hakkının dahi bey'i caizdir. Mesela bir kimse hâitinin muayyen mahalli üzerine miktar ve evsafı malum kirîş vazetmek hakkını âhar bir kimseye bey' etse sahîh olur.*

Komisyon üyelerinin çoğunluğu tarafından Mecelle'ye eklenmesi uygun görülen 9. ve 10. maddelerin hükmü Hanefî mezhebinde tecviz edilmemiş olmasına rağmen Mâlikî mezhebi ile Hanbelî mezhebi kaynaklarında⁸⁴ yer alan detaylı açıklamalara binaen kabul edilerek maddeleştirilmiştir⁸⁵.

İkinci babın ikinci faslına bir madde ilave edilmiştir:

Madde 11: *Esnaf arasında müteârif olduğu üzere âlât ve edevat-ı mahsûsanın peştamallık namıyla bey'i caizdir.*

Dördüncü babın birinci faslına bir madde ilave edilmiştir:

Madde 12: *Müşteri mütesâri'u'l-fesat olan mebî'i kabz-ı semeni ifa etmeden tagayyüb etdikde bayi hükm-i hâkime hacet kalmaksızın mebî'i âhara satabilir.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'una eklenen 11. ve 12. maddelerin yazılma gerekçesinin, insanlar arasında pratikte geçerli olup yasaklamanın sonuç vermeyeceği düşüncesi nedeniyle maddelerin içeriğinde yer alan muameleleri tecviz etmek maksadıyla olduğu belirtilmiştir. Komisyon tarafından bu maddeler tespit edilirken söz konusu muamelelerin pratikte uygulanıyor olmasının yanında Hanefî mezhebi kaynaklarından⁸⁶ delil getirilmek suretiyle temellendirilmeye çalışılmıştır⁸⁷.

Beşinci babın beşinci faslına iki madde ilave edilmiştir:

Madde 13: *Mebî'in bir kısmı kable'l-kabz bayiin yedinde müşterinin sun'u olmaksızın telef olsa müşteri muhayyer olur; dilerse kalan kısmı semen-i müsemmaadan hissesiyle alır dilerse bey'i fesheder.*

⁸² İbrahim el-Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 103-105.

⁸³ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 4, 191-192; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 165-167.

⁸⁴ Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî 'ale's-Şerhi'l-Kebîr*, cilt 3, 14-15; el-Haccâvî, *el-İknâ'*, cilt 2, 199.

⁸⁵ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 4, 192; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 167-168.

⁸⁶ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, cilt 4, 518.

⁸⁷ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 5, 239; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 168-169.

Madde 14: *Müşteri semeni tediye edinceye kadar yedinde kalmak üzere mebî'î filana teslim et deyip de bayi dahi bu veçhile teslim ettikten sonra mebî' telef olsa zararı bayie ait olur.*

Layihada yer aldığı şekliyle yukarıda geçen 13. ve 14. maddeler için komisyon tarafından ayrıca kaleme alınan bir gerekçe olmayıp maddelerin yazılma gerekçesi olarak el-Fetâva'l-Hindiyeye eserinden birtakım alıntılar⁸⁸ sunulmuştur⁸⁹.

Altıncı babın birinci faslına iki madde ilave edilmiştir:

Madde 15: *Muhayyer olan taraf müteaddit olduğu takdirde fesih veya icazette mukaddeme itibar olunur. Binaenaleyh bunlardan biri feshettikten sonra diğerinin icazetine ve bunlardan biri mücüz olduktan sonra diğerinin feshine itibar olunmaz. Hıyâr-ı ayb ve rüyetle dahi hüküm böyledir.*

Madde 16: *Yalnız müşteri muhayyer olup da mebî' ba'de'l-kabz yedinde taayyüb etdikde ayb-ı hâdis müddet-i hıyâr zarfında zail olmazsa hakk-ı fesih batıl ve semen-i müsemmanın itası lâzım gelir.*

Layihada yer aldığı şekliyle yukarıda geçen 15. ve 16. maddeler için komisyon tarafından ayrıca kaleme alınan bir gerekçe olmayıp maddelerin yazılma gerekçesi olarak el-Fetâva'l-Hindiyeye ve Mülteka'l-Ebhur eserlerinden birtakım alıntılar⁹⁰ sunulmuştur⁹¹.

Altıncı babın ikinci faslına bir madde ilave edilmiştir:

Madde 17: *Vasf-ı merguptan ari çıkan mebî'in bir sebeple reddi mümteni olsa müşteri noksan-ı semeni talep edebilir.*

Layihada yer aldığı şekliyle yukarıda geçen 17. madde için komisyon tarafından ayrıca kaleme alınan bir gerekçe olmayıp maddenin yazılma gerekçesi olarak el-Fetâva'l-Hindiyeye ve Mülteka'l-Ebhur eserlerinden birtakım alıntılar⁹² sunulmuştur⁹³.

Altıncı babın dördüncü faslına dört madde ilave edilmiştir:

Madde 18: *Hıyâr-ı tayin ile vuku bulan bey'de tayin olunan eşyanın lalettayin biri mebî' bakisi emanettir. Binaenaleyh bunlardan biri helak olduğu veya taayyüb ettiği takdirde nazar olunur. Muhayyer müşteri olup kabz dahi vuku bulmuş ise helak olan veya taayyüb eden şey mebî' olarak taayyün eder. Muhayyer bayi kabz vuku olmuş olsun olmasın helak olan şey emanet olarak taayyün eder.*

Madde 19: *Hıyâr-ı tayin ile vuku bulan bey'de muhayyer müşteri olduğu hâlde tayin olunan eşyadan biri kable'l-kabz helak olur veya taayyüb ederse müşteri ya bey'i fesheder veyahut helak suretinde bakide ve taayyüb suretinde dilediğinde infaz eder. Muhayyer bayi olduğu hâlde kabz vuku bulmuş olsun olmasın, bayi fesih veyahut helak suretinde baki ile ve taayyüb suretinde dilediği ile müşteriye ilzam ettiği şey müteayyib olduğu takdirde taayyüb ba'de'l-kabz ise müşteri kabule mecbur ve kable'l-kabz ise müşteri kabul veya redde muhayyer olur.*

Madde 20: *Hıyâr-ı tayin ile vuku bulan bey'de tayin olunan eşyanın cümlesi birden kable'l-kabz helak olursa muhayyer müşteri olsun bayi olsun bey' batıl olur. Ba'de'l-kabz helak olursa muhayyer müşteri olduğu hâlde makbûzun iki veya üç olduğuna göre her birinin semeninin nısfını*

⁸⁸ el-Fetâva'l-Hindiyeye, cilt 3, 20, 27.

⁸⁹ Ceride-i Adliye, 1332, cilt 1, sayı 5, 240; Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 13, 169.

⁹⁰ İbrahim el-Halebî, Mülteka'l-Ebhur, 44-45; el-Fetâva'l-Hindiyeye, cilt 3, 48, 51.

⁹¹ Ceride-i Adliye, 1332, cilt 1, sayı 5, 240; Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 13, 169-170.

⁹² İbrahim el-Halebî, Mülteka'l-Ebhur, 44-45; el-Fetâva'l-Hindiyeye, cilt 3, 20, 27, 48, 51.

⁹³ Ceride-i Adliye, 1332, cilt 1, sayı 5, 240; Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 13, 170-171.

veya sülüsünü vermesi lazım gelir ve muhayyer bayi olduğu hâlde müşteri makbûzun iki veya üç olduğuna göre her birinin kıymetinin nısfını veya sülüsünü zâmin olur.

Madde 21: *Hıyâr-ı tayin ile vuku bulan bey'de tayin olunan eşyanın cümlesi birden taayyüb ederse müşteri muhayyer olup taayyüb dahi ba'de'l-kabz vuku bulduğu hâlde dilediği birinde bey'i infaza mecbur ve kable'l-kabz vuku bulduğu hâlde bey'i fesih veya dilediği birinde infazda muhayyer olur. Bayi muhayyer olduğu hâlde dilediği ile müşteriye ilzam veya bey'i fesheder; ilzam hâlinde taayyüb ba'de'l-kabz ise müşteri kabule mecbur, kable'l-kabz ise müşteri kabul veya redde muhayyerdir. Fesih hâlinde taayyüb kable'l-kabz ise bir şey lazım gelmez. Ba'de'l-kabz ise müşteri noksan-ı kıymetle zâmin olur.*

Noksan, kıymet-i makbûzun iki olduğuna göre her biri için nısf, üç olduğuna göre sülüsüdür.

Layihada yer aldığı şekliyle yukarıda geçen 18., 19., 20., ve 21. maddeler için komisyon tarafından ayrıca kaleme alınan bir gerekçe olmayıp maddelerin yazılma gerekçesi olarak el-Fetâva't-Tatarhâniyye ve Mülteka'l-Ebhur eserlerinden birtakım alıntılar⁹⁴ sunulmuştur⁹⁵.

Altıncı babın altıncı faslına dört madde ilave edilmiştir:

Madde 22: *Müşteri kable'l-kabz mebî'in ayb-ı kadimine binaen bey'i feshetmek ister ise bayiin huzurunda hodbahot feshedebilir. Amma mebî' makbûz ise müşterinin feshedebilmesi bayiin rızasına veya hâkimin kazasına mütevakıftır. Bi'r-rıza fesih ikâle hükmündedir.*

Madde 23: *Bey'i Mukayeda'da ba'de'l-kabz bedelinden biri ayb-ı kadimine binaen reddolundukta bedel-i âhar kemâ kâne kaim ise aynen istirdat olunur. Bedel-i âhârda noksan-ı kıymeti mucip bir hâl hâdis olduğu ve mâni-i ret bulunmadığı takdirde hıyâr-ı ayb ile reddeden taraf dilerse bedel-i âharı aynen istirdat eder ve dilerse yevm-i kabzdaki kıymetini alır ve mâni-i ret bulunduğu takdirde yalnız bedel-i âharın yevm-i kabzdaki kıymeti ile rücu eder.*

Madde 24: *Ayb-ı kadimi zuhur eden mebî' müşteri yedinde gerek kable'l-ittıla ve gerek ba'de'l-ittıla helak olsa müşteri noksan semen ile rücu edebilir.*

Madde 25: *Aybına binaen reddolunan mebî'in muvakkat reddi müşteri üzerinedir.*

Layihada yer aldığı şekliyle yukarıda geçen 22., 23., 24., ve 25. maddeler için komisyon tarafından ayrıca kaleme alınan bir gerekçe olmayıp maddelerin yazılma gerekçesi olarak birçok fıkıh eserinden alıntılar⁹⁶ sunulmuştur⁹⁷.

Altıncı babın yedinci faslına dört madde ilave edilmiştir:

Madde 26: *Tağrîr fili ile mağrûr olan müşteri muhayyer olup hîn-i akitten itibaren üç gün zarfında ya mebî' ret veya semen-i müsemma ile kabul eder.*

Madde 27: *Tağrîr fiili koyunun sütü çok zannolunmak için bir müddet sütünü sağlamayıp hapsedmek ve değirmenin suyu çok görünmek için suyu biriktirip zaman salıvermek ve hayvanı makbul addolunmak için boyamak gibi fiillerdir.*

⁹⁴ Ferîdüddin Âlim b. Alâ el-Enderpetî, *el-Fetâva't-Tatarhâniyye* (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2005); İbrahim el-Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, 46-47.

⁹⁵ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 7-8-9, 432; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 171-173; *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 10, 478.

⁹⁶ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, cilt 3, 60, 80-85; Seyhizâde Abdurrahman, *Mecma'u'l-Enhur*, cilt 2, 21; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, cilt 5, 231; İbn Âbidîn, *el-Ukûdû'd-Dürriyye fî Tenkîhi'l-Fetâva'l-Hâmidîyye*, cilt 1 (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, ts.), 268-269.

⁹⁷ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 10, 478-479; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 173-175.

Madde 28: *Dikkat ve ihtibâr ile anlaşılabilir iken müşterinin taksirinden dolayı esna-yı akitte mektûm kalan tağrîr-i fi'lilerde hıyâr yoktur.*

Madde 29: *Sütü için iştira olunan hayvan tağrîr-i fi'liye binaen reddolunmak istenildiği ve ba'de'l-akd sütü sağılmış olduğu hâlde nazar olunur. Süt mevcut ve gayr-ı mütegayyir ise mebi' ile beraber sütü dahi reddolunur. Süt tagayyür etmiş veya telef olmuş ise mebi' ile beraber sütün kıymeti verilir.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'una eklenen *musarrât* konusuna ilişkin 26., 27., 28. ve 29. maddelerinin, Hz. Peygamber tarafından ifade edilen bir hadis,⁹⁸ komisyon üyeleri tarafından yapılan incelemeler ve geçmiş ulema tarafından yapılan açıklamalar dikkate alınarak tespit edildiği belirtilmiştir⁹⁹. Komisyon üyelerinin çoğunluğu, *musarrât* olarak bilinen bu meselede maddeleri tespit ederken Ebû Yusuf'un görüşlerini daha uygun gördüklerini ancak daha açık olması sebebiyle Şâfi mezhebinin tercih edildiğini ifade etmişlerdir¹⁰⁰.

Yedinci babın ikinci faslına bir madde ilave edilmiştir:

Madde 30: *Bey'i fasitte müşteri yedinde mebi'e noksan arız olması feshe mâni değildir. Lede'l-fesih müşteri mebi'i ret ve noksanı tazmin eder.*

Layihada yer aldığı şekliyle yukarıda geçen 30. madde için komisyon tarafından ayrıca kaleme alınan bir gerekçe olmayıp maddenin yazılma gerekçesi olarak Fethu'l-Kadîr eserinden birtakım alıntılar¹⁰¹ sunulmuştur¹⁰².

Yedinci babın üçüncü faslına bir madde ilave edilmiştir:

Madde 31: *Hayvan ve deri gibi şeylerde selem caizdir. Bunlar mahâll-i akitte cari olan âdet veçhile zapt ve tayin edilir.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'una eklenen 31. maddenin yazılma gerekçesinin, insanlar arasında yaygın olarak uygulanan maddenin içeriğindeki muameleyi tecviz etmek maksadıyla olduğu belirtilmiştir. Hanefî mezhebinde caiz olmayan bu konu, Mâlikî mezhebi kaynaklarına¹⁰³ atıfla tespit edilerek maddeleştirilmiştir¹⁰⁴.

Kanun-ı Medeni Komisyonu tarafından Kitabü'l-Büyû'a ilave edilen maddeler incelendiğinde, söz konusu düzenlemelerin yalnızca teorik değil, aynı zamanda pratik ve toplumsal ihtiyaçlara dayalı bir perspektifle kaleme alındığı açıkça görülmektedir. Eklenen maddelerin gerekçelerinde sıkça vurgulanan “günün şartları”, “zamanın gerekleri” ve “insanların ihtiyaçları” gibi ifadeler, komisyonun durağan bir fıkıh anlayışından ziyade, ihtiyaç odaklı bir hukuki yaklaşımı benimsediğini göstermektedir. Bununla birlikte, bu maddelerde tarihsel bir

⁹⁸ Musarrât hadisi şöyledir: “*Deve ve davarların sütlerini memelerinde biriktirmeyin. Kim böyle bir hayvanı satın alırsa onu sağdıktan sonra iki görüş arasında muhayyerdir. Razı olursa alıkoyar; olmazsa hayvanı bir sâ' hurma ile birlikte geri verir.*” Bkz. Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail el-Cu'fî el-Buhârî, *el-Câmi'u's-Sahih*, cilt 3 (Bulak: es-Sultaniyye, bi'l-Matbaati'l-Kübrâ el-Emîriyye, 1311), 70-71; Ebû Abdillâh eş-Şevkânî, *Neylül-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr*, cilt 10 (ed-Dammam: Dârü İbnü'l-Cevzî, 1427), 220-221.

