



# KIRIKKALE HUKUK MECMUASI



Cilt 2 Sayı 1 | Nisan 2022

Volume 2 Issue 1 | April 2022

*Prof. Dr. Ahmet Bilgin'e*  
**ARMAGAN**

e-ISSN : 2757-9964



KIRIKKALE  
LAW JOURNAL

# KIRIKKALE HUKUK MECMUASI

Cilt 2 Sayı 1 | Nisan 2022

e-ISSN: 2757-9964

PROF. DR. AHMET BİLGİN  
ARMAĞANI



KIRIKKALE LAW JOURNAL

Volume 2 Issue 1 | April 2022

KHM,  
Index Copernicus'ta, Asos İndeks'te ve Jurix Hukuk Dergileri Veritabanı'nda  
taranmaktadır.

EBSCO, ProQrest ve 2021'den itibaren TR-DİZİN izleme sürecindedir.



## KIRIKKALE HUKUK MECMUASI | KIRIKKALE LAW JOURNAL

### **Sahibi | Owner**

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına  
Dekan  
Prof. Dr. Mustafa Avcı

### **Editörler | Editors**

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu  
Doç. Dr. Yasemin Durak

### **Konuk Editörler | Guest Editors**

Prof. Dr. Ramazan Çağlayan  
Doç. Dr. Ahmet Kılınç

### **Editör Yardımcıları | Co-Editors**

Arş. Gör. Yusuf Berat Baş  
Arş. Gör. Şeyma Kurt  
Arş. Gör. Esra Tepe

### **Dil Editörleri | Language Editors**

Türkçe: Arş. Gör. Onur Altunsu  
İngilizce: Arş. Gör. Evrim Haznedaroğlu  
Almanca: Arş. Gör. Beyza Gül Can

### **Yayın Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact**

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Beşir Atalay Kampüsü  
Ankara Karayolu 7. km. 71453  
Yahşihan / Kırıkkale  
hukukmecmuasi@kku.edu.tr  
<https://khm.info.tr>  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/khm>

KIRIKKALE HUKUK MECMUASI, Nisan ve Ekim aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli elektronik bir dergidir.  
Dergiye yapılan atıflarda KHM kısaltması kullanılmalıdır.

KIRIKKALE LAW JOURNAL is a peer-reviewed review published in electronic media and published two times a year in April, October.  
KHM abbreviations shall be used in reference to the review.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşlerden ve bunlardan doğacak sorumluluk yazarlarına aittir. Fakültenin ve/veya Üniversitenin görüşü olarak değerlendirilemez.

## **Yayın Kurulu | Editorial Board**

Prof. Dr. Mustafa Avcı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Prof. Dr. Mustafa Özen, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye  
Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Doç. Dr. Turan Şahin, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Doç. Dr. Hakan Albayrak, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Adana, Türkiye.  
Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Arıkan, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye  
Dr. Öğr. Üyesi Sezercan Bektas, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye  
Dr. Öğr. Üyesi Nurdan Orbay Ortaç, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye  
Dr. Öğr. Üyesi Emre Kalender, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye

## **Danışmanlar Kurulu | Advisory Board**

Prof. Dr. Abdurrahman Saygılı – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Ali Akyıldız – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Ali Murat Özdemir – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Arif Rıza – Prizren Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.  
Prof. Dr. Aydın Başbuğ – İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Bahadır Erdem – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Barış Soyer – Swansea University Hillary Rodham School of Law, İngiltere.  
Prof. Dr. Bjorn Arp – American University, Washington Colloge of Law, Amerika.  
Prof. Dr. Cemal Oğuz – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Cumhuri Şahin – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Çağlar Manavgat – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Doğan Soyaslan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Elif Uzun – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Erdal Onar – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Fatih Uşan – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson – İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Hans Lilie – Martin-Luther Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.  
Prof. Dr. Hayrettin Çağlar – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir – Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. İlhan Üzülmöz – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. İsmail Kırca – TOBB Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Korkut Özkorkut – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Kudret Güven – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Lale Sirmen – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Mehmet Turhan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Mertol Can – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Muharrem Özen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Muhittin Astarlı – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Murat Doğan – Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem – Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Nadi Günel – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Rifat Erten – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Ryan Calo – Washington Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ABD.  
Prof. Dr. Samim Ünan – Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Şafak Narbay – Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal – TED Üniversitesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Talat Canbolat – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu – Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Zarife Şenocak – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Zeynel Kangal – Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Abdurrahman Savaş – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Ahmet Kılınc – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Türkiye.  
Doç. Dr. Ali İbrahim Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.  
Doç. Dr. Ayhan Selçuk Özgen – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye  
Doç. Dr. Berat Lale Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.  
Doç. Dr. Burçak Yıldız – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Cenker Göker – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Devrim Aydın – Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Elvan Keçelioğlu – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Emel Badur – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Erhan Temel – Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.  
Doç. Dr. Eşref Küçük – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Gökhan Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Nilüfer Boran Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Sedat Sirmen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Şölen Külahçı – Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.  
Doç. Dr. Turgay Akalın – Kıbrıs Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.  
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Kodakoğlu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

## YAYIN POLİTİKASI VE ETİK KURALLARI

- Dergi yayın tarihleri: Bahar sayısı (Nisan) 30 Nisan'da Güz Sayısı (Ekim) 30 Ekim'de elektronik ortamda yayımlanır
- Makale Kabul Tarihleri, Bahar sayısı için 1 Kasım - 15 Mart; Güz sayısı içinse 1 Mayıs - 15 Eylül tarihleri arasındadır.
- Makaleler, dergiye elektronik posta yoluyla gönderilir. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- Her sayıda bir yazarın sadece bir makalesi yayımlanabilir.
- Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez. Yazarlar, eserlerini gönderirken yazarlık ve telif hakkı devir formunu doldurarak makale ekinde göndermelidirler.
- Ayrıca, açık erişim sağlama politikaları kapsamında Kırıkkale Hukuk Mecmuası'nda editör ve/veya hakem değerlendirmesinden geçmiş bilimsel yayınlar "Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisans (CC BY-NC-ND 4.0)" ile lisanslanmıştır.
- Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergimizde yayınlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.
- Dergi, Yayın Etiği Komitesinin (COPE) "Dergi Editörleri için Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama Rehber İlkeleri" ve "Dergi Yayıncıları için Davranış Kuralları" belgelerini takip etmektedir. COPE'nin belgeleri ile ilgili olarak bkz. <https://publicationethics.org>
- Makaleler, kaynakça hariç, dipnotlar dahil, en az 6.000 en çok 10.000 kelime olmalıdır. Tanıtım ve değerlendirme yazıları ise en az 1.500 kelime en çok 2.000 kelime olmalıdır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adreslerini, ORCID bilgileri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, ORCID bilgileri ve e-posta adresi bildirilmelidir.
- Dergide Türkçe, Almanca ve İngilizce makalelere yer verilmektedir.
- Makalelerde -sırasıyla- Türkçe, İngilizce özetler bulunmalıdır.
- Ön inceleme aşamasında makaleler intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranını (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %1 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) aşan makaleler iade edilir.
- Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, kör hakemlik ilkelerine uygun şekilde hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

- Tüm Hakem Raporları, ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Hukuk Veri Tabanı Komitesi tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.
- Dergide hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra çeviri makale, karar incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Kurulunca kararlaştırılır.

## YAZIM KURALLARI

- Dergiye gönderilecek yazılar, Chicago stiline (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) göre hazırlanmalıdır. (<http://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>)
- Makalede Garamond ya da Adobe Garamond Pro yazı karakteri esas alınmalıdır.
- Makaleler “doc” ya da “docx” formatında kaydedilmelidir. A4 boyutundaki beyaz kâğıtta hazırlanmalı, üst ve sol tarafta 4 cm, altta ve sağ tarafta 3 cm kenar boşluğu bırakılmalıdır.
- Metin kısmı 11 punto, 1,15 satır aralıklı, iki yana yaslı, ilk satırlar 1 cm girintili, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılmalıdır. Satır sonlarında kelimeleri heceye bölmek için “-“ işareti kullanılmaz. Bunun yerine MS Word’ün “Otomatik Heceleme” özelliği kullanılır.
- Blok alıntılar, 10 puntoda, ilk satır girintisiz, tırnak işareti kullanılmadan, düz biçimde, soldan 1.25, sağdan girintisiz ve 1,15 satır aralıklı olmalıdır.
- Makale Adı: 14 punto, önce ve sonra 12 nk boşluk, 1,15 satır aralıklı olmalıdır. Makale ortaya yaslı yazılmalı, boşluklarla beraber toplam 100 karakteri aşmamalıdır.
- Öz ve Anahtar Kelimeler: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, ilk satır 1 cm girintili, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Makalenin 150-300 kelimelik Türkçe ve İngilizce özetine konuyu tanımlayan en az 3 en fazla 5 Anahtar kelime (arada boşluk bırakmaksızın) eklenmelidir.
- Başlıklar: Tüm başlıklar, her sözcüğü büyük harfle başlatarak, metin gövdesi ile başlıklar arasında satır boşluğu bırakmaksızın kalın yazı tipiyle yazılmalıdır.
- Makale alt başlıkları (Giriş, Alt başlıklar, Sonuç, Kaynakça) koyu biçimde 11 punto, paragraftan önce 6 nk, sonra 6 nk boşluk bırakılarak, soldan 1 cm girintili yazılmalıdır.
- Dipnotlar: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, 0,5 cm asılı (ilk satır diğerleriyle hizalı), iki yana yaslı, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Kaynakça: 9 punto, 1,0 (tek) satır aralıklı, 1 cm asılı, iki yana yaslı, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılır.





## İÇİNDEKİLER

EDİTÖR'DEN.....	xiii
Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu	
PROF. DR. AHMET BİLGİN .....	xvii
THE BIOGRAPHY OF PROF. DR. AHMET BILGIN	
Muhammed İkbal Sönmez	
PROF. DR. AHMET BİLGİN'İN AKADEMİK FAALİYETLERİNİN BİR KISMI .....	xxii
• ANI YAZILARI	
BİLGİN MESLEKTAŞIM PROF. DR. AHMET BİLGİN.....	1
Prof. Dr. Servet Armağan	
İSMİYLE MÜSEMMA, MÜSTESNA BİR ŞAHSİYET: PROF. DR. AHMET BİLGİN .....	4
Prof. Dr. Ramazan Çağlayan	
ÂLİM ÇOCUK .....	7
Prof. Dr. Mahmut Özbay	
İSMİYLE MÜSEMMA, BİLGİSİYLE DERYA BİR ÂLİM: AHMET BİLGİN .....	10
Prof. Dr. Mustafa Acar	
PROF. DR. AHMET BİLGİN'LE MESLEKİ VE KİŞİSEL DOSTLUĞUMUZUN HAFIZAMA NAKŞETTİĞİ HATIRALARDAN KESİTLER .....	13
Prof. Dr. Ender Ethem Atay	
SAYGIDEĞER PROF. DR. AHMET BİLGİN HOCAM'A .....	15
Prof. Dr. Veysel K. Bilgiç	
PROF. DR. AHMET BILGIN HOCAM'A.....	16
Prof. Dr. Mehmet Özdamar	
BABA ADAM: AHMET BİLGİN.....	18
Prof. Dr. Remzi Fındıklı	
PROF. DR. AHMET BİLGİN'E .....	21
Prof. Dr. Doğan Soyaslan	
PROF. DR. AHMET BİLGİN'E DAİR.....	22
Prof. Dr. Mehmet Emin Bilge	
KIYMETLİ HOCAM PROF. DR. AHMET BİLGİN .....	23
Doç. Dr. Ahmet Kılınç	

• MAKALELER

- İSLAM HUKUKU'NDA İÇTİHAD FAALİYETİ ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER .....27  
SOME THOUGHTS ON İJDİHÂT ACTIVITY IN İSLAMIC LAW  
Prof. Dr. Servet Armağan
- AHMED ŞUAYB BEY'İN 'HUKÛK-I İDÂRE' ESERİ ÜZERİNE NOTLAR .....45  
NOTES ON AHMED SUAYB'S 'ADMINISTRATIVE LAW'  
Prof. Dr. Ramazan Çağlayan

• HAKEMLİ MAKALELER

- BATILI DEVLETLERİN KARMA TİCARET MAHKEMELERİNDE MECELLE'NİN  
UYGULANMASINA YÖNELİK ELEŞTİRİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ .....59  
EVALUATION OF WESTERN STATES' CRITICISM ON IMPLEMENTATION OF MAJALLA IN MIXED  
COMMERCIAL COURTS  
Doç. Dr. Ahmet Kılınc & Harun Karakaya
- İSLAM HUKUKUNDAKİ ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ TÜRK  
AİLE HUKUKUNA MUKAYESESİ .....91  
COMPARISON OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS IN İSLAMIC LAW TO TURKISH FAMILY  
LAW  
Mustafa Aktürk
- OSMANLI HUKUKUNDA ZİNA HÂLİNDE ÖLDÜRME ..... 115  
MURDER IN THE CASE OF ADULTERY IN OTTOMAN LAW  
Gökcan Yaman
- İSTANBUL ŞEHREMANETİ (1855-1858) ..... 149  
İSTANBUL MUNICIPALITY (1855-1858)  
Betül Argunhan
- OSMANLI HUKUKUNDA ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARINDA İŞTİRAK ..... 181  
PARTICIPATION IN CRIMES OF MURDER AND WOUNDING IN OTTOMAN LAW  
Semra Betül Doğangüzel
- İSLAM HUKUKUNDA HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ UNSURLARI VE  
HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMIŞ KABUL EDİLDİĞİ DURUMLAR .....209  
ELEMENTS OF THE PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHT IN İSLAMIC LAW AND SITUATIONS IN  
WHICH RIGHT IS CONSIDERED ABUSE  
Mehmet Barutçu
- PADIŞAHIN DENETLENMESİNDE ŞEYHÜLİSLAMIN ROLÜ .....235  
THE OVERSEEING ROLE OF SHAYKH AL-İSLAM ON THE PADISHAH  
Emre Berber & Abdullah Vefa Karataş
- MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE'NİN KÜLLİ KÂİDELERİ BAĞLAMINDA İSLAM  
HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU .....263  
LIABILITY OF TORT ACT IN İSLAMIC LAW IN THE CONTEXT OF HOLISTIC RULES OF AL-  
MAJALLA AL AHKAM AL ADALİYYAH  
Oğuzhan Orhan & Prof. Dr. Veysel K. Bilgiç

**TÜRK HUKUK TARİHİNDEN BİR YAPRAK: HADİSAT-I HUKUKİYE VE TARİHİYE  
MECMUASI .....291**

A LEAF FROM THE TURKISH LEGAL HISTORY: HADISAT-I HUKUKİYE VE TARİHİYE MECMUASI  
(JOURNAL OF LEGAL AND HISTORICAL EVENTS)

Dr. Ali Turan

**İSLAM MİRAS HUKUKUNDA TEREKENİN PAYLAŞIMI VE  
OSMANLI UYGULAMASI .....323**

DIVISION OF ESTATE ACCORDING TO THE ISLAMIC LAW OF INHERITANCE AND ITS APPLICATION  
BY THE OTTOMAN EMPIRE

Adem Çakır



## EDİTÖR'DEN

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu

Kırıkkale Hukuk Mecmuasının ikinci cildinin bu ilk sayısını sadece Fakültemizde ya da Üniversitemizde değil Kırıkkale genelinde görev yaptığı süre boyunca pek çok kişinin hayatına katkılar sunan muhterem hocamız Prof. Dr. Ahmet Bilgin'e armağan sayısı olarak çıkartıyoruz. Hem hayalini kurduğumuz eserimizin ilk iki sayısını çıkartmış olmanın mutluluğu ve devamında bunun gelecek için bize yüklediği ağırlık hem de ikinci yılımızın ilk sayısını Ahmet hocamıza armağan olarak çıkartılması heyecanımızı kat be kat arttırdı.

Geçen yılın muhasebesini yaptığımızda KHM için başlangıç yılının başarılı geçtiğini söyleyebiliriz. Evet acemiliklerimiz vardı. Elbette hatalarımız da oldu. Ancak yayıncılık konusunda pek de tecrübeli olmamamıza rağmen oluşturduğumuz sinerji ile bu eksiği giderebildiğimizi düşünüyorum. İlk yılın sonunda Jurix Hukuk Dergileri Veritabanı, Asos İndekse ve Index Copernicus International'a kabul edildik. ProQuest ve EBSCO veritabanlarıncı değerlendirilme sürecimiz devam ediyor. TR-DİZİN'de de iki yıllık izleme sürecimizin ilk yılını başarıyla tamamladık.

KHM'nin ilk sayısının yayımlanmasından evvel planladığımız sayılar arasında Armağan sayıları da yer alıyordu. İlk Armağan sayısının Fakültemize uzun yıllar hizmet etmiş ve 10 yıl Dekanlık vazifesini yerine getirmiş olan Prof. Dr. Ahmet Bilgin için çıkartılmasında mutabıktık. Ne güzel ki bu düşüncemizin ortakları da varmış. İlk sayımızın yayımlanma haberini vermiş olduğum Prof. Dr. Ramazan Çağlayan hocamız "Keşke Ahmet hocaya bir armağan çıkartsanız" dedi. Ardından düşüncemizi Ahmet Hocamızın Kırıkkale'deki ilk asistanı olan ve halen Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesinde Türk Hukuk Tarihi anabilim dalında görev yapmakta olan Doç. Dr. Ahmet Kılınç'a açtık. Vefanın en güzel örneğini göstererek tereddütsüz kabul etti. Armağan sayımızın konuk editörleri olan iki hocamız, bir yıldır, büyük bir özveri ile bu sayının hazırlanmasında bizlerle birlikte hatta kimi kez bizden fazla çaba gösterdiler.

Yukarıda aktardıklarım aslında Ahmet Hocamızın dokunduğu insanlarda bıraktığı izle bağlantılıdır. 2002 yılında yirmili yaşlarının başlarında bir araştırma görevlisi olarak göreve başladığımdan bugüne değin geçen yirmi yıllık süre boyunca Hocanın benim de hayatıma katkısı paha biçilmezdir. En zor zamanlarda ardımda değil önümde duruşunu, tüm salvoları boşa çıkarışını, verdiği öğütleri, desteklerini, uzun sohbetlerde aktardıklarını, hareketleri ve duruşuyla öğrettiklerini tek tek anlatabilirim. Ama bunlar bana kalsın şimdilik. Siz zaten Hoca hakkında bu sayıda yazılanları okuduğunuzda inanıyorum ki kendisinin nasıl bir "bilgin" olduğunu, hak ve hakikate sadık kulluğunu net olarak göreceksinizdir.

Muhterem Hocamıza bereketli, hayırlı ve huzurlu yıllar ve saadetler dileyerek bizler için yaptığı her şey için şükranlarımızı sunuyor ve kabul buyurması temennisiyle kendisi için hazırlamış olduğumuz Armağan sayımızı takdim ediyoruz. Hocam, Kırıkkale Hukuk camiası sizi asla unutmayacaktır.









# PROF. DR. AHMET BİLGİN

## THE BIOGRAPHY OF PROF. DR. AHMET BİLGİN

Muhammed İkbâl Sönmez\*

### I. HAYATI VE İLMİ ŞAHSİYETİ



Prof. Dr. Ahmet Bilgin, 1953 yılında Diyarbakır'ın tarihi ilçesi Silvan'a bağlı Gırkı Boto (Çevriksu) köyünde dünyaya geldi. Baba tarafı Siirt'in Baykan ilçesine bağlı Comani (Atabağı) beldesindedir. Babası bölgenin ilim ehlerinden Molla Abdülhadi (el-Comanî) Bilgin'dir (v.2001). Dedesi de yine önemli ilmi faaliyet ve hizmetlerde bulunan Molla Tayyib el-Comanî'dir (v. 1930). Ailece Molla sülalesi diye bilinmektedir. Nitekim on altıncı ataya kadar bütün dedelerinin Molla oldukları kaydedilmiştir. Annesi ise Koh (Tütenocak-Baykan) köyünden olup bölgenin birçok yerinde ilmi

hizmetlerde bulunan Molla Mustafa'nın (v. 1939, Molla Mustafa, baba tarafından akrabası olan Şeyh Abdurrahman Aktepi'nin yanında aralıksız yedi yıl süre ile tahsilde bulunmuştur.) kızı Medine Hanım'dır. Ahmet Bilgin, Molla Mustafa'nın büyük oğlu Bismil eşrafından Hacı Abdullah Çağlayan'ın kerimesi Zübeyde Hanım ile evlidir. Bu evlilikten altı kız ve iki erkek evlat sahibidir.

Ahmet Bilgin, henüz altı yaşında iken babasının yanında tahsil görmeye başlamış Kur'an ve diğer dini ilimleri öğrenme gayreti içerisinde bulunmuştur. İlk tahsili neticesindeki kazanımlarına binaen ilmi ehliyet noktasında üst düzey bir hafıza ve düşünme gücüne haiz olduğu ortaya çıkmış ve tahsiline bölgenin birçok hocasından ders almak suretiyle devam etmiştir. On yaşında ilim yolculuğuna başlayan Ahmet Bilgin 1963 yılında Girê Sıra'ya (Balpınar-Batman) gidip Molla Havi'nin yanında eğitimine devam etmiştir. 1964 yılında Hawêl'e (Baykan) gidip Molla Muhyiddin el Hawêlî'den ilim tahsil etmiştir. 1965 yılında Ulam'a (Sarıtoprak-Bismil) giderek Molla Muhammed Ünsal'dan (Cimzerkî, Ğarzi) ders almaya başlamış ve iki yıl süreyle Molla Muhammed'in talim ve terbiyesi altında bulunmuştur. 1967 yılında Arapkent (Bayındır-Bismil) köyüne giderek Molla Muhammed Şerif el-Arabkendî'nin yanında öğrenimini

\* Arş. Gör., Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı.

☎ 0000-0002-9670-6467 ✉ sonmezmuhammedikbal@gmail.com.

sürdürmüştür. Bu arada üç ay müddetle Fetlê'de (Yukarı Dolay-Bismil) Molla Said el-Haniki'den de ders almıştır. Ardından tekrar Ulam'a dönmüş ve medrese eğitimine intihaya kadar burada devam etmiştir. Nihayet 1969 yılında Molla Muhammed Ünsal'dan ilim icazetnamesi almıştır.

Bilgin, sürdürdüğü medrese tahsiline paralel olarak resmi eğitimini de devam ettirmiştir. Nitekim ilköğretimini memleketinde bitirdikten sonra 1968 yılında parasız yatılı sınavını kazanarak İmam-hatip ortaokulunu tamamlamak için Kahramanmaraş'a gitmiştir. Beşinci sınıfın sonunda altı ve yedinci sınıfların sınavlarına girmek suretiyle 1 yılda üç sınıfı bitirme başarısını göstermiştir. Ayrıca lisenin fark dersleri sınavına girerek Kahramanmaraş lisesinden dereceyle mezun olmuştur. 1974 yılında girdiği üniversite sınavında aldığı puan ile üniversitelerin tüm fakültelerine girmeye hak kazanmıştır. Ancak, kendisi tercihini Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden yana kullanmış ve 1974 yılında burada üniversite tahsiline adım atmıştır. Başarıyla geçen üniversite tahsilini 1978 yılında tamamladıktan sonra 1982 yılında Dicle Üniversitesi Kamu Hukuku bölümünde "İslam Hukukunda Kiracının Hak ve Borçları" başlıklı tezle yüksek lisans çalışması yapmıştır. Aynı yıl Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine asistan olarak başlamış ve bu arada avukatlık stajını da tamamlamıştır. 1983'te Dicle Üniversitesi tarafından Benelüks ülkelerine (Belçika, Hollanda, Lüksemburg) literatür çalışması yapmak üzere gönderilmiştir. 1985'te ise konusu ile ilgili araştırmalar yapmak ve dili geliştirmek için yine Dicle Üniversitesi tarafından altı ay süreyle Londra'ya gönderilmiştir. 1989 yılında "İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti" başlıklı teziyle hukuk doktoru unvanı kazanan Bilgin, aynı yıl Japonya'nın 3 aylık JICA programına katılarak mümtazen sertifika almıştır. Hak ve vicdan hürriyeti ile genel ve Türk hukuk tarihi yönünden insan haklarının analizi konulu çalışmalarıyla 1995 yılında Doçent olmuştur. Aynı çerçevedeki inceleme ve çalışmaları sayesinde de 2003 yılında ise Profesörlük payesini elde etmiştir.

Prof. Bilgin, tahsil hayatı boyunca elde ettiği birikimin yanında dil ve edebiyata olan düşkünlüğü ile bilinmektedir. Türkçe ve Kürtçe'nin yanı sıra; Osmanlıca, Arapça, Farsça, İngilizce ve Fransızca dillerine vukûfiyeti ayrı bir özelliğini oluşturur. Keza şiir darb-ı mesel, edebi ibareler ve tarihi anekdotlar da ilgi alanına giren konuların başında yer almıştır. Bu cümleden olmak üzere farklı dillerde yazılmış yüzlerce şiiri ezberden okuması dikkate değerdir.

## II. GÖREV VE HİZMETLERİ

Ahmet Bilgin, ortaöğretim ve lise tahsilinin ardından 1973 yılında Bismil'de imam-hatiplik görevine başlamıştır. 2 yıl bu görevi sürdürmeyi müteakip 1975 yılında Murakıplık vazifesini ifa etmiştir. 1975 yılında Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından Türkiye çapında bir defaya mahsus açılan Vaizlik-Müftülük sınavını Türkiye birincisi olarak kazanmıştır. Bunun sonucunda 1976-78 yılları arasında Bismil vaizliğine atanmış ve 1978-79 yıllarında da Batman müftülüğü görevini yerine getirmiştir. 1979-80 yılları arasında Din İşleri Yüksek Kurulu raporörü olarak görev yapan Bilgin, 1977, 78, 79 ve 80 yılları Hac mevsiminde kafile başkanı olarak Suudi Arabistan'da görev yapmıştır. Ayrıca 1979'da Almanya'da 3 ay, 1980'de Belçika'da 6 ay ve 1981-82 yıllarında Hollanda'da 2 yıl görevde bulunmuştur.

Bilgin, 1982 yılında Dicle Üniversitesi Kamu Hukuku bölümünde asistan olarak başlamış ve 1986'da 2447 sayılı kanunun 38. maddesi uyarınca Devlet Planlama Teşkilatına (DPT) geçmiştir. Bu görevi sırasında 1987'de Kuveyt'teki 5. İslam Zirvesine şeref konuğu olarak katılmıştır. Ayrıca 1988'de OECD'nin Londra'daki Public Administration (kamu yönetimi) programına DPT adına katılarak sertifika almış ve bu arada İngiltere'nin en büyük belediyesi Hammersmith'de incelemelerde bulunup konu ile ilgili hazırladığı raporu eski Başbakan yardımcılarında George Down'ın başkanlığındaki heyetin önünde savunmuştur. 1989 yılında gittiği Japonya'da Yokohama ve Hiroşima şehir planlamacılığı komisyonunda yer alarak incelemelerde bulunmuştur. 1985-94 yıllarında tüm İslam İşbirliği Teşkilatı Ekonomik ve Ticari İşbirliği Daimi Komitesi (İSEDAK) toplantılarında ve 20. İslam Ülkeleri Dışişleri Bakanları Konseyinde koordinatörlük görevini üstlenmiştir. Bu süreçte değişik tarihlerde düzenlenen İslam Ülkeleri Tarım Bakanları, Enerji Bakanları, Sanayi Bakanları ve Ulaştırma Bakanları toplantılarında resmi görev almanın yanı sıra İslam İşbirliği Teşkilatı bünyesinde oluşturulmuş Trade Network, Preferencial System ve Standartisation Union projelerinde aktif olarak yer almıştır. Söz konusu projelere ek olarak Türkiye, Suriye, Irak, Ürdün ve Mısır arasında teşkil edilen Energy Interconnective System organizasyonunda Türkiye adına bulunmuştur. Öte yandan Türkiye, İran ve Pakistan'ın kurduğu Ekonomik İşbirliği Teşkilatı (ECO) organizasyonunda ilk koordinatörlük görevini deruhte etmiştir.

İfa edilen görev ve hizmetler neticesinde sahip olduğu bilgi birikimini memleketiyle buluşturmak isteyen Bilgin, 1994 yerel seçimlerinde Diyarbakır Büyükşehir Belediye Başkanlığına aday olmuş ve kazanmıştır. Başkanlık döneminde kısıtlı imkânlarla rağmen yürütülen birçok proje ve gerçekleştirilen hizmetler, taraflı tarafsız herkesin takdirini kesbetmiştir. Nitekim Belediye Başkanlığı görevindeyken birçok ödül alınmış ve ifa edilen belediye hizmetleri Türkiye'nin gündeminde sürekli yer almış ve örnek gösterilmiştir. 1994 yılında GAP Belediyeler Birliği Başkanı ve Avrupa Konseyi üyesi de seçilen Bilgin, MED-URBS ve ED-NET organizasyonlarında Türkiye'yi uzun yıllar temsil etmiştir. Ayrıca Avrupa Spor Komitesi, Avrupa Azınlık Hakları Çalışma Grubu, Avrupa Sosyal Şartı İzleme Komitesi, Dünya Su Konseyi gibi uluslararası oluşumlara seçilerek uluslararası platformlarda temsil ettiği ülkesinin haklarını canla başla savunmuştur. 1997'de Dünya Belediyeciler Birliğinin Roma'da düzenlediği toplantı kapsamında oluşturduğu Round Table'a seçilen 7 Belediye Başkanından biri olmuştur. Belediye Başkanı iken yapılan faaliyetleri madde madde belirtmek makalenin sınırlarını ve kapsamını aşacağı için sadece şu hususu belirtmekle yetinmek istiyoruz: 1994-99 yılları arasında yapılan hizmetler ve yürütülen çalışmalar dönemin bütün imkânsızlıklarına ve zorluklarına rağmen belediyeye herhangi bir ek külfet getirmeden, büyük çoğunluğu hibe, karşılıksız fon ya da bedelsiz desteklerle gerçekleştirilmiştir. Böylece içme suyu, şehir içi şebeke, katı atık alanı, kirlı su arıtma, modern imar planı ve yeşillendirme gibi Diyarbakır'ın kronikleşmiş sorunları çözüme kavuşturulmuştur. Bu sayede kentin çehresi adeta değişmiş ve modern bir Diyarbakır ortaya çıkmıştır.

Ahmet Bilgin, Diyarbakır Büyükşehir Belediye Başkanlığı görevinden sonra 2001 yılında Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesine Doçent olarak atanmış ve 2003 yılında da Hukuk Profesörü olarak görevine devam etmiştir. Anılan üniversitenin Hukuk Fakültesinde

sırasıyla Ana Bilim Dalı Başkanlığı, Özel Hukuk Bölüm Başkanlığı ve Kamu Hukuku Bölüm Başkanlığı görevlerini üstlenmiştir. Ayriyeten 2007-2008 yıllarında Kırıkkale İnsan Hakları Kurulu üyeliğinde bulunmuştur. 2010 yılında ise K.Ü. Hukuk Fakültesi Dekanlığına atanarak 2020 yılında emekli oluncaya kadar bu görevi sürdürmüştür. Bu meyanda Dekanlık vazifesini yürüttüğü sırada 2014'te Cezayir'e davet edilerek Büleyde ve Mediyye Üniversiteleriyle İşbirliği protokolü imzalamıştır. Yine 2017 de İspanya'nın Granada şehrinde düzenlenen sosyal bilim-ler sempozyumlar dizisine genel koordinatörlük görevini deruhte etmiştir. Nihayet 2020 yılında emekli olduktan sonra Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalında öğretim üyesi olarak vazifeye başlamış ve halen bu görevi sürdürmektedir.

### III. İLMİ ÇALIŞMALARI VE KÜLTÜREL FAALİYETLERİ

Akademik hayatın, bürokrasideki yaşamın, medrese tahsili sürecinin, yurt dışı deneyiminin ve muhtelif görevleri ifa etmenin kazandırdığı yeteneklere sahip olan Bilgin, adeta ansiklopedik ve rafine bir şahsiyet profili çizmiştir. Akademik çalışmasının ilk ürünü "İslam Hukukunda Kiracının Hak ve Borçları" yüksek lisans tezidir. Doktora tezi ise "İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti" konulu özgün çalışmadır. Ayrıca onlarca doktora ve yüksek lisans tezi yönetmenin yanı sıra ulusal- uluslararası yayın organlarında, çeşitli dillerde yayınlanmış birçok makalesi bulunmaktadır. Keza ulusal-uluslararası bilimsel panel, seminer, konferans ve sempozyumlarda sunduğu bildiri ve yaptığı konuşma sayısı yüzlerle ifade edilmektedir. Diğer taraftan değişik üniversite ve fakültelerde verdiği derslerin başında; İnsan Hakları, Türk Hukuk Tarihi, Hukuk Felsefesi, Hukuk Sosyolojisi, Medeni Hukuk, Miras Hukuku, Hukuk Başlangıcı, Osmanlıca ve Anayasa Hukuku bulunmaktadır.

Yürüttüğü faaliyetler, icra ettiği hizmetler, görevi sırasında elde ettiği başarılar ve düzenlediği ulusal-uluslararası organizasyonlar nedeniyle sayısız ödül, plaket ve takdirnamelere layık görülen Bilgin; özellikle Belediye Başkanlığı döneminde önemli bilimsel, kültürel ve sosyal aktivitelerin altına imza atmıştır. Söz konusu faaliyetler vesilesiyle yerli ve yabancı birçok ünlü şahsiyeti özelde Diyarbakır'la genelde ise Türkiye ile buluşturmuştur. "Selahaddin-i Eyyubi Sempozyumu", "Demokrasi, Hukuk ve İnsan Hakları Konferansı" ve "Medeniyetler arası Diyalog Sempozyumu" adlı organizasyonlar bu dönemde düzenlenerek önemli katılımcıların gelmesine vesile olmuştur. Katılımcılar arasında; Roger Graudy, Cavit İkbâl, Graham Fuller, Adamacis, Tarık el-Bişir, Hüseyin Hatemi, Yaşar Nuri Öztürk, Cengiz Çandar, Ahmet Davutoğlu, ünlü şarkiyatçı Suistola, İhsan Süreyya Sırma, Ali Bulaç, Fehmi Huveydi, Şanski, Tilman, Abdülkerim Süruş, Asaf Hüseyin, Kudüs müftüsü Sabri İkrime ve Azzam Temimî yer almıştır. Birçok yabancı akademisyen, yazar ve fikir adamının iştirak ettiği sözü edilen organizasyonlar Türk basınının oldukça ilgisini çektiği gibi hem bölgesel ve hem de ülkesel çapta büyük bir yankı uyandırmıştır.

## KAYNAKÇA

Bilgin, Ahmet, İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dicle SBE), Diyarbakır 1989.

DBB, *“Haçlı Seferlerinin 900. Yıl Dönümünde Uluslararası Selahaddin-i Eyyubi Sempozyumu (23-24 Kasım 1996)*, DBB yayınları, Diyarbakır 1997.

DBB, *“Medeniyetler Arası Diyalog Sempozyumu (18-20 Eylül 1998)”*, DBB yayınları, Diyarbakır 1999.

DBB Faaliyet Raporu, *Ahmet Bilgin’le 5 Yıl*, Nesil Ofset, Ankara t.y..

<https://akademik.yok.gov.tr/AkademikArama/view/viewAuthor.jsp> (Erişim tarihi: 20.04.2021)

[https://hukuk.hku.edu.tr/wp-content/uploads/2020/04/PROF.DR\\_-Ahmet-Bilgin-CV-Metin.pdf](https://hukuk.hku.edu.tr/wp-content/uploads/2020/04/PROF.DR_-Ahmet-Bilgin-CV-Metin.pdf) (Erişim tarihi: 20.04.2021)

# PROF. DR. AHMET BİLGİN'İN AKADEMİK FAALİYETLERİNİN BİR KISMI

## MAKALELER

- Ahmet Bilgin, "Amerika Birleşik Devletleri Başkanı ile Osmanlı Padişahının Görev ve Sorumluluklarının Karşılaştırılması", *Ekonomik-Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2008.
- Ahmet Bilgin, "Osmanlı Devletinde Güvenlik Anlayışı", *Kırıkkale Üniversitesi SBE Bilim Yolu Dergisi*, 2003.
- Ahmet Bilgin, "Basın ve Basın Aletlerine El koyma ve Toplatma Usulleri", *Yeni Türkiye Dergisi*, 2003.
- Ahmet Bilgin, "Mukayeseli Hukukta Devlet Başkanlarının And İçmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003.
- Ahmet Bilgin, "İslam Hukukunda İkrâh", *Kırıkkale Üniversitesi SBE Dergisi*, 2003.
- Ahmet Bilgin, "Mukayeseli Hukukta Din ve Vicdan Hürriyeti", *Yeni Türkiye Dergisi*, 2003.
- Ahmet Bilgin, "Aile Düzenine ve Ahlaka Karşı İşlenen Suçlar", *Yeni Türkiye Dergisi*, 2003
- Ahmet Bilgin, "Genel ve Türk Hukuk Tarihi Yönünden İnsan Haklarının Analizi", *Yeni Türkiye Dergisi*, 2003
- Ahmet Bilgin, "Re y Hadis Tartışmalarının İslam Hukuku Metodolojisindeki Etkileri", *Selçuk Üniversitesi SBE Dergisi*, 2003
- Ahmet Bilgin, "Yeni Hizmet Döneminde Belediyelerimizin Mali Sorunlar", *Yeni Türkiye Dergisi*, 1995
- Ahmet Bilgin, "Eski Hukukumuzda İrtifak Haklarının Mahiyeti", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1992

## BİLDİRİLER

- Güneydoğu ve yönetim sempozyumu, Yayın Yeri: Güneydoğu ve yönetim sempozyumu
- Ahmet Bilgin, İnsan Hakları Hukuksal ve Uluslararası İlişkiler Perspektifinden Yaklaşımlar, Yayın Yeri: İnsan Hakları: Hukuksal ve Uluslararası İlişkiler Perspektifinden Yaklaşımlar Paneli
- Ahmet Bilgin, GAP 6. Olağan Genel Kurul Toplantısı Konuşma Metni, Yayın Yeri: GAP 6. Olağan Genel Kurul Toplantısı

Ahmet Bilgin, GAP Koordinasyon Kurulu Toplantısı Konuşma Metni, Yayın Yeri: GAP Koordinasyon Kurulu Toplantısı

Ahmet Bilgin, 75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu Konuşma Metni Yayın Yeri: 75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu

Ahmet Bilgin, Su Toplantısı Konuşma Metni, Yayın Yeri: Su Toplantısı

## LİSANS SEVİYESİNDE VERDİĞİ BAZI DERSLER

Türk Hukuk Tarihi

Güncel Hukuki Sorunlar

İnsan Hakları

## LİSANSÜSTÜ SEVİYEDE VERDİĞİ BAZI DERSLER

Türkiye'nin Devlet Düzeninde Demokrasi ve Cumhuriyet

Dünden Bugüne İnsan Hakları

Türkiye'nin Devlet Düzeninde Demokrasi ve Cumhuriyet

AIHS Kapsamında İnsan Hakları Hukuku

İnsan Hakları Yargısı

## YÖNETTİĞİ DOKTORA TEZLERİ

YIL	Hazırlayan	Tez Adı
2021	Mustafa Çağatay	Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı
2020	Muhterem Dilbirliği	Avrupa'da Din ve Vicdan Özgürlüğü Bağlamında Almanya Örneği
2020	Ali Turan	Divân-ı Ahkâm-ı Adliye: Kuruluşu, Teşkilat ve İşleyişi
2020	Merve Altınbaş	Osmanlı Hukukunda Gemi Kira Sözleşmeleri
2019	Mustafa Atalan	Başkanlık Sistemi ve Türkiye
2018	Bayram Doğan	Sivil İtaatsizlik Bağlamında Vicdani Red
2018	Muhammet Murat Ülkü	Aihs'in 3. Maddesi Kapsamında Devletin Hürriyetinden Mahrum Bıraktığı Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Pozitif Yükümlülükleri



2017	Erhan Can	İnternet Suçlarının Kişisel Hak ve Özgürlüklere Etkisi
2017	Yasin Çevik	Ceza Muhakemesi Hukukumuzda İspatın Mahiyeti
2016	Akif Tögel	Anayasa Hukuku Açısından Çok Hukuklu Sistem
2015	Metin Efe	Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları
2015	Sabahattin Gülgün	Vergiye Karşı Direnme Biçimlerinden Agresif Vergi Planlaması
2015	Burcu Akyar	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Yaşama Hakkı
2014	Recep Ünal	Bireysel Başvuru Çerçevesinde İfade Özgürlüğü

### YÖNETTİĞİ YÜKSEK LİSANS TEZLERİ

2019	Muhammet S. Fırat	Veda hutbesinde yer alan insan hakları
2018	Bilgehan Kocabay	Türk Ceza Hukukunda tehdit suçu
2018	Taha Kurt	Modern devlette meşru güç kullanım tekeli ve polis gücü
2017	Çetin Kaya	Yüce Divan'ın yargılama görev ve yetkisi
2017	Hilal Hanay	İslam aile hukukunda evliliğin malî hükümleri ve modern hukuktaki durum
2016	Şahin Altuğ	Türk Ceza Kanunu'nda eşya müsadere
2016	Süreyya Başlı	5237 sayılı TCK'da hürriyete karşı işlenen suçlardan tehdit ve cebir suçu
2016	Nevzat Yolaçar	Kamu görevlilerinin yargılanmasında izin sistemi
2015	Merve Altınbaş	İslam hukuku ve osmanlı hukukunda vakıf müessesesi
2014	Bilal Akyayla	Suçta sürüklenen çocukların yargılanması ve uygulanacak tedbirler
2012	Hasan Candan	1982 Anayasasında adil yargılanma hakkı
2011	Ramazan Ünal	Ceza Hukukunda yaptırımın uygulanması ve infazı öncesi imkanlar
2010	Nermin F. Karadağ	Tanzimattan sonra Osmanlı Devleti`nde azınlıkların hukuki statüsü
2010	Mustafa Açar	Ceza Muhakemesi Hukukunda koruma tedbiri olarak arama ve el koyma

2009	Nilgün Şeker	Resmi belgelerde sahtecilik suçu
2009	Beyza N. Köroğlu	Referandum ve Türkiye uygulaması
2007	Serkan Erşen	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk hukukunda adil yargılanma hakkı
2007	Hakkı Dağlı	Avrupa insan hakları mahkemesi kararları ışığı altında mülkiyet hakkı
2006	Çoşkun n. Savaş	İnsan hakları bağlamında azınlıklar
2005	Mesut Erol	Bağımsız düzenleyici kurumlar
2005	Fatih Can	Türkiye'de savcılık kurumu
2005	Ahmet Kılınç	Kanun-i Esasi'nin insan hakları yönünden analizi
2005	Salih Benli	Türk Anayasa Hukukunda toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü ve sınırlandırılması
2003	Elif Çelik	Türkiye`de parlamentonun gelişim sürecinde çift meclis
2003	Özkan Susar	Gayrimenkul yatırım ortaklıkları
2002	Yavuz Güloğlu	Orman arazilerinin turizm yatırımlarına açılmasının hukusal çerçevesi







## BİLGİN MESLEKTAŞIM PROF. DR. AHMET BİLGİN

Prof. Dr. Servet Armağan\*

Kırıkkale Hukuk Fakültesi'nin, **Prof. Dr. Ahmet Bilgin** hakkında bir ARMAĞAN çıkarma kararı takdire şayandır. Hem Üniversite hem de Fakülte idarecilerini bu kararlarından dolayı tebrik ederim.

Tanıştığımızda, Bilgin Hoca Diyarbakır Büyükşehir Belediye Başkanı, ben ise, Şanlıurfa Harran Üniversitesi Rektörü idim. Görev yaptığımız iller de komşu. Bu münasebetle Bilgin, beni bir gün öğle yemeğine davet etti. Arabamla gittim. Yemekte Diyarbakır Merkez Komutanı da vardı. Yemekte Fırında Güveç geldi. Tam da benim zevkime uygun! Bol sohbetli, neşeli ve benim için zevkli bir beraberlikti.

Belki bundan daha zevklisi, Bilgin in arabasıyla, bana Diyarbakır'ın bazı bölgelerini tanıtan bir gezinti yaptırması idi. Hem gezdik hem de ilim üzerine sohbetler ettiydik.

Bilgin, davranışları ile, halkın takdirini ve sevgisini kazandı, Belediye İdaresinde başarılı oldu. Çünkü Bilgin, tarafız bir uygulama yaptı, Diyarbakır gibi hassas bir ilimizde ne lehte ne de aleyhte ırkçı davranışlarda bulundu, İslam Dininde de yasak olduğunu biliyordu.

Bilgin hoş sohbet, kültürlü, İslam Dinini, hususen İslam Hukukunu iyi bilen, Avrupa'yı görmüş, tanımış, hatta kültür kuruluşlarında konuşmalar yapmış bir münevverdir. Bu özellikleri, Başkanlıktan önce, görev yaptığı Diyarbakır Ü. Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi kürsüsünde asistanlık yıllarındaki davranışları ile de ortaya çıkmıştır. Üniversiteden ayrıldı ve seçimlere girdi ve büyük bir çoğunlukla kazandı. Başkanlığı bittikten sonra intisap ettiği Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyeliği yıllarında da bu özellikleri görülmüştür.

Belediye Başkanlığı süresi sona erince, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesine intisap etti. Bu kurumda da kendisini sevdirmiş olacak ki, Dekan olarak tayin edildi, iki dönem Dekan olarak hizmet etti. Hatta süresi de bitmesine rağmen, bir müddet, galiba bir seneden fazla, uygun bir aday bulunamamasından dolayı, "vekâleten" dekanlık yaptı. Nihayet yaş haddinden emekli oldu.

Bilgin Hoca, beni Kırıkkale Hukuk Fakültesine, konferans vermek için davet etti. Bu vesile ile Kırıkkale'yi gördüm, öğretim üyeleri ile tanıştım. Aynı akşam konferansım

\* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eski Dekanı, Harran Üniversitesi Kurucu Rektörü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi emekli öğretim üyesi

münasebeti ile bir yemek düzenlemişti. Bu yemekte de meslektaşlarımla Kırıkkale Üniversitesi yetkilileri ile sohbet ettim, müstefit oldum.

Günlerden bir gün, ben Ankara'dayım. Bilgin beni evine yemeğe davet etti. Davetine icabet ettim. Yemekte Yargıtay üyesi bir zat da vardı. Lezzetli yemekleri yerken, lezzetli sohbet de ettik. Bilgin bana, sohbet babında İslam Hukuku ile bazı sorular tevcih etti. Sorusunu cevapladım. Bendeniz 20 seneye yakın seçimlik bir ders olan İslam Hukuku dersini, Anayasa Hukuku dersine ek olarak, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde verdim. Söz sözü açtı, ben de bazı mevzularını kapısını araladım. Böylece Bilgin ile dakikalar süren bir İslam Hukuku sohbetine dalmışız. Derken Yargıtay üyesi zat söze girdi ve dedi ki: **“Beyler! Siz ikiniz bir saate yakındır İslam Hukuku üzerinde konuşuyorsunuz, sizi hayranlıkla dinledim, ama ben hiçbir şey anlamadım. Yazık, ben bu kültürden mahrum kalmışım!”** Sonra bana döndü: **“Hocam sizi de tebrik ederim, güzel açıklamalar yaptınız, Bilgin Hoca ile bu mevzularda konuşmak kolay iş değildir.”**

Bilgin Hoca, Arap Edebiyatı ve gramerini çok iyi bilir. Bu özelliği ve kabiliyeti ile memleketimizde nadir aydınlardan biridir

Bu sebepledir ki, Diyanet İşleri Başkanlığı'na “Arapça mütercim” olarak girdi ve çalıştı. Benim kendisi ile dostluk kurduğum zamanlarda, Diyanetten ayrılmıştı.

Bilgin meslektaşımın, Diyanet İşleri Başkanlığında görev yaptığı Arapça mütercim konumu, bir hayli zordur. Çünkü devletimizin bu idari biriminde, üst düzey idareciler, hepsi ilahiyat öğrenimi görmüş, tabii Arapça öğrenmiş kimseler. Hatta hemen hepsi Arapçayı iyi pekiyi derecesinde bilirler. Böylesine Arapça ve İslam kültür ile haşır neşir olan bir devlet memurluğuna, Arapça mütercim olarak girmek ve başarmak takdire şayandır. Hatta bir şey daha eklemek isterim: Diyanet mensuplarından bir kısmı, İslam Dünyasında Arapça öğretim yapan kurumlarından mezun kimselerdir. Bütün bunların arasında, yurt dışında böylesine bir öğrenim görmemiş Bilgin meslektaşımın görev yapması ve yadırganmaması, her türlü takdirin üstündedir.

Arapça metinlerde, anlayamadığım yerleri ve ibareleri bendeniz ona sordum ve hala da sorarım. Ben yaşça ondan büyüğüm ve ilmi kariyerimde ondan kıdemliyim, fakat hiçbir zaman anlayamadıklarımı ondan sormaktan içtinap etmedim. Ve sorduğum mevzularda, kendisini daima dikkatle dinledim ve müstefit oldum.

Yazık ki, İslam Hukuku üzerine az eser vermiştir. Kendisinden birkaç defa istedim, rica ettimse de beklediğim olmadı.

Bilgin Hoca, Türkçesi güzel, teknik tabirleri yerli yerinde kullanan ve karşındakini yormadan konuşabilen bir aydın ilim adamıdır. Bilgin, her zaman beşuş yüzlü bir aydındır. Ve konuları karıştırmaz, konuşmasının muhtevasını iyi düzenler. Bu dikkat ve itina, günümüzdeki ilim adamlarında, biraz dikkate alınmıyor, önemsenmiyor!

Ülkemizin resmî kurumları ve insanları, ondan yeteri kadar istifade etmemiştir. Yazık! Bilhassa üniversiteler, hususen Diyanet İşleri Başkanlığı. Bu mütevazı ilim erinden, zamanında ve yerinde, yeterince hizmet almadılar.

Bilgin kabiliyetli bir zat, fedakâr bir idareci ve candan bir dosttur. Kendisine mistik bir şairimizin (Niyazi Mısıri) şu beyti ile seslenmek isterim:

*“Dünya gamından geçip, yokluğa kanat açıp,  
şevk ile her dem uçup, çağırırım dost dost!”*

Nihayet Bilgin Hocanın Arap edebiyatı ve Belagati üzerine hayran olduğum engin bilgisine, ben de, Arap edebiyatından bir beyit ile katkıda bulunmak isterim:

*“Ve aynu’rrıda an külli aybin keliletün,  
Ve lakinne ayne’ssuhti tübdi Mesaviye”<sup>1</sup> (el Mütenebbi).*

Bilgin meslektaşıma, ömür boyu saadetler, sağlıklı günler ve seneler temenni ederim.

---

<sup>1</sup> Sevgi gözü kusurları görmez,  
Kötü gözlü(niyetli) ise, hep kusur arar.



## İSMİYLE MÜSEMMA, MÜSTESNA BİR ŞAHSİYET: PROF. DR. AHMET BİLGİN

**Prof. Dr. Ramazan Çağlayan\***

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1992 yılında mezun olmuş yine aynı üniversitede lisansüstü öğretime başlamıştım. Ahmet BİLGİN ismine 1994 Mart'ında yapılan mahalli idare seçimleri sonrasında duymaya başlamıştım. Zîra Ahmet BİLGİN Diyarbakır Büyükşehir Belediye Başkanı seçilmişti. Sonraki yıllarda zaman zaman basın ve yayın kuruluşlarında muhtelif vesilelerle bu isminin yer almasına şahit olduk. Ancak şahsen tanışıklığım olmadı.

Aradan yıllar geçmişti. Erzincan Hukuk Fakültesi'nde görev yaparken yanılmıyorsam 2000'li yılların başlarında Ahmet BİLGİN ismiyle tekrar karşılaştım. Bu karşılaşma Hoca'nın Hukuk Fakültesi Dergisi'ne yayınlanmak üzere bir makale göndermesi vesilesiyle olmuştu. Hoca ile şahsen karşılaşmam ve onu yakinen tanımama vesile olan üçüncü karşılaşmam 2004 yılında Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde göreve başlamam ile gerçekleşti. Bu fakültede göreve başladığımda, fakültenin kadrolu öğretim üyeleri arasında Prof. Dr. Ahmet BİLGİN ismi de yer almaktaydı. Ancak 2010 yılına kadar sıcak ve samimi ilişkimiz olmadı diyebilirim. Münasebetimiz, ders aralarında veya fakülte toplantılarında zaman zaman karşılaşmaktan ibaretti.

Hocayı yakinen tanımam 2010 yılında, fakülteye dekan atanması vesilesiyle gerçekleşti. Dönemin rektörü Prof. Dr. Ekrem YILDIZ hoca, Ahmet BİLGİN'in dekanlık vazifesini üstlenmesini istiyor, hoca da buna pek sıcak bakmıyordu. Rektör bey beni çağırarak Hocayı dekanlık konusunda ikna etmeye yardımcı olmamı söyledi. Bunun üzerine ben de hocaya giderek dekanlık görevini üstlenmesinin iyi olacağını ve kendisine her türlü destek ve yardımı yapabileceğimi ifade ettim. Hoca da dekan yardımcılığı görevini üstlenmem ve fakültenin her türlü işini ifa etmek şartıyla kabul edebileceğini söyledi. Böylece hocayla birlikteliğimiz başlamış oldu. Fakültede hoca dekan ben yardımcısı olmak üzere, üniversite yönetim kurulu üyeliği, üniversite senatosu senatörlüğü gibi resmî görevlerdeki birlikteliğimiz yaklaşık on yıl devam etti.

Hocayla beraber görev yaptığımız süre içinde yurt içi ve yurt dışı seyahatlerimiz oldu. Bunlardan birisi 2014 yılında gerçekleştirdiğimiz ve bir hafta süren Cezayir seyahatimizdir. Bu seyahatte Hocanın Arapça'ya olan vukûfiyetine yakinen şahit oldum. Bu konuya ilişkin şu

\* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Müdürü.

hatıraları aktarmak istiyorum. Cezayir’de, Başkent’e yaklaşık 50 km uzaklıkta olan Bilida Üniversitesi’nde Hoca Arapça bir konferans vermişti. Ertesi gün sabah üniversiteye geldiğimizde, Cezayir Adalet Bakanı’nın bizimle görüşmek için üniversiteye geldiği söylendi. Adalet Bakanı geldiğinde Hocayı kastederek “duydum ki, sizden Arapça öğrenmemiz gerekiyormuş” ifadesiyle söze başladı. Bu arada şehrin adı olan “Bilida” kelimesinin ne anlama geldiğini Araplara sorduğumuzda bilmediklerini söylediler. Hoca, bunun aslında “beldecik” demek olan “büleyda” kelimesi olduğunu, Fransızların “Bilida” şeklinde telaffuz etmeleriyle yerleştiğini ifade etti. Ö günlerde Cezayir’de Cumhurbaşkanlığı seçimi olduğundan panolarda, duvarlarda dönemin Cezayir Cumhurbaşkanı’nın ismi olan “Abdulaziz Buteflika” ismi yer alıyordu. Ben “Buteflika” kelimesinin anlamını sorduğumda Araplar bilmediklerini söylediler. Cevap yine Hoca’dan geldi. Bu kelimenin aslında “Ebu Teklifa” olduğunu söyledi. Cezayirli Hoca’nın edebi bir şekilde Arapça konuşmasına hayran kalmışlardı... Burada şunu ifade edeyim ki Hoca, Arapça yanında çok iyi derecede Farsça ve İngilizce de bilmektedir.

Hocayla bir diğer yurt dışı seyahatimiz, 2017 yılında gerçekleşen ve yaklaşık on gün süren İspanya (Endülüs) seyahatimizdir. Gırnata, Kurtuba, Sevilla, Malaga illerini kapsayan çok güzel ve aynı zamanda çok hüznü verici gezimiz gerçekleşti. Bir şehirden diğerine giderken otobüste yaklaşık 2-3 saat süren seyahat boyunca, Endülüs tarihi hakkında verdiği bilgiler ve yaptığı tahliller, Hoca’nın derin bir tarih bilgisine sahip olduğunun göstergesiydi.

Hoca ile gerçekleştirdiğimiz bir Güneydoğu seyahatimiz var ki, unutmam mümkün değil. Bu seyahatimiz 2015 baharında, Diyarbakır, Mardin, Batman, Bitlis, Tatvan’ı kapsayan ve yaklaşık 10 gün süren bir seyahattir. Hoca’nın mihmendarlığında seyahat, ayrı bir güzelliğe bürünmüştür. Bu seyahatin bende bıraktığı izlerden bazıları aktarmak istiyorum. Hoca bu yöreyi ve insanlarını çok iyi tanıyor. Aynı şekilde yöre insanı da Hoca’yı iyi tanıyor. Şunu hemen söylemeliyim ki, yöre insanı nezdinde Hoca, hocalığı ve bilgisi yanında belki daha fazla “başkanlığı” ve başkanlığı süresinde yaptığı hizmetlerle tanınıyor. Diyarbakır’a yaptığı hizmetler, muhâlif-muvâfık herkes tarafından takdirle ve sitâyişle ifade ediliyor. Diyarbakır’ın, Hoca’dan önce ve sonra böyle bir hizmet görmediğini açık yüreklilikle söylüyorlar. Gerçekten Diyarbakır’ın, tarihî eserleri, Türkiye’de benzeri bulunmayan geniş caddeleri, kavşak ve geçitleriyle görülmeye değer bir şehrimiz olduğuna şahit oldum. Yöre insanının misafirperverliği, yemekleri, görülmeye değer tarihî yerleri konusunda söz söylemenin gereksiz olduğunu ifade etmekle iktifa edeceğim. Ancak Kızıltepe’deki “Cifni”yi ve Bismil’deki “Bismil tava”yı zikretmeden geçemeyeceğim...

Bir kişiyi tanımış olmak için ya onunla ortak iş yapmalısın ya da seyahat etmiş olmalısın şeklinde bir söz vardır. Ben ikisini de yapmış olduğumdan Hocayı yakinen tanımış olduğumu söyleyebilirim. Hoca’da şahit olduğum üstün vasıflardan ilki çok kuvvetli bir hafızaya sahip olmasıdır. Okuduğu ya da işittiği bir hususu, harfi hafine hafızasında tutabilme yeteneğine sahiptir. Bu bağlamda, her konuda geniş bir bilgi birikimi yanında, hafızasında Arapça, Farsça ve divan edebiyatından yüzlerce şiir bulunmaktadır. İkinci belirgin özelliği yardımseverliği ve dostlarını asla yarı yolda bırakmaması diyebilirim. Bu sebepten dolayı dost halkası çok geniştir. “Kıyas-ı nefis mîzan-ı adâlet” sözü hep dilindedir ve davranışlarını da bu ilke doğrultusundadır. Kişisel yaşadığım bazı sıkıntılarda sonuna kadar yanımda olduğunu hissettirmesinden dolayı

da ömür boyu minnettarım. Hoca'nın belirgin bir vasfı da ismiyle müsemma olacak şekilde, gerçekten bir "bilgin" olmasıdır. Kendi uzmanlık alanı olan hukuk tarihi yanında, hukukun diğer alanları, tarih, felsefe, insan hakları, siyaset bilimi gibi alanlarda derin bilgi birikimine sahiptir. Bunlar yanında İslam tarihi, İslam hukuku, fıkıh, hadis, tefsir alanındaki bilgi birikimiyle Türkiye'de önde gelen şahsiyetlerdendir. Çeşitli sohbet ortamlarında, falan yazarın filan eserinin şu cildinin şu sayfasında şu ibareler geçmektedir şeklinde açıklamalarına çok şahit olmuşumdur.

Ahmet BİLGİN hocanın üstün vasıfları hakkında ne söylesem eksik kalacaktır. Gerçekten kendisi "bilgin" bir insandır. Hocanın DPT'de uzun süre görev yapması, belediye başkanlığı yapması, devlette bazı üst düzey görevlerde yer alması, resmî görevli olarak başta İngiltere, Hollanda, Amerika, Japonya olmak üzere birçok ülkelerde bulunması, onun siyasî ve idarî konularda otorite olmasına katkı sağlamıştır. Türkiye'de "Hoca" sıfatı belki de en fazla ona yakışmaktadır. Onunla tanışmam, uzun süre birlikte görev yapmam, onun dostluğuna mazhar olmam, bu dünyada sahip olduğum en güzel hazinelerden birisidir demem meramımı anlatmaya herhalde kâfidir. Değerli Hocam ve büyüğüm, ömrüm boyunca sizi sevgiyle, saygıyla ve minnetle yâd edeceğim. Saygı, selam ve hürmetle...

## ÂLİM ÇOCUK

**Prof. Dr. Mahmut Özbay\***

Doğu, Güneydoğu ve Akdeniz Bölgesinin doğu kısımlarının kırsal yörelerinde ilkokul öğrenimlerini tamamlayan öğrencilerin yatılı veya kendi imkânları ile ortaöğretimini yapmak üzere Kahraman Maraş'a gelirlerdi. Anadolu'nun masum ve saf çocuklarının birlikte oldukları bir okuldur, Maraş İmam Hatip Okulu. Bu okul, Maraş Belediyesi'ne ait Batı Park'ı güneyden ve doğudan çevreleyen bir konuma sahipti. Yıllar sonra oradan Gökşun yolu üzerine taşındı. Bugünkü ismi Kahramanmaraş Anadolu İmam Hatip Lisesi'dir.

1967-1968 ders yılında, yatılı (devlet burslu) olarak okulumuza gelen öğrencilerden birisi, Ahmet Bilgin idi. Ben de yatılı öğrencilerdendim ve bir önceki ders yılında İmam Hatip Lisesi'ne kaydolmuştum. 1967-68 ders yılının ilk aylarında görüşmelerimiz (arkadaşlığımız) artmaya başladı. Benim Adıyaman doğumlu ve Ahmet Bilgin'in Diyarbakır doğumlu olması da bir etkendi ilk zamanlar arkadaşlık ilişkilerimizde. Ahmet, Medrese öğretimi ve eğitimi almış biri olarak geldi okulumuza. Daha önce okulumuza kaydolan, bizlerin abi dediğimiz üç kişi daha vardı medrese öğretimi almış olanlar arasında. Ahmet Bilgin'e göre onlar düzey olarak daha alt kademelerden ayrılmışlardı medrese öğretiminden.

1968 yılının bahar aylarında, okulumuzun Âlim Çocuğu olarak gösterilmeye başlandı Ahmet Bilgin arkadaşımız. Özellikle meslek dersleri hocaları Hüseyin Bahar, Naci Kınacı ve okulumuzun bilge hocası Ali Haydar Kirişçi tarafından. Bu hocalarımız derslerinde Ahmet Bilgin'in medrese sürecindeki bilgi birikiminden, zeki bir öğrenci olduğundan, bizlerin de onun gibi kendimizi meslekî olarak yetiştirmemiz gerektiğini vurgularlardı. Hüseyin ve Naci hocanın konuşmalarında, Ahmet Bilgin'den Âlim Çocuk diye bahsetmeleri, sonraki dönemlerde tüm okulda yayıldı ve tutuldu. Ahmet Bilgin arkadaşımız, okulumuzun Âlim Çocuğu oldu. Allah rahmet etsin Ali Haydar hocamız bizlere hep "sayın" sözcüğüyle başlayarak ve "delikanlı" diyerek hitap ederdi. Ahmet Bilgin için "Âlim Delikanlı Bilgin arkadaşınız, bu okul için bir şans olan sayılı öğrencilerden biridir" derdi.

1967'den başlayıp, 2022 yılına geldiğimiz bugüne kadar geçen 55 yıllık arkadaşlığımızı, kardeşliğimizi ve kadim dostluğumuzu mekânsal açıdan üç dönemde değerlendiriyorum. Bunlar; Kahramanmaraş, Diyarbakır ve Ankara yılları. Kahramanmaraş'taki okul hayatımız, benimki 1971 ve Ahmet'ininki 1973'te sona erdi. O zamanlar bizim okul 7 yıl olup, ilk 4 yılı ortaokul ve son 3 yılı lise kısmından oluşuyordu. Âlim Çocuk, ilk sömestrden itibaren davranışlarıyla, çalışkanlığıyla ve dönem sonu notlarının hep on üzerinden on olmasıyla (bir iki dersi

\* Gazi Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Öğretim Üyesi

hariç, onlar da dokuz) kendini kanıtlıyordu. Ben 1968'de aynı dönem arkadaşlarım olan üç kişiyle okulumuzun voleybol takımına alındık. Biz antrenman yaparken çoğu zaman Âlim Çocuk da bizlerin arasına katılarak top oynardık. Yani amatör olarak sporunu yapar ve spor yapmayı severdi. Ahmet Bilgin, medreseden öğrendikleri bilgi birikimini, bu okulda kazandığı meslekî ve diğer derslerin kendine kazandırdıkları ile yeni ufuklar kazanıyor ve temel kavramlar ve yeni yorumlar getiriyordu. Benim meslek derslerim, matematik, fizik, kimya ve sosyal alanlı derslerime göre biraz düşüktü. Ben ve benim gibi olan diğer arkadaşlarımız, bu eksikliklerimizi, Âlim Çocuk arkadaşımızı dinleyerek tamamlamaya çalışırdık. Bu birlikteliklerimiz kışın sınıflarda, diğer mevsimlerde Batı Parkta bir masa etrafında olurdu.

Ahmet Bilgin'in kazanmış olduğu Âlim sıfatı, 1970'ten sonra Kahramanmaraş'ın belirli entelektüel kesimi arasında duyulmaya başlandı. Okulumuzun yatılı öğrencileri (talebeleri) gündüz 7-8 saat ders yapar akşam da 3 saat etüde kalırdık. Akşam yemeğinden sonraki etüd (mütalaa) saatlerinde, o geceki nöbetçi hocaya bağlı olarak bazı öğrenciler, nöbetçi hocaların özel izniyle etüde katılmazlar ve okul dışına çıkabilirlerdi. Ben ve Ahmet, 1969 ve 70 yıllarında birkaç kez bu izinlerden yararlandık. Ben okulun voleybol takımında olduğum için beden eğitimi hocalarımız Kadir ve Eşref Beyin nöbet günlerinde izin alıyordum. Ahmet de meslek dersleri hocalarının nöbet günlerinde izin alıyordu. Bu izin alışlarımız bir sömestrde toplam 3 veya 4 akşam oluyordu. Ahmet ile birlikte bu izinlerimizin bazılarında, Kanlıdere'de kuytu bir yerde bulunan kıraathanenin kuytu köşesine tavla oynardık. O zamanlar ortaöğretim öğrencilerinin kıraathanelere girmesi yasak olduğu için, sanki bir suç işliyormuşçasına gizli gizli giderdik. Ahmet, tavladan ziyade satranç oyununu benden daha iyi bilirdi. Kahramanmaraş İmam Hatip Lisesi o zamanlar, öğretim kalitesi açısından Türkiye'de ikinci sırada yer alıyordu. Birincisi İstanbul'du. Yükseköğretimimizi Ahmet Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, ben Gazi Üniversitesi Mühendislik Fakültesinde tamamladık. Ben üniversite bitince, Makine Mühendisliği Bölümünde asistan olarak kaldım. Ahmet Bilgin ise 78'den 82'ye kadar kamuda çalıştı ve 1982'de Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde akademik hayata başladı. Onun akademik hayatı değişik üniversitelerde ve muhtelif idarî görevlerle 2021 yılına kadar devam etti.

Ahmet Bilgin'in bana göre en büyük özelliği güçlü bir hâfızaya sahip oluşudur. Allah ona öyle bir bellek (hafıza) vermiş ki, hayatımda tanıştığım ve görüştüğüm insanlardan ya birincisi ya da ikincisidir. Âlim Çocuk Ahmet Bilgin'in, beyninin bellek kısmı beyin bilimleri ve bilgisayar yazılımları tarafından bilimsel bir incelemeye alınsa yeridir.

Değerli Kardeşim Prof. Dr. Ahmet Bilgin, Diyarbakır Bismil doğumludur. 1982'de Dicle Üniversitesi'nde asistan olarak göreve başladı. 1994-1999 döneminde Diyarbakır Büyükşehir Belediye Başkanlığı görevi yaptı. O dönemde, kendisini iki defa ziyarete gidebildim. Çalışkanlığını, iş yapabilme kapasitesini ve halkın temel problemlerine çözüm üretme kabiliyetini ilk yıllarından başlayarak ortaya koydu ve imkânlar çerçevesinde maksimum verimlilikle uyguladı. Belediye Başkanlığı görevini üstlendiğinde Diyarbakır, Cumhuriyet tarihinde ilk defa böyle bilgili, birikimli, ufuklu ve deneyimli bir belediye başkanıyla yönetilmeye başlanmıştır. Yıllar sonra (2018 yılında) Diyarbakır Büyükşehir Belediyesi Toplu Taşıma Optimizasyon Projesini yaptık. Belediye Genel Sekreter Yardımcısı Abdullah Sevinç Beyle tanıştım. Kendisi şehir plancısı. Ahmet Bilgin kardeşimin başkanlığı döneminde de belediyede çalışıyormuş.

Diyarbakır'ın bugün sahip olduğu bu güzel İmar Planı Ahmet Bilgin Başkanın zamanında master plan olarak yapıldı dedi. Ve o günden sonra bu imar planı uygulanarak gelindi bu günlere diyerek son cümlesini söyledi. Ahmet Bilgin Başkanımızın Diyarbakır'a hizmetlerini, yine Diyarbakırlı, bizlerin okuldan arkadaşı olan Mehmet Demir'den dinleyelim; "Konu Ahmet Bilgin olunca heyecan duymamak elde değil bir Diyarbakırlı olarak. O dönemin sosyal, toplumsal koşullarını hepimiz biliyoruz. Ahmet Başkan farklı ve çok yönlü düşünen bir insandı. Çalışkanlığı, yeteneği, kabiliyeti, temsil yeteneği ve yönetici deneyimi gibi özellikleri, kendisini kısa zamanda Diyarbakır halkına kabul ettirdi. Başkanlığı süresince Diyarbakır'ın görmediği bir performans sergiledi. Beş yıl boyunca "Halka Hizmet Hakka Hizmet" ilkesiyle çalıştı. Göreve geldiğinde şehrimiz bir harabe yerine dönmüştü. En önemlisi Ahmet Başkan şehir medeniyetini yeniden inşa etti. Taşı kara, bahtı kara Diyarbakır'ı köy olma yolundan alıp şehir olma sürecine yerleştirdi. Onun zamanında 30 km'den şehrimize içme suyu getirildi. Yollar, kanalizasyon, otogar, sebze hali, toptancılar sitesi, alt ve üst geçitler gibi çok sayıda halkın ihtiyacı olan temel işleri gerçekleştirdi". Görüyoruz ki, Ahmet Başkan Diyarbakır'ı yeniden ihya etmiş ve ona Kadim Medeniyetimizin şehri olma özelliğini kazandırmıştır.

Adıyaman'lı Ahmet Sağtekin arkadaşımız, okulda bizden üç dönem öndeydi. 2018 yılında Adıyaman'da Sağtekin'in evinde yaptığımız akşam sohbetinde, Prof. Dr. Ahmet Bilgin de gündemimize geldi. Sağtekin konuşmasında, Âlim Çocuk ile ilgili ifadelerinden sonra, şu hatırayı aktardı: "Belediye Başkanlığına aday olduğunda, bir televizyon programında gazeteci Ahmet Bilgin'e Diyarbakır güvenliği ile ilgili bir soru sordu. Ahmet Bilgin bu soruya, "Onu emniyet müdürü bilir. Ben Belediye başkanlığına adayım ve Belediye başkanı olmak istiyorum. Emniyet müdürü değil." diye cevap verdi. Biz izleyiciler çok mutlu olmuştuk. Başkanlığı döneminde Adıyaman'a geldi. Buradaki tüm arkadaşları toplamamızı söyledi. Toplandık ve güzel bir diyaloglar yaşandı. Ahmet Bilgin'in kadirşinaslığıdır bu davranışı" dedi.

2001 yılından sonra Ahmet Bilgin Ankara'ya yerleşti. Daha önceki Ankaralılığı geçici görevler ile olmuştu çünkü. Ankara'ya gelmesiyle birlikte Ahmet Bilgin Hocamızın muhatabı olduğu insanlar, çevresindeki arkadaşlar yenilendi. Bu insanlar arasında günümüzün yazarları, aydınları, düşünürleri, sanatçıları, şairleri, siyasetçileri de vardı. Prof. Dr. Ahmet Bilgin altı dil bilen, bir bilim adamı olduğu gibi, aynı zamanda kendisini yetiştirmiş nitelikli bir devlet adamıydı. İslam medeniyetini ve kültürünü özümsemiş ve kavramıştı. Ankara, Kızılay Şehit Adem Yavuz Sokaktaki ofisinde, yıllardır haftada en az bir gün olmak üzere milletimizin problemlerine yönelik çözüm üretme sohbetlerini, birçok insan katılarak, huzur içinde monolog yöntemiyle değil, diyalog metoduyla sürdürmektedir. İslam kültürüne detaylarıyla hâkim olan, bilgili Bilgin hocamız, Batı Kültürünün öncülüğünü yapan, tez üreten düşünürlerini ve konusu ile ilgili bilim adamlarını da izlemektedir. Prof. Dr. Ahmet Bilgin delikanlılığından beri, Diriliş Nesli'nin ilk kuşağı içerisinde yer almaktadır. İslam Medeniyetinin ve Müslümanların yeniden dirilişi için çalışmalarını sürdürmektedir.

Örnek ve önderlik görevini sağlıklı olarak milletimiz ve tüm insanlık için sürdürmesini, insanlarımız kendisinden bekliyor. Evet, yeryüzünde adaleti tesis etmek hepimizin görevidir. Bu çalışmaların ivmelendirme dinamiklerini oluşturan topluluğun için de âlim çocuk da var. Yolumuz açık olsun.

## İSMİYLE MÜSEMMA, BİLGİSİYLE DERYA BİR ÂLİM: AHMET BİLGİN

Prof. Dr. Mustafa Acar\*

Prof. Dr. Ahmet Bilgin, benim gözümde bir yaşayan efsanedir. İlim-irfan adamlığıyla nüktedanlığı güleryüz ve cömertlikle, yardımseverliği samimiyetle bu kadar takdire şayan bir şekilde bünyesine nakşetmiş bir insan bulmak zordur. Bu anlamda Ahmet Bilgin hoca “nesli tükenmekte olan Kelaynak kuşları”na benzetilebilir bir yaşayan efsanedir.

Hem klasik medrese eğitimi görmüş, hem modern eğitim almış; Fatih Sultan Mehmet'ten bu yana bu topraklarda belki iki elin parmaklarının sayısını geçmeyecek kadar az sayıda insandan biri arasına girmeyi başarmış bir insandır o; bir, iki, üç falan değil, tam altı dil biliyor: Türkçe, Kürtçe, Arapça, Farsça, İngilizce, Fransızca. Bu dilleri sadece derdini anlatacak kadar falan değil, şair Bedri Rahmi Eyüboğlu'nun “En Azından Üç Dil Bileceksin” adlı şiirindeki “En azından üç dilde, düşünüp rüya göreceksin” dizelerinde bahsettiği seviyede biliyor; bu dillerden şiirler terennüm edip, bencileyin cahillerin anlaması için bir de şerh edebiliyor, o derece yani! Sofrasından misafir eksik olmuyor, ne zaman ziyaretine gitseniz oralarda sizden başkalarına da tesadüf ediyorsunuz. Sofrasını cömertçe paylaşıyor, memleketin çeşitli köşelerden gelmiş türlü türlü nimetlerle donatmayı ihmal etmiyor. Sadece ders vermeyi, yani asıl işini değil, yaptığı her işi “ibadet aşkıyla” yapıyor; yemek yemeyi, hatta sigara içmeyi bile, o derece yani! Ahmet hocanın sohbetine doyum olmuyor; söz nereden açılrsa, konuya ilişkin bir şairden bir beyit, bir dize, bir dörtlük aklına geliyor; mevzunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak üzere “cuk oturacak” dizeler terennüm ediveriyor. Güngörmüş, feleğin çarkından geçmiş, gerek akademi ve gerekse siyasette epey mesai harcamış bir insan. Kara gün dostu Ahmet hocam; iyi günde yüzünüze gülüp arkanızdan kuyunuzu kazanlardan değil. Aksine, başınız dara düştüğünde, yani sizin dostlara asıl ihtiyaç duyduğunuz zamanlarda dimdik yanınızda duranlardan, eli öpülesi adamlardan, o derece yani!

Bizim Ahmet Bilgin'le tanışıklığımız daha çok Ankara'dan, Kırıkkale Üniversitesi'nde teşrik-i mesai yaptığımız 2000'li yıllardan geliyor. Hz. Peygamber'in bir insanı tanımak için üç şey yapılmasını tavsiye ettiği malûm: alış-veriş yapın, yiyin-için, seyahate çıkın. Biz Ahmet hoca ile parasal anlamda alış-veriş yapmadık gerçi ama, fikir alış-verişi bol bol yaptık, sohbet ettik, yiyip içtik de, seyahate de çıktık; birbirimizi gerçek anlamda tanıma fırsatı bulduk yani. Her bakımdan dört dörtlük bir insan o: bilgisini de paylaşan, evini ve sofrasını da açan, hoş

\* Necmettin Erbakan Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, İktisat Bölümü Öğretim Üyesi

sohbetinden mahrum bırakmayan, zor gününüzde de yanınızda olan çok muhterem bir insandır o, o derece yani!

Ahmet Bilgin hocamla, Dünya Üniversiteler Konseyi'nin davetlisi olarak, bir grup üniversite yöneticisi ve hocasıyla birlikte bir Irak seyahatimiz oldu. Gerek yolda ve gerekse oradaki temaslarımız sırasında hocamla bol bol sohbet ettik, birbirimizi daha yakından tanıdık. Bağdat'lı âşıkların şehrin ortasından geçen nehir üzerindeki köprüde karşılaşınca delikanlının genç kıza nasıl şiirin diliyle ilan-ı aşk ettiğini, buna cevaben genç kızın da nasıl yine şiir diliyle “abilerim var, etrafımda seni görürlerse canını yakabilirler” mealinde bir cevap verdiğini ondan dinledim. Daha bir sürü başka olayla ilgili birçok başka şairden konuyla ilgili beyitler, dizeler, dörtlükler dinledim kendisinden. Irak hükümetinde görevli üst düzey bir yönetici dostuyla Türkiye-Irak ilişkileri ve bölgenin Türkiye ile bütünleşme imkânları, bölge insanının Türkiye'ye karşı beslediği sempati üzerine çok faydalı bir akşam sohbetimizi hiç unutmam.

Bilgin hocanın benim gözümde çok daha değerli ve saygın bir konuma oturtan “kara gün dostu” yanına iftira kurbanı olarak hapse düştüğümde bizzat şahit oldum. 15 Temmuz travmasını kendileri için bir kariyer ve intikam fırsatına dönüştüren kifayetsiz muhterislerden çok çekmiş eski rektörlerden biri olarak, Ahmet Bilgin hocanın hapisaneden kendisine yazdığım mektubu cebinde taşımasını, konuyla ilgili yaptığı üst düzey temasları, yargılanma sürecindeki şahitliği, velhasıl kara gün dostu olmanın ne demek olduğunu gösteren cesur ve sağlam duruşunu unutmak imkânsız; Allah razı olsun, böyle dostların sayısını artırsın; şükranlarımı arz ederim.

Aşağıda, 2021 yılı Ağustos ayında kendisini Gölbaşı'ndaki fakirhanesinde bir ziyaretimin ardından Facebook sayfamda paylaştığım bir mesajım var. Amatörce Ahmet Bilgin'in neden “yaşayan bir efsane” olduğunu ifade etmeye çalışmışım. El-hasılı vel-kelam, kendisini tanıma bahtıyarlığına eriştim, iyi bir insan olduğuna şahidim; dostluğu, yol arkadaşlığı ve iyilikleri için minnettarım; kendisine sevdikleriyle birlikte sağlıklı ve uzun bir ömür diliyorum.



## Bir Yaşayan Efsane: Ahmet Bilgin

Ne zamandır içimden geçer dururdu,  
Ne duruyorsun, diye hayıflandığım olurdu.  
Bir hakikatin tespiti aşkına dostlar,  
İçimdeki ses diyelim, böyle buyurdu.  
O bir efsane, hem de öyle böyle değil!  
Yaşayan bir efsane, en hakikisinden.  
Soruyorsunuz değil mi, kim, niye?  
Anlatayım öyleyse, müsaadenizle:  
Fatih Sultan Mehmet'ten beri, diye sorayım,  
Var mıdır bir cevabı olan bakayım;  
Kaç kişi tanıdınız bu topraklarda altı dil bilen?  
Altı dilde şiir okuyup şerhler yapabilen.  
Türkçe, Kürtçe, Arapça, ve de Farsça  
Frenk dilleri de var: İngilizce, Fransızca.  
İsterseniz ekleyin bir de Osmanlıca, yedi olsun,  
Kadirşinaslık dedik madem, ne olursa olsun.  
Prof. Dr. Ahmet Bilgin'den bahsediyorum dostlar  
Etrafınıza bir de bu gözle bakmanızda yarar var.  
Hiç kaçarı yok, ismiyle müsemma mı müsemma  
Ekleyin yarım düzine dile başka nitelikler de mesela.  
Cömertlik onda, nüktedanlık onda,  
İlim, irfan, tecrübe, birikim onda.  
Siyasetle de uğraşmış zamanında  
Bürokrasi tecrübesi, idarecilik, ne ararsanız onda.

## PROF. DR. AHMET BİLGİN'LE MESLEKİ VE KİŞİSEL DOSTLUĞUMUZUN HAFIZAMA NAKŞETTİĞİ HATIRALARDAN KESİTLER

Prof. Dr. Ender Ethem Atay\*

Akademisyen, hukuk profesörü, devlet adamı, siyasetçi ve birçok diğer sıfatları taşıyan insani değerleri ve akranım olmamakla birlikte gerçek bir dost Prof. Dr. Ahmet Bilgin hakkında anıları dahi yazmanın ağır yükü altında eziliyor olmakla birlikte, Sayın Hocamla yaşadığımız günlerin hatıralarını paylaşmanın huzur ve mutluluğunu da yaşıyorum. Birçok meziyeti şahsında taşıyan mümtaz bir şahsiyet hakkında kalem oynatmak zor bir yükümlülük ve borcun ifasıdır. Ödenen borcun sahipliği, samimiyet ve realist olmayı, geçmişi tekrar yaşamayı, geçmişe seyahat etmeyi, küllenen hatıraları canlandırmadır. Sevdiğiniz ve saygı duyduğunuz bir bilim adamı ve gerçek bir dost, bilgi ve görgüsünden istifade edilen Hocamla ilk karşılaşmam yükseköğrenim hayatımın ilk yılında Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesindedir. Sayın Bilgin'i dönemi adı geçen Üniversitesi Rektörü Sayın Bilgin gibi akademik hayata ve devlet adamlığına damgasını vuran Prof. Dr. Halil Cin'in fakültede öğrencilerle yapmış olduğu tanışma merasiminde gerçekleşmişti. Sayın Bilgin'in o günkü şıklığı kendisiyle olan teşriki mesaimizin her döneminde aynı derecede, her gün daha da rafine bir hâl almasına hep şahit oldum. Hocamın aşırılığa kaçmayan uyumlu ve zevkli giyim tarzı, her zaman takdire şayandır.

Hocamın Kızılay'daki bürosunda ziyaret ve sohbetlerimde bir başka özelliğini de fark etmeme vesile olmuştur; Sayın Bilgin her zaman mütevazı ve herkese yardım edebilmek için sarf ettiği gayret başlangıçta beni şaşırtmış, daha sonra da gıpta etmeme vesile olmuştur. Karşılıksız, yürekte gelen yardım etme ve çözüm üretme gayreti her türlü övgünün üstündedir. Ahmet Hocamın hoşgörünün zirvesinde yer almanın samimiyeti, olgunluğunun nişanı olarak hafızama nakşetmiştir.

Sayın Bilgin'in konuşmasındaki belagat kabiliyeti (Allah vergisi meziyeti) şahsına olan sevgi ve saygımın kaynağıdır. Hele sohbetin seyrine bağlı olarak verdiği anekdot ve şiirler (Türkçe, Osmanlıca, Arapça ve Farsça) her faniye nasip olmayan bir özelliktir. Zaman zaman kendimi sorgulamaktan kaçınmadığım, Hocamın hafızasındaki bu kadar dizeyi ve hatırayı nasıl muhafaza ettiğini halen anlamakta güçlük çekmekteyim.

Sayın Bilgin'le bilimsel platformda tanışmam yurtdışında doktora sonrası akademik hayata profesyonelce ilk adım attığım döneme denk gelmektedir. Dicle Üniversitesi'nin 22-23

\* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Ekim 1998 tarihinde düzenlediği 75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumunda olmuştur. O dönem kendisi Diyarbakır Büyükşehir Belediye Başkanlığı görevini yürütmekteydi. Başkanlığında yapılan oturumda diğer konuşmacılarının iğneleyici ifadelerini belagati ve bilgisiyle, kıvrak zekâ ile kırıcı olmama gayretiyle cevaplaması hafızamda hâlâ tazeliğini muhafaza etmektedir. Tabi bu arada spontane olarak tercümanlık görevi yapma görevimde Hocamın konuşmasının alışılmış oturum başkanlarınca kullanılan süreyi aşmasının Fransız konuşmacının hayreti ve biraz da alınganlığı sonucunda son anda elime tutuşturulan konuşma metninin dışında doğaçlama yaptığı konuşmasının tercüme sırasında bana verdiği sıkıntı ve stresini şimdi tebesümle hatırlıyorum.

Hocam Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlık görevini üstlenip, görevden ayrıldığı sürece birçok araştırma görevlisi alımı, yüksek lisans ve doktora sınavı ve tez savunmasında nezaketi ve reddi mümkün olmayacak tarzdaki davetiyle birçok kez bir arada bulunma imkânını bana tanımıştır. Her bir toplantıda toplantı sonrasında bilgi ve görgü dağarcığıma bir şeyler eklemenin hazzıyla ayrıldığımı belirtmek yükümlülüğümü ifade etmeden geçemem. Bir de her toplantı sonrası verdiği, organize ettiği ziyafetler bu sürecin mütemmim cüzü olarak hafızamda hep bir yer etmiştir.

Hocamla resmi toplantılar dışında zaman zaman vermiş olduğu kahvaltılarda da bir arada bulunmak, dostlarıyla tanışmak ve mükrimliğinden istifade etme imkânı da buldum. Kahvaltıda ikramların ötesinde kendisinin bir başka özelliğini de keşfetme şansını buldum, Hocanın bonus pater familus (iyi bir aile reisi) olma özelliği. Burada anladım ki, Hoca mesleki hayattaki nezaket ve tatlı otoritesini ailevi hayatında da tatbik etmektedir.

Hocanın gerçek dostluğunun bir kanıtını 2015 yılında katıldığım milletvekili seçiminde gördüm. Seçim sürecinde herkes vaat ve teşvik etmede yarışır; ancak Timur'un Filleri anekdotundaki gibi sahada gerçek ve samimi olarak çok az kişiyi yanınızda görürsünüz. Seçimde Hocamın samimi tavır ve gayretlerini yanımda hissettim. Kendisine bu anlamda müteşekkirim.

Sayın Bilgin'in bu olumlu yanlarının yanında eleştiride bulunmadan geçemediğim bir özelliği, bilgi, görgü ve tecrübelerini gelecek nesillere yazılı olarak aktarmadaki ataletidir. Umarım ki Saygıdeğer Hocam bu alandaki boşluğu gidermede vakit bulur ve bizleri ve gelecek kuşakları vereceği ilmin sadakasıyla düşünce ve bilgi zenginliğiyle mücehhez kılınmamıza katkıda bulunur.

Sevgili Hocam, temennim ve duam şudur ki, Allah sizlere ve sizler gibi olan bilim ve gönül adamlarının sayısını artırsın, dostluklarından ve meclislerinde bulunmayı hepimize nasip etsin! Ülkemizin gerçek anlamda ilmi, insani ve ahlaki değerleriyle örnek olabilecek şahsiyetlere ihtiyacı var. Yolunuz açık, ömrünüz bereketli, dostluğumuz daim olsun!

## SAYGIDEĞER PROF. DR. AHMET BİLGİN HOCAMA

**Prof. Dr. Veysel K. Bilgiç\***

Saygıdeğer hocamla ilk karşılaşmam benim hukuk öğrenciliği, hocamın da DPT' de çalıştığı 80'li yıllara tesadüf eder. Ama itiraf etmeliyim ki maalesef o yıllarda hocamı yakından tanıma şansına sahip olamadım. Hocamla esas yakın temasımız Kırıkkale Ü. Hukuk Fakültesi Dekanlığı yaptığı yıllardır. Bu yıllarda hemen her hafta makam odasında görüşürdük. Sohbetlerinden istifade için derslerimi özellikle hocamın fakültede olduğu bir güne denk getirmeye çalışırdım. Rahatsızlık verdiğim endişesiyle ara verdiğim ve ziyaretlerimi aksattığımda bana "nerelerdeydin" diye sorardı.

Hocamın odası adeta bir mektep gibiydi. Siyasî çevresinin genişliği, engin gönüllülüğü, hoşsohbet olması hasebiyle odası devamlı dolup taşardı. Hocamın derin bilgisinden istifade için zaman zaman, takıldığım bazı eski hukukî veya Osmanlıca/Arapça kavramlarla ilgili sorular sorar ve her seferinde doyurucu cevaplar alırdım. Hele güçlü hafızasından ezbere aktardığı beyitler/şiiirler ve o çerçevede yapılan sohbetlerin tadına doyum olmazdı. Bazen bilgi deryasını çoşturmak için damla kabilinden bir iki husus ortaya atar ve bu minvalde sohbet sürüp giderdi.

Dersleri de çok zevkli geçirdi. Birkaç hafta "Türk Hukuk Tarihi" ve "İnsan Hakları" derslerini dinlemiştim. Tarihten ve günümüzden örneklerle, akıcı bir üslup ve derin bir vukuflla ders verirdi. Özellikle İslam Miras Hukuku (Feraiz) konusunu anlatırken ezberden reddiye, avliye vb. istisnâî durumlarla ilgili kurguladığı meseleleri öğrencilerin anlayacakları şekilde basitleştirerek anlattığını hatırlarım.

Hocamın hitabeti de gayet akıcı ve güçlüdür. Yanılmıyorsam 2018 yılı Nisan başlarında Suriye asıllı, İngiltere'de mukim mühendis öğretim üyesi Prof. Dr. Selim Hasenî beyefendinin ("1001 İcad" kitabının yazarı) konferansı açılış konuşmasında irticalen yaptığı konuşması bugün gibi aklımdadır.

Kendisinin engin hoşgörüsüne sığınarak burada acizane bir temennimi dile getirmek isterim. Hocam keşke derin bilgi birikimini daha fazla yazıya dökse de bizler ve sonraki nesiller için kalıcı kaynak, kendisi için de sadaka-i cariye olacak nitelikte eserlere imza atsa. Emeklilik dönemini bu şekilde değerlendirmesi en samimi arzumdur.

Bu vesileyle muhterem hocama hayırlı ve uzun bir ömürle afiyetler diliyorum.

---

\* Kırıkkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi

## PROF. DR. AHMET BİLGİN HOCAM'A

Prof. Dr. Mehmet Özdamar\*

Dışarıdan bakınca çok geniş şekilde görülse de aslında akademik camia küçük ve dardır. Bu alanda çalışan, faaliyet gösteren çalışanları uzaktan ya da yakından tanırız. Benim şanslı olduğum konulardan birisi de bu yazıyı yazmama vesile olan Ahmet Hocamı hem şahsen tanıma hem de kendisiyle birlikte çalışma fırsatı bulmuş olmamdır. Bir dost ortamında tanıştığım Ahmet Bilgin hocamın sohbetindeki sıcaklık ve derinlik herkesi olduğu gibi beni de etkilemiş ve zihnimde kendisinden istifade etmenin faydalı olacağı düşüncesi belirmiştir. Akabinde benzer ortamlarda hocam ile bir araya geldiğimizde aynı şekilde konuşmalarındaki derinliği ile tüm çevreyi etkilemeye devam etmiştir. Bir yandan sahip olduğu yabancı lisanlara diğer yandan bu lisanlar ile yazılmış eserlere hakimiyeti kendisine meselelere farklı açılardan bakma imkanı sunmuş ve kendisi de bu imkanı son derece faydalı şekilde değerlendirmiştir.

Daha sonra uzun yıllar dekanlık görevini ifa ettiği Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki süresi henüz sona ermeden birlikte çalışma imkânımız hasıl olmuştur. Bir vesile ile görev değişikliği yaşadığım süreçte hocamın da emeklilik öncesi son dönemini birlikte geçirmek kısmet olmuştu. 2018-2020 yılları arasında yaklaşık dört dönem aynı fakültede çalıştık. Değerli hocamın sahip olduğu özellikleri bu dönemde daha yakından görebilme şansını da yakaladım. Çeşitli defalar birlikte Kırıkkale'ye gidip geldiğimiz kısa seyahatlerde hocamın zarafetini, letafetini ve ilmini yakından gördüm. Uzun saatler süren sohbetlerimizde gerek geçmişe dair gerek güncel meselelere yaklaşımındaki farkı idrak edebildim. Geçmiş ile günümüzü birbirine yaklaştıran, aslında günümüzde yaşanan gelişmelerin geçmişte yaşananların tekrarı olduğunu bu değerlendirmeler sonucunda rahatlıkla anlayabilmekteydik. Gerçekten günümüzde yaşadığımız güzel ya da çirkin birçok hadisenin geçmişin tekrarı niteliğinde olduğunu görebiliriz.

Zikretmem gereken bir diğer hususu şu şekilde vurgulamak isterim. Hocam iktidara sahip olan kişilere ve gruplara karşı mesafeli olmanın yanı sıra hakkın ve hukukun üstünlüğü, vicdani kanaati çerçevesinde doğruları söylemekte gösterdiği cesarettir. Yine geçmişte var olan muhatapları eleştirmekte gösterilen çekimsizliğin günümüzde de devam ettiğini söylemek gerekir. Oysa yapıcı eleştirinin başarının mimarı olduğunu söylemek gerekir. İşte bu çerçevede Ahmet Hocamın tatlı dili ile muhataplarına karşı yaptığı yapıcı eleştirilerin dikkate alınması oldukça faydalı olacaktır.

Kırıkkale Üniversitesindeki görevimin Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesine geçişimle birlikte sona erdiği dönemde Ahmet Hocamın da emeklilik hazırlıkları

---

\* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

başlamış ve benim ayrılmamdan kısa bir süre sonra kendisi de emekli olarak devlet görevindeki süresini başarı ile tamamlamıştır. Gördüğüm kadarıyla genç akademisyenlerin önünün açılması için gösterdiği gayret birçok çalışma arkadaşımızın kadrolarını zamanında almalarına vesile olmuştur. Üniversite yönetimini bu açıdan yönlendirdiği ve kadroların alınması için ciddi emek sarf ettiğine bizzat şahit olmuşumdur. Aslında bu tür çalışmaların yöneticinin kendisinden sonraki döneme ilişkin attığı tohumlar olduğu ve kendisinden sonra bu tohumların yeşermesi belki de en önemli hizmet kalemi olarak sayılabilir. Ahmet hocamızın da bu anlamda çok sayıda tohum attığına ve kendisinden sonra üniversitede öğrenci yetiştirmeye devam edecek genç kadrolar bıraktığına doğrudan ve dolaylı olarak şahitlik ettik. Yetiştirilen genç akademik personelin fakülte'deki eğitim ve öğretimin hakkını vereceklerinden hiçbir şüphemiz bulunmamaktadır.

Son olarak değerli Ahmet Bilgin hocamızın emeklilik sonrasında özel bir üniversitede sürdürdüğü akademik yaşamında sahip olduğu engin bilgi ve tecrübeyi genç nesillere aktarmaya devam etmesini diliyorum. Bundan sonraki yaşamında geniş ailesiyle, çocuklarıyla, torunlarıyla, dostlarıyla birlikte sağlıklı, huzurlu ve mutlu bir yaşam sürmesini temenni ederim.

## BABA ADAM: AHMET BİLGİN

Prof. Dr. Remzi Fındıklı\*

*Dostluk, Tanrının insana verdiği en iyi ve değerli armağandır. (Çiçero)*

Hayat, bir hikayedir, bir insanı sevmek de onun güzel hayat hikayesini severek yazmaktır. Ahmet Bilgin dostumuz, görevi süresince yaptığı çok güzel ve hayırlı işlerle öyküsü yazılmaya değer verimli bir hayat sergilemiştir.

Değerli dostum ve meslektaşım Ramazan Çağlayan'ın "Ahmet Bilgin Hoca için bir armağan hazırlıyoruz, siz de birkaç sayfalık bir hatırat kaleme alabilir misiniz" mesajı üzerine kadim dost Ahmet Bilgin Hoca için mütevazı birkaç satır karalamayı bir vefa borcu bildim. Ancak, Ahmet Bilgin gibi çok meziyetleri ve renkli bir kişiliği olan bir alimi birkaç satırla anlatmak mümkün değildir.

Evvela, değerli dostumuz Ahmet Bilgin Hocamız için böylesine güzel vefa örneği olarak gördüğüm armağan hazırlamayı düşünüp planlayan sadakatli dostları bu ince ve nazik düşüncelerinden dolayı tebrik ediyorum. Bilindiği gibi dostluk, bir tür armağan oyunudur. Armağan yazmak ise, emektar hocalara güzel bir jest yapmak, onun hatıralarını canlı tutmak, hayırla yad etmek, sevindirmek, onurlandırmak ve mutlu etmek için verilen manevi bir hediyedir. Ahmet Bilgin dostumuz da uzun yıllar hizmet verdiği kurumun hazırlayacağı böyle bir hatıra armağana ziyadesiyle layıktır.

Prof. Dr. Ahmet Bilgin ile ilk tanışmamız, 80'li yıllarda Devlet Planlama Teşkilatında çalışan çok değerli dostum merhum Mustafa Şirin vasıtasıyla olmuştur. O yıllarda Ahmet Bilgin, DPT'de Mustafa Şirin ile aynı dairede beraber çalışıyordu. Ahmet Bilgin Hoca ile iyi ki tanışmışız. Gerçekten, böylesine ilim ve sevgi dolu biriyle tanışmak önemli bir kazanç oldu ve her zaman kendisinden feyz alıp istifade ettim. Bilginle dost olmak da makbul ve müreccaktır. İşte o senelerde başlayan bu güzel tanışmamız yıllarca hız kesmeden tazelenerek devam ediyor. Eskiler, "Kitapların yenisi, dostların da eskisi makbuldür" derler. Önemli olan dostlukları aralıksız sürdürebilmektir Ahmet

İnsanlar, öteden görüşüp tanıştıkları kişilerle arkadaş; birbirini anlayıp anlaşabildikleri kişilerle dost, birlikte ağlaşıp gülüşebildikleri kişilerle de kardeş olurlarmış. Biz de muhterem Ahmet Bilgin Hoca ile ilk tanışmamızla birlikte hem arkadaş, hem dost, hem de kardeş olduk.

\* Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi

Ahmet Bilgin ile kurduğumuz dostluk, bana Tillo’da medfun bulunan İsmail Fakirullah’ın türbesinin giriş kapısındaki şu veciz ibareyi hatırlattı:

**“Anlarsa beni, uzağım yakınımdır. Anlamazsa beni, yakınım uzağımdır.”**

Dostluk için önemli olan karşılıklı anlayış ve sevgidir. Dostluklar, bir anlamda ağaçlara benzer. Bir ağacın boyunun ne kadar uzun ve yüksek olması önemli değil, esas olan ağacın köklerinin derin ve uzun olmasıdır. Çünkü ağaçlar dallarından değil, köklerinden ve çillerinden beslenir. Köklerinden yeterli su alıp beslenmezse ağaçlar büyüyemez ve sonuçta kururlar. Bunun gibi, dostlukların kökü ne kadar uzun ve temelleri ne kadar sağlam ise, bir geçmişe dayanırsa, kıymeti ve değeri o kadar fazla ve güçlü olur. Gerçekten dostluklar uzayıp eskidikçe kıymetlenip değerlendirirken, aşk uzadıkça kabak tadı verir.

Ağaçların köklerinden su ile beslendiği gibi, dostluklar da karşılıklı ilgi, sevgi, yardımlaşma ve fedakarlıklarla beslenir. Kaldı ki, ağaç yapraklarıyla, insan da fedakâr dost ve dostluklarıyla güzeldir. Böyle sevgi ve fedakarlıklar üzerine kurulan dostluklar zamanla güçlenirken dostlar da adeta birbiriyle özdeşleşir. Öyle ki, insanlar, sevdiği bir dostunun varlığının tiryakisi, yokluğunun da tiryakisi olur. Sevgi ve anlayışa dayanan böylesine güzel dostlukları aralıksız sürdürebilmek büyük bir başarıdır.

Kişi, dostunun yolu üzerine olduğundan kendisi ile dostluk kurulacak kişiler çok önemlidir. Çünkü, kargalar ile dost olanın yeri, pis kokan çöplük, bülbüller ile dost olanların yeri ise, gül kokan güllüktür. Onun için gül kokan bülbüllerle dostluk kurmak gerekir. Bu anlamda bir ilim deryası olan Ahmet Bilginle dost olmak, yalnız gül, bilgi, ilgi ve sevgi koklamak demektir.

Ahmet Bilginle 40 yıla varan dostluk ve güzel hatıralar, satırlarla değil, ancak sadırlarla (gönül dili) ile ifade edilebilir.

Ahmet Bilgin, sıra dışı bir insan, ama sıradan yaşayan mütevazı bir kişidir. Belediye Başkanlığı yaptığı Diyarbakır halkı arasında “Molla Ahmet” olarak bilinen Ahmet Bilgin, profesör kariyerine sahip bir akademisyen, öğretim üyesi, hukukçu, ilahiyatçı, bürokrat, idareci ve siyasetçi olmanın ötesinde bir “baba adam”dır. Baba adam, yardıma ihtiyaç duyan kimselere yardım eden, iyi yürekli, hoşgörülü ve olgun insan demektir. Gördüğüm kadarıyla Ahmet Bilgin, herkese babalık yapan, sorun çözen, iş bitiren bir hal merciidir. Gerçekten dostları için her türlü maddi ve manevi yardımı esirgemeyen, iş bitiren ve yapıcı bir özelliğiyle müstesna bir şahsiyettir.

Ahmet Bilgin ile, yıllarca Ankara’da cuma akşamları üst düzey bürokratlar ve akademisyenlerin dostların evlerinde yapılan Kuranı Kerim sohbetlerine katıldık. Ahmet Bilgin hocamız derin İslami bilgisi ve Arapçaya olan engin vukufu ile ayetleri yorumlamış ve Kuranı anlamamıza çok katkıda bulunmuştur. Bu bakımdan kendisine çok müteşekkirimiz.

Diyarbakır Belediye Başkanı olduğu dönemde bile bu cuma sohbetlerini ihmal etmeyen Ahmet Bilgin, toplantıya her gelişinde mutlaka Diyarbakır meşhur burma tatlısı olmak üzere, bölgeye özgü bazı hediyeler getirip bizlere ikram etmiştir.



Ahmet Bilgin, belediye başkanlığından sonra Kızılay'daki özel çalışma bürosunu adeta bir dershaneye çevirip haftada bir akşam geniş katılımlı tefsir dersleri yaparak katılımcılara çok faydalı bilgiler vermiştir. Cömertliği ile tanınan seven Hocamız, ders bitiminde katılanlara yiyecek ve içecek ikramında bulunurdu. Bir başka deyişle, bürosundaki sohbete katılanların ilimle kafalarını, nezaket ve anlamlı şiirleri ile kalplerini, ikramları ile de karınlarını doydurmuştur.

Polis Akademisi başkanlığım döneminde Ahmet Bilgini yüksek lisans öğrencilerimize hukuk dersleri vermesi için Akademiye davet ettim. Kendisi davetimi kabul ederek Polis Akademisinde yüksek lisans yapan hâkim ve savcılara çok verimli hukuk dersleri vermiştir.

Diğer taraftan, Polis Akademisinden yaş haddi dolayısıyla emekli olunca bu sefer Ahmet Bilgin bana dekanı olduğu Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ders verdi. Bir dönem boyunca haftada bir gün hocam ile Kırıkkale'ye gidip geldik, hukuk fakültesinde ders verdik. Bu dersler esnasında Ahmet Bilgin'in Fakültedeki derslerine katılımın çok yüksek olduğunu, hocanın hocalık misyonunu çok iyi ve cesaretle kullandığını, derslerin heyecanlı ve verimli geçtiğini bizzat, gözlemlerim. Bu arada hocamla beraber doktora jürilerine katıldım.

Prof. Ahmet Bilgin, yaş haddi dolayısıyla çalıştığı Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanlığından kanun gereği emekli oldu. Ancak, Hocamız eskilerin “hocanın emeklisi olmaz, rahmetlisi olur” esasına uyarak hocalıktan emekli olmayıp yalnız görev yerini değiştirmiş ve bir vakıf üniversitesinde hocalık ve irşad görevini sürdürmektedir. Hocamıza yeni görevinde başarılar, afiyetler, sağlıklı ve uzun ömürler dilerim.

Dostlar vardır seni “**keşkeler**”e boğdurur! Öyle dostlar da vardır ki; “**iyikiler**” ile senin gözlerini doldurur!

Göz ve gönül dolduran kadim dost, Ahmet Bilgin hocam, siz iyi ki varsınız.

## PROF. DR. AHMET BİLGİN'E

Prof. Dr. Doğan Soyaslan\*

1992-1993 öğretim yılında isteğim üzerine Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesinde görevlendirildim. Sevgili Ahmet ile Fakültede tanıştık. Hukuk Tarihi doğenti olduğunu öğrendim. Sarışınlığı, gözlerinin renginin güzelliği, bakışlarının sıcaklık ve temizliği ile dikkatimi çekmişti. Zaman zaman sohbetlerimizden aslen Diyarbakırlı, muhafazakar, ülkenin birlik ve bütünlüğünden tartışmasız yana olduğunu anlamıştım.

1994 yılında görevlendirmem sona erdi. Takip eden yıllarda Ahmet hoca Diyarbakır Büyükşehir Belediye Başkanı oldu. Başkanlık süresi dolduktan sonra Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesine geldi ve 2010 yılında dekan oldu.

Beni arayarak hocaya ihtiyacı olduğunu ve derse gelmemi istedi. Memnuniyetle kabul ettim. Beş yıl Kırıkkale-Ankara yolunu beraber kat ettik.

Sevgili Ahmet Bilgin'i Kırıkkale- Ankara yolunda sohbetlerimizde daha yakından tanıdım. Soyadından da ifade edildiği gibi Bilgin denebilecek düzeyde İslam Hukuku, Hukuk Tarihi, Kamu Hukuku bildiğini anladım. Özellikle İslam Hukuku konusunda kendisinden çok şey öğrendim.

Dekanlık görevini hukuka uygun bir şekilde yürüttüğüne tanık oldum. Master ve doktora sınavlarını ciddiyetle yapıldığını, adaylarda bir düzey arandığını gözlemledim.

Mutlu bir yuvası ve altı çocuğu olan Ahmet, şefkatli bir babadır. Zayıfları koruyan, vicdanlı, insanlarla kolaylıkla ilişki kurabilen mütevazi bir insandır.

Hocaların hocası Ahmet Bilgin dürüst, çalışkan, bilgisini başkalarına çok iyi aktarabilen bir hocadır.

Sevgili Ahmet Bilgin'i daha uzun yıllar kürsülerde görmek dileklerimizle...

---

\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

## PROF. DR. AHMET BİLGİN'E DAİR

Prof. Dr. Mehmet Emin Bilge\*

İnsanın hayatında olumlu izler bırakan kişilerin sayısı sanırım oldukça az. Benim için bu kişilerden birisi de Prof. Dr. Ahmet Bilgin'dir. Tanımaktan, birlikte görev yapmaktan, yöneticiliği altında çalışmaktan mutluluk duyduğum, hayatımda iz bırakmış bir insan olarak Prof. Dr. Ahmet Bilgin'e minnet ve hürmetlerimi sunuyorum.

Değerli hocam Prof. Dr. Ahmet Bilgin ile Kırıkkale Üniversitesi'nde görev yaptığım dönemde tanışmıştım. Kısa süre içerisinde, engin bilgisi, zengin hayat tecrübesi ve saygın kişiliği ile sıra dışı bir insan olduğunu fark etmiştim. Sayın Hocam, kamu hukukunda özellikle de hukuk tarihi ve İslam hukuku alanlarında engin bilgiye sahip olmanın yanında, Arapça ve Farsça gibi dillere olan vukufiyeti ile de konuların derinlemesine tahlilini yapabilen, tarihi temellerden günümüze bağlantı kurup, ı ışık tutabilen bir bilim insanıdır.

Prof. Dr. Ahmet Bilgin, hemen her konuda, bilimsel temelde ve nitelikte kelim edebilecek birikime sahiptir. Hatta hiçbir kitapta veya makalede bulunamayacak pek çok bilgiyi onun sohbetleri arasında yakalamanız mümkündür. Tarihin derinliklerinde kalmış, çoğu kişinin adını dahi duymadığı eski kaynaklardan yaptığı alıntılar, geniş hafızasının ve derin bilgisinin işaretleri olarak çevresindekileri etkiler. Böylesine zengin bilgi birikiminin, basılı yayınlarda yeterince tebarüz etmemiş olmasına üzülmek elde değil. Neyse ki, Hocamızın sohbetlerine katılabilen ve müstefit olan sınırlı sayıdaki kişilerden olmanın mutluluğunu yaşıyorum.

Prof. Dr. Ahmet Bilgin, beşerî ilişkilerinde de beyefendi kişiliği ve hayat tecrübesinin kattığı olgunlukla farkını hemen ortaya koyar. Medrese eğitiminden üniversite hocalığına, büyükşehir belediye başkanlığından fakülte dekanlığına kadar zengin bir hayat tecrübesine sahip olan Prof. Dr. Ahmet Bilgin, bilgi ve tecrübelerini paylaşmaktan büyük mutluluk duyan, elinden geldiğince herkese yardımcı olma gayretinde olan bir kişiliğe sahiptir. Birlikte çalıştığımız dönemlerde, Dekanlık odasının kapısı sürekli açık durur, sohbetlerinin çekiciliğinden olsa gerek, odası hiç boş kalmazdı. Hocamızın, sıklıkla mesai saatleri dışına taşan ve akşam yemeklerinde de devam eden eşsiz sohbetlerinden güzel hisseler alır ve anılar biriktirirdik.

Değerli Hocam, yolunuz açık, ömrünüz hayırlı, sağlıklı ve uzun olsun.

\* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

## KIYMETLİ HOCAM PROF. DR. AHMET BİLGİN

Doç. Dr. Ahmet Kılınc\*

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne lisans öğrencisi olarak 1999 senesinde girdiğimde, ülkemizde 1999 seçimleri yeni neticelenmişti. Ahmet Bilgin hocamın öğrencisi olma şerefine ikinci sınıfta Türk Hukuk Tarihi dersi ile nail olmuş idim. Hem mer'i hukuka olan vukûfiyeti hem İslam Osmanlı Hukuku'ndaki derin bilgisi hem sahip olduğu bilgileri öğrenciye aktarması hem de nezaketi biz öğrencilerin hocamıza olan ilgisini artırmakta idi. İslam Osmanlı Hukukuna olan şahsi ilgimiz, lisans ikinci sınıf öğrencisi iken, hocamıza kendisinin asistanı olup olamayacağımızı sorma cesaretini vermişti. Ne kadar şükretsem azdır ki, mezuniyetimizin ardından, hocamızın ilk asistanı olabildik.

Hocanın bizi asistanlığa kabul ettiği dönem, ülkemizde politik açıdan ciddi sıkıntıların olduğu bir dönem idi. 28 Şubat kararlarının sert bir biçimde uygulandığı o dönemlerde, bizim gibi "mütediyyin" olarak "nitelendirilen" kişilerin bırakınız Üniversite'de araştırma görevliliği sanını, öğrenci olması dahi sorgulanmakta idi. Asistanlığa başvurduğumuzda hakkımızda söylenen birçok abartılı söylemin boş olduğu hocamızın ufku, vizyonu ve tercihi ile ortaya çıkmış idi.

Hocamızın, 6 dil (Arapça, Fransızca, İngilizce, Farsça, Kürtçe, Türkçe) bilmesi, bu dillerle yazılmış şiirleri ezbere bilmesi, derin devlet adamlığı tecrübesi, İslam Osmanlı hukukuna, tarihine, edebiyatına olan ilgisi ve bilgi birikimi herkeşçe bilinen vasıflarından birkaçıdır. Bunların yanı sıra hocamızın, ilkeli duruşu, merhameti ve iyilik sever kişiliğe sahip olduğuna birçok kez tanık olmuşumdur. Derslerini vaktinde bizzat icra etmesi, sınav kağıtlarında öğrenci lehine yorum yapması, sınav süresini mümkün olduğunca geniş tutması, onun öğrencilerine karşı olan sevgi ve ilgisini gösteren birkaç örnektir. Yüksek lisans, doktora sınavlarında adaylara karşı merhametli duruşu, birçok adayın hocayı kendi jürisinde görmek istemelerini sağlamıştır. Şehit Adem Yavuz Sokak'taki bürosunda ismini bile bilmediği, birçok kişinin muhtelif sorunlarına çözümler ürettiğine şahit olmuşumdur. Belki de hocamızın en takdire şayan yönü, yardım ettiği, ilgi gösterdiği kişilerin belirli bir mevkii/makama sahip olmamasıdır.

Hocamız merhametini ve iyilikseverliğini herkese göstermiştir. Elbette biz de kendisinin asistanı olma şerefine nail olmamıza bağlı olarak hocamızın bu özelliklerinden nasiplendik: Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi iken Kırıkkale'de ikamet ediyor idim. Hocamız da o dönem Ankara-Esat'ta oturuyor idi. Yanılmıyorsam bir soruşturmada hocamız soruşturmacı, biz de raportör idik. Soruşturma raporunun nihai halini verebilmek için

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Başkanı. Türk Tarih Kurumu Bilim Kurulu Asil Üyesi.

hocamızın evinde gece geç saatlere kadar çalışmış idik. Vakit o kadar ilerlemişti ki, hocamız beni o saatte Kırıkkale'ye göndermek istememiş idi; oğlu Enis'i yatağından kaldırıp bizi yatırmış idi. Evine gelen misafiri rahat ettirebilmek için can parçası evladının rahatını gözünü kırpmadan bozmuş idi! Bununla beraber her Ankara'ya geldiğimde mutlaka en iyi restoranlarda yemek yedirir, ondan sonra Kırıkkale'ye dönmeme müsaade ederdi.

Akademik hayatımın çok büyük bir kısmında hocamızın dahli olmuştur. Yüksek lisans danışmanlığımı yapmasının yanı sıra doktora tez savunmamda yer alarak bizi onurlandırmıştır. Hocamızdan, sadece Türk Hukuk Tarihi ilminin inceliklerini, derinliklerini değil, aynı zamanda ders anlatım tekniklerini, iyi bir yöneticinin nasıl olması gerektiğini dahası iyi bir insan nasıl olur sorusunun cevabını da öğrenmeye çalıştık. Derslere vaktinde ve bizzat girip çıkması, öğrencilere karşı nazik duruş sergilemesi, kapısının herkese her vakit açık olması bizler için emsal olmuştur. Yürüttüğümüz idari görevlerde, ilkesel duruşun ne demek olduğu, mazluma hakkının verilmesi gerektiği, vicdanın karar almada önemli bir kriter olduğu gibi hususlar hocamızdan öğrendiğimiz hayat felsefeleri olmuştur.

Prof. Dr. Ahmet Bilgin hocamızın ilk asistanı olma onuruna sahip olduğum için Allah'a hamd ediyorum. Onun yerinde bir başkası olsaydı idi, muhtemelen bizim yolumuz da farklı olacak idi. Kıymetli hocamın hürmetle ellerinden öpüyor, en kalbi saygılarımı iletiyorum.





İntihal | Plagiarism: Bu makale, intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been scanned via a plagiarism software.

# İSLAM HUKUKU'NDA İÇTİHAD FAALİYETİ ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

## SOME THOUGHTS ON İJDIHÂT ACTIVITY IN ISLAMIC LAW

Prof. Dr. Servet Armağan\*

### GİRİŞ

İslam Hukukunda İctihat mevzuu üzerinde son senelerde birkaç makale yayınladım. Bugün bunlarda bazı küçük değişiklikler yaptım, ayrıca yeni bazı gelişmeleri ve görüşleri de ekledim. Bilhassa günümüzde yeni buluşlar ve icatların ortaya çıkardığı soruları cevaplamak bir ihtiyaç haline gelmiştir. Bu ihtiyaca cevap vermek ise yeni bir içtihatla mümkündür.

Bunları yerli yerine yerleştirdim ve alt başlıklar arasında da bağlantılar kurdum. Bu konuda çalışanlara ve bir şeyler öğrenmek isteyenlere takdim ediyorum.

### I. İÇTİHAD FAALİYETİNİN DİNİ DAYANAKLARI

Bu konuda ilk dini dayanak Kutsal kitabımız Kur'an-ı Kerim'dir. Nisa Suresi 83. ayet şöyle buyurmaktadır:

“Eğer o meseleyi Peygambere ve müminlerden ihtisas ve salahiyet sahibi kimselere havale etselerdi, elbette o kimselerden hüküm çıkartmaya ehliyetli olanlar için doğrusunu bilirlerdi” (Nisa(4)Suresi, âyet, 83).

**Hadis:** Doğrudan ve dolaylı olan hadislere aşağıda, yerleri gelince temas edeceğim.

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi emekli Öğretim Üyesi.

0000-0002-7621-1002



Bu eser Creative Commons Atıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## II. İÇTİHAD NEDİR?

### A. GENEL OLARAK

İçtihad'ın lügat manası, “**meşakkate tahammül**”dür. İstilah olarak ise, hakkında hüküm (nas) bulunmayan fer'i bir meselenin halli ve ona cevap bulmak için, İslam Hukukunu iki kaynağından, yani kitap ve sünnetten, delile dayanarak hüküm istinbat etmektir.

İçtihad yapan kimseye “**müçtehid**” denir. Büyük müçtehidlere “**İmam**” ismi de verilmiştir. İmam Âzam (Büyük İmam, yani Ebu Hanife ), İmam Şafii, İmam Mâlik ve İmam Ahmed (bin Hanbel) gibi. Hüküm çıkarma faaliyetine ise “**istinbat**” ismi verilmiştir (istinbat, kelime olarak kuyudan güçlkle su çıkarmak demektir). İstinbat edilen şer'i hükme ise “**müctehedün fih**” denilir.<sup>1</sup>

### B. İÇTİHADIN SAHASI VE GENEL ÖZELLİKLERİ:

İçtihad hakkında genel olarak şu esasları ve özellikleri zikretmek faydalı olur.

#### 1. İçtihad Bir İhtiyaçtır

Müslümanların, hakkında açık hükmün (nas) bulunmayan mes'eleler karşısındaki hal çaresi aramaları bir ihtiyaçtır. İşte içtihad bu ihtiyaca bir cevap teşkil eder. Yoksa hakkında bir nas, yani hüküm olan konularda, müslümanlar ihtiyaçlarını, o hükme göre giderirler. Bu takdirde içtihad da ihtiyaç kalmaz.

#### 2. İçtihad Bir Fikir Açıklamadır

Müçtehid şer'i bir mes'ele hakkındaki görüşlerini içtihad yaparak açıklamaktadır. Fikir açıklama hürriyeti, İslâm Hukukunda geniş tatbik alanı olan bir hürriyettir.<sup>2</sup>

#### 3. İçtihad Bir Vazifedir

Kendisinde içtihad yapma bilgi ve kabiliyeti olan kimseler, içtihad yaparak kanaatlarını açıklamalıdır. Çünkü bu içtihad veya kanaat yoluyla, Müslümanların bir ihtiyacının cevap vermek hedefi vardır. Diğer taraftan Allah'ın ilim ve kabiliyet verdiği kimseler, boş durmamalı, düşünmeli ve vardıkları neticeleri açıklamalıdır.

#### 4. İçtihad Heva ve Hevese Tabi Olarak ve Onları Tatmin İçin Yapılamaz

İçtihad bir ihtiyaç için yapılır. Dini bir ihtiyaca cevap vermek için hareket edilmelidir. Yoksa, heva ve hevesi tatmin için içtihad yapılmamalıdır.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Bkz., Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, C. 1., İstanbul, 1948, İÜHF, s. 259. Hayreddin Karaman, *İslâm Hukukunda İçtihad*, Ankara, 1971, Diyanet İşleri Başkanlığı yayınları, s.15 vd. ve 259.

<sup>2</sup> Bkz. Servet Armağan, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*,9. baskı Ankara, 2019, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları. s.133 vd.

<sup>3</sup> Bu özelliklerin açıklanması için bkz.: Servet Armağan, *Risale-i Nur Külliyyatı Üzerine İncelemeler -Araştırmalar* 2. baskı, İstanbul,2019, s. 485 vd.

**5. İctihat ana konularda (yani hakkında açık âyet ve sünnet bulunan) değil, onlara göre yan yani fer'i konularda yapılır.**

**6. Müçtehid, icthad yaparken bütün kuvvetini sarfedip, araştırma yapmalıdır.**

Belirtilmesi ve üzerinde durulması icab eden diğer mes'ele, icthadın sahasıdır. Bu konuda da şunlar söylenebilir:

**a-** İctihad, ancak hakkında hüküm bulunmayan mes'eleler hakkında olabilir.

Hakkında sarih âyet ve sünnet bulunan meselelerde ve sahalarda icthad yapılamaz. Me-celle, md. 14'te şu hükmü koymuştur:

**“Mevrid-i nasda icthada mesağ yoktur.”**

Yani hakkında âyet, hadis, yani **nas** bulunan konularda, bir icthad yapılamaz; çünkü Allah veya Peygamber o konuyu zaten düzenlemiştir.

Zaten, icthadı **“fer'i olan bir şeri hükmü delilinden çıkarma”** şeklinde tarif edenler de vardır.<sup>4</sup> Mesela, namazın, orucun rükünleri, vakitleri vb. hakkında artık icthad yapılamaz. Çünkü bu gibi ana konuların esasları açık naslarla ve belirtilmiştir. Aynı şekilde, faiz âyet ve hadislerle yasaklanmıştır. Artık bir icthad yapıp, faizin serbest (helal) olduğu iddia ve isbat edilemez, böyle bir neticeye ihtiyaç yoktur. Çünkü hakkında **nas** vardır.

**b-** Diğer taraftan, icthad şer'i meselelerde söz konusu olur. Yoksa, aklî ve hissi meselelerde icthada yer yoktur.<sup>5</sup>

### III. MÜÇTEHİD

İctihad ancak müçtehid tarafından yapılabilir. Bir diğer deyişle icthad, ancak kendisinde müçtehidlik şartları bulunan kimseler tarafından yapılabilir. Bu konuda şu şartlar belirtilebilir:

- 1- Kur'an ve sünneti, lügat ve şeriat bakımından manalarını bilmek,
- 2- Bu iki kaynaktaki hükümlerin âm, has, mücmel, müfesser, nâsîh, mensuh gibi kısımlardan hangisine dahil olduğunu veya olmadığını bilmek,
- 3- Sünnetin metinlerine, senetlerine kısımlarına dair bilgisi olmak ve bizlere rivayet yollarını bilmek,
- 4- Kıyas usulüne tam mânâsıyla vâkıf olmak,
- 5- Hakkında icmâ vukû bulmuş hükümleri bilmek,

<sup>4</sup> Bkz. Bilmen, 259; Karaman, 16-17; Aghnides, N, *Mohammedan Theories of Finance*, Columbia Uni. y., 1916, New York, 90.

<sup>5</sup> Bkz. Bilmen, 259; Karaman, 25 vd; Aghnides, 90.

6- İctihat yapacağı saha ile ilgili olarak ilmi meseleleri bilmek,

7- Belagat ve fasahat vb. arapça dilbilgisi ve edebiyat kaidelerine vakıf olmak ve nihayet

8- İctihat için bir fekahet melekesine sahip olmak. Yani bir hukuki hükmü, delillerinden çıkarabilecek kabiliyette olması gerekir.<sup>6</sup>

Müçtehid olabilmek için asgari şartlar bunlardır. Bir de müçtehidin, iki çeşit olduğunu belirtirsek, bu şartların genel çerçevesini daha iyi çizmiş oluruz.

Eğer bir şahıs dini meselelerin hepsinde icthad yapabilirse, o kimseye “**Müçtehid-i mutlak**” ismi verilir. Ebu Hanife, İmam Şafii, İmam Malik, Ahmed ibn Hanbel bu özellikte müçtehitlerdir. Bu gibi kimselere “**müçtehid fi’l-Din**” (Din’de müçtehid) ismi de verilmiştir. Yok eğer şer’i meselelerin sadece bir kısmında icthad yapabiliyorsa, ona “**müçtehid-i mukayyed**” ismi verilir.<sup>7</sup> Bunu da ikiye ayırırsak daha iyi anlaşılır: Birincisi, “**müçtehid fi’l mezheb**”dir. Bu, sadece bir mezhep içinde, yani o mezhep mensupları müçtehidlerin görüşleri, icthadları ve ele aldıkları hukuki ve dini mevzular hakkında icthad yapan, icthad sahası o mezhep ile sınırlı olan müçtehit demektir. Mesela, Ebu Yusuf’un icthadları sadece Hanefi mezhebi sahasındadır, o sebeple o, “**müçtehid fi’l mezheb (hanefi)**”dir. İkincisi ise, “**müçtehid fi’l mesele**”dir. Bu, bir mezhep içinde ve üzerinde icthad yapılmış muayyen bir mesele hakkında icthad yapabilen kimsedir. Bunların sayısı çoktur.<sup>8</sup>

6 Bkz. Bilmen, 259, 261, 263; Karaman, 175 vd; Aghnides, 92-94. Belirtelim ki bu şartlar daha sonraki asırlarda, bilhassa 4 büyük müçtehitler devrinde ve onlar tarafından (Mesela İmam Şafii) tesbit edilmiştir. (Bkz. Karaman, 175). Ama müçtehitler, Hz. Peygamber (ASM) devrinde de vardı. (Bkz İbid., 20 vd; 51 vd.) Yani sahabeler arasında müçtehidler vardı: Mesela Hz. Ömer ve Ali, Abdullah İbn Mes’ud, Zeyd bin Sabit, Abdullah İbn Abbas, Abdullah İbn Ömer erkek müçtehidlerden, Hz. Aişe (R.A.) ise kadın müçtehid idi. (Bu konuda ayrıca bkz. Bilmen, 351 vd; Ahmed İzzüddin el-Beynuni, İctihad ve Müçtehitler (Çev: Ali Nar, Salah Şerzad, İst., 1981, sh. 19 vd.).

“İctihat için pek büyük bir kabiliyet, pek geniş malumat lazımdır. Bundan başka da pek büyük bir diyanet, pek azim bir seviyeye ahlakıyye iktiza eder. Hafızaların bütün ayatı celile ile, yüz binlerce ahadisi şerife ile tezyin etmiş, bir çok dini ilimlerde teferrüd eylemiş olan bir nice yüksek zatlar bile icthada cesaret edememiş, kendilerinde icthada salahiyet bulunduğunu iddiada bulunmamışlardır. Çünkü bu salahiyeti layıkı vecihle haiz olmıyanların icthada kıyamı, teşehhiyettan ibaret olarak haklarında pek büyük manevi mesuliyeti davet eder. Binaenaleyh bu salahiyeti haiz olmıyanlar için İslâm alimince kabul edilmiş olan bir müçtehid muazzama taklide bulunmaktan başka yol yoktur. Ve illa dinin kudsi ahkâmını muhafaza ve idame kabil olamaz” (Bilmen, 262),

7 Bu konuda bkz. Bilmen, 259; Aghnides, 93.

8 İctihad ile ilgili tabir ve istihlâhlar bunlardan ibaret değildir. Bkz. Karaman. Dört büyük müçtehidin metodları hakkında bkz. İbid, 135 vd. Müellif, daha sonra yaşayıp da, meşhur olan müçtehidlerin bir listesini, asırlara göre, veriyor, sh. 192 vd; Ayrıca bkz. Beynuni, 31 vd; Aghnides, 93 vd. bilhassa 110 vd.

Dört büyük müçtehidin, yani İmam Azam (Ebu Hanife), İmam Şafii, İmam Mâlik ve İmam Ahmed İbn Hanbel’in hayat ve ilmi metodları Prof. Muhammed Ebu Zehra tarafından kaleme alınmıştır. Dört büyük kitap halinde yayınlanan bu değerli çalışma, Türkçeye Osman Keskioglu tarafından çevrilmiş, Hilâl yayınları arasında çıkmıştır. Ank., 1984.

## IV. İÇTİHAD FAALİYETİ

### A. İÇTİHAD BİR KANAATTİR:

İctihad faaliyetinin esası “**galebe-i zandır**”.<sup>9</sup> Yani icthad yapan, vardığı neticenin doğru olduğuna inanmaktadır. İnandığı şekil, kendisince doğrudur, ama o, ulaştığı netice ve yaptığı icthadını, mutlaka doğrudur diye iddia edemez.

Zaten icthad bir ihtiyaçtan ortaya çıktığına göre, müçtehid bir ihtiyacı karşılamak için zihnî bir faaliyet göstermektedir. Vardığı neticenin herkesçe doğru kabul edilmesini istemeye ve bunu talep etmeye hakkı yoktur. Kendisinde ilim vardır, Müslümanların da bir mesele hakkında ihtiyaçları bulunmaktadır. O da icthad faaliyetinde bulunmaktadır. Böylece dini bir ihtiyaca cevap vermiş olmaktadır. Müçtehidin vazifesi ve faaliyeti burada son bulur. Yapılan bir icthada Müslümanların ve diğer alimlerin tabi olması, yani onu beğenmesi, isabetli bulması, icthadın tatbikatta yaygınlaşmasına sebep olur<sup>10</sup>.

Zaten Ebu Hanife, Şafii, İbn-i Hanbel ve Malik gibi imamlar, hiçbir zaman, kendi icthadlarının mutlak doğru olduğunu ve ona tabii olunması gereğini iddia etmemişlerdir. Ama kendi hayatlarında kısmen, kendileriden sonra ise milyonlarca müslüman, icthadlarını kabul ve tatbik etmişlerdir. Şu anda dünya üzerindeki 1 milyara yakın müslüman bu mezheplerin mensubudurlar, yani bu müçtehidlerin ve mezheplerin icthad ve yorumunu dini-hukuki hayatlarındaki ihtiyaçlarını gidermekte, uygulamaktadırlar.

### B. İÇTİHADTA HATA YAPILABİLİR

İctihad yapan, bazı meselelerde isabet, bazı meselelerde ise, hatalı neticelere ulaşmış olabilir. Bir diğer deyişle, müçtehidin isabet edip etmeyeceği, icthadın bir şartı değildir. Bir müçtehidin icthadının hatalı olması demek: ya diğer müçtehidlerin görüşüne ve icthadına göre isabetsiz sayılması, ya da zamanın seyri içinde müslümanların o icthadı benimseyip uygulamaması manasına gelir. Yani bir icthadın **hatalı** sayılmasının, **mutlak** değil, **izafi** (nisbi) (relatif) bir manası vardır.

Diğer taraftan müçtehid hata etse de Allah indinde mes'ul sayılmaz. Çünkü, o bütün gayretini sarfederek, bir neticeye ulaşmıştır, bu netice kendi kanaatine göre doğrudur. Ama, doğru yol ortada açık iken ve fakat buna rağmen gayret sarfeden ve icthad yapan kimse, Allah indinde mes'ul olur.<sup>11</sup> Bu takdirde dini hükümler ile oynamış olmaktadır.

Diğer taraftan, Allah'ın zatı ve vasıfları hakkında da yukarıda da belirttiğimiz gibi, icthad yapılamayacağından, hata, mesuliyeti mucibdir.<sup>12</sup>

9 Bkz. Bilmen, 260

<sup>10</sup> Bu konuda bkz. Karaman, Aghnides, 92; Müçtehidlerin kendileri icthadlarını kaleme alıp yazdıkları gibi talebeleri de yazmış ve kitap haline getirmiştir. Bkz. Aghnides, 98 vd.

<sup>11</sup> Bkz. Bilmen, 259, 260; Aghnides, 91;

<sup>12</sup> Bilmen, 260; Aghnides, 90;

Bu noktaya bağlı bir husus da şudur: müçtehit isabet de etse, hata da etse sevaba nail olur. Hz. Peygamber bir hadislerinde şöyle buyurmuştur: “Hâkim hükmedince ve bu sebeple de içtihat edip isabet edince ona iki ecir (sevap) vardır, hata ederse bir ecir (sevap) vardır.”<sup>13 14</sup>

### C. MÜÇTEHİDİN ÖZÜR BEYAN ETMESİ:

Müçtehitlerin, bir mesele sorulduğunda “**bilmiyorum**” (Lâ edri) demeleri caizdir. Bilmiyorum demesi, müçtehidin, içtiha şartlarına sahip olmadığını göstermez. Belki, o meseleyi incelemeyeceğini veya yeteri kadar tatmin olacağı bir neticeye ulaşamadığını ifade eder.

Rivayete göre, İmam Malik, kendisinden sorulan kırk meseleden otuz altısı hakkında “bilmiyorum” (lâ edri) demiştir.<sup>15</sup>

Bir diğer mesele de, müçtehit bir kimsenin kamu vazifesi kabul mecburiyetinde olup olmadığı konusudur: Acaba böyle bir kimse, hakimlik ve müftülük gibi bir makama geçmesi istendiğinde, mecbur mudur?

Genellikle, böyle bir mecburiyet olmadığı kabul edilmektedir. Tarihte meşhur olan hadise şudur: İmam Âzam’a, Abbasi Halifesi kadılık vazifesi vermiş, ancak o, kabul etmemiştir. Bunun üzerine Halifenin emirlerine aykırı hareket ettiği için, kırbaçlanmış, neticede şehit olmuştur.<sup>16</sup>

### D. TAKLİD CAİZDİR

Bu konuda bir diğer mesele de, bir müçtehidin diğer bir müçtehidi taklid etmesinin caiz olup olmadığıdır. Bu sorunun cevabı “evet, taklid edebilir”dir. Bu konuda bir tereddüt yoktur. Çünkü bir müçtehidin, diğer bir müçtehid ile aynı kanaatte olması normaldir.

Diğer taraftan, taklid, takva sebebiyle de söz konusu olabilir: Yani müçtehit hata yapma ihtimalinden korktuğu için diğer bir müçtehidin, muteber bir mezhep müçtehidinin içtihadını taklid yolunu takip edebilir. Ve bu şekilde hareket eden müçtehitler de görülmüştür.<sup>17</sup>

## V. MÜFTÜ-MÜÇTEHİD; FETVA-İÇTİHAD

İçtihat konusu ile yakından ilgili bir müesseseye “**ifta**” (Fetva verme) müessesesidir.

**Fetva**, lügat mânâsı olarak sorulan bir meseleye cevaptır. İstilahta ise, dini bir meseleye dair fakih bir kimsenin verdiği cevaptır, dermeyeran ettiği hükümdür. Bu cevabı veren Müfti,

13 Müslim, Akdiye, 15; Buhari, İtisam, 21, 30; Ebu Davud, Akdiye, 2; Nesai, Ahkâm,2, Kaza, 3; İbn Mâce,3; Ahmed İbn Hanbel, 3/187, 4/198, 204, 205.

14 Bilmen, 261’de bir başka hadis zikrediliyor:

“Hüküm et (ver). Eğer isabet edersen senin için on sevap, hata edersen bir sevap var.” Ancak ben bu hadisi meşhur hadis kitaplarında bulamadım.

15 Bkz. Bilmen, 261. Bazı alimlere göre (Şa’bi) “bilmiyorum demek ilmin yarısıdır”. Çünkü Melekler bile, Cenab-ı Hakk’a “Yarabbi! senin bize bildirdiğinden başka bizim bilgimiz yoktur” demişlerdir. (Bkz. Bakara Suresi, âyet, 32) (İbid).

16 Bilmen, 264

17 Bkz. Bilmen, 262-4. Taklid yapan müçtehide mukallid denilir. Ayrıca: bir mezhebin metodunu tatbik ederek, o mezhep içinde kalarak bir hadise hakkında hüküm çıkarana ashab-ı tahric ismi verilmiştir. Bkz. Karaman, 205 vd; Beyanuni, 100 vd; Aghnides, 94-95; 99.

devletin bir memurudur. Müçtehid ise, kamu görevlisi olması şart değildir. Bazan bir müçtehid müfti olarak tayin edilir, bu takdirde müftülük ve müçtehidlik aynı şahısta birleşmiş olur. Müftinin müçtehid olması gerekir. Çünkü, müslümanların sordukları sorulara dini cevaplar vermektedir. Soruyu sorana “sâil”, veya “müstefti”, cevap verene “Müfti” veya “mucib” cevaba ise **Fetva** denilir.

Kur'an bilmeyen kimselerin bilene sormasını emreder: “Eğer bunu bilmiyorsanız sorunuz?”<sup>18</sup>

Müfti müçtehid değilse, çeşitli görüşler arasından birini, genellikle kabul edilen birini, tercih edip, ona göre cevap verebilir. Yani o içtihadı taklid ederek müslümanların sorularına cevap verebilir. Fetva, yazılı bir metin halinde soruyu sorana verilir; içtihad ise yazılı olması şart olmadığı gibi, şayet müçtehit müfti değilse, verdiği cevap da resmi (idari) bir işlem sayılmaz.

Şayet sorulan sorunun cevabını İslâm dini ile ilgili kitaplarda bulamazsa, kendisinden daha ehliyetli olanlardan sorması iktiza eder. Veya “*Bilmiyorum*” demesi caizdir.<sup>19</sup>

Burada önemli olan, meselenin esasına ve hükümlerine muttali olmadan, yani onları iyice anlamadan ve değerlendirmeden cevap vermektir. Bu ise, müfti ve müçtehide yakışmayan bir harekettir. Çünkü böyle bir cevap mes'uliyeti mucipdir. Müslümanların mukaddesatına karşı bir hürmetsizliktir.<sup>20</sup>

18 Nahl Suresi, âyet, 43. Bilmen, ehliyetsiz kimselerin fetva veremeyeceğini, vermemesi gerektiğini, müçtehid olmayan müftilerin riayet etmesi gereken kaideleri uzun uzun anlatıyor (sh.263-8).

Bir gün bir zat Hz.Ebu Bekir'e (R.A.) Kur'an'daki bir kelimenin manasını sormuş. Hz.Ebu Bekir manasını bilememiş, ama bilmeden cevap vermenin yanlış ve mesuliyeti mucip olacağına işaret içinde şöyle demiştir: “Allah Tealanın kitabı hakkında bilmediğim şeyi söylersem, beni hangi gök gölgelendirir ve hangi yer üstünde taşır. Beni mes'uliyeti elinden kim kurtarabilir?” (Bkz. Bilmen, 268).

19 Bilmen, 266; Aghnides, 99.

“Usul-u fıkhıta, fıkhıta dair yazılmış mufassal kitaplarda ve bilhassa fıkhın (resmülmüfti) denilen mebhâsı mahsusunda beyan olunduğu üzere öyle her kimse fetva veremez, yani; kitabullahtan, sünneti nebeviyyeden vesair şer'i delillerden şer'i hükümleri istinbat ederek dini hadiselerin hükümlerini tayine muktedir olamaz. Bu hususta pek çok bilgi lazımdır.”

“Evet; bir müçtehid için dünya kadar ilim ister, Kur'anı Kerimin ayetlerinden, Resulü Ekrem'in hadislerinden dini hükümleri istihraça kudret ister, dini ilimlerin ictimai hadiselerin, örf ve adetin, masalihi ammenin künhüne, tarzı cereyanına vukuf ister. Bu iktidarı haiz olan zatlar ise zamanı nebeviye yakın olan en feyizli çağlarda bile pek nadir yetişmiştir. Bunun içindir ki: bir çok yüksek alimler, fevkalade münşif oldukları için içtihadı cür'et göstermemiş, dini ilimlerdeki pek ziyade ihatalarına rağmen kendi namlarına fetva vermekten çekinmiş, müslümanlar arasında ammenin kabulüne mazhar olmuş bir mezheb sahibinin, mesela: İmamı azam veya İmamı Malik Hazretlerinin içtihadı vecihle amel etmiş, sorulan meseleler hakkında bu gibi büyük müçtehidlerden birinden mevsukan rivayet edilegelen cevaplar dairesinde fetva vermiş ve fetvasında bu me'hazi göstermiştir.” (Bilmen, 263-4).

20 Bilmen, 267. Ayrıca bkz. 268.

“ Bir hadisenin hükmü hakkında bir mezheb sahibinden sarıh bir rivayet mevcut olmadığı takdirde o mezhebin müessisi olan büyük müçtehide tabi olan ve kendilerine “ashabı tahrir” denilen kuvvetli alimler, o müçtehidin iltizam etmiş olduğu usul ve kavaide tatbikan o hadisenin hükmünü o mezheb dairesinde tayine çalışmışlar, yine kendi namlarına içtihadı cür'et ederek fetva vermek ihtiyatsızlığında bulunmamışlardır.

Ashabı tahrirden bulunmayan sair din alimlerinin vazifeleri ise tabi oldukları mezhebde muhtar, müfta bih olan hükümleri nakl ve hikaye etmekten, sorulan suallere o vecihle cevaplar vermekten ibaret bulunmuştur.

Fil hakika içtihadı, hükümleri tahrice muktedir olmıyan her alimin, her müftinin vazifesi, bundan ibarettir. Bu halde müftiler, tabi oldukları mezhebdeki içtihadı akval ve ahkamı nâkil ve hâkî demektirler” (Bilmen, 264).