لَا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ، وَلَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا تَتَأَجَّشُوا، وَلَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِنَائِدٍ، وَلَا تُصَرُّوا الْعَنَمَ، وَمَنْ ابْتَاغَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَخْتَلِبَهَا: إِنْ رَضِيَهَا أَشْكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمَرٍ

⁹⁹ Komisyon tutanaklarından anlaşıldığı kadarıyla *musarrât* konusuna ilişkin eklenen 26., 27., 28. ve 29. maddeler için özellikle İbn Âbidîn, Nevevî ve Şevkânî gibi alimlerin eserlerine müracaat edilmiştir. Başka bir detay verilmeden yapılan açıklama için bkz. *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 10, 479-480; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 176-177.

¹⁰⁰ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 10, 479-480; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 176-177.

¹⁰¹ Kemâlüddîn İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, cilt 6, 469.

¹⁰² *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 10, 480; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 177.

¹⁰³ Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî 'ale's-Şerhi'l-Kebîr*, cilt 3, 209, 215.

¹⁰⁴ *Ceride-i Adliye*, 1332, cilt 1, sayı 10, 480; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 177.

sürekliliğin korunduğu ve klasik yöntemden bütünüyle bir kopuş yaşanmadığı da dikkate değerdir. Komisyon, eklemelerini yaparken kazuistik yöntemi sürdürmüş, normları soyutlaştırmaktan ziyade somut durumlara çözüm üretmeyi esas almıştır. Ayrıca, birçok maddede Hanefî mezhebine ait kaynaklar öncelikli olarak değerlendirilmiş, ancak ihtiyaç hâlinde diğer mezheplerin görüşlerine de başvurularak mezhepler arası görüş farklılıklarından faydalanma yoluna gidilmiştir.

Netice itibarıyla yukarıda değinilen tadil ve eklemeleri hazırlayan Mecelle Komisyonu, hazırlanan layihanın ilgililerin takdirine sunulduğunu bu vesileyle tespit edilecek eksiklerin bildirilmesinin yararlı olacağını belirterek faaliyetlerini sonlandırmış ve böylelikle Mecelle'nin Kitabü'l-Buyû'una ilişkin tadil ve ekleme çalışmaları tamamlanmıştır.

B. MECELLE'NİN KİTABÜ'L-İCÂRE'SİNİN TADİLATINA DAİR YAPILAN ÇALIŞMALAR

Mecelle Komisyonu, Kitabü'l-Buyû'a ait incelemelerini ve bu incelemeler neticesinde hazırlanan layihayı tamamlamasıyla birlikte Kitabü'l-İcâre'nin tadiline yönelik faaliyetlere girişmiştir. Bu başlık altında ise bir önceki başlıklar altında olduğu gibi komisyon tutanaklarından ve Ceride-i Adliye'de yayınlanan ifadelerden elde edilen hususlar belirtilecektir. Bu itibarla öncelikle Mecelle'de yer aldığı şekliyle maddelere daha sonra ise layihayla yapılması düşünülen tadillerin aktarılmasına ve varsa bu tadillerin esbâb-ı mûcibesi ile gerekli görülen malumatın özetlenmesine çalışılacaktır. Dolayısıyla ilk olarak Mecelle'de yer alan hükümlere yönelik tadiller daha sonra ise Mecelle'ye ilave edilmesi düşünülen maddeler ele alınacaktır.

1. Kanun-ı Medeni Komisyonu Tarafından Kitabü'l-İcâre'nin Tadilatına Dair Tespit Edilen Maddeler

Kanun-ı Medeni Komisyonu, Mecelle'nin Kitabü'l-İcâre bölümünde yer alan bazı hükümlerin dönemin ihtiyaçlarına uygun hâle getirilmesi amacıyla çeşitli maddelerde tadilata gitmiştir. Bu tadilata konu olan maddeler şunlardır:

Muaddel Madde 417: *Damân-ı itlaf kezaik iki kısımdır: Biri; damân-ı itlaf-ı kıyemî. Diğeri damân-ı itlaf-ı mislîdir.*

Damân-ı İtlaf-ı Kıyemî: İtlaf olunan şeyin vakt-i itlafındaki kıymetinin zamanıdır.

Damân-ı İtlaf-ı Mislî: İtlaf olunan şeyin mislinin damânı ve mislî münkâtı ise vakt-i itlaftan zaman-ı inkıtaa kadar geçen müddet zarfındaki en yüksek kıymetin damânıdır.

Bu en yüksek kıymetlere aksâ'l-kıyem denir.

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 417. maddesinin¹⁰⁵ tadilinin, menfaatlerin gasp veya telef edilmesi hâlinde tazminin gerekip gerekmeyeceğini belirlemek maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir. Bu konuda, insanların kötü emellerinin varlığına da bağlı olarak son dönem Hanefî ulehasının sadece vakıf, yetim malı, *muaddün li'l-istiğlâl* (kiraya verilmek üzere yapılmış şey-kullanmak üzere hazır hâle getirilmiş) gibi menfaatlerde tazmini istihsanen caiz gördüğü belirtilmiştir¹⁰⁶. Ancak komisyon tarafından yapılan incelemeler neticesinde insanların bu husustaki tasarruflarının menfî anlamda günden güne artması sebebiyle menfaatlerin gasp veya telef edilmesinin mutlak surette tazmine konu olacağına yönelik Şâfiî mezhebinin görüşü¹⁰⁷ *nâsa*

¹⁰⁵ Mecelle Madde 417: *Muaddün li'l-istiğlâl; kiraya verilmek üzere idad ve tayin olunmuş şeydir ki fi'l-asıl kiraya verilmek üzere yapılmış ya alınmış han ve hane ve hamam ve dükkân gibi akarlar ile kira arabası ve kira beygiri misillü şeylerdir. Ve bir şeyin ale't-evâlî üç sene icar olunması muaddün li'l-istiğlâl olduğuna delildir. Ve bir kimse nefsi için yaptırmış olduğu bir şeyin muaddün li'l-istiğlâl olduğunu nâsa ihbar ve ilam ile muaddün li'l-istiğlâl olur.*

¹⁰⁶ Haskefi, *ed-Dürrü'l- Muhtâr*, 618.

¹⁰⁷ Nevevî, *Minhâcü't-Tâlibîn*, 147.

erfak ve maslahat-ı hazıraya evfak görülerek kabul edilmiştir. Dolayısıyla Mecelle'nin mevcut 417. maddesi, ilk hâline gerek kalmadığı gerekçe gösterilerek yukarıdaki şekilde tadil edilmiştir¹⁰⁸.

Muaddel Madde 429: *Şüyû-ı aslî icâreyi ifsat etmez. Binaenaleyh gerek kabil-i taksim olsun ve gerek olmasın, bir kimse hisse-i malume-i şayiasını şerikine icar edebileceği gibi âhara dahi icar edebilir.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 429. maddesinin¹⁰⁹ tadilinin, günün şartları gereği şayi hissenin ortakların dışındaki kimselere de kiraya verilmesinin insanlar arasında fazlasıyla revaç bulması nedeniyle bu duruma izin vermeyen 429. maddenin tadil edilerek bir takım fasit uygulamaların ve hile-i şer'iyelerin önünün alınması maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir. Nitekim komisyon, söz konusunu meseleyi incelemiş, maddenin ilk hâline esas olan Ebû Hanife'nin görüşünün yerine maddeyi, Ebû Yusuf, İmam Muhammed ve Şâfiî mezhebine uygun olarak şayi hissenin ortaklar dışındakilere de kiraya verilebilmesini içerecek şekilde tadil etmiştir¹¹⁰.

Muaddel Madde 430: *Şüyû-ı târî de akd-i icâreyi ifsat etmez. Mesela, bir kimse hanesini icar ettikten sonra nısf hissesi bir müstahik tarafından zapt olursa baki hisse-i şayia hakkında icâre baki kalır.*

Mecelle'nin 430. maddesinin¹¹¹ tadiline gerek olup olmadığı hakkında cereyan eden müzakerelerde 429. maddede düzenlenen şüyû-ı aslînin icâre akdini ifsat etmediği takdirde şüyû-ı târînin, icâreyi ifsat etmeyeceğinin evleviyetle anlaşılacağını ifade eden komisyon üyeleri 430. maddenin çıkartılmasını teklif etmişlerdir. Buna karşın şüyû-ı aslî ile şüyû-ı târî arasında birbirini gerekli kılma (telâzüm) ilişkisi olmaması, Hanefî uleması arasında bu iki mesele için yukarıda yer alan maddelerin aksine ifadelerin olması ve maddenin çıkarılması hâlinde şüyû-ı târînin hükmünün nasıl olduğu mutlak surette zihinlerde yer edeceğinden maddenin çıkarılmamasının bir zararı da olmaması sebepleriyle 430. maddenin, sadece "şüyû-ı târî" ibaresinden sonra bir "de" ilavesiyle yerini korumasına karar verilmiştir¹¹².

Muaddel Madde 431: *Bir kimse odası mecûr olan hanesini müstecirden başkasına icar etse mecûr odanın mâadâsında icâre caiz olur.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 431. maddesinin¹¹³ tadilinin, daha önce tadil edilen 429. madde sebebiyle 431. maddenin Mecelle'den çıkarılması maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir. Dolayısıyla söz konusu madde değişikliğe tabi tutularak Hanefî mezhebindeki kiraya ilişkin birtakım açıklamalardan faydalanılmış ve yeni bir maddenin kaleme alınması uygun görülerek yukarıdaki madde düzenlenmiştir¹¹⁴.

Muaddel Madde 436: *İcâre müşâfehe ve mükâtebe ile olduğu gibi telefon ve telgraf ile ve dilsizin işaret-i ma'rûfesiyle dahi olur.*

¹⁰⁸ Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 13, 178-180.

¹⁰⁹ Mecelle Madde 429: *Gerek kabil-i taksim olsun ve gerek olmasın bir kimse hisse-i şayiasını şerikine icar edebilir ise de âhara icar edemez. Fakat ba'de'l-muhâyee nöbetini icar edebilir.*

¹¹⁰ Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 13, 180.

¹¹¹ Mecelle Madde 430: *Şüyû-ı târî akd-i icâreyi ifsat etmez. Mesela, bir kimse hanesini icar ettikten sonra nısf hissesi bir müstahik tarafından zapt olursa baki hisse-i şayia hakkında icâre baki kalır.*

¹¹² Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 13, 180-181.

¹¹³ Mecelle Madde 431: *İki şerik birlikte olarak mal-ı müştereki şahs-ı âhara icar edebilirler.*

¹¹⁴ Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 13, 181.

Esbâb-ı mûcibede: Mecelle'nin 436. maddesinin¹¹⁵ tadilinin, satış akdinde telefon ve telgrafın zamanın şartları gereği kabul edilmesi sebebiyle aynı gerekçelerin kira akdi için de geçerli olması maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir¹¹⁶.

Muaddel Madde 462: *İcârenin fesadı bazen bedelin meçhul olmasından ve bazen diğer şerait-i sıhhatin bulunmamasından neşet eder. Her iki surette bâliğan-mâ-belağ ecr-i misil lazım gelir.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin Ebû Hanife, Ebû Yusuf, İmam Muhammed'in ortak kanaatleri çerçevesinde düzenlenen 462. maddesinin¹¹⁷ tadilinin, Şâfi mezhebinin ve İmam Züfer'in görüşleri esas alınarak değiştirilmesiyle yapıldığı belirtilmiştir¹¹⁸.

Muaddel Madde 472: *Min gayr-i akd ve bilâ izin bir kimse birinin malını istimal etmekteyken mal sahibi muayyen bir ücret mutâlebe ettikten sonra yine istimal ederse ba'de'l-mutâlebe mürrur edecek müddet için ecr-i müsemma lazım gelir. Zira bu hâlde istimal etmesiyle ücrete razı olmuş olur.*

Muaddel Madde 550: *Rükûb için istikrâ olunan hayvana yük yükletilmez. Ve yükletilip de hayvan telef olsa 417. madde mucibince damân lazım geldiği gibi istifâ olunan menfaate mukabil ecr-i misil dahi lazım gelir.*

Muaddel Madde 596: *Bir kimse sahibinin izni olmaksızın bir mal üzerinde ispat-ı yed-i adiyetse gasp olmakla menafiini ödemek lazım gelir.*

Muaddel Madde 597: *İspat-ı yed-i adiyet menkulde bazen nakil ve bazen inkâr ve bazen de yalnız istilâ ile tahakkuk eder.*

Muaddel Madde 598: *İspat-ı yed-i adiyet gayrimenkulde duhul ve malikini ihraç yahut kast mukbil olmasa bile yalnız ihraç yahut kast-ı istilâ ile yalnız duhuldür. Şu kadar ki yalnız duhulde dahil malikten akva olması şarttır.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 472.,¹¹⁹ 550.,¹²⁰ 596., 597. ve 598. maddelerinin¹²¹ tadilinin, komisyonca menfaatlerin gasp veya telef edilmesi hâlinde tazminin gerekeceği

¹¹⁵ Mecelle Madde 436: *İcâre müşâfehe ile olduğu gibi mükâtebe ile ve dilsizin işaret-i ma'rûfesiyle dahi mün'akid olur.*

¹¹⁶ Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 13, 182.

¹¹⁷ Mecelle Madde 462: *İcârenin fesadı bazen bedelin meçhul olmasından ve bazen diğer şerait-i sıhhatin bulunmamasından neşet eder. Evvelki surette bâliğan-mâ-belağ ecr-i misil lazım gelir. İkinci surette ecr-i müsemmayı tecavüz etmemek şartıyla ecr-i misil lazım gelir.*

¹¹⁸ Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 13, 184; Şeyhizâde Abdurrahman, Mecma'u'l-Enhur, cilt 2, 381.

¹¹⁹ Mecelle Madde 472: *Min gayr-i akd ve bilâ izin bir kimse birinin malını istimal ettiği surette muaddün li'l-istiğlâl ise ecr-i misil lazım olur. Değilse lazım olmaz. Fakat mal sahibi ücret mutâlebe ettikten sonra istimal ederse muaddün li'l-istiğlâl olmasa dahi ücret itası lazım gelir. Zira bu hâlde istimal etmesiyle ücrete razı olmuş olur. 472. maddenin tadili için gerekçe gösterilen alıntılar için bkz. Abdülkerîm b. Muhammed er-Râfî, Fethu'l-Azîz fî Şerhi'l-Vecîz, cilt 11 (Beyrut: Dârü'l-Fikr, ts.), 261; İbrahim el-Halebî, Mülteka'l-Ebhur, 562; Molla Hüsrev, Dürerü'l-Hükkâm, cilt 2 (Kahire: Dârü lhyâi'l-Kütübî'l-Arabiyye, ts.), 234, 241.*

¹²⁰ Mecelle Madde 550: *Rükûb için istikrâ olunan hayvana yük yükletilmez. Ve yükletilip de hayvan telef olsa damân lazım gelir. Lakin bu hâlde ücret lazım olmaz. 550. maddenin tadili için gerekçe gösterilen alıntılar için bkz. er-Râfî, Fethu'l-Azîz fî Şerhi'l-Vecîz, cilt 11, 261; Molla Hüsrev, Dürerü'l-Hükkâm, cilt 2, 234.*

¹²¹ Mecelle Madde 596: *Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın istimal etmiş olsa gasp kabilinden olarak menafiini ödemek lazım gelmez. Fakat mal-ı vakıf ya mal-ı sagir ise her halde ve muaddün li'l-istiğlâl ise tevil-i mülk ve akit olmadığı halde damân-ı menfaat yani ecr-i misil lazım olur.*
Mecelle Madde 597: *Tevil-i mülk ile istimal olunan mal muaddün li'l-istiğlâl olsa dahi damân-ı menfaat lazım gelmez.*

Mecelle Madde 598: *Tevil-i akd ile istimal olunan mal muaddün li'l-istiğlâl olsa dahi damân-ı menfaat lazım gelmez. 596., 597. ve 598. maddelerin tadili için gerekçe gösterilen alıntılar için bkz. er-Râfî, Fethu'l-Azîz fî Şerhi'l-Vecîz, cilt 11, 261-262; Molla Hüsrev, Dürerü'l-Hükkâm, cilt 2, 234.*

yönündeki Şâfiî mezhebindeki görüşün benimsendiği açıklanmış ve söz konusu maddelerin içeriğindeki hususların daha önce yapılan tadillere aykırı olmalarından dolayı değiştirilmelerinin uygun görüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu maddelerin, daha önce tespit ve tadil edilen 417. madde ile komisyon tarafından ortaya konulan gerekçelerin kapsamı dahiline girmemesi, zamanın ve toplumun ihtiyaçlarına uymaması sebebiyle yeknesak ve tutarlı bir çalışma olması amacıyla yukarıdaki şekilleriyle tadil edilmiştir¹²².

Kanun-ı Medeni Komisyonu tarafından Kitâbü'l-İcâre'ye yönelik olarak gerçekleştirilen tadilatlar, klasik fıkıh anlayışının temel ilkelerine bağlı kalınarak, dönemin toplumsal, ekonomik ve hukuksal ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde yeniden yapılandırılmıştır. Bu bağlamda, yapılan değişikliklerin gerekçelerinde sıklıkla vurgulanan “günün şartları”, “zamanın gerektirdikleri” ve “uygulamada karşılaşılan durumlar” gibi ifadeler, tadilatların salt teorik bir düzenleme değil, pratik hayatla uyumlu bir hukuk anlayışının ürünü olduğunu göstermektedir. Bu doğrultuda, tadil edilen maddeler incelendiğinde, komisyonun birçok durumda Hanefî mezhebi dışındaki görüşlere yöneldiği, özellikle Mâlikî ve Şâfiî gibi mezheplerin içtihatlarına atıfla hükümlerin yeniden formüle edildiği görülmektedir. Bu tercihler, ilgili mezhep görüşlerinin yalnızca farklı olması sebebiyle değil, zamanın gereklerine daha uygun, uygulamada daha işlevsel ve çözüme elverişli olmaları sebebiyle öne çıkarılmıştır. Bu durum, komisyonun mezhepler arası farklılığı hukuki çözüm üretme ve toplumsal yarar sağlama gayesiyle değerlendirdiğini ortaya koymaktadır.

2. Kanun-ı Medeni Komisyonu Tarafından Kitâbü'l-İcâre'ye İlave Edilen Maddeler

Kanun-ı Medeni Komisyonu, Mecelle'de yer alan mevcut hükümleri yeterli görmeyerek Kitâbü'l-İcâre bölümüne dönemin ihtiyaçlarına cevap verecek mahiyette bazı yeni maddeler ilave etmiştir. Bu ilaveler şunlardır:

İkinci babın birinci faslına altı madde ilave edilmiştir:

Madde 1: *Tahvil-i memuriyet sebebiyle diğer beldeye gidecek olan memur müsteciren sakini bulunduğu hanenin icâresini feshedebilir.*

Madde 2: *Müddet-i icârenin bir kısmı geçtikten sonra mucir me'cûru teslim etmek istedikde müstecir icâreyi feshetmede muhayerdir. Dilerse kabul dilerse icâreyi fesheder.*

Mecelle'nin Kitâbü'l-İcâre'sine ilave edilen yukarıdaki iki madde,¹²³ kira akdinin feshedilmesine yöneliktir. Mecelle'de bu hususta detaylı bir açıklama olmaması nedeniyle komisyon üyeleri tarafından tespit edilen gerek söz konusu maddeler gerekse sonraki ilgili maddeler konunun detaylandırılarak olası soru ile sorunların önünü almak ve günün şartları gözetilmek suretiyle yapılan ilaveleri kapsamaktadır¹²⁴.

Madde 3: *Âkideynden bir tarafın veya her iki tarafın vefatıyla icâre münfesihi olmaz. Meğerki vefat eden taraf me'cûrun yalnız menfaatine malik ve malikiyeti kendi hayatıyla mukayyet mucir yahut ecir muayyen ola.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin Kitâbü'l-İcâreye ilave edilen 3. maddesinin, Hanefî mezhebinde yer aldığı şekliyle kira akdinin iki tarafından birinin ölmesiyle akdin münfesihi olacağı görüşünün¹²⁵ günün şartlarına uyarlanması maksadıyla kaleme alındığı belirtilmiştir. Nitekim komisyon üyeleri, daha önce *İcar-ı Akar Nizamnamesi* vasıtasıyla kabul edilen Şâfiî

¹²² Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 13, 188-193.

¹²³ Mecelle'ye ilave edilen söz konusu iki madde için gerekçe gösterilen alıntılar için bkz. *el-Fetâva'l-Hindiyeye*, cilt 4, 459; Haskefî, *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, 570.

¹²⁴ Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 13, 193-194.

¹²⁵ Alâüddîn Ebû Bekr el-Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*, cilt 4 (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1949), 222; Ali Bardakoğlu, “İcâre,” *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (DİA), cilt 21 (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 383.

mezhebine ait görüşü¹²⁶ referans alarak söz konusu maddeyi tespit etmiş ve Mâlikî ile Hanbelî mezheplerinden de yapılan alıntılarla¹²⁷ ilave edilen 3. maddeyi teyit etmişlerdir¹²⁸. Bu düzenleme, kira sözleşmesinin devamlılığına öncelik veren bir yaklaşımla, hukuki istikrarı ve tarafların menfaat dengesini gözetmeyi amaçlamaktadır. Komisyonun Şâfiî mezhebine ait içtihadı esas alarak ve diğer mezheplerden delillerle destekleyerek bu hükmü oluşturması, mezhepler arası tercihlerin pratik fayda ve toplumsal ihtiyaç temelinde belirlendiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Madde 4: *Müstecir bedel-i icarı tediye etmeden müddet-i icâre esnasında müflis olarak vefat ederse mucir hâkime müracaat etmeksizin icâreyi fesih ve me'cûru istirdat edebilir. Şu kadar ki bedel-i icarın deyn ve muaccel ve müstecir tarafından kefil veya rehin ile temin edilmemiş bulunması ve feshin ale'l-fevr olması şarttır. Hatta kefilin yüsrü usra munkalip olur. Yahut kefil kefaleti münkir ve yine mefkud bulunursa mucirin hakk-ı feshi vardır.*

Madde 5: *Müstecir bedel-i icarı tediye etmeden müddet-i icâre esnasında iflası sebebiyle hacir olunursa mucir hâkime müracaat etmeksizin icâreyi fesih ve me'cûru istirdat edebilir. Şu kadar ki bedel-i icarın madde-i ânife veçhiyle deyn ve muaccel ve müstecir tarafından kefil veya rehin ile temin edilmemiş bulunması ve feshin ale'l-fevr olması şarttır.*

Madde 6: *Ale'l-fevr yani mevt veya hacre ittılai müteakip istimali meşrut olan hakk-ı fesih terâzî ile sakıt olur.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin Kitabü'l-İcâre'ye ilave edilen yukarıdaki üç maddenin, Şâfiî kaynaklarına¹²⁹ müracaatla tespit edilerek kaleme alındığı belirtilmiştir.¹³⁰ Bu maddeler, borçlunun ödeme gücünü kaybetmesi hâlinde alacaklının malını koruma hakkını öne çıkararak, kira sözleşmelerinde alacaklı konumundaki mülk sahibinin hukuki güvenliğini sağlamayı hedeflemektedir. Komisyonun özellikle Şâfiî mezhebine müracaatla bu düzenlemeleri benimsemesi, sözleşme devamlılığı ilkesini, taraflar arası menfaat dengesini ve toplumsal pratikleri birlikte gözetken bir hukuki yaklaşımı benimsediğini ortaya koymaktadır.

Beşinci babın birinci faslına bir madde ilave edilmiştir:

Madde 1: *İcârenin şarta taliki caiz değildir. Şu kadar ki müstecir ba'de'l-akit ücretten bir miktarını mucire verip de me'cûru alırsa verilen miktar ücrete mahsup edilmek almazsa mucirin olmak şartına talik ederse icâre caiz ve şart muteberdir.*

Esbâb-ı mûcibede Mecelle'nin Kitabü'l-İcâre'ye ilave edilen bu maddesinin, Hanbelî mezhebinde mevcut olan ve zamanın bir gereği olarak Mecelle'nin Kitabü'l-Buyu'una ilave edilen *bey'u'l-urbûn* (kaparo)¹³¹ meselesinin aynı ihtiyaç ve gerekçelerle kira akdi çerçevesinde de göz önünde bulundurulması maksadıyla kaleme alındığı belirtilmiştir¹³². Bu düzenleme, satış akdinde olduğu gibi kira sözleşmesinde de taraflar arasında oluşan güven ilişkisini ve ekonomik ihtiyaçları gözetken esnek bir yorumun ürünüdür. Hanbelî mezhebine ait *bey'u'l-urbûn* uygulamasının benzer gerekçelerle kira akdine taşınması, komisyonun hukuki süreklilik ve tutarlılığı korurken, pratik çözümler üretme hassasiyetini ortaya koymaktadır.

Altıncı babın üçüncü faslına iki madde ilave edilmiştir:

¹²⁶ Nevevî, *Minhâcû't-Tâlibîn*, 163.

¹²⁷ Ebû'l-Hattâb el-Kelvezânî, *el-Hidâye 'alâ Mezhebi'l-İmam Ebî Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Muhammed İbn Hanbel eş-Şeybânî* (yy.: Müessesetü Ğaras li'n-Neşir ve't-Tevzî, 2004), 295.

¹²⁸ *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 195-196.

¹²⁹ İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-Muhtâc fî Şerhi'l-Minhâc*, cilt 5 (Beyrut: Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1983), 143.

¹³⁰ *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 197-198.

¹³¹ el-Kelvezânî, *el-Hidâye*, 240; Cengiz Kallek, "Kaparo," *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (DİA), cilt 24 (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 339.

¹³² *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 13, 197-198.

Madde 1: *Müstecir isticar eylediği hayvanı imsak edip istifâ-yı menfaat etmese ücret lazım gelir.*

Mecelle'nin Kitabü'l-İcâre'ye ilave edilen bu maddesi, her ne kadar Hanefî mezhebi hilafına olsa da komisyon üyeleri tarafından günün şartları gözetilerek Şâfiî mezhebi esas alınmak suretiyle tespit edilmiştir¹³³.

Madde 2: *Yükün nev ve miktarı zikir ve beyan olunarak isticar olunan hayvana o nevdan fazla yük yükletildiği hâlde nazar olunur hayvan sahibi beraber değil ise ecr-i müsemma ile beraber fazla için ecr-i misil ve hayvanın telefî hâlinde kıymetinin tamamen damânı lazım gelir. Ama hayvan sahibi beraber olup da fazladan haberdar olmadığı takdirde yine ecr-i müsemma ile beraber ecr-i misil ve hayvanın telefî hâlinde yalnız kıymetinden fazlaya isabet eden hissenin damânı lazım gelir. Hayvan sahibi beraber ve fazlaya muttali olduğu hâlde fazla için ecr-i misil ve telefî hâlinde damân lazım gelmez.*

Mecelle'nin Kitabü'l-İcâre'ye ilave edilen yukarıdaki maddede yer alan mesele, her ne kadar Hanefî mezhebi literatüründe bulunsun da gasp veya telef edilen menfaatlerin tazmine konu olmaması görüşü,¹³⁴ günün ihtiyaçlarına uygun bulunmamıştır. Menfaatlerin gasp ve telefe uğramasının akabinde tazmin edileceğinin daha önceki müzakerelerde kabul edildiği komisyon üyeleri tarafından ifade edilmiş ve bu meselede aynı gerekçelerle Şâfiî mezhebindeki yerleşik görüşün¹³⁵ esas alınarak söz konusu maddenin tespit edildiği belirtilmiştir¹³⁶.

Altıncı babın dördüncü faslına dört madde ilave edilmiştir:

Madde 1: *Müstecir amel-i muayyen ile müddet-i muayyeni akd-i vahidede cemettiği ve amelin o müddet zarfında ifası mümkün olmadığı hâlde icâre zamana muzaf olarak mün'akid olur. Ve ecir nefsinin teslim ile ücrete kesb-i istihkak eder.*

Madde 2: *Bir kimse kendi mülkünde 'umkunu ve saatini beyan ederek bir kuyu hafri için birini isticar edip ecir dahi bir miktar hafrettikten sonra kırılması meşakkat-i zaideye muhtaç kayaya tesadüf etse nazar olunur. Kayanın kuyu hafrine mahsus âlât ile kırılması mümkün ise ecir ikmal-i hafri için cebrolunur. Değilse cebrolunmaz.*

Madde 3: *İcâre-i zimmette yani amel üzerine varit icârede vefat eden ecirin terikesi vâfi ise zimmeti terikesinden istifâ olunur. Değil ise veresesi muhayyerdir dilerse ecirin zimmetini ifa ve ücrete kesb-i istihkak eder. Etmedikleri takdirde müstecir icâreyi feshedebilir. Ama mucirin vefatıyla münfesihi olmayan icâre-i aynda me'cûr bi-hükmi'l-icâre müstecirin veya veresesinin yedinde kalır.*

Esbâb-ı mûcibede Mecelle'nin Kitabü'l-İcâre'ye ilave edilen yukarıdaki maddelerin yazılma gerekçesi olarak zamanın muhtaç olduğu ahkâm-ı mühimmeden olma niteliği vurgulanmış ve ilgili maddelerin içeriğinde yer alan muameleler için muhtelif fıkıh eserleri taranarak bu muameleleri geçerli kılacak atıflarla maddeler temellendirilmiştir¹³⁷.

Madde 4: *İnşaat akitleri esnaf tarafından vazolunacak levazım ve yapılacak bina, mâni-i münazaa olur surette tavsif olunduğu hâlde sahih ve bedel-i ceste ceste verilir ise bey' ile icârenin içtimaından ibaret olur.*

¹³³ Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 13, 199; Nevevî, *Minhâcû'l-Tâlibîn*, 160.

¹³⁴ el-Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi' Fî Tertibi's-Şerâi'*, cilt 7, 145.

¹³⁵ er-Râfiî, *Fethu'l-Azîz fî Şerhi'l-Vecîz*, cilt 11, 261-262; Nevevî, *Minhâcû'l-Tâlibîn*, 147, 162-163.

¹³⁶ Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 14, 302-303.

¹³⁷ Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1338-1341, sayı 14, 303-304; el-Fetâva'l-Hindiyye, cilt 7, 145, cilt 4, 451; el-Heytemî, *Tuhfetü'l-Muhtâc fî Şerhi'l-Minhâc*, cilt 6, 187-188.