Bu hususta âyet şöyle der: “*Senin için hakkında bir bilgi hâsıl olmayan şey’in ardına düşme.*”<sup>21</sup>

Ayrıca hadisde: “Sizin ateşe atılmaya en cür’etkârınız, fetva vermeye en cür’etli bulunmanızdır.”<sup>22</sup> buyurulmuştur. Tabip olmayan bir kimsenin, doktorluk yapmaya cür’et etmesi nasıl yadırganırsa, burada da aynı şey söz konusudur.<sup>23</sup>

Burada belirtmeye lüzum yok ki, istifta, yani fetva istemek de hüsnüniyetle ve ciddi maksatlar için yapılmalıdır. Yani birisinin bilgisini lüzumsuz yere denemek, cehaletini teşhir etmek, elde edeceği bilgiyi, başkasının aleyhine kullanmak için sormak ve lüzumsuz münakaşalara sebep olmak da aynı şekilde hatadır.<sup>24</sup>

İmam Malik, henüz ortaya çıkmamış meseleler hakkında fetva vermezdi. “**Hadise vu’kua gelirse şer’i cevabı düşünülür**” derdi.

Zaten bu hususta bir âyet de vardır: “**Ey iman edenler, Allah’ın affettiği şeyleri –ki eğer size açıklanırsa ve siz bunları Kur’an inerken sorup da hükmü kendinize izhar edilirse fenanıza gidecektir- sormayın. Allah çok yargılayıcıdır, cezada da aceleci değildir.**”<sup>25</sup>

Bir hadis de şöyledir: “Siz faydalı bilgiyi isteyiniz, faydasız ilimden Allah’a sığınınız.”<sup>26</sup>

## VI. FETVA – KAZA (YARGI); MÜFTİ – KADI (YARGIÇ)

İçtihad konusu ile ilgili bir müessese de kaza (yargı) faaliyetidir.

Fetva veya ifta müessesesinin aynı zamanda bir içtihad faaliyetini ifade ettiğini yukarıda söyledik. Acaba **fetva** ile **kaza** arasında ne fark vardır?

Fetva ile kaza arasındaki fark, açıklanması gerekli bir noktadır ve içtihad faaliyetinin mahiyetini anlatmaya ve anlamaya yardımcı olur. Aslında, her ikisi de dini bir soruya cevap teşkil eder. Ancak aralarında şu farklar vardır:

1- Fetva dini bir hükmü bildirir, ancak bağlayıcı değildir. Kaza ise bağlayıcı (mülzim)dir.

21 İsrâ Suresi, âyet 36.

22 Bkz. Dârimi Mukaddime, 20; 267. “Bu hususta deniliyor ki: fetva veren kimse, Hak Tealanın helal ve harama, sıhhat ve fesada veya saireye dair olan hükmünü nakl etmiş oluyor. Artık fetva vereceği hadise hakkında bilgisi bulunmayan veya o babda tekâsül(tenbellik) gösterip meseleyi güzelce incelemeyen veyahut ictihada iktidarı olduğu halde meselenin hükmünü delilinden istinbata çalışmayıp tehavün (gayretsiz, önemsememe) gösteren kimsenin fetva vermesi, şüphe yok ki kendisinin cehennem ateşine atılmasına sebep olur.” (Bilmen, 267).

23 Bkz. Bilmen, 269; Aghnides, 100 vd.

Bir başka hadiste ise şöyle buyurulmaktadır: “Dinin felâketine yol açan üç sebep vardır: Günahkâr fâkih (hukukçu-âlim), zâlim devlet başkanı ve câhil müçtehid “ (Bkz Feyzü’l-Kadir; C.1/52 (11).

24 Bilmen, 269. Hz.Peygamber (ASM)den bile gereksiz ve faydasız şeyler soranlar olmuştur. Bu kabil suallere karşı Hz.Ömer (R.a.) bir defasında şöyle demiştir: “Fitnelerin şerrinden Cenab-ı Hakka sığınarak, Allahu Tealanın rububiyetine, İslâmın Din oluşuna ve Hz.Peygamberin de resul olduğuna razı olduk” (İbid, 270).

25 Maide Suresi, ayet 101. Diğer misaller için bkz. Bilmen, 270

26 İbn Mace, Dua, 3. Ayrıca şu hadise’de bkz. Buhari, İtisam, C.12, No: 2173 (Diyanet y.).

2- Fetva sadece ihbardan ibarettir. Kaza ise, ihbar yanında infaz ve imza özelliği de vardır. Hâkimin verdiği hüküm uygulanır.

3- Fetva umumidir, kaza ise hususidir. Yani verilen bir fetva, benzer bütün meselelerde tatbik edilir ve onlara bir cevaptır; ama kaza, yani bir mahkeme kararı, ancak hakkında verildiği olay, şahıs ve ihtilafa mahsustur, bağlayıcıdır ve tatbik ve ceza işlerinde edilir.

4- Fetva bütün şer'i (dini) meseleler hakkında söz konusu olur. Kaza ise sadece muamelatda ve ceza işlerinde (yani hukuki münasebetlerde) söz konusu olur.

5- Fetva, resmi sıfatı haiz olmayan alimler tarafından da verilebilir. Ama kaza ancak resmi sıfatı haiz kimselere verilir.

6- Fetva rivayet yoludur, Kaza ise velayet yoludur. Mesela bir kimse bir meselede şöyle fetva verebilir, ama hakim olmadığı için o mesele hakkında bir yargı kararı (kaza) veremez. Bazan her iki yetki bir şahısta birleşebilir. İmam Ebu Yusuf, hem müfti, hem de başhakim (kadı'l kudat) idi.<sup>27</sup>

## VII. İÇTİHAD KAPISI KAPALI MIDIR?

Bu soruya başlıklar halinde şu cevapları verebiliriz:

a- İctihad kapısı kapalı değildir, kapatmak da kimsenin yetkisinde değildir.

b- İctihad kapısı açıktır; ama açık olan içtihad kapısından girmeği gerektirmeyen bazı durumlar, hatta engeller vardır:

1- Müslümanların dini ve hukuki ihtiyaçları, âyet, hadis, icmâ ve içtihatlarla karşılanmıştır. Asırlardır bu hükümler tatbik edilmektedir. Bu içtihadlardan Müslümanlar, genellikle, memnun ve mütmaindirler.

2- İctihad yapma heves ve sevdası ile hareket etmek, yeni yeni fantezi yorumlar getirmek ve içtihadlar yapmak, müslümanlara hizmet değildir.

3- Müslümanların, iman, ibadet ve itaat gibi ana konularda hataları vardır.

Müslümanların bu gibi ana konularda hataları olması demek, Kur'an ve Sünnetin istediği gibi hareket edememeleri, inançlarında zayıflık ve eksiklik bulunması, âhîret, Allah'a ve Peygambere (ASM) itaat gibi temel değer hükümlerinin tatbik edilmemesi ve tatbik etmedikleri demektir. Bu durumda müslüman âlimlerin, müslümanları, inanç ve ibadet noktalarında eğitmeleri ve sağlam bir tatbikata tevcih etmeleri gerekirken, gereksiz ve ihtiyaç olmayan bir sahada, fantezi birtakım içtihatlarla vakit geçirmek, müslümanlara fayda değil, zarar verir. Adeta bir kalenin duvarlarının yıkılması ve düşman darbeleri ile gedikler açılmış olması karşısında, kalenin bazı yerlerini süslemek gibi davranışlardır.

<sup>27</sup> Bilmen, 271; Said Nursi, Fetva'nın kaza'dan farklı olduğuna dair dikkat çekici açıklamalar yaparak, Osmanlı Devleti'nin son Şeyhülislamının verdiği ve Mustafa Kemal'in hain olduğuna dair fetvanın bağlayıcı olmadığını belirtmiş, kendisi de lehte fetva vermiştir: Bkz. Sünuhat, Tuluat, İşarat (yeni harfle), İstanbul, 1980, sh.80. Bu konularla dolaylı ilgili bir hadis şöyledir: "Müftüler sana fetva verseler de sen kalbine danış." (Dârimi, Buyu', 2; Ahmet, 4/228.)



4- Bir diğer önemli engel ve nokta da şudur: Büyük mezhep imamaları (Ebu Hanife vb) tarafından yapılan iftiharlarda: bir taraftan müçtehitler deha çapında<sup>28</sup> insanlardı, diğer taraftan da, bu dehalar, bütün akılları ve güçleriyle çalışan, bütün vakitlerinde sadece ve sadece müslümanların ihtiyaçlarını düşünen, ibadet ve inançta ise, son derece ciddi ve laubalilikten uzak, “Allah’tan korkan<sup>29</sup> ve Peygamberden (ASM) utanan<sup>30</sup>” kimseler idi. Ve bir içtihat yapacakları zaman, büyük bir gayret sarfedip, bir hata yapıp müslümanları yanlış yola sevk etmekten korkan<sup>31</sup> insanlardı.

Halbuki günümüzde “**ıçtihat heveslisi**” kimselerin, ise, günün büyük kısmını ticaret, siyaset vb. şeylerle geçirip, dünya işlerinde boğulup, hatta bin bir daleveranın içinde bulunurken, içtihat yaptıklarını müşahade etmekteyiz. Elbette bu iki tür içtihat aynı değerde olmaz. Birincisi “**semavi**” ise, ikincisi “**arzi**” dir<sup>32</sup>.

5-Yukarıda dediğimiz gibi, içtihat bir ihtiyaçtır; Müslümanların hukuki veya dini bir meselenin halli için ihtiyaçları olduğu zaman yapılır, yapılmalıdır. Böyle bir ihtiyaç yoksa, içtihat yapmaya gerek yoktur: Yani, mevcut âyet, sünnet, icma ve diğer içtihatlar Müslümanların hukuki hayatlarını tanzime yeterlidir. Buna rağmen, yeni bir içtihat yapmak, hele dinden taviz vererek, sözüm ona Müslümanlara hizmet sunmaya kalkmak, kabul edilemez<sup>33</sup>.

Bu konuda son olarak şu hadisi zikretmek isteriz:

“Allah, ilmi insanların (kafasından) çekip alarak kabzetmez; bunu âlimler alıp götürmek suretiyle yapar, nihayet hiçbir âlim kalmayınca halk câhil kimseleri rehber edinir, bunlara bir şey sorulunca, bilmedikleri halde fevâ verirler, sapar ve saptırırlar.”<sup>34</sup>

İslâm Hukuku sisteminde içtihat kavramı ve faaliyetini yukarıda kısaca anlatmaya çalıştık. Acaba bir diğer hukuk sistemi olan lâik hukukta durum nedir, aralarında bu açıdan nasıl bir mukayese yapılabilir?

## VIII. GÜNÜMÜZDEKİ HUKUK HAYATI İLE KISA BİR MUKAYESE:

Bu konuda yine kısaca şu ana başlıkları belirtebiliriz:

a) 1926 t. Eski TMK. md.1/son hükmü şöyleydi:

“Hâkim hükümlerinde ilmi içtihatlardan ve kazai kararlardan istifade eder.”

Bu hükümdeki ilmi **ıçtihat**, **doktrin** olarak da adlandırılmaktadır. Bu nevi içtihat, daha çok ilim adamlarının içtihatlarıdır. İlim adamlarının ilmi çalışmalarında açıkladığı yorum, teklif ve tenkitlerini ihtiva eden görüşlerine içtihat ismi verilmektedir. Özellikle monografiler ile

<sup>28</sup> Bkz. Said Nursi, Sözlür, İst. İbid., 481.

<sup>29</sup> İbid., Bilmen, 261,

<sup>30</sup> İbid.,

<sup>31</sup> İbid.,

<sup>32</sup> Nursi, 482.

<sup>33</sup> Bu konularda çok şeyler yazılmıştır. Biz yukarıda bir kısmını, kendi ifadelerimizle özetlemeye çalıştık. Tafsilat ve daha geniş ve derin manalar için bkz. Said Nursi, Sözlür, 27; Söz (İçtihad Riselesi), sh. 480 vd. Ayrıca bkz. Karaman, 183 vd; Aghnides, 96 vd.

<sup>34</sup> Buhari, İlim, 34; İtisam (No:2174); Müslim, İlim, 3-4; Tirmizi, İlim, 5; İbn Mâce, Mukaddime, 8; Ahmed,C.2/162,190,203.

tezlerde bu durum açıkça görülür. Mamafih, ders kitapları ve kanun şerhlerinde de içtihatlarla raslamaktayız. İlmi kariyer mensubu olmayıp da ilmi neşriyat yapan kimselerin aynı tür faaliyetlerine de içtihat ismini verebiliriz.

b) Mahkemeler, mevcut kanunlara göre hüküm verirler. Bu sebeple, mevcut düzenleme dışında bir içtihad yapmaları kaide olarak beklenilmez. Mevcut kanunlara göre karar verdikleri için bu tür kararlara, teknik manada içtihat ismini vermek uygun olmaz.

Ancak “Hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan meselede hâkim kendisi kanun vazı olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hükmeder” (TMK.md.1/1) hükmü gereğince, bu tür kararlara içtihat ismini verebiliriz. Bununla beraber, türk hukuk literatüründe kazai içtihat tabiri yerleşmiş bulunmaktadır. Kanaatimizce bu tabir, daha çok Yüksek Mahkemelerin daire kararları ile, bilhassa Genel Kurul kararları ve tabii, İctihadı Birleştirme kararları için de kullanılabilir. TMK md.1/son fıkrasındaki “**kazai kararları**”, **kazai içtihat** şeklinde ve bu tür kararlar için anlamak gerekir.

Yabancı dillerde, ilmi içtihatlar için doktrin (doctrine) (Rechtslehre; Rechtstheorie, Rechtsansicht), kazai içtihat (kararlar) için ise, “**jurisprudence**” (İsviçre MK.md.1’de **Überlieferung** tabiri kullanılmış; modern hukuk dilinde ise artık **Rechtsprechung** ıstılahı yerleşmiştir) tabiri kullanılmaktadır.

Şu hâlde günümüzdeki, ilim adamlarının içtihatlarını, İslâm Hukuku manasında müctehitlerin içtihatlarına benzetebiliriz. Ancak bir farkla: Günümüzde, kanunda açık hüküm olsa bile, ilim adamları (hakimler değil) yine içtihat yapabilirler ve yapıyorlar, ama İslâm Hukuku’nda bu halde içtihad yapılamaz. Günümüzde yapılan ilmi içtihatların ve yapanların ne kadar ciddi ve ilmi oldukları ise, bu araştırmanın sahasına girmez.

c) Diğer taraftan, günümüzde, laik devlet düzeninde Diyanet İşleri Başkanlıklarını fetva makamlarına örnek olarak verebiliriz. T.C. Diyanet İşleri Başkanlığımız, vatandaşların sordukları sorulara fetva vermektedir. Verilen bu fetvalar, son zamanlarda yayınlanmaktadır. Hatta bu fetvalar, zaman zaman gazete sütunlarında da ele alınmaktadır. (Bkz. 5/4/1999 Milliyet, sh.7; Cumhuriyet, sh.3)

d) İslâm Hukukunda içtihad, mutlaka hakkında hiç içtihad yapılmamış, bir sahada, yepyeni bir hüküm çıkarmak manasına gelmez. Daha önce yapılmış bir içtihad katılmayan, onun aksi neticesine varan görüş, içtihad olduğu gibi, yapılmış bir içtihad katılan, yani onu taklid eden ilmi faaliyetler de içtihad sayılır. Aynı durum laik hukuk sistemleri için de sözkonusudur.

e) İslâm Hukukunda: “**İctihad ile içtihad nakzolunmaz**” kaidesi vardır. (Bkz. Mecelle md.16). Bu kaideye göre, mahkemelerce verilmiş bir hüküm neticesi ortaya çıkan durum, daha sonra bir mahkeme tarafından verilen bir hüküm ile değişikliğe uğramaz, aynen devam eder. Hukuka güven ve istikrar lehine böyle bir kaide konulmuştur. Aynı durum laik hukuk sisteminde de söz konusudur.

f) İslâm Hukukunda içtihad yapmak için gerekli görülen şartlar şeklinde bir sıralama laik hukuk sisteminde söz konusu edilmiyor. Ancak, Hukuk Fakültelerinde öğretim üyesi olan,

ya da yüksek mahkeme hakimlerinde, kaide olarak bu şartların (özelliklerin) mevcut olduğu kabul edilmiştir denilebilir.

İşaret edelim ki, laik hukuk sistemlerinde, ilim adamlarımızın, Türk diline ve kaidelerine tam manasıyla vakıf olmadıkları görülmektedir. Hatta anlaşılmasız cümleler ile ders kitabı yazan ilim adamlarımız bulunduğu gibi, yüksek mahkemelerimizin kararlarının bir kısmı da hiç veya kolayca anlaşılmıyor.

g) Heva ve hevesi tatmin için yapılan içtihatlar sahasında iki hukuk sistemi arasında tam bir benzerlik söz konusudur.

h) Laik hukuk sistemleri dini esaslara dayanmaz ve onlardan istifade ile meydana gelmezler. O sebeple yukarıda müçtehitlerin, Allah korkusu olan ve takva sahibi kimseler olduğuna temas ettiğimiz açıklamaların laik hukuk sistemlerinde yeri yoktur. Bu netice iki hukuk sisteminin bünyelerinin ortaya çıkardıkları farklardır.

l) İslam hukuku sahasında yapılan içtihadlar, müçtehitlerin veya talebelerinin yazdıkları kitaplardan öğrenmekteyiz. Bunlar mezheplere ait fıkıh (hukuk) kitaplarında yer almaktadır.

Ancak yüzbinleri bulan bu içtihatların (ve fetvaların) muntazam bir derlemesi ve tasnifi yapılmıştır denilemez<sup>35</sup>.

İslâm Ülkelerinde asırlardır verilmiş mahkeme kararlarına yani kazai içtihatlara ulaşmak ise imkansızdır. Bunların bir kısmı harpler, yağmalar ve yangın gibi<sup>36</sup> sebeplerle kaybolmuştur. Yakın tarihte verilmiş ve içtihad hüviyet ve değerindeki mahkeme kararlarının bile bir kataloğu ve tasnifi yapılmış değildir. Şüphesiz bu durum İslam hukuk tatbikatının geçmiş asırlardaki seyri hakkında bilgi sahibi olmamızı engellemektedir.

Laik hukuklarda ise, bilhassa Avrupa’da, matbaanın icadı ile birçok kitabın basıldığı bir vakıadır. Ayrıca, devlet arşivleri (Fransa, İngiltere gibi) de oldukça muntazamdır. Bu sebeple Avrupa, yani laik hukuk mahkemelerinin verdikleri birçok kararlara (kazai içtihatlara) ulaşmak kabildir.

Sözlerime bu konulara da çok uygun şu hadis ile son veriyorum.

“Allah kime hayır murad ederse, onu dinde fakih (hukukçu- âlim) kılar.”<sup>37</sup>

<sup>35</sup>Son zamanlarda, yayınlanan bazı kitaplarla, münferit bazı müçtehitlerin içtihatlarının bir araya toplandığını görmekteyiz. Mesela bkz. Abdullah İbni Mes’ud’un içtihadı (Arapça), Mekke Ü.y. gibi. Ayrıca bkz. Aghnides, 128.

<sup>36</sup>Mesela bir misal olmak için zikredelim. Hülagu’nun Bağdatı işgalinde, katliam yapılmış ve Abbasi halifeleri zamanında el yazması binlerce cilt kitap yakılmış, ya da Dicle nehrine atılmıştır (Bkz. Philipp Hitti, *İslam Tarihi* (Çev. Prof.Dr.Salih Tuğ), İstanbul 1980, Boğaziçi y., C.3, sh. 768 vd.); Hasan İbrahim Hasan, *İslâm Tarihi* (Çev: İsmail Yiğit), İst., 2.b. 1988, C.5, sh. 194 vd.

<sup>37</sup>Buhari, İlim, 10; Müslim, İmaret, 175; Zekat, 98,100; Tirmizi, İlim, 4; İbn Mace *Mukaddime*, 17; Muvatta, Kader, 8.

## IX. İNSANLIK TARİHİ BOYUNCA FARKLI ŞERİATLER- FARKLI HUKUKİ DÜZENLEMELER:

Bu ön kavramları kısaca belirttikten sonra şimdi esas konumuza gelebiliriz. Tebliğimizin konusu ve ana hatları şöyle olacaktır: Hukuki düzenlemelerin felsefi temelleri nedir? Acaba dünyadaki büyük hukuk sistemlerinin gelişme seyri nasıl olmuştur?

Aşağıdaki açıklamalarımızda göz önünde tutulması gereken nokta şudur: icthad faaliyeti İslam Dinin zaruriyat ve muhkem olan kısmında değil, fûruat kısmındadır

Hukuki düzenlemelerin asırlar içinde gelişmesi ve toplumlara ve kavimlere göre farklılaşması. Bilhassa binlerce yıldır devam eden hukuki düzenlemeler zamanın seyri içerisinde nasıl bir değişiklik göstermişlerdir. Bu değişiklikler niçin yapılmıştır, neyi hedeflemiştir? Hukuki düzenlemelerde maksat ve nihai hedef, toplumda kişiler arasında esenlik ve huzurun temin edilmesidir. Hukuki düzenlemeler insanlara ceza vermek için ve bu maksatla yapılmaz. Ancak insanlar hukuki düzenlemelere aykırı hareket ettikleri zaman cezalandırılırlar. **Çünkü her cezai fiilde bir fail (özne) olduğu** gibi bir de bu cezai fiile muhatap bir kişi ve obje (mağdur) vardır. Eğer o cezai fiile ve fâile ceza vermezseniz mağdura haksızlık yapmış olursunuz. Mesela bir müessir fiilde, birini yaralayan kimseye ceza vermezseniz, o kimsenin yaraladığı kişiye, yani mağdura haksızlık yapmış olursunuz.

Bu hukuki düzenlemeler, hukuki ihtilaflarda olduğu gibi cezai fiiller sahasında da olabilir. Aynı şekilde İslam Hukuku'nda muamelât denilen kişiler arası hukuki işlemler, sözleşmeler vb. sahasındaki düzenlemeler ise, o alanda o topluma en iyi çözümü getirmek gayesiyle yapılır.

Diğer yandan dünyadaki insanlar, özellikleri bakımından yüzlerce çeşittir. Deri renkleri farklı olduğu gibi alışkanlıkları, eğilimleri, sevdikleri, korktukları ve hoşlanmadıkları şeyler de farklıdır. Bir toplumda gayet normal karşılanan bir hukuki münasebet, başka bir toplumdan nefret edilen bir değer hükmü olabilir.

Hukuk tarihi ve felsefe tarihi bu konuda çeşitli güzel örnekler vermektedir. Bu sebeptendir ki, hukuk fakültelerinde hukuk tarihi ve hukuk felsefesi dersleri mecburi ders olarak okutulmaktadır.

Bu konularda şu başlıkları verebiliriz.

### A. ASIRLARA VE KAVİMLERE GÖRE ŞERİATLAR GELEBİLİR VE GELMİŞTİR

Cenab-ı Hakk'ın 124.000 peygamber gönderdiği, bir hadiste belirtilmiştir<sup>38</sup>. Bu peygamberlerin hepsi insanlara doğru yolu göstermek için çalışmışlardır. Bunların bir kısmı, hukuk düzenlemelerini de içine olan kaideler (ayetlerde) halinde insanlara bildirmişlerdir.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Bkz. Hanbel, 5/266; Ebu Davud, no:478, Ayrıca bkz. L.26L.Beşinci Rica.

<sup>39</sup>Bu konuda bkz. Servet Armağan, Risale-i Nur Külliyyatı Işığında: Peygamberlerin(as) mucizeler aracılığı ile İnsanlara öğrettikleri ve Hz. Peygamber'in(asm) medeni hayatımıza getirdiği bazı yenilikler",10.Uluslararası Bediüzzaman Sempozyumuna sunulan Tebliğ, 21-24 Eylül 2013, İstanbul(Bkz. Servet Armağan. Bediüzzaman Said Nursi ve Risale-i Nur Külliyyatı Üzerine Araştırmalar, İstanbul, 2014. sh. 397 vd.)

Çünkü, dünyanın yaratılışından bugüne kadar insanların içinde yaşadıkları muhit, coğrafi özellikler, iklim şartları, öğrenim seviyesi, ulaştıkları teknik gelişmeler vb. farklıdır. Bu farklılık gittikçe gelişen ilmi buluşmalara göre de artmıştır. Mesela sıcak ve bitki örüsü az olan çöller veya yakınında yaşayanların bünyesi ile, akar sular yanında, yeşillikler içinde yaşayan insanların sosyal hayatı ve bünyeleri aynı olmaz.

Ancak gelen şartların ana ve temel hükümleri değişmez. Mesela adam öldürmek, hırsızlık yapmak, adam yaralama, başkasına zarar verme gibi. Hiçbir kavim veya topluluk bu gibi temel normların aksine bir düzenleme ve uygulama istemez.

Peygamberler de bu gibi ana (temel)normlara aykırı bir beyanda bulunmamışlardır.

“Asırlara göre şeriatlar değişir; belki, bir asırda kavimlere göre ayrı ayrı şeriatlar, peygamberler gelebilir ve gelmiştir.”<sup>40</sup>

Bu başlıkla ilgili olarak modern hukuktan aşağıdaki misalleri verebiliriz:

**1-Asırlar içindeki farklı düzenlemeler:** Devlet idarecilerini yaptıkları hukukî düzenlemeler devirden devire ve asırdan asra, az da olsa, değişiklik geçirmişlerdir. Mesela: Hırsızlık, zina, adam öldürme ve yaralama gibi suçlar asırlar içinde hep cezalandırılmışlardır. Devletten devlete bu suçlara verilen cezalar, miktar ve uygulama bakımından, farklı olmuştur, ama bu filler hep suç olarak kalmışlardır. Mesela: Hamurabi kanunlarında zina suçu için, zina yapanı timsahlara yem olarak atmak veya elleri arkadan bağlanarak azgın nehir sularına bırakmak şeklindeki ceza, bugün görülüyor, ama zina suç olarak hukukî düzenlemelerde yer almaya devam ediyor.

Evrakta sahtekârlık, bilhassa çeşitleri asrımızda özellikle düzenlenen suçlardır.

Kişilik haklarını ihlâl suçu da asrımızda, çok çeşitli alt çeşitleri ile cezalandırılan fillerdir.

Ama “Ekonomik Suçlar” diye adlandırılan suç grubu eski asırlarda yoktu veya azdı, ama asrımızda hem var, hem de maalesef çok rastlanan suçlardandır.

Basın-, yayın yoluyla işlenen suçlar ise bu gruptaki tipik yeni düzenlemelerdir. Matbaanın icadı ve basın sektöründe kullanılmaya başlamasından sonra “**Basın yoluyla işlenen suçlar**” görülmeye başlanmıştır. Günümüzde bilhassa “**Görsel basın**” diye adlandırılana alanda bu suçlar, ne yazık ki, rastlanıyor.

2- Hukukun farklı disiplinleri de bu konuda bir misal teşkil eder: Mesela: A-Anayasa Hukuku alanında, eski asırlarda hemen her devlette “Monarşi” düzenlenmişti, asrımızda ise, “Cumhuriyetler asrı” olmuştur, bu gelişme sebebiyle anayasalardaki düzenlemeler de “Cumhuriyet” devlet şekli üzerine yapılmaktadır. B-Hürriyetler asrın da olduğumuzdan “Eşitlik” üzerinde birçok düzenleme yapılmış bir hukuk ve felsefi esastır. Eski asırlardaki “Kölelik” üzerine çıkarılan düzenlemeler, asrımızda artık yoktur. C-Ticaret Hukuku eski asırlarda da düzenlemelerin yapıldığı bir saha idi, ama asrımızda, “Anonim Şirketler”, “Hisse Senetlerinin

<sup>40</sup> Nursi, Sözlür, s. 27, 512

satışı” ile, satışa konu olan malların teslim edilmiş sayılacağı vb. yolundaki düzenlemeler de eski asırlarda olmayan ve kabul edilmeyen düzenleme tipleri idi.

**3- Kavimlerin Düzenlemeleri** de genellikle farklıdır, yani aynı değildir, farklıdır. Mesela bazı kavimlerde(milletlerde) hırsızlık suçu için söz gelişi, en çok 5 yıl ceza düşünülmüşken, diğer bazı kavimlerde ise daha yüksektir. Mesela uyuşturucu kullanmak ve ticaretini yapmak, bazı devletlerin kanunlarında, söz gelişi, 2 yıla kadar bir ceza ile cezalandırılırken, günümüzde, Mesela Suudi Arabistan da “ölüm cezası” kabul edilerek düzenlenmiştir.

Bu farklı düzenlemeler, bu düzenlemeyi getiren devlet idarecilerinin o toplumdaki “**Ceza politikaları**”dır. Aynı zamanda o devlet idarecilerinin bu cezaî fiilin tehlike derecesini de gösterir.

Yukarıdan beri verdiğimiz ve asırlar ve farklı devletler içinde değişik düzenlemelerin hepsi, o asırlar ve kavimler için bir ıslah şeklidir, suçu önleme bakımından doğrudur, gereklidir.

#### **B-İNSAN TOPLULUKLARININ BÜNYESİNE, KARAKTERİNE VB. GÖRE ŞERİATIN TE-FERRUAT KISMI FARKLI OLABİLİR**

Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi açısından şu tespiti yapabiliriz: İnsan topluluklarının bünyesi, karakteri aynı değildir, alıştıkları hukuki uygulamalar da farklıdır. Bunlar “Mahallî örf adetler” veya “mahallî uygulamalar”dır.

Bu bünye farkı ve insanların değişik karakterleri, yapılacak düzenlemelere doğrudan veya dolaylı olarak yön verir. Bir diğer deyişle, getirilecek hukuki düzenlemeler o toplumun bünyesine ve hatta o toplumun bireyleri olan kişilerin karakterlerine, eğilimlerine ve alışkanlıklarına göre yapılır ve bunlar, toplumdan topluma farklı olurlar: Örnek; İsveç, Norveç vb. ülkelerde yer alan insanların bünye eğilim ve alışkanlıklarıyla; Afrika veya Asya sahralarında çöllerinde çadırlarda yaşayan insanların alışkanlıkları ve ihtiyaçları haliyle bir olmaz ve bir olması da beklenemez.

Bu farklılık kâinatın yaratılış düzeninde vardır ve olacaktır. İnsanlar eşittir, ama haklarda ve vecibelerde eşittir. Yoksa kabiliyetlerde, kültür düzeyinde, bilgi hazinesinde, hatta konuşurken kullandıkları kelime hazinesinde bir ve aynı değildirler.

İşte bu kadar farklı eğilim karakter, kabiliyet gösteren insan toplulukları da farklı düzenlemeleri isterler.

Burada önemle belirtelim ki, yukardan beri söylediğimiz farklı olabilen düzenlemeler, hukukun **teferruat veya yan düzenleme** normlarıdır. Hukuk normları, bir açıdan **ana normlar** ve **yan** (tali/sekunder) normlardır. Ana normlara misal olarak mesela şunları verebiliriz: aileye ve vatana karşı saygı(pietas), büyüklere karşı saygı (observantia), haksızlığa karşı savunma hakkı (vindictio), sözünde durma borcu(veritas), dürüst namuslu yaşamak (honeste vivere), kimseye zarar vermemek (alterum non laedere), herkese kendine ait olanı vermek (suum cuique tribuere).

Semavi dinler aynen bu istikamette ana normlar ve yan normları düzenlemek suretiyle bir hukuk sistemi kurmuşlardır. Tevrat, İncil ve Kuran'da yer alan ana normlardan bazıları şunlardır:

Allah'a şirk(ortak) koşmamak, tek bir Allaha inanmak, 2. Put yapmamak, puta ibadet etmemek, 3.Allahınadına hürmet göstermek, 4.Anne ve babaya hürmet etmek, 5.Haftada bir gün tatil yapmak, 6.Adam öldürmemek, 7.Zina etmemek, 8.Hırsızlık yapmamak, 9.Yalan yere şahitlik etmemek, 10.Komşusunun malına, karısına göz dikmemek.<sup>41</sup>

**Nursi** şöyle diyor:

“Evet, nasıl ki mevsimlerin değişmesiyle elbiseler değişir, mîzaçlara göre ilâçlar tebeddül eder; öyle de, asırlara göre şeriatlar değişir, milletlerin istidadına göre ahkâm tahavvül eder. Çünkü, ahkâm-ı şer'iyenin teferruât kısmı, ahvâl-i beşeriyeye bakar, ona göre gelir, ilâç olur.”<sup>42</sup>

## NETİCELER

A-Nursi, telif ettiği “**İçtihad Risalesi**”, yani Sözler kitabında, 27. Söz, İçtihad mevzuunun esasını kısa ve özet ifadelerle ortaya koymuştur. Hatta bu risalenin eki olan “**Sahabeler Hakkında**” başlıklı risalesinde ve diğer bazı yerlerde, zamanımızda içtihat yapmaya engelleri kısa gerekçeler ile açıklamakta, içtihad heveslilerini, isim vermeden, haklı gerekçelerle tenkit etmektedir.

**Özetleyecek olursak:** Nursi, İçtihad Risalesi'nin birinci bölümünde, günümüzdeki siyasi hayatın kargaşaları, dinsiz felsefenin tasallutu ve insanların esas hedefleri olarak, dünya hayatını ve bu hayatta müreffeh yaşama arzularının sebebiyle, üstelik hevesle yapılan içtihatlar:

1. cinayettir,
2. hiyanettir,
3. safiyetten uzaklaşmadır, ve
4. İslamiyet'i tahriptir.<sup>43</sup>

## B- Memleketimizde ve Yurt Dışındaki Fetva Makamları

Kısaca şu kuruluşları sayabiliriz:

- 1-Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu-Ankara.
- 2-İslam İş birliği Teşkilatı İslam Hukuk Akademisi-Cidde, Suudi Arabistan.

Ayrıca Pakistan ve diğer devletlerde de benzer kuruluşlar, değişik isimler ile kurulmuştur ve fetvalarını yayınlamaktadırlar. Bu fetvaların her birinin gerekçeleri vardır ve yayımlandıkları dilde son derece güzel ifadelerle kaleme alınmışlardır.

<sup>41</sup> Bkz. Hirsch, 74 vd.

<sup>42</sup> Nursi, ibid, 512.

<sup>43</sup> Teferruatlı açıklamalar için bkz. Armağan, 441 vd.

### **C- Günümüzde bir içtihad gerekliliği, çağımız buluşları, icadları**

Bunları kısaca şöyle başlık halinde belirtebiliriz:

1-Suni Dölllenme:

2-Organ Nakli;

3-Doğum Kontrolü:

4-Fabrikaların alet ve makinelerinin zekâtı:

5-Taksitli Satış, Peşin- veresiye satışlarda fiyat farkı:

Bu başlıklarda yer alan her konu önemlidir ve içinde yan konuları da barındırır. Ve gerek memleketimizde ve gerekse yabancı ülkelerdeki uzman kuruluşlar bunlar hakkında fetvalar vermişlerdir. Ancak yine de tartışılmaya devam etmektedir. Burada her birinin açıklanması çok uzun sürer. Ayrıca verilmiş fetvaların gerekçelerini de tartışmak, ayrı bir araştırma yapmayı gerektirir. O sebeple şimdilik üzerlerinde durmuyoruz.





İntihal | Plagiarism: Bu makale, intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been scanned via a plagiarism software.

## AHMED ŞUAYB BEY'İN 'HUKÛK-I İDÂRE' ESERİ ÜZERİNE NOTLAR

### NOTES ON AHMED SUAYB'S 'ADMINISTRATIVE LAW'

Prof. Dr. Ramazan Çağlayan\*

#### I. Ahmed Şuayb Bey ve Eserleri<sup>1</sup>

Ahmed Şuayb, 1876 yılında İstanbul'da dünyâya gelmiştir. Birkaç aylık iken babasını kaybetmiş olduğundan çocukluk ve gençlik dönemleri zorluklar içinde geçer. Öğrenimini İstanbul'da sırasıyla Fâtih Rüştîyesi, Vefa İdâdîsi ve Hukuk Mektebinde tamamlamıştır.

Bâzıları Mekteb-i Hukuk'taki hocalığıyla beraber olmak üzere çeşitli resmî kurumlarda müdürlük ve idârecilik yapmıştır. Cemiyet-i Rüsûmiye âzâlığı, Meclis-i Maârif âzâlığı, Tedrîsat-ı İptidâiye Müdürlüğü, İstanbul Maârif Müdürlüğü, Dîvân-ı Muhâsebat Müddei Umûmîliği görevlerinde bulunmuştur.

Mekteb-i Hukûk'u birincilikle bitiren müellif, 1894 (95) târihinde Servet-i Fünûn zümresine ve dergisine katılır. Servet-i Fünûn'da yayımlanan cezâ hukûku ile ilgili bir makâlesi o târihte Bâb-ı Âli Hukuk Danışmanı olan Hakkı Paşa'nın ilgisini çeker. Sonradan Sadrazam olan Hakkı Paşa'nın muâvini olarak idâre hukûku muallimliğine tâyin edilir. İdâre hukûku yanında, devletler hukûku derslerini de yürütür.

\* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

0000-0003-1658-3178 caglayanhukuk@yahoo.com



Bu eser Creative Commons Atıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

<sup>1</sup> Buradaki bilgiler şu çalışmalardan derlenmiştir: İsmail Doğan, "Sosyolojik Düşüncenin Osmanlı'daki Kaynakları: 'Ulum-ı İktisâdiye ve İctimâiye Mecmuası' Örneği", *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 32/1 (1999), s.49-82; Fatih Sakallı, "Ahmet Şuayb'ın 'Muhasebe-i Edebiyye' ve Diğer Yazıları", *Türkbilgi*, 2012/24: 171-186; Seyit Rasim Doru, "Ahmet Şuayb ve 'Hukuk-ı İdare' Kitabında İdare Malları Konusu", *II. Türk Hukuku Târihi Kongresi Bildirileri, C.I*, 13-14 Mayıs 2016; Mehmet Karakuş, "Son Dönem Osmanlı Aydınlarından Ahmet Şuayb'ın Fikri Yapısı", *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2/2 (2015) s. 167-187; İslâm Ansiklopedisi, <https://islamsiklopedisi.org.tr/ahmed-suayb>.

1908’de II. Meşrutiyet’in ilânından sonra, ısrarlı davetlere rağmen aktif politikaya girmeyen yazar, arkadaşları Rızâ Tefik ve Mehmed Câvid’le birlikte, “*Ulûm-ı İktisâdiyye ve İctimâiyye Mecmuası*” isimli dergiyi çıkarmışlardır. Bu dergide edebiyat, târih, felsefe, sosyoloji ve hukuk alanlarına ilişkin önemli makâleler yayınlamıştır.

Ahmed Şuayb, 2 Aralık 1910 yılında, 34 yaşında, geç kalmış bir apandisit ameliyatı sonucunda hayatını kaybetmiştir. Şu değerlendirme onun hayatını ve kişiliğini özetlemektedir:

“Neşeli, şakadan ve gülmekten hoşlanan Şuayb, gururlu ve nâdir olarak kızan bir mizaca sahiptir... Tek meşgalesi çalışmak mütemâdiyen çalışmak olan Şuayb, Hayat ve Kitaplar’da Batı’nın ünlü edebiyat, tenkit ve fikir adamlarını tanıtan monografik etüdler, Esmar-ı Matbuat’ta ise haftalık edebiyat tenkitleri yazardı... Celâl Sâhir’e göre hayatını iki kelimedede toplamış bir insandı: Öğrenmek ve öğretmek”<sup>2</sup>.

Ahmed Şuayb, Edebiyat-ı Cedîde topluluğunun fikrî alandaki en güçlü temsilcisidir. Özellikle batının “tenkit anlayışını” Türkiye’ye getirmeye çalışmıştır. Başta edebiyat, felsefe, târih felsefesi, sosyoloji, hukuk olmak üzere çok çeşitli ancak birbirini besleyen alanlarla ilgilenmiş ve bu alanlara ilişkin makâleler, kitaplar kaleme almıştır.

Ahmet Şuayb’ın başlıca eserleri şunlardır: (1) Hayat ve Kitaplar, 1901. (2) Ulûm-ı İktisâdiyye ve İctimâiyye Mecmuası (1908-1910): Rıza Tefik Bölükbaşı ve Mehmet Cavit’le, 3. cilt, 24 sayı). (3) Hukûk-ı Umûmiyye-i Düvel (Devletler Genel Hukuku, 1912. (4) *Hukûk-ı İdâre* (I-II, İstanbul 1910. (5) Esmar-i Matbuat (Basın Meyveleri).

## II. İDÂRE HUKÛKU DERSİNİN KISA TÂRİHİ<sup>3</sup>

Osmanlı Devleti’nin 19. Yüzyılda (1800-1900) askerî, siyasî, bilim ve ekonomi yönünden Batı karşısında gerilemesi, devlet ileri gelenlerini reformlara yöneltmiştir. Bunun öncesinde Nizâm-ı Cedid dönemi olarak da ifade edilen ve Sultan III. Selim’in hükümdarlığı (1789-1807) döneminde, diğer alanlarda olduğu gibi eğitim ve öğretim faaliyetleri alanında da yenileşme ve değişim hareketlerine girişilmiştir. Medreselerin ıslahına yönelik olarak alınan tedbirler, askerî alanda faaliyet gösteren okulların açılması, matbaanın canlandırılması, yabancı dillerde kaleme alınan eserlerin tercüme girişimleri bu dönemin belirgin özelliklerini oluşturmaktadır<sup>4</sup>.

Devletin kötüye gidişinin temelinde askerî sistemdeki bozukluk olduğu düşüncesiyle öncelik askerî alandaki reformlara verilmiş ve yeni askerî okullar açılmıştır<sup>5</sup>. 1839 tarihinde Abdülmecit’in tahta çıkışı ve akabinde Tanzimat Fermanı’nın (Gülhane Hatt-ı Hümayunu)

<sup>2</sup> Aktaranlar. Fatih Sakallı, “Ahmet Şuayb’ın ‘Muhasebe-i Edebiyye’ ve Diğer Yazıları”, *Türk Bilgi*, 24, s. 172; Sennur Karanlık, *Hayat ve Kitaplar-Ahmet Şuayb*, Marmara Üniversitesi-Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Yeni Türk Edebiyatı Ana Bilim Dalı- Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992, s.4.

<sup>3</sup> Bu başlık altındaki bilgiler şu çalışmadan özetlenmiştir: Ramazan Çağlayan, “Ülkemizde İdare Hukuku Dersinin Kısa Tarihçesi ve İdare Hukuku Ders Kitaplarının İlk Örnekleri”, *AHBVÜHFD*, 25/3 (2021).

<sup>4</sup> Ünal Uğur, “III. Selim’den Meşrutiyete Osmanlıda Eğitim (1789-1876)”, *Türk Eğitim Tarihi*, Ankara 2016, s. 151-152

<sup>5</sup> Osman Taştekin, “18. Yüzyıl ve Sonrası Osmanlı Eğitim Kurumları”, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, 23/3 (2019), s.1143-1166; Ahmet Beydilli, “Mühendishane-i Berrî-i Humâyun”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2006, s. 31: 516; Abdülkadir Özcan, “Harbiye”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1997, s. 13: 115-116; Fulya Duman, Osmanlıda Tıp Eğitimi ve Mekteb-i Tıbbiye, Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, 2015, s.84.

ilan edilmesiyle birlikte, “batılılaşma” veya “çağdaşlaşma” hareketleri (reformlar) hız kazanmıştır. Bu dönemde esaslı reformların yapılabilmesi ve bunların tatbik edilebilmesi için eğitimli kişilerin sayısının artırılması gerektiğinden hareketle yenileşmeler eğitim alanında yoğunlaştırılmışlardır<sup>6</sup>. 1838’li yıllardan itibaren eğitim-öğretim alanında, eğitim-öğretimin yeniden şekillendirilmesi (iptidâ-ilk, rüştiye-orta, idadî-lise) ve 1845’li yıllardan itibaren de yükseköğretimde dâr’ül-fünûn ve diğer okullar açılmaya başlanmıştır.

Tanzimat öncesi dönemde devlet memurların eğitimi, Enderun yanında meslek içinde yetiştirme şeklinde gerçekleşiyordu. Yetmişmiş memur ihtiyacının karşılanması amacıyla, 1858 (25 Ramazan 1274) tarihli bir iradeyle Mekteb-i Fünûn-ı Mülkiyye kurulmuş, iki yıllık olan bu mektep 28 Ocak 1859 tarihinde eğitim-öğretime başlamıştır<sup>7</sup>.

Mekteb-i Mülkiye Nizamnâmesi’nin 8. maddesinde, bu iki yıllık okulda okutulacak dersler belirlenmiştir<sup>8</sup>. Ancak, Cerîde-i Havâdis’te çıkan mektebin resmî açılışına dair yazıda bu derslere bazı ilâvelerin yapıldığı anlaşılmaktadır<sup>9</sup>. Bu dersler arasında “*usûl-i idare*” isimli bir ders de bulunmaktadır. Bu isimli bir ders ilk defa bu mektebin müfredatında yer almaktadır<sup>10</sup>. Okul açılırken sadece altı ders için altı (6) hoca tayin edilmiş olduğu<sup>11</sup> ve bunlar içinde

<sup>6</sup> Bu bağlamda 1734’te I. Mahmut tarafından “Hendesehane” (mühendis mektebi); 1775’te Mühendishane-i Bahrî-i Hümayûn (deniz mühendisliği-deniz okulu); 1795’te Mühendishane-i Berrî-i Hümayun (askeri mühendis); 1826’da Menşe-i Küttâb-ı Askerî (askeri kâtip okulu); 1827’de ordunun hekim ihtiyacını karşılamak üzere Tıbhâne-i Âmirî; 1835’te subay yetiştirmek üzere Mekteb-i Harbiye açılır. Şenay Başkan ve Abdulhaluk Mehmet Çay, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Eğitim Sistemi”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 12/64 (2019), s.176 vd.

<sup>7</sup> Okulun açılışı 18 Cemaziyül-ahir 1275 (23 Ocak 1859) tarih ve 567 sayılı Takvim-i Vekayi’de şu şekilde belirtilmektedir: “*Kaymakamlık ve müdürlük gibi umur-u mülkiyede müstahdem olacak memurlara mahreç olmak üzere bir Mekteb-i Mülkiye teşkiliyle Aklam-ı Şahane’de bulunan ketebebin ehliyetlularından ve talebenin Mukaddemat-ı ulumu görmüş müsteiddanından münasip miktar zat bil intihap alınarak kendilerine lüzum-u mer-tebede Fenni Tarih ve Coğrafya ve Hesap ve Ekonomi Politik ve Nizam-ı Cedide ve Muahadat-ı Saltanat-ı Seniyye okutturulup bunlardan kesb-i istikkak edenlerin o misillü taşra memuriyetlerine tayiniyle açıktan şunun, bunun kaymakam ve müdür nasbolunmaması hakkında itihazı icabeden usul ve nizam Meclis-i Aliyi Tanzimat’da bileraf müzakere ve mütalea olunarak olababda bir küt’a nizamnâme kaleme alınmış ve iş bu teşkil olunacak mektep için muahharen Ticarethane’de bulunan mahal tesviye ve tanzim olunarak okunacak fünun için lüzum olan hocalar dahi intihap ve tayin kılınmış olduğundan nizamnâme-i mezkur ahkamınca bu sene alınması lazım gelen şakirdanın tertip ve ikmalıyla Mekteb-i mezkurun teşkili ve fünun-u muharrerinin suret-i tedris ve talimi ve mektebin idarei dahiliyesi hakkında lazım gelen usulün dahi hemen tanzim ve tesviyesi hususu müteallik ve şerefsünuh buyrulan İrade-i Seniyye-i Hazret-i Padişahi icabı alisi olmak üzere maarif-i Umumiye Nezaret-i behisine havale olunmuştur”. Bkz. Ali Çankaya, *Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler*, C.1, Ankara 1954, s.6.*

<sup>8</sup> Bu dersler şunlardır: (1) Fenn-i had (hat), (2) inşâ (kompozisyon), (3) hesap (aritmetik), (4) hendese-i ameliye (geometri), (5) ekonomi politik, (6) tarih, (7) coğrafya, (8) istatistik, (9) kavanin-i cedide-i saltanat-ı seniyye (yeni Osmanlı kanunları), (10) hukuk-u milel (devletler hukuku), (11) muâhedat-ı Devlet-i Aliyye (Osmanlı Devleti’nin yabancı devletlerle yaptığı anlaşmalar), (12) idare-i memlekette muktazî olan sair bazı şeyler (Adem Doğan, Osmanlı Eğitiminde Mülkiye Mektepleri, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 2007, s.15).

<sup>9</sup> Bu dersler şunlardır. (1) Kavânin ve usûl-i Tanzimat-ı Hayriyye, (2) ticaret kanunları, (3) muhasebe usûl-i defterî (muhasebe), (4) usul-i idare (idare usulü), (5) siyâset-i medeniyye (medenî siyaset), (6) usûl-i ahkâm-ı cezâ (ceza hükümleri usulü), (7) kavâid, (8) usul-i muhâkemât, (9) kozmografya, (10) hikmet (fizik), (11) tevârih-i tabiiyye (jeoloji ve biyoloji) (Ali Akyıldız, “Mekteb-i Mülkiyye”, *Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2016, C.2, s.240-242).

<sup>10</sup> Doğan, s.16.

<sup>11</sup> Bahsedilen hocalar, maaşları ve görevlendirildikleri dersler şu şekildedir: (1) Tevârih ve Kavanin-i Nizamat ve Fıkıh-ı Şerif; (Okutan: Mustafa Hazım Efendi. (Maaşı) 1500 kuruş (2) Usulü İstatistikîye ve Hukuk-u Milel ve

“usul-i idare” dersi bulunmadığından, bu ders fiilen okutulmaya başlanamamıştır. 23 Mart 1877 tarihli Cedid Mekteb-i Mülkiye-i Şâhâne Nizamnâme-i Dâhilisinde, mekteb-i mülkiyede okutulacak dersler belirtilmiştir. Bu dersler arasında 4. Sınıfta (yüksek kısım) okutulacak “*Usul-i İdare-i Umumiye ve İdareye Mûteallik Mevad*” ; 5, 6, ve 7. Sınıflarda okutulacak “*Usul-i İdare*”, isimli bir ders yer almaktadır<sup>12</sup>. Mektebin ders programında “usul-i idare” dersinin Ūlâ Sânisî rütbesinde Sakızlı Ohannes Efendi tarafından verileceği belirtilmektedir<sup>13</sup>. Buradan anlaşıldığına göre Mekteb-i Mülkiye’de 1877’den itibaren idare hukuku (usul-i idare) dersi fiilen okutulmaya başlanmıştır.

1869 yılında bir Nizamnâme ile kurulan hikmet ve edebiyat”, “ilm-i hukuk”, “ulum-i tabiiyye ve riyâziyye” şubelerinden oluşan Dârulfünûn<sup>14</sup>, hukuk şubesinde okutulacak dersler arasında “**hukuk-ı idare**” isimli bir ders bulunmaktadır. Ancak bu ders fiilen okutulmadan 1873 yılında okulun faaliyetine son verilir. 1880’de Adliye Nezareti’ne bağlı olarak “Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne” ismiyle faaliyete başlamıştır<sup>15</sup>. Mekteb-i Hukuk’un ders programında yapılan değişiklikte 1891 yılında “**Hukuk-ı İdare-i Mülkiyye**” isimli bir dersin 2. ve 3. sınıflarda okutulması öngörülmüştür<sup>16</sup>. 1898 yılı ders programında 1. ve 2. sınıflarda okutulmak üzere “**Hukuk-ı İdare**” isimli bir dersin yer aldığı ve bu dersi okutmak üzere **İbrahim Hakkı Bey**’in görevlendirildiği anlaşılmaktadır<sup>17</sup>.

Mekteb-i Mülkiye’de okutulan “Usul-i İdare” isimli ders için ilk kapsamlı ders kitabı Sakızlı Ohannes Paşa tarafından kaleme alınan 1884 tarihli “Usûl-i İdare” isimli eserdir. Mekteb-i Hukuk’ta okutulan “Hukuk-ı İdare” isimli ders için ilk kapsamlı ders kitabı ise İbrahim Hakkı Bey tarafından telif edilen, 1896(1312) tarihli “Hukuk-ı İdare” isimli eserdir.

Muahadat-ı Devlet-i Aliyye ve Ekonomi Politik ve İdare-i Memâlik-i Mütemeddine ve Usul-ü Ahkâm-ı Cezaiye (Okutan : Tercüme Odasından Emin Efendi (Maaşı) 800 kuruş (3) İnşa-i Türki (Okutan: Emin Efendi (Maaşı) 750 kuruş (4) Coğrafya ve İstatistika (Okutan: Tercüme Odasından Necip Efendi (Maaşı) 500 kuruş (5) İlm-i Hesap ve Mesaha ve Kozmoğrafi (Okutan: Mustafa Efendi (Maaşı) 500 kuruş (6) Kavanin-i Ticaret ve bağzı esas malumat-ı ticariye (Okutan: Gavril Efendi (Maaşı) 500 kuruş. Bkz. Doğan, s.15.

<sup>12</sup> Doğan, s.38-40.

<sup>13</sup> Doğan, s.41.

<sup>14</sup> Ekmeleddin İhsanoğlu, “Dârulfünûn Tarihçesine Giriş- İlk İki Teşebbüs”, *Belleten*, 54/2 (1990), s.705 vd.

<sup>15</sup> Üç yıllık Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne’de Nizamnâmeye göre şu dersler okutulacaktır: (1) Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), (2) arazi hukuku (Arazi Kanunu-Tapu ve Emlâk Nizamnâmeleri), (3) ceza hukuku (Ceza Kanunu), (4) kara ve deniz ticaret hukuku (Ticaret-i Berriyye ve Bahriyye Kanunları), (5) hukuk ve ceza muhakeme usûlleri (Usûl-i Muhakeme-i Hukukiyye ve Cezaiyye Kanunları), (6) ilâm düzenleme usûlü (Usûl-i Tanzim-i İlâm), (7) milletler hukuku (İlm-i Hukuk-ı Milel), (8) ecnebilerle ilişkilere dair hukukî metinler (Muamelât-ı Ecnebiyyeye mûteallik Uhd ve Nizâmât ve Mukâvelât) ve (9) Fransızca (Fransız Lisânı) Ali Adem Yörük, Mekteb-i Hukukun Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul 2008, s.70. Açıldığı yıllarda Mekteb-i Hukuk-ı Şahane’de Hukuk muhakemeleri usûlü (Adliye Nazırı Ahmed Cevdet Paşa), Methal-i İlm-i Hukuk (Maarif Nazırı Münif Paşa), Ticaret Hukuku (Nâfia Nazırı Hasan Fehmi Paşa), ‘Ceza Muhakemeleri Usulü’ (Baş Müddeiumumi Kostaki Efendi), Ceza hukuku (İsmail Bey), Roma Tarihi (Sait Bey), Mecelle (Ömer Hilmi Efendi), Arazi Hukuku (Abdüssettar Efendi) dersleri okutulmuştur. Bkz. Yörük, s.71-72.

<sup>16</sup> Yörük, s.85.

<sup>17</sup> Yörük, s.88, 90.

### III. AHMED ŞUAYB'İN HUKÛK-I İDARE İSİMLİ ESERİ HAKKINDA BAZI NOTLAR

1. Eserin kapağında “Tarakçılarda Hacı Hüseyin Efendi Matbaasında Tab’ edilmiştir 1328” ifadesinden esrin 1910 tarihli olduğu, yani müellifin hayatını kaybettiği yılda basıldığı anlaşılmaktadır.

Yine eserin kapağında ifadeler yer almaktadır: “Hukûk-ı İdare, İkinci Sınıf Dersleri, Dârülfünûn-ı Osmânî Hukuk Şubesi Muallimlerinden Ahmed Şuayb Bey’in Zaptolunan Takrîr-i Âlileridir. Muallim-i Muhteremin Ruhsatıyla Tarafımızdan Tab’ Ettirilen İşbu Nüshaların Adedi Mahduttur”. Altında da Ahmed Talat ve Hacı Mahmud Tâhir isimleri yer almaktadır. Bu ifadelerden çıkan ilk sonuç, dersin hukuk şubesinin ikinci sınıfında okutulduğudur. Diğer ise, hocanın derste anlattıklarının öğrencileri tarafından tutulan notların, hoca tarafından gözden geçirilerek basılması şeklinde oluştuğudur.

Burada şu hususu da hatırlatmak gerekir. Ahmed Şuayb’ın Hukûk-ı İdare” isimli eserinin farklı baskıları bulunmaktadır. Biz elimizdeki baskıyı esas almaktayız. Tüm baskıları karşılıklı mukayese ederek aralarında ne gibi farklar olduğu, hangi konuların çıkarılıp hangilerinin ilave edildiği ayrıca araştırılmalıdır diye düşünmekteyiz.

2. Hukûk-ı İdare isimli eserde içindekiler ve başlık numaraları bulunmamaktadır. Yine eserde bu günkü anlamıyla atıf tekniği kullanılmadığı gibi, hiçbir dipnota da yer verilmemektedir. Sadece konuların ana başlıklarına numarasız bir şekilde eyer verilmektedir.

3. Hukûk-ı İdare isimli eserde ele alınan konulardan bazıları, bu günkü idare hukuku ve idarî yargılama hukukuna ilişkin eserlerde bulunan konular olduğu görülmektedir. Mesela memurin muhâkemesi, yargı düzenleri (envâ-ı mehâkim), yargı düzenleri arasındaki uyumsuzluklar (ihtilaf-ı mehâkim), Sayıştay (Divan-ı muhâsebat), kamu malları (emlâk-ı umumiye-i hükûmet- emlâk-ı hususiye-i devlet), ormanlar, madenler, bayındırlık faaliyetleri (umûr-ı nâfia), kamulaştırma (istimlâk) konularından kimileri doğrudan kimileri de kısmen idare hukuku eserlerinde ele alınan konulardır.

Eserde, idare hukukunu ilgilendiren konular olmakla beraber, bu günkü idare hukuku eserlerinde yer almayan konuların da ele alındığı görülmektedir. Mesela askerlik mevzuu (ahz-ı asker kanunu), genel yardım sandıkları (muâvenet-i umûmiyye) bunlardan bazılarıdır.

Eserde, bu gün idare hukuku içinde değil de, diğer hukuk dalları içinde yer alan konulara da yer verildiği görülmektedir. Örneğin din özgürlüğü (hürriyet-i mezhebiye), basın özgürlüğü (hürriyet-i matbuat), borsalar, bankalar, marka, ihtira beratı, sanayi serbestisi eserde incelenen konular arasında yer almaktadır.

### IV. HUKÛK-I İDARE İSİMLİ ESERDE İNCELENEN KONULAR

Eserde ele alınan tüm konuları tek tek incelemek bu makalenin kapsamını aşacağından, ana başlıkları ve bu başlıklar altında nelere yer verildiğini özetlemekle yetineceğiz. Başlıklar eserdeki orijinal haliyle yazılmıştır. Ancak numaralar tarafımızca konulmuştur.

**1. Memurin Muhâkemesi:** Bu başlık altında, memurların yargılanmasının genel mahkemelerde (adli yargıda) mı yoksa idarî yargıda mı olması gerektiği konusu tartışılmaktadır. Konuya ilişkin görüşler ve gerekçeleri aktarılmaktadır. Yazar, idarî yargı yönünde görüş beyan etmekte ve bu görüşünün muhtelif gerekçelerle desteklemektedir.

**2. Envâ-i Mehâkim:** Burada yargı ayrılığı ve yargı birliği konusu yani adli yargı yanında idarî yargının varlık sebepleri üzerinde durulmaktadır. Devamla Şûrâ-yı Devlet ve diğer yargı yetkisi bulunan meclis ve kurullar hakkında bilgi verilmektedir.

**3. İhtilâf-ı Mehâkim:** Yargı ayrılığının kabul edilmesi durumunda adli yargı ile idarî yargı arasında çıkabilecek görev uyuşmazlıklarının çözümü konusu irdelenmektedir. Şer'î mahkemeler ile adli ve idarî mahkemeler arasındaki görev uyuşmazlıklarının Meclis-i Vükela (Bakanlar Kurulu) tarafından çözüleceği, idarî yargı ile adli yargı arasındaki görev uyuşmazlıklarının ise bu meselenin hal'i, taşrada Meclis-i İdâreye, merkezde Şûrâ-yı Devlete verildiğini, onun meselenin tarafı olması sebebiyle isabetli olmadığı ifade edilmekte, arkasından da uyuşmazlık Mahkemesi (Mahkeme-i İhtilâf) oluşturulması gerektiği belirtilmektedir. Daha sonra da uyuşmazlık çeşitleri (ihtilâf-ı icâbî, ihtilâf-ı selbî) üzerinde durulmaktadır.

**4. Dîvân-ı Muhâsebat:** Burada devletin ve diğer resmî dairelerin gelir ve giderlerinin denetlenmesi esası üzerinde durulmaktadır. Bu bağlamda, devletin gelirleri ve giderlerinin neler olduğu, bunlar için ne gibi defter ve kayıtların tutulduğu anlatılmaktadır. Bu hesapların denetimi için kurulan Dîvân-ı Muhâsebat'ın yapısı, işleyişi, hesapların nasıl tetkik edildiği, kararları ve kararlarının icrası ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Ayrıca Fransa, Belçika dîvân-ı muhasebatları hakkında da mukayeseli şekilde bilgiler aktarılmaktadır.

**5. Hürriyet-i Mezhebiye:** Bu gün din özgürlüğü şeklinde ifade edilen konu ele alınmaktadır. Din özgürlüğünün felsefi temelleri, Hristiyanlığın ve İslamiyetin din özgürlüğüne bakışı uzun ve ayrıntılı tahlillere tâbi tutulmaktadır. Bu bağlamda din ve devlet ilişkileri konusu da derinlemesine tartışılmaktadır. Arkasından Almanya, İngiltere, Rusya, İtalya gibi ülkelerin din özgürlüğüne bakışı ve uygulaması detaylı şekilde anlatılmaktadır. Son olarak da Osmanlı Devletinin din (mezheb) hürriyetine bakışı ve uygulaması hakkında da ayrıntılı açıklamalar yapılmaktadır. Bu bağlamda Osmanlı Devleti teb'ası içinde bulunan tüm dini grupların (Rum cemaati, Ermeni cemaati, Mûsevî cemaati, Protestan cemaati, Latin cemaati, Keldanî cemaati) mevcut durumları, dini örgütlenmeleri, yönetimlerinin seçimi, dini özgürlükleri ayrı ayrı ele alınmaktadır.

**6. Hürriyet-i Matbuat:** Basın hürriyetinin esası, unsurları “hürriyet-i fikriye, hürriyet-i lisanî ve hürriyet-i kalemiye” olarak tasnif edildikten sonra, en başta fikir hürriyeti (hürriyet-i fikriye) olmak üzere her biri ayrı ayrı detaylı olarak açıklanmaktadır. Arkasından basın özgürlüğünün (hürriyet-i matbuat) nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiği, basın suçlarının nasıl olması gerektiği konuları ele alındıktan sonra Kânûn-ı Matbuat hükümleri üzerinde durulmaktadır.

**7. Maârif-i Umûmiye:** Genel olarak eğitim-öğretim konusuna “hürriyet-i tedris” (öğrenim özgürlüğü) ile başlanılmaktadır. Fransız İhtilalinden sonra bu konuya ilişkin gelişmeler ve öğrenim özgürlüğüne ilişkin nazariyeler tahlil edilmekte, zorunlu eğitim ve devletin okullar

eğitim ve okullar üzerindeki yetkisi ile özel okullar konusu ele alınmaktadır. Arkasından bizde Maarif Nezaretinin (Eğitim Bakanlığı) tarihçesi, eğitim kurumlarının dereceleri (ibtidâi, tâli, ve âli), öğretmen okulları (Dârülmualimin, Dârülmualimat, Kız Sanâyi' Mektepleri, Tahsil-i Âli (Dârulfünûn ve şubeleri), mevcut Maârif Nezâreti teşkilâtı, Osmanlı müzesi, Matbaa-i Âmire konuları detaylı şekilde anlatılmaktadır. Arkasından medeni ülkeler (memâlik-i mütemeddine) veya gelişmiş ülkeler (mürerakkî memleketler) tabir ettiği İngiltere, Fransa, Almanya gibi ülkelerde öğrenin özgürlüğüne va devletin bu konuya bakışı (özellikle İngiltere-Fransa fark) üzerinde detaylı olarak durulmaktadır. Esas olarak da okullarda eğitim-öğretimin (terbiye) nasıl olması gerektiği konusu incelenmekte ve eğitimin sadece kitaplardan değil mutlaka tecrübe (görme, incelme alıştırma yapma) ile desteklenmesi gerektiği savunulmaktadır.

**8. Âsâr-ı Atıka:** Bu başlık altında tarihi ve kültürel değerler ve eski eserlerin (yer üstü ve yer altı) çıkarılması (arkeoloji), himayesi, sergilenmesi konuları çok ayrıntılı şekilde ele alınmaktadır.

**9. Emlâk-ı Umûmiye-i Hükûmet-Emlâk-ı Husûsiye-i Devlet:** Bu başlık altında, günümüz idare hukuku eserlerinde de yer alan kamu malları konusu inceleme konusu yapılmaktadır. Bu gün dahi geçerli olan idarenin “kamusal malları (emlâk-ı umûmiye-i hükûmet) ve idarenin özel malları (emlâk-ı husûsiye-i devlet) ayrımının yapıldığı görülmektedir. Diğer ülkelerde kamu mallarının hukukî statüsü aktarıldıktan sonra, Osmanlı Devletinde kamu mallarının yapısı, türleri, miktarları hakkında bilgiler aktarılmaktadır.

Ormanlar, diğer ülkelerdeki orman miktarları ile karşılaştırma yanında, Osmanlı Devletinde ormanlar ve miktarları (mîri ormanlar, vakıf ormanlar, köy ve kasabalara iat ormanlar) ormanların korunması ve çoğaltılması için neler yapılması gerektiği, orman kesim usulleri, orman teşkilâtı hakkında çok detaylı bilgiler verilmektedir.

Madenler bahsinde, maden çeşitleri, madenler üzerinde devletin hak ve yetkisi, kişilerin madenler konusundaki yükümlülükleri, maden arama, çıkarma ve taşıma izin ve usulleri, madenlerin korunması gibi konular ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Bu arada “taş ocakları” da ayrı bir başlık altında incelenmektedir.

**10. Umûr-ı Nâfia:** Bu başlık altında bayındırlık faaliyetleri (yol, köprü, demiryolu, ulaşım araçları, limanlar, kanallar, fenerler vs.) ele alınmaktadır. Öncelikle Amerika ve Almanya'da bu konulara nasıl yaklaşıldığı, devletin ve özel teşebbüsün bu konulardaki katkısının nasıl olduğu ve bu bağlamda teşebbüs hürriyeti konularında bilgiler aktarılmaktadır. Arkasında Osmanlı Devleti'nde nâfia hizmetlerinin gerçekleştirilmesinin kısa tarihi, ilk Nâfia Nezâretinin kurulması (1870), bakanlığın bu konularda şirketlerle imtiyaz sözleşmesi yapması koşulları, imtiyaz sözleşmesinin içeriği ve taraflara yüklediği hak ve yükümlülükler (şartnameler), imtiyaz sözleşmelerinin sona ermesi halleri gibi hususlar detaylı olarak açıklanmaktadır.

**11. Şimendiferler:** Bu başlık altında demiryolu (şimendifer) konusu ayrı bir başlık altında ele alınmaktadır. Demiryolunun ve şimendiferlerin icadı, Avrupadaki gelişimi, askerî ve ekonomik değeri, demiryollarının yapımı ve iletilmesi (devlet mi özel teşebbüs mü?), batı ülkelerinde bu işler nasıl yapılmakta, bizde nasıl yapılmaktadır, demiryollarının yapımında



garantiler ve krediler, bizde il demiryolu yapımı ve gelişimi gibi konular bütün ayrıntıları ile ele alınmaktadır.

**12. Turuk ve Meâbir:** Turuk, tarik (yol) kelimesinin çoğulu, meâbir de köprüler demektir. Yol köprü ve geçitlerin çeşitleri (vilâyet caddeleri, nahiye yolları, sancak yolları, şoseler vs.), önemi ve inşası, kişilerin yol yapımına bedel ödeyerek (tarik bedeli) ya da bedenen çalışarak katılım zorunluluğu, devletin yolların yapımındaki program ve çalışmaları, yapılan yolların muhâfazası gibi konular detaylı şekilde incelenmektedir.

**13. Limanlar:** Limanları taşımacılıkta özellikle ticaret açısından önemi, limanlar ve rıhtımların inşası, Osmanlı Devletindeki önemli limanlar, nehir, ırmak, göl sularının ıslahı ve buralarda taşımacılık yapılması gibi konular diğer ülkelerle mukayeseli şekilde ele alınmaktadır.

**14. Ameliyat-ı Miyâhiye-i Zirâiyeye:** Bu başlık altında da tarım arazilerinin sulanması, bataklık arazilerin ıslah edilerek tarıma elverişli hâle getirilmesi, Osmanlı Devletinde bu kapsamda yapılan çalışmalara ilişkin bilgiler aktarılmaktadır.

**15. Şühur ve Kasabatın En Ziyâde Muhtaç Olduğu Bir Şey Varsa O da “Plan”dır:** Bu başlık altında şehir ve kasabaların imar planlarının yapılmasının önemi, cadde ve sokakların isimlendirilmesi ya da numaralandırılması, binaların numaralandırılması gibi husular ele alınmaktadır.

**16. Mesâkine Gelince:** Burada, insanlar için meskenin (konut) önemi, meskenin kadim tarihi, mesken modelleri, mesken mimarisi (diğer ülkelerle mukayeseli), Bina Kanunu gereğince cadde ve sokakların yapısı (boyu, genişliği, güzergâhı), binaların çok katlı olması ve bundan çıkan hukukî sorunlar, resmi binalara (okul, hastane vs.) yer ayrılması ve bunların yapımı gibi konular hakkında bilgi verilmektedir.

**17. İstimlâk:** Kamu yararının (menâfi-i amme) gerektirdiği durumlarda kişilerin mülkiyetinde olan gayri menkullerin istimlâk edilmesi (kamulaştırılması) durumunda mülk sahiplerinin haklarının korunması ve bu konuda Şûrâ-yı Devlet’in yetkileri, istimlâk yetkisini hâiz olanlar gibi hususlar ele alınmaktadır.

**18. Serbestî-i Sanâyi:** İktisadın gelişimi için “mesuliyet”, “rekâbet”, ve “hürriyet” unsurlarının varlığı gerektiği vurgulandıktan sonra teşebbüs hürriyetinin önemi üzerinden durulmaktadır. Akabinde devlet tekeli (inhisar) konusu, teşebbüs hürriyetinin sınırlandırılması, esnaflık mesleği ve esnaf meclislerinin (esnaf odaları) oluşumu ve görevleri hakkında bilgiler aktarılmaktadır.

**19. İhtirâ Beratı:** Batı ülkelerinde yapılan buluşlar ve devletçe verilen ihtira beratları hakkında bilgiler aktarıldıktan sonra, ihtira beratının niteliği, nasıl verileceği, sahibine sağladığı haklar, ihtira beratının hükmünün sona ermesi konuları hakkında bilgiler verilmektedir.

**20. Alâmet-i Fârika:** Bu başlık altında markanın (alâmet-i fârika) mahiyeti, elde edilmesi, sağladığı haklar, başkasına devri ya da kiralanması, yabancı markaların durumu hakkında açıklamalara yer verilmektedir.

**21. Ticâret, Zirâat, Sınâata Hâdim Müessesat:** Bu başlık altında genel olarak ticaret, ziraat ve sanayinin önemi, devletlerin bu konulardaki durumu, Osmanlı Devleti'nde zirâat ağırlıklı faaliyette bulunduğu, zirâatın geliştirilmesi için batı devletlerinde nasıl bir yol takip edildiği, bizde ne yapılması gerektiği, ticaret konusunda çok geri olduğumuz konuları işlenmektedir. Akabinde Zirâat Nezâretinin teşkilâtı, merkez ve taşra zirâat memurlarının görev yetkileri konularında bilgi verilmektedir.

**22. Borsalar:** Bu başlık altında öncelikle ticarî itibar, hisse senedi, tahvil ve spekülasyon kavramları açıklanmaktadır. Arkasında borsa kavramının ne anlama geldiği, borsa işlemleri (borsa oyunları), iktisadî malların mübadelesi, borsanın mübadeledeki önemi, borsa teşkilâtı ve görevleri hakkında bilgiler aktarılmaktadır.

**33. Bankalar:** Bankaların oluşumu, işleyişi, çeşitleri, yürüttüğü faâliyetler (faiz karşılığı para toplamak ve kredi vermek), ticarî ve iktisadî hayatta bankaların işlevi gibi konular hakkında açıklamalara yer verilmektedir.

**34. Zirâat Bankası:** Bizde Zirâat Bankasının kuruluşu, kuruluş sermayesi, yönetimi ve teşkilâtı, yürüttüğü faaliyetler, borç verme ve ipotek (rehin) işlemleri gibi hususlar ele alınmaktadır.

**35. Muâvenet-i Umûmiyye:** Bu başlık altında yoksullara yardım konusu ele alınmaktadır. Öncelikle yoksullara yardım konusundaki olumlu ve olumsuz görüşleri aktarılmakta ve eleştirisi yapılmaktadır. Diğer ülkelerde yoksullara yardım konusuna bakış ve uygulamalar hakkında bilgi verilmektedir. Yoksullara yardımın insanlık görevi olduğu vurgulandıktan sonra, yoksullara yardım konusunda devletin görevleri üzerinde durulmaktadır.

**36. Emvâl-i Eytam Nizamnâmesi:** Bu başlık altında yetimlerin kendilerinin bakım ve iâşesi, mallarının kayıt altına alınması, korunması ve işletilmesi, Eytam Müdürlüğünün kuruluşu, merkez ve taşra teşkilâtı, işleyişi görev yetkileri ele alınmaktadır.

**37. Evkaf Nezâreti:** Vakıf müessesesinin dini temelleri, İslam tarihindeki uygulama örnekleri, medeniyetimizdeki yeri, Osmanlı Devleti'ndeki uygulamalar, Evkaf Nezâretinin kurulması, teşkilâtı, görev ve yetkileri, vakıf çeşitleri, vakıfların idaresi, vakıfların gelirleri gibi hususlar hakkında detaylı açıklamalar yapılmaktadır.

**38. Ahz-ı Asker Kanûnu:** Bu başlık altında, Osmanlı Devleti'nde önceleri asker ihtiyacının nasıl karşılandığı (kapu kulu askerleri, yeniçeriler, sipahiler vs.) anlatıldıktan sonra, bunların oluşumu, eğitimi, görev taksimatı konusunda açıklamalara yer verilmektedir. Daha sonra düzenli ordunu kuruluşuna geçilmesi, Harbiye Nezâretinin ve Mekteb-i Harbiyenin kuruluşuna kadar gelen gelişmeler hakkında bilgi verilmektedir. Akabinde 1304 (1888) târihli "Ahz-ı Askeriye Kânûnu" ve getirdiği düzenlemelerden söz edilmektedir. Bu bağlamda, kimlerin askerlik vazifesi ile yükümlü olduğu, kimlerin bu vazifeden muaf olduğu, askere celp işlemlerinin usulü ve sınıflar, askerlik tecil işlemleri ayrıntılı şekilde ele alınmaktadır.

**39. Muin Meselesi:** Bu başlık altında bakım ve yardıma muhtaç yaşlı kişilerin çocuklarının, dul olan hanımların çocuklarının, bakıma muhtaç eş veya çocuğu olan gençlerin,

yetimlere bakma durumunda olan gençlerin askere alınma şartları ve usulleri ele alınmaktadır. Kanunda bunlar için getirilen kolaylıklar, imkânlar ve seçenekler üzerinde durulmaktadır.

**40. Bedel-i Nakdi:** Bu başlık altında bedelli askerliğe ilişkin kurallar ve ödenecek bedeller konusu ele alınmaktadır. Son olarak da askerlik görevinden kaçınmaya çalışanlar hakkında öngörülen yaptırımlar üzerinde durulmaktadır.

## KAYNAKÇA

- Akyıldız Ali, "Mekteb-i Mülkiyye", *Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2016, C.2.
- Başkan Şenay, Çay Abdulhaluk Mehmet, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Eğitim Sistemi", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 12/64 (2019).
- Beydilli Ahmet, "Mühendishane-i Berrî-i Humâyun", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2006.
- Çağlayan Ramazan, "Ülkemizde İdare Hukuku Dersinin Kısa Tarihçesi ve İdare Hukuku Ders Kitaplarının İlk Örnekleri", *AHBVÜHFD*, 25/3 (2021).
- Çankaya Ali, *Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler*, C.1, Ankara 1954.
- Doğan Adem, Osmanlı Eğitiminde Mülkiye Mektepleri, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 2007.
- Doğan İsmail, "Sosyolojik Düşüncenin Osmanlı'daki Kaynakları: 'Ulum-ı İktisâdiye ve İçtimâiye Mecmuası' Örneği", *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 32/1 (1999).
- Doru Seyit Rasim, "Ahmet Şuayb ve 'Hukuk-ı İdare' Kitabında İdare Malları Konusu", *II. Türk Hukuku Târihi Kongresi Bildirileri*, C.1, 13-14 Mayıs 2016.
- Duman Fulya, Osmanlıda Tıp Eğitimi ve Mekteb-i Tıbbiye, Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, 2015.
- İhsanoğlu Ekmeleddin, "Dârülfünûn Târihçesine Giriş- İlk İki Teşebbüs", *Belleten*, 54/2 (1990).
- İslâm Ansiklopedisi, <https://islamsiklopedisi.org.tr/ahmed-suayb>.
- Karakuş Mehmet, "Son Dönem Osmanlı Aydınlarından Ahmet Şuayb'in Fikri Yapısı", *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2/2 (2015).
- Karanlık Sennur, "Hayat ve Kitaplar-Ahmet Şuayb" Marmara Üniversitesi-Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Yeni Türk Edebiyatı Ana Bilim Dalı- Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992.
- Özcan Abdülkadir, "Harbiye", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1997.
- Sakallı Fatih, "Ahmet Şuayb'in 'Muhasebe-i Edebiyye' ve Diğer Yazıları", *Türkbilig*, 2012/24.
- Taştekin Osman, "18. Yüzyıl ve Sonrası Osmanlı Eğitim Kurumları", *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, 23/3 (2019).
- Uğur Ünal, "III. Selim'den Meşrutiyete Osmanlıda Eğitim (1789-1876)", *Türk Eğitim Tarihi*, Ankara 2016.
- Yörük Ali Adem, *Mekteb-i Hukukun Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul 2008.







İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# BATILI DEVLETLERİN KARMA TİCARET MAHKEMELERİNDE MECELLE'NİN UYGULANMASINA YÖNELİK ELEŞTİRİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

## EVALUATION OF WESTERN STATES' CRITICISM ON IMPLEMENTATION OF MAJALLA IN MIXED COMMERCIAL COURTS

Doç. Dr. Ahmet Kılınc\*

Harun Karakaya\*

### ÖZ

Şer'i ve örfi hukukun birlikte yürürlükte bulunduğu Osmanlı Devleti, Tanzimat ile birlikte hızlı bir Batılılaşma sürecine girmiş ve bu kapsamda başta Ticaret Kanunnamesi olmak üzere pek çok Batılı kanunu iç hukukuna aktarmıştır. Bunların dışında yerli çabalarla oluşturulmuş Mecelle gibi bazı kanunlar da yürürlükte olmuştur. Batılı devletler Mecelle'nin Muhtelit Mahkemelerde uygulanmasından rahatsız olmuşlar ve pek çok fırsatta bu rahatsızlıklarını dile getirmişlerdir. Çalışmada Batılı devletlerin bu rahatsızlıklarını konu edinen resmi belge incelenmiştir. Bu bağlamda çalışmada öncelikle Osmanlı Hukuku'nun ilgili dönemdeki genel bir manzarasına yer verilmiş; ardından ilgili belgenin özeti kısaca aktarılmıştır. Bunu takiben Karma Ticaret Mahkemelerinde Mecelle'nin uygulanması meselesine değinilmiş, daha sonra da çalışma konusu belgede değinilen bazı temel hukuki sorunlara temas edilmiştir. Belgede Mecelle'nin günün sosyal ve ticari koşullarına uygun olmadığından yakınılmış ve Mecelle'nin tadili tavsiye edilmiştir. Ancak belgede zikredilen somut normlar tahlil edildiğinde, bu eleştirilerin sağlam temellere dayanmadığı görülmektedir. Ayrıca örfi hukuk vasıtası ile farklı hukuk anlayışları, toplumsal ve ticari hayatta yaşanan gelişmeler normatif hale getirilmiştir. Keza belgeye imza atan ülkelerin kendi iç hukuklarında da Mecelle'ye paralel hükümlere sahip olması, tenkitlerin bilimsel olmadığını ortaya koymaktadır. Çalışma, Batılı devletlerin, hukukumuzun gelişmesi konusunda rasyonel olmadıklarını ortaya koymaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Mecelle, Ticaret Kanunnamesi, Muhtelit Mahkemeler, Batılılaşma, Dualist Hukuk Yapısı

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

0000-0002-8977-9588 akilinc@ybu.edu.tr

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı.

0000-0003-2626-1842 iur.harun@gmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## ABSTRACT

The Ottoman State, in which shariah and orfi law in force together, entered a rapid Westernization with the Tanzimat period and in this context many Western laws notably the Commercial Code were accepted to the domestic law. Apart from that some codes created with local efforts are also encountered. Majalla is the most important and most comprehensive of them. However Western states disturbed by the implementation of Majalla in the Mixed Commercial Courts and expressed their disturbance on many occasions. In this study, an official document dealing with the disturbance of the Western states is examined. In this context, first of all, a general view of Ottoman Law in the Tanzimat period was given, after that the summary of the mentioned document was given briefly in the study. Following this, the issue of the implementation of the Majalla in the Mixed Commercial Courts was mentioned, and then the basic problems mentioned in the document that was the subject of the study was touched upon. In the document, it was complained that the Majalla is not suitable for the social and commercial conditions and amendment of Majalla was recommended. However, concrete norms mentioned in the document was analyzed, it is seen that these criticisms were not well grounded. In addition, different legal conceptions, developments in social and commercial life were made normative by means of orfi law. Likewise, the fact that the authorities of Western states, which contains parallel norms to Majalla, signed the document, is meaningful in terms of revealing the basic aims of Western countries. The study reveals that Western states are not objective about the development of our law.

**Keywords:** Majalla, Commercial Code, Fixed Commercial Courts, Westernization, Dualist Legal Structure

## GİRİŞ

Klasik dönem Osmanlı Hukuku şer'î hukuk ile örfî hukukun kendine özgü bir şekilde birlikte uygulandığı bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>1</sup>. Bu dönemde şer'î hukuk sahasına ilişkin olarak Hanefî hukukçular tarafından kaleme alınan fıkıh kitapları ile fetva mecmualarından istifade edilmiş<sup>2</sup>; bu sahanın dışında kalan meseleler ise başta kanunnameler olmak üzere padişahın iradesini yansıtan belgelerle şekillenmiştir<sup>3</sup>.

Tanzimat'ın ilanıyla birlikte Osmanlı Devleti'nde batının etkisi açıkça görülmeye başlanmıştır. Hukuk sahası da bu batılılaşmadan nasibini almış, batıdan alınan pek çok hukuki kurum Osmanlı Hukuku'nda kendisini göstermeye başlamıştır<sup>4</sup>. Ancak bu dönemde, eski düzenlemelerden tamamen kopulmamış, şer'î hukukun kurum ve kavramları kullanılarak modern anlamda kodifiye edilmiş hukuk kuralları da oluşturulmuştur. Şu hâlde hukukun pek çok alanında aynı anda hem batı menşeli hem de yerli normlar ve müesseseler yürürlükte kalmıştır<sup>5</sup>. Bu durum ise düalist bir hukuki yapının ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>6</sup>.

Öğretide Ceza Hukuku sahasında yürürlüğe konulan 1848 ve 1851 seneli Ceza Kanunnamelerinin yerli kanunlar olduğu, ancak 1858 Ceza Kanunnamesi'nin karma bir usulle yazıldığı ifade edilmektedir<sup>7</sup>. Ceza Muhakemeleri Hukuku sahasında yürürlüğe konulan 1879 seneli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu ise çok büyük ölçüde 1808 seneli Fransız Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndan iktibas yoluyla iç hukuka aktarılmıştır<sup>8</sup>. Aynı sene yürürlüğe

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Beta, 2017, s.73; Sobia Bashir ve Amen Imran (2012) "Legal System of the Ottoman Empire", *Journal of Law and Society Law College*, C: 42, S: 59 (2012), s. 101; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, Ankara: Yetkin, 2021, s. 145; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Atlas, 2019, s. 91; Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, "Ömer Lütfi Barkan ve Türk Hukuk Tarihi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:70, S: 1 (2012), s. 421; M. Âkif Aydın, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukukunun İşleyişindeki Yeri", *Osmanlı Araştırmaları*, C: 24 (2004), s. 40; Gülnihal Bozkurt, "Review of the Ottoman Legal System", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S: 3 (1992), s.117.

<sup>2</sup> Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, İstanbul: Arı Sanat, 2017, s.182-183.

<sup>3</sup> Ahmet Kılıç, *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara: Adalet, 2022, s.16.

<sup>4</sup> Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci, (1839-1939)*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2020, s.52 vd.

<sup>5</sup> Bozkurt, *Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi*, s.51.

<sup>6</sup> Düalist hukuk yapısı, aynı konu hakkında aynı anda hem yerli hem batılı normatif düzenlemelerinin olduğu bununla birlikte yerli hukuk kuralları ile batılı hukuk kurallarını uygulayacak farklı yargı organizasyonlarının olduğu bir yapıdır; Ahmet Kılıç, Davut Yıldırım, "Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması", *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Kamu Hukuku*, Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınevi, 2021, s.176,177.

<sup>7</sup> Mustafa Şentop, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (TALİD) Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı*, C.3, S.5 (2005), s.652-653, 657; TDV İslam Ansiklopedisi, Mehmet Akif Aydın, İstanbul: İSAM, 1993, "Ceza" maddesi. Ancak bu noktada kimi yazarların 1858 Ceza Kanunnamesi'nin 1810 Fransız Ceza Kanunnamesi'nin "hemen hemen tercümesinden ibaret olduğunu" savunan yazarların olduğunu da belirtmek gerekir. (Bozkurt, *Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi*, s. 100.) Bunun karşısında Akgündüz, 1858 Ceza Kanunnamesi'nin kaynaklarını şu şekilde sıralamaktadır: "(1) 1855 seneli Men'i İrtikab Kanunnamesi, (2) Eski Ceza Kanunları, (3) Şeyhülislamlığın teklif ettiği maddeler ve (4) Diğer Kaynaklar" (Ahmet Akgündüz, "1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesi'nin Hukuki Kaynakları", *Belleten*, C.51, S.199 (1987) s.158.). Konuyla ilgili tartışmalar için ayrıca bk. Seda Örsten Esirgen, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", *Adalet Dergisi*, C: 1-2, S: 62-3 (2019), s. 438; Betül Kayar, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları*. Ankara: Adalet, 2021, s. 96.

<sup>8</sup> Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Turhan, 2011, s.345; Kayar, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları*, s. 147.

konulan Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı ise yine Fransız Usul Kanunu'ndan hareketle hazırlanmışsa da yerli unsurların da olduğu, bir başka deyişle kanunun karma bir usulle hazırlandığı söylenebilir<sup>9</sup>. Ticaret Hukuku sahasında yürürlüğe konulan 1850 seneli Kanunname-i Ticaret, 1863 seneli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi ile 1861 seneli Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunları ise Fransız yasalarından iktibas suretiyle Osmanlı Hukuku'nda yürürlüğe konulan yasalardır<sup>10</sup>. 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, 1917 seneli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile yine aynı sene yürürlüğe konulan Usul-ü Muhakemat-ı Şer'iyye Nizamnamesi ise tamamen yerli bir üslupla hazırlanmış kanunlar olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>11</sup>. Kısacası ilgili dönemde kanunlaştırma açısından tek bir tarz benimsenmemiş, kimi kanunlar Batı'dan, özellikle de Fransa'dan iktibas yoluyla iç hukuka aktarılmış, kimi kanunlar batılı bir sistematikle ancak yerli katkılar da sunularak yürürlüğe konulmuş, kimi kanunlar ise tamamen yerli çabalarla ve İslam Hukuku kavramlarıyla kaleme alınmıştır.

Millî ve yabancı kanunların birlikte yürürlükte bulunması hem kanun yapma tekniği açısından hem de uygulama açısından muhtelif karışıklıklara ve mücadelelere yol açmıştır. İşbu çalışmada bu mücadele ve sorun Devlet Arşivleri'nde yer alan bir vesika merkezli olarak ele alınacaktır. Belge, Osmanlı hakimlerinin, 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret yerine Mecelle hükümlerini uygulamalarının Batı dünyasındaki yansımaları açıklar. 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'ndan iktibas yoluyla iç hukuka aktarılan 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret batılı bir bakış açısını ortaya koyarken, uzun bir mücadelenin sonucunda<sup>12</sup> Ahmet Cevdet Paşa önderliğindeki Mecelle Komisyonu tarafından peyderpey yürürlüğe konulan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ise genelde İslam Hukuku, özelde Hanefi hukuk doktrininin bakış açısını yansıtmaktadır. Bu bakış açısı farklılığı Osmanlı Devleti'ndeki batıcıların ötesinde, uluslararası camianın da dikkatini çekmiştir. Batılı ülkeler, kendi kanunlarının tercümesi olan normatif düzenlemeler yerine Mecelle gibi yerli bir kanunun tercih edilmesine ilişkin tenkit ve eleştirilerde

<sup>9</sup> Şentop, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", s.659; Kayar, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları* s. 149.

<sup>10</sup> M. Macit Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, Ankara: Lotus, 2005, s.75,114; Seda Örsten Esirgen, *Osmanlı Devleti'nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları*, Ankara: Turhan, 2017, s.25; Kayar, s. 143.

<sup>11</sup> Enver Ziya Karal, *Osmanlı Tarihi*, C.7, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1988, s.173-174; Mehmet Akif Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", *Journal of Ottoman Studies*, C:9 (1989), s.48-49; Siddık Sami Onar, "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u Mecelle", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.20, S.1-4 (1954), s.62; Halil Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, Ankara: Berikan, 2016, s.36-37; Mehmet Akif Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul: Klasik, 2018, s.157-176; Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974, s.292; Ahmet Akman, "1917 Tarihli Usul-i Muhakeme-i Şer'iyye Kararnamesi ve Tahlili", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1985, s.51 vd.

<sup>12</sup> Bu mücadele hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Örsten Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle Mi, Fransız Medeni Kanunu Mu?" *OTAM*, S.26 (2011); A. Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, İstanbul: Sebil, 1993, s.36; Karal, *Osmanlı Tarihi*, C:7, s.172-173; Hulusi Yavuz, "Events Leading to the Compilation of First Ottoman Civil Code," *İslam Tetkikleri Dergisi*, C:8, S:1-4 (1984), s.92; Onar, "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u Mecelle", s.62; Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s.46-48. Bu bağlamda Fransız Medeni Kanunu'nun iç hukuka aktarılması gerektiğini düşünen devlet adamlarının temel motivasyonlarının, yabancı devlet yetkililerinin müdahale ve baskılarından kurtulabilmek olduğu ifade edilmektedir. (Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s.46 vd.)

bulunmuşlardır. Bu çalışma, anılan tenkitlerin, dönemin hukukuyla ne derece bağdaştığını ve eleştirilerin objektifliğini inceler.

Çalışmanın merkezinde yer alan belge, Devlet Arşivlerinin Hariciye Nezareti'nin İdare Fonunda yer almaktadır. İlgili fonda Hariciye Nezareti'nin, askeriye, maliye, ziraat, eğitim, basın, nüfus meseleleri başta olmak üzere anlaşmalar, konferanslar ve kongreler gibi muhtelif konularda elçiliklerle yaptığı yazışmalar yer almaktadır<sup>13</sup>. Çalışmanın odağını teşkil eden belge bu fonun 2037 dosya 66 gömlek numarasıyla yer almaktadır. Rika ile kaleme alınan belge, yabancı sefaretlerce kaleme alınan yazının tercümesinden ibarettir.

İlgili belge, Mecelle'nin teorik çerçevesinden ziyade özellikle ticari uyumsuzluklarda uygulamaya nasıl yansındığını ortaya koyması, batılı devletlerin Osmanlı Devleti'nin iç hukukuna "nasıl" ve "hangi gerekçelerle" müdahale ettiğini göstermesi ve yabancı-millî kanunlar arasındaki mücadeleye işaret etmesi, bunun yanı sıra millî kanunlar ile yabancı kanunların hukuk anlayışı arasındaki temel paradigma farkını ortaya koyması bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

Çalışmada öncelikle ilgili belgenin bir özetine yer verilecek ardından Mecelle'nin Karma Ticaret Mahkemelerinde uygulanmasına temas edilecektir. Daha sonra ilgili belgede temas edilen bazı temel somut hukuki sorunlar ele alınacak ve sonuç bölümünde tüm bu veriler birlikte değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## I. BELGENİN ÖZETİ

Çalışmanın odağını teşkil eden 15.03.1907 tarih ve 2037/66 numaralı belge, Almanya, Rusya, İngiltere, Fransa, Avusturya ve Macaristan büyükelçileri ile İtalya büyükelçiliği maslahatgüzarı tarafından kaleme alınan ortak bir tahririn<sup>14</sup> tercümesinden ibarettir ve çalışmada ilgili tahririn Osmanlı Türkçesine yapılan bu resmi çevirisi tahlil edilecektir. İsmi geçen ülkelerin diplomatik temsilcileri bu tahrirlerinde genel olarak Ticaret Kanunname-i Hümayunu'ndaki eksiklikler ile Mecelle'nin Karma Ticaret Mahkemelerinde uygulanmasından kaynaklandığını ileri sürdükleri sorunları ele almışlardır.

Ticaret Kanunname-i Hümayunu ve Mecelle'nin yürürlüğe konuluş süreci ile başlayan metinde Ticaret Kanunnamesi'nin düzenlenmesine ilişkin padişah iradesinin, Mehakim-i Muhtelita Nizamnamesi'nin yabancı elçiliklere tebliğinden birkaç ay kadar sonra ilan edildiği; takriben iki sene kadar sonra ise bahsi geçen Ticaret Kanunnamesi'nin yürürlüğe konduğu vurgulanmıştır. Belgede bu kanunun neşrinden takriben on iki sene kadar sonra ise Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunnamesi'nin yabancı elçilikler tarafından kabul edildiği ifade edilmiştir. Belgeyi kaleme alanların ifadesine göre bu metinlerin pek çoğu Fransız kanunlarının eksik birer tercümesinden ibarettir. Ayrıca bu kanunnamelerde içerik açısından da ciddi

<sup>13</sup> İskender Türe ve Salim Kaynar (Yayına Hazırlayanlar), *Osmanlı Arşivi Rehberi*, İstanbul: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, 2017, s.231.

<sup>14</sup> Tahrir, diplomatik bakımdan bir hususu ilgili merciye yazılı olarak bildiren belgeleri ifade etmektedir. Bu merci, padişah, sadrazam veya daha alt kademede yer alan görevlilerdir. (Mübahat S.Kütükoğlu, *Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik)*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2018, s.214.) Çalışma konumuzu teşkil eden belge ise sefaretlerce takdim edilen ve siyasi mahiyeti haiz bir tahrirdir. (Kütükoğlu, *Osmanlı Belgelerinin Dili*, s.215-216.)

eksiklikler mevcuttur. Nitekim Ticaret Kanunnamesi'nde satış, cari hesap, ticari vekalet, sigorta sözleşmesi, ticari rehin, anbar şehadetnamesi hakkında herhangi bir hüküm mevcut değildir. Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunnamesi'nde ise poliçelere ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bunun dışında Karma Mahkemelerin yetki sahasının bin kuruluşun üzerindeki hukuki uyumsuzluklar ile kısıtlanması, bu mahkemelerin yetki sahasını büyük ölçüde kısıtlamakta, bunun sonucunda ise Ticaret Kanunnamesi'ni ticarete ilişkin hukuki uyumsuzluklar bakımından neredeyse uygulanamaz bir hale sokmaktadır. Belgeyi kaleme alanlar, 1868'e, yani Mecelle'nin yürürlüğe konuluşuna değin, Ticaret Kanunu'nun eksikliğinden kaynaklanan uyumsuzluklar için Osmanlı hakimlerinin mehz Fransız kanunlarına müracaat ettiklerini ileri sürmekte ve bunu gayet tutarlı bulmaktadırlar. Ne var ki Mecelle'nin yürürlüğe konması ile beraber -maalesef (!)- Osmanlı hâkimleri eski uygulamayı bırakmayı gerekli görmüşlerdir. İlk başlarda Mecelle'ye nadir durumlarda başvurulmakla beraber, bu uygulama daha sonra yaygınlık kazanmaya başlamış ve belgenin yazıldığı dönemde Mecelle ile Ticaret Kanunnamesi'ndeki boşlukların doldurulması artık genel bir uygulama olarak kabul edilmiştir. O kadar ki Osmanlı uygulayıcısı zamanla Ticaret Kanunnamesi'ndeki boşlukları doldurmanın ötesinde, Mecelle'nin Ticaret Kanunnamesi'nin kesin hükümleri ile bağdaşmayan hükümlerini dahi tatbik etmeye başlamıştır.

İsmi geçen devletlerin diplomatik temsilcileri Ticaret mevzuatı yerine Mecelle hükümlerinin uygulanma gerekçesini iki temel nedene dayanarak ve somut örnekler vererek izah etmeye çalışmışlardır: (1) Karma Mahkemelerin Ticaret ve Usul-ü Muhakemat-ı Ticaret Kanunnamelerinde hüküm bulunmaması sebebiyle Mecelle'ye başvurduğu haller, (2) Zikredilen mahkemelerin Ticaret ve Usul-ü Muhakemat-ı Ticaret Kanunnamesi hükümlerine aykırı olarak Mecelle'ye başvurduğu haller. Birinci kategori kapsamında, mevcut ve hazır olmayan bir şeyin satışı, ortak borcun kabzdan evvel taksimi, bizzat hâkim huzurunda bulunmanın zamanlaşımına etkisi, satılanın vasfından kaynaklanan bir hatadan dolayı ortaya çıkan seçim hakkı, emanetin iadesinin nasıl ispat edileceği, rehin akdinin tamamlanması ile satış sözleşmesinde hasarın geçtiği ana ilişkin örnek olaylar taraf isimleri ve tarih belirtilerek değerlendirilmiştir. İkinci kategori kapsamında ise, şuf'a hakkı, kârdan mahrumiyetin tazmin edilip edilemeyeceği, menfaatin borç teşkil edip etmediği gibi hususlara ilişkin somut hadiseler Mecelle maddelerine de atıf yapılmak suretiyle ele alınmıştır. Özellikle menfaatin borç kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuş ve bu doğrultuda birtakım ispat sorunlarına da ayrıntılı bir şekilde temas edilmiştir.

İlgili belgeyi kaleme alan diplomatik temsilciler, kendi bakış açılarıyla tespit etmiş oldukları sorunların yalnız yabancı ülke vatandaşları için değil, bütün Osmanlı vatandaşları için de ciddi sonuçlar doğurduğuna işaret ederek, işbu sorunların giderilmesi için alınması gereken tedbirlerden bahsetmişlerdir. Bu doğrultuda ilk olarak Ticaret ve Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunnamelerinin karma mahkemelerin önüne konan her türlü dava için mümkün olduğu kadar uygulanması, bir başka deyişle bu kanunnamelerin kapsamının mümkün olduğunca -ve Mecelle'nin aleyhine olarak- genişletilmesi; ikinci olarak, ihmal ettikleri ticari teammüllere uymaları için karma mahkemelere hitaben genel bir talimatnamenin hazırlanması, son

olarak ise günün ihtiyaçlarına cevap verme kabiliyetinden mahrum olduğu ileri sürülen Mecelle'nin gözden geçirilerek tadil edilmesi tavsiye edilmektedir.

Görüldüğü üzere ilgili belgede, Mecelle ile Ticaret Kanunnamesi arasında cereyan eden bir uygulama sorunundan bahsedilmekte ve bu sorun bazı uyuşmazlıklar üzerinden somutlaştırılmaktadır. İlgili iddiaların tarihsel süreç içinde ait olduğu konuma oturtulması ve doğru bir şekilde anlaşılabilmesi için öncelikle Karma Ticaret Mahkemeleri'nin Osmanlı yargı teşkilatında işgal ettiği mevkiye ve Mecelle'nin bu mahkemelerde tatbiki konusuna temas etmek gerekmektedir.

## II. KARMA TİCARET MAHKEMELERİ VE MECELLE'NİN BU MAHKEMELERDE UYGULANMASI

Özetini verdiğimiz belge esas olarak Mecelle'nin Karma Ticaret Mahkemelerinde uygulanmasından kaynaklı sorunlara temas etmektedir. Bu bağlamda öncelikle Mecelle ile Ticaret Kanunnamesi'nin karşılıklı konumlarına ve Mecelle Öncesinde Fransız Hukuk Kurallarına Atıf Yapılması konularına değinmek gereklidir.

### A. TEMEL KANUN (MECELLE) İSTİSNAİ KANUN (TİCARET MEVZUATI) İKİLEMİ

Klasik dönem Osmanlı yargı teşkilatının çekirdeğini, her kaza merkezinde teşkilatlanan ve hukuki ihtilafları herhangi bir alt kategorizasyona (hukuki veya cezai uyuşmazlıklar gibi) gitmeden bir bütün olarak çözmekle mükellef olan kadı mahkemeleri oluşturmaktadır<sup>15</sup>. Bunun dışında gayrimüslim tebaanın kendi aralarındaki kimi uyuşmazlıkları cemaat mahkemeleri, Divan-ı Hümayun, İkinci Divanı, Cuma Divanı, Çarşamba Divanı, Paşa Divanları, Kazasker ve Defterdar divanı, Ağa Divanı, Kaptan Paşa Divanı, Paşa Divanı gibi bazı örgütlenmelerin de yargısal bazı görevleri ifa ettikleri ifade edilmektedir<sup>16</sup>.

16. yüzyılda çeşitli nedenlerle yabancı ülke tüccarlarına verilmeye başlanan kapitülasyonlarda, bu ülke tüccarlarının kendi aralarındaki uyuşmazlıklarının konsolos mahkemeleri tarafından<sup>17</sup>, yabancı tüccar ile Osmanlı tebaası arasındaki ihtilafların ise tercüman hazır bulunmak kaydıyla Osmanlı mahkemelerinde çözümleneceği belirtilmiştir<sup>18</sup>. 19.yüzyıl ile birlikte ise yabancı tüccarlar ile Osmanlı tüccarları arasındaki uyuşmazlıklar karma komisyonlarca çözülmeye başlanmıştır<sup>19</sup>. Gümrük emininin başkanlığında toplanan bu komisyonlarda ticari örf ve adetlere vukûfiyetlerinden ötürü yabancı tüccarlar da dahil edilmiştir. Bu uyuşmazlıkları çözüme görevi 1840 senesinde Ticaret Nezareti bünyesinde oluşturulan Ticaret Meclislerine<sup>20</sup>,

<sup>15</sup> TDV İslam Ansiklopedisi, İlber Ortaylı, İstanbul: İSAM, 2001, "Kadı" maddesi; Halil Cin ve Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, C:1, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1995, s.391.

<sup>16</sup> Ahmet Kılınc, "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri C:II*, İstanbul: Onikilevha, 2016, s. 18; Ahmet Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, Ankara: Phoenix, 2017, s.67-89; Abdullah Vefa Karataş, *Divan-ı Hümayun ile Paşa Divanının Karşılaştırılması -Manisa Şehzade Sarayı Defteri Örneği-*, *Adalet Dergisi*, S.62-63 (2020), s.256; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, s.246.

<sup>17</sup> Nevin Ünal Özkorkut, *Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargılama Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:53, S:2 (2004), s.84.

<sup>18</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.57.

<sup>19</sup> Belkis Konan, *Osmanlı Devleti'nde Yabancıların Hukuki Statüsü*, Ankara: Statü, 2013, s.179.

<sup>20</sup> Ekrem Buğra Ekinci, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*, İstanbul: Arı, 2004, s.102-103.

1860 seneli Zeyl-i Kanun-u Ticaret ile birlikte ise Ticaret Mahkemelerine bırakılmıştır<sup>21</sup>. İlgili zeylin ikinci maddesinde Dersaadet ve sair mahallerde teşkil olunacak mahkemelerin iki meclisten oluşacağı ve bunlardan birinin kara ticaret uyuşmazlıklarına, diğerinin ise deniz ticareti uyuşmazlıklarına bakacağı ifade edilmiştir<sup>22</sup>. Her ne kadar bu kanunda mahkeme üyeleri arasında yabancı üye bulundurulacağı şeklinde bir açıklık mevcut değilse de uygulamada (önceki tecrübelerin bir uzantısı olarak) bu mahkemelerde yabancı üyelere de yer verildiği ifade edilmektedir<sup>23</sup>.

1861 senesinde yayınlanan Usul-ü Muhakemat-ı Ticaret ile birlikte bu mahkemelere ilişkin yargılama usulleri de açıklığa kavuşturulmuş, 1870 senesinde ise İstanbul Ticaret Mahkemesi'nin birinci meclisinin görev sahası karma nitelikli uyuşmazlıklarla sınırlandırılmıştır<sup>24</sup>.

1879 senesine gelindiğinde, İstanbul Ticaret Mahkemesi'nin iki olan meclis sayısı üçe çıkarılmış, birinci meclisin görevi yine karma nitelikli uyuşmazlıklarla sınırlandırılmıştır<sup>25</sup>. Bu meclislerde iki Osmanlı hâkimi bulunacak, ayrıca taraflardan biri Osmanlı, diğeri yabancı ise ilgili sefaretçe görevlendirilen iki üye ile bir de tercüman yargılamaya iştirak edecektir<sup>26</sup>. Şayet farklı tabiiyette iki tüccar arasında gerçekleşen bir uyuşmazlık söz konusu ise, yani muzaafen muhtelit bir uyuşmazlıktan bahsediliyorsa, en fazla alakadar olan iki vatandaşın sefaretince atanan birer üye ile tarafların tercümanları hazır bulunacaktır<sup>27</sup>. Bunun dışında birinci meclis, kara ticareti uyuşmazlıklarının yanı sıra, Osmanlı vatandaşı ile yabancı arasında cereyan eden emlak ile kiraya ilişkin uyuşmazlıkları ve belgede değinilen bin kuruşun üzerindeki her türlü hukuki uyuşmazlığı da çözümlenmekle görevli olacaktır<sup>28</sup>.

Bu aşamada çalışmamız kapsamında değerlendirilmesi gereken nokta, Karma Mahkemelerde hangi kanunların uygulandığı hususudur. Nitekim belgeyi kaleme alanlar da bu konudan muzdarip olduklarını ifade etmektedirler. Doktrinde bu mahkemelerde de Osmanlı kanunlarının uygulanması gerektiği, zira aksi yönde bir kabulün devletin egemenliği ve bağımsızlığı ile uyuşmayacağı ifade edilmiştir<sup>29</sup>. Kenanoğlu, bu doğrultuda, Ticaret-i Berriye Kanunnamesi, Zeyl-i Kanun-u Ticaret, Usul-ü Muhakeme-i Ticaret ve Ticaret-i Bahriye Kanunnamelerini zikretmiştir<sup>30</sup>. Ayrıca usul hukuku açısından bakıldığında, 1879 senesine değin tüm Ticaret Mahkemelerinde uygulanmış olan Usul-ü Muhakeme-i Ticaret'in bazı maddeleri bu sene içinde yürürlüğe konulan Usul-ü Muhakeme-i Hukukiye Kanunu ile lağvedilmiş, ayrıca Usul-ü Muhakeme-i Ticaret'in Usul-ü Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'na aykırı hükümleri de yine bu kanunla yürürlükten kaldırılmış, ancak karma davalarda Usul-ü Muhakeme-i Ticaret'in uygulanmasına devam edilmiştir<sup>31</sup>. Bu bağlamda, Usul-i Muhakeme-i Hukukiye

<sup>21</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.183.

<sup>22</sup> BOA., İ.MMS., 18/780, 07/08/1276.

<sup>23</sup> Hasan Fehmi, *Telhis-i Hukuk-u Düvel*, İstanbul: Mahmut Bey Matbaası, 1328, s.202-203.

<sup>24</sup> Konan, *Osmanlı Devlet'inde Yabancıların Hukuki Statüsü*, s.184-185.

<sup>25</sup> Konan, *Osmanlı Devlet'inde Yabancıların Hukuki Statüsü*, s.185-186.

<sup>26</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.60.

<sup>27</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.60-61.

<sup>28</sup> Konan, *Osmanlı Devlet'inde Yabancıların Hukuki Statüsü*, s.186.

<sup>29</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.62.

<sup>30</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.62.

<sup>31</sup> Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, C.I, s.420.

Kanunu'nun Karma Ticaret Mahkemelerinde uygulanmasını konu alan iki arşiv vesikası dikkat çekicidir. İlk belgede karar-ı karinenin, kesin hükmün verilmesinden evvel istinaf edilmeyeceğine ilişkin Usul-ü Muhakemat-i Hukukiye Kanunu'nda yapılan bir değişikliğin Karma Mahkemelerde de uygulanacağı ifade edilmiştir.<sup>32</sup> 1906 senesini taşıyan diğer belgede ise karma mahkemelerde kararların daha süratli alınması için Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'nun 118.maddesinin uygulanacağı ifade edilmiştir<sup>33</sup>. Her iki belgede de dikkat çekici olan husus, bu maddelerin karma mahkemelerde uygulanması için sefaretlerin muvafakat vermiş olmalarıdır<sup>34</sup>. Bu durum da karma mahkemelerdeki temel usul kanunun Usul-ü Muhakemat-i Ticaret Kanunu olduğunu, aksi düzenlemeler için ise sefaretlerin **onayına** ihtiyaç duyulduğunu ortaya koymaktadır.

Bu aşamada çalışmada incelenen belgelerin üzerinde durduğu ve hem usul hukuku hem de maddi hukuka ilişkin hükümler içeren Mecelle'nin karma mahkemelerde tatbikinin mümkün olup olmadığına odaklanmak lazımdır. Bu bağlamda öncelikle Mecelle ile diğer kanunlar arasındaki münasebeti araştırmak gerekir. Bu araştırma, karma mahkemelerde cari olan usuli düzenlemelerin yanı sıra, maddi hukuk düzleminde çalışmanın ilerleyen sayfalarında ele alınacak tartışmalar için de büyük bir önem taşımaktadır. Söz konusu tartışmaya, Mecelle Cemiyeti<sup>35</sup> tarafından hazırlanan mazbatada<sup>36</sup> rastlanılmaktadır:

Fakat bu asırlarda muamelât-ı ticariye pek ziyade tevsi' eylemiş olduğundan poliçe ve iflas gibi pek çok hususlarda kanun-i esâsiden istisna olunmuş ve bu mesâil-i istisnâiyeyi hâvi başkaca bir de Ticaret Kanunnâmesi tanzim kılınmıştır ki, hususiyât-ı ticariyede mamulün-bih olup cihât-ı sâirede yine Kanunu Medeniye müracaat kılınıyor. Mesela bir mahkeme-i ticarete Ticaret Kanunu hükmünce rüyet olunan

<sup>32</sup> BOA., HR.İD., 2036/100, 25/10/1905.

<sup>33</sup> BOA., HR.İD., 2037/62, 22/09/1906.

<sup>34</sup> "...maarru'z-zikr fıkra-i muaddelenin Mehakim-i Muhtelita-i Ticariye tarafından tatbiki lazıme-i adaletin temin-i hüsn-i cereyanı maksadına müstenid olduğunu nazar-ı dikkat ve itibara alarak karar-ı mezkura muvafakat etmiş..." BOA., HR.İD., 2036/100, 25/10/1905. "...Mehakim-i Ticarete muhavvel deavinin temin-i sürat ve intizamı için Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'nun yüz on sekizinci maddesinin Mehakim-i Muhtelita-i Ticaret tarafından tatbiki hususuna sefaretçe muvafakat olunması Nezaret-i Hariciye'nin 10 Teşrinisani 906 ve yüz otuz dokuz numarolu müzekkire-i şifahiyesiyle iltimas buyrulmuştur..." BOA., HR.İD., 2037/62, 22/09/1906.

<sup>35</sup> Mecelle Cemiyeti, merhum Ahmet Cevdet Paşa'nın kendi ifadesiyle "...kütüb-i fihhiyyeden muamelata dair icabat-ı zamaneye muvafık olan meseleler cem'i ile Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin..." yazılması için Paşa'nın riyasetinde "...fuhul-i fukahadan mürekkep..." bir cemiyettir. (Ahmet Cevdet Paşa, *Tezahir*, C:1, (haz.) Cavid Baysun, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1953, s.63-64.) Ahmet Hilmi Efendi, Seyfettin İsmail Efendi, Filibeli Halil Efendi, Ahmet Hulusi Efendi, Kara Halil Efendi, Ahmet Halit Efendi, İbn-i Abidin-zade Alaaddin Efendi, Ömer Hilmi Efendi, Muhammed Emin Efendi, Ömer Hulusi Efendi, Yunus Vehbi Efendi, Abdüssettar Efendi, İsa Ruhi Efendi gibi dönemin önde gelen fıkıhçıları Mecelle'nin farklı kitaplarının hazırlanmasında rol oynamışlar ve bu Cemiyet'in üyeliğinde bulunmuşlardır. (Cemiyet üyeleri hakkında daha ayrıntılı malumat için bkz. Osman Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı, 1973, s. 23-31.) Cemiyet'in işlevini yitirmesi üzerine, 28 Ocak 1889 tarihli bir irade-i seniyye ile Mecelle Cemiyeti Sultan II. Abdülhamid tarafından lağvedilmiştir. (Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, s. 92.)

<sup>36</sup> Mecelle Cemiyeti tarafından kaleme alınan ve 29 Mart 1869 tarihinde Meclis-i Vükela'ya sunulan "Esbab-ı Mucibe Mazbatası"nda (Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, s. 33.) dönemin hukuki yaşamının kısa bir panoramasına yer verilmekte ve Mecelle'nin hazırlanmasına yol açan amillere işaret edilmektedir. Mazbatada Mecelle hazırlanırken Hanefi mezhebinin dışına çıkılmadığı vurgulanmaktadır. Ayrıca niçin külli kaidelere ihtiyaç duyulduğu hususu aydınlatılmakta ve mezhep içinde tercih edilen görüşler bazı örnekler ışığında izah edilmektedir. Bu tercihlerde temel olarak örf, adet ve ticari teamüllere işaret edilmesi dikkat çekicidir ve çalışmamızın ilerleyen sayfalarında "ma'dumun bey'ine" ilişkin Mazbata'da yer alan hususlara ayrıca temas edilecektir.



bir davanın rehn ve kefalet ve vekalet gibi bazı hususât-ı müteferriasında kanun-i asliye müracaat olunuyor. Cerâimden neşet eden hukuk-u âdiye davalarında dahi bu minval üzere muamele ediliyor...<sup>37</sup>

Aktarılan satırlardan anlaşıldığı üzere, kanun koyucu Mecelle'yi genel nitelikli bir kanun olmak üzere yürürlüğe koymuştur. Bu kapsamda Ticaret Kanunnamesi gibi bazı özel nitelikli kanunlar, uygulandıkları uyumsuzluklarda ancak sonraki tarihli genel bir kanun olan Mecelle'de bir hüküm bulunmadığı takdirde uygulanabilir. Bir başka deyişle bu tür özel nitelikli kanunların Mecelle'ye aykırı hükümler içermesi halinde uygulama önceliği Mecelle'dedir. Mazbatada verilen örneklerin tamamına yakını maddi hukuk boyutuna ilişkin olsa da usuli hükümler bağlamında da Mecelle'nin sonraki tarihli genel bir kanun olduğu Osmanlı hukukçuları tarafından ifade edilmektedir<sup>38</sup>. Özetle gerek maddi gerekse usuli bağlamda Mecelle'nin sonraki tarihli genel bir kanun olması hasebiyle uygulamada öncelendiği, bir başka deyişle ancak Mecelle'de hüküm bulunmayan hallerde özel nitelikli kanunlara müracaat edileceği ifade edilebilir. Bu bağlamda Adliye Nezareti tarafından gönderilen bir tahriratta, komisyon mazbatasına atıf yapıldıktan sonra, Ticaret Kanunu'nun ticari işleri kolaylaştırmak maksadını taşıyan özel nitelikli bir kanun olduğuna işaret edilerek, "Ticaret Mahkemelerinde" özel bir kanun ile belirtilmemiş hallerde Mecelle'ye müracaat edilmesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>39</sup>. Belgede ticaret mahkemeleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bu kapsamda kendisi de bir ticaret mahkemesi olan muhtelit ticaret mahkemelerinin bu kapsamda değerlendirileceğinde kuşku yoktur.

## B. MECELLE ÖNCESİNDE FRANSIZ HUKUK KURALLARINA ATIF YAPILMASI

1907 seneli belgenin hemen başında daha önce de ifade edildiği üzere Osmanlı Hukuku'nda Ticaret Hukuku sahasında yaşanan gelişmelere kısaca temas edilmiştir. Bu kapsamda ilgili kanunların Fransız Hukuku'ndan iktibas suretiyle iç hukuka aktarılmasından hareketle, Mecelle'nin yürürlüğe girmesine kadar geçen süre zarfında bu kanunlardan kaynaklanan boşlukların mehz Fransız hukukunda yer alan hükümlerle doldurulduğu ve bunun da "*pek makul*" olduğu "*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin neşrinden (1868) evvel Mehâkim-i Muhtelita tâtîk ettikleri kanunlardaki nevâkısı itmâm için Fransa kavânîn-i ticâriye ve hukûkiyesine müracaat ederler idi ki zaten bahsolunan kanunnameler bunlardan muktebes olduğu cihetle müracaat-ı vâkıa pek makul ve becâ idi.*" denilerek vurgulanmıştır. Aslında ilgili ifadeler dahi tek başına yabancı ülkelerin bu metni kaleme almalarının altında yatan temel rahatsızlığı ve bu ifadelerle varmak istedikleri amacı ortaya koymaya yetmektedir. Bu sorunu biraz daha netleştirmek için sorunun temelini, yani Muhtelit Mahkemelerin temel felsefesine temas etmek gerekmektedir. Bu bağlamda, Mardinizade Ebulûlâ Bey'in 23 Teşrinisani 1324 tarihli Sırat-ı Müstakim dergisinde kaleme aldığı bir makale oldukça aydınlatıcıdır.

İlgili makale, Ali Kemal Bey'in Tanin gazetesinde birtakım hukuki sorunların çözümü maksadıyla kaleme aldığı makalesinde yer alan bir fıkrayı tenkit maksadıyla yazılmıştır. İlgili fıkrada Ali Kemal Bey, istinaf mahkemelerine Hollanda, Belçika, İsviçre gibi tarafsız ülkelerin vatandaşı olan hakimler tayin edildiği takdirde, bir başka deyişle karma nitelikli mahkemelerin istinaf düzeyinde de kurulması halinde, büyük devletlerin imtiyazlarından vazgeçmek zorunda

<sup>37</sup> Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, İstanbul, 1300, s.2.

<sup>38</sup> Kahveciyan Haçık, Müruruzaman-ı Şer'i ve Müruruzaman-ı Nizami, *Ceride-i Adliye*, S.76 (1913), s.3602.

<sup>39</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.139.

kalacağını ifade etmiştir<sup>40</sup>. Bu öneriyi devletin hukuki bağımsızlığına aykırı gören Ebulûlâ, yazısının bir bölümünde Karma Mahkemelerin kuruluş sürecini anlatmakta ve bu kapsamda şu ifadelere yer vermektedir:

Vaktiyle şimdiki tensikât-ı adliye yoktu. Hukuk ve ceza deâvisi bir mahkemede görülürdü. Ticaret işleri için de tüccarın muteber kısmından mürekkep meclisler vardı. Ecnebler hukuk işlerinin dahi killetinden bahisle bu meclislerde hall u fasl olunmasını istirham ettiler. Muvafakat olundu. Fakat dostlarımız bu kadarla iktifâ ederler mi ya! Bu meclislerde ecnebi tacirler de bulunsun, bulunsun da heyet-i hükmiyenin vazifesini teshil etsin dediler ve yerli tacirlerimizin bu yoldaki kavâide layıkıyla adem-i vukûfları belki ecneblerin ziya'-ı hukukunu müeddî olur mülâhazasıyla konsoloshaneler cânibinden müntehab ikişer zat berâ-yı muâvenet meclise devama başladılar. Vazife-i teshîliye re'y vermek suretiyle neticelendi. Artık teamül sözü ağızlarda vird-i zebân oldu. Acaba ilmen kâideten teamül hâsıl olmuş mu idi? Ne gezer. Tezkire-i sâmiyede bu tarz kabul olunmamış, devletçe işin bir karara rabtına değin bu halin bir müsaadeden ibaret olduğu ilan edilmiş idi. Yani tabir-i âherle bu tezkire teamülü kat' etmişti. Fakat devri istibdâtta ecnebilere hakkı kabul ettirmek kâbil miydi?<sup>41</sup>

Özetle yazara göre karma mahkemelerde yabancı üyelerin görev almaya başlaması, yabancı devletlerin imtiyazlarını genişletmek maksadıyla başvurdukları bir “oldu bitti” den ibarettir. Gerçekten de yukarıda ifade edildiği üzere, yabancı azaların bu mahkemelerde görev alması herhangi bir yasal zemine dayandırılmamıştır. Yine yazarın isabetle belirttiği üzere, yabancı ülke vatandaşlarına verilen bu müsaade geçici nitelikte ve istisnai bir izinden ibarettir. Bu kapsamda yabancı azaların yer aldığı karma mahkemeler, yasal bir zemine dayanmayan, de facto bir imtiyazın neticesidir.

Bu noktada, Mecelle'nin ifa ettiği rolün belirlenmesi gerekmektedir. Mardinizade Ebulûlâ'nın bu doğrultuda aynı makalesinde yer verdiği ifadeler ehemmiyetine binaen aşağıya aktarılacaktır:

Zira tatbik edilecek kanunların en mühimmi hukuk-u medeniyemizi ihtivâ eden Mecelle'dir. Bu kanun-u celîlin menâbî'i ise müdevvenât-ı ecnebiye değildir, ahkâm-ı fikiyedir. O ahkâm-ı fikihiye ki Avrupa hukuk-u medenîsine de kısmen menba' olmuştur. Bugün ve ilâmâşâallah ihtiyâcâtımızı temine bâliğan mâ belâğ kifâyet eder. Ahkâm-ı istisnâiyeden olan kavânin-i ticâriye ile teşkilât-ı mehâkim ve usûl-ü muhâkemeye ta'alluk eden nizâmât bununla nisbetle bir cüz'dür. Öğrenmek lazım geliyorsa elbette cüz'ü elde etmek küllü tedarikten esheldir...<sup>42</sup>

Mecelle'nin kaynağının yabancı bir hukuk sistemi olmadığını, kaynağının İslam hukuku olduğunu, Mecelle'nin uyumsuzlukların çözümü hususunda yeterli olduğunu, esas uygulanacak hükümlerin Mecelle olduğunu, ticaret mevzuatının istisnai olduğunu vurgulayan yazar, makalenin ilerleyen sayfalarında karma mahkeme usulünü “*kavmin izzet-i nefsi ve haysiyet ve hubbu millisi*” ne de muhalif kabul etmektedir<sup>43</sup>. Buradan hareketle Osmanlı kanunlarının (ki bunlardan en önemlisinin Mecelle olduğu ifade edilmişti) Osmanlı hakimleri tarafından uygulanmasının, Osmanlı milletinin ve hukukunun haysiyeti için mecburi olduğu sonucuna varılabilir. Nitekim bu uygulama hukuki bağımsızlığın zorunlu bir neticesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>40</sup> Ebulula Mardin, “Muhtelit Mahkemeler”, *Sırat-ı Müstakim*, S:11 (1324), s.165.

<sup>41</sup> Ebulula Mardin, “Muhtelit Mahkemeler”, s.167.

<sup>42</sup> Ebulula Mardin, “Muhtelit Mahkemeler”, s.166.

<sup>43</sup> Ebulula Mardin, “Muhtelit Mahkemeler”, s.167.

Kısacası yabancı devletler öncelikle karma mahkeme usulünü, herhangi bir yasal zemini olmaksızın Osmanlı yargı teşkilatına sokarak sahip oldukları ayrıcalıkları arttırmışlar, bu istisnai ve de facto mahkemelerde de Osmanlı kanunlarının değil, kendi hukuklarından iktibas suretiyle alınan kanunların uygulanması konusunda ısrarcı davranmışlardır. O kadar ki, bu kanunlarda boşluk bulunan durumlarda bu boşlukların Fransız yasalarında yer alan düzenlemeler ile doldurulmasını makul görmüşlerdir. 2037/66 sayılı belgeden, Osmanlı uygulamacısının boşlukları doldurma noktasında zaman zaman mehz Fransız kanununa müracaat ettiği anlaşılmaktadır. İlk bakışta Mecelle'nin yürürlüğe konmasına değin geçici olarak ortaya çıkan boşlukları doldurmak ve kurulan mahkemelerin hususi yapısı ve nihayete erdirdiği uyuşmazlık konusu ve tarafları bağlamında, bu uygulama makul gibi görünse de meselenin biraz daha ayırntısına inildiğinde bu uygulamanın farklı ve derin sonuçlarının olacağı görülmektedir. Bu bağlamda Nazaret Hilmi Bey'in kaleme aldığı şu satırlar oldukça önemlidir:

Mesela “Kod Sivil”in makâle-i sâlisesi, kitâb-ı hâmisıyla 2095<sup>44</sup> ve 2102<sup>nci</sup><sup>45</sup> maddeleri mütalaa olunmadıkça Kanunnâme-i Ticaret'te isti'mâl olunan “nikah mukavelenâmesi” ve “hakk-ı imtiyaz” ve “eşyâ-yı menküleden icâr tahsili” misillü tabirler kolay kolay anlaşılamayacağı gibi yine kanunnâme-i

<sup>44</sup> “Sıfat-ı deynden münbais olup rehinderde dahil olduğu halde sair alacaklardan akdem istifa-yı matlub etmek üzere dainin hazi olduğu hakka imtiyaz tesmiye olunur.” Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, İstanbul: Digran Karabetyan Matbaası, 1303, s.547.

<sup>45</sup> “Bazı menkulat üzerine terettüp eden imtiyazlı duyun fikarat-ı seb'a-i atiyede beyan olunur: Evvelen; icare senedi resmi olur yahut adi olmakla beraber malum bir tarihi bulunur ise mesakin ve arazinin hulul etmiş ve edecek olan müddet icare bedelatı sene-i mezbure hasılatı ve ve me'curda tefrişat ve tezyinat ve hırsat için mevcut olan emtia ve alat ve edevat-ı ziraiyye üzerine imtiyazlı deyn addolunur ve ala külli't-takdirin diğer dainlerin mülk veya arz sahibinin matlubunu ifâ ederek müddet-i bakiye için me'curu kendileri isticar ve istimal edebilirler.

Sened resmi olmadığı veyahut adi sened olup malum bir tarihi bulunmadığı halde ashab-ı duyun sene-i carie inkızasından itibaren yalnız bir sene için isticar edebilirler.

Müstecire ait olan tamirat-ı cüz'iyeye ile icarenin tanfizi için vuku bulan mesarif dahi mümtaze dahilindedir. Fakat imtiyaz sahibi olan mucir üzerine takdimen tahattum semeni ve hasat ücreti sene-i mezbure hasılatından ve edevat-ı ziraiyye dahi edevat-ı mezbure semeninden ahz olunur. Mucir kendi rızası munzam olmaksızın arazi ve hanesinden naklolunan edevat ve emtiayı zabt edebilir ve emval-i mezbure üzerine hakk-ı imtiyazı baki kalır. Fakat edevat-ı ziraiyenin kırk ve eşya-i beytiyyenin on gün zarfında red ve teslimini talep etmeye mecburdur.

Saniyen; dain sair guremadan ehak olarak yedinde bulunan rehinden istifa-yı deyn eder.

Salisen; bir malın semeninden evvel-be-evvel malın muhafazası için vukubukan mesarif alınır.

Rabian; peşin veya veresiye olarak iştira olunup fi'l-hal medyunun taht-ı tasarrufunda olan menkulden mal-ı mezburun ifâ edilmiş olan semeni takdimen ahz olunur. Ahd-i mutlak ile satılan eşya müşterinin yedine geçmiş olsa bile bayi' reddini talep ve aher kimesneye fûruht olunmasını men' edebilir, fakat ba'de't-teslim sekiz gün zarfında talep edilmiş olmak ve eşya dahi hin-i teslimdeki hali üzere bulunmak lazımdır.

Bayi' bir hane veya arazide bulunan eşya ve edevat müste'cirin olmadığına mucirin ilmi lahık olduğu ispat edemez ise merkumun hakk-ı imtiyazı kendi hakk-ı imtiyazı üzerine tercih olunur.

Bejne't-tüccar istirdad hususunda cari olan kavanin ve adat işbu ahkam ile tebdil ve tağyir olunmamıştır..

Hamisen; hancının taamiye ve sair ücreti yolcunun nakl ve vaz' ettiği eşyadan bi't-tercih istihsal olunur.

Sadisen; Araba ücretiyle mesarif-i tebe'iyesi eşya-i mahmule üzerinden takdimen ahz olunur.

Sabian; Memurinin vaz' etmiş oldukları kefalet akçesi ve hasıl olan güzesteşi ile evvel-be-evvel merkumanın esnayı memuriyetindeki su-i istimalat ve hiyanetinden neşet eden duyun tesviye olunur.” Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, s.548-551.

mezbûrun 735'inci<sup>46</sup> ve 736'nci<sup>47</sup> ve 737'nci<sup>48</sup> ve 738'inci<sup>49</sup> maddeleri gözden geçirilmedikçe Usul-ü Muhâkemât-ı Hukukiye'nin 62'nci maddesinde<sup>50</sup> zikrolunan karâbet ve sıhriyeti tayin etmek pek müşkül olur...<sup>51</sup>

Dolayısıyla Fransız Ticaret Kanunu'nu uygulamak aslında tek başında Ticaret Kanunu'nun uygulanması anlamına gelmemekte, bu kanundaki boşlukları doldurmak için Fransız yargıcının müracaat ettiği Fransız Medeni Kanunu'nun tatbikini de zorunlu kılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında Ticaret Kanunnamesi'nde yer alan boşlukların mehaz kanuna müracaatla doldurulmasının makul görülmesi, sadece Ticaret Hukuku sahasını değil, aynı zamanda Medeni Hukuk sahasını da ilgilendiren bir meseledir. Bu istikamette bir uygulamanın yerleşmesi, henüz Mecelle'nin yürürlüğe girmediği, bir başka deyişle Osmanlı mevzuatında tedvin edilmiş modern tarzda bir Medeni Kanun'un olmadığı bir dönemde, Fransız Medeni Kanunu'nun tatbiki anlamını taşımaktadır, ki bu durumun hukuki bağımsızlıkla ne denli örtüşeceği ortadadır. Nitekim Ticaret Kanunnamesi bağımsız bir kanundur ve mehaz kanun ancak bu yasanın yorumlanmasında gündeme gelebilir<sup>52</sup>.

Karma Ticaret mahkemelerinde uygulanacak hukukun belirlenmesi ve Fransız hukuk kurallarına dayanma gerekliliği konusunda yerli bir kanun olan ve medeni hukuk sahasında kendisine geniş bir uygulama alanı bulan Mecelle, devletin hukuki bağımsızlığı ile taban tabana zıt olan bu uygulamayı net bir şekilde ortadan kaldırmış, bir başka deyişle Osmanlı hukukunun sarsılan itibarını yeniden temine vesile olmuştur. Böylece yabancı devletlerin imtiyazlarını genişletme hedeflerinin önüne ket vurmuş ve bu anlamda hukuki bağımsızlığın temini ile hukuki ayrıcalıkların sınırlandırılmasında önemli bir rol oynamıştır. Yabancı devletlerin duydukları rahatsızlıkların temelinde kendi hukuk kurallarını gerek hukuki gerekse fiili olarak uygulatma

<sup>46</sup> “Karabet aded-i butun üzerine takdir olunup her batna bir derece ıtlak olunur.” Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, s.202.

<sup>47</sup> “Tevali-i derecat ile cihet teşekkül eder. Biri diğerinden mütevellid iki kimesne beynindeki tevali-i derecata cihetü'l-silsile tabir olunur ve biri diğerinden tevellüd etmiş olmayıp asl-ı vahidden müteferri' kimseler arasındaki tevali-i derecata cihetü'l-kelele ıtlak olunur.” Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, s.202.  
Cihetü's-silsile asliye ve fer'iye isimleriyle iki kısma taksim olunup kısım-ı evvelde asıl fûru'a ve kısım-ı sanide fer'usule raptedilir.”

<sup>48</sup> “Cihetü's-silsilede derecat butun-ı mevcudeye göre hesap olunur. Binaenaleyh yedine nispetle veled, derece-i ula ve hafid derece-i saniyededir. Kezalik veledine nispetle peder derece-i ula ve hafidine nispetle ced derece-i saniyededir.” Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, s.202.

<sup>49</sup> “Cihetü'l-kelelede derecat ehad-i ekaribden asl-ı vahide kadar ve asl-ı vahid dahil-i hesap olmak üzere ondan diğer akrabaya kadar mevcut olan butun üzerine hesap olunur. Binaen-ala-zalik müteveffanın iki nefer biraderi derece-i saniye ve amca ve dayı ve yeğeni derece-i salise ve öz amca ve dayı ve hala ve teyzesinin evlatları derece-i rabiadedirler.” Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, s.203.

<sup>50</sup> “Esbab-ı erbaa-i atiyeden biri mevcut olur ise müddei veyahut müdde-aleyh mahkeme azasından birini reddedebilir yani onun mahkemede bulunmamasını talebe hak ve salahiyeti olur. Birincisi ol azanın dava-yı vakada doğrudan doğruya veyahut dolayısıyla menfaat-i maliyesi olması, ikincisi hasmeynden birinin usul ve fûru-undan yani aba ve ecdad ve ebna ve ahfadından biriyle karındaş ve amca ve dayı ve damat ve kayınpeder ve damadın babası gibi ikinci ve üçüncü ve dördüncü dereceye kadar karabet ve sıhriyeti bulunması, ve üçüncüsü tarafeynden biriyle adavet-i dünyeviyesi bulunması, dördüncüsü tarafeynden biriyle derdest-i muhakeme bir davası olduğu halde ol esnada diğer tarafın muhakeme-i davasına mübâseret edilmiş olmasıdır. Davanın hükmüne kadar redd-i aza istid'ası makbul olup vukuu anda bi't-tedkik sıhhati tebeyyün eylediği halde ol azanın muhakemede bulunmamasına ve sıhhati tebeyyün eylemediği takdirde müsted'iden yüz kuruştan beş yüz kuruşa kadar ceza-yı nakdi alınmasına karar verilir.”

<sup>51</sup> Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, s.v

<sup>52</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.138.

girişimi ve bu girişimin önündeki engelleri kaldırma arzusu yatmaktadır. O kadar ki ilgili belgede Ticaret Kanunnamesi'nin kapsamlı bir şekilde düzenlenerek, Karma Mahkemelerdeki her türlü uyumsuzluğu kapsayacak bir hale getirilmesi, ayrıca “*yabancı ülke vatandaşlarının yanı sıra Osmanlı vatandaşlarının da menfaatlerine aykırı birçok hüküm içerdiği*” iddia edilen Mecelle'nin, “*zamanın değişmesi ile hükümlerin değişmesi inkâr olunamaz.*” genel kuralına istinaden tadili tavsiye edilmiştir. Mecelle'nin karma mahkemelerde uygulanmaması anlamına gelen ilk tavsiye, kendi vatandaşlarını ilgilendiren bir husus olması hasebiyle anlaşılır (!) bir talep olmakla birlikte, Mecelle'nin tümüyle tadiline yönelik ve tamamen Osmanlı vatandaşlarını ilgilendiren bir tavsiyenin Osmanlı yetkililerine iletilmesi, yabancı ülkelerin, Osmanlı'nın iç işlerine müdahalesinin boyutlarını ortaya koymasından dolayı dikkat çekicidir.

Netice itibarıyla Mecelle'nin temel norm, ticaret mevzuatının istisnai kural olduğu, Mecelle'de hüküm olmaması halinde ticaret mevzuatına bakılacağı, çelişki olması halinde Mecelle'nin uygulanacağı hem çağdaş hukukçular hem de Osmanlı hukukçuları tarafından kabul edilmektedir. Teorinin bu yaklaşımı, Mecelle mazbatasını dikkate alındığında hukuki ve meşru durmaktadır. Öte yandan ticari ihtilaflarda Mecelle öncesinde Fransız hukuk kurallarının uygulanması sadece Ticaret Hukuku ile sınırlı olmamakta Medeni Hukuku da kapsamaktadır ki, bu husus devletin egemenliğini tartışmaya açmakla birlikte hukuki itibarını da zedelemektedir. Bu yaklaşımlara ket vuran Mecelle'nin döneminde ses getiren bir düzenleme olması, kendisinin tadili için dahi kendi hükümlerine atıf yapılması ile sabittir. Mecelle'nin ticaret mahkemelerinde uygulanması ile ilgili izahattan sonra, belgelerde yer alan somut örnekler üzerinden tahlilde bulunmakta yarar vardır.

### III. BELGELERDE DEĞİNİLEN BAZI “HUKUKİ SORUNLAR”

Çalışmamızın bu kısmında ilgili belgelerde temas edilen bazı somut örneklerden yola çıkılarak, var olduğu ileri sürülen hukuki sorunlar açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda 2037/66 numaralı belgede yer alan hukuki sorunların tamamını incelemek çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Bundan ötürü Osmanlı Hukuku'nda da tartışma konusu yapılmış bazı hukuki meselelerin izahıyla yetinilecektir. Bu başlıkta, mevcut olmayan malın satışı, hasarın geçişi, menfaatin mal sayılıp sayılmaması, kardan mahrumiyetin tazminata konu olup olmaması ve ikrarın tecezzisi meseleleri üzerinde sırasıyla durulacaktır.

#### A. MEVCUT OLMAYAN MALIN SATIŞI

2037/66 numaralı belgede İstanbul Karma Ticaret Mahkemesinin 19 Teşrinievvel 1318 tarihli Danyadis ve İrânî Ali Asgar davası hakkında verdiği karara atıf yapılmakta, “*Mecelle'nin 205. maddesi mücebince hîn-i bey'de mevcut olmayan bir malın bey'i batıldır....Halbuki ale'l-ekser buyû'-ı ticâriyede mebî' hîn-i akitte mevcut değildir...*” denilerek ticari satışta malın satım anında mevcut olmamasının genel bir durum olduğuna değinilmektedir. Bu noktada itiraz edilen husus, mevcut olmayan malın (ma'dumun) satışidir. Satım konusu malda bulunması gereken özellikler Mecelle'nin 197 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda 197.maddede “*mebî'in mevcut olması lazımdır.*” hükmüne yer verilmiştir. 205.maddede ise “*ma'dûmun bey'i batıldır.*” demek suretiyle, mevcut olmayan bir şeyin satışının batıl olacağı ifade edilmiştir. İlgili belgede bu noktada ileri sürülen itiraz, ticari akitlerde çoğunlukla ortada

bir mal olmadığı, dolayısıyla bu hükmün kabulünün ticaret hayatını büyük ölçüde etkileyeceği istikametindedir. Bu bağlamda bu hükmün gerçekten ticari akitleri olumsuz etkileyip etkilemeyeceğinin üzerinde durmak gerekmektedir.

Bu kapsamda öncelikle ma'dumun satışının İslam hukukunca tamamen yasaklanıp yasaklanmadığı incelenmelidir. Belgede de geçtiği üzere Mecelle'nin 205'inci maddesine göre mevcut olmayan malın satımı geçersizdir. Mecelle bu hüküm için bir ağacın hiç belirmemiş olan meyvesini satmanın geçersiz olacağı örneğini vermiştir. İslam hukukçularına göre bu yasaklamanın temelinde tarafların uyuşmazlık içine düşmesine mâni olunması ile taraflardan birinin zararına bir neticenin, İslam Hukuku'ndaki kavramsal karşılığı ile "garar"ın önüne geçilmesi yatmaktadır<sup>53</sup>. Bu yasağın varlığı ile, ileride ortaya çıkması muhtemel hukuki sorunların baştan engellenmesi hedeflenmektedir. Nitekim, Mecelle'nin 30.maddesinde ifadesini bulan "*def-i mefasid celb-i menâfi'den evlâdır*" ilkesinin somut yansımalarından birisi de ma'dumun satışı meselesinde karşımıza çıkmaktadır. Bu ilke menfaat elde etmeyi önceleyen Batı hukuku ile zararın vukuunu engellemeyi hedef olarak belirleyen İslam-Osmanlı Hukuku'nun temel farklarından birini teşkil etmektedir<sup>54</sup>.

Öte yandan her ne kadar akdin konusunun sözleşme anında mevcut olması akdin geçerlilik şartları arasında zikredilmişse de bazı akit türleri için bu şartlar aranmamaktadır. Bunlar: ıstına<sup>55</sup> ve selem akitleridir<sup>56</sup>. Her iki akit türü de ticari hayatta karşılaşılabilen uygulanabilen akitler olmakla beraber, selem akdini ticari ilişkilerde daha sık görme ihtimali vardır. Ayrıca, selem, belge yazarlarının 205'inci maddeye atıf yaptıkları satış kitabı içerisinde yer almaktadır. Mecelle'nin 123.maddesinde tanımlanan selem akdi "*müecceli, muaccele satmak, yani peşin para ile veresiye mal almaktır.*" Bu akitte ortada henüz bir mal yoktur ve akdin konusu aslında bir ayn değil bir deyn (borç)'dir<sup>57</sup>. Ancak misli mallar bakımından söz konusu olan selem akdi, bir ihtiyaca binaen İslam Hukuku'na izin verilen bir müessese olarak ifade edilmektedir<sup>58</sup>. O ihtiyaç da kredi teminidir<sup>59</sup>. Nitekim kredi ihtiyacı duyan bir çiftçi, ipotek İslam Hukuku'na tanınmadığından bu yola başvuramayacak, ma'dumun satışı yasak olduğu için henüz ortada olmayan mahsulü üzerinden bir satış akdi de kuramayacaktır<sup>60</sup>. Rehin için de kabz şart olarak koşulduğundan, bu yöntemle de çiftçinin peşin paraya ulaşması mümkün olmayacaktır<sup>61</sup>. Bu durumda tek çare çiftçinin tarlasını satması olacaktır ki bu bunun da bir "çare" olarak nitelenemeyeceği malumdur. İktisadi hayatın mecburiyeti karşısında, İslam

<sup>53</sup> İsmail Bilgili, "İslam Hukuku'da Ma'dumun Satışı", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S:8 (2006) s.215.