Esbâb-ı mûcibede Mecelle'nin Kitâbü'l-İcâre'ye ilave edilen 4. maddesinin, Hanefî mezhebinde fasit görülen meselenin,¹³⁸ o günün toplumunda fazlasıyla yer etmesi ve insanları bu tarz muamelelerden vazgeçirmenin de mümkün olmaması sebebiyle insanların muamelelerini imkân ölçüsünde sıhate yormanın daha iyi olacağına kanaat getiren komisyon üyeleri tarafından gerçekleştirilen yoğun araştırmalar neticesinde Mâlikî mezhebinden yapılan alıntılarla¹³⁹ tespit edildiği belirtilmiştir¹⁴⁰.

Cuâleye dair ilave olunan maddeler:

Madde 1: *Cuâle zayi olan şeyin reddi mukabilinde iltizam-ı ivazdır. O ivaza cimin fethası ve 'aynın sükûnuyla ca'l denilir.*

Madde 2: *Cuâle yalnız îcâb ile mün'akid olur.*

Madde 3: *Cuâlede îcâb mal sahibinin iznidir. Yani zayi olan şu şeyimi her kim getirirse şu kadar kuruş veririm diye iltizam-ı ivaz etmesidir.*

Madde 4: *Cuâlenin in'ikadında câilin akıl ve baliğ olması şarttır. Binaenaleyh sabi ve mecnunun cuâlesi sahih olmaz.*

Madde 5: *Cuâlede âmilin tayini şart değildir. Fakat tayin olunduğu takdirde âmilin amele kudreti şarttır. Binaenaleyh amele muktedir olan sabi ve mecnun dahi amel ile ca'le müstahak olur.*

Madde 6: *Âmilin ca'le istihkakı, îcâba ba'de'l-ittıla amel iledir. Fakat hakk-ı hapsi yoktur.*

Madde 7: *Cuâlede amelin gayr-ı muayyen ve gayr-ı muvakkat olması ve külfet bulunması şarttır.*

Madde 8: *Ca'lin malum olması şarttır.*

Madde 9: *Amele şürûdan mukaddem cuâlenin feshi caizdir. Ba'de's-şürû fesih hâlinde âmil ecr-i misile müstahak olur.*

Madde 10: *Fuzûlinin cuâlesi caizdir. Mesela filanın zayi olan hayvanını getiren kimseye şu kadar kuruş veririm diyen fuzûlî ca'lin ifasıyla mülzem olur.*

Esbâb-ı mûcibede Mecelle'ye ilave edilen cuâleye dair yukarıdaki maddelerin, eskiden beri insanlar arasında geçerli ve özellikle ilanlara konu olan bir iş karşılığında ücret taahhüt etme, mükâfat vadetme şeklindeki muameleleri kayıt altına almak maksadıyla tespit edildiği belirtilmiştir. Komisyon üyeleri tarafından gerçekleştirilen müzakerelerde ve yapılan incelemelerde cuâlenin, ecirin bilinmemesi nedeniyle caiz olmadığını söyleyen Hanefî ulemasının¹⁴¹ yerine insanların ihtiyaçlarına binaen cuâle şeklinde ortaya çıkan hukuki işlemi tecviz eden Şâfiî mezhebi eksenli görüşlerin¹⁴² esas alınarak söz konusu maddelerin kaleme alındığı görülmektedir. Her maddenin gerekçesinde verilen ve o maddenin kaynağını belirten alıntılarla toplamda on madde yazılmış ve bunlar cuâle başlığı altında Mecelle'ye ilave edilmiştir¹⁴³.

Kanun-ı Medenî Komisyonu tarafından Kitâbü'l-İcâre'ye ilave edilen maddeler, dönemin sosyo-ekonomik koşulları, toplumsal ihtiyaçlar ve pratikte ortaya çıkan uygulamalar dikkate

¹³⁸ el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi' Fî Tertibi's-Sherâi'*, cilt 5, 2-4.

¹³⁹ Ebû Saîd Abdüsselâm et-Tenûhî (İmam Sahnûn), *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, cilt 3 (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1994), 424.

¹⁴⁰ *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 14, 304-307.

¹⁴¹ el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi' Fî Tertibi's-Sherâi'*, cilt 6, 203-205.

¹⁴² Nevevî, *Minhâcû't-Tâlibîn*, 160; er-Râfiî, *Fethu'l-Azîz fî Sherhi'l-Vecîz*, cilt 7, 51-52.

¹⁴³ *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 14, 307-315.

alınarak kaleme alınmış düzenlemelerdir. Komisyonun bazı maddeleri özellikle Şâfiî, Hanbelî ve Mâlikî mezheplerine ait görüşlere dayandırması ise, mezhepler arası geçişliliğin, pratik faydayı ve kamu yararını önceleyen bir içtihat yöntemine dönüştüğünü göstermektedir. Bu bağlamda ilave edilen maddeler, hem klasik fikhî gelenekle bağını koruyan hem de hukukî esneklik ve güncellik kaygısını gözetken bir yaklaşımın ürünüdür.

II. MEVÂDD-I MÜSTÂCİLENİN TADİLİNE MEMUR MECELLE KOMİSYONU VE MECELLE'Yİ TADİL ÇALIŞMALARI

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 1332/1916 yılında Kanun-ı Medeni Komisyonu tarafından gündeme alınmak suretiyle birtakım tadillere konu olmuştur. Bu tadiller, çalışmada madde madde ele alınarak içerdikleri detaylar mümkün mertebe özetlenmeye çalışılmıştır. Söz konusu 1332/1916 tarihli Mecelle tadil çalışmalarından sonra bir müddet bu meyanda müstakil bir çalışma yapılmadığı belirtilebilir. Ancak TBMM tutanakları tarafımızca taranmış ve Meclisin 18 Mart 1340/1924 tarihli oturumunda, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’den Kitabü’l-Büyû’un bazı mevâddının tadiline dair” başlıklı bir kanun layihasının Adliye Vekâletine iadesiyle ilgili olan Adliye Encümeni mazbatasına rastlanılmıştır¹⁴⁴. Bu mazbatada ismi geçen layiha hakkında bir detay verilmemiş olmakla birlikte ilgili layihanın, Adliye Vekâletine iadesi Genel Kurulda kabul edilmiştir. Söz konusu layihanın ne zaman kimler tarafından hazırlandığı tarafımızca belirlenememiştir. Ancak bu layihanın 1332/1916 yılında hazırlanan layiha olması ihtimal dahilindedir. Ayrıca farklı bir komisyon tarafından hazırlanmış olması da muhtemel olan bu layihanın, 20 Mayıs’ta kurulacak olan yeni Mecelle Tadil Komisyonunun faaliyete başlayacak olması nedeniyle Vekâlete iadesinin istenildiğini düşünmekteyiz. Bizi bu düşünceye iten daha önce buna benzer durumların vuku bulmuş olmasıdır.

Şu hâlde detaylarına ulaşamayan Meclisin 18 Mart 1340/1924 tarihli oturumunda gündeme alınan tadil layihası göz ardı edilerek 1340/1924 yılında faaliyete başlayan Mecelle’nin tadiline yönelik komisyonun çalışmalarına geçilecektir.

Ceride-i Adliye ve Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası’nda Mevâdd-ı Müstâcilenin Tadiline Memur Mecelle Komisyonu başlığıyla geçen Mecelle Tadil Komisyonu, 20 Mayıs 1340/1924 tarihinde kurularak bazı faaliyetler yürütmüştür. Söz konusu komisyonun yürüttüğü faaliyetlere yönelik bir gerekçe kaleme alınmıştır. Bu gerekçede, Mecelle’nin günün gereklerine uymaması sebebiyle süratle tadil edilmesi gerektiğinden bahsedilmiş ve bu tadilat vesilesiyle maddelerin örf ile âdete ve çağdaş telakkilere uygun hâlde getirilmesi için bir komisyon kurulduğu belirtilmiştir¹⁴⁵.

Komisyonun, başkan ve üyeleri şöyledir¹⁴⁶:

Başkan: Saruhan Mebusu Mustafa Fevzi Bey

Üye: Hukuk Müderrislerinden Ebül’ulâ Bey

¹⁴⁴ TBMM Zabıt Ceridesi, 18 Mart 1340, Devre 2, cilt 7, içtima 15, 647-648.

¹⁴⁵ Bu gerekçe şu şekilde ifade edilmiştir: “Mecellemizin, ihtiyacât-ı hazırâya adem-i tevafuku hasebiyle müstacelen tadiline lüzum görülen mevâddın memleketin örf ve âdetine mutabık ve telakkiyât-ı asriyeye muvafık surette tadil ile ol bapta bir layiha vücûda getirmek üzere 20 Mayıs 340 tarihiyle tezkire-i vekâlet-penâhileri mucibince teşekkül eden komisyonumuz ol baptaki talimatname ahkâmına tevfikân içtimalarına devam ederek Mecelle’nin Kitabü’l-Büyû’ hakkındaki tadilatını ikmal eylemiş olduğundan tadilat-ı vakia ile esbâb-ı mucibesinin hülasa-i arzına bervech-i zîr mücâseret olunur.” Bkz. *Ceride-i Adliye*, 1340, cilt 2, sayı 25, 894.

¹⁴⁶ Söz konusu komisyonda yer alan başkan ve üyelerin ünvanları, atıfta bulunulan kaynaktan hareketle yazılmıştır. Bu kimselerin, ilgili komisyonda görev yapmalarından önceki ve sonraki yaşantılarında daha başka görevlerde bulundukları görülmektedir. Ayrıca tarafımızca yapılan araştırmada Kanun-ı Medeni Komisyonu üyelerinin niçin seçildikleriyle ilgili müstakar bir bilgiye ulaşılammıştır. Bkz. *Ceride-i Adliye*, 1340, cilt 1, sayı 22-23-24, 849; *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1338-1341, sayı 14, 318.

Üye: Hukuk Müderrislerinden Abdurrahman Münib Bey

Üye: Adliye Müfettişi Esad Bey

Üye: Hukuk Müderrislerinden Hafız Şevket Bey

Böylelikle Mecelle Tadil Komisyonu, 19 Mayıs 1340/1924 tarihli talimatnamenin tespit ettiği usul ve esaslar doğrultusunda çalışmalara başlamış ve Mecelle'yi etraflıca incelemeye ve gerekli tadilleri yapmaya girişmişlerdir. Ortaya konulan çalışmaların neticesinde Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'u ile Kitabü'l-İcâre kısımları bazı tadil ve eklemelere konu olmuştur. Bu noktada yapılan tadillerin ve eklemelerin bir kısmı 1332/1916 tarihli komisyon tarafından tespit edilen maddelerin aynısıdır. Gerçekleştirilen tadil ve eklemelerin gerekçelerine de yer verilen komisyon raporlarından elde edilen bilgiler başlıklar hâlinde özetlenmeye çalışılacaktır.

A. MECELLE TADİL KOMİSYONU TARAFINDAN KİTABÜ'L-BÜYÜ'UN TADİLATINA DAİR TESPİT EDİLEN MADDELER

Aşağıda yer alan kısımda, Mecelle Tadil Komisyonu tarafından yayınlanan rapordan elde edilen bilgilerin sunulmasına, layihayla yapılması düşünülen tadillerin aktarılmasına¹⁴⁷ ve varsa bu tadillerin esbâb-ı mûcibesi ile gerekli görülen malumatın özetlenmesine çalışılacaktır. Dolayısıyla ilk olarak Mecelle'de yer alan hükümlere yönelik tadiller daha sonra ise Mecelle'ye ilave edilmesi düşünülen maddeler ele alınacaktır.

Muaddel Madde 125: *Mülk, insanın malik olduğu şeydir. Gerek a'yân ve gerek menafî ve düyun olsun.*

Mecelle'nin 125. maddesinin tadili, daha önce 1332/1916 tarihli Kanun-ı Medeni Komisyonu tarafından 125. maddede yer alan mülk kavramının tarifine “borçlar” ibaresinin eklenmesinin akabinde 1916 yılında eklenen borçlar ibaresinin maddede yer alan tariftan çıkarılması nedeniyle tekrar gündeme alınması maksadıyladır. Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 125. maddesinin tadilinin, insanın malik olduğu ayn veya menfaatte dilediği şekilde tasarrufta bulunabileceği gibi borç üzerinde de aynı tasarrufa sahip olabileceği belirtilerek kefalet, havale, hibe, sulh, ibra ve vasiyet gibi borç sahasına giren tasarrufların varlığının da bu durumu teyit etmekte olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁸. Dolayısıyla 1332/1916 tarihli komisyonun tadiline de uygun bir şekilde mülk kavramının tarifine borçlar ibaresi tekrar eklenerek madde tadil edilmiştir.

Muaddel Madde 126: *Mal; onda münâfese ve bezl cari olan şeydir.*

Esbâb-ı mûcibede Mecelle'nin 126. maddesinin tadilinin, maddede yer alan mal tarifinin kapsamına girmeyen borçlar ve hakların da bir nevi mal olduğunun kabul edilmesi sebebiyle bütün malları kapsayacak bir tarif yapılması maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir. Mecelle Tadil Komisyonu tarafından yayınlanan rapordan anlaşıldığı kadarıyla; bu maddenin tadili esnasında maddenin lafzına yönelik bir ihtilaf meydana gelmiştir. Komisyon üyelerinden Esad Bey ile Abdurrahman Münib Bey'in benimsediği, “Mal, beyne'n-nâs kıymeti olan şeydir” şeklindeki tadil, çoğunluğun oylarıyla reddedilerek Mecelle'nin 126. maddesi, yukarıya alınan 1332/1916 tarihli komisyonca da belirlenen şekliyle kabul edilmiştir¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Mecelle'de yer aldığı şekliyle maddelerin asıllarına, çalışmanın önceki sayfalarında değinildiği için burada tekrar yer verilmeyecektir. Çalışmanın önceki sayfalarında bulunmayan ve söz konusu komisyonca ilk defa müzakere gündemine alınan maddelere ise yeknesak bir görünüm arz etmesi bakımından dipnotlarda yer verilecektir.

¹⁴⁸ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 894.

¹⁴⁹ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 894.

Mecelle'nin 127. maddesinde¹⁵⁰ yer alan mütekavvim malın tarifinin Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nun 64. maddesinde¹⁵¹ zamanın ihtiyaçlarına uygun bir şekilde yer alması sebebiyle 127. maddenin Mecelle'den çıkarılması çoğunlukça kararlaştırılmıştır¹⁵².

Muaddel Madde 151: *Mebî' satılan şeydir ve bey'den maksûd-ı asli odur.*

Esbâb-ı mücibede; Mecelle'nin 151. maddesinin tadilinin, mebi'in (satış akdine konu olan mal) kapsamının genişletilmesi daha doğrusu mebi'in sadece aynın değil aynı zamanda borçların ve hakların kapsamına girenleri de içerecek şekilde düzenlenmesi maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir¹⁵³. Dolayısıyla ilgili muaddel madde, 1332/1916 tarihli komisyonun tadiline de uygun bir şekilde kaleme alınmıştır.

Muaddel Madde 204: *Mebî' ayn ise akitteki tayin ile taayyün eder.*

Esbâb-ı mücibede; Mecelle'nin 204. maddesinin tadilinin, 151. maddenin tadil edilmiş şekliyle arasındaki uyumun korunması maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir¹⁵⁴. Dolayısıyla ilgili muaddel madde, 1332/1916 tarihli komisyonun tadiline de uygun bir şekilde kaleme alınmıştır.

Mecelle'nin 211. ile 212. maddelerinin,¹⁵⁵ tadil edilen 126. madde uyarınca her kıymetli şeyin mal sayılması gerekçesiyle çoğunluk oylarıyla Mecelle'den çıkarılması kararlaştırılmıştır¹⁵⁶.