<sup>54</sup> Ebulula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara: Adalet Bakanlığı, 2021, s.203-204.

<sup>55</sup> İstına, Mecelle'nin 124.maddesinde "bir şeyi yapmak üzere ehl-i sanat ile akd-i mukavele etmektir." şeklinde tanımlanmıştır. Ancak ticari hayatta daha ziyade selem akitleriyle karşılaşıldığından, çalışma kapsamında sadece selem akdinin kısa bir izahıyla yetinilecektir.

<sup>56</sup> Bilgili, "İslam Hukuku'da Ma'dumun Satışı", s.231.

<sup>57</sup> İrfan Yazman, "Mecelle Hukukunda Selem Akdi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:21, S:1 (1964), s.283.

<sup>58</sup> Abdullah b. Mahmud b. Mevdud Mavsılı, *el-İhtiyar li-Ta'lili'l Muhtar*, çev: Mehmet Keskin, C:1, İstanbul: Hikmet, 2013, s.420.

<sup>59</sup> Yazman, "Mecelle Hukukunda Selem Akdi", s.287.

<sup>60</sup> Üçok, Mumcu ve Bozkurt, s.159.

<sup>61</sup> Üçok, Mumcu ve Bozkurt, s.159.

hukukçuları, bu akdin istihsan ile kabul edildiğini ifade etmişlerdir<sup>62</sup>. Ancak bu akdin de bir tarafın aleyhine olmaması için, sözleşmede satım konusu misli malın cinsinin, miktarının, teslim yerinin ve zamanının açık bir şekilde belirtilmesini şart koşulmuş, bunun yanı sıra semenin miktarının belirtilmesi ve bunun sözleşme anında satıcıya verilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>63</sup>. Görüldüğü üzere Mecelle, iktisadi gelişmelere ayak uyduracak şekilde mevcut olmayan malın satımı ile ilgili alternatifli hükümler yürürlüğe sokmuştur. Belge yazarlarının 123'üncü maddesi yok sayıp sadece 205'inci madde üzerinden Mecelle'nin ticari ilişkilere uygulanmasının sakıncalı olduğu yorumu rasyonel durmamaktadır<sup>64</sup>.

Her ne kadar İslam/Osmanlı Hukuku'nda madumun satışının katı bir şekilde uygulanmasının doğuracağı olumsuz sonuçların bertaraf edilmesi maksadıyla istihsanen bazı istisnalar kabul edilmişse de selem akdinin sıhhati için de bazı şartların aranması (akdin sadece misli mallara ilişkin olması, satım konusu malın inikaddan, teslim anına dek piyasada mevcut olması vs. gibi), Mecelle'de tartışma konusu yapılan yasağın, Batılı ticaret anlayışıyla tamamen örtüşmesine engel teşkil etmektedir. Bu da yukarıda değinildiği üzere def-i mefasidi, celb-i menafiye önceleyen İslam hukuk anlayışının tabii ve zorunlu bir neticesidir. Mardin, bu hükmü ele aldıktan sonra bu yasağın muasır hukukta kabul olunduğu derecede hafifletilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir<sup>65</sup>. Ona göre “*Mecelle Cemiyeti bu ciheti nazara almış olsaydı samimi olmayan itirazlara, tenkitlere iptidaen sed çekmiş olurdu.*”<sup>66</sup>

Nitekim 30 Nisan 1914 tarihinde Usul-i Muhakeme-i Hukukiye'nin 64.maddesinde yapılan bir değişiklik ile “...*Âtiyen mevcut olacak eşya üzerinde akdedilecek mukavelât dahi muteberdir*” demek suretiyle madumun satışı mümkün hale gelmiştir. Söz konusu değişiklik Ahmet Ziya Bey'in ifadesiyle “*ihtiyacat-ı zamane ve şerait-i hazıra-i iktisadiye ve içtimaiye*” dikkate alınarak gerçekleştirilmiştir<sup>67</sup>. Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nda gerçekleştirilen bu tadilatın sonraki tarihe ait olması dolayısıyla bu tarihten sonra “ma'dumun satışı”nın Osmanlı Hukuku'nda mümkün hale geldiği ifade edilebilir. Bu noktada Hanefi fikhinin görüşünden ayrı bir görüşün benimsenmesi, örfi hukukun zamanın ihtiyaçları doğrultusunda resmi mezhep anlayışını esnetici bir fonksiyon icra etmesini bakımından oldukça dikkat çekicidir. Bu durum ise Osmanlı Hukuku'nun kendi içinde örfi düzenlemeler yoluyla birtakım eksiklikleri giderebildiğini ortaya koymaktadır. Bir başka deyişle İslam-Osmanlı Hukuku zamanın ihtiyaçları ve halkın maslahatı doğrultusunda mezhepsel sınırları esnetici bir iç dinamizme sahiptir. 2037/66 numaralı belgenin kaleme alındığı tarih itibarıyla yaklaşık otuz sekiz senedir uygulanmakta olan bir kanunun, bunun ötesinde senelerdir Mahkemelerde uygulanan bir hukuk sisteminin topyekun lağvının getireceği hukuki karmaşa dikkate alındığında, örfi hukuka başvurularak mevcut sistemin esnetilmesinin daha makul ve pratik bir

<sup>62</sup> Mavsili, *el-İhtiyar li-Ta'lil'l Muhtar*, C:1, s.420.

<sup>63</sup> Mavsili, *el-İhtiyar li-Ta'lil'l Muhtar*, C:1, s.420-426.

<sup>64</sup> Bu noktada belge yazarlarının atıfta bulunduğu kararın tamamı metinde yer almadığı için karar veren İstanbul Karma Ticaret Mahkemesinin anılan maddelerin tamamını sorgulayıp sorgulamadığı ile ilgili tahlilde bulunulamamaktadır.

<sup>65</sup> Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s.203.

<sup>66</sup> Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s.203.

<sup>67</sup> Ahmet Ziya, *Yeni ve Mufassal Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Şerhi*, İstanbul: Matbaa ve Kitaphane-i Cihan Sahibi Mihran, 1923, s.267.

çözüm olduğunda kuşku yoktur. Osmanlı Hukuku bu örnek özelinde de görüldüğü üzere bunun için gerekli enstrümanlara sahiptir. Bu enstrümanlara sahip olduktan sonra da Osmanlı yargı teşkilatının bir parçası olan Karma Ticaret Mahkemelerinde, Mecelle'nin tatbik sahasını daraltıcı istisnai uygulamalara gidilmesine gerek kalmayacağı aşikardır.

Özetle, bir yandan sözleşmenin taraflarının hileli bir durumla karşılaşmamasını amaçlayan İslam Hukuku, öte yandan iktisadi gerekliliklerden hareketle birtakım hukuki müesseselerin varlığına cevaz vermiştir. Bunun dışında örfi hukukun resmi mezhep anlayışını esnetici, hukuka dinamizm katıcı fonksiyonu “madumun satışı” meselesi bağlamında karşımıza çıkmaktadır ve bu enstrümanın tatbiki hukuk sistemi açısından daha verimli ve daha az masraflı bir çözüm olarak daha makul gözükmektedir. Kanımızca belgeyi tanzim eden yabancı devlet temsilcileri, bu noktada Osmanlı Hukuku'nun dinamizmini görmezden gelmekte, yüzeysel değerlendirmeler ile Osmanlı Hukuku'nu tenkit etmektedirler.

## B. HASARIN GEÇİŞİ

Satış akdi bağlamında Ticaret Kanunu'nda bir hüküm olmadığından Mecelle'ye atıf yapıldığı ifade edilen hususlardan biri de hasarın geçtiği ana ilişkindir. Hasarın alıcıya geçtiği anın tespiti, sözleşmenin kurulmasından sonra satıcıdan kaynaklanmayan sebeplerle satılarda gerçekleşen zararın borcun ifasına engel olması halinde, buna kimin katlanacağını ortaya koymaktadır<sup>68</sup>. Bu anın tespiti noktasında farklı hukuk sistemlerinde farklı görüşlere rastlamak mümkündür. Mesela, Roma Hukuku'nda menkul malların mülkiyetinin geçişi için teslim şart koşulmuşsa da akdin kurulmasıyla birlikte, hasar alıcıya ait olacaktır<sup>69</sup>. Dolayısıyla Roma Hukuku'nda mülkiyetin geçiş anı ile hasarın geçiş anı arasında bir farklılığın yaratıldığı ifade edilebilir. Alman Hukuku'nda bu farklılık kaldırılmış, menkul mülkiyetinin teslimle geçeceği ifade edildikten sonra, hasarın da teslimle geçeceği ilkesi kabul edilmiştir<sup>70</sup>. Fransız Hukuku'nda ise, menkul malların mülkiyetinin sözleşme ile geçeceği prensibi kabul edilmiş ve mülkiyetin devri ile hasarın geçtiği an arasında bir paralellik kurulmak suretiyle, hasarın sözleşmenin kuruluşuyla birlikte alıcıya ait olacağı belirtilmiştir<sup>71</sup>.

Mecelle'deki durum ise daha farklıdır. Nitekim İslam Hukuku'nda rızai bir akit olarak kabul edilen satım akdinin tamamlanması için “teslim” şart değildir. Akdin kuruluşu ile birlikte satım akdi gerçekleşmiş olur<sup>72</sup>. Ancak akdin sahih, fasid, nafiz yahut mevkuf olmasına göre mülkiyetin intikali değişiklik arz etmektedir. Sahih ve nafiz akdin söz konusu olduğu

<sup>68</sup> Turgut Akıntürk, *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1966, s.24.

<sup>69</sup> Sabri Şakir Ansay, “Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.1-4 (1953), s.454,455; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1983, s.233.

<sup>70</sup> Andreas B. Shwarz, “Satış Akdinde Hasarın İntikali” (Tercüme Eden: Kudret Ayiter) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:1-4 (1947), s.162.

<sup>71</sup> Kudret Ayiter, “Roma Hukukunda Alım Satım Aktinde Hasarın İntikali”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:14, S:1 (1957), s.124.

<sup>72</sup> Talip Türkan, “İslam ve Türk Borçlar Hukukuna Göre Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş Sorunu”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, C:1, S:1 (2003), s.171.



durumlarda akdin kuruluşu ile mülkiyet intikal etmiş olmaktadır<sup>73</sup>. Fasit akdin bahis mevzuu olduğu durumlarda ise salt akid, mülkiyetin intikali için yeterli olmamakla birlikte, fasit nitelikteki bu akdin feshedilmemesi ve satış konusu malın teslimi halinde mülkiyet intikal etmiş sayılmaktadır<sup>74</sup>. Mecelle'nin 262.maddesinde bu kapsamda “*Bey’de kabz şart değildir.*” ifadesine yer verilmektedir. Ayrıca Mecelle'nin hasarın geçiş anını düzenleyen 293.maddesinde “*Mebî’ kable’l kabz bâyi’in yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüb etmeyip zararı bâyi’e ait olur.*” hükmü, 294.maddesinde ise, “*Mebî’ ba’de’l kabz telef olsa bâyi’ hakkında bir şey terettüb etmeyip zararı müşteriye ait olur.*” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla Mecelle’de mülkiyetin geçiş anı ile hasarın geçiş anının birbirinden ayırt edildiği, sahih ve nazif bir akdin bahis mevzuu olduğu durumlarda akdin kuruluşuyla birlikte mülkiyet geçerken, hasarın geçişinde kabzın (teslimin) esas alındığı ifade edilebilir. Bu açıdan bakıldığında İslam Hukuku’nun alıcı lehine bir düzenleme içerdiğinden bahsedilebilir. Nitekim 236.maddede “*Ba’de’l akd ve kable’l kabz mebi’de hâsıl olan semere ve ziyade müşteriye ait olur.*” hükmüne yer verilmiştir. Sonuç olarak akdin kuruluşuyla birlikte mülkiyet geçmekte, ancak akdin kuruluşu ile satım konusu şeyin teslimi arasında gerçekleşen hasar satıcıya, semere ve ziyade ise alıcıya aittir, ki bu durum Mecelle’nin alıcı lehine yarattığı hukuki statüyü net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Bu aşamada akdin, mülkiyetin intikali için yeterli görülmesi ile, hasarın mülkiyetin intikalinden sonra fakat malın alıcıya tesliminden önce satıcıya ait olması bir çelişki midir sorusu hatıra gelmektedir. Nitekim Ebulûlâ Mardin’in aktardığına göre, bir dönem İstanbul Rus sefaretinde tercüman olarak görev yapan Mandelstam da benzer mülâhazalarla Mecelle’yi eleştirmiştir<sup>75</sup>. Ancak Sıddık Sami Onar’ın isabetle belirttiği üzere burada bir tenakuz değil bilakis mantıklı bir tutarlılık söz konusudur. Zira, akdin kuruluşu ile birlikte her ne kadar satıcı, satım konusu eşyanın mülkiyetini kaybetse de, Mecelle’nin 278.maddesinde ifade edildiği üzere, peşin satışta alıcı bedelin tamamını kendisine verinceye dek, satıcının ilgili eşya üzerinde hapis hakkı söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda satılan malın satıcının elinde bulunması satıcının menfaatini temin maksadını taşımaktadır ve bu halde hasarın bir nevi mürtehin konumunda olan satıcıya yüklenmesinde herhangi bir sorun yoktur. Ancak alıcı, satım konusu eşyanın bedelinin tamamını satıcıya vermişse, bu halde satıcı ilgili eşyayı derhal alıcıya teslim etmek zorundadır. Satıcı bu durumda bile satım konusu malı elinde bulunduruyorsa, kusurlu bir harekette bulunmuştur, bir başka tabirle temerrüde düşmüştür, ki bu durumda da hasara katlanmasında herhangi bir adaletsizlik bulunmamaktadır<sup>76</sup>. Dolayısıyla Mecelle, satıcıya ait olan teslim borcunun bir an önce yerine getirilmesini teşvik etmektedir.

Belgede bu noktada ilginç olan nokta “Eşya ve emtia zarar tehlikesi müşteriye ait olarak sevk edilir” hükmünün “umum tarafından kabul edilmiş” bir kaide olarak aktarılmasıdır. Oysa yukarıda kısaca temas ettiğimiz üzere bu kaide genel bir prensip değildir. Nitekim Alman

<sup>73</sup> Ahmet Akman, *İslam Hukuku’nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat (Türk Borçlar Hukuku Mukayeseli)*, Ankara: Adalet, 2019, s.218-219.

<sup>74</sup> Akman, *İslam Hukuku’nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, s.219.

<sup>75</sup> Ebulula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s.201.

<sup>76</sup> Sıddık Sami Onar’ın notlarından akt. Halil Arslanlı, “Mecelle’de Hasar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.14, S.1-2 (1948), s.265.

Hukuku'nda bunun tam tersinin kabul edildiği yukarıda ifade edilmiştir. Ebulula Mardin de, medeni devletlerin kanunlarının tamamında bu prensibin kabul edilmediğini, hatta Fransız Medeni Kanunu'ndan daha sonra yürürlüğe giren 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu'nda da Alman Hukuku'na paralel düzenlemelerin yer aldığını ve Mecelle'yi hazırlayan komisyonun daha sonra yürürlüğe giren bu kanunu nazar-ı dikkate almasının mümkün olduğunu ifade etmiştir<sup>77</sup>. Ancak ilgili belgede yer alan imzalardan birinin de Avusturya temsilcisine ait olması bu açıdan oldukça ilginç ve ironiktir.

Netice itibarıyla hasarın geçişi noktasında, evrensel bir ilkenin mevcut olmadığı, İslam hukukunun, zararın satıcıda olmasını gerekli kılan hükümlerin kendi sistematığı içerisinde tutarlılığı olduğu, nitekim benzer yaklaşıma batılı bazı ülkelerinden de sahip olduğu görülmektedir. Öte yandan, akit kurulduktan sonra, malın tesliminden önce zararın satıcıda kalacağı anlayışını eleştiren Avusturya diplomatının kendi ülkesinde de aynı düzenlemenin yer alması, tenkitlerin objektif olmadığını ortaya koymaktadır.

### C. MENFAATİN MAL SAYILMAMASINA VE KARDAN MAHRUMİYETİN TAZMİNİNE İLİŞKİN YÖNELTİLEN İTİRAZLAR

2037/66 numaralı belgede itiraz olunan noktalardan bir diğeri Mecelle'nin 126. ve 127.maddelerine ilişkindir. Bu kapsamda belgede “*teşebbüs-i ticari ve sınaide bir şerikin hisse-i menfaati Mecelle ahkâmınca (madde 126-127) emval-i mütekavvime adden deyne dahil değildir. Binaenaleyh tefriğ ve teferruğ edilemez... Yalnız emval-i maddiyenin bey'i caiz olduğu kaidesini iltizam demek olan bu karar Ticaret Kanunu'nun şirketler hakkındaki ahkâmına açıktan açığa mübayindir.*” ifadeleri yer almakta ve hemen ardından ahkam-ı fikhienin tatbikinin yerli ve yabancı tüccarların ticaretini büyük bir tehlikeye sokacağı belirtilmektedir.

Mecelle'nin tenkit konusu yapılan 126. ve 127.maddeleri şu şekildedir:

Madde 126: “Mal tab'-ı insani mail olup da vakt-i hacet için iddihar olunabilen şeydir ki menkule ve gayr-i menkule şamil olur.”

Madde 127: “Mal-ı mütekavvim iki manaya istimal olunur. Biri intifa mübah olan şeydir, diğeri muhrez demektir. Mesela denizde iken bakıl gayr-i mütekavvim olup istiyad ile ihraz olundukta mal-ı mütekavvim olur.”

126.maddede geçen iddihar (biriktirme) kavramı, menfaatlerin mal tanımının dışında kalmasına yol açmaktadır<sup>78</sup>. Zira Hanefi hukukçulara göre bir şeyin mal sıfatına sahip olabilmesi ancak temevvül ile sabit olur, yani ihtiyaç zamanında korunup biriktirilebilmesiyle mümkün olur<sup>79</sup>. Menfaatler ise iki vakit arasında baki kalmaz ve böyle bir şeyde temevvülü düşünmek olanaksızdır<sup>80</sup>. Ayrıca menfaatler mütekavvim de olamazlar, zira bir şeyin mütekavvim olarak nitelendirilmesi için öncelikle “var olması” gerekmektedir. Ayrıca bu “şey”, mevcut olduktan sonra muhrez olmalıdır ve bunun için de yine iki vakit arasında o şeyin baki olması

<sup>77</sup> Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s.103.

<sup>78</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerh-i Mecelleti'l-Ahkam*, C:1, İstanbul: Matbaa-i Tevsi'-i Tıbaat, 1330, s. 228.

<sup>79</sup> Osman, “Menafi-i Mağsubun Damanına Dair”, *Ceride-i Adliye*, S:144 (1331), s.6126.

<sup>80</sup> Osman, “Menafi-i Mağsubun Damanına Dair”, s.7126.

icap etmektedir<sup>81</sup>. Menfaatler için böyle bir durum söz konusu olmadığından, menfaatlerin mütekavvim mal olarak nitelendirilmeleri de mümkün değildir. Bu kabulün en önemli sonuçlarından biri, bir malın gasp veya itlaf edilmesi durumunda menfaatinin veya zevaidinin tazmin edilip edilmeyeceği noktasında gündeme gelmektedir. Zira Hanefi hukukçularının görüşü kabul edilirse bir malın gasp edilmesi halinde o malın menfaatinin tazmini mümkün olmayacaktır. Bu durum Mecelle'nin 596.maddesinde "*Menafi-i mağsub mazmun değildir*" demek suretiyle ifade edilmiştir. Ancak Şafii hukukçular bu noktada Hanefi hukukçulardan farklı düşünmektedirler. Onlar, mal kavramını daha geniş bir şekilde ele almakta ve kişinin elinde bulunup, işlerin görülmesine yarayan her şeyi mal olarak kabul etmektedirler<sup>82</sup>. Menfaat de bu kapsamda değerlendirilebilir ve menfaatlerin gasp halinde tazmini mümkündür. Hanefi hukukundaki kabul yukarıda açıklandığı gibi olmakla birlikte, ilerleyen zamanlarda Hanefi hukukçular, insanların vakıf ve yetim mallarına karşı artan tamahlarına engel olmak maksadıyla, bu mallara ilişkin olarak Şafii mezhebinin görüşünü tercih etmişler ve bunların gasp veya itlafı halinde menfaatin de tazmin edileceği yönünde görüş bildirmişlerdir<sup>83</sup>.

Ali Haydar Efendi, Mecelle'nin 596.maddesini şerh ederken, öncelikle Hanefi ve Şafii hukukçularının görüşlerine yer vermiş ve ardından "menfaat" kavramının artan önemini vurgulayarak "...*bu zamanda bilcümle emvalin menafiinde mezheb-i Şafii kabul edilmek ve olvecihle amel olunmak üzere irade-i seniyye istihsal kılınmak münasip olup olmayacağı asrımızın fukahası müşavere ederek bir karar ittihaz etmelidirler.*" demek suretiyle Şafii fikhinin görüşünün kabul edilmesini savunmuştur<sup>84</sup>. İlerleyen dönemde Ali Haydar Efendi'nin bu temennisine paralel şekilde 30 Nisan 1914 senesinde yapılan bir düzenlemeyle Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nun 64.maddesi değiştirilerek, mal kavramı menfaatleri de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. İlgili madde şu şekildedir:

Mal-ı mütekavvim olan her şey ma'kudun-aleyh olabilir. Ale'l-ıtlak tedavülü mütearif olan a'yan ve menafi' ve hukuk mal-ı mütekavvim hükmündedir.

Ahmet Ziya Bey, mütekavvim mal kavramına ilişkin olarak Mecelle'nin yukarıya aktarılan 127.maddesine işaret ettikten sonra, kanun koyucunun 64.maddedeki bu değişikliği "*ih-tiyacat-ı zamaneyi ve şerait-i hazıra-i iktisadiye ve içtimaiyeyi*" nazar-ı dikkate alarak gerçekleştirdiğini ifade etmektedir<sup>85</sup>.

Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nda gerçekleştirilen bu değişiklikten altı yıl kadar sonra Mecelle'nin tadili kapsamında 126.madde de değiştirilmiş ve mal kavramının kapsamı Şafii fikhine uygun bir şekilde genişletilmiştir. Bu değişiklikte mal "*anda münafese ve bezl cari olan şey*" şeklinde tanımlanmıştır<sup>86</sup> ve Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu ile bir paralellik sağlanmıştır. Ayrıca bu değişikliğe paralel olarak Mecelle'nin 596.maddesi de değiştirilmiş

<sup>81</sup> Osman, "Menafi-i Mağsubun Damanına Dair", s.7126.

<sup>82</sup> Osman, "Menafi-i Mağsubun Damanına Dair", s.7125; Ahmet Akgündüz, "İslam Hukukunda Ecr-i Misil Müessesesi ve Günümüz Hukukuna Te'sirleri", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2, S:2 (1984), s. 359.

<sup>83</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam*, C:1, s.950.

<sup>84</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam*, C:1, s.950.

<sup>85</sup> Ahmet Ziya, *Yeni ve Mufassal Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Şerhi*, s.267.

<sup>86</sup> Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1986, s.386.

ve bir kimsenin bir malı, sahibinin izni olmaksızın kullanması halinde ecr-i misil gerekeceği hüküm altına alınmıştır<sup>87</sup>.

Usul-i Muhakeme-ı Hukukiye Kanunu'nun özel bir kanun olması ve ilgili düzenlemenin Mecelle'nin ilk kitabının neşrinden sonraki bir tarihe ait olması hasebiyle 1914 senesinden itibaren Osmanlı Hukuku'nda menfaatlerin de mal kapsamında değerlendirildiği ifade edilebilir. Bu noktada Şafii fikhinin görüşünün benimsenmesi, örfi hukukun -madumun satışı bağlamında da ifade edildiği üzere- zamanın ihtiyaçları doğrultusunda resmi mezhep anlayışını esnetici bir fonksiyon icra etmesini göstermesi bakımından oldukça dikkat çekicidir.

2037/66 sayılı belgede ayrıca “Mecelle'nin 74.maddesi mucebince “tevehhüme itibar olunmadığından” ikame olunan bir zarar ve ziyan davasında bu zarar ve ziyan yalnız kârdan mahrumiyetten ibaret olursa dava-yı mezkure reddedilmek lazım gelir. Bu karar Zeyl-i Kanun-ı Ticaret'in doksan beşinci maddesi ahkamına sarihane münafi olup madde-i mezkure mucebince kârdan mahrumiyet zarar ve ziyan aksamından maduddur” ifadeleri yer almaktadır.

Zeyl-i Kanun-ı Ticaret'in, yukarıya aktarılan kısımda zikredilen 95. maddesi şu şekildedir:

Müteahhidin istihsaline hakkı olan tazminat kaide-i umumiye üzere etmiş olduğu zarar ve mahrum kaldığı kardan ibaret olup, ancak müstesna olan bazı tazminat hakkında mevadd-ı atiyede muharrer ahkamı muhtelif vechle hareket olunacaktır.

Bu madde açık bir şekilde mahrum kalınan kârın da tazminat sorumluluğu bağlamında değerlendirildiğini hüküm altına almaktadır. Bu bağlamda Mecelle uyarınca mahrum kalınan kârın tazmin edilip edilemeyeceği üzerinde durmak gerekmektedir. Gerçekten de Hanefi fıkhında kişinin dükkanının itlafı halinde, yeni bir dükkan buluncaya kadar uğradığı kazanç kaybının tazmininin gerekmeyeceği ifade edilmektedir<sup>88</sup>. Aydın, bu durumun temelinde, kârdan mahrumiyet bağlamında zararın hesaplanmasındaki zorluktan başka, Hanefi hukukçularının menfaati mal saymayan görüşlerinin de yattığını ifade etmektedir<sup>89</sup>. Mecelle'nin itlaf babında kârdan mahrumiyetin tazmin edilip edilmeyeceğine ilişkin açık bir hüküm mevcut değilse de, menfaatin mal kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin yukarıdaki izahat dikkate alındığında kârdan mahrumiyetin de tazmin edilemeyeceği neticesine varılabilir. Bunun dışında itlaf babında mevcut Mecelle hükümleri de tamamıyla “fiili zarar” kıstasına paralel olarak vaz' edilmiş olup, Hanefi hukukçuların görüşlerine paralel olarak şekillenmiştir. Ancak 1914 senesinde Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nda yapılan değişiklikten sonra mahrum kalınan kârın da tazminat sorumluluğu bağlamında değerlendirilebileceği ifade edilebilir. Bu noktada örfi hukukun yukarıda aktarılan fonksiyonu tekrar gündeme gelmektedir.

Bu aşamada göze çarpan bir başka nokta ise Mahkeme'nin “tevehhüme itibar olunmayacağına” ilişkin Mecelle'nin külli kaidelerinden birine istinaden hükmünü kurmuş olmasıdır. Karma Ticaret Mahkemesi'nin ilgili kararı elimizde olmadığından Mahkeme'nin sadece bu hükme dayalı olarak hükmünü tesis edip etmediğini net olarak tespit imkanından mahrumuz.

<sup>87</sup> Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, s.464.

<sup>88</sup> TDV İslam Ansiklopedisi, Mehmet Akif Aydın, İstanbul: İSAM, 2001, “İtlaf” maddesi.

<sup>89</sup> TDV İslam Ansiklopedisi, “İtlaf” maddesi, s.466.

Ancak Mecelle'nin esbab-ı mucibe mazbatasında da belirtildiği üzere Şer'iyeye hakimleri sahil bir nakil bulunmadıkça salt külli kaidelere istinaden hükmünü tesis edemez. Dolayısıyla ilgili Mahkeme'nin salt Mecelle'nin 78.maddesine istinaden hükmünü tesis etmesi ayrıca hatalı görünmektedir.

#### Ç. İKRARIN TECEZZİSİ MESELESİ

2037/66 sayılı belgede itiraz edilen hususlardan bir diğeri de ikrarın tecezzisi (bölünmesi) meselesidir. Bu bağlamda belgenin ilgili kısmında şu ifadeler yer almaktadır:

Mecelle'nin 1572.maddesi mehakime ikrarın inkisamını kabul salahiyeti veriyor. Bu kaide mucibince hasmın ikrarını dermeyan eden kimse işbu ikrardan ancak kendisine muvafık gelen kısmını kabul eder ve kısm-ı bakisini red ile hasmını onu ispata mecbur eyleyebilir. Bundan şu tevellüd eder ki, mahkemeye defterlerini ibraz eden bir tacir zimmetine mukayyed olan bi'l-cümle mebalighden dolayı medyun tanınmak ve aynı sahifede mukayyed matlubatını düyununa bedel ityan edememek lazım gelir.

Mecelle'nin bahsi geçen 1572.maddesinde sadece ikrarın tanımı yapılmaktadır<sup>90</sup>. 1631 ve 1632.maddelerde ikrarın tecezzisine ilişkin hükümler mevcut olup, belge yazarlarının kastettikleri maddelerin bunlar olduğu ifade edilebilir. Bu bağlamda 1631.maddede "def" kavramının tanımına yer verilmiştir. Maddeye göre "def müddeaaaleyh tarafından müddeinin davasını def edecek bir dava dermeyan olunmaktadır." 1632.maddede ise ikrarın tecezzisi meselesine temas edilmektedir. Bu bağlamda "def'i dava eden kimse def'ini ispat ettikte müddeinin davası mündefi' olur ve ispat edemediği takdirde anın talebi ile asıl müddei tahlif olunur. Müddei yeminden nükül ederse müddeaaaleyhin def'i sabit olur ve eğer müddei yemin ederse kendisinin asıl davası avdet eder."

Def ve ikrarın tecezzisi meselelerini anlamak için öncelikle ikrar ve onun türleri üzerinde durmak icap etmektedir. Bir hukuk kavramı olarak ikrar "aleyhine hukuki neticeler husule getirebilen maddi veya hukuki bir vakıanın doğruluğunu tasdik"<sup>91</sup>, "bir kimsenin diğeri bir kimsedeki hakkını haber vermesi"<sup>92</sup> manalarına gelmektedir. İslam-Osmanlı Hukuku'nda ikrar -farklı tasnifler de olmakla birlikte- genel anlamda sarih ve delaleten ikrar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sarih ikrarda davalı davacının iddiasını açık bir beyanıyla kabul etmektedir<sup>93</sup>. Bu bağlamda davalı borçlunun "evet benim davacıya borcum vardır" demesi sarih ikrardır. Delaleten ikrarda ise davalı borcunu delaleten ikrar etmektedir. Yani davacının talebine karşılık davalı direkt evet borcum vardır demek yerine, mesela borcunu ödemek için mehil talep etmekte yahut sulh talebinde bulunmaktadır<sup>94</sup>. Modern Medeni Yargılama Hukuku'nda ise ikrar basit, birleşik ve mevsuf ikrar olmak üzere üçe taksim edilmektedir. Basit ikrarda davacı davalının iddiasına herhangi bir vasıf yahut iddia eklememekte, olduğu gibi kabul etmektedir<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> "İkrar, bir kimse diğeri bir kimsenin kendisinde olan hakkını haber vermektir. O kimseye mukir ve o kimseye mukarrun-leh ve o hakka mukarrun-bih denilir."

<sup>91</sup> *Türk Hukuk Lügati*, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991, s.155.

<sup>92</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve İstilahat-ı Fikhiye Kamusu*, C:8, İstanbul: Bilmen, s.39; Şeyhül-İslam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir Merginani, *Delilleriyle Hanefi Fıkhi: el-Hidaye*, çev: Ahmet Meylani, C:3, İstanbul: Kahraman, s.313; Mavsili, *el-İhtiyar li-Ta'lili'l Muhtar*, C:2, s.197; Şeyh Nizam ve bir heyet, *Fetâvâ-yı Hindiyeye (Fetâvâ-yı Alemgiriyeye)*, çev: Mustafa Efe, C:8, Ankara: Akçağ, 1985, s.183.

<sup>93</sup> Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve İstilahat-ı Fikhiye Kamusu*, C:8, s.40.

<sup>94</sup> Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve İstilahat-ı Fikhiye Kamusu*, C:8, s.40.

<sup>95</sup> Taylan Özgür Kiraz, *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, Ankara: Bilge, 2013, s.126.

Birleşik ikrarda ise davalının davacının iddiasına, onu hükümden düşüren yahut hukuki sonuçlarını ortadan kaldıran bir olgu yahut vasıf eklemesi söz konusudur<sup>96</sup>. Bu bağlamda davalının “evet karzen aldım fakat borcumu ödedim” şeklindeki bir beyanı birleşik ikrardır. Mevsuf ikrarda ise davalı dava konusu ilişkinin aslında farklı bir hukuki nitelikte olduğunu ileri sürmektedir<sup>97</sup>. Davalının davacıdan aldığı parayı borç olarak değil de bağış olarak aldığını ileri sürmesi örneğinde olduğu gibi.

İkrarın tecezzisi ise davalının davacının iddiasına eklediği bu olgu veya vasfın kimin tarafından ispatlanacağına ilişkin bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>98</sup>. Bu bağlamda ikrar tecezzi kabul eder denirse, davalının ikrar teşkil eden beyanı bölünecek, temelde yer alan hukuki ilişki ikrar edildiğinden davacının üzerinden bu hukuki ilişkiyi ispat yükü kalkacak, davacının iddiasına eklenen olgu veya vasfı ispat yükü iddia edene yani davalıya düşecektir<sup>99</sup>. İkrar tecezzi kabul etmez denirse, bu halde davalının iddiası bir bütün olarak kabul edilecek ve ispat yükü yer değiştirecektir<sup>100</sup>. Bu bağlamda tecezzi meselesi davacının iddiasına eklenen olgu veya vasfa temas ettiğinden basit ikrarlar bakımından böyle bir tartışmaya girmek manasız olacaktır.

İslam-Osmanlı Hukuku'na bakıldığında, “beraet-i zimmet”in esas olduğu ilkesinden hareketle<sup>101</sup>, gerek mevsuf gerekse birleşik ikrarlar bakımından ikrarın tecezzisinin kabul edildiği gözlemlenmektedir<sup>102</sup>, ki Mecelle'nin tartışma konusu 1632.maddesinde bu husus açıkça

<sup>96</sup> Süha Tanrıver, “Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Meselesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:1993/2, s.225.

<sup>97</sup> Kiraz, *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, s.129.

<sup>98</sup> Tanrıver, “Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Meselesi”, s.227.

<sup>99</sup> Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin, 2011, s.521.

<sup>100</sup> Tanrıver, “Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Meselesi”, s.228.

<sup>101</sup> Yorgaki Effimianidis, “(İkrarın Tecezzi Kabul Etmemesi) Mutlak Bir Kaide Olarak Kabul ve Tatbik Olunabilir Mi?”, *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, S:4-112 (1939), s.8.

<sup>102</sup> “*Rüesâ tâifesinden Hüseyin Reis b. el-Hâc Ahmed sâbikâ Trabzon anbar emîni olup hâlâ Galata voyvodası Mustafa Ağa mahzarında merkûm Mustafa Ağa Trabzon'da anbar emîni olduğu hâlde sefinem ile Trabzon'a isâl eylediğim ma'lûmü'l-keyl hinta ve şa'iri tamamen kendiyeye teslim edip yedime edâ tezkiresi dahi verdikten sonra kabzını ikrâr mâ'adâyı inkâr eylediğinden gayrı medfû'u olan doksân gurusu da'vasından dahi zimmetimi ibrâ ve iskât eylemişdi deyü def'le mukâbele ve def'i isbâta havâle olundukda yirmi gün tamamına değin istimhâl etmekle mehl verilmişdi hâlâ yirmi beş günü tecâvüz edip ikâmet-i beyyineden izhâr-ı acz edip yemin dahi vermemeğin meblağ-ı mezkûr doksân gurusu müdde'âsını mezbûr[a] red ve teslime mezbûr Mustafa Ağa'ya tenbih olunup merkûm Hüseyin Reis ziyâde müdde'âsını isbâta havâle olunmuşdur.” (İstanbul Kadı Sicilleri Cilt: 65 Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (H. 1143-1144 / M. 1730-1732), haz. Mehmet Akman, Ali Coşkun ve Abdullah Sivridağ, (ed: Coşkun Yılmaz), İstanbul: İstanbul Kültür AŞ, 2019, s.590.)*

“İsbât-ı tefvîz-i dükkân Medîne-i Eyyûb-i Ensârî'de Kasım Paşa vakfına hâlâ mütevellî olan Mehmed Çelebi meclis-i şer' de zikri âtî vakıf dükkânın nisf-ı şâyî'ine vâzî'u'l-yed olduğu şer'an sâbit olan Nikola v. Andriye nâm zimmi muvâcehesinde üzerine da'vâ edip vilâyet-i Rumeli'nde Gerbeniş kazâsı kurâsından Kalarte nâm karyede sâkin mütevellîsi olduğum vakf-ı mezbûrdan medine-i mezbûrda Çömllekçiler sükunda vâki' lede'l-ahâlî ma'lûmü'l-hudûd olup icâre-i mu'accele ve müecceleli vakıf dükkânın nisf-ı şâyî'ine mutasarıf olan Yorgi nâm zimmi hâlik oldukda hissesi âdiyyen sagîr oğlu Yani'ye intikâl eyledikten sonra mezbûr Yani hisse-i mezbûreyi hâl-i sigârında mezbûr Nikola'ya ferâğ ve tefvîz ve bilâ-veled hâlik olup ferâğ-ı mezbûr mu'ter[if] olmamağla, ol hisse vakfa intikâl etmişken, mezbûr zimmi bî-vech vaz'-ı yed eder, suâl olunup kasr-ı yedine tenbih olunmak matlûbumdur dedikde gibbe's-suâl mezbûr Nikola cevâbında mezbûr Yani ol hisseyi bana ferâğ ve tefvîz eyledikde on beş yaşını tamâm eyledikten sonra ferâğ ve tefvîz ve ben dahi tefevvüz eylediğimden sonra zabta taslît etmekle ben dahi zabt için İstanbul'a gelip mezbûrdan izin taleb eylediğimde mezbûr dahi yedime iznini hâvî temessük verdi deyü def' ile mukâbele eyledikde gibbe'l-istintâk ve'l-inkâr mezbûr zimmiden def'i için beyyine taleb olundukda udûl-i müsliminden mahmiye-i merkümede Davud Paşa mahallesi ahâlîsinden Receb b. Abdullah ve Enserci mahallesi ahâlîsinden Mehmed Beşe b. Mustafa nâm kimesneler li ecli's-şehâde meclis-i şer'a hâzırân olup

belirtilmektedir. Ancak 1880 seneli Girit Vilayetine Mahsus Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'nda ikrarın “kabil-i tecezzi olmadığı açıkça belirtilmiş” ve Mecelle'deki ilkeye mekânsal anlamda bir istisna getirilmiştir. Ne var ki, Mecelle'nin bu kabulü hukuki ve ahlaki birtakım gerekçelerle dönemin hukukçuları tarafından eleştirilmiştir<sup>103</sup>. Zira ikrarın tecezzisinin kabul edilmesi halinde, ileri sürdüğü vakıyı yahut vasfı ispat yükü doğruyu olduğu gibi söyleyen, yani iyi niyetle ve ahlak ilkelerine uygun olarak hareket eden davalının üzerinde kalacaktır ve bu da bir anlamda doğruyu söyleyenin cezalandırılması demektir<sup>104</sup>. Her ne kadar İslam-Osmanlı Hukuku davalıya hasılı inkâr imkânı tanıdıysa da bu imkân da özü itibarıyla doğrunun olduğu gibi izharına engel teşkil etmektedir<sup>105</sup>. Bunun haricinde bu imkânın herkesçe bilinmemesi, hasılı inkâr imkanının uygulamadaki başarısına da gölge düşürmüştür<sup>106</sup>. Osmanlı hukukçularının ikrarın tecezzisi bağlamında ticari defterlere ayrı bir önem atfetmeleri dikkat çekicidir<sup>107</sup>. Zira tartışma konusu 2037/66 numaralı belgede de bu hususun özellikle vurgulandığı görülmektedir.

Bu aşamada Avrupa hukukunun ikrarın tecezzisi bağlamında nasıl bir pozisyona sahip olduğunu belirtmek gerekmektedir. Fransız Hukuku'nda istisnai durumlar haricinde ikrarın tecezzi kabul etmeyeceği açıkça belirtilmiştir<sup>108</sup>. Fransız Hukuku'nun tesiri altındaki Avrupa hukuk sistemlerinde de ikrarın bir bütün olarak kabul edildiği görülmektedir. Alman Hukuku'nda ise, birtakım farklılıklar olmakla birlikte, temelde ikrarın tecezzi kabul etmediği ifade

*gıbbe'l-istişhâd mezbûr Yani on beş yaşını tamâm eyledikten sonra zıkr olunan hisseyi bedel-i mezbûr mukâbelesinde mezbûr Nikola zimmiye huzûrumuzda ferâğ ve tefvîz, ol dahi tefevvüz eyledikten sonra izin ve zabtı için İstanbul'a geldikde mütevellî-i mezbûr dahi mezbûr Nikola zimmî yedine iznini hâvî temessük verdi. Biz bu husûsa bu vech üzre şahidleriz şehâdet dahi ederiz deyû her biri edâ-i şehâdet-i şer'iyye eylediklerinde ba'de't-tâ'dîl ve't-tezkiyye şehâdetleri makbûle olmağın mütevellî-i mezbûr bî-vech mu'arazadan men' olunup mâ vaka'a bî't-taleb ketb olundu. Fi'l-yevmi's-sânî ve'l-ısrîn min Zilhicce'ti's-şerîfe li sene selâse ve seb'în ve elf." (İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073-1074/M.1663-1664), haz. Hüseyin Kılıç vd. İstanbul Kadı Sicilleri C:16, İstanbul: İstanbul Kültür AŞ, 2010, s.418.)*

*"İlâm-ı mezkûr münderecâtına nazaran mezbûr Ahmed bin Muhammed el-Hûrî'nin Duma kasabasının el-Mezra'a mevkî inde kâin eşcâr-ı müsmire ve gayr-i müsmireyi muhtevî ma'lûmu'l-hudûd iki küt'a tarlaya merkûm Bekir tarafından vukû' bulan müdâhalenin men'ini hâl-i hayâtında talep ve da'vâ ve müdde'â-aleyh Bekri dahî müdde'â-bih arâzinin vâlidesine âid olduğunu ifâde ve inbâ ve şahs-ı sâlis sıfatıyla dâhil-i da'vâ edilen mezbûre Amun dahî münâzâ'un-fih arâziyi ol bâbdaki târîh-i memnû'ıyyetten mukaddem müdde'iden bî'l-ıstîrâ' mülkü olduğundan müdde'î merkûmun men'-i mu'arazasına karâr verilmesini müdde'inin kabz eylediği mahsûlâtın esmânî olan bin iki yüz kuruşun tazmînini talep ve iddî'â eylemeleri üzerine li-ecli'l-muhâkeme ta'yîn kılınan yevmi muhâkeme de da'vet-i vâkı'âya icâbet etmeyen müdde'â-aleyhimâdan Bekri'nin muhâfaza-i hukûku zımında vekîl-i musahhar ta'yîniyle gıyâben ve şahs-ı sâlis vâlidesi mezbûre Amun huzûrunda vicâhen icrâ kılınan muhâkeme netîcesinde müdde'â-aleyhimâdan Bekri münâzâ'un-fih arâzideki mülkiyyetini nefy ile vâlidesine âid olduğunu dermeyân etmiş ve vâlidesi ol bâbdaki da'vâsını usûlen isbâtta izhâr-ı 'acze tâlip olduğu yemîni dahî müdde'î merkûm kabûl ve icrâ eylemiş olduğundan müdde'â-aleyhimâdan Amun kadın ve Bekri'nin münâzâ'un-fih arâziye vukû' bulan müdâhalelerinin men'ine..." Ceride-i Adliye, 3.Sene, S:62, s.3002.*

<sup>103</sup> Giridi Ahmed Saki, "Ahlak-ı İçtimaiye Tettebbuatından: Kanun-ı Medenimizde Şayan-ı Tedkik Bir Mesele", *Muhamat*, S:43-44 (1334), s.3 vd.; Şekip, "Kanun-ı Medenimize Ait Bir Meseleye Cevap", *Muhamat*, S:43-44 (1334), s.5 vd.; M.S. Adli, "İkrar Kabil-i Tecezzi Midir?" *Edebiyat-ı Umumiye Mecmuası*, C:4, S:86 (1336), s.1016 vd.; Salomon Adato, "İkrar Tecezzi Kabul Etmez", *İstanbul Barosu Mecmuası*, S:6 (1927), s.338 vd.

<sup>104</sup> Giridi Ahmed Saki, "Kanun-ı Medenimizde Şayan-ı Tedkik Bir Mesele", s.3.

<sup>105</sup> Giridi Ahmed Saki, "Kanun-ı Medenimizde Şayan-ı Tedkik Bir Mesele", s.4.

<sup>106</sup> Ali Himmet Berki, "İkrarın Tecezzi ve Adem-i Tecezzisi Meselesi", *Adliye Ceridesi*, S:1 (1937), s.8-9.

<sup>107</sup> Şekip, "Kanun-ı Medenimize Ait Bir Meseleye Cevap", s.6.

<sup>108</sup> Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, s.208.

edilmektedir<sup>109</sup>. Bu noktada dikkat çeken nokta, 2037/66 numaralı belgenin altında Alman sefirinin de imzasının bulunmasıdır. Bu ironik durum, Avrupa devletlerinin ticaret hayatının gerekliliklerinden öte kendi vatandaşlarına İslam Hukuku'nun tatbikinden duydukları rahatsızlığı göstermesi bakımından oldukça anlamlıdır.

Osmanlı sonrası Türk Hukuku'nda da ikrarın tecezzisine ilişkin tartışmaların devam ettiği gözlemlenmektedir. Bu tartışmaların temelinde 1926 seneli Ticaret Kanunu'nun ikrarın tecezzi kabul etmediğini açıkça hüküm altına alan 683.maddesine<sup>110</sup> karşılık, Medeni Usul Kanunu'nda bu hususa ilişkin herhangi bir açıklığın bulunmaması yatmaktadır. Bu durum her iki kanunun farklı hukuk sistemlerinden iktibas edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. O kadar ki bu tartışmalar 1931 seneli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına<sup>111</sup> da yansımış ve ilgili kararda Ticaret Kanunu'nda yer alan ilkenin tatbik sahası oldukça dar bir şekilde ele alınmıştır<sup>112</sup>. Nitekim bu karar üzerine hukuk camiasında pek çok tartışma vuku bulmuş<sup>113</sup>; 1956 seneli Ticaret Kanunu'nda ise ilgili ilkeye yer verilmemiştir.

Günümüz Medeni Yargılama Hukuku doktrininde her iki görüşün taraftarlarının olduğu gözlemlenmektedir. İkrarın tecezzi kabul etmediğini savunan yazarlar, temelde 2037/66 sayılı belgede ve Osmanlı hukukçularının da ifade ettiği ahlaki birtakım mülahazalara istinat etmektedirler. Ancak kıymetli Usul Hukukçularımızdan Tanrıver ve Umar bu mülahazalara karşı çıkmaktadırlar. Onlara göre ikrarda yer alan beyanların tamamının bir bütün olarak kabulüne ilişkin ahlaki ve mantıki bir zorunluluk bulunmamaktadır<sup>114</sup>. Bu durum yazılı deliller bağlamında da aynıyla geçerlidir. Bunun yanı sıra davalının belli miktarın üzerindeki ödemeler için yazılı bir belge hazırlanmamış olması tedbirsizlik olarak düşünülmeli ve davalı tedbirsizliğinin neticelerine katlanmalıdır<sup>115</sup>. Günümüz Yargıtay tatbikatında da büyük oranda bu son görüşün benimsendiği görülmektedir.

Özetle ifade etmek gerekirse, çalışma konusu 2037/66 numaralı belgede yabancı devlet sefirleri tarafından öne sürülen iddialar “indi” değerlendirmelerden ibarettir ve ikrarın tecezzisi özelinde de Mecelle'nin çağın ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kaldığını ileri sürmek, günümüz Türk hukukunun geldiği nokta nazar-ı dikkate alındığında hatalı olacaktır. Bu bağlamda Alman hukukçuların da kendi sistemlerinde yer alan bir ilkeyi tenkit eden ve onu hakkaniyete

<sup>109</sup> Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, s.208.

<sup>110</sup> “İkrarın heyet-i umumiyesi ya tamamen kabul edilmek veya tamamen reddolunmak lazımdır.”

<sup>111</sup> “İkrar tecezzi kabul etmez kaidesinin hususi bir kanun olan Ticaret Kanunu'nda mevzu bulunması hasebiyle ancak mevadd-ı ticariyede mabihü't-tatbik olan kaide-i mezkurenin ticari hadisat ve muamelatın istilzam eylediği hususiyetler nazarı dikkate alınarak tecezzisi mümkün olmayacak ikrarlara tatbiki ruh-u kanuna muvafık olacağı ve şu itibarla müddealeyhin davayı ikrar mahiyetinde olan ifadesinin hitamından sonra tediyenin vukuunu ispat sadedinde vaki' def'inin kendisine ispat ettirilmesi icap edeceği ekseriyetle tekrarrüt etmiştir.” Temyiz Mahkemesi Heyet-i Umumiyesinin 09/12/1931 tarih ve 48/45 numaralı Tevhid-i İçtihat Kararı, *Adliye Ceridesi*, S:118, s.29.

<sup>112</sup> İlhan Postacıoğlu, “Mahkeme İçtihatları Bakımından İkrarın Tecezzisi Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:12, S:2-3, 1946, s.613.

<sup>113</sup> Kazım Berker, “Borçlar ve Ticaret Kanunlarında Mükerrer ve Birbirine Uymayan Hükümlerin Mevcudiyetinden Tatbikatta Hasıl Olan Zorluklar”, *Adliye Ceridesi*, S:5 (1938), s.590 vd.; Muammer Soylu, “İkrar Tecezzi Etmediğine Dair Birkaç Söz”, *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, S:4-113 (1939), s.5993 vd.; Ali Haydar Özkent, “İkrar Parçalanmaz”, *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, C:10, S:110-2 (1938), s.5918 vd.; Ali Himmət Berki, “İkrarın Tecezzi ve Adem-i Tecezzisi Meselesi”, s.8 vd.

<sup>114</sup> Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s.523.

<sup>115</sup> Tanrıver, “Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Meselesi”, s.237.



ve ticari hayatın idamesine uygun görmeyen bir metne imza atması, belgeyi hazırlayanların gerçek kanaatlerini ortaya koyması bakımından da oldukça anlamlıdır.

## SONUÇ

Tanzimat sonrası ortaya çıkan düalist hukuk yapısı, hukukun birçok alanında kendisini göstermiştir. Kapitülasyonlar, sanayileşen Batılı devletler için Osmanlı Devleti'nin 19. yüzyıldan itibaren bir pazar haline gelmesi, batılı tüccarların Osmanlı Hukuku'na yabancı olması gibi nedenler ticaret hukuku alanında batılı normların Osmanlı iç hukukuna aktarılmasını hızlandırmıştır. Bu istikamette 1840'ta Ticaret Nezareti bünyesinde karma bir komisyon kurulmuş; ayrıca 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret, 1863 seneli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi ile 1861 seneli Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunları iktibas suretiyle Osmanlı hukukuna girmiştir. Bununla birlikte, genelde İslam Hukuku, özelde Hanefi hukuk doktrininin bakış açısını yansıtan Mecelle'nin yürürlüğe girmesi ile Osmanlı hakimleri, anılan ticaret normlarını değil, Mecelle'yi uygulamaya başlamışlardır.

Almanya, Rusya, İngiltere, Fransa, Avusturya ve Macaristan büyükelçileri ile İtalya büyükelçiliği maslahatgüzarı tarafından kaleme alınan taktirde, genel olarak Ticaret Kanunname-i Hümayunu'ndaki eksiklikler ile Mecelle'nin Karma Ticaret Mahkemelerinde uygulanmasından kaynaklandığı ileri sürülen sorunlar ele alınmıştır. Belgeyi kaleme alanlar, 1868'e, yani Mecelle'nin yürürlüğe konuluşuna değin, Ticaret Kanunnamesi'ndeki eksikliklerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için Osmanlı hakimlerinin mehz Fransız kanunlarına müracaat ettiklerini ileri sürmekte ve bunu gayet tutarlı bulmaktadırlar. Hatta, Mecelle'nin Ticaret Kanunnamesi'nin kesin hükümleri ile bağdaşmayan hükümlerinin dahi uygulanmasından duydukları rahatsızlığı dile getirmektedirler. Anılan belgede, hakimlerin iki durumda Mecelle'ye başvurduklarını belirten diplomatlar iddialarını somut vakalardan örnekler ile ispat etmeye çalışmışlardır. Buna göre Karma Mahkemeler, ya Ticaret ve Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunnamelerinde uygulanacak bir hükmün bulunmaması sebebiyle Mecelle'ye başvurmakta yahut da Ticaret ve Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunnamesi hükümlerine aykırı olarak Mecelle'yi tatbik etmektedirler. Bunun sadece müstemenler için değil, Osmanlı tebaası için de sorun olduğunu düşünen diplomatlar, (i)anılan mahkemelerde Ticaret Kanunnamesi ve Usul-ü Muhakemat-ı Ticaret Kanunlarının her uyuşmazlık için uygulanması gerektiği yönünde bir talimat yazılmasını, (ii)Karma Mahkemelerin terk ettikleri ticari örf ve teamülleri tekrar uygulamaya başlamasını ve (iii)Mecelle'nin kendi istekleri istikametinde tadilini tavsiye etmektedirler. Diplomatların, çözüm için Mecelle'deki "zamanın değişmesi ile hükümlerin değişmesi inkâr olunamaz" maddesine dayanması bir ironi olarak karşımızda durmaktadır.

Dönemin normatif düzenlemeleri ve hukuk öğretisi incelendiğinde Osmanlı Devleti'ne ve hakimlerine yönelik eleştirilerin yerinde olmadığı ortaya çıkmaktadır. Öncelikle ticaret hukuku sahasında düalist bir yapı mevcut olsa da Mecelle Cemiyeti tarafından hazırlanan mazbatada, Mecelle hükümlerinin mi yoksa ticaret mevzuatında yer alan hükümlerin mi uygulanacağı yahut çelişki olması halinde hangisinin uygulanacağı hususunda açık ifadeler yer almaktadır. Buna göre Mecelle sonraki tarihe ait genel nitelikli, Ticaret Kanunnamesi ise önceki tarihe ait özel nitelikli bir kanundur. Adliye Nezareti tarafından gönderilen bir tahriratta,

komisyon mazbatasına atıf yapıldıktan sonra, Ticaret Kanunu'nun ticari işleri kolaylaştırmak maksadını taşıyan özel nitelikli bir kanun olduğuna işaret edilerek, "Ticaret Mahkemelerinde" özel nitelikli kanunda belirtilmemiş hallerde Mecelle'ye müracaat edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Öte yandan ticari uyuşmazlıklarda Mecelle öncesinde Fransız hukuk kurallarının uygulanmasının etkileri sadece Ticaret Hukuku sahası ile sınırlı kalmamakta, Medeni Hukuk sahasına da temas etmektedir ki, bu husus devletin egemenliğini tartışmaya açmakla birlikte hukuki itibarını da zedelemektedir. Bu duruma ket vuran Mecelle'nin döneminde ses getiren bir düzenleme olması, kendisinin tadili için dahi kendi hükümlerine atıf yapılması ile sabittir

Osmanlı Hukuku'na, hakimine ve Mecelle'ye yönelik eleştiriler, somut vakalar ile ispatlanmaya çalışılmışsa da tenkitlerin rasyonel bir zemine oturmadığı görülmektedir. Zira yapıcı bir tenkit için hukuk sisteminin bakış açısının göz önünde tutulması gerekir. Örneğin mevcut olmayan malın satışına Mecelle'nin engel olduğu yönündeki eleştiri yüzeyseldir. Nitekim, Batı hukuku "celb-i menafiyi" önelemekte iken, Osmanlı Hukuku "def-i mefasid"i önelemektedir. Normatif düzenlemelerde yer farklılık bu anlayış farkından kaynaklanmaktadır. Ayrıca bu eleştiriler bağlamında sadece 205'inci maddeden bahsedilmekte, sorunu kısmen de olsa çözmeyi hedefleyen 123'üncü madde görmezden gelinmektedir. Öte yandan 30 Nisan 1914 tarihinde Usul-i Muhakeme-i Hukukiye'nin 64'üncü maddesinde yapılan değişiklikle bu mesele tamamen halledilmiştir. Görüldüğü üzere tenkit edilen sorun örfi bir düzenleme ile nihayete erdirilmiştir. Keza menfaatin mal sayılmamasına ve kârdan mahrumiyetin tazminine ilişkin itirazlar da örfi bir düzenleme ile çözülmüştür. Bu da Osmanlı Hukuku'nun sorunları çözmek için yeterli iç enstrümanlara sahip olduğunu ve Karma Ticaret Mahkemeleri'nde Mecelle'nin tatbik sahasını daraltıcı yollara başvurunun manasız olduğunu ortaya koymaktadır.

Bir başka eleştiri konusu olan hasarın geçişi noktasında da eleştiri sahiplerinin sağlam bir temele dayanmadığı görülmektedir. Hasarın geçişi hususunda, evrensel bir ilkenin mevcut olmadığı, İslam Hukuku'nun zararın satıcıda olmasını gerekli kılan hükümlerinin kendi sistematigi içerisinde tutarlığı olduğu, nitekim benzer bir yaklaşıma batılı bazı ülkelerin de sahip olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, akit kurulduktan sonra, malın tesliminden önce zararın satıcıda kalacağı anlayışını eleştiren Avusturya diplomatının kendi ülkesinde de aynı düzenlemenin yer alması, tenkitlerin objektif olmadığını meydana çıkarır. Benzer şekilde Alman Hukuku'nda, birtakım farklılıklar olmakla birlikte, temelde ikrarın tecezzi kabul etmediği ilkesi benimsendiği halde, Alman sefirinin Mecelle'de yer alan benzer yaklaşımı eleştirmesi, Avrupa devletlerinin ticari hayatın aksamaması motivasyonu ile değil, kendi vatandaşlarına İslam Hukuku'nun tatbikinden duydukları rahatsızlıktan hareketle bu belgeyi kaleme aldıklarını göstermektedir.

Belgeler, Batılı devletlerin, hukuki değerlendirmelerinin bilimsel saiklerle yapılmadığını, eleştirilerin yüzeysel olduğunu, tek bir alana ilişkinmiş gibi gözükken bir değişiklik isteğinin esasında çok köklü bir yapının değişmesine işaret ettiğini ortaya koymaktadır. Öte yandan eleştiren ülkelerin kendi hukuk sistemlerinin de tarafımızca bilinmesinin ne derece önemli olduğu anlaşılmaktadır. Günümüzdeki tenkitleri, bu tecrübelerden istifade ederek tahlil etmekte yarar vardır.

## KAYNAKÇA

- Abdullah b. Mahmud b. Mevdud Mavsili. *el-İhtiyar li-Ta'lili'l Muhtar*. çev: Mehmet Keskin, C:1,2, İstanbul: Hikmet, 2013.
- Ahmet Cevdet Paşa. *Tezahir*. C:1, (haz.) Cavid Baysun, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1953.
- Ahmet Ziya. *Yeni ve Mufassal Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Şerhi*. İstanbul: Matbaa ve Kitaphane-i Cihan Sahibi Mihran, 1923.
- Akgündüz, Ahmet. "1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesi'nin Hukuki Kaynakları". *Belleten*, C.51, S.199 (1987): (s.153-191).
- Akgündüz, Ahmet. "İslam Hukukunda Ecr-i Misil Müessesesi ve Günümüz Hukukuna Te'sirleri". *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2, S:2 (1984): (s.339-375).
- Akgündüz, Ahmet. *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1986.
- Akıntürk, Turgut. *Satım Aktinde Hasarın İntikali*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1966.
- Akman, Ahmet. "1917 Tarihli Usul-i Muhakeme-i Şer'iyye Kararnamesi ve Tahlili". Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1985.
- Akman, Ahmet. *İslam Hukuku'nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat (Türk Borçlar Hukuku Mukayeseli)*. Ankara: Adalet, 2019.
- Ali Haydar Efendi. *Dürrü'l-Hükkam Şerh-i Mecelleti'l-Ahkam*. C:1, İstanbul: Matbaa-i Tevsi'-i Tıbaat, 1330.
- Ansay, Sabri Şakir. "Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.1-4 (1953): (s.450-456).
- Arslanlı, Halil. "Mecelle'de Hasar". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.14, S.1-2 (1948): (s.248-271).
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Atlas, 2019.
- Aydın, M. Âkif. "Kanunnâmeler ve Osmanlı Hukukunun İşleyişindeki Yeri". *Osmanlı Araştırmaları*, C: 24 (2004): (s.37-46).
- Aydın, M. Akif. "Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan'ın Oynadığı Rol". *İslami Araştırmalar*, C:8, S:3-4 (1995): (s.166-172).
- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle'nin Hazırlanışı". *Journal of Ottoman Studies*, C:9 (1989): (s.31-50).
- Aydın, Mehmet Akif. *Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Klasik, 2018.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta, 2017.
- Ayiter, Kudret. "Roma Hukukunda Alım Satım Aktinde Hasarın İntikali". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:14, S:1 (1957): (s.122-142).
- Bashir, Sobia ve Amen Imran. "Legal System of the Ottoman Empire". *Journal of Law and Society Law College*, C: 42, S: 59 (2012): (s. 101-110).
- Berker, Kazım. "Borçlar ve Ticaret Kanunlarında Mükerrer ve Birbirine Uymayan Hükümlerin Mevcudiyetinden Tatbikatta Hasıl Olan Zorluklar". *Adliye Ceridesi*, S:5 (1938): (s.587-595).
- Berki, Ali Himmet. "İkrarın Tecezzi ve Adem-i Tecezzisi Meselesi". *Adliye Ceridesi*, S:1 (1937): (s.5-11).
- Bilgili, İsmail. "İslam Hukuku'da Ma'dumun Satışı". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S:8 (2006): (s.211-238).
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-i İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiye Kamusu*. C:8, İstanbul: Bilmen.

- Bozkurt, Gülnihal. "Review of the Ottoman Legal System". *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S: 3 (1992): (s.115-128).
- Bozkurt, Gülnihal. *Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci, (1839-1939)*. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2020.
- Cin, Halil ve Ahmet Akgündüz. *Türk Hukuk Tarihi*. C:1, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1995.
- Cin, Halil. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1974.
- Cin, Halil. *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*. Ankara: Berikan, 2016.
- Effimianidis, Yorgaki. "(İkrarın Tecezzi Kabul Etmemesi) Mutlak Bir Kaide Olarak Kabul ve Tatbik Olunabilir Mi?". *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, S:4-112 (1939): (s.5984-5993).
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*. İstanbul: Arı Sanat, 2017
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*. İstanbul: Arı Sanat, 2004.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Giridi Ahmed Saki. "Ahlak-ı İctimaiye Tetebbuatından: Kanun-ı Medenimizde Şayan-ı Tedkik Bir Mesele". *Muhammat*, S:43-44 (1334): (s.3-5).
- Gür, A. Refik. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*. İstanbul: Sebil, 1993.
- Hasan Fehmi. *Telhis-i Hukuk-u Düvel*. İstanbul: Mahmut Bey Matbaası, 1328.
- İstanbul Kadı Sicilleri Cilt: 16 İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073-1074/M.1663-1664)*. haz. Hüseyin Kılıç vd., İstanbul: İstanbul Kültür AŞ, 2010.
- İstanbul Kadı Sicilleri Cilt: 65 Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (H. 1143-1144 / M. 1730-1732)*. haz. Mehmet Akman, Ali Coşkun ve Abdullah Sivridağ, (ed: Coşkun Yılmaz), İstanbul: İstanbul Kültür AŞ, 2019.
- Kahveciyan Haçik. "Müruruzaman-ı Şer'i ve Müruruzaman-ı Nizami". *Ceride-i Adliye*, S.76 (1913): (s.3602-3608).
- Karal, Enver Ziya. *Osmanlı Tarihi*. C.7, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1988.
- Karataş, Abdullah Vefa. "Divan-ı Hümayun ile Paşa Divanının Karşılaştırılması -Manisa Şehzade Sarayı Defteri Örneği-". *Adalet Dergisi*, S.62-63 (2020): (s.153-188).
- Kayar, Betül. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları*. Ankara: Adalet, 2021.
- Kenanoğlu, M. Macit. *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*. Ankara: Lotus, 2005.
- Kılınç, Ahmet ve Davut Yıldırım. "Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansması", Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Kamu Hukuku, Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınevi, 2021.
- Kılınç, Ahmet. "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu", II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri C:II, İstanbul: Onikilevha, 2016.
- Kılınç, Ahmet. *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik*. Ankara: Adalet, 2022.
- Kiraz, Taylan Özgür. *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*. Ankara: Bilge, 2013.
- Konan, Belkis. *Osmanlı Devleti'nde Yabancıların Hukuki Statüsü*. Ankara: Statü, 2013.
- Koschaker, Paul ve Kudret Ayiter. *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1983.
- Kütükoğlu, Mübahat S. *Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik)*. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2018.
- M.S. Adli. "İkrar Kabil-i Tecezzi Midir?". *Edebiyat-ı Umumiye Mecmuası*, C:4, S:86 (1336): (s.1016-1017).

- Mardin, Ebulula. "Muhtelit Mahkemeler". *Sırat-ı Müstakim*, S:11 (1324): (s.165-170).
- Mardin, Ebulula. *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*. Ankara: Adalet Bakanlığı, 2021.
- Mumcu, Ahmet. *Divan-ı Hümayun*. Ankara: Phoenix, 2017.
- Nazaret Hilmi. *Kod Sivil*. İstanbul: Digran Karabetyan Matbaası, 1303.
- Onar, Sıddık Sami. "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u Mecelle". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.20, S.1-4 (1954): (s.57-85).
- Osman. "Menafi-i Mağsubun Damanına Dair". *Ceride-i Adliye*, S:144 (1331): (s.7125-7127).
- Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan. "Ömer Lütfi Barkan ve Türk Hukuk Tarihi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:70, S: 1 (2012): (s.413-439).
- Örsten Esirgen, Seda. "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle Mi, Fransız Medeni Kanunu Mu?". *OTAM*, S.26 (2011): (s.31-48).
- Örsten Esirgen, Seda. "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri". *Adalet Dergisi*, C: 1-2, S: 62-3 (2019): (s. 429-480).
- Örsten Esirgen, Seda. *Osmanlı Devleti'nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları*. Ankara: Turhan, 2017.
- Özkent, Ali Haydar. "İkrar Parçalanmaz". *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, C:10, S:110-2 (1938): (s.5918-5926).
- Öztürk, Osman. *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*. İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı, 1973.
- Postacıoğlu, İlhan. "Mahkeme İçtihatları Bakımından İkrarın Tecezzisi Meselesi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:12, S:2-3 (1946): (s.609-626).
- Salomon Adato. "İkrar Tecezzi Kabul Etmez". *İstanbul Barosu Mecmuası*, S:6 (1927): (s.338-341).
- Shwarz, Andreas B. "Satış Akdinde Hasarın İntikali". (Tercüme Eden: Kudret Ayiter), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:1-4 (1947): (s.159-167).
- Soylu, Muammer. "İkrar Tecezzi Etmediğine Dair Birkaç Söz". *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, S:4-113 (1939): (s.5993-5996).
- Şekip. "Kanun-ı Medenimize Ait Bir Meseleye Cevap". *Muhamat*, S:43-44 (1334): (s.5-7).
- Şentop, Mustafa. "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü". *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (TALİD) Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı*, C.3, S.5 (2005): (s.647-672).
- Şeyh Nizam ve bir heyet. *Fetâvâ-yı Hindîyye (Fetâvâ-yı Alemgiriyye)*. çev: Mustafa Efe, C:8, Ankara: Akçağ, 1985.
- Şeyhül-İslam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir Merginani. *Delilleriyle Hanefî Fıkhu: el-Hidaye*. çev: Ahmet Meylani, C:3, İstanbul: Kahraman.
- Tanrıver, Süha. "Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Meselesi". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:1993/2: (s.212-243).
- TDV İslam Ansiklopedisi. İlber Ortaylı. C:24, İstanbul: İSAM, 2001, "Kadı" maddesi
- TDV İslam Ansiklopedisi. Mehmet Akif Aydın. C:23, İstanbul: İSAM, 2001, "İtlaf" maddesi.
- TDV İslam Ansiklopedisi. Mehmet Akif Aydın. C:7, İstanbul: İSAM, 1993, "Ceza" maddesi.
- Türcan, Talip. "İslam ve Türk Borçlar Hukukuna Göre Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş Sorunu". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, C:1, S:1 (2003): (s.167-186).
- Türe, İskender ve Salim Kaynar (Yayına Hazırlayanlar). *Osmanlı Arşivi Rehberi*. İstanbul: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, 2017.

*Türk Hukuk Lugati*. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991.

Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin, 2011.

Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Turhan, 2011.

Ünal Özkorkut, Nevin. "Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargılama Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:53, S:2 (2004): (s.83-94).

Yavuz, Hulusi. "Events Leading to the Compilation of First Ottoman Civil Code". *İslam Tetkikleri Dergisi*, C:8, S:1-4 (1984): (s.89-122).

Yazman, İrfan. "Mecelle Hukukunda Selem Akdi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:21, S:1 (1964): (s.281-307).



İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# İSLAM HUKUKUNDAKİ ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ TÜRK AİLE HUKUKUNA MUKAYESESİ

## COMPARISON OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS IN ISLAMIC LAW TO TURKISH FAMILY LAW

Mustafa Aktürk\*

### ÖZ

Çalışmanın konusu, sona ermek üzere olan evlilikler açısından İslam aile hukuku kapsamında gerçekleştirilen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hukuki tahlilidir. Ayrıca bu faaliyetlerin, boşanma neticesinde ortaya çıkan asli ve fer'i sonuçlar açısından hangi hususlara ilişkin uygulanabileceği de önem arz etmektedir. Çalışma ile İslam aile hukukundaki uyuşmazlık çözüm yöntemleri, pozitif hukuktaki alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında incelenmiştir. Bu doğrultuda yer yer mukayeseli bir bakış açısı ile Türk aile hukukunda uygulanması planlanan arabuluculuk ve tahkim gibi yöntemlere, İslam aile hukuku perspektifinden bakılarak konu farklı bir hukuk sistemi olan İslam hukukunun yaklaşımıyla ele alınmıştır. Varılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir: İslam aile hukukundaki alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kapsamı boşanmanın asli sonucu olan evlilik birliğinin sona ermesi hususunda gerçekleşmektedir. Fer'i sonuçlar üzerinde ise İslam hukukunun asli kaynakları olan Kuran ve Sünnet çerçevesinde tatbik edilen kesin hükümler neticesinde arabuluculuk ya da tahkim faaliyetlerinin gerçekleşmesi mümkün gözükmemektedir. Ayrıca modern anlamda gerçekleştirilen arabuluculuk ve tahkim faaliyetlerinde uyuşmazlığın neticesi ile ilgilenilmeyip sadece sürecin en hızlı ve külfetsiz bir şekilde nihayete ermesi amaçlanmaktadır. Bu bağlamda evlilik birliğinin devamını mutlak surette amaçlayan bir çabadan söz etmek mümkün değildir. İslam aile hukukunda ise yegâne gayenin evlilik birliğinin devamı olduğu ve bu birliğin korunması kapsamında arabuluculuk faaliyetlerinin uygulanmaya çalışıldığını ifade etmek mümkündür.

**Anahtar Kelimeler** İslam aile hukuku - Boşanma - Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları - Arabuluculuk - Tahkim

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0001-8404-0920 avmustafaakturk@gmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## ABSTRACT

The subject of the study is the legal nature of alternative dispute resolution methods used within the scope of Islamic family law in terms of marriages about to be terminated, and to what extent these methods can be applied in terms of primary and secondary consequences arising as a result of the termination of the marriage. In this study, the methods of conflict resolution and Islamic family law are studied as a part of alternative dispute resolution within the contemporary context. In this respect, mediation and arbitration methods that are planned to be implemented in Turkish family law are addressed with a comparative perspective from the Islamic law approach, a different legal system. The conclusions can be summarized as follows: the scope of alternative dispute resolutions in the Islamic family law covers the end of union of marriage, which is the primary result of divorce. Also, it's improbable to apply mediation or arbitration methods to secondary results due to definitive provisions of the Qur'an and Sunnah, which are considered as main sources of Islamic law. On the other hand, result of conflicts are not taken into consideration within the contemporary mediation and arbitration methods. Instead, these contemporary methods are applied in order to accelerate and ease the process. Therefore, within the scope of contemporary methods, it is improbable to conclude that there is an effort that solely aims to maintain the marriage union. However, in the Islamic family law, it is probable to conclude that the sole aim is to maintain union of marriage and that mediation methods are applied to preserve unity.

**Keywords** Islamic family law - Divorce - Alternative dispute resolution methods - Mediation - Arbitration

## GİRİŞ

Sağlıklı bir toplumun temelini sağlıklı evlilik birlikleri ve bu ailelerin çatısı altında yetişecek olan nesiller oluşturmaktadır. İslam hukuku dinin, canın, neslin, aklın ve malın korunmasını amaçlamaktadır.<sup>1</sup> Nesli korumak için aile kurumunun korunması elzemdir. Bu sebeple İslam hukuku aileye gerekli önemi vermiş ve evliliği teşvik ederek hem dünyevi hem de uhrevi pek çok faydasına vurgu yapmıştır.<sup>2</sup>

İnsanlık tarihi boyunca bireylerin hayatlarını bir araya getirmeleri ve nesillerinin devamı için diğer medeniyetlerde de evlilik birliğine gerekli ihtimam gösterilmeye çalışılmıştır. Fakat günümüzde kurulan evlilik birliklerinin gerek izlenen yanlış usuller gerekse de kurtarılabilecek imkânı olmasına rağmen karşılıklı iletişim kurulamaması ve gerekli çözüm yollarına başvurulmaması sebebiyle dağıldığı görülmektedir.

Sona eren evlilikler neticesinde boşanmış ailelerin çocuklarının da gelişim çağlarında yaşadıkları travmalar, sağlıklı bir toplumun ifsadı noktasında mühimi de geçerek ehem derecesine ulaşmıştır. Hem boşanmanın bu kadar kolaylaştırılmış olması hem de kadim geleneklerimizde yer alan toplumsal dayanışmanın bir gereği olarak insanların arasının düzeltilmesi gibi güzel hasletlerimiz de terk edilmiş, böylelikle aile mefhumu ağır yaralar almıştır. Çağımızda bireysellik ön plana çıkarılarak sosyal hayatın gerekleri, insanlar nezdindeki itibarını yitirmeye yüz tutmuştur. Bu sebeple aile içi uyuşmazlıkların giderek arttığı gözlemlenmektedir.

Günümüzde aile içi uyuşmazlıkların mahkemeler vasıtasıyla çözümlenmesine alternatif olarak aile arabuluculuğu ya da aile hakemliği gibi kurumların, özellikle iç hukukumuzda yeniden işlerlik kazanması hususu gündeme gelmektedir. Yapılacak olan faaliyetlerin, farklı hukuk sistemleri perspektifinden bakılarak gerçekleştirilmesi iç hukukumuz adına önemli bir kazanım olacaktır. Bu bağlamda çalışmamızda İslam aile hukukundaki alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kapsamı ve hukuki mahiyeti incelenecektir.

Çalışmamızda uyuşmazlığı çözme noktasında görevli olan söz konusu kişiye tanınan yetkiler ve çözüm sürecinin işleyişi açısından arabuluculuk ve hakemlik kavramlarının mukayeseli olarak ele alınması gerekliliği doğmuştur. Zira tahkim ve arabuluculuk faaliyetleri her ne kadar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri çatısı altında yer alsalar da hukuki nitelikleri ve usul itibarıyla farklılık arz etmektedirler.

Çalışmanın ilerleyen kısımlarında da mezhepsel farklılıklar göz önüne alınarak İslam hukuku uygulamalarının günümüz bakış açısıyla incelenmesine çalışılacaktır. Zira günümüz anlamıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında İslam hukuku uygulamalarına baktığımızda mezhepsel olarak icra edilen farklı uygulamalar, yöntemin hukuki mahiyetini değiştirebilmektedir.

<sup>1</sup> Ali Bardakoğlu, "İSLÂM", TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 23, s. 19.

<sup>2</sup> "Kul evlendiği zaman dininin yarısını tamamlamış olur. Kalan yarısında da Allah'tan korksun." İbn Humam, II/379, Mustafa Cevat Akşit, *Mutlu Evlilik İslâmi Esasları*, İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 1. Baskı, 2011, s. 16.

İç hukukumuzda yüz yıl öncesine kadar hukuk metinlerinde yer alan<sup>3</sup> ve günümüzde de muhtelif şekillerde uygulanan İslam hukukunun evlilik birliğini sonlandırmak isteyen çiftlere karşı ne gibi önleyici ve koruyucu tedbirleri ele aldığı, bu tedbirlerin bir alternatif olup olamayacağı, mukayeseli hukuk perspektifinden ele alınmalıdır. Aile kurumunun önemi sebebiyle İslam aile hukukunda arabuluculuk ya da tahkim olarak nitelendirilebileceğimiz hukuki kavramların nasıl işletildiği ve neden bu yollara başvurulduğunun arka planının araştırılması elzem görülmektedir.

## I. TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Günümüz hukukunda toplumsal barışın artması, adalete erişme ve eşitlik kavramları gayesiyle uyuşmazlıkların çözümü noktasında, dostane yollar vasıtasıyla yeni yöntemlerin geliştirilmesi hususunda bazı reformlar yapılması gerekliliği ortaya çıkmıştır.<sup>4</sup>

Bu kapsamda mahkemelerin iş yükünü hafifletmek, zamandan ve paradan tasarruf ve uyuşmazlıkların çözümü noktasında daha hızlı sonuçlar alabilmek adına devlet müdahalesi en aza indirilerek yeni yöntemler geliştirilmeye çalışılmıştır.<sup>5</sup> Böylelikle hem mahkemelerin yükü hafifletilmiş olmakta hem de uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlık çözüm sürecine daha etkin katılımı hedeflenmektedir.

Bu sebeple alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ya da yöntemleri olarak adlandırılan “Alternatif Dispute Resolution” (ADR) kavram ortaya çıkmıştır. Bağımsız bir üçüncü kişi, uyuşmazlığın çözümü noktasında sürece dahil olarak katkı sağlamak ve mahkemelerde yürütülen dava sürecine alternatif bir yol izlenmiş olmaktadır.<sup>6</sup> Adından da anlaşılacağı üzere söz konusu yöntem yargılamanın doğal sürecine alternatif olarak belirlenmiş ve uyuşmazlıkların çözümünde birçok farklı metodun izlenebileceği hususu üzerinde temellendirilmiştir.

Tamamen ihtiyari olarak ilerleyen<sup>7</sup> ve mahkemelerdeki yargılamaya karşı alternatif olan arabuluculuk, tahkim, uzlaşma, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların saptanması ve kısa duruşma gibi yöntemler alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak kabul edilmektedir. Fakat alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin sadece sayılan kavramlarla sınırlı olmadığını

<sup>3</sup> 1340/1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Tasarısı m.121: “*Tefrik davası 84 üncü maddeye müsteniden tarafeynden birinin diğerine rabita-i izdivacın devamını gayri mümkün kılacak surette zulüm ve eza etmesi veya 87 inci maddede tafsil olunduğu veçhile aralarında niza ve şikak zuhur eylesi sebepleriyle vaki olmuş ve hakim tarafından zevceynin telif-i beyni de kabil olamamış ise davanın evveleminde bir heyet-i hakemiyeye tevdi mecburdur. Hakemler, tarafeyn ailelerinden münasip adedde olmak üzere hâkim tarafından tayin olunur. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunmazsa veya bulunup da hakem olacak evsafi haiz olmazsa hariçten münasipleri tayin edilir. Hakem olacak zevatın her halde nüfuz-ı nazar sahibi ve şayan-ı itimad olması lazımdır.*” İlgili kanun tasarısı 1 Aralık 1924 tarihinde adliye encümenine verilse de, bu arada medeni kanun hazırlıkları başladığı için görüşülmeden rafa kaldırılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Mehmet Akif Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul: Marmara Üniversitesi, 1985, s. 238-239.

<sup>4</sup> İbrahim Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *EÜHFD*, Erzincan: 10.cilt, 3,4.sayı, (2006), s. 460.

<sup>5</sup> Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arbuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2013, s. 15.

<sup>6</sup> Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 3.baskı, 2013, s. 167.

<sup>7</sup> Ahmet Kılınc, “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun Osmanlı Arabuluculuğu”, *II. Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Cilt 2 (2016), s. 15.

da söylemek gerekir.<sup>8</sup> Zira söz konusu yöntemler birbirleriyle beraber uygulanarak daha farklı yeni yöntemlerin de meydana çıkabilmesi muhtemeldir. Düşüncemize göre doğası gereği esnek<sup>9</sup> olan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin sınırlı sayıda zikredilmesi pek de mümkün değildir. Bu yöntemler ile klasik yargılama usulüne alternatifler oluşturulmaya çalışılmaktadır. Ayrıca uyuşmazlıkların daha pratik, ekonomik ve tarafların uzlaşmasına dayalı olarak başarılı şekillerde çözülmesi hedeflenmektedir.<sup>10</sup>

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bahsedilen olumlu yönleri dışında eleştirilen bazı unsurları da söz konusudur. Örneğin dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğun uygulamasının iradilik ilkesi ile bağdaşmadığını savunan görüşler mevcuttur.<sup>11</sup> Yine aynı kapsamdaki bir diğer görüş ise uzlaşma kültürünün yeterince gelişmediği bir toplumda bu durumun davaların gecikmesine sebep olabileceği şeklindedir.<sup>12</sup> Ayrıca alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sonucunda kesin hükme varılması da eleştiri konusu olmuştur. Uyuşmazlıkların mahkemeler dışında çözülmesi sebebiyle hakkında bir mahkeme hükmü yani kesin hüküm bulunmayan hususlara böyle bir niteliğin verilmesi usul hukuku açısından da sorunlara yol açacağı eleştirileri akıllara gelmektedir. Nitekim bu eleştiriye destekler nitelikte 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 5. fıkrasındaki "Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz." hükmü kendi iç hukukumuzda da mevcuttur. Bu hükmün arabulucunun ve arabuluculuk kurumunun mahiyetini değiştirebilecek etkileri olabileceğine dikkat çekilmektedir.<sup>13</sup>

Görüldüğü üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, pozitif ve negatif yönleriyle bir bütün olarak hukukun vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Çalışmamızın amacından sapsamaması adına tüm bu yöntemlere değinmek yerine sadece aile içi uyuşmazlıkları ilgilendiren arabuluculuk ve tahkim faaliyetleri üzerinde durulması isabetli görülmüştür. Arabuluculuk ve tahkim kavramları İslam aile hukuku açısından birbirleriyle iç içe hususlar oldukları için aynı başlıklar altında mukayeseli olarak ele alınması zarureti doğmuştur.

#### A. ARABULUCULUK VE TAHKİMİN TANIMI

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini aile hukuku kapsamında ele aldığımızda karşımıza ilk olarak arabuluculuk kavramı çıkmaktadır. Arabuluculuk kavramına günümüz hukuk sistemlerinin ve İslam hukukunun yaklaşımlarının ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Arabuluculuk kavramı, tarafların birbirleri ile daha iyi iletişim kurmaları, uyuşmazlık sebeplerine

<sup>8</sup> Stephen B. Goldberg, Frank E. A. Sander, Nancy H. Rogers, Sarah Rudolph Cole, *Dispute Resolution Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York: Aspen Publishers, 2007, s. 3.

<sup>9</sup> Yavuz Kaplan, "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl:28, Sayı: 1-2, (2008), s. 124.

<sup>10</sup> Ponte, Lucille M. ve Cavenagh, Thomas D., *Alternative Dispute Resolution in Business*, Ohio: ITP, 1999, s. 31.

<sup>11</sup> Kürşat Karacabey, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 1, (2016) s. 461.

<sup>12</sup> Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 64, (2006), s. 169.

<sup>13</sup> Hakan Albayrak, "Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu", *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, Cilt: 17, Etik Özel Sayı, (2018), s. 21.

odaklanmaları ve uyumsuzluğu çözecek seçenekler hakkında uzlaşmalarını hedefleyen bir çözüm metodudur.<sup>14</sup>

Meri hukukta arabulucu, taraflar arası anlayışın geliştirilmesi ve makul anlaşma yollarının aranması için müzakereleri yöneterek bu vazifesini gerçekleştirmeye çalışır. Bu bağlamda arabulucu; usulü belirleyici, diyalog ortamını hazırlayıcı, sulh odaklı, gerçekçi düşüncenin temsilcisi, kusurları örten ve yöntemin koruyucusu olan kişidir.<sup>15</sup> Arabuluculuk kavramı ile hem mahkemelerdeki dosya yükünün azalması hem de uyumsuzluklara karşı devletin müdahalesinin azami seviyeye inmesi hedeflenir.<sup>16</sup> Bu kapsamda arabuluculuk, uyumsuzlukların mahkeme dışında sulh yoluyla çözülmesinin dışında günümüz hukukunun bakışıyla yargıdaki iş yükünü azaltması ve çözüm sürecini kısaltması gibi faktörler dolayısıyla tercih sebebidir.<sup>17</sup> Zira temel uyumsuzluk çözümü olan muhakeme usulünün taraflara getirmiş olduğu bazı sorunlar vardır. Bazı uyumsuzlukların doğrudan mahkemede görülmesi hem sürecin uzamasına hem ekonomik anlamda devlete ve bireylere ağır maliyetlere sebep olabilmektedir. Ayrıca uzayan yargılama süreçlerinin ya da hak arama faaliyetleri kapsamında taraflara yüklenen mali külfetlerin sadece birey bazında değil toplum nezdinde de sosyolojik yansımaları söz konusudur.

İslam hukukunda arabuluculuk kurumunda ise “Sulh” kavramının ortaya koyulması gerekmektedir. Arapça kökenli “Sulh/Musâleha” kavramı, barış, barışma, anlaşma ve uyuşma anlamlarına gelmektedir.<sup>18</sup> Uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan bu akit ile taraflar kendi rızalarıyla dava konusunu ortadan kaldırır.<sup>19</sup> Yine Mecelle’de sulh; “*icab ve kabul ile akdedilen bir sözleşmedir ve bu sözleşme, anlaşmazlığın karşılıklı rıza ile çözülmesinden meydana gelir.*” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>20</sup> “Muslih/Musâlih” kavramı ise sulhu yapan<sup>21</sup>, ıslah eden<sup>22</sup>, düzelteren anlamlarına gelmekle beraber günümüzdeki anlamıyla arabulucunun da Osmanlı hukuk metinlerinde ifade ediliş şeklidir.<sup>23</sup> Bu hususta birçok örnek mevcuttur ve arabulucunun bir kişiden fazla olabildiği de görülmektedir.<sup>24</sup>

Bir diğer kavramımız olan tahkim ise taraflar arasında doğan ya da ileride doğması muhtemel uyumsuzlukların çözümünde hakem adı verilen kişilerin görevlendirilmesi için yapılan

<sup>14</sup> Jay Folberg, *A mediation overview: History and dimensions of practice*, San Francisco: Mediation Quarterly, 1983, s. 10.

<sup>15</sup> Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 104-107.

<sup>16</sup> Jay Folberg, *A mediation overview: History and dimensions of practice*, s. 10.

<sup>17</sup> Kılınc, “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun Osmanlı Arabuluculuğu”, s. 15.

<sup>18</sup> Mehmet Erdoğan, *Fıkah ve Hukuk Terimleri*, İstanbul: Ensar, 6. Baskı, 2016, s. 513.

<sup>19</sup> Yusuf Şen, “İslam Hukukunda Arabuluculuk”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Çorum, Cilt 11/ Sayı 22 (2012), s. 110-111.

<sup>20</sup> Mecelle, md.1531.

<sup>21</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkah İlmi ve İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü*, Haz. Abdullah Kahraman, 1. Baskı, İstanbul: Nizamiye Akademi, s. 147.

<sup>22</sup> Mustafa Avcı, “Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı:1, (2017), s. 27; Erdoğan, *Fıkah ve Hukuk Terimleri*, s. 402.

<sup>23</sup> Esra Çetinkaya, *Osmanlı Hukukunda Sulh Sözleşmesi*, İstanbul: Onikilevha, 1. Baskı, 2020, s. 10.

<sup>24</sup> Zeynep Dörtok Abacı, “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh:18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri” *OTAM Dergisi*, Ankara: S: 20, (2006) s. 109.

sözleşmedir.<sup>25</sup> Bu tanımın çıkış noktası hakem sözleşmesidir.<sup>26</sup> Mahkemelerdeki yargılamaya alternatif olan tahkim, kısaca iki ya da daha çok uyuşmazlık tarafının ilgili uyuşmazlığı çözmek için üçüncü bir kişiyi memur etmeleri şeklinde ifade edilebilir.<sup>27</sup>

İslam hukuku açısından da tahkim modern hukuka benzer şekilde ifade edilmiştir. Buna göre tahkim, davacı ve davalının uyuşmazlığı çözmek için kendi iradeleri ile bir kişiyi hâkim tayin etmeleridir.<sup>28</sup> Ayrıca Mecelle'nin 1790. maddesinde "*hasmeynin husumet ve davalarını fâsl için kendi rızaları ile ahar kimseyi hâkim ittihaz etmelerinden ibarettir*" şeklinde yer alan tahkim kavramında hakemin konumu arabulucudan farklıdır. Arabulucunun nihai kararı verme yetkisi söz konusu değildir, tarafları bağlayıcı olmayan ve tavsiye niteliğinde bir faaliyet söz konusudur.<sup>29</sup> Hakemin arabulucudan farklı olarak verdiği kararlar bağlayıcıdır fakat kadıdan farklı olarak da yalnızca yetki sahibi olduğu sınırlı uyuşmazlıklarda söz hakkına sahiptir. Bu noktada hakemin konumu açısından bir belirsizlik söz konusu olabilmektedir.<sup>30</sup>

Sonuç olarak arabuluculuk ve tahkim kavramları, esnek, ekonomik, kolay ve taraflar odaklı olması sebebiyle pek çok uyuşmazlığın çözülmesi hususunda tercih edilebilir konumdadır. Zira tarafların süreç üzerindeki egemenliklerini artıran bu yöntemler, uyuşmazlığın çözümünü esnasında süreci yönlendirme imkânı sunması hasebiyle tarafların adalete ve hakkaniyete olan inançlarını da pekiştirmektedir. Kişilerin nihai kararı verecek olan hakemi ya da uzlaşmayı sağlayacak olan arabulucuyu doğrudan belirlemeleri burada çok önemli rol oynamaktadır. Ayrıca tahkim ve arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde de en çok başvurulan yollar arasında yer aldığı söylenebilir. Arabuluculuk ve tahkimin tanımları hem günümüz hukuku hem de İslam hukuku açısından yapıldıktan sonra ilgili hususun tarihinden de kısaca bahsetmek yerinde olacaktır.

## B. ARABULUCULUK VE TAHKİMİN TARİHİNE BAKIŞ

Genel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları günümüz hukukunda uygulanan şekliyle tarihte ilk kez İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde ortaya çıkmıştır.<sup>31</sup> ABD'de ilk kez 1913 yılında işçi-işveren uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyetleri gerçekleştirilmiştir.<sup>32</sup> Modern hukukun henüz yüz yıl öncesinde uygulamaya koyduğu alternatif uyuşmazlık çözüm

<sup>25</sup> Cengiz Serhat Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 127.

<sup>26</sup> "*Hakem sözleşmesi uyuşmazlığın tarafları ile hakem (veya hakemler) arasında yapılan sözleşmedir. Kural olarak hakemi tayin eden tarafın teklifi ve tayin edilen hakemin bu teklifi kabulüyle taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olacaktır.*" Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, s. 169.

<sup>27</sup> Mustafa Yıldırım, "TAHKİM", TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 39, s. 411.

<sup>28</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye ve İstılahat-i Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1967, s. 205.

<sup>29</sup> Osmanlı hukukunda Meri hukuktan farklı olarak arabuluculuk yani sulh kurumu bir sulh sözleşmesine dayanıyorsa ve sözleşme bütün unsurlarıyla sıhhatli olarak kurulmuşsa artık yapılan sulh sözleşmesinin bağlayıcı hale geldiği ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Çetinkaya, *Osmanlı Hukukunda Sulh Sözleşmesi*, s. 124.

<sup>30</sup> "*Hakemin gerek önceden taraflarca veya resmî mercilerce görevlendirilmiş olması gerekse verdiği kararın bağlayıcılığı, ona uyuşmazlıkları kendiliğinden ıslah etmeye çalışan gönüllü arabulucu ile, bunu kamu görevi olarak resmî ve genel bir yetki ve sıfatla yapan kadı arasında kalan orta derecede bir konum kazandırır.*" Ahmet Akgündüz, "Hakem", TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 15, s. 172.

<sup>31</sup> Hikmet Bilgin, "Anglo-Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk", *Hukuk Gündemi Dergisi*, (2009), s. 17.

<sup>32</sup> Yıldız Işıktaş Karabulut, *Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İzmir: Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 11.

yöntemlerinin, İslam hukukunda ise Hz. Peygamber dönemi de dahil olmak üzere uygulandığını ve köklerinin daha eski tarihlere kadar da dayandığını söylemek mümkündür.<sup>33</sup> Bu kapsamda aile uyuşmazlıkları hususunda hakemlik ya da arabuluculuk kavramlarını doğrudan İslam hukukunun asli kaynağı olan Kuran-ı Kerim’de de görmekteyiz. Nitekim Nisa suresinde geçen “Eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır.”<sup>34</sup> ayetiyle doğrudan ilgili husus düzenlenmiştir.

İslamiyet öncesi döneme bakıldığında ise cahiliye döneminde kurulu bir devlet düzeni ve dolayısıyla merkezi bir otorite bulunmadığı için kabile sistemine dayalı göçebe bir yaşam tarzının olduğu gözlemlenmektedir. Bunun bir sonucu olarak İslamiyet öncesi dönemde de hukuki uyuşmazlıkların çözümlenmesinde barışçıl yöntemlerin gelenekler çerçevesinde uygulanması söz konusudur. Uyuşmazlıkların çözümü noktasında kabile reisleri ya da aile büyüklerinin hakem olarak görev aldığını söylemek mümkündür. Söz konusu hakemler birer kanaat önderi konumunda, adil ve hakkaniyetli olmalarıyla bilinen kimselerdir.<sup>35</sup> Ayrıca uyuşmazlık taraflarının belirlediği bu hakemlerin huzurunda yargılamanın yeri ve zamanı tespit edilerek uyuşmazlığın çözümü gerçekleştirilmekteydi. Muhakeme için mahkeme salonları tarzında belirli yerler olmamakla birlikte, evler veya insanların toplandıkları yerlerde hakemlik kurumu icra ediliyordu.<sup>36</sup>

İslamiyet öncesi dönemde Hz. Peygamber, henüz peygamberlik vazifesine başlamadan önce oldukça meşhur olan “Hacer’ül Esved” taşı ile ilgili uyuşmazlık yaşanmıştır. Kabileler arasındaki bu uyuşmazlık Hz. Peygamber vasıtasıyla hakemlik müessesesi işletilerek<sup>37</sup> çözüme kavuşturulmuştur.<sup>38</sup> Böylelikle hakemlik kavramının o dönemde de ne kadar etkin kullanıldığını hatta doğrudan Hz. Peygamber tarafından tahkim kurumunun hayata geçirildiğini gözlemlemekteyiz.

Sahabeler arasında meydana gelen uyuşmazlıklara göz attığımızda ise tahkime başvurulduğunu gösteren birtakım rivayetlere rastlanmaktadır. Bunlardan ilki Hz. Ömer ile Ubeyy bin Ka’b’in arasında vuku bulan hurma ağaçları hususundaki sorunun Zeyd b. Sabit hakemliğinde çözülmesidir. Bir diğeri ise Hz. Osman’ın, Ukayl b. Ebi Talib ile karısı Fatıma bt. Utbe arasındaki anlaşmazlığı çözmek üzere Abdullah b. Abbas ile Hz. Muaviye’yi hakem olarak göndermesidir.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> Fahreddin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 5. Baskı, 2020, s. 29.

<sup>34</sup> Nisa, 4/35.

<sup>35</sup> Ahmet Akgündüz, “Hakem”, TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 15, s. 171.

<sup>36</sup> Atar, *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, s. 29.

<sup>37</sup> Hz. Peygamber bu olayda hâkim değil hakem konumunda yer almaktadır. Zira ilgili olay tarihe “kabe hakemliği” hadisesi olarak geçmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Abdülmelik b. Hişâm, *es-Sîretü’n-nebeviyye*, neşreden Mustafa es-Sekkâ v. dğr, Kahire: Cilt: 1, 1375/1955, s. 209.

<sup>38</sup> Mustafa Asım Köksal, *İslâm Tarihi 1-2 (Mekke Devri)*, İzmir: Işık Yayınları, 2011, s. 144-149.

<sup>39</sup> İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah (ö.620/1223), *el-Muğni*, Beyrut: Cilt: 7, s. 244; İbnü’l-Hümmam, Kemalüddin Muhammed b. Abdilvahid (ö.861/1456) *Fethü’l-Kadîr*, Kahire: 1970, Cilt: 7, s. 315.

## II. AİLE HUKUKUNDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

“Aile” kelimesi Arapça kökenli olup “bir kişinin bakmakla yükümlü olduğu hane halkı, bağımlılar” anlamına gelmektedir.<sup>40</sup> Aile bireylerinin birbirlerine karşı olan sorumlulukları ve aralarındaki bağımlılığın ne derece önemli olduğu kelimenin etimolojik kökeninden de anlaşıl- maktadır. Öte yandan toplumun inşasında en temel yapıtaşı olan aile kurumunun dağılması, sosyal hayatın yıkıma uğramasına sebep olacaktır. Tarihsel sürece bakıldığında uzun ömürlü kalabilmiş tüm topluluklar, ailenin ve sağlıklı evlilik birliklerinin önemini kavramış ve bu yönde gerekli tedbirleri almış medeniyetlerdir.

Aile birliğinin sahip olduğu bu ehemmiyet dolayısıyla sağlıklı evlilik birliklerinin devam etmesi adına aile içi ihtilafların çözümlenmesinde muhtelif yöntemler uygulanmış ya da gerekli tedbirler alınmıştır.<sup>41</sup> Örneğin günümüz hukukundaki anlaşmalı boşanmanın benzeri olan İslam hukukundaki muhalea<sup>42</sup> dediğimiz uygulama da Osmanlı Devleti döneminde talak gibi mahkemede yapılması veya tescil ettirilmesi gerekmeyen halde çoğu zaman fiilen mahkemelerde gerçekleşmiştir.<sup>43</sup> Ayrıca mahkeme dışında yapılan muhalealar da talak gibi titiz bir biçimde mahkeme defterlerine kaydedilmiştir. Eşler arasındaki geçimsizliğin muhalea sebebi olarak gör- ülmesi<sup>44</sup> dolayısıyla anlaşamayan eşler bu yola başvurmuşlardır. Düşüncemize göre bunun se- bebi muhalea uygulamasının mahkemelerde tescil edilerek verilen mehrin teslimi<sup>45</sup> ya da alın- cak olan mehirden vazgeçilmesi gibi hususların tespit ve kayıt altına alınmasıdır. Paylaşılan kayıt hem ilgili hususa hem de geçimsizlik kaynaklı boşanmaya örnek teşkil etmektedir.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 18.

<sup>41</sup> Bu tedbirlerden biri de evlilik öncesi taraflar arasındaki denklik hususunun sağlanmasıdır. Literatürde kefaet olarak da yer alan denklik kavramı, tarafların birbirlerine uyumlu olup olmadıklarının tespitine hizmet etmektedir. Bu uyumun sağlanmasıyla tarafların evlilikleri daha sağlam temeller üzerine inşa edilmektedir. Bu sebeple İslam-Osmanlı Hukukunda nişanlılık süreci önemli görülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. Semra Betül Doğanşel, *Osmanlı Hukukunda Nişanlanma*, Ankara: 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 75.

<sup>42</sup> Muhalea kavramı, kadının bir bedel ödemesi veya tarafların anlaşarak evlilik birliğine son vermeleridir. Hukuki dayanağı Bakara suresinin 229. ayetidir. “... erkek ve kadının Allah'ın sınırlarında duramayacaklarından endişe ederseniz o zaman kadının verdiği fidyede ikisine de günah yoktur.” Detaylı bilgi için bkz. Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 69 vd; Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya: 9. Baskı, Sayram Yayınları, 2017, s. 426.

<sup>43</sup> Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya: 8. Baskı, Atlas Akademi, 2019, s. 414.

<sup>44</sup> Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 413.

<sup>45</sup> Ayşe Nur Kılıç ve Ahmet Kılıç, “Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 10, (2019), s. 106.

<sup>46</sup> Örneğin 17. yüzyıla ait bir sicilde nüşuz yani geçimsizlik sebebiyle tarafların muhalea yoluyla boşanması kayıt altına alınmıştır. “...el-Hâc Ahmed'in zevcesi ve menkûhası iken beynimizde şikâk ve [bir]birimizden nüşûz ve a'raz vâki' olmağla mezbûrun zimmetinde nikâhım ma'kûd iki bin cedîd râyic fi'l-vakt akçe mehr-i müeccelem ve nafâka-i iddetim ve me'ûnet-i süknâm üzerine muhâla'a edip zevciyyete müte'allik cemî' da'avâdan birbirimizin zimmetini ibrâ eylediğimizden sonra tekrâr bin akçe mehr-i müeccelem ile nefsimi merkûm el-Hâc Ahmed'e tezvîc edip ol dahi tezevvüc eylemişdi. Hâlâ dahi beynimizde şikâk vâki' olmağla zimmetinde nikâhım ma'kûd bin cedîd akçe mehr-i müeccelem ve nafâka-i iddetim ve me'ûnet-i süknâm üzerlerine ve yedimde makbûzu olan on dirhem sîm kuşak ve bir kırmızı ibrişim şal ve hamam silgisi ve bir peştamal üzerine mezbûr el-Hâc Ahmed ile muhâl'a edip zevciyyete müte'allika cemî' de'avâ ve mütâlebâtdan birimizimizin zimmetini ibrâ-i âmm-i kâu'ü'n-nizâ'la ibrâ eyledik dedikde mezbûr el-Hâc Ahmed dahi mezbûre Ayşe ile vech-i meşrûh üzre hul've ibrâ eylediğini vicâhen tasdik ve tahkik edicek...” Rumeli Sadareti Mahkemesi 80 Numaralı Sicil (H. 1057-1059/M. 1647-1649) Cilt: 15, Sayfa: 191, Hüküm no: 199



Günümüzde de buna benzer şekilde anlaşmalı dahi olsa boşanmanın hâkim huzurunda gerçekleştiği<sup>47</sup> hususu da göz önüne alınarak aile hukukuna ilişkin uyumsuzlukların çözümünde alternatif uyumsuzluk çözüm yolları arayışı içine girildiği görülmektedir. Bu bağlamda aile içi ihtilafların çözülmesinde muhtelif yöntemlerin ortaya konulması hususu önem arz etmektedir. Ulusal hukukumuz çerçevesinde “aile arabuluculuğu” kavramı üzerinde çalışmalar yapılmakta ve yakın zamanda da hayata geçirilmesi planlanmaktadır.<sup>48</sup>

“Aile” kavramının lügat manası dışında ıstılah anlamı olarak da farklı tanımları vardır.<sup>49</sup> Buradan hareketle sosyal bir kurum olan ailenin toplumun temeli ve devamlılığı açısından rolü yadsınamaz. Fakat günümüzde evlilik birliklerinin sağlıklı şekilde devam etmediği ve ilk evlenme yaşının yükseldiği görülmektedir. Ayrıca kaba boşanma hızı<sup>50</sup> 2021 yılında binde 2,07 olarak gerçekleşerek boşanma oranlarının zaman içerisinde daha da arttığı gözlemlenmektedir. Nitekim en güncel haliyle 25.02.2022 tarihinde yayınlanan Türkiye İstatistik Kurumu verileri de bu düşüncemizi destekler niteliktedir.<sup>51</sup> Bu husus aile arabuluculuğu ya da hakemliği kurumlarının yeniden işlev kazanması gerektiği sonucunu göstermektedir.

Sonuç olarak aile içi uyumsuzluklarda alternatif uyumsuzluk çözüm yolları kapsamında arabuluculuk ve tahkim faaliyetlerinin hukuki mahiyetlerinin ele alınması ve İslam hukuku bağlamında aile içi uyumsuzlukların çözümünde kullanılan metotların neler olduğunun izah edilmesi gerekmektedir. Ulusal hukukumuzun bu sorununa, mukayeseli bir bakış açısı ile İslam hukuku perspektifinden çözüm önerilerinin sunulması elzemdir. Zira kendi toplum dinamiklerimize ve aile yapımıza en uygun hukuk sistemi olan İslam hukuku yerine salt diğer hukuk sistemlerinin uygulamalarını yürürlüğe koymak pratikte bazı sorunlara yol açabilme ihtimaline sahiptir.<sup>52</sup> Özellikle batıda aile arabuluculuğu ya da hakemliği gibi uyumsuzluk çözüm

<sup>47</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 166. maddesinde “...Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmlenir.” İlgili hüküm gereğince anlaşmalı dahi olsa boşanmanın, tarafların bizzat dinlenilerek hâkim huzurunda gerçekleştiğini görmekteyiz.

<sup>48</sup> Konu ile ilgili gerçekleştirilen son kapsamlı çalışma Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanmıştır. Bkz. Somer, Pervin. vd., *Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, haz., Şükran ŞIPKA vd., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2020.

<sup>49</sup> “*Aile; doğum, evlilik ve süt bağı ile birbirine bağlı bulunan fertlerin meydana getirdiği sosyal bir kurumdur.*” Hayrettin Karaman, *İslâm’da Kadın ve Aile*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2006, s. 59.

<sup>50</sup> Kaba boşanma hızı: Bin nüfus başına düşen boşanma sayısını ifade etmektedir.

<sup>51</sup> TÜİK verilerine göre 2020 yılında 136.570 ve 2021 yılında ise 174.085 boşanan çift olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca yıllara göre ortalama ilk evlenme yaşının her iki cinsiyet için de arttığı ve ortalama ilk evlenme yaşının 2021 yılında erkeklerde 28,1 iken kadınlarda 25,4 olduğunu gözlemlemek mümkündür. Daha detaylı bilgi için Bkz. “Evlenme ve Boşanma İstatistikleri, 2021”, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-İstatistikleri-2021-45568> (Erişim tarihi: 03.03.2022).

<sup>52</sup> “*Aile arabuluculuğu ilk etapta boşanma arabuluculuğu olarak faaliyet göstermeye başlamış olsa da batıda evlilik dışı aile ilişkilerinin giderek yaygınlaşmasıyla birlikte isim ve kapsam değiştirerek günümüzdeki halini almıştır.*” Bkz. Zeynep Doğru, *Malezya Örneğinde İslam Aile Hukukunda Arabuluculuk Uygulamaları*, İstanbul: Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 34.

yöntemlerinin artık amacından saparak evlilik dışı ilişkilerde de uygulanmaya başlandığı gözlemlenmektedir.<sup>53</sup>

#### A. AİLE ARABULUCULUĞU VE HAKEMLİĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sulh kavramı daha çok arabuluculuk için değerlendirilmektedir. Nitekim sulh ile tahkim arasında bazı farklılıklar söz konusudur. Sulh kavramında üçüncü bir kişinin sürece katılımı olsun ya da olmasın uyuşmazlık taraflarca çözüme kavuşturulabilmektedir. Tahkimde ise hakemin uyuşmazlığa müdahil olması kaçınılmazdır<sup>54</sup>. Bundan farklı olarak sulh yani arabuluculuk yönteminde uzlaşmayan taraflar çözüm için hakeme başvurabilme imkanına sahiptirler. Bunun neticesinde hakemlik kavramı da sulh yollarından biri olabilmektedir. Sulh ile tahkim arasındaki bir diğer farklılık ise tarafların sulh yolunda anlaşmasının mahkeme önünde gerçekleşmedikçe bazı durumlarda bağlayıcılık kazanmamasıdır. Nitekim bilindiği üzere tahkim herhangi bir mahkeme onayı olmadıkça da bağlayıcı olmaktadır. Son olarak arabuluculuk yani sulh, ileriye dönük çıkabilecek uyuşmazlıkları kapsamaz iken tahkim hem olmuş hem de gelecekte olması muhtemel uyuşmazlıklar açısından başvurulabilir bir yöntemdir.<sup>55</sup> Bundan farklı olarak Yusuf Şen, tahkimin sulh kavramına dayanan arabuluculuğu da yapısında bulundurduğunu ifade etmektedir.<sup>56</sup>

Meri hukuk bağlamındaki tahkim ve arabuluculuk kavramları incelendiğinde hakemlerin tarafları boşama yetkisi olabilecek iken arabulucunun sadece tarafları sulh olmaya teşvik etme imkânı bulunmaktadır. Şen'e göre alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında görevlinin hukuki mahiyetinin hakem olarak belirlenmesi, sürecin seyrine bağlı olarak aynı zamanda arabulucu rolüne bürünebilmesine de mâni olmamaktadır.<sup>57</sup> Daha önce zikrettiğimiz ıslah-sulh kavramlarıyla ifade edilen arabuluculuk, İslam hukuku kaynaklarında; uyuşmazlıkların, tarafların istekleri doğrultusunda üçüncü kişilerin yardımı, tavsiyesi veya telkinleriyle çözüme kavuşturulmasıdır. Ayrıca temel yargılama usulünde muhakeme aleni gerçekleştirilirken arabuluculukta gizlilik esastır.<sup>58</sup> Dolayısıyla günümüz hukuku ile bu yönüyle benzerlik gösterdiğini söylemek mümkündür.

<sup>53</sup> Görüldüğü üzere evlilik kurumunu kurtarmak adına uygulanan yöntemler batının kendi aile dinamikleri çerçevesinde evlilik dışı ilişkileri koruma noktasına evirilerek amacından sapabilmektedir. Bu sebeple doğrudan batılı uygulamaları kendi iç hukukumuzda uygulamak yerine kendi örf ve kültürümüzün de temeli olan İslam hukukunun konu hakkındaki uygulamalarının incelenmesi daha isabetli olabilir. Ayrıca konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Lisa Parkinson, *Aile Arabuluculuğu (Family Mediation)*, çev. Nikbinlik Tercüme, Sorumlu ed. Yonca Fatma Yücel, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı, 2017, s. 9.

<sup>54</sup> Ahmet Akgündüz, "Hakem", TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 15, s. 172.

<sup>55</sup> Detaylı bilgi için bkz. Zeynep Doğru, *Malezya Örneğinde İslam Aile Hukukunda Arabuluculuk Uygulamaları*, s. 63.

<sup>56</sup> "Hakemler icra ettiği görevler bakımından, ıslah görevi olan arabulucu ile resmî görevi olan kadı arasında bir konumda bulunmaktadır. Ancak tarafların istemesi halinde hakemler arabulucu olarak ihtilaf ve uyuşmazlıkları çözüme kavuşturarak sulh aşamasına geçebilirler. Bu durumda sulh tarafların yaptığı bir akit olmakla birlikte tahkim kaza-i bir hüküm olarak ortaya çıkmaktadır." Bkz. Yusuf Şen, "İslam Hukukunda Arabuluculuk", s. 119.

<sup>57</sup> Yusuf Şen, "İslam Hukukunda Arabuluculuk", s. 120.

<sup>58</sup> Yusuf Şen, "İslam Hukukunda Arabuluculuk", s. 110-111.

Daha önce ifade edilen hususlara paralel olarak arabuluculuk, zorlayıcı değil, tarafların iradesine bırakılmış bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.<sup>59</sup> Bu noktada tahkimden ayrılmaktadır. Çünkü tahkimde tarafların karşılıklı olarak anlaşarak aralarındaki uyuşmazlığın çözümü noktasında karar verme yetkisini özel kişilere devretmesi ve dolayısıyla hakemin kararının bağlayıcılığı söz konusudur.<sup>60</sup> Arabuluculukta ise taraflar dilerse arabulucunun kararına uymak zaruretinde değildir.<sup>61</sup> Buradan hareketle İslam hukuku kapsamında aile içi uyuşmazlıkların çözülmesi noktasında yetkilendirilecek kişi ya da kişilerin hukuki mahiyetlerinin arabulucu ya da hakem olarak belirlenmesinde bu hususun önemli olduğunu ifade etmek mümkündür.

İslam hukuku eşlerin birbirleriyle iyi geçimlerini (hüsn-i muaşeret)<sup>62</sup> emretmektedir. Bu konuyu sadece eşlerin iyi geçinmeleri ile sınırlı tutmayıp aile ve akraba boyutuyla da kişilerin hak ve sorumluluklarının bilincinde ve uyumlu olması gerektiğini öğütlemektedir. Bu hususla ilgili İslam hukukunun asli kaynaklarından olan Kuran-ı Kerim’de bazı ayetler şu şekilde sıralanabilir:

- “*Akrabaya, yoksula ve yolcuya hakkını ver. Gereksiz yere de saçıp savurma.*”<sup>63</sup>
- “*Eğer anne baban, hakkında bilgin olmayan bir şeyi bana ortak koşman için seni zorlarlarsa bu durumda onlara uyma ama yine de onlara dünyada iyi davran; yüzünü ve özünü bana çevirenlerin yolunu izle. Sonunda dönüşünüz yalnız banadır. O zaman yapıp ettiklerinizin sonucunu size bildireceğim.*”<sup>64</sup>
- “*Onlara ısınıp kaynaşasınız diye size kendi türünüzden eşler yaratıp aranızda sevgi ve şefkat duyguları yerleştirmesi de O’nun kanıtlarındandır. Doğrusu bunda iyi düşünen kimseler için dersler vardır.*”<sup>65</sup>
- “*Kadınlar sizin, siz onların elbiseleri gibisiniz.*”<sup>66</sup>
- “*Ya iyilikle geçinmek ya da kesin olarak ayrılmak gerekir.*”<sup>67</sup>

Ayrıca hadislerde de eşlere benzer tavsiyeler verilmiştir:

- “*... Kadınlar hakkında Allah’tan korkun. Çünkü siz onları Allah’ın emaneti olarak aldınız ve Allah’ın adını anarak (nikah kıyarak) kendinize helal kıldınız.*”<sup>68</sup>
- “*Dünya (geçici) bir nimettir. Dünyanın ne değerli nimeti ise iyi/saliha kadındır.*”<sup>69</sup>

<sup>59</sup> Huriye Reyhan Demircioğlu, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 23 (2015), s. 53.

<sup>60</sup> Kılıncı, “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun Osmanlı Arabuluculuğu”, s. 15.

<sup>61</sup> Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 52.

<sup>62</sup> Hüsn-i muaşeret kavramı iyi geçinmek anlamına gelmektedir. Osmanlı Döneminde özellikle yargılmalarda çokça kullanılan bir ifade olmuştur. Eşlerin iyi geçinme taahhüdünde bulunduğu Eyüp Mahkemesi’ne ait sicilde “...*Abdullah Beşe zevcesi mezbûre Âsiye mahzarında takrîr-i kelâm edip ba’de’l-yevm zevcem mezbûre ile ömrümüz âhir olunca hüsn-i mu’âşeret edip mezbûreyi tatlik etmemek üzere ta’ahhüd eyledim deyicek...*” ifadeleri yer almaktadır. Bkz. Eyüb Mahkemesi, 74 Numaralı Sicil (H. 1072-1073 / M. 1661-1662) Cilt: 28, Sayfa: 393, Hüküm no: 414

<sup>63</sup> İsrâ, 17/26.

<sup>64</sup> Lokman, 31/15.

<sup>65</sup> Rum, 30/21.

<sup>66</sup> Bakara, 2/187.

<sup>67</sup> Bakara, 2/229.

<sup>68</sup> Müslim, Hac, 147; Ebu Davud, Menasik, 56. *Hadislerle İslam Cilt: 4*, s. 315.

<sup>69</sup> Müslim, Radâ, 64, *Hadislerle İslam*, Cilt: 4, s. 315.

- “Aile geçimsizliği şiddetlenip de ayrılık bir zaruret haline gelmedikçe bir kadın zevcinden talakını isterse, ona cennet kokusu haram olur”<sup>70</sup>
- “Sizin en hayırlınız, ailesine karşı en hayırlı olanınızdır. Ben de aileme karşı en hayırlı olanıyım.”<sup>71</sup>
- “Kadınlarınıza iyi davranın. Onlara karşı halim olun, latifeleşin, iyilik edin, ahlaklarının eğrilğine de sabredin.”<sup>72</sup>

Aile hayatına ilişkin eşlerin hem birbirleriyle hem de çevreleriyle iyi geçinmesini emreden İslam hukukunda evlilik birliğinin sona ermesinin çeşitli nedenleri vardır. Bunlar talak, tefviz-i talak, muhalea, fesih, mahkeme kararıyla boşanma (tefrik) ve dolaylı yoldan boşanma (ila, lian, zihar) olarak sayılabilir<sup>73</sup>. Konumuz itibarıyla söz konusu sona erme sebeplerinden talak üzerinden inceleme yapılması gerekmektedir. Zira muhalea hususunda eşlerin anlaşmalı boşanmaları (ya da kadının bir bedel ödemesi karşılığında boşanmaları) söz konusudur<sup>74</sup>. Nitekim fesih hususunda da nikah öncesi ya da nikahtan sonra ortaya çıkan evliliği tek taraflı feshetme yetkisini taraflardan birine veren hukuki durum oluşmaktadır. Mahkeme kararıyla boşanmada ise söz konusu uyuşmazlık zaten alternatif çözüm yollarına başvurulmadan normal yargılama usulüne göre çözülmeye çalışılmaktadır. Zikrettiğimiz talak üzerinden yapılacak olan incelemenin de “nüşuz”<sup>75</sup> ya da “şikak”<sup>76</sup> kavramları çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

Tüm bu açıklamaların ardından İslam aile hukuku kapsamında arabuluculuk veya hakemliğin hukuki niteliğinin İslam hukukunun asli kaynakları temelinde ele alınması da gerekmektedir. İslam hukukuna göre aile içi uyuşmazlıkların büyük bir kısmı, tarafların karşılıklı çabaları ve ailelerin araya girerek müdahil olmasıyla çözülebilmektedir. Şiddetli geçimsizlik halinde Kuran-ı Kerim’de Nisa suresinin 35. ayetinde “Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır.” ifadesiyle tarafların ailelerinden birer hakemin görevlendirilerek sürece dahil olması emredilmektedir. Hanefilere göre hakemlerin sadece eşlerin arasını düzeltmeye yetkili olması ve taraflar vekâlet vermedikçe eşleri boşamaya yetkili olmaması<sup>77</sup> dolayısıyla bu işlemi tahkim değil arabuluculuk, işlemi gerçekleştiren kişiyi de hakem değil arabulucu olarak nitelendirmek daha

<sup>70</sup> Zeynüddin Ahmed B. Ahmed B. Abdillatif Ez-Zebîdî, *Sahîh Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarîh Tercümesi ve Şerhi*, çev. Ahmed Naim; Kâmil Miras, İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2019, s. 220.

<sup>71</sup> İbn Mâce, *Nikâh*, 50; Dârimî, *Nikah*, 55.

<sup>72</sup> Buhari, VI/145.

<sup>73</sup> Halil Cin ve Ahmet Akgündüz, “Aile Hukuku/2” *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Cilt:2, Özel Hukuk, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1996, s. 75.

<sup>74</sup> Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 413; Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 426. Ayrıca Kuran-ı Kerim’de bulunan hukuki dayanağı için bkz. “Kadının evlilikten kurtulmak için -erkeğe- bir meblağ vermesinde iki taraf için de vebal yoktur.” Bakara, 2/229.

<sup>75</sup> Lügat anlamı “yükselmek, ayağa kalkmak; (eşler) geçimsiz davranmak” olan nüşuz, ıstılahta “kadının evlilik hukukuna riayet etmemesi, evlilik birliğini sürdürmeyi engelleyecek düzeyde geçimsizlik sergilemesi” demektir. Hacı Mehmet Günay, “NÜŞÜZ”, TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 33, s. 303. Ayrıca nüşuzun yaptırımını ise tazir cezası olarak “darb” kelimesiyle ifade edilmektedir. Bkz. Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 283.

<sup>76</sup> Şikâk: “Anlaşmazlık, niza, düşmanlık.” Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 527.

<sup>77</sup> Nuri Kahveci, *İslam Aile Hukuku*, İstanbul: 2. Baskı, Hikmetevi Yayınları, 2017, s. 175.

doğru olmaktadır.<sup>78</sup> Yine Nisa suresinin 128. ayetinde, "...*sulh daha hayırlıdır*" buyrulduğu için eşlerin anlaşması veya sorunlarının arabulucu vasıtasıyla çözülmesi, böylece toplumun temelini oluşturan aile yuvasının dağılmaması için öncelikli olarak arabuluculuk kurumunun çalıştırılması bireylerin menfaati açısından da önem arz etmektedir.

Yukarıda bahsedilen "şiddetli geçimsizlik" kavramına "şikâk" kelimesiyle vurgu yapılmaktadır. Şikâk hali zuhur edince erkeğin ailesinden bir, kadının akrabasından da bir hakem gönderilmesi tavsiye edilmiştir. Bu arabulucu veya hakemler eğer karı kocayı barıştırmak isterlerse Allah'ın bu işe onları muvaffak kılacağı ifade edilmektedir. Burada dikkatimizi çeken husus Kuran-ı Kerim'de hakemlerin boşanma kararı vermeleri konusunda bir boşluk bırakılmış olmasıdır. Bu boşluğun hikmeti "*Allah katında helalin en sevimsizi talaktır.*"<sup>79</sup> hadisi şerifi vasıtasıyla daha iyi anlaşılmaktadır<sup>80</sup>. Dolayısıyla Allah'ın rızası şikâkta yani ailenin çözülmesinde değildir. Tam aksine hüsn-i imtizacta yani tekrar aile birliğinin tesis edilmesindedir.

Çalışmamızda teorik temelleri bu şekilde izah edilen aile arabuluculuğunun pratikte de asırlar boyunca uygulandığını gözlemlemek mümkündür. Peygamber Efendimizin bizzat dağılmak üzere olan aileleri barıştırmaya çalıştığına dair bir örnek bulunmamaktadır. Özellikle Ahzab suresinde Hz. Zeyneb ve Hz. Zeyd'in evliliğinin Hz. Peygamber tarafından arabuluculuk ile kurtarılmaya çalışıldığı fakat netice alınmadığı görülmektedir.<sup>81</sup> İlgili ayetin tefsirine bakıldığında Hz. Peygamberin doğrudan arabuluculukta bulunarak süreci yönettiği fakat bu hususta başarılı olunamasa da evlat edinilmiş kimselerin boşadıkları hanımlarıyla evlenmekte mü'minler için bir günah olmadığı hükmünün ortaya çıktığı ifade edilebilir<sup>82</sup>. Bir başka örnekte ise muhtemelen sır saklamadaki kusuru yüzünden Hz. Peygamber kendi eşi Hz. Hafsa'yı ric'i talakla<sup>83</sup> boşamıştır. Fakat sonrasında Cebrail vasıtasıyla arabuluculuk yapılarak "*Hafsa çok oruç tutan ve çok namaz kılan bir hanımdır ve senin cennette eşindir*"<sup>84</sup> denmesi üzerine Hz. Peygamber Hz. Hafsa'yı boşamaktan vazgeçmiştir. Yani bizzat Cebrail tarafından aile arabuluculuğu müessesesi işletilmiş ve başarıya ulaşılmıştır denilebilir.

Bu kapsamda günümüz hukuku ile İslam hukuku uygulamalarının benzer ve farklı yönleri de bulunmaktadır. Ancak İslam hukukunda tahkim ve arabuluculuk kurumları daha uzun yıllar işletilmiş ve modern hukuktan farklı olarak pragmatist bir yaklaşımdan ziyade doğrudan

<sup>78</sup> Ebû Hafs (Ebû Muhammed) Hüsâmüddîn es-Sadrü's-Şehîd 'Ömer b. 'Abdil'azîz b. 'Ömer b. Mâze el-Buhârî-Muhhyî Hilâl Serhân, *Edebu'l-kâdi li'l-Hass âf*, Bağdâd: Matba'atü'l-irşâd, 1977, 4:59.

<sup>79</sup> Ebu Davud, Talak/3, İbn Mace, Talak/1, *Hadislerle İslam*, Ankara: 1. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Cilt 4, 2014, s. 233.

<sup>80</sup> Burada helal ifadesinden maksat yapılması lazım gelmeyen iş anlamına gelmektedir ki mübaha, menduba, vacibe ve mekruha şamildir. Ayrıca bir şeyin sevimsiz olması helal olmasına da mâni değildir. İbn-i Abidin, *Reddü'l Muhtar Ale'd-dürri'l-Muhtar*, çev. Ahmed Davudoğlu, İstanbul: Şamil Yayınevi, Cilt :6, 1983, s. 145-146.

<sup>81</sup> Bkz. "*Bir zaman, Allah'ın kendisine lütufta bulunduğu, senin de lütufkâr davrandığın kişiye, "Eşinle evlilik bağını koru, Allah'tan kork" demiştin. Bunu derken Allah'ın ileride açıklayacağı bir şeyi içinde saklıyordun; öncelikle çekinmen gereken Allah olduğu halde sen halktan çekiniyordun. Zeyd onunla evlenip ayrıldıktan sonra müminlere, evlâtlıklarının -kendileriyle beraber olup ayrıldıkları- eşleriyle evlenmeleri hususunda bir sıkıntı gelmesin diye seni o kadınla evlendirdik. Allah'ın emri elbet yerine getirilecektir.*" Ahzab, 33/37.

<sup>82</sup> Detaylı bilgi için bkz. Bediüzzaman Said Nursi, *Mektubat*, İstanbul: Rnk Neşriyat, 2011, s. 53 vd.

<sup>83</sup> "*Kocaya iddet müddeti içinde yeni bir nikah akdine ihtiyaç duymadan tek taraflı beyanla boşadığı eşine dönme imkânı veren talaka ric'i talak denir.*" Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 408. Ayrıca bkz. Bakara, 2/228 ve Bakara, 2/231.

<sup>84</sup> M. Yaşar Kandemir, "HAFSA", TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 15, s.119-120.

uyuşmazlığın giderilmesi hususuna odaklanılmıştır. Bir diğer ifadeyle günümüz hukukunda mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve sürecin daha hızlı ve mali açıdan da daha ekonomik olarak geçirilmesi temel odak noktasıdır. Bazı noktalarda neredeyse evlilik birliğinin kurtarılmasından ziyade çiftlerin arabulucu eşliğinde sorunsuzca boşanma süreçlerini geçirmelerine odaklanılmıştır. İslam hukuku ise bu hususlardan farklı olarak evlilik birliğinin devamı noktasında bir arabuluculuk faaliyeti ortaya koymayı amaçlamaktadır ve daha çok aile kurumunun korunması üzerinde durmaktadır.<sup>85</sup>

Evliliğin sona ermesinin asli ve fer'i sonuçlarının ayrı ayrı ele alınması hususunun da uyuşmazlık çözüm yollarının mahiyetini ve amaçlanan neticeyi doğrudan etkileyeceği göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına boşanmanın asli sonucu olan evlilik birliğinin sona ermesi hususunda yani aile birliğini devam ettirmeye yönelik başvurulursa faaliyet evlilik birliğinin korunmasına yönelik olmaktadır. Tam aksine boşanmanın fer'i sonuçları (velayet, nafaka, mal rejimi vb.) üzerinde uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ise evlilik birliğini korumaktan ziyade boşanma işlemini hızlı ve sağlıklı bir şekilde gerçekleştirme amacı taşımaktadır. Bir diğer ifadeyle arabuluculuk ya da tahkim faaliyetleri, evlilik birliğini devam ettirmeye yönelik olabileceği gibi çiftlerin evlilik birliklerini sorunsuz bir şekilde sona erdirmelerine yönelik de olabilmektedir.

## B. ARABULUCU VE HAKEMİN MAHİYETİ

Arabulucu ve hakemde aranılan birtakım özellikler bulunmaktadır. Bundan farklı olarak arabuluculuk ve tahkim süreçlerine hâkim olan bazı ilkeler de vardır. Hem bu özellikler hem de belirlenen ilkeler, arabulucu ve hakemin mahiyetini ortaya koymaktadır. Bu başlığımız altında yine mukayeseli bir şekilde ilgili hususlar üzerinde durulacaktır.

### 1. Arabulucu ve Hakemde Bulunması Gereken Özellikler

Bir arabulucuda bulunması gereken özellikleri şöyle sıralamak mümkündür:

- Arabulucunun tarafsız olması gerekir,
- Arabulucu sabırlı olmalıdır,
- Arabulucu esnek ve anlaşılabilir olmalıdır,
- Arabulucu etkili bir dile ve ikna kabiliyetine sahip olmalıdır,
- Arabulucu dürüst, güvenilir ve eleştirilere açık olmalıdır,
- Arabulucu taraflara empati ile yaklaşmalı, etkili bir dinleyici olmalı ve süreci yönetirken itidalli davranmalıdır.<sup>86</sup>

İslam hukuku açısından da hakemin sahip olması beklenen özellikler mevcuttur. Bu özellikler, hakemin hüküm vermesi ve verdiği hükmün bağlayıcılığı kapsamında şekillenmiştir.

<sup>85</sup> Ahmet Temel, "İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları", *darulfunun ilahiyat*, İstanbul: Cilt: 30, Sayı: 2, (2019), s. 320.

<sup>86</sup> Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 107-111.

Yani hakemler de hakimler gibi değerlendirilerek hakimlerin taşıması gereken özellikleri taşımaları beklenmiştir.<sup>87</sup> Bu özelliklere bakacak olursak:

- Müslüman olmak,
- Eda ehliyetine sahip olmak,
- Hür ve adil olmak,
- Hukuku bilmek,
- Objektif olmak,
- Aile hukuku özelinde hakemin ailelerden kimseler olması olarak sayılabilir.<sup>88</sup>

Ayrıca Kuran-ı Kerim’de uyumsuzlukları çözecek olan kişinin yani hâkim ve hakemlerin adalet, ilim ve hikmet vasıflarını taşıması gerektiği belirtilmiştir.<sup>89</sup> Hâkim olacak kişinin, ayette de zikredildiği üzere ilim sahibi olması beklenmektedir. Mecelle’nin 1793. maddesine göre: “*Hâkim, mesail-i şer’iyye ve fihhiyyeye ve usul-i muhakemeye vakıf ve deavi-yi vakiayı onlara tatbikan fasl ve hasma muktedir ve müteverri ve mütedeyyin olmalıdır.*” Bu maddede hukuku bilme, yargılama usulüne hâkim olma uyumsuzluğu çözebilmeye noktalarına dikkat çekilmiştir. Hâkim, objektif delillere bağlı kalarak yargı faaliyetinde bulunmalıdır. İsbetli karar veremese bile kararından sorumlu tutulamaz.<sup>90</sup> Benzer şekilde hakemin de objektif ve delillere bağlı kalarak karar vermesi gerekir. Yine Mecelle’de yer alan ve dördüncü bölümde tahkimle ilgili meseleler üst başlığı altında incelenen “Hâkimin Vasıfları” başlıklı birinci fasılda “*Hâkim; hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır.*” ifadesinden yola çıkarak hakemlerin bu sıfatları haiz olması gerektiği sonucu da çıkarılabilir.<sup>91</sup>

## 2. Arabuluculuk ve Hakemliğe Hâkim Olan İlkeler

Ayrıca arabuluculuğa hâkim olan temel ilkeler de bulunmaktadır. Bu ilkeleri de şu şekilde sıralayabiliriz:

- Arabulucunun objektif ve bağımsız olması,
- Tarafların arabuluculuk sürecine iradi olarak katılımlarının beklenmesi,
- Arabulucunun süreci gizlilik içerisinde yönetmesi,
- Arabuluculuğun esnek olması,
- Nihai kararı verme yetkisinin tarafların elinde bulunması hususları zikredilebilir.<sup>92</sup>

Hakemliğe yani tahkime ilişkin ilkeler ise şu şekilde sıralanabilir:

- Arabuluculuktan farklı olarak verilen karar bağlayıcıdır,

<sup>87</sup> Alaüddin Ebu Bekr bin Mesud bin Ahmed el- Kasânî, *Bedâi’us-Sanâi’ fi Tertibi’s Şerâi’*, Beyrut: 2. Baskı, Daru’l Kütubi’l İlmîyye, 1986, 7/3.

<sup>88</sup> Zeynep Doğru, *Malezya Örneğinde İslam Aile Hukukunda Arabuluculuk Uygulamaları*, s. 51-55.

<sup>89</sup> Mâide, 5/95; Enbiyâ, 21/74,79.

<sup>90</sup> Mustafa Avcı, “Mecelle’ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 27, (2016) s. 41-42.

<sup>91</sup> Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye 4. Bölüm, 1. Fasl, madde 1792.

<sup>92</sup> Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 52.

- Uyuşmazlık çözümünde hakem bir nevi hâkim gibi hareket ederek delillere başvurma ve tanık dinleme gibi hususlarda yetkilidir,
- Arabuluculukta odak noktası taraflar iken tahkimde esas rol hakeme aittir,
- Genellikle hakemlerin olay özelinde konunun uzmanı kişilerden seçildiği görülmektedir.<sup>93</sup>

Görüldüğü üzere arabuluculuk ve tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak benzediği noktalar olduğu gibi farklılıkları kısımları da bulunmaktadır.

### C. TÜRK HUKUK TARİHİNDE AİLE ARABULUCULUĞU VE HAKEMLİĞİ

Türk hukuk tarihinde arabuluculuk ve tahkim faaliyetlerinin cumhuriyet dönemi öncesi ve sonrası olarak ayrı ayrı ele alınacaktır. Zira bu iki dönem arasında esaslı farklılıklar göze çarpmaktadır. Bu farklılıklar cumhuriyetin ilanı akabinde Medeni Kanun'un kabulü ile ortaya çıkmıştır.

#### 1. Cumhuriyet Öncesi Dönem

Osmanlı mevzuatına kısaca göz attığımızda Osmanlı'da uygulanan resmi mezhep Hanefiliğin görüşünü Kadri Paşa, Ahvali Şahsiyye ile ilgili kanun taslağında<sup>94</sup> karı koca arasında şiddetli geçimsizlik olur ve taraflardan biri hâkime müracaat ederse hâkim biri kocanın diğeri karının ailesinden olmak üzere iki adil kimseyi hakem olarak tayin eder şeklinde ifade etmektedir<sup>95</sup>. Burada Hanefilerin resmi görüşüne uygun olarak hakemlerin tefrik kararı veremeyeceği de belirtilmiştir. 1917 yılında yürürlüğe koyulan ve kısa bir süre uygulanan<sup>96</sup> Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 130. maddesi, uzun süre uygulanan resmi mezhep Hanefiliğin görüşünü terk ederek Malikilerden alınan görüşü yasalastırmış ve burada hakemlere arabuluculuk yapıp tarafları barıştırma imkânı olmazsa boşanma kararı verebilmelerine dair yetki tanımıştır.

*“Zevceyn beyninde niza’ ve şikak zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim tarafeyn ailelerinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsafı hâiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler. Bu sûretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifâdât ve müdâfaâtını tedkik ile beynlerini ıslâha çalışır. Kabil olmadığı sûretde kusur zevcede ise beynlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlaa eyler. Hakemler ittifak*

<sup>93</sup> Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, s. 55-56.

<sup>94</sup> 210. Madde gereğince karı ve koca arasında anlaşmazlık olur ve şiddetli geçimsizlik haline gelirse ve taraflardan biri hâkime müracaat ederse; hâkim biri kocanın diğeri karının ailesinden olmak üzere iki adil kimseyi hakem olarak belirler. Oluşturulan aile meclisi, tarafların şikayetlerini dinler ve aralarını düzeltmeye çalışır. Sulh mümkün değilse, eşler hakemlere vekalet vermeden, aralarını muhalea yoluyla ayıramazlar. akt. Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1986, s. 193.

<sup>95</sup> Mustafa Avcı, Osmanlıda Aile Arabuluculuğu Uluslararası Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumunda Sunulan Bildiri, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Kızılay/Ankara, 29-30 Nisan 2019. Bkz. <https://www.tih.gov.tr/prof-dr-mustafa-avci/> (Erişim tarihi: 13.03.2022)

<sup>96</sup> Kararname iki sene kadar sonra 1919 yılında yürürlükten kaldırılrsa da bir yenilik teşkil etmiş ve kendisinden sonra hazırlanan diğer İslam ülkeleri aile kanunlarına öncülük etmiştir. Mehmet Akif Aydın, *Osmanlı Hukukunda Kazai Boşanma “Tefrik”*, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları, Cilt: 5, 1986, s. 12. Ayrıca kararnamenin öncülük ettiği ülkelerle ilgili örnek olarak bkz. Ahmet Kılınç, “İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984’ün Mukayesesi”, ERÜHFD, Cilt: 14, Sayı: 2, (2019)



*edemezler ise hâkim evsaf-ı lâzimeyi hâiz diğer bir heyet-i hakemiyye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'î ve nâ-kâbil-i itirazdır.*<sup>97</sup>

Hakemlerin verecekleri bu hükmün de kesin olduğu belirtilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde o zamana kadar uygulanmaması sebebiyle ülkemiz açısından pek yeni olan bir usul kabul edilmiştir. Eşler arasında geçimsizlik halinde bir “aile meclisi” yani tarafların ailelerinden seçilmiş bir hakem heyeti teşkil edilecek ve şimdiye kadar uygulanan Hanefilerin görüşüne göre yalnız arabuluculuğa yetkili olan bu hakemler, bu kanunu kabulü ile tefrikan yani boşanmaya da karar verebileceklerdir.<sup>98</sup>

Cumhuriyetin ilk yıllarında İslam hukukuna uygun 142 maddelik bir aile kanunu tasarısı tekrar hazırlanmıştır<sup>99</sup>. 1924 yılında Hukuk-ı Aile Kanunu tasarısının 121. Maddesinde boşanma davası açılmışsa uyuşmazlığın öncelikle bir aile arabuluculuğu diyebileceğimiz hakem heyetine mecburi görülmüştür<sup>100</sup>. Ayrıca bir diğer husus, 122. Maddede kapsamında hakemlerin daha önce zikrettiğimiz ayet mucibince<sup>101</sup> tarafları sulhe teşvik etmesi fakat geçimsizlik hali devam ediyor ve evliliğin devamı mümkün görünmüyorsa bir hâkim gibi tefrik kararı da verebilmesi hatta nafaka ve mehir hususlarında hüküm vermesidir.<sup>102</sup>

## 2. Cumhuriyet Sonrası Dönem

Genel anlamda arabuluculuğun tarihsel sürecine değindikten sonra konu ile ilgili olarak Türk hukukundaki düzenlemelerin incelenmesi de elzemdir. Arabuluculuk kavramı 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmesi ile bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak ulusal hukukumuzda kendine yer bulmuştur.<sup>103</sup> Kanunda geçen ifadeyle arabuluculuk: “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim*

<sup>97</sup> Orhan Çeker, der., *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Konya: 5.Baskı, Mehir Vakfı Yayınları, 2017, s. 16.

<sup>98</sup> Çeker, der., *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 99-100.

<sup>99</sup> Cin, Akgündüz, “Aile Hukuku/2” *Türk Hukuk Tarihi*, s. 82.

<sup>100</sup> 1340/1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Tasarısı m.121: “*Tefrik davası 84 üncü maddeye müsteniden tarafeynden birinin diğerine rabita-i izdivacın devamını gayri mümkün kılacak surette zulüm ve eza etmesi veya 87 inci maddede tafsil olduğu veçhile aralarında niza ve şikak zuhur eylemesi sebepleriyle vaki olmuş ve hakim tarafinden zevceynin telif-i beyni de kabil olamamış ise davanın evveleminde bir heyet-i hakemiyye tevdi mecburdur.*”

<sup>101</sup> Her ne kadar Nisa suresi 35. ayet kapsamında hakemlik kurumu işletilse de ayetteki durumdan farklı olarak kadın ve erkeğin ailesinden birer hakem değil doğrudan devlet tarafından hakemlerin atandığını görmekteyiz.

<sup>102</sup> 1340/1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Tasarısı m.122: “*Heyet-i hakemiyye, tarafeynin ifadat ve müdafaatını tetkik ile beyinlerini ıslaha çalışır. Telif-i beyn bu kere de kabil olamadığı ve heyet-i hakemiyye, zevceyn beyninde hüsn-i muaşeretin veya rabita-i izdivacın devamına imkan kalmadığına kanaat getirdiği surette beyinlerini tefrikle beraber kusur tamamen zevcede ise 61 nci madde mucibince tesmiye edilen mehrin ve 62 nci madde mucibince takarrür eden taahhüdât-ı maliyenin ve müddet-i iddet nafakasının tamamen tediyesine hükmeyleyler ve zevce mal-i mevhubu zevcinden mevcut ise aynen ve müstehlek ise bedelen istirdat edebilir. Eğer kusur tamamen zevcede ise 61 nci madde mucibince mehrin ve 62 nci madde mucibince kendi lehine tediyesi meşrut olan meblağ veya malın tamamını ve müddet-i iddet nafakasını zayi eyler ve zevç mal-i mevhubu zevcesinden mevcutsa aynen ve müstehlek ise bedelen istirdat edebilir. Eğer kusur zevç ile zevce arasında dair ise mehir veya taahhüdât-ı maliyeden bir kısmının ve nafaka-i iddetin tediyesiyle hükmeyleyler. Hakemler ittifak edemezlerse hakim, evsaf-ı lazimeyi haiz diğer heyet-i hakemiyye ve tarafeyne karabeti olmayan diğer bir hakem tayin eder.*”

<sup>103</sup> Bkz. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 37.

*sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini” ifade eder.<sup>104</sup>*

Buradan hareketle artan boşanma sayılarına karşı önlem alınması zarureti ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda iç hukukumuz kapsamında bazı önleyici tedbirlerin alındığı görülmektedir. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından “Aile ve Boşanma Süreci Danışmanlığı” 2012 yılında uygulanmaya başlamıştır. Ayrıca Adalet Bakanlığı bünyesindeki Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından 2016-17 yıllarında üç adet çalıştay yapıldığı ve aile arabulucusu olarak görev alması muhtemel kişilere yönelik de bir rehber kitap taslağı da hazırlandığını söylemek mümkündür.<sup>105</sup> Yine 2020 yılında Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından “*Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk*” adlı kapsamlı bir çalışma yayınlanmıştır.<sup>106</sup> Ancak söz konusu adımlar dışında aile hukuku kapsamında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının henüz somut olarak hayata geçirilmediğini ve bu sebeple halen süregelen sorunlara uygulamada bir çözüm bulunamadığını görmekteyiz.

## SONUÇ

Günümüzde bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesinde uygulanan klasik muhakeme usulü, birçok sebepten dolayı bazı alanlarda yerini alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine bırakmaya başlamıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tercih sebebi olarak görülmesi, çalışmamızda da bahsettiğimiz üzere, bu yolların zamandan ve maliyetten tasarruf imkânı sağlaması, mahkemelerin iş yükünü azaltması, tarafların sürece etkilerini artırarak adalet duygusunu pekiştirmesini ve uzlaşma ortamını sağlamasından kaynaklanmaktadır.

Alternatif yöntemlerin esnek oluşu ve devlet müdahalesini azaltıcı yönü, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk ve tahkim kavramlarının da aile hukukunda uygulanması gerekliliğini kaçınılmaz kılmaktadır. Nitekim çalışmamızda da görüldüğü üzere hem günümüz hukukunda hem de İslam aile hukuku kapsamında bu yöntemlere başvurulmuştur. İç hukukumuzda konu ile alakalı somut adımlar henüz atılmamıştır. Temennimiz o yöndedir ki dava şartı olarak aile arabuluculuğu ya da hakemliği kurumları işletilerek giderek artan boşanma sayılarının önüne geçilebilir.

Çalışmamız kapsamında gözlemlediğimiz bir diğer husus ise batılı anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, boşanmanın asli sonucu olan evlilik birliğinin sona ermesi üzerinde gerçekleşmekten çok, fer’i sonuçlar olan (velayet, nafaka, mal rejimi vb.) hususlarda yani mahkemelerin yükünü azaltma noktasında gerçekleşmektedir. Fakat İslam hukukunun yaklaşımı bunun aksine doğrudan evlilik birliğinin korunmasına yöneliktir. Zira İslam hukukunun asli kaynaklarından olan sünnette de gözlemlendiği üzere aile içi ihtilafların birçoğu, karşılıklı iletişimle çözülebilmektedir. Bu sebeple daha çok iletişime dayalı, birey odaklı ve esnek olan

<sup>104</sup> 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 2/b.

<sup>105</sup> Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, s. 315.

<sup>106</sup> Detaylı bilgi için bkz. Pervin SOMER vd., *Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, haz., Şükran ŞİPKA vd., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2020.

alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin aile içi uyuşmazlıklara uygulanması kaçınılmaz görülmektedir.

Sonuç olarak arabuluculuk ve tahkim kavramları, İslam hukuku özelinde hem Hz. Peygamber döneminde hem de mezhepsel farklılıklar da göz önüne alınarak Osmanlı hukuk tarihinde kendisine yer bulmuştur. Aile arabuluculuğu ve hakemliği kurumlarının, dağılmak üzere olan ailelerin kurtarılması noktasında çok önemli faydalar sağladığı da çalışmamızda gözlemlendiğimiz üzere aşikardır. Bu sebeple Türk hukukunda da uygulanması planlanan bu yöntemlerin sadece faaliyete geçirilmekle kalmayıp İslam hukuku uygulamalarından da istifade edilerek düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim İslam hukuku kapsamındaki aile arabuluculuğu ve hakemliği faaliyetleri, ulusal anlamda aile yapımıza, kültürümüze ve ahlaki değerlerimize batılı anlamdaki arabuluculuk kavramından daha uygun görünmektedir. Zira batılı anlamda arabuluculuk kavramının aile dışı birliktelikleri de koruma noktasına evirildiği çalışmamızda gözlemlenmiştir. Bu bağlamda bir taraftan aileyi korumak adına aile arabuluculuğu yöntemine başvururken diğer taraftan da evlilik dışı ilişkilerin korunmasını sağlamak adına yine aynı yöntemin uygulanmaya çalışılması, muhtemeldir ki aile arabuluculuğu kurumunun amacı ve ruhuyla ters düşmektedir. Bu sebeple İslam hukukunun aile içi ihtilaflara getirdiği çözüm önerilerinin incelenmesinin Türk hukuku adına kazanım olacağı kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

- Abdülmelik b. Hişâm, es-Siretü'n-nebeviyye, neşreden Mustafa es-Sekkâ, Kahire: Cilt: 1-4, 1375/1955.
- Akgündüz, Ahmet. "Hakem", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 15, s. 172.
- Akgündüz, Ahmet. *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1986.
- Akşit, Mustafa Cevat. *Mutlu Evlilik İslâmi Esasları*, İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 1. Baskı, 2011.
- Albayrak Hakan, "Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu", *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, Cilt: 17, Etik Özel Sayı, (2018), (s. 12-24)
- Atar, Fahreddin. *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 5. Baskı, 2020.
- Avcı, Mustafa. "Osmanlıda Aile Arabuluculuğu; Uluslararası Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumunda Sunulan Bildiri, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu", Kızılay/Ankara, 29-30 Nisan 2019. Bkz. <https://www.tihek.gov.tr/prof-dr-mustafa-avci/> (Erişim tarihi: 13.03.2022)
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*, Konya: 8. Baskı, Atlas Akademi, 2019.
- Avcı, Mustafa. "Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 2017: (s. 11-71).
- Avcı, Mustafa. "Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 7(27), 2016: (s. 33-58).
- Aydın, Mehmet Akif. *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul: Marmara Üniversitesi, 1985.
- Aydın, Mehmet Akif. "Osmanlı Hukukunda Kazai Boşanma "Tefrik", İstanbul: *Osmanlı Araştırmaları*, C. 5, 1986.
- Bardakoğlu, Ali. "İSLÂM", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 23, s. 19.
- Bilgin, Hikmet. "Anglo-Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk", *Hukuk Gündemi Dergisi*, Sayı:1, 2009: (s.16-24).
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Fıkıh İlmi & İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü*, Haz. Abdullah Kahraman, İstanbul: Nizamiye Akademi, 2016.
- Çetinkaya, Esra. *Osmanlı Hukukunda Sulh Sözleşmesi*, İstanbul: Onikilevha, 1. Baskı, 2020.
- Cin, Halil. *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- Cin, Halil, Ahmet, Akgündüz. "Aile Hukuku/2" *Türk Hukuk Tarihi*, Cilt:2, Özel Hukuk, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1996.
- Cin, Halil, Gül, Akyılmaz. *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Baskı, Konya: Sayram Yayınları, 2017.
- Çeker, Orhan. der., *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 5. Baskı, Konya: Mehir Vakfı Yayınları, 2017.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan. "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 23 (2015): (s.45-84).
- Doğangüzel, Semra Betül. *Osmanlı Hukukunda Nişanlanma*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Doğru, Zeynep. *Malezya Örneğinde İslam Aile Hukukunda Arabuluculuk Uygulamaları*, İstanbul: Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Dörtok Abacı, Zeynep. "Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh:18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri" *OTAM Dergisi*, 20, (2006): (s.105-115).
- Ebû Hafs (Ebû Muhammed) Hüsâmüddin es-Sadrü's-şehîd 'Ömer b. 'Abdil'azîz b. 'Ömer b. Mâze el-Buhârî - Muhyî Hilâl Serhân, *Edebu'l-kâdi li'l-Hass âf*, Bağdâd: Matba'atü'l-irşâd, 1977, 4:59.

- El- Kāsānī, Alaüddin Ebu Bekr bin Mesud bin Ahmed. *Bedāi'us-Sanāi' fi Tertibi's Şerāi'*, Beyrut: 2. Baskı, Daru'l Kütubi'l İlmiyye, 1986.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, 6. Baskı, İstanbul:Ensar, 2016.
- Folberg, Jay. *A mediation overview: History and dimensions of practice*, San Francisco: Mediation Quarterly, 1983.
- Goldberg, Stephen B., Frank E. A. Sander, Nancy H. Rogers, Sarah Rudolph Cole, *Dispute Resolution Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York: Apsen Publishers, 2007.
- Günay, Hacı Mehmet. "Nüşûz", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 33, s. 303.
- Hadislerle İslam*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Cilt 4, 2014.
- İşıktaş Karabulut, Yıldız. *Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İzmir: Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- İbn-i Abidin, *Reddü'l Muhtar Ale'd-dürrü'l-Muhtar*, çev. Ahmed Davudoğlu, Cilt :6, İstanbul: Şamil Yayınevi, 1983.
- İbn Kudâme , Ebü Muhammed Abdullah (ö.620/1223), *el-Muğni*, Beyrut: Cilt: 7
- İbnü'l-Hümmam, Kemalüddin Muhammed b. Abdilvahid (ö.861/1456) *Fethu'l-Kadir*, Kahire: 1970, Cilt: 7
- İstanbul Kadı Sicilleri*, Eyüb Mahkemesi, 74 Numaralı Sicil (H. 1072-1073 / M. 1661-1662) Cilt: 28, Sayfa: 393, Hüküm no: 414
- İstanbul Kadı Sicilleri*, Rumeli Sadareti Mahkemesi 80 Numaralı Sicil (H. 1057-1059/M. 1647-1649) Cilt: 15, Sayfa: 191, Hüküm no: 199
- Kahveci, Nuri. *İslam Aile Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2017.
- Kandemir, M. Yaşar. "Hafsa", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 15, s.119-120.
- Kaplan, Yavuz. "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 28(1-2), 200): (s. 115-146).
- Karacabey, Kürşat. "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 1, (2016): (s. 458-489).
- Karaman, Hayrettin. *İslâm'da Kadın ve Aile*, İstanbul:Ensar Neşriyat, 2006.
- Kekeç, Elif Kismet. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Kılınc, Ahmet. "İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984'ün Mukayesesi", *ERÜHFD*, 14(2), 2019: (s. 623-662)
- Kılınc, Ahmet. "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun Osmanlı Arabuluculuğu", *II. Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Cilt: 2, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık,2016: (s. 150-166)
- Kılınc, Ayşe Nur, Ahmet, Kılınc. "Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1), 2019: (s. 103-118)
- Konuralp, Cengiz Serhat. *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Köksal, Mustafa Asım. *İslâm Tarihi 1-2 (Mekke Devri)*, İzmir: Işık Yayınları, 2011.
- Özbay, İbrahim. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *EÜHFD*, Erzincan: 10(3-4), 2006: (s. 459-475)
- Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 3.baskı, 2013.

- Parkinson, Lisa. Aile Arabuluculuğu (Family Mediation), çev. Nikbinlik Tercüme, Sorumlu ed. Yonca Fatma Yücel, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı, 2017.
- Ponte, Lucille M., Thomas D., *Cavenagh, Alternative Dispute Resolution in Business*, Ohio: ITP, 1999.
- Said Nursi, Bediüzzaman. *Mektubat*, İstanbul: Rnk Neşriyat, 2011.
- Somer, Pervin. vd., Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk, haz., Şükran ŞIPKA vd., Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2020.
- Şen, Yusuf. "İslam Hukukunda Arabuluculuk", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Çorum, 22(22), 2012, (s. 110-111)
- Tanrıver Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 64, (2006), (s. 151-177).
- Temel, Ahmet. "İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları", *Darulfunun İlahiyat*, İstanbul: 30(2), (2019): (s. 311-336).
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem. *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2013.
- Yıldırım, Mustafa. "TAHKİM", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 39.
- Abdillatif Ez-Zebîdî, Zeynüddin Ahmed B. Ahmed Bin. Sahîh Buhâri Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercümesi ve Şerhi, çev. Ahmed Naim; Kâmil Miras, İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2019.
- "Evlenme ve Boşanma İstatistikleri, 2021", <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2021-45568> (Erişim tarihi: 03.03.2022)



Geliş Tarihi | Received: 26.02.2022  
Kabul Tarihi | Accepted: 01.04.2022  
Yayın Tarihi | Published: 30.04.2022

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## OSMANLI HUKUKUNDA ZİNA HÂLİNDE ÖLDÜRME

### MURDER IN THE CASE OF ADULTERY IN OTTOMAN LAW

Gökcan Yaman\*

#### Öz

Çalışma, Osmanlı hukukunda zina hâlinde öldürme konusunu ele almaktadır. Fâilin, kasten öldürme fiilini, karısını ya da mahreminden bir kadını zina ederken gördüğü esnada işlemesi şeklinde ortaya çıkan bu hukuki müessese, doktrinde bazı yazarlar tarafından meşru müdafanın bir türü olarak görülmüştür. Buradan hareketle, çalışma içerisinde zina suçuna karşı meşru müdafaa kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Çalışma ile birlikte zina suçuna karşı meşru müdafanın Osmanlı hukuku teori ve uygulamasındaki yerinin; fetvalar, kanunnameler, mahkeme kararları gibi birinci el kaynaklardan istifade edilerek açıklanması hedeflenmektedir. Çalışma hem klasik dönem hem de Tanzimat dönemi uygulamasını incelemektedir. Keza çalışmada bölge yönünden de bir sınırlamaya gidilmemiş, tüm Osmanlı coğrafyasındaki uygulama ele alınmıştır. Elde edilen sonuçlar genel itibariyle şöyledir: Klasik dönemde konumuza dair şer'î ve örfî hukuk kaynaklarının birbiriyle uyumlu olduğu, zina suçuna karşı meşru müdafaa kapsamında kalan kasten öldürme fiillerinin hukuka uygun kabul edildiği anlaşılmıştır. Tanzimat döneminin 1858 Ceza Kanunnamesi'nin yürürlüğe girmesinden önceki evresinde, şer'î mahkemelerle Meclis-i Vâlâ'nın ahenkli kararlar verdikleri, 1858 Ceza Kanunnamesi'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte şer'an cezalandırılmayan faillerin kanunname hükmüne göre indirimli cezalar aldıkları görülmüştür. Araştırma ile birlikte ayrıca 1858 Ceza Kanunnamesi'nin konumuzla ilgili düzenleme içeren 188. maddesinin hazırlanmasında, kısmen yerli kaynaklardan kısmen de Fransız Ceza Kanunu'ndan istifade edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler** Osmanlı Ceza Hukuku - 1858 Ceza Kanunnamesi - Zina - Haksız Tahrik - Meşru Müdafaa

\* Hâkimler ve Savcılar Kurulu Tetkik Hâkimi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi

0000-0001-5787-2211 yamangokcan@gmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## ABSTRACT

The study deals with the issue of killing in the case of adultery in Ottoman law. This legal institution, which emerged in the form of the perpetrator committing the act of intentionally killing his wife or a private woman while he was committing adultery, has been seen as a type of self-defense by some authors in the doctrine. From this point of view, it was preferred to use the concept of self-defense against the crime of adultery in the study. With the study, the place of self-defense against the crime of adultery in the theory and practice of Ottoman law; it is aimed to explain by making use of first-hand sources such as fatwas, codes, court decisions. The study examines both the classical period and the Tanzimat period. Likewise, in the study, there was no restriction in terms of region, and the application in the entire Ottoman geography was discussed. The results obtained are generally as follows: In the classical period, it was understood that the religious and customary law sources on our subject were compatible with each other, and the acts of willful killing within the scope of self-defense against the crime of adultery were accepted as lawful. In the phase of the Tanzimat period before the 1858 Penal Code came into force, it was seen that the shari'a courts and the Majlis-i Vala made harmonious decisions, and with the entry into force of the 1858 Penal Code, the perpetrators who were not punished by the law received reduced sentences according to the provision of the law. Along with the research, it was also concluded that in the preparation of Article 188 of the 1858 Penal Code, which contains the regulation on our subject, partly domestic sources and partly the French Penal Code were used.

**Key Words** Ottoman criminal law - 1858 Penal Code - adultery - unjust provocation - self-defense

## GİRİŞ

İslam dininde korunması gereken değerler arasında din, akıl ve malın yanı sıra can ile ırz da bulunmaktadır. Kişilerin canlarına ve ırzlarına yönelen saldırılar İslam hukuku tarafından yasaklanmıştır. Irza yönelik saldırılar açısından cebren işlenen cinsel saldırı fiilinin yanı sıra kişilerin kendi rızaları ile işledikleri zina fiilleri de suç kabul edilmiştir. Zinanın had cezalarını gerektiren az sayıdaki suçtan biri olması, bu suçun ispatında diğer suçlardan farklı olarak dört erkek şahit aranması, bu ispat şartı gerçekleşmediğinde ise şahitler açısından kazf (zina iftirası) suçunun gündeme gelmesi, İslam hukukunun ırzın korunmasına attığı önemi göstermektedir. Keza kişilerin hayatı da İslam hukuku tarafından dokunulmaz kabul edilerek haksız yere insan öldürmek haram kılınmış, kasten öldürme fiilinin aslı cezası kısas olarak tayin edilmiştir. Çalışmamız, bu iki suçun eş zamanlı olarak işlendiği ve buna bağlı olarak İslam hukukunun dokunulmaz kabul ettiği can ve ırza yönelik saldırıların bir arada bulunduğu bir ceza hukuku müessesesini ele almaktadır. İslam-Osmanlı hukuku kaynaklarında, karısını ya da mahreminden bir kadını bir başkasıyla zina ederken görüp öldüren kişilerin hukukî durumlarına dair çok sayıda kaydın yer aldığı görülmüştür. Bu kayıtların istikameti, ele aldığımız hukukî müessesenin çalışma içerisinde haksız tahrik yerine zina suçuna karşı meşru müdafaa olarak kabulünü gerektirmiştir. Bu kabulde doktrindeki görüşlerin etkisinin bulunduğu da göz ardı edilemez.

Literatürde konuyla ilgili çok az sayıda çalışma bulunduğu göze çarpmaktadır<sup>1</sup>. Kerim İlker Bulunur'un *Namus Adına Öldürmek: 16 ve 17. Yüzyıllarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Namus Cinayetleri*<sup>2</sup> isimli makalesi, klasik dönem mahkeme kararları incelenerek yapılmış bir çalışmadır. Fehminaz Çabuk'un *19. Yüzyılda Osmanlı Toplumunda Zina: Bazı Zina Vakalarında İşlenen Cinayetler Üzerine Bir Değerlendirme*<sup>3</sup> isimli çalışması ise Tanzimat dönemi mahkeme kararları tahlil edilerek hazırlanmıştır. Her iki çalışma da birinci el kaynaklardan istifade etmesi cihetiyle önemlidir. Öte yandan tarih ilmi perspektifinden meseleye yaklaşan bu iki makale, konuyu namus cinayetine indirgeyerek ele almıştır. Hukuk tarihi açısından konuya yer veren en kapsamlı çalışma ise Mustafa Avcı'nın *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*<sup>4</sup> isimli kitabıdır. Kitapta genel meşru müdafaa başlığı altında ele alınan konunun, İslam-Osmanlı hukuku kaynaklarında ne şekilde yer aldığı, birinci el kaynaklardan istifade

<sup>1</sup> Bulunur'a göre, Osmanlı'da namus cinayetlerinin yeterince ele alınmamış olmasının temel sebebi, konuyu aydınlatacak ya da en azından konu hakkında uygulamaya dair fikir verecek birinci el kaynakların azlığıdır... Osmanlı mahkemelerine yansıyan cinayet hâdiselerini (gerek doğrudan gerekse genel eserler içinde) inceleyen çalışmaların ortak özelliği sınırlı sayıda belgeye dayanmalarıdır. 16-17. yüzyıllara ve farklı şehirlere ait şer'iyeye sicillerinden derlenen davalarla ilgili çok sayıda sicil taranmasına rağmen tam manasıyla namus cinayeti olarak isimlendirilebilecek davaların sayısının bir elin parmaklarını geçmediği anlaşılmıştır. Kerim İlker Bulunur, "Namus Adına Öldürmek: 16 ve 17. Yüzyıllarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Namus Cinayetleri", *Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, C: 31, 2019, s. 82-83.

<sup>2</sup> Yazar, namus cinayetlerinin genellikle Orta Doğu ve İslam toplumlarında görüldüğünü ileri süren görüşün aksine, bu vakianın kökenlerinin hiçbir din ve toplum ile bağdaştırılamayacak kadar eskiye dayandığı ve geçmişten beri süregelen uygulamaların örf ve adet olarak dönemin hukuk anlayışında kendine yer bulduğunu iddia etmektedir. Bulunur, "Namus Adına Öldürmek: 16 ve 17. Yüzyıllarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Namus Cinayetleri", s. 81-98.

<sup>3</sup> Fehminaz Çabuk (2020) "19. Yüzyılda Osmanlı Toplumunda Zina: Bazı Zina Vakalarında İşlenen Cinayetler Üzerine Bir Değerlendirme", *İnsan ve İnsan*, C:7, S:23, 2020, s. 1-19.

<sup>4</sup> Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, 3. Bası, Ankara: Adalet, 2018.

edilerek ortaya konulmuştur. Konunun açıklanmasında yararlanılan kaynak çeşitliliği de dikkate değerdir.

Bu makalede, konunun Osmanlı ceza hukukundaki nazari ve tatbiki yerini, zaman ve bölge sınırlaması olmaksızın ortaya koymaya çalıştık. Bunu yaparken birinci el kaynaklardan hareketle sonuçlara ulaşmaya özen gösterdik. Zina suçuna karşı meşru müdafanın Osmanlı klasik döneminde nasıl bir yer bulduğunu tespit etmek için özellikle fetvalardan, kanunnamelerden ve dönemin mahkeme kararlarından yararlandık. Tanzimat dönemi için ise ceza kanunnameleri, mahkeme kararları ve dönemin hukukçularının görüşleri çalışmaya yön vermiştir. Çalışmamızda öncelikle kavramsal çerçeve çizilmiş, ardından konuya dair önce klasik dönem kaynaklarındaki, daha sonra Tanzimat dönemi kaynaklarındaki verilere yer verilmiştir. Son olarak zina suçuna karşı meşru müdafanın şartlarının neler olduğu açıklanmıştır. Çalışma ile birlikte klasik dönemde şer'î hukuk ile örfî hukukun ahenk içerisinde olup olmadığı, Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketleri ile birlikte hangi düzenlemelerin getirildiği, bu düzenlemelere yönelik Osmanlı hukukçularının görüşlerinin neler olduğu, 1858 Ceza Kanunnamesi'nde yer alan düzenlemenin batı menşeli olup olmadığı, şer'î mahkemeler ile Meclis-i Vâlâ kararlarının uyumlu olup olmadığı, teorik bilgilerin mahkeme kararlarına ne ölçüde yansıdığı sorularına zina suçuna karşı meşru müdafaa konusu özelinde cevap aranmıştır. Böylelikle konuyla ilgili literatüre katkı sağlanması ve ele aldığımız hukukî müessese özelinde Osmanlı hukuk tecrübesinden istifade edilebilmesi hedeflenmektedir.

## I. MEŞRU MÜDAFAA VE ZİNA SUÇUNA KARŞI MEŞRU MÜDAFAA KAVRAMLARI

Meşru müdafanın gerek günümüz hukukçuları gerekse Tanzimat dönemi Osmanlı hukukçuları tarafından çeşitli tanımları yapılmıştır. Günümüzde yapılan tanımlardan birkaçı şöyledir:

Meşru müdafaa: Haklı (yasal) savunma; bir kimsenin, kendisine veya başkasına veya mallarına yönelen, hâlen mevcut bir haksız taarruzdan doğacak zararları önlemek üzere, yapmak zorunda kaldığı karşılık eylem...<sup>5</sup>

Meşru müdafaa nefsi, ırzı veya malı, mevcut yahut gerçekleşmesi muhakkak haksız saldırılara karşı zorunlu ve ölçülü bir hareketle koruma yetkisidir.<sup>6</sup>

Bir kimsenin haksız bir saldırıyı kendisinden veya başkasından uzaklaştırmak amacıyla zorunlu bir tepki göstermesi ve bunu uzaklaştıracak ölçü ve oranda kuvvet kullanarak başka şekilde korunamayacak bir hakkı bizzat korunması.<sup>7</sup>

Aşağıda da Tanzimat dönemi hukukçularının yapmış olduğu tanımlara yer verilmiştir:

Mevadd-ı cezaiyede nefis ve ırz ve malın muhafazası için hasbezzarur kuva-yı cismaniyeyi isti'mal itmekdir."<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Ejder, Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 9. Baskı, Ankara: Yetkin, 2005, s. 812.

<sup>6</sup> Ayhan Hira, *İslam Hukukunda Meşru Müdafaa (Türk Ceza Kanunu ile Mukayeseli)*, 1. Baskı, Ankara: Sonçağ, 2018, s. 45.

<sup>7</sup> İbrahim Kâfi Dönmez, "Meşru Müdafaa" *DİA*, C:29, İstanbul: 2004, s. 383.

<sup>8</sup> Türzkade H. M. Ziyaeddin, *Mükemmel Istılahat-ı Kavanin yahud Malumat-ı Kanuniye Hülasası*, Dersaadet: 1313, s. 261.

Nefs ve ırz ve malın muhafazası için zarurî olarak kuva-yi cismaniyeyi isti'mal itmekdir.<sup>9</sup>

Müdafaa-i meşrua: Nefsini ya âharın nefsinı haksız ve hazır bir tecavüzden tahlis için lâbüd olan müdafaadır.<sup>10</sup>

Yer verdiğimiz son tanımın sahibi Kirkor Zöhrap, meşru müdafaayı müdafaa-i meşrua-i şahsiyye ve müdafaa-i meşrua-i içtimaiyye şeklinde ikiye ayırmıştır. Kişinin haksız bir saldırıyı orantılı şekilde def etmesi anlamındaki meşru müdafaa, Zöhrap'ın tasnifinde müdafaa-i meşrua-i şahsiyye olarak yerini bulmaktadır. Aynı tasnife göre müdafaa-i meşrua-i içtimaiyye ise kolluk kuvvetlerinin huzur ve asayışı bozacak nitelikteki fiilleri def etmesi ya da kanundan doğan emirlerle mahkemelerin emirlerinin infazı için gerektiğinde cebir uygulamasıdır. Bu hâl, toplumun meşru müdafaasıdır.<sup>11</sup>

Meşru müdafaa, başka yazarlar tarafından da benzer tasniflere tâbi tutulmuştur. Udeh, meşru müdafaayı özel ve genel olmak üzere ikiye ayırmıştır.<sup>12</sup> Avcı'nın tasnifi ise dar anlamda ve geniş anlamda meşru müdafaa (meşru sosyal müdafaa) şeklindedir.<sup>13</sup> Bu tasniflere göre cana, ırza ya da mala yönelik haksız saldırıları def etmek amacıyla işlenen fiiller, özel ya da dar anlamda meşru müdafaa;<sup>14</sup> genel ahlak ve adaba taarruz mahiyeti taşıyan fiillere mani olunması şeklindeki devlet, toplum ve kişilere ait olan görev ise genel ya da geniş anlamda meşru müdafaadır (meşru sosyal savunma).<sup>15</sup> Genel meşru müdafaa kapsamındaki görev, İslam hukukunda emr bi'l-maruf nehy ani'l-münker olarak isimlendirilmektedir.<sup>16</sup>

Özel meşru müdafaanın konusu insanın can, mal ve ırz emniyetine yönelen her türlü saldırı iken genel meşru müdafaanın konusu ise özel meşru müdafaada sayılanlar haricinde kamunun haklarına, kamu güvenliğine ve kamu düzenine yönelen her türlü saldırıdır. Söz gelimi bir adam zina yapmak için bir kadının ırzına saldırırsa o kişinin def edilmesi özel meşru müdafaadır. Erkekle kadın, rızalarıyla zina fiili işlerlse ikisinin kötülüğüne engel olunması ise genel meşru müdafaadır.<sup>17</sup>

Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu* isimli eserinde hukuk-ı ilâhiyyeye ilişkin olup hâlen işlenmekte olan bir kötülükten dolayı, hikmete uygun ve fesada sebep olmayacak bir yolla kötülüğü önlemeye, her Müslümanın yetki sahibi olduğunu belirtmiştir. Zira bu yetki, marufu emr, münkerden nehy ve fesadı ortadan kaldırma niteliği taşımaktadır.<sup>18</sup>

İslam devletlerinde iyiliği emredip kötülüğü önleme hususunda fertlerin sahip oldukları yetkinin yanı sıra genel ahlakı ve kamu düzenini koruma faaliyetlerini üstlenen bir teşkilat

<sup>9</sup> Hüseyin Galib, *Kamus-ı Hukuk*, İstanbul: Cemal Efendi Matbaası, 1305, s. 213.

<sup>10</sup> Kirkor Zöhrap, *Hukuk-ı Ceza*, İstanbul: Ahmed Saki Bey Matbaası, 1325, s. 177.

<sup>11</sup> Zöhrap, s. 175, 177, 185.

<sup>12</sup> Abdulkâdir Üdeh, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, Genel Hükümler C:I*, çeviren ve notlar ekleyen: Ali Şafak, 2. Baskı, İstanbul: Kayıhan, 2012, s. 492.

<sup>13</sup> Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, s. 60, 67.

<sup>14</sup> Üdeh, s. 493.

<sup>15</sup> Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, s. 67; Üdeh, s. 492.

<sup>16</sup> Üdeh, s. 492.

<sup>17</sup> Üdeh, s. 528.

<sup>18</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslamiye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu C: III*, İstanbul: Bilmen, 1988, s. 324.

da bulunmaktadır. Bu teşkilat, hisbe olarak isimlendirilmiştir. Bu işle vazifeli memura muhtesip adı verilir. Emr bi'l-ma'ruf nehy ani'l-münker mükellefiyetinin ifa edilmesi noktasında hisbe teşkilatı ile herhangi bir Müslümanın durumları aynı değildir. Muhtesip için hisbe faaliyetleri hukukî-resmî bir vazifenin icrası anlamı taşır. Bu vazife, dini cihetten farz-ı ayn niteliğinde bir mesuliyeti ifade eder. Herhangi bir Müslüman içinse bu mükellefiyet, farz-ı kifâye'dir.<sup>19</sup>

Hisbe faaliyeti, toplum ve devlet haklarının ihlali niteliği taşıyan fiillere yönelik olarak tahakkuk etmektedir. Hisbeye konu fiilin münker niteliğinde olduğu hususunda tereddüt bulunmaması, hâlihazırda vuku bulması ve kişilerin özel hayatlarını araştırmayı gerektirmeyecek kadar alenî şekilde işlenmesi gerekmektedir.<sup>20</sup> Muhtesiplerin hâkimler gibi adaleti temin etme görevleri yoktur. Onların görevi, ülke içerisindeki düzenin bozulmamasını temin etme ve bireylerin yasak fiilleri işlememesi için denetleme ve yol göstermeden ibarettir.<sup>21</sup>

İslam hukukundaki en yaygın suç tasnifine göre suçlar had, kısas ve ta'zir olmak üzere üçe ayrılmaktadır.<sup>22</sup> Bu tasnif içerisinde hadler, Allah hakkına yönelik suçlar olması cihetiyle öne çıkmaktadır. Suçun Allah hakkına yönelik olması ile kastedilen, İslâm kamu haklarını ihlal etmesidir.<sup>23</sup> Diğer bir ifadeyle hadlerde toplum hakkı galiptir<sup>24</sup>, bu suçların mağduru toplumdur. Nitekim had suçlarına verilen cezaların, zararı tüm insanlığa dokunan birtakım kötü hareketlerden insanları men etmek amacıyla verildiği ifade edilmiştir<sup>25</sup>. Had suçlarının bu hususiyeti nazara alındığında, bir had suçu olan zinayı önlemek maksadıyla işlenen fiillerin, genel meşru müdafaa kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Zira zina fiili önlenerek topluma ait hakların müdafaası temin edilecektir. Buradan hareketle, çalışmamızın konusunu teşkil eden karısını ya da mahreminden bir kadını zina ederken görüp öldüren kişinin işlediği fiilin de genel meşru müdafaanın bir türü olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim Udeh ve Avcı'nın yanı sıra zikredilen hukukî durumu meşru müdafaa olarak kabul eden başka yazarlar da bulunmaktadır.<sup>26</sup> Ömer Nasuhi Bilmen'in Kamus'unda, konumuzla ilgili bölümün "Müdafaa-i Meşrua Hâlindeki Katl Hâdiseleri" başlığı altında yer bulmuş olması da dikkat çekicidir. Bu bölümde ırz ve namusu müdafaa amacıyla işlenen katl fiilinden dolayı ceza sorumluluk doğmayacağı, keza zevcesi ya da mahreminden bir kadını zina ederken görüp öldüren kişiye de ceza verilmeyeceği belirtilmiştir.<sup>27</sup>

<sup>19</sup> Cengiz Kallek "Hisbe", *DİA*, C:18, İstanbul: 1988, s. 133.

<sup>20</sup> Kallek, "Hisbe" s. 134.

<sup>21</sup> Bilmen, *Hukukî İslamiye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu C: III*, s. 330.

<sup>22</sup> Sabri Erturhan, *İslâm Ceza Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul: Hikmetevi, 2020, s. 111; Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler*, 3. Baskı, İstanbul: Arı Sanat, 2018, s. 292; Mehmet Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 13. Basım, İstanbul: Beta, 2015, s. 154.

<sup>23</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 154.

<sup>24</sup> Cevat Akşit, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, 2. Baskı, İstanbul: Gümüşev, 2015, s. 74.

<sup>25</sup> Bilmen, *Hukukî İslamiye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu C: III*, s. 14-15.

<sup>26</sup> Davut Yıldırım, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunda Şahsa Karşı İşlenen Suçlar", Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 52; Hira, *İslam Hukukunda Meşru Müdafaa (Türk Ceza Kanunu ile Mukayeseli)*, s. 203-204.

<sup>27</sup> "Bir kimse, kendi zevcesi veya kız kardeşi gibi mahremlerinden birini bir şahıs ile rıza ile gayri meşru mukarenette bulunurken görüp de gazap fevriyetiyle bunları hemen katletse hakkında bir şey lâzım gelmez. Kendi hanesi içinde

Osmanlı hukuk kaynaklarında da karısını ya da mahreminden birisini zina ederken görüp öldüren kişilerin cezaî ve hukukî sorumluluklarının bulunmadığına dair kayıtlar bulunduğu göze çarpmaktadır. Diğer taraftan 1858 Ceza Kanunnamesi'nde konuya dair maddenin, meşru müdafaayı düzenleyen 186 ve 187. maddelerden hemen sonra yer almış olmasının tesadüf olmadığı kanaatindeyiz. Bu bilgilerden hareketle modern hukuk bağlamında özel bir haksız tahrik sebebi kabul edilebilecek bu hukukî müessesenin zina suçuna karşı meşru müdafa olarak isimlendirilmesinin uygun olacağı değerlendirilmiş ve çalışma içerisinde bu kavram kullanılmıştır.

## II. ŞER'Î KAYNAKLARDA ZİNA SUÇUNA KARŞI MEŞRU MÜDAFAA

Zina, aralarında nikâh bağı bulunmayan bir erkekle kadının cinsî münasebetleri olarak tanımlanabilir. Fâillerin evli ya da bekâr oluşu, zina suçunun oluşmasına engel değildir.<sup>28</sup> Ancak İslam hukukunda muhsan ile muhsan olmayanın işledikleri zina fiilleri için farklı cezalar öngörülmüştür. Bir kişinin muhsan kabul edilebilmesi için başından hukuken muteber bir evlilik geçmesi ve bu evlilik içinde cinsel ilişki yaşanması gerekmektedir. Öte yandan muhsanın, zina fiilini işlediği esnada evli olması aranmaz.<sup>29</sup> İslam hukukuna göre, muhsanın zinası recmle cezalandırılmaktadır. Recm, muhsan kadın ve erkeğin taşlanarak öldürülmesidir. Bekâr kişinin zinası için ise yüz celde ve bir yıl sürgün cezası öngörülmüştür.<sup>30</sup>

Zina, ispat şartı bakımından da özellik arz eden bir suçtur. İslam hukukunda zina suçunun sabit kabul edilebilmesi için dört erkek şahidin aynı mecliste şahitlikte bulunarak olayı tafsilatlı şekilde ve birbirleriyle çelişmeden anlatmaları ya da fâilin zina fiilini işlediğini hâkim önünde ayrı ayrı oturumlarda dört kez ikrar etmesi gerekmektedir.<sup>31</sup> Müslüman, namuslu ve muhsan bir erkek ya da kadına zina isnat edip bunu ispat edemeyen kişiler kazf (zina iftirası) suçunu işlemiş olur. Bu suçun cezası, fâile seksen sopa vurulması ile şahitliğin ebediyen kabul edilmemesidir.<sup>32</sup>

---

*öldürdüğü şahıs hakkında, kendi mahremlerinden biriyle zina ederken görüp fevranı gazapla öldürdüğünü... başka suretle def'e muktedir olamadığı cihetle katlettiğini iddia etse bakılır: Eğer o şahıs, hayatında o yolda sui ahval ile maruf olup da zahiri hal, vâki iddiayı teyit ederse katil, bilâ beyyine yeminiyle tasdik olunarak taarruzdan kurtulur. Böyle olmadığı takdirde ise mücerret iddiası, kendisini mesuliyetten kurtaramaz.” Bilmen, Hukukî İslamiye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu C:III, s. 125, No:379-380.*

Kitapta bunun yanı sıra “Ta'ziri İkameye Salahiyetli Olan Zatlar” başlığı altında da konumuzla alakalı izahata yer verilmiştir: “Bir kimse, kendi zevcesiyle veya mahremlerinden biriyle veya bir ecnebiyye ile bir şahsın gayri meşru bir halde mücemeatta bulduklarını görünce sayha ile veya darp ile bu fâzihaya mani olması icap eder. Hatta bu suretle mâni olamadığı takdirde bu suçu rıza ile işleyen şahsı öldürebilir, bundan dolayı kendisine bir damân lâzım gelmez, bu maktule -karabetleri varsa- varis de olabilir. Elverir ki bu cinayet, ikrar ile veya beyyine ile sabit olsun. Mamafih kendi zevcesiyle veya mahremiyle birrıza yapılan gayri meşru mücemeattan dolayı zani ile zaniyeyi sayha veya darp etmeksizin de (doğrudan) öldürebilir.” Bilmen, Hukukî İslamiye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu C:III, s. 324, No:901.

<sup>28</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 184.

<sup>29</sup> Şamil Dağcı, “İhsan” *DİA*, C:21, İstanbul: 2000, s. 547; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, 15. Bastı, Ankara: Turhan, 2011, s. 96.

<sup>30</sup> Ömer Menekşe, “Osmanlıda Zina Cezası Olarak Recm”, *Marifé*, C:3, S:2, 2003, s. 8-9; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 96; Üdeh, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku, Özel Hükümler C: II*, s. 445; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 186.

<sup>31</sup> Hüseyin Esen, “Zina” *DİA*, C:44, İstanbul: 2013, s. 441-442.

<sup>32</sup> Ekinci, *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler*, s. 314; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 186-187.

Öte yandan Kur'an-ı Kerim'de eşlerine zina isnat edenlerle ilgili olarak özel bir hükme yer verilmiştir. Nur suresinin 6, 7, 8 ve 9. ayetleri şöyledir:

Eşlerine zina suçlamasında bulunup da kendilerinden başka tanıkları olmayanların her birinin tanıklığı, dört kere, doğru söylediğine Allah'ı tanık göstermesi; beşinci olarak da eğer yalan söyleyenlerden ise Allah'ın lânetine uğramasını söylemesidir.

Kadının dört kere, kocasının yalan söyleyenlerden olduğuna Allah'ı tanık göstermesi kendisini ceza görmekten kurtarır.

Kadının beşinci ifadesi, eğer kocası doğru söyleyenlerden ise kendisinin Allah'ın gazabına uğramayı dilemesi olacaktır.

Ayetlere konu hukukî müessese, İslam hukukunda liân olarak adlandırılmaktadır. Lanetleşmek manası taşıyan liân, karısına zina isnat eden ve iddiasını dört erkek tanıkla ispat edecek imkâna sahip olmayan koca için karısından ayrılmak ve doğacak çocuğun nesebini reddetmek için müracaat edilecek bir yoldur. Liân için önce erkek, karısına zina isnadında bulunur, çocuğun nesebinin kendisinden olmadığını beyan eder ve ardından yemin eder. Bu işlem dört kez tekrarlandıktan sonra erkek, beşincide “Yalan söylüyorsam, Allah'ın laneti benim üzerime olsun” der. Sonra kadın, kocasının yalan söylediğine dair dört kez yemin eder ve beşincisinde ise “Eğer doğru söylüyorsa Allah'ın gazabı üzerime olsun” der.<sup>33</sup>

Liân ayetlerinin nüzul sebebi olarak gösterilen hâdise şöyledir: Rivayete göre, Hilâl b. Ümeyye Hz. Peygamber'e gelerek Şüreyk b. Sehmâ ile karısının zina ettiğini iddia etmiş, Hz. Peygamber de delil getiremezse kendisine kazf cezası vereceğini bildirmişti. Hilâl “Ey Allah'ın Rasûlü! Birimiz, hanımı üzerinde bir adam görse, koşup delil mi arayacak?” deyince Hz. Peygamber “Ya delil getirirsin ya da sırtına had uygulanır” diyerek karşılık vermişti. Hilâl “Seni hak üzerine gönderen Allah'a kasem olsun, doğruyu söylüyorum. Mutlaka Allah sırtımı haddenden kurtaracak bir vahiy gönderecektir” dedi. Bu olay üzerine lanetleşme ayetleri nazil oldu.<sup>34</sup>

Konumuzu ilgilendiren bir diğer hadis şöyledir: Sa'd bin Ubade “Ey Allah'ın Rasûlü! Ne buyurursunuz, karımın yanında bir adam bulursam dört şahit getirmek için bekleyecek miyim?” diye sordu. Hz. Peygamber: “Evet bekleyeceksin” buyurdu.<sup>35</sup>

Said İbnu'l-Müseyyeb'in anlatımına göre Şam ehlinden bir kimse, karısının yanında bir erkek yakalamış, karısını ve adamı öldürmüştür. Hz. Muaviye kâtil hakkında hüküm vermekte

<sup>33</sup> Üçok, Mumcu ve Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 123; Ekinci, *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler*, s. 414; Mehmet Âkif Aydın, “Lian”, *DİA*, C:27, İstanbul: 2003, s. 172.

<sup>34</sup> İbrahim Canan, *Hadis Ansiklopedisi Kütüb-i Sitte C:2*, Ankara: Akçağ, t.y. s. 538-539.

<sup>35</sup> Müslim ve Ebû Davud'un bir diğer rivayetine göre Sa'd, “Bir adam, karısının yanında bir yabancı yakalasa onu öldürebilir mi, ne dersiniz” diye sorar. Hz. Peygamber, “Hayır!” deyince; Sa'd, “Bilakis evet!” Seni hak dinle şereflendiren Allah'a yemin ederim, fırsatı yakalarsam ondan önce kılıcımı işletirim” der. Hz. Peygamber bunun üzerine, “Efendinizin ne söylediğine bakın!” buyurur.

İbn Abbas'tan gelen bir rivayete göre ise Sa'd'ın sözü üzerine Hz. Peygamber, “Sa'd'ın bu kıskançlığına şaşıyor musunuz? Emin olunuz ki, ben ondan daha kıskancım. Allah da muhakkak ki benden ziyade kıskançtır. Bu sebeplerdir ki, kullarına gizli ya da açık her şekliyle çirkin söz ve uygunsuz fiilleri yasakladı. Tevbe ve pişmanlıktan Allah kadar hoşlanan bir başkası da yoktur. Bu sebeple ateşle korkutan, cennetle müjdeleyen peygamberler gönderdi” buyurur. Canan, *Hadis Ansiklopedisi Kütüb-i Sitte C:5*, s. 166, 181-182.

zorluk çekerek Ebu Musa aracılığıyla meseleyi Hz. Ali'ye sordurmuştur. Hz. Ali, kâtilin dört şahit getirmemesi hâlinde kısas yapılacağını söylemiştir.<sup>36</sup>

Udeh, İslâm'da genel kurala göre can ve malın dokunulmaz olduğunu ancak öldürülme-yi gerektirir bir suç işlendiğinde dokunulmazlığın ortadan kalktığını, bu kişinin öldürülme-sinin serbest, canının heder olduğunu ifade etmiş; öldürülmeyi serbest hale getiren suçlar ara-sında evlilerin zinasını saymıştır.<sup>37</sup> Nitekim İmam Malik, Ebû Hanife ve Ahmed b. Hanbel'e göre zina yapan evlinin kâtiline kısas ve diyet cezası verilmez. Zira zina yapan evli, işlediği suç ile ölümünü mubah kılmıştır. Şâfiî mezhebinde tercih edilen görüş de bu istikamettedir.<sup>38</sup>

Bekâr kişinin zinasında celde cezasının öngörülmesi sebebiyle bir şüphe ya da tereddüt söz konusu olmaksızın zina yapan bekârı öldüren kişi, kasten öldürme suçunu işlemiş kabul edilir ve fiiline karşılık kısas edilir. Zira dokunulmaz birisini öldürmüştür. Bu hususta dört mezhep âlimi ittifak etmişlerdir.<sup>39</sup> Öte yandan Ebu Hanife, İmam Malik ve Ahmed b. Hanbel'e göre zina yapan bekâr kişi şüphe ve tereddüt durumunda öldürüldüğünde kâtile ceza verilmez. Bu konuda Hz. Ömer'in vermiş olduğu bir karar, delil kabul edilmiştir. Bir gün Hz. Ömer'in yanına kılıcı kana bulanmış biri koşarak gelip oturdu. Arkasından gelen topluluk: "Bu adam, kendi eşini ve arkadaşımızı öldürdü" dediler. Hz. Ömer durumu adama sordu. Adam: "Zina yapmakta olan karımın iki bacağına kılıçla kestim, bacaklar arasında birisi varsa onu da öldür-müşümdür" dedi. Bunun üzerine Hz. Ömer adamlara dönerek, "Bu adamın söylediği doğru mu?" diye sordu, onlar da bu hususu doğruladılar. Bunun üzerine Hz. Ömer, "Bunlar dönüp giderlerse sen de git. Öldürülmesi serbest olan adamı öldürmüşsün" dedi.<sup>40</sup> Avcı, Hz. Ömer'in ölümü hak eden kişileri öldürmüş olduğu gerekçesiyle katili cezalandırmadığı veya ta'zir ceza-sını gerektiren bu suç, adli af kapsamında değerlendirip hakkından vazgeçtiğinin söylenebile-ceği görüşündedir.<sup>41</sup>

Udeh, bazı İslâm hukukçularının akrabadan olan kadınlarla akraba olmayanları ayırt ettiklerini belirtmiştir. Bu görüşe göre, zina yapan kadın akraba değilse öldürme mubah sayı-lamaz, akraba ise mubahtır. Zira akraba olmayan birinin zinası; kişinin anne, kız kardeş gibi yakın akrabasından birisinin zinası kadar utandırıcı ve tahrik edici değildir.<sup>42</sup>

Kasten öldürme fiilini işleyen kişinin karısını ya da mahreminden bir kadını zina eder-ken gördüğünün ispatlanması gerekmektedir. Bunun için bir görüşe göre iki, diğer bir görüşe göre dört şahit bulunması gerekmektedir. Dört şahit arayan görüşe delil olarak, Sa'd b. Ubade'nin karısıyla birlikte bir erkeği yakaladığında dört şahit mi bulması gerektiği şeklindeki soruya Hz. Peygamber'in "evet" cevabı vermesi gösterilmiştir. İki şahit arayan görüşe göre, da-vanın konusu zina değil, kısastır. Şahitlik zinanın sübutu için değil, kısasın önlenmesi için

<sup>36</sup> Canan, *Hadis Ansiklopedisi Kütüb-i Sitte C:13*, s. 542.

<sup>37</sup> Üdeh, s. 545, 547.

<sup>38</sup> Üdeh, s. 554.

<sup>39</sup> Üdeh, s. 554.

<sup>40</sup> Üdeh, s. 554-555.

<sup>41</sup> Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, s. 73.

<sup>42</sup> Üdeh, s. 555.



yapılmaktadır. Kisasın tatbik edilmesi için iki şahit gerekiyorsa, kisasın tatbik edilmemesi için de iki şahit kâfidir.<sup>43</sup>

Meşru müdafaa hâlinde işlenen öldürme fiilini haklı öldürme kabul eden Zuhaylî'ye göre, zina hâlinde bulduğu karısını ve suç ortağı olan erkeği öldüren kocanın fiili, mazeret kapsamındadır. Zira fâilin şuur ve iradesi şahit olduğu olay karşısında ortadan kalkmıştır.<sup>44</sup>

Tanzimat döneminde kaleme alınan Ömer Hilmi Efendi'nin Mi'yâr-ı Adalet<sup>45</sup> isimli kitabında da konuyla ilgili bilgilere yer verilmiştir. Resmî niteliği bulunmamakla birlikte Şer'iyye Mahkemesi hâkimleri için yardımcı kaynak değeri taşıyan ve maddeler hâlinde tertip edilmiş olan bu eserdeki bir meselede, kâtilin mesuliyetten kurtulabilmesi için kasten öldürme fiilinin, zinayı görmekten kaynaklanan şiddetli öfke ve heyecanın tesiriyle işlenmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır:

173. Mesele: Bir kimse zevcesi ve kızı ve kız karındaşı gibi mehariminden birisini bittav' ve birrıza bir şahıs ile zina ederlerken görüp de gazabı feveran ederek derakap zâni ve meznîyeyi katl eylese kâtile nesne lâzım gelmez.<sup>46</sup>

Bir sonraki meselede ise fâilin mesuliyetten kurtulabilmesi için hangi delillerin gerekli olduğu belirtilmiştir:

174. Mesele: Bir kimse kendi menziline diğer kimesneyi katl ettikde o kimesneyi mehârimimden biriyle zina ederken görüp feveran-ı gazap halinde onu katl ettim... dese maktul hayatında o yolda sui ahval ile mevsuf olup da zâhir-i hâl hane sahibinin iddiasına müsait olduğu takdirce hane sahibi bila beyyine yeminiyle tasdik olunup ona taarruz memnudur.<sup>47</sup>

Ömer Nasuhi Bilmen'in Kamus'unda yer alan bilgiye göre zina eden iki şahsı gören birisinin bağırarak ya da darp ederek zinaya mani olması gerekmektedir. Zinaya bu şekilde mani olunamıyorsa, zina edenler öldürülebilir. Bundan dolayı hukukî mesuliyet doğmayacağı gibi kâtil ile maktuller arasında akrabalık varsa kâtil, mirasçı da olabilir. Öte yandan zevcesini ya da mahremine zina ederken gören kişi, zina edenleri bağırmadan ve darp etmeden de öldürülebilir.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> Hira, *İslam Hukukunda Meşru Müdafaa (Türk Ceza Kanunu ile Mukayeseli)*, s. 203-204.

<sup>44</sup> Vehbe Zuhaylî, *İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi C:10*, İstanbul: Risale, 1990, s. 331.

<sup>45</sup> Mi'yar-ı Adalet, Hanefî fıkıh kitapları ile Osmanlı dönemi fetvalarının özeti mahiyetinde bir eserdir. 247 meseleden müteşekkildir. Tanzimat döneminde Şer'iyye mahkemelerinin görev sahasına giren suç tiplerine (cinayetler) dair meseleleri ihtiva etmektedir. Resmi bir hukuk kaynağı olmamakla birlikte şer'iyye mahkemesi hâkimleri için faydalı bir el kitabı niteliği taşımaktadır. Mustafa Avcı, "Mi'yâr-ı Adâletin Ceza Hukuku Değeri", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S:21 (Bahar), 2016, s. 5-7.

<sup>46</sup> Ömer Hilmi, *Mi'yâr-ı Adalet*, İstanbul: Hacı Muharrem Efendi Matbaası, 1301, s. 57; Söz konusu katl fiilinin nehy-i ani'l-münker kabîlinden olduğunu belirten Mi'yâr-ı Adalet şârihi Manastırlı İsmail Hakkı, zina edenlerin öldürülmelerinin mubah sayılabilmesi için fiili zorlama ile değil, kendi rızaları ile işlemeleri gerektiğini, dolayısıyla mehariminden bir kadına cinsel saldırıda bulunulduğunu gören bir kişinin, saldırgan erkeği öldürmesi hâlinde mesul olmayacağını, ancak kadını katletmesi hâlinde cezalandırılacağını ifade etmiştir. Manastırlı İsmail Hakkı, *İslam Hukukunda Kişilere Karşı Suçlar (Mi'yâr-ı Adalet Şerhi)*, Hazırlayanlar: Mustafa Avcı ve M. Mansur Karadağ, 1. Baskı, Ankara: Adalet, 2021, s. 187-188.

<sup>47</sup> Ömer Hilmi, s. 57; "Mehâriminden birine zina iddiasıyla katl vukuunda zâni ve meznîyün bihâ bir yataka bulunmak gibi emârat hane sahibinin iddiasına müsait olursa hane sahibi bilâ beyyine yemin ile tasdik olunur." Manastırlı İsmail Hakkı, *İslam Hukukunda Kişilere Karşı Suçlar (Mi'yâr-ı Adalet Şerhi)*, s. 188.

<sup>48</sup> Bilmen, *Hukukî İslamiye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu C:III*, s. 324, No:901.

Bu başlık altında ele aldığımız veriler, şer'î kaynaklarda konumuza dair delil ve uygulamaların mevcut olduğunu göstermektedir. Diğer taraftan zina suçuna karşı meşru müdafaa konu olan zina fiilinin ispatı için şahit aranıp aranmayacağı ya da kaç şahit aranacağı gibi hususlarda farklı görüşlerin bulunduğu da tespit edilmiştir.

### III. KLASİK DÖNEM KAYNAKLARINDA ZİNA SUÇUNA KARŞI MEŞRU MÜDAFAA

Bu başlık altında öncelikle konuyla ilgili klasik dönem fetva mecmualarında ve kanunnamelerde yer alan kayıtlara yer verilecek, ardından klasik dönem mahkeme kararları tahlil edilecektir.

#### A. FETVA MECMUALARINDA

İnsanların sosyal hayatta karşılaştıkları hukukî sorunlarla alakalı sordukları sorulara verilen cevaplardan oluşan fetva mecmuaları, kadınların önemli bilgi kaynaklarıdır.<sup>49</sup> Soru-cevap şeklinde hazırlanan ve sorulara kati cevaplar veren bu mecmualar, en sık karşılaşılan meselelere yer vermesi, Hanefi mezhebi içinde hâkim görüşü bildirmesi sebebiyle kadınların sıklıkla müracaat ettikleri kaynaklardan olmuştur.<sup>50</sup>

Klasik dönem fetva mecmualarında konumuza dair çok sayıda fetva bulunduğu müşahede edilmiştir. Bu durum, zina suçuna karşı meşru müdafaa'nın Osmanlı toplumunda karşılaşılan bir hukukî mesele olduğunu ve bu meselenin hükmünün ne olduğu hususunda fetva istenildiğini göstermektedir. Karısını ya da mahremi bir kadını zina ederken görüp öldüren kişilerin sorumlu olmayacağına dair fetvalardan birkaçı şöyledir:

Zeyd, zevcesi Hind ile Amr'ı hîn-i zinâda katl eyledikten sonra, Hind ile Amr'ın veresi Zeyd'i kısas, yahud Zeyd'den diyet almağa kâdir olur mu? El-cevap: Olmaz, kat'an teftiş olunmaz memnû'dur.<sup>51</sup>

Zeyd, Amr'ı zevcesi Hind'e zina iderken gördük de Amr'ı balta ile urub katl eylese Zeyd'e nesne lâzım olur mu? El-cevap: Olmaz.<sup>52</sup>

Zeyd'in zevcesi Hind, nefsinı tayian Amr'a temkin edip Amr Hind'e zina ederken Zeyd gördük de Amr ve Hind'i katl eylese Zeyd'e nesne lâzım olur mu? El-cevap: Olmaz.<sup>53</sup>

Zeyd, zevcesi Hind'i Amr ile menziline bir döşekte tayiaten zina ederken gördük de Zeyd âlet-i harble Amr ve Hind'i vurup katl eylese Zeyd'e taarruz olunur mu? El-cevap: Olunmaz.<sup>54</sup>

Zeyd, zevcesi Hind ile ecanibten Amr'ı gece ile bir döşekte öpüşüp yatarlarken gördük de mezburan gadap ile ol hinde ikisini dahi bıçak ile urup katl eylese vaka böyle olacak Zeyd'e taarruz olunur mu? El-cevap: Olunmaz.<sup>55</sup>

<sup>49</sup> Seda Örsten, "Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Fetvâ Mecmuaları", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, S: 4 (Güz), 2007, s. 30.

<sup>50</sup> Mehmet Âkif Aydın, *Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet*, 3. Basım, İstanbul: Klasik, 2020, s. 55.

<sup>51</sup> M. Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussu'ûd Efendi'nin Fetvalarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı*, İstanbul: Şule Yayınları, 1998, s. 250.

<sup>52</sup> Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi C:II*, cem ve tertib: Salih b. Ahmed el-Kefevi, İstanbul: 1272, s. 660.

<sup>53</sup> Çatalcalı Ali Efendis. 660.

<sup>54</sup> Abdurrahîm Efendi, *Fetâvâ-yı Abdürrahîm C:I*, İstanbul: 1243, s. 331.

<sup>55</sup> Abdurrahîm Efendi, s. 331.

Aşağıda yer verdiğimiz fetvada, karısını yabancı bir erkekle bir yerde yalnızca sohbet ederken görüp karısını ve yanındaki adamı öldüren kişinin kısasla cezalandırılacağı belirtilmiştir:

Zeyd zevcesi Hind'i Amr-ı ecnebi ile yerde oturup musahabet ederlerken görüp lakin beynlerinde alamet-i zina yoğ iken Zeyd, Amr ve Hind'i âlet-i câriha ile amden cerh u katl eylese Zeyd'e ne lâzım olur? El-cevap: Kısas.<sup>56</sup>

Bu fetvada alâmet-i zina ifadesinin kullanılması, zina suçunun icra edildiği âna şahit olunmamakla birlikte, bu suçun işlendiğini ya da işleneceğini gösteren delillerin mevcudiyeti hâlinde dahi öldürme fiilini işleyen fâil için zina suçuna karşı meşru müdafaa hükümlerinin uygulanabileceğini düşündürmektedir.

Kızı ile zina eden adamı zina fiilini işlerlerken görüp öldüren kişiden diyet namına cebren para ve mal alınması hâlinde, diyet ödemek zorunda kalan kişinin ödediklerini geri alma hakkına sahip olduğuna dair fetva şöyledir:

Zeyd, Amr'ı kızı Hind ile zina ederken gördük de Zeyd, Amr'ı katl edip ba'dehu Amr'ın vereseşi ehl-i örf'e istinad ile Amr'ın diyeti namına cebren bi-gayr-i hak Zeyd'in üç yüz guruşu ile bazı emlakını alsalar Zeyd meblağ-ı merkum emlakını vereseden almağa kâdir olur mu? El-cevap: Olur.<sup>57</sup>

Fetâvâ-yı Abdurrahîm'de yer alan iki fetvada, zina eden karısını ya da suç ortağını öldüren kişinin beyan ve yemininin yeterli olacağı, ölenin vârislerinin fâilden delil talebinde bulunamayacakları belirtilmiştir:

Zeyd'in haremde zevcesi Hind'in odasında Bekir cerihan maktul bulunup Zeyd'in Bekir'i Hind ile muamele edip Hind'e zinaya mübaşeret eyledik de girip katl eyledim dese Zeyd'e taarruz olunur mu? El-cevap: Olmaz. Bu surette Bekir'in vereseşi Zeyd'den beyine talebine kâdir olurlar mı? El-cevap: Hükkam bu makule davayı istimadan memnuldur.<sup>58</sup>

Zeyd zevcesi Hind'i urup katl eyledik de ben Hind'i Amr ile zina ederken gördüm onun için katl eyledim deyu yemin eylese tasdik olunur mu? El-cevap: Olunur.<sup>59</sup>

Bu iki fetvadan hareketle öldürme fiilini işleyen herkesin yalnızca yeminiyle cezadan kurtulacağı manası çıkarılamaz. Mahreminden birisini bir başkasıyla zina ederken görüp zina edenleri fevran ve öfkeyle öldürdüğünü iddia eden kişinin cezadan kurtulabilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Öncelikle, zina ettiği iddia edilen şahıs kötü hâlleri ve fiilleriyle tanınan bir şahıs olmalı ayrıca zâhirî hâl, öldüren kişinin iddiasını destekler mahiyette

<sup>56</sup> Abdurrahîm Efendi, s. 331; Bu fetva ile neredeyse aynı metne sahip Çatalcalı Ali Efendi'ye ait fetva ise şöyledir: "Zeyd zevcesi Hind'i Amr-ı ecnebi ile bir yerde oturub musahabet ederken gördük de beynlerinde alamet-i zina yoğ iken Zeyd, Amr ve Hind'i âlet-i câriha ile amden cerh u katl eylese Zeyd'e ne lâzım olur? El-cevap: Kısas." Çatalcalı Ali Efendi, s.660.

<sup>57</sup> Çatalcalı Ali Efendi. 660; Aynı doğrultuda başka bir fetva şöyledir: "Zeyd, kız kardeşi Hind'i nâ-mâhrem olan Amr ile bir evde görüp, Hind'i katl edip, Amr'ı mecruh edip bir günden sonra Amr fevt olup, Zeyd "Hind ile Amr'ı ben katl ettim" deyu ikrar edip âhar yere gittikte, Zeyd'in ammileri Zeyd'e kefil değiller iken, Amr'ın kardeşi Bekr kabil getirip, mezbûrlardan hilâf-ı şer' zulmen cebr ile iki yüz altın alsın, sonra Zeyd geldikte giden akçalarını verdikleri kimseden bi-t-tamam şer'le almağa kâdir olur mu? El-cevap: Olurlar." Düздаğ, Şeyhülislâm Ebussu'üd Efendi'nin Fetvalarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı, s. 250.

<sup>58</sup> Abdurrahîm Efendi, s. 331.

<sup>59</sup> Abdurrahîm Efendi, s. 331.

bulunmalıdır. Bu durumda yemin eden fâil, başka delil aranmaksızın mesuliyetten kurtulur. Aksi takdirde fâilin mücerret beyanı ile cezadan kurtulması söz konusu değildir.<sup>60</sup>

Aşağıda yer verdiğimiz fetva bu istikamettedir:

Zeyd zevcesi Hind'i darb-ı şedid ile darb edip Hind'in gövdesi (...) olub birkaç gün sahibetülfıraş olub kalkmadan müteessireten fevt olmağla Hind'in veresi diyetini Zeyd'den talep ettiklerinde Zeyd ben Hind'i menzilmde kendüye nâmahrem olan Amr ile zina ettiğini gördüğümde Hind'i ol hâlde darb eyledim Hind ol darbtan fevt oldu dese Hind sâlihâtan olup ve Hind'in Amr ile töhmeti olmayıp Zeyd fesad ile mâruf olacak Zeyd yemini ile diyetten halas olur mu? El-cevap: Olmaz.<sup>61</sup>

Fetva, ölen kadının sâliha bir kadın olup olmadığı, kocasının kötü biri olarak bilinin bilinmediği, kadın ile yabancı erkek arasında herhangi bir münasebet bulunup bulunmadığı hususlarının vakanın ne şekilde meydana geldiğinin belirlenmesinde önem arz ettiğini ortaya koymaktadır.

Bu bölümde yer verdiğimiz fetvalar, şartları oluştuğunda zina suçuna karşı müdafaa fiillerinin meşru kabul edildiğini göstermektedir. Bunun yanı sıra olayın ortaya çıkarılmasında hangi ispat vasıtalarının kullanılabilceği, hangi durumlarda fâilin beyan ve yeminin yeterli görüleceği gibi sorular da fetvalarda cevaplanmıştır.

## B. KANUNNAMELERDE

Klasik dönem Osmanlı kanunnamelerinde de konumuzla ilgili düzenlemeler bulunduğu görülmüştür.

Kanuni Kanunnamesi'nin 13. maddesinde yer alan “*Ve bir kimesne kendi avretin bir kimesne ile zina ederken bir yerde bulsa, ikisin bile katl etse heman evi içine cemaat getirüb işhad etse, ol maktûllerin varislerinin davaları istima olunmaya*”<sup>62</sup> şeklindeki düzenleme, mahreminden birisini zina ederken görüp öldüren kişinin ceza ya da tazminat sorumluluğunun olmayacağını göstermektedir. Ancak fâilin bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi için öldürme fiili sonrasında cemaati evine getirip olaya şahit kılması gerekmektedir.<sup>63</sup>

Ala'üddevle Beğ Kanunnamesi'nin 13. maddesindeki düzenleme ise şöyledir; “*Eğer bir kimesne mahremini ecnebi ile mülâ'abe<sup>64</sup> ve mübâşeret<sup>65</sup> ederken görse ânları öldürse, kanlu değüldür. Örfen günahlu oldı deyü nesne alınmaya.*”<sup>66</sup>

<sup>60</sup> Ömer Hilmi, *Mi'yâr-ı Adalet*, s. 57; Manastırlı İsmail Hakkı, *İslam Hukukunda Kişilere Karşı Suçlar (Mi'yâr-ı Adalet Şerhi)*, s.188; Bilmen, *Hukuki İslamiye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu C: III*, s. 125, No:380.

<sup>61</sup> Abdurrahîm Efendi, s. 331.

<sup>62</sup> Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford: The Clarendon Press, 1973, s. 59.

<sup>63</sup> Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, s. 80; Mustafa Avcı, “Töre Cinayetleri Açısından Sosyal-Hukuki Düzenlemelerin Evrimi”, *EKEV Akademi Dergisi*, Erzurum, Y:9, S:22, 2005: s. 22.

<sup>64</sup> “*Mülâ'abe: Oynaşma.*” Şemseddin Sami, *Kamus-ı Türkî*, Dersaadet: İkdâm Matbaası, 1317, s. 1399.

<sup>65</sup> Mübâşeret cima etmek yani cinsel münasebette bulunmak manasındadır. Şemseddin Sami, *Kamus-ı Türkî*, s. 1268.

<sup>66</sup> Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri 7/II. Kitap, Kanunî Devri Kanunnâmeleri, 7/II. Kitap, III. Selim Devri Kanunnâmeleri*, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1994, s. 157; Coşkun Üçök, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:1-4, 1947, s. 69.

Bu düzenlemeye göre mahreminden birisini bir yabancı ile zina ederken görüp ikisini birden öldüren kişi, şer'an ve örfe suçlu kabul edilmemektedir. Bu kişinin diyet ve kısas sorumluluğu bulunmamaktadır. Keza bu kişiye ta'zir cezası da verilemez.<sup>67</sup>

Bozok Sancağı Kanunnamesi'nin 16. maddesindeki düzenlemede ise failin yine örfe suçlu olmayacağı ancak Ala'üddevle Beğ Kanunnamesi'ndeki maddeden farklı olarak şer'an kanlı olduğu belirtilmiştir:

“*Ve eğer bir kimesne mahremini nâmahrem ile mülâ'abe ve mübâşeret ederken görse ânları öldürse şer'an kanlı olur örfe suçlu olmaya. Ve bir kimesne dedüğü ile öldürse suçlu ve kanlı olur. Meğer şahid-i şer'i kâim ola.*”<sup>68</sup> Maddedeki hâl, cezasızlık sebebi olarak görüldüğü için diyet sorumluluğu devam etmektedir ancak fâile başka ceza verilmesi söz konusu olamaz.<sup>69</sup> Bu düzenlemede ayrıca failin zina fiilini görmeden, yalnızca başkasından duyarak öldürme fiilini işlemesi hâlinde, hem şer'an hem de örfe suçlu olacağı vurgulanmıştır.

### C. KLASİK DÖNEM MAHKEME KARARLARINDA ZINA SUÇUNA KARŞI MEŞRU MÜDAFAA UYGULAMASI

Osmanlı hukukuna ait bir hukukî müessesenin ortaya konulabilmesi için mahkeme kararlarının tahlil edilmesi önem arz etmektedir. Zira teorik bilgilerin uygulamaya yansıyor yansımadağı ancak bu yolla tespit edilebilir. Diğer taraftan mahkemelerin gördükleri davalarda, teoride yer almayan, özellik arz eden durumlarla karşılaştıkları ve bunlara pratik çözümler üretme yoluna gittikleri de bilinmektedir. Bunların da mahkeme kararlarını incelemekten başka bir yöntemle tespit edilebilmesi mümkün değildir. Zikredilen sebeplerle konumuzla ilgili Osmanlı ceza hukukundaki uygulamayı tespit etmek amacıyla mahkeme kararlarının incelenmesi yoluna gidilmiştir. Bu kapsamda klasik dönem için şer'iyeye mahkemeleri kararlarının yer aldığı şer'iyeye sicilleri ile Divân-ı Hümayun kararlarının bulunduğu mühimme defterlerindeki kayıtlar tespit ve tahlil edilmiştir.

75 Numaralı Mühimme Defteri'nde yer alan bir kayıta, karısı Emine'yi Todori isimli zimmî ile zina ederken gören Davud isimli yeniçeri, karısını ve Todori'yi öldürmüştür. Kararda olayın bu şekilde vuku bulduğunun sabit olması halinde şer'-i şerîf hilafına hareket edilmemesi, yeniçerinin seferde bulunduğu esnada ona tâbi olanlara kimsenin sataşmasına müsaade edilmemesi yönünde hüküm verilmiştir.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara: Adalet, 2018, s. 115.

<sup>68</sup> Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, 6. Kitap, Kanuni Devri Kanunnameleri, II. Kısım, Eyalet Kanunnameleri (II), İstanbul: Fey Vakfı, 1993, s. 227.

<sup>69</sup> Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*, s. 80.

<sup>70</sup> “Razgrad kâdsına hüküm ki:

*Kazâ-i mezbûre tâbi' Tavşanca nâm karyede sâkin olub dergâh-ı mu'allâm yeniçerilerinden olan Davud nâm yeniçerinin zevcesi olub Emine nâm hâtûnun Todori nâm zimmi ile hilâf-ı şer'-i şerîf alakası olub mezbûr yeniçeri ikisi fi'l-i şer'i ider iken tutub katl idüb husûs-u mezbûr veç-i meşrûh üzere olduğu sâbit olmağla mezbûr yeniçeri seferde iken tevâbii'ine hilâf-ı şer'-i şerîf dahl olunmak bâbında ifühârü'l ümerâil ve'l ekâbir yeniçeri ağâsı olan Hüseyin dâme ulüvvühû tarafından mektûb verilmeğün buyurdum ki: Vusûl bulduk da göresin husûs-i mezbûr arz olunduğu üzere ise müşârün-ileyh tarafından verilen mektûb mücibince amel idüb hilâf-ı şer'-i şerîf mezbûr yeniçeri seferde iken tevâbii'ine ol bahâne ile kimesneyi dahl itdirmeyüb rencide itdirmeyesin.” Adem Keleş, “75 Numaralı Mühimme Defteri'nin Transkripyonu ve Değerlendirilmesi (s.172-331)”, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 134.*

8 Numaralı Mühimme Defteri'nde yer alan 15.06.1570 (H. 11.01.978) tarihli hüküm de karısını zina ederken görüp öldüren kişiye ceza verilmemesi yönündedir: “*Durmuş nâm kimesne batunu Nisâ ile Sefer nâm kimesneyi bir döşekte (fi'l-i) şen'ide bulup katl eylemeğin kimesne dabl eylememek için şartla hükm-i şerif buyruldu.*”<sup>71</sup>

166 Numaralı Ayntap Şer'iyye Sicili'nde yer alan kayda göre Ma'tuk bin Ali isimli şahıs ifadesinde, karısı Tebrike bint Ali'yi kendi evinde Şaban bin Mihni isimli şahısla bir döşekte zina ederken gördüğünü, karısını küçük bir bıçak ile karnından vurup öldürdüğünü, Şaban isimli şahsın kaçtığını, olayda başkasının dahlinin bulunmadığını beyan etmiş; bu beyan üzerine köy ahâlisinin beraatine hükmedilip durum deftere kaydedilmiştir.<sup>72</sup> Defterde yer alan olayla ilgili diğer bir kayıta, Ma'tuk'un yine benzer beyanlarda bulunduğu görülmüştür. İddialar kendisine sorulan Şaban'ın inkâr etmesi üzerine durum, köy ahâlisi nezdinde teftiş edilmiş; ahâli, Şaban ve Tebrike ile alakalı olarak “*hüsn-i muameleleri var*” diye duyduklarını belirtmişlerdir. Ma'tuk hakkında verilen karar, sicilde belirtilmemiştir.<sup>73</sup> Yer verdiğimiz bu kayıt, fâillerin zina fiiline karşı meşru müdafada bulduklarına dair mücerret beyanları ile yetinilmediğini, ahâli nezdinde durumun araştırıldığını göstermesi bakımından dikkate değerdir.

Eyüp Mahkemesi'ne ait 20.02.1638 (H. 05.10.1047) tarihli kayda konu olayda, Abdullah oğlu Hasan, kayıt tarihinden bir gün önce Abdullah oğlu Rıdvan isimli şahsı soya adı verilen bıçakla sol kolundan yaralamıştır. Hasan'ın ifadesinde, Rıdvan'ı nâmahrem bir kadın ile cinsel yakınlık kurarken görüp soya ile vurduğunu beyan etmesi üzerine Hasan'ın bu ikrarı kayıt altına alınmıştır. Mahkeme kaydında verilen karar belirtilmemiştir.<sup>74</sup> Kadının Hasan'ın

<sup>71</sup> BOA, MD, 8, s.4, hüküm no:54'den akt. Mehmet Akman, *Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması*, 1. Baskı, İstanbul: Eren, 2004, s. 127.

<sup>72</sup> “*Karye-i Hıyan'dan Ma'tuk bin Ali meclis-i şer'i hazır olup karye-i mezkûr ahâlisinden Kasım bin Ahmed ve Ali Aziz ve Mahmud bin Hamza ve Masur bin Süleyman ve gayrıları muvacehelerinde mezbûr Ma'tuka bi'ttavi' ve l-rıza ikrâr ve i'tirâf idub deyucek işbu sene seb'i ve seb'in ve sema'in mah-ı Zilhiccenin yirmi ikinci günü işbu zevcem Tebrike bint Ali Şaban bin Mihni nâm ecnebi kimesine ile kendi mülkü evim içinde kable tulu-ı şems ikisi bir ortada bir döşekte yatar iken görüb ben ihtiyar üzerlerine hücum ettiğimde mezbûr Şaban kaçub merkume sağır bir bıçak ile karnında vurub cerh ve katl eyledim mezbûre Tebrike'nin cinayeti husûsuna her ne lâzım olur ise benden taleb olunsun husûs-ı mezbûre benden gayrı kimesnenin medhalî yokdur deyuncek bilmuvacehe mezbûrun kimesneler mukurr-ı mezbûrun ikrarı meşruhdan bi'l-kelime tasdik ve kabul idub cinayetinden karye-i mezkûr ahâlisinin berâtlarına hükm olunub bi't-taleb sicil olundu.*” İbrahim Arslan, “166 Numaralı (H.980/M.1572-1573) Ayntap Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi”, Yüksek Lisans Tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 96.

<sup>73</sup> “*Karye-i Salyadan Ma'tuk bin Ali haliya Ayntap sancağı Begi Mefâhiru'l-Emiru'l-Kıram Abdî Beg dame izzuhu hazretlerinin kethüdalrı olan Seyid kethüdazade mukareneti ile meclis-i şer'e karye-i mezkûrede sakın olan Şaban bin Mihni nâm kimesne ihzâr idub takrir-i kelâm idub işbu mâh-î Zilhicce'nin yirmi ikinci gecesi isneyn gecesi akşamdan sonra ben bostan sürmeğe gitmiş idim sabaha karib evime gelub kapımı açık bulub merkum Şaban ile zevcem Tebrike mâbeyninde bir hüsn-i muamelelerini etraftan istima' eder idim gönlüme bir yer geldi ben dahi evin içine girib ikisini bir örtü ve bir döşek içinde halvet-ı sahihe görüb üzerlerine vardığımda merkum Şaban pencereden çıkıp bahçeye girub mezbûre Tebrike bir ufak bıçak ile karnından vurub mecrûhen katl eyledim deyucek merkum Şaban'dan suâl olundukda inkâr ile cevab verub karye-i mezkûre ahâlisinden keyfiyeti tefhis olundukda Ali bin Hacı Abdulaziz Kasım Kethüda bin Ahmed ve Mansur bin Hacı Selim ve Hacı Musa bin Hacı Ahmed ve Hacı Ali bin Hacı Yusuf nâm kimesneler hazırın olub haber verub bundan akdem mezbûr Şaban ile merkum Tebrike mâbeynlerinde bir hüsn-i mu'ameleleri var deyu istima' ettik dediklerinde mâ vaka' bi't-taleb sicil olundu*” Arslan, “166 Numaralı (H.980/M.1572-1573) Ayntap Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi”, s. 99.

<sup>74</sup> “*Havâss-ı Aliyye kazâsı müzâfâtundan Yeniköy demekle ma'rûfe olan karye sâkinlerinden işbu bâ'isü'l-kitâb Rıdvan b. Abdullah nâm kimesne mahfil-i kazâda Havâss-ı mezbûreye tâbi' Cendereci nâm karyeden Hasan b.*

mahremi olduğuna dair bir bilgi bulunmaması karşısında, Hasan hakkında zina suçuna karşı meşru müdafaa hükümlerinin uygulanamayacağını söyleyebiliriz. Diğer taraftan Hasan'ın fiilinin mahkeme tarafından orantılı olduğunun değerlendirilmiş olması hâlinde, işlenmekte olan kötülüğü önleme maksadıyla hareket ettiği gerekçesiyle cezalandırılmamış olması da mümkündür.

Gaziantep Şer'iyye Mahkemesi'ne ait 25.10.1683 (H.4.11.1094) tarihli kayıt, zina suçuna karşı meşru müdafaa'nın şartlarının oluşmadığı bir olaya ilişkindir. Mehmed oğlu Hıdır isimli kişi, kızı Âişe'nin kötü hâllerini çevreden işitmesi üzerine sabah vakti kalbine ve sol koltuk altına hançerle beş kez vurarak kızını öldürmüştür. Hıdır'ın itirafı sonrasında yapılan keşif ile maktulün durumunun Hıdır'ın anlatımına uygun olduğu tespit edilmiştir.<sup>75</sup> Bu kayıta da verilen karardan bahsedilmemekle birlikte, kızını zina ederken görmeyip çevreden duyduklarından etkilenerek öldüren Hıdır'ın, zina suçuna karşı meşru müdafaa hükümlerinden faydalanamayacağı açıktır.

Subaşının genel meşru müdafaa kapsamındaki görevi ile alakalı olan Hasköy Mahkemesi'ne ait kayda göre, Hasköy Subaşı, Mustafa Bey isimli sipahioğlanları zümresinden bir kişinin, nâmahremi olan Fatı isimli kadınla zina yapmak amacıyla bir araya geldiğini görmesi üzerine her iki şahsı yakalamıştır. Mustafa Bey, zina etme amacı olmadığını beyan etmesine karşın Fatı iddiayı doğrulamış, zina etmek için olay yerine geldiklerinde subaşının kendilerini yakaladığını beyan etmiştir.<sup>76</sup> Kayda göre Hasköy subaşı, genel ahlaka karşı işlenen bir suçun önleme görevi kapsamında hareket etmiştir.

*Abdullah nâm kimesne mahzarında üzerine takrîr-i da'vâ edip mezbûr Hasan târîh-i kitâbdan bir gün mukaddem beyne's-salâteyn karye-i mezbûre Cendereci'de kendi hâlimde dururken sol kolumun küreği üzerinde soya demekle ma'rûf bıçak ile urup beni mecrûh eyledi suâl olunup mücebi icrâ olunmak matlûbumdur dedikde gibbe'ssuâl mezbûr Hasan cevâbında, müdde'î-i mezbûr Rıdvan bir nâ-mahrem avrat ile mu'âmele eder iken görüp zikir olunan soya ile vurdum deyicek merkûm Hasan'ın minvâl-i meşrûh üzre meclis-i şer'de tav'an ikrârı hıfzan lî'l-makâl gibbe't-taleb ketb olundu." Salih Kahrıman, Sabri Atay ve Fuat Recep, İstanbul Kadı Sicilleri Eyüp Mahkemesi (Havâss-ı Refia), 37 Numaralı Sicil (H. 1047/M. 1637-1638), İstanbul: İSAM Yayınları, 2011, s. 276.*

<sup>75</sup> "...Hıdır meclis-i şer'de takrîr-i kelâm idüp işbu meclisde mevcûd ve müşahede olunan sulbiyye kızım Âişe nâm bikrin bazı kimesneden sût-i halini istimâ' idüp bana âr lâhuk olmağla târîh-i kitâbdan bir gün mukaddem sabah vakti mezbûre Âişeyi hancer ile yüregi başından ve sol koltuğu altından beş mevzi'dan urup mecrûh ve katl eyledim nazar olunup keşf ve tahrîr olunması matlûbumdur didikde mezbûre Âişenin a'zâsına ilka-i nazar itdiklerinde fi'l hakîka maktûle-i mezbûre Âişenin yüregi başında ve sol koltuğu altında beş mevzi'dan hancer cerhi muayene ve müşahede itdiklerinden husûs-ı mezbûru Mevlanayı merkûm mahallinde tahrîr ve ba'dehû ma'an irsâl olunan Çukadar Mehmed Beşe ile gelüp meclis-i şer'de alâ vukû'ihî inha ve takrîr etmegin mâ vaka'a bi-t taleb ketb olundu..." Perihan Aksoy, "35 Numaralı Ayntap Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi (H. 1094-1095/M. 1682-1683) (S.1-145)", Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 431-432.

<sup>76</sup> "Kazâ-i Havâss-ı Kostantuniyye tevâbi'inden Hasköy subaşı olan Mustafa Bey nâm kimesne işbu sipahioğlanları zümresinden olan fahrü'l-akrân Mustafa Bey b. Abdülkerim nâm kimesne ile Fatı bt. Muslı nâm nâ-mahremi mahfil-i kazâyâ ihzâr ve mahzarında takrîr-i da'vâ ve tasvîr-i merâm kulüp Okmeydanı nâm mevzi'de vâki' karlık kurbünde mezbûr Mustafa Bey merkûme Fatı'ya zinâ kasdı üzere iken ahz ettik, cânib-i şer'-i kavîmden suâl olunmak taleb ederim dedikde gibbe's-suâl mezbûr Mustafa inkâr ile cevâb verip mezbûre Fatı mevzi'-i mezbûrda benimle bile varmayıp anda rast geldim mezbûreye ulaşırken mârrû'z-zikir subaşı ahz edip ihzâr-ı şer' etti dedikden sonra mezbûre Fatı'dan suâl olundukda fi'l-vâki' mezbûr Mustafa Bey mevzi'-i mezbûrda karlık kurbünde zinâ kasdıyla beni getirip mübâşeret kasdında iken mezbûr subaşı ahz edip getirdi deyü i tirâfla cevâb verdiği bi't-taleb kayd-ı sicil olundu." Mustafa Kırış ve Salih Kahrıman, İstanbul Kadı Sicilleri Hasköy Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1023-1081/M. 1615-1670), İstanbul: İSAM Yayınları, 2019, s. 185-186.

## IV. TANZİMAT DÖNEMİNDE ZİNA SUÇUNA KARŞI MEŞRU MÜDAFAA

Tanzimat dönemi, tarihin diğer alanları için olduğu gibi hukuk tarihi açısından da bir dönüm noktası olmuştur.<sup>77</sup> On dokuzuncu asrın ortalarına kadar gerek adli merciiler, gerekse tatbik edilen hukuk normları açısından esaslı bir değişiklik geçirmeyen Osmanlı hukuku, Tanzimat ile birlikte derinden etkilenmiştir.<sup>78</sup> Tanzimat dönemi hukuk ıslahatı, kanunlaştırma ve yeni mahkemelerin kurulması şeklinde olmak üzere iki sahada gerçekleşmiştir.<sup>79</sup>

### A. TANZİMAT DÖNEMİ MEVZUATINDA

Tanzimat dönemi kanunlaştırmasına konu alanlar arasında ceza hukukunun ayrı bir yer teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Tanzimat'tan sonra yürürlüğe konulan ilk kanunun 1840 Ceza Kanunnamesi olması bu alana verilen ehemmiyeti göstermektedir.<sup>80</sup> Bu ilk ceza kanununun 1851 tarihli Kanun-ı Cedîd<sup>81</sup> takip etmiştir. Ardından yürürlüğe konulan 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu<sup>82</sup>, Tanzimat döneminin en uzun süre yürürlükte kalan kanunnamesidir.

#### 1. 1840 ve 1851 Ceza Kanunnameleri Dönemi

1840 ve 1851 Ceza Kanunnamelerinin yerli kanunlar olduğu ifade edilmiştir.<sup>83</sup> Suç ve cezaya dair umumi hükümler ihtiva etmeyen bu iki kanunname<sup>84</sup> konumuza dair düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan kanunnamelerin yürürlükte olduğu dönemlerde, zina fiiline karşı meşru müdafaa ile ilgili mahkeme kararlarının mevcut olduğu tespit edilmiştir. İlgili başlık altında döneme ait mahkeme kararlarına yer verilecektir.

#### 2. 1858 Ceza Kanunnamesi Dönemi

1858 Ceza Kanunnamesi'nde konumuzla ilgili düzenleme içeren 188. madde şöyledir: *“Bir kimse zevcesini yahud diğer mehariminden birini bir şahıs ile fiil-i şen’i icra ider iken görüb de ikisini birden katl eylese kezalik mazurdur.”*<sup>85</sup>

Maddede belirtilen hâl, mazeret sebebi kabul edilmiştir. Mazur kabul edilenlerin hukukî durumları kanunnamenin 190. maddesinde düzenlenmiştir: *“Mazuriyeti mütehakkık olan kâtil ve cârih ve dârib üç aydan üç seneye kadar habs olunur ve bu makuleler icabına göre beş sene-den on seneye kadar Zabtiye Nezareti altına dahi alınır.”*<sup>86</sup>

<sup>77</sup> Mustafa Şentop, “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C:3, S:5, 2005, s. 649; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 415.

<sup>78</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 415.

<sup>79</sup> Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası*, 2. Baskı, İstanbul: Arı Sanat, 2017, s. 21.

<sup>80</sup> 1840 Ceza Kanunnamesi için bkz. Ahmed Lütfi, *Mir’at-ı Adalet yahud Tarihçe-i Adliye-i Devlet-i Aliyye*, İstanbul: Kitapçı Ohannes, 1304, s. 127-150.

<sup>81</sup> 1851 Tarihli Kanun-ı Cedid için bkz. Ahmed Lütfi, *Mir’at-ı Adalet yahud Tarihçe-i Adliye-i Devlet-i Aliyye*, s.150-176.

<sup>82</sup> Düstur, I. Tertip, I. Cilt, s. 537-596.

<sup>83</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat I*, İstanbul: 1940, s. 176

<sup>84</sup> Mehmet Âkif Aydın, “Ceza”, *DİA*, C:7, İstanbul: 1993, s. 482.

<sup>85</sup> Düstur, I. Tertip, I. Cilt, s. 577.

<sup>86</sup> Düstur, I. Tertip, I. Cilt, s.577.



Maddelerden anlaşılacağı üzere 1858 Ceza Kanunnamesi, zina fiiline karşı meşru müdafaayı ceza mesuliyetini azaltan mazeret sebebi olarak öngörmüştür.<sup>87</sup> Mazeret sebepleri, suçluluk hali ile hukukî mesuliyeti ortadan kaldırmadığı halde, sadece kanunun açıkça hüküm koyduğu hallerde cezaî mesuliyeti kısmen ya da tamamen ortadan kaldıran sebepler olarak tarif edilmiştir.<sup>88</sup>

1858 Ceza Kanunnamesi, Tanzimat döneminde yürürlüğe konulmuş en kapsamlı ceza kanunnamesidir. Bu kanunnamenin kaynağı ve İslam hukukuna uygun olup olmadığı ile ilgili olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısım yazarlar kanunnamenin 1810 Fransız Ceza Kanunu'nun neredeyse aynen tercümesi olduğunu iddia etmişlerdir.<sup>89</sup> Diğer görüşe göre ise kanunnamenin hazırlanmasında bu kanundan istifade edilmekle birlikte, yerli hükümler de göz önünde bulundurulmuştur.<sup>90</sup> Şentop, kanunnamenin ilk hâlinde Fransız kanunundan büyük ölçüde etkilenildiğini, XX. asır başlarından itibaren ise Alman ve İtalyan kanunlarının tesiriyle düzenlemeler yapıldığını belirtmektedir.<sup>91</sup>

Kanunnamenin 188. maddesinde yer alan düzenlemenin kaynağı ile ilgili değerlendirme yapabilmek için kanunnamenin önemli kaynaklarından biri olan Fransız Ceza Kanunu'ndaki konuyla ilgili maddeyi incelemek gerekmektedir. Fransız Ceza Kanunu'nun 324. maddesindeki düzenleme şöyledir:

Karının ya da kocanın hayatının tehlikeye atılmış olmaması durumunda kocanın karısını ya da karının kocasını kasten öldürmesi, affedilmez. Ancak 336. maddede belirlenen zina durumunda, karının ve

<sup>87</sup> Akgündüz, 188. maddede yer alan düzenleme ile 189. maddede yer alan kasten öldürme ve kasten yaralama fiillerinin bilmukabele işlenmesine dair düzenlemenin hukuka uygunluk sebebi olduğunu ileri sürmüştür. Kanunnamenin ilk hâlinde 188. madde gereğince mazur sayılan kişilerin 190. madde gereğince indirimli ceza alacaklarının düzenlenmiş olması göz önüne alındığında bu tespitin hatalı olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan 188. maddeye konu düzenleme 1911 yılında yapılan değişikliklerle birlikte hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. 189. maddede yer alan düzenleme ise hiçbir zaman hukuka uygunluk sebebi kabul edilmemiştir. Said Nuri Akgündüz, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması*, İstanbul: Rağbet, 2017, s. 124.

<sup>88</sup> Mehmed Aziz, *Mufassal Nazariyat-ı Ceza*, 2. Baskı, Konstantiniye: Artin Asadoryan ve Mahdumları Matbaası, 1328, s. 230, 232; Nazaret Haçeryan, *Mebâdi-i Hukuk-ı Ceza*, İstanbul: A. Asadoryan Şirket-i Mürettebiye Matbaası, 1306, s. 137.

<sup>89</sup> Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, 2. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2010, s. 100; Yusuf Ziya, "Kanun-ı Ceza Layihasının Hutut-ı Asliyesi", *Ceride-i Adliye*, C:1, S:4, 1325, s. 137; Yako Sami, "Düello", *İlm-i Hukuk ve Mukayese-yi Kavanin Mecmuası*, C:2, S:20, 1327, s. 584. Yusuf Ziya ve Yako Sami, kanunnamenin hatalı bir tercüme olduğu görüşündedirler.

<sup>90</sup> Aydın, "Ceza", s. 482; Velidedeoğlu, *"Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat"*, s. 175;

Ahmet Akgündüz, "1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men'i İrtikâb Kanunnamesi", *Bellekten*, C:LI, S:199, 1987, s. 164. Akgündüz, kanunnamenin hazırlanmasında 1810 Fransız Ceza Kanunu'ndan istifade edildiğini ancak bu istifadenin hatalı bir tercüme yoluyla değil, sistem, tertip ve tahkik yoluyla iktibas şeklinde meydana geldiğini belirtmiştir. Mehmet Gayretli, "1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metninin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler", *E-akademi*, t.y. s. 8. <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-2.pdf>, (Erişim: 23 Ekim 2021). Gayretli, 1858 Ceza Kanunnamesi metninin hazırlanma sürecinde kaleme alındığı tespit edilen kanun taslağı ve müsveddesi ile ilgili yaptığı değerlendirmede, müsveddenin sistem, bölüm başlıkları ve maddelerin tanzimi ve muhtevası bakımından asıl kanun metninden ciddi farklılıklar barındırdığını belirtmektedir. Gayretli'ye göre bu durum, kanunun Fransız ya da diğer batılı kanunlardan istifade edilerek hazırlandığını göstermekle birlikte aynen iktibas ya da tercüme olmadığını, kanunun hazırlanması sürecinde başka kaynaklar yanında İslam hukuku düzenlemelerinin de nazara alındığını ortaya koymaktadır.

<sup>91</sup> Şentop, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", s. 659.

karının zina ettiği kişinin koca tarafından, karının ve kocanın ikamet ettiği evde, zina sırasında yakalanması hâlinde affedilebilir.<sup>92</sup>

Bu maddede eşlerin birbirlerine yönelik olarak işledikleri öldürme fiillerinin mazur kabul edilemeyeceği ancak erkeğin karısını kendi evinde zina yaparken yakaladığı esnada öldürmesi hâlinde, kocanın mazur olacağı belirtilmiştir. Ceza Kanunnamesinin 188. maddesi de anılan durumda fâilin mazur sayılacağını düzenlemiştir. Karısını zina esnasında görüp öldüren koca lehine düzenlemeler içermesi cihetiyle her iki maddenin benzer olduğunu söylemek mümkündür.<sup>93</sup> Öte yandan her iki madde arasında önemli farklar bulunduğunu da belirtmek gerekmektedir. Fransız Ceza Kanunu'nun 324. maddesi yalnızca erkeğin karısını öldürmesi hâlini düzenlenmiştir. Kanunnamenin 188. maddesi ise zevce yönünden düzenleme içermekle kalmamış, erkeğin zina hâlinde gördüğü mahreminden birisini öldürmesi hâlini de teşmil etmiştir. Ayrıca yine Fransız Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, zevcesiyle ya da mahreminden bir kadınla zina eden erkeğin öldürülmesi de madde kapsamına alınmıştır. Bir diğer fark da 188. maddenin zina fiilinin işlendiği yer yönünden bir sınırlamaya gitmemiş olmasıdır. Bu bilgilerden hareketle, kanunnamenin 188. maddesinin kapsam ve içeriği itibarıyla Fransız Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeden ayrıldığı, Osmanlı hukukunun klasik dönem kaynaklarına uygun bir düzenleme getirdiği söylenebilir.

Ne var ki aynı şeyi fâillere ceza öngörülmesi hususu ile ilgili olarak söylemek mümkün değildir. Zira klasik dönem kaynaklarında, karısını ya da mahreminden bir kadını zina ederken görüp öldüren kişilerin mazur kabul edileceğine, bu kişiler hakkında indirimli ceza uygulanacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bilakis kayıtlar, bu kişilerin fiillerinin hukuka uygun kabul edildiğini göstermektedir. Bu durumda kanunnamenin 188. maddesi gereğince fâillerin mazur kabul edilmesinde Fransız Ceza Kanunu tesiri bulunup bulunmadığını tahkik etmek gerekmektedir. Fransız Ceza Kanunu'nun 326. maddesi, mazur kabul edilenlere verilecek cezaları düzenlemektedir.<sup>94</sup> Maddeye göre mazur görülen fiil, esasen ölüm, ömür boyu kürek veya sürgün cezalarından birini gerektiren bir suç ise failin cezası bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına indirilir. Bu cezaların altında bir cezayı gerektiren bir suç ise fail altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumlarda fâil ayrıca beş yıldan on yıla kadar polis

<sup>92</sup> “Le meurtre commis par l'époux sur l'épouse, ou par celle-ci sur son époux, n'est pas excusable, si la vie de l'époux ou de l'épouse qui a commis le meurtre n'a pas été mise en péril dans le moment même où le meurtre a eu lieu. Néanmoins, dans le cas d'adultère, prévu par l'article 336, le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable” Senem Öner, “Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi”, Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 75-76. Doktora tezinde 1858 Ceza Kanunnamesi'nin Fransız Ceza Kanunu'ndan çevrilmesini çeviribilim açısından inceleyen Öner, 188. maddenin de yer aldığı şahıslara karşı suçlar bölümünün Fransız Ceza Kanunu ile Ceza Kanunname-i Hümayunu arasındaki ilişkinin en zayıf hâle geldiği bölüm olduğunu belirtmiştir. s. 67.

<sup>93</sup> Öner, “Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi”, s. 76.

<sup>94</sup> “Lorsque le fait d'excuse sera prouvé, S'il s'agit de tout crime emportant la peine de mort, ou celle des travaux forcés à perpétuité, ou celle de la déportation, la peine sera réduite à un emprisonnement d'un an à cinq ans.

S'il s'agit de tout autre crime, elle sera réduite à un emprisonnement de six mois à deux. Dans ces deux premiers cas les coupables pourront de plus être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant cinq ans au moins et dix ans au plus.” Öner, “Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi”, EK-1, s. 49-50.

gözetimi altında tutulabilir. Ceza Kanunnamesinin mazur kabul edilenlerin alacakları cezayı öngören 190. maddesi de benzer şekilde düzenlenmiştir. Maddede mazur olan kâtil, cârih ve dâriblerin üç aydan üç seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılacakları ve gerektiği takdirde beş seneden on seneye kadar Zabtiye Nezareti altına alınacakları düzenlenmiştir. Bu bilgiler ışığında, 1858 Ceza Kanunnamesi'nin 188. maddesinde karısını ya da mahreminden bir kadını zina ederken görüp öldüren kişilerin mazur kabul edilerek, bu kişiler hakkında 190. madde gereğince indirimli ceza öngörülmesinde doğrudan Fransız Ceza Kanunu tesiriyle hareket edildiğini söylemek mümkündür.

Kanunname hükmü gereğince fâillerin mazur kabul edilmesi, Temyiz Ceza kâtiplerinden İbn Hazım Ferid tarafından tenkit edilmiştir. Siyaset-i Şer'iyye isimli makalelerinden birisinde konuyu ele alan yazara göre, karısını ya da mahreminden bir kadını zina ederken gören namuslu bir adamın öfkesine hâkim olup hükümete müracaat etmesi, çok az kişinin yapabileceği bir iştir. İslam şeriatı hikmete ve yaradılışa uygun olan bu ciheti dikkate alarak fâili cezalandırmama yolunu tercih etmiştir.<sup>95</sup> Yazar tenkitlerini şu cümlelerle tamamlamıştır:

Şeriat-ı mutahhara muhafaza-i ensab için namus meselesine o kadar ehemmiyet vermiş ve o derece hakîmâne düşünmüştür ki tafsilatı kütüb-i fihriyyelerde mesturdur. Bir milletin ahlakı namusunun derece-i ismetiyle tezahür eder. Namusa nazar edilmeyince şiraze-i ahlak-ı beşeriye çığından çıkar. Ahlsız bir millette ise terakki tasavvur edilemez. Binâberin siyaset-i şer'iyyede bu kabil mazuriyet cezalarına tesadüf edemiyorum.<sup>96</sup>

Maddede yer alan “ikisini birden katl eylese” ibaresi hukukçular arasında görüş ayrılıklarına sebep olmuştur.<sup>97</sup> Bir görüşe göre, bu ibareden zina edenlerden birisini öldüren fâilin mazur kabul edilmeyeceği anlamı çıkarılamaz. Maddede, fâilin her iki kişiyi öldürse dahi mazur olacağı vurgulanmıştır.<sup>98</sup> Diğer görüşe göre ise fâil, zina edenlerden yalnızca birisini öldürür, diğerine bir şey yapmazsa mazur olamaz, maddedeki ibare bu manaya delalet etmektedir. Bu görüşte olan yazarlar, zina edenlerden birini öldüren kişinin mazur kabul edilmesi hâlinde bazı mahzurlar ortaya çıkmasının muhtemel olduğunu iddia etmişler ve buna çeşitli misaller vermişlerdir. Yazarlara göre bir adam, bir erkeği ya da mahreminden bir kadını öldürdükten sonra, cezadan kurtulmak amacıyla erkek ya da kadını zina işlerken görüp öldürdüğünü iddia edebilir. Öldürdüğü kişi kadın ise bir erkek bulup olayın zina esnasında vuku bulduğuna dair beyanda bulunmasını sağlayabilir. Zira bu ikrardan dolayı erkeğe ceza uygulanması söz konusu olmaz. Öldürülen erkekse fâil, karısını ya da mahreminden bir kadını olayın zina esnasında vuku bulduğuna dair ikrarda bulunmaya zorlayabilir. Bu ihtimaller ortada iken yalnızca bir kişinin

<sup>95</sup> İbn Hazım Ferid, “Siyaset-i Şer'iyye 18”, *Beyan'ül-Hak*, C:1, S:26, 1327, s. 602-603.

<sup>96</sup> İbn Hazım Ferid, “Siyaset-i Şer'iyye 18”, s. 604. Avcı, İslam hukuk doktrini ve pratiğinin, erkeğin kadın üzerindeki üstünlüğü prensibine dayanan eski uygulamaları biraz iyileştirip benimseyerek devam ettirdiğini ifade etmiştir. Yazara göre, günümüzdeki namus cinayetlerine ilişkin uygulama ve algılamalar, bir kısım İslâm hukukçularının yorumu da dâhil olmak üzere, binlerce yıllık tortulaşmış birikimin tezahüründen başka bir şey değildir. Namusunu temizlemek amacıyla adam öldürme geleneği İslam hukukuna değil, eski hukuk sistemlerinin kalıntısı olan kültüre dayanmaktadır. Avcı, “Töre Cinayetleri Açısından Sosyal-Hukuki Düzenlemelerin Evrimi”, s. 26.

<sup>97</sup> İbarenin hukukçu yazarlar dışında hâkimler tarafından da farklı şekillerde yorumlandığı kanunnamenin bazı maddelerini değiştiren ve 1911 yılında yürürlüğe giren kanuna ait esbab-ı mucibe layihasında belirtilmiştir. Nitekim anılan değişiklikte birlikte 188. madde yeniden düzenlenmiştir. Tevfik Tarık, *Yeni Kanun-ı Ceza*, Dersaadet: Şems Matbaası, 1327-1330, s. 36.

<sup>98</sup> Simon Tıngır, *Şerh-i Kanun-ı Ceza*, Dersaadet: Mahmut Bey Matbaası, 1300, s. 56.

öldürülmesi hâlinde, olayın zina fiili üzerine sâdır olup olmadığı noktasında her zaman şüphe hâsil olur. Zina edenlerin ikisinin birden öldürülmesi hâlinde ise şüphe ortadan kalkar. Fâil zina edenlerin ikisini birden öldürmek isterken, içlerinden birisi bir şekilde öldürülmekten kurtulmuşsa fâil yine mazur sayılabilir ancak bunun için olayın bu şekilde meydana geldiğini gösterecek delillerin mevcut olması gerekmektedir.<sup>99</sup>

Düzenlemeye dair tenkitler, bahsi geçenlerden ibaret değildir. Maddede yaralama ya da benzeri diğer fiillerden söz edilmeyip yalnızca katl fiiline yer verilmesi de bir eksiklik olarak görülmüştür.<sup>100</sup> Bu eksiklik, fâilin zina edenleri öldürmeyip yaralaması hâlinde hakkında nasıl bir uygulama yapılacağı sorusunu akla getirmektedir. Bu fâil için çeşitli ihtimaller gündeme gelebilir. Çoğun içinde az da vardır kaidesinden hareketle, yaralama fiilini işleyen kişi de mazur kabul edilebilir. Şekli bir yorum yapılarak maddede yaralama fiilinden söz edilmediği için, fâil mazur kabul edilmeyip yaralama fiili gereğince cezalandırılabilir. Osmanlı hukukçusu Halil Rifat ise fâilin daha lehine olan üçüncü bir ihtimalden söz etmiş, zina edenleri görüp yaralama fiilini işleyen kişinin 188. maddede herhangi bir ceza öngörülmediği için cezalandırılmayacağını öne sürmüştür.<sup>101</sup> 4 Haziran 1911 tarihinde yapılan değişiklikle birlikte darb ve cerh fiilleri madde kapsamına alınarak belirsizlik ortadan kaldırılmıştır. Ne var ki silah atma ve silah teşhiri fiillerine yer vermediği için yeni düzenlemenin de eksik olduğu ileri sürülmüştür.<sup>102</sup>

Kanunnamenin 188. maddesinde 4 Haziran 1911 (H. 6 Cemaziyelahir 1329) tarihinde yapılan değişiklik şöyledir:

Bir kimse zevcesini veyahut diğer mehariminden birini bir şahıs ile fiil-i şen'i-i zina halinde görüb de birisini veya ikisini birden darb veya cerh veya katl eylese muafır ve eğer bir kimse zevcesini veya mehariminden birini bir şahıs ile firaş-ı gayr-i meşruada görüb de birisini veya ikisini birden darb veya cerh veya katl etse mazurdur.<sup>103</sup>

1911 yılında yapılan değişikliğe dair esbâb-ı mucibe layihasında, mazeret hâlinin fâilin zevce ya da mahrem yakınlarından birini zina hâlinde görmesine münhasır olmasının maslahata uygun olmadığı, bu sebeple maddeye “firaş-ı gayr-ı meşrua” kaydının ilave edildiği açıklanmıştır. Bunun yanı sıra maddenin eski hâlinde yer alan “ikisini birden” tabirinin hâkimler için tereddütlere sebep olmasından dolayı, bu tabir yerine “birisini veya ikisini birden darb veya katl eylese mazurdur” ifadesinin kullanıldığı da belirtilmiştir.<sup>104</sup>

Değişiklikle birlikte zevcesini ya da mahreminden bir kadını bir şahıs ile zina ederken görüp birini ya da ikisini birden öldüren kişi, önceki düzenlemeden farklı olarak muaf kabul edilmiştir.

<sup>99</sup> Sami, *Mir'at-ı Kanun-ı Ceza Kanun-ı Ceza Şerhi*, 2. Baskı, Dersaadet: Matbaa-i Kütübhaneye-i Cihan, 1324, s. 291-292; Reşad, *Miyar-ı Ceza Kanun-ı Ceza Şerhi*, 1. Baskı, İstanbul: A. Asadoryan Şirket-i Mürettibiye Matbaası, 1313, s. 349-352.

<sup>100</sup> Ahmed Ziya, *Mufassal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, İstanbul: Cihan Matbaası, 1339, s. 544.

<sup>101</sup> Halil Rifat, *Külliyat-ı Şerh-i Ceza*, İstanbul: Mihran Matbaası, 1303, s. 308-309.

<sup>102</sup> Ahmed Ziya, *Mufassal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, s. 544.

<sup>103</sup> Tefik Tarık, *Yeni Kanun-ı Ceza*, s. 145-146; Serkis Karakoç, *Ceza Kanunu*, İstanbul: Cihan Matbaası, 1335-1337, s. 110; Serkis Karakoç, *Ceza Kanunu Tahşiyeli*, Şant Matbaası, 1329, s.110; Düstur, II. Tertip, III. Cilt, s. 451.

<sup>104</sup> Tefik Tarık, *Yeni Kanun-ı Ceza*, s. 36.

Muafiyet sebeplerinin ne olduğu, hangi hâllerin muafiyet sebebi sayıldığı hususunda Osmanlı hukukçuları arasında ihtilaf bulunmaktadır. Osmanlı hukukçularının çoğunluğuna göre suçluluk hâli ile birlikte hem cezaî hem de hukukî mesuliyeti ortadan kaldıran sebeplere esbab-ı beraat, yalnızca suçlulukla cezaî mesuliyeti düşüren, hukukî mesuliyeti ortadan kaldırmayan sebeplere ise esbab-ı muafiyet denir.<sup>105</sup> Hukukçuların esbab-ı beraat ile kastettikleri hukuka uygunluk sebepleridir. Servet'e göre esbab-ı beraat, meşru müdafaa ve resmi merciiden gelen kanuna uygun emrin ifasıdır.<sup>106</sup> Mehmed Aziz bunlar haricinde Ceza Kanunnamesinin 187. maddesinde yer alan geceleyin birisinin evine yönelen taarruzun def edilmesi için vuku bulan özel meşru müdafaa hâlini de beraat sebepleri arasında zikretmiştir. Mehmed Aziz'e göre muafiyet sebepleri yaş küçüklüğü, cinnet, cebir ve ikrahtır.<sup>107</sup> Servet ise yalnızca cinnet ve mecburiyeti esbab-ı muafiyet kabul etmiştir.<sup>108</sup> Zöhrap'a göre esbab-ı muafiyet dört sınıftır. İlki kanunun muafiyet sebebi saydığı etkin pişmanlık hâlleridir. İkincisi suçun mağdurunun fâilin akrabası olduğu bazı hâllerdir. Üçüncüsü bazı suçlarda amir ile memur arasında intizamı koruma lüzumudur. Zöhrap, kanunun cevaz vermediği hâlde memurun amirin emrine uyarak başkasının evine cebren girmesini bu hâle örnek vermiştir. Dördüncüsü ise bazı suçlarda zararın giderilmiş olmasıdır.<sup>109</sup>

Bir diğer Osmanlı hukukçusu Nazaret Haçeryan, muafiyet sebepleri ile beraat sebeplerini iki ayrı kavram olarak görmemiş, suçu ya da suçluluğu ortadan kaldıran hâllerin beraat sebepleri ya da muafiyet sebepleri olduğunu belirtmiştir. Yazara göre beraat sebepleri ya fiilin haksızlığından yani hukuka aykırılık unsurunun bulunmamasından neşet eder ya da fâilde bulunması gereken temyiz ya da iradenin yokluğundan kaynaklanır. Birincisi fiilî beraat sebepleri ya da fiilî muafiyet sebepleri olarak, diğeri ise şahsî beraat sebepleri olarak isimlendirilir. İlkinde sebepler fiile taalluk ettiğinden fiile iştirakte ya da yardımda bulunanlara da sirayet eder. İkincisinde ise sebepler yalnızca fâile münhasır olduğundan iştirak ya da yardım edenlere sirayet etmez.<sup>110</sup>

Osmanlı hukukçularının beraat sebebi saydığı meşru müdafaa ile ilgili olarak 1858 Ceza Kanunnamesi'nin ilk hâlinde fiillerin muaf olduğu düzenlenmiştir.<sup>111</sup> 1911 değişikliğinden sonra meşru müdafaa hâlinin cürm addolunmayacağı yönünde düzenleme yapılmış, 188. maddede ise fâilin muaf olacağı belirtilmiştir. Osmanlı hukukçularının görüşleri ile şekillenen teorik çerçeveye göre 1911 değişikliği sonrasında meşru müdafaa, esbab-ı beraat; zina suçuna karşı meşru müdafaa ise esbab-ı muafiyet olmuştur. Zina suçuna karşı meşru müdafaa'nın doğrudan

<sup>105</sup> Mehmed Aziz, *Mufassal Nazariyat-ı Ceza*, s. 230-231; Kirkor Zöhrap, *Hukuk-ı Ceza*, s. 175-177, 195; Servet, *Hukuk-ı Ceza Malumat-ı Umumiye ve Kısm-ı Cürm*, 1. Baskı, Dersaadet: İkdam Matbaası, 1326, s. 179-180. Servet, esbab-ı beraat için esbab-ı muhikka tabirini de kullanmış, esbab-ı muafiyet yerine ise adem-i mücrimiyet ifadesini tercih etmiştir.

<sup>106</sup> Servet, *Hukuk-ı Ceza Malumat-ı Umumiye ve Kısm-ı Cürm*, s. 179.

<sup>107</sup> Mehmed Aziz, *Mufassal Nazariyat-ı Ceza*, s. 230-231.

<sup>108</sup> Servet, *Hukuk-ı Ceza Malumat-ı Umumiye ve Kısm-ı Cürm*, s. 180.

<sup>109</sup> Kirkor Zöhrap, *Hukuk-ı Ceza*, s. 195-196.

<sup>110</sup> Nazaret Haçeryan, *Mebâdi-i Hukuk-ı Ceza*, s. 136-137. Mehmed Aziz, fiilî ve şahsî şeklindeki tasnifin faydasız olduğunu, zira muafiyet sebeplerinin tamamının şahsa; beraat sebeplerinin ise fiile taalluk ettiğini belirtmiştir. Mehmed Aziz, *Mufassal Nazariyat-ı Ceza*, s. 233-234.

<sup>111</sup> Zöhrap kanunda meşru müdafaa hali için muaf tabirinin kullanılmasının hatalı olduğunu, meşru müdafaa'nın muafiyet değil beraat sebebi olduğunu savunmuştur. Kirkor Zöhrap, *Hukuk-ı Ceza*, s. 177.

fâile taalluk eden özel bir haksız tahrik hâli olması ve bu sebeple asli ya da fer'i şeriklere sirayetinin mümkün olmaması karşısında esbab-ı beraat kabul edilemeyeceğini söyleyebiliriz.<sup>112</sup>

1911 değişikliği sonrası maddeye eklenen firâş-ı gayr-ı meşrua tabirine açıklık getirmek gerekmektedir. Maddede yer alan firâş kelimesi yatak, döşek anlamına gelmektedir.<sup>113</sup> Firâş-ı gayr-ı meşruada görmek tabiri kadın ile nâmahremi olan erkeği bir yatakta görmek manasındadır. Maddenin eski halinde zina ederken görülemeyen ancak aynı yatakta yakalanan kişilere dair özel bir düzenleme bulunmamaktaydı.<sup>114</sup> Yeni düzenleme ile birlikte bu durumda görülen kadın ve erkeği öldüren kişinin mazur sayılacağı, diğer bir ifadeyle indirimli ceza alacakları öngörülmüştür.

Osmanlı hukukçusu Ahmed Ziya namusuna yönelik saldırıyı müşahede eden kişinin teessürle işlediği katl fiilinden dolayı ceza verilmesinin adalete uygun olmadığını belirterek değişikliğin isabetli olduğunu belirtmiştir. Öte yandan zevcesini ya da mehariminden birisini firâş-ı gayr-ı meşruada görüp yaralama ve öldürme fiili işleyenlerin de muaf olmak yerine mazur sayılmalarının isabetli olmadığını, bir kadını nâmahrem birisiyle fiil-i şen'i icra ederken görmekle firâş-ı gayr-ı meşruada görmek arasında fark bulunmadığını savunmuştur.<sup>115</sup>

Osmanlı hukukçuları arasında zina suçuna karşı meşru müdafaa düzenlemesinin kaldırılması gerektiğini açıkça savunan bir görüşe rastlanılmamıştır. Bununla birlikte Kirkor Zöhrap, boşanmanın mümkün olduğu ülkelerde bu fiillerin mazur sayılmaması gerektiğini savunan ceza hukukçularının bulunduğunu, Fransa'da kanunun bu şekilde değişikliğinin teklif edildiğini belirtmiştir.<sup>116</sup>

## B. TANZİMAT DÖNEMİ MAHKEME KARARLARINDA ZİNA SUÇUNA KARŞI MEŞRU MÜDAFAA UYGULAMASI

### 1. 1840 ve 1851 Ceza Kanunnameleri Dönemi

Tanzimat döneminin en önemli hususiyeti hukuk hayatında mevcut olan düalizmdir. Bu dönemde şer'i hukukla batıdan resepsiyon yoluyla alınan hukuk bir arada uygulanmıştır<sup>117</sup>. Tanzimat döneminde zina suçuna karşı meşru müdafaaaya konu olaylara dair yargulamaların düalist yapıdan etkilenmemesi mümkün değildir. Zira zina suçuna karşı meşru müdafaa hükümlerinin uygulanabileceği olaylarda, şahsa karşı suçlar kategorisinde yer alan kasten öldürme ya da kasten yaralama suçlarının işlenmesi söz konusu olmaktadır. Bu fiillerin de yalnızca ceza kanunnamelerinde düzenlenmeyip, aynı zamanda şer'i hukukun fâil hakkında kısas ya da diyet cezası verilmesini öngördüğü suçlar arasında yer alması sebebiyle, hem şer'i mahkemeler hem

<sup>112</sup> Kanaatimize göre 1858 Ceza Kanunnamesi'nde meşru müdafaa için fiillerin, zina suçuna karşı meşru müdafaa için ise fâillerin muaf olduğunun belirtilmesi bilinçli bir tercihtir.

<sup>113</sup> Şemseddin Sami, *Kamus-ı Türkî*, s. 986.

<sup>114</sup> Yıldırım, değişikliğin zina suçunun ispatının zor olmasından dolayı yapılmış olabileceğini belirtmektedir. Davut Yıldırım, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunda Şahsa Karşı İşlenen Suçlar", s.52.

<sup>115</sup> Ahmed Ziya, *Mufassal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, s. 543.

<sup>116</sup> Kirkor, *Hukuk-ı Ceza*, s. 198.

<sup>117</sup> Şentop, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", s. 662.

de Tanzimat döneminde kurulan mahkemeler, konumuzla ilgili olaylarda yargılama yaparak karar vermişlerdir.<sup>118</sup>

Bu bölümde zina suçuna karşı meşru müdafaaya dair Tanzimat dönemi uygulamasını tespit etmek için Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye kararlarının yer aldığı arşiv kayıtlarının tahlil edilmesi yoluna gidilmiştir. Söz konusu kayıtlarda Meclis-i Vâlâ kararlarının yanı sıra şer’i makamların yargılama faaliyeti neticesinde verdikleri kararlara dair bilgiler de yer almaktadır. Bu durum, şer’i usûllere göre muhakeme yapan mahkemelerle kanunen yargılama faaliyeti yürüten makamların konumuzla ilgili verdikleri kararları mukayese etme imkânı sunmaktadır. Öte yandan Meclis-i Vâlâ’nın, şer’i makamların kararlarını denetleme şeklinde bir fonksiyon icra etmediğini, şer’i hükmün verilmesinden sonra yargılamaya devamla kanunnamelere göre karar verdiğini belirtmeliyiz.<sup>119</sup>

Evvelce ifade edildiği gibi 1840 ve 1851 Ceza Kanunnamelerinde zina suçuna karşı meşru müdafaaya dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bundan dolayı bu iki kanunnamenin yürürlükte olduğu dönemde, Meclis-i Vâlâ’nın konumuzla ilgili olaylarda verdiği kararların hangi istikamette olduğu ve hukuki dayanağının ne olduğu sorularının cevaplanması gerekmektedir.

1840 Ceza Kanunnamesi’nin yürürlükte olduğu 27.03.1848 (H. 21.04.1264) tarihine ait kayıta Koca Ali olarak anılan şahıs, karısı Fatma ile evinde zina ederken gördüğü Berber oğlu Ali’yi büyük bir bıçakla yaralamış, Berber oğlu Ali yaralanmanın tesiriyle vefat etmiştir. Koca Ali, Berber oğlu Ali’yi karısı ile zina ederken görüp öldürdüğünü itiraf etmiş, kendisine yemin teklif edilmesi üzerine yemin etmiştir. Fetvahane, Koca Ali’nin şer’an cezalandırılmayacağını bildirmiş, Meclis-i Vâlâ Koca Ali’ye kanunen de bir ceza gerekmeceğine hükmetmiştir.<sup>120</sup> 1840 Ceza Kanunnamesi’nde konu ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamasına karşın Meclis-i Vâlâ tarafından Koca Ali’ye kanunen ceza verilmemesi, kararın verilmesinde şer’i hukukun referans alındığını ve şer’i mahkemenin kararı ile uyumlu hareket edilmek istendiğini düşündürmektedir.

28.11.1853 (H. 28.02.1270) tarihli karara konu olayda, Hacı Osman karısını kendi evinde Hüseyin ile zina ederken görmüş, akabinde yatağan bıçağıyla Hüseyin’i öldürmüştür. Kararda Hacı Osman’ın karısını öldürdüğüne dair bilgi bulunmadığından yalnızca Hüseyin’i öldürdüğü değerlendirilmiştir. Mazbatada Hacı Osman’ın zina fiilini gördüğüne vurgu yapmak amacıyla kendi gözüyle görmek anlamına gelen “ra’yel-ayn” tabiri kullanılmıştır.<sup>121</sup> Hacı Osman, Hüseyin’i karısı ile zina ederken görüp katl fiilini işlediğini ikrar etmiş, maktulün varisleri ise Hacı Osman’ın beyanlarını yalanlamışlardır. Bunun üzerine Hacı Osman olayın anlattığı şekilde meydana geldiğine dair yemin etmiştir. Fetvahane’nin Hacı Osman’a şer’an ceza gerekmeceğine dair kanaati, Şer’iyye Mahkemesi ilamının arkasına yazılmıştır. Meclis-i Vâlâ

<sup>118</sup> Bu husus, 1858 Ceza Kanunnamesi’nin 171’inci maddesinde şöyle düzenlenmiştir: “Hükm-i kanuni hukuk-ı şahsiyeyi iskat edemeyeceğinden maktulün veresi var ise onların iddiaları üzerine hukuk-ı şahsiye davası mehâkim-i şer’iyyeye havale olunur.”

<sup>119</sup> Ahmet Kılınç, “Bir Meclis-i Vâlâ Hükmü ve Tahlili”, *Adam Akademi*, C:5, S:1, 2015, s. 25.

<sup>120</sup> BOA. A.} MKT. MVL, Dosya No: 8, Gömlek No: 35, H. 21.04.1264.

<sup>121</sup> “...katil-i merkum maktul-i merkumu hanesinde zevcesiyile icra-yı fiil-i şer’i iderken ra’yel-ayn görmekle...”

kanunen de ceza verilmesi gerekmeyeceğini belirterek, Hacı Osman'ın tahliye edilmesi için Canik mutasarrıfına yazı yazılmasına hükmetmiştir.<sup>122</sup> Bu kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 1851 Ceza Kanunnamesi'nde konuyla ilgili düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın Meclis-i Valâ, bir önceki kararda olduğu gibi şer'i makamın kararı ile uyumlu karar verme cihetine gitmiştir.

Meclis-i Valâ tarafından 24.07.1856 (H. 21.11.1272) ve 05.11.1856 (H. 07.03.1273) tarihlerinde Menteşe Kaimmakamlığına yazılan yazılara konu olayda, Peş köyü imamı Mehmed Efendi, hizmetinde bulunan Osman'ı, kızı Ayşe ile zina ederken görmüş ve büyük bir bıçakla önce Osman'ı ve ardından kızı Ayşe'yi zina mahallinde öldürmüştür. Bir önceki kararda olduğu gibi bu kararda da zina fiilinin sanık tarafından görüldüğü tasrih edilmiştir.<sup>123</sup> Mehmed Efendi olayı ikrar etmiş, talep üzerine olayın anlattığı şekilde vuku bulduğuna dair yemin etmiştir. Kararda Fetvahane'nin Mehmed Efendi hakkında şer'an bir şey gerekmeyeceğini beyan ettiği belirtilmiş ve Mehmed Efendi hakkında kanunen de hüküm lazım gelmeyeceğine hükmedilmiştir.<sup>124</sup>

06.11.1851 (H. 11.01.1268) tarihli kayıt, zina suçuna karşı meşru müdafanın sübutu için yalnızca sanığın beyanı ile yetinilmediğini, olay yeri şartlarının iddiayı destekler mahiyette olup olmadığı hususunun da nazara alındığını göstermesi bakımından dikkate değerdir. Anılan kayda göre Ahmed karısı ile zina ederken gördüğü Hüseyin'i öldürmüştür. Yapılan yargılama neticesinde beyanına itibar edilen Ahmed'e şer'an ve kanunen ceza gerekmeyeceğine hükmedilmiştir. Olayın Ahmed'in anlatımından farklı olabileceği yönünde şüphe hâsıl olması üzerine emirname-i sâmi<sup>125</sup> ile durumun yeniden tahkik edilmesi talep edilmiştir. Sivas Meclisi, maktul Hüseyin'in sanık Ahmed'in yatağında ölü bulunduğunun maktulün varisleri tarafından doğrulandığını, Ahmed'in ayrıca karısını da öldürdüğünü bildirmiştir. Bunun üzerine sanık Ahmed'in beyanlarına itibar edilerek yeniden şer'an ve kanunen ceza gerekmeyeceğine hükmedilmiştir.<sup>126</sup>

16.11.1853 (H.14.02.1270) tarihli kayıtta, fâil hakkında bu kez ceza tayin edildiğini görmekteyiz. Söz konusu olayda Ali, karısı Meryem'i Antakyalı Ali isimli şahısla zina ettiğinden dolayı öldürdüğünü ikrar etmiştir. Ali hakkında şer'iyeye mahkemesinde kısasa hükmedildikten sonra maktulün varislerinin Ali'yi kısastan affetmeleri üzerine Fetvahane, Ali'ye kısas davası açılmayacağına hükmetmiştir. Kararda diyet talebi ile ilgili malumat bulunmamaktadır. Kısastan affedilen Ali, Meclis-i Valâ tarafından 1851 Ceza Kanunnamesi gereğince Tersane-i Amire'de 5 sene kürek cezası ile cezalandırılmıştır.<sup>127</sup> Madde tasrih edilmemiş ise de Ali'nin 11.

<sup>122</sup> BOA. A.} MKT. MVL. Dosya No: 66, Gömlek No: 79, H. 28.02.1270.

<sup>123</sup> "...merkum Mehmed Efendi maktul meşhur Osman'ın kızı Ayşe'yi zina ederken ra'jel-ayn müşabede eylediğinden..."

<sup>124</sup> BOA. A.} MKT. MVL. Dosya No: 80, Gömlek No: 83, H. 21.11.1272, BOA. A.} MKT.UM. Dosya No: 259, Gömlek No:88, H. 07.03.1273.

<sup>125</sup> Emirname-i sâmi, sadaretin vilayetlere yazdığı yazılardır. Mübahat S. Kütükoğlu, *Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik)*, 4. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2018, s. 232.

<sup>126</sup> BOA. A.} MKT. MVL, Dosya No: 47, Gömlek No: 1, H. 11.01.1268.

<sup>127</sup> BOA. A.} MKT. MVL, Dosya No: 66, Gömlek No: 55, H. 14.02.1270.



madde gereğince cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.<sup>128</sup> Mazbatada Ali'nin karısını zina ederken gördüğüne dair bilgiye yer verilmemiştir. Ali'nin cezalandırılmasının sebebinin de burada aramak gerekmektedir. Ali hakkında şer'an kısasa, kanunen de kürek cezasına hükmedilmesi, Ali'nin karısını zina fiilini işlerken görmediğini ya da öldürme fiilini zinayı gördüğü esnada işlemediğini göstermektedir. Zira Ali'nin katl fiilinden dolayı ceza almaması için karısını zina ederken bizzat görmesi ve öldürme fiilini zinayı gördükten hemen sonra işlemesi gerekmektedir.

09.02.1852 (H. 17.04.1268) tarihli kayda göre karısını Abdulkadir isimli kişi ile zina ederken gören Kürd oğlu Ali, Abdulkadir'in üzerine çakı bıçağı ile saldırmış, saldırı neticesinde boynundan ve başından yaralanan Abdulkadir vefat etmiştir. Ali'nin yemin etmesi sonrasında hakkında şer'an ve kanunen ceza gerekmeceği belirtilmiştir.<sup>129</sup>

## 2. 1858 Ceza Kanunnamesi Dönemi

1858 Ceza Kanunnamesi'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte zevcesini ya da mahreminden bir kadını zina ederken görüp öldüren kişinin 190. madde gereğince üç aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılması ve ayrıca beş seneden on seneye kadar Zabtiye Nezareti altına alınması gerekmiştir. İnceleyeceğimiz ilk karar, yeni kanuna geçiş dönemindeki uygulamayı yansıtmaya cihetiyle önem arz etmektedir.

20.12.1858 (H. 14.05.1275) tarihinde Rumeli Valisi'ne gönderilen yazıya konu olayda, Tahir, annesi Paşako'yu bekçi Şemseddin ile zina ederken görüp darp etmiş, fiil neticesinde Paşako vefat etmiştir. Fetvahane bu kez Tahir'e şer'an bir ceza verilmesinin gerekmeceğini belirtmesinin yanında Tahir'in, annesinin mirasından da mahrum olmayacağını bildirmiştir. Kararda Tahir'in, annesi Paşako'yu darp ettiği belirtilmiş, fiilin alet-i carihadan bir silahla işlendiğine dair bilgi verilmemiştir. Bu hâliyle fiilin şibh-i amd katl kapsamında kaldığını söylemek mümkündür. Bu öldürme türünde fâilin öldürdüğü kişinin mirasından mahrum bırakılmasına hükmedilmesi gerekirken Fetvâhâne, Tahir'in fiilini hukuka uygun gördüğü için bu yönde bir hüküm vermemiştir. Meclis-i Valâ da Fetvâhâne görüşüyle uyumlu şekilde Tahir'e kanunen ceza gerekmeceğine karar vermiştir.<sup>130</sup>

Söz konusu kayıta dikkat çekici olan husus, karar tarihinde 1858 Ceza Kanunnamesi yürürlükte olmasına karşın, bu kanunun ilgili maddesine göre hüküm verilmemesidir. 9 Ağustos 1858 (H. 28 Zilhicce 1274) tarihinde yürürlüğe giren 1858 Ceza Kanunnamesi'nin 188. maddesi fâilin mazur olacağını, 190. maddesi ise mazur sayılan fâilin indirimli ceza alacağını öngörmektedir. Meclis-i Valâ ise 1840 ve 1851 Ceza Kanunnameleri döneminde olduğu gibi fâile ceza terettüp etmeyeceğine hükmetmiştir. Her ne kadar belgede olay tarihine dair bir

<sup>128</sup> "Mucib-i kısas olub sonradan bazı veresenin afvı yahut sulh ile deyne ve mala munkalib olan ve mucibi ibtida diyet bulunan madde-i katlin iktiza-yı şer'iyyesi icra olunduktan sonra Dersaadette ise bu makule şahs-ı katil derecesine göre bir seneden beş seneye kadar küreğe ve taşrada ise bulunduğu mahallin mensub olduğu şehri muazzam neresi ise anda prangaya konularak süfli hizmetlerde kullanıla." Ahmed Lütfi, *Mir'at-ı Adalet yahud Tarihçe-i Adliye-i Devlet-i Aliyye*, s. 156.

<sup>129</sup> BOA A.} MKT. MVL, Dosya No: 49, Gömlek No: 84, H. 17.04.1268.

<sup>130</sup> BOA. A.} MKT. MVL, Dosya No: 104, Gömlek No: 8, H. 14.05.1275.

açıklık bulunmasa da olayın 1858 Ceza Kanunnamesi'nin yürürlüğe girmesinden önceki bir tarihte vuku bulduğu, bu sebeple Meclis-i Vâlâ'nın fâil hakkında aleyhe olan yeni kanunu uygulamadığı değerlendirilmiştir.

1858 Ceza Kanunnamesi'nin yürürlükte olduğu döneme ait diğer kayıt, yeni düzenlemenin uygulamasını yansıtmaktadır. Zile ilçesinde meydana gelen olayda Ali Osman, kız kardeşi Ayşe'yi İsmail isimli şahıs ile zina ederken görüp kama ile yaralayarak öldürmüştür. Ali Osman'ın yaraladığı İsmail ise firar etmiştir. Ali Osman'ın yemininden sonra olaydan dolayı şer'an ceza gerekmeceğine hükmedilmiştir. Buna mukabil Meclis-i Vâlâ, Ceza Kanunnamesininin 190. maddesi uyarınca Ali Osman'ın üç ay süre ile hapsedilmesine ve beş sene müddetle Zabtiye Nezareti altına alınmasına karar vermiştir.<sup>131</sup>

## V. ZİNA SUÇUNA KARŞI MEŞRU MÜDAFAANIN ŞARTLARI

Zina suçuna karşı meşru müdafaa hükümlerinin uygulanabilmesi için bazı şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Bu şartları tespit ederken özellikle konunun teorik altyapısına dair faydalı bilgiler sunmalarından dolayı Tanzimat dönemi Osmanlı hukukçularının eserlerinden istifade edilmiştir. Öte yandan yeri geldikçe klasik dönem kaynaklarına da müracaat edilmiştir. Zina suçuna karşı meşru müdafaanın şartları beş başlık altında toplanmaktadır.

### A. KADIN İLE ERKEĞİN RIZALARI İLE ZİNA YAPMALARI

Zina suçuna karşı meşru müdafaadan söz edebilmek için kadının yabancı bir erkekle rızasıyla zina etmesi gerekmektedir. Ortada rızaen işlenen bir fiil yoksa ve bir kadın ya da erkeğe yönelik cinsel saldırı söz konusu ise zina fiiline karşı müdafaadan söz edilemez. Bu durumda saldırıyı başka türlü def etme imkânı bulamayıp saldırganı öldüren kişi, meşru müdafaa hükümlerinden yararlanır.<sup>132</sup>

Dış dünyaya akseden hâl, zina fiilinin işlendiğini göstermiyorsa öldürme fiilini işleyen kişi mazur kabul edilemez. Söz gelimi karısını ya da mahreminden bir kadını yabancı bir şahıs ile ayakta konuşurken görüp ikisini birden öldüren kişi, mazeret sebebinden yararlanamaz. Zira ayakta konuşmak zina fiilinin işlendiğine ya da işleneceğine delalet etmez.<sup>133</sup> Keza karısının

<sup>131</sup> "...bernech-i şer'i sabit olarak katil-i merkum yeminiyle musaddak olduğundan ba'det-tahlif hakkında şer'an bir şey lazım gelmemiş ise de katil-i merkumun Kanun-ı Cezanın yüz doksanıncı maddesi hükmüne tevfiikan ve mahbusiyeti tarihinden itibaren üç mah müddetle habs olunarak beş sene müddet için dahi Zabtiye Nezareti alınması..." BOA. A.} MKT. MVL. Dosya No: 142, Gömlek No: 69, H. 10.09.1278.

<sup>132</sup> Halil Rifat, *Külliyat-ı Şerh-i Ceza*, s. 310; Ahmed Ziya, *Mufassal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, s. 545-546.

<sup>133</sup> Reşad, *Miyar-ı Ceza Kanun-ı Ceza Şerhi*, s. 349, Yazara göre bir kadının yabancı bir erkekle sarılıp yatarken görülmüş olması, zina fiilinin icra olduğunu ya da icra olunmak üzere olduğuna delil teşkil etmektedir. Artin ise cinsel münasebetin gerçekleşmiş olması gerektiğini, bunun dışındaki hallerin zina kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Artin, *Kanun-ı Cezanın Mevadd-ı Kaime ve Muaddelesi Hakkında Teşrih ve Tenkid*, İstanbul: Matbaa-i Amire, 1327, s. 164.

"Zeyd zevcesi Hind'i Amr-ı ecnebi ile yerde oturup musahabet ederlerken görüp lakin beyinlerinde alamet-i zina yoğ iken Zeyd Amr ve Hind'i âlet-i cârîha ile amden cerh u katl eylese Zeyd'e ne lazım olur? El-cevap: Kısas" şeklindeki fetva da öldürmenin meşru kabul edilebilmesi için zina alametinin var olması gerektiğini göstermektedir. Abdurrahim Efendi, *Fetâvâ-yı Abdürrahîm C.I*, s. 331.

bir adamla zina etmeye temayülü olduğunu anlayan kişi henüz zinaya dair bir alamet yokken ikisini birden öldürürse ceza almaktan kurtulamaz.<sup>134</sup>

#### B. ZİNA EDEN KİŞİNİN FÂİLİN KARISI YA DA MAHREMİNDEN BİR KADIN OLMASI

Zina eden kişi, fâilin karısı ya da mehariminden bir kadın olmalıdır.<sup>135</sup> Meharim birbiriyle evlenmeleri caiz olmayan kimselere denir.<sup>136</sup> Teyze kızı, hala kızı gibi mahrem olmayanları zina ederken görüp öldürenler muaf ya da mazur olamazlar, diğer fâiller gibi cezalandırılırlar.<sup>137</sup> Keza zina yapan kişi fâilin erkek akrabası ise bunu öldüren kişi de cezalandırılır.<sup>138</sup>

Osmanlı hukukçusu Artin, zina suçuna karşı meşru müdafaa düzenlemesinin yalnızca koca için cari olmasını eleştirerek, kocasını zina ederken gören kadının da en az kocası kadar kıskançlık, teessür ve öfke içinde olacağını belirtmiş ve bu sebeple kadın için de düzenleme yapılması gerektiğini savunmuştur. Müellifin diğer bir eleştirisi meharim tabirine ilişkindir. Bu tabirin kapsamının çok geniş olduğunu, çocukluğunda kendisine hiçbir yakınlık ve münasebeti olmayan bir kişinin, sütkardeş olduğu için mahrem kabul edilmesine karşın amca kızı kadar yakın olan birisinin mahrem kabul edilmediğini ayrıca mahrem tabirinin din ve mezheplerde farklı algılandığını belirten müellif, bu tabir yerine usûl, fûru ve kardeşler ile sıhren bu derecede olanların kapsama alınması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür.<sup>139</sup>

#### C. FÂİLİN ZİNA FİİLİNİ BİZZAT GÖRMESİ

Bu şarta göre fâilin zina fiiline şahit olması gerekmektedir.<sup>140</sup> Zevce ya da mahreminden bir kadını zina ederken görmeyip başkasından duyduklarına dayanarak öldüren kişi öldürme suçunun cezası ile cezalandırılır.<sup>141</sup>

#### D. ZİNA FİİLİ İLE ÖLDÜRME FİİLİNİN AYNI ZAMANDA İŞLENMESİ

Fiilin hukuka uygun kabul edilebilmesi için fâilin, karısını ya da mahreminden bir kadını zina fiilini icra ederken gördüğü anda öldürmesi gerekir. Öldürmeye dair kararını zina fiilini gördüğü esnada veren ve hemen ardından öldürme fiilini icra eden fâil, ani kastla hareket etmiş olacaktır.

<sup>134</sup> Reşad, *Miyar-ı Ceza Kanun-ı Ceza Şerhi*, s. 349.

<sup>135</sup> Halil Rifat, *Külliyyat-ı Şerh-i Ceza*, s. 310; Simon Tıngır, *Şerh-i Kanun-ı Ceza*, s. 56; Kırkor Zöhrap, *Hukuk-ı Ceza*, s. 292.

<sup>136</sup> Artin, *Kanun-ı Cezanın Mevadd-ı Kaime ve Muaddelesi Hakkında Teşrih ve Tenkid*, s. 164.

<sup>137</sup> Ahmed Ziya, *Mufasssal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, s. 544. Artin, *Kanun-ı Cezanın Mevadd-ı Kaime ve Muaddelesi Hakkında Teşrih ve Tenkid*, s. 164.

<sup>138</sup> Halil Rifat, *Külliyyat-ı Şerh-i Ceza*, s. 310; Sami, *Mir'at-ı Kanun-ı Ceza Kanun-ı Ceza Şerhi*, s. 292; Ahmed Ziya, *Mufasssal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, s. 545. Ahmed Ziya, erkek akrabalarından birisini zina ederken görüp suç işleyenler hakkında özel bir hüküm konulması gerektiği kanaatindeydi.

<sup>139</sup> Artin, *Kanun-ı Cezanın Mevadd-ı Kaime ve Muaddelesi Hakkında Teşrih ve Tenkid*, s. 164-165; Ahmed Ziya da Artin'in bu husustaki görüşlerine katıldığını belirtmiştir. Ahmed Ziya, *Mufasssal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, s. 546-547.

<sup>140</sup> Reşad, *Miyar-ı Ceza Kanun-ı Ceza Şerhi*, s. 348.

<sup>141</sup> Bozok Sancağı Kanunnamesi'nin 16. maddesindeki düzenleme de bu doğrultudadır: "Ve bir kimesne dedüğü ile öldürse suçlu ve kanlı olur." Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tablilleri*, 6. Kitap, *Kanuni Devri Kanunnameleri*, II. Kısım, *Eyalet Kanunnameleri (II)*, s. 227.

Diğer taraftan zina edilirken bir şey yapmayıp öfkesi geçtikten sonra öldürme fiilini işleyen fâil, cezalandırılmaktan kurtulamaz.<sup>142</sup> Artin'e göre öldürme fiilinin muaf kabul edilebilmesi, karısını ya da mahreminden bir kadını zina ederken gören kişinin son derecede müteessir olmasına ve bu teessürden doğan kızgınlığın fâilin akıl ve ihtiyarının ortadan kaldıracak derecede şiddetli olmasına bağlıdır. Tahrik edici fiilden kaynaklanan öfke ortadan kalktıktan sonra işlenen öldürme fiilinin mazur görülebilmesi mümkün değildir.<sup>143</sup> Bu hâlde öldürme fiilinin tahrikten değil, intikam alma ve ceza verme düşüncesinden kaynaklandığını kabul etmek gerekir. Bu düşünceye sahip olan fâilin, özel bir kastla hareket ettiği söylenebilir. Zira zina fiilinden kaynaklanan tahrikin en yoğun şekilde hissedileceği zamanın, zina fiilinin ilk müşahede edildiği an olduğu kabul edildiğinde, bu anda zina edenlere bir şey yapmayıp, söz gelimi birkaç gün sonra öldürme fiilini işleyen fâilin iç dünyasında artık tahrikin değil, ceza verme hissinin galip geldiğini, fâili öldürme suçunu işlemeye bu özel sâikin sevk ettiğini söylemek mümkündür.

Keza fâil, karısının ya da mahreminden olan kadının hâl ve tavrından zinaya meyilli olduğundan şüphe duyarak eve gelecek adamı gizlice bekler ve zina fiili vuku bulduğunda zina edenleri öldürürse yine kasten öldürme suçunu işlemiş olur ve zina suçuna karşı meşru müdafaa hükümlerinden yararlanamaz. Zira buradaki öldürme fiili hiddet ve öfkeden neşet etmemiş, planlı bir fiil olarak vuku bulmuştur.<sup>144</sup>

Öte yandan zina fiilini müşahede eden fail, henüz öfkesi sükün bulmamışken öldürme aleti almak için başka bir yere gidip geldikten sonra öldürme fiilini işlerse mazur kabul edilir.<sup>145</sup>

#### E. ÖLDÜRME FİİLİNİN KARISINI YA DA MAHREMİNDEN BİR KADINI ZINA EDERKEN GÖREN ERKEK TARAFINDAN İŞLENMESİ

Karısının ya da mahreminden bir kadının işlediği zina fiiline şahit olan kişiye, öldürme fiilini işleme hususunda yardım ya da iştirakte bulunanların fiilleri hukuka uygun kabul edilmemektedir. Bu kişiler öldürme fiilinden dolayı cezalandırılırlar.<sup>146</sup> Zira zina eden kadın ve erkeği görüp öldüren kişinin fiili teessür, öfke ve heyecandan neşet etmekte olup bu hâl, onun şahsına münhasır olduğundan başkalarına sirayeti mümkün değildir<sup>147</sup>.