Muaddel Madde 216: *Kanavâta teb'an suyun bey'i caizdir. Hakk-ı mürur ve hakk-ı şirb gibi hukuk-ı müekkedenin arza teb'an bey'i caiz olduğu gibi münferiden bey'i dahi caizdir.*

Esbâb-ı mücibede; Mecelle'nin 216. maddesinin tadilinin, bir kısım hukukçunun, insanların ihtiyaçlarını gözetmek suretiyle hakk-ı mürur hakk-ı mesîl gibi mahalde sabit olan haklar olarak tanımlanan hukuk-ı müekkedenin tek başına satışa konu olmasına cevaz vermesi maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir¹⁵⁷. Dolayısıyla ilgili muaddel madde, 1332/1916 tarihli komisyonun tadiline de uygun bir şekilde kaleme alınmıştır.

Muaddel Madde 224: *Teb'îzinde zarar olan mevzûnâttan bir mecmuun miktarı beyan ve yalnız ol mecmuun bahası zikrolunarak satıldıkta lede't-teslim tamam çıkarsa bey' lazım olur; nakıs çıkarsa müşteri muhayyer olup dilerse bey'i fesheder; dilerse semen-i müsemmadan hissesiyle kabul eyler. Bu takdirde bayiin rızası şarttır. Ve zait çıkarsa ziyade bayiindir. Bu surette gerek bayi ve gerek müşteri muhayyer olur. Şu kadar ki bayi ziyadeyi meccanen müşteriye terk*

¹⁵⁰ Mecelle Madde 127: *Mal-ı mütekavvim, iki manaya istimal olunur. Biri intifâi mübah olan şeydir. Diğeri mal-ı muhrez demektir.*

¹⁵¹ Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nun 1914 tarihinde tadil edilen 64. Maddesi: *"1- Kavânîn ve nizâmât-ı mahsûsa ile memnu ve adap ve intizam-ı umumiyeyi muhil olmayan ve ehliyet-i âkideyn gibi ahvâl-i şahsiyeye ve irs ve intikale ve nukut ve akârât-ı mevkufenin ve emval-i gayrimenkulenin tasarrufuna müteallik kavaid ve ahkâma muhalif bulunmayan bilcümle mukâvelât ve taahhüdât ahkâmı akitler hakklarında meri ve muteberdir; şu kadar ki makûdünaleyh mümkünü'l-husul değilse, butlan iddiası mesmûdur.*

2- Mal-ı mütekavvim olan her şey makûdünaleyh olabilir. Alelîtlak tedavülü müteârif olan ayan ve menafî ve hukuk, mal-ı mütekavvim hükmündedir. Âtiyen mevcut olacak eşya üzerine akdedilecek mukâvelât dahi muteberdir.

3- Mukavelenin nikat-ı esasîyesi hakkında âkideynin muvafakatleri hasıl olduğu takdirde nikat-ı fer'îyesi meskûtinan h kalmış olsa bile akit tamam olmuş addolunur. Nikat-ı fer'îye hakkında muvafakat-ı tarafeyn hasıl olmadığı surette mahkeme işin mahiyetini nazar-ı dikkate alarak nikat-ı mezkûreyi tayin eder." Bkz. Düstûr, İkinci tertip, cilt 6 (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1334), 653-654.

¹⁵² Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 894-895.

¹⁵³ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 895.

¹⁵⁴ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 895.

¹⁵⁵ Mecelle Madde 211: *Mütekavvim olmayan malı satmak batıldır.*

Mecelle Madde 212: *Mütekavvim olmayan mal ile bir mal satın almak fasittir.*

¹⁵⁶ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 895.

¹⁵⁷ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 895-896.

ederse müşterinin muhayyerliği sakıt olur ve ziyade mukabelesinde bir ivaz itasıyla bey'in takririnde tarafeyn ittifak ederlerse caiz olur.

Mecelle'nin 224. maddesi, ayırmasında (teb'üzinde) zarar olan tartılmış olan şeylerin (mevzûnât) satılmasıyla ilgilidir. Bu hususta hukukçular arasında ihtilaf mevcuttur. Bazı hukukçular, ayırmasında zarar olan tartılmış olan şeylerde veznin, vasıf kabilinden olduğunu beyan ederken diğerleri ise ayırmasında zarar olan tartılmış olan şeylerde veznin, kıymet kabilinden olduğunu ifade etmişlerdir. Bu noktada Mecelle'nin 224. maddesi, ayırmasında zarar olan tartılmış olan şeylerde veznin vasıf kabilinden olduğuna yönelik görüş kabul edilerek tespit edilmiştir. Ancak ilgili madde komisyonca, ayırmasında zarar olan tartılmış olan şeylerde veznin kıymet kabilinden olduğuna yönelik görüşün tercih edilmesi sebebiyle yukarıdaki şekliyle tadile uğramıştır¹⁵⁸. Dolayısıyla ilgili muaddel madde, 1332/1916 tarihli komisyonun tadiline de uygun bir şekilde kaleme alınmıştır.

Muaddel Madde 225: Teb'üzinde zarar olan mevzunâtta bir mecmuun miktarıyla aksam ve eczasının bahası dahi beyan ve tafsil olunarak satıldıkta lede't-teslim gerek tamam çıksın ve gerek nakıs ve zait çıksın hükmü madde-i ânifenin hükmü gibidir.

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 225. maddesinin tadilinin, 224. maddenin tadil edilmiş şekliyle arasındaki uyumun korunması maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir¹⁵⁹. Dolayısıyla ilgili muaddel madde, 1332/1916 tarihli komisyonun tadiline de uygun bir şekilde kaleme alınmıştır.

Ayrıca komisyon üyeleri tarafından yapılan inceleme neticesinde Mecelle'nin 226. maddesinin tadiline gerek duyulmamıştır. Ancak 226. maddenin altında bulunan örneklerin tadil edilen 224. ve 225. maddelere uygun olmaması sebebiyle Mecelle'den çıkarılması komisyonca uygun bulunmuştur¹⁶⁰.

Muaddel Madde 253: Müşteri kable'l-kabz mebi'i âhare satabilir.

Mecelle'nin 253. maddesi, ticari ilişkilerde doğacak problemleri dikkate almak suretiyle “suûbet sebab-i teshil olur ve darlık vaktinde vûsat gösterilmek lazım gelir” denilerek komisyonca ilgili maddenin tadiline karar verilmiştir. Bu itibarla söz konusu madde hukukçular arasında mevcut olan azınlıktaki görüşe referansla ve günün şartları gözetilerek tadil edilmiştir¹⁶¹. Dolayısıyla ilgili muaddel madde, 1332/1916 tarihli komisyonun tadiline de uygun bir şekilde kaleme alınmıştır.

Mecelle Tadil Komisyonu üyeleri, 253. maddenin tadilinden sonra ayrıca Mecelle'nin 320. ila 335. arasındaki maddelerinin görme muhayyerliği ile alakalı olduğundan bahisle akit meclisinde hazır olarak satılan malın cevazında ittifak olduğunu ancak akit meclisinde hazır olmadığı hâlde satılan malın ise hukukçular arasında ihtilafı olduğunu belirtmişlerdir. Mecelle'de ise, akit meclisinde hazır olmayan bir malın görme muhayyerliği şartıyla satılmasının caiz olduğuna ilişkin hukukçular tarafından ifade edilen görüş esas alınarak ilgili maddelerin tespit edildiği belirtilmiştir. Komisyon üyeleri ise bu görüş dikkate alınarak tespit edilen maddelerin ticari ilişkilerde birtakım problemler doğuracağını söylemişlerdir. Özellikle fiyatı düşen ürünlerde müşterinin teslim aldığı malı görme muhayyerliği gerekçesiyle iade etmesi durumunda satıcının gereksiz bir zarara maruz kalması gibi durumların ticarete emniyet ve güvenliği ihlal ettiğine kanaat getirmişlerdir. Ayrıca Mecelle'nin 320. ila 335. arasındaki maddelerde yer alan hükümler doğrultusunda müşterinin malı gördükten sonra dahi satın aldığı mal üzerinde görme muhayyerliğini kullanmayacağına yönelik bir tasarrufu olmayana kadar görme muhayyerliğinin sürmesi, problemi arttıran bir başka unsur olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla komisyon üyeleri,

¹⁵⁸ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 896-897.

¹⁵⁹ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 897.

¹⁶⁰ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 897.

¹⁶¹ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 897-898.

Mecelle'nin; 320., 321., 322., 323., 326., 327., 328., 332., 333. ve 334. maddelerinin çıkarılmasına karar vermiştir. Numune gösterilerek satılan şeyler hakkındaki 324. ve 325. maddeler ile âmaların alım satımıyla alakalı olan 329. ila 331. maddelerin ise aynı şekilde bırakılması uygun görülmüştür¹⁶².

Muaddel Madde 381: *Selem müteâmel olan şeylerde ale'l-ıtlak sahihtir.*

Mecelle'nin 381. maddesi,¹⁶³ selem ne tür mallarda cereyan edeceğiyle ilgili olup maddede seleme konu malların tartılabilmesi, zirai ürünlerden olması ve bazı sayılabilen çeşitlere indirgenmesi söz konusudur. Komisyon üyeleri ise insanlar arasında uygulamada yaygın olan deri, kuzu, kavun, karpuz gibi çeşitli sayılabilen malların da seleme konu olmasının sahih kabul edilmesinden bahisle maddeyi yukarıdaki şekliyle tadil etmiştir¹⁶⁴.

Mecelle'nin 382. ile 383. maddeleri,¹⁶⁵ tartılabilen ziraat ürünleri ve yakın sayıdaki sayılabilen malların miktar tayiniyle ilgilidir. Burada satılan şeyin miktarının akit anında tayin ve beyanı şart olup ne şekilde tayin edileceği ise şehirler arasında farklı olan örfelere göre değişebilmektedir. Dolayısıyla bu maddelerin farklı örfelere göre değişebilmesi nedeniyle çıkarılması Mecelle Tadil Komisyonunca kararlaştırılmıştır¹⁶⁶. Bu değişikliklerin, hukuki öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkeleri açısından önemli olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Muaddel Madde 386: *Selemin sıhhatinde mebi'in cinsi, mesela buğday ve pirinç ve hurma diye ve nevi mesela yağmur ile ya saky ile hasıl olan diye ve sıfatı, mesela a'lâ yahut ednâ diye tayin ve gerek mebi'in ve gerek semenin miktarı ve mebi'in zaman ve mekan-ı teslimi beyan olunmak şarttır. Şu kadar ki, mebi'in teslimi beyan edilmezse bu hususta örf ve âdete bakılır.*

Esbâb-ı mûcibede Mecelle'nin 386. maddesinin¹⁶⁷ tadilinin, ticari ilişkilerde yaygın olduğu şekliyle satılan şeyin teslim zamanının çoğunlukla beyan edilmeden, bu hususta cari olan örf ve âdete bakılması nedeniyle maddeye böyle bir fıkranın eklenmesi maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir¹⁶⁸. Bu değişiklik, sözleşmelerin geçerliliğinde örfün belirleyici rolünü kabul eden ve uygulamadaki teamülleri hukuki bir ölçüt hâline getiren bir yaklaşıma işaret etmektedir.

Muaddel Madde 387: *Sıhhat-ı selem bekasında semenin meclis-i akitte teslimi şart değildir.*

Esbâb-ı mûcibede Mecelle'nin 387. maddesinin tadilinin, satışta ana paranın akit meclisinde teslim olunmaması durumu pratikte uygulandığından bu şekildeki bir uygulamanın imkân ölçüsünde sıhhat çerçevesinde değerlendirilmesi maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir¹⁶⁹.

1340/1924 tarihli Mecelle Tadil Komisyonu tarafından Kitâbü'l-Büyû'a ilişkin olarak tespit edilen tadil maddeleri, hem önceki dönemlerde yapılan düzenlemelerin devamı niteliğinde olması hem de dönemin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik yeni açılımlar sunması bakımından dikkat çekicidir. Bu çerçevede özellikle 1332/1916 yılında kabul edilen değişikliklerin büyük ölçüde aynen benimsendiği, ancak bazı maddelerde farklılaşmaya gidilerek ilave düzenlemelerin

¹⁶² Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 898-899.

¹⁶³ Mecelle Madde 381: *Selem ancak miktarını ve sıfatını, mesela a'lâlığını ya ednâlığını tayin eylemek kabil olan şeylerde sahih olur.*

¹⁶⁴ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 899.

¹⁶⁵ Mecelle Madde 382: *Mekilât ve mevzûnât ve mevrûâtın miktarı keyl ve vezin ve zira ile tayin olunur.*

Mecelle Madde 383: *Adediyât-ı mütekâribenin tayin-i miktarı sayı ile olduğu gibi keyl ve vezin ile dahi olur.*

¹⁶⁶ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 899.

¹⁶⁷ Mecelle Madde 386: *Selemin sıhhatinde mebi'in cinsi, mesela buğday ve pirinç ve hurma diye ve nevi mesela yağmur ile ya saky ile hasıl olan diye ve sıfatı, mesela a'lâ yahut ednâ diye tayin ve gerek mebi'in ve gerek semenin miktarı ve mebi'in zaman ve mekân-ı teslimi beyan olunmak şarttır.*

¹⁶⁸ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 899-900.

¹⁶⁹ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 900.

yapıldığı görülmektedir. Bu durum, komisyonun geçmişteki kazanımları israf etmeden, bunları yeniden değerlendirerek güncelleme çabası içinde olduğunu göstermektedir. Ayrıca komisyonun yaklaşımı, uygulamadaki durumları göz önünde bulunduran ve pratik hukuki çözümler üretmeye yönelik bir yönelim taşımaktadır.

B. MECELLE TADİL KOMİSYONU TARAFINDAN KİTABÜ'L-BÜYÛ'A İLAVE EDİLEN MADDELER

Mecelle Tadil Komisyonu tarafından Kitabü'l-Büyû' bölümüne dönemin ihtiyaçlarına cevap verecek mahiyette bazı yeni maddeler ilave edilmiştir. 1332/1916 tarihli komisyonun ilavelerinin de yer aldığı maddeler şunlardır:

Birinci babın birinci faslına bir madde ilave edilmiştir:

Madde 1: *İcap ve kabul telgraf ve telefon ile dahi olur.*

Esbâb-ı mûcibede Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'una eklenen 1. maddenin yazılma gerekçesinin, günün şartları olduğu belirtilmiştir. Komisyon tarafından maddenin yazılma gerekçesinde öncelikle mebî'in tarifine dikkat çekilmiş ve mebî'in malı malla değiştirmek demek olduğunu bu değiştirmenin icap ve kabul denilen bir karşılıklı rızaya dayalı olduğuna vurgu yapılmıştır. Dolayısıyla karşılıklı rızayı ifade eden telgraf, telefon, söz veya fiilin akdi oluşturmada muteber kabul edileceği belirtilerek söz konusu madde 1332/1916 tarihli Kanun-ı Medeni Komisyonunun da kabul ettiği şekliyle yazılmıştır¹⁷⁰.