#### SONUÇ

Buraya kadar anlatılanlar göstermektedir ki zina suçuna karşı meşru müdafaa, Osmanlı hukukunun istikrarlı şekilde tanıdığı bir hukukî müessese olmuş, klasik dönem hukukî metinlerine girdiği gibi Avrupa hukukunun tesiri altındaki Tanzimat devrinde de kaynaklardaki yerini almıştır.

Söz konusu hukukî müessese, İslam hukuku kaynaklarında daha çok kötülüğün önlenmesi ile açıklanmıştır. Zina fiilinin önlenmesi münkerin nehyi olarak görülmüş; fâil, zina eden

<sup>142</sup> Halil Rifat, *Külliyat-ı Şerh-i Ceza*, s. 310; Simon Tıngır, *Şerh-i Kanun-ı Ceza*, s. 56.

<sup>143</sup> Artin, *Kanun-ı Cezanın Mevadd-ı Kaime ve Muaddelesi Hakkında Teşrih ve Tenkid*, s. 161-162.

<sup>144</sup> Simon, s. 56-57.

<sup>145</sup> Simon, s. 57.

<sup>146</sup> Simon, s. 57; Ahmed Ziya, *Mufassal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, s. 546.

<sup>147</sup> Ahmed Ziya, *Mufassal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*, s. 546.

kadına yabancı birisi olduğunda öncelikle öldürmeden başka yollara müracaat edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Öte yandan zina eden kadın, fâilin karısı ya da mahreminden biri ise diğer tedbirlere başvurmaya gerek kalmadan zina edenlerin öldürülebileceği kabul edilmiştir. Zira bu durumda zinaya şahit olan erkeğin öfke ve heyecanı ile şuur ve iradesini kaybedeceği değerlendirilmiştir.

Klasik dönemde genel olarak şer'î hukukla örfî hukukun birbirine paralel düzenlemeler ihtiva ettiği, klasik dönem kaynaklarındaki kayıtların büyük oranda yeknesak olduğu tespit edilmiştir.

Tanzimat dönemine gelindiğinde ise klasik dönemden farklı sonuçlara ulaşıldığını söylemek mümkündür. Zina suçuna karşı meşru müdafaa hususunda düzenleme ihtiva etmeyen 1840 ve 1851 Ceza Kanunnamelerinin yürürlükte olduğu dönemde Meclis-i Vâlâ'nın konuyla ilgili verdiği kararlar, ikili hukuk sisteminin uyumu açısından dikkat çekicidir. Fetvahane'nin, sanıklar hakkında şer'an nesne gerekmeceğini belirttiği kayıtlarda, Meclis-i Vâlâ'nın da Fetvahane görüşüyle uyumlu olarak kanunen ceza verilmeyeceğine hükmettiği görülmüştür. Bu durum, zikredilen dönemde Meclis-i Vâlâ'nın konumuza dair kararları şer'î hukuku referans olarak verdiğini göstermektedir.

1858 Ceza Kanunnamesi'nin yürürlüğe girmesinden sonra ise şer'î makamlar ile Meclis-i Vâlâ kararları arasındaki ahengin bozulduğu, şer'an ceza almayan sanıkların kanunen indirimli de olsa cezalandırılmaları yoluna gidildiği tespit edilmiştir. 1911 yılında yapılan değişikliklerle bu uyumsuzluk kısmen de olsa ortadan kalkmıştır. Zira yapılan değişikliklerle birlikte karısını ya da mahreminden bir kadını zina ederken görüp öldüren kişilerin muaf kabul edileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte 1911 değişikliği ile yürürlüğe konulan firaş-ı gayr-ı meşrua düzenlemesinin uygulamada yeni sorunlara yol açıp açmadığının tespiti için bu döneme ait kayıtların incelenmesi gerekmektedir.

1858 Ceza Kanunnamesi'nin 188. maddesinin hukukî kaynağına dair yaptığımız tahlil ile birlikte madde kapsamının yerli bir nitelik taşıdığı değerlendirilmiştir. Öte yandan 188 ve 190. maddeler gereğince fâillerin mazur kabul edilerek indirimli ceza ile cezalandırılacakları yönündeki düzenlemenin Fransız Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerinin iktibas edilmesi ile konulduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu doğrultuda, zikredilen maddelerin hukukî kaynak bakımından karma nitelik taşıdıklarını söylemek mümkündür.

Tahlil ettiğimiz bir karardan hareketle, Meclis-i Vâlâ'nın kanunların geçmişe yürümezliği ilkesini uyguladığı sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu kararda Meclis-i Vâlâ, olay tarihinden sonra yürürlüğe giren ve aleyhe düzenleme ihtiva eden yeni kanunu tatbik etmemiş, eski uygulama gereğince fâile ceza gerekmeceğine karar vermiştir.

Tanzimat dönemi hukukçularının eserlerinde konuya dair ilmi görüşlerini ortaya koydukları, kanunî düzenlemelere yönelik ciddi tenkitlerde buldukları müşahede edilmiştir.

1911 değişikliğinin gerekçesinde önceki düzenlemenin hâkimlerde doğurduğu tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla değişiklik yapıldığının belirtilmiş olması, dönemin kanun koyucusunun uygulamadaki problemleri çözmeye gayretinde olduğunu göstermektedir.

Tahlil ettiğimiz kararlar, zina suçuna karşı meşru müdafanın ispatı için sanık beyanı ve yeminiyle yetinilmediğini göstermektedir. Olay yeri şartlarının sanığın beyanını destekleyip desteklemediği, sanığın ve öldürdüğü kişilerin ahâli nezdinde kötü hâlleri ile bilinen kişiler olup olmadıkları, zina yaptıkları iddia edilenler arasında gayrimeşru bir münasebet bulunup bulunmadığı hususları, olayın vuzuha kavuşturulmasında dikkate alınmıştır. Bu durum bizi ispat hususunda teorik kaynaklarda yer alan bilgilerin uygulamaya yansıdığı sonucuna ulaştırmıştır.

Çalışma ile birlikte Osmanlı mahkemelerinin zina suçuna karşı meşru müdafanın şartlarının tahakkuk edip etmediğini titizlikle değerlendirdikleri görülmüştür. Nitekim zina fiilini görmeyen, çevreden duyduklarından etkilenecek tahrike kapılıp kasten öldürme suçunu işleyen sanığın cezalandırılması bu tespitimizi desteklemektedir. Bununla birlikte zina suçuna karşı meşru müdafanın şartlarının oluştuğu çok sayıdaki olayda mahkemeler, fâili dönemin mevzuatına göre indirimli ceza ile cezalandırmaktan ya da muaf kabul etmekten de geri durmamışlardır.

## KAYNAKÇA

- Abdurrahîm Efendi. *Fetâvâ-yı Abdürrahîm* C:I. İstanbul: 1243.
- Ahmed Lütî. *Mir'at-ı Adalet yahud Tarihçe-i Adliye-i Devlet-i Aliyye*. İstanbul: Kitapçı Ohannes, 1304.
- Ahmed Ziya. *Mufasssal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi*. İstanbul: Cihan Matbaası, 1339.
- Akgündüz, Ahmed. *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, 6. Kitap, Kanunî Devri Kanunnameleri, II. Kısım, Eyalet Kanunnameleri (II). İstanbul: Fey Vakfı, 1993.
- Akgündüz, Ahmed. *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri* 7/1. Kitap, Kanunî Devri Kanunnameleri, 7/II. Kitap, III. Selim Devri Kanunnameleri. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1994.
- Akgündüz, Ahmet. "1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukukî Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men'î İrtikâb Kanunnamesi". *Bellekten*. LI(199), 1987: s. 153-191.
- Akgündüz, Said Nuri. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması*. İstanbul: Rağbet, 2017.
- Akman, Mehmet. *Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması*. İstanbul: Eren, 2004.
- Aksoy, Perihan. *35 Numaralı Ayntap Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi (H. 1094-1095/M. 1682-1683) (S.1-145)*. Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Akşit, Cevat. *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*. 2. Baskı, İstanbul: Gümüşev, 2015.
- Arslan, İbrahim. *166 Numaralı (H. 980/M. 1572-1573) Ayntap Şer'iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi*. Yüksek Lisans Tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Artin, *Kanun-ı Cezanın Mevadd-ı Kaime ve Muaddelesi Hakkında Teşrih ve Tenkid*. İstanbul: Matbaa-i Amire, 1327.
- Avcı, Mustafa. "Mi'yâr-ı Adâletin Ceza Hukuku Değeri". *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*. S:21 (Bahar), 2016: s. 5-43.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku I Genel Hükümler*. 3. Bası, Ankara: Adalet, 2018.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku II Özel Hükümler*. 3. Bası, Ankara: Adalet, 2018.
- Avcı, Mustafa. "Töre Cinayetleri Açısından Sosyal-Hukukî Düzenlemelerin Evrimi". *EKEV Akademi Dergisi*. Erzurum, 9(22), 2005: s. 1-26.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Ceza". *DİA*. C:7, İstanbul: 1993, s. 478-482.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Lian". *DİA*. C:27, İstanbul: 2003, s. 172-173.
- Aydın, Mehmet Âkif. *Türk Hukuk Tarihi*. 13. Basım, İstanbul: Beta, 2015.
- Aydın, Mehmet Âkif. *Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet*. 3. Basım, İstanbul: Klasik, 2020.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî İslamiye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C:3. İstanbul: Bilmen, 1988.
- Bozkurt, Gülnihal. *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, 2. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2010.
- Bulunur, Kerim İlker. "Namus Adına Öldürmek: 16 ve 17. Yüzyıllarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Namus Cinayetleri". *Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*. 31, 2019: s. 81-98.
- Canan, İbrahim. Hadis Ansiklopedisi Kütüb-i Sitte C:2, 5 ve 13. Ankara: Akçağ, t.y.
- Çabuk, Fehminaz. "19. Yüzyılda Osmanlı Toplumunda Zina: Bazı Zina Vakalarında İşlenen Cinayetler Üzerine Bir Değerlendirme". *İnsan ve İnsan*. 7(23), 2020: s. 1-19.
- Çatalcalı Ali Efendi. *Fetâvâ-yı Ali Efendi C:II*. cem ve tertib: Salih b. Ahmed el-Kefevi, İstanbul: 1272.

- Dağcı, Şamil. “İhsan”. *DİA*. C:21, İstanbul: 2000, s. 546-548.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “Meşru Müdafaa”. *DİA*. C:29, İstanbul: 2004, s. 383-387.
- Düstur*, I. Tertip, I. Cilt.
- Düstur*, II. Tertip, III. Cilt.
- Düzdağ, M. Ertuğrul. *Şeyhülislâm Ebussu’ûd Efendi’nin Fetvalarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı*, İstanbul: Şule Yayınları, 1998.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası*. 2. Baskı, İstanbul: Arı Sanat, 2017.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler*. 3. Baskı, İstanbul: Arı Sanat, 2018.
- Erturhan, Sabri. *İslâm Ceza Hukuku*. İstanbul: Hikmetevi, 2020.
- Esen, Hüseyin. “Zina”. *DİA*. C:44, İstanbul: 2013, s. 440-444.
- Gayretli, Mehmet. “1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metnin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler”. *E-akademi*. s. 1-15. <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-2.pdf>, (Erişim: 23 Ekim 2021)
- Halil Rifat. *Külliyat-ı Şerh-i Ceza*. İstanbul: Mihran Matbaası, 1303.
- Heyd, Uriel. *Studies in Old Ottoman Criminal Law*. Oxford, The Clarendon Press, 1973.
- Hira, Ayhan. *İslâm Hukukunda Meşru Müdafaa (Türk Ceza Kanunu ile Mukayeseli)*, Ankara: Sonçağ, 2018.
- Hüseyin Galib. *Kamus-ı Hukuk*, İstanbul: Cemal Efendi Matbaası, 1305.
- İbn Hazım Ferid. “Siyaset-i Şer’iyye 18”. *Beyan’ül-Hak*. 1(26), 1327: s. 600-604.
- Kahriman, Salih, Sabri Atay ve Fuat Recep. *İstanbul Kadı Sicilleri, Eyüp Mahkemesi (Havâss-ı Reffa), 37 Numaralı Sicil (H. 1047/M. 1637-1638)*. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Kallek, Cengiz. “Hisbe”. *DİA*. C:18, İstanbul: 1998, s. 133-143.
- Keleş, Adem. *75 Numaralı Mühimme Defteri’nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (s.172-331)*. Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Kılınc, Ahmet. “Bir Meclis-i Valâ Hükümü ve Tahlili”. *Adam Akademi*. 5(1), 2015: s. 13-32.
- Kırış, Mustafa ve Salih Kahriman. *İstanbul Kadı Sicilleri Hasköy Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1023-1081/M. 1615-1670)*. İstanbul: İSAM Yayınları, 2019.
- Kirkor Zöhrap. *Hukuk-ı Ceza*. İstanbul; Ahmed Saki Bey Matbaası, 1325.
- Kütükoğlu, Mübahat S. *Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik)*. 4. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2018.
- Manastırlı İsmail Hakkı. *İslâm Hukukunda Kişilere Karşı Suçlar (Mi’yâr-ı Adalet Şerhi)*. Hazırlayanlar: Mustafa Avcı ve M. Mansur Karadağ. Ankara: Adalet, 2021.
- Mehmed Aziz. *Mufasssal Nazariyat-ı Ceza*. 2. Baskı, Konstantiniye: Artin Asadoryan ve Mahdumları Matbaası, 1328.
- Menekşe, Ömer. “Osmanlı’da Zina Cezası Olarak Recm”. *Marifé*. 3(2), 2003, s. 7-18.
- Nazaret Haçeryan. *Mebâdi-i Hukuk-ı Ceza*, İstanbul: A. Asadoryan Şirket-i Mürettebiye Matbaası, 1306.
- Ömer Hilmi. *Mi’yâr-ı Adalet*. İstanbul: Hacı Muharrem Efendi Matbaası, 1301.
- Öner, Senem. *Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu’nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu’ndan Çevrilmesi*. Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.



- Örsten, Seda. "Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Fetvâ Mecmuaları". *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*. 4 (Güz), 2007: s. 29-40.
- Reşad. *Miyar-ı Ceza Kanun-ı Ceza Şerhi*, İstanbul: A. Asadoryan Şirket-i Mürettibiye Matbaası, 1313.
- Sami. *Mir'at-ı Kanun-ı Ceza Kanun-ı Ceza Şerhi*. 2. Baskı, Dersaadet:, Matbaa-i Kütübhaneye-i Cihan, 1324.
- Serkis Karakoç. *Ceza Kanunu Tahşiyeli*. Şant Matbaası, 1329.
- Serkis Karakoç. *Ceza Kanunu*. İstanbul: Cihan Matbaası, 1335-1337.
- Servet. *Hukuk-ı Ceza Malumat-ı Umumiye ve Kısm-ı Cürm*. 1. Baskı, Dersaadet: İkdam Matbaası, 1326.
- Simon Tıngır. *Şerh-i Kanun-ı Ceza*. Dersaadet: Mahmut Bey Matbaası, 1300.
- Şemseddin Sami. *Kamus-ı Türkî*. Dersaadet: İkdam Matbaası, 1317.
- Şentop, Mustafa. "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü". *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*. 3(5) 2005: s. 647-672.
- Tevfik Tarık. *Yeni Kanun-ı Ceza*, Dersaadet: Şems Matbaası, 1327-1330.
- TürkHzade H. M. Ziyaeddin. *Mükemmel İstılâhât-ı Kavânin yâhud Mâlümât-ı Kanûniye Hülâsası*. Dersaadet: 1313.
- Üdeh, Abdulkadir. *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, Genel Hükümler C:I ve Özel Hükümler C:II*. çeviren ve notlar ekleyen: Ali Şafak, 2. Baskı, İstanbul: Kayıhan, 2012.
- Üçok, Coşkun. "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4(1-4), 1947: s. 48-73.
- Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt. *Türk Hukuk Tarihi*. 15. Bası, Ankara: Turhan, 2011.
- Velidedeöglü, Hıfzı Veldet. "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat". *Tanzimat I*. İstanbul: 1940, s. 139-209.
- Yako Sami. "Düello". *İlm-i Hukuk ve Mukayese-yi Kavanin Mecmuası*. 2(20), 1327: s. 584-596.
- Yıldırım, Davut. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunda Şahsa Karşı İşlenen Suçlar*. Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. 9. Baskı, Ankara: Yetkin, 2005.
- Yusuf Ziya. "Kanun-ı Ceza Layihasının Hutut-ı Asliyesi". *Ceride-i Adliye*. 1(4), 1325: s. 136-142.
- Zuhaylı, Vehbe. *İslâm Fıkhi Ansiklopedisi C:10*, İstanbul: Risale, 1990.

#### ARŞİV BELGELERİ

- BOA. A.} MKT. MVL. Dosya No: 8, Gömlek No: 35, H. 21.04.1264.
- BOA. A.} MKT. MVL. Dosya No: 66, Gömlek No: 79, H. 28.02.1270.
- BOA. A.} MKT. MVL. Dosya No: 80, Gömlek No: 83. H. 21.11.1272.
- BOA. A.} MKT. UM. Dosya No: 259, Gömlek No: 88. H. 07.03.1273.
- BOA. A.} MKT. MVL. Dosya No: 47, Gömlek No: 1, H. 11.01.1268.
- BOA. A.} MKT. MVL. Dosya No: 66, Gömlek No: 55, H. 14.02.1270.
- BOA. A.} MKT. MVL. Dosya No: 49, Gömlek No: 84, H. 17.04.1268.
- BOA. A.} MKT. MVL. Dosya No: 104, Gömlek No: 8, H. 14.05.1275.
- BOA. A.} MKT. MVL. Dosya No: 142, Gömlek No: 69, H. 10.09.1278.

Geliş Tarihi | Received: 15.03.2022

Kabul Tarihi | Accepted: 04.04.2022

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2022

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## İSTANBUL ŞEHREMANETİ (1855-1858)

### ISTANBUL MUNICIPALITY (1855-1858)

Betül Argunhan\*

#### ÖZ

Bu çalışmada Osmanlı Devleti'nin ilk modern belediye teşebbüsü olan İstanbul Şehremaneti ele alınmıştır. Bu müessesenin kuruluş amacı ve usulü, mevzuatı, kendisinden önceki ve sonraki kurumlarla benzerlik ve farklılıkları, amacına ulaşip ulaşmadığı, hususiyetleri gibi temel konular hukuk tarihi nazarıyla incelenmeye çalışılmıştır. Kuruluşundan kısa bir süre sonra başarısız görülerek atıl hale gelen bu müessesenin aslında modern belediyeçiliğe geçişte çok önemli bir rol üstlendiği, kendisinden sonraki kurumlara pek çok açıdan örnek olduğu görülmüştür. Çalışmada kaynak olarak hukuk tarihine ilişkin bilimsel eserlerin yanı sıra Başkanlık Osmanlı Arşivi'nde bulunan vesikalardan yararlanılmıştır. Bugüne kadar ilk kez kullanıldığı düşünülen bir arşiv kaydı ve yapılan bazı tespitler bu çalışmayı özgün kılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Muhtesiplik, belediye, şehremaneti, altıncı daire, şehremini, İstanbul.

#### ABSTRACT

In this study, Istanbul Sehremaneti that the first modern municipality of the Ottoman State is discussed. Fundamental issues such as the purpose and implementation of this institution, its legislation and whether it has achieved its aims have been examined in terms of legal history. It has been seen that this institution, which became inactive shortly after its establishment, has been featured in the transition to modern municipalism and serve as a modal for the following institutions in many respects. In this study, we used besides the scientific works about the law of history and also the documents in the Presidency Ottoman Archive. An archive document (thought to have been used for the first time) used in the study and some determinations make it unique in this way.

**Keywords:** Muhtesip, municipality, sehremaneti, sehremini, the sixth municipal district, İstanbul.

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

0000-0002-2637-9376 baslan@ybu.edu.tr



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## GİRİŞ

Bu çalışmada, Osmanlı Devleti'nin Tanzimat dönemindeki yenileşme hareketlerinin bir parçası olan beledi düzen arayışının İstanbul Şehremaneti özelinde ele alınması planlanmıştır. İstanbul Şehremaneti, Hicri 1271 (Miladi 1855) yılında kurulmuş olan, döneminin İstanbul Belediyesi'dir.

Konunun daha iyi irdelenebilmesi için çalışma, Şehremaneti'nin kuruluş yılı olan 1855 yılından, bu ilk denemenin verdiği tecrübe ile Altıncı Daire-i Belediye'nin kurulduğu 1858 yılına kadarki dönemle sınırlandırılmıştır. Bu dönemin seçilmesinin sebebi öncelikle, bu ilk Şehremaneti'nin modern bir belediye kurma teşebbüsünde ilk aşama olmasıdır. Bir diğer sebep, İhtisap Nezareti yerine kurulduğu sık sık vurgulanan Şehremaneti'nin, kendisinden hemen önceki beledi müessesesi ve kendisinden hemen sonraki beledi müessesesi arasında bir köprü niteliğinde olmasıdır. Zira İhtisap Nezareti'nin lağvı ile aynı vesikada kurulmuş olan Şehremaneti, kısa bir süre tecrübe edildikten sonra hemen akabinde Altıncı Daire-i Belediye kurulmuştur. Bu bakımdan bu çalışmaya konu olan dört yıllık süreç, esasında Osmanlı Devleti klasik dönem belediyeçiliğinden, modern belediyeçiliğine geçiş sürecidir. Bu süreç, ileride görüleceği üzere teori ve pratikte çok büyük ölçüde klasik dönem kurumu olan muhtesiplikten, yine teori ve pratikte çok büyük ölçüde modern dönem ürünü olan Altıncı Daire'ye geçişin sınırlarının görülebildiği, nitelikli bir süreçtir. Bir diğer sebep ise Altıncı Daire-i Belediye kurulduktan sonraki dönemde Şehremaneti'nin nispeten âtil hale gelmiş olması ve beledi faaliyetlerde dikkat ve ağırlığın Altıncı Daire'ye kaymış olmasıdır. Esasında bu gelişme aynı zamanda Altıncı Daire kurulduktan sonra İstanbul Şehremaneti'nin ne şekilde işlemeye devam ettiği konusunu da -belki bir başka çalışmada- araştırılmaya değer kılmaktadır.

Bu çalışmanın, anılan dönem Şehremaneti'ni öncesi ve sonrası ile mukayese etmek suretiyle nispeten ayrıntılı şekilde ele alan ilk çalışma olacağı söylenebilir. Öte yandan çalışmada kullanılan ve Şehremaneti çalışmalarından örnekler veren birçok arşiv vesikasının da ilk kez kullanıldığı düşünülmektedir. Bilhassa, ileride değinileceği üzere, Hariciye Nezareti Tercüme Odası tarafından Fransızcadan Türkçeye tercüme edilmiş olan, altmış üç maddeden müteşekkil "Şehremaneti'ne Dair Nizamname" başlıklı kanun taslağı olduğu düşünülen evraka, bu hususta yapılan ve tarafımızca incelenen hiçbir çalışmada rastlanılmaması bu çalışmayı orijinal kılan bir diğer noktadır. Yine Şehremaneti'ne ilk dönemi itibariyle verilmiş birtakım yetkilerin tespiti de bu çalışmayı hususileştirmektedir.

Çalışmanın anılan perspektiften ele alınabilmesi için konunun 3 ana başlıkta incelenmesinde yarar vardır. İlk olarak Şehremaneti'nin farkının ortaya konulabilmesi için Şehremaneti'nin kuruluşu öncesindeki beledi düzen, kurulma sebepleri ve mevzuatı incelenecektir. Akabinde ikinci bölümde Şehremaneti'nin yapısı, görevleri ve mali durumu ele alınacak, son bölümde de İntizam-ı Şehir Komisyonu ve bu dört yıllık sürenin ürünü olan Altıncı Daire-i Belediye'den bahsedilecektir.

Birinci başlıkta öncelikle Şehremaneti'nden önceki dönemde İstanbul'da beledi hizmetlerin görülmesinden sorumlu İhtisap Nezareti konu bakımından önem arz ettiğinden, İhtisap Nezareti'nin kurulma sebepleri ile kuruluş mevzuatı değerlendirilecek, İhtisap Nezareti ve

Şehremaneti mukayese edilecek, modern belediye arayışı ile Şehremaneti'ne geçişin sebepleri incelenecektir. Akabinde Şehremaneti'nin Osmanlı idaresindeki konumu ve nihayet kuruluş mevzuatı ele alınacaktır. Bu başlıkların incelenmesinin sebebi, Şehremaneti'nin kurumsal ve mevzuat olarak ne gibi yenilikleri ihtiva ettiğinin tespiti ile öncesi ve sonrası arasında mukayese olanak sağlanması istemidir.

İkinci başlıkta Şehremaneti'nin yapısı irdelenmesi, bu bağlamda şehremini, şehir meclisi ve diğer görevlilere dair edinilen bilgilerin sunulması planlanmıştır. Akabinde Şehremaneti'nin vazifeleri ve çalışmalarından örnekler sunulacak, kurumun mali durumu da sınırlı bilgi kaynaklarına dayanılarak ele alınmaya çalışılacaktır.

Üçüncü başlıkta ise modern belediyeçilik çalışmalarında önemli bir diğer adım olan İntizam-ı Şehir Komisyonu ve nihayet Altıncı Daire-i Belediye üzerinde durulacaktır. Bu başlıkların incelenme sebebi ise kısa sürede başarısızlığına hükmedilen Şehremaneti'nin, kendisinden sonraki kurumlarla mukayesesini sağlamaktır. Bu sebeple Altıncı Daire'ye dair kısımda bu kurum bütünüyle ele alınmayacak, yalnız Şehremaneti ile mukayese edilmesi ve aradaki geçişin izah edilmesi amaçlanarak bu müesseseye dair ilgili konulara yer verilecektir.

Çalışmanın nihai amacı, ilk İstanbul Belediyesi olarak kabul edilen Şehremaneti'ne hukuk tarihi perspektifinden bakarak bu idari yapıyı ele almaktır. Böylelikle Osmanlı belediyeçiliğinin klasik dönem ile Tanzimat dönemi arasındaki farklılıklar irdelenebilecek, Şehremaneti tecrübesinin bugünkü belediyeçiliğe etkileri tartışılabilecektir.

## I. İHTİSAP NEZARETİNİN İLGASI VE ŞEHREMANETİ'NİN KURULUŞU

Bu başlık altında Şehremaneti'nden önce belediye hizmetlerinin görülüş usulü ile buna ilişkin mevzuat ve müesseseler incelenecektir.

### A. ŞEHREMANETİ ÖNCESİNDE İSTANBUL'DA BELEDİYE HİZMETLERİNİN GÖRÜLÜŞÜ

Tanzimat'a kadarki dönemde İstanbul, belediye hizmetlerinin görülmesi bakımından Dersaadet ve Bilâd-ı Selâse (*Eyüp, Galata, Üsküdar*) olmak üzere dört bölgeye (kazaya), bu dört bölge de kendi içinde kırk şubeye (mahkemeye) ayrılmış ve bu bölgelerin her birisine birer kadı tayin edilmiştir<sup>2</sup>. Dersaadet kadısı hepsinin üstünde olup doğrudan Sadaret'ten emir almıştır<sup>3</sup>. Dersaadet kadısı, İstanbul şehrinin hem belediye başkanı hem valisi ve hem de hakimidir<sup>4</sup>. Bu minvalde, Osmanlı Devleti'nde modern belediyeçilik çalışmalarına kadarki dönemde belediye hizmetleri bakımından en önemli müessese kadılıktır. Toplumda meydana gelen sorunların izalesi kadıların görevi olarak görüldüğünden, belediyeçilik hizmetleri de bu

<sup>1</sup> Mehmet İpşirli, "Bilad-ı Selâse", İstanbul: DİA, 1992, s. 151-152.

<sup>2</sup> Osman Nuri Ergin, *Muhtasar Mecelle-i Umûr-ı Belediye*, İstanbul: İBB Kültür İşleri Daire Başkanlığı, 2017, s. 37.

<sup>3</sup> Osman Nuri Ergin, *Mecelle-i Umûr-ı Belediye*, C.3, İstanbul: İBB Kültür İşleri Daire Başkanlığı, 1995, s.1266; Bilal Eryılmaz, *Tanzimat ve Yönetimde Modernleşme*, İstanbul: İşaret, 2017, s.207.

<sup>4</sup> Ergin, *Mecelle*, C.3, s.1266.

minvalde değerlendirilmiştir<sup>5</sup>. Kadı, bulunduğu bölgenin hem yargı mercii hem vakıf-pazar-esnaf denetçisi ve hem de diğer bazı beledi işler yetkilisidir<sup>6</sup>. Doğrudan merkeze bağlılığı sebebiyle bulunduğu şehrin düzeninden sorumlu tutulan kadının, çok önemli yetkileri de vardır. Bu yetkiler; çarşı-pazardaki fiyat ve ürünlerin uygunluğunun denetimi, mimari düzenin muhafazası, ahalinin zorunlu ihtiyaçlarının temini, vakıf ve lonca gibi kurumlar üzerindeki kontrol yetkisi gibi yetkililerdir<sup>7</sup>.

Tanzimat öncesinde belediyecilik işlerini gördüğü söylenen ihtisap ağaları (muhtesipler), mezkûr dönemde kadıların maiyetindeki icra memuru veya zabıta müfettişliği konumunda olmuşlardır<sup>8</sup>. Hemen hemen her İslam Devleti'nde görülen<sup>9</sup> muhtesibin, kadı maiyetinde çalışmasına rağmen, şehrin esnaf düzeninin sağlanmasında isminin yalnız başına anılmasının sebebi olarak kadıların adli görevlerinin yoğunluğu gösterilmekte ve bu nedenle muhtesibin esnaf denetimi hususunda öne çıktığı söylenmektedir<sup>10</sup>.

Kadının emri altında çalışan bir diğer görevli de subaşısıdır. Subaşısının aslında Yeniçeri Ocağı'ndan olduğu, ama bazı adli ve beledi görevleri bakımından kadının emri altında çalıştığı; şehir subaşısı ve tahir subaşısı olmak üzere iki türlü subaşılığın olduğu; şehir subaşısının kadının kararlarının icrası, suçluların yakalanması, çarşı-pazarın denetlenmesi ve kabahatli olanların cezalandırılması, yenilenmesi gerekli olan kaldırım ve yolların ilgili görevliye bildirilmesi, şehrin temizliğinin denetlenmesi gibi adli ve idari görevlerinin olduğu; tahir subaşısının ise emrindeki acemioğlanları ile temizlik alanındaki faaliyetlerde görevli olduğu söylenmiştir<sup>11</sup>.

Osmanlı Devleti'nde kadı, muhtesip ve subaşı dışında, beledi hizmetler gördüğü söylenebilecek bazı görevliler daha vardır. Örneğin mimarbaşı ve onun emri altında bulunan hassa mimarlar ocağı, şehrin mimari durumunun denetlenmesi, bazı standartlar içinde tutulmasının sağlanması, ahalinin yaptırdığı binalara ruhsat verilmesi, standartlara aykırı yapıların yıkılması, şehrin su ihtiyacının yerine getirilmesi, yangınlara karşı tedbirlerin alınması gibi işlerde görevli olmuşlardır. Nitekim bunların yaptıkları denetimlerde, uyulması gereken kurallara aykırı davranan kişiler hakkındaki yargı sürecinin yürütülmesinde mimarbaşılık ve kadılık birlikte çalışmışlardır<sup>12</sup>.

Şu ana kadar bahsedilen kadılık, mimarbaşılık ve onlarla çalışan muhtesip, subaşı, mimarlar ocağı gibi kişi ve kurumlar, kamu hizmetinin görülmesinde görevli devlet memurlarıdır. Bununla birlikte Osmanlı Devleti'nde kamu kurumları dışında, kamu hizmeti gören önemli üç müessese daha vardır ki bunlar vakıflar, esnaf loncaları ve mahallelerdir.

Vakıflar, devlet tarafından genel nizama ve vakıf senedindeki şartlara uygunluk bakım-larından kadı tarafından denetlenmişlerdir ve genellikle umuma açık olmalarıyla kamu hizmeti

<sup>5</sup> Ergin, *Mecelle*, C.3, s.1265.

<sup>6</sup> Halil Cin & Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya: Sayram, 2021, s. 172.

<sup>7</sup> Tarkan Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, İstanbul: Yeditepe, 2011, s. 3-4.

<sup>8</sup> Ergin, *Mecelle*, C.3, s.1267.

<sup>9</sup> Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, 7. Bs., İstanbul: Arı, 2021, s. 278; İlhan Akbulut, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Timaş, 2018, s. 271.

<sup>10</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 5.

<sup>11</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 6.

<sup>12</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 7.

vazifesi gören camii, medrese, aş evi, kütüphane, çarşı gibi toplum yaşamının temel yapılarını inşaada aktif rol almışlardır<sup>13</sup>.

Esnaf loncaları, esnafın ticari faaliyetlerini tamamlamak üzere, mal ve hizmetlere ilişkin tedarik, dağıtım ve arz işlemlerinin temel örgütü olarak karşımıza çıkmaktadır. Yönetimini şeyh, kethüda, yiğitbaşı ve ehl-i hibrenin oluşturduğu esnaf loncalarının, devlet görevlileri, ilim adamları ve ordu mensupları dışında kalan şehrin neredeyse bütün erkeklerini kapsadığı söylenmektedir<sup>14</sup>. Devletten bağımsız bir mali düzenleri olan loncalar, her ne kadar devlet müdahalesinden arı olmasalar da yöneticilerini de kendileri seçebildikleri için<sup>15</sup> hem mali hem idari olarak -neredeyse- özerk kabul edilmişlerdir. Kamu hizmetinin görülmesi bakımından loncaların, çarşı yollarının iyileştirilmesi, temizliği, aydınlatılması, suyun temini, esnafın eğitilmesi ve ürünlerin kalitesi gibi işlevleri söz konusu olmuştur<sup>16</sup>. Loncalar bu hizmetleri başkanları sayılan kethüdalar<sup>17</sup> ve onların yardımcısı konumundaki yiğitbaşı<sup>18</sup>, nakib<sup>19</sup> gibi görevliler vasıtasıyla gerçekleştirmiştir. Ayrıca ürün kalitesi gibi ayrıntılı bilgi gerektiren konularda ehl-i hibre denen bilirkişilerden faydalanılmıştır<sup>20</sup>.

Mahalleler, genellikle bir camii veya kilise etrafında konumlanan, aynı kültürlerden ve birbirlerine arasında kefalet benzeri bir sosyal sorumlulukla bağlı olan kişilerin oluşturduğu temel yönetim birimlerini ifade etmektedir<sup>21</sup>. Resmi ilanların mahalle sakinlerine duyurulması, doğum, ölüm, evlenme, boşanma gibi hususların takibi, mahallenin ortak mekanlarının temizliği, bakımı, tamiri, aydınlatılması gibi çeşitli belediyeçilik vazifeleri olan mahalle yönetimi,

<sup>13</sup> Hacı Mehmet Günay, "Vakıf", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://Islamansiklopedisi.Org.Tr/Vakif#1> (30.03.2022); Mübahat S. Kütükoğlu, *Osmanlı'nın Sosyo-Kültürel ve İktisadi Yapısı*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2020, s. 60 vd.

<sup>14</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 8; Ahmet Kal'a, "LONCA", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/lonca> (15.03.2022).

<sup>15</sup> Abdullah İslamoğlu, "Osmanlı Devleti'nde Esnaf Loncaları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası-Ord. Prof. Dr. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı*, cilt LXXV, 2017, s. 452.

<sup>16</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 6.

<sup>17</sup> Lonca reisi konumundaki kethüdaların bu makamları kapsamındaki başlıca görevleri şöyle sayılmıştır: "...Esnaf kethüdâ veya kâhyalarının başlıca görevleri, loncaya hükümete karşı temsil etmek ve hükümetin emirlerini üyelere bildirecek uygulanmasını sağlamak, esnaf arasındaki anlaşmazlıkları halletmek, birikimleri uygun şekilde kullanmak, yönetim kuruluna başkanlık etmek, esnaflığa girişte ve burada yükselişte törenler düzenlemek, esnafa verilecek narhların belirleneceği toplantılara katılarak bu narhlar üzerinden satış yapılmasını, haksız rekabete girilmesini sağlamak ve bunun için tedbir almak, hükümetin istediği hizmet, ihtiyaç ve iş gücü ile esnaf ve sanatkârlara gerekli ham maddeyi temin ve tevzi etmek..." Bkz.: Mehmet Canatar, "KETHÜDÂ", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kethuda> (30.03.2022).

<sup>18</sup> Yiğitbaşı, Osmanlı Devleti'nde kethüdanın yardımcısı olarak tanımlanmıştır. Esnaf ile kethüda arasındaki iletişimi yiğitbaşının sağladığı, esnafı kethüda adına kadı mahkemelerinde temsil ettiği, esnafa verilen cezaların infazını sağladığı bilinmektedir. Bkz.: İlhan Şahin, "YİĞİTBAŞI", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/yigitbasi> (30.03.2022).

<sup>19</sup> Nakib Osmanlı'da kethüda yardımcısı arasında sayılmakla birlikte, görevleriyle ilgili ayrıntılı bilgilerin fütüvvetnamelerde yer aldığı söylenmiştir. Bkz.: Gülgün Uyar, "NAKİB", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/nakib> (30.03.2022).

<sup>20</sup> Loncaların daimi üyeleri olan ehl-i hibre grubu, esnaf teşkilatı içinden seçilen, mesleklerinin inceliklerine vakıf olan kişilerden oluşmaktadır. Bilirkişiler olarak bilinen ehl-i hibre grubunun esnaf ile tacirler arasındaki uyumsuzluklarda hakemlik yapmak, narh belirlemek gibi görevleri olduğu söylenmiştir. Bkz. Ahmet Kılınc, *Osmanlı Yargılamada Bilirkişilik*, Ankara: Adalet, 2019, s. 110.

<sup>21</sup> Kütükoğlu, *Osmanlı'nın Sosyo-Kültürel ve İktisadi Yapısı*, s. 22-24.

başkan olan imam ve müteveli heyetinden oluşmuştur<sup>22</sup>. Mahalle yönetiminin mali kaynağı ise mahalle sakinlerinin katkılarıyla oluşturulan “Avarız Akçesi Vakfı” isimli yapıdır<sup>23</sup>. Avarız Vakfı, Avarız Akçesi veya Avarız Sandığı olarak da anılan bu yapının mali gücü, yangınlar, depremler, su baskını ve salgın hastalıklar gibi doğal afetlerin meydana getirdiği zararların giderilmesinde, fakir, dul ve yetimlerin ihtiyaçlarının temin edilmesinde, kimsesiz kızların evlendirilmesinde, yine kimsesiz cenazelerin defninde, mahallenin su tesisatı, kaldırımlarının inşa ve tamiri, mahalle okulunun inşa ve tamiri, yeni iş kuracak kimselerin sermaye ihtiyaçlarının giderilmesi gibi birçok konuda mahalle sakinlerine destek sağlamıştır<sup>24</sup>. Tabii olarak bu müesseselerin hepsinin aynı dönemde aynı güçte olmadığını söylemek gerekir. Kimi zaman ve mekânda vakıflar, kimi zaman ve mekânda ise esnaf ön planda olmuştur.

Tanzimat dönemine doğru ilerleyişte, Osmanlı'nın içinde bulunduğu olumsuz durumdan mahalleler de paylarına düşeni almışlar; bir yandan taşradan İstanbul'a yaşanan yoğun göç mahalle idaresindeki organizasyonu ve denetimi imkânsız hale getirmiş, diğer yandan varlıklı ailelerin kendileriyle aynı statüde diğer ailelerle komşu olmak üzere yer değiştirmeleri, bazı kesimlerin çok fakir, bazı kesimlerin çok zengin olmaları ve sosyal dengenin bozulması sonucunu doğurmuştur. Sosyo-ekonomik dengenin bozulması, vakıflarda ortaya çıkan yolsuzluk olayları ve devletin bunların önüne geçememesi, vakıf sisteminin bozulmasına ve vakıfların ikame ettiği kamu hizmetinin aksamasına neden olmuştur. Bu aksaklıkların izalesi için 1836 yılında Evkaf Nezareti kurulmuştur. Fakat Evkaf Nezareti'nin de yolsuzlukları önleyemediği söylenmektedir<sup>25</sup>.

Bu gelişmelerle birlikte, 1826 yılında Yeniçeri Ocağı kaldırılmış, yukarıda bahsedilen ve Yeniçeri Ocağı üyesi olan subaşılık gibi kolluk birimleri de ilga edilmiş, bu nedenle kadının beledi anlamdaki yetkileri tabiatıyla sınırlanmıştır. Kadının sadarete bağlı olması kuralından şeyhülislama bağlı olması kuralına geçilmesinin de kadının şehirdeki denetim ve beledi faaliyetleri yerine yalnız hukuk hâkimliği vazifesini vurguladığı düşünülebilir. Bu hususta Ergin, kadınların belediye işlerinde çok önemli hizmetlerinin bulunduğunu, kadınları etkisiz hale getiren dönüşümün neticede faydalı olmadığını, “*yıkılan şeyin yerine her nedense daha iyisi konulmadığını*” ifade etmiştir<sup>26</sup>. Öte yandan bu noktada Tanzimat'ın “düalist” olarak nitelendirilen hukuki yapısına da dikkat çekmek gerekir<sup>27</sup>. Zira ülkenin iktisadi ve sosyal bozulmalarına paralel olarak bozulan hukuki yapı yeni düzenlemeler yapılmasını gerektirmiş, bu düzenlemelerin bir kısmı dönemin genel eğilimine benzer şekilde Avrupa'dan ilhamla yapılmıştır<sup>28</sup>. Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile başlayan ve çok sayıda kanun ile devam eden resepsiyon süreci,

<sup>22</sup> Ali Murat Yel, Mustafa Sabri Küçükbaşçı, "MAHALLE", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mahalle> (30.03.2022).

<sup>23</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 10.

<sup>24</sup> Mehmet İpşirli, “Avarız Vakfı”, cilt 4, İstanbul: DİA, 1991, s. 109.

<sup>25</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 14.

<sup>26</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1267.

<sup>27</sup> Ahmet Kılıç & Davut Yıldırım, “Tanzimat Dönemi Düalist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yanışması”, *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları-Kamu Hukuku*, ed. Nuran Koyuncu & Abdülkadir Yıldız, Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 175 vd.

<sup>28</sup> Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, 3. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2020, s. 48 vd.

Osmanlı'nın en temel hukuki müessesesi denebilecek kadılık kurumunda da değişikliğe yol açmıştır<sup>29</sup>. Adli yetkileri nizamiye mahkemeleri lehine daraltılan kadıların belediyeçilik faaliyetlerine ilişkin yetkileri de daraltılmıştır<sup>30</sup>. Böylelikle klasik dönemdeki belediye fonksiyonları ifa eden kadı ve yardımcılarını, yerlerini Tanzimat'ın yenileşme anlayışına uygun bir başka müesseseye bırakmışlardır<sup>31</sup>. Bu müessese 1826 yılında kurulan İhtisap Nezareti'dir.

Görüldüğü üzere, Osmanlı Devleti'nde ilk modern belediyeçilik çalışması kabul edilen<sup>32</sup> 1855 tarihli Şehremaneti'ne gelinceye kadar, belediyeçilik faaliyetleri kadılar, muhtesipler, mimar ağalar ve bazı diğer devlet görevlileri ile vakıflar ve loncalar gibi kurumlar tarafından ifa edilmiştir. Tanzimat'a yaklaşıırken, şehir idaresinin sağlanması ihtiyacına binaen 1826 yılında İhtisap Ağalığı Nizamnamesi ile doğrudan sadrazamlığa bağlı olan bir İhtisap Nezareti kurulmuştur<sup>33</sup>. Sonrasında 1845'te Polis Teşkilatı ve 1846'da Zaptiye Müdüriyeti kurulmuş, bunlardan sonra İhtisap Nezareti'nin önemi azalmış ve İhtisap Nezareti yalnız narh ve esnaf işlerine bakan bir kurum haline gelmiştir<sup>34</sup>. Bu gelişmeler sonrasında 1850 yılında İhtisap Nezareti önce Zaptiye Nezareti'ne bağlanmış, esnaflara ilişkin işlerin yürütülmesi için de "Es'ar Meclisi" kurulmuş, 1852 yılında İhtisap Nezareti esnaflarla ilgili işleri görmek üzere ihya edilmiş, 1855 yılında tamamen ortadan kaldırılmış ve yerine İstanbul Şehremaneti kurulmuştur<sup>35</sup>. Bu halde, Şehremaneti ile ondan önceki benzer kurum olan İhtisap Nezareti'ni mukayese etmekte yarar görülebilir.

## B. İHTİSAP NEZARETİ

Osman Nuri Ergin, Şehremaneti'nin kuruluş nizamnamesi ile belediye işlere bir çözüm veya iyileştirme getirilmediğini, yalnız kurumların isim değiştirdiğini düşünmektedir. Ona göre, Meclis-i Ali-i Tanzimat tarafından bir nizamname yapılmasıyla İhtisap Nezareti'nin isminin Şehremaneti olarak değiştirilmesi, İstanbul'un belediyeçiliğe ilişkin sorunlarını çözememiştir<sup>36</sup>. Ergin bunun sebebi olarak, Şehir Meclisi üyelerinin belediyeçiliğe ilişkin konulardaki bilgi ve tecrübelerinin eksik veya hiç hükmünde olduğunu; Şehremaneti'ne başkanlık eden şehremanetlerinin bilgi ve tecrübelerinin de İhtisap nazırlarından daha fazla olmamasını ileri sürmüştür<sup>37</sup>.

Bu minvalde, bu başlık altında, Şehremaneti'nin yerine kurulduğu İhtisap Nezareti'nden nispeten ayrıntılı olarak bahsedilecek ve ilk dönem Şehremaneti ile İhtisap Nezareti mukayese edilmeye çalışılacaktır. Böylelikle getirilen yeniliğin niteliği değerlendirilmeye çalışılacaktır.

<sup>29</sup> Kılınc & Yıldırım, "Tanzimat Dönemi Döualist Hukuk Yapısı", s. 176.

<sup>30</sup> Semra Betül Doğangüzel, "Tanzimat Döneminin Şeriye Mahkemeleri ve Kadıların Değişim Sürecine Etkisi", *Adalet Dergisi*, cilt 1-2, sayı 62-63, 2019, s. 57.

<sup>31</sup> Ekrem Buğra Ekinci, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*, 2. Baskı, İstanbul: Arı Sanat, 2017, s. 298.

<sup>32</sup> Abdullah İslamoğlu, "Osmanlı Devleti'nde Modern Belediye'nin Hukuksal Açından Kurumsallaşması" (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s.137.

<sup>33</sup> Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, 1. Kitap, İstanbul: Fey Vakfı Yayınları, 1990, s.237; Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, s. 573.

<sup>34</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1. Kitap, s. 237.

<sup>35</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1. Kitap, s. 237; Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 14.

<sup>36</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1274.

<sup>37</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1274.



## 1. İhtisap Nezareti'nin Kuruluşundan Önce Muhtesiplik

Sözlükte ihtisap kelimesi çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Kamus-i Türki'de ihtisap, *hesap sorma, hesaba çekme, mücazat, vaktiyle polis ve belediye vazifesini ifa eden, esnafın ölçülerine nezaret etmek olan muhtesip veya ihtisap ağası memuriyeti ve dairesi, bu daireye ait vergi, şehremini* gibi çeşitli şekillerde tanımlanmıştır<sup>38</sup>. Burada ihtisap kelimesinin karşılığı olarak şehremini denildiği görülmektedir. Bir diğer sözlükte ihtisap, *hesap sorma, mesuliyet, belediye memurlarının işi ve dairesi, bu dairenin aldığı vergi* olarak geçmektedir<sup>39</sup>. Benzer şekilde farklı bir sözlükte ihtisap, *hesap sorma, sorumluluk, belediye dairesi ve vergisi* olarak tanımlanmıştır<sup>40</sup>. Görüldüğü üzere, sözlük anlamı bakımından ihtisap, belediyecilik ile ilişkili olarak değerlendirilmiştir.

İhtisap teşkilatı, yukarıda bahsedildiği üzere hemen hemen tüm İslam devletlerinde görülmektedir<sup>41</sup>. Bu kavramın İslam devlet idaresine dair tanımı “*Devletin vaz’ ettiği kanunları icra, aykırı hareketlerden sakındırma ve belde ahalisinin işlerini İslam hukukunun esasları çerçevesinde kontrol etmek görevi*” olarak yapılabilir<sup>42</sup>. Osmanlı’da da ihtisap müessesesinin, bu tanımla hemen hemen aynı şekilde işlediği söylenebilir. Bu müessesenin öznesi olan muhtesip, bir yıllık sürelerle kamu hizmetinin ifası ile görevlendirilen, emri altındaki koloğlanlarla çalışan bir görevlidir<sup>43</sup>. İhtisap Nezareti’nin kurulmasına kadarki dönemde, ihtisap hizmetinin muhtesibe tevdi edilmesi ihale usulüyle olmuştur. İltizam usulüne uygun şekilde, her yıl ahalinin güvenilir kimselerinden birisi iltizam usulüne uygun olarak, bir bedel mukabilinde bu görevi devralmış, bir kısmı kendi gelirini oluşturmak üzere ihtisap rüsumu toplamıştır<sup>44</sup>. Bir kimsenin muhtesip olabilmesi için Müslüman, erkek, tam ehliyetli, adil, muktedir, ilim ve fazilet sahibi olması ve usulünce tayin edilmesi şart koşulmuştur<sup>45</sup>.

Osmanlı Devleti’nde her kadı atanan yere bir de muhtesip atanmış, buldukları yerlerde muhtesipler, kadı yardımcısı olarak, kadı denetiminde çalışmışlardır<sup>46</sup>. İhtisap ağası veya ihtisap emini de denilen muhtesibin başlıca görevleri esnafın fiyat ve ürün kalitesi bakımından denetlenmesi, işyerleri için ruhsat verilmesi, posta işlerine bakılması, kamu sağlığının korunması, hayvanların, kölelerin, kiracıların, işçilerin ve çocukların korunması ve bazı vergilerin tahsili gibi görevlerdir<sup>47</sup>. Aynı zamanda muhtesip, görev alanına giren konularda yaptırım uygulama yetkisini de haiz olmuştur. Bu bakımdan muhtesibin hem beledi hem de kazai yetkileri

<sup>38</sup> Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türki*, İstanbul: Kapı, 2011, s. 75.

<sup>39</sup> Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Ankara: Aydın, 2017, s. 483.

<sup>40</sup> Mehmet Kanar, *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, İstanbul: Say, 2008, s. 366.

<sup>41</sup> Hisbe teşkilatının Hz. Peygamber devrinden beri var olduğu, Hz. Ömer’in Medine, Hz. Sa’d b. As’ın Mekke muhtesipleri olduğu, bu teşkilatın zamanla genişlediği, Abbasi Devleti’nde darü’l-hisbe ismiyle mevcut olduğu, Fatımi ve Eyyubilerde de görüldüğü söylenmektedir. İslamiyet sonrası Türk devletlerinde de hisbe teşkilatına rastlandığı, Selçuklularda merkez örgütünün bir kolu olarak Divan-ı Muhtesib’in bulunduğu, bu teşkilatın Anadolu Selçuklularında da sürdüğü bilinmektedir. Bkz. Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1. Kitap, s. 235.

<sup>42</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1. Kitap, s. 234.

<sup>43</sup> Bu isim kimi eserlerde ‘kul oğlan’ olarak geçmektedir. Bkz.: Akbulut, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 271.

<sup>44</sup> Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, s. 279.

<sup>45</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1. Kitap, s. 234.

<sup>46</sup> Ziya Kazıcı, *İslam Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi*, 5. Bs., İstanbul: İFAV, 2003, s. 225; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1. Kitap, s. 235.

<sup>47</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1. Kitap, s. 235; Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, s. 279.

olduğu söylenebilir. Öte yandan, muhtesibin ibadetlerinin ifasını denetlemek, İslam hukukuna göre caiz olmayan fiillerin yapılmasını önlemek gibi dini vazifeleri de söz konusu olmuştur<sup>48</sup>.

İhtisaba ilişkin hususlarda erken dönemlerden itibaren neşredilen İhtisap Kanunnameleri, muhtesiplerin idari konularının yasal kaynaklarını oluşturmuştur<sup>49</sup>. Örneğin 1501 tarihli olduğu düşünülen II. Bayezid'in İstanbul İhtisap Kanunnamesi klasik döneme örnek olmak üzere ele alınabilir<sup>50</sup>. Bu kanunname öncelikle çarşı-pazar nizamından bahsedilmiş, akabinde bu nizama uymayan esnafın muhtesiplerce dayak, hapis ve para cezalarıyla cezalandırılmalarına yönelik hükümler verilmiştir. Diğer bir örnek olarak, bu kanunnameden yaklaşık yüz yıl sonra, 1603 yılında tahta geçen I. Ahmet'in Kanun-i Osmâni'si verilebilir. Bu Kanunname'nin 'Der Beyân-i Kanunnâme-i Sultânî fi Ahvâl-i İhtisâb' başlıklı bölümde muhtesiplerin görevlerinden bahsedilmiştir. Buna göre muhtesip, kadı marifetiyle narh belirleyecek, narhın belirlenmesinde buldukları yer ahâlisinin durumunu gözetecek, narhın belirlenmesinde azami derecede dikkat edecek, nizama aykırı davrananların 'hakkından gelecek', eğer muhtesip görevini yapmak konusunda kusurlu davranırsa bu kez muhtesibin statüsüne göre kadı onu ya bizzat cezalandıracak veya merkeze bildirecektir<sup>51</sup>. Kanunname'ye göre muhtesip yalnız yiyecek ve içecek nizamından sorumlu değildir. Aynı zamanda at, katır ve eşeğin nalsız yürümemesi, bu hayvanlara taşıyabileceklerinin üstünde yük yüklenmemesi, aruk ve zebun (zayıf ve güçsüz) davranın kullanılmaması, bu hükümlere aykırı davrananların ise kadı vasıtasıyla cezalandırılabilmesi muhtesiplere salık verilmiştir<sup>52</sup>. Bu düzenlemelerin uygulamaya yansımaları sicil kayıtlarında görmek mümkündür. Örneğin 1519 yılına ait bir kadı sicil kaydına göre, nalbant olan Nasuh b. Abdullah isimli kişi, bir katırı belirlenen narhtan bir akçe daha fazlaya nallamış, bu husus muhtesip tarafından tespit edilmiş ve kadıya bildirilmiştir<sup>53</sup>. Yine narhtan eksik fiyata satımlar da tespit ve tescil edilmiştir<sup>54</sup>. Benzer bir başka örnek, satılan malın miktarında tespit edilen eksikliğe ilişkindir<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1. Kitap, s. 235.

<sup>49</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 5.

<sup>50</sup> Akgündüz bu kanunname ile ilgili çalışmasında "Osmanlı Devleti'nde belediye teşkilatına hisbe veya ihtisap müessesesi denildiğini biliyoruz." demektedir. Bkz. Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1. Kitap, s. 378 vd.

<sup>51</sup> Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, 9. Kitap, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1996, s. 524.

<sup>52</sup> Burada muhtesibin cezalandırma hususunda kendi iradesinin bulunmadığını, ceza kararını mutlaka kadının verdiği ve muhtesibin yalnız ifa görevlisi olduğunun vurgulamak gerekir. Bkz. Ahmet Kılınç, *Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihinde Teşhir Cezası*, Ankara: Adalet, 2014, s. 263.

<sup>53</sup> Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H.919-927 / M. 1513-1521). / Bilgin Aydın, Ekrem Tak ; proje yönetmeni M. Akif Aydın ; ed. Coşkun Yılmaz. -- İstanbul : Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2008, cilt 1, s. 347, hüküm 619, orijinal metin no: [97a-4].

<sup>54</sup> Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H.919-927 / M. 1513-1521). / Bilgin Aydın, Ekrem Tak ; proje yönetmeni M. Akif Aydın ; ed. Coşkun Yılmaz. -- İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2008, cilt 1, s. 365, hüküm 656, orijinal metin no: [101a-3].

<sup>55</sup> Bir buçuk akçe bedel ile satılan yağurdun miktarında eksiklik bulunduğu ve muhtesibin tespit ve talebiyle konunun kadı mahkemesine taşındığına ilişkin karar için: İstanbul Kadı Sicilleri 42 Beşiktaş Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 966-968 / M. 1558-1561) / proje yönetmeni M. Akif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Yılmaz Karaca – Sinan Satar; Arapça çeviri Mehmet Akman; kontrol M. Akif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul: Kültür AŞ, 2019, cilt 42, sayfa 195, hüküm no 368, orijinal metin no: [45a-1].

Görüldüğü üzere, klasik dönemde ihtisap teşkilatı bilhassa vergilerin tahsili, çarşı-pazarın denetlenmesi ve toplumsal düzenin sağlanması gibi konularda genel ve kapsamlı bir işlev görmüşlerdir. Ne var ki ilerleyen süreçte bu müessesede bozulmalar meydana gelmiş, artık düzen sağlanamaz olmuş ve bu nedenle toplumsal düzenin ve nizamın sağlanması için öncelikle ihtisap müessesinin düzene girmesi gerekli görülmüştür. Bu kanaat neticesinde 1826 yılında İhtisap Ağalığı Nizamnamesi neşrolunmuştur.

## 2. İhtisap Nezareti'nin Kuruluşundan Sonra Muhtesiplik

1826 tarihli İhtisap Ağalığı Nizamnamesi ile İhtisap Nezareti'nin kurulduğu, ihtisap ağası / nazırı olarak da Humbaracıbaşı Mustafa Ağa'nın tayin edildiği nizamnameden anlaşılmaktadır. Nizamname'nin giriş kısmında, kanunun kısa gerekçesi mahiyetinde bu nizamnameye niçin ihtiyaç duyulduğu izah edilmiştir. Nizamname'de yer alan ifade şu şekildedir:

Kanun-ı İhtisap dahi şiraze-i nizam-ı beldenin azam u akvası olup...bir müddetten beri bazı arızât hayluletiyle şiraze-i nizamı külliyyen muhtell olmuş olduğundan, bu defa saye-i ma'delet-vaye-i şahanede bu hususa dair hüsn-i suret verilmek üzere...tesis-i nizam olunur ki<sup>56</sup>.

Bu ifadeye göre, ihtisap kanunları, bir bölgedeki nizamın en büyük ve güçlü terazisi olup, bir süredir bazı sorunların görülmesiyle bu düzen terazisi bozulmuş, bu sebeple de bu hususa güzel bir hal verilmek üzere bu kanun tesis edilmiştir.

Nizamname'nin incelenmesine geçmeden önce, bu düzenlemenin modern kanunlaştırma sistematüğinde olmadığını söylemek gerekir. Zira bentlerde numaralandırma mevcut değildir. Keza madde başlıkları da bulunmamaktadır. Şekil olarak Nizamname, klasik dönem kodifikasyonlarına benzemektedir. Ayrıca Nizamname ile yapılacak her bir düzenleme için ilgili paragrafta uzun uzadıya gerekçe belirtildiği ve hükümlerin de geniş şekilde ele alındığı görülmektedir.

Nizamname giriş kısmından sonraki ilk paragrafta ihtisap ağasının çalışma mekânı düzenlenmiştir. Buna göre Çardak İskelesi'nin yanında olan Elli Altı Kahvesi ihtisaba tahsis edilmiş, bir de ihtisap ağası konağı inşa edilmesine karar verilmiştir<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> İhtisap Ağalığı Nizamnamesi, Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.1, s. 328.

<sup>57</sup> Çardak İskelesi'nin bugün Haliç'te, Galata Köprüsü'nün Eminönü ile buluşan ucunun sağ kısmında bulunduğu tahmin edilmektedir. Elli Altı Kahvesi ise 1730 tarihindeki yeniçeri isyanında Patrona Halil'in en yakın arkadaşı olan 56. Çardak Kolluğu çorbacısı Kahveci Ali Ağa'nın işletmiş olduğu bir kahvehanedir. Bu kahvehane ile ilgili olarak açık kimliği bilinmeyen Kalender mahlası bir halk ozanı tarafından kaleme alınan bir destan olduğu rivayet edilmektedir. Destanın bir kısmı şöyledir:

“Çardaktaki Elli Altı Kahvesi  
Lebi deryada muhabbet kafesi  
Peykeler müzeyyen, âli sofralar  
Cümle levâzımı mükemmel hepsi  
\*\*\*Beyan idem size bir bir ey yârân  
Tâ ki okuyanı bırakam hayran  
Anda abâd oldu bu dil-i virân  
Yani çorbacının doldu kisesi”

[Reşad Ekrem Koçu, Mehmet Ali Akbay, *İstanbul Ansiklopedisi*, cilt 7, İstanbul: İstanbul Ansiklopedisi ve Neşriyat Kollektif Şirketi, Ercan Matbaası, 1958, s. 3746.]

Nizamnamenin devamında, ihtisap hizmetinin eskiye oranla büyümesi ve muhtesip hizmetinde çalışan bazı memurların yeniçeri ocağından olup yeniçeri ocağının da kaldırılmış olması sebebiyle, muhtesibin kimlerle ve ne surette çalışacağına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Buna göre her ne kadar mevcut koloğlanları devlet malını devşirmektelerse ve işe yarar nitelikte olmasalar da, bunları tamamıyla görevden men etmek haksızlık/zulüm olabileceğinden ve İstanbul ahalişi ihtisap hizmetinde bunları görmeye alışkın olduğundan, bu kimselerin günlüğü iki kuruşa çalışmalarının devamına, esnaftan gerektiğinden fazla tahsilat yapmaları halinde haklarından gelineceğine, bu memurlardan birisi öldüğünde görevinin talep ederse evladına tevdi edilmesine, talep etmez veya evladı olmazsa yerine kefil olmak şartıyla yeni birisi seçilecektir. Bu kişilerden yevmiyeleri olan iki kuruşa kanaat etmeyenler, işe yaramayanlar veya nizamı aykırı davrananları ihtisap ağası onu görevinden uzaklaştıracak ve yerine uygun bir başka kimse bulunacaktır. İhtisap ağası denetimlerinde nizamı aykırı davranan kimselerin tazir edilmesine karar verebilir; bunun için eskiden görevli olan 'elli altılar' yeniçeri ocağının ilgasıyla ortadan kaldırıldıklarından, bu görevi ifa etmek üzere Asâkir-i Mansure'den yirmi-otuz asker bu göreve tahsis edilecektir.

Devamında, ihtisap memurlarının namaz kılmayanları ve Ramazan ayında oruç tutmayanları tahkik ve tembih edecekleri, bu kimselerden kendilerini dinlemeyenlere ve yalan yere şahitlik ettikleri sabit olanlara ihtisap ağası marifetiyle gerekli işlemlerin yapılacağı hüküm altına alınmıştır<sup>58</sup>. Bunlardan başka stokçuluğun önlenmesi, tartı ve terazinin kontrol edilmesi ve tartı-terazide hile yapanların falaka ve değnekle cezalandırılması, gerekirse hapsedilmeleri, hamamlarda Müslüman ve gayrimüslimlere aynı peştemallerin verilmesi fakat Müslüman olan ve olmayanın ayırt edilmesi için gayrimüslimlere nalin (takunya) verilmemesi, İstanbul ahalişinin çokluğu sebebiyle esnafın tespiti için güvenilir kişilerin tayini ile bu kişilerin esnafın kefilleri, isimleri ve eşkallerinin yazılması, İstanbul'a Rumeli'den gelenlerin Çekmece-i Sağır'de, Anadolu'dan gelenlerin Bostancıbaşı Köprüsü'nde tezkirelerinin kontrol edilmesi, ayrıca bu gelenlerin isim ve unvanları ile ne taraftan geldiklerinin yazılarak ihtisap ağasına sunulması, ayrıca gelenlerin tezkirelerine 'ihtisaba' şeklinde kayıt işlenmesi, bu kimselerin daha sonra Çardak'ta kurulan İhtisap Ağası Konağı'na gelerek 'ihtisaba' şeklinde kayıt düşülmüş olan tezkirelerini arz etmeleri, burada tutulacak olan Anadolu ve Rumeli defterlerine isim, eşkal, geldikleri vilayet, geldikleri gün ve gelme sebeplerinin kaydedilmesi, Çekmece ve Bostancı'da tutulan defterler ile Konak'ta tutulan bu defterlerin haftada bir mukayese edilmesi ve fazlalık çıkması halinde bunun tespit edilmesi, hamamcı, hamal, kayıkçı, mavnacı, neccar (marangoz) ve sıvacı gibi esnafın kayıtlarının tutulması ve hepsinin kefile bağlanması, Dersaadet'te bulunan doktora ilişkin düzenlemeler, Dersaadet ve Bilâd-ı Selâse'de işsiz-güçsüz kimselerin ezmemesi

\*\*\*Öte yandan, Çardak İskelesi'nin hemen yanında bulunan Değirmen Han'ın bitişiğine inşa edilmiş olan bina bugün Marmara Belediyeler Birliği binası olarak hizmet vermektedir. Zaman içinde değişikliklere uğramakla birlikte, neredeyse iki asırdır İstanbul'un beledi faaliyetlerine hizmet etmekte olan bu yapı için bkz.: <https://kulturenvanteri.com/yer/degirmen-han/#17.47/41.01893/28.968472> (15.01.2021)

<sup>58</sup> Yukarıda bahsedildiği üzere, ihtisap memurlarının bu yetkileri esasında klasik dönemde de var olan yetkileridir. Hatta muhtesipler bu gibi hallerde teşhir cezası dahi verebilmişlerdir. Bkz.: Ahmet Kılınc, "Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Teşhir Cezası", *International Journal of Science Culture and Sport*, cilt 3, sayı 4, 2015, s. 452.

ve konaklamaması için önlem alınması benzeri çok çeşitli ve ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Nizamnamenin bitiminde, bu kanunun maddelerinin yapılacak fiillerde düstur edinilmek üzere İstanbul kadısına, Tersane-i Amire'ye, mimar ağalarına ve gerekli diğer kimselere bildirildiği, gerektiğinde tadil, ilave ve değişikliklerin yapılmasının caiz olduğu yazılmıştır.

Görülüyor ki İhtisap Ağalığı Nizamnamesi, Dersaadet'teki günlük hayat ve çarşı-pazar düzeninin sağlanması için neşredilmiş çok ayrıntılı hükümlerden oluşmaktadır. Bu nizamname ile esasında klasik dönem kanunnamelerinde yer alan düzenlemeler, daha detaylı şekilde derlenip bir araya toplanmıştır. Bununla birlikte modern anlamda bir beledi teşkilatlanma kurulduğunu söylemek mümkün değildir.

Bu nizamnameden sonraki dönemde de ihtisap ağalığı, klasik dönemde olduğu üzere kadılık uhdesinde çalışmıştır. Öte yandan, bu nizamnamenin neşrinden sonra da beledi konularındaki sorunların büsbütün çözülmesi söz konusu değildir. Nitekim öncelikle 1826 tarihinde yapılan tayinden kısa bir süre sonra, 24.07.1827 tarihinde, tayin olunan Mustafa Ağa ile maiyetindeki memurların görevlerini ifa ederken gösterdikleri müsamahadan dolayı İstanbul'da şayialar vuku bulduğu, bu nedenle Mustafa Ağa ve memurlarının hapsedilmelerine ve taşınmazlarının zaptına karar verilmiştir<sup>59</sup>. Birkaç yıl sonra bu kez 21.06.1830 tarihli bir arşiv belgesinde, İstanbul'un düzeninde dikkatsiz ve özensiz davranan ihtisap ağası ve maiyetindeki memurların hapsine ve emlak ve eşyalarına el konulmasına dair bir hükme rastlanmıştır<sup>60</sup>. Böylelikle denebilir ki İhtisap Nizamnamesi, beledi sorunların çözülmesinde bir adım olmakla birlikte, aslında pek çok etkene bağlı olan bu sorunların çözülmesini sağlamamış, küresel modernleşme ve Tanzimat yenilikleri ile birlikte de beledi sorunlara ilişkin çözüm arayışı Şehremaneti'nin kurulmasını sağlamıştır. Bunun sağlanmasında, uygulayıcıların da rol oynadığı görülmektedir. Nihayet Şehremaneti'nin kurulması ile de kadıların belediye işlerine ilişkin yetkileri tümüyle bu yeni teşkilata devredilmiştir<sup>61</sup>.

### 3. İhtisap Nezareti ve Şehremaneti Mukayesesi

İncelenen kaynaklarda ve arşiv belgelerinde sık sık Şehremaneti'nin İhtisap Ağalığı yerine kurulduğundan bahsedilmektedir. Nitekim ileride görüleceği üzere Şehremaneti'nin kuruluşuna ilişkin vesikalarda da "*İhtisap Nezareti'nin lağvı ile Şehremaneti'nin kurulmasına...*" şeklinde ifadelerle rastlanmaktadır. Yine ileride bahsedileceği üzere İhtisap Nezareti'nin lağvından sonra ihtisap nazırının maaşının şehremanetine tahsisi söz konusu olmuştur. Öte yandan Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan sonra beledi hizmetlerin ifasına çalışan muhtesiplik kurumunun, modern belediyecilik düşüncesini takiben ortaya çıkan Şehremaneti ile ortak bazı noktaları olması da tabiidir. Bu başlık altında İhtisap Nezareti ve Şehremaneti kısa şekilde kıyaslanacaktır.

<sup>59</sup> BOA, Yer Bilgisi: HAT, 517-25274, Tarih: H-29-12-1242.

<sup>60</sup> BOA, Yer Bilgisi; HAT, 500-24495, Tarih: H-29-12-1245.

<sup>61</sup> Ahmet Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyatı-Kamu Hukuku*, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011, s. 207.

Öncelikle iki müessesenin mevzuatı arasında ciddi farklar bulunmaktadır. İhtisap Nizamnamesi daha önce belirtildiği üzere modern bir kanun olmaktan uzaktır. Ayrıntılı hükümler içeren, madde numaraları ve başlıkları olmayan, konuya göre tasnif edilmiş olmayan bir düzenlemedir. Şehremaneti Nizamnamesi maddeler halinde düzenlenmiş, nispeten daha sistematik, Şehremaneti Teşkilatının organlarını, organların kuruluş ve değişimi ile görevlerini izah eden, kısa bir düzenlemedir. İleride ele alınacağı üzere, Altıncı Daire-i Belediye Nizamnamesi ise çok sayıda çerçeve hükümden oluşan, madde numaraları ve başlıklarını haiz, tamamıyla modern sistematiğe uygun bir düzenleme olmakla, Şehremaneti'nin mevzuat bakımından da bu iki müessese arasında köprü görevi gördüğü söylenebilir.

İki müessesenin bağlı çalışacakları kurumlar farklıdır. İhtisap Nizamnamesi'ne göre İhtisap Nezareti sadrazamlığa bağlı olarak çalışacakken, Şehremaneti Nizamnamesi'nde ise Şehremaneti'nin Meclis-i Ahkam-ı Adliyye'ye bağlı çalışacağı zikredilmiştir<sup>62</sup>. Bu durum, Osmanlı Devleti'nin idari teşkilat yapısının, iki müessesenin kuruluş dönemlerindeki farklılığından ve bu müesseselerin yerli-batılı konularından kaynaklanmaktadır.

İhtisap ağası ve şehremaninin tayin usulleri de mukayese edilebilir. İhtisap Nizamnamesi'nde, ihtisap ağasının ne suretle belirleneceğine dair ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte nizamnamede Humbaracıbaşı Mustafa Ağa'nın belirlenmesi hususunda "...bi'l-intihab ihtisab ağası nasb ve tayin buyurularak ittifak-ı ârâ ile..." denilmektedir. Bu ifadeden anlaşıldığı kadarıyla nizamnamede belirlenen ihtisap ağası seçimle ve oy birliği ile tayin edilmiştir. Nizamnamede seçimin kimler arasında yapıldığı veya seçen ve seçilen kişilerin kimler olduğu hakkında bir bilgi bulunmamaktadır. Şehremaninin ise ileride görüleceği üzere Bâb-ı Âli'nin seçimi ve padişahın iradesiyle atanması hüküm altına alınmıştır<sup>63</sup>. İhtisap Nizamnamesi'nde ilk ihtisap nazırı belirlenmişse de ondan sonra ihtisap nazırı olarak seçilecek kişinin nitelikleriyle ilgili bir bilgilendirme yer almazken, Şehremaneti Nizamnamesi'nde şehremini olarak tayin edilecek kişinin mutemet (itimat edilen) ve mutemen (güvenilir) bir kimse olacağı yazılmıştır.

İhtisap müessesesi ile Şehremaneti arasındaki belki de en önemli farklılık, Şehremaneti'nin bir danışma meclisine sahip olmasıdır. İhtisap nazırı ise maiyetindeki memurlarla çalışacak bir nazır olarak görülmüş ve muhtesiplikte bir danışma organı/meclis yer almamıştır.

İhtisap Nezareti ve Şehremaneti'nin görev alanları ve çalışma usulleri incelendiğinde bunlar arasında benzerlikler olduğu gibi ciddi farklar olduğu da görülmektedir. Örneğin ihtisap ağası çok sayıdaki memurları vasıtasıyla hem çarşı-pazarı gezerek o yerlerin nizamını sağlamaya çalışacak, hem şehrin giriş ve çıkışlarını kontrol edecek, hem vergi toplayacak ve hem de şehir ahalisinin namaz ve oruç gibi ibadetleriyle genel olarak toplum ahlakını denetleyecektir. İhtisap ağası gerekirse tazir, falaka, değnek veya hapis gibi cezaları doğrudan verebilecek ve verdiği cezaları maiyetindeki memurlar vasıtasıyla infaz edebilecektir. Şehremaneti ise yalnız kuruluş mevzuatında belirtilen ve ileride izah edilecek vazifelerle yüklü olup, bu vazifeler arasında ahalinin namaz ve oruçlarını takip etmek, genel ahlakın korunmasını sağlamak görevleriyle, gerekli

<sup>62</sup> Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, s. 573; Şehremaneti Nizamnamesi, madde 1.

<sup>63</sup> Şehremaneti Nizamnamesi, madde 3; Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 18.

gördüğü takdirde tebaayı cezalandırmak gibi yetkileri yoktur. Bununla birlikte Şehremaneti'nin esnaf arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi ve esnaflığa ilişkin suçlar konusunda dava görme yetkisi bulunmaktadır<sup>64</sup>. Cezalandırma konusunda ise muhtesiplikten farklı olarak Şehremaneti'nce suçluluğuna hükmedilen kişilere verilen cezaların icrası için hazırlanan mazbata ve cezalandırılacak kimse, cezanın infazı için zaptiyeye gönderilecektir<sup>65</sup>.

İki kurumun çalışma usulleri arasında da Şehremaneti'nin şehir meclisine sahip olması sebebiyle farklılıklar mevcuttur. Şöyle ki; Şehremaneti reisi olan şehremini ve muavinleri tıpkı ihtisap nazırı ve maiyetindeki memurlar gibi çarşı-pazar dolaşacak ve şehri daima teftiş edeceklerdir ki bu iki müessesenin ortak noktasıdır. Fakat Şehremaneti'nin bir diğer organı olan şehir meclisi de haftada iki gün (gerektiği hallerde her gün) toplanmak durumundadır ki bu da Şehremaneti ile gelen bir yeniliktir. Ayrıca yukarıda zikredilen davaların görülmesi zımında Şehremaneti'nde bir şehremini muavini ve iki meclis üyesinden müteşekkil üç kişilik bir mahkeme heyetinin daima nöbetçi olarak görev yapması söz konusudur<sup>66</sup>.

Öte yandan Şehremaneti, İhtisap Nezareti'nden farklı olarak şehrin temizliği, düzeni ve çarşı-pazardaki fiyatlar ve eşyaların teminine ilişkin olarak yapılacak yasal düzenlemeleri müzakere etmek ve Meclis-i Tanzimat'a iletmekle de görevlidir<sup>67</sup>. Bu bakımdan Şehremaneti'nin yalnız beledi işleri ifa ile görevli bir kurum olmadığı, aynı zamanda yasal düzenlemeler hakkında görüş bildirme yetkisini haiz bir danışma kurumu olduğu söylenebilir.

Böylelikle, İhtisap Nazırlığı ve Şehremaneti müesseseleri arasında benzerlikler bulunmakla birlikte, farklılıkların daha çok olduğu görülmektedir. Şehremaneti'nin, nizamnamesi, organları, görevleri, yetkileri ve çalışma usulü bakımından İhtisap Nazırlığı'nın bulunduğu konuma çok sayıda yenilik getirdiği söylenebilir.

### C. ŞEHREMANETİ'NİN OSMANLI İDARİ TEŞKİLATINDAKİ KONUMU VE DENETLENMESİ

Tanzimat döneminde Osmanlı Devleti idari bakımdan birçok değişikliğe uğramış, merkezi idare ve taşra idaresinde farklılıklar meydana gelmiştir. Bu bakımdan Şehremaneti'nin bu idari yapının neresinde yer aldığı izahı gerekli görülebilir.

Ele alınan dönemde merkezi yönetim padişah ve bakanlıklardan teşekkül etmiştir. 1835 yılında Maliye Nezareti, 1836 yılında Umur-ı Mülkiye (Dahiliye) Nezareti ve Evkaf Nezareti, 1837 yılında Hariciye Nezareti kurulmuş, 1838 yılında ayrıca sadrazamlık makamı Başvekalet'e çevrilmiştir<sup>68</sup>. Aynı dönemde (1838 yılında) kanun hazırlamak, hükümete danışmanlık yapmak, devlet işlerini görüşmek gibi birçok vazifesi olan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkam-ı Adliye kurulmuştur. Meclis-i Vâlâ, Bâb-ı Âli'nin üstünde bir danışma ve karar alma organıdır ve Şehremaneti de bu meclis tarafından kurulmuştur.

<sup>64</sup> Şehremaneti Nizamnamesi, madde 6-10.

<sup>65</sup> Şehremaneti Nizamnamesi, madde 10.

<sup>66</sup> Şehremaneti Nizamnamesi, madde 10.

<sup>67</sup> Şehremaneti Nizamnamesi, madde 7.

<sup>68</sup> Eryılmaz, *Tanzimat*, s. 158.

Şehremaneti, kuruluş nizamnamesinde belirtildiği üzere Meclis-i Vâlâ nezaretinde, Meclis'e bağlı olarak çalışmıştır<sup>69</sup>. Nitekim Nizamname'nin birinci maddesinde “*Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye'nin nezaret-i umumiyesi tahtında...*” ve üçüncü maddesinde “*...şehremaneti...memuriyetinin Meclis-i Vâlâ'ya merbutiyeti iktizasınca...*” denilmekle bu husus ortaya konulmuştur.

Öte yandan Şehremaneti, çalışma konusuna göre Ticaret, Nafia ve Maliye Nezaretleriyle de bağlantılı çalışmak durumunda olmuştur. Nitekim Nizamname'nin on ikinci maddesinde tahsilata yönelik hususlarda Maliye Nezareti'yle ilişkili olacağı ve oradan tayin edilecek usulle çalışılacağı, esnafıya ilişkin hususlarda Ticaret Nezareti ile ilişkili olacağı ve oradan tayin edilecek usulle çalışılacağı, Dersaadet'in tamirat ve temizlik gibi işleri hususunda ve zaptiyeyle ilgili hususlarda Zabtiye Nezareti ile hususi münasebette bulunacağı kararlaştırılmıştır.

Şehremaneti'nin ne şekilde denetleneceği hususunda ilgili Nizamname'de bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ileride görüleceği üzere, şehremini ve meclisin gerektiği şekilde çalışıp çalışmadığının tespiti, şehremininin atanması ve azledilmesi, meclisin çalışmasının izlenmesi ve gerektiğinde İntizam-ı Şehir Komisyonu gibi yardımcı komisyonlar kurulmasındaki rolü ile Bâb-ı Ali ve Meclis-i Tanzimat gibi merkezi hükümet organlarının Şehremaneti'nin denetçisi oldukları şeklinde yorum yapılabilir. Nitekim Meclis-i Ali-i Tanzimat'a, Şehremaneti'nin, Şehir Meclisi'nin ve Şehremaneti bünyesinde oluşturulan komisyonların aldığı kararları inceleme ve tensip yetkisi verilmiştir<sup>70</sup>.

#### D. ŞEHREMANETİ'NİN KURULUŞ SEBEPLERİ

Şehremaneti'nin kurulmasının gerekli görülmesinde birden çok faktör olduğu söylenebilir. Öncelikle yukarıda izahına çalışılan kadılık, muhtesiplik, subaşılık, vakıflar, loncalar ve mahalle idaresinin bozulmasının kamu hizmetlerini ciddi ölçüde aksatması ve Şehremaneti'nin kurulduğu dönem itibarıyla bu kurumların gördükleri kamu hizmetinin artık neredeyse hiç ifa edilmiyor olması, buna karşın halkın bu hizmetlerin sağlanması talepleri temel sebep olabilir.

Diğer yandan, bilhassa Beyoğlu-Galata bölgesinde yaşayan, Avrupa'yı yakından tanıyan, ekonomik ve siyasi gücü o dönem itibarıyla daha fazla olan kesimin “yerel hizmet/belediye” kavramını Osmanlı'ya taşıdıkları ve Avrupa'nın da desteğini almak suretiyle bu yönde yoğun ve etkili taleplerde buldukları bilinmektedir<sup>71</sup>. Bu minvalde şehremanetinin, Avrupa'da kullanılan *prefecture de le ville* kurumunun karşılığı olduğu da söylenmiştir<sup>72</sup>. Öte yandan, Avrupa'ya seyahat eden Osmanlı devlet adamlarının da düzenli ve modern bir belediye teşkilatına olan ihtiyacı tasdik ettikleri de söylenmiştir<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Şehremaneti'nce alınan şehircilik hususundaki kararların Meclis-i Ali-i Tanzimat aracılığıyla Sadaret'e sunulduğu bilinmektedir. Bununla birlikte, Meclis-i Vala'yı ilgilendiren meselelerde Meclis-i Ali-i Tanzimat mazbataları Sadaret'e sunulmaksızın doğrudan Meclis-i Vala'ya sunulmuştur. M. Yasin Taşkesenlioğlu, *Meclis-i Âli-i Tanzimât (1854-1861)*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2018, s. 187-189.

<sup>70</sup> Taşkesenlioğlu (2018), s. 188.

<sup>71</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 16.

<sup>72</sup> Ergin, *Muhtasar Mecelle-i Umur-ı Belediye*, s. 40.

<sup>73</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1268.



Şehremanetin kurulma sebeplerinden bir diğeri, Kırım Savaşı'nda İstanbul'un karargâh olarak kullanılmasına ve Avrupa devletleriyle daha yoğun ilişkiler kurulmasına karşın, belediye hizmetlerinin yetersiz olması ve derhal iyileştirilmesi gerekliliğidir. İngiltere, Fransa, İtalya ve Osmanlı'nın Rusya'ya karşı savaştıkları Kırım Savaşı'nda, stratejik konumu sebebiyle İstanbul karargâh haline gelmiştir<sup>74</sup>. Bu savaş sebebiyle İngiliz, Fransız ve İtalyan askerlerin, gazetecilerin, diplomat ve sağlık görevlilerinin uzun süre İstanbul'da buldukları, bu uzun süreli temasın da belediyeleşmeye ilişkin süreci hızlandırdığı söylenmiştir<sup>75</sup>. Avrupa'nın çok mamur şehirlerinden İstanbul'a gelmiş olan yabancılar, bu şehrin haraplığı ve bakımsızlığı karşısında şaşkınlıklarını gizleyememiş, Fransız şair Theophile Gautier, 1864 yılında İstanbul hakkında bir mektupta "*Yürüyecek kaldırım, binecek araba, rahat edecek otel, yemek yiyecek lokanta ve muhatarasız gezilecek sokak olsa, tabiatın rayegân kaldığı letafet-i manzara ve havasından bir seyyah müstefit olabilir.*" yazarken, 1876'da İstanbul'a gelmiş olan Marquis Salisbury de Galata Köprüsü hakkında "*Bu köprüye tahammül eden bir halk, idarenin her türlü kötülüğüne tahammül eder.*" demiştir<sup>76</sup>. Bu örnekler, bu çalışmaya konu 1855 kuruluş tarihli Şehremaneti'nin kurulmasından on, yirmi sene sonraki İstanbul'u anlatan örneklerdir. Bu örneklerin birinden on, birinden yirmi sene öncesi düşünülürse, Şehremaneti'nin kurulduğu dönemlerde batılılar açısından İstanbul'un ne vahim bir durumda olduğunu izaha gerek kalmayacaktır. Nitekim bu vahamet, Avrupa kamuoyunda da geniş yankı bulmuş, Osmanlı Devleti üzerindeki baskılar sürekli artmıştır<sup>77</sup>.

Gerçekten de bir devletin medenileşmesinin en önemli göstergelerinden birinin başkentlerinin gelişmişliği olduğu nazara alındığında, şehrin imarı için atılacak adımların ne denli önemli olduğunu anlaşılabilir. Ergin, Tanzimat dönemi devlet adamlarının İstanbul şehrinin imarı ve kalkınması için attıkları adımların büyük ve cesaretli olmasına karşın, aradan 83 sene geçtikten sonra gelinen durumda Tanzimat dönemindeki icraata muvaffak olunamadığını esefle ifade etmiştir<sup>78</sup>. Durumun böyle olmasında kurulan müesseselere tayin edilen kişilerin işlerini gerektiği gibi yapmamalarının da kuşkusuz payı vardır.

Yukarıda anılan tüm sebeplerin neticesi olarak 1855 yılına gelindiğinde, artık İstanbul'da belediye işlerinin düzenli ve sistemli bir şekilde yürütülmesini sağlayacak bir yapı tesis edilmesi kurulma zorunluluğu had safhaya gelmiş, Şehremaneti'nin kurulması kararlaştırılmış ve Hicri 27 Ramazan 1271 (M. 13 Haziran 1855) tarihinde, Meclis-i Ali-i Tanzimat tarafından, Şehremaneti'nin nizamname taslağı hazırlanmıştır<sup>79</sup>.

### E. ŞEHREMANETİ'NİN KURULUŞ MEVZUATI

Şehremaneti'nin kuruluşuna ilişkin olarak incelenecek birkaç vesika bulunmaktadır. Bunlar tarih sırasına göre;

<sup>74</sup> İslamoğlu, *İstanbul Şehremaneti*, s.137.

<sup>75</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1269; İslamoğlu, *İstanbul Şehremaneti*, s.137.

<sup>76</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s.1269.

<sup>77</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1268; İslamoğlu, *İstanbul Şehremaneti*, s.137.

<sup>78</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s.1269.

<sup>79</sup> Taşkesenlioğlu, s. 187.

- i. H. 27 Ramazan 1271 (M. 13 Haziran 1855) tarihli Meclis-i Ali-i Tanzimat mazbatası<sup>80</sup> (ki bu mazbatada Şehremaneti Nizamnamesi'nin de bir sureti bulunmaktadır),
- ii. Bu mazbatanın padişaha sunulmasını ifade eden H. 9 Zilkade 1271 (M. 24 Temmuz 1855) tarihli Arz Tezkiresi<sup>81</sup>
- iii. Padişahın kendisine sunulan mazbata hakkındaki onayını gösterir H. 10 Zilkade 1271 (M. 25 Temmuz 1855) tarihli irade-i seniyye<sup>82</sup>,
- iv. Meclis-i Tanzimat mazbatasında yer alan ve onunla aynı tarihli Şehremaneti Nizamnamesi,
- v. Ayrıca bir de H. 2 Zilhicce 1271 (M. 16 Ağustos 1855) tarihli Takvim-i Vekayi'de yayınlanan ilan metni bulunmaktadır<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> BOA, Yer: BEOAYN.d.../1723-0-0, Tarih: H-27-09-1271.

Bu mazbatanın tarihi için Ergin H. 27 Ramazan 1271 (M. 1855) tarihini [Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, s. 1271.], Seyitdanlıoğlu H. 27 n 1271 (M. 13 Haziran 1854) tarihini vermektedir [Mehmet Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeciliğin Doğuşu, Yerel Yönetim Metinleri*, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010, s. 24.]. Oktay'ın bu çalışmada kaynak olarak kullanılan İstanbul Şehremaneti eserinde Meclis-i Ali mazbatasının tarihine ilişkin bilgiye rastlanmamıştır. Ortaylı ise eserinde H. 27 Ramazan 1271 (M. 13 Haziran 1854) şeklindeki tarihi Şehremaneti Nizamnamesi'nin Meclis-i Valâ tarafından düzenlenme tarihi olarak belirlemiştir [İlber Ortaylı, *Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri (1840-1880)*, Ankara: TTK, 2020, s. 135.] Bu çalışmada Başkanlık Osmanlı Arşivi'nde yazılı tarih ve o tarihin TTK'nın kılavuzuna göre Miladi takvime çevrilmesi esas kabul edilmiştir.

<sup>81</sup> BOA, Yer: A.}AMD./55-4-0, Tarih: H-09-11-1271.

Bu tezkirenin tarihine ilişkin olarak da farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki: Ergin bu tezkirenin tarihini 9 Zilkade 1271 (1855) olarak vermiştir [Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1271]. Bu tarih, Başkanlık Osmanlı Arşivi'nde yukarıda belirtilen yerde bulunan belgenin tarihiyle örtüşmektedir. Ortaylı ve Oktay'ın eserlerinde bu belgenin tarihine dair bilgiye rastlanmamıştır. Seyitdanlıoğlu ise bu tarihi 9 Za 1271 (23 Ağustos 1854) olarak vermiştir [Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeciliğin Doğuşu*, s. 25.]. Arşivdeki belgenin tarihinden yola çıkarak bu belgenin tarihinin Hicri 9 Zilkade 1271 olduğu söylenebilir. Bu tarih ise TTK'nın kılavuzuna göre Miladi 24 Temmuz 1855 tarihine tekabül etmektedir ve bu çalışmada bu tarih esas alınmıştır. Bu minvalde, Devlet Arşivleri Başkanlığınca 2021 yılında yayınlanan bir çalışmada da bu belgenin tarihi 24 Temmuz 1855 olarak verilmiştir. Bkz.: Osmanlı'dan Günümüze Yerel Yönetimler ve Belediyecilik, T.C. Devlet Arşivleri Başkanlığı ve Türkiye Belediyeler Birliği Ortak Yayını, T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Yayın No: 14, Ankara, 2021, s. 39.

<sup>82</sup> Bu irade-i seniyyeye arşiv aramalarında ulaşılamamıştır. Ergin, eserinde iradenin tarihini H. 10 Zilkade 1271 (M. 1855) olarak vermiştir [Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1272.]. Seyitdanlıoğlu H. 10 Zilkade 1271 tarihini M. 24 Ağustos 1854 olarak yazmıştır [Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeciliğin Doğuşu*, s. 26.]. Her iki yazarın uyumlu şekilde vermiş oldukları H. 10 Zilkade 1271 tarihi, TTK'nın tarih çevirme kılavuzuna göre 25 Temmuz 1855 tarihine tekabül etmektedir ve bu çalışmada bu tarih esas alınmıştır.

<sup>83</sup> Takvim-i Vekayi, yay. Mehmed Esad Efendi, sayı 529, İstanbul, 1271. Milli Kütüphane Yer Numarası: 1959 SC 66, DVD No: 865, Mikrofilm No: 449-471.

Bu ilanın tarihi ilgili olarak Ergin H. 2 Zilhicce 1271 tarihini [Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1270], Seyitdanlıoğlu H. 2 Zilhicce 1271 (M. 16 Ağustos 1854) tarihini [Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeciliğin Doğuşu*, s. 18.], Ortaylı H. 2 Zilhicce 1271 (M. 16 Ağustos 1854) tarihini [Ortaylı, *Mahalli İdareler*, s. 135.] ve Oktay ise M. 16 Ağustos 1855 tarihini [Oktay, *Şehremaneti*, s. 17] vermiştir. Görüldüğü üzere Ergin yalnız Hicri tarih vermiştir ve yazarlar bu Hicri tarih hususunda muvafıktır. Nitekim ilanın yayınlandığı Takvim-i Vekayi'nin tarihi de bu tarihtir. Fakat Miladi tarih hususunda ihtilaf görülmektedir. Seyitdanlıoğlu ve Ortaylı, Ergin'in verdiği H. 2 Zilhicce 1271 tarihini M. 16 Ağustos 1854 olarak değerlendirirken, Oktay ise bu tarihi M. 16 Ağustos 1855 olarak yazmıştır. Türk Tarih Kurumu'nun tarih çevirme kılavuzuna göre ise H. 2 Zilhicce 1271 tarihi, M. 16 Ağustos 1855 tarihine tekabül etmektedir ve bu çalışmada bu tarih esas alınmıştır.

Şehremaneti Nizamnamesi, Meclis-i Tanzimat tarafından hazırlanıp, padişaha arz edilip, hakkında irade-i seniyye de verilmiş olduğu halde, Meclis-i Âli-i Umumi tarafından tetkik edilip kabul edilmediği için, Nizamname'nin kesinleşmediği söylenmektedir<sup>84</sup>.

Bugün kanun gerekçesi olarak nitelendirebileceğimiz Meclis-i Tanzimat Mazbatası'nda<sup>85</sup>, Osmanlı Devleti'nin başkenti olan Dersaadet'in büyük ve geniş bir yer olduğu, bu sebeple halkın gereksinim duyduğu eşyaların tedariki, çarşı ve mahallelerin temizliği, şehrin güzelleştirilmesinin amaçlandığı, aslında bu hususlarla daha önceden de ilgilenildiği, ne var ki halihazırda şehir sakinlerinin çoğaldığı, eşya ve erzakın fiyatının yükseldiği, bu sebeplerle şehir sakinlerinin işlerinin kolaylaştırılması iyi niyetiyle (*teshîl-i umûr-ı ibâd niyet-i hayriyyesiyle...*) ve padişahın sayesinde yola çıkıldığı, zikredilecek kurallara ve kamunun kalbinin her cihetten kazanılmasına dikkat edilmesinin gereklilik olduğu, aslında bu işlerin İhtisap Nezareti'nin işi olduğu, fakat lazım olan seviyede başarılı neticeler meydana getirilemediği, aynı zamanda bu yapı ile zalimane vergiler tahsil edildiği, mezkur vergilerin kaldırılmış olduğu ve şimdi de İhtisap Nezareti'nin lağvı ile Şehremaneti'nin kurulduğu gibi açıklamalara yer verilmiştir. Görülüyor ki bu Mazbata'da, neşredilecek nizamnamenin vücuda gelme sebepleri çok geniş olmakla birlikte izah edilmiş, kanun tasarısı gerekçelendirilmiştir. Aynı doğrultuda İhtisap Nezareti'nin lağvı sebeplerine de değinilmiştir.

Devamında, Şehremaneti'nin organlarından bahsedilmiş ve şehremanetinin Meclis-i Valâ'ya bağlı ve onun tabii üyesi olacağı kararlaştırılmıştır. Mazbata'nın son kısmında ise "...İhtisap Nezareti'nin bekasına hacet kalmayarak yerine Şehremini namıyla dirayet ve malumat-ı matlube ve sıfat-ı memduhe ve mutedile eshabından bir münasip zatın..." denilmekle şehremanetinin hangi niteliklere sahip olacağı hususunda izahat verilmiştir. Buna göre şehremini olarak becerikli, yetenekli, kendisinden talep edilecekler hususunda bilgili, mutedil ve memduh sıfatları olan bir kimse tayin edilecektir. Burada şu hususa dikkat çekilebilir: Daha önceki bölümlerde muhtesip olacak kişinin Müslüman olması zorunluluğundan bahsedilmişti. Şehremaneti ile ilgili bu düzenlemede ise şehremini olacak kişinin nitelikleri sıralanırken Müslüman olması gerekliliği zikredilmemiştir. Bu ifade biçimi okuyucuya şehremanetinin Müslüman olması zorunluluğu olmadığını düşündürülebilir. Nitekim ilerleyen zamanlarda şehir meclisinin özellikle ecnebi tebaadan oluşturulması fikri de açıkça zikredilmiştir.

Meclis-i Tanzimat mazbatasının padişaha sunulması için hazırlanan Tezkire-i Maruza'da da benzer açıklamalar yer almakta olup, ek olarak şehremini memuriyetine eski Amasya

<sup>84</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1274.

Öte yandan, Ortaylı'nın eserinde bu nizamnamenin Meclis-i Valâ-yı Ahkam-ı Adliyye tarafından düzenlendiği söylenmişse de [Ortaylı, *Mahalli İdareler*, s. 135.], yukarıda verilen arşiv kaydından anlaşıldığı kadarıyla bu nizamname Meclis-i Ali-i Tanzimat tarafından düzenlenmiştir.

<sup>85</sup> Mazbata'nın Osmanlıca metni için atıf 53 no'lu dipnotta yer almaktadır. Bu metnin Latin alfabesi ile yazılmış hali için şu eserlere bakılabilir: Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s.1270; Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeciliğin Doğuşu*, s. 23.

mutasarrıfı Salih Paşa önerilmiştir<sup>86</sup>. Mazbata, padişaha sunulduğu günü takiben padişah tarafından onaylanmıştır.

H. 2 Zilhicce 1271 (M. 16 Ağustos 1855) tarih ve 529 numaralı Takvim-i Vekayi’de yayınlanan tebliğ ile İhtisap Nezareti’nin lağvedildiği ve Şehremaneti’nin kurulduğu ilan edilmiştir. Tebliğ metni şu şekildedir:

Dersaadet ve Bilad-ı Selase’de mutavattın ibadullahın kaffe-i havayic-i zaruriyelerinde teshilat-ı mukteziyyenin kema-yenbaği icrası ve sair hüsniyat-ı belediyyenin esbab-ı icabiyesinin istihsal ve ifası hususlarının nizamat-ı kaviiyyeye rabtiyle ve “Şehremaneti” unvanıyla bir memuriyet-i cedide yapılması ve icab edenlerden mürekkebe “Şehir Meclisi” namıyla bir meclis dahi teşkil olunması Meclis-i Ali-i Tanzimat’ta karargir olmasına mebni şu halde İhtisap Nezareti’nin lağvı tabiat-ı maslahat icabından olmasıyla ve Tırhala Valisi devletli Mehmed Paşa hazretlerinin mahdumu Amasya Mutasarrıf-ı sabıki saadetli Salih Paşa’nın ez-her cihet hüsn-ü iktidar ve liyakat ve ehliyeti bulunmasıyla, işbu şehremaneti memuriyet-i cedidesinin paşa-yı muma-ileyh uhdesine tevcihi hususuna irade-i seniyye-i hazret-i padişahi şeref-südur buyurularak icabı icra kılınmıştır.”

Bu metin de tıpkı Meclis-i Ali mazbatası gibi, okuyucusuna hem Şehremaneti’nin ne sebeple kurulduğu konusunda bilgi vermekte, hem de İhtisap Nezareti’nin lağvına ilişkin düzenlemeyi de içerdiğinden, Şehremaneti’nin İhtisap Nazırlığı yerine kurulduğunu ifade etmektedir. Nitekim tebliğde, Şehremaneti’nin ve Şehir Meclisi’nin, Dersaadet ve Bilâd-ı Selâse’de yaşayan kişilerin zorunlu ihtiyaçlarının giderilmesinde gerekli kolaylığın sağlanması ve belediyyenin icap eden diğer işlerinin ifası için kurulduğu açıkça yazılmıştır. Yine tebliğden anlaşıldığı üzere, bu iki müessese de Meclis-i Ali-i Tanzimat kararına dayanılarak kurulmuş ve bu yeni yapılanma tabii olarak İhtisap Nezareti’nin lağvı neticesini doğurmuştur. Metnin devamında şehremaneti görevine, “*hüsn-ü iktidar, liyakat ve ehliyet sahibi*” olduğu söylenen, eski Amasya mutasarrıfı Salih Paşa’nın, padişahın iradesi ile getirildiği söylenmiştir. Burada Şehremaneti’nin tayininde liyakat ve ehliyete dikkat çekilmesi önemli görülebilir<sup>87</sup>. Şehremaneti Nizamnamesi’ne gelindiğinde, bu nizamname H. 27 Ramazan 1271 (M. 13 Haziran 1855) tarihinde

<sup>86</sup> Mazbata’nın Osmanlıca metni için atıf 54 no’lu dipnotta yer almaktadır. Bu metnin Latin alfabesi ile yazılmış hali için şu eserlere bakılabilir: Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s.1270; Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeciliğin Doğuşu*, s. 25.

<sup>87</sup> “Şehremaneti” kelimesi, kayıtlardan anlaşıldığı kadarıyla, İstanbul’un fethinden sonra bazı devlet memurlarını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Bununla birlikte, İstanbul’un fethinden önce bu kelimenin kullanımına rastlanmadığı, bu nedenle şehremaneti unvan ve vazifelerinin İstanbul’un fethi esnasında Bizans’tan alındığı düşünülmektedir. Nitekim fetih öncesi dönemde şehirlerle ilişkin tamir ve inşaat işleriyle subaşının görevli olduğu da söylenmiştir. Eski şehremaneti hakkında Fatih’in Teşkilat Kanunnamesi’nde yer alan düzenleme şu şekildedir: “...Ve defterdarlığa üç pâyeden çıkalar: evvelâ defter emini ve şehremaneti defterdar olmak kanunumdur...” Bu madde düzenlemesine ilişkin olarak verilen dipnotta ise Pakalın’dan nakledilerek, şehremanetin Tanzimat’a kadarki süreçte Osmanlı sarayında inşaat, görevlilerin maaşları ve sarayın diğer giderleri ile ilgilenen bir memur olduğu ve bu Kanunname’de de bu manada kullanıldığı; 1831 (1247) yılında bu memurluğun ortadan kaldırıldığı; 1854 (1271) tarihine gelindiğinde ise şehremanetin belediye başkanlığı olmak üzere yeniden ihya edildiği söylenmiştir. Teşkilat Kanunnamesi’nin devamında, yirmi üçüncü maddede şehremanetin yüz yirmi akçe ulufe maaş alacağı yazılıdır. Elli birinci maddede, şehremanetin unvanının “İftihâr-ül-e’âli ve’l-e’âzım, muhtâr-ül-ehâlî ve’l-ekârim, el-muhtassu bi-mezîd-i inâyet-il-Melik-id-Dâim -Dâme Mecdühü” olacağı yazılıdır. Ayrıca Akgündüz, Kanunnameler ve Hukuki Tahlilleri isimli eserinde şehremanetin sancak ve kazalarda devleti ilgilendiren işleri takip ettiklerini söylemiştir. Haklarında Fatih Kanunnamesi’nde düzenleme olan eski şehremanetin, şehrin yalnız inşaat ve su işlerinden sorumlu oldukları ve eski şehremaneti kurumunun 1831 (1247) yılında ortadan kalktığı söylenmektedir. İlgilenilen bu eski şehremanetin görevleri ise Ebniye-i Hassa Müdüriyeti’ne verilmiştir. Osman Nuri Ergin, bu tür şehremaneti için “Şehremaneti Atik” ifadesini kullanmaktadır. Bkz.: Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1257, 1265; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, 1. Kitap, s. 222, 237, 323, 331.

Meclis-i Ali-i Tanzimat tarafından düzenlenmiş ve Meclis-i Ali-i Tanzimat Ceridesi'nde yayınlanmıştır. Ne var ki yukarıda bahsedildiği üzere, mezkûr nizamname bir layiha niteliğinde olup, Meclis-i Vâlâ tarafından tetkik ve kabul edilmediğinden, kesinlik kazanmamıştır. Yine de Şehremaneti'ne ilişkin hususların izahı bakımından bu çalışmada yeri geldikçe ele alınmıştır.

Nizamname'nin birinci maddesinde İhtisap Nezareti ilga edilerek yerine Şehremaneti isimli bir memuriyet kurulduğu ve Şehremaneti'nin Meclis-i Ahkam-ı Adliye tahtında çalışacağı yazılıdır. İkinci maddede Şehremaneti'nin görevleri, üçüncü maddede şehremini, dördüncü maddede şehremaneti muavinleri, beşinci maddede şehir meclisi, altı ve yedinci maddelerde şehir meclisinin görevleri, sekizinci maddede meclis tarafından verilen kararlar, dokuz ve onuncu maddelerde meclisin toplanma ve çalışma usulü, on birinci maddede meclis üyelerinin değişmesi, on ikinci maddede Şehremaneti'nin diğer hükümet organlarıyla ilişkisi, on üçüncü maddede Şehremaneti kavvasları ve on dördüncü maddede ise şehremini ve muavinlerin bir görevleri ele alınmıştır.

## II. ŞEHREMANETİ'NİN YAPISI, GÖREVLERİ VE MALİ DURUMU

Bu başlık altında Şehremaneti Nizamnamesi'ne göre Şehremini ve Şehir Meclisi olmak üzere iki organdan oluşan Şehremaneti'nin yapısından, görevlerinden ve mali durumundan bahsedilecektir. Öncelikle şehremininden, şehremini muavininden, şehir meclisi ve diğer görevlilerden bahsedilecek, bunların göreve gelme usulü incelenecektir. Akabinde müesseseye yüklenen görevlerden bahsedilecek ve arşiv kayıtları ışığında bu görevlerin ifa edilmelerine ilişkin örnekler sunulacak, son olarak da mali durum ele alınacaktır.

### A. ŞEHREMİNİ

Şehremini yürütme organı konumunda olup, şehremini olacak kimsenin Bâb-ı Ali tarafından seçilmesi ve padişahın iradesi ile tayin edilmesi usulü benimsenmiştir. Tayin edilecek kişinin mutemet (itimat edilecek) ve mutemen (güvenilir, emniyetli) bir kimse olması gerektiği Nizamname'nin üçüncü maddesinden anlaşılmaktadır. Şehremaneti'nin Meclis-i Vâlâ'ya bağlı olması sebebiyle, şehremini olarak tayin edilecek kimsenin de Meclis-i Vâlâ üyeliğini haiz olduğu kuralı yine üçüncü maddede düzenlenmiştir.

Şehremini kural olarak Bâb-ı Ali tarafından seçilecek ve padişahın iradesi bu seçim üzerine vuku bulabilecekse de ilerleyen dönemlerde şehreminin atanması bakımından istisna durumlar görülmüştür. Örneğin dördüncü şehremini olan Hüseyin Hasib Bey'in, doğrudan Padişah tarafından atandığı bilinmektedir<sup>88</sup>.

Nizamname'de şehremininin maaşı ve çalışma süresi ile ilgili bilgilerin yer almadığı görülmektedir. Bununla birlikte İhtisap Nezaret ilga edildiğinden, ihtisap nazırının maaşının şehreminine tahsis edildiği arşiv belgelerinden anlaşılmaktadır<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 20.

<sup>89</sup> BOA, Yer: A.}MKT.NZD./163-89-0, Tarih: H-05-01-1272.

## B. ŞEHİR MECLİSİ

Nizamnamenin beşinci maddesine göre şehreminine bağlı olarak çalışacak bir meclis kurulacak, şehremini bu meclisin başkanı olacak ve meclis, şehremini dahil on beş üyeden oluşacaktır. Meclisin isminin ‘Şehir Meclisi’ olacağı da aynı maddede düzenlenmiştir.

Şehremini dışında kalan on dört üyenin ikisi, bir sonraki başlıkta ele alınacak olan şehremaneti muavinleridir. Bunlar dışında kalan on iki üyenin, Dersaadet’te ikamet eden her sınıf Osmanlı tebaası ve esnafın muteber (itibar sahibi) ve mutemet (itimat edilen) kimselerinden olmaları beşinci maddede zikredilmiştir. Düzenlemede “...on iki kimse alınarak...” denilmesinden, bu kimselerin seçimle değil tayin usulü ile göreve gelecekleri anlaşılmaktadır. Üyeleri padişah tarafından atanacak olan Şehir Meclisi, Şehremaneti’nin danışma ve karar alma organı konumundadır<sup>90</sup>.

Nizamname’nin on birinci maddesi, şehir meclisindeki üyelerin değişimine ilişkindir. Buna göre, beşinci maddede bahsedilen on iki üyeden dört üye her sene kura ile hizmetten azledilecek, yerlerine şehir meclisince dört kişi bulunacak ve Meclis-i Vâlâ’ya bildirilecek, nihayet bu kişiler Meclis’in önerisi ve padişah iradesi ile tayin edileceklerdir.

## C. ŞEHREMANETİ MUAVİNİ VE GÖREVLİ DİĞER MEMURLAR

Nizamname’nin dördüncü maddesine göre, Şehremaneti’ne bağlı olarak çalışmak üzere iki muavin memur tayin edilecek, bu muavinler her konuda şehreminine yardım edecek ve onun hizmetlerini kolaylaştıracaklardır.

Şehremaneti çatısı altında, şehremini, meclis ve muavinlerden başka, mühendisler, zabıtarlar ve müstahdemler de çalışmıştır. Nitekim Şehremaneti’nin, işlerinin ifası için bir teşkilata da sahip olduğu; bu teşkilatta yazışma, muhasebe, müruriye ve iskân gibi birimlerin bulunduğu; bu birimlerin tahrirat odası, muhasebe odası, yoklama odası, mürur odası, jurnal odası, liman odası, hane odası gibi odalar şeklinde teşekkül ettiği; kaldırım ve yolların inşası ile su yolu ve yer altı çalışmalarının ifası için mimar ve mühendisler gibi görevlilerin çalıştığı bilinmektedir<sup>91</sup>.

Öte yandan on üçüncü maddeye göre, Şehremaneti maiyetinde “şehir kavvası” unvanı ile gerektiği kadar hizmetli istihdam edilecek, bunlar şehir meclisi tarafından kefilli ve edip kimseler arasından seçilecektir. Kavvasların bir kısmı katiplik görevini ifa ederken, bir kısmının da zabıta olarak çalıştığı bilinmektedir<sup>92</sup>.

## D. ŞEHREMANETİ’NİN GÖREVLERİ VE ÇALIŞMALARINDAN ÖRNEKLER

Şehremaneti Nizamnamesi’nde şehremini ve şehir meclisinin görevleri ile ilgili farklı maddelerde çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

Öncelikle ikinci maddede, Şehremaneti’nin görevleri sayılmıştır. Buna göre Şehremaneti, Dersaadet’te yaşayanların zaruri ihtiyaçlarından olan eşyaların tedarikinin

<sup>90</sup> Ortaylı, *Mahalli İdareler*, s. 137.

<sup>91</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 20.

<sup>92</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 20.

kolaylaştırılması, esnaflık faaliyetlerinin nizama uygun yürütülmesinin sağlanması, Dersaadet'in temizliği, pazar ve çarşıların iyi halde olmasının sağlanması ile görevlidir. Yine Şehremaneti, Dersaadet'te tahsil edilen vergileri tahsil etme ve Hazine'ye teslim etmekle görevlidir.

Akabinde altıncı maddede şehir meclisinin görevlerinden bahsedilmiştir. Düzenlemeye göre şehir meclisi, ahalinin ihtiyacı olan eşyanın vaktinde tedarikini sağlayacak, çarşı pazarda satılan eşya fiyatlarının devamlı değerlendirecek ve değerlendirmeler neticesinde gerekli muameleleri de şehremini icra edecektir.

Yedinci maddede, şehir meclisinin, şehrin temizlik ve düzeninin sağlanması, gerekli eşyanın icra ve temini hakkında nizamnameler müzakere etmekte yetkili olduğunu, nizamname layihalarının Meclis-i Tanzimat'a sunulacağı ifade edilmiştir. Görülüyor ki bu madde zımında şehir meclisine, görevine giren konulara ilişkin olarak Meclis-i Tanzimat'a kanun önerisinde bulunma fonksiyonu yüklenmiştir.

Sekizinci madde, Şehir Meclisi'nce verilen kararları düzenlemektedir. Bu madde düzenlemesine göre, kararlar uygulanmaları bakımından ikiye ayrılmış, "umur-ı hayriye" denilen kararların şehremini tarafından doğrudan icra edileceği; "umur-ı külliye" denilen kararların ise Meclis-i Vâlâ'ya sunulacağı ve padişahın iradesine göre icra edileceği belirlenmiştir.

Dokuzuncu madde, bir önceki maddede söz edilen işlerin müzakereleri kapsamında, şehir meclisinin kural olarak haftada iki gün toplanacağı, önemli bir durum olması halinde bu meclisin şehremini tarafından her gün toplanabileceği, şehremininin bir sebeple meclise başkanlık edemediği hallerde de muavinlerden birisinin onun yerine başkanlık edeceği hususunda yer almaktadır.

Onuncu madde, narh ve esnaflık nizamıyla ilgilidir. Narh ve esnaflık konularında kabahat işleyen kimselerin yargılamalarının yapılması için, bir muavin ile şehir meclisinden nöbetleşe iki üye her gün mecliste olacak, yargılama neticesinde hükmedilen cezaların icrası için, kabahati işleyen kimse ve ilgili mazbata şehremini tarafından zaptiyeye gönderilecektir.

On dördüncü ve son madde, eşya ve erzakın rayici ile çarşı pazarın nizamının kontrolü için şehremini ve muavinlerin pazar ve çarşıda gezeceklerine ilişkindir.

Şehremaneti'nin görev alanına dair ilgili dönemde neşredilen bazı diğer kanunların da incelenmesinde fayda görülmüş, bu minvalde de bir örnek hükümlerle karşılaşılmıştır. H. 4 Recep 1272 (M. 11.03.1856) tarihli Menafi-i Umumiye İçin İştira Olunan Emlake Dair Nizamname'de yer alan düzenlemeye göre, kamu yararı için taşınmaz satın alınmasına ilişkin yetki Dersaadet'te şehir meclisi ve Ticaret Nezareti'nde olacaktır<sup>93</sup>.

Arşiv kayıtlarında rastlanan bir diğer örnek ise Şehremaneti tahtında kurulmuş olan Patent Komisyonu'dur. Bu konuda ayrıntılı bilgi edinilememiş olmakla birlikte, çalışmaya konu dönemde Şehremaneti'ne bağlı bir patent komisyonu kurulduğu, bu komisyonun kurulma amacının Patent Nizamnamesi'ne dair esasların görüşülmesi olduğu, komisyon üyesi olarak

<sup>93</sup> Düstur, I/2, s. 338.

Hayri Efendi, Telgraf Müdürü Mehmed Efendi ve Şirket-i Hayriye Komisyonu azasından Hasan Efendi'nin tayin oldukları gibi ayrıntılara dair arşiv vesikaları bulunmaktadır<sup>94</sup>.

Şehremaneti'nin ayrıca Dersaadet sakinlerinin ihtiyaç duydukları ekmeğin pişirilmesi ve satılması<sup>95</sup>, stokçuluğun önlenmesi amacıyla kış mevsiminde odun stoklayan kimselerin tespiti ve bu fiillerinden men edilmeleri<sup>96</sup>, tartıda hile yapan esnafın cezalandırılması<sup>97</sup>, vefat eden memurunun maaşının yetimlerine bağlanması<sup>98</sup> gibi çok çeşitli alanlarda çalıştığı görülmektedir.

### E. ŞEHREMANETİ'NİN MALİ DURUMU: GELİRLERİ VE GİDERLERİ

Dönemin Osmanlı'sında belediyeçilik fikri henüz oturmamış olduğundan, Şehremaneti'nin münhasır bir bütçesi olması yerine, gelirlerinin hükümet bütçesine bağlandığı söylenmektedir<sup>99</sup>.

Şehremaneti Nizamnamesi'nde de müessesenin mali durumuna dair bir veri yer almamaktadır. Yalnız Şehremaneti'nce toplanacak vergilerin Hazine'ye teslim edileceği şeklindeki düzenleme, vergi tahsilinin müessesenin gelir kaynağı olmadığını gösterebilir. Nitekim Ortaylı da Şehremaneti'nin bağımsız bir maliyesinin olmadığını, masraflarının devletçe ödendiğini ve topladığı vergileri devlete teslim ettiğini ifade etmektedir<sup>100</sup>.

## III. İNTİZAM-I ŞEHİR KOMİSYONU VE ALTINCI DAİRE-İ BELEDİYE

Bu başlık altında İstanbul Şehremaneti'ne yardımcı olmak üzere kurulan İntizam-ı Şehir Komisyonu ile İstanbul'da belediyeleşme faaliyetlerinin son ve başarılı bulunan adımı olarak görülen Altıncı Daire-i Belediye'nin incelenmesi planlanmıştır. Buraya kadar incelenen ve Şehremaneti'nin başarısız görülen ilk tecrübesinin, devamında gelen belediyeçilik faaliyetlerine ne şekilde yansıdığı görülecektir.

### A. KOMİSYON'UN KURULUŞU

Yalnızca belediye işlerini görmek üzere Avrupai tarzda kurulmaya çalışılan Şehremaneti'nin, kuruluşundan sonraki birkaç ay içinde kendisinden beklenen faydayı göstermediği düşünülmektedir<sup>101</sup>.

Şehremaneti'nin, “tezyin” (süsleme), “tevsî” (genişletme), “tanzîf” (temizleme), “tenvir-i esvak” (çarşıların aydınlatılması), “ıslah-i usul-i ebniye” (bina inşa yöntemlerinin ıslahı) gibi

<sup>94</sup> BOA, Yer: A.}MKT.NZD., 195-66, Tarih: H-26-01-1273; BOA, Yer: A.}MKT.MHM., 99-31, Tarih: H-13-02-1273; BOA, Yer: A.}MKT.NZD., 245-93, Tarih: H-22-04-1274; BOA, Yer: A.}MKT.MHM., 92-91-0, Tarih: H-27-11-1272.

<sup>95</sup> BOA, Yer: A.}AMD./70-25-0, Tarih: H-00-00-1272.

<sup>96</sup> BOA, Yer: A.}MKT.NZD./165-17-0, Tarih: H-19-01-1272.

<sup>97</sup> BOA, Yer: A.}MKT.NZD./119-2-0, Tarih: H-28-01-1271.

<sup>98</sup> BOA, Yer: A.}MKT.NZD. 157-15, Tarih: H-19-11-1271.

<sup>99</sup> Eryılmaz, *Tanzimat*, s. 201.

<sup>100</sup> İlber Ortaylı, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Ankara: Cedit, 2008, s.437.

<sup>101</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1275; Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 20; Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeçiliğin Doğuşu*, s. 4; Ortaylı, *Mahalli İdareler*, s. 141.



çalışmalarda başarısız görülmesi sebebiyle, belediye teşkilatının yeniden şekillendirilmesi için Meclis-i Vâlâ üyelerinden Emin Muhlis Efendi başkanlığında bir “İntizam-ı Şehir Komisyonu” kurulması kararlaştırılmıştır. Padişaha H. 01.03.1272 (M. 11.11.1855) tarihinde sunulan Tez-kire’ye göre komisyon, “*Tebaa-i Devlet-i Aliyye’den bazı zevat ve kesân ile Dersaadet’te familyasıyla mukim olup yerli ahaliden ma’dud olan tebaa-i ecnebiyyenin vukûf ve malumat erbabı olanlarından mürekkeb*” üyelerden oluşacaktır<sup>102</sup>. Bu talep, H. 04.03.1272 (M. 14.11.1855) tarihli irade ile kabul edilmiştir<sup>103</sup>.

Öte yandan, hedeflenen gayenin gerçekleşmesi için şehreminliği konumuna ve Şehir Meclisi üyeliğine Avrupa’yı gören, bilen ve tanıyan kimselerin getirilmesi gerektiği kanaati hasıl olmuş, bu üç dört aylık başarısızlıktan şehremini Salih Paşa sorumlu tutulmuştur. Nihayet, İntizam-ı Şehir Komisyonu’nun kurulduğu düzenleme dahilinde dönemin şehremini Salih Paşa azledilmiş, yerine Hacı Hüsam Paşa getirilmiştir<sup>104</sup>.

Komisyon’un görevinin, belediyenin teşkilatı, kanun, nizam, talimat ve çalışmalarını derleyip hükümete sunmak olduğu söylenmiştir<sup>105</sup>. Yine Komisyon’un, yol güzergahlarının belirlenmesi, yeni yolların yapılması, kaldırım döşemeleri, şehrin aydınlatılması, çöplerin toplanması gibi faaliyetlerde öne çıktığı; ayrıca Şehremaneti’nin mali olarak desteklemek üzere hayvan ve arabalardan vergi alınmasını ve kaldırım masraflarına ev ve dükkân sahiplerinin katılmasını sağladığı söylenmektedir<sup>106</sup>.

İntizam-ı Şehir Komisyonu, yaklaşık dört yıl boyunca çalışmış, çalıştığı süre boyunca da çeşitli raporlar hazırlamıştır. Şimdi burada kısaca bu raporlardan bahsedilecektir.

## B. KOMİSYON’UN FAALİYETLERİ VE RAPORLARI

Komisyon, görev süresi boyunca çeşitli konularda çok sayıda rapor/mazbata tanzim etmiştir. Örneğin H. 24.10.1272 (M. 28 Haziran 1856) tarihli bir mazbatada Dersaadet ve Bilâd-ı Selâse’de bulunan kaldırımaların tamir masraflarının karşılanması zımında her çeşit binek ve yük arabalarından vergi alınacağı gibi hususlar yer almıştır<sup>107</sup>. Yine İntizam-ı Şehir Komisyonu tarafından hazırlanan H. 25.10.1272 (M. 29.06.1856) tarihli mazbatada çarşıların düzen ve temizliğinin istenen şekilde olmadığını beyan ile yasaklanması düşünülen bazı olumsuz durumlara ilişkin on iki maddeden oluşan öneriler Meclis-i Ali-i Tanzimat’a sunulmuştur<sup>108</sup>. Meclis-i Ali, kendisine sunulan bu önerileri teker teker değerlendirmiş, bazılarının icrasına, bazılarının ise tehir edilmesine karar vermiştir. Öneriler sokaklardaki saçaklardan akan suların oluklar ve borularla lağımlara akıtılmasından (birinci madde), sokaklarda başı boş gezen hayvanların zapt edilmesi ve kapı önlerine at bağlamak suretiyle yoldan gelip geçenlere zarar veren kimselerin nakdi ceza ile cezalandırılmasına kadar çok geniş konuları kapsamıştır.

<sup>102</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1276.

<sup>103</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1277.

<sup>104</sup> BOA, Yer: İ.DUİT, 57-3, Tarih: H-04-11-1272.

<sup>105</sup> İslamoğlu, *İstanbul Şehremaneti*, s.139.

<sup>106</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 21.

<sup>107</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1283.

<sup>108</sup> BOA, Yer: İ..DH., 349-23047, Tarih: H-24-11-1272; Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1278.

Çalışmaları bu ve benzer şekillerde süren İntizam-ı Şehir Komisyonu hakkında Osman Nuri Bey, elle tutulur ve gözle görülür bir başarı yakalanamadığını söylemektedir. Bunun sebebi ise komisyonun kurulmasından sonra geçen iki senelik süre içinde, komisyonun kurulma amacı olan yeni bir belediye teşkilatına dair esasları sunamamış olmasıdır<sup>109</sup>.

İntizam-ı Şehir Komisyonu da bu kanaatte olduğundan, H. 24.06.1272 (M. 02.03.1856) tarihli mazbatasında kaldırımların tanzimi, genişletilmesi, ev ve dükkanlardan alınacak ve araba ve bineklerden aydan aya alınacak bedellerin tahsili sureti ve muhafazasını görüşmek üzere üçüncü bir komisyon teşkili gerektiği, bu komisyonun Şehremaneti refakatinde ve riyasetinde ve fakat Ticaret Nezareti'nin gözetiminde çalışacağı, komisyon üyelerinin mezkur hususlarda bilgi sahibi, muteber tüccarlardan seçileceği şekilde bir öneri sunmuştur<sup>110</sup>. Yine öneriye göre, bu komisyonun icra edeceği vazifelere ilişkin hükümler kaleme alınacak, bu konuya Meclis-i Tanzimat nezaret edecektir. Yine aynı mazbataya göre Beyoğlu taraflarında yapılacak olan tamir ve yenileme işlemleri sebebiyle, bu işlemlerin yapılacağı yerlerde bulunan ev ve dükkân sahiplerinden talep edilecek meblağın tahsilinde sorun yaşanmaması için Tercüme Odası memurlarından dil bilen birkaç kimsenin de bulundurulması gerektiği mütalaa kılınmıştır<sup>111</sup>.

Bu öneri neticesinde yedi kişiden oluşan bir komisyon kurulmuş, bu komisyon hükümete yedi maddeden oluşan bir liste sunmuşlardır<sup>112</sup>. H. 27.02.1274 (M. 17.10.1857) tarihinde sunulan listeye göre; daha önce kurulan İntizam-ı Şehir Komisyonu layıkıyla tanzim edilmediğinden ve görevleri net olarak belirlenmediğinden bu komisyon kendisinden beklenen “hiçbir şeyin icrasına muktedir olamamıştır” ve bu duruma bir son verilmesi gerekmektedir. Bu bábda öncelikle kaldırımların, su ve lağım yollarının inşası, ikinci olarak sokakların süpürülmesi, üçüncü olarak ışıklandırma, dördüncü olarak sokakların mümkün mertebe genişletilmesi, beşinci olarak bu hususlarda yapılacak masraflara ilişkin düzenlemeler, altıncı olarak vergilere dair düzenlemeler, yedinci olarak da bu hususlarda alınacak kararların icrasında kurulacak komisyonun doğrudan yetkili olması ve belli bir miktar ödenek ayrılmasıdır. Sunulan raporun altında Antuvan Alyon, Revalaki, Ohannes Çarniç, Avram Kamanto, Cezayiroğlu Mıgırdiç, Cermanos oğlu Yusuf Sava ve Mehmet Salih Efendi isimli kimselerin imzaları bulunmaktadır<sup>113</sup>.

Burada ayrıca yedi kişiden müteşekkil, mezkûr üçüncü ve son komisyonun Altıncı Daire-i Belediye'nin kurulmasını sağlayan teşkilat modeli önerisini ele almak gerekir. Komisyon'un önerisi üzerine H. 12.04.1274 (M. 30.11.1857) tarihli Meclis-i Ali-i Tanzimat mazbatası ile Meclis-i Vâlâ'ya sunulan rapordaki belediye teşkilat modeli, bu Meclis tarafından kabul

<sup>109</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1297.

<sup>110</sup> BOA, Yer: İ..DH../371-24593, Tarih: H-11-07-1273.

<sup>111</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1290.

<sup>112</sup> İncelenen eserlerin çoğunda bu yedi kişilik komisyondan bahsedilmemiş, mezkûr yedi maddelik önerinin İntizam-ı Şehir Komisyonu tarafından sunulduğu değerlendirilmiştir. Örneğin; Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeciliğin Doğuşu*, s. 4; Ortaylı, *Mahalli İdareler*, s. 143; Akıldız, *Tanzimat*, s. 210. İlhan Tekeli, “19. Yüzyılda İstanbul Metropol Alanının Dönüşümü”, *Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, Ankara: Phoenix, 2006, s. 363-374.

<sup>113</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, C.3, s. 1298; Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 23.

edilmiş, 1858 yılına gelindiğinde, yine Avrupai tarzda, birden çok şubeden oluşan bir belediye modeli tasarlanarak, İstanbul Şehremaneti on dört daireye bölünmüştür<sup>114</sup>.

Bu bölümü tamamlamadan önce, bu araştırma esnasında incelenen kaynaklarda rastlanmayan ve fakat arşiv belgeleri arasında görülen bir evraktan da söz etmek gerekir. M. 15.03.1857 tarihli olan bu belge, Başkanlık Osmanlı Arşivi'nde "Şehremaneti'ne Dair Nizamname" başlığıyla yer almaktadır<sup>115</sup>. Belgeye, Hariciye Nezareti-Tercüme Odası evrakından ulaşılmıştır. Belge içeriği altmış üç maddeden müteşekkil bir şehremaneti nizamname taslağı şeklindedir. Belgenin bir Fransızca, bir de Türkçe sureti bulunmaktadır. Türkçe sureti karalama şeklinde olup, son sayfasında bulunan "Tebyiz olunmuştur", "Beyazı Meclis-i Ali-i Tanzimat'a verilmiştir" şeklindeki notlardan, bu çalışmanın temize çekildiği ve Meclis-i Tanzimat'a sunulduğu anlaşılmaktadır. Birinci kısım, şehremaneti meclisinin oluşumu ve üyelerinin seçimi ve tayini ile ilgilidir. İkinci kısım şehremaneti meclisi, üçüncü kısım müdürler, muavinler ve bunların görevleri, son kısım ise muhasebe hakkındadır. Nizamname, şehremini, zaptiye muavini, müdürü, şehremini muavini ve müsteşarından müteşekkil, ayrı bir bütçe ile muhasebe yönetimi olan bir şehremaneti öngörmektedir. Çalışmada ayrıca memurların vazifeleri ve görev süreleriyle, şehir meclisi üyeleri ve üye seçimine ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. İçerik ve şekil bakımından bu çalışmanın, Altıncı Daire-i Belediye Nizamnamesi ile benzerlik gösterdiği söylenebilir.

### C. ALTINCI DAİRE-İ BELEDİYE

İstanbul'un yetişmiş insan yetersizliği, mali gücünün sınırları ve bu tarz bir yönetimin ilk kez deneniyor olması sebebiyle on dört belediyenin aynı anda kurulması uygun görülmemiştir. Bu dairelerden, Galata ve Beyoğlu'nu kapsayan daire Altıncı Daire-i Belediye olarak adlandırılmış ve bu dairenin öncelikli bir pilot daire olarak teşkiline karar verilmiştir.

Bu daireye Altıncı Daire-i Belediye isminin verilmesinin sebebinin, örnek alınan Paris Belediyesi'nin "*Sixieme Arrondissement*" (Altıncı Daire) isimli semtinin Tanzimat döneminin önemli isimlerinden Mustafa Reşit Paşa ile Ali Paşa'yı modernliği ve gelişmişliğiyle etkilemesi olduğu söylenmektedir<sup>116</sup>. Pilot bölge olarak Galata ve Beyoğlu bölgesinin seçilmesinin sebebi ise binaların daha özenle inşa edilmiş olması ve o yer mukimlerinin Avrupa görmüş ve belediye hizmetinden anlayan insanlar olmaları şeklinde gösterilmiştir<sup>117</sup>.

Altıncı Daire'nin kuruluş vesikası incelendiğinde, bu belediye müessesesinin, 1855 Şehremaneti'nin çok ilerisinde bir teşkilata sahip olduğu görülmektedir. Mevzuat bakımından da Altıncı Daire'nin nizamnamesi modern sistematığe daha çok benzemektedir. Nizamname doksan dört bent, bir bend-i mahsus ve bir ilaveden müteşekkildir. Maddeler konularına göre gruplandırılmış ve gruplar başlıklandırılmıştır. Örneğin 1-7 arası maddeler 'Mezkûr Daire-i Belediye Meclisinin Suret-i Terkibi Beyanındadır' başlığı ile bir grup; 8-10 arası maddeler 'Reis

<sup>114</sup> Takvim-i Vekayi, yay. Mehmed Esad Efendi, sayı 560, İstanbul, 1274. Milli Kütüphane Yer Numarası: 1962 SC 66, DVD No: 865, Mikrofilm No: 449-471.

<sup>115</sup> BOA, Yer: HR.TO../427-8-0, Tarih: 15.03.1857.

<sup>116</sup> İslamoğlu, *İstanbul Şehremaneti*, s. 141.

<sup>117</sup> Takvim-i Vekayi, yay. Mehmed Esad Efendi, sayı 560, İstanbul, 1274. Milli Kütüphane Yer Numarası: 1962 SC 66, DVD No: 865, Mikrofilm No: 449-471.

Vekilleri Beyanındadır' başlığı ile bir diğer gruptur. Nizamname ayrıca muavin, başkatip, sandık emini, mütercim, mühendis, mimar gibi görevlileri ayrı ayrı başlıklar altında düzenlemiştir. Devamındaki maddelerde oy kullanılması, meclisin görevleri, taşınmazların sayılması ve yazılması, kamu yararı gerektirdiğinde bazı taşınmazların belediyece satın alınması<sup>118</sup>, gelir ve giderlerin tespitine ilişkin hükümler yer almıştır. Ayrıca bu dairenin Devlet-i Aliyye'nin izniyle bizatihi istikrazına (borçlanmasına) dair düzenleme de yer almaktadır<sup>119</sup>.

Şehremaneti'nin konularına göre çeşitli Nezaretlere bağlı olarak çalışacağı söylenmiştir. Altıncı Daire-i Belediye ise doğrudan sadrazama bağlı olacak çalışmak üzere kurulmuştur<sup>120</sup>. Bu bakımdan Altıncı Daire'nin bağlı çalışma hususunda daha işlevsel durumda olduğu söylenebilir.

Öte yandan Şehremaneti'nin kendi bütçesi söz konusu değilken, Altıncı Daire'ye emlak vergisi tahsil yetkisi verilmiş; Şehremaneti Nizamnamesi'nde Şehremaneti'nin denetlenmesine ilişkin bir hüküm yer almazken, Altıncı Daire'nin gelir ve giderleri ile, yeni vergiler ve memur tayinleri bakımından Bâb-ı Âli tarafından denetleneceği düzenlenmiştir<sup>121</sup>.

Altıncı Daire-i Belediye ve İstanbul Şehremaneti bir süre kendi görev alanlarında çalışmalarını sürdürmüş, Altıncı Daire-i Belediye'de başarıya ulaştığı düşünülen daire sistemi, İstanbul'un diğer bölgelerine de kurulmak üzere Şurâ-yı Devlet tarafından bir kanun tasarısı hazırlanmış, nihayet padişahın da onayı ile 1868 yılında altmış üç maddeden oluşan Dersaadet İdare-i Belediye Nizamnamesi (DİBN) yayınlanmıştır<sup>122</sup>. Bu tarihe kadar Şehremaneti'nin, İhtisap Nezareti'nin görevlerinin kendisine devri ile ancak narh ve esnaf faaliyetleri ile sınırlı olarak çalışması söz konusu iken; DİBN'nin neşrinden sonra (o güne kadar ifası hükümete ait olan<sup>123</sup>) yolların, kaldırımların, su yolları ve altyapı tesisatının, imar ve yapı işleri bayındırlık faaliyetlerinin de Şehremaneti'ne görev olarak yüklenmesi söz konusu olmuştur. Bu nizamname ile İstanbul Şehremaneti on dört daireye ayrılmışsa da bu belediyelerden ancak dört tanesi (Adalar, Beykoz, Yeniköy, Tarabya) amaçlandığı şekilde kurulabilmiştir<sup>124</sup>.

Ne var ki Osmanlı'nın belediyecilik çalışmalarında bu denemenin de başarıya ulaşmadığı, bu nedenle 5 Eylül 1877 tarihinde "Dersaadet Belediye Kanunu"nun kabul edildiği bilinmektedir<sup>125</sup>. Dersaadet Belediye Kanunu, İstanbul Şehremaneti'ni tıpkı Paris örneğinde olduğu gibi yirmi daireye ayırmış, ayrıca Altıncı Daire-i Belediye'nin ayrıcalığını da kaldırmıştır.

<sup>118</sup> Bu düzenleme bugün cari hukukumuzdaki kamulaştırma müessesine benzemektedir. Madde düzenlemesine göre kamu yararı gerektirdiğinde taşınmaz alımı yapılacaksa, satın alınacak taşınmazın kıymeti taşınmaz sahibi ve belediye taraflarından farklı bilirkişiler marifetiyle tespit edilecek, bedel tespitinden sonra satın alma yapılabilecektir. Belediye ile taşınmaz sahipleri uzlaşamadıkları takdirde konu Meclis-i Tanzimat'a iletilecek ve oradan da bu işle görevlendirilmiş olan komisyona havale edilecektir. Benzer bir düzenlemenin 1272 tarihli Kanun ile Şehremaneti'ni de kapsayacak şekilde yapılmış olduğu yukarıda zikredilmişti (Bkz: 75 no'lu dipnot.)

<sup>119</sup> Altıncı Daire-i Belediye Nizamnamesi, madde 76 vd.

<sup>120</sup> Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 26.

<sup>121</sup> Altıncı Daire-i Belediye Nizamnamesi, madde 9 vd.

<sup>122</sup> Düstur, I/2, s. 450; Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 29.

<sup>123</sup> Eryılmaz, *Tanzimat*, s. 209.

<sup>124</sup> Eryılmaz, *Tanzimat*, s. 209. Öte yandan, adı geçen on dört daire; Ayasofya, Aksaray, Fatih, Eyüp, Kasımpaşa, Beyoğlu, Beşiktaş, Mirgun, Büyükdere, Beykoz, Beylerbeyi, Üsküdar, Kadıköy ve Adalar'dır.

<sup>125</sup> Düstur, I/4, s. 520; Oktay, *İstanbul Şehremaneti*, s. 46.

Ne var ki gerek pratikteki faydasızlığın sürmesi gerek mali yetersizlikler ve gerekse yirmi daireye bölünmenin Paris idaresinin kötü bir örneği olması gibi sebeplerle, bu yirmi belediye dairesi de kurulamamış, 1878 yılında bu denemeden vazgeçilmiş ve İstanbul Şehremaneti yine on daireye bölünmüştür<sup>126</sup>. Sonrasında, II. Meşrutiyeti takiben Şehremaneti'nin yine yirmi daireye bölündüğü, birkaç yıl sonra bundan vazgeçildiği ve Şehremaneti'nin bu kez dokuz daireye bölündüğü ve Osmanlı'nın sonuna kadar bu şekilde devam ettiği bilinmektedir<sup>127</sup>.

## SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat öncesi dönemde İstanbul, belediye hizmetleri bakımından dört bölgeye ayrılmıştır: Dersaadet ve bilâd-ı selâse olan Eyüp, Galata ve Üsküdar. Bu bölgelerin her birine birer kadı tayin edilmiş, Dersaadet kadısı aynı zamanda İstanbul'un belediye başkanı konumunda olmuştur. Kadı belediyeciliğe ilişkin hizmetleri temelde subaşılardan muhtesip ağalar vasıtasıyla görmüştür. Yine loncalar ve vakıflar gibi Osmanlı hukukunun ve sosyal yapısının önemli bazı unsurları, belediyecilik faaliyetlerinde önemli rol oynamıştır. Zaman içinde yeniçeri ocağının lağvı ile subaşılığın kaldırılması, kadının görev ve statüsünde yapılan değişiklikler ve dönemin diğer etkenleri belediye hizmetlerinin görülmesindeki usul değişikliğine yöneltmiş, bu minvalde belediye hizmetleri bağlamındaki yetkiler kadılık makamından muhtesiplere doğru bir kayma göstermiş ve nihayet İhtisap Nezareti kurulmuştur.

İhtisap Nezareti, mevzuatı, kuruluşu, organları ve işleyişi bakımından klasik dönem müessesesi olarak nitelendirilebilir. Ne var ki değişmekte olan toplumsal düzen, hukuki müesseselerin de değişmesini gerektirmiş, Tanzimat dönemi gibi her şeyin çok hızlı değişim gösterdiği bir dönemde 1826 yılından 1855 yılına kadar nispeten uzun bir süre varlığını sürdürmeyi başaran İhtisap Nezareti, modern bir belediye arayışının sonucu olarak Şehremaneti'nin kuruluşuyla ilga edilmiştir. Kimi yazarlara göre Şehremaneti, İhtisap Nezareti'nin yalnız ismi değişmiş bir hali olarak görülse de aslında Şehremaneti'nin anılan nitelikte olmaktan çok uzak olduğu, Osmanlı'nın belediyecilik çalışmalarında çok önemli bir yere sahip olduğu görülmüştür.

Şehremaneti, birkaç sebebe binaen klasik dönem yapılanmasının başarısız bir kopyası olarak görülmemelidir. Öncelikle Şehremaneti'nin kuruluş mevzuatı, çerçeve hükümleri içeren, maddeler halinde düzenlenmiş haliyle klasik dönem kanunlaştırmalarından ziyade modern sistematiğe yakın konumdadır. İkinci olarak Şehremaneti ile belediye teşkilatı bir "meclis"e sahip hale gelmiştir ki bu gelişme, modernleşme bakımından önemli görülebilir. Bu iki kurumun bağlı olarak çalışacakları üst birimler de birbirinden farklıdır. İhtisap Nezareti sadrazamlığa bağlı olarak, Şehremaneti ise Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye'ye bağlı olarak çalışmıştır. Tanzimat döneminde Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye'ye verilen önem göz önüne alındığında, Şehremaneti'nin oraya bağlanmasıyla Şehremaneti'ne verilen önem de anlaşılabilir. Öte yandan, iki kurumun görev ve yetkileri bakımından da ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle İhtisap Nezareti'nden farklı olarak Şehremaneti'nin namaz kılmayan, oruç tutmayan kimseleri takip etme görevi olmadığı gibi; tazir, falaka, değnek ve hapis cezaları gibi cezalar uygulama yetkisinin bulunmadığını da söylemek gerekir. Ancak dava görme yetkisi olan Şehremaneti, dava

<sup>126</sup> Eryılmaz, *Tanzimat*, s. 210.

<sup>127</sup> Eryılmaz, *Tanzimat*, s. 211.

sonucunda bu türlü cezalar verilmesine hükmederse, cezaların infazı için zaptiyeye başvuracaktır. Böylelikle Şehremaneti'ne dava ruyeti yetkisi verildiği, fakat cezanın infazıyla yükümlü olmadığı ve bunun için ilgili kolluk birimi olan zaptiyeye gideceği görülmektedir. Bu durum Şehremaneti'nin yalnız belediye hizmetlerini görmesi yolunda bir yetki daralması ve hususileşme olarak yorumlanabilir.

Şehremaneti'nden sonra kurulan Altıncı Daire'nin, Şehremaneti tecrübesi üzerine inşa edildiği de göz ardı edilmemelidir. Aynı zamanda Altıncı Daire'nin, muhit itibarıyla gayrimüslim tebaanın yoğun yaşadığı bir yerde, Tanzimat'ın eğilimine uygun şekilde batı örnek alınarak kurulduğu göz ardı edilmemelidir. Böylelikle Altıncı Daire vesilesiyle batı nüfuzunun İstanbul'un ticaret merkezi olarak görülen Galata'da artması söz konusu olmuştur.

Modern bir belediye teşebbüsünün ilk adımı olan Şehremaneti'nin görevleri ve yetkileri nazara alındığında, müessesenin önemsendiği yorumu yapılabilir. Şehremaneti'nin yalnız işleyiş ve fiili tecrübe bakımından değil, aynı zamanda mevzuat bakımından da İhtisap Nezareti ile Altıncı Daire arasında köprü görevi gördüğü söylenebilir. Şehremaneti tecrübesi, Osmanlı Devleti'nin ve takip eden yıllarda Türkiye Cumhuriyeti'nin modern belediye düzenine erişmesinde önemli bir adım olarak görülebilir.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT, İlhan, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Timaş, 2018.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, 1. Kitap, İstanbul: Fey Vakfı Yayınları, 1990.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, 9. Kitap, İstanbul: OSAV, 1996.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyatı-Kamu Hukuku*, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011.
- BOZKURT, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, 3. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2020.
- CANATAR, Mehmet, "KETHÜDÂ", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kethuda> (30.03.2022).
- CİN, Halil & AKYILMAZ, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya: Sayram, 2021.
- DEVELLİOĞLU, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Ankara: Aydın, 2017.
- DOĞANGÜZEL, Semra Betül, "Tanzimat Döneminin Şeriye Mahkemeleri ve Kadıların Değişim Sürecine Etkisi", *Adalet Dergisi*, cilt 1-2, sayı 62-63, 2019, s. 49-66.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk*, 7. Bs., İstanbul: Arı, 2021.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*, 2. Baskı, İstanbul: Arı Sanat, 2017.
- ERGİN, Osman Nuri, *Mecelle-i Umûr-i Belediyeye*, C.3, İstanbul: İBB Kültür İşleri Daire Başkanlığı, 1995.
- ERGİN, Osman Nuri, *Muhtasar Mecelle-i Umûr-i Belediye*, İstanbul: İBB Kültür İşleri Daire Başkanlığı, 2017.
- ERYILMAZ, Bilal, *Tanzimat ve Yönetimde Modernleşme*, İstanbul: İşaret, 2017.
- GÜNAY, Hacı Mehmet, "Vakıf", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://Islamansiklopedisi.Org.Tr/Vakif#1> (30.03.2022)
- İPŞİRLİ, Mehmet, "Avarız Vakfı", *DİA*, cilt 4, İstanbul, 1991.
- İPŞİRLİ, Mehmet, "Bilad-ı Selase", *DİA*, İstanbul, 1992.
- İSLAMOĞLU, Abdullah, "Osmanlı Devleti’nde Esnaf Loncaları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası-Ord. Prof. Dr. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı*, cilt LXXV, 2017, s. 447-456.
- İSLAMOĞLU, Abdullah, "Osmanlı Devleti’nde Modern Belediye’nin Hukuksal Açısından Kurumsallaşması" (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.
- KAL’A, Ahmet, "LONCA", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/lonca> (15.03.2022).
- KANAR, Mehmet, *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, İstanbul: Say, 2008.
- KAZICI, Ziya, *İslam Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi*, 5. Bs., İstanbul: İFAV, 2003.
- KILINÇ, Ahmet, "Klasik Dönem Osmanlı Devleti’nde Teşhir Cezası", *International Journal of Science Culture and Sport*, cilt 3, sayı 4, 2015, s. 447-456.
- KILINÇ, Ahmet, *Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihinde Teşhir Cezası*, Ankara: Adalet, 2014.
- KILINÇ, Ahmet, *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara: Adalet, 2019.
- KILINÇ, Ahmet & YILDIRIM, Davut, "Tanzimat Dönemi Düalist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansımaları", *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları-Kamu Hukuku*, ed. Nuran Koyuncu & Abdülkadir Yıldız, Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 171-230.

- KOÇU, Reşad Ekrem; Akbay, Mehmet Ali, *İstanbul Ansiklopedisi*, cilt 7, İstanbul: İstanbul Ansiklopedisi ve Neşriyat Kollektif Şirketi, Ercan Matbaası, 1958.
- KÜTÜKOĞLU, Mübahat S., *Osmanlı'nın Sosyo-Kültürel ve İktisadi Yapısı*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2020.
- OKTAY, Tarkan, *İstanbul Şehremaneti*, İstanbul: Yeditepe, 2011.
- ORTAYLI, İlber, *Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahallî İdareleri (1840-1880)*, Ankara: TTK, 2020.
- ORTAYLI, İlber, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Ankara: Cedit, 2008.
- SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet, *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeciliğin Doğuşu: Yerel Yönetim Metinleri*, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010.
- ŞAHİN, İlhan, "YİĞİTBAŞI", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/yigitbasi> (30.03.2022).
- ŞEMSEDDİN Sami, *Kâmûs-ı Türkî*, İstanbul: Kapı, 2011.
- TAŞKESENLIOĞLU, M. Yasin, *Meclis-i Âlî-i Tanzimât (1854-1861)*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2018.
- TEKELİ, İlhan, "19. Yüzyılda İstanbul Metropol Alanının Dönüşümü", *Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, Ankara: Phoenix, s. 363-374, 2006.
- UYAR, Gülgün, "NAKİB", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/nakib> (30.03.2022).
- YEL, Ali Murat & KÜÇÜKAŞCI, Mustafa Sabri, "MAHALLE", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mahalle> (30.03.2022).
- Osmanlı'dan Günümüze Yerel Yönetimler ve Belediyecilik, T.C. Devlet Arşivleri Başkanlığı ve Türkiye Belediyeler Birliği Ortak Yayını, T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Yayın No: 14, Ankara, 2021.
- İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H.919-927 / M. 1513-1521). / Bilgin Aydın, Ekrem Tak ; proje yönetmeni M. Akif Aydın ; ed. Coşkun Yılmaz. -- İstanbul : Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2008.
- İstanbul Kadı Sicilleri 42 Beşiktaş Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 966-968 / M. 1558-1561) / proje yönetmeni M. Âkif Aydın ; editör Coşkun Yılmaz ; çeviri yazı / mukabele Yılmaz Karaca – Sinan Satar ; Arapça çeviri Mehmet Akman ; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul : Kültür AŞ, 2019.
- BOA, HAT, Yer Bilgisi: 517-25274, Tarih: H-29-12-1242.
- BOA, HAT, Yer Bilgisi: 500-24495, Tarih: H-29-12-1245.
- BOA, Yer: BEOAYN.d.../1723-0-0, Tarih: H-27-09-1271.
- BOA, Yer: A.}AMD./55-4-0, Tarih: H-09-11-1271.
- BOA, Yer: A.}MKT.NZD./163-89-0, Tarih: H-05-01-1272.
- BOA, Yer: A.}MKT.NZD. 157-15, Tarih: H-19-11-1271.
- BOA, Yer: A.}MKT.NZD., 195-66, Tarih: H-26-01-1273.
- BOA, Yer: A.}MKT.MHM., 99-31, Tarih: H- 13-02-1273.
- BOA, Yer: A.}MKT.NZD., 245-93, Tarih: H-22-04-1274.
- BOA, Yer: İ.DUİT, 57-3, Tarih: H-04-11-1272.
- BOA, Yer: İ..DH., 349-23047, Tarih: H-24-11-1272.
- BOA, Yer: İ..DH../371-24593, Tarih: H-11-07-1273.
- BOA, Yer: A.}MKT.MHM., 92-91-0, Tarih: H-27-11-1272.



BOA, Yer: HR.TO../427-8-0, Tarih: 15.03.1857.

BOA, Yer: A.}AMD./70-25-0, Tarih: H-00-00-1272.

BOA, Yer: A.}MKT.NZD./165-17-0, Tarih: H-19-01-1272.

BOA, Yer: A.}MKT.NZD./119-2-0, Tarih: H-28-01-1271.

Düstur, I/2-4.

Takvim-i Vekayi, yay. Mehmed Esad Efendi, sayı 529, İstanbul, 1271. Milli Kütüphane Yer Numarası: 1959 SC 66, DVD No: 865, Mikrofilm No: 449-471.

Takvim-i Vekayi, yay. Mehmed Esad Efendi, sayı 560, İstanbul, 1274. Milli Kütüphane Yer Numarası: 1962 SC 66, DVD No: 865, Mikrofilm No: 449-471.

Geliş Tarihi | Received: 14.03.2022

Kabul Tarihi | Accepted: 17.04.2022

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2022

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# OSMANLI HUKUKUNDA ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARINDA İŞTİRAK

## PARTICIPATION IN CRIMES OF MURDER AND WOUNDING IN OTTOMAN LAW

Semra Betül Doğangüzel\*

### ÖZ

Çalışmada öldürme ve yaralama suçlarına iştirak, Osmanlı hukuku bağlamında incelenmiştir. Bu minvalde Osmanlı hukukuna yön veren İslam hukukunun konuya bakışına yer verilmiş, Osmanlı özelinde ise Hanefi görüşleri vurgulanmıştır. Hanefilerin öldürme ve yaralama suçlarına iştirak bağlamında diğer mezheplerden ayrılan görüşleri olduğu tespit edilmiştir. Ceza sorumluluğunu haiz olan ve olmayan şeriklerin bir araya gelmeleri durumunda kısas cezasının tümünden düşmesi, azmettirme hâlinde fer'i şerikin asli şerik sayılması için failin mecbur kalma gerekliliği Hanefilere has görüşlerdendir. Osmanlı hukukunda verilen fetvaların ve düzenlenen kanunnamelerin Hanefi görüşlerine paralel bir tutum içinde olduğu gözlemlenmiştir. Tanzimat döneminde artan kanunlaştırma faaliyetleri çerçevesinde konunun gittikçe daha ayrıntılı ele alındığı söylenebilecek bir diğer husustur. Çalışmada Osmanlı uygulamasında gerçekleşen müştereken öldürme ve yaralama olaylarına da bakılmış, doğrudan iştirak durumlarında tarafların sulh ve feragatten yana oldukları görülmüştür. Dolaylı iştirak durumları gündeme geldiğinde ise genellikle fer'i şerikin cezası asli şerike nisbetle daha hafif olmuştur.

**Anahtar Kelimeler** Osmanlı hukuku ~ öldürme ~ yaralama ~ iştirak ~ şerik

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı.

ORCID: 0000-0001-5489-1476 [sbetuldoganguzel@gmail.com](mailto:sbetuldoganguzel@gmail.com)



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

In this study, participation in murder and wounding crimes was examined in the context of Ottoman law. In this manner, the point of view of Islamic law, which guides Ottoman law, was included, and Hanafi views were emphasized specific to Ottoman. It has been determined that Hanafi lawyers have opinions that are different from others in the context of participating in crimes of killing and wounding. The necessity of obliging the perpetrator to consider secondary partner as the main partner in case of decriminalization, if they are persevering, is one of the opinions peculiar to Hanafis. It has been observed that the fatwas issued and the laws issued in Ottoman law have a parallel attitude to Hanafi views. It can be said that the issue is being considered in more and more detail within the framework of the increasing legalization activities during the Tanzimat period. In the study, the cases of joint killing and wounding in Ottoman practice were also examined, and it was seen that the parties were in favor of peace and renunciation in cases of direct participation. When indirect participation cases were raised, the punishment of the secondary partner was usually lighter compared to the main partner.

**Keywords** Ottoman law ~ murder ~ wounding.~ participation ~ partner

## GİRİŞ

Çalışmada Osmanlı hukukunda öldürme ve yaralama suçları bakımından iştirak müessesesi incelenecektir. Söz konusu suçları tercih sebebinin, özellikle iştirake elverişli olarak göze çarpmaları olduğu ifade edilebilir. Ayrıca müştereken işlenen bu suçlar, kamu düzenini bozması ve suç bağlamında kişilerin hukuka karşı gelmek noktasında bir kararlılık ve hazırlığı ifade etmesi hasebiyle dikkate değerdir. Birden fazla kişinin bir kişinin can ve vücut bütünlüğüne zarar vermek noktasında ortak hareket etmeleri, toplumsal barış ve huzur adına hukukun önlem alması gereken bir durumdur.

İslâm hukuku, kötülükte yardımlaşmamak, kötü olanı akim bırakmak ve fakat iyilikte birlik ve beraberlik içinde olmak, iyi olanı çoğaltmaktan yana bir anlayışa sahiptir. Bu minvalde suç teşkil eden fiillerde iştirak, İslâm hukukunun ilgilendiği bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. İslâm hukukuna mutabık bir hukuk sistemini hedefleyen Osmanlı hukukundan da suça iştirak hususunda kişileri bundan men edecek bir yaklaşım sergilenmesi beklenecektir. Çalışmada iştirakin Osmanlı hukukunda öldürme ve yaralama suçları özelinde ele alınması amaçlanmıyorsa da İslâm hukukunun genel olarak iştirake bakışı meselenin kaynak ve zemini olarak ele alınması gereken bir konudur. Bu sebeple çalışmada önce İslâm hukukunun suça iştirake bakışına yer verilecek, ardından Osmanlı hukukunda iştirakin öldürme ve yaralama suçları bağlamında nasıl yer aldığı incelenecektir. Bu çerçevede Osmanlı hukuk sisteminde önemli reformlara sahne olan Tanzimat dönemine de göz atılacaktır.

Öldürme ve yaralama suçlarına iştirak hususunda İslâm hukukunun boşluk bıraktığı noktalarda ekolleşmeyi ifade eden mezheplerin birbirlerinden farklı yorum ve düşüncelerine rastlanabilmektedir. Bununla birlikte Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi Hanefi mezhebi olduğundan çalışmada Hanefi görüşlerine ağırlık verilecektir. Bu minvalde çalışmada ağırlıklı olarak Hanefi fıkıh eserlerinin tarandığı ifade edilebilir. Bundan başka Osmanlı hukukunda kadıların istifade ettikleri fetva mecmuaları da teorik bakışı yansıtan önemli kaynaklardır. Zira Osmanlı'da Tanzimat öncesi dönemde tedvin faaliyetleri bakımından yoğun ve işlek bir tablo görülmemekte, kadıların geniş ilim ve buna bağlı takdir yetkileri ile anlam kazanacak genel ve cüzi düzenlemelere rastlanmaktadır. Diğer yandan kimi genel kuralları takip edebilmek açısından şüphesiz Osmanlı kanunnamelerinin de incelenmesi gerekmektedir.

Çalışmada öldürme ve yaralama suçlarına iştirakin uygulamaya nasıl yansıdığı da ele alınacaktır. Bu doğrultuda bakılması gereken kaynakların başında Osmanlı'da temel mahkemeler olan şeriye mahkemelerinin kayıtlarını ihtiva eden şeriye sicilleri gelmektedir. Bundan başka mühimme defterleri ve arşiv kayıtları da uygulama çerçevesinde önem arzeden kaynaklardır.

Suç teşkil eden bir fiile birden fazla kişinin katkı sağlaması, çok çeşitli şekillerde gündeme gelebilmektedir. Çalışmada bu ayrımlara değinilecek, öncelikle iştirakin doğrudan veya dolaylı olması durumlarına yer verilerek dolaylı iştirak kapsamında ise azmettirme ve yardım etme hâlleri ele alınacaktır. Bütün bu durumlar suçun işlenmesini kolaylaştırmak ve suçu yaymak doğrultusunda icra edilen hareketler olması hasebiyle iştirak, her hukuk sisteminin tavrı alması gereken kritik bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

## I. İSLÂM CEZA HUKUKUNDA GENEL OLARAK SUÇA İŞTİRAK

İslâm ceza hukuku literatüründe suçlar, had, kısas ve tazir suçları şeklinde üç kategoriye ayrılmıştır<sup>1</sup>. Had suçları, cezası Kuran ve sünnet tarafından sabit bir şekilde belirlenmiş, affi mümkün olmayan suçları ifade ederler<sup>2</sup>. Kısas ve diyet suçları, asli kaynaklarda yer almakla birlikte affi mümkün olan, can ve vücut bütünlüğüne yönelik suçlar olup temelde öldürme, yaralama ve hamile kadına yönelik çocuk düşürtme<sup>3</sup> suçlarıdır<sup>4</sup>. Tazir suçları ise cezası Kuran ve sünnet tarafından tespit edilmemiş olan, düzenlenmesi devlet başkanı veya hakime bırakılmış suç ve cezaları ifade etmektedir<sup>5</sup>. Suça iştirak, çoğunlukla kısas ve diyet gerektiren öldürme ve yaralama suçları için gündeme gelmiş; İslâm hukukçularının iştirak hakkındaki yorumları da genellikle bu bağlamda seyretmiştir<sup>6</sup>. Bununla birlikte hırsızlık, hırsızlık gibi diğer bazı suçlarda da faillerin iştirak hâlinde hareket etmeleri mümkündür. Dolayısıyla İslâm hukuku çerçevesinde suça iştirakin genel teorik esaslarından bahsetmekte fayda vardır.

### A. İŞTİRAKİN TANIMI VE UNSURLARI

İştirak, suç teşkil eden bir fiile ilişkin olarak “şerik” olarak anılan birden fazla kişinin bu fiile katkı sunması hâlinde gündeme gelmektedir<sup>7</sup>. Dolayısıyla iştiraktan bahsedebilmek için birden fazla suçlu ve bu suçlulara isnad edilen yasak bir fiil unsurlarının varlığı gerekmektedir<sup>8</sup>. Ayrıca iştirak ile suç arasında bir illiyet bağı da bulunmalıdır<sup>9</sup>. Birden fazla kişi suça dahil olmuş görünseler de şayet aralarında suçu işlemek hususunda bir anlaşma yoksa, iştiraktan bahsedilemeyecektir. Burada rastlantısal bir birliktelik ile anlaşma hâli arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir.

Rastlantı hâli ile suçluların arasında herhangi bir ittifak iradesi bulunmaması durumu kastedilmektedir ki böyle bir durumda her bir şerik kendi fiilinden ötürü cezalandırılacaktır. Bu konuda mezhepler arasında herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır<sup>10</sup>. İştiraktan bahsedebilmek için ise kişilerin suçu işlemek hususunda bir anlaşmaya varmış olmaları gerekmektedir. Hatta yapılan anlaşma, icra edilen suç hakkında değil, başka bir olaya ilişkin ise yine bahis mevzuu suça iştiraktan bahsedilemeyecektir.

<sup>1</sup> Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta, 13. Baskı, İstanbul, 2015, s. 154. Literatürde hakim söz konusu ayırımın dışında kimi yazarlarca yapılan başka ayırımlar için bkz. Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2018, s. 30-31.

<sup>2</sup> Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, 9. Baskı, Konya, 2017, s. 249; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitabevi, 19. Baskı, Ankara, 2017, s. 97.

<sup>3</sup> “Çocuk düşürtme suçu” olarak da anılan suç tipi hakkında ayrıntılı bilgi için: Ahmet Kılınc, *Çocuk Düşürtme Suçunun 17’nci Yüzyıl İstanbul’undaki Görünümü*, DÜHFD, C. 23, S. 38, y. 2018, s. 31-84.

<sup>4</sup> Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 264.

<sup>5</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 155.

<sup>6</sup> Ahmet Akgündüz, “İştirak”, TDVİA, C. 23, y. 2001, s. 442; Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, ter. İbrahim Tüfekçi, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994, s. 360.

<sup>7</sup> Akgündüz, “İştirak”, s. 442.

<sup>8</sup> Abdulkadir Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, ter. Ali Şafak, Kayhan Yayınları, İstanbul, 2012, s. 383.

<sup>9</sup> Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 394.

<sup>10</sup> Şamil Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Filler*, (m.y), s. 162-163; Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 383; Ömer Çelen, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 41.

İştirakin kanuni unsuruna bakılacak olursa İslâm hukukunun asli kaynaklarında suçun ortaklaşa işlenmesine yer verildiği ve kişilerin bundan men edildikleri görülmektedir. Konuyla ilgili Kuran’da geçen şu hüküm örnek gösterilebilir: “*Günah ve teaddi üzerine yardımlaşmanın*”<sup>11</sup>. Yine suça katkı sağlamak bakımından içki içme suçu özelinde şu hadis zikredilebilir: “*İçkiye, onu içene, sunana, sıkana, sıktırana, taşıyana, kendisine taşınana, satana, satın alana ve içkiden elde edilen kazancı yiyene Allah lanet etmiştir*”<sup>12</sup>.

İslâm hukukunun asli kaynaklarından bir diğeri icmadır. Esasen çalışmanın konusunu teşkil eden öldürme suçunda verilecek cezada dayanak olarak gösterilen Hz. Ömer’in uygulaması da icma kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre Hz. Ömer, San’a şehrinde bir kişiyi müştereken öldüren birden fazla faile ayrı ayrı kısas uygulamış ve “*Eğer bütün San’a halkı suça iştirak etmiş olsaydı, hepsini kısas ederdim.*” demiştir<sup>13</sup>. Hz. Ömer’in bu sözünün sahabe huzurunda cereyan ettiği ve konuya ilişkin bir itiraz olmadığı ve dolayısıyla hüküm hakkında icma oluştuğu ileri sürülmektedir<sup>14</sup>.

Netice itibariyle klasik dönem İslâm hukuku iştirak hususuna kaynaklarında yer vermiş ve kişileri ortak bir irade ile suça iştirak etmekten men etmiştir. Bununla birlikte suça iştirak edenlere verilecek ceza, iştirakin nasıl gerçekleştiğine bağlı olarak değişecektir. Aşağıda iştirakin türlerine yer verilecektir.

## B. İŞTİRAKİN TÜRLERİ

İştirak, çeşitli şekillerde gündeme gelebilir. Bu çerçevede suçlu, suçun maddi unsurunda başkasıyla müştereken hareket edebilir veya suçun icrasında başkasıyla işbirliği yapabilir. Bir başkasının suça tahrik veya teşvik edilmesi de söz konusu olabilir. Yine kişi, suçun icrasına iştirak etmeksizin çeşitli yollarla suçun işlenmesinde suçluya yardımda bulunabilir. Bütün bu durumlarda kişi, suça iştirak etmiş sayılmakla beraber maddi unsura olan katkısı nispetinde alacağı ceza değişecektir. Suçun maddi unsuruna katkısı ise doğrudan ve dolaylı iştirak ayrımını gündeme getirmektedir. Söz konusu ayırım, aşağıda incelenecektir.

### 1. Doğrudan İştirak

Birden fazla kişinin suçun maddi unsurunu icra etmesi durumu doğrudan iştirak, suça iştirak eden kimseler de asli şerik olarak anılır. Doğrudan iştirak için “*mübaşeret*”, suçu işleyene ise “*mübaşir fail*” veya “*mübaşir şerik*” de denmektedir<sup>15</sup>. Doğrudan iştirak hâlinde şeriklerin, suçun işlenmesine bilerek ve isteyerek katılmış olmaları ve işlenmesine karar verilen suçu, maddi olarak gerçekleştirmiş olmaları gerekir. Suçun tamamlanmış olup olmamasının, bir

<sup>11</sup> Maide, 5/2.

<sup>12</sup> Ebû Dâvûd, Eşribe 1/3678.

<sup>13</sup> Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 350; Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 159.

<sup>14</sup> Abdullah bin Mahmûd el-Mevsilî, *El-İhtiyâr Li-Ta’lîl’l-Muhtâr*, C. 5, Nuh Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 225. Mezhepler, Hz. Ömer’in uygulaması dolayısıyla müştereken adam öldürmenin cezası noktasında hemfikir olsalar da uygulamanın icma olduğu, Hanefi hukukçuların fikridir. Zira Hanefiler, diğer mezheplerden farklı olarak sükuti icmayı da kaynak olarak kabul etmektedirler. Buna göre dönemin bazı hukukçuları görüşlerini açıkça ortaya koydukları hâlde bazıları koymamakla birlikte açıkça karşı da çıkmıyorsa, sükuti icma söz konusudur: Cin ve Akylmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 54.

<sup>15</sup> Akgündüz, *İştirak*, s. 442.

kimsenin asli şerik sayılmasına etkisi yoktur. Böyle bir ayırım yalnızca verilecek cezaya tesir edebilecektir<sup>16</sup>.

İslâm hukukçuları, bazı durumlarda dolaylı iştiraki, doğrudan iştirak olarak değerlendirmektedirler. Normal şartlarda suçun maddi unsurunu icra etmemesi sebebiyle fer'i şerik olacak birinin, suçun maddi unsurunu doğrudan icra eden bir diğer şeriki, bir alet gibi kullanması hâlinde asli şerik sayılması hâli böyledir.<sup>17</sup> Kullanılan kişi, gayrimümeyyiz veya mülcü ikrah<sup>18</sup> altında biri ise ve fiillerinde kendisini kullanan veya zorlayan şerike tabi olup onun istediği biçimde hareket ediyor ise, suçun işlenmesinde kontrol sahibi kimse asli şerik sayılacaktır. Örneğin gayrimümeyyiz bir çocuğa birinin ölümü neticesini gerçekleştirecek şekilde zehirli bir gıdayı şahsa götürmesini isteyen kişi asli şerik hükmünde olacaktır. Yine suç işlemek üzere önceden başkasıyla anlaşan kişinin, suçu bizzat işlemese ve faile yardım etmese bile suçun işlenmesi sırasında failin yanında hazır bulunuyor olması durumunda da bu kişi fer'i şerik yerine asli şerik olarak değerlendirilebilmektedir. Bununla birlikte bu, İmam Malik'e has bir görüştür. İmam Malik, bu kişinin asli şerik sayılamayacağını, zira yanındaki kişi suçu işlemese bu kez kendisinin işleyecek olduğunu öne sürmektedir<sup>19</sup>.

Kişilerin suçun maddi unsurunu icra ederek fiili müştereken işlemeleri durumunda asli cezadan sorumlu olacakları kabul edilmektedir. Nitekim öldürme suçunda ölüme yol açan fiilde hakimiyet sahibi olan herkes kısas cezasına çarptırılacaktır. Bununla birlikte Hanefilere göre böyle bir durumda, failerin rastlantısal olarak bir araya gelmelerinde olduğu gibi şeriklerin şahsi fiillerine bakılması gerekmektedir<sup>20</sup>. Fiilde hakimiyet sahibi olması dolayısıyla burada da şeriklerin kısas cezasına çarptırılacakları düşünülebilirse de ileride de değinileceği üzere Hanefilerin kasıt kriteri dolayısıyla ortaya farklı tablolar çıkabilecektir.

## 2. Dolaylı İştirak

Suç işleme konusunda başkasıyla işbirliği yapan, başkasını suça tahrik veya teşvik eden, başkasına suç için yardımda bulunan kişi suça fer'an veya dolaylı olarak iştirak etmiş sayılır<sup>21</sup>. Örneğin katil veya hırsız için yolu gözetleyen veya hırsızlık suçunu işleyen faileri, çaldıkları malların taşınması için suç mahallinin dışında bekleyen kişiler fer'i şeriktir. Bu kişinin suça dolaylı yoldan katılmayı, tahrik veya teşvikte bulunmayı veya suça yardımı kastetmiş olması gerekmektedir. Söz gelimi bahçe işlerinde kullanılması için birine balta veren kişi, verilen baltanın adam öldürmede kullanılması hâlinde fer'i şerik sayılmayacaktır<sup>22</sup>. Zira böyle bir durumda arada illiyet bağı olmamış olur. Yine suçun tamamlanıp tamamlanmamasının, kişinin şerik sayılması açısından bir önemi olmayacaktır.

<sup>16</sup> Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 158; Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 384.

<sup>17</sup> Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 383.

<sup>18</sup> Mülcü ikrah, kişinin canına ve vücut bütünlüğüne yönelik olan ikrahtır; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 150.

<sup>19</sup> Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, s. 74.

<sup>20</sup> Akgündüz, *“İştirak”*, s. 443.

<sup>21</sup> Akgündüz, *“İştirak”*, s. 443.

<sup>22</sup> Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 393.

İslâm hukukunda genel kurala göre ceza, suçta ve cezada şahsîlik prensibi doğrultusunda bizzat suçu işleyene verilir. Dolaylı şerik, cezası belli bir suçta iştirak etmiş suç için takdir edilen ceza ile cezalandırılmaz. Böyle bir kimse, işlenen suçun had, kısas veya tazir cezasını gerektiriyor olması fark etmeksizin tazir cezası ile cezalandırılır<sup>23</sup>. Bu kural, Ebu Hanife tarafından bilhassa dikkate alınmış, diğer mezhep hukukçuları ise öldürme ve yaralama suçlarını bundan ayrı tutmuşlardır<sup>24</sup>. Bu konuya ileride değinilecektir.

Suçta tahrik veya teşvik bulunması hâlinde fer'i şerik, aynı şekilde tazir cezası ile cezalandırılır. Zira suçun oluşmasında ve cezanın hak edilmesinde asli şerikin iradesi esas alınır. Emir de bu kapsama dahil olup emre muhatap olan kimsenin buna uymaması da mümkündür. Ancak suçta yönlendirilen kişinin gayrimümeyyiz olması ve kendisini yönlendirenin elinde suç aleti konumunda olması durumunda yukarıda da değinildiği gibi fer'i şerik, asli şerik olarak değerlendirilebilmektedir<sup>25</sup>. Literatürde suçta dolaylı yoldan iştirak edilmesi hâlinde fer'i şerik için “*mütesebbib fail*” ifadesi de kullanılmaktadır<sup>26</sup>.

Fer'i şerikin alacağı ceza miktarı, asli şerike nispetle tespit edilmektedir. Asli şerik, tazir cezası olsa bile dolaylı şerikin alacağı tazir cezası daha hafif olacaktır. Suçun öngörülenden ağır bir şekilde sonuçlanması durumunda da böyledir. Örneğin bir kimse, bir başka kimsenin dövülmesi için birini tahrik etse ve fakat dövülen kimse ölse, tahrik eden fer'i şerik, yalnızca dövmeden değil, kasıt benzeri adam öldürme suçundan da sorumlu olacak ve cezası asli şerike göre tespit edilecektir<sup>27</sup>. Genel kural böyle olmakla birlikte fer'i şerik cezalandırıldığı hâlde asli şerike has bazı durumlardan ötürü asli şerikin cezalandırılmaması da mümkündür. Örneğin asli şerik yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi durumlardan kaynaklı ceza muafiyeti sebebiyle cezalandırılmazken fer'i şerik cezalandırılabilir<sup>28</sup>. Demek ki iştirak sebebiyle verilecek cezada şeriklere has kimi durumlar da rol oynamaktadır. Bu konu, aşağıda ele alınacaktır.

### C. ŞERİKLERE MAHSUS DURUMLAR

Suçta iştirak eden şeriklere mahsus durumlar, bilhassa adam öldürme suçunda gündeme gelmektedir. Şeriklerin bazıları kendilerini cezadan muaf tutacak kimi özelliklere sahip olabilirler. Örneğin suç ortakları mümeyyiz ve gayrimümeyyiz, ergin ve çocuk, kasıtlı ve kasıtsız gibi ceza hukuku bağlamında farklı özelliklere sahip olarak bir araya gelmiş olabilirler. Yine öldürme suçu için şeriklerin arasında maktülün babasının bulunması da cezaya etki edecek bir diğer faktördür. Zira normal şartlarda babanın oğlunu öldürmesi durumunda babaya kısas uygulanmamaktadır. Hanefilere göre tüm bu durumlarda, kendisine kısasın uygulanmayacağı kişilere öldürme fiilinde ortak olanlara kısas uygulanmayacaktır<sup>29</sup>. Diğer bir deyişle ceza, sadece cezadan muaf tutulacak kişilerden değil, diğer suç ortaklarından da düşecektir. Diğer

<sup>23</sup> Akgündüz, “İştirak”, s. 443.

<sup>24</sup> Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 382.

<sup>25</sup> Akgündüz, “İştirak”, s. 443.

<sup>26</sup> Akgündüz, “İştirak”, s. 442.

<sup>27</sup> Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 397.

<sup>28</sup> Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 389.

<sup>29</sup> İbn-i Âbidin, *Reddül-Muhtar Ale'd-Dürrül-Muhtar*, C. 16, çev. Ahmet Davudoğlu, Şamil Yayınları, İstanbul, 1983, s. 300; Mevsili, *El-İhtiyâr Li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, s. 221.



mezheplere göre ise asli ceza yalnızca ceza muafiyeti olan kişilerden düşecek, diğer şeriklerin sorumluluğu devam edecektir<sup>30</sup>.

Şeriklerin kasıt durumlarının farklılığı da Hanefilere göre cezanın düşmesine yol açacaktır. Hanefiler, öldürme suçunda kastın varlığını kullanılan alete göre belirlemişlerdir. Buna göre bir kişinin, kesici-delici aletle birini öldürmesi kısas gerektiren kasten öldürme iken kesici-delici olmayan bir aletle öldürmesi ise diyet gerektiren kasıt benzeri adam öldürme suçunu meydana getirecektir. Bu çerçevede söz gelimi bir şahsa iki kişiden biri alet-i cariha ile diğeri ise sopa ile saldırsa ve bu saldırı neticesi ölüm gerçekleşse bu iki kişiye kısas uygulanmayacak, maktülün diyeti aralarında paylaşılacaktır<sup>31</sup>.

Hanefiler söz konusu görüşlerini, kısasın bölünemezliği ile izah etmişlerdir. Hanefi hukukçulardan İbn Abidin, “*Kıyas hakkı bölünemeyeceği için, birisini öldürdüğü zaman kısas uygulanmayan biri ile birlikte bir adamı öldürene kısas uygulanmaz*”<sup>32</sup>. Bir diğer Hanefi hukukçu Mevsilî, de şu sözlerle bölünemezliğe değinmektedir: “... *sayılan durumlarda öldürme, yalnızca birisinin kısas için yeterli olmadığı iki sebeple hasıl olmuştur. Kıyas bölünemeyeceği için de sadece bir sebebin bulunmasıyla uygulanmaz.*”

Hanefiler ile diğer mezhepler arasındaki bu görüş ayrılığı, aynı zamanda şüphe faktörü ile izah edilmiştir. Buna göre bu tip durumlarda suçu işleyenlerden birisinin fiilinin sonucu meydana getirmesi diğerininkinin ise getirmemesi ihtimali söz konusudur. İşte bu ihtimalden dolayıdır ki Hanefiler kısasın şüphe ile düşen bir ceza olduğu düşüncesiyle bütün şeriklerden cezayı düşürmüş, diğer mezhepler ise şüpheyi dikkate almayarak muaf olmayan diğer şerik için de ceza verileceğini savunmuşlardır<sup>33</sup>. Bir kimsenin, maktüle yılan veya yırtıcı hayvanla birlikte saldırması durumunda dahi kısas, şüpheye bağlı olarak düşecektir. Zira maktülün insanın mı yoksa hayvanın mı hareketinden ötürü öldüğü belirsizdir<sup>34</sup>.

İslâm ceza hukukunda iştirak, suç teşkil eden bir fiile birden fazla kişinin fiile bağlı veya fiili kastediyor olarak doğrudan yahut dolaylı surette katkı sağlamaları şeklinde ele alınmış, konuya asli kaynaklarda yer verilmiştir. İştirakin öldürme ve yaralama suçlarında sıkça görülmesi, yorum ve örneklerin bu alanlarda yoğunlaşmasına sebep olmuştur. Bununla birlikte kimi noktalarda mezhepler farklı bakış açılarına sahip olabilmişlerdir. Bu durum, resmi mezhebi Hanefi mezhebi olan Osmanlı’da meselenin düzenlenişine etki edebilecektir. Aşağıda öldürme ve yaralama suçları özelinde iştirakin Osmanlı hukukunda düzenlenişi ele alınacaktır.

<sup>30</sup> Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 165; Serahşi, *Mebûsât*, ed. Mustafa Cevat Akşit, C. 21, Gümüşev Yayınları, İstanbul, 2008, s. 143.

<sup>31</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C. 3, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1968, s. 108; İbn-i Âbidin, *Reddül-Muhtar Ale’-d-Dürrü’l-Muhtar*, s. 300.

<sup>32</sup> İbn-i Âbidin, *Reddül-Muhtar Ale’-d-Dürrü’l-Muhtar*, s. 275.

<sup>33</sup> Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 388; Abdurrahman el-Cezerî, *Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı*, ter. Hasan Ege, C. 7, Bahar Yayınevi, İstanbul, ts., s. 463-464; Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 356; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, s. 111.

<sup>34</sup> İbn-i Âbidin, *Reddül-Muhtar Ale’-d-Dürrü’l-Muhtar*, s. 307.

## II. ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARINA İŞTİRAK VE OSMANLI HUKUKUNDAKİ YERİ

Osmanlı hukuku, şer'i ve örfi hukuktan mürekkep bir hukuk sistemidir. Buna göre İslâm hukukunun vazettiği kuralların yanısıra İslâm hukukunun değinmediği hususlarda hükümdarın, İslâm hukukuna aykırı olmamak şartıyla vazedebileceği birtakım örfi kurallar mevcuttur. Osmanlı hukukunda şer'i hukuk, umumiyetle devletin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebi görüşleri doğrultusunda şekillenmiş ve hukuk sahasına yansımıştır. Osmanlı hukukunun diğer kanadını oluşturan örfi hukuk ise dönemin konjonktürüne göre yapılan çeşitli düzenlemelerle kendini gösterebilmiştir. Aşağıda Osmanlı hukukunun öldürme ve yaralama suçlarına iştirake bakış açısı incelenecek; incelemede kolaylık açısından doğrudan ve dolaylı iştirak hâlleri bakımından ikili bir ayrıma gidilecektir.

### A. DOĞRUDAN İŞTİRAK DURUMU

Doğrudan iştirak hâlinde öldürme ve yaralama suçları açısından farklı cezalar gündeme gelmektedir. Aşağıda önce öldürme daha sonra yaralama suçları bakımından doğrudan iştirak hâli ele alınacaktır.

#### 1. Adam Öldürme Suçunda Doğrudan İştirak

Adam öldürme suçu, İslâm hukukçuları tarafından faile verilecek ceza açısından çeşitli tasniflere tabi tutulmuş, bu konuda en geniş ayrımı Hanefiler yapmıştır. Konumuz bağlamında adam öldürme suçu ile kastedilecek olan "*katl-i amd*" da denilen kasten adam öldürmedir. Kasten adam öldürmenin asli cezası kısastır. Hanefiler, kastın varlığına öldürmede kullanılan alete göre hükmetmişlerdir. Buna göre kullanılan alet kesici, delici, vücudu parçalara ayırıcı nitelikte ise kasıt da vardır<sup>35</sup>. Bundan başka maktulün mirasçılarının katili affetmesi hâlinde kısas cezası düşmektedir<sup>36</sup>. Bu husus, ayette şu şekilde ifade edilmiştir:

Ancak her kimin cezası, kardeşi, (öldürülenin velisi) tarafından bir miktar bağışlanırsa artık ( taraflar) hakkaniyete uymalı ve (öldüren) ona (gereken diyeti) güzellikle ödemelidir<sup>37</sup>." Ayrıca konuyla ilgili bir hadis de şu şekildedir: "Bir kimsenin, birisi tarafından öldürülen bir ölüsü olursa, ölünün yakınları için iki seçenek vardır; isterlerse kısas yoluyla onu öldürürler. İsterlerse fidye alırlar<sup>38</sup>."

Hanefiler burada ifade edilen fidye almanın sulh akdi yoluyla olacağını düşünmektedirler<sup>39</sup>.

Adam öldürme suçunun doğrudan iştirak hâlinde işlenmesi durumunda tüm failer kısas edilecektir. Bu konuda mezhepler arasında ihtilaf yoktur ve cezanın dayanağı Hz. Ömer'in San'a şehrindeki uygulamasıdır. Hanefiler, bu hükmün esasen kıyasa aykırı olsa da cumhurun icması ile sabit olduğu görüşündedir<sup>40</sup>. Bundan başka hayat hakkının muhterem olduğu,

<sup>35</sup> Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 265; Akgündüz, "*İştirak*", s. 443.

<sup>36</sup> Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 412.

<sup>37</sup> Bakara, 2/178.

<sup>38</sup> Buhârî, Lukatâ 7; Müslim, Hacc 447.

<sup>39</sup> Serahsî, *Mebûsât*, s. 14.

<sup>40</sup> Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 165; Akgündüz, "*İştirak*", s. 443.

müştereken adam öldüren asli faillere, suçun asli cezası yerine ortaklaşa diyet ödetmenin kanın hederine sebep olabileceği ileri sürülmüştür<sup>41</sup>. Yine toplumsal huzur bakımından da söz konusu ceza gerekli görülmüştür. Zira bir şahsı öldürmek için faillerin ittifak etmesi sık rastlanan bir durumdur. Şayet bu durumun cezada düşme veya azalma gibi bir sonuç doğurmasına meydan verilirse herkes bu suçu müştereken işleyecektir<sup>42</sup>. Dolayısıyla söz konusu hüküm, suçluyu caydırma ve fesadı önlemek adına da gereklidir<sup>43</sup>.

Bazı yaralama durumlarında da müştereken adam öldürme suçu gündeme gelebilmektedir. Bir kişiye saldıran birden fazla kişiden her birinin maktulde öldürücü bir yaraya sebebiyet vermesi hâli böyledir. Bu durumda da şeriklerden her biri kısasen öldürülecektir. Zira adam öldürme suçu “*bölünemez*” bir nitelik taşımaktadır ve bölünmeyeceği için canın çıkışı da tüm şeriklerin ortaklığı ile gerçekleşmiş kabul edilir. Bununla birlikte saldırganlardan her birinin mağdurda açtığı yara öldürücü değilse kendilerine kısas uygulanmayacağı gibi darbelerden yalnızca biri öldürücü ise kısas da yalnızca bu darbeyi vuran kişi için söz konusu olacaktır<sup>44</sup>. Bu ayırım Hanefilere özgüdür; Malikilere göre iştirak iradesi mevcutsa, asli-fer’i ayrımı yapılmaksızın tüm şeriklere kısas cezası uygulanacaktır<sup>45</sup>.

Çalışma çerçevesinde doğrudan iştirak, Osmanlı kanunnamelerinde daha ziyade adam öldürme suçu çerçevesinde göze çarpmaktadır. Kanunî’nin umumi kanunnamesi Kanunname-i Osmani’de adam öldürme suçu müstakil olarak ele alındıktan sonra ilave bir madde olarak iştirak hâlinde öldürme suçuna yer verilmiştir. Söz konusu ilave madde şu şekildedir:

Ve eğer adam öldüren iki kişi yahud dahi ziyâde olsa, hemân bir kan cürmin alalar; her kişiden başlu başına almayalar. Ve eğer bir kişi, iki kişi yahud ziyâdeyi öldürse, yerine kısâs olsa, şer’at yerine varub ayruk nesne demeyeler ve cürm almayalar. Ve eğer kısas olmasa, kâdî diyet buyura; veliyy-i maktul yetirüb hakkın aldıktan sonra, kan cürmi her kandan bir cürm alalar. Fil-cümle cürm almakda, ta’addüd-i maktul i’ tibâr olunur; ta’addüd-i kâtîle i’ tibâr etmeyeler<sup>46</sup>.

Buna göre birden fazla failin bir kişiyi öldürmesi durumunda ödenecek diyet her şerik için tam bedel şeklinde olmayacak, bedel şerikler arasında paylaşılacaktır. Bununla birlikte tek kişinin birden fazla kişiyi öldürmesi durumunda ölen her kişi için katilden ayrı ayrı bedel alınacaktır.

Kanunnamede müştereken adam öldürme için kısas cezasından bahsedilmemle birlikte Osmanlı hukukunun şer’i ve örfî hukuktan oluştuğu hesaba katıldığında konunun yalnızca tedvin edilmemiş olduğu düşünülebilir. Nitekim konuyla ilgili fetva örnekleri mevcuttur. Konuyla ilgili verilen bir fetvada kasten adam öldürmede doğrudan iştirak hâlinde şerikler yüz kişi de olsa her birinin kısas edileceği söylenmiştir: “*Zeyd ve Amr ve Bekir âlet-i câriha ile, bigayri hakkın*

<sup>41</sup> Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 166.

<sup>42</sup> Bilmen, *Hukukî İslâmîyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, s. 108; Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 350.

<sup>43</sup> Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 359.

<sup>44</sup> İbn-i Âbidin, *Reddü’l-Muhtar Ale’l-Dürrü’l-Muhtar*, s. 299; Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 353.

<sup>45</sup> Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 72.

<sup>46</sup> Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. 4, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 299, dp.

*Beşr'i katil eyleseler, verese talebiyle cümle katil olunur mu? el-Cevap: Olunur, yüz ise de<sup>47</sup>.*” Yine bir başka fetvada bir kimsenin birkaç kişi tarafından ateşe atılarak öldürülmesi hâlinde, şeriklerin tümünün kısas edileceği ifade edilmektedir: *“Birkaç kimesneler Zeyd’i bi-gayr-i hak burûca istitâatı olmayan ateşe ilkâ etmeleriyle Zeyd ateşden çıkamayıp muhterikan fevt olsa ol kimesnelere ne lazım olur? el-Cevab: Cümlesi kısas olunurlar<sup>48</sup>.”*

Osmanlı hukukunda öldürmeye doğrudan iştirak bağlamında Tanzimat döneminde bir değişiklik olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Zira Tanzimat dönemi Osmanlı’nın hukuk seyriinde önemli değişim ve gelişimlerin yaşandığı dikkat çekici bir dönem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dönemde adli sahada bozulma ve yozlaşmalar meydana gelmiş, devlet ricalinde birtakım yeniliklere gidilmesi gerektiği fikri belirginleşmiş, bu doğrultuda yeni kanunlar çıkarılarak yeni mahkemeler kurulmuştur<sup>49</sup>. Öldürme suçlarına iştirake ilişkin herhangi bir düzenlemeye gidilip gidilmediğinin tespiti için çıkarılan yeni kanunlara bakmak gerekmektedir.

Tanzimat Fermanını takiben 1840 yılında dönemin ilk ceza kanunnamesi yayınlanmıştır<sup>50</sup>. Kanunnamenin ilk hâlinde iştirake ilişkin herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bununla birlikte 22 Rebiülevvel 1256/24 Mayıs 1840 tarihinde kanunnameye eklenen maddelerde öldürme suçu bağlamında iştirake yer verilmiş olduğu söylenmektedir<sup>51</sup>. Fakat eklenen zeylde azmettirme hâli yer almıştır. Aynı şekilde 1840 Ceza Kanunnamesinin ardından çıkarılan 1851 ve 1858 Ceza Kanunnameleri de bu kez doğrudan kanun metninde iştirake yer vermekle beraber azmettirme hâlini düzenlemiştir. İlgili hükümler dolaylı iştirak bağlamında incelenecektir. Burada şu hususu ifade etmek gerekir ki 1851 Ceza Kanunnamesinde mütesebbip faillik düzenlenirken *“asıl katil hakkında şer’an ve kanunen iktiza eden hüküm icra olunacağından”* ifadesi kullanılmıştır. İfadeden asli failliğin şer’i cezaya, dolayısıyla da kısas cezasına tabi olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca 1858 Ceza Kanunnamesinde, azmettirme hâli düzenlenmeden önce iştirake ilişkin genel bir hüküm de yer almıştır. Bu da kanunnamenin daha oturaklı ve tafsilatlı tutumuna mutabıktır. Mukaddime kısmında 45. maddede düzenlenen hüküm şu şekildedir: *“Bir cürmün müsterek failleri kanun sarahati olmayan mevadda ol cürmün fail-i müstakili gibi mücâzat olunur.”* Böylece suça iştirak eden kişiler, kanunda ayrıca bir düzenleme bulunmuyor ise rastlantısal birliktelikte olduğu gibi bağımsız birer fail addedilmişlerdir.

Tanzimat dönemi hukukçularından Halil Rifat’ın, maddenin Fransa Ceza Kanunnamesinden esinlendiğini ileri sürmesi dikkat çekici bir yorum olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukukçunun konuyla alakalı görüşleri şu şekildedir:

Fakat şu kadar denilebilir ki Fransa Ceza Kanunnamesinin 90. maddesiyle ifade ve kast olunan ahkâm, işbu 45. madde ile ifade ve kast olunmuştur. Bu davamızı ispat ve tenvir için delâil ve berâhin irâesine

<sup>47</sup> Mehmet Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, Enderun Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul, 1983, s. 153, no: 746.

<sup>48</sup> Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behceti’l-Fetâvâ*, haz. Süleyman Kaya, Betül Algin, Zeynep Trabzonlu ve Asuman Erkan, Klasik Yayınları, İstanbul, 2011, s. 599, no: 3070.

<sup>49</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 415; Ahmet Kılınc ve Davut Yıldırım, “Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansımaları”, Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları, ed. Nuran Koyuncu ve Abdulkadir Yıldız, *NEÜ Yayınları*, Konya, (2021), s. 176.

<sup>50</sup> Kılınc ve Yıldırım, “Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansımaları”, s. 181.

<sup>51</sup> Harun Karakaya, *Osmanlı Ceza Hukuku’nda Parada Sahtecilik Suçu*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2020, s. 133.

mes edeceği takdirde göstermeye mecbur olacağımız edilleyi hâricden aramaya muhtac olmayarak yine işbu ceza kanununda bulabiliriz. Bir cürmde fail-i müşterek olmak için ol cürmde ne derece zî-medhal olmak icab edeceğini bildirecek usûl ve kavâidin bu madde akabinde zikr ve beyan olunması elzem iken vaz-ı kanunun bu babda külliyyen ihtiyar-ı sükût etmesinden keyfiyeti vicdan-ı hükkâma havale eylemiş olması anlaşılmaktadır. Mâmafih hükkâm, bir şahsın bir cürmde fail-i müşterek addolunacak kadar zî-medhal olduğuna veyahud ol mertebe zî-medhal olmadığına dair vereceği hüküm ve kararlarını esbâb-ı kaviyye-yi sahihâya bina ve bu esbâb-ı hüküm ve kararları hâvi verecekleri ilâmlarda zikr ve inbâ etmelidirler ki verilen karar ve hükümlerin akl-ı selime ve vicdan-ı müstakîme olduğunu işitenler ve okuyanlarca dahi zâhir ve hüveydâ olabilsin<sup>52</sup>.

Hukukçuya göre kişilerin müşterek fail olarak kabul edilmeleri için fiilde ne derece hakimiyet sahibi olmaları gerektiğinin madde akabinde zikredilmesi gerekirken bu husus, hakimlerin takdir yetkisine bırakılmıştır. Böylece maddenin kanunnamenin genel bütününden kopuk görünmesi, hukukçuyu, maddenin başka bir düzenlemeden alındığı sonucuna ulaştırmıştır. Bununla birlikte fiildeki hakimiyetin tespiti, İslâm hukuku kapsamında da somut olaya göre değişebilecek bir muhakeme mevzuudur. Dolayısıyla maddede klasik dönem anlayışına aykırı bir durum görünmemektedir. Nitekim söz konusu iddianın ispatı da kanun lafzına binaen yapılmış; herhangi bir hüküm değişikliğinden söz edilmemiştir.

## 2. Yaralama Suçlarında Doğrudan İştirak

Yaralama suçları, literatürde genellikle “*müessir fail*” şeklinde yer almaktadır. Kasten işlenen müessir fiillerin cezası kısas olmakla birlikte kısasın uygulanması uygulamada zor şartlara tabidir. Buna göre hem hürriyet, din, cinsiyet hususları bakımından müessir fiile maruz kalan kişi ile fail arasında hem de müessir fiile konu olan uzuv ile kısas yapılacak uzuv arasında denklik bulunmalı, ayrıca kısas uygulaması kastı aşan bir sonuç doğurmamalıdır. Bununla birlikte Hanefiler, kısas için aynı dinden olma şartını aramamışlardır<sup>53</sup>. Şartlarda bir eksiklik olması durumunda fail, kısas yerine diyet ile cezalandırılmıştır<sup>54</sup>. Diyetin miktarı kanun hükmü ile tespit edilebildiği gibi bilirkişiler tarafından da belirlenebilmiştir<sup>55</sup>.

Doğrudan iştirak hâlinde işlenen yaralama suçlarında faillerin sorumluluğu ve almaları gereken cezanın takdiri hususunda mezhepler arasında ihtilaf mevcuttur. Buna göre İmam Şafii, Ahmed b. Hanbel ve İmam Malik, adam öldürmede olduğu gibi kısas gerektiren bir müessir fiilde de suçun müştereken işlenmesi durumunda her birinin ayrı ayrı kısas edileceği kanaatinde dirler. Buna delil olarak Hz. Ömer ve Hz. Ali'nin iştirakle ilgili uygulamalarını göstermektedirler<sup>56</sup>. Hanefilere göre ise, müessir fiillerde doğrudan iştirak hâli, kısasa engel teşkil etmektedir<sup>57</sup>.

Hanefilerin müessir fiillerde iştirak hâlinde kısas uygulanmayacağına ilişkin görüşlerinin gerekçesi, suç ve cezada denge prensibidir. Suçun failinin tek kişi olduğu durumda bunu gerçekleştirmek mümkünken birden fazla suç ortağının olması hâlinde bu dengenin kurulması

<sup>52</sup> Halil Rifat, *Külliyât-ı Şerh-i Ceza*, Mihran Matbaası, İstanbul, 1303, s. 98.

<sup>53</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 195.

<sup>54</sup> Cin ve Akylmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 269-270.

<sup>55</sup> Ahmet Kılıç, *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Ehl-i Hibre/Ehl-i Vukûf)*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2022, s. 230-231.

<sup>56</sup> Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 159.

<sup>57</sup> Akgündüz, *İştirak*, s. 443.

mümkün değildir. Çünkü böyle bir durumda yok edilen veya zarar verilen uzva karşılık birden fazla uzvun yok edilmesi yahut zarar görmesi gündeme gelecektir. Hâlbuki suç, şeriklerden yalnızca birinin değil, hepsinin fiilleri neticesinde meydana gelmiştir. Ortaya çıkan tek sonuçtan ötürü her faile ayrı ayrı kısas uygulamak suç ve ceza arasındaki dengeyi bozacaktır. Tıpkı noksan ve sağlam elin birbirine kısas edilememesi gibi bir uzva karşılık birden fazla uzuv da kısas edilememelidir<sup>58</sup>.

Hanefilerin iştirak hâlinde işlenen müessir fiil için yaptıkları bu yorum, esasen adam öldürmede her şerikin kısas edilmesi gerektiği düşünceleriyle çelişmez. Çünkü Hanefiler, adam öldürme hususunda kıyasa değil, icmaya başvurmuşlardır. Şafilere ise cana kıyasla yaralamada da her faile kısas uygulanacağı görüşündedirler<sup>59</sup>. Ayrıca öldürme suçu “bölünemez” bir nitelik arz etmektedir ve bu nedenle kısas da ancak canı veya ruhu çıkarmakla mümkün olur. Faillerden her biri canı telef noktasında müstakil sayılır. Uzvu yok etmek ise “bölünebilir”dir ve faillerden her biri uzvun bir parçasını telef etmiş sayılabilecektir. Dolayısıyla bir kişinin uzvuna karşılık bir topluluğun uzvu kesilmeyecektir<sup>60</sup>. Yine tek bir kişiyi öldürmek için birden fazla kişinin bir araya gelmesi yaygın olduğundan caydırıcı bir cezanın önemi daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Tek bir kişinin uzvunu yok etmek için bir araya gelinmesi ise nadiren görülmektedir. Nisbeten az rastlanan ve daha basit bir nitelik arzeden fiil için şeriklerin tümüne kısas uygulanması yorumu tercih edilmemiştir<sup>61</sup>. Hanefilerin iştirak hâlinde işlenen müessir fiiller için öngördükleri ceza, kısas yerine yok edilen uzuv için belirlenen kanuni bedel miktarının asli şerikler arasında eşit olarak paylaşılmasıdır<sup>62</sup>.

Osmanlı Kanunnamelerinde doğrudan iştirakin yaralama suçları kapsamında ele alındığına pek rastlanmamakta, genellikle bir kişinin bir başkasını yaralaması durumuna yer verilmektedir. Tanzimat döneminde çıkarılan kanunnamelerde de konuyla ilgili özel bir hüküm göze çarpmamaktadır. Bunun ardında yatan sebebin, yaralama suçlarına doğrudan iştirakin öldürmeye nazaran daha az görülmesi olduğu düşünülebilir. Yaralama suçu bağlamında iştirak genellikle birden fazla kişinin bir kişinin farklı uzuvlarına saldırımları şeklinde gerçekleşmektedir ki böyle bir durumda her fail, kendi fiilinden sorumlu tutulacaktır.

## B. DOLAYLI İŞTİRAK DURUMU

Bir kimseyi adam öldürme yahut yaralamaya teşvik veya tahrik eden kimse fer'i fail olarak değerlendirilecektir. Bundan başka suçun icra hareketlerini kolaylaştırmak, suçun işlenmesi için araç temin etmek de dolaylı iştirak kapsamındadır<sup>63</sup>. Bu durumlarda işlenen suçlar için öngörülecek ceza, çeşitli ihtimallere göre değişebilecektir. Aşağıda söz konusu dolaylı iştirak hâllerine yer verilecektir.

<sup>58</sup> Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 164-165; Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 358.

<sup>59</sup> İbn-i Âbidin, *Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürrü'l-Muhtar*, s. 302; Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 360.

<sup>60</sup> İbn-i Âbidin, *Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürrü'l-Muhtar*, s. 301; Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, s. 256.

<sup>61</sup> Mevsilî, *El-İhtiyâr Li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, s. 225.

<sup>62</sup> Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 165.

<sup>63</sup> “Manevî (aklî) iştirak, bir suçu ika için bir kimsede karar uyandırmak yahut suçu ika kararını teyit eylemek veya suç işlendikten sonra müzâheret ve muavenette bulunacağını vaad etmek suretleriyle olur.” Bkz. Mehmed Bahir, *İştirak*, Hukuki Bilgiler Mecmuası, y. 2, S. 18, 1928, s. 400.

## 1. Teşvik Ve Tahrik Durumları

Suçun işlenmesi bağlamında bir tahrikten söz edebilmek için tahrikin, muhatabının kararına tesir etmesi gerekmektedir. Şayet tahrik edilen kişi, bu tahrik olmadan da suçu işleyecek ise tahrikten bahsedilemez. İslâm hukukuna göre tahrik, müstakil olarak cezalandırılabilir. Öldürmeyi emretmek ve öldürmeye zorlamak bu kapsamdadır. Bununla birlikte emir ve zorlama birbirinden farklıdır. Şöyle ki emretmede emreden kişi, emrettiği kişinin iradesini büsbütün etkilemez. Emrin muhatabı bu emri yerine getirebileceği gibi getirmeyebilir. Buna mukabil zorlamada, zorlanan kişinin iradesi büsbütün etkilenmiş durumdadır.

Emretmede emreden, emrettiği kişi üzerinde genel bir otorite ve ağırlık sahibiyse; örneğin o kişinin babası yahut hocası ise emir, zorlama derecesinde telakki edilir ve suça azmettiren kişi tek başına sorumlu olur. Bununla birlikte Hanefiler, suça azmettirme mülci ikrah şeklinde olmadığı sürece azmettireni asli şerik olarak değerlendirmemektedir<sup>64</sup>. Örneğin Hanefi hukukçulardan Mevsilî, konuyla ilgili yaptığı şu yorumda, zorlanan kişinin hâlen irade sahibi olduğu düşüncesinden hareket etmektedir: “Bir kişiyi zehir içmesi için zorlasa ve o da içse, ne kendisi ne de âkilesi üzerine bir şey gerekir. Çünkü bu durumda zehri içen kişi, kendisini bilerek kuyuya atan kimse gibi kendi kendisini öldürmüş sayılır<sup>65</sup>.”

Emretme durumunda emre muhatap kişinin gayrımümeyyiz olması ve kendisini yönlendirenin elinde suç aleti konumunda olması durumunda yönlendiren fer’i şerikin, asli şerik olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir<sup>66</sup>. Bununla birlikte Ebu Hanife, yönlendirmenin zorlama derecesinde olması şartını bu durum için de gerekli görmektedir. Örneğin bir kimse gayrımümeyyiz bir kişiye birini öldürmesini söylese ve bu kişi öldürülse, söyleyen kişi, İmam Malik, Şafi ve Ahmed’e göre suçun asli şeriki sayılacakken Ebu Hanife’ye göre sözün zorlama derecesinde olması hâlinde asli şerik olarak değerlendirilebilecektir<sup>67</sup>.

Tahrik ve teşvik hususunda bir kimseyi suç işlemesi hususunda tahrik veya teşvik eden kimsenin, suçu işleyen kişi suçu işlediği esnada yanında bulunması hâlinde ona yardım etsin veya etmesin, İmam Malik’e göre asli fail sayılacaktır. Bunun için o kişi suçu işlemediğinde tahrik edenin bizzat suçu işlemeye hazır addedilmesi gerekmektedir<sup>68</sup>.

Osmanlı Kanunnamelerinde teşvik ve tahrik durumlarına ilişkin düzenlemeler pek yer almamaktadır. Konuyla ilgili hükümlere daha ziyade fetva mecmualarında rastlanmaktadır. Bu minvalde azmettirmeye ilişkin olarak verilen şu fetva zikredilebilir: “Zeyd Amr’a ‘seni öldürürüm’ deyu hizmetkârlar gönderip, Amr’ı âlet-i câriha ile katl ettirse, şer’an Zeyd’e ve hizmetkârlarına ne lâzım olur? el-cevap: Hizmetkârlar kısas olunur. Zeyd nice yıllar zindanda yatar kalır<sup>69</sup>.” Fetva, Hanefilerin bakış açısını yansıtmaması bakımından dikkate değerdir. Burada bir

<sup>64</sup> Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 354.

<sup>65</sup> Mevsilî, *El-İhtiyâr Li-Ta’lîl’l-Muhtâr*, s. 215.

<sup>66</sup> Akgündüz, “İştirak”, s. 443; Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 391.

<sup>67</sup> Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 385; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 76.

<sup>68</sup> Udeh, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 391; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fikhiyye Kamusu*, s. 110.

<sup>69</sup> Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fervaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, s. 153, no: 745.

kişinin bir başkasını başkaları vasıtasıyla öldürtmesi söz konusu olup hizmetkârlara öldürme fiilinin emredildiği düşünülebilir. Emir ise kişinin asli şerik addedilmesi için yeterli değildir; zira hizmetkârlar hâlen irade sahibilerdir.

Bir diğer fetvada, zorla zehir içirme durumu ele alınmıştır: “*Zeyd’in zevcesi Hind ile Amr ittifak edip, Zeyd-i mezbûra zehir içirip helâk ettiklerine, tav’an ikrâr eyleseler, mezburlara ne lâzım olur? el-Cevap: Elleri ile içirdiler ise diyet lâzımdır. Zeyd kendi içti ise ta’zîr-i şedîd ve habs-i medîd lâzımdır*<sup>70</sup>.” Görüldüğü gibi Hanefi görüşü doğrultusunda kişinin iradesi göz önüne alınarak, bir irade payı mevcut olması durumunda esas ceza yerine tazir cezasına hükmedilmesi uygun görülmüştür. Burada esas cezanın kısas değil diyet olması da aynı şekilde Hanefilerin kast takdirinde kesici-delici aleti ölçüt almalarıyla ilişkilidir.

Osmanlı kanunnamelerinde teşvik ve tahrik durumlarına pek rastlanmamakla birlikte Tanzimat döneminde çıkarılan ceza kanunnamelerinde konuya yer verildiği görülmektedir. 1840 Ceza Kanunnamesine eklenen zeyde şu ifadeye yer verilmiştir: “... *hükm-i şer’i ve kanunîsi terettüb etmeksizin hafî ve celî katlen ve tesmimen ve gerek her türlü suver-i mümkün ile hiç kimsenin canına kast olunmaya ve kast vukuunda bizzat itsün veya itdürsün her kim olur ise olsun hakkında hükm-i şer’i ve kanunîsi icra oluna*<sup>71</sup>.” İfadede azmettirme hâli açıkça düzenlenmemekle birlikte fiili bizzat icra etmeye ek olarak icra ettirmek durumuna da yer verilmesi, azmettirmeye gönderme niteliğindedir. Bununla birlikte böyle bir durumda şer’i ve kanuni cezanın tatbik edileceği şekilde genel bir ifadeye yer veren düzenleme, muhtelif ihtimalleri mahkemenin takdir yetkisine bırakmış görünmektedir.

Azmettirme, 1851 Ceza Kanunnamesinde sarıh bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunnamenin birinci faslının 14. maddesi şu şekildedir:

Bir adam başka bir adamın canına kast ile fakat bizzat icra etmeyerek başka bir şahsa akçe veyahut sair cihetle itmâ ve iğfal edib de onun vesâtatıyla idam ettirilecek olur ise asıl katil hakkında şer’an ve kanunen iktiza eden hüküm icra olunacağından madde-i katli âmir olan şahıs, derecesine göre bir seneden beş seneye ve katil mu’ini bulunan kimse kezâlik bir seneden üç seneye kadar vaz’-i kürek ve pranga kılına<sup>72</sup>.

Görüldüğü üzere bir kişiye akçe vererek yahut başka bir suretle azmettiren kişinin bir seneden beş seneye kadar kürek ve pranga cezasına çarptırılması öngörülürken asıl katilin şer’i ve kanuni cezaya çarptırılacağı ifade edilmiştir. Birine para vermek nevinden bir teşvik hâlinin, iradeyi büsbütün sakatlamayacağından Hanefi doktrini çerçevesinde kişiyi asli şerik yapmıyacağı hatırlanacak olursa, kanunun azmettiren fer’i şerik için tazir cezası öngörmesi yerindedir. Düzenlemede ayrıca ileride ayrıca değinilecek katil yardımcısı için de kürek ve pranga cezasına yer verilmiştir<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fervaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, s. 154, no: 755.

<sup>71</sup> *Tanzimat-ı Hayriyeden Sonra Neşrolunan Kavanin ve Nizamat*, İstanbul Üniversitesi Kütüphanesi (el yazma), s. 27.

<sup>72</sup> Ahmet Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku*, C. 1, İstanbul, 2011, s. 615.

<sup>73</sup> Tanzimat döneminde kürek cezası ile klasik dönemde kabaca savaş gemilerinde kürek çekmeyi ifade eden asıl anlamından ziyade ağır işlerde çalıştırılmak kastedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Kılınç, “*Klasik Dönem Osmanlı Hukuku’nda Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlili*”, *Belleten*, y. 2015, C. 79, S. 285, s. 534.



1858 Ceza Kanunnamesinde ise emretme hâline ilişkin etraflı düzenlemeler göze çarpmaktadır. Kanunnamenin 184. maddesi şu şekildedir:

Bir kimse âmir-i mücbirin emriyle bir şahsı katletse, katil cezası amiri hakkında icra olunur. Amir-i mücbir, memuru emrine muhalefet ettiği takdirde itlafına muktedir olan kimse demektir. Bundan maada suretlerde memur olan kimse mazur olmayıp, katil cezası onun hakkında icrâ kılınır. Ve bu misüllü amir-i gayr-i mücbir hakkında dahi muvakkaten kürek cezası hükmolunur.

Görüldüğü üzere kanunnamede emreden kişinin asli şerik sayılması için emrettiği kişiyi fiile mecbur kılması şartı getirilerek Hanefi anlayışına paralel bir tutum sergilenmiştir. Amir-i mücbirin, emre muhatap kişinin emri yerine getirmediği takdirde onu itlaf edebilecek kişi olduğu metinde açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte fer'i şerik sayılan gayrimücbir amir için nisbeten hafif bir ceza olarak kürek cezası öngörülmüştür. 185. maddede ise emir meselesi, yaralama fiilleri bakımından ele alınmıştır:

Bir kimse âmir-i mücbirin emriyle bir şahsı cerh ya da darp ederse, yara ve beresinin derecesine göre bâlâda mezkûr olan cerh ve darp cezaları amiri hakkında icra olunur. Ve eğer amir-i gayr-i mücbir ise, bu cezalar faili hakkında icrâ olunup bu misüllü amir-i gayr-i mücbir olanlar dahi bir haftadan bir seneye kadar hapis olunur. Fakat kat' ya tatil-i uzuv ile emreden kimse her hâlde muvakkaten kürek cezasına müstehak olur<sup>74</sup>.

Maddede yine amirin mücbir ve gayrimücbir olma durumu ele alınarak asıl cezaya tabi asli şeriklik için mücbir olması şartı aranmış, gayrimücbir fer'i şerik için meydana gelen fiile göre hapis ve kürek cezası öngörülmüştür.

## 2. Yardım Etme Durumu

Suçta yardım etme, "*mütesebbip olma*" olarak da anılmakta olup suçun icra hareketi dışındaki bir fiille suçun işlenişini kolaylaştırmayı ifade etmektedir<sup>75</sup>. Öldürme ve yaralama suçlarına asli şerik sıfatıyla iştirak etmeyen kimse, yalnızca faile yardım etmiş, söz gelimi öldürülecek kişinin direnmesini engellemek üzere ellerini ve kollarını tutmuş veya suçun işlenmesinde gözcülük yapmış olabilir. Böyle bir kimse, şayet bunu katilin niyetini bildiği hâlde yapmışsa, Hanefilerin de dahil olduğu çoğu İslâm hukukçusuna göre mütesebbip sayılır ve asli şeriklere kısas cezası verilirken fer'i şerik olarak bu kişiye tazir cezası verilir<sup>76</sup>. Tazir cezasının türü kural olarak kadı ya da kanun koyucunun takdirine bağlı olmakla birlikte Hanbelilere göre bu kişiye müebbet hapis cezası verilmesi gerekmektedir<sup>77</sup>. Bununla birlikte, şayet yardım eden, failin öldürme kastını bilmiyor ise kendisine herhangi bir ceza verilmeyecektir<sup>78</sup>. Eğer yardım eden, gayrimümeyyiz veya balığ olmamış küçük gibi ceza ehliyetine sahip olmayan birine yardım etmişse, bu kez kendisine kısas uygulanacaktır<sup>79</sup>. Yine söz konusu katkı olmaksızın suç işlenemeyecek ise fer'i şerike kısas cezasının verilmesi de mümkündür<sup>80</sup>.

<sup>74</sup> *Yeni Kanun-ı Ceza*, Dersaadet Kanaat Matbaası, 1329, s. 71.

<sup>75</sup> Akgündüz, "*İştirak*", s. 442.

<sup>76</sup> Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 158; İbn-i Âbidin, *Reddül-Muhtar Ale'd-Dürrül-Muhtar*, s. 299.

<sup>77</sup> Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 74.

<sup>78</sup> Akgündüz, "*İştirak*", s. 443; Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 74.

<sup>79</sup> Akgündüz, "*İştirak*", s. 443.

<sup>80</sup> Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 71-72.

Öldürmeye yardım edenler, diğer mezhepler tarafından fer'i şerik sayılabilecekse de İmam Malik'e göre asli şerik kabul edilmektedirler. Dolayısıyla bir cinayet birkaç kişi tarafından ortaklaşa veya yardımlaşma suretiyle işlenmişse bunların her biri katil sayılır<sup>81</sup>. Çalışma açısından Osmanlı hukukunda cari olan Hanefi görüşü önem arzettiğinden yardım eden kişi fer'i şerik sayılacak ve tazir cezasına tabi olacaktır. Örneğin bir fetvada dört kişiden üçünün bir şahsa birlikte saldırarak onu öldürmeleri ve fakat kalan kişinin yalnızca başına çomak ile bir kez vurması durumu incelenmiş; bu kişi, fiili öldürücü darbe niteliğinde olmadığından katil hükmünde tutulmamıştır:

Dört nefer âbık kullardan üçü 'Zeyd'e rast gelip bizi tutmak istedikte katil ettik' dediklerinde, âhar 'ben su içmeğe gittim idi, gelicek yoldaşlar Zeyd'i katil eylemişler, ben dahi çomakla bir kere başına vurdum' dese bu ikrar ile ol dahi kâtil olur mu? el-Cevap: Ol ikrar ile kısas olunmaz<sup>82</sup>.

Yardım etme durumu da klasik dönem kanunnamelerinden ziyade Tanzimat dönemi düzenlemelerinde kendisine yer bulmuştur. Katil yardımcısı kişi, genellikle "*muîn-i katil*" veya "*katil muîni*" isimleriyle anılmıştır. 1851 Ceza Kanunnamesinin birinci faslının 14. maddesi, azmettirme hâlini düzenlerken katil yardımcısına da yer vermiştir: "*Bir adam başka bir adamın canına kast ile fakat bizzat icra etmeyerek ... asıl katil hakkında şer'an ve kanunen iktiza eden hüküm icra olunacağından ... katil mu'îni bulunan kimse kezâlik bir seneden üç seneye kadar vaz'-ı kürek ve pranga kılın*<sup>83</sup>." Maddede suçun maddi unsurunu icra eden fail için şer'i ve kanuni asıl ceza öngörülürken katil yardımcısının cezası nispeten hafif bir ceza olan kürek ve pranga cezası olarak belirlenmiştir.

1858 Ceza Kanunnamesinde de "*muîn-i katil*" için genel bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Kanunnamenin 175. maddesi katil yardımcısının geçici olarak kürek cezasına çarptırılacağı yönündedir: "*Muîn-i kâtil olan kimse muvakkaten küreğe konulur.*" 1911 yılında yapılan değişikliklerde söz konusu madde kaldırılarak yerine failin öldürmeye yönelik fiiline başka bir sebebin de eşlik etmesi hâlini düzenleyen başka bir madde<sup>84</sup> konmuştur. Darülfünun-ı Osmanî Hukuk Fakültesinde ceza hukuku muallimi olan Diran Yerganyan, yapılan değişikliğe ilişkin olarak şu satırları yazmıştır:

Bu madde büsbütün yeni bir madde olup Kanun-ı Cezamıza ilk defa olarak derc olunmuş ve mühim bir noksanı ikmal eylemiştir. Eski 175. madde müîn-i katiller hakkında olup Kanun-ı Ceza'nın yeni 45. maddesinde iştirak-ı cürm hakkında birtakım kavâid-i esâsiye vaz edildikten sonra artık katilde muâvenet hakkında ayrıca bir maddeye lüzum kalmamıştır. İşte bundan dolayı mezkur madde tamamen kaldırılarak onun yerine işbu madde ikame edilmiştir<sup>85</sup>.

Görüldüğü üzere kanunnamenin iştirake ilişkin genel düzenleme mahiyetindeki 45. maddesine atıf yapılarak, bu hükmün katil yardımcıları hakkında da geçerli olacağı öne

<sup>81</sup> Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, s. 354.

<sup>82</sup> Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, s. 153, no: 748.

<sup>83</sup> Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku*, s. 615.

<sup>84</sup> Yeni 175. madde şu şekildedir: "*Telef-i nefis fail indinde meçhul olan esbab-ı mütekaddiminin terafukuyula veya failden bütün bütün ayrı bir sebebin inzimamıyla vukua gelmiş ise idamı müstelzim ahvalde on beş seneden ve müebbed ve on beş sene küreği müstelzim ahvalde on seneden ekal olmamak üzere kürek cezası hükmolunur.*" Diran Yerganyan, *Kanun-ı Ceza Dersleri*, C. 1, Dersaadet, 1326, s. 20.

<sup>85</sup> Diran Yerganyan, *Kanun-ı Ceza Dersleri*, C. 1, Dersaadet, 1326, s. 20.

sürülmüştür. Bununla birlikte emretme hâlini düzenleyen özel hüküm mahiyetindeki 184 ve 185. maddelerin aynen korunduğu görülmektedir.

### III. ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARINA İŞTİRAKİN OSMANLI UYGULAMASINDAKİ GÖRÜNÜMÜ

Öldürme ve yaralama suçlarına iştirakin uygulamaya nasıl yansıdığını şeriye sicilleri ve arşiv belgelerinden takip etmek mümkündür. Kayıtlarda söz konusu suçlar bağlamında hem doğrudan hem de dolaylı iştirak hâllerine rastlanabilmektedir. Aşağıda konu bu ayrım çerçevesinde incelenecektir.

#### A. OSMANLI UYGULAMASINDA DOĞRUDAN İŞTİRAK

Osmanlı hukukunda öldürme ve yaralama suçları çerçevesinde doğrudan iştirak hâline rastlanmaktadır. Bu tür iştirakin, daha çok öldürme suçları kapsamında gündeme geldiği ifade edilebilir. Davalarda sulh ve davadan feragate sıklıkla rastlanmaktadır. Örneğin 17. yüzyıl Konya'sında geçen bir olayda Saliha ve Müslime isimli iki kadına bir grup kişi mızrak ve balta ile saldırmışlardır. Davacılar, olayı mahkemeye şu şekilde aktarmışlardır:

...mezkûrlar cenk ve cidâl ve harb ve kitâle mübâseret eyleyüp mürisemiz mezkûre Sâliha'yı sağ böğründen mezbûr Kôr Mürîd mızrakla darb idüp ve sol tarafından balta ile merkûm Kara Ya'kûb darb idüp katl eylediler ve mezbûre Müslime'yi sol böğründen balta ile mezbûr Süleymân darb ve katl eyledi deyu da'vâ eylediğimizde ...

Olayda davalılar iddiaları inkâr etmişler, daha sonra taraflar davadan feragate ettiklerini bildirmişlerdir<sup>86</sup>.

Tanzimat dönemine tekabül eden 1842 yılında Konya'ya ait bir başka sicilde Mehmet Ali isminde bir şahsın birkaç kişi tarafından alet-i cariha ile katledildiği ve fakat sonra tarafların sulh olarak diyet bedelinin katiller arasında paylaştırıldığı aktarılmıştır:

merkûm Abdullah'ın oğlu Seyyid ve Süleyman'ın oğlu Bekir ve vasînin oğlu Halil ve Halil'in oğlu İbrâhim nâm dört nefer kimesneler bundan dört mâh mukaddem oğlum merkûm Mehmed Ali'yi bi-gayr-i hakk alet-i cariha ile darb ederek katl etmeleriyle beynimizde münâza'ât-ı kesîre vâki' olmuş ise de ... "es-sulhu seyîdü'l-ahkâm" fehvâsınca miyânemizde muslihûn tavassut edüp merkûm Abdullah'ın oğlu Seyyid'den diyet bedeli olarak iki bin gurus ve merkû[m] Süleymân'ın oğlu Bekir'den bin gurus ve merkûm Hüseyin'in oğlu Halil'den dahî bin gurus cem'an dört bin gurus üzerine verâsetim ve velâyetim hasebiyle akd-i sulh-i şer' ile musâlaha olup ve merkûm İbrâhim'in babası dahî kendi kızını maktûl-i mezbûrun erkarındaşı Ahmed'e akd-i nikâh ile verüp ândan dahî dem ü diyetden fâriğ olup ...<sup>87</sup>

Görüldüğü üzere alet-i cariha, Hanefi görüşü doğrultusunda kasıt belirleme noktasında kıstas olduğundan özellikle zikredilmiştir. Katillerin kasta binaen kısas edilmeleri gerekse de taraflar sulh yoluna gitmişler, bu tutumun ardında yatan motivasyonun ise "*Sulh, hükümlerin*

<sup>86</sup> Fatih Küçük, *14 Numaralı Konya Şer'iye Sicili (1080-1081/1669-1670) (Değerlendirme ve Transkripsiyon)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2013, s. 297-298.

<sup>87</sup> Mustafa Şahin, *Konya'da Tanzimat'ın Uygulanması (1840-1843 Tarihli 76 Numaralı Konya Şer'iye Siciline Göre)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2013, s. 147, no: 40-2.

*efendisidir*” anlamına gelen düstur olduğunu ifade etmişlerdir<sup>88</sup>. Ayrıca katillerin diyet bedeli ödemelerinden başka içlerinden birinin kan pahası olarak kızını maktülün kardeşi ile evlendirilmesi de dikkat çekici bir ayrıntıdır.

Osmanlı’da sulhten yana müsbet bir bakış açısının varlığından bahsedilebilirse de doğrudan iştirak ile öldürme durumunda şeriklerin tümünün öldürülmesine ilişkin örneklere rastlamak da mümkündür. Bununla birlikte bu durumların katle binaen verilen kısas cezasından ziyade siyaseten katl olduğu öne sürülebilir. 16. yüzyılda Sofya’da yeniçerilerden Mustafa isimli kişiyi katledenler için şerle cezalarının verilmesi istenmiştir<sup>89</sup>. Burada maktülün askeri zümreden olması, öldürme hadisesinin fesatlık olarak değerlendirildiğini düşündürülebilir. Yine bu çerçevede eşkıyalık faaliyetleri neticesinde siyaseten ölüm cezasına hükmedilebilmiştir. 18. yüzyılda Adana’da eşkıyaların topluca cinayet işledikleri anlaşılmış; şakilerin idam edilmeleri için gerekenin yapılması emredilmiştir<sup>90</sup>.

Kayıtlarda yargılama sürecine ilişkin kimi detaylara da rastlanabilmektedir. Örneğin 18. yüzyıl Bolu’sunda İbrahim isimli kişiyi katledenler hapsedilmiş; bölge naipleri içlerinde bulunan Ahmet Ağa’nın isnat edilen fiilden beri olduğu gerekçesiyle affedilip salıverilmesi gerektiğini bildirmişlerdir<sup>91</sup>. Dolayısıyla hapsin, suçun ispat sürecinde geçici bir koruma tedbiri olduğu düşünülebilir. 16. yüzyıla ait bir başka kayıтта Todor ve Dimo isimli zimmileri katlettikleri iddia edilen Mehmet ve Mahmut isimli iki kişiden Mehmet, isnat edilen fiili reddetmiş; Mahmut ise maktulleri kendisinin öldürmediğini ve fakat öldürenleri bildiğini ifade etmiştir. Bunun üzerine Mahmut, katili ortaya çıkarması şartıyla gönderilmiştir<sup>92</sup>. Yine eşkıyalık faaliyetleri kapsamında değerlendirilebilecek 16. yüzyılda geçen bir olayda Mustafa isimli kişinin kervan basıp adam öldürdüğü tespit edilmiş, bunun üzerine hapsedilip yoldaşlarının kimler olduğu kendisine sorulmuştur<sup>93</sup>. Dolayısıyla yargılama sürecinde katillerin titizlikle araştırıldığı, bu hususta şeriklere de başvurulduğu gözlemlenmektedir.

Doğrudan iştirak, alet-i cariha kullanılmadan da gerçekleşebilmiştir. Belirtildiği üzere Hanefi doktrinine göre bu ayrıntı, öldürmenin kasten olmadığına işaret etmekte olup cezası diyet ödeme şeklinde tayin edilmektedir. 20. yüzyıl başlarında Kırşehir’de geçen bir olayda Hacı Yusuf isminde bir şahsın, Molla Ali ibn-i Mustafa bin Mustafa ve Hüseyin ibni Kâmil isimlerinde iki kişi tarafından, boğazına abanılmak suretiyle öldürüldüğü iddia edilmiştir. Davada davacı Şerif Ağa, şeriklerden diyet talebini şu sözlerle dile getirmiştir: “*vech-i şer’î üzre diyet da’vasını bi’l-vesâye talep ederim.*” Dolayısıyla olayda, öldürme suçunun alet-i cariha

<sup>88</sup> Osmanlı’da sulhün müsbet bir tavır olarak görüldüğüne ilişkin olarak İslâm hukukunun da sulhü tavsiyesinden ve taraflar arasında sulhün gerçekleştirilmesini sağlayan “*muslihunların*” teşviklerinden bahsedilebilir. Buna göre muslihun, Kuran’da da yer alan “... *Sulh daha hayırlıdır*” (Nisa 4/128) hükmü uyarınca dahil olduğu uyuşmazlıklarda bu minvalde bir tutum sergilemiştir. Bkz.: Ahmet Kılınc, “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Yöntemi Olarak Muslihün: Osmanlı Arabuluculuğu”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, ed. Fethi Gedikli, C. 2, *On İki Levha*, İstanbul, (2016), s. 31. İslâm hukukunun kişileri sulhe teşvikine ilişkin olarak ayrıca bkz.: Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)*, SÜHFD, y. 2017, C. 25, S. 1, s. 24-25.

<sup>89</sup> COA, A.İDVNSMHHM.d..., 58/187.

<sup>90</sup> COA, A.İDVNSMHHM.d..., 133/728.

<sup>91</sup> COA, C..ADL., 51/3078.

<sup>92</sup> COA, A.İDVNSMH.d..., 39/295.

<sup>93</sup> 7 Numaralı Mühimme Defteri-III (975-976/1567-1569), Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Ankara, 1999, s. 21, no: 2018.

kullanılmaksızın icra edilmesinde kanuni çözümün, Hanefi görüşüne paralel olarak diyet olduğu belirtilmektedir. Olayda davalılar, iddiayı reddetmişlerdir<sup>94</sup>.

Tanzimat dönemindeki uygulamalara bakıldığında kürek ve pranga cezalarının varlığına rastlanmaktadır. 1844 yılına ait bir belgede Anasti veled-i Tanas isimli zimmiyi öldürenlerden Yovan ve arkadaşları hakkında nizamden bir seneden beş seneye kadar pranga cezası verilmesi gerektiğinden bahsedilerek “*iki sene müddet için prangabend olarak hidemat-ı süfliyede*” istihdamına hükmedilmiştir<sup>95</sup>. 1840 Ceza Kanunnamesinin yürürlükte olduğu tarihte pranga cezasının öngörülmesinin, olayın şartları gereği tazir cezası kapsamında olduğu düşünülebilir. 1851 yılının sonuna ait bir başka belgede Zaptiye Çerkez Yusuf isimle anılan kişiyi öldürenler hakkında diyet ve pranga cezasına hükmedilmiştir<sup>96</sup>.

Doğrudan iştirak, yaralama olaylarında da gündeme gelebilmiştir. 19. yüzyılda Sivas’ta yaşanan bir olayda bir tarım bölgesinin ziraatine ilişkin bir anlaşmazlık çıktığı ve şeriklerin, hatab (odun), balta ve değnekle davacıları saldırdıkları şu şekilde anlatılmıştır: “...*mahal-i mezkûru zira’at etmek üzere iken merkûmûn bi’l-ittifak hatab ve balta ve değnek ile bizlere hücum ederek her bi rimizi darb-ı şedid ile darb ederek bizleri mecruh eylediklerinden ...*”<sup>97</sup> Olayda davadan feragat edilmiştir. Bununla birlikte darp fiilleri tek bir yaralamada ortaklık şeklinde olmadığından şeriklerin kendi fiilleri nisbetinde sorumlu olmaları gerektiği öne sürülebilir. Yine 19. yüzyılda Ankara’da Ali isiminde biri Hacı Halil oğlu Süleyman, Ali bin Hüseyin ve Deli Ömer bin Veli isimli kişilerden şikâyetçi olarak bu kişilerin kılıç ile sol kolunu darp edip yaraladıklarını ve kolunun işlevini kaybettiğini, şer’an gereğini talep ettiğini beyan etmiştir. Olayda davacı Ali “*bedel-i sulh olan meblağ-ı mezbûr sekiz bin guruşu nakden ve tamamı*” kendisine ödenmek üzere anlaştuklarını mahkemeye bildirmiştir<sup>98</sup>. Burada iştirak, tatil-i uzuv kapsamında gerçekleştiğinden sulh ile kararlaştırılan miktarın failer arasında paylaşılması suretiyle ödendiği düşünülebilir.

Çalışma kapsamında ulaşılan kayıtlar çerçevesinde doğrudan iştirakin daha ziyade öldürme suçlarında cereyan ettiği ve fakat sulh ve feragatten yana bir tutumun olduğu söylenebilir. Birden fazla kişinin karıştığı katl vakalarında verilen ölüm cezaları daha ziyade siyaseten katl çerçevesinde verilmiştir. Bununla birlikte kasit benzeri öldürmede Hanefi görüşüne paralel olarak diyete hükmedilmesi, sulh ile bedel talebi ile de bağdaştığından bir asli ceza olarak daha kolay belirebilmiştir. Bedel ödemenin, yaralama olaylarında da gündeme gelmesi müessir fillere iştirakte kısas öngörmeyen Hanefi görüşüne uyumlu bir tutum olarak değerlendirilebilir.

<sup>94</sup> Arzu Demircan, *20-1 Numaralı (H.1326-1327-M.1908-1909) Kırşehir Şer’iyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2009, s. 124.

<sup>95</sup> COA, A.İMKT.MVL., 1/48.

<sup>96</sup> COA, A.İMKT.MVL., 48/49.

<sup>97</sup> Mustafa Eser, *27 Numaralı Sivas Şer’iyye Sicili (H.1267-1268/M.1851-1852)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2009, s. 113, no: 32-1.

<sup>98</sup> Hicran Bayrakçı, *945 Numaralı Ankara Şer’iyye Sicil Defterine Göre (1849-1850) Ankara’nın Sosyo-Ekonomik Yapısı*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale, 2011, s. 80, no: 98.

Tanzimat dönemine gelindiğinde ise çıkarılan yeni kanunlara paralel olarak kürek ve pranga gibi cezalar gündeme gelmiştir.

## B. OSMANLI UYGULAMASINDA DOLAYLI İŞTİRAK

Osmanlı uygulamasında öldürme ve yaralama suçları bakımından dolaylı iştirake de rastlanmaktadır. Belirtildiği üzere teşvik ve tahrik yahut mütesebbip faillik bu bağlamda değerlendirilecek durumlardır.

Teşvik ve tahrik bağlamında emretmeye ilişkin olarak 19. yüzyıl Konya'sında yaşanan bir olayda, öldürme fiilinin emredildiği gözlemlenmektedir. Olayda Osman ismindeki davacı, Halil bey'in, kardeşi Mehmet'e, Mehmet ismindeki bir başka kişiyi öldürmesini emrettiğini ve Mehmet'in emre binaen tüfeğini ateşlediğini mahkemeye şu sözlerle aktarmıştır: "... *mezbûr Halil bey karındaşı merkûm Mehmed'e katlini emr idüb ânın emriyle merkûm Mehmed dahî amden ve bi-hayr-i hak yedinde olan tüfengi endahla ...*" Tüfek önce maktulün düşmesine sebep olmuş, ardından tekrar ateş edilmiş ve bu kez maktul ağır yaralanarak on altı saat sonra yaraların tesiriyle hayatını kaybetmiştir. Bunun üzerine iki kişinin şahitliğine başvurulmuş ve şahitlerin de olayı doğrulaması üzerine mahkeme şu şekilde karar vermiştir:

... kâtil-i merkûm Mehmed'e kısâs icâb itmîşe de müdde'ıyyûn-ı mezbûrundan ebû'l merkûm 'Osmân mücibi olan kısasdan 'afv itmekle mücib-i kısâs diyete münkâlib olub deynî olan on bin dirhem şer'i gümüşden ... yedlerine te'diye ve teslim etmek üzere kâtil-i merkûm Mehmed'e tenbiye-i şer'ıye olundığı ve ... kâtil-i merkûm Mehmed ile karındaşı ibnû'l-merkûm Halil Beg'in cünha-i vakı'alarına göre icâb idecek cezâ-ı şer'ıye ve kânuniyenin icrâsı menûit irâde-i 'aliyyeden idüğünden ...<sup>99</sup>

Görüldüğü üzere olayda emri alan Mehmet, kısası gereken asli şerik olarak değerlendirilmiştir. Bu da esasen Hanefi görüşü ile uyumludur, zira Mehmet hâlen irade sahibidir. Bununla birlikte Osman katili affettiğinden ceza diyete dönüşmüştür. Yine Halil beyin de olaydaki etkisine göre fer'i şerik sıfatıyla sorumlu tutulacağı anlaşılmaktadır.

Emretme kapsamında göze çarpan bir diğer örneğe göre 18. yüzyılda Konya'da bir grup kişi, Ahmet'i güya bir "*helva sohbetine*" davet edip götürerek kurşunla başının sol yanından vurarak öldürmüşler, sabaha karşı da bir gölün kıyısına bırakıp kaçmışlardır. Bununla birlikte olayda Molla Ali ismindeki kişiden şikâyetçi olunmuş, Molla Ali'nin bu kişilere emir verdiği ileri sürülmüştür: "... *Ahmed'i bu veche muharrer darb ve cerh ve katleri işbu merkûm Molla Ali'nin emr ve tahrikleriyle olmağın Molla Ali'den sual olunup tahrir-i tahrir ve mucib-i şer'ıyesi icra olunmak matlubumdur ...*" Fakat iddianın ispat edilememesi ve üstelik mahalle ahalisinin Molla Ali hakkında olumlu yönde beyanda bulunmaları üzerine Molla Ali'ye çekişme ve nizadan uzak durması tembih edilmekle yetinilmiştir<sup>100</sup>. Olayda Molla Ali, emir veren kişi olarak davadan alakasız görülmemiş, emri alan kişilerin iradelerinin hâlen varlığı kabul edilse de emreden kişinin de sorumluluğu hesaba katılarak bu minvalde tahkikat yapılmıştır.

<sup>99</sup> Savaş Eroğlu, *1847-1848 Tarihlerinde Konya'nın Sosyal ve Ekonomik Durumu (80 Numaralı Konya Şer'ıye Siciline Göre)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 167-168, no: 25-2.

<sup>100</sup> Mehmet Altan, *1748-1749 Yılında Konya'da Sosyal ve İktisadî Hayat (57 Numaralı Konya Şer'ıye Siciline Göre)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007, s. 216, no: 94-3.

Teşvik ve tahrik kapsamında 18. yüzyılda Gaziantep'te geçen bir olayda Teslime ve Zemzem isminde iki kadının bir buçuk yaşındaki bir kıza “*deva iderüz deyû*” zehir yedirdikleri ve küçük kızın bu zehrin tesiri dolayısıyla öldüğü ileri sürülmüştür. Olayda davacı, iddiasını ispatlayamamıştır<sup>101</sup>. Bununla birlikte burada kendisine zehir verilen kız, gayrimümeyyiz<sup>102</sup> olduğundan olayın ispatlanmış olması hâlinde faillerin asli şerik olarak değerlendirilmesi gerekecektir. 19. yüzyıl Sivas'ında geçen bir diğer olay, öne sürülen iddia hasebiyle dikkate değerdir. Olayda Hasan bin Ebubekir isimindeki davalı Diyarbakır'a gittiği esnada kedisi, davacının evinde bulunan ve Reşid isimli şahsa ait olan bir çift güvercini telef etmek üzere eve girmiş, Reşid de tehlikeyi bertaraf etmek adına kediyi öldürmüştür. Bunun üzerine Hasan, “*Seni valiye teşki idüp zabtiye ile darp etdiririm ve ağana dahi ifade ederim*” sözleriyle Reşid'i korkutmuş, Reşid bu korkuyla kendisini asmıştır. Hasan, davada ölüme sebep olmakla yargılanmış, fakat dava “*iltifata şayan*” görülmemiş ve Hasan'dan herhangi bir şey talep etme gereği duyulmamıştır<sup>103</sup>. Olayda geçen korkutma durumu, kişiyi yasak bir fiile azmettirmeye yönelik olmayıp kişinin uğradığını düşündüğü haksızlığa bir tepki mahiyetindedir. Dolayısıyla olayda intihar ile korkutma arasında illiyet bağı bulunmamaktadır. Bu bakımdan mahkemenin mütesebbip faillik bağlamında davayı takip etmemekte haklı olduğu ifade edilebilir.

Osmanlı'da dolaylık faillik kapsamında yardım etme durumlarına da rastlanmaktadır. 18. yüzyılda Üsküdar'da geçen bir olayda Abdullah isimli kişiyi öldürdükleri iddiasıyla üç kişi yakalanmış; içlerinden birisi maktül “*bi-gayr-ı hak darb ve katl eylediğini*”; diğer ikisi ise cesedin derisini yüzüp başka bir yere taşıdıklarını itiraf etmişlerdir. Mahkeme, söz konusu kişilerin sorumluluklarına dair şu hükme varmıştır: “... *katilin kısasen katli meşru ve ikisinin tertibi cezası rey-i veliyyülemre müfevvez olduğun ilâm etmekle ... bunların üçü dahi herifin katlinde şerik olub birisi katl ve ikisi derisin yüzdüklerin kendüleri itiraf itmekle üçü dahi tertibi cezaya müstehak ...*”<sup>104</sup>. Görüldüğü üzere fiilin maddi unsurunda hakimiyet sahibi olan asli şerikin, kısas cezasına tabi olacağı belirtilirken cesedi yüzüp taşıyan yardımcıların ise tayin edilecek bir tazir cezasına çarptırılmaları öngörülmüştür.

Tanzimat dönemine gelindiğinde katil yardımcılarına verilecek tazir cezasının kürek cezası olarak saptandığı gözlemlenebilmektedir. 1852 yılına ait bir kayıta Dimitri isimli bir maktülün katil yardımcısı olan Mustafa isimli şahsa verilen kürek cezası, “*bu ana kadar gördüğü ceza, hakkında kâfi olduğundan*” sona erdirilmiştir<sup>105</sup>. Yine 1859 yılına ait bir başka kayıta Zenci Mercan olarak anılan şahsın katili Hüseyin ve yardımcısı Mustafa, Tersane-i Amire'de kürek cezasına çarptırılmışlardır<sup>106</sup>.

<sup>101</sup> Mehmet Karasakal, *109 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H.1165/M.1752)*, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep, 2010, s. 392-393, Varak No: 79, Sayfa No: 157, Belge No: 275.

<sup>102</sup> Tam doğumdan temyiz çağına kadar kişiler gayrimümeyyiz olup kâr ve zararı ayırt edemez durumdadırlar. Bkz. Ahmet Bilgin, *İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti*, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Diyarbakır, 1989, s. 102-103.

<sup>103</sup> Eser, *27 Numaralı Sivas Şer'iyye Sicili (H.1267-1268/M.1851-1852)*, s. 222, no: 90-1.

<sup>104</sup> COA, AE.SAMD.III, 232/22182.

<sup>105</sup> COA, A.}MKT.MVL., 54/24.

<sup>106</sup> COA, A.}MKT.MVL., 110/12.

Yukarıda belirtildiği üzere, faile fiilini kolaylaştırmak için araç temin etmek de yardım etmek kapsamındadır. 20. yüzyıl başlarına ait bir kayıta Amasya sancağında Sarabyan isimindeki bir Ermeninin fabrikasında ve şeriki Kigork ile Hendilyan Agop'un evlerinde bomba ve fişek yapıldığı tespit edilerek bu bombaların Hacı Ömer Efendinin evinde eşi ve iki kızının öldürülmesi olayı ile ilgisinin bulunduğu kaydedilmiştir<sup>107</sup>. Böyle bir durumda katilin tespit edilmesi hâlinde bomba temin edenlerin katil yardımcısı sıfatıyla cezalandırılacakları öne sürülebilir.

## SONUÇ

Çalışmada öldürme ve yaralama suçlarına iştirakin Osmanlı hukukundaki yeri ele alınmıştır. Bu minvalde evvela genel olarak İslâm ceza hukukunun iştirake bakış açısına yer verilerek daha sonra şer'i ve örfi hukuktan oluşan Osmanlı hukukunun söz konusu suçlar özelinde meseleye bakışı irdelenmiştir. Suça iştirakin umumiyetle öldürme ve yaralama suçlarında cereyan etmesi ve söz konusu suçların Osmanlı'da cari olan İslâm hukukunun asli kaynaklarında yer alması genel İslâm hukuk teorisi ile Osmanlı hukuku arasında tabii bir uyumu beraberinde getirmiştir. Bununla birlikte çalışmada mesele Osmanlı hukuku bağlamında daha tafsilatlı ele alınmış, ayrıca devletin resmi mezhebi olan Hanefi görüşleri vurgulanmıştır.

Suça iştirak eden failerin sorumluluklarının ne olacağı sorusu gündeme geldiğinde iştirakin doğrudan yahut dolaylı olduğu mutlaka göz önüne alınması gereken bir ayırım olarak belirmektedir. Çalışmada öldürme ve yaralama suçları bakımından söz konusu ayırım dikkate alınmıştır. Suça doğrudan iştirak hâlinde şerikler "*asli şerik*" olarak anılıp suçun asli cezasından sorumlu tutulurlarken dolaylı iştirak hâlinde şerikler "*fer'i şerik*" olarak anılmakta ve cezaları tazir cezası olarak tespit edilmektedir. Tazir cezasının miktarı ise asli şeriğe göre belirlenmekte, asli şeriğe de tazir cezası öngörülmesi hâlinde nispeten hafif bir ceza öngörülmektedir.

Doğrudan iştirakte bütün şerikler, suçun maddi unsurunda hakimiyet sahibidirler. Öldürme suçuna doğrudan iştirak hâlinde verilecek ceza tüm şeriklerin kısas edilmesi olup bu konuda mezhepler arasında herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bununla birlikte Hanefiler bu hükme diğer mezheplerden farklı olarak kıyas değil icma yoluyla ulaşmışlardır. Öldürme suçuna doğrudan iştirakte Hanefilerin diğer mezheplerden ayrıldığı bir diğer nokta, farklı nitelikte failerin bir araya gelerek suç işlemeleri hâlinde gündeme gelmektedir. Buna göre Hanefiler, cezadan muaf biriyle normal şartlarda ceza alabilecek bir kişinin müştereken suçu işlemeleri hâlinde sorumluluğun tüm şeriklerden kalkacağını ileri sürmüşlerdir. Hükmün altında yatan esas faktör şüphedir. Zira böyle bir durumda öldürme sonucuna şeriklerden hangisinin yol açtığı tam olarak bilinemeyecektir. Doğrudan iştirak bahsinde Hanefilerin yaralama suçları özelinde de diğer mezheplerden ayrılan görüşleri bulunmaktadır. Doğrudan iştirakle işlenen bir müessir fiilde diğer mezhepler şeriklere kısas uygulanabileceği görüşünde iken Hanefiler suç ve cezada denge prensibi gereğince kısası tercih etmemişler, ceza olarak ödenecek diyetin şerikler arasında paylaştırılması usulünü benimsemişlerdir.

<sup>107</sup> COA, DH.SYS, 118/6.



İştirakin dolaylı olması hâlinde fer'i şerikin, suçun maddi unsurunu gerçekleştirmemiş olduğu kabul edilir. Söz konusu durum, fer'i şerikin asli şerike teşvik ve tahrikte bulunması yahut suçun icra hareketlerini kolaylaştıracak şekilde ona yardım etmesi hâllerinde gündeme gelebilir. Fer'i şerikin kişiyi suça azmettirmesi, suçu işlemesi için zorlaması, kişiye suç teşkil eden fiili emretmesi gibi hâller teşvik ve tahrik kapsamındadır. Tüm bu hâllerde Hanefilerin, suça verilecek cezanın tespitinde iradenin büsbütün sakatlanmış olmasına özellikle dikkat ettikleri görülmektedir. Buna göre emir veya zorlamaya muhatap kişinin hâlen irade sahibi olup fiili işlememesi de mümkün ise fiili işleyen asli şerik, azmettiren fer'i şerik sayılacak ve sorumluluğu da asli şerike göre daha hafif olacaktır. Azmettiren fer'i şerik, ancak kişiye fiili işlemekten başka çare bırakmayan mülcü ikrah durumunda asli şerik sayılabilecektir. Diğer mezhepler ise azmettirmenin varlığını yeterli görerek emir alan kimse suçu işlediğinde emri veren kişiyi fer'i şerik yerine asli şerik kabul etmektedirler.

Osmanlı hukukuna bakıldığında doğrudan iştirak hâlinde şeriklerin tümünün kısas edileceğine dair kanunnamelerde düzenleme yer almasa da şer'i hukukun cari olması hasebiyle konunun tedvin edilmemiş olduğu ileri sürülebilir. Nitekim bu minvalde verilmiş fetvalar mevcuttur. Konuyla ilgili öldürme kapsamında kısasın düşmesi durumunda ödenecek bedelin şerikler arasında paylaştırılacağı hususuna rastlanmaktadır. Tanzimat döneminde çıkarılan 1851 Ceza Kanunnamesi asli şeriğin şer'i ve kanuni cezaya tabi olacağına ilişkin genel bir hükme yer vermiş, 1858 Ceza Kanunnamesi ise asli şeriklerin müstakil fail gibi asıl cezaya tabi olacağı şeklinde daha teorik bir yaklaşım sergilemiştir. Uygulamaya bakıldığında teorik olarak kısas cezası kabul edilse de sulh ve feragatten yana bir tutumun söz konusu olduğu görülmektedir. Sulhün hukuki bir hükümden ziyade ahlâki bir düstur olarak görüldüğüne ilişkin kayıtlara dahi rastlanabilmektedir. Sicillerde Hanefilerin kast kriteri olması hasebiyle kullanılan aletin özellikle belirtilmesi göze çarpan bir diğer husustur. Bundan başka ortaklaşa işlenen öldürme suçlarında şeriklere ölüm cezası verilmesi de vakidir. Bununla birlikte söz konusu cezalar, kısastan ziyade fesat ehli kişilere verilen siyaseten katl cezası olarak belirmektedir. Yaralama suçlarına iştirak ise teorik plânda incelenen müştereken uzuv yaralamadan ziyade şeriklerin aynı kişinin farklı uzuvlarına müstakil darp hamleleri şeklinde gerçekleşmiştir.

Osmanlı hukukunda dolaylı iştirakin klasik dönem kanunnamelerinde pek rastlanmayan ve fakat kadıların yararlandığı kaynaklar olarak fetvalarda görülebilen bir mesele olduğu söylenebilir. Tanzimat döneminde gelindiğinde ise 1851 ve 1858 Ceza Kanunnameleri konuyla alakalı öne çıkan düzenlemeler olup yine Hanefi görüşüne mutabık oldukları gözlemlenmiştir. Bu çerçevede fer'i şerik için tazir cezası olarak öngörülen kürek ve pranga cezaları, dönemin genel iklimini yansıtmaktadır. Uygulamada gerek teşvik ve tahrik gerekse de suça yardım etme şeklinde dolaylı iştirak hâllerine rastlanmış, umumiyetle Hanefi prensibi doğrultusunda emir veya zorlamaya muhatap kişinin iradesi mevcut ise asli şerik, mecbur kalmış ise fer'i şerik olarak değerlendirilmiştir.

Osmanlı hukukunda öldürme ve yaralama suçlarında iştirakin ele alınışına bakıldığında genel olarak İslâm hukuku ve Hanefi prensipleri ile bir uyumun varlığından bahsetmek mümkündür. Gerek doğrudan gerek dolaylı iştirak hâllerinde diğer mezheplerden farklı görüşlere sahip Hanefi doktrinine paralel kaide ve uygulamaların varlığı göze çarpmaktadır. Bu

paralelliğin, diğer mezheplerden yararlanma yahut Batı hukukundan iktibas suretiyle klasik dönemden farklı hükümlerin gündeme gelebildiği Tanzimat döneminde de kural olarak sürdüğü, ek olarak ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği ifade edilebilir. Konuyla ilgili bahse değer bir husus, dönemin hukukçularından Halil Rıfat'ın 1858 Ceza Kanunnamesinde yer alan genel hükümde, Fransa Ceza Kanunnamesinden esinlendiğini öne sürmesidir. Bununla birlikte söz konusu hüküm, İslâm hukukuna aykırılık teşkil etmeyen, yalnızca kanunnamenin genel bütününden kopuk olması hasebiyle bu izlenimini uyandıran bir hükümdür. Dolayısıyla Tanzimat döneminde kendini gösteren kanun yapma tekniğinin suça iştirak bağlamında da seyredilebildiği ve fakat konuya ilişkin anlayışta herhangi bir değişikliğin gündeme gelmediği ifade edilebilir. Buradan hareketle anılan suçlara iştirakin önlenmesinde Hanefi görüşlerinin hâlâ ihtiyaca uygun görüldüğü öne sürülebilir. Hanefilerin şüphe temelli mantaliteilerinin cezayı daha kolay düşürücü yahut isnat şartlarını zorlaştırıcı mahiyeti düşünüldüğünde, bu doktrinin Tanzimat döneminde görülen hukuki esnekliğe uygun olduğu, öne sürülebilecek bir diğer husustur.

## KAYNAKÇA

- Abdullah bin Mahmûd el-Mevsilî. El-İhtiyâr Li-Ta'lîlî'l-Muhtâr, C. 5, Nuh Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Abdurrahman el-Cezerî. Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı, ter. Hasan Ege, C. 7, Bahar Yayınevi, İstanbul, ts.
- Akgündüz, Ahmet. "İştirak", TDVİA, C. 23, y. 2001, s. 442-444.
- Akgündüz, Ahmet. *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı Kamu Hukuku*, C. 1, İstanbul, 2011.
- Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. 2, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990.
- Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. 3, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1991.
- Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. 4, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1992.
- Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. 6, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1993.
- Altan, Mehmet. *1748-1749 Yılında Konya'da Sosyal ve İktisadî Hayat (57 Numaralı Konya Şer'îye Siciline Göre)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2018.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Mimoza Yayınları, Konya, 2014.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)*, SÜHFD, y. 2017, C. 25, S. 1, s. 11-71.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*, Beta, 13. Baskı, İstanbul, 2015.
- Bayrakçı, Hicran. *945 Numaralı Ankara Şer'îye Sicil Defterine Göre (1849-1850) Ankara'nın Sosyo-Ekonomik Yapısı*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale, 2011.
- Bilgin, Ahmet. *İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti*, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Diyarbakır, 1989.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C. 3, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1968.
- Cerîde-i İlmîyye Fetvaları*, haz. İsmail Cebeci, ed. Mustafa Demiray, Klasik Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2009.
- Cin, Halil ve Gül Akyılmaz. *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, 9. Baskı, Konya, 2017.
- Çelen, Ömer. *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Dağcı, Şamil. *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, (m.y), Ankara, 2018.
- Demircan, Arzu. *20-1 Numaralı (H.1326-1327-M.1908-1909) Kırşehir Şer'îyye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2009.
- Düzdağ, Mehmet Ertuğrul. *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, Enderun Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul, 1983.
- Eroğlu, Savaş. *1847-1848 Tarihlerinde Konya'nın Sosyal ve Ekonomik Durumu (80 Numaralı Konya Şer'îye Siciline Göre)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007.
- Eser, Mustafa. *27 Numaralı Sivas Şer'îye Sicili (H.1267-1268/M.1851-1852)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2009.
- Fetâvâ-yı Feyziyye*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2014.
- Güven, Mehmet Ali. *33 Numaralı Konya Şer'îye Sicili (Değerlendirme ve Transkripsiyon)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2006.

- Halil Rifat. *Külliyât-ı Şerh-i Ceza*, Mihran Matbaası, İstanbul, 1303.
- İbn-i Âbidin. *Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürü'l-Muhtar*, C. 16, çev. Ahmet Davudoğlu, Şamil Yayınları, İstanbul, 1983.
- Karakaya, Harun. *Osmanlı Ceza Hukuku'nda Parada Sahtecilik Suçu*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2020.
- Karasakal, Mehmet. *109 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H.1165/M.1752)*, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep, 2010.
- Kılınc, Ahmet. "Çocuk Düşürme Suçunun 17'nci Yüzyıl İstanbul'undaki Görünümü", *DÜHFD*, C. 23, S. 38, y. (2018): (s. 31-84)
- Kılınc, Ahmet. "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, ed. Fethi Gedikli, C. 2, On İki Levha, İstanbul, (2016): (s. 15-81)
- Kılıç, Ahmet. "Klasik Dönem Osmanlı Hukuku'nda Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlihi", *Belleten*, y. 2015, C. 79, S. 285, s. 531-558.
- Kılınc, Ahmet. *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Ehl-i Hibre/Ehl-i Vukûf)*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2022.
- Kılınc, Ahmet ve Davut Yıldırım. "Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması", Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları, ed. Nuran Koyuncu ve Abdülkadir Yıldız, *NEÜ Yayınları*, Konya, (2021): (s. 171-229)
- Küçük, Fatih. *14 Numaralı Konya Şer'iyeh Sicili (1080-1081/1669-1670) (Değerlendirme ve Transkripsiyon)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2013.
- Mehmed Bahir. "İştirak", *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, y. 2, S. 18, 1928.
- Muhammed Ebu Zehra. *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, ter. İbrahim Tüfekçi, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994.
- Serahsî. *Mebisüt*, ed. Mustafa Cevat Akşit, C. 21, Gümüşev Yayınları, İstanbul, 2008.
- Şahin, Mustafa. *Konya'da Tanzimat'ın Uygulanması (1840-1843 Tarihli 76 Numaralı Konya Şer'iyeh Siciline Göre)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2013.
- Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi. *Behcetü'l-Fetâvâ*, haz. Süleyman Kaya, Betül Algın, Zeynep Trabzonlu ve Asuman Erkan, Klasik Yayınları, İstanbul, 2011.
- Tanzimat-ı Hayriyeden Sonra Neşrolunan Kavanin ve Nizamat*, İstanbul Üniversitesi Kütüphanesi (el yazma).
- Udeh, Abdulkadir. *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, ter. Ali Şafak, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 2012.
- Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt. *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitabevi, 19. Baskı, Ankara, 2017.
- Yeni Kanun-ı Ceza*, Dersaadet Kanaat Matbaası, 1329.
- Yerganyan, Diran. *Kanun-ı Ceza Dersleri*, C. 1, Dersaadet, 1326.
- 7 Numaralı Mühimme Defteri-III (975-976/1567-1569)*, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, Ankara, 1999.
- COA, A.{DVNSMHH.d..., 58/187.
- COA, A.{DVNSMHH.d..., 133/728.

COA, C..ADL., 51/3078.

COA, A.{DVNSMH.d..., 39/295.

COA, A.}MKT.MVL., 1/48.

COA, A.}MKT.MVL., 48/49.

COA, AE.SAMD.III, 232/22182.

COA, A.}MKT.MVL., 54/24.

COA, A.}MKT.MVL., 110/12.

COA, DH.SYS, 118/6.

Geliş Tarihi | Received: 15.03.2022

Kabul Tarihi | Accepted: 11.04.2022

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2022

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# İSLAM HUKUKUNDA HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ UNSURLARI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI OLARAK KABUL EDİLEN DURUMLAR

## ELEMENTS OF THE PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHT IN ISLAMIC LAW AND SITUATIONS IN WHICH RIGHT IS CONSIDERED ABUSE

Mehmet Barutçu\*

### ÖZ

İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağı, doğrudan bir norm tarafından düzenlenmiş olmakla beraber İslam hukukçularının içtihatları neticesinde İslam hukukunun kaynaklarından hükümler çıkarılarak tatbik edilmiştir. Bazı ilk dönem hukukçuları arasında hakkın bir kayıt ile sınırlanmaması gerektiği belirtilmişse de genel kabul gören ve uygulamada tatbik edilen hakkın kötüye kullanılabilmesi ve buna binaen de hakkın kullanımının sınırlanması gerektiğidir.

Bu makalede İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için gerekli olan unsurlar ve hakkın kötüye kullanılmış sayıldığı durumlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla fetva kitapları, mahkeme kararları, fıkıh metinleri ve şerhleri ile beraber modern dönemde bu konuyu ele alan eserlerden faydalanılmıştır. Tespit edilen verilerin mukayesesi için yer yer dipnotlarda Türk hukuk doktrininde belirtilen görüşlere temas edilmiştir.

İnceleme nihayetinde, hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedebilmek için meşru bir hakkın varlığı, zarar kastı ve gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi muhakkak olan bir zarar tehlikesinin olması gerektiği neticesine varılmıştır. Hakkın konulduğu gayenin dışında kullanılması, menfaatler veya zararlar arası açık orantısızlığın olması, kamuya dönük bir zararın varlığı ve fahiş zararın mevcudiyeti durumlarında ise hakkın kötüye kullanılmış sayıldığı sonucuna varılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İslam Hukuku, Hak, Hakkın Kötüye Kullanılması, Mecelle, Zarar

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı.

ORCID: 0000-0002-5502-3045 | E-mail: mehmet.barutcu@asbu.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

Although the prohibition of abuse of right in Islamic law is not regulated by a direct norm, it has been implemented by extracting provisions from the sources of Islamic law as a result of the jurisprudence of Islamic jurists. Although it is stated among some early period lawyers that the right should not be limited with any reservations, the right that is accepted and applied can be abused and accordingly the use of the right should be limited.

In this article, it has been tried to determine the elements necessary to be able to talk about the abuse of the right by Islamic jurists and the situations where the right is considered abused. For this purpose, together with fatwa books, court decisions, fiqh texts and annotations, works dealing with this subject in the modern period were used. For the comparison of the determined data, the opinions expressed in the Turkish legal doctrine have been touched on in the footnotes.

As a result of the examination, in order to be able to talk about the abuse of the right, there must be a legitimate right, intent to harm, and a risk of harm that has occurred or is certain to occur; It has been concluded that the right is abused in cases where the right is used out of its intended purpose, there is a clear disproportion between the benefits or damages, there is a harm to the public and there is exorbitant damage.

**Keywords:** Islamic Law, Right, Abuse of Right, Mecelle, Damage

## GİRİŞ

İslam hukuk literatüründe hak, Allah tarafından insanlara ihsan edilmiştir. Hikmet sahibi olan Allah'ın insanlara verdiği hakların bir amacının ve gayesinin olması lüzumiyeti, tevhid inancının da bir gereğidir. Hakkın amacı dışında kullanılmış olması şâriin maksadına aykırılık meydana getirir. Bu aykırılığın kabul ve tasdik edilmesi ise mümkün değildir. Binaenaleyh hakkın bazı sınırlarının olması kaçınılmazdır. Bazı ilk dönem İslam hukukçuları tarafından hakkın kötüye kullanımından bahsedilemeyeceği, şer-i şerif tarafından bir hak verilmiş ise hak sahibinin hakkını kullanmasına mâni olunulamayacağı belirtilmiştir. Ancak İslam hukukçularınca genel kabul gören ve muteber tutulan hakkın konulduğu gaye dışında kullanılmaması ve bir sınırının olması gerektiğidir. Bu sınırların tespit edilmesi noktasında ise başta ayetlerde ve hadislerde olmak üzere İslam hukukuna hâkim olan hukukun genel ilkeleri niteliğinde birçok külli kaide vardır.

Hakkın kötüye kullanımından bahsedebilmek için öncelikle mevcut bir hakkın varlığı gerekmektedir. Bir hakkın kullanılması neticesinde meydana gelmiş veya geleceği muhakkak olan bir zararın olması ve hak sahibinde zararı ika etme hususunda da bir kastın varlığı hakkın kötüye kullanılması yasağında göz önünde tutulması gereken diğer şartlardır. Ancak bazı durumlarda objektif kriter esas alınarak hak sahibinin kastına bakılmaksızın hakkın kötüye kullanılmış olduğundan bahsedilmektedir.

İslam hukukçuları, tevhid inancının bir gereği olarak hikmet sahibi yaratıcı tarafından bahşedilmiş olan hakların bir amaca matuf olması gerektiğini, bu amacın dışına çıkılmasının ise caiz kabul edilemeyeceğini zikrederler. İslam hukukuna hakim olan ve Mecelle'nin de birinci kitabında yer alan Zarar ve mukâbele-i bi'z-zarar yoktur, Zarar izâle olunur, Zarâr-ı âmî def için zarâr-ı hâs ihtiyâr olunur, Zarâr-ı eşed, zarâr-ı ehaf ile izâle olunur, İki fesâd teâruz ettikte ehaffını irtikâb ile a'zâminin çaresine bakılır, Ehven-i şerreyn ihtiyâr olunur, Def-i mefâsid celb-i menâfi'den evlâdır ilkeleri hakkın kötüye kullanılması yasağının teorik temelini oluşturan önemli kurallardır.

## I. GENEL ÇERÇEVE

İnsan, fıtratı gereği tek başına hayatını idame ettiremeyip hemcinsleri ile bir arada bulunmak durumundadır. Nitekim insan kelimesinin 'ünsiyet' kökünden türetilmiş olması da bu hakikatin bir tezahürüdür.<sup>1</sup> Bir arada yaşama zorunluluğunun bir düzen içerisinde devam edebilmesi amacıyla<sup>2</sup> da Allah tarafından insanlara belirli haklar ihsan edilmiştir.<sup>3</sup> Hakların esas unsurunu ve özünü oluşturan ise maslahat ve faydadır. Bu maslahatlar, kulun kendi irade ve ihtiyarına ihtisas edilmiştir, yani kul kendisine ihsan edilen haklar üzerinde müstakil olarak

<sup>1</sup> Mütercim Asım Efendi, *Kâmusu'l-muhît Tercümesi Cilt 3*, İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2013, s.2560-1.

<sup>2</sup> "Rabbinin rahmetini onlar mı bölüştürüyorlar? Dünya hayatında onların geçimliklerini aralarında biz paylaştırdık. Birbirlerine iş gördürmeleri için, (çeşitli alanlarda) kimini kimine, derece derece üstün kıldık. Rabbinin rahmeti, onların biriktirdikleri (dünyalık) şeylerden daha hayırlıdır (Zuhruf/32)."

<sup>3</sup> "Bütün hakların esasında Allah'a ait olduğu ve O'nun bağıışı sonucu insanların çeşitli derecelerde hak sahibi kılındığı görüşü fıkıh usulündeki, sebeplerin ca'li olup bizzat kendiliklerinden değil Allah'ın etkili kılmasıyla sonuç doğurduğu ve müsebbeblerin şâriin hükmüyle olduğu fikriyle, hatta İslam'ın genel tevhid inancıyla uyum sağlamaya matuftur." TDV İslâm Ansiklopedisi, Ali Bardakoğlu, İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1997, "Hak".



hareket eder, hakkına tecavüz halinde üçüncü kişilere müdahalede bulunur.<sup>4</sup> Bu haklar sebebiyledir ki kişi serbestçe sözleşme yapar ve sözleşmede karşı tarafı dilediği şekilde seçer; sözleşme esnasında veya sonrasında meydana gelen uyuşmazlıkların kesin hükme bağlanması için dava hakkına sahip olur; hakkına karşı bir saldırı meydana gelmesi durumunda tecavüzde bulunana mani olur. Binaenaleyh sosyal bir varlık olan insanın, haklarını kullanırken mutlak bir yetkiye mi yahut sınırlı bir yetkiye mi sahip olduğu hususunun tespiti önem taşımaktadır.

İnsanın haklarını kullanırken uyması gerektiği sınırlar hususunda İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığı vardır.<sup>5</sup> Bu görüşlerden ilki şer-i şerif tarafından insana verilen hakkın mutlak olduğunu, kişinin bu hakkı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunacağını belirtir. Kişinin hukuk düzeni tarafından kendisine verilen hakka dayanarak tasarrufta bulunması asıldır, bu hakkının sınırlandırılması ise arizidir. Hakkın kullanılmasına bağlı olarak bir başkasının zarara düşürülmesi veya olmaması önemli değildir. Zira kişi, hukuk düzeni tarafından kendisine tanınmış hak içerisinde ve hakkın konusu üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Şer-i şerif tarafından verilen hak ve yetki sınırlandırılmaz.<sup>6</sup> Hak üzerindeki tasarruf yetki ise, hak sahibinin ihtiyarına bağlıdır, zaruret olmadıkça kimsenin hak sahibi üzerinde bir cebir yetkisi

<sup>4</sup> Hasan Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynakların Hak Kavramının Analizi", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2000, s.57.

<sup>5</sup> Türk doktrininde hakkın kullanımı hususunda iki görüş olduğu belirtilmektedir. Bu görüşler bireyci (ferdiyetçi) görüş ve sosyal görüştür.

Bireyci görüş: Bireyci görüşe göre kişi, haklarını kullanırken mutlak serbestiyet içerisinde. Zira kanun tarafından bir hak tanınmışsa, kişi bu hakkını da dilediği gibi kullanabilmelidir. Kişi hukuk düzeni tarafından kendisine verilen bir hakkı kullanıyorsa, hak sahibinin zarar kastını araştırmak veya hakkını kullanması neticesinde bir zararın meydana gelip gelmediğine bakmak abestir. Kanunun kendisine verdiği hakları kullanan kişinin başkasına zarar verdiği iddia edilemez. Bu görüşün tarihi ve felsefi temelini incelediğimiz vakit, derebeylerin zulmünden kralların yönetimine geçen Fransa'da İhtilal neticesinde kralların tahakküm bağları kırılmak istenmiş ve fertlere haklarını diledikleri şekilde kullanma yetkisi verilmiştir. Ancak bu geniş yetki aksi bir olumsuzluğa sebep olarak ferdiyetçilik akımını doğurmuştur. Aynı şekilde İngiltere'de de bu görüş hakim olup medeni tekmülün gerçekleşmesi için zayıfların imhası gerektiği ve hukuk düzenince toplumda korunması gerekenlerin, çalışanlar olduğu inancı hakimdir. Buna bağlı olarak kanun koyucu fertlerin çalışma kudretlerini korumaya ve yaratıcılık kabiliyetlerini ortaya çıkarmaya çalışmalıdır. Kanunlar aciziyeti, tembelliği ve beceriksizliği değil, aktifliği ve başarılı olmayı teşvik eder. Çünkü bir hakka kıymet ilave eden şey, o hakkın kullanılmasından dolayı meydana gelen neticedir. Kullanılmayan bir hakkın ise hiçbir kıymeti olmaz. Öyleyse hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsetmek mümkün değildir.

Sosyal görüş: Bireyci teorisinin ferde tanıdığı hakların mutlaklığını kabul etmek olumsuz bir netice doğurmuş, kendini hesap verilemez kabul eden fert, toplum üzerinde tahakküm vasıtası olarak haklarını kullanmaya başlamıştır. İşte bu mutlakliyetinin önüne geçmek amacıyla sosyal görüş kavramı geliştirilmiştir. Bu görüşe göre bireylere tanınan haklarda, bireysel menfaatlerin korunmasından başka muhafaza edilmesi gereken sosyal menfaatler de vardır. Bu haklar şahsi menfaatlerin gerçekleşmesinin yanında sosyal menfaatlerin de gerçekleşmesi amacıyla tanınmıştır. Her hakkı ve hak sahibini kayıtsız şartsız olarak başıboş bırakmak toplum hayatının zaruri bir neticesi olan hukuk için mümkün olamaz. Hak, verilmiş amacına aykırı bir surette kullanılamaz, meşru ve sosyal maksatlarından saptırılmaz. Hakkın kullanımının kayıtsız ve şartsız mutlak olarak terk edilmesi toplum menfaatini de tehlikeye düşürmekte olup bazı sınırlar ile hakkı mukayyet kılmak gerekmektedir. Nitekim hakkın kullanımına mutlak bir serbestiyet tanıyan hukuk sistemlerinde dahi bu yönde yumuşamanın vaki olduğu müşahede edilmiştir. Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İFAV, 1997, s.57-64; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, İstanbul: Beta, 2013, s.178-80; Esat Arsebük, *Medeni Hukuk Cilt 1*, Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1938, s.100-8; Münteza Dikmen Maşalı, "İslam Hukukunda Hakkın Suistimali" (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 1995), s.19-20.

<sup>6</sup> Cevaz-ı şerî damâna münafidir (MAA/91).

yoktur.<sup>7</sup> Hiçbir kimse, zarara uğramış olduğu gerekçesine dayanarak hakkını kullanmakta olan hak sahibine mani olamaz.<sup>8</sup>

Bazı klasik kaynaklarda bu görüşte olan İslam hukukçularına ait olarak kişinin mülkiyetindeki arazide su kuyusu açması, tandır yapması veya kehriz (yer altında çirkef ve kirli suların aktığı yol) inşa ettirmesi durumunda, çevredekilerin, zarara uğradıkları iddiasıyla hak sahibini kullanmaktan men etmelerinin söz konusu olamayacağı zikredilir.<sup>9</sup> Hakeza ev sahibi, mülkiyet hakkına dayanarak kira sözleşmesi akdedebilir. Akit serbestliği gereğince akdin diğer tarafını seçerken hürdür. Buna binaen evini bir demirciye veya çamaşırcıya kiraya verebilir. Komşuların bu durumda hak sahibini rızası dışında bir şeye icbar etme imkanları yoktur.<sup>10</sup> Keza iki katlı bir evde, her bir katın mülkiyeti ayrı kişilerdeyken evin yıkılması durumunda alt kat maliki evini yeniden yapmak istemeyebilir. Bu durumda üst kat malikinin, diğer maliki evini yapmaya icbar etmeye hakkı yoktur. Zira kimse kendisine ait mülkiyet üzerinde bir tasarrufta bulunmaya zorlanamaz.<sup>11</sup> Ancak şunu belirtmek gerekir ki, bahsi geçen görüşte olan hukukçular bu durumlardaki hak sahibinin diyaneten sorumluluğunun devam edeceğini, sadece kazaî, yani hukuki yaptırım olarak bir mesuliyetinin olmayacağını belirtirler.<sup>12</sup>

İslam hukukçuları tarafından kabul edilen ikinci görüş ise, kişinin haklarını kullanırken mutlak bir tasarruf hakkına sahip olmadığıdır. Bu durumu vurgulamak üzere kişinin şer-i şerif tarafından kendine verilmiş hakkındaki tasarrufu, bir başkasına zarar ika etmedikçe geçerlidir,<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Zeyd İbânî ve Muhammed Selâme Sencelfî, *Şerhu Mürşidi'l-hayrân ilâ-marifeti Ahvâli'l-insân fi'l-muâmeleti's-şerîyye alâ-mezhebi Ebî Hanîfete'n-numân Mülâimen li-sâiri'l-ektâri'l-islâmiyye Cilt 1*, Bağdad: Matbaatü'l-maârif, 1955, s.66-7; Ebû Bekir bin Mesud Kâsânî, *Bedâiu's-senai fi-tertibi's-şeraî Cilt 8*, haz. Ali Muhammed Muavvaz ve Adil Ahmed Abdulmevcud, Beyrut: Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2002, s.509.

<sup>8</sup> Burada kaynaklarımızda zarurete dayalı olarak hakkın kullanımına sınır getirilen şu istisnaya işaret etmekte fayda vardır:

Hamam, kuyu, su çarkı ve değirmen gibi müşterek bir mal üzerindeki hakların bazı durumlarda sınırlandırılması zarurete mebnidir. Zira bu gibi eşyalarda kısmet, yani maliklerin hisseleri miktarınca eşyanın paylaşılması durumunda eşyadan hasil olacak fayda ortadan kalkacaktır. Bu ise iki taraf için de mahza zarar olup hakların tamamen yok olması neticesini doğuracaktır. Mesela müşterek bir hamamın yıkılmış olması varsayımında yapının tamirinden kaçınan hak sahibi tamire cebredilebilir. Zira tamirin terk edilmesi iki tarafın da sahip olduğu hakkının tamamen ortadan kalkmasına sebep olur. Kâsânî, *Bedâi Cilt 8*, s.510; İbânî ve Sencelfî, *Şerhu Mürşidi'l-hayrân Cilt 1*, s.67.

<sup>9</sup> Kâsânî, *Bedâi Cilt 8*, s.509. Muhammed bin Ahmed bin Ebu Sehl Şemsu'l-e'imme Serahsi, *el-Mebsût Cilt 15*, Beyrut: Dâru'l-marife, 1993, s.21.

<sup>10</sup> Serahsi, *el-Mebsût Cilt 15*, s.21; Kâsânî, *Bedâi Cilt 8*, s.509.

<sup>11</sup> Ancak üst kat maliki bu durumda masraflarını kendisi karşılamak üzere binayı yapar ve alt kata ait yaptığı masrafları karşılayıncaya kadar alt kat malikine engel olur. Bu süreçte üst kat maliki, hakim kararı olmak zorundadır. Hakim kararıyla alt katı kiraya verebilir ve masraflarını kira gelirinden tesviye edebilir. İbânî ve Sencelfî, *Şerhu Mürşidi'l-hayrân*, s.66; Kâsânî, *Bedâi Cilt 8*, s.509.

“Süflü (alt katı) Zeyd'in mülk dükkanı ve ulvü (üst katı) Amr'ın mülk odası olan ebniye (binalar) muhterika (yanmış) olup Amr Zeyd'e "Dükkanını bina eyle, ben dahi odamı bina edeyim!" dedikde, Zeyd binadan imtina eylese Amr re'y-i hakimle ol dükkan ile odayı kendi malından bina edip Zeyd'i dükkanın binasının kıymetini eda edinceye dek intifadan mene kadir olur mu?

el-Cevab: Olur. Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, İstanbul: Klasik, 2009, fetva no: 2493, s.427.

<sup>12</sup> “Mümin o kimsedir ki komşusu onun felaketlerinden emindir.” Ahmed bin Hanbel, *Müsned* hadis no: 12561-12562.

<sup>13</sup> Muhammed bin Mahmud Ekmeleddin Bâbertî, *el-İnâye Şerhu'l-hidâye Cilt 7*, Beyrut: Dâru'l-fikir, ts., s.508; Kemaleddin Muhammed bin Abdulvahid es-Sivasî İbni Hümâm, *Fethu'l-kadir Cilt 7*, Dâru'l-fikir, s.508; Vehbe Zuhayli, *Nazarriyyetu'd-damân*, Beyrut: Dâru'l-fikir, 2012, s.179.

kaidesi vaz edilmiştir. Öyle ki, en mukaddes hak kabul edilen mülkiyet hakkında<sup>14</sup> dahi malikin mutlak bir tasarruf yetkisi söz konusu değildir. Hak sahibinin tasarrufları hakkın verildiği amaca uygun kullanılması, başkasına karşı fahiş ve açık zarar verilmemesi, umumi bir zararın meydana gelmemesi ve hakkın kullanılması neticesinde hasıl olacak menfaat ile meydana gelecek zarar arasında ciddi bir orantısızlığın olmaması ile kayıtlıdır.<sup>15</sup> İslam hukukçuları arasında genel kabul gören ve uyuşmazlıklar hususunda esas teşkil eden de bu görüştür. Her ne kadar kıyas,<sup>16</sup> şer-i şerif tarafından verilen hakkın herhangi bir kayıt ile mukayyet olmamasını gerektirse de istihsan<sup>17</sup> gereğince hakkın kullanımında sınırlamaya gitmek gerekmektedir.<sup>18</sup> Zira ferdin mutlak sınırsızlığı bir noktadan sonra toplum için bir tehlike haline gelecektir. Kanunun ise bu durumu görmezden gelmesi mümkün değildir. İşte bu noktada, şer-i şerif tarafından tanınmış olan bazı hak ve yetkilerinin mutlak kabulüne bağlı olarak meydana gelecek olumsuz neticelerin önüne geçmek amacıyla İslam hukukçuları tarafından kurumsallaştırılmış olan istihsan kavramının işlevini görmekteyiz.<sup>19</sup> Bu kavram vasıtasıyla hukukçular, meydana gelen uyuşmazlıklara ve sorunlara çözüm üretme noktasında şer-i şerifin canlılığını muhafaza

<sup>14</sup> Mülkiyet hakkı, İslam hukukunda kişiye verilmiş hakların en kapsamlısıdır. Bundan dolayıdır ki, fıkıh kaynaklarında mülkiyet kelimesi, hak kelimesine izafe edilmeksizin, yani tamlama yapılmaksızın kullanılır ve bu kullanımın da “mutlakın, kemale sarf edilmesi” kaidesi iktizasınca en üst düzey yetkiyi ifade ettiği vurgulanır. Bkz. Hasan Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynakların Hak Kavramının Analizi", s.41-42.

<sup>15</sup> Ebu'l-meâlî Burhânuddîn İbnî Maze, *el-Muhîtu'l-burhânî fi'l-fikhi'n-numânî Cilt 7*, Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, 2004, s.388; Bedreddin Aynî, *el-Binâye Şerhu'l-hidâye Cilt 12*, Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, 2000, s.334-335; Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz Âbidin, *Reddü'l-muhtar ala-dürri'l-muhtar Cilt 5*, Beyrut: Daru'l-fikir, 1992, s.448; Osman bin Ali Fahrüddin Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik fi-şerhi Kenzi'd-dekâik Cilt 4*, Kahire: Bulak, H.1313, s.196; Mehmet Selim Aslan, "İslam Hukukunda Teassuf ve Hükümlere Etkisi", *EKAV Akademi Dergisi*, Sayı 67 (Yıl 2016), s.209; Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.83-107. Bu hususlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Fethi ed-Düreynî, *Nazariyyetu't-teassüf fi's-timali'l-hak fi'l-fikhi'l-islami*, Beyrut: Müessesetu'r-risale, 1988, s.242-269.

<sup>16</sup> Buradaki kıyastan maksat, şerî bir hükmü ortaya çıkarma esnasında başvurulan yöntem değildir. Kıyasın bir diğer manası genel ilke ve kaideler demektir, ki burada kullanılan mana da budur. TDV İslâm Ansiklopedisi, Yunus Apaydın, İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2002, "Kıyas"; Zekiyyüddin Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, Ankara: TDV Yayınları, 2019, s.236.

<sup>17</sup> Kıyası, yani hukukun genel kurallarını bırakarak insanlar için uygun olan çözümü seçmektir. Bkz. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2002, s.38. İmam Serahsî birkaç istihsan tanımı verdikten sonra bu tanımların zorluğunun terk edilmesi ve kolaylığın tercih edilmesinde birleştiğini ve kolaylığı seçmenin dinde genel bir kaide olduğunu söylemiştir. Bu tanımlar: a) Kıyası bırakıp insanlar için en uygun olanı almak, b) Herkesin karşı karşıya kaldığı hususlar için hüküm verirken kolaylığı öncelemek, c) Sıkıntı vereni bırakıp, genişlik temin eden almak ve d) Müsamahayı esas almak, şeklindedir. Akt. Yunus Apaydın, *İslam Hukuk Usulü*, Ankara: Bilimsel Araştırma Yayınları, 2018, s.113.

<sup>18</sup> İbn-i Âbidin, *Reddü'l-muhtar Cilt 5*, s.448; Zeylâî, *Tebyîn Cilt 4*, s.196.

<sup>19</sup> İslam hukukunda genel kaideler evrensellik arz etmekle beraber bu kaidelerin somut vakıada tatbiki hususunda farklı tercihlerle gidilebilmiştir. Bu durum daha çok somut vakıadaki olayın, mekanın, zamanın ve tarafların farklılığına bağlı olarak vaki olmuştur. Genel kurallar ile somut vakıalar arasında meydana gelen uyuşmazlık, İslam hukukçularını oldukça meşgul etmiş ve genel kurallara bağlılığın zaman zaman doğurduğu olumsuz sonuçlar istihsan adı altında daha geniş ve serbest bir zeminde ele alınmıştır. İstihsanda nasslar (normlar) ile getirilmiş olan çözüm, somut bir olaya uygulanırken adalete, şeriatın amacına ve hakkaniyet düşüncesine bağlı olarak istenmeyen neticelerin önüne geçmek istenmiş, nassların normatif yapısından kaynaklı olan şekilcilik ve katılık yumuşatılmaya çalışılmıştır. Böylelikle İslam hukukçuları İslam hukukunun genel prensiplerini somut vakıaya tatbik ederken şeriatın genel amaçlarına aykırı bir duruma sebebiyet vermemek için genel kuralları bırakarak daha kuvvetli bir gerekçeden hareketle başka bir çözüme başvurmuşlardır. Bu çözümlerle adaletin temini, müslümanların maslahatlarının sağlanması, kamu vicdanının tatmin edilmesi gibi siyaset-i şeriyeye ile de kesişmekte olan bir zemin oluşturulmuştur. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.174; TDV İslâm Ansiklopedisi, Ali Bardakoğlu, İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2001, "İstihsan"; Apaydın, *İslam Hukuk Usulü*, s.120-1.

etmekte, yani şer-i şerifin toplumdan bağımsız sayısal bir bilim alanı gibi değişmez bir kalıpta olmadığını sağlamakta ve böylelikle de toplumun hukuk dairesi içerisinde kalmasını temin etmektedirler. Hakkın suistimal edilmesinin, yani kötüye kullanılmasının korunamayacağı da bu çabanın bir neticesidir.<sup>20</sup>

Hakkın kullanımının mutlak olmayıp sınırlarının olması gerektiğini savunan ikinci görüşteki hukukçular ayet ve hadislerden de görüşlerini teyit edecek deliller zikretmektedirler. Bu minvalden olmak üzere bazı ayetleri açıklamak faydalı olacaktır. Cahiliye devri Arap toplumunda talak (boşama) ve nikah konusunda herhangi bir sınır yoktu.<sup>21</sup> Koca, karısını dilediği kadar boşama hakkına sahip olup iddet müddeti bitmeden karısına geri dönebiliyordu. Böylelikle koca, talak hakkını kullanarak karısını boşuyor, karısının başkası ile evlenip yeni bir düzen kurmaması için iddet süresi içerisinde tekrardan karısına dönüyordu. İslam'ın ilk yıllarında da bu uygulama toplumda devam etmekteydi. Ensar'dan bir sahabe karısını boşayıp iddeti bitmeden tekrardan nikahına almıştı. Bunun üzerine karısı "Aile hayatımız devam etmeyecekse beni boşla!" dedi. Karısının bu talebine kocası "Allah'a yemin ederim ki seni ne alırım ne de boşarım!" şeklinde olunca, Bakara sûresi 229. ayeti<sup>22</sup> nazil oldu.<sup>23</sup> Böylelikle şer-i şerif "Kadınların haklarına tecavüz edip zarar vermek için onları tutmayın!" emriyle kocanın sadece kariya zarar vermek kastıyla talak hakkını kullanmasını nehyetmiştir.<sup>24</sup>

Hakkın kötüye kullanılması yasağını teyit eden bir diğer ayet vasiyet sözleşmesiyle alakalı olan Nisâ sûresi 12'inci ayettir. Vasiyet sözleşmesi İslam öncesi cahiliye toplumunda da

<sup>20</sup> Bu noktada Saymen'in (ifadelerin bazı kelimelerini sadeleştirerek) zikretmekte fayda vardır: "Asırlar boyunca hukuk hakkında iki görüşün sürekli çarpıştığı görülmektedir. Bunlardan biri hukuku matematiksel bir ilim gibi telakki ederek, ortaya koyulan kuralların mutlak olduğunu kabul eder. Eski Roma hukuku ve Fransız Medeni Kanunu'nun ilk dönem yorumcuları bunlar arasındadır. Nitekim Paris Üniversitesi rektörlüğünde bulunmuş olan filozof Louis Liard şunları yazmıştır:

"Kanunun her maddesi, aralarındaki ilişkiyi ispat ve genel olarak neticelerini ortaya çıkarmayı gerektiren bir teoridir. Hukukçu sadece bir mühendistir. Hukuki terbiye tamamıyla skolastik bir terbiyedir."