Birinci babın dördüncü faslına iki madde ilave edilmiştir:

Madde 2: *Ahad-ı âkideyne nef-i malumu olan şartla bey' sahih ve şart muteberdir.*

Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'una eklenen 2. madde, satış akdinin şarta bağlanmasının imkânı hakkında olup, Komisyon üyeleri bu hususta mevcut olan başlıca üç görüşten bahsetmiştir. Birinci görüş, satış akdinde ileri sürülen şartın müfsit olduğu dolayısıyla akdi fasit kılacağına yöneliktir. İkinci görüş, satış akdinde ileri sürülen şartların muteber ve satışın caiz olduğuna yöneliktir. Üçüncü görüş ise satış akdinde ileri sürülen şartların üç kısım olduğu bunların caiz, müfsit, lağıvdan oluştuğuna yöneliktir. Komisyon üyeleri bu görüşleri tespit ettikten sonra Mecelle'de üçüncü görüşün kabul edildiğini ancak akdin taraflarına bir fayda getiren şartın müfsit olarak kabul edilmesine mecbur kalındığını belirtmiş, kendileri ise ticari ilişkilere yansıyan bu gibi şartların kabul edilmesinde karar kılarak 1332/1916 tarihli Kanun-ı Medeni Komisyonunun da kabul ettiği şekliyle yukarıdaki maddeyi yazmıştır. Komisyon üyelerinden Abdurrahman Münib Bey ise akit taraflarına bir fayda getiren şartın müfsit olarak kabul edildiğine dair Mecelle'de sarih bir hüküm olmayışı sebebiyle bu maddenin yazılmasına gerek duymadığını ifade ederek aksi yönde oy kullanmıştır¹⁷¹.

Madde 3: *Bey'in şarta taliki caiz değildir. Şu kadar ki müşteri ba'de'l-akd semen-i müsemmadan bir miktarını bayie verip de mebî'i alırsa verilen miktar semenden mahsup edilmek, almazsa bayiin olmak şartına talik ederse bey' caiz ve şart muteberdir.*

Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'una eklenen 3. madde, pey akçesi olarak insanlar arasında bilinen bir uygulamanın, mevcut kanunlarda sarih bir ifadeyle yer almaması ve mahkemelerde bu uygulamayla ilgili davalarda farklı içtihatlar ortaya konulması nedeniyle komisyon üyelerinin çoğunluğunca kabul edilerek 1332/1916 tarihli Kanun-ı Medeni Komisyonunun da kabul ettiği şekliyle yukarıdaki madde yazılmıştır¹⁷².

¹⁷⁰ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 900.

¹⁷¹ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 900-901.

¹⁷² Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 901.

İkinci babın ikinci faslına bir madde ilave edilmiştir:

Madde 4: *Esnaf arasında müteârif olduğu üzere peştamallık bey'i caizdir.*

Esbâb-ı mûcibede Mecelle'nin Kitâbü'l-Büyû'una eklenen 4. maddenin yazılma gerekçesinin, insanlar arasında pratikte geçerli olup mevcut kanunlarda sarîh bir ifadeyle yer alması ve yasaklamanın pek de mümkün olmaması nedeniyle maddenin içeriğinde yer alan peştamallık muamelesini tecvîz etmek maksadıyla olduğu belirtilmiştir¹⁷³.

Altıncı babın yedinci faslına bir madde ilave edilmiştir:

Madde 5: *Hıyâr-ı vasıf veya hıyâr-ı rüyet veya hıyâr-ı ayıp veyahut hıyâr-ı gabin ve tağrîr ile muhayyer olan kimse tarafından muhayyerliği mevcut olan sebebe ittıla tarihinden itibaren 1 ve işbu sebebe muttali olmasa dahi vakt-i akitten itibaren 3 sene mürrurundan sonra ikame olunacak fesh-i akit veya noksan-ı semen davası mesmû' olmaz.*

Esbâb-ı mûcibede Mecelle'nin Kitâbü'l-Büyû'una eklenen 5. maddenin yazılma gerekçesinin, maddede yer alan muhayyerlik sebepleri için belli bir müddet belirlenmemiş olması nedeniyle bunun birçok probleme yol açmasına binaen söz konusu muhayyerliklere bir zaman aşımı belirlemek maksadıyla olduğu belirtilmiştir¹⁷⁴.

1340/1924 tarihli Mecelle Tadil Komisyonu tarafından Kitâbü'l-Büyû'a ilave edilen maddeler, yalnızca mevcut düzenlemeleri tamamlamakla kalmayıp, aynı zamanda toplumsal ihtiyaçlara ve uygulamadaki boşluklara cevap verme amacı güden bir yaklaşımla şekillendirilmiştir. Bu süreçte komisyonun, dönemin sosyal yapısını, ticari ilişkilerdeki gelişmeleri ve mahkemelerde karşılaşılan fiilî uygulamaları dikkate aldığı açıkça görülmektedir. Komisyonun, özellikle uygulamada karşılığı bulunan ancak Mecelle'de açık biçimde yer almayan ya da hukuken düzenlenmemiş olan bazı meselelerin sistematik bir şekilde ele alınıp hükme bağlandığı ve bazı hukuki müesseselerin ya tamamen yokluğundan ya da önceki düzenlemelerde yeterince açık olmamasından kaynaklanan sorunları giderme amacıyla hareket ettiği anlaşılmaktadır.

C. MECELLE TADİL KOMİSYONU TARAFINDAN KİTÂBÜ'L-İCÂRE'NİN TADİLÂTINA DAİR TESPİT EDİLEN MADDELER

Mecelle Tadil Komisyonu, Kitâbü'l-Büyû'a ait incelemelerini ve bu incelemeler neticesinde tadil ve eklemelere konu olan maddeleri tamamlamasıyla birlikte Kitâbü'l-İcâre'nin tadiline yönelik faaliyetlere girişmiştir. Bu başlık altında ise bir önceki başlıklar altında olduğu gibi komisyon tarafından yayınlanan rapordan elde edilen bilgiler ve Ceride-i Adliye'de yayınlanan ifadelerden elde edilen hususlar belirtilecektir. Bu itibarla öncelikle komisyon üyelerince kabul edilen tadillerin aktarılmasına ve varsa bu tadillerin esbâb-ı mûcibesi ile gerekli görülen malumatın özetlenmesine çalışılacaktır. Dolayısıyla ilk olarak Mecelle'de yer alan hükümlere yönelik tadiller daha sonra ise Mecelle'ye ilave edilmesi düşünülen maddeler ele alınacaktır.

Mecelle Tadil Komisyonu, 417. maddenin tadiline yönelik müzakerelere geçmeden önce menfaatler ve bunların telef veya gasp edilmesi hâlinde nasıl bir yol izlenmesiyle ilgili görüşleri değerlendirmişler, bu noktada hukukçular arasındaki var olan ihtilafı ortaya koymuşlardır. Mecelle'nin 417. maddesinden anlaşıldığı şekliyle bir menfaatin gasp veya telef edilmesi durumunda tazmine konu olması için aynın, muaddün li'l-istiğlâl olması gerekmektedir. Komisyon üyeleri ise aynın, muaddün li'l-istiğlâl olup olmamasının önemli olmadığından bahisle ilgili maddenin Mecelle'den çıkarılmasına karar vermiştir. Esbâb-ı mûcibede komisyonun bu

¹⁷³ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 902.

¹⁷⁴ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 902.

kararı almasındaki gerekçe ise menfaatlerin mütekavvim mal sayılmamasının zamanın iktisadi anlayışına uygun olmaması olarak belirtilmiştir¹⁷⁵.

Muaddel Madde 420: *İcârede ma'kûdünaleyh menfaattir. Şu kadar ki ağaç kat'î için orman icarı gibi beyne'n-nâs müteâmel olan şeylerde istihlâk-ı ayn üzerine varit olan icâre caizdir.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 420. maddesinin¹⁷⁶ tadilinin, *ma'kûdünaleyhin* (üzerine akit yapılmasına esas olan) bir kısım kiralarda menfaat üzerine değil de *istihlâk-ı ayn* (malın tüketilmesi) üzerine kurulması nedeniyle maddeye bu durumu ifade eden bir fıkranın eklenmesi maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir¹⁷⁷.

Muaddel Madde 428: *Her şey ki müsta'milinin ihtilaflıyla muhtelif olmaya, anda takyit lağıvıdır.*

Komisyon üyelerinin çoğunluğu, Mecelle'nin 428. maddesinin¹⁷⁸ devamındaki örnekte geçen ev sahibinin izni alınmaksızın kiralanan hanede kiracının dışında birinin oturmasına yönelik ifadelerin örf ve âdette ve İcar-ı Akar Nizamnamesi'nde kabul edilmemesi sebebiyle bu örneğin 428. maddeden çıkarılmasını kararlaştırmıştır. Üyelerden Abdurrahman Münib Bey ile Esad Bey ise bu karara muhalif kalmışlardır. Ayrıca Esad Bey, Mecelle'nin 427. ve 428. maddelerinin Mecelle'den tamamen çıkarılması ve yerlerine "*İcârede şart-ı takyit muteberdir. Gerek müsta'milinin ihtilaflıyla muhtelif olsun ve gerek olmasın*" şeklinde bir madde önerisinde bulunmuştur. Bu öneri ise çoğunluk oylarıyla reddedilmiştir¹⁷⁹.

Muaddel Madde 429: *Şüyû-ı aslî icâreyi ifsat etmez. Binaenaleyh gerek kabil-i taksim olsun ve gerek olmasın, bir kimse hisse-i malume-i şayiasını şerikine icar edebileceği gibi âhara dahi icar edebilir.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 429. maddesinin tadilinin, günün şartları gereği şayi hissenin ortakların dışındaki kimselere de kiraya verilmesinin insanlar arasında fazlasıyla revaç bulması, dolayısıyla bu duruma izin vermeyen 429. maddenin tadil edilerek birtakım fasit uygulamaların ve hile-i şer'îyyelerin önünün alınması maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir. Nitekim komisyon üyeleri, bahsi geçen meseleyi incelemiş ve maddeyi şayi hissenin ortaklar dışındakilere de kiraya verilebilmesini içerecek şekilde tadil etmişlerdir¹⁸⁰. Dolayısıyla ilgili muaddel madde, 1332/1916 tarihli komisyonun tadiline de uygun bir şekilde kaleme alınmıştır.

Muaddel Madde 447: *Fuzûlinin icarı mutasarrıfın icazetine ve mutasarrıfı sağır veya mecnun ise ecr-i misliyle icar olunduğu surette velisinin veya vasisinin icazetine mevkufen mün'akid olur. Fakat icazetin zımnında ma'kûdünaleyhin kısmen veya tamamen bekası şart olduğu gibi bedel-i icâre urûzdan olduğu takdirde onun dahi kıyam ve bekası şarttır. Ma'kûdünaleyh kısmen baki iken icazet lâhik olmuş ise mal sahibi ücretin tamamına müstahak olur.*

¹⁷⁵ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 902-903.

¹⁷⁶ Mecelle Madde 420: *İcârede ma'kûdünaleyh menfaattir.*

¹⁷⁷ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 903-904.

¹⁷⁸ Mecelle Madde 428: *Her şey ki müsta'milinin ihtilaflıyla muhtelif olmaya, anda takyit lağıvıdır. Mesela, bir kimsenin süknâsı için isticar olunan hanede başkası iskân olunabilir.*

¹⁷⁹ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 904.

¹⁸⁰ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 904-905.

Mecellenin 447. maddesi,¹⁸¹ *fuzûlîn* (yetkisi olmadığı hâlde başkası adına hukuk işlemde bulunan kimse)¹⁸² kiraya verdiği şeyde mal sahibinin ya da kullanım hakkına sahip olan kimsenin icazetinin nasıl olacağıyla ilgilidir. Konuyla ilgili müzakerelerde bulunan komisyon üyeleri, *fuzûlîn* tasarruflarının muteber olup olmamasıyla ilgili birtakım görüşleri mülâhaza etmişler, ardından maddenin ikinci kısmında yer alan istisnai hükmü tadil etmeye karar vermişler ve 447. maddenin ikinci kısmı yukarıda yer alan şekliyle tadil edilmiştir¹⁸³.

Muaddel Madde 471: *İcâre-i fasidede istîfâ-yı menfaate iktidar ile ecr-i misil lazım olur.*

Mecellenin 471. maddesi,¹⁸⁴ fasit görülen kira akdinde ücrete hak kazanmanın sebebi hakkında olup, komisyon üyeleri tarafından yapılan incelemede gerek ara verilen-durdurulan gerekse telef edilen menfaatler için tazminin gerekmesi esasının daha önceki müzakerelerde kesin olarak kabul edilmesi nedeniyle maddenin yukarıdaki şekliyle tadiline karar verilmiştir¹⁸⁵.

Muaddel Madde 472: *Min gayr-ı akd ve bilâ izin bir kimse birinin malına vaziyet ettiği surette ecr-i misil lazım olur.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 472. maddesinin tadilinin, 417. maddenin Mecelle'den çıkarılması bahsinde ele alındığı üzere menfaatlerin, muaddün li'l-istiğlâl olsun veya olmasın tazmininin gerekli olduğuna yönelik esasının kabul edilmesine uygun olması maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir¹⁸⁶. Bu ve daha önceki değişikliklerin hemen hepsinde Mecelle'nin maddeleri arasında bir tenakuza sebebiyet vermeme çabasının ön plana çıktığı söylenebilir.

Muaddel Madde 503: *Şu kadar zira veya dönüm olmak üzere isticar olunan yer lede't-teslim tamam çıkarsa icâre lazım olur. Nakıs çıkarsa müstecir muhayyer olur dilerse icâreyi fesheder. Dilerse ecr-i müsemmadan hissesiyle kabul eder. Bu takdirde mucirin rızası şarttır. Zait çıkarsa gerek mucir gerek müstecir muhayyer olur. Şu kadar ki mucir ziyadeyi meccanen müstecire terk ederse müstecirin muhayyerliği sakıt olur ve ziyade mukabelesinde bir ivaz itasıyla icârenin takririnde tarafeyn ittîfak ederse caiz olur.*

Esbâb-ı mûcibede; Mecelle'nin 503. maddesinin¹⁸⁷ tadilinin, daha önce tadil edilen ayırmasında zarar olan tartılmış olan şeylerin satılmasıyla ilgili 224. maddeye ve o madde altında belirtilen esaslara uygun olması maksadıyla yapıldığı belirtilmiştir¹⁸⁸.

Muaddel Madde 550: *Rükûb için istikrâ olunan hayvana yük yükletilmez. Ve yükletilip de hayvan telef olsa damân lazım geleceği gibi ecr-i misil dahi lazım olur.*

Mecelle'nin 550. maddesi, binmek için kiralaran hayvana yük yükletilmesi sonucu hayvanın telef olması durumunda terettüp edecek hükmün belirlenmesiyle ilgili olup, komisyon üyeleri, daha önceki tadil edilen maddelere de uygun olması amacıyla menfaatlerin mutlak surette

¹⁸¹ Mecelle Madde 447: *Fuzûlîn icarı mutasarrıfın icazetine ve mutasarrıfı sağır veya mecnun ise ecr-i misliyle icar olduğu surette velisinin veya vasisinin icazetine mevkufen mün'akid olur. Fakat icazetin sıhhatinde dört şeyin yani âkideyn ve malik ve ma'kûdünaleyhin ve bedel-i icâre urûzdan olduğu takdirde onun dahi kıyam ve bekası şart olup bunlardan birisi ma'dûm olsa icazet sahih olmaz.*

¹⁸² Beşir Gözübenli, "Fuzûlî," *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (DİA), cilt 13 (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 239.

¹⁸³ *Ceride-i Adliye*, 1340, cilt 2, sayı 25, 905.

¹⁸⁴ Mecelle Madde 471: *İcâre-i fasidede istîfâ-yı menfaate iktidar kâfi olmayıp hakikaten intifa bulunmadıkça ücret lazım olmaz.*

¹⁸⁵ *Ceride-i Adliye*, 1340, cilt 2, sayı 25, 905-906.

¹⁸⁶ *Ceride-i Adliye*, 1340, cilt 2, sayı 25, 906.