İkinci görüş ise bu mutlak ve katı görüşün aksine olarak hakların, hatta en mukaddes olarak kabul edilenlerin dahi kötüye kullanılabileceklerini kabul etmektedir. Zira haklar, hukuk gibi sosyal bir kavram olarak toplum için ve toplum sebebiyle vardır. Hakların herbiri bir amaca bağlı olup, hak sahibi bunları o gaye dışında kullanma yetkisine sahip değildir. Bu sebeptir ki, haklar mutlak değil, nisbidir. Yani haklar, bu kavramın ruhuna ve amacına uygun bir şekilde kullanılmalıdır. Aksi halde meydana gelecek olan zararlardan hakkı kötüye kullananlar sorumlu tutulurlar." Ferit Hakkı Saymen, "Akid Yapmak Hakkının Suiistimali", *İÜHFMC* Cilt 7 Sayı 2-3 (1941), s.543-544; Ferit Hakkı Saymen, "Akdi Feshetmek Hakkının Suiistimali", *Adliye Ceridesi* Cilt 33 Sayı 7 (1942), s.879-880.

Aynı hususun Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na ait bir kararda şu şekilde vurgulandığını görmekteyiz:

"...hakkın kötüye kullanımı kurumu hukukun şekilciliklerinden doğan sertliği gidermek maksadıyla ortaya çıkmıştır. Zira teknik gerçekler dolayısıyla belli kalıplara sokulmuş olan hukuk kuralları tarafından kişilere tanınan yetkilerin olduğu gibi kullanılması, diğer kişiler ve toplumlar için çoğu kez katlanılması güç olan sonuçlar doğurabilecektir. İşte bu noktada TMK un 2/II. maddesi önem taşımakta olup, bu hüküm hukukta ortaya çıkabilecek bu gibi gerçek olmayan kanun boşluklarının giderilmesi amacını gütmektedir." YHGK, E: 2011/4-410 K: 2011/511, 13.07.2011.

<sup>21</sup> İlmî Heyet, *Mevsûatü't-terfîrî'l-me'sûr* Cilt 4, Beyrut: Daru İbni Hazm, 2017, s.173.

<sup>22</sup> "(Dönüş yapılabilecek) boşama iki defadır. *Sonrası, ya iyilikle geçinmek, ya da güzellikle bırakmaktır.* (Evlilikte) tarafların Allah'ın belirlediği ölçüleri koruyamama endişeleri dışında kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şeyi geri almanız, sizin için helâl olmaz. Eğer onlar Allah'ın belirlediği ölçüleri gözetmeyecekler diye endişe ederseniz, o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın bunları aşmayın. Allah'ın koyduğu sınırları kim aşarsa, onlar zalimlerin ta kendileridir."

<sup>23</sup> Muhammed bin Ali Şevkânî, *Fethu'l-kadir* Cilt 1, Dimeşk: Dâru'l-kelimi't-tayyib, 1998, s.275.

<sup>24</sup> Fethi ed-Düreynî, *Nazariyyetu't-teassüf*, s.102-103.

mevcut olup hak sahibinin tasarrufu bir kayıt ile sınırlı değildir. Kişi, malvarlığında dilediği miktarda tasarrufta bulunabiliyor, varislerini mirastan mahrum bırakıp tamamen yabancı olan üçüncü kişiler lehine kazandırmalar yapabiliyordu. İslam hukuku ise kişinin vasiyet hakkını kötüye kullanarak varislerini hak kaybına uğratarak mağdur duruma düşürmemesi için belirli kurallar koymuştur. Bu noktadan olmak üzere İslam hukukunda kişinin malvarlığı üzerindeki ölüme bağlı tasarruf miktarı üçte bir ile sınırlandırılmıştır.<sup>25</sup> Hakeza varisler arası adaletin temini amacıyla mirasçının vasiyet alacaklısı olamayacağı<sup>26</sup> kabul edilmiştir.<sup>27</sup> Nisa süresi 12'inci ayeti<sup>28</sup> de kişinin vasiyet hakkını kullanırken mirasçılara zarar kastıyla bu hakkını kötü kullanmayacağını belirtmektedir.<sup>29</sup> Nitekim bir hadiste Hz. Peygamber (sav):

Muhakkak ki bir erkek veya bir kadın Allah'a itaat ile altmış sene amel işler ve sonra ölüm döşeğine düşer. (Bu hallederken) Vasiyetlerinde (verese) zarar vermek isterler. Böylelikle o ikisi için cehennem vacip olur.<sup>30</sup> buyurmuştur.

Hakeza hadisler arasından da hakkın kötüye kullanımının yasaklandığını gösterecek rivayetler vardır: Zarar ve mukabele-i bi'z-zarar yoktur;<sup>31</sup> Binanı onun binasından daha yüksek yapıpta

<sup>25</sup> İlmî Heyet, *Mevsûatü't-tefsîri'l-me'sûr*, 6:122; Ahmed bin Muhammed Ebu'l-hüseyn Kudûri, *Muhtasarü'l-kudûri*, Beyrut, 2014, s.376; Ebü'l-Berekât Hâfîzüddîn Abdullah bin Ahmed bin Mahmûd Nesefî, *Kenzü'd-dekâik*, Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-islâmiyye, 2011, s.668; Alâüddîn Haskefî, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2002, s.732.

<sup>26</sup> "Varise vasiyet yoktur." Ebu Davud, *Vesâyâ*, 2870; İbn-i Mâce, *Vesâyâ*, 2714, Tirmizî, *Ebvâbü'l-vesâyâ*, 2120.

<sup>27</sup> Buradaki düzenlemeler emredici nitelikte değildir. Varislerin onay vermesi halinde üçte bir miktarı aşan tasarruflar ve vasiyet alacaklısının mirasçı olması geçerli olacaktır. Kudûri, *Muhtasarü'l-kudûri*, s.376; Nesefî, *Kenzü'd-dekâik*, s.668; Haskefî, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, s.732.

"Zeyd şu kadar akçesini oğlu Amr'a vasiyet ettikten sonra Zeyd fevt olup Amr'ı ve sair veresesini terk eylese sair verese vasiyeti mücizler olmayacak Amr vasiyet-i merkumeye binaen terekeden ol kadar akçeyi almaya kadir olur mu?"

el-Cevab: Olmaz." *Ceride-i İlmiye Fetvaları*, Haz. İsmail Cebeci, İstanbul: Klasik, 2009, fetva no:1459, s.255.

<sup>28</sup> "Eğer çocukları yoksa, karılarınızın geriye bıraktıklarının yarısı sizindir. Eğer çocukları varsa, bıraktıklarının dörtte biri sizindir. (Bu paylaşırma, ölen karılarınızın) yaptıkları vasiyetlerin yerine getirilmesi, yahut borçlarının ödenmesinden sonradır. Eğer sizin çocuğunuz yoksa, bıraktığınızın dörtte biri onlarındır. Eğer çocuğunuz varsa, bıraktığınızın sekizde biri onlarındır. (Yine bu paylaşırma) yaptığımız vasiyetin yerine getirilmesinden, yahut borçlarınızın ödenmesinden sonradır. Eğer kendisine varis olunan bir erkek veya bir kadının evladı ve babası olmaz ve bir erkek veya bir kız kardeşi bulunursa, ona altıda bir düşer. Eğer (kardeşler) birden fazla olurlarsa, üçte birde ortaklırlar. (Bu paylaşırma varislere) zarar vermeksizin yapılan vasiyetin yerine getirilmesinden, yahut borcun ödenmesinden sonra yapılır. (Bütün bunlar) Allah'ın emridir. Allah, hakkıyla bilendir, halîmdir (hemen cezalandırmaz, mühlet verir)." Vasiyet edenin hakkını kullanırken yakınları zarar sokmaması hususunda bir diğer ayet-i kerime de şöyledir:

"Sizden birinize ölüm gelip çatdığı zaman, eğer geride bir hayır (mal) bırakmışsa, anaya, babaya ve yakın akrabaya meşru bir tarzda vasiyette bulunması -Allah'a karşı gelmekten sakınanlar üzerinde bir hak olarak- size farz kılındı (Bakara/180)."

<sup>29</sup> Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.123-5. Hakkın kötüye kullanımına örnek ayetler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.123-44; Fethi ed-Düreynî, *Nazariyyetu't-teassüf*, s.92-114.

<sup>30</sup> Ebu Davud, *Sünen*, *Vesâyâ*, hadis no: 2867.

<sup>31</sup> İbn-i Mâce, *Sünen*, *Ahkâm*, hadis no: 2341.

onun rüzgarına engel olma<sup>32</sup> ve Semure bin Cündeb hadisleri bu babdan olmak üzere zikredilebilir.<sup>33</sup>

Bu örneklerin somutlaşması adına Mecelle'de de bir külli kaide olarak yer alan ilk hadiste geçen 'zarar' ve 'zırar' kelimeleri hakkında açıklama yapmakta fayda mülhaza edilecektir. Şöyle ki, iki kelime de aynı kökten gelmekle beraber ilki, kişinin kendisine bir menfaat sağlayacak şekilde bir başkasına zarar vermek anlamında kullanılırken, ikincisinde ise hiçbir menfaati olmaksızın bir başkasına zarar vermek söz konusudur. Hadiste ise her iki fiil de yasaklanmaktadır. Binaenaleyh kişinin menfaati olmakla beraber bir başkasına zarar verme saiki daha baskın oluyorsa bu durumda hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilecektir.<sup>34</sup> Bu durumda vaki olan zarar zulümdür. Zulüm ise bütün dinlerde ve hukuk düzenlerinde kesin olarak yasaktır.<sup>35</sup>

Keza Semure hadisinin içeriğinde de mülkiyet hakkına sahip olan bir kişinin bu hakkını kullanması neticesinde vaki olacak menfaatin diğer bir kişi için meydana gelecek zarara nisbetle çok az sayılıyor olması durumunda da hakkın kötüye kullanılması yasağının gündeme geldiğini anlamaktayız. Mevzubahis hadiste Semure adlı sahabe ve bahçe sahibi sahabe arasındaki uyumsuzlukta bir menfaat çatışması ve bu menfaatler arasında dengesizlik hali vardır. Bu uyumsuzluğun iki tarafın da lehine olacak şekilde kesin hükme bağlanması uğraşlarının Semure tarafından mülkiyet hakkına dayanarak reddedilmesine binaen Hz. Peygamber (sav) bahçe sahibine, gidip o ağacı sökmesini söylemiştir.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> "Hasta olursa ziyaret edersin. Ölürse cenazesine katılırsın. Borç isterse verirsin. İhtiyaç içinde olursa onun ihtiyacını giderirsin. Bir hayra kavuşursa tebrik edersin. Bir musibete düşerse teselli edersin. *Binanı onun binâsından daha yüksek yapıp da onun rüzgarına engel olma!* Tencerenin kokusu ile ona eziyet etme. Ancak pişirdiğinden ona verirsen başka." Münzirî, *et-Terğîb ve't-terhîb*, el-Birr ve's-sıla ve ğayrihima hadis no: 3870. Hadisin bir diğer lafzı ise şu şekildedir:

"Bir kişi, ehline ve malına gelecek kötülükten korktuğu için kapısını komşusuna kapalı tutmak zorunda kalıyorsa, o komşu, gerçek mümin değildir. Aynı şekilde şerrinden emin olunmayan komşu da gerçek mümin değildir. Komşu hakkının ne olduğunu biliyor musun? Senden yardım dilediğinde yardım etmen, borç istediğinde vermen, muhtaç olduğunda ihtiyacını görmen, hastalandığında ziyaret etmen, bir hayra kavuştuğunda tebrik etmen, musibete uğradığında taziyede bulunman, öldüğünde cenazesine katılman, *izni olmadıkça binânı onun binâsından daha yüksek yapıp rüzgarına mâni olmaman*, çorbandan az da olsa ona da göndermek suretiyle tencerenin kokusuyla onu rahatsız etmemendir. Bir meyve satın aldığına ona da hediye et, eğer bunu yapamazsan meyveyi evine (komşuna göstermeden) gizlice getir. Onu çocuğun da dışarı götürüp, komşunun çocuğunu özendirmesin!" Beyhâkî, *Şuabu'l-İman*, İkrâmü'l-câr, hadis no: 9113.

<sup>33</sup> İslam hukukçularının hakkın kötüye kullanımı yasağını temellendirdikleri hadisler hakkında detaylı bilgi için bkz. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.144-162; Fethi ed-Düreynî, *Nazarıyyetu't-teassüf*, s.117-161.

<sup>34</sup> Fethi ed-Düreynî, *Nazarıyyetu't-teassüf*, s.122-123.

<sup>35</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm Cilt 3*, İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017, s.78; Süleyman Hasbî Efendi, *Tafsîl li-tavzihi'l-kavâidi'l-fikhiyyeti ve'l-usûliyyeti fi-evveli Mecelleti'l-Ahkâmî'l-Adliyye*, İstanbul: Matbaa-yı Osmanî, H. 1299, s.59.

<sup>36</sup> "Ensar'dan bir zatın bahçesinde Semure'ye ait bodur bir hurma ağacı vardı. O zat ailesiyle beraber o bahçede vakit geçirirdi. Semüre de kendi ağacına gitmek üzere bahçeye girerdi. Bu girişten bahçe sahibi (haremlikten dolayı) rahatsız oluyordu. Semüre'den o ağacı (bir başka yerdeki ağaçla) değiştirmeyi talep etti. Ama Semüre kabul etmedi. Bunun üzerine Ensari (ra) Resulullah (sav)'a gelip durumu anlattı. Resulullah Semüre'den o ağacı satmasını talep etti; fakat o kabul etmedi. Bu sefer (bir başka yerdeki ağaçla) değiştirmeyi teklif etti, o bunu da kabul etmedi. Resulullah: "Ağacı ona bağışla!" dedi ve buna râğbet emesi için "Şöyle şöyle ecir var!" buyurdu. Semüre yine kabul etmedi. Bunun üzerine Resulullah (sav): "Sen zarar veren birisin!" dedi. Sonra Ensari zata dönüp: "Git, onun hurmasını söki!" buyurdu." Ebu Dâvud, *Sünen*, Akziye, hadis no: 3636.

Hakkın kötüye kullanma yasağının İslam hukukundaki kaynakları sadece ayet ve hadislerdeki delillerden müteşekkil olmayıp İslam hukukçuları tarafından kabul edilmiş sahabe tabikası, istihsan, maslahat, sedd-i zerai ve kıyas gibi delillerle de bu kurumun temellendirilmesi yapılmıştır.<sup>37</sup>

## II. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ UNSURLARI

İslam hukukunda hakkın kötüye kullanımı yasağına ait unsurların birlikte zikredildiği bir norm yoktur.<sup>38</sup> Ancak teşekkül ettiği dönemden beri hakkın kötüye kullanılması yasağına İslam hukukunda geniş bir tatbik alanı verilmiştir.<sup>39</sup> İslam hukukçuları vesayet, karı-koca arası

<sup>37</sup> Bu kavramlar doğrultusunda hakkın kötüye kullanılması yasağının temellendirilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.162-190; Fethi ed-Düreyne, *Nazarıyyetu't-teassüf*, s.163-241.

<sup>38</sup> Doktrininde hukuk sistemleri hakkın kötüye kullanılmasına dair normlara yer verip vermelerine göre üçe ayrılmaktadır. Bunlar dar sistem, geniş sistem ve mutavassıt sistemdir.

Dar sistem: Ferdietçi düşüncenin ön planda olduğu bu sistemde sosyal yönü ağır basan hakkın suiistimali kurumunun uygulanması, bazı nadir istisnaları olmakla beraber çok da mümkün değildir. Bu sisteme sahip ülkelerden olan İngiltere'de "Bir hak kullanırken başkasının zarara uğramış olmasından bahsedilmez; Failin kastı ve niyeti araştırmayacağı gibi sosyal açıdan da fiilin neticeleri dikkate alınmaz. Yeter ki fiil veya tasarruf hukuka uygun olsun." vecizeleri hakimdir. Ferit Hakkı Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", *İÜHF*, Cilt 12 Sayı 4 (1946), s.1130-1; Aynı durum Roma hukukunda da "Kendi hakkını kullanan kötü niyetle hareket etmiş sayılmaz; Sadece hakkı olmadığı bir şeyi yapan başkasına zarar vermiştir; Hakkını kullanan kimse zorlamada bulunmuş sayılmaz; Hakkını kullanmış olduğum yerde sana hiçbir zarar vermiş değilim." ilkeleri ile kabul görmüştür. Salvatore Riccobono, "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi", *İÜHF* Cilt 22 Sayı 1-4 (1956), s.352-353; Ziya Umur, "Roma Hukukunda Hakkın Suiistimali", *İÜHF* Özel Sayı: Ord. Prof. Tahir Taner'e Armağan (1956), s.561.

Bütün bunlarla beraber bu sistemlerde dahi yumuşamalar olmuştur. Bu babdan olmak üzere İngiltere kanun uygulayıcıları "saik (consideration)" ve "kamu düzeni ve sükunu (public policy)" teorilerini geliştirerek sistemlerini yumuşatmışlardır. Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1131.

Roma hukuku açısından bakacak olursak da aynı durumu görürüz. Hatta doktrinde cumhuriyet devri ve klasik hukuk devrinden itibaren hakkın mutlakiyeti yerine hakkın kötüye kullanımı yasağının artık Roma hukuk düzeyine hakim olduğu savunulmuştur. Riccobono, "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi", s.380; Umur, "Roma Hukukunda Hakkın Suiistimali", s.561-563.

Geniş sistem: Bu sisteme dahil olan hukuk düzenlerinin mevzuatlarında sarıh bir hüküm olmamakla beraber bazı külli kaidelere dayanarak hakkın kötüye kullanımı yasağına büyük ve geniş bir uygulama alanı verilmiştir. Bu sistemde en mutlak hak olan mülkiyet hakkından başlayarak nisbi nitelikte olan sözleşmeden doğan haklara kadar sair hakların, hakkın kötüye kullanımı yasağı kapsamına gireceği savunulmuştur. Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1134.

Mutavassıt sistem: Bu gruptaki hukuk düzenlerinde hakkın kötüye kullanımına dair mevzuatta sarıh bir hüküm mevcuttur. Bu sistem ne Anglo-Sakson hukukundaki gibi son derece kısıtlı ne de geniş sistemde olduğu gibi şümulüdür. Bu sistemde hakkın kötüye kullanımından bahsedebilmek için mevzuatta gösterilen bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu sistemdeki bazı ülke kanunlarında subjektif anlayışa bağlı kalarak zarar kastı, bazılarında ise objektif anlayışa bağlı kalarak hakların işlevi dikkate alınmıştır. Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1141.

Bu sistemler hakkında detaylı bilgi için bkz. Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1130-1151.

<sup>39</sup> Ziya Umur bu konuya dair şöyle bir açıklamada bulunur:

"Bu devirlerde ve hatta çok daha öncelerinden, yani VII'inci asırdan beri İslam hukuku, başkasına zarar vermeye matuf olan bir hakkı geniş miyasta yasak etmekte idi. Hakikaten İslam hukukunda hakkın suiistimaline müteallik prensipler daha o zaman çok vazih bir şekilde ortaya konmuştu. Bilhassa komşu münasebetlerinin İslam hukukunda bütün teferruatı ile tanzim edilmiş bulunması ve Sicilya yoluyla Arapların İtalyanlarla sıkı münasebete olması, komşunun evine bakmak ve saire gibi hususlarda Avrupa ortaçağ hukuku üzerinde İslam hukukunun bir mukabil tesiri olmuş olması ihtimalini ortaya koymaktadır. Hele Kanonik hukukun bu meseleleri tanzim etmemiş olması bu ihtimali daha da kuvvetlendirmektedir." Umur, "Roma Hukukunda Hakkın Suiistimali", s.565-566.

ilişkiler ve komşuluk ilişkileri, özellikle de hak sahibine en geniş yetkiler veren mülkiyetten kaynaklı tasarruflar ve uyuşmazlıklar üzerinde değerlendirmeler yaparak hakkın kötüye kullanımını yasağı kurumunu uygulamışlardır. Bu uygulamalar neticesinde varılan çözümlerden yola çıkarak hakkın kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için gerekli unsurların neler olduğu tespit edilebilir.

Kanaatimizce İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılmış olmasından bahsedebilmek için mevcut bir hakkın varlığı, zarar verme kastı ve bu hakkın kullanılmasına mebni meydana gelmiş veya muhakkak surette meydana geleceği tasavvur edilen bir zararın olması şartları gerekmektedir.

#### A. MEVCUT BİR HAKKIN VARLIĞI

Hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedebilmek için ortada bir hak mevcut olmalıdır. Kişinin kendisine ait olmayan bir hakkı kullanması hakkın kötüye kullanımını değil, haksız fiili<sup>40</sup> teşkil eder. İki kurum, zararın neticesi hususunda birleşmiş olsa da haksız fiilde hukuken tanınmamış bir tasarruf söz konusu iken hakkın kötüye kullanımında kanun tarafından verilen bir hakkın kullanımı mevzubahistir. Bu durum, yani hakkın kötüye kullanımının görünüşte hukuk düzeni tarafından verilmiş bir yetki dahilinde istimal edilmesi kendisini diğer haksız davranışlardan ayırmaktadır. Hiçbir hak söz konusu olmaksızın gerçekleştirilen haksız davranışlarda ise sınırları aşılmış, amacı dışında kullanılmış ve bu şekilde kötüye kullanılmış bir hak dahi bulunmamaktadır.<sup>41</sup>

#### B. ZARAR VERME KASTI

Bu unsuru, hakkın kötüye kullanılmasında müstakil olarak mihver kabul etmeyip üçüncü unsur olarak tespit edilen “meydana gelmiş veya geleceği muhakkak bir zararın varlığı” ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Zira kasıt kalbe ait bir ameldir. Kalpte olan niyetlerin ve saiklerin ise mücerret olarak bilinmesi mümkün değildir.<sup>42</sup> Karineler yardımı ile kişinin kalbindeki niyetin tespit edilmesi yoluna gitmek gerekmektedir. Mecelle'nin, Bir şeyin umûr-ı bâtınada delili ol şeyin makamına kâim olur (MAA/68), kaidesi bu durumu ifade etmektedir. Zira tamamen subjektif nitelikte olan zarar kastının tespit edilmesi, uygulamada fazlasıyla zorluk meydana getirecektir. Binaenaleyh, bu maddenin zarar unsuru ile birlikte düşünülmesi gerekmektedir. Zira bu durum objektif bir nitelik arz ederek uygulama için de kolaylık temin edecektir.

Zarar kastının şart koşulmasıyla İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağı kurumunun tatbikinde subjektif kıstasın esas alındığı düşünülebilir. Ancak bunu kabul etmek mümkün değildir. Zira umumi veya fahiş bir zararın mevcut olması durumunda kişinin kastına bakılmaksızın hakkını kullanmasına engel olunur. İslam hukukçuları bu durumlarda doğrudan

<sup>40</sup> İslam hukukunda haksız fiiller müstakil bir başlık altında ele alınmış olmamakla beraber kendi sistemine özgü olarak gasp, itlaf ve cinayat gibi müstakil başlıklar altında işlenmiştir. Bkz. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.72-73.

<sup>41</sup> Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020, s.256-2577.

<sup>42</sup> Süleyman Hasbî Efendi, *Tafsîl*, s.182-184.



hakkın kötüye kullanıldığını kabul etmişlerdir.<sup>43</sup> Nitekim fahiş zararın her halükarda (bi-eyyi vechin kân) izale edilmesi gerektiği<sup>44</sup> ifade edilirken de bu noktaya vurgu yapılmıştır. Binaenaleyh, somut vakıtlara göre hakkaniyet ve nesafetin iktizasıyla objektif kıstasa dayanarak da hareket etmek gerekebilir. Yani İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının tatbiki hususunda subjektif ve objektif kıstaslar birlikte kullanılabilir.

Mesela kişi bahçesindeki ağacı budarken dalların, bahçe duvarının dış kısmında park edilmiş olan komşusunun aracına düşüp ona zarar vermesi durumunda zarar kastından bahsetmek mümkün değildir. Keza aynı damardan beslenen kuyulara sahip komşulardan birinin, ihtiyacına binaen kuyudan fazla su kullanması sebebiyle komşusunun kuyusundaki suyun azalmış olması durumunda da zarar verme kastı yoktur. Hakeza malik, hırsızlardan korunmak amacıyla evinin duvarlarını yüksek yaptığı için komşusunun manzarasını kapattığı için ona zarar verme kastıyla hareket etmiş olmaz.<sup>45</sup> Tüm bu durumlarda, zarar verme kastının, yani subjektif ölçünün ve objektif kıstasın tatbikini gerektiren bir vaziyetin yokluğuna binaen hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemeyecektir. Zira Bir işten maksat ne ise, hüküm ona göredir,<sup>46</sup> külli kaidesi de bunu iktiza etmektedir.

Burada şuna da işaret etmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedilmek için asıl saikin zarar kastı olması ve hakka konu menfaatin temininin arka planda kalmış olması lazımdır.<sup>47</sup> Zira kişi bazen hakka konu menfaati elde ederken karşı tarafın zarara

<sup>43</sup> Bardakoğlu, "Hak"; Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.91; Maşalı, "İslam Hukukunda Hakkın Suistimali", s.103; Aslan, "İslam Hukukunda Teassuf ve Hükümlere Etkisi", s.227-228.

<sup>44</sup> "Zarar-ı fahiş bi-eyyi vechin kân def ettirilir (MAA/1200)."

<sup>45</sup> Doktrinde Alman hukukuna göre hakkın kötüye kullanılması yasağının tatbik edilmesi için zarar kastının şart olduğu belirtilmektedir. Bu durum Alman Medeni Kanunu'nda "Bir hakkın kullanılması yalnızca bir başkasına zarar vermek amacıyla güdüyorsa caiz değildir (BGB/226)." şeklinde belirtilmiştir. Alman Medeni Kanunu'ndaki bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Nâmi Barlas, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi", *İÜHFMC* Cilt 55 Sayı 3 (1997), s.197-199.

İsviçre kanun koyucusu da Alman Medeni Kanunu'nun etkisinde kalarak ilk olarak "Bir şeye malik olan kimse o şey üzerinde kanunun sınırları dairesinde serbestçe tasarruf etme hakkına sahiptir. Açık bir şekilde başkasına zarar verme kastı olmadıkça o şeyi mutlak bir surette kullanabilir." diyerek zarar kastını kabul etmişti. Ancak bu maddede yapılan itirazlar neticesinde maddenin son hali "Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kaidelerine uymaya mecburdur. Hakkını açık bir şekilde kötüye kullanan kimse hiçbir kanuni korumadan faydalanamaz." şeklini aldı. Bkz. Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1146-1148; Saymen, "Akdi Feshetmek Hakkının Suiistimali", s.890-891.

Eski TMK da "...sırf gayrı ızzar eden suiistimali..."nden bahsederek hakkın kötüye kullanılması yasağını subjektif ölçüde bağlamıştı. Kanunun bu açık ifadesine rağmen doktrinde mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi hakkın kötüye kullanılmasında zarar kastı aranmaksızın objektif kriterin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu görüşte olanlar maddenin sehven yanlış çevrildiği veya lafza bağlı olarak değil, kanunun ruhuna bağlı olarak hareket edilmesi gerektiğini iddia etmişlerdir. Nihayetinde 75 yıl gibi uzunca bir müddet süren bu tartışma yeni TMK'nın kabulü ile sona ermiştir. Bu husustaki tartışmalar için bkz. Akipek, Akıntürk, ve Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, s.183-186; M. Kemal Oğuzman ve Nâmi Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s.285-288; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç ve Şahsın Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1951, s.22-24; Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1148-151; Saymen, "Akdi Feshetmek Hakkının Suiistimali", s.884-885.

<sup>46</sup> MAA/2.

<sup>47</sup> "Fakat acaba ızzar (zarar vermek) kastı sair kasıt ve saiklerle müterafik (birlikte) olunca hakkın suiistimali mevzu bahis olmayacak mı? Şayet zarar kastını bu şekilde anlarsak hakkın suiistimalinin saha-yı tatbiki kalmaz. Çünkü hiç kimse mücerret (salt) diğer âkid tarafı (sözleşmenin diğer tarafını) ızzar etmek için işe giriştiğini itiraf

uğramasını istemiş olsa da bu tasarrufu onun için asıl saik olmadığı müddetçe hakkın kötüye kullanılmış olduğundan bahsetmek mümkün değildir. İşte burada zarar kastının asıl ve üstün saik olduğunun tespiti sorunu gündeme gelmektedir.

Bu noktada ise, Zarar-ı eşed, zarar-ı ehaf ile izale olunur (MAA/27); İki fesad tearuz ettikte ehaffi irtikab ile azamının çaresine bakılır (MAA/28); Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur (MAA/29); Def-i mefasid celb-i menafiden evladır (MAA/30) kaideleri ölçü alınarak asıl ve üstün saikin ne olduğu tespit edilebilir. Binnettece daha az zararlı bir seçenek varken, karşı taraf için daha ağır bir durum doğuracak tercihte bulunmak hakkın zarar kastıyla kullanıldığını, dolayısıyla da hakkın kötüye kullanıldığını gösterecektir.<sup>48</sup>

### C. MEYDANA GELMİŞ VEYA GELECEĞİ MUHAKKAK BİR ZARARIN VARLIĞI

Hakkın kötüye kullanılması kurumundan bahsedebilmek için ortada bir zararın olması gerekmektedir. Bir zarar olmaksızın hakkın kötüye kullanımı yasağına başvurmak, kişilerin haklarını kullanmalarının önünde bir engel oluşturacaktır. Gerçekten de bir zarar vaki olmaksızın salt zarar kastının varlığını kabul ederek hakkın kötüye kullanılması yasağını tatbik etmek uygulayıcılar için ispat zorlukları yaratacağı gibi hak sahiplerinin de haklarını kullanmaları hususunda sorunlara sebep olacaktır. Bu durum aynı zamanda kamu düzeninin temini hususunda dahi sıkıntılara yol açacaktır. Şöyle ki, ortada herhangi bir zarar olmaksızın kişilerin kasıtlarına göre hüküm vermek ciddi manada suistimalleri doğuracaktır ve bu suistimler gerek kanun uygulayıcıları tarafından olsun gerekse kişilerce olsun sistemin tıkanıklığı neticesini ortaya çıkaracaktır.

Keza hakkın kötüye kullanılması yasağının hukuk düzeni tarafından müeyyideye tabi tutulmuş olması<sup>49</sup> da bu kuruma başvurmak için yeterli bir delil olmasını gerektirmektedir. Bu delil de zahiren tespiti mümkün olan zarar unsurudur. Ortada bir zarar yokken bu kurumu işletmek mümkün olmadığı gibi kanunen fertlere tanınmış olan hakların da gerekçesiz olarak sınırlandırılması neticesini doğuracaktır. Bu ise hukuk düzeninin yapısı ile bağdaştırılabilecek bir vaziyet değildir.

Hakkın kullanılması yasağının zarar ile kayıtlanması genel kabul görmekle beraber hangi tür ve ölçüdeki zararın hakkın kötüye kullanımını doğuracağı hususuna yukarıda temas edilmişti. Bu konuda hak sahibinin hakkını kullanması neticesinde elde edeceği fayda ile başkasına vereceği zarar arasında açık bir dengesizliğin mevcudiyeti, başkasına vereceği zararın fahiş olması veya umumi bir zararın meydana gelmesi ölçü alınabilir.<sup>50</sup>

etmeyeceği gibi kendisine hiçbir menfaat temin etmeyen bir âkid de (sözleşmenin tarafı) düşünmek çok müşküldür. Hakikat-i halde aranılması icap eden hususun, ızrar kastının akitte fâik (üstün) bir rol oynamış olup olmasındır. ... İzzar kastının hakkın suiistimaline mesnet teşkil edebilmesi için esaslı olması ve hakime arz edilen ihtilafı meselede birinci planda bir rol oynamış olması lazımdır." Saymen, "Akdi Feshetmek Hakkının Suiistimali", s.885-886.

<sup>48</sup> Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.86; Aslan, "İslam Hukukunda Teassuf ve Hükümlere Etkisi", s.227.

<sup>49</sup> Hakkın kötüye kullanılması yasağı için öngörülen müeyyideler için bkz. Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.248-62; Aslan, "İslam Hukukunda Teassuf ve Hükümlere Etkisi", s.231-234; Maşalı, *İslam Hukukunda Hakkın Suistimali*, s.106-114; ed-Düeynî, *Nazarıyyetu't-teassüf*, s.288-291.

<sup>50</sup> Bardakoğlu, "Hak".

Zararın somut olayda vaki olmasının yanında muhakkak surette meydana geleceğinin tasavvur edilmesi durumu için de hakkın kötüye kullanılması yasağı tatbik edilebilir. Zira “Vaki olacağı kesin görülen şey vaki olmuş gibidir.” kaidesi ve sedd-i zeraî<sup>51</sup> iktizasınca meydana gelecek zararların da önünün alınması gerekmektedir. Bu minvalden olmak üzere icare (hizmet) akdinin taraflarından birinin başka bir yere taşınması durumunda sözleşmeden kaynaklı hakka dayanarak sözleşmenin devamını talep etmek hakkın kötüye kullanımını doğuracaktır.<sup>52</sup> Her ne kadar sözleşmeden doğan borçların talep edilmesi hakkı kullanılmış ve halihazırda bir zarar meydana gelmemiş olsa da sözleşmeye bağlılık hususunda ısrarcı olmanın meydana getireceği zarar izahtan varestedir.

Netice itibariyle İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedebilmek için ortada meşru bir hak, zarar verme kastı ve meydana gelmiş veya gelmesi muhakkak bir zararın olması gerekmektedir. Bu unsurlar mevcut olmaksızın hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmak mümkün değildir. Bu unsurların varlığı tespit edildikten sonra hakkın kötüye kullanılmış sayıldığı durumlar, yani hakkın konulduğu maksadın dışında kullanılması, hakkın kullanılması neticesinde umumi veya fahiş bir zararın meydana gelmesi ve hakkın kullanılması neticesinde elde edilen menfaat ile meydana gelen zarar arasında bariz bir orantısızlığın olması incelenebilir.

### III. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMIŞ SAYILDIĞI DURUMLAR

Hakkın kötüye kullanıldığı sayılan durumları incelediğimiz vakit, hakkın yapısından kaynaklanan ve zarar kavramını içeren külli kaideler doğrultusunda tatbik edilen uygulamaların olduğunu görürüz. Böylelikle somut vakiyaya göre subjektif ölçü kabul edilerek zarar kastına ve zarar varlığına dayanarak hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulduğu gibi hakkını kullanan kişinin iyi niyetli veya kötü niyetli olmasına bakılmaksızın, umumi veya fahiş sayılacak derecede bir zarara yol açılmış olması durumunda olduğu gibi objektif kriter esas alınarak da hakkın kötüye kullanımını yasağı tatbik edilmiştir.<sup>53</sup>

Aşağıda zikredeceğimiz hakkın kötüye kullanılmış sayıldığı durumlar dışında “hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin yokluğu” da doktrinde bu kapsama dahil edilmektedir.<sup>54</sup> Kanaatimizce bu ifade kendi içerisinde çelişkilidir. Zira haktan bahsedebilmek için hukuk düzenince tanınmış bir menfaatin varlığı gerekmektedir. Yani hakkın konusu meşru bir menfaat olmalıdır. Aksi halde icra edilen tasarruf hak olarak değil, haksız fiil olarak nitelendirilecektir.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Şer'an yasaklanmış bir sonuca götüren vasıtayı engellemek manasını ifade eden bir usul terimidir. İçki fabrikasına üzüm satmamak, ribaya kapı açacağı düşüncesiyle alacaklının borçludan hediye almaması gibi durumlarda sedd-i zeraî kavramının işlevi görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s.269-276.

<sup>52</sup> Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1140-1141; Ebu'l-Hasen Burhanuddin Merğînânî, *el-Hidâye fî-şerhi'l-bidâye Cilt 3*, Beyrut: Dâru İhyâi't-turâsi'l-arabi, ts., s.238-239.

<sup>53</sup> Bardakoğlu, "Hak".

<sup>54</sup> Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.101-6; Bardakoğlu, "Hak"; Arsebük, *Medeni Hukuk Cilt 1*, s.118-121.

<sup>55</sup> Şener Akyol tarafından da bu hususa şu ifadelerle değinilmektedir;

"Her ne kadar "mademki hak kötüye kullanılıncaya kanun tarafından korunmuyor, o halde kötüye kullanılan hak, hak olmaktan çıkar" yolunda bir düşünce var ise de çekirdek hak, kötüye kullanılmayan hak yine hak olarak kalır ve korunmaya devam eder."

Eğer yapılan tasarrufun konusu meşru bir menfaat değilse artık hakkın kötüye kullanılması yasağından da bahsedilmeyecektir.

Mezkur fikirde olan yazarların belirttikleri “hakkın kullanımında meşru menfaatin olmaması” ifadesinin yerine “hakkın kullanılmasının meşru kabul edilememesi” ifadesini tercih etmek daha yerinde olacaktır.<sup>56</sup> Bu yazarların getirdikleri örnekler incelendiğinde de kanaatimiz teyit edilmektedir. Mesela maraz-ı mevt<sup>57</sup> halindeki kocanın karısını mirastan mahrum etmek için boşaması durumunda kocanın meşru bir menfaatinin olmadığından bahsetmek mümkün değildir. Zira koca böyle yaparak çocuklarına ait menfaati arttırmayı amaçlamış olabilir. Bu durumda olsa olsa kocanın hakkını kullanmasının meşru olamayacağından bahsedebiliriz. Keza hacr altına alınmış borçlunun, mallarını kıymetinden aşağı bir değerde satması durumunda menfaat yokluğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu durum için de kullanacağımız ifade hacr altındaki kişinin, kendisine ait eşya üzerindeki mülkiyet hakkını kullanması meşru değildir, olmalıdır.

#### A. HAKKIN KONULDUĞU GAYENİN DIŞINDA KULLANILMASI

İslam hukukunda hakim olan genel kabule göre hakkın kaynağı ve gerçek sahibi Allah olduğundan dolayı kişilere tanınan haklar, onlara belirli yetki ve aidiyetler sağlayacağı gibi şâri-i hakîmin belirlediği ölçü ve sınırlar içerisinde bu hakların kullanılması yükümlülüğünü de yükler.<sup>58</sup> Hakların hikmet sahibi olan Allah tarafından ihsan edildiği inancına bağlı olarak hikmete aykırı hareket etmek müslümandan beklenecek bir fiil değildir. Müslüman, Allah'ın koyduğu hikmet dairesinde hakkını kullanmalıdır, aksi halde zulmetmiş olur. Zira zulüm bir şeyi olması gereken yere değil de özgülendiği gayenin dışına koymaktır.<sup>59</sup> Zulmün ise gerek Allah ve kişi arasında gerek kişi ve toplum arasında gerekse kişi ve nefsi arasında olsun kabul edilmesi mümkün değildir.<sup>60</sup> Binaenaleyh, kişi hakkını kullanırken kendisine ihsan edilmiş olan hakkın yapısına ve maksadına en uygun şekilde hareket etmelidir. Bir hakkın konulmasını veya

*"Bu tartışma sırasında ortaya çıkan "görünüşte hak" (scheinbares Recht) ve "gerçek hak" (wirkliches Recht) ayrımının esası şudur: Yasal sınırlar içinde kullanılan ve başkasını gereksiz yere zarara sokmayan hak gerçek hak, kötüye kullanılan hak ise görünüşte hak olarak adlandırılmıştır. Hukuk edebiyatı bakımından bu çarpıcı ayırım, yukarıda açıklandığı üzere, kötüye kullanılan hakkın özünün korunması sebebiyle önemini aynı çarpıcılıkta korumamaktadır."*

*"Hakim, kötüye kullanılan hakkın kötüye kullanılan bölümünü dikkate almayacak, görünüşte hak oluşturan kötüye kullanılmış olan bölümüne hukuki himaye tanımayacak, buna karşılık gerçek hakkı sonuna kadar hukukun bütün imkanları ile koruyacaktır. Şu halde, hakkın kötüye kullanılması yasağı bir hakkın kullanılmasında hak sahibine hiç yararı olmadığı veya çok az ve sınırlı yararı olduğu hallerde mevcuttur."* Akt: Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.52-53.

<sup>56</sup> Bu noktada bazı yazarlar şahsi menfaat ve meşru menfaat ayırımına giderek de bu hususu izah etmeye çalışmaktadırlar. Bkz. Saymen, "Akdi Feshetmek Hakkının Suiistimali", s.887; Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1150; Saymen, "Akid Yapmak Hakkının Suiistimali", s.549.

<sup>57</sup> Maraz-ı mevt, ol hastalıktır ki ekseriya anda ölüm korkusu olduğu halde hasta zükürdan (erkek) ise hanesi haricinde ve inâstan (kadın) ise hanesi dahilinde olan mesalihini (işlerini) görmekten aciz olup bu hal üzere bir sene müdür etmeden (geçmeden) vefat eyleye; gerek sahib-i firaş (yatalak) olsun gerek olmasın (MAA/1595).

<sup>58</sup> Bardakoğlu, "Hak".

<sup>59</sup> Mütercim Asım Efendi, *Kâmusu'l-muhîr Tercümesi Cilt 6*, s.5096.

<sup>60</sup> Mütercim Asım Efendi, *Kâmusu'l-muhîr Tercümesi Cilt 6*, s.5096.

tanınmasını gerektiren sebeplerden büsbütün ayrılmak, yani hakkı mutlak olarak kullanmak hakkın kötüye kullanımına yol açar.<sup>61</sup>

İbn-i Âbidin'in sefih kavramı tanımında da aynı vurguyu görmekteyiz: Sefih, şer-i şerifin veya hakkaniyetin gerektirdiği şekilde tasarrufta bulunamayan kimsedir.<sup>62</sup> Ali Haydar Efendi de aynı hususa, Şeran malını beyhude yere, yani şer' veya aklın muktezası hilafına olarak sarf ile masarifinde tebzir ve israf ile izaa ve itlaf eden kimsedir. İsrâf ile tebzir arasındaki fark şudur: Tebzir bir şeyi layık olmayan mahalde sarfa denilir. Ama israf bir şeyi layık olan mahalde layıkından ziyade sarfa itlak olunur. Bu halde tebzir, mevzi-i hakkı tecavüz ve mevazi ve mevaki-i hukuka cehl iken, israf kemiyette tecavüz olarak mekadir-i hukuka cehl olur, cümleleri ile işaret etmiştir.<sup>63</sup>

Bundan dolayı İslam hukukunda sefih, gerek kendisine gerekse toplumuna karşı hakkını kötüye kullanabileceğinden dolayı önleyici bir tedbir olarak hacr (kısıtlama) altına alınmıştır.<sup>64</sup> Hakkın kötüye kullanımı yasağı kapsamında hacr müessesesinin bir diğer görünümünü borca batık kişinin tasarruflarında görmekteyiz. Borca batık olan kişi alacaklılara olan borcu miktarınca hacr altına alınmıştır.<sup>65</sup> Borca batık olan kişi, alacaklıların hakkını ihlal etmemek şartıyla mülkiyet hakkına dayanarak hakka konu eşya üzerinde dilediği şekilde tasarrufta bulunabilir. Örneğin eşyayı satabilir, bağışlayabilir veya vakıf sözleşmesine<sup>66</sup> konu edebilir. Ancak bu durumlarda borca batık olan malik, hakkını alacaklıları aleyhinde kullanırsa hacr altına alınmış ve alacaklıların hakkını ihlal eden miktardaki tasarrufları nafiz kabul edilmemiş sayılır.

Keza veliler,<sup>67</sup> velayet hakkına dayanarak küçükleri evlendirebilir.<sup>68</sup> Velilere tanınan bu hak, hakkaniyet gereği velilerin küçükler aleyhine davranmayacağı, onların maslahat ve hayrını temin gayesiyle hareket edecekleri düşüncesiyle verilmiştir. Buna binaen velisi tarafından küçüğün menfaatlerine aykırı olacak bir nikahın kıyılması durumunda bu nikahın iptal edilmesi

<sup>61</sup> Arsebük, *Medeni Hukuk Cilt 1*, s.112.

<sup>62</sup> İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar ala-dürri'l-muhtar Cilt 1*, s.562.

<sup>63</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm Cilt 1*, s.1772.

<sup>64</sup> Merğınâni, *el-Hidâye fi-şerhi'l-bidâye Cilt 3*, s.278; Haskefi, *ed-Dürri'l-muhtâr*, s.605.

<sup>65</sup> İslam hukukçuları arasında borç sebebiyle kişinin hacr altına alınması meselesinde ihtilaf vardır. Ebu Hanife'ye göre borç sebebiyle kişiyi hacr altına almak caiz değildir. Zira borç sebebiyle kişiyi hacr altına almak kişi ile malları üzerindeki tasarruf hakkının arasına girmek, kişinin ehliyetini ortadan kaldırmaktır. Bunda ise kişi için zarar söz konusudur, borçluların uğrayacağı hususi zarara itibar edilmez. İmameyn ise, borç sebebiyle kişinin hacr altına alınabileceği görüşündedir. Bu görüşe göre ise, alacaklıların hakkı ön planda tutulmuş ve borçlunun alacaklılar aleyhinde yapacağı tasarrufların önüne geçilmek istenmiştir. Serahsi, *el-Mesûr Cilt 24*, s.163; Merğınâni, *el-Hidâye fi-şerhi'l-bidâye Cilt 3*, s.282.

<sup>66</sup> Kişinin borç sebebiyle hacr altına alınması için alacaklıların talebi gerekmektedir. Kadı alacaklıların talebine bağlı olarak hacr kararı verir. Ancak Osmanlı döneminde vakıf uygulamasında farklı bir tercihe gidilmiştir. Ebussuûd Efendi'nin fetvası iktizasınca borca batık olan kişi sultanın emriyle doğrudan hacr altına alınmıştır. Kadıdan hacr kararı almaya gerek olmadığı gibi kadının buna aykırı karar vermesi de mümkün değildir. Zira kadı sultanın vekilidir, onun kararına aykırı bir karar verirse hükmü batıldır. İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar ala-dürri'l-muhtar Cilt 4*, s.499; Burhanuddin İbrahim bin Musa Trablusî, *el-İs'âf fi-ahkâmi'l-evkâf*, Amman: Merkezü Envârî'l-ulemâ, 2020, s.133.

<sup>67</sup> İslam hukukunda baba ve dedenin velayetini diğer velilerden ayırmak gerekmektedir. Baba ve dede, küçükleri evlendirmeden önce hayasızlık ve fısık şeklinde kötü ihtiyarlarıyla meşhur değillerse, küçükler için akdettikleri nikah sözleşmesi geçerlidir. Bu durumda küçük için verilen veya alınan mehirde gabn-i fahiş olması veya sözleşmede kefaet şartının tahakkuk etmemesi gibi sebeplerle evlenme sözleşmesinin iptaline gidilemeyecektir. Ancak baba ve dede sözleşmeden önce hayasızlık ve fısık şeklinde tercihleri ile meşhur olmuşlarsa küçükler için akdettikleri evlenme sözleşmeleri batıldır. Kadri Paşa, *el-Ahkâmu ş-şer'iyye fi-ahvâli ş-şahiyye*, Beyrut: Dâru İbni Hazm, 2007, s.37 (46.madde).

<sup>68</sup> Kudûri, *Muhtasarü'l-kudûri*, s.221; Merğınâni, *el-Hidâye fi-şerhi'l-bidâye Cilt 1*, s.193; Haskefi, *ed-Dürri'l-muhtâr*, s.174; Neseî, *Kenzü'd-dekâik*, s.254.

söz konusu olacaktır.<sup>69</sup> Aynı şekilde velinin küçüğün hayrına ve menfaatine olan nikahı kıymaktan imtina etmesi durumunda da mahkeme kararıyla çocuğun evlendirilmesi sağlanacaktır.<sup>70</sup>

İslam hukukunda boşama hakkı kocaya tanınmıştır.<sup>71</sup> Bu noktada Bakara sûresi 229. ayetinde “... *ya iyilikle evlilik içinde tutmak veya güzellikle serbest bırakmak gerekir.*” buyru- larak kocanın boşama hakkını suistimal edip karısına zarar vermemesi belirtilmiştir.<sup>72</sup> Hakeza kocanın talak hakkını kötüye kullanmasının önüne geçmek için mehir uygulaması, boşama hakkı için bir üst sınır tayin edilmesi ve bu üst sınırın aşılması durumunda kocanın artık aynı kadın ile evlenebilmesi için o kadının başka biriyle nikahlanmış ve yeni eşiyile bir aile hayatı yaşadıkdan sonra boşanmış olması gerektiği<sup>73</sup> gibi caydırıcı kurumlar da kabul edilmiştir.<sup>74</sup>

## B. GENEL ZARAR

Bu durum Mecelle’de “Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur (MAA/26)” şeklinde düzenlenmiştir. Binaenaleyh bir yerde ferdin hakkına konu olan menfaat kamuya yö- nelik bir zarar doğuracaksa ferdin hakkını kullanması engellenir veya sınırlandırılır. Zira hak- kın ferde dönük bir yönü olduğu gibi topluma karşı da bir işlevi vardır. Fert, kendisine tanınan hakları kullanırken bunların sosyal işlevini de göz önünde tutmak zorundadır. Dolayısıyla sos- yal düzeni bozacak şekilde hakkını kullanmaktan geri durmak zorundadır. Somut olaya göre hakkın kullanılması veya kullanılmaması<sup>75</sup> durumunda kamu aleyhine bir zarar meydana

<sup>69</sup> İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar ala-dürri'l-muhtar Cilt 3*, s.67.

<sup>70</sup> Bir belde ahalisinden Zeyd, kızı Hind-i sağireyi küfüv-i hatıbu Amr'a tezviceden imtina eylese Zeyd ol belde de hazır iken Hind'in velayet-i tezvici veli-yi eb'adı olan li-ebeveyn karındaşı Bekir'e mi intikal eder yoksa ol belde kadısı Beşir Amr'a tezvic eder mi?

el-Cevab: Ol belde kadısı Beşir Amr'a tezvic eder. Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, İstan- bul: Klasik, 2011, fetva no: 300, s.75.

<sup>71</sup> “Baba, dede ve diğer veliler, şartlarına riayet ederek küçük erkek veya kız çocuğunu, dul dahi olsalar, cebren evlendirme yetkisine sahiptirler. Bizzat baba veya dede küçüklerin ve bunların hükümlerine tabi gayr-i mükellef kimselerin evlendirilmesinde velayet sahibi olsalar, evlenme akdi yapılmadan evvel bunlar (baba ve dedeler) haya- sızlık ve fisık şeklinde kötü tercihleriyle meşhur olmamak şartıyla evlenme akdi lazım (bağlayıcı) olur. Küçüklerin bülüğa erdikten sonra seçim hakkı (hıyârü'l-bülüğ) kalmaz. Küçük erkek çocuğun verdiği mehrin emsâl mehrir- lenden fazla olması, küçük kız çocuğa verilen mehrin aşırı bir aldanma (gabn-i fâhiş) sayılabilecek kadar mehr-i mislinden eksik olması veya kocanın karısına denk olmaması akdin bağlayıcılığına menfi tesir etmez.” Kadri Paşa, *el-Ahkâmü ş-şeriyye fi-ahvâli ş-şahsiyye*, s.36-37 (44 ve 45. madde).

<sup>72</sup> Eski Medeni Kanun’un 134. maddesinin son fıkrasında “Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir.” ifadesi mevcuttu. Yargıtay 2. Hukuk dairesinin 09.05.1996 tarihli bir kararında bu maddeye atıf yapılarak “*Açtığı boşanma davası reddedilen kocanın, karısı ile bir süre birlikte olduktan sonra, red kararını kesinleştirip -ve MK.134/son'daki üç yıllık sürenin geçmesini bekle- yip- tekrar boşanma davası açmasının 'hakkın kötüye kullanılması' (MK.2) sayılacağını*” belirtmiştir. 2.HD. 12.4.1996 T. E:3014, K:4080. Akt. Talih Uyar, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük Kuralı” ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası”, s.449.

Bu durum İslam hukukunda kocanın boşama hakkını kötüye kullanarak karısına zarar vermek amacıyla iddet sûresi içerisinde tekrardan karısıyla evlenmesi durumuyla benzerlik arz etmektedir.

<sup>73</sup> Zeyd zevcesi Hind'i üç talak ile tatlik ettikten sonra Hind ba'de inkızai'l-idde nefsinin akd-i sahih ile Amr'a tezvic edip Amr dahi Hind'i vat' edip tahlil-i şer'i hasıl oldukdan sonra Amr Hind'i tatlik eylese Zeyd ba'de inkızai'l- idde Hind'i tezevvic etmek caiz olur mu?

el-Cevab: Olur. Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, fetva no: 300, s.58.

<sup>74</sup> “Diyanet İşleri Başkanlığı Kuran-ı Kerim”, <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/236/229-ayet-tefsiri>.

<sup>75</sup> İslam hukukçuları hakkın kötüye kullanılması noktasında bir ayrıma giderek aktif ve pasif olarak ikili bir taksim yapmışlardır. Modern doktrinlerde ise hakkın kötüye kullanılması hususu sadece aktif olarak değerlendirilirken

gelecekse burada hakkın kötüye kullanıldığı varsayılır. Ferdin menfaati ile kamuya ait bir menfaatin çatışması durumunda, kamu menfaati öne alınacak ve ferdin kastına bakılmaksızın kamu için zarar doğuracak nitelikteki tasarrufu engellenecektir.<sup>76</sup> Mesela tüccarlar mülkiyelerindeki eşya üzerindeki tasarruf hakkına mebni ihracat yapabilirler. Ancak bölge halkının ihtiyacı söz konusu olduğunda idare, tüccarların ihracat yapmalarına mani olabilir.<sup>77</sup>

Malikinin izni olmaksızın bir kimseye ait mülkiyete girilemez. Mülkiyet hakkının bu hususta engelleyici işlevi vardır. Ancak malik, kamuya ait bir su kanalının ıslah edilmesi için kendi mülkiyetindeki araziyi kullanmak isteyenlere karşı mülkiyet hakkının sağladığı herkese karşı ileri sürülebilirlik yetkisini kullanamaz.<sup>78</sup> Keza bir mahallede yangın meydana geldiğinde önünü almak için bazı evlerin yıkılması gerekebilir. Bu durumda ev sahiplerinin mülkiyet haklarına dayanarak evlerinin yıkılmasına mani olmaları mümkün değildir.<sup>79</sup>

İslam hukukunda kâr haddinin bir üst sınırı yoktur. Malik, malını dilediği fiyattan satma hakkına sahiptir. Ancak şartların gerektirmesine bağlı olarak idare, bilirkişiler ile görüşerek eşyalar için bir narh tayin edebilir. Böylelikle mülkiyet sahipleri eşyalarını narh miktarından yüksek fiyatlara satamayacaklardır.<sup>80</sup>

Keza sefih olan kişinin ve alacaklılar tarafından talep edilmesi durumunda borçlunun kısıtlama altına alınmasının fertlere dönük bir yönü olduğu gibi kamuya yönelik bir tarafı da vardır.<sup>81</sup> Hacr müessesesi vasıtasıyla sefih kabul edilen kişi kendi aleyhine olacak şekilde hakkını kullanamayacağı gibi hakkını topluma aleyhine de kullanamayacaktır. Böylelikle ilk durumda hakkın vaz edilmiş gayesi, ikinci durumda ise hakkın içtimai yönü önplanda tutulmuştur.

Mülkiyet hakkının umumi zarara sebep olduğu gerekçesiyle Filistin Ramallah İstinaf Mahkemesi'nden 29 Ocak 2019 tarihinde sadır olmuş bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

Mahkemece incelenen delillere göre fabrikanın yerleşim bölgesinde bulunduğu ve mesai saatlerinde duman, yoğun toz ve gürültüye sebep olduğu; teknik raporlara göre bu duman ve tozların çevre ve sağlık üzerinde zararlı bir etkiye sahip olduğu; Mecelle'nin 20. maddesi hükmüne göre zararın kaldırılmasının gerekli olduğu ve ilk derece mahkemesinin vardığı sonucun bilgiye veya sağlam ve malum temellere dayanmadığı için istinaf talebinin kabul edilmesine ...<sup>82</sup>

pasif olarak hakkın kötüye kullanılmasına dikkat edilmemektedir. İşte İslam hukukçuları hakkın pasif olarak da kötüye kullanılabilceğini kabul ederek temeyyüz etmişlerdir. Bu husus hakkında detaylı bilgi için bkz. Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.76-79.

<sup>76</sup> Maşalı, *İslam Hukukunda Hakkın Suistimali*, s.103.

<sup>77</sup> Muhammed Said el-Muhasini, *Şerhu Mecelleti'l-ahkâmi'l-adliyye Cilt 3*, Dimeşk: Matbaatu't-terakki, 1927, s.56.

<sup>78</sup> Ahmed bin Muhammed Zerka, *Şerhu'l-kavaidi'l-fikhiyye*, Dimeşk: Daru'l-kalem, 1989, s.198

<sup>79</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm Cilt 1*, s.86.

<sup>80</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm Cilt 1*, s.57.

<sup>81</sup> Süleyman Hasbî Efendi, *Tafsîl*, s.84.

<sup>82</sup> <https://maqam.najah.edu/judgments/5311/> Erişim tarihi: 21 Mart 2022.

### C. FAHİŞ ZARAR

Hiç kimse kendi mülkünde tasarruftan men olunamaz. Meğer ki ahara zarar-ı fahiş ola (MAA/1197).<sup>83</sup> Hak sahibinin hakkını kullanmasından dolayı bir fahiş zarar meydana gelecekse hak sahibin hakkını kullanmaktan men edilir. Bu durumda hakkın kötüye kullanılmış olduğu kabul edilir.<sup>84</sup> Zira diğer tarafın uğrayacağı fahiş zarara karşısında hak sahibinin hakkını kullanmasından kaynaklı menfaat önemini yitirdiği gibi hak sahibinin kastına da itibar edilmez.<sup>85</sup> Ancak bir hak ne zaman fahiş zarar gerekçesine dayanılarak kötüye kullanılmış sayılır? İslam hukukçuları fahiş zararın tespiti için üç ölçüt tespit etmişlerdir. Bu durum Mecelle ve Müşşidü'l-hayran'da aynı şekilde düzenlenmiştir:

Binaya zarar veren, yani binaya vehn getiren ve inhidamına sebep olan yahut havâyic-i asliyeyi, yani sükna gibi binadan maksut olan menfaat-i asliyeyi men eden şeyler, zarar-ı fahiştir (MAA/1199). Bir hanenin havasını yahut nezaretini kesmek yahut güneşin dühulünü men etmek gibi havâyic-i asliyeden olmayan menafie mani olmak zarar-ı fahiş değildir. Fakat ziyayı bi'l-külliyette seddetmek zarar-ı fahiştir (MAA/1199).

Fahiş zarar, yapının zayıflamasına veya yıkılmasına ya da zaruri ihtiyaçların, yani yapıdan beklenen menfaatlerin karşılanmasına mani olan zarardır. Zaruri ihtiyaç sayılmayan menfaatlerin kullanımına mani olan zarar, fahiş değildir (MH/59).

Maddelerden çıkan neticeye göre bir hakkın kullanımını neticesinde fahiş zararın meydana gelmiş sayılması için:

- a) Yapının zayıflamasına,
- b) Yapının yıkılmasına ve
- c) Eşyadan beklenen esaslı menfaatleri ihlal eden şeyler fahiş zarardır.

Maddede zikredilen son unsur, yani eşyadan beklenen esaslı menfaatlerin ihlalini doğurmak hususu uygulamada sadece komşuluk ve mülkiyet ilişkilerinde değil sair hak kullanımlarında da fahiş zararın meydana geleceğini gösterir. Binnetice fahiş zarara bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı da geniş bir alanda tatbik edilmiş olur. Mecelle 1199. madde fahiş zararı zikrettikten sonra fahiş zarar kabul edilen durumlara örnekler verir:

Bir evin yanında demirci dükkanı yahut değirmen yapıp demirin dövülmesinden veya değirmenin dönmesinden kaynaklı o evin yapısına zarar gelecekse; bir yerde fırın yaparak dumanınin çokluğundan veya bezirhane inşa ederek kötü koku yayılmasından dolayı o evde oturulamayacak duruma gelinecekse, fahiş zarar meydana gelmiştir ve fahiş zarar da her halde kaldırılmalıdır (MAA/1200); Bir eve giren güneş ışığını, o evde yazı okunamayacak derecede tamamen kapatmak fahiş zarardır (MAA/1201); Mutfak, kuyu başı ve evin avlusu gibi kadınların sürekli buldukları mekanların görülecek olması fahiş zarardır (MAA/1202).

<sup>83</sup> Ali Haydar Efendi bu maddenin şerhinde "Buradaki 'mülkünden' maksud, mülk-i rakabe ile mülk-i menfaatten eamm olmakla sükna yahut istiğlale mevkufların akarat dahi dahil olur." ifadelerini zikreder. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm Cilt 3*, s.2158. Yani hakkın kötüye kullanılması yasağına mesnet oluşturan fahiş zarar sadece mülkiyet hakkı ile sınırlı değildir.

<sup>84</sup> Esat Arsebük, *Medeni Hukuk Cilt 1*, s.121-122.

<sup>85</sup> Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.92.



Mülkiyet ve komşuluk ilişkisine ait tasarruflarda kural böyle olmakla birlikte hukuki ilişkilerde de durumun aynı olduğuna işaret edilmiştir.<sup>86</sup> Bu minvalden olmak üzere tam ehliyetli iki kişi arasında meydana gelen satış işleminde taraflardan biri diğer tarafın zor durumda olmasından veya bilgisizliğinden istifade ederek fahiş bir zararın meydana gelmesine sebep olmuşsa, bu işlem iptal ettirilir.<sup>87</sup> Gabn-i fahiş ile aldatıldığını öğrenen kişinin fesih hakkını kullanmayarak sözleşme konusundan faydalanmaya devam ettikten sonra gabin iddiası ile sözleşmeyi feshetmek istemesi de hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilecektir.<sup>88</sup>

Müşterek bir mala sahip olan maliklerin izale-i şüyu istemeleri takdirinde fahiş bir zarar meydana gelecekse bu yola gidilmez. Bunun yerine mümkünse mekan olarak, değilse zaman olarak menfaatlerin taksimi yoluna gidilir ki, buna muhayee<sup>89</sup> denir. Ortaklar fahiş zarara rağmen malın paylaşılmasını isterse davaları dinlenmez ve hakim ortakların bu yoldaki tasarruflarına mani olur. Zira bu durumda sefeh halinin ortaya çıktığı kabul edilir. Ancak fahiş bir zarar olmamakla beraber o maldan beklenen menfaatte eksilme olacaksa davaları dinlenmemekle beraber kendi iradeleri ile yapacakları işleme engel olunmaz.<sup>90,91</sup>

Filistin Ramallah İstinaf Mahkemesi, davalı komşunun evinde açtığı üç adet pencerenin, davacının yatak odasını ve kızlarına ait odayı görebilecek yakınlıkta ve mesafede olmasından dolayı kapatılması talebini içeren 27 Aralık 2016 tarihli karara konu davada şu ifadelere yer vermiştir:

Yapılan tedkikat ve müzakere neticesince ve evin avlusu, mutfak ve kuyu başı gibi kadınlara ait hususi mekanların görülmesini fahiş zarar olarak kabul eden Mecelle'nin 1202. maddesi gereğince, bir kimse mülkiyetindeki yapıda, diğer yapıdaki kadınlara ait mekanları görebilecek şekilde bir pencere veya yeni bir bölüm inşa ederse, yapıların bitişik olması veya aralarından yol geçecek şekilde ayrı olmasına bakılmaksızın inşaat sahibi bu zararın kaldırılması ile emrolunur ve o mekanların görülmesine mani olacak bir duvar örmeye veya bir paravan yapmaya icbar edilir. Ancak pencereleri tamamen kapatmaya icbar edilmez.<sup>92</sup>

<sup>86</sup> Maşalı, İslam Hukukunda Hakkın Suistimali, s.104.

<sup>87</sup> Mora Ceziresi'ni kefare yedlerinden padişah-i İslam istihlas ve fethettikde cezire-i mezburede beytü'l-mal için i'dad olunan yerlerden bir miktar yerleri cezire-i mezbure defterdarı ba-emr-i şerif bey'a me'mur oldukda semen-i mislinden noksan-i fahiş ile Amr'a bey' ve teslim eylese halen baş defterdar olan Bekir ol yerleri ba-ferman-i Ali şer'an Amr'ın yedinden nez' edip beytü'l-malde muzayaka olmakla def-i kıymeti ile şiraya talib olanlara bey' ve teslim etmek meşru mudur?

el-Cevab: Meşrudur. Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, fetva no: 1087, s.204.

<sup>88</sup> Zeyd kulu Amr'ı Bekir'e semen-i maluma bey' ve teslim ettikten sonra Amr bey'-i mezburda tağrır ve gabn-i fahişe muttali olup ba'dehu Amr'ı birkaç sene istihdam ettikten sonra Bekir "Amr'ı tağrır ve gabn-i fahiş ile almışdım" deyu Zeyd'e redde kadir olur mu?

el-Cevab: Olmaz. Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, fetva no:1584, s.306.

<sup>89</sup> Mecelle'nin 1174-1191. Maddelerinde geniş olarak ele alınmıştır.

<sup>90</sup> Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, s.93-94.

<sup>91</sup> Zeyd ve Amr'ın alel-iştirak malik oldukları menzil sağır olup kısmet olmamakla her biri menzilde birer sene müstakillen sakin olmak üzere hükmi-i hakimle muhayee ettiklerinden sonra Zeyd nöbetini ba'de't-tasarruf, nöbet Amr'a gelmekle Amr menzilde sükna murad ettikde Zeyd "Razı olmam" deyu Amr'ın izninsiz muhayeyeyi fesh ve nakza kadir olur mu?

el-Cevab: Olmaz. es-Seyyid Ahmed Elendi, es-Seyyid Hafız Mehmed bin Ahmed el-Gedüsi, *Neticetü'l-fetava - Şeyhülislam Fetvaları-*, fetva no: 1770, s.380-381.

<sup>92</sup> <https://maqam.najah.edu/judgments/3318/> Erişim tarihi: 22 Mart 2022.

İstanbul'da 1670-1671 tarihleri arasındaki bir mahkeme kaydına ait belgede vasinin fahiş bir noksan ile küçük miras kalan evi satış olduğu iddiasına dayanarak hakkın kötüye kullanıldığı ve buna binaen de küçük tam ehliyetli olduktan sonra vasinin işlemini iptal ettirmiştir:

Babam müteveffâ-yı mezbûr hâl-i hayâtında vakf-ı mezbûrun malından iki yüz elli esedî guruş istidâne ve kabz edip deyn-i mezbûr mukâbelesinde mahalle-i mezbûrede vâkî inde'l-ahâlî ve'l-cîrân ma'lûmû'l-hudûd büyût-ı adîdeyi hâvî mülk menzîlini mütevellî-i mezbûr Şa'bân Odabaşı yedine ba'de't-tahliyeti'sher'iyeye bi-tarîkî'l-istiğlâl irhân ve teslim eyledikten sonra meblağ-ı mezbûru kable'l-edâ babam mezbûr Hüseyin Çavuş fevt oldukda ben sagîr bulunmağla tesviye-i umûruma savb-ı şer'-i mergûbdan vasî nasb olunan Abdurrahman Çelebi menzil-i merkûmu mesûğ-ı şer'î boşken [yoğiken] semen-i mislinden noksân gabn-ı fahiş ile bey' etmiş idi. Hâlâ ben bâliğ ve reşid olup bey'-i mezbûru mücüz olmadığma binâen menzil-i mezbûru mütevellî-yi mezbûrdan da'vâ ve taleb eylediğimde ...<sup>93</sup>

1685-1686 tarihleri arasında meydana gelmiş bir diğer mahkeme kaydında ise, gabn-i fahiş iddiasının sabit olması ile satış sözleşmesinin iptal edildiğini görmekteyiz:

Mahmiye-i İstanbul'da Şikk-ı evvel defterdârı vekili olan Mehmed Efendi sagîrân-ı mezbûrânın velileri ve cedd-i sahihleri mezbûr el-Hâc Süleyman ma'rifetiyle müteveffâ-yı mezbûrun cânib-i miriye olan deyni için çiftlik-i mezbûru cemî' müstemilâtı ile yüz yirmi bin akçeye Mehmed Ağa b. Mehmed nâm kimesneye bey' ve teslim ve kabz-ı semen edip ol dahi ba'de'l-iştirâ sene-i mezbûre Ramazân-ı mübâreki'nde mezbûr Mehmed Bey'e bin yetmiş esedî guruşa bey' ve teslim ol dahi iştirâ ve tesellüm-i semen eyledikten sonra çiftlik-i mezbûrun kıymet-i misli bin beş yüz guruş olup bey'-i mezbûr gabn-i fahiş ile bey' olunmağla kibel-i saltanat-ı aliyyeye arz-ı hâl olundukda bey'-i mezbûrun gabn-i fahiş ile olduğu sâbit olursa semen deyû verilen meblağ geri red ve teslim ve çiftlik-i mezbûr sagîrân-ı mezbûrân için ahz ve hıfz oluna deyû yedime emr-i şerif-i âlişân verilmeğın...

Şahitlerin ve bilirkişilerin de dinlenmesi neticesinde iddia ispat edilmiş ve satış işlemi iptal edilmiştir.<sup>94</sup>

#### D. ZARARLAR ARASI ORANTISIZLIK

Bu başlık altında ise hakkın kullanılmasına bağlı olarak meydana gelen zararlar arası veya menfaatler arası orantısızlık durumları incelenecektir. Hakkını kullanan kişinin elde edeceği menfaat bir diğer kişinin maruz kalacağı zarara nisbeten önemsiz kalacaksa bu durumda hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilir.

Bir sütanne hizmet sözleşmesinin feshini gerektirecek bir durumun ortaya çıkması ile fesih hakkına sahip olur. Ancak çocuk henüz yemek yiyecek durumda değilse ve başka bir sütanneden süt ememiyorsa, bu durumda sütannenin fesih hakkını kullanması hakkın kötüye kullanımı olarak kabul edilerek sözleşmeye devam etmeye icbar edilir.<sup>95</sup>

Hakeza taraflar arasında vaki olan kira sözleşmesinin müddeti sona ermeden taraflardan birinin ölmesi veya başka bir yere taşınması ya da akdin konusundan beklenen menfaatin

<sup>93</sup> Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil, Hüküm no: 164, Cilt 53, s.179.

<sup>94</sup> Bab Mahkemesi 46 Numaralı Sicil, Hüküm no: 413, Cilt 19, s.366.

<sup>95</sup> Vehbe Zuhayli, *el-Kavaidü'l-fikhiyye ve Tatbikatuhu fi'l-mezahibi'l-erba Cilt 1*, Dimeşk: Daru'l-fikr, 2006, s.202-203.

ortadan kalkması ile kira sözleşmesi sona erer. Gerekli kiraya veren gerekse kiracı sözleşmeden kaynaklanan borcun ifasını talep etme haklarını bu durumda kullanamazlar.<sup>96</sup>

Kişi, bir kimsenin arsasına varis olması gibi şeri bir sebebe dayandığını düşünerek bir arsada ev yaptıktan veya ağaç diktikten sonra arsa için istihkak iddiası ile karşılaşırsa şöyle hareket edilir: Binanın veya ağacın değeri arsanın değeri ile birlikte belirlenir. Hangisinin değeri fazla ise o, cebren dahi olsa hepsine malik olur.<sup>97</sup> Böylelikle tarafların sahip oldukları haklar korunmaya çalışılmış, hakkaniyete aykırı davrananın ise cebre maruz kalacağı kabul edilmiştir.

Keza kişi mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkiye dayanarak evinde balkon veya pencere inşa edebilir. Ancak komşusunun evinin mahrem yerlerini görecektir şekilde olması durumunda bu hakkını kullanmaktan men edilir.<sup>98</sup> Burada şu da unutulmamalıdır ki komşu, zarar talebinde haklı olmalıdır. Mesela komşusunun inşa ettiği yapının veya diktiği ağacın gölgesinden zarar gördüğünü iddia ederek ağacın kesilmesini talep edemez.<sup>99</sup>

Mecellede'ki Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izâle olunur (MAA/27); İki fesad tearuz ettikte ehaffı irtikab ile azamının çaresine bakılır (MAA/28); Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur (MAA/29); Def-i mefasid celb-i menafiden evladır (MAA/30), maddeleri menfaatler veya zararlar arasındaki çatışmada hakkın kötüye kullanıldığını gösterecek kurallardır. Bu kurallar vasıtasıyla hakkın kötüye kullanımına engel olunmaya çalışılmıştır.<sup>100</sup>

## SONUÇ

Bu çalışma neticesinde hakkın kötüye kullanılması yasağının İslam hukukçuları tarafından kabul edildiği ve uygulamada geniş bir şekilde tatbik edildiği görülmüştür. İslam hukuk kaynaklarında her ne kadar hakkın kötüye kullanılması yasağını doğrudan düzenleyen bir hüküm yoksa da, teşekkül döneminden itibaren İslam hukukçularının içtihatları neticesinde, en mukaddes hak kabul edilen mülkiyet hakkına dayanan tasarruflarda dahi bu yasak uygulanmış ve hakkın kullanılmasının sınırlarının olması gerektiği kabul edilmiştir.

İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının oluşması için öncelikle hukuk düzeni tarafından kabul edilmiş meşru bir hakkın varlığı, zarar verme kastı ve meydana gelmiş

<sup>96</sup> Zeyd mülk değirmeni bir sene tamamına dek ücret-i malume ile Amr'a icar ve teslim Amr dahi değirmeni üç ay zabtettikten sonra değirmen muhterik olup arsa-i sıfı kalmakla Amr icareyi fesh eylese Amr ecr-i müsemmadan üç aya isabet eden mikdarı Zeyd'e verirken Zeyd razı olmayıp "Akd-i mezbur binaen bir senenin ücretini tamamen alırım" demeye kadir olur mu?

el-Cevab: Olmaz. Şeyhülislam Fevzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Fevziye*, fetva no: 2227, s.373.

Zeyd dükkânını bir sene tamamına dek Amr'a şu kadar akçeye icar ve teslim, Amr dahi altı ay zabtettikten sonra Amr sefer murad eylese Amr meblağ-i mezburdan altı aya isabet eden mikdarı Zeyd'e teslim edip icareyi fesh eyleye kadir olur mu?

el-Cevab: Olur. Fevzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Fevziye*, fetva no: 2226-7, s.373.

<sup>97</sup> Zerka, *Şerhu'l-kavâidi'l-fıkhiyye Cilt 1*, s.199.

<sup>98</sup> Zeyd menziline ihdas ettiği fevkanî odasının pencerelerinden zükak aşırı menzili olan Amr'ın makarr-ı nisvanı olan mevazı'ı görünüp havalesi olsa Amr Zeyd'e havalesini defettirmeye kadir olur mu?

el-Cevab: Olur. *Ceride-i İlmiye Fetvaları*, fetva no: 208, s.48-49.

<sup>99</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm Cilt 3*, s.2166. "Komşu taşınmaza yakın dikilen ağaçların kök ve dalları geçmemesine rağmen, sadece gölgeleriyle zarar veriyor olmaları halinde, tahammül sınırlayan bir zararın bulunup bulunmadığının MK'deki 'dürüstlük kuralı' çerçevesinde değerlendirilmesi gerekeceğini".14.HD. 5.3.1993 T. E:1992/7105, K:1983

<sup>100</sup> Ferit Hakkı Saymen, "Hakkının Suiistimalinin Müeyyidesi", *İÜHFİM Cilt 11 Sayı: 1-2*: s.311-2; Ferit Hakkı Saymen, "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali", s.1138.

ya da gelmesi muhakkak bir zarar tehlikesinin söz konusu olması gerekmektedir. Zarar verme kastının yokluğu ve meydana gelmiş veya geleceği muhakkak bir zarar tehlikesinin olmaması durumunda hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmak, uygulayıcılar açısından ispat sorununa yol açacağı gibi kişilerin de haklarını kullanmalarında kısıtlamaya sebep olacaktır. Binaenaleyh tespit edilen unsurlar oluştuktan sonra Şâri-i hakîm tarafından hak için vaz edilmiş amacın dışına çıkmış olması, hakkın kullanılması neticesinde elde edilen menfaat ile karşı tarafın maruz kalacağı zarar arasında bariz bir orantısızlığın varlığı, hakkın kullanılmasında umuma yönelik bir zararın oluşması ve fahiş zararın mevcudiyetinde hakkın kötüye kullanılmış olduğu kabul edilmiştir. Böylelikle sübjektif ve objektif ölçüye bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı tatbik edilmiştir.

Doktrinde “hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin olmaması” durumu ise kanaatimizce kendi içerisinde çelişkili bir ifadedir. Biz bu ifade yerine “hakkın kullanılmasının meşru olmaması” yargısının kullanılmasını tercih etmekteyiz. Bu yargıyı da “hakkın kullanılması neticesinde menfaatler veya meydana gelen zararlar arasında bariz bir orantısızlığın olması” durumunun altında değerlendirmek gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- Akipek, Jale G., Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman. Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku. İstanbul: Beta, 2013.
- Ali Haydar Efendi. Dürerü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.
- Ansay, Sabri Şakir. Hukuk Tarihinde İslam Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2002.
- Apaydın, Yunus. İslam Hukuk Usulü. Ankara: Bilimsel Araştırma Yayınları, 2018.
- . "Kıyas." TDV İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2002.
- Arsebük, Esat. Medeni Hukuk. Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1938.
- Aslan, Mehmet Selim. "İslam Hukukunda Teassuf ve Hükümlere Etkisi". EKAV Akademi Dergisi, Sayı 67 (Yıl 2016): 205-35.
- Aynî, Bedreddin. El-Binâye Şerhu'l-Hidâye. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2000.
- Bardakoğlu, Ali. "Hak". TDV İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1997.
- . "İstihsan". TDV İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2001.
- Barlas, Nâmi. "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı Ve Eleştirisi". İÜHFİM Cilt 55 Sayı 3 (1997): 191-208.
- Ceride-i İlmiye Fetvaları. Hazırlayan: İsmail Cebeci. İstanbul: Klasik, 2009.
- "Diyanet İşleri Başkanlığı Kuran-ı Kerim". <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/236/229-ayet-tefsiri>.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- ed-Düeynî, Fethi. Nazariyyetu't-teassüf fi's-timalî'l-hak fi'l-fikhi'l-islami. Beyrut: Müessesetu'r-risale, 1988.
- el-Muhasini, Muhammed Said. Şerhu Mecelleti'l-Ahkami'l-Adliyye. Dımeşk: Matbaatu't-terakki, 1927.
- es-Seyyid Ahmed Efendi ve es-Seyyid Hafız Mehmed bin Ahmed el-Gedûsi, Neticetu'l-fetava -Şeyhülislam Fetvaları-.
- Hacak, Hasan. "İslam Hukukunun Klasik Kaynakların Hak Kavramının Analizi". Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2000.
- Haskefi, Alâüddîn. Ed-Dürrü'l-Muhtâr. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2002.
- <https://maqam.najah.edu/judgments/3318/> Erişim tarihi: 22 Mart 2022.
- <https://maqam.najah.edu/judgments/5311/> erişim tarihi: 21 Mart 2022.
- İbânî, Zeyd ve Muhammed Selâme Sencelfî. Şerhu Mürşidi'l-hayrân ilâ-marifeti Ahvâli'l-insân fi'l-muâmeleti's-şer'iyye alâ-mezhebi Ebi Hanifete'n-Numân Mülâimen li-sâiri'l-ektâri'l-İslâmiyye. Bağdad: Matbaatü'l-maârif, 1955.
- İbni Âbidin, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz. Reddü'l-muhtar alâ-Dürri'l-muhtar. Beyrut: Daru'l-fikir, 1992.
- İbni Mâze, Ebu'l-meali Burhanuddin. El-Muhitu'l-Burhanî Fi'l-fikhi'n-Numânî. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2004.
- İlmi Heyet. Mevsûatü't-Tefsiri'l-Me'sûr. Beyrut: Daru İbni Hazm, 2017.
- Kadri Paşa. el-Ahkâmu's-şer'iyye fi-ahvâli's-şahsiyye. Beyrut: Dâru İbni Hazm, 2007.

- Kâsânî, Ebû Bekir bin Mesud. Bedai'u's-senai fi-tertibi's-şerai. Hazırlayan: Ali Muhammed Muavvaz ve Adil Ahmed Abdulmevcud. Beyrut: Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2002.
- Köse, Saffet. İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması. İstanbul: Marmara Üniversitesi İFAV, 1997.
- Kudûrî, Ahmed bin Muhammed Ebu'l-hüseyn. Muhtasaru'l-Kudûrî. Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-islâmiyye, 2014.
- Maşalı, Münteha Dikmen. "İslam Hukukunda Hakkın Suistimali." Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 1995.
- Merğînânî, Ebu'l-Hasen Burhanuddin. el-Hidâye fi-şerhi'l-Bidâye. Beyrut: Dâru İhyâi't-turâsi'l-arabî, ts.
- Mütercim Asım Efendi. Kâmusu'l-muhît Tercümesi. İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2013.
- Neseî, Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn 'Abdullah bin Ahmed bin Mahmûd. Kenzû'd-Dekâik. Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-islâmiyye, 2011.
- Oğuzman, M. Kemal, ve Nâmi Barlas. Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Riccobono, Salvatore. "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi". Çeviren: Ziya Umur. İÜHFM Cilt 22 Sayı 1-4 (1956): 350-97.
- Saymen, Ferit Hakkı. "Akid Yapmak Hakkının Suiistimali". İÜHFM Cilt 7 Sayı 2-3 (1941): 541-63.
- . "Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali". İÜHFM Cilt 12 Sayı 4 (1946): 1129-51.
- . "Hakkının Suiistimalinin Müeyyidesi". İÜHFM Cilt 11 Sayı: 1-2 (1945): 311-27.
- . "Akdi Feshetmek Hakkının Suiistimali". Adliye Ceridesi 33 Sayı 7 (1942): 879-902.
- Serahsi, Muhammed bin Ahmed bin Ebu Sehl Şemsu'l-e'imme. el-Mebsût. Beyrut: Dâru'l-marîfe, 1993.
- Süleyman Hasbî Efendi. Tafsîl li-tavzîhi'l-kavâidi'l-fikhiyyeti ve'l-usûliyyeti fi-evveli Mecelleti'l-Ahkâmi'l-Adliyye. İstanbul: Matbaa-yı Osmanî, H. 1299.
- Şaban, Zekiyyüddin. İslam Hukuk İlminin Esasları. Çeviren: İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: TDV Yayınları, 2019.
- Şevkânî, Muhammed bin Ali Fethu'l-Kadîr. Dımeşk: Dâru'l-kelimi't-tayyib, 1998.
- Şeyhülislam Feyzullah Efendi. Fetâvâ-yı Fezziye. İstanbul: Klasik, 2009.
- Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi. Behcetü'l-fetâvâ. İstanbul: Klasik, 2011.
- Trablusî, Burhanuddin İbrahim bin Musa. el-İs'âf fi-ahkâmi'l-evkâf. Amman: Merkezü Envârî'l-ulemâ, 2020.
- Umur, Ziya. "Roma Hukukunda Hakkın Suiistimali". İÜHFM Özel Sayı: Ord. Prof. Tahir Taner'e Armağan (1956): 557-67.
- Uyar, Talih. "Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük Kuralı" ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Prof.Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (2000): 439-467. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/T.Uyar-3.pdf>.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. Türk Medeni Hukuku Başlangıç ve Şahsın Hukuku. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1951.
- Zerka, Ahmed bin Muhammed. Şerhu'l-kavaidi'l-fikhiyye. Dımeşk: Daru'l-kalem, 1989.
- Zeylâî, Osman bin Ali Fahrüddin. Tebyînü'l-Hakâik Fi-Şerhi Kenzi'd-Dekâik. Kahire: Bulak, H.1313.
- Zuhayli, Vehbe. el-Kavaidu'l-fikhiyye ve Tatbikatuha fi'l-mezahibi'l-erbea. Dımeşk: Daru'l-fikr, 2006.
- . Nazarriyyetu'd-damân. Beyrut: Dâru'l-fikir, 2012.



Geliş Tarihi | Received: 24.03.2022

Kabul Tarihi | Accepted: 16.04.2022

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2022

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## PADİŞAHIN DENETLENMESİNDE ŞEYHÜLİSLAMIN ROLÜ

### THE OVERSEEING ROLE OF SHAYKH AL-ISLAM ON THE PADISHAH

Emre Berber\*

Abdullah Vefa Karataş\*

#### ÖZ

Bu çalışmada Osmanlı Devleti'nde yer alan şeyhülislamlık müessesesinin iktidarın sınırlandırılması konusunda nasıl bir rol oynadığı tartışılmaktadır. Çalışmada, konuya ilişkin yazılmış monografik eserlerin yanı sıra Türk hukuk tarihinin kaynaklarından olan kanunname, sicil kaydı ve fetvalardan faydalanılmıştır. Bu konudaki ön savımız, ayrıcalıklı bir sınıf olan ilmiyyenin başı kabul edilen şeyhülislamın, teorik açıdan iktidarın sınırlandırılması bağlamında oldukça önemli bir fonksiyonunun bulunduğu yönünde olmuştur. Şeyhülislam, Osmanlı devlet teşkilatı içerisinde İslam dini ve İslam hukukunu yorumlama konusundaki nihai başvuru mercileridir. Bu otoritelerini fetvalar yoluyla kullanmaktadırlar. Şeyhülislamlar fetva vermek yoluyla bir şeyi hukuka aykırı ya da hukuka uygun ilan edebilmektedir. Padişahların da İslam hukukuna bağlı kabul edildiği dikkate alındığında şeyhülislamların bu otoritesinin teorik açıdan padişahın denetlenmesinin zeminini teşkil ettiği açıktır. Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde şeyhülislamlık kurumunun var olmasıyla beraber devrin koşullarının ilerisinde kabul edilebilecek biçimde iktidarın hukuk tarafından sınırlandırılmasının en azından teorik çerçevede benimsendiği ve hatta bu sınırlandırmanın belirli ölçüde kurumsallaştığı söylenebilir. Öyle ki güçlü şeyhülislamlar zaman zaman padişahların fikir ve eylemlerinin aksine fetva verebilmişlerdir. Fakat şeyhülislamların bu görevlerinin gereklerini, uygulamada tam anlamıyla yerine getirdiğini söylemek pek mümkün değildir. Bu durumun sebebi olarak şeyhülislamlık müessesesinin devlet teşkilatı içerisindeki yapılandırılma biçimi gösterilebilir. Bu kapsamda şeyhülislamların padişah tarafından kolay ve serbest bir şekilde, bazen bir gerekçe gösterilmeden, tayin ve azledilmeleri, bu kurumun uygulamada padişahın denetlenmesinde yeterli ölçüde rol oynayamamasına neden olmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Osmanlı hukuku, şeyhülislam, padişah, iktidarın sınırlandırılması.

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı.

0000-0001-8631-2088 eberber@ybu.edu.tr

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı.

0000-0001-5026-6286 akaratas@ybu.edu.tr



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## ABSTRACT

In this study, it is discussed how the post of Shaykh al-Islam in the Ottoman State played the role in limiting the power. In the study, besides the monographic works written on the subject, kanunnames and fatwa books, which are from the sources of Turkish legal history, were used. Our hypothesis on this issue is that the Shaykh al-Islam, who is considered the head of *Ilmiyye*, which is a privileged class, had a very important theoretical function in terms of limiting the power. Shaykh al-Islams are the ultimate authorities for interpreting the religion of Islam and Islamic law within the Ottoman state organization. They use this authority through fatwas. Shaykh al-Islams can declare something illegal or legal by issuing a fatwa. Given that the Padishahs were also considered to be bound by Islamic law, it is clear that this authority of the Shaykh al-Islams constituted the theoretical basis for the overseeing of the Padishah. Therefore, it can be said that, through the existence of the institution of sheikh al-Islam in the Ottoman Empire, limitation of power by law was theoretically adopted and even this limitation was institutionalized to a certain extent which can be considered ahead of other states in that era. In this respect, it is important that powerful sheikh al-Islams were able to give fatwas from time to time contrary to the ideas and actions of the padishahs. However, we can't say that sheikh al-Islam was fully fulfilled the requirements of these overseeing duties in practice. The reason for this incapacity can be shown as the positioning of the institution of shaykh al-Islam within the state organization. In this context, the easily and disdainfully assignment and dismissal of Sheikh El-Islam by the Padishah -and sometimes without any justification-; caused this post's disability to play -in practice- an effective role in the overseeing the Padishah.

**Keywords:** Ottoman law, shaykh al-islam, padishah, limitation of power.

## GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nin uzun ve zorlu tarihsel yolculuğu boyunca devlet teşkilatında pek çok idari ve siyasi kurum hayat bulmuştur. Kuşkusuz bu kurumlardan en dikkat çekicilerinden biri dini ve hukuku temsilen fetvalar vermekle mükellef olduğu düşünülen şeyhülislamıdır. Şeyhülislam, Osmanlı devlet teşkilatının yöneticiler sınıfında yer alan ilmiyyenin başı kabul edilmektedir. Askeriler de denilen yönetici sınıfında, ilmiyye mensupları haricindeki kimselerin can ve mal güvenliğinin olmadığı kabul edilmiştir. Bu bağlamda Şeyhülislam ayrıcalıklı bir sınıf olan ilmiyyenin başı olmakla birlikte neredeyse hiçbir icrai yetkiye sahip değildir ve aslında temsili bir güç kullanmaktadır. Fakat aynı kurum, paradoksal bir biçimde, Osmanlı idari ve siyasi hayatının şekillenmesinde yer yer diğer sınıf mensubu bürokratları aşan önemli bir rol oynamıştır.

Kuşkusuz bu durumun sebebi şeyhülislamın bütün devleti bağladığı varsayılan bir din ve hukuk olarak İslam'ı temsil etmesidir. Şeyhülislamlar diğer sınıflara mensup bürokratların aksine zorlu bir tahsil merdivenini tırmanan ve ilmi yeterliliklerini ispat eden kişiler arasından tayin edilmektedir. Aslında şeyhülislamın en büyük sermayesi de sahip olduğu bu İslami bilgi birikimidir. Bu bilgi birikimi sayesinde şeyhülislamlar hem padişahın bizzat kendisi dâhil diğer idarecilerin eylemlerini hem de toplumsal hayattaki geri kalan tüm eylemleri İslami çerçevede değerlendirerek tasdik veya reddetme yetkisini haiz kabul edilmektedir.

Şeyhülislamlar bu yetkilerini verdikleri fetvalar vasıtasıyla kullanmaktadır. Bu fetvalar fiilen kritik kararların alınmasının vazgeçilmez bir şartı olarak şekillenmiştir. Fiili durumda, yeni bir kanunnamenin tanziminden bizzat padişahın hal'ine kadar tüm kamusal hayatı etkileyecek büyük olaylar şeyhülislam tarafından İslam ve hukuka uygun olduğu tasdik edilmeden icra edilememektedir. Bu konum şeyhülislamlık kurumunun padişahlar üzerinde bir çeşit denetim mekanizması olarak şekillenmesinin de altyapısını oluşturmaktadır.

Tarihin başından bu yana çok çeşitli kültürler içerisinde iktidarın sınırları ve iktidarı bu sınırlar içinde tutmanın yöntemlerini geliştirmek üzerine entelektüel çaba sarf edilmiş ve çeşitli kurumlar inşa edilmiştir. Bugün neredeyse dünyanın tamamına hâkim olan modern devlet sistemi de iktidarın sınırlandırılması anlayışı üzerine bina edilmiştir. Anayasalar, serbest seçimler, hukuk devleti, federalizm, insan hakları ve hatta demokrasi kavramının bizzat kendisi son kertede sınırlı bir iktidar inşa etmek ya da mevcut iktidarı sınırlandırmak için üretilmiş siyasi ve hukuki unsurlardır. Modern Batı medeniyeti çerçevesinde bu sorun bu gibi kurum ve kabuller yordamıyla çözümlenmeye çalışılmaktadır.

Osmanlı Devleti tecrübesi bakımından, tarihsel olarak çok erken bir dönemde, şeyhülislamlık makamı belirli ölçüde bu işlevi yerine getirmeye aday bir kurum olarak görünüm kazanmaktadır. Şeyhülislamlar padişahı da bağladığı kabul edilen İslam dini ve bu din çerçevesinde şekillenmiş olan ilahi kaynaklı hukukun içeriğini yorumlamak konusunda en yüksek yetkiye sahip kamu görevlileridir. Netice itibarıyla padişahın meşruiyetinin kaynağı da icra ettiği eylemlerin, yaptığı düzenlemelerin ve aldığı kararların İslam hukukuna uygun olmasında yatmaktadır. İşte şeyhülislam buna ilişkin değerlendirmeyi yapan en üst ve resmi makam olarak padişahı en azından teorik olarak denetleyip sınırlandırabilir.

Bu faaliyeti yürütürken ilahi kaynaklı olduğu kabul edilen İslam hukukunu kullanması şeyhülislamı bir nevi Batı'da doğal hukuk çerçevesinde ifade edilen ideal hukukun temsilcisi konumuna yükseltmektedir. İslam hukukunun gayet somut pek çok düzenlemeye sahip olması bu hukukun iktidar sahiplerini sınırlandırmak konusunda akıllarda kuşku bırakmayacak açıklıkta kullanılabilmesi olanağını ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda, şeyhülislam bir nevi geleneksel dönemin insan haklarını kullanarak padişahın eylemlerini değerlendirme göreviyle muvazzaftır<sup>1</sup>.

Bu çalışma çerçevesinde, Osmanlı Devleti'nde yer alan şeyhülislamlık makamının iktidarın sınırlandırılması konusunda ne gibi bir rol oynadığı araştırılmaktadır. Bu soruya cevap verebilmek için başka bazı sorulara cevap bulmak gerekmektedir. Bu bağlamda şeyhülislamın hukuki statüsünün, yetki ve görevlerinin ne olduğu, şeyhülislama iktidarı sınırlandırma yetkisi veren kanuni düzenlemelerin mevcut olup olmadığı ve ona bu amaç için ne tür araçlar verildiği, şeyhülislamın bu işlevinin pratiğe ne derecede yansıdığı sorularının araştırılması icap etmektedir.

Çalışmada, her ne kadar bazı istisnai örnekler de paylaşılsa da şeyhülislamlık kurumunun gelişim gösterdiği 15. yüzyıldan yenileşme hareketlerinin başladığı 18. yüzyıla kadar olan tarihsel sürece odaklanılmıştır. Çalışma kapsamının bu şekilde belirlenmesinde Osmanlı Devleti'nin henüz Batı etkisiyle karşılaşmadan oluşturduğu devlet teşkilatının incelenmesi amacı rol oynamıştır. Batı etkisiyle beraber gelişen süreçte devlet teşkilatı önemli ölçüde değişim göstermiş ve klasik dönemdeki şahsına münhasır yapısını yitirmiştir. Oysa bu çalışma kapsamında bu özgün yapının araştırma konusu yapılması amaçlanmıştır.

Konu hakkında görece geniş sayılabilecek bir literatür birikimi mevcuttur. Şeyhülislamlık kurumunu inceleyen Uzunçarşılı'nın "Osmanlı Devleti'nde İlmiye Teşkilatı"<sup>2</sup>, Akgündüz'ün "XIX. Asır Başlarına Kadar Osmanlı Devleti'nde Şeyhü'l-İslâmlık"<sup>3</sup>, Düzdağ'ın "Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı"<sup>4</sup> gibi pek çok eser bulunmaktadır<sup>5</sup>. Bu çalışmanın özgünlüğü ise Osmanlı Devleti'nin klasik dönemindeki şeyhülislam

<sup>1</sup> İnsan hakları benzetmesi tüm çekinceler saklı tutularak bilinçli bir şekilde tercih edilmiştir. Bu hakların temelinde pozitif hukuk tarafından tanınması ya da tanınmaması geri kalan bütün hukuk sisteminin kendisine uygun olması gereken birtakım temel hakların geçerliliğinin kabulü yer almaktadır. İslam hukuku da ilahi kaynaklı olduğunun değerlendirilmesi, herhangi bir dünyevi otorite tarafından kanun olarak neşredilmesine gerek olmadan cari kabul edilmesi ve geri kalan bütün hukuki normların kendisine uygun olmasını icbar etmesi yönleriyle insan haklarına kısmen benzemektedir. Dolayısıyla bu benzetmenin temelinde iktidarın eylemlerini sınırlayan bir normatif sistemin varlığı fikri yatmaktadır. Öte yandan İslam hukuku içerik ve temel felsefesi bakımından insan haklarına ancak kısmen benzemektedir, fakat pek çok bakımdan insan haklarından ayrılmaktadır. İslam ve insan hakları ilişkisine ilişkin bahsi geçen çekinceleri kapsayan daha detaylı bir tartışma için bkz. Emre Berber, *İnsan Haklarının Yükü*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018, s. 103-126.

<sup>2</sup> İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1965.

<sup>3</sup> Murat Akgündüz, "XIX. Asır Başlarına Kadar Osmanlı Devleti'nde Şeyhü'l-İslâmlık", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 1999.

<sup>4</sup> Mehmet Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, İstanbul: Enderun Kitabevi, 1972.

<sup>5</sup> Konuyla ilgili sayılabilecek başka bazı eserler arasında şunlar gösterilebilir: Seda Örsten, "Osmanlı Hukukunda Fetvâ", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2005; Esra Yakut, *Şeyhülislamlık: Yenileşme Döneminde Devlet ve Din*, İstanbul: Kitap Yayınevi, 2005.

ile padişah arasındaki denetim ilişkisini hukuki bir bakış açısıyla incelemeye odaklanmış olmasından kaynaklanmaktadır.

Böyle bir çalışma için hukuk tarihi alanın doğası gereği fetvalar, kanunnameler ve şer'iyye sicilleri gibi birincil kaynakları konuyla bağlantıları açısından hukuki bir perspektifle incelemek gerekmektedir. Öte yandan çalışmanın kalbinde yer alan iktidarın sınırlandırılmasının hukuk felsefesi paradigmasıyla ele alınması faydalı olacaktır. Bu sebeplerle disiplinler arası bir çalışma yapmanın gerekliliği ortaya çıkmıştır. Nihayet çalışma, biri hukuk tarihi diğeri hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanında çalışan iki araştırmacı tarafından birlikte kaleme alınmıştır.

Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. "Osmanlı Devlet Teşkilatında Şeyhülislam" başlığını taşıyan birinci bölüm, "Şeyhülisamlık Kurumunun Tarihsel Gelişimi" ve "Şeyhülislamın Tayini, Azli, Yetki ve Görevleri" başlıklı iki alt kısma ayrılmıştır. Bunlardan ilkinde şeyhülisamlık kurumunun oluşumu, gelişimi ve klasik dönemin sonunda ulaştığı nitelik kuşbakışı bir yöntemle takip edilmektedir. Bu bölümün ikinci kısmında ise şeyhülislamın tayin ve azil usulleri, yetki ve görevleriyle birlikte tartışma konusu yapılmaktadır. Bu kısımdaki tartışmalar şeyhülislamın fiili imkân ve olanaklarını gözler önüne sermesi bakımından yürütülen tartışmanın geneline önemli bir katkı sağlamaktadır.

Çalışmanın "Şeyhülislam ve Padişahın Denetlenmesi" başlıklı ikinci bölümü de yine iki kısma ayrılmaktadır. Bu kısımlardan ilki olan "Şeyhülislamın Temsil Ettiği Misyon ve Padişahı Denetlemesinin Zemini" başlıklı kısımda şeyhülislamın teorik açıdan ne gibi bir yetki ve güce dayanarak padişahı denetleyebileceği tartışılmaktadır. Bölümün "Tarihsel Süreçte Şeyhülislamın Padişahı Denetlemesi" başlıklı ikinci kısmında ise tarihte fiili durumun nasıl şekillendiği irdelenmektedir. Çalışmanın sonuç bölümünde ise yürütülen bütün tartışmanın bulguları değerlendirilerek ortaya koyulan hipotezin doğruluğu hakkında bir kanaate ulaşılmaktadır.

## I. OSMANLI DEVLET TEŞKİLATINDA ŞEYHÜLİSLAM

Bu başlıkta, şeyhülisamlık müessesesinin tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkışı, değişimi ve gelişimine değinildikten sonra şeyhülislamın yetki ve görevlerinin üzerinde durulmaktadır. Ayrıca şeyhülislamın tayininin ve görevden alınmalarının ne şekilde olduğu inceleme konusu yapılmaktadır. Böylece şeyhülisamlık kurumunun iktidar yani padişah ile bağının ve bağlantısının niteliği tahlil edilmektedir. Nihayetinde şeyhülislamın hukuki statüsünü ve yetkilerini ortaya koyarak iktidarı sınırlandırma konusundaki rolünün ne olduğunu yorumlayabileceğimiz bir zemin oluşturmaya çalışılmaktadır.

### A. ŞEYHÜLİSLAMLIK KURUMUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Şeyhülislam kavramı şeyh ve İslam kelimelerinden oluşan bir isim tamlamasıdır. Tamlamadaki şeyh kelimesi Arapçada yaşlı kimse, bilge ve reis anlamlarına gelmektedir<sup>6</sup>. Söz konusu kullanımın tarih sahnesine çıkışı Osmanlı Devleti'nde müstakil bir kurum olarak

<sup>6</sup> Arap kabilelerinde kabilenin liderine şeyh denildiği de bilinmektedir. Bu kabile şeyhleri genellikle bilgelikleriyle temayüz ettiğine inanılan fedakâr önderler olarak görünüm kazanmaktadır. Emre Berber, "Kabile Sistemi Ekseninde Medine Vesikası ve Yeni İslam Toplumunun Sosyo-Siyasal Niteliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 26 (2016), s. 466.

şeyhülislamlığın ihdasından çok önceye dayanmaktadır. Bu tabir 10. yüzyılın ikinci yarısında sufilerin ve âlimlerin önde gelenlerine verilen bir unvan olarak şekillenmiş görünmektedir. Kavram zaman içerisinde yaygınlıkla âlimlerin en bilgesini niteleyecek şekilde kullanılmaya başlanmıştır<sup>7</sup>.

Osmanlı Devleti'nin kuruluş dönemi boyunca da şeyhülislam kavramı benzeri bir bağlamda kullanılmıştır. Bu aşamada şeyhülislam tayin ve azli yapılan belirli bir idari kurumun ismi olarak değil bir tazim lafzı olarak kullanılmaktadır<sup>8</sup>. Şeyhülislam kavramının muayyen bir idari görev için kullanılmaya başlanması görece çok geç bir tarihte gerçekleşmiştir. Buna rağmen şeyhülislamın tam olarak hangi tarihte Osmanlı devlet teşkilatında bir konum haline geldiği konusunda ihtilaflar mevcuttur. Konu hakkında farklı görüşleri tartışan Kaydu, II. Murat'ın kendisine ihanet eden Karamanoğlu İbrahim Bey için İslam âlimlerinden fetva isterken kendi baş müftüsü Fahreddin-i Acemi'den fetva almayı ihmal etmesini gerekçe göstererek klasik dönem Osmanlı devlet teşkilatındaki şeyhülislamlık müessesesinin en erken 1444'ten sonra kurulmuş olması gerektiğini ifade eder<sup>9</sup>. Kaydu, fetva makamının kadılık hizmetinden ayrılarak şeyhülislamlık kurumunun II. Murat döneminde kurulduğunu ve ilk şeyhülislamın Fahreddin-i Acemi olduğunu kabul etmektedir<sup>10</sup>. Başka bazı yazarlar ise Osmanlı Devleti'nin ilk şeyhülislamı olarak yine II. Murat döneminde Bursa müftülüğü görevini yürüten Molla Fenari'yi kabul etmektedirler<sup>11</sup>.

Şeyhülislamlık müessesesinin tartışmaya mahal vermeyecek açıklıkta ve belirgin şekildeki en önemli görünümünden biri Fatih'in Teşkilat Kanunnamesinde yer almaktadır. Fatih Sultan Mehmet (ö. 1481) tarafından idari teşkilatı tanzim etmek amacıyla hazırlanan Kanunname'nin birinci maddesinde veziriazamlık, hemen sonra gelen ikinci maddesinde ise şeyhülislamlık kurumu düzenlenmiştir. Şeyhülislamlık müessesesi için şu ifadeler kullanılmaktadır:

Ve Şeyhülislâm ülemanın reisidir. Ve muallim-i Sultan dahi kezâlik serdâr-ı ülemâdır. Vezîr-i a'zam anları riâyeten üstüne almak lâzım ve münâsibdir. Ammâ müftî ve hoca sâir vüzerâdan bir nice tabaka yukarıdır ve tasaddur dahi ederler<sup>12</sup>.

Madde hükmünde şeyhülislamın, ulemanın yani ilmiye sınıfının başı olduğu açıkça düzenlenmiştir. Yine padişah hocalarının da şeyhülislamla aynı seviyede olduğu ve onların da ulemanın üstünde olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, şeyhülislamların da padişahlara zaman zaman hocalık ve danışmanlık yapabileceğine işaret etmektedir diyebiliriz. Veziriazamlık kurumundan hemen sonra şeyhülislamlığın düzenlenmiş olması ve maddede geçen

<sup>7</sup> İslam Ansiklopedisi, Mehmet İpşirli, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2010, "Şeyhülislâm" maddesi, s. 91.

<sup>8</sup> M. Salih Arı, "Osmanlılar'da Şeyhülislamlık Müessesesi", *Yüzyüzyü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1/1 (1994), s. 170-171. Arı, İslam toplumlarında şeyhülislam kavramına benzer şekilde *Umadü'l-İslam*, *Fahrü'l-İslam*, *Ruknü'l-İslam*, *Zeynu'l-İslam*, *Cemalu'l-İslam*, *Hüccetü'l-İslam*, *Burhanü'l-İslam*, *Nizamü'l-İslam* gibi kavramlarında âlimler için tazim amacıyla kullanılan sıfatlar olduğunu ifade eder. Arı, "Osmanlılar'da Şeyhülislamlık Müessesesi", s. 170. Bütün bu kavramlar muayyen bir idari konumu betimlemekte ve yalnızca bir yüceltme ifadesi olarak kullanılmaktadır.

<sup>9</sup> Ekrem Kaydu, "Osmanlı Devletinde Şeyhülislamlık Müessesesinin Ortaya Çıkışı", *Atatürk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, 2 (1977), s. 205.

<sup>10</sup> Kaydu, "Osmanlı Devletinde Şeyhülislamlık Müessesesinin Ortaya Çıkışı", s. 209.

<sup>11</sup> Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk*, İstanbul: Art Sanat Yayınevi, 2008, s. 259.

<sup>12</sup> Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. 1, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2006, s. 318.

ifadelerden veziriazam makamının şeyhülislamdan daha üst bir mertebede olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca düzenlemede, şeyhülislamın vezirlerinden daha üst bir konumda olduğu açıkça ifade edilmiştir. Nitekim üçüncü maddede vezirlerden sonra sırasıyla kazasker, defterdar ve yeniçeri ağalarının geldiği belirtildiğinden şeyhülislamın hukuki statüsünün tüm bunların üzerinde konumlandırıldığı görülmektedir<sup>13</sup>.

Şeyhülisamlık kurumunun klasik dönemdeki esas formunu alması bu vazifeyi yürüten kişilerin şöhret ve namlarıyla ilişkilidir. Fatih Sultan Mehmet zamanında padişahın hocası da olan Molla Gürânî'nin bu göreve getirilmesiyle makamın prestiji belirgin şekilde yükselmiştir<sup>14</sup>. Daha sonraki süreçte üç ismin şeyhülisamlık makamını iştigaliyle bu kurumun önemi daha da yükselmiştir.

Bunlardan ilki olan (Zenbilli) Ali Cemali Efendi (ö. 1526) 1502 yılında müftü tayin edilmiş ve ölüm tarihine kadar bu görevini sürdürmüştür. Görevini icra ederken şeyhülislam sanıyla anılması icra ettiği görevin isminin şeyhülisamlık olarak şekillenmesine sebep olmuştur. Ali Cemali Efendi'nin ardından aynı makama Kemalpaşazade olarak da bilinen İbn-i Kemal (ö. 1534) getirilmiş, onu da talebesi şöhretli Osmanlı âlimi Ebussuud Efendi (ö. 1573) takip etmiştir<sup>15</sup>. Ebussuud Efendi döneminde şeyhülisamlık makamı büyük ölçüde kurumsallaşmıştır.

Osmanlı Devleti'nde protokoldeki konumla tahsis edilen maaş arasında bir ilişki bulunmaktadır. Dolayısıyla, aldıkları maaştan hareketle şeyhülisamlığın önem kazanmasını ve kurumsallaşmasını takip etmek mümkün görünmektedir. Nitekim gerçekten de önceleri şeyhülislamın maaşları çok daha düşükken kurumun şekillendiği dönemde hem maaşlarının hem de protokoldeki konumlarının istikrarlı bir yükselişe geçtiğinden bahsetmek mümkündür.

Uzunçarşılı, II. Beyazıt (ö. 1512) döneminde şeyhülislam olarak görev yapan (Zenbilli) Ali Cemali Efendi'nin 100 akçe maaş aldığını aktarmaktadır. II. Beyazıt'ın meşhur medresesinin inşa edilmesinin ardından (Zenbilli) Ali Cemali Efendi bu medreseye müderris olarak tayin edilmiştir ve bu ek görevi vesilesiyle maaşı 150 akçeye çıkarılmıştır. Kanuni Sultan Süleyman döneminde ise şeyhülislamın maaşı 150 akçeye çıkarılmış, Beyazıt Medresesi müderrisliğiyle beraber kazandıkları para 200 akçeye ulaşmıştır. Yine Kanuni Sultan Süleyman döneminde şeyhülislam olarak görev yapan Ebussuud Efendi'nin maaşı, hazırladığı tefsirinin ilk kısmını padişaha takdim etmesinin ardından 300 akçe zamlı 500 akçeye yükseltilmiş<sup>16</sup>, tefsirini tamamlayıp takdim etmesiyle maaşı 600 akçeye çıkarılmıştır<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> "Ve bir cemiyet-i âli ve bir mecma'-ı ahâli olsa ehl-i divâna âherden âdem karışmasun. Evvelâ vüzerâ, anlardan sonra kadîaskerler, andan sonra defterdârlar ve anlardan aşığa yeniçeri ağası ve sâir özenği ağaları, mîr-i alem ve kapucubaşı ve mirahur oturur." Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, 1, s. 318.

<sup>14</sup> Ekinci, *Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk*, s. 260.

<sup>15</sup> Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 232.

<sup>16</sup> O dönemde kazaskerlerin maaşı da 500 akçedir. Dolayısıyla Ebussuud Efendi'nin tefsirinin ilk kısmını takdiminin ardından şeyhülislamın kazaskerlerle muadil kabul edilmeye başlandığından söz etmek mümkündür. Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, s. 177.

<sup>17</sup> İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, C. 2, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1988, s. 542.

Tüm bu süreç şeyhülislamın tüm ilmiye sınıfının başı olarak kabul edilmesiyle tutarlılık arz etmektedir<sup>18</sup>. Daha sonraları mevleviyet denilen yüksek rütbeli kadıların ve müderrislerin tayini vazifesi de kazaskerlerden alınarak şeyhülislama tevdi edilmiştir<sup>19</sup>. Şeyhülislamlar 16. yüzyılın sonlarında öyle bir konuma ulaşmışlardır ki, veziriazamın onayını alarak, kazaskerleri dahi atayabilme yetkisine sahip olmuşlardır<sup>20</sup>.

Bütün bunlara rağmen şeyhülislam 19. yüzyıla kadar Divan-ı Hümayun'un mensuplarından olmamıştır<sup>21</sup>. Ancak bu yüzyıl içerisinde II. Mahmut (ö. 1839) tarafından kabineye dâhil edilmiştir. 1838 tarihinden itibaren çarşamba ve cuma günleri sadrazamın huzurunda yapılan ve bir çeşit temyiz mahkemesi olarak da çalışan Huzur Mürâfaaları şeyhülislamın huzurunda yapılmaya başlanmıştır<sup>22</sup>. Böylece şeyhülislam bu çalışmanın kapsamı dâhilinde olan klasik dönemin ardından, görece çok geç bir dönemde bir çeşit temyiz makamı hâkimi hüviyeti de kazanmıştır.

## B. ŞEYHÜLİSLAMIN TAYİNİ, AZLI, YETKİ VE GÖREVLERİ

Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde tayin işlemleri doğrudan sultanın kendisi tarafından yapılan iki makam mevcuttur. Bunlardan ilki veziriazamken diğeri şeyhülislamdır<sup>23</sup>. Bazı durumlarda padişah şeyhülislam ataması yaparken veziriazamın da görüşünü almıştır<sup>24</sup>. Özellikle kurumun belirli bir olgunluğa ulaşmasının ardından şeyhülisamlık makamına Mekke, Medine, İstanbul kadılıklarının ardından Anadolu ve Rumeli kazaskerliğini yapmış olan kişiler tayin edildiği görülmektedir<sup>25</sup>. Bu durum, şeyhülislamın ilmiye sınıfının en yüksek kademesini temsil etmesiyle doğrudan ilişkilidir. Nadiren de olsa İstanbul kadısını veya ilmiye maruf olmuş bir Sahn-ı Seman müderrisinin şeyhülislam olarak tayini de söz konusu olabilmektedir<sup>26</sup>.

Şeyhülislamlar belirli bir görev süresiyle tayin edilmemektedir. Bu ilk dönem boyunca şeyhülislamlar bu makama kayd-ı hayat şartıyla tayin edilmişler ve istifa etmedikleri takdirde ömürlerinin sonuna kadar bu makamda kalmışlardır<sup>27</sup>. Hatta Zenbilli Ali Efendi, yaşlılığı ve hastalığına rağmen şeyhülisamlıktan azledilmemiş, onun yerine bakacak bir naip atanmıştır<sup>28</sup>. Bu âdet ilk defa Kanuni Sultan Süleyman'ın (ö. 1566) Şeyhülislam Çivizade Muhyiddin Efendi'yi (ö. 1547) 1541 yılında azletmesiyle ortaya çıkmıştır. Daha sonra şeyhülislamlar sıklıkla azledilmeye başlanmıştır. Sözelimi Ebussuud Efendi 29 sene şeyhülisamlık görevini ifa

<sup>18</sup> İlber Ortaylı, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Ankara: Cedit Neşriyat, 2008, s. 231.

<sup>19</sup> İkinci, *Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk*, s. 260.

<sup>20</sup> Mustafa Şentop, *Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik*, Ankara: Kadim Yayınları, 2021, s. 89-90.

<sup>21</sup> Kuşkusuz şeyhülislamın Divan-ı Hümayun'da yer almaması makamın niteliğiyle de doğrudan ilgilidir. Uzun yıllar boyunca şeyhülislamların vazifesinin uhrevi niteliği bu makam mensuplarının idare teşkilatından görece bağımsız bir konumda kalmasına sebep olmuştur.

<sup>22</sup> İkinci, *Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk*, s. 261.

<sup>23</sup> Ekrem Sarıkçıoğlu, "Şeyhülisamlık Makamı", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 5 (1982), s. 198.

<sup>24</sup> Aykut Elmas, "Hal' Fetvaları Işığında Osmanlıda Şeyhülislamın Siyasi Konumu", Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, 2018, s. 74.

<sup>25</sup> Ümit Kılıç, "İlmiye Teşkilatı", *Osmanlı Teşkilat Tarihi*, der., Tufan Gündüz, Ankara: Grafiker Yayınları, 2012, s. 304-305.

<sup>26</sup> Sarıkçıoğlu, "Şeyhülisamlık Makamı", s. 198.

<sup>27</sup> Arı, "Osmanlılar'da Şeyhülisamlık Müessesesi", s. 175-176.

<sup>28</sup> Elmas, "Hal' Fetvaları Işığında Osmanlıda Şeyhülislamın Siyasi Konumu", s. 75.

etmişken, 1703 tarihinde bu göreve tayin edilen Şeyhülislam Yekçeşm Hüseyin Efendi'nin şeyhülislamlığı ancak 3 gün sürmüştür, 1656 yılında tayin edilen Memikzade Mustafa Efendi'nin şeyhülislamlığı ise yalnızca 13 saat sürmüştür<sup>29</sup>.

İlmiye sınıfının can ve mal güvenliği tam olduğundan dolayı şeyhülislamın da siyaseten katl ya da idam edilemeyecekleri kabul edilmiştir. Şeyhülislamın adam öldürme, rüşvet, eşkıyaya yardım, zulüm, ahlaksızlık ve gaddarlık gibi ağır suçlar işlemesi halinde dahi idam cezası yerine azil ve sürgün edildiği görülmektedir<sup>30</sup>. Çok istisnai durumlarda ulemaya idam cezasının verilebildiği görülmüştür. Aslında bugün dahi olduğu gibi o dönemde de pek çok ülkede devletin selâmetine karşı ağır hareketlere girişilmesi halinde idam cezasına hükmedildiği bilinmektedir<sup>31</sup>. Bu kapsamda şeyhülislamın padişahı tahtan indirilmeye çalışılmasının, devletin akıbetini tehlikeye sokacak isyanlar düzenlemesinin cezası, azil ve idam olabilmiştir<sup>32</sup>. Ancak kimi zaman ulemanın direnmesi ile şeyhülislama yönelik verilen idam cezasından dönülebilmıştır. Örneğin yeniçerilerin desteğini de haiz güçlü bir veziriazam olan Kara Murat Paşa, böyle bir direnme karşısında Şeyhülislam Ebu Sait Efendi'nin idam cezasını sürgüne çevirmek zorunda kalmıştır<sup>33</sup>.

Şeyhülislam ağır suç işlemelerinin dışında genel itibariyle veziriazamla aralarının bozuk olması veya görüş ayrılığına düşmüş olmaları<sup>34</sup>, haklarında padişaha şikâyetle bulunulması, hastalık, ihtiyarlık ya da yer yer ihtiyaç duyulan fetvayı vermemeleri gibi sebeplerle azledilmiştir. Bu kapsamda şeyhülislamın azlinin pek çok kez siyasi mülahazalarla gerçekleştirildiğinden bahsetmek mümkündür.

Şeyhülislamın görev sürelerinin tamamen dönemin koşullarına bağlı olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Devletin güç ve kudretinin daha üstün olduğu, risk ve karışıklıkların daha az olduğu dönemlerde görev yapan şeyhülislam bu görevlerini uzun yıllar boyunca sürdürebilmiştir. Buna karşılık, tersi durumda göreve getirilen şeyhülislamın pek çok kez çok daha kısa bir süre içerisinde azledilmeleri söz konusu olmuştur.

Daha önce de ifade edildiği gibi şeyhülislamın hem tayininde hem de azlinde son sözü söyleyen yegâne makam kuşkusuz padişaktır. Tayin seremonisi çerçevesinde, “(ş)eyhülislam tayin edilecek kişi veziriazamla birlikte hükümdarın huzuruna çıkar, kendisine beyaz çuhayla

<sup>29</sup> Sarıncıoğlu, “Şeyhülislamlık Makamı”, s. 199.

<sup>30</sup> Ahmet Mumcu, *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl*, Ankara: Phoenix Yayınları, 2017, s. 113-114.

<sup>31</sup> Mumcu, *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl*, s. 109.

<sup>32</sup> Arı, “Osmanlılar'da Şeyhülislamlık Müessesesi”, s. 176. Hatta Şeyhülislam Dürrizade Seyyid Mehmet Arif Efendi Müslüman bir kimsenin sultana isyan etmesinin cezasının sultan emri ile ölüm olduğuna ilişkin şu fetvada bulunmuştur: “Zeyd bâğî olup sultanü'l-muslimîn hullidet hilâfetu ilâ yevmi'd-dîn hazretlerine itaatden hurûc ve şe'âir-i İslamiyyeye mugayir nice harekât-ı şeni'aya cesaret ve memâlik-i Osmaniyeden bazı bilâda hilâf-ı rıza-yı hümâyûn tetâvül-i eyâdi edip bu veçhile zulm ü fesad âdet-i müstemirresi olmakla sâ'î bi'l-fesad olduğu zâhir olsa emr-i veliyyü'l-emr ile Zeyd'in katli meşru olur mu, beyân buyurula. El-cevâb: Allahu a'lem. Olur.” Sinan Çuluk ve Yılmaz Karaca, *Osmanlı Arşivi'nde Şeyhülislam Fervaları*, İstanbul: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, 2015, s. 133.

<sup>33</sup> Mumcu, *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl*, s. 114.

<sup>34</sup> Örneğin Veziriazam Köprülü Mehmed Paşa ile iyi ilişkiler içinde iken daha sonra onunla görüş ayrılıklarına düşmesi Şeyhülislam Bolevî Mustafa Efendi'nin azline neden olmuştur. Yakut, *Şeyhülislamlık: Yenileşme Döneminde Devlet ve Din*, s. 39.



*kaplı samur kürk olan "ferve-i beyza" giydirildi*<sup>35</sup>. Bu durum şeyhülislamın tayininde padişahın nihai yetkili kişi olduğunun seremonik bir anlatısı mahiyetindedir. Yine azl işlemlerinde de yetkili olan nihai makam padişaktır.

Çeşitli yetki ve sorumlulukları olmakla birlikte makamın tabiatı gereği şeyhülislamların birincil işlevi, devletin kabul ettiği hukukun ve idari faaliyetlerin şeriat çerçevesinde seyretmesi amacıyla padişaha ve sadrazama destek olmaktır. Şeyhülislam bu görevini temel olarak fetva vermek suretiyle icra etmektedir. Özellikle savaş ilanı, barış akdi, yabancı devletlerle başka anlaşmaların imzalanması, kanunnamelerin yayınlanması, nizamnamelerin belirlenmesi ya da toplumun yaşayış şekillerinde değişiklik yapılması gibi durumlarda bu işlemlerin meşruiyetinin temini için şeyhülislamın fetvasına ihtiyaç duyulmaktadır<sup>36</sup>. Padişah ve sadrazam tarafından icra edilen faaliyetlerin şeriata uygunluğunu tasdik eden şeyhülislamın bu görevinden kaynaklı olarak ciddi bir itibarı bulunmaktadır.

Diğer yandan, şeyhülislamların yönetsel yetkileri yok denecek kadar azdır. Şeyhülislamlık müessesesinin icrai değil istişari bir kurum olduğundan bahsetmek mümkündür<sup>37</sup>. 1574 tarihinden itibaren şeyhülislamlar *"kaza kadıları ve bazı küçük dereceli müderrisler dışında kalan mevali kadılarını, müderrisleri ve hatta kazaskerleri de tayin yetkisine sahip olmuşlardır"*<sup>38</sup>. Ancak kazaskerlerin ve mevali kadılarının tayini için sadrazamın görüşünü almaları gerekmektedir. Bu tayin yetkileri şeyhülislamın ilmiye sınıfındaki en yüksek makam olmasıyla ilişkilidir ve şeyhülislamın ilmiye sınıfı içerisindeki otoritesini sağlayan en önemli faktörlerden biri olarak kabul edilmelidir.

Her ne kadar teorik olarak ilmiye sınıfının başı olsa da şeyhülislamlar, klasik dönem boyunca yargı yetkisine sahip olmamışlardır<sup>39</sup>. Somut bir uyuşmazlığa ilişkin davayı görüp hüküm kuramamışlardır. Şeyhülislamlar ancak Tanzimat dönemiyle beraber bazı yargısal faaliyetlere ilişkin yetki ve görevlere sahip olmaya başlamıştır<sup>40</sup>.

Öte yandan şeyhülislamlar kuşkusuz fetvalar yordamıyla yargısal faaliyetlere de önemli ölçüde katkı sağlamaktadır. Fetva kitapları, kadıların başucu eserleri olmuş ve yargılama ve

<sup>35</sup> Kılıç, "İlmiye Teşkilatı", s. 305.

<sup>36</sup> Örsten, "Osmanlı Hukukunda Fetvâ", s. 34.

<sup>37</sup> Mehmet Aksoy, "Şeyhülislamlıktan Diyanet İşleri Başkanlığına Geçiş", Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi, 1997, s. 11.

<sup>38</sup> Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011, s. 264.

<sup>39</sup> Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya: Sayram Yayınları, 2014, s. 167-168; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 264; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Konya: As Atlas Akademi, 2017, s. 127; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, s. 416; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 234.

<sup>40</sup> Tanzimat dönemi ile beraber Osmanlı hukukunun yapısı değişikliğe uğramış ve ikili bir hukuk sistemi ortaya çıkmıştır. Düalist yapının meydana gelmesinin nedenlerinden biri de yargı teşkilatında gerçekleşen değişikliklerdir. Öyle ki bir yandan klasik dönemden beri varlığını sürdüren şer'iyye mahkemeleri diğer yandan Tanzimat dönemi ile ortaya çıkan nizamiye mahkemeleri, uyuşmazlıkları nihayete erdirebilmiştir. Ahmet Kılıç ve Davut Yıldırım, "Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması", *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları - Kamu Hukuku*, der., Nuran Koyuncu ve Abdülkadir Yıldız, Konya: NEÜ Yayınları, 2021, s. 177. Bu kapsamda 1838 yılında nizamiye mahkemelerinin kararlarına karşı yüksek mahkeme olarak Meclis-i Valâ-yı Ahkâm-ı Adliye kurulmuş iken aynı yıl sadrazamın huzurunda yapılan Huzur Mürâfaaları şeyhülislamın huzurunda yapılmaya başlanmış ve şeyhülislam burada bir çeşit temyiz görevini yürütmeye başlamıştır. Ekinci, *Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk*, s. 260.

hüküm aşamasında bunlardan yararlanılmıştır. Özellikle taraflar şeyhülislamın fetvası olan “fetva-yı şerife”leri bir delil mahiyetinde sunabilmişlerdir<sup>41</sup>. Kadılar karar verme sürecinde şeyhülislam fetvalarını daha çok dikkate almış ve bu yönde hükmünü şekillendirmeye çalışmıştır. Nitekim bu durum şer’iye sicillerine de yansımıştır<sup>42</sup>. Fakat doğrudan yargıç olarak hüküm vermeleri söz konusu değildir.

Diğer yandan şeyhülislamın bugün yasama kavramıyla karşıladığımız alandaki etkisi önem arz etmektedir. Şeyhülislamın ilmiye sınıfının en yetkili makamı olması sebebiyle ilmi ve hukuki konularda verdiği fetvaların zımnî bir bağlayıcılığı bulunmaktadır. Hatta Ebussuud Efendi döneminden itibaren şeyhülislamın örfî hukukun düzenlenmesine ilişkin kanunname ve nizamnameleri fetva yoluyla şeriat adına tasdik ediyor olması örfî hukukun oluşturulması konusunda da şeyhülislamın önemli bir rol üstlenmesine sebep olmuştur.

<sup>41</sup> Tarafların şeyhülislam fetvalarını mahkemeye delil olarak sundukları ve mahkemenin bunu onaylatarak hükmünü bu yönde kurduğuna ilişkin bir şer’iye sicil kaydı şöyledir: “Yevan ve Murad nam zımmiler meclis-i şer’a gelüb takrir-i dava edüb Malkoç bey duvarımızın dibine abihane kazub duvarımıza zararı vardır üzeri ne varulub elimizde olan fetva-yı şerife mücebince zararı def olunmasını taleb ideriz dediklerinde kabl-i şer’de bu fakir ta’yin olunub zeyl-i kitabda isimleri mastur olan müslimanlar ve mimarbaşı dede bey nam kimesneler ile niza alınan yerin üzerine varulub nazar alınub fi’l-vâkı mezbûr Malkocın kazdığı çukurun mezbûran Yevan ve Muradın duvarlarına zararı olub yedlerinde olan fetvayı şerife nazar olunub indi kendi haremi ile muttasıl Amrın duvarı dibinde huruf eylemek ile Amrın duvarına müstezid olduğun ehl-i hiref haber verdiler, bundan men’a kadir olurmu? El-cevab Allah-u âlem olur deyu mastur olmağın ber mucib-i fetvayı şerife mezbûr Malkoç mezbûrların duvarı dibine çukur kazmaktan men olunub gibbe't-taleb” Mustafa Ertürk, “Kayseri'nin 13 Numaralı Şer’iye Sicili”, Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 1994, s. 14.

Aynı bağlamda tarafların şeyhülislam fetvasını öne sürdükleri diğer bir şer’iye kaydı örneği şöyledir: “... bu babda şeyhülislamdan da’valarına muvafık fetvâ-yı Şerifeleri olduğun bildirüb fetvâ-yı Şerifeleri mucibince ‘amel olunub icra-yı şer’ ve ihkak-ı hak olunmak babında emr-i şerifim rica eyledikleri ecden mahallinde şer’le görülmek emrim olmuşdur buyurdumki hükm-i şerifimle vüsûl buldukda bu babda sadır olan emrim üzere ‘amel dahi ihzar-ı husama alub mukaddema bir def’a şer’le görüleb fasl olunmayan hususların tam hak ve ‘adl üzere mukayyid ve yedlerinde olan fetvâ-yı şerifeye nazar idüb göresin i’lâm olduğun üzere ise ol-babda mükteza-yı şer’-i kadim ve fetvâ-yı Şerifeleri mucibince ‘amel idüb dahi ba’de’s-sübût ber mucib-i fetvâ-yı şerif icra-yı şer’ ve ihkak-ı hak eyleyüb min-ba’d-ı şer’i şerif fetvâ-yı münife ve emr-i ‘alışanına muhalif kimesneye iş itdirmeyüb husus-ı mezbur için dahi emr-i şerifim ve isaline muhtac eylemeyesin şöyle bilesin ‘alâmet-i şerife ictimad kılâsın tahriren fi evahir-i şevâlî’l-mükerrem sene tis’a ve sittin ve ma’in ve elf sene 1169 Kostantiniyye” Sabiha Şengür, “153 Numaralı Edirne Şer’iye Sicili (H.1164-1170/M.1750-1756)”, Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi, 2007, s. 477-478.

<sup>42</sup> Bu bağlamda kadıların şeyhülislam fetvalarından yararlanarak ya da ona dayanarak hüküm verdiğine ilişkin farklı yıllara ve farklı bölgelere ait birçok kayıt vardır. Biz iki örnek vererek yetinelim.

Afyon’da 1666 yılına ait bir kaydın hüküm kısmı şöyledir: “... fetva-yı şerifesi mucibince amel olunub hilaf-ı şer’-i şerif dahl ü rencide ettirilmeyip men’ ü def’ edesin deyi buyurlmağın ba-ferman-ı ali-şan merkûman Sema ve Habibi bii-vech-i muarızadan men’-i birle bu vesika-i anika ketbolunub yedd-i tâlibe vaz’olundu cerâ zâlîbe hurrire fi’l-yevmi’s-salis ve’l-işrîn min şehri Zi’l-hiceti’s-şerife li sene sittûn ve seb’ine ve elf” Hacer Demirbağ, “509 Numaralı Afyon Şer’iye Sicili’nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi”, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2007, s. 86-87.

Tokat’ta 1798 yılına ait bir kaydın hüküm kısmı ise şu şekildedir: “... bir kıt’a fetvayı şerife ibraz ve mazmûn-ı münifinde arsası mukata’alu vakf olup escarı mülk olan bağçede şuf’ayı cariye olur fi cevap ba sevabında olmaz deyu buyurulmağın a’lâ mücib fetva-yı şerif müvekkile-i mezbûre Abide’nin mezbûr Ömer efendi ile Şuf’a dâ vâsına mûte’alîga bivech-i mu’arazası men’ birle mâ vaka’a bi’t-taleb ketb olundu hurrire fi’l-yevmi’s-sâbi’ aşere min şehri Zi’l-ka’de sene isnâ aşere ve mietyen ve elf.” Ömer Yıldırım, “1797-1798 Yıllarına Ait Tokat Şer’iye Sicilinde Yer Alan Belgelerin Sosyal ve Ekonomik Yönden Tahlili”, Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, 2007, s. 326-327.

## II. ŞEYHÜLİSLAM VE PADİŞAHIN DENETLENMESİ

İlk bölümde şeyhülislamlık müessesesinin Osmanlı'daki görünümünü izah ettikten sonra şeyhülislamın tayinini, azlini, görev ve yetkilerini genel anlamda açıklamaya çalıştık. Böylece ikinci bölümde tahlil edeceğimiz şeyhülislam ile padişah arasındaki denetim organizasyonunun nasıl olduğuna yönelik bir alt yapı oluşturmuş olduk. Bu bölümde şeyhülislamın iktidarı yani padişahı denetleme noktasında nasıl bir misyonu olduğunu ve tarihsel süreç içerisinde bunun nasıl değişim ve gelişim gösterdiği incelenmektedir.

### A. ŞEYHÜLİSLAMIN TEMSİL ETTİĞİ MİSYON VE PADİŞAHI DENETLEMESİNİN ZEMİNİ

Osmanlı Devleti kendisini İslam din ve hukukuna nispet ederek tanımlamakta, bu çerçevede inşa etmektedir. Bu durumun bir gereği olarak Osmanlı'da uygulanan hukukun temelini İslam hukuku teşkil etmektedir. Elbette şer'i hukuk Osmanlı'da geçerli olan tek hukuk değildir. Padişahların örfi hukuka ilişkin düzenlemeler yapma yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Fakat özellikle klasik dönemde örfi hukukun, şer'i hukuka uygun olması ya da en azından örfi hukukun İslam hukukuna aykırı olmaması için çaba gösterilmeli anlayışı hâkim olmuştur. Bu bağlamda “*Osmanlı padişahları şer'i hukukun ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunduğu alanlarda kanun koymamaya, diğer alanlarda kanun koyarken de bu hukukun genel prensiplerine ters düşmemeye belli bir itina göstermişlerdir*”<sup>43</sup>.

Osmanlı Devleti'nde padişahların sınırsız bir otoriteye sahip olmadığı, aksine sınırlı bir iktidara sahip olduğu ve örfi hukuk bağlamında sınırlı yasama yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Padişahlar teorik olarak son kertede İslam hukukuna tabidir. İslam hukuku devlet ve bizzat padişah dâhil bütün sistemi kuşatan çatı normativite mahiyetindedir. Padişahın eylemleri ve toplum düzenine ilişkin bütün normlar İslam hukuku tarafından çerçevelenmekte ve sınırlandırılmaktadır. Padişahlar İslam hukukuna aykırı eylemlerde bulunamayacakları ya da bu hukuka aykırı düzenlemeler yapamayacakları gibi İslam hukuku hakkındaki nihai yorumu yapma yetkisine dahi sahip değillerdir.

Öte yandan Osmanlı örfi hukukunda kul sistemi ve kardeş katlinin kabulü, arûs ve hınzır vergisinin alınması ya da suçluların kazığa vurulması ve tenasül uzuvlarının kesilmesi gibi şer'i hukuka aykırı uygulamaların olduğu da gözlerden kaçmamalıdır<sup>44</sup>. Dolayısıyla Osmanlı hukuk sisteminde örfi hukukun şer'i hukuka uygun düşmediği durumların da olduğu açıktır. Fakat örfi hukuk düzenlemeleri ile İslam hukukuna aykırı hükümler ya da uygulamalar ortaya koyulsa bile, bir şekilde bunun İslam hukukuna aykırı olmadığını onayı alınmaya çalışılmıştır. Bunun en net örneklerinden biri kardeş katli meselesinde karşımıza çıkmaktadır. İslam hukuku bağlamında son derece tartışmalı olan bu hükümde, “ulema”nın yani İslam hukukçularının

<sup>43</sup> M. Akif Aydın, *Osmanlı Devletinde Hukuk ve Adalet*, İstanbul: Klasik Yayınları, 2014, s. 24.

<sup>44</sup> Mumcu, *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl*, s. 55-60; Mehmet Akman, *Osmanlı Devletinde Kardeş Katli*, İstanbul: Eren, 1997, s. 149. Kul sisteminin İslam hukukuna uygun olup olmadığına ilişkin olarak ayrıca bkz. Abdullah Vefa Karataş, “Türk Hukuk Tarihi Açısından Kul Sistemi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020/1 (2020).

çoğunluğunun onayının alındığı, düzenleme kapsamında belirtilmiştir<sup>45</sup>. Öyleyse İslam hukukuna aykırı ya da uygun olup olmadığı tartışmalı konularda bile ona aykırı hareket edilmediğini göstermek adına büyük bir çaba gösterildiği ifade edilebilir.

Dolayısıyla Osmanlılar için en temel normatif sistemin İslam hukuku olduğu açıktır. Üstelik devletin başı olan padişahlar bu hukuk sisteminin anlaşılması, yorumlanması ve bu sistem çerçevesinde yeni hükümlerin ihdas edilmesinde otorite olarak kabul edilmemektedir. Bu anlatılanlar ışığında, teorik olarak padişahın oluşumuna müdahale edemediği İslam hukukunun padişahı sınırlandırdığından bahsetmek doğru olacaktır.

İslam hukuku bir çeşit müçtehit hukukudur. Bu hukuk sisteminin temel mantığı gereği esas şari yani kanun koyucu bizzat Allah'tır<sup>46</sup>. Allah'ın bir konudaki rıza ve iradesini bulma ameliyesi de devlet tarafından değil, Kur'an, sünnet, icma ve kıyas gibi bilgi vasıtalarını kullanan âlimler tarafından icra edilir. Dolayısıyla bu âlimlerin bahsi geçen yöntemlerle geliştirdikleri İslami hükümler, yani fetvalar, devletle ilişkili meselelerde de çok ciddi bir itibara sahip olmaktadır. Fetva makamının itibarı ideal ve evrensel olduğu varsayılan İslam hukukunu respit etmeye ilişkin bu fonksiyonundan kaynaklanmaktadır.

İslam tarihi boyunca müftü ile kadı arasında bir ayrımın bulunduğunu gözlemek mümkündür. Hem müftü hem de kadı nihai tahlilde İslam hukuku alanında uzmandır, dolayısıyla birer fakihdir. Fetva veren fakihe müftü, hüküm veren fakihe ise kadı ismi verilmiştir. Genel itibarıyla müftünün işlevinin şer'i kanunları, delilleriyle birlikte, teorik çerçeveyi çizmek olduğu, kadının ise bu şer'i kanunları karşısına gelen somut olaya uygulamak olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla müftülerin daha ilmi/akademik bir fonksiyonu varken kadıların esas fonksiyonu yargısalıdır. Buradaki üçüncü ayağın ise müderrislik olduğunu söyleyebiliriz. Hem müftülerin verdiği fetvalara yani teorik bilgiye hâkim olan hem de kadıların yargı kararlarını yani uygulamayı bilen müderrisler, bu iki kurum arasındaki bağı kuran önemli bir sacayağıdır. Nitekim gerek kadıların gerekse müftülerin yetişmesini sağlayan âlimler müderrislerdir. Müderrisler, iki kurumu da bilerek ve onları eğiterek, bu müesseseler arasındaki uyumu sağlama işlevini de yerine getirmişlerdir.

İslam tarihinin başından bu yana siyasi otorite tarafından tayin edilen kadıların aksine müftüler İslam'ın ilk dönemlerinde devlet tarafından tayin edilmemiştir. Bunun yerine, toplumda ilmiyle temayüz etmiş ve fetva veren İslam hukukçularına müftü denilmesi esas olmuştur<sup>47</sup>. Müftülük biraz da iktidarla kurduğu bu mesafeli ilişkinin bir getirisi olarak uzun asırlar boyunca güçlü bir toplumsal meşruiyete sahip olmuştur.

<sup>45</sup> Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi'ndeki hüküm şöyledir: "Ve her kimesneye evlâdımdan saltanat müyesser ola, kârındaşların nizâm-ı âlem için katl etmek münâsibdir. Ekser ulemâ dahi tecvîz etmişdir. Anınlâ âmil olalar." Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. 1, s. 328. Ancak ölüm cezasını gerektiren herhangi bir suçun faili olmayan kimselerin hayatına son verilmesinin İslam hukuku ile bağdaşmadığı ve Fatih Kanunnamesi'nde "ekser ulema dahi tecvîz etmiştir" denmesine rağmen şeyhülislamların masum şehzadelerin katledilmeleri için fetva vermediği hatta bazılarının bu uygulamanın açıkça karşısında oldukları bilinmektedir. Mehmet Akman, *Osmanlı Devletinde Kardeş Katli*, s. 173.

<sup>46</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, 1, s. 63.

<sup>47</sup> Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, s. 13.

Diğer yandan, daha önce de aktarıldığı üzere, Osmanlı Devleti'nin tecrübesinde 15. yüzyılın ortalarında fetva vermekle mükellef bir müftülük teşkilatı oluşturulmuştur<sup>48</sup>. Neredeyse aynı tarihlerde başkent müftüsü de daha önce nakledilen süreç çerçevesinde kurumsallaşarak şeyhülislamlık makamını teşkil etmiştir. Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde, daha önce tamamen sivil bir alan olarak beliren müftülüğün kurumsallaşarak bir devlet görevi haline geldiğini söylemek mümkündür. Bu yolla devlet teşkilatına eklenmiş olsa da müftülük halk nezdindeki itibarını yoğun ölçüde korumayı başarmıştır.

Her ne kadar müftülük bu şekilde kurumsallaşmış olsa da Osmanlı Devleti'nde de ne şeyhülislamın ne de diğer müftülerin fetvalarının devletin cebri icrasıyla uygulanması söz konusu değildir. Burada Mecelle'nin külli kaidelerinde de yer alan ve İslam hukukunun temel ilkelerinden biri kabul edilen "içtihat içtihadı nakzetmez" anlayışının etkisinden bahsedilebilir. Buna göre, şeyhülislam ya da müftüler aynı mesele hakkında birbirinden farklı fetvalar verebilir ve bunlardan herhangi birinin diğerlerini ortadan kaldıracı niteliğe sahip olduğu söylenemez. Bu fetvalar temel olarak ilmi bir değere sahiptir ve hem devlet yetkilileri hem kadılar hem de toplumun kendisi bakımından bu ilmi değeri vesilesiyle kendilerine itibar edilmektedir. Fetvaların gerek devlet yetkilileri gerek kadılar ve gerek de toplum üzerindeki itibarı şeyhülislamın Osmanlı devlet teşkilatında çok önemli bir aktör olarak şekillenmesine sebep olmuştur.

Şeyhülislamın bu din ve şeriattan kaynaklanan itibarı neredeyse hiçbir icrai yetkisi olmayan bu makamın protokolde devlet teşkilatının tepesinde yer almasına sebep olmuştur. Cihan, şeyhülislamın Osmanlı devlet teşkilatındaki rolünü şu kelimelerle ifade etmektedir:

Askeri-yönetici grubun liderliğini sadrazam üstlenirken, şeyhülislam da topluma nüfuz etmeye başlayan dini ve ilmi grubun temsilciliğini yüklenmiştir. Böylece, padişahın dünyevi otoritesini temsil eden sadrazam ve ona bağlı kurumlar karşısında, padişahın manevi otoritesini temsil etmek üzere, şeyhülislamlık makamı ve onun kontrolündeki ilmiye zümresi teşekkül ederek denge sağlanmış oluyordu<sup>49</sup>.