¹⁸⁷ Mecelle Madde 503: *Şu kadar zira veya dönüm olmak üzere isticar olunan yer ziyade yahut nakıs çıkarsa icâre sahih olur ve ecr-i müsemma lazım gelir. Fakat noksan suretinde müstecir muhayyer olup dilerse icâreyi feshedebilir.*

¹⁸⁸ *Ceride-i Adliye*, 1340, cilt 2, sayı 25, 906.

tazmine konu olacağına dair kabul edilen esasa göre maddeyi yukarıdaki şekliyle tadil etmişlerdir¹⁸⁹.

Muaddel Madde 590: *Müstecirin izni olmaksızın âcir me'cûru satsa müstecir hakkında bey' nafiz olmaz ise de bayi ile müşteri beyninde nafiz olur.*

Hatta müddet-i icârenin inkızâsında müşteri hakkında bey'i lazım olarak almaktan imtina edemez.

Meğerki müddet-i icârenin inkızâsından mukaddem müşteri bayiden mebî'in teslimini mütâlebe edip de teslimi mümkün olmadığı cihetle kadı akd-i bey'i fesih eylese ve eğer müstecir bey'i müciz olursa her biri hakkında bey' nafiz olur.

Lakin müstecirin bervec-i peşin vermiş olduğu bedel-i icâreden istifâ etmediği miktarı eline vasil olmadıkça me'cûr onun elinden alınamaz.

Ve eğer müstecir bunu istifâ etmeden me'cûru teslim ederse hakk-ı hapsini iskat etmiş olur.

Bu surette dahi müşteri bey'in huzur-ı hâkimde feshini talep edebilir.

Müstecir bey'i müciz olmadığı takdirde tarih-i bey'den itibaren bedel-i icâre müşteriye ait olur.

Mecelle'nin 590. maddesi,¹⁹⁰ kiracının izni olmaksızın kiralanan şeyin bir başkasına satılması üzerine terettüp edecek hükümlerin belirlenmesiyle ilgili olup, komisyon üyeleri, bu noktada eksik kaldığını düşündüğü iki fıkrayı ilave ederek maddeyi tadil etmişlerdir¹⁹¹.

Muaddel Madde 596: *Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın istimal etmiş olsa ecr-i misil lazım olur.*

Muaddel Madde 597: *Bir mal-ı müştereki şeriklerinden biri diğer şerikin izni olmaksızın bir müddet müstakilen tasarruf ve istimal eylese diğer şeriki gerek hazır ve gerek gaip olsun ol kadar müddet o malı müstakilen tasarruf ve istimal edebilir.*

Muaddel Madde 598: *Tevil-i akd ile istimal olunan malda damân-ı menfaat lazım gelmez.*

Mesela, bir kimse müştereken malik olduğu dükkânı şerikin izni olmaksızın birine satmakla müşteri dahi bir müddet tasarruf edip ancak diğer şeriki bey'e icazet vermeyerek hissesini zapt eyledikte hissesinin ücretini mütâlebe edemez. Zira müşteri onu tevil-i akd ile istimal etmiş yani akd-i bey' ile mutasarrıfım diye kullanmış olduğu cihetle damân-ı menfaat lazım gelmez.

Kezalik bir kimse bir değirmeni mülkü olmak üzere birine bey' ve teslim ile müşteri bir müddet zapt ve tasarruf ettikten sonra başka bir kimse ol değirmene müstahik çıkıp ba'de'l-ispat ve'l-hüküm müşteriden alsa, müşterinin müddet-i mezbûrede tasarrufu için ücret namına bir şey alamaz; zira bunda dahi tevil-i akd vardır.

¹⁸⁹ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 907.

¹⁹⁰ Mecelle Madde 590: *Müstecirin izni olmaksızın âcir me'cûru satsa müstecir hakkında bey' nafiz olmaz ise de bayi ile müşteri beyninde nafiz olur. Hatta müddet-i icârenin inkızâsında müşteri hakkında bey'i lazım olarak almaktan imtina edemez. Meğer ki müddet-i icârenin inkızâsından mukaddem müşteri bayiden mebî'in teslimini mütâlebe edip de teslimi mümkün olmadığı cihetle kadı akd-i bey'i fesih eylese ve eğer müstecir bey'i müciz olursa her biri hakkında bey' nafiz olur. Lakin müstecirin bervec-i peşin vermiş olduğu bedel-i icâreden istifâ etmediği miktarı eline vasil olmadıkça me'cûr onun elinden alınamaz. Ve eğer müstecir bunu istifâ etmeden me'cûru teslim ederse hakk-ı hapsini iskat etmiş olur.*

¹⁹¹ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 907-908.

Mecelle Tadil Komisyonu son olarak daha önceki tadil edilen maddelere de uygun olması amacıyla menfaatlerin mutlak surette tazmine konu olacağına dair kabul edilen esasa göre 596., 597. ve 598. maddeleri yukarıdaki şekilleriyle tadil etmiştir¹⁹².

1340/1924 tarihli Mecelle Tadil Komisyonu tarafından Kitâbü'l-İcâre'ye ilişkin olarak tespit edilen tadil maddeleri, 1332/1916 tarihli komisyonca gerçekleştirilen değişiklikleri içermesinin yanında yeni birtakım değişikliklere de konu olmuştur. Bu cümleden olmak üzere şimdiye kadar yapılan tadillerde gözetilen günün şartlarına ve insanların ihtiyaçlarına uygunluk hedefleri burada da evleviyetle gözetilmiştir. Ayrıca bu kısımdaki tadillerde Mecelle'nin maddeleri arasındaki uyumun muhafaza edilmesi gayesi ön plana çıkmıştır.

D. MECELLE TADİL KOMİSYONU TARAFINDAN KİTABÜ'L-İCÂRE'YE İLAVE EDİLEN MADDELER

Mecelle Tadil Komisyonu tarafından Kitâbü'l-İcâre bölümüne dönemin ihtiyaçlarına cevap verecek mahiyette iki madde ilave edilmiştir. 1332/1916 tarihli komisyonun ilavelerinin aynıysa olan bu maddeler şunlardır:

İkinci babın birinci faslına iki madde ilave edilmiştir:

Madde 1: *Tahvil-i memuriyet dolayısıyla diğer bir beldeye gidecek olan memur müsteciren sakini bulunduğu hanenin icâresini feshedebilir.*

Madde 2: *Müddet-i icârenin bir kısmı geçtikten sonra mucir me'cûru teslim etmek istedikte müstecir icâreyi feshetmede muhayyerdir. Dilerse kabul dilerse icâreyi fesheder.*

Mecelle'nin Kitâbü'l-İcâre'ye ilave edilen yukarıdaki maddeleri, kira akdinin feshedilmesine yönelik olarak tespit edilmiştir. Mecelle'de bu hususta detaylı bir açıklama olmaması nedeniyle komisyon üyeleri tarafından tespit edilen söz konusu maddeler konunun detaylandırılarak olası soru ile sorunların önünü almak ve günün şartları gözetilmek suretiyle yapılan ilaveleri kapsamaktadır¹⁹³. Dolayısıyla Mecelle Tadil Komisyonu tarafından gerçekleştirilen müzakereler neticesinde Kitâbü'l-İcâre'ye yalnızca iki madde ilave edilmiştir. Bu maddeler 1332/1916 tarihli Kanun-ı Medeni Komisyonunun da kabul ettiği şekliyle yazılmıştır.

Sonuç olarak yukarıda değinilen Mecelle'nin tadiline yönelik düzenlemeler ve eklemeler birçok açıdan incelemeye tabi tutulabilecek konuları içermektedir. Şu hâlde tarafımızca yapılan incelemeler neticesinde ilgili komisyonun çalışmalarında bazı hususların ön plana çıktığı görülmektedir. Bu itibarla dikkat çeken hususlardan birisi; 1332/1916 ve 1340/1924 tarihinde faaliyet yürüten Mecelle tadillerini hazırlayan komisyonların yayınladığı raporlardaki ifade ve içerik farklılıklarıdır. Şöyle ki ilgili başlık altında detaylarını bulabileceğiniz 1332/1916 tarihli komisyonun toplantılarına ait raporlarda dinî-şer'î vurgu daha fazla hissedilmekteyken bu vurgu yeni komisyonun faaliyetlerinde azalmıştır. Ayrıca 1332/1916 tarihli komisyonun toplantılarına ait raporlarda geçen ifadelerle bakıldığında; mezhep, fakîh isimleri, fıkıh kaynaklarından yapılan uzun alıntılar ve fıkıh vurgusu 1340/1924 tarihli Mecelle Tadil Komisyonunda yerini, hukuk ve hukukçu vurgusuna bırakmıştır. Bu meyanda dikkat çeken bir diğer nokta ise 1332/1916 tarihli komisyonun tespit ettiği madde tadilleri ve eklemelerinde mutlaka bir mezhebin veya fakihin görüşüne dayandırmayla birlikte toplumun ihtiyaçlarının gözetilmesi çabası hâkimken 1340/1924 tarihli tadil komisyonunun raporunda herhangi bir mezhep ve fakîh ismi yer almamış bunun yerine bazı hukukçular tabiriyle yetinilmiştir. Ayrıca 1340/1924 tarihli komisyon raporlarında herhangi bir şer'î dayanağa başvurulduğuna yönelik bir ifade yer almadan zamanın gerektirdiği, toplumun ihtiyaçları ve insanlar arasında uygulamada olan gibi vurgular ön plana çıkmıştır. Öyle ki 1332/1916 tarihli Kanun-ı Medeni Komisyonunun faaliyetlerine başlarken kaydettiği şu

¹⁹² Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 908-911.

¹⁹³ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 910-911.

ifadelerde: “*Mezâhib-i İslamiye dairesinde cevelân-ı mesail-i şer’iyye-i fer’iyyede meslek-i taklide sülûk olup bunun cevaz ve adem-i cevazı dahi muhtelifünfih ise de derece-i içtihadı ihraz için muktezi olan kudretin hayli zamandan beri fıkdanı hasebiyle Kitap ve Sünnet’e muttali ve onlardan istinbât-ı ahkâma muktedir olanların rivayetleriyle amel vacip olmuş olmakla encümenimizce de o vücûba ittibâ zaruri görüldü*”¹⁹⁴ şeklindeki şer’î vurgu ile 1340/1924 tarihli Mecelle Tadil Komisyonunun faaliyetlerine dair raporda belirtilen “*ihtiyâcât-ı hazıraya adem-i tevafuku hasebiyle müstacelen tadiline lüzum görülen mevâddın memleketin örf ve âdetine mutabık ve telakkiyât-ı asriyeye muvafık surette tadil ile ol bapta bir layiha vücûda getirmek üzere*”¹⁹⁵ şeklindeki zaman ve ihtiyaç vurgusunu içeren ifadeler tarafımızca ortaya konulan farklılıkları bir bakıma özetler niteliktedir. Bütün bu aktarılan hususların dönemin hukuki zihniyetinin dönüşümünü göstermesi bakımından da önemli olduğu belirtilebilir.

Diğer taraftan Mecelle Tadil Komisyonunca hazırlanarak Adliye Vekâletine sunulan yukarıda detayları özetlenen kanun layihası olan Mecelle Tadil layihası, 20 Kasım 1340/1924 tarihli ve 6/4496 numaralı tezkereyle Başvekâlet tarafından Meclis Başkanlığına gönderilmiştir¹⁹⁶. Şu hâlde 20 Kasım 1340/1924 tarihli tezkereyle Meclis Başkanlığına sunulan Mecelle Tadil Layihası, 22 Aralık’taki 25. içtimada gündeme alınmış ve tadil layihasının Adliye Encümenine gönderilmesi kararlaştırılmıştır¹⁹⁷.

Mecelle Tadil Layihası, Adliye Encümenine sunulduktan yaklaşık 15 ay sonra “Hukuk-ı Aile (1/544) ve Nafaka (1/562) ve Mecelle tadil (1/570) layihaları ve tayin-i muameleye mahal olmadığına dair Adliye Encümeni mazbatası” içerikli mazbatanın okunmasıyla gündemden çıkarılmıştır¹⁹⁸. Bu mazbatada da ifade edildiği üzere söz konusu layihalara ve komisyon çalışmalarına artık mahal kalmamıştır. Nitekim 22 Nisan 1926’da ülkenin yeni Borçlar Kanunu kabul edilerek 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu mazbata, okunduktan sonra Meclis Genel Kurulunda kabul edilmiştir¹⁹⁹.

SONUÇ YERİNE

Osmanlı Devleti’nde, Tanzimat Fermanı’nın ilan edilmesinin akabinde oluşan ortamın devamında devletin ihtiyaç duyduğu her yönden düzenlemeyi gerçekleştirmek üzere birtakım girişimlerde bulunulmuştur. Bu düzenleme girişimlerinden olan hukuki düzenlemeler, hukukun çeşitli alanlarında ve farklı metotlar uygulanmak suretiyle gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Bu dönemdeki bazı kanunlar Batı’dan iktibas edilmiş, bazıları Batı ve yerli müktesebatın mezcedilmesi şeklinde oluşturulmuş, geri kalan bazılarında ise sadece yerli müktesebattan yararlanılmıştır. Bu dönemde yerli olarak kabul edilebilecek olan kanunlaştırma çalışmalarından en önemlisi Mecelle’dir. Osmanlı Devleti’nin, medeni kanun hazırlama çabasının somut bir neticesi olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, gerek hazırlandığı dönem açısından gerekse muhatap

¹⁹⁴ Ceride-i Adliye, 1338, cilt 1, sayı 2, 92-93.

¹⁹⁵ Ceride-i Adliye, 1340, cilt 2, sayı 25, 894.

¹⁹⁶ TBMM Zabıt Ceridesi, 22 Şubat 1926, Devre 2, cilt 22, içtima 59, 254; Mecelle’de Tadilat Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı için ayrıca bkz. Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi (DABCA), Fon: 30-18-1-1, Kutu: 12.

¹⁹⁷ TBMM Zabıt Ceridesi, 22 Aralık 1340, Devre 2, cilt 11, içtima 25, 206.

¹⁹⁸ Söz konusu mazbata şu şekildedir:

Adliye Encümeni Mazbatası

Başvekâlet-i Celilenin 02.12.1340 tarih ve 6/4104 numara ve 20.11.1340 tarih ve 6/4496 ve 13.12.1340 tarih ve 6/430 numaralı tezkereleri ile irsal ve encümenimize havale buyurulan ve hukuk-ı aileye, Mecelle’nin tadiline, nafaka mesailine mütedair bulunan kanun layihaları encümenimizce tetkik ve icabı tezekkür edildi. Bütün mesâil ahiren Meclis-i Âlice kabul edilerek kesbi kanuniyet eden Kanun-ı Medenî layihasıyla tespit ve tedvin edilmiş bulunduğundan tayini muameleye mahal kalmadığı Heyet-i Umumiyyeye arz olunur. Bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, 22 Şubat 1926, Devre 2, cilt 22, içtima 59, 254

¹⁹⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, 22 Şubat 1926, Devre 2, cilt 22, içtima 59, 254

olunan şartlar açısından her ne kadar değerli bir çabanın ürünü de olsa eleştirilere uğramaktan kurtulamamıştır. Mecelle, Osmanlı Devleti'nin Tanzimat sonrasında hukuk alanında gerçekleştirmeye çalıştığı modernleşme çabalarının en önemli ürünlerinden biri olarak kabul edilse de hazırlandığı tarihsel ve toplumsal bağlam itibarıyla zamanla yetersiz kalmaya başlamıştır. Fazlasıyla detaylı bir fıkıh müktesebatı varken sadece Hanefî mezhebine ait görüşlerden yararlanılması, medeni kanunda bulunması gereken hususların bulunmaması veya medeni kanunda bulunmaması gereken hususların bulunması, madde tekrarları ve günün şartlarına, zamanın gerektirdiklerine uymaması konusunda eleştirilen Mecelle, söz konusu eksikliklerin giderilmesi maksadıyla bazı değişik zaman dilimlerinde tadil ve eklemelere konu olmuştur. Bu cümleden olmak üzere 1916/1332 yılında ve 1340/1924 yılında kurulan Mecelle tadil komisyonları, düzenledikleri toplantıların neticesinde Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû ile Kitabü'l-İcâre kısımlarına ilişkin birtakım tadilleri ve eklemeleri gerçekleştirmişlerdir. Söz konusu tadil ve eklemeleri tamamlayan komisyonların kaleme aldıkları gerekçelere bakıldığında ise Mecelle'yi günün şartlarına uygun hâle getirme çabası ön plana çıkmakta, komisyonca tespit edilen maddelerde bu çabayı gerçekleştirmek için sadece Hanefî mezhebine değil ulaşılabilen bütün bir fıkıh müktesebatına başvurulduğu görülmektedir. Komisyonların fıkıh kaynaklarının yanında bir de Batı hukuk müktesebatından da yararlanmaları ayrıca ifade edilmelidir.

Şu hâlde Mecelle'nin tadiline ve tamamlanmasına yönelik olarak farklı dönemlerde gerçekleştirilen çalışmalar, yalnızca hukuki bir metnin güncellenmesi çabasından ibaret olmayıp, aynı zamanda dinamik bir hukuk anlayışının, fıkıh müktesebatından istifade edilerek zamanın gereklerine uyarlanma sürecini de temsil etmektedir. Bu süreçte, komisyonların sadece Hanefî mezhebine bağlı kalmaksızın, diğer mezheplerin görüşlerine de müracaat ettikleri, özellikle zamana en uygun ve toplumun ihtiyaçlarına en iyi cevap veren görüşlerin tercih edildiği görülmektedir. Böylece fikhî gelenek içinde yer alan içtihatların tarihsel sürekliliği korunurken, mezhepler arası mukayeseye dayalı esnek bir metodoloji benimsenmiştir.

Tadil ve ilave edilen maddelerde, günün şartları, toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlar ile uygulamada yaygın olan tasarrufların dikkate alındığı açıkça görülmektedir. Bu doğrultuda, özellikle fiilen var olan ancak Mecelle'de açıkça düzenlenmemiş ya da yorum getirilmemiş alanların mevzuat kapsamına alınması, hukuk güvenliği ve uygulama birliğinin sağlanması açısından önemli bir adım teşkil etmiştir. Komisyonlar, bu alanlardaki boşlukları doldururken, örf, teamül ve fiilî uygulamaları dikkate alarak, imkân nispetinde bu tasarrufları sıhhate hamletmiş ve onları hukuki çerçeveye dâhil etmeye çalışmıştır.

Ayrıca birçok maddede açıklık ve anlaşılabilirlik esas alınmış, bu amacı gerçekleştirmek üzere farklı mezheplerin görüşleri arasında karşılaştırmalı değerlendirmelere başvurulmuştur. Maddelerin lafzi ifadesinde açıklığı sağlamak ve uygulamada tereddüde mahal bırakmamak, komisyonun öncelikli hedefleri arasında yer almıştır. Bunun yanı sıra sınırlı da olsa zamanla ortaya çıkan teknolojik gelişmelerin de dikkate alındığı, bazı düzenlemelerin bu gelişmeler ışığında tadil edildiği görülmektedir.

Sonuç olarak, Mecelle'nin tadiline yönelik bu çalışmalar hem fikhî mirasa saygılı hem de modernleşme ihtiyaçlarına duyarlı, çok katmanlı ve bütüncül bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Bu çabalar, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e geçiş sürecinde hukuk alanında yürütülen dönüşümün yalnızca şekli değil, aynı zamanda içerik bakımından da derinlikli ve düşünsel temellere dayandığını ortaya koymaktadır.

Nihayetinde 1332/1916 tarihli Mecelle Komisyonu mensupları tarafından yürütülen mesai neticesinde Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû kısmı içerisinde yer alan; 125., 126., 130., 142., 143., 144., 151., 204., 216., 224., 225., 246., 247., 253., 293., 298., 313., 314., 315., 387. maddeler ile Kitabü'l-İcâre'de bulunan; 417., 429., 430., 431., 436., 462., 472., 550., 596., 597., 598. maddeler birtakım değişikliklere tabi tutularak tadil edilmiş ve Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû kısmına otuz

bir, Kitabü'l-İcâre'ye ise yirmi üç yeni madde eklenmiştir. Ayrıca 1340/1924 tarihli Mecelle Komisyonu mensupları tarafından yürütülen mesaide ise yukarıda belirtilen maddelerin büyük çoğunluğuna ek olarak Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû'undaki 127., 211., 381., 382., 383., 386. maddeler ile Kitabü'l-İcâre'de bulunan 420., 428., 447., 471., 503., 590. maddeler tadil edilmiş ve Mecelle'nin Kitabü'l-Büyû' kısmına beş, Kitabü'l-İcâre'ye ise iki madde eklenmiştir.

KAYNAKÇA

Arşiv Belgeleri ve Dönem Kaynakları

Ali Fuâd. *Ricâl-i Mühimme-i Siyâsiyye*. İstanbul: Yeni Matbaa, 1928.

Beyanü'l-Hak. “Mecelle Cemiyeti Hakkında Hükümetten Varid Olan Kanun Layihasının Tadiline Dair Encümen-i İlmiyye Mazbatası”. 6 Eylül 1909.

Beyanü'l-Hak. “Mecelle Cemiyeti Nizamname Layihasının Hükümetten Gönderilen Suretidir”. 13 Eylül 1909.

Beyanü'l-Hak. “Mecelle Cemiyeti Nizamname Layihasının Suret-i Muaddelesidir”. 13 Eylül 1909.

Ceride-i Adliye. 1332, cilt 6, sa. 149.

Ceride-i Adliye. 1332, cilt 6, sa. 150.

Ceride-i Adliye. 1333, cilt 7, sa. 160-161-162.

Ceride-i Adliye. 1338, cilt 1, sa. 2.

Ceride-i Adliye. 1338, cilt 1, sa. 3.

Ceride-i Adliye. 1338, cilt 1, sa. 4.

Ceride-i Adliye. 1338, cilt 1, sa. 5.

Ceride-i Adliye. 1338, cilt 1, sa. 6.

Ceride-i Adliye. 1339, cilt 1, sa. 7-8-9.

Ceride-i Adliye. 1339, cilt 1, sa.10.

Ceride-i Adliye. 1340, cilt 1, sa. 22-23-24.

Ceride-i Adliye. 1340, cilt 2, sa. 25.

Cevdet Paşa, Ahmed, *Ma'rûzât*. Haz. Yusuf Halaçoğlu. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1980.

Cevdet Paşa, Ahmed, *Tarih-i Cevdet*. İstanbul: Dersaâdet Matbaa-i Osmaniye, 1309.

Cevdet Paşa, Ahmed, *Tezâkir-i Cevdet*. Yay. Cavid Baysun. cilt 1 Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1953.

Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası. 1338-1341, sa. 11.

Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası. 1338-1341, sa. 12.

Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası. 1338-1341, sa. 13.

Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası. 1338-1341, sa. 14.

Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi (DABCA), Fon: 30-18-1-1, Kutu: 6, Gömlek:48.

<https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/Sayfalar/eSatis/BelgeGoster.aspx?ItemId=3525>

[9&Hash=8E752B865D1C81048DDFB52D466B153235DD063E0D22CB9089FEB1BA751C56F4&Mi=0.](https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/Sayfalar/eSatis/BelgeGoster.aspx?ItemId=38951&Hash=823679E718BB1B96C3B433DB9D7205DA5678FB41B001B4862C6DFCC9F9D307B0&Mi=0)

Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi (DABCA), Fon: 30-18-1-1, Kutu: 12, Gömlek:59.

[https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/Sayfalar/eSatis/BelgeGoster.aspx?ItemId=38951&Hash=823679E718BB1B96C3B433DB9D7205DA5678FB41B001B4862C6DFCC9F9D307B0&Mi=0.](https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/Sayfalar/eSatis/BelgeGoster.aspx?ItemId=38951&Hash=823679E718BB1B96C3B433DB9D7205DA5678FB41B001B4862C6DFCC9F9D307B0&Mi=0)

Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (DABOA), Fon: BEO., Kutu: 4693, Gömlek:351906.

[https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/Sayfalar/eSatis/BelgeGoster.aspx?ItemId=22307546&Hash=5B8563CEDFFC715B24B6488A3A70346B1AAD2A3C4701D57F9085612AF55D3FC9&A=2&Mi=0.](https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/Sayfalar/eSatis/BelgeGoster.aspx?ItemId=22307546&Hash=5B8563CEDFFC715B24B6488A3A70346B1AAD2A3C4701D57F9085612AF55D3FC9&A=2&Mi=0)

Düstûr. Birinci tertip, cilt 1. İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1289.

Düstûr. İkinci tertip, cilt 1. İstanbul: Matbaa-i Osmaniye, 1329.

Düstûr. İkinci tertip, cilt 6. İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1334.

Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi. 5 Ağustos 1325, Devre 1, cilt 6, içtima 137, ek.

Said Paşa'nın Hatıratı. cilt 1. Dersaâdet: Sabâh Matbaası, 1328.

TBMM Zabıt Ceridesi. 18 Mart 1340, Devre 2, cilt 7, içtima 15.

TBMM Zabıt Ceridesi. 22 Aralık 1340, Devre 2, cilt 11, içtima 25.

TBMM Zabıt Ceridesi. 22 Şubat 1926, Devre 2, cilt 22, içtima 59.

Diğer Kaynaklar

Akça, Gürsoy, Himmet Hülür. “Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri”. *Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, sa. 19 (2006), 295-321.

Akgündüz, Ahmet. “1920-1924 Yılları Arasında Yapılan Mecelle Ta’dilleri ve Mezheplerarası Mukayese Uygulaması”. *Uluslararası Mecelle Sempozyumu*. ed. Fethullah Soyubelli. Bursa: Bursa Kültür A.Ş., 2021, 25-84.

Akgündüz, Ahmet. *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*. İstanbul: OSAV Yayınları, 2017.

Aydın, Mehmet Âkif. *Osmanlı Hukuku*. Ankara: İSAM Yayınları, 2020.

Aydın, Mehmet Âkif. “Mecelle’nin Hazırlanışı”, *Osmanlı Araştırmaları*. sa. 9 (1989), 31-50.

Bardakoğlu, Ali. “İcâre”, *DİA* içinde, 21:383. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.

Bozkurt, Gülnihal. *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2020.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail el-Cu’fi. *el-Câmi’u’s-Sahîh*. Bulak: es-Sultaniyye, bi’l-Matbaati’l-Kübra el-Emiriyye, 1311.

Buhûti, Salâhiddîn. *Keşşâfü’l-Kinâ’ ‘ani’l-İknâ’*. Riyad: Suudi Arabistan Adalet Bakanlığı, 2008.

Cin, Halil, Gül AKYILMAZ. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Sayram Yayınları, 2014.

- Cürcânî, Seyyid Şerîf. *Kitâbü't-Ta'rîfât*. Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1983.
- Çoban, Ayşegül, "Mecelle'nin Ta'dil Edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi." Yüksek Lisans Tezi, Konya Selçuk Üniversitesi SBE, 2008.
- Desûkî, Muhammed b. Ahmed. *Haşiyetü'd-Desûkî 'ale's-Şerhi'l-Kebîr*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, ts..
- Enderpetî, Ferîdüddin Âlim b. Alâ. *el-Fetâva't-Tatarhâniyye*, Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2005.
- Ferâhîdî, Halîl b. Ahmed. *Kitâbü'l-'Ayn*. Kahire: Dârü ve Mektebetü'l- Hilâl, ts..
- Fetâva'l-Hindiyye*. Bulak: el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, 1310.
- Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed. *el-Misbâhü'l-Münir fî Garîbi's-Şerhi'l-Kebîr*. Beyrut: el-Mektebetü'l-İlmiyye, ts..
- Gözübenli, Beşir. "Fuzûlî", *DİA*, 13:239. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Haccâvî, Ebû'n-Necâ. *el-İknâ' fî Fıkhî'l-İmam Ahmed bin Hanbel*. Beyrut: Darü'l-Marife, ts..
- Halebî, İbrahim b. Muhammed. *Mülteka'l-Ebhur*. Beyrut: Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1998.
- Haskefî, Alâüddîn. *ed-Dürrü'l- Muhtâr*. Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2002.
- Heytemî, İbn Hacer. *Tuhfetü'l-Muhtâc Fî Şerhi'l-Minhâc*. Beyrut: Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1983.
- İbn Âbidîn. *el-Ukûdü'd-Dürriyye fî Tenkîhi'l-Fetâva'l-Hâmidîyye*. Beyrut: Dârü'l-Marife, ts..
- İbn Âbidîn. *Reddü'l-Muhtâr*. Mısır: Matbaatü Mustafa el-Bâbî, 1966.
- İbn el-Hümâm, Kemâlüddîn. *Fethu'l-Kadîr*. Mısır: Matbaatü Mustafa el-Bâbî, 1970
- İkdam*. "Mecelle mi? Kod Napolyon mu?". 25 Teşrinisani 1923.
- İlîş, Ebû Abdillâh Muhammed. *Fethu'l-'aliyyi'l-mâlik fî'l-fetvâ 'alâ mezhebi'l-İmâm Mâlik (Fetâvâ Muhammed İlîş)*. Beyrut: Dârü'l-Marife, ts..
- Kallek, Cengiz, "Kaparo", *DİA* içinde, 24:339. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Karataş, Abdullah Vefa. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Yargılama Hukukunda İstinaf*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr. *Bedâiü's-Sanâi' Fî Tertibi's-Şerâi'*. Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1949.
- Kaşıkcı, Osman. *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1997.
- Kelvezânî, Ebû'l-Hattâb. *el-Hidaye ala Mezhebil-İmam Ebi Abdullah Ahmed b. Muhammed b. Muhammed İbn Hanbel Eş-Şeybani*. yy.: Müessesetü Ğaras li'n-Neşir ve't-Tevzî, 2004.
- Molla Hüsrev. *Dürerü'l-Hükkâm*. Kahire: Dârü İhyai'l- Kütübü'l-Arabiyye, ts..
- Nevevî, Ebû Zekeriyâ. *Minhâcü't-Tâlibîn*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 2005.
- Râfî, Abdülkerîm b. Muhammed. *Fethu'l-Azîz fî Şerhi'l-Vecîz*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, ts..

- Sahnûn, Ebû Saîd Abdüsselâm et-Tenûhî. *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.
- Şevkânî, Ebû Abdillâh. *Neylû'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr*. Ed-Dammam: Dârü İbnü'l-Cevzî, 1427.
- Şeyhîzâde, Abdurrahman. *Mecma'u'l-Enhur fî Şerhi Mülteka'l-Ebhur*. İstanbul: Dârüttıbbâti'l-âmile, 1328.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. “İsviçre Medenî Kanunu Karşısında Türk Medenî Kanunu”. *Medeni Kanun'un XV. Yıl Dönümü İçin içinde*, 339-406. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1944.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*. İstanbul: Maarif Matbaası, 1940.
- Yıldırım, Mustafa. *Mecelle'nin Küllî Kâideleri*. İzmir: Tibyan Yayıncılık, 2015.