Dolayısıyla şeyhülislamın padişahın manevi otoritesini temsil ederek devlet teşkilatının tepe noktasında yer aldığını söylemek doğru olacaktır. 17. yüzyılda yaşamış meşhur Osmanlı tarihçisi Hezarfen Hüseyin Efendi kurumun konumunu şu sözlerle tarif etmektedir:

Şeyhülislamlık makamı, sadrazamlıktan daha yüksek değilse de ona eşit ve bazı yönlerden üstündür. Devlet işleri din üzerine bina olunur. Din asıl, devlet onun fer'i gibi kurulmuştur. Din reisi şeyhülislamdır ve sadece devlet reisi vezir-i a'zamdır. İkisinin reisi dahi padişaktır<sup>50</sup>.

Buna rağmen, şeyhülislamın üstünlüğünün manevi bir üstünlük olduğundan bahsetmek mümkündür. Şeyhülislamın ilmiye sınıfına mensup kişileri tayinlerinde sadrazam onayına muhtaç olması ve tayin yazılarını daima sadrazam aracılığıyla sultana ulaştırması bunu gösteren unsurlardan biridir<sup>51</sup>. Fakat bütün bunlara rağmen şeyhülislamın fetva vermek vazifesiyle devlet teşkilatının tepe noktasında yer aldığı gayet açıktır. Üstelik makamının üstünlüğünü

<sup>48</sup> Mehmet Bulut, "Osmanlı Devletinde Dini Teşkilatlanma ve Yaygın Din Eğitimi", *Diyanet İlmî Dergi*, 35/2 (1999), s. 104.

<sup>49</sup> Ahmet Cihan, *Reform Çağında Osmanlı İlmîye Sınıfı*, İstanbul: Birey Yayınları, 2004, s. 37.

<sup>50</sup> Hezarfen Hüseyin Efendi, "Telhis'ül-Beyan Fi Kavanin-i Al-i Osman", *Paris Bibliotique National*'dan aktaran Cın ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 263.

<sup>51</sup> Sarıkcıoğlu, "Şeyhülislamlık Makamı", s. 197.

gösteren başka unsurlar da söz konusudur. Sözgelimi, protokol gereği padişahlar şeyhülislam-ları ayakta karşılamakta ve kendisini ayakta bekletmemektedir. Başta sadrazam olmakla birlikte çeşitli devlet yetkilileri şeyhülislamla düzenli ziyaretlerde bulunmakla mükellef kabul edilmekte ama şeyhülislam kimseyi ziyaret etmek yükümlülüğü altında tutulmamaktadır<sup>52</sup>. Bütün bu bilgiler çerçevesinde şeyhülislamın devlet teşkilatında çok ciddi bir itibara sahip olduğundan bahsetmek mümkündür.

Şeyhülislamın bu gücünün kaynağı emri altında çalışan geniş kadrolara hükmetmesi de-ğil, din ve hukuku temsil etmesi ve bu temsiliyet vesilesiyle halkta belirli bir tesirinin olmasıdır. Bu temsil ve tesir şeyhülislamın bir çeşit denetleyici olarak devlet teşkilatında da yüksek bir kademedede yer almasını sağlamıştır. Reyhan'ın ifadeleriyle,

Padişahın siyasal ve toplumsal konular üzerinde herhangi bir faaliyette bulunurken, ilmiye sınıfının lideri şeyhülislama danışıp, yapacağı işlerin İslam şeriatına aykırı olup-olmadığı hakkında fetva alması, elbette ki, şeyhülislamın siyasal iktidar üzerinde başka hiçbir bürokratta rastlanmayan siyasal iktidar gücünü göstermektedir<sup>53</sup>.

Şeyhülislam öncelikle hem dinin hem de hukukun en yüksek temsilcisidir. Bir fiil ya da düzenlemenin dine ve hukuka uygun olup olmadığına dair resmen görüş bildirmekle mükelleftir. Bu görüşleri her ne kadar doğrudan hüküm ve sonuç doğurmasa da oluşturduğu tesir bakımından çok etkili olabilmektedir. Özellikle isyanların ya da iç karışıklıkların olduğu idarenin zayıf zamanlarında padişah aleyhine fetva verebileceği için kendisinden çekinildiği nakledilmektedir<sup>54</sup>.

Aslında, daha önce de ifade edildiği gibi, İslam'ın yayılışından itibaren her toplumda İslam hukuku bakımından öne çıkan ve fetva veren âlimler bulunmuştur. Devletler önemli düzenleme ve değişiklikler yapacakları durumlarda, özellikle de olası itirazları dindirmek için gerekli görüldüğü takdirde, bu sivil alanda varlığını sürdüren âlimlerden fetva almak yoluna gitmiştir. Osmanlı Devleti'yle beraber şekillenen yenilik müftülük kurumunun da devlete entegre edilmesi olmuştur.

Devlette resmi bir fetva makamı oluşturulması ifta faaliyeti bakımından iki büyük etkiye sebep olmuştur. Öncelikle devlet tarafından maaşı ödenen bu resmi makamda çalışan memur-lardan siyasi otoritenin isteklerine aykırı bir fetvanın sadır olması ihtimali zayıflamıştır. Bağımsız bir müftüye nazaran geçimini devlet tarafından kendisine verilen maaş ve nimetler üzerinden sürdüren bir görevlinin kamu otoritesinin kararlarına fetva yoluyla karşı çıkması olanağı açıkça daha düşüktür<sup>55</sup>. Üstelik padişahın şeyhülislamı istediği anda azledebilmesi de bu

<sup>52</sup> Kılıç, "İlmiye Teşkilatı", s. 306.

<sup>53</sup> Cenk Reyhan, "Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidar ve İlmiye Sınıfı", *Amme İdaresi Dergisi*, 32/3 (1999), s. 79.

<sup>54</sup> Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, s. 178.

<sup>55</sup> Devletten maaş almamaları halinde fetva veren âlimler yer yer kendi mesleklerini icra ederek, yer yer de vakıflardan yapılan ödemeler, bağış, hediye ve sadaka gibi alternatif yollarla geçimlerini sağlamaktaydı. Muhammed Khalid Masud, Brinkley Messick ve David S. Powers, "Müftüler, Fetvalar ve İslâm Hukukunda Yorum", çev., Gökçe Çataloluk ve Sercan Gürler, *İÜHFİM*, LXIV/1 (2006), s. 331-332. Öte yandan bu durum da müftülerin rüşvet karşılığında ve kişisel çıkarlarını temin etmek için fetva verme risklerini ortaya çıkarmaktadır. Bu sorunun irde-lenmesi, ilim faaliyetleri karşılığında bir ücretin alınıp alınmayacağına ilişkin İslam hukukunun kadim tartışma-larından birine de temas ederek, çalışmamızın kapsam ve sınırını aşmaktadır.

anlamdaki şartları daha da ağırlaştırmaktadır. Bu durum, fetva makamının devlete entegre edilmesinin bu makamın etkinliğine ilişkin ilk ve olumsuz etkisi olarak görünmektedir.

Diğer taraftan, fetva makamının bu şekilde kurumsallaştırılmış olması etki ve gücünü de büyük oranda arttırmaktadır. Tüm ülkedeki müftüler ve genel olarak ilmiye sınıfının başı olduğundan dolayı şeyhülislam tarafından verilen bir fetva bir bütün olarak ilmiye sınıfının otoritesini arkasına almaktadır. Bu durum verilen fetvanın etkisinin daha yüksek olmasına yol açmaktadır. Müftülük kurumsallaşmadan önce bir âlimin verdiği fetva başka bir âlim tarafından basitçe nakzedilebilmektedir. Bu tip durumlarda fetvanın etkisini belirleyen unsur fetvayı veren âlimin toplumsal prestiji olmaktadır. Fakat müftülüğün teşkilatlandırılması ve devlete entegre edilmesinin ardından şeyhülislamın verdiği fetva bütün müftülük teşkilatını arkasına alarak çok daha ciddi bir toplumsal itibara sahip olmuş görünmektedir. Bundan dolayı şeyhülislamın fetvasının herhangi bir âlimin verdiği fetvaya nazaran çok daha etkili olduğunu söylemek mümkündür.

Netice olarak, şeyhülislamın itibarının arkasında esas olarak İslam hukukunun aşkın yapısı yatmaktadır. İslam hukukunun kaynağı ilahi kabul edildiğinden dolayı siyasi otoritenin hukuk yapma alanları ziyadesiyle daralmaktadır. Üstelik siyasi otoritelerin özgürce kanunlaştırma yapabildikleri örfi hukuk alanı, teorik olarak, şer'i hukuka tabi olmalıdır<sup>56</sup>. Yukarıda da değindiğimiz üzere, İslam hukukuna aykırı bir düzenleme ya da uygulama olsa dahi, bunun bir şekilde İslam hukuk ile bağdaştırılmaya çalışılmış ve İslam hukukçularının onayı aranmıştır. Böylece aykırı ya da tartışmalı durumlarda bile, şer'i hukukun çerçevesinden çıkılmadığı, topluma gösterilmek istenmiştir. Bu sebeplerle İslam hukuku alanında araştırmalarda bulunan âlimler, hukukun içeriği konusundaki en büyük otoriteler olarak şekillenmişlerdir.

Şeyhülislamın iki çeşit fetva verdiğiinden bahsedilmektedir. Bunlardan ilki, özel kişiler veya kadılar tarafından sorulan sorulara ilişkin cevaplar olarak formüle edilmiş hukuki önermelerdir. Bu tür fetvaların icrailik yeteneği olmasa da kadılar tarafından verilen hükümlerde bu fetvalardan geniş bir şekilde istifade edildiği tarihi bir vakıdır. Hatta bazen Divan-ı Hümayunca kadılara, Şeyhülislam fetvası gereğince hükmetmeleri ya da yargılama yapmaları gerektiği bildirilmiştir<sup>57</sup>. Şeyhülislamın verdiği diğer fetvalar ise literatürde "fetava-yı şerife"

<sup>56</sup> Reyhan, "Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidar ve İlmiye Sınıfı", s. 78.

<sup>57</sup> Bu hususa ilişkin mühimme kayıt örnekleri mevcuttur. Bir kayıt şöyledir: "*Mısır beğlerbeğisine ve kadısına hüküm ki: hâliyâ Mısır'da bazı Yahudiler Müslüman olan Arab câriye ve kul istihdâm eyleyüb bu husûs için tâife-i yahûd Müslüman olan Arab câriye ve kul istihdâm eylemeleri şer'an câiz olmaz deyu fetvâ-yı şer'iyye olduğu i'lâm olunmağın şer'i şerife muvâfık olan fenvâ mucibince amel olunmasın emr idüb buyurdum ki vardukda bu husûs için olan fetvâ-yı şer'iyye mucibince amel idüb hılâfına cevâz göstermeyesin.*" Fatih Çiçek, "69 Numaralı Mühimme Defterinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (s. 169-336)", Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2011, s. 199.

Buna ilişkin bir diğer mühimme kayıt örneği ise şu şekildedir: "*Kavala kâdisına ve sâbıkâ Zihne kâdisı olan Hacı Mehmed'e hüküm ki: Düstûr-u mükerrer müşir-i mufâhham ale'l ahir vezirim Mehmed Paşa edâme'llahu te'âlâ iclalühünün haklarından âdemleri dört yük akçe götürürken Kavala karibinde âdemleri ve akçe zayı' olmağın şer'le zuhûra getürmek için hüküm-ü Hümayûnum verilüb lakin bu fesâdı edenler kimler ediğü şer'le zuhûra getürülmemegi ol cânibde şirret ve şekâ ile maruf olub töhmet sâbıkâları olanlar ahz olunub hats olunursa zuhür etmek ihtimali olub ve bu bâbda fetva-i şerife dahi olduğu i'lâm olunmağın bu bâbda fetva-i şerife mucibince amelidüb alel tenbîh bu fesâdları edenler zuhûra getürülme emridüb buyurdum ki: Vardukta bu bâbda evkât-ı mukayyed olub husus-u mezbûru sayire kıyas etmeyüb fetva-i şerife mucibince töhmet sâbıkâları olub şirret u şekâ ile maruf*"

olarak da bilinen, çoğunlukla padişahın sorusuna cevap olarak verilen ve altında şeyhülislamın imzası bulunan fetvalardır<sup>58</sup>. Bu tür fetvalar tarihsel açıdan daha önemli, hukuki açıdan daha etkili, konumuz bakımından da şeyhülislamın hususi rolüyle daha irtibatlıdır.

Özellikle bahsi geçen ikinci çeşit fetvalar yordamıyla, şeyhüislamlar padişah ve sadrazamın kanunlaştırma ve icraatlarına karşı bir nevi doğal hukukun temsilcisi pozisyonunda yer almaktadır. Prensip olarak bahsedilen bütün bu eylemlerin hukuka uygunluğuna ilişkin görüş ve kanaatlerini bildirmekte serbest ve hatta bununla muvazzaftır. Bu vazife günümüz açısından bakıldığında, şeyhülislamın teorik açıdan bir çeşit anayasa mahkemesi ya da insan hakları mahkemesi gibi konumlanmasına sebebiyet vermiştir. Şeyhüislamlar aynen bir anayasa mahkemesi gibi örfi kanunların şer'i hukuka uygunluğu konusunda denetimde bulunabilmekte ve yine bu mahkemeler gibi bazı eylem ve icraatların hukuka uygun ya da aykırı olduğunu ilan edebilmektedir.

Şeyhülislamın padişahı denetlemesinin zemini tam olarak burada ortaya çıkmaktadır. Şeriatın temsilcisi şeyhülislam din ve hukuk adına padişahın düzenleme ve eylemlerini tartışma konusu yapabilmektedir. Önemli işlemlerde şeyhülislamdan fetva alınmasının rutin uygulama haline gelmesi<sup>59</sup> bu denetim mekanizmasını kuvvetlendirmiştir. Böylece, önemli ve görece büyük değişikliklerin şeyhülislamın fetvasına ihtiyaç duyduğuna yönelik bir kanaat oluşmuş, şeyhülislamın bu mekanizmadaki yeri kalıcılaştırmıştır.

Buna rağmen, şeyhülislamın padişahı denetlemesinin önündeki en büyük engel bu makamın devlet teşkilatı içerisinde yer almasıdır. Şeyhüislamlar neticede padişah tarafından tayin ve gerektiğinde azledilmektedir. Üstelik geçimini görevinin karşılığı olarak aldığı maaşla temin etmektedir. Netice itibarıyla şeyhüislamların devlet teşkilatı içerisinde padişahın astı olduğuna ilişkin herhangi bir şüphe mevcut değildir<sup>60</sup>. Bu durum, şeyhüislamların padişahla karşı karşıya gelmesini ciddi ölçüde zorlaştırmaktadır. Karatepe'nin ifadeleriyle, "*Şeyhülislam ve örgütüne bağlı olarak görev yapan kadılar, müftüler ve müderrisler, devletin maaşlı memurları olduklarından, siyasi iktidar karşısında bağımsızlaşarak iktidarın alternatifi bir güç konumuna yükselememiştir*"<sup>61</sup>. Şeyhülislamla padişah arasındaki ilişki böyle bir denge üzerinde seyretmektedir.

## B. TARİHSEL SÜREÇTE ŞEYHÜİSLAMIN PADİŞAHI DENETLEMESİ

Osmanlı merkez ve taşra teşkilatı arasındaki üyeler çeşitli araçlarla denetleme konusu yapılmış ve böylece devlet kurumlarının ve idarecilerinin hukuka uygun ve topluma yararlı bir şekilde çalışmaları amaç edinilmiştir. Merkez teşkilatının en önemli müessesesi Divan-ı Hümayun, kafes arkası ve arza çıkma yöntemleri ile padişahça denetlenmiş; taşra teşkilatında ise şehzade ve paşa divanları, benzer biçimde lalaların veya Divan-ı Hümayunun gözetiminde

*olanlarını ele götürüb alev tenbîh zuhûra getüresin.*" İbrahim Canpolat, "72 Numaralı Mühimme Defterinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (s.160-320)", Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2014, s. 813.

<sup>58</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, 1, s. 71.

<sup>59</sup> Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 168.

<sup>60</sup> Michael M. Pixley, "The Development and Role of the Şeyhülislam in Early Ottoman History", *Journal of the American Oriental Society*, 96/1 (1976), s. 93.

<sup>61</sup> Şükrü Karatepe, "Osmanlı'da Din-Devlet İlişkisi", *Osmanlı: Teşkilât*, der., Güler Eren, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1999, s. 60.



olmuşlardır<sup>62</sup>. Bu başlık altında ise merkez teşkilatının en önemli üyesi ve devletin başı olan padişahın, şeyhülislam aracılığıyla nasıl bir denetim ve sınırlandırılmayla karşı karşıya olduğu tartışılmaktadır.

### 1. Şeyhülislamın Hukuksal Denetimi

Bir önceki başlıkta tartışılan sebeplerden dolayı şeyhülislamın padişahları denetlemesi çok sık karşılaşılan bir olgu değildir. Genel itibariyle, padişah ile şeyhülislam arasındaki güç eşitsizliği bazı istisnai dönemlerde azalmıştır. Bu durum ya idarenin yaşadığı zaafılardan ya da şeyhülislamın görevini yürüten kişinin toplumsal prestijinin yüksekliğinden kaynaklanmıştır. Şeyhülislamın gücünün arttığı ya da padişahın gücünün azaldığı bu devirlerde, şeyhülislamın şer'i hukuk adına padişahı denetlemesinin söz konusu olabileceğinden bahsetmek mümkündür. Bu denetimin tek koşulunun idarenin zaaf içerisine düşmesi olmadığı, Kanuni Sultan Süleyman ile Şeyhülislam Ebussuud Efendi arasındaki ilişki örneğinde görünüm kazanmaktadır. Her ne kadar Kanuni Sultan Süleyman kudretli bir padişah olsa da Ebussuud Efendi'nin de çok güçlü bir şeyhülislam olması, ikincisinin ilkinin denetleyebilmesini olanaklı kılmıştır. Ancak netice itibariyle bu denetim ancak böyle istisnai dönemlerde hayata geçirilebilmiştir.

Osmanlı Devleti'nde şeyhülislamın padişaha karşı çıkması konusunda sıklıkla örnek gösterilen vakalardan biri Yavuz Sultan Selim'in Hazine-i Amire muhafızlarından yüz elli kişinin katledilmesini emretmesine karşı Şeyhülislam (Zenbilli) Ali Cemali Efendi'nin sultanın karşısına çıkarak bu kişilerin affını istemesidir. Yavuz Sultan Selim bunun üzerinde "*Sen emri saltanata taarruz ediyorsun, bu senin vazifen değildir*" demiş olsa da (Zenbilli) Ali Cemali Efendi cevaben "*Ben senin ahiretin emrine taarruz ediyorum. Bu benim vazifemdir. Eğer aff ederseniz necat bulursunuz ve aksi halinde azab-ı azime müstehak olursunuz*" dediği nakledilmektedir<sup>63</sup>. Bu sözün üzerine padişah tarafından katledilmelerine hükmedilen bu kişiler serbest bırakılmıştır.

Buna benzer başka bir örnek ise Şeyhülislam (Zenbilli) Ali Cemali Efendi Yavuz Sultan Selim'i Edirne'ye uğurlarken yaşanmıştır. Şeyhülislam, yolda iplerle bağlanmış dört yüz kişinin bulunduğunu görünce sebebini sormuş, sultanın yasaklamasına karşılık bu kişilerin ipek satın aldığından dolayı bu şekilde bağlandıklarını öğrenmiştir. Bu durum üzerine Şeyhülislam'ın atıyla sultanın yanına gittiği ve bu kişilerin öldürülmesinin helal olmadığını söylediği aktarılmaktadır. Bu ikazdan dolayı öfkelenen Yavuz Sultan Selim'in saltanat işlerinin şeyhülislamın görevi olmadığını söylemesine karşılık, Şeyhülislam (Zenbilli) Ali Cemali Efendi'nin "*Bu ahirete yönelik işlerdendir. Buna müdahalede bulunmak ise benim görevimdir*" dediği aktarılmaktadır<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Abdullah Vefa Karataş, "Divan-ı Hümayun ile Paşa Divanının Karşılaştırılması – Manisa Şehzâde Sarayı Divânı Örneği", *Adalet Dergisi*, 62-63 (2019), s. 259.

<sup>63</sup> Enver Ziya Karal, *Osmanlı Tarihi*, C. VII, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1995, s. 137.

<sup>64</sup> Ali Emiri, "Meşihat-ı İslamiye Tarihçesi", *İlmiye Salnamesi*, der., Seyit Ali Kahraman, Ahmed Nezih Galitekin, and Cevdet Dadaş, İstanbul: İşaret Yayınları, 1998.'den aktaran Davut Dursun, "Osmanlı Devleti'nde Din-Devlet İlişkileri Üzerine Bazı Notlar", *Osmanlı: Teşkilat*, der., Güler Eren, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1999, s. 71.

Her iki vakada da dikkat edilmesi gereken nokta Şeyhülislam (Zenbilli) Ali Cemali Efendi'nin saltanat işlerine karışmamayı lafzen kabul etmesi fakat buna karşılık sultanın Őahsının ahiretiyle ilişkili bir işe karıştığından hareketle tutumunun arkasında durmasıdır. Bu istisnai vakalardan iki sonuç çıkarılabilir: (Zenbilli) Ali Cemali Efendi, din ve hukukun temsilcisi olarak saltanat işine müdahale etmeyeceğini kabul etmiştir. Bu kabul Şeyhülislamın yetkisini sınırlandırmasını temsil etmektedir. Buna mukabil, başka bir argümandan hareketle yine de "saltanat işine karışmayı" sürdürmüş ve sonuç almıştır.

Nitekim Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin Kanuni Sultan Süleyman döneminde yapılan kanunlaştırma hareketlerine önemli ölçüde katkı sunduğu ifade edilmektedir. Özellikle Budin Kanunnamesi'nin şer'i hukuka uygun bir biçimde hazırlanmasında Ebussuud Efendi'nin itiraz ve direnmeleri etki sahibi olmuştur<sup>65</sup>. Bunun haricinde, Ebussuud Efendi'nin şer'i konularda verdiği fetvaları padişaha arz ederek kanunname formatında neşredilmesini sağladığı da bilinmektedir<sup>66</sup>. Ayrıca Ebussuud Efendi, kendi döneminde çıkarılan kanunnamelerde yer alan maddelerin şer'i hukuka uygunluğuna ilişkin fetvalar verebilmiştir. Bu kapsamda, Ebussuud Efendi'nin gerek umumi gerekse eyalet kanunnamelerinde yer alan hınzır vergisinin haram olduğuna ilişkin bir fetva verdiği bilinmektedir<sup>67</sup>. Dolayısıyla Ebussuud Efendi'nin padişahın tesis ettiği düzenleyici işlemleri İslam hukuku adına denetleme geleneğini başlattığından bahsetmek mümkündür.

Konu hakkında verilebilecek önemli örneklerden biri yine Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin meşhur "*na meşru nesneye emr-i sultani olmaz*" fetvasıdır. Ebussuud Efendi'nin bu fetvayı birtakım kapitülasyonların kabul edilmesinin ardından yargısal süreçlerde müstemelerin de şahitlik yapabilmesine sultan tarafından müsaade verilmesine ilişkin olarak verdiği ifade edilmektedir<sup>68</sup>. Dolayısıyla söz konusu fetvanın altyapısında sultanın bir kararına karşı Şeyhülislamın şer'i hukuka dayanarak karşı çıkması yer almaktadır.

Fakat bu açık fetvanın lafzı bundan çok daha fazlasını ifade etmektedir. Aslında bu fetva bizzat sultanın dahi şer'i hukukla sınırlandırılmış olmasının yeniden ilanıdır. Hukuka uygun olmayan bir konuda sultanın emrinin söz konusu olamayacağını ifade eden bu fetvayla, Şeyhülislam Ebussuud Efendi sultanı kendi "yetki sınırlarına" doğru geri çekilmeye zorlamaktadır. Bu açıdan da bu tarihsel fetvanın hem hukuk tarihimiz hem de bu çalışmanın konusu bakımından anahtar niteliğinde olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

Şeyhülislamların padişahla karşı karşıya geldiği sınırlı vakalar arasında III. Mehmet (ö. 1595) devrinde bu görevi yürüten Sunullah Efendi'nin (ö. 1612) padişahla birkaç defa

<sup>65</sup> Karatepe, "Osmanlı'da Din-Devlet İlişkisi", s. 59.

<sup>66</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Nası Aslan, "Klasik Dönem Ceza Kanunnâmeleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer'iliği Üzerine", *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 3/2 (2003), s. 27.

<sup>67</sup> Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 1973, s. 191.

<sup>68</sup> İslam Ansiklopedisi, Ahmet Akgündüz, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994, "Ebüssuud Efendi" maddesi, s. 368; Mehmet Akif Aydın, "Osmanlı'da Hukuk", *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi*, der., Ekmeleddin İhsanoğlu, İstanbul: İslam Tarih, Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi (IRCICA), 1994, s. 386. Murat Akgündüz ise bu fetvanın Ayasofya evkafına ait dükkânların kiracılarının pahalı malzeme ile iş yapmalarını gerekçe göstererek padişahtan aldıkları kiralardan arttırılmamasına ilişkin isteklerini onaylayan ferman için olduğunu belirtmektedir. Akgündüz, "XIX. Asır Başlarına Kadar Osmanlı Devleti'nde Şeyhu'l-İslâmlık", s. 90.

münakaşaya girmiş olması da sayılmaktadır. Sunullah Efendi'nin şeyhülislamlığa tayin edildiğinde kendisini saraya davet ederek baş başa görüşen III. Mehmet'e "*Hilaf-ı şer'i şerif olan evda' ve etvarın birine rızam yoktur*" diyerek keskin bir tutum aldığından bahsedilmektedir<sup>69</sup>. Bunun yanında Padişah I. Ahmet'in (ö. 1617) İran seferi için yola çıkmış orduyu Üsküdar'dan döndürme kararına karşılık Şeyhülislam Sunullah Efendi'nin padişahla tartışarak padişahı açıkça tenkit ettiği nakledilmektedir<sup>70</sup>.

Buna benzer başka bir misal Sultan II. Osman'ın (ö. 1622) kendisinden iki yaş küçük bulunan kardeşi Şehzade Mehmed'in katli için Şeyhülislam Esad Efendi'den (ö. 1625) fetva istemesidir. Esad Efendi bu fetvayı vermemiş fakat Rumeli Kazaskeri Taşköprülüzade Kemaleddin Efendi (ö. 1621) şeyhülislam olma ümidiyle bu fetvayı vermiştir<sup>71</sup>. Dolayısıyla bu vaka da şeyhülislam padişahın istediği bir fetvayı hukuki ve dini sebeplerden kaynaklanan gerekçelerle vermeyi reddetmiş olsa da padişah ihtiyaç duyduğu fetvayı alacak başka bir merciyi rahatça bulmuştur<sup>72</sup>.

Öte yandan bu gibi örnekler pek çoğaltılamamaktadır. Bazı öne çıkan isimleri istisna kabul edersek, Osmanlı devlet teşkilatının rutin işleyişinde şeyhülislamların padişahların kararlarını aktif bir şekilde denetlemesinin çok yaygın olmadığı açıktır. Bunun sebebi kısmen şeyhülislamların İslam hukukuna ve kendi yetkilerine ilişkin alternatif yorumlara sahip olmaları olabileceği gibi, bu alternatif yorumların da şekillenmesinde en azından kısmen etkili olan daha önemli bir sebebin padişahların şeyhülislamları gerekçesiz bir şekilde azledebilmeleri ve istedikleri fetvayı vermeye hazır olan şeyhülislamları makama tayin edebilmelerinin oluşturduğu caydırıcılık olduğu söylenebilir. Öte yandan şeyhülislamların pratikte sürekli bir hukuki denetim ilişkisi geliştirmek yerine daha çok idari kriz dönemlerinde bu krizlerin çözümü doğrultusunda rol üstlenerek başka bir çeşit denetimde bulduklarından bahsedilebilir. Bir sonraki başlıkta padişahların hal edilmeleri sürecinde şeyhülislamların işlevi tartışma konusu yapılmaktadır.

## 2. Padişahların Hal Edilmesinde Şeyhülislamlar

Şeyhülislamların padişahın denetlenmesi bağlamındaki bir diğer işlevinin padişahların hal edilmeleriyle ilgili olarak ortaya çıktığından bahsetmek mümkündür. Şeyhülislamların padişahların hal edilmeleriyle ilgili iki temel rolü mevcuttur. İlki yüksek bürokrasi mensubu olarak hal kararlarının alınmasına katkı sunmak ve ikincisi ise fetva vererek bu kararları meşrulaştırmaktır.

Şeyhülislamın bu iki işlevinin ilki durumun zorlaması halinde geri kalan yüksek bürokratlarla beraber hal kararının alınmasına dâhil olmak şeklinde görünüm kazanmaktadır. Karal; Tunuslu Hayrettin Paşa'nın "İslam Devletlerinde Gerekli Reform" başlıklı kitabından naklen Engelhardt'ın Kanuni Sultan Süleyman tarafından çıkarılan bir kanunnamenin şu satırları

<sup>69</sup> Akgündüz, "XIX. Asır Başlarına Kadar Osmanlı Devleti'nde Şeyhu'l-İslâmlık", s. 91.

<sup>70</sup> Akgündüz, "XIX. Asır Başlarına Kadar Osmanlı Devleti'nde Şeyhu'l-İslâmlık", s. 91.

<sup>71</sup> İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, C. 3, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1988, s. 141.

<sup>72</sup> Tabii ki burada kazaskerin fetva verip veremeyeceği konumuzun dışında kalan ayrıca tartışılması gereken bir meselesidir.

alınıldığını ifade etmektedir: “Devlet idaresi ulema ile vükelaya tevdi edilmiştir. Padişahın doğru yoldan sapsması halinde, ulema ve vükela ordu reislerini keyfiyetten haberdar ederek padişahı tahttan indirip yerine hanedan erkanından diğerini seçeceklerdir.”<sup>73</sup>. Gerçekten Osmanlı Devleti’nin uzun ve zorlu tarihi boyunca pek çok padişah birçok kez siyasi dengelerin zorlamasıyla gelişen süreçler sonucunda çeşitli gerekçelerle tahttan indirilmiştir. Şeyhülislamın bu vakalardaki rolü öncelikle yine siyasi şartlar müsait olduğunda bir bürokrat olarak bu kararın alınışına iştirak etmesidir.

Fakat şeyhülislamın hal vakalarında ikinci bir rolü daha vardır. Bu rol daha simgesel olmakla birlikte şeyhülislama özgüdür ve kurumun devlet teşkilatı içerisindeki konumunu yukarıya çekmeye daha elverişlidir. Hal işlemi sonuç itibarıyla devletin başında olan ve tüm devlet bürokrasisini tayin eden kişinin kendi tayin ettiği kişiler tarafından tahttan el çektilmesi anlamına gelmektedir ve siyasi bir olaydır. İşin niteliğinden dolayı bu siyasi olayı hukuki çerçeveye kavuşturmak kolay değildir.

Şeyhülislamın rolü bu noktada başlamaktadır. Şeyhüislamlık da her ne kadar aynı bürokratik yapı içerisinde yer alan bir kurum olsa da daha önce de ifade edildiği gibi şeyhülislamın din ve hukukun temsilcisi mahiyetindedir. Öte yandan İslam hukuku açısından sultan hukukun asli kaynağı değildir. Bu sebepten dolayı şeyhülislam sultanı da aşan ve sultan için de geçerli olan hukukun temsilcisi olarak fetva vermek suretiyle bu hal işlemini meşrulaştırabilmektedir. Bu yolla, sultanı hal eden güçlerin eylemleri hukuka uygun hale gelmekte ve yeni sultanın tahta yerleşmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla şeyhülislamın hal fetvaları padişahların tahttan indirilme yöntemlerine ilişkin teamüle dayanan hukuki bir kurum mahiyeti kazanmaktadır.

Kuşkusuz şeyhülislamın bu rolü yalnızca padişahların değil diğer yüksek bürokrasi mensuplarının da azl ve hatta kimi zaman katli için de söz konusu olabilmektedir. Osmanlı tarihine yeniçeri isyanları olarak geçen vakaların çok önemli bir kısmında isyancılar azl veya katledilmesini istedikleri kişilerin şeriata aykırı davrandığını öne sürmüş ve bu iddialarını bir şeyhülislam fetvasıyla gerekçelendirmeye çalışmıştır<sup>74</sup>.

Osmanlı’da şeyhülislamın bu meşrulaştırıcı etkisine çok önem verilmiştir. Konumuz bakımından önem arz eden padişahların hal edilmesine ilişkin neredeyse bütün vakalarda şeyhülislamın fetvası bir şart olarak aranmıştır. Nitekim Osmanlı Devleti’nin uzun siyasi hayatı boyunca pek çok padişah şeyhülislamın fetvasıyla hal edilmiştir. Örneğin, II. Osman (1622), İbrahim (1648), IV. Mehmet (1687), II. Mustafa (1703), III. Ahmet (1730), III. Selim (1807), IV. Mustafa (1808), Abdülaziz (1876) ve II. Abdülhamit (1909) şeklinde sayılmaktadır<sup>75</sup>. Öte yandan I. Mustafa (1613 ve 1623), İbrahim (1648), V. Murat (1876) gibi

<sup>73</sup> Enver Ziya Karal, *Osmanlı Tarihi*, C. VIII, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2007, s. 196.

<sup>74</sup> Östen, “Osmanlı Hukukunda Fetvâ”, s. 42.

<sup>75</sup> Östen, “Osmanlı Hukukunda Fetvâ”, s. 39. Elmas, “Hal’ Fetvaları Işığında Osmanlıda Şeyhülislamın Siyasi Konumu”, s. 94-147.

bazı padişahlar da yine şeyhülislam fetvasıyla fakat bu defa akıl zayıflığı gerekçesiyle tahttan indirilmiştir<sup>76</sup>.

Padişahların hal ve katli hakkında verilmiş fetvalar bulunmaktadır. Bu fetvalarda, diğer tüm fetvalarda olduğu gibi, padişahın ismi özel olarak zikredilmemektedir. Fakat buna karşılık vakanın şartları sayılarak durum yine de büyük ölçüde muayyenleştirilmektedir. Bu fetvalara bir örnek şu şekilde gösterilebilir:

Emirü'l-mü'minin bulunan Zeyd'in makam-ı imâmetde bulunmasını Müslimîn kerih görüb Zeyd-i mezbur dahî Müslimînin kerih gördüklerini kendinin makam-ı imametde bulunmasını istemediklerini bildiği halde makam-ı imameti terk idüb çekilmeyecek olur ise o halde Zeyd mutegallib mezburun katli câiz olur mu?

El-cevab: Lâzım olur<sup>77</sup>.

Şeyhülislamların akli dengesini koruyamadığı öne sürülen padişahların tahttan indirilmesi için de fetva verdiğinden bahsedilmişti. Şeyhülislam Hocasade Mehmed Esad Efendi (ö. 1625), Sultan I. Mustafa'nın (ö. 1639) İstanbul'daki türbeleri gezip denizdeki balıklara altın dağıttığının kendisine nakledilmesiyle 26 Şubat 1618 tarihinde I. Mustafa'nın hal'i için fetva vermiştir. Benzeri mahiyette başka bir şöhretli fetva ise Şeyhülislam Abdurrahim Efendi'nin (ö. 1716) Sultan İbrahim (ö. 1648) hakkında verdiği fetvadır. Abdurrahim Efendi fetvasını şu şekilde hazırlamıştır:

Menâsib-ı 'ilmiyye ve seyfiyyeyi ehline vermeyip rüşvet ile tevcihin edüp nizâm-ı âleme hâle veren pâdişâhın hal' ve izâlesi câiz olur mu?

El-cevab: Olur, el-fakîr Abdürrahîm, sene 1057<sup>78</sup>.

Görüldüğü gibi Abdurrahim Efendi hazırladığı hal fetvasında Sultan İbrahim'in ruh sağlığıyla alakalı bir hususa değinmemiş, yalnızca ilmiyye ve seyfiyye sınıflarındaki kamu görevlerini ehliyet ve liyakat esasına tabi bir şekilde dağıtmamasını hal edilmesi için yeterli sebep kabul etmiştir. Fetvanın bu içeriği genelde İslam hukuku üzerinden yapılacak bir hukuki denetime, özelde ise şeyhülislamlara çok ciddi bir teorik zemin açmaktadır. Bu fetvanın Sultan İbrahim'in hal'i için yeterli sayılması benzeri usulsüzlüklerin yani kamu görevlerini ehliyet ve liyakat ilkelerine aykırı bir şekilde dağıtmanın bir padişahın tahttan indirilmesi için yeterli olacağı hükmünü içinde barındırmaktadır.

Fakat pratikteki durum ise farklıdır. Gerçek hayatta, bir padişahın tahttan indirilmesi için başta bürokrasinin tepesinde yer alan yetkililerin bir çeşit uzlaşısını içeren çeşitli siyasi dinamiklerin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu kararın alınmasının ardından şeyhülislamın fetvası şekli bakımından hukuka uygunluğu sağlama ve yaşananları topluma izah edebilme aracı olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla fetvanın tam olarak ne gerekçeyle verildiği ve nasıl düzenlendiği pratikte çok da önemli olmamaktadır.

<sup>76</sup> Örsten, "Osmanlı Hukukunda Fetvâ", s. 39.

<sup>77</sup> Hacı Şakir, *Fetâvâ-yı Şerife*, Kahire: Matbûa-i İçtihad, 1320, s. 19.no: 15'den aktaran Örsten, "Osmanlı Hukukunda Fetvâ", s. 40.

<sup>78</sup> Akgündüz, "XIX. Asır Başlarına Kadar Osmanlı Devleti'nde Şeyhu'l-İslâmlık", s. 163-164.

Bu meyanda verilebilecek örneklerden başka birisi de III. Selim'in (ö. 1808) hal'ine ilişkin Şeyhülislam Şerifzade Mehmet Ataullah Efendi (ö. 1811) tarafından verilen fetvadır. Şeyhülislam Ataullah Efendi, III. Selim'in tahttan indirilmesi hususunda verdiği fetvasında “*emir ve fermanları ile halkını Avrupa düzenine uymaya zorlayarak şeriata muhalif hareket eden bir padişahın saltanat makamına layık olamayacağını*” belirtmiştir. Kuşkusuz bu fetva önceki örneklere nazaran daha siyasi bir görünüm arz etmektedir ve daha açık bir “denetim” iması barındırmaktadır. Fakat bu fetvanın da arka planında isyan ederek devlet merkezini ele geçiren isyancıların teşvikinin bulunduğu gözlerden kaçırılmamalıdır<sup>79</sup>.

Osmanlı tarihinin çok daha ileri bir aşamasından Şeyhülislam Hasan Hayrullah Efendi'nin (ö. 1898) Sultan Abdülaziz'in (ö. 1876) hal'i için verdiği fetva da bu fetvalar arasında sayılabilir. Abdülaziz tamamen siyasi amaçlarla hal edilmek istense de Hasan Hayrullah Efendi tanzim ettiği fetvanın içeriğine sultanın akli dengesinin bozuk olduğuna yönelik bir ibareyi de yerleştirmiştir. Karal'ın aktarımıyla, hal fetvasını vermek konusunda son anda tereddüte düşen şeyhülislamın tehir teklifine Süleyman Paşa şu şekilde cevap vermiştir: “*Efendi hazretleri, artık iş isten geçti. Şu anda birçok muhterem paşalar bir daimi tehlike içinde bulunuyor. Bunların hayat ve selameti efendimizin elindedir.*”<sup>80</sup>. Buna binaen Şeyhülislam Hasan Hayrullah Efendi aşağıda yer alan fetvayı vermiştir:

Emirülmüminin olan zeyd muhtelişuur ve umuru siyasiyeden bibehe olup emvali miriye mi mülk ve milletin takat ve tahammül edemeyeceği mertbe masarifi nefsanitiesine sarf ve umuru diniye ve dünyeviyeyi ihlâl ve teşviş ve mülk ve milleti tahrip edip bekası mülk ve millet hakkında muzır olsa, hal'i lâzım olur mu?

El-cevap: Olur.<sup>81</sup>

Bütün bu fetvalardan anlaşılacağı üzere şeyhülislamlar yüksek bir teorik denetim gücünü ellerinde bulundurmaktadırlar ve padişahların hal edilmesini hukuka uygun hale getirme yetkisine sahip kabul edilmektedir. Üstelik hal fetvalarını Osmanlı Devleti'nde kullanılan fetva formülasyonu mucibince umumi bir dille ifade etmek suretiyle teorik açıdan bütün padişahları bağlayan bir hukuki çerçeve çizmiş olmaktadır. Sözelimi kamu malını milletin tahammül edemeyeceği derecede şahsı için sarf etmek bir padişahın hal edilmesi için geçerli sebep olduğunda, teorik olarak, bu sebebin geri kalan bütün padişahları da bağladığından bahsetmek gerekmektedir. Bu fetva mucibince aynı kusura sahip olan padişahların da yine hal edilmeleri gerekmektedir. Bu durum şeyhülislamların çok ciddi bir teorik güce sahip olmaları anlamına gelmektedir.

Fakat şeyhülislamların fiili durumda da aynı güce sahip olduklarından bahsetmek zordur. Fetvalarının teorik gücüne karşılık teşkilat içerisindeki konumları ve neticede padişahın astı olarak kabul edilmeleri, şeyhülislamların İslam hukukuna dayanarak ortaya koydukları özgür fetvalarla padişahları azletmelerine olanak tanımamaktadır. Ayrıca şeyhülislamların denetim fonksiyonunu icra edememesindeki tek engelin bizatihi padişah ya da aralarındaki konum

<sup>79</sup> Akgündüz, “XIX. Asır Başlarına Kadar Osmanlı Devleti'nde Şeyhu'l-İslâmlık”, s. 164.

<sup>80</sup> Karal, *Osmanlı Tarihi*, VII, s. 108.

<sup>81</sup> Karal, *Osmanlı Tarihi*, VII, s. 108.

farklılığı olmadığını, devlet bürokrasinin de zaman zaman buna mani olduğunu belirtmek gerekir.

Hal fetvalarının, padişahın hal'i için yeterli şartların oluşmasının ve fiilen kararın alınmasının ardından bu kararı meşrulaştırıcı bir unsur olarak anlaşılması daha doğru olacaktır. Dolayısıyla şeyhülislamın çoğu kez bu hal işlemlerinde fiili durumu meşrulaştıran aktörler olarak görünüm kazanmaktadır.

## SONUÇ

Şeyhülislamlık kurumu bütün İslam ülkelerinde sivil alanda hâlihazırda var olan âlim ve müftülerin Osmanlı Devleti'nde resmi devlet teşkilatına kazandırılmasıyla hayata geçirilmiştir. Başkent'in müftüsünün öncelikle ulema ve dolayısıyla geri kalan müftülerin ve ardından tüm ilmiye sınıfının başı olarak kabul edilmesiyle beraber şeyhülislamlık kurumu da olgunlaşarak teşekkül etmiştir. Kurum ilk dönemlerinde gerek padişah gerek de toplumsal hayat üzerinde pek de etki sahibi değilken tarihsel süreç içerisinde çok ciddi bir güç ve etkinlik kazanmıştır.

Bu duruma rağmen Osmanlı Devleti'nde şeyhülislamın padişah tarafından tayin ve azledilmektedir. Dolayısıyla şeyhülislamlık da netice itibarıyla bir çeşit kamu görevidir ve bu makamı işgal eden kişiler kuşkusuz padişahın aslarıdır. Üstelik özellikle de Kanuni Sultan Süleyman döneminden sonra teamülen de olsa makamlarına ilişkin herhangi bir güvenceleri söz konusu değildir. Osmanlı tarihinde şeyhülislamın rahatlıkla azledildiğine ilişkin pek çok örnek bulunmaktadır.

Şeyhülislamın İslam din ve hukukunu temsilen Osmanlı yönetimini desteklemekte ve denetlemektedir. Bu görevlerini ifa ederken kullandıkları temel araç fetva kurumudur. Bu makamda yer alan kişiler fetvalar vererek bir eylem, işlem ya da olgunun hukuka uygunluğunu ya da aykırılığını tespit etme yetkisine sahiptir ve aslında kurumun prestijinin kaynağı da bu yetkiden kaynaklanmaktadır. Her ne kadar görevleri genel olarak icrai değil istisnai olsa da ilmiye sınıfının başı olmasının bir sonucu olarak bu sınıfa mensup görevlilerin tayini de şeyhülislam tarafından yerine getirilmektedir.

Osmanlı Devleti'nde devlet iktidarının İslam hukuku tarafından sınırlandırıldığı kabul edilmektedir. Teorik olarak, bizzat padişah dahi İslam hukukuna aykırı bir düzenleme, işlem ya da eylem gerçekleştirebilme yetkisine sahip değildir. Üstelik, yine bizzat padişah dahi İslam hukukunun hükümlerini yorumlama konusunda bir otorite olarak kabul edilmemektedir. Sonuçta bir müçtehit hukuku olan İslam hukuku ancak yeterli ilme sahip kişiler tarafından yorumlanabilmektedir. Ulemanın ve ilmiye sınıfının başı olan şeyhülislam da devlet teşkilatında bu hukukun anlaşılmasında ve yorumlanmasında nihai otorite olarak kabul edilmektedir. Bu teorik çerçevede, şeyhülislamın padişahı denetlemesinin temel zeminini teşkil etmektedir.

Fetva makamının Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi yönetim teşkilatına entegre edilmesinin söz konusu fetvalara ve bu fetvalar yoluyla yapılan hukuki denetimin etkinliğine hem faydasının hem de zararının bulunduğunu söylemek mümkündür. İlk olarak, fetva makamının netice itibarıyla padişahın astı olarak devlet yapılanmasına entegre edilmesi bir çeşit özgürlük ve bağımsızlık sorununun şekillenmesine sebep olmuş görünmektedir. Şeyhülislamın padişah

tarafından tayin ve gerekçesiz bir şekilde azledilebiliyor olması bu makamı taşıyan kişilerin padişahın iradesinin aleyhine bir fetvayı vermekte zorlanmasına yol açmıştır.

Fakat bununla birlikte bu entegrasyon işlemi fetva makamının teşkilatlandırılmasına sebep olarak şeyhülislam tarafından verilen fetvaların gücünü arttırmaktadır. Bu teşkilatın olmadığı İslam toplumlarında bir âlim tarafından verilen fetva diğer bir âlim tarafından rahatça nakzedilebilmekte ve fetvanın itibarı fetvayı veren âlimin bireysel prestijine bağlı olmaktadır. Oysa şeyhülislam tarafından verilen fetvalar bütün bir ilmiye sınıfının otoritesini arkasına aldığından dolayı daha büyük bir etkinliğe sahiptir.

Tarihsel süreç içerisinde şeyhülislamın padişahları fetva yoluyla denetlemesine çok sık şahit olunmamıştır. Özellikle (Zenbilli) Ali Cemali Efendi veya Ebussuud Efendi gibi öne çıkan birtakım kişilerin dışında şeyhülislam padişahla çok fazla karşı karşıya gelmemiş görünmektedir. Bu durumun oluşmasında şeyhülislamın İslam hukukunu ve kendilerinin bu hukuktan kaynaklı yetkilerini farklı yorumlamaları rol oynamış olabileceği gibi padişahların şeyhülislamı gerekçesiz bir şekilde azledebilmeleri ve istedikleri fetvayı veren kişiyi şeyhülislam olarak tayin edebilmelerinin oluşturduğu caydırıcılık da etkili olmuş görünmektedir.

Diğer yandan şeyhülislamın padişahların hal edilmeleri süreci üzerinden bir çeşit denetim uyguladığından da bahsetmek mümkündür. Bir padişahın, neticede kendisinin tayin ettiği yönetici sınıf tarafından hal edilmesinin hukuki herhangi bir izahı mevcut değildir. Bu noktada şeyhülislam devreye girerek bu hal işlemlerini hukuken meşrulaştırma işlevini yerine getirmektedir. Şeyhülislam gerekli siyasal şartlar oluştuğunda kendilerinden talep edilen hal fetvasını vererek padişahı tahtından indirecek nihai ve hukuki işlemi gerçekleştirebilmektedir.

Şeyhülislam tarafından hazırlanan bu fetvalar umumi tabir ve belirlemeler içermektedir. Bundan dolayı zımnen bütün padişahları bağlayan birtakım şartların ortaya koyulması niteliğini taşımaktadır. Fakat teorik zeminin bu ölçüde geniş olmasına karşın şeyhülislamın bizzat kendilerinin inisiyatif olarak bir padişah için hal fetvası vermesiyle karşılaşmadığını söylemek gerekmektedir. Tarihsel süreç içerisinde daha ziyade şeyhülislamın yer yer kendisinin de dâhil olduğu bürokratik elit tarafından verilen hal kararının fetva yoluyla meşrulaştıran bir işleve sahip olduğunu söylemek daha doğru olacaktır.

Netice itibarıyla şeyhüislamlık Osmanlı Devleti'nde iktidarın hukuk yoluyla sınırlandırılması açısından fevkalade yüksek bir temsili öneme sahiptir. Kurumun aynı zamanda bu bağlamda çok ciddi teorik imkânlarla haiz olduğu da rahatlıkla söylenebilir. Şeyhüislamlık kurumunun ortaya çıktığı dönem açısından incelendiğinde, bizzat padişah tarafından gerçekleştirilenler dâhil devletin bütün eylem ve işlemlerini hukuka uygunluğu bakımından değerlendirecek prestijli bir yetkilinin devletin tepe kadrosunda görevlendirilmesinin sınırlı iktidar fikrinin kurumsal bir görünümü olduğunu söylemek mümkündür. Dönemin koşulları çerçevesinde şeyhüislamın varlığı ve tarihsel misyonu alışık olunmayan bir fenomendir. Şeyhüislamlık kurumunun kurulması, devletin hukuk tarafından sınırlandırılmasının bizzat devlet tarafından kurumsallaştırılmasını temsil etmektedir.



Fakat buna karşın tarihsel süreçte şeyhülislamlar tarafından ciddi ve etkili bir hukuki denetim yapılabildiğini söylemek de kolay değildir. Özellikle tayin ve azl yetkisinin padişahın olmasından dolayı şeyhülislamın padişahın eylem ve işlemlerini denetlemesi pek de yaygın bir şekilde hayata geçirilememiştir. Her ne kadar şeyhülislamın hal fetvaları bağlamında önemli bir denetimde bulunduğu öne sürülebilecekse de fiili durumda padişahların hal edilmesi için bürokratik elit tarafından mutabakata varılmasının gerekmesi bu fetvaların da karşılanması gereken şekli bir koşula indirgenmesine sebep olmaktadır.

Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde şeyhülislamlık makamının tesis edilmesiyle beraber dönemin koşullarının ilerisinde kabul edilebilecek şekilde iktidarın hukuk tarafından sınırlandırılmasının en azından teorik çerçevede benimsendiği ve hatta bu sınırlandırmanın belirli ölçüde kurumsallaştırıldığı söylenebilir. Fakat yine de şeyhülislamın fiili işleyişte bu misyonlarını tam anlamıyla yerine getirebildiğini söylemek pek de mümkün olmamaktadır.

## KAYNAKÇA

- İslam Ansiklopedisi. Ahmet Akgündüz. 10. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994.
- . *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*. Cilt 1, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2006.
- Akgündüz, Murat. “XIX. Asır Başlarına Kadar Osmanlı Devleti’nde Şeyhu'l-İslâmlık”. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 1999.
- Akman, Mehmet. *Osmanlı Devletinde Kardeş Katli*. İstanbul: Eren, 1997.
- Aksoy, Mehmet. “Şeyhülislamıktan Diyanet İşleri Başkanlığına Geçiş”. Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi, 1997.
- Arı, M. Salih. “Osmanlılar’da Şeyhülislamlık Müessesesi”. *Yüzünyü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. 1/1 (1994): s. 170-178.
- Aslan, Nasi. “Klasik Dönem Ceza Kanunnâmeleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer’iliği Üzerine”. *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. 3/2 (2003): s. 17-44.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*. Konya: As Atlas Akademi, 2017.
- Aydın, M. Akif. *Osmanlı Devletinde Hukuk ve Adalet*. İstanbul: Klasik Yayınları, 2014.
- Aydın, Mehmet Akif. “Osmanlı’da Hukuk”. *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi*, Der. Ekmeleddin İhsanoğlu, İstanbul: İslam Tarih, Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi (IRCICA), 1994.
- Berber, Emre. *İnsan Haklarının Yüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.
- . “Kabile Sistemi Ekseninde Medine Vesikası ve Yeni İslam Toplumunun Sosyo-Siyasal Niteliği”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 26 (2016): s. 461-492.
- Bulut, Mehmet. “Osmanlı Devletinde Dini Teşkilatlanma ve Yaygın Din Eğitimi”. *Diyanet İlmi Dergi*. 35/2 (1999): s. 101-116.
- Canpolat, İbrahim. “72 Numaralı Mühimme Defterinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (s.160-320)”. Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2014.
- Cihan, Ahmet. *Reform Çağında Osmanlı İlmîyye Sınıfı*. İstanbul: Birey Yayınları, 2004.
- Cin, Halil ve Ahmed Akgündüz. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011.
- Cin, Halil ve Gül Akyılmaz. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Sayram Yayınları, 2014.
- Çiçek, Fatih. “69 Numaralı Mühimme Defterinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (s. 169-336)”. Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2011.
- Çuluk, Sinan ve Yılmaz Karaca. *Osmanlı Arşivi’nde Şeyhülislam Fetvaları*. İstanbul: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, 2015.
- Demirbağ, Hacer. “509 Numaralı Afyon Şer’iyye Sicili’nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi”. Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2007.
- Dursun, Davut. “Osmanlı Devleti’nde Din-Devlet İlişkileri Üzerine Bazı Notlar”. *Osmanlı: Teşkilat*, Der. Güler Eren, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1999.
- Düzdağ, Mehmet Ertuğrul. *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*. İstanbul: Endurun Kitabevi, 1972.
- Efendi, Hezarfen Hüseyin. “Telhis’ül-Beyan Fi Kavanin-i Al-i Osman”. *Paris Bibliotique National*.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk*. İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2008.
- Elmas, Aykut. “Hal’ Fetvaları Işığında Osmanlıda Şeyhülislamın Siyasi Konumu”. Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, 2018.

- Emiri, Ali. "Meşihat-ı İslamiye Tarihçesi". *İlmiye Salnamesi*, Der. Seyit Ali Kahraman, Ahmed Nezh Galitekin ve Cevdet Dadaş, 267-279, İstanbul: İşaret Yayınları, 1998.
- Ertürk, Mustafa. "Kayseri'nin 13 Numaralı Şer'îye Sicili". Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 1994.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.
- Heyd, Uriel. *Studies in Old Ottoman Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1973.
- İslam Ansiklopedisi. Mehmet İpşirli. 39. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2010.
- Karal, Enver Ziya. *Osmanlı Tarihi*. Cilt VII, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1995.
- . *Osmanlı Tarihi*. Cilt VIII, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2007.
- Karataş, Abdullah Vefa. "Divan-ı Hümayun ile Paşa Divanının Karşılaştırılması – Manisa Şehzâde Sarayı Divanı Örneği". *Adalet Dergisi*. 62-63 (2019): s. 235-264.
- . "Türk Hukuk Tarihi Açısından Kul Sistemi". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*. 2020/1 (2020): s. 153-188.
- Karatepe, Şükrü. "Osmanlı'da Din-Devlet İlişkisi". *Osmanlı: Teşkilât*, Der. Güler Eren, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1999.
- Kaydu, Ekrem. "Osmanlı Devletinde Şeyhülislamlık Müessesesinin Ortaya Çıkışı". *Atatürk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*. 2 (1977): s. 201-210.
- Kılıç, Ümit. "İlmiye Teşkilatı". *Osmanlı Teşkilat Tarihi*, Der. Tufan Gündüz, Ankara: Grafiker Yayınları, 2012.
- Kılınc Ahmet ve Davut Yıldırım. "Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması". *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları - Kamu Hukuku*. Der., Nuran Koyuncu ve Abdülkadir Yıldız. Konya: NEÜ Yayınları, 2021: s. 171-229.
- Masud, Muhammed Khalid, Brinkley Messick ve David S. Powers. "Müftüler, Fetvalar ve İslâm Hukukunda Yorum". Çev. Gökçe Çataloluk ve Sercan Gürler. *İÜHFİM*. LXIV/1 (2006): s. 309-358.
- Mumcu, Ahmet. *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl*. Ankara: Phoenix Yayınları, 2017.
- Ortaylı, İlber. *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*. Ankara: Cedit Neşriyat, 2008.
- Örsten, Seda. "Osmanlı Hukukunda Fetvâ". Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2005.
- Pixley, Michael M. "The Development and Role of the Şeyhülislam in Early Ottoman History". *Journal of the American Oriental Society*. 96/1 (1976): s. 89-96.
- Reyhan, Cenk. "Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidar ve İlmiye Sınıfı". *Amme İdaresi Dergisi*. 32/3 (1999): s. 75-83.
- Sarıkoçoğlu, Ekrem. "Şeyhülislamlık Makamı". *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. 5 (1982): s. 197-218.
- Şakir, Hacı. *Fetâvâ-yı Şerîfe*. Kahire: Matbûa-i İctihâd, 1320.
- Şengür, Sabiha. "153 Numaralı Edirne Şer'îye Sicili (H.1164-1170/M.1750-1756)". Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi, 2007.
- Şentop, Mustafa. *Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik*. Ankara: Kadim Yayınları, 2021.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1965.
- . *Osmanlı Tarihi*. Cilt 2, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1988.
- . *Osmanlı Tarihi*. Cilt 3, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1988.
- Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Yakut, Esra. *Şeyhülislamlık: Yenileşme Döneminde Devlet ve Din*. İstanbul: Kitap Yayınevi, 2005.
- Yıldırım, Ömer. "1797-1798 Yıllarına Ait Tokat Şer'îye Sicilinde Yer Alan Belgelerin Sosyal ve Ekonomik Yönden Tahlili". Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, 2007.

Geliş Tarihi | Received: 25.03.2022

Kabul Tarihi | Accepted: 25.04.2022

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2022

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE'NİN KÜLLİ KÂİDELERİ BAĞLAMINDA İSLAM HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

## LIABILITY OF TORT ACT IN ISLAMIC LAW IN THE CONTEXT OF HOLISTIC RULES OF AL-MAJALLA AL AHKAM AL ADALIYYAH

Oğuzhan Orhan\*

Prof. Dr. Veysel K. Bilgiç\*

### ÖZ

'Hukuka aykırı olarak bir kimsenin şahsına veya malvarlığına zarar veren fiil' şeklinde tarif edilen haksız fiil, hukukta borcun en önemli kaynaklarından birisi sayılmaktadır. İlk dönem İslam hukukçularının (fukahâ) eserlerinde, doğrudan haksız fiil tabiri yer almamaktadır. Bu eserlerde kazuistik yöntem esas alındığından dolayı her bir hukuka aykırı fiil ayrı ayrı değerlendirilip hükme bağlanmıştır. Hicri 4. ve 5. yüzyıldan itibaren ise, bütün haksız fiillere ilişkin hüküm ihtivâ edecek külli kâide ve esaslar belirlenmiştir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin başında yer alan 99 külli kâide içerisinde de bu ilke ve esaslardan bir kısmına yer verilmiştir. 'Zarar izâle olunur', 'Zarar ve mukâbele bi'z-zarar yoktur', 'Mübâşir, müteammid olmasa da dâmin olur', 'Mütesebbib, müteammid olmadıkça dâmin olmaz', kâideleri, Mecelle'de yer alan haksız fiil sorumluluğu ile alakalı külli kâidelerdir. Bu çalışmada, bahsi geçen kâideler bağlamında İslam hukukundaki haksız fiil nazariyesinin temel esaslarının belirlenmesi amaçlanmaktadır. Kâidelerin hukuki tahliline geçmeden evvel, haksız fiil kavramı, haksız fiilin türleri ve unsurlarına dair bilgi verilmiş ve yer yer İslam hukuku ile günümüz modern hukuku arasında mukayeseler yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler** Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye - Külli Kâide - Haksız Fiil - Tazminat - Mesuliyet

\* Araştırma Görevlisi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı.

ORCID: 0000 0003 0555 0936 [orhanoguzhan@kku.edu.tr](mailto:orhanoguzhan@kku.edu.tr)

\* Kırıkkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

ORCID: 0000 0001 8279 8500 [veyselbigic@gmail.com](mailto:veyselbigic@gmail.com)



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

Unlawful act, defined as an act against somebody's person or goods, is one of the main reasons of the obligations. This term is not encountered within the studies or books of the earlier Islamic lawyers (fukaha). In these studies in conformity with the casuistical method, this term has been touched upon in each such acts independently. Only from the 4. and 5. centuries onwards general principles on this subject emerged. Some of these principles namely; "the redress of loss", "damaging and counter damaging is prohibited", "a person is held responsible for his own acts even though they are acted unintentionally", "a person who cause something is not held responsible unless being intentional" exist in the first Chapter (Book) of the Mecelle Collection among the 99 general principles of law. In this article, the main aim is; in the context of the principles mentioned, elaboration of the responsibility from unlawful acts in Islamic Law.

**Keywords:** Al-Majalla, general principle, tortious act, compensation, responsibility.

## GİRİŞ

Hukuk kurallarının esas gayesi, toplumdaki fertler arasındaki ilişkilerin adalet ve hakaniyet doğrultusunda sürdürülmesini temin etmektir. Bu gayenin yerine gelmesi için de bütün hukuk sistemlerinde başkalarına zarar verecek davranışlar yasaklanarak hukuki müeyyideye bağlanmıştır. Başkalarının zarar görmesine sebep olan bu fiil ve davranışları ifade için modern hukuk literatüründe 'haksız fiil' tabiri kullanılmaktadır. Haksız fiiller, hukuk sistemlerinde farklı şekillerde ele alınmıştır. Kara Avrupası hukuk sistemleri gibi soyut yöntemi esas alan hukuk sistemlerinde, haksız fiiller bir bütün olarak ele alınmış ve bütün haksız fiilleri kapsayacak genel hükümler konulmuştur. Meseleci metodu esas alan Roma ve İngiliz hukuk sistemlerinde ise, her bir haksız fiil ayrı ayrı ele alınarak hükme bağlanmıştır.<sup>1</sup>

İslam Hukukunda, ilk dönem eserlerinde meseleci yöntem esas alındığından bütün haksız fiilleri kuşatacak genel hükümler tayin edilmek yerine kitapların muhtelif bölümlerinde farklı konulara ilişkin haksız fiiller ayrı ayrı ele alınmıştır. Daha sonraki dönemlerde ise İslam Hukukundaki haksız fiil nazariyesinin esaslarını ve özünü ifade eden külli kâide ve ilkeler belirlenmiştir. Bu ilke ve esaslar, 'kavâid' ilmine dair telif edilen eserlerde bir araya getirilmiştir. 1868-1876 yılları arasında İslam Hukuku (Hanefi mezhebi) esas alınarak tanzim edilen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin başında diğer konulara dair temel ilkelerin yanında haksız fiillere ilişkin bazı külli kâide ve esaslara da yer verilmiştir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye; bir mukaddime, 16 kitap ve 1851 maddeden oluşmaktadır. Mecelle'nin ilk maddesini takip eden 99 madde, hukukun temel ilkeleri de denilebilecek 'külli kâideleri' ihtiva etmektedir. Kâide (çoğulu kavâid) lügatte, "esâs" manasına gelir. Bu anlamıyla Kur'an-ı Kerim'de iki yerde geçer (el Bakara 2/127; en-Nahl 16/26). İslâm hukukunda kâide kelimesi, hemen her alanda uygulanabilen ve hukukun temel ilkelerini yansıtan özlü ve kuşatıcı ifadelerin, fer'î meselelerin hükümlerini tamamen veya büyük oranda kuşatan temel önermelerin adı olmuştur.<sup>2</sup> Daha kapsayıcı bir surette külli kâideler, "Kapsamına giren olaylar hakkında genel ve teşri'î hükümler ihtiva eden, düstûrî ve kısa cümlelerle ifade edilen küllî ve fihki esaslar" şeklinde tarif edilmektedir.<sup>3</sup>

Makalede öncelikle haksız fiil kavramına, haksız fiilin unsurlarına ve türlerine dair bilgi verilecek, daha sonra ise haksız fiil sorumluluğuna ilişkin Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de yer alan dört külli kaidenin hukuki tahlili yapılarak bu kâideler bağlamında İslam Hukukundaki haksız fiil nazariyesinin esasları belirlenmeye çalışılacaktır.

<sup>1</sup> Mehmet Akif Aydın, "Haksız Fiil", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 1997, C. 15, s.210.

<sup>2</sup> Mustafa Baktır, "Kâide", Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 2011, C.24, s.205.

<sup>3</sup> Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Medhalu'l Fikhiyyu'l Âmmu*, Dimeşk: Dar'ul Kalem, 2012, C.2, s.947.

## I. HAKSIZ FİİL

Sorumluluk hukukunun<sup>4</sup> temel kaynakları; ‘akdi’ ve ‘akit dışı sorumluluk’ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.<sup>5</sup> İslam Hukuku kitaplarında sorumluluk, ‘damân’ kavramı ile ifade edilmiştir.<sup>6</sup> Tazminat sorumluluğunun meydana gelmesinin sebepleri de genel olarak; akit, zilyetlik (yed) ve itlâf (haksız fiil) olmak üzere üç kısma taksim edilmektedir.<sup>7</sup>

Akdi sorumluluk (damânu’l-akd) başlığı altında, bir akde taraf olanlar için meydana gelen sorumluluk ele alınmaktadır. (Sihhat şartları mevcut olan bir satış akdinde, müşteri tarafından kabzedilmeden evvel mebi’e gelen zararlardan satıcının sorumlu olması gibi). ‘Damân’ul-yed’, haklı (emanet alan gibi) veya haksız (gâsıb gibi) olarak bir malı elinde bulduranın o maldan sorumlu olduğunu ifade için kullanılmaktadır.<sup>8</sup> Son olarak ‘itlâf’ başlığı altında ise bugünkü modern hukuk literatüründe ‘haksız fiil’ denilen, gayri hukuki olarak bir kişinin şahsına ve malına zarar verecek bir eylemde bulunma neticesinde meydana gelen tazminat sorumluluğu ele alınmıştır.<sup>9</sup>

Akdi sorumluluk (damânu’l-akd) başlığı altında, bir akde taraf olanlar için meydana gelen sorumluluk ele alınmaktadır. (Sihhat şartları mevcut olan bir satış akdinde, müşteri tarafından kabzedilmeden evvel satılana (mebi’) gelen zararlardan satıcının sorumlu olması gibi). ‘Damân’ul-yed’, haklı (emanet alan gibi) veya haksız (gâsıb gibi) olarak bir malı elinde bulduranın o maldan sorumlu olduğunu ifade için kullanılmaktadır.<sup>10</sup> Son olarak ‘itlâf’ başlığı altında ise bugünkü modern hukuk literatüründe ‘haksız fiil’ denilen, gayri hukuki olarak bir kişinin şahsına ve malına zarar verecek bir eylemde bulunma neticesinde meydana gelen tazminat sorumluluğu ele alınmıştır.<sup>11</sup>

Modern hukuk kitaplarında, bir borç ilişkisinin meydana gelmesinin sebepleri, ‘borç ilişkisinin kaynakları’ başlığı altında incelenmektedir.<sup>12</sup> Borç ilişkisini doğuran önemli kaynaklardan birisi doğrudan doğruya kanundur. Doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkileri, ‘haksız fiilden doğan borç ilişkileri’, ‘sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri’ ve ‘fiili sözleşmeden doğan borç ilişkileri’ olmak üç kısma taksim edilmektedir.<sup>13</sup> Türk Borçlar

<sup>4</sup> Sorumluluk hukuku, doktrinde üç ayrı anlamda kullanılmaktadır. Bunlar, geniş anlamda sorumluluk hukuku, dar anlamda sorumluluk hukuku ve en dar anlamda sorumluluk hukukudur. Geniş anlamda sorumluluk hukuku hem sözleşme dışı sorumluluğu hem de sözleşmeden doğan sorumluluğu kapsamaktadır. Dar anlamda sorumluluk hukuku, sadece sözleşme dışı sorumluluğu konu edinmektedir. En dar anlamda sorumluluk hukuku ise yalnız özel kanunlarda düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerini ifade etmek için kullanılmaktadır. (Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s.491.)

<sup>5</sup> Mustafa Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s.70.

<sup>6</sup> Ebû Muhammed b. Ganim Bağdadi, *Mecmâu’d-Damânât*, Kahire: Daru’sselam, 1999, s.4.; Hamza Aktan, *‘Damân’*, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 1993, C.8, s.450

<sup>7</sup> İbni Recep Hanbeli, *el-Kavaid*, Kahire: Daru’l İbni Affan, 1999, C.2, s.316.; Mevsuatü’l Fikhiyye el-Kuveytiyye, *‘Damân’*, Kahire: Daru’l Safve, 1980, C.28, s.228.

<sup>8</sup> Mevsuatü’l Fikhiyye el-Kuveytiyye, *‘Damân’*, C.28, s.228.

<sup>9</sup> Kâsâni, *Bedaiu’s Sanai*, Beyrut: Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1986, C.6, s.164.

<sup>10</sup> Mevsuatü’l Fikhiyye el-Kuveytiyye, *‘Damân’*, C.28, s.228.

<sup>11</sup> İmam Kâsâni, *Bedaiu’s Sanai*, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1986, C.6, s.164.

<sup>12</sup> Özcan Günergök ve Şaban Kayıhan, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*, İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2020, s.395.

<sup>13</sup> Türk Borçlar Kanununda da borç ilişkisinin kaynakları; sözleşme (TBK m. 1-148), haksız fiil (TBK m. 49-76) ve sebepsiz zenginleşme (TBK m. 77-82) olmak üzere üç ana başlık altında düzenlenmiştir.

Kanununda da borç ilişkisinin kaynakları; sözleşme (TBK m. 1-148) , haksız fiil (TBK m. 49-76) ve sebepsiz zenginleşme (TBK m. 77-82) olmak üzere üç ana başlık altında düzenlenmiştir. Doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkilerinin en önemlisi, 'haksız fiillerden doğan borç ilişkileri'dir. Geniş anlamda haksız fiil kavramı hem kusur sorumluluğunu hem de kusursuz sorumluluğu ihtiva eder. Bununla beraber doktrinde haksız fiil denilince, bundan daha çok dar anlamda olarak kusur sorumluluğu anlaşılmaktadır.<sup>14</sup>

### A. KAVRAM

Haksız fiil, en genel manasıyla, hukuka aykırı bir şekilde başkasına zarar vermektir.<sup>15</sup> Doktrinde haksız fiilleri ifade etmek için, 'objektif hukuk kâidelerine aykırı hareket' manasına gelen 'kanunsuz hareket' tabiri de kullanılmaktadır.<sup>16</sup> Nitekim haksız fiil kavramındaki 'haksız' sözcüğü, hukuka aykırılığı ifade eder.<sup>17</sup>

Haksız fiiller, hukuktaki en önemli borç kaynaklarındandır. Haksız fiil sonucu zarar görenle zarar veren arasında bir borç ilişkisi doğmaktadır. Yukarıda zikredildiği üzere, modern hukuk kitaplarında müstakil bir borç kaynağı olarak ele alınan haksız fiiller, klasik fıkıh kitaplarında genel bir nazariye halinde değil, gasp ve itlâf başta olmak üzere fer'i meseleler halinde incelenmiştir.<sup>18</sup> Klasik fıkıh kitaplarında bugünkü haksız fiil nazariyesine en yakın olan konu ise itlâftır. Hem Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de<sup>19</sup> hem de fıkıh kitaplarında akdi sorumluluk ile itlâftan dolayı meydana gelen sorumluluk ayrı ayrı ele alınmış ve modern hukukta benimsenen akdi sorumluluk-haksız fiil sorumluluğu ayırımına benzer bir ayırım yapılmıştır.<sup>20</sup> Muasır İslam hukukçularının eserlerinde ise haksız fiil kavramını ifade etmek için; "el-fi'lü'd-dâr, el-amel gayrû'l-meşrû, el-a'mâl gayrû'l-mubâha" gibi tabirler kullanılmaktadır.<sup>21</sup>

### B. HAKSIZ FİİL TÜRLERİ

Haksız fiiller; 'kişilere karşı' ve 'mala yönelik' olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.<sup>22</sup> Kişilere yönelik olan haksız fiiller, fıkıh kitaplarında, 'kitabu'l-hudud', 'kitab'ul-diyât' ve 'kitab'ul cinayât' gibi başlıklar altında ele alınmaktadır.<sup>23</sup> İslam hukukunda; insan öldürme, yaralama ve

<sup>14</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.489.

<sup>15</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.115; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitapevi, 2011, s.38; Günergök ve Kayıhan, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*, s.377.

<sup>16</sup> Sabri Maksudi Arsal, *Hukukun Umumi Esasları*, Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937, C.1, s.159.

<sup>17</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.262.

<sup>18</sup> Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya: Atlas Akademi Yayınları, 2021, s.514; Mehmet Akif Aydın, '*Haksız fiil*', TDV İslam Ansiklopedisi, C.15, s.210.

<sup>19</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1568.

<sup>20</sup> Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2016, C.2, s.452.

<sup>21</sup> Abdurrezzak Senhuri, '*Masadiru'l Hak*', Beyrut: Menşurat'ul Halebi el-Hukukiyye, 1998, C.1, s.47; Mehmet Akif Aydın, '*Haksız fiil*', TDV İslam Ansiklopedisi, C.15, s.210.

<sup>22</sup> Sabri Arsal, hukuka aykırı (gayri kanunî) fiilleri, başka bir açıdan, 'cezâi gayri kanunî fiiller' ve 'medenî gayri kanunî fiiller' olmak üzere iki kısma ayırmaktadır. Buna göre gayri kanunî fiil, bir cezayı müeyyideyi gerektiriyorsa cezâi gayri kanunî fiil; cezayı gerektirmeyip ancak bir fiili ifa mecburiyetini veya maddi tazminatı icap ettiriyorsa medenî gayri hukukî fiildir. Bu iki türlü hukuk ihlali arasındaki esas fark, birinde devletin ihlali halinde bir ceza tayin etmiş olması, diğerinde ise tazminat ve mecburi icra ile iktifa edilmesidir. (Arsal, *Hukukun Umumi Esasları*, s.166-167) Bununla beraber; Arsal'ın yapmış olduğu bu taksim mutlak değildir. Zira bir hukuka aykırı fiil, bazı durumlarda hem cezayı müeyyideyi hem de hukukî müeyyideyi (tazminat) gerektirebilir. Yani bir haksız fiil bazen suç da teşkil edebilir. (Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.263.)

<sup>23</sup> İbni Mahmud Mevsili, *İhtiyar li-ta'li'l muhtar*, Kahire: Matbatu'l Halebi, 1937, C.4, s.79, C.5, s.39.



çocuk düşürme fiillerinin işlenmesi durumunda mağdura veya yakınlarına ödenmesi gereken tazminat bedeline (her birisinin farklı isimleri olmakla beraber) genel manada ‘diyet’ ismi verilmiştir.<sup>24</sup> Kasten adam öldürme durumunda verilecek tazminat, Hanefî fukahâsınca ‘uzlaşma bedeli’ olarak isimlendirilmiştir.<sup>25</sup> Buna göre kısas isteme hakkı olan maktulün yakınları, peşin veya veresiye bir bedel üzerine fail ile anlaşabilirler. Bu bedel, diyet miktarından fazla da olabilir.<sup>26</sup> Şeriye sicilleri incelendiğinde, Osmanlı döneminde de maktulün yakınlarının talebi doğrultusunda failden uzlaşma bedeli alındığı görülmektedir. Nitekim İstanbul mahkemesinde 1661 yılında görülen bir davada maktulün yakınları belli bir miktar üzerinde katil ile anlaşarak kısastan vazgeçmişlerdir.<sup>27</sup>

Mala yönelik haksız fiiller de yukarıda bahsi geçtiği üzere, fıkıh kitaplarında ‘gasp’ ve ‘itlâf’ başlıkları altında ele alınmıştır. Gasp ve itlâfa dair aşağıda malumat verileceğinden burada tafsilatına girilmeyecektir. Gasp ve itlâfa ziyade olarak fıkıh kitaplarında ele alınan mala yönelik üçüncü bir haksız fiil türü olarak ‘hırsızlık’ zikredilebilir.<sup>28</sup>

### C. HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI

Modern hukuk kitaplarında ve muasır İslam Hukuku kitaplarında, haksız fiil neticesinde cezaî ve hukukî sorumluluğun meydana gelmesi için ‘zarar doğuran fiil’, ‘zarar’, ‘illiyet

<sup>24</sup> Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s.516; Diyetin cezaî müeyyide mi yoksa medenî müeyyide (tazminat) mi olduğu hususu tartışmalıdır. Bazı fıkıh kitaplarında, diyetin cezai bir müeyyide olduğu açıkça ifade edilmiştir. (Fahrüddin Zeylai, *Tebyinu'l Hakâik Şerh Kenzu'l Dakaik*, Kahire: el-Matbaa'l Kübra'l Emiriyye, 2003, C.6, s.126; İbni Nüceym, *el-Bahru'r Raik Şerhu Kenzu'd Dakaik*” Beyrut: Dar’ul Kutubu’l İslamiyye, 2005, C.8, s.372) Bununla beraber günümüzde bazı İslam Hukuku araştırmacıları, diyetin cezai müeyyideden ziyade mağdurun yakınlarının uğramış olduğu zararı gidermek için verilen bir tazminat olduğu görüşünü savunmaktadırlar. Bu görüşün dayanaklarından birisi de diyetin katile değil de katilin akilesine ödetilmesidir. Zira cezalarda ‘cezanın şahsiliği’ ilkesi geçerlidir (İsra, 17/15), eğer diyet bir cezaî müeyyide olsaydı diyeti katilin ödemesi gerekirdi. (İbrahim Paçacı, “Diyet bir ceza mıdır?”, *Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, 2/2014, s.102).

<sup>25</sup> Ali Bardakoglu, *‘Diyer’*, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 1994, C.9, s.475.

<sup>26</sup> Mustafa Avcı, “Ceza Muhakemesinde Sulh”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2017, s.22.

<sup>27</sup> “*Dergâh-ı âli yeniçerilerinin otuz dört sekbânlar odası neferâtından olup Limni Odası’nda nevbetçi iken cerihan fevt olan Ahmed Beşe’nin hasran vârisleri babası Mustafa ile vâlidesi Saime bt. Ali nâm hatun meclis-i şer’de oda-i merkûme neferâtından Kürt Muslı Beşe b. Abdullah tarafından husûs-ı âtiye vekil olup bi-mâ hüve tarikî’s-sübût vekâleti sâbite olan Başkullukcu Hüseyin Beşe nâm râcil mahzarında tav’an her biri ikrâr ve takrîr-i kelâm edip müvekkil-i mezbûr Muslı Beşe oğlumuz mezbûr Ahmed Beşe ile oda-i merkûmede nevbetçi iken oğlumuzu müceb-i kısas olan âlet-i câriha ile urup katleylediği sâbit ve zâhir olmağla habsde olup bizim dahi ihkâk-ı hak için ol odaya varmağla iktidârımız olmamağla mezbûr Hüseyin Beşe ile bin akçe üzerine sulh olup ol dahi sulh-ı mezbûru kabûl ve bedel-i sulh olan bin akçeyi mezbûr yedinden kabz edip kısasa müte’allika da vâdan her birimiz Muslı Beşe’nin zimmetini ibrâ ve iskâr eyledik dediklerinde mezbûr Hüseyin Beşe dahi meclis-i merkûmda kezâlik mezbûrân mahzarında ikrâr edip ben dahi müteveffâ-yı mezbûr Ahmed Beşe’nin zikrolunan odada mevcûd olan muhalledâtını vâzı’u’l-yed olanlardan alıp vârisân-ı mezbûrâna teslîme ta’ahhüd eyledim min-ba’d ol muhalledâtı vârisân-ı mezbûrân Mustafa ve Saime benden alsınlar dedikte gibbe’t-tasdikî ş-şer’î mâ hüve’l-vâkî bi’t-taleb ketb olundu.” (İstanbul Mahkemesi 10 Numaralı Sicil (H. 1072-1073 / M. 1661-1663), C.51, s.649: <http://www.kadiscilleri.org/madde.php>)*

<sup>28</sup> Çalınan mal halen hırsızın elinde mevcut ise iade edilmesi gerektiği yönünde İslam hukukçularının ittifakı vardır. Ancak çalınan mal hırsız tarafından istihlâk edilmiş veya zayi olmuşsa ve hırsızda da had cezası verilmişse Hanefî fukahâsına göre hırsız tazminle mükellef değildir. (İmam Kâsânî, *Bedâi’ü Sanâi*, C.7, s.86) Şafii ve Hanbelilere göre ise, hırsızın zengin veya fakir olması arasında fark gözetilmeksizin (diğer şartların da tahakkuku halinde) hırsızda hem had cezası tatbik edilir hem de çaldığı şey tazmin ettirilir. Zira onlara göre, had cezası ile tazminat bir arada olabilir. (Abdulkadir Üdeh, *et-Teşrî’u’l-cinâ’iyyü’l-İslâmî*, Beyrut: Dar’ul Katib’ul Arabi, 1999, C.2, s.620)

bağı' ve 'hukuka aykırılık' unsurlarının bulunması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>29</sup> İlk dönem fıkıh kitaplarında haksız fiilin bahsi geçen unsurları doğrudan yer almamakla beraber, fu-kahânın haksız fiil ile alakalı meselelere dair yaptıkları hukukî tahlil ve değerlendirmeler ince-lendiğinde, İslam Hukukunda da haksız fiil sorumluluğu için bu unsurların esas alındığı gö-rülmektedir.<sup>30</sup>

### 1. Zararla Neticelenen Fiil

Haksız fiil sorumluluğu için gereken ilk unsur, başkasına zarar veren bir fiildir. Bu fiil, insan davranışını ifade etmektedir. Hukuka aykırı bu fiil, icrâî davranış olabileceği gibi ihmali bir davranış da olabilir.<sup>31</sup> Başka bir deyişle; davranış kavramı bir üst kavram olup, hem bir şeyi yapmayı ifade eden olumlu davranış hem de bir şey yapmama anlamındaki olumsuz davranış kapsamaktadır.<sup>32</sup> Zira sadece yapma şeklinde değil, yapılması gerekeni yapmama şeklinde de haksız fiil işlenebilir.<sup>33</sup> Örneğin yıkılmak üzere olan ve sahibi tarafından onarılmayan bir du-varın başkasına zarar vermesi durumunda ihmali davranışla meydana gelen bir haksız fiil söz konusudur.<sup>34</sup> Yine boğulmak üzere olan birisini yüzme bildiği halde kurtarmayan kişi de yap-ması gerekeni yapmadığından, menfi davranış ile haksız fiil işlemiş olmaktadır. Özetle; bir kimse hareketsiz kalacağı yerde belli bir harekette bulunsaydı, hukuken önem arz eden netice meydana gelmeyecek idiyse, yapmama fiili de haksız fiil sayılmalıdır.<sup>35</sup>

### 2. Zarar

Zarar kelimesi sözlükte; 'kötü bir hale maruz kalma, nefse, mala, fazl-u şerefe ârız olan noksan' manalarına gelmektedir.<sup>36</sup> Hukukî istilahta ise zarar, 'kanunen muhterem olan maddi ve manevî menfaatlerin haleldar ve zâyi olması' veya 'akdi sorumluluğun ihlal edilmesi veya

<sup>29</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.2, s.451; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.516; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.264; Günergök ve Kayhan, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*, s.376.

<sup>30</sup> İmam Kâsânî, *Bedaiu's Sanai*, C.7, s.165-166.

<sup>31</sup> 'Bugün insana yaptığı ve yapmadığı her şey haber verilecektir' (Kıyamet; 75/13) ayeti kerimesi de kişinin ihmali davranışlarından ötürü sorumlu tutulacağını ifade etmektedir.

<sup>32</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.516.

<sup>33</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.264; "Hukuk bakımından hareket, bir şahsın kendi haricinde yeni bir vaziyet, yeni bir hal ihdas etmesidir. Bu tariften anlaşıldığı üzere hukuk bakımından bir hukukî vazifeyi yap-mamak, ihmal de bir harekettir. Çünkü insan bir hukukî vazifeyi ihmal etmekle kendi haricinde yeni bir vaziyet ihdas edebilir." (Arsal, *Hukukun Umumî Esasları*, s.160).

<sup>34</sup> Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s.515.

<sup>35</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.2, s.451; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.519; Doktrinde bazı yazarlara göre, yapmama şeklindeki eylemin haksız sayılabilmesi için, yapma yükümlülüğünün bulunması gerekir. Böyle bir yükümlülük yoksa hiç kimse başkasının lehine hareket etme yükümlülüğü altında değildir. (Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.265) Binaenaleyh bir yüzme havuzunda boğulmakta olan kişiyi orada görevli olan cankurtaran haricindekilerin yüzme bildikleri halde kurtarmaması durumunda herhangi bir sorumluluk meydana gelmez, zira bu durumda hukuka aykırılık yoktur. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.519) Bu görüş farklı açılardan tenkit edilmiştir. Öncelikle bu görüş sahipleri, hukuka aykırılık meselesiyle somut âlemde bir davranışın mevcut olması durumunu birbirine karıştırmaktadırlar. Zira belirli bir fiili yapmamanın zararın sebebi olarak kabul edilmesi ile hukuken bir şeyi yapma yükümlülüğünün mevcut olup olmaması farklı şeylerdir. Müspet davranışın varlığı hukuka aykırı olup olmamasına bağlı değilse, menfi davranışın varlığı da hu-kuka aykırı olup olmamasına bağlı değildir. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.519). İkinci olarak; aşırı bir pozitivizmin tezahürü olduğunu düşündüğümüz bu görüşün sahipleri, toplumda bir arada yaşayan fertlerin, - kanunda yazılı olmasa dahi- birbirlerine karşı bazı yükümlülükleri olduğunu göz ardı etmektedir.

<sup>36</sup> Türk Hukuk Lûgatı, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991, s.368.

haksız fiil sebebiyle bir kişinin şahsına veya malına isabet eden hasar<sup>37</sup> şeklinde ifade edilmektedir.<sup>38</sup> Zarar aslında hak konusu varlığa ilişkin olumsuzluğu ifade ettiğinden hak kavramıyla sıkı bir ilişki içindedir. Bu açıdan zarar, “hakka konu teşkil eden varlık veya değerın zedelenmesi ya da yok olması” şeklinde de tanımlanabilir.<sup>39</sup> Modern Hukukta ise zarar daha çok; “bir kişinin malvarlığında onun rızası dışında meydana gelen azalma” ve “zarar verici eylem olmasa idi malvarlığının bulunacağı durum ile zarar verici eylem sonrası mevcut durum arasındaki fark” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>40</sup>

Zarar, herhangi bir eylem olmaksızın sadece söz ile de meydana gelebilir. Mesela, bir kişinin aleyhinde şahitlik yaparak zarara uğramasına sebep olan şahitler, daha sonra bu şahadetlerinden dönerlerse o kişinin uğradığı zararı tazminle mükellef olurlar. Görüldüğü üzere bu durumda zarar, şahitlerin sadece sözleriyle meydana gelmiştir.<sup>41</sup>

Yukarıda ‘zarar’ kavramına yönelik zikredilen tanımlardan da anlaşıldığı üzere, kanunen himaye edilmeyen menfaatlere halel gelmesi durumu da her ne kadar görünüşte zarar gibi görünse de tazmin sorumluluğu doğurmaz. Zira aşağıda görüleceği üzere, haksız fiilin unsurlarından birisi fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Kanunun koruma altına almadığı bir menfaatin ihlaline yol açan fiil, hukuka aykırılık unsuru olmadığından haksız fiil olarak değerlendirilmez. Nitekim kanunun koruma altına almadığı menfaatler bu tanımın haricinde kalmaktadır.<sup>42</sup> Mesela; komşusunun gölgesinden istifade ettiği bir ağacı sahibinin kesmesi komşu için zarardır. Fakat bu zararın alakadar olduğu menfaat, şer’-i şerifin himaye etmediği menfaatlerdendir. Binaenaleyh sırf komşusunun menfaati zayı olacak diye kişi kendi mülkünde tasarruf etmekten alıkonulamaz.<sup>43</sup>

Ayrıca zarar, tazmin borcu doğuran eylemi ifade eder ki tazmin borcu doğurmayan zarar, hukukî açıdan zarar olarak değerlendirilmez. Kanunen zararı doğuran bir sebep bulunmadığı halde malına veya şahsına zarar gelen kişi, bu zarara kendisi katlanır. Zira Mecelle’nin 87. maddesi hükmünce; ‘Mazarrât, menfaat mukabilesindedir.’ Bu husus, Roma Hukukunda da “*Casum sentit dominus (mâlik tesadüfi zararı yüklenir)*” ve “*Quad quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire (kendi kusuruyla zarara uğramış kişi zarara uğramış sayılmaz)*” kâideleriyle hükme bağlanmıştır.<sup>44</sup>

<sup>37</sup> Ahmed Muhtar, *Mu’cem’ul Lugatu’l Muasira*, Kahire: Alem’ul Kutub, 2007, C.2, s.1357.

<sup>38</sup> Ali Himmət Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, İstanbul: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2018, s.188.

<sup>39</sup> Bilal Aybakan, ‘Zarar’, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 2013, C.44, s.131.

<sup>40</sup> Günergök ve Kayıhan, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*, s.395.

<sup>41</sup> Mevsuatı’l Fikhiyye el-Kuveyyiyye, ‘*Damân*’, C.28, s.223.

<sup>42</sup> Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.188; “*Kanuna mugayir hareketler, ekseriya bir şahsın veya zümrenin sübjektif haklarını da zararlandırır. Burada sübjektif hak ile ferdi menfaat tefrik edilmelidir. Herhangi bir menfaatin ihlali bir kanunsuz hareket teşkil etmez. Ancak objektif hukukça himaye altına alınmış menfaatleri ihlal eden hareketler kanunsuz hareketlerdir. Nitekim bir hareketin kanunsuz olması için, mutlaka objektif hukuk kaidesi ihlal edilmiş olmalıdır. Bir hareketi meneden bir objektif hukuk kaidesi mevcut olmadıkça o hareket kanunîdir. Şu veya bu şahsın menfaatini ihlal etmesi bir hareketi gayri kanuni kılmaz. Ancak kanunca himaye edilmiş bir menfaati ihlal eden hareket kanunsuzdur.*” (Arsal, *Hukukun Umumi Esasları*, C.1, s.161-162.)

<sup>43</sup> Kemal İbnü’l Hümmam, *Fethu’l Kadir*, Dimeşk: Daru’l Fikir, 2001, C.2, s.326.

<sup>44</sup> Cengiz İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz Kâidesi*, İstanbul: Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010, s.25.

Zarar kavramının kapsamında değerlendirilmesi gereken durumlardan birisi de hakkın kötüye kullanılmasıdır. Zira hakkın kötüye kullanılmasının unsurlarından birisi hakkın kötüye kullanılmasından dolayı bir zararın meydana gelmesidir.<sup>45</sup> Hukuk düzeninde fertler, kendilerine tanınan hakları başkalarına zarar vermek maksadıyla kullanamazlar. Bir hakkın meşru bir menfaat temin etmek için değil de sırf başkasına zarar vermek için kullanılması, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder.<sup>46</sup> TMK'nın genel hükümler başlığı altındaki ikinci maddesinin birinci fıkrası 'dürüstlük kuralını' ikinci fıkrası da hakların kötüye kullanılması durumunu düzenlemektedir. İlgili madde şu şekildedir: "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" Görüldüğü üzere, 'bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz' ifadesi ile hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenleme altına alınmıştır. İslam Hukukunda da hakkın kötüye kullanılması yasaklanmıştır. İslam Hukukçuları, hakkın kötüye kullanılmasının yasak oluşunun dayanaklarından birisinin –aşağıda açıklanacağı üzere– 'Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur.' kâidesi olduğunu beyan etmişlerdir.<sup>47</sup>

### İslam Hukukundaki Zarar Nazariyesi ile Türk Borçlar Kanununun Esas Aldığı Zarar Nazariyesi Arasındaki Bazı Farklar

'Zarar' kavramına yönelik bahsi kapatmadan evvel mühim bir hususa daha temas etmek yerinde olacaktır: İslam Hukukundaki zarar nazariyesi ile İsviçre menşeli Türk Borçlar Kanunu'nun esas aldığı zarar nazariyesi arasında farklar bulunmaktadır. Bu farklılardan başlıca üç tanesi şunlardır:

1) TBK'da, maddi veya manevi zararlar arasında tazmin borcu açısından ayırım gözetilmemiştir.<sup>48</sup> Nitekim TBK'nın 58. maddesinde, "Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar

<sup>45</sup> Esat Arsebük, *Medeni Hukuk*, Ankara: Tan Matbaası, 1938, s.107.

<sup>46</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, o dönemdeki Türk Medeni Kanunu'nun ifadesine göre hakkın kötüye kullanılması durumunun meydana gelmesi için kişinin hakkını zarar kastı ile kullanıp kullanmadığına bakılmayacağını, hakkın kullanılması neticesinde başkasına açıkça zarar verilir verilmemesinin itibara alınacağını ifade etmektedir. Yine Velidedeoğluna göre, hakkın kötüye kullanılması suretiyle başkasına zarar verme durumunu haksız fiil işleyerek başkasına zarar verme durumundan ayıran en önemli nokta bu kast ve niyettir. Bir haksız fiilde bulunana sorumlu tutmak için onun kusuru olup olmadığına, yani kast ve ihmali hareket edip etmediğine bakılır; haksız fiilin diğer unsurları da mevcutsa, o fiili işleyen sorumlu tutulur. Halbuki hakkını kötüye kullananın kast ve ihmalinin bulunup bulunmadığı aranmaz; bu kullanmanın hak sahibine önemli bir menfaati olmadığı halde başkasına zarar verip vermediğine bakılır. (Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk*, İstanbul: Gün Matbaası, 1969, s.83.) Esat Arsebük ise, hakkın kötüye kullanılması durumu için ortaya çıkan zararın kasdı olmasının şart olduğunu söylemektedir. Buna göre zarar kastı olmaksızın hakkın kullanılması durumunda ortaya çıkan zararlardan ötürü sorumluluk meydana gelmez. (Arsebük, *Medeni Hukuk*, s.107) Belirtmek gerekir ki, bu mesele doktrinde uzun süre tartışılmış ve nihayet yeni TMK'nın yürürlüğe girmesiyle bu tartışmalar sona ermiştir.

<sup>47</sup> Mehmet Selim Aslan, "İslam Hukukunda Teassuf Kavramı ve Hükümlere Etkisi", *EKAV Akademi Dergisi*, 67/2016, s.212; İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının caiz olmadığından dayanaklarından birisi de şu rivayettir: Semüre b. Cündeb adındaki sahabinin Ensar'dan birisinin bahçesinde bir hurma ağacı vardı. Bu kişi eşiyile birlikte bahçede olduğu bir zamanda Semüre'nin ağacın yanına gidip gelmesi ona eziyet veriyor ve onu rahatsız ediyordu. Bunun üzerine Semüre'den ağacı kendisine satmasını istedi, Semüre bu isteğini reddetti. Bu durumda ağacı başka bir yere nakletmesini talep etti. Semüre bunu da kabul etmedi. O da Hz. Peygamber'e gelerek O'na durumu anlattı. Hz. Peygamber Semüre'den ağacı satmasını istedi, fakat Semüre bunu reddedince başka bir yere nakletmesini talep etti, ancak bu talebi de reddetti. Hz. Peygamber öyleyse şu şeye karşılık ona hibe et dedi. Semüre bunu da kabul etmeyince Allah Resulü "zararlı çıkan sen olacaksın" dedi ve Ensar'dan olan şahsa "git, ağacı sök" buyurdu. (Ebû Dâvûd, "Ağziye", 31)

<sup>48</sup> Senhuri, *Masadiru'l Hak*, C.6, s.168.

gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.” düzenlemesine yer verilerek manevi zararların tazmini hükme bağlanmıştır. İslam hukukuna gelince, fukahânın cumhuruna göre manevî zarar sebebiyle tazminata hükmedilemez; çünkü manevî zararın maddi bir karşılık ile dengelenmesi, manevîye maddînin karşılık olması imkân dahilinde değildir.<sup>49</sup>

2) TBK’da, haksız fiile maruz kalan kişiye ârız olan bütün zararların tazmin edilmesi esası geçerlidir. Nitekim TBK’nın 49. Maddesinde; “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür.” denilmek suretiyle, haksız fiil neticesinde ortaya çıkan bütün zararların tazmin edilmesi hükme bağlanmıştır. İslam Hukukunda ise (hususen Hanefi mezhebinin içtihadına göre) haksız fiil sebebiyle zarara uğrayan malın tazminata konu olabilmesi için ‘mütekavvim’ sıfatını haiz olması gerekmektedir.<sup>50</sup> Yani zarar gören mal, dinen yararlanılması mübah olan ve bilfiil elde edilmiş olmalıdır.<sup>51</sup> Bu asla binaen Hanefi hukukçuları tarafından gasp, “başkasına ait muhterem ve mütekavvim malı, hukuka aykırı bir şekilde almak’ olarak tanımlanmıştır.<sup>52</sup> Binaenaleyh bu tarife göre, mütekavvim olmayan bir mal gasp edildiğinde tazminata konu olmayacaktır. Aynı şekilde mütekavvim olmayan bir mal telef edildiğinde, telef fiilini işleyen kişi tazminatla mükellef de olmayacaktır. Mesela, bir başka Müslümana ait şarap şişesini kıran bir Müslüman, bedelini tazminle mükellef tutulamayacaktır. Zira Müslüman için şarap, mütekavvim bir mal değildir.<sup>53</sup> Yine Hanefi mezhebi fukahâsına göre, gasp edilen bir maldan gasp edenin elde ettiği menfaatler de tazminata konu olmaz. Zira menfaatler, mütekavvim vasfını haiz değildir. Nitekim Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin 596. maddesinde, “Bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın isti’mal etse, gasp kabilinden olarak menafiin tazmini lazım gelmez” denilmek suretiyle menfaatlerin tazminata konu olmayacağı açıkça beyan

<sup>49</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.2, s.452; Geçtiğimiz asrın en büyük İslam Hukukçularından Ömer Nasuhi Bilmen, değerli eseri Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusunun sekizinci cildinin sonunda, ‘İslâm Hukukunda Manevî Zararların Tazmini’ başlıklı bir makaleye yer vermiş ve konuyu tafsilatlı bir şekilde ele almıştır. Ömer Nasuhi Bilmen bu makalesinin bir yerinde şu ifadeler yer vermektedir: “*Maddi zararların lüzum-u tazmini Şark ve Garbın bütün hukukî müesseselerince kabul edilmiş olduğu gibi manevî zararların kendilerine has hikmet ve maslahata uygun tarzda tazmin ve tamir edilmesi de hem birçok garp hukuk müesseselerince hem de İslam Hukukunca kabul edilmiş bulunmaktadır.*” (Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul: Özensar Yayınları, 2002, C.8, s.273) Yani her ne kadar ilk dönem fıkıh kitaplarında sarahaten maddi-manevî zarar ayırımına yer verilmesi dahi manevî zararlarda İslam Hukuku nazârında zarar sayılmakta ve tazmini gerekmektedir. Zira Ömer Nasuhi Bilmen’e göre fukahânın eserlerinde maddi ve manevî zarar diye bir tasnife gitmemelerinin sebebi, çoğu meselede her iki zararın bir arada bulunmasından ileri gelmektedir: “*Demek oluyor ki çok kere manevî zararlar, maddi zararlarla müterâfik bulunuyor. Bu takdirde herhangi bir zarar, sırf maddî ve sırf manevî sayılamaz, bu zararlarda her iki cihete az çok mevcuttur. Şu kadar var ki hangi cihet galip ise ona göre zarara isim verilmiş oluyor. İşte bu hakikati nazara almış olduklarından dolayı olmalıdır ki İslam hukukçuları, zararları böyle iki kısma ayırmak külfetinde bulunmamışlardır. Yoksa böyle iki kısma ayrılabilceği kabul edilen zararlardan hiç birisini az çok tazmin ve tamirden varestede addetmemişlerdir.*” (Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C.8, s.274)

<sup>50</sup> İmam Kâsânî, *Bedaiu’s Sanai*, C.7, s.167; Abdurrezzak Senhuri, *Masadiru’l Hak*, C.6, s.168.

<sup>51</sup> “*Mal-i mütekavvim iki ma’naya isti’mal olunur: Biri, tenavul ve intifa’ı mübah olan şeydir. Diğeri ise mal-i muhterem demektir.*” (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, m.127)

<sup>52</sup> İbni Mahmud Mevsili, *İhtiyar li-ta’li’l muhtar*, C.3, s.58.

<sup>53</sup> İbni Mahmud Mevsili, *İhtiyar li-ta’li’l muhtar*, C.4, s.100.

edilmiştir.<sup>54</sup> Bununla beraber, müteahhir Hanefi fukahâsı, fesadu'z-zaman (zaman içerisinde insanların ahlakî olarak ifsat olması) gerekçesiyle istihsânen yetim ve vakıf malları ile mu'addun-li'l-istiğlal (sırf gelir getirmek için hazırlanmış) malları bu hükmün kapsamı dışında tutmuşlardır. Yukarıda zikredilen maddenin ikinci fıkrası bu hususu düzenlemektedir: “Fakat mal-i vakıf veya mal-i sağır ise her halde ve mu'addun-li'l-istiğlal ise te'vil-i mulk ve akd olmadığı halde zaman-ı menfa'at yani ecr-i misil lazım olur.” Hanefi mezhebinde esas olan içtihat bu olmakla beraber, Abdurrezzak Senhuri ve Hayrettin Karaman gibi muasır İslam Hukukçuları, menfaatlerin tazmine konu olmamasının adalet ve hakkaniyete muvafık düşmediğini ve günümüzde Şafii mezhebinin içtihadı esas alınarak gasp edene, gasp ettiği şeyin bütün menfaatlerinin tazmin ettirilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadırlar.<sup>55</sup> Mecelle şârihi Ali Haydar Efendi de ilgili maddenin şerhinde, imaeen dahi olsa bu hususa işaret etmektedir.<sup>56</sup>

3) TBK'da, menkul veya gayrimenkul eşya arasında ayırım yapılmaksızın, mâlikin zilyetliğinin gasp edildiği durumlarda gasp edenin tazminatla mükellef olması esas alınmıştır. Nitekim TBK'nın 982. maddesinde; “Başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasp eden kimse, o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu geri vermekle yükümlüdür. Davalı, o şeyi davacıdan geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhâl ispat ederse onu geri vermekten kaçınabilir. Dava, şeyin geri verilmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur.” düzenlemesi yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasındaki “başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasp eden kimse” ifadesinde yer alan ‘şey’ lafzı, hem taşınırları, hem de taşınmazları içine alan mutlak bir lafızdır. Binaenaleyh ister taşınır olsun ister taşınmaz olsun hukuka aykırı olarak başkasının zilyetliğinde bulunan bir şeyi gasp eden kimse, TBK'nın haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümleri işletilmek suretiyle gasp edilenin zararını giderecek miktarda tazminatla sorumlu olacaktır. İslam Hukukunda ise, taşınmazların gasp kapsamına girip girmediği fukahâ arasında ihtilafıdır.<sup>57</sup> Yukarıda zikredildiği üzere gasp, ‘başkasına ait muhterem ve mütekavvim malı, hukuka aykırı bir şekilde almak’ şeklinde tanımlanmaktadır. Gaspın genel hatlarıyla tanımı bu olmakla birlikte, İmam Ebu Hanife ve İmam Ebu Yusuf'un içtihadına göre, gasp fiilinin gerçekleşmesi için mâlikin malındaki zilyetliğinin mala yönelik

<sup>54</sup> “Menfaatin tazmini; yani malın aslından başka, gasp edildiği müddet içinde elde edilen menfaat ve istifade ile – gâsıp istifade etmemiş olsa bile- mal sahibinin istifade edemediği, elden kaçırdığı menfaatin tazmini hususunda en geniş mezhep Şafii mezhebidir. Zira Şafii mezhebine göre, emsalinden istifade edilen bir şey gasp edilmiş ise gâsıp, bundan bilfiil istifade etmemiş olsa dahi, emsal menfaatini tazmin edecektir.” (Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.2, s.449.)

<sup>55</sup> Senhuri, *Masadiru'l Hak*, C.6, s.175; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.449.

<sup>56</sup> Mecelle şârihi Hocaeminzade Ali Haydar Efendi'nin menfaatlerin tazminine müteallik Mecelle'nin 596. maddesinin şerhinde yer verdiği şu ifadeleri mütaalaya değer görmekteyiz: “Şu delillere nazaran mal-i vakıf ve mal-i yetimde dahi zaman-ı menfa'at lazım gelmemek icab ederse de müteahhirin-i fukahâ nasın emval-i evkâf ve eytama olan tama'larını müşahede etmeleriyle bunlarda menafi'in tazminini istihsanen tecviz etmişlerdir. (36. Maddeye metnen ve şerhan bak.) Müteahhirin-i fukahâ bunda müçtehidinden e'imme-i selasemizin içtihadlarıyla amel etmeyip, Mezheb-i Şafii'yi kabul ettikleri anlaşılıyor. Bu zamanda menafi'in büyük değeri vardır. Mesela bir kimse, kendi nefsi için inşa ettirmiş olduğu sayfiyenin ecr-i misil-i senevisi yetmiş altın bulunduğu halde ol, kimse'nin gaybubetinden bi'l-istifade diğer kimesne oraya girip üç sene gasben sakın olsa E'imme-i Hanefiyyeye göre ücret lazım gelmez iken inde ş-Şafii'yi lazım gelir. Müteahhirin-i fukahâ-i Hanefiyye mal-i vakıf ve mal-i yetim gibi bazı emvalde zaman-ı menfa'ate kâil olduklarına göre bu zamanda bi'l-cumle emvalin menafi'inde Mezheb-i Şafii kabul edilmek ve ol veçhile amel olunmak üzere irade-i seniyye istihsal kılınmak münasip olup olmayacağı asrımızın fukahâsı müşavere ederek bir karar ittihaz etmelidirler.” (Ali Haydar Efendi, *Düreru'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.842).

<sup>57</sup> Mehmet Akif Aydın, “İslam Hukukunda Gasp”, *İslam Tetkikleri Dergisi*, 9/1995, s.164.

bir fiil ile ortadan kaldırılmış olması şarttır.<sup>58</sup> Nitekim İmam Kâsâni gaspı, “mâlikin mütekavim olan malından zilyetliğini açıkça ve zorla mala yönelik bir fiil ile ortadan kaldırmak” şeklinde tarif etmiştir<sup>59</sup>. Tarifte geçen ‘mala yönelik bir fiil’ kaydından murat, gasp edilen malı bir yerden başka yere nakletmek olup bu ise taşınmazlarda mümkün olmadığından taşınmazlar iki imama göre gasp kapsamına dahil değildirler. Binaenaleyh taşınmaz, gasp edenin zilyetliğindeyken başka biri tarafından itlâf edilse, tazminat sorumluluğu tamamıyla itlâf fiilini işleyen kişiye aittir. Taşınmazı gasp edilen kişi, gasp edenden herhangi bir talepte bulunamaz.<sup>60</sup> İmam Muhammed’e göre ise, mâlikin taşınmaz üzerindeki zilyetliğinin ortadan kaldırılmasının mala yönelik bir fiil ile gerçekleşmesi şart olmadığından gasp edilen muhayyerdir; tazminatı gasp edenden veya doğrudan telef fiilini işleyen kişiden talep edebilir.<sup>61</sup> Şafii mezhebi fukahâsına göre ise gasp, başkasının malında haksız olarak zilyetlik tesis etmek olup gasp edilen şeyin gasp eden tarafından bir yerden bir yere nakledilmiş olması şart değildir. Binaenaleyh taşınmazlar gasp fiilinin kapsamında olup gasp eden tazminatla mükellef olur.<sup>62</sup>

### 3. Teaddi (Hukuka aykırılık)

Teaddi kelimesi ıstılahta, ‘haddi aşmak, ölçüyü kaçırmak, başkasının hakkına tecavüz etmek’ gibi manalara gelmektedir.<sup>63</sup> Doktrinde bazı müelliflerce ‘zararlı fiilde haksızlık’ manasında kullanılmaktadır.<sup>64</sup> Bu kullanımdaki ‘haksız’ ifadesinden murat, fiilin hukuka aykırı olmasıdır.<sup>65</sup> Zira bir fiile haksız denilebilmesi için, bu fiilin hukuk düzenince yasaklanmış ve işlenmesine cevaz verilmemiş bir fiil olması gerekir.<sup>66</sup> Öyleyse, zarar verici fiil, başkasının hukukça korunan bir varlığına müdahaleyi men eden bir hukuk normuna aykırı olduğunda hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur. Başka bir deyişle; kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan veya dolaylı bir şekilde koruma amacı güden, yazılı veya yazılı olmayan<sup>67</sup> emredici davranış

<sup>58</sup> İbni Mahmud Mevsili, *İhtiyar li-ta’li’l muhtar*, C.3, s.38.

<sup>59</sup> İmam Kâsâni, *Bedâi’ü’s Sanâi*, C.7, s.142.

<sup>60</sup> İbid, s.146.

<sup>61</sup> İbid.

<sup>62</sup> Ebu Zekerriya Muhyiddin Nevevi, *Minhac’uttalibin ve Umdetu’l Müfüüne fi’l fik’h*, Dimeşk: Dar’ul Fikr, 2005, s.146.

<sup>63</sup> İbrahim Çelik, ‘Teaddi’, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul: TDV Yayınları, 2010, C.39, s.283.

<sup>64</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.2, s.453.

<sup>65</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.262.

<sup>66</sup> Mecelle’nin 91. Maddesi olan; ‘Cevaz-ı şer’i damâna münafidir’ kâidesi, bir fiil hukuk bakımından caiz ve serbest ise yani bir kişi hukukun kendisine verdiği hakkı kullanırken bir zarar meydana gelmişse, bu zararı tazminle sorumlu olmayacağını ifade etmektedir.

<sup>67</sup> Yazılı olmayan hukuk kurallarından kastedilen bilhassa örf ve adet, ahlak kuralları ve herkesçe kabul edilen dürüstlük kuralı gibi hukukun genel ilkeleridir. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.589) TBK’nın haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 49. Maddesinin 2. Fıkrasında, ‘zarar veren fiili yasaklayan hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür’ denilmek suretiyle, ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar verme durumunda ihmali davranış yeterli görülmemiş ve fiilin kasten yapılması şartı koşulmuştur. (Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.267) Halbuki aynı maddenin 1. fıkrasında, hukuka aykırı olarak başkasına zarar verenlerin tazminle yükümlü olduğu düzenlemesi yer almakta ve bu fiilin kasten olması şartı aranmamaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, TBK 49/II’ de yer alan bu düzenlemeyi tenkit etmekte ve kaldırılması gerektiğini söylemektedir. Zira hukuka aykırılığın kaynaklarından birisi, yazılı olmayan hukuk kurallarıdır. Ahlak kuralları da yazılı olmayan hukuk kuralları ile neredeyse aynı şeyi ifade ettiğinden, birinci fıkra ile ikinci fıkra arasında bir çelişki ortaya çıkmaktadır. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.599)

kurallarının ihlaline 'hukuka aykırılık' denir.<sup>68</sup> Yapılan tariflerden anlaşıldığı üzere, hukuka aykırılık biri olumlu diğeri olumsuz iki unsurdan oluşmaktadır: Belirli bir davranışı emreden hukuk normuna aykırılık, olumlu unsuru ve hukuka uygunluk sebeplerinden<sup>69</sup> birinin bulunmaması da olumsuz unsuru ifade eder.<sup>70</sup>

#### 4. İlliyet Bağı

Hukukî sorumluluğu doğuran unsurların en önemlilerinden birisi olan 'illiyet bağı', haksız fiil ile meydana gelen zarar arasındaki sebep-sonuç bağlantısını ifade eder.<sup>71</sup> Hukukî sorumlulukta, sorumluluk nereden kaynaklanırsa kaynaklasın (sözleşme sorumluluğu, sözleşme dışı sorumluluk, kusur-kusursuz sorumluluk vb.) illiyet bağının varlığı aranır.<sup>72</sup> Sorumluluğun meydana gelmesinde illiyet bağı çok önemli olmakla beraber, bazı durumlarda illiyet bağını tam olarak tespit etmek güç olabilmektedir. Zira bir zararın doğumuna birden fazla sebep yol açabilir. Bunlardan hangisi ile zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin kurulacağı meselesi, hukuk bilginlerini bir hayli meşgul etmiştir. Bu hususta modern hukuk doktrininde, birisi 'şart' diğeri 'uygunluk illiyet bağı' teorisi olmak üzere iki temel teori üzerinde durulmaktadır.<sup>73</sup> Klasik fıkıh kitaplarında doğrudan 'illiyet bağı' ifadesi yer almamaktadır. Bununla beraber fukahâ, zararı doğuran fiil ile zarar arasındaki illiyet bağını ifade etmek için 'mübâşeret' ve 'tesebbüb' kavramlarını kullanmışlardır.<sup>74</sup> Aşağıda bu kavramlar tafsilatlı bir şekilde beyan edileceğinden burada ayrıntısına girilmeyecektir.

<sup>68</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.586; Modern hukuk doktrininde, hukuka aykırılığı beyan eden iki teoriden bahsedilmektedir: Sübjektif teori ve objektif teori. Sübjektif teoriye göre, fiile hukuka aykırılık vasfını verdiren, failin başkasına zarar verme hakkının olmamasıdır. Yani fail, başkasına bir hakka dayanmadan, yetkili ve izinli olmadan zarar verdiği için sorumlu tutulmaktadır. Objektif teoriye göre ise, hukuka aykırılığın belirlenmesinde esas olan, zarar verme olgusu değil, failin davranışdır. Bu teoriye göre hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı güden emredici hukuk kuralı niteliğindeki davranış normlarına aykırılıktır. Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan teori objektif teoridir. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.584-585).

<sup>69</sup> "Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılık değer hükmü içerisinde yer alır. Hukuka aykırılık hükmü, zihni bir tahlil sonunda verilir. Bu tahlil yapılırken iki unsur bir aynı anda göz önünde tutulur. İlk unsur, zarar verenin başkasına zarar verme, yani temel veya özel koruma normunu ihlal etmesidir. İkinci unsur ise zarar verenin, bu şekilde davranmasına izin veren bir hukuk normuna dayanmasıdır. İkinci unsurun varlığı, zarar verenin davranışını hukuka uygun kılar. Bu unsur, "hukuka uygunluk sebepleri"ni oluşturur." (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.601).

<sup>70</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.587.

<sup>71</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C.2, s.457; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.291; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.536.

<sup>72</sup> Kusursuz sorumlulukta illiyet bağı, kusur sorumluluğundan daha fazla önem arz etmektedir. Bu nedenle doktrinde, kusursuz sorumluluğa 'sebeb sorumluluğu' adı da verilmektedir. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.536-537).

<sup>73</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.291; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.538; Şart teorisine göre, bir olayın varlığı, zorunlu bir biçimde bu olayı meydana getiren her şartın varlığına bağlıdır. Bu şartlardan biri mevcut olmadığı takdirde, olay meydana gelmemelidir. Sonucu meydana getiren şartlardan herhangi birini gerçekleştiren kişi, yalnız bu şartı gerçekleştirmiş olması sebebiyle zararlı sonuçtan sorumludur. Uygun illiyet bağı teorisine göre ise, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan sebep ile söz konusu sonuç arasındaki bağı illiyet bağı denilir. Buna illiyet bağı teorisi, zarar vereni, hareketinin objektif ihtimal dahilindeki uygun ve tipik neticelerinden sorumlu tutarken, kimsenin objektif olarak önceden göremeyeceği, her türlü ihtimal dışı, fevkalade olarak meydana gelen zararlardan sorumlu tutmamaktadır. Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında hâkim teori; uygun illiyet bağı teorisi. (Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 540-542.)

<sup>74</sup> İmam Kâsânî, *Bedaiu's Sanai*, C.7, s.166.



## II. MECELLE'DE YER ALAN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN KÜLLİ KAİDELERİN HUKUKÎ TAHLİLİ

Yukarıda bahsi geçtiği üzere, haksız fiiller İslam hukukunun ilk dönem literatüründe kazuistik metot ile ele alınmış, ancak daha sonraları bütün haksız fiilleri kapsayacak külli ilke ve kâideler konularak mücerred metoda meyledilmiştir. Bu kâidelerden bir kısmı, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin başında yer alan 99 külli kâide içerisinde yer almaktadır. Bu başlık altında, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin Mecelle'de yer alan dört külli kaidenin hukukî tahliline yer verilecek ve akabinde bu kâideler bağlamında İslam Hukukundaki haksız fiil nazariyesinin esasları tayin edilmeye çalışılacaktır.

### A. 19. MADDE: 'ZARAR VE MUKABELE Bİ'Z-ZARAR YOKTUR.'

'Zarar ve Mukabele Bizzarar Yoktur' kâidesi, İslam şeriatının üzerine bina edildiği asıllarından birini ifade etmektedir. Birçok ayet-i kerime ve hadis-i şerif, kâidenin ifade ettiği manaya şahitlik etmektedir. Kâide hükmünce, vâki olmadan evvel zararın meydana gelmemesi için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği gibi zarar vâki olduktan sonra da hemen izâle edilmedir. Yine kâide, başka bir seçenek kalmadığında iki zarardan ehveninin (daha az zararı olanın) tercih edilmesinin vacip olması hükmünü de içermektedir.<sup>75</sup>

Bu kâide, Hz. Peygamber'in "**Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur.**"<sup>76</sup> hadis-i şerifinden doğrudan alınarak kâideleştirilmiştir. Yani başlangıçta bir kişiye zarar vermek câiz olmadığı gibi herhangi bir zarara uğrayan mağdurun bu zarara başka bir zararlar karşılık vermesi de câiz değildir.<sup>77</sup> Lafzından da anlaşıldığı üzere kâide iki hüküm içermektedir: Birisi, bir kişinin şahsına veya malına hukuka aykırı bir surette zarar vermenin yasak olmasıdır. İkinci ise, zarara maruz kalan kişinin bu zarara zarar ile mukabele etmesinin memnuiyetidir.<sup>78</sup>

### Kâidenin İhtiva Ettiği Birinci Hüküm: 'Başka bir kişiye zarar verecek bir fiilde bulunmak câiz değildir.'

Yukarıda ifade edildiği üzere kâide, iki hükmü kapsamaktadır ki bunlardan birisi, kişinin hukuka aykırı surette başka bir kişiye zarar verecek bir fiilde bulunmasının câiz olmamasıdır. Kâidenin ifade ettiği bu hükümden çıkarılan bazı meseleler şunlardır:

<sup>75</sup> Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Medhalu'l Fıkhiyyu'l Âmme*, C.2, s.990.

<sup>76</sup> ضَرَرٌ وَلَا ضِرَارٌ | İbn-i Mâce, Sünen, s.2340; İmâm, Mâlik, Muvatta, s.2171; Ahmed bin Hanbel, Müsned, s.22778-22779.

<sup>77</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atuf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.46; Süleyman Hasbî Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.47; Berkî, *Hukuk Mantığı ve Tefsiri*, s.187;

<sup>78</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkâm Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.77; Abdülkerim Zeydan, *El-Veciz fi Şerhi kavâidü'l fıkhiyye fi şeriatü'l İslamiyye*, Beyrut: Müessetü'l Risalet'ül Nâşirün,2004, s.87; Hilmi Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kâideleri*, İstanbul: Yenilik Basımevi, 1965, s.39; İmam Cevheri gibi bazı alimler, hadis-i şerifte alan 'darar' ve 'dirar' kelimelerinin aynı manaya geldiğini söylemektedirler. Nitekim bu görüşe göre, birinci kelime ikinci için tekit olmaktadır. Bununla beraber bu görüş, 'tesis tekitten evladır' (yani cümlede yer alan bir kelimeyi önceki kelimeye tekit yapmaktansa başka bir manaya hamletmek tercih edilmelidir.) şeklindeki kurala aykırı olduğundan muteber görülmemiştir. (Ahmed ez-Zerka, *Şerhu Kavaidu'l Fıkhiyye*, Dımeşk: Daru'l Kalem, 1989, s.165.)

1) Satıcının ayıplı olduğunu bildiği bir malı (bu ayıbı beyan etmeden) satması müşteriye zarar olduğundan câiz değildir.<sup>79</sup> Öyle ki müşteriyi böylesi zararlardan muhafaza etmek için şer'î şerif tarafından müşteriye ayıp muhayyerliği hakkı verilmiştir.<sup>80</sup>

2) Yine bu kâideye binaen kişinin mülkünde yapacağı tasarruflar, başkasına zarar vermemesi şartıyla meşru olur. Bir eve mâlik olan kişi, komşusuna zarar-i fahiş olacak bir surette mülkünde tasarrufta bulunamaz, bulunursa ve komşusuna bir zarar vaki olursa bu zararı tazmin ile sorumlu olur.<sup>81</sup> Bununla beraber; mâlikin fiilinin neticesinde ortaya çıkan zarar, zarar-ı fahiş değil de zarar-ı yesir (az zarar)<sup>82</sup> olursa mâlik tasarrufundan menedilemez. Mesela; evinin bir tarafına duvar inşa edip komşusunun pencerelerinden birisinin kapanmasına sebep olması zarar-ı yesir kabilinden olup haksız fiil kapsamında değerlendirilmez.<sup>83</sup> Ancak evine bir pencere inşa edip bu pencereden de komşusunun makar-ı nisvân (gün içerisinde genelde kadınların oturduğu mahal) olan kısmı görünecek olsa komşusuna verdiği zarar, zarar-ı fahiş kabilinden olmakla pencereyi kapatmaya mecburdur.<sup>84</sup>

3) Ziraî arazisini kiraya veren kişi, hasat zamanından evvel kira müddeti nihayete erse dahi kiracıya ürünü hasat edinceye kadar mühlet vermek zorundadır. Zira böyle olmazsa kiralayana kişi zarara uğrayacaktır. Bu zararı önlemek adına bu hüküm vârit olmuştur.

4) İn'ikad ve lüzum şartlarını taşıyan sahih bir akit, ancak iki tarafın karşılıklı rızası ile (ikale yoluyla) feshedilebilir<sup>85</sup>. Bununla beraber, eğer mebi meyve ve sebze gibi çabuk bozulabilecek türden bir şey olursa ve müşteri de semeni ödeyip mebi kabz etmede gecikirse satıcı tek taraflı olarak akdi feshedebilir. Bununla satıcının maruz kalacağı zarar menedilmiş olmaktadır.<sup>86</sup>

5) Bir kişi bir şey satın alıp onu kiraya verdikten sonra kiracının elindeyken ayb-ı kadîmi (satılmadan önce satılan malda mevcut olan ayıbı) ortaya çıkarsa, müşteri maruz kaldığı zararı izâle etmek için kira akdini feshederek satılanı satıcıya iade edip semeni geri alma hakkına sahiptir. Zira kira akdi, sonradan ortaya çıkan birtakım mazeretler sebebiyle feshedilebilen akit türlerindedir.<sup>87</sup>

6) Başkasının borcunu ödemek durumunda kalan kişi, müteberri (karşılıksız yapmış) sayılmaz. Dilediği zaman zararını izâle etmek maksadıyla asıl borçluya rücu ederek ödediği miktarı talep etme hakkına sahiptir.<sup>88</sup>

<sup>79</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.78.

<sup>80</sup> İbni Mahmud el-Mevsili, *İhtiyar li-ta'li'l muhtar*, C.2, s.18; İbnu'l Hümmam, *Fethu'l Kadir*, C.6, s.354.

<sup>81</sup> Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsîr*, s.188; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, s.78.

<sup>82</sup> Zarar-ı yesir, insanların örfen büyük saymayıp müsamaha gösterdiği zararlar için kullanılmaktadır. Mukabili de zarar-ı fahiştir. (Ebu Haris Çazevi, *Mevsuatu'l Kavaidu'l Fikhiyye*, Beyrut: Müessesetü'l Risale, 2003, C.6, s.262) "Ne vakit bir zarar fahiş olur? İslam hukukçuları bu suale üç kâide ile cevap verirler: 1-Binaya zarar veren her şey fahiş zarardır. 2-Binanın yıkılmasına sebep olan her şey fahiş zarardır. 3-Bir maldan maksut olan esas menfaatleri ihlal eden her şey fahiş zarardır." (Arsebük, *Medeni Hukuk*, s.122)

<sup>83</sup> Zeydan, *El-Veciz fi şerh-i kavâidü'l fikhiyye fi şeriatü'l İslamiyye*, s.88.

<sup>84</sup> Süleyman Hasbî Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.69; Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.60.

<sup>85</sup> İbni Mahmud el-Mevsili, *İhtiyar li-ta'li'l muhtar*, C.2, s.11.

<sup>86</sup> Zerkâ, *el-Medhalu'l Fikhiyyu'l Âmme*, C.2, s.991.

<sup>87</sup> İbni Mahmud el-Mevsili, *İhtiyar li-ta'li'l muhtar*, C.2, s.22.

<sup>88</sup> Zerkâ, *el-Medhalu'l Fikhiyyu'l Âmme*, C.2, s.991

### Kâidenin İhtivâ Ettiği İkinci Hüküm: ‘Zarara başka bir zarar ile karşılık vermek câiz değildir.’

‘Zarar ve Mukabele Bi’z-zarar Yoktur’ kaidesinin ihtivâ ettiği ikinci hüküm ise; zarara zarar ile karşılık vermenin câiz olmamasıdır. Buna göre bir kişinin mazlum olması ona başkasına zulmetme hakkını vermez. Hukuka aykırı bir fiil ile kanunen himaye edilen menfaati halledâr olan kişi, bu zararın fâiline zarar verme yetkisine sahip olmaz. Bu husus Mecelle’nin 921. maddesinde de “*Bir kimse mazlum olmakla ahara zulme salahiyeti olmaz. Mesela biri diğerin malını itlâf etmekle, o dahi bi’l-mukâbele onun malını itlâf etse ikisi dahi dâmin olduğu gibi, bir kabileden biri, diğer kabileden bir şahsın malını itlâf etmekle, o dahi evvelki kabileden diğer birinin malını itlâf eylese, her biri telef ettiği malı dâmin olur. Nitekim bir kimse aldanıp da ahardan bir kalp akçe alsın, onu başkasına sürmeye salahiyeti olamaz*”<sup>89</sup> denilmek suretiyle sarahaten beyan edilmiştir. Bu kural Roma Hukuku’nun “*Iniuria non excusat iniuriam (bir haksız fiil, diğer haksız fiil için mazeret teşkil etmez)*”<sup>90</sup> kuralı ile paralellik göstermektedir.

Bir zarara müştereken sebep olmak (müterâfik kusur) ile zarara zarar ile karşılık vermek birbirinden farklı gibi görünse de; zarara uğrayan, kendi fiili ile zarara bir yönden dahi sebep olmuş olmak ile veya zarar verenin durumunu ağırlaştırmakla bir nevi zarara zarar ile karşılık vermiş gibi olur.<sup>91</sup> Nitekim TBK’nın 52. maddesinde; “*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.*” denilmek suretiyle, tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırma hali bir nevi zarara zarar ile mukabele etmek addolunarak tazminattan indirim sebebi sayılmıştır.

İhkâk-ı hak da yasaktır. Alacağını tahsil edemeyen, borçludan zorla malını alamaz, onu dövemez, hapsedemez; yaparsa cezalandırılır<sup>92</sup>. Hakkı ihlal edilen kişi, yargı mercilerine başvurarak meşru surette maruz kaldığı zararın izâlesini talep etmelidir.<sup>93</sup>

Özetle; haksız fiile maruz kalan bir kişinin bu fiilin fâiline başka bir haksız fiil ile mukabelede bulunması meşru olmadığı gibi başkasının hakkını ihlal edecek surette başlangıçta haksız bir fiilde bulunmak evveliyetle meşru ve câiz değildir.

### B. 20. MADDE: ‘ZARAR İZALE OLUNUR.’

Bu kâide, beş temel külli kâideden birisi olup İslam şeriatının üzerine bina edildiği asılların en mühimlerinden birini ifade etmektedir. İmam İbn-i Nüceym (ö.970) ve İmam Suyuti’nin (ö.911) eserlerinde belirttikleri üzere de birçok fıkhi meseleyi ihtivâ etmektedir.<sup>94</sup> Bu kâide, bir önceki kâide olan “*Zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur*” kâidesinin neticesidir ki

<sup>89</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l Hükkam Şerhu Mecelleti’l Ahkâm*, C.2, s.1698.

<sup>90</sup> Cengiz, *Hukukun Doksan Dokuz Kâidesi*, s.25.

<sup>91</sup> Cengiz, *Hukukun Doksan Dokuz Kâidesi*, s.25.

<sup>92</sup> Ahmed Ziya Efendi, *İslam Hukukunun Genel İlkeleri*, Konya: Esra Yayınları, 1996, s.59.

<sup>93</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.46; Süleyman Hasbî Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.48.

<sup>94</sup> İbn-i Nüceym, *el-Eşbah ve’n Nezair ala mezhebi Ebi Hanifete Nu’man*, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1999, C.1, s.72; Celalüddin Suyuti, *el-Eşbah ve’n Nezair*, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1990, C.1, s.7.

zarara zararlar mukâbele etmek câiz olmayınca zararın izâlesi vacip kılınmıştır.<sup>95</sup> Binaenaleyh zarar, meşru surette giderilmelidir.

Bu kâidenin ifade ettiği hükmü, başka kaide ve ilkeler tahsis etmektedir. Zira Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 25. maddesi hükmünce; “*Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz*” Yani bir haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zarar, ya zararsız bir şekilde ya da mümkün olmadığı takdirde o zarardan daha hafif bir zarar ile izâle edilmelidir.<sup>96</sup> Kâidenin hükmünü tahsis eden esaslardan birisi, Mecelle'nin 91. maddesinde yer alan “*Cevaz-ı şer'î damâna münafî olur*” kâidesidir. Zira bu kâide hükmünce, hukuka uygun bir surette hakkını kullanırken meydana gelen zarardan dolayı kişi tazminat ile sorumlu olmaz. Yukarıda da izah edildiği üzere, haksız fiil neticesinde tazminat sorumluluğunun meydana gelmesinin şartlarından birisi zararı netice veren fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Binanealeyh; hukuka uygunluk tazminatı önler.<sup>97</sup> Mesela bir kimsenin kendi arazisinde kazmış olduğu çukura başka birisinin hayvanı düşerek telef olsa o kişi tazminat ile sorumlu olmaz. Zira mâlik mülkünde keyfe ma yeşa (dilediği gibi) tasarruf etme salahiyetine sahiptir. Bu hakkını kullanırken (başkasına doğrudan zarar vermediği müddetçe) meydana gelebilecek zararlardan ötürü sorumlu olmayacaktır.<sup>98</sup>

Bu kâide muktezasınca; zarar- fâhiş hangi surette olursa olsun izâle edilecektir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 1200. maddesinde;

Zarar-ı fahiş bi-eyyi vechin kan (ne surette olursa olsun) def' ettirilir. Mesela bir hânenin ittisâlında (bitişinde) demirci dükkânı yahut değirmen yapıp da demir darbından ya değirmenin deverânından o hânenin binâsına vehn (zayıflık) gelmek veyahut fırın ihdâs ile dumanın kesretinden bezirhâne ihdâs ile râyihay-ı kerihesinden (kötü kokusundan) o hânedeyi oturulamayacak mertebeye (de), sâhibi müteazzi olmak (rahatsız olmak) zarar-ı fâhiş olmakla bu zararları bi-eyyi vechin kane ref' ve izâle ettirilir

denilmek suretiyle bu husus hükme bağlanmıştır.<sup>99</sup>

Ayıp sebebiyle satın alınan malın iadesi, muhayyerlik çeşitleri, hacr, şüf'a<sup>100</sup>, kısas, hadler, kefareter, itlâf edilen malların tazmini, tehlikenin bertaraf edilmesi gibi pek çok fikhî

<sup>95</sup> Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.189; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.79

<sup>96</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.47; Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fikhiyye Kamusu*, s.261; Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kâideleri*, s.40.

<sup>97</sup> Cengiz, *Hukukun Doksan Dokuz Kâidesi*, s.78.

<sup>98</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.147; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.180; Selim Rüstem Baz, *Şerh'ul Mecelle*, s.49; Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fikhiyye Kamusu*, s.286; Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.185; Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kâideleri*, s.135; Zeydan, *El-Veciz fi şerh-i kavâidü'l fikhiyye fi şeriatü'l İslamiyye*, s.157.

<sup>99</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.47.

<sup>100</sup> Şüf'a hakkının sabit olması Hanefi uleması nezdinde 'zarar izâle olunur' kâidesine dayanmaktadır. (İbni Nüceym, “el-Bahrü'r Raik Şerhu Kenzu'd Dakaik”, C.8, s.143) Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 950. maddesinde şüf'a; “bir mülk-i müşterâyî; müşteriyeye her kaçâ mâl olur ise ol miktar ile temellük etmektir” diye tarif olunmuştur. (Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1777) Şüf'a; “satım veya bu hükümdeki bir akitle alınmış taşınmaz veya taşınmaz hükmündeki özel mülkiyete konu bir malı müşteriyeye mal olduğu bedelle cebren alıp mülkiyetini elde etme hakkı” şeklinde de tarif edilebilir. (İbrahim Kâfi Dönmez, “Şüf'a”, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C.39, s.248.) Hanefi fukahâsına göre, şüf'a hakkını doğuran iki sebep vardır: Komşuluk ve ortaklık. ( Abdülganî b. Tâlib Meydani, *el-Lubab fi şerh'il kitab*, Beyrut: Dar'ul Ktabi'l Arabiyye, 2017, C.2, s.42.) Hem komşuya hem de paydaşlardan birisi mal-ı müşterekteki payını sattığında diğer

mesele bu kâideye dayanmaktadır.<sup>101</sup> Çalışmamızın konusu ile alakadar olması sebebiyle burada ‘haksız fiil neticesinde itlâf edilen malların tazmini’ konusu ele alınacaktır.

### Haksız Bir Fiil Neticesinde İtlâf Edilen Malların Tazmini

Bu kâidenin ihtiva ettiği mühim meselelerden birisi de yukarıda bahsi geçen haksız bir fiil neticesinde itlâf edilen malların tazminidir. ‘*Haksız bir fiil ile mala zarar vermek*’ manasına gelen itlâf,<sup>102</sup> bazı fıkıh kitaplarında daha geniş kapsamlı ele alınarak cana yönelik olan haksız fiillerde bu kavram altına dahil edilmiştir. Nitekim İmam Kâsâni (ö.587), Bedaiu’s Sanai’ isimli eserinde itlâf başlığı altında cana yönelik olan haksız fiillerin tazmini hususunu da ele almıştır.<sup>103</sup> İtlâf, esas itibarıyla mala yönelik bir haksız fiil ise de zamanla hırsızlık ve gasp dışındaki mala yönelik haksız fiilleri ifade etmek için kullanılmaya başlanmıştır.<sup>104</sup> Aşağıda daha kapsamlı bir şekilde beyan edileceği üzere itlâf iki türlüdür: Mübâşeret (doğrudan) ve tesebbüben (dolaylı) itlâf. Mübâşeret itlâf, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin 884. Maddesinde; “*Mübâşeret itlâf, bir şeyi bi’z-zat telef etmektir ki eden kimseye fâil-i mübâşir denilir.*” denilmek suretiyle tarif olunmuştur. Bir kimsenin elbisesini çekip yırtmak, taş atarak evinin camını kırmak, bir evi kundaklayıp yakmak, bir cam vazoyu yere atıp kırmak veya bir ağacı kesmek gibi fiiller mübâşeret itlâfa misal olarak zikredilebilir.<sup>105</sup>

Tesebbüben itlâf ise; Mecelle’nin 888. Maddesinde; “*Tesebbüben itlâf, bir şeyin telefine sebep olmaktır. Yani bir şeyde diğer şeyin ala cery’il-ade telefine mufzi ve mueddi olan bir iş ihdas etmektir ki böyle işi ihdas eden kimseye mutesebbib denilir.*” şeklinde tarif edilmiştir. Mesela bir kimse, kamuya ait bir yolda devlet yetkililerinin izni olmaksızın bir kuyu kazıp da bu kuyuya bir başkasının hayvanı düşerek telef olsa o kişi o hayvanı tesebbüben itlâf etmiş sayılır. Zira ana yolda kuyu kazmak fiilinin yoldan geçen araç ve hayvanlara zarar vereceği adeten aşikârdır. Tarifte geçen ‘ala cery’il ade telefine mufzi ve mueddi bir iş ihdas etmek’ ifadesi de bu hususa işaret etmektedir.<sup>106</sup> Özetle; ister mübâşeret olsun ister de tesebbüben olsun itlâf (haksız fiil) neticesinde ortaya çıkan zarar, “Zarar ve Mukabele Bi’z-zarar Yoktur.” ve “Zarar izâle olunur” kâideleri gereğince izâle ve tazmin edilecektir. Mümkün olduğu müddetçe zararın aynı ile izâle edilmesi gerekir. Ancak aynı ile tazminin mümkün olmadığı hallerde, itlâf edilen malın bedeli ödenmek suretiyle zarar tazmin ettirilecektir. Nitekim Mecelle’nin 31. maddesinde yer alan; “*Zarar, bikaderi’l imkân def olunur*” ifadesi bu hususu beyan etmektedir. Binaenaleyh bir mal haksız bir fiil ile itlâf edildiğinde, aynı ile iade mümkün olmadığından

paydaşlara şüf’a hakkının tanınmasının sebebi ise su-i mücaveretten (kötü komşudan) gelebilecek zararları önlemektir. Burada henüz gerçekleşmemiş bir haksız fiil ve bunun neticesinde doğacak bir zarar söz konusu olsa dahi; hayat tecrübelerine istinaden gerçekleşmesi muhakkak (veya kuvvetle muhtemel) olan bir zarar, vaki olmuş gibi kabul edilerek bunun izâle edilmesi hedeflenmiştir. (Ali Haydar Efendi, Düreru’l Hükkam Şerhu Mecelleti’l Ahkâm, C.2, s. 1869.)

<sup>101</sup> Selim Rüstem Baz, *Şerh’ul Mecelle*, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2010, s.25; Kuyucaklızâde Mehmet Atuf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.47; Zeydan, *El-Veciz fi şerh-i kavâidü’l fikhîyye fi şeriatü’l İslâmiyye*, s.90.

<sup>102</sup> Karaman, Mukayeseli *İslam Hukuku*, C.2, s.450.

<sup>103</sup> İmam Kâsâni, *Bedaiu’s Sanai*, C.7, s.164.

<sup>104</sup> Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s.517; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s.389.

<sup>105</sup> Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s.518.

<sup>106</sup> Ali Haydar Efendi, *Düreru’l Hükkam Şerhu Mecelleti’l Ahkâm*, C.2, s.1584.

mal misliyyattan<sup>107</sup> ise misli, kıyemiyattan<sup>108</sup> ise kıymeti fâile tazmin ettirilerek zararın izâlesi yoluna gidilecektir.<sup>109</sup>

İtlaf edilen malların tazminine dair mühim bir mesele üzerinde daha durulmalıdır. Ev veyahut gemi gibi eşya, haksız fiil ile itlâf edildiğinde eski tarzı üzere yeniden inşa edilerek mi tazmin ettirilmelidir yoksa bedeli mi ödenmelidir? Bu mevzudaki ana ilke şudur: 'İhtilâfa yol açmayacak derecede aslına benzerlik mümkün ise aynen iade ile mümkün değilse kıymetiyle tazmin ettirilir.' Ali Himmət Berki, 'Hukuk Mantığı ve Tefsir' isimindeki kıymetli eserinde, "Bu hallerde mümaselet kabil olmadığından bedelle tazmin icap eder. Çünkü bilâhare yine ihtilâf çıkabilir ve mutazzarın olan taraf dükkân veya geminin fena malzeme ile ve fena yapıldığını ve arzın eski hali bu şekilde olmadığını ve zararı yapan da aksini iddia ile bu suretle mü-nazaa ve ihtilâf devam edebilir." demek suretiyle, bu durumda yeniden inşa edilecek ev veya geminin aslına benzemesinin mümkün olmayacağından hareketle bedelinin tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>110</sup> Yine Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin;

Bir kimse diğerin hane ve dükkân misillü akarını (gayr-i menkulünü) bigayrihakkın (haksız bir şekilde) hedm etse (yıkasa) sahibi muhayyerdir (tercih sahibidir): Dilerse enkazını hedm eden kimseye terk ederek mebniiyyen (yıkılmadan evvelki) kıymetini tazmin ettirir ve dilerse ol akarın mebniiyyen kıymetinden enkazın kıymetini tenzil (düşürme) ve kıymeti bakıyeyi (kalan miktarı) tazmin ile beraber enkazı dahi alıkor.

şeklindeki 918. maddesinde, aynen iade durumu zikredilmeyerek bu gibi hallerde bedel ile tazmin yoluna gidileceği hükme bağlanmıştır.

Hükümün illeti ve yukarıda zikredilen genel ilke esas alındığında, günümüzde bu hüküm değişmiş olabileceğini söylemek mümkündür. Zira insanlık, geçtiğimiz asra nisbeten inşaat alanında bir hayli ilerlemeler kat etmiştir. Bugünün inşaat teknolojisi kullanılarak ve bu alanda uzman bilirkişilerin tahkim edilmesiyle taraflar arasında çekişmeye yer verilmeyecek surette itlâf edilen ev veya geminin aslına benzeri inşa edilebilir. Yine Mecelle'nin "Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz" şeklindeki 39. maddesi de zikrettiğimiz bu hususu teyit etmektedir. Öyle ki bu kâide gereğince; örf ve adete bina edilmiş olan ahkâm o örf ve adetin değişmesiyle değişecektir. Mecelle'nin 918. maddesinde hükme bağlanan meselenin de inşaat örf ve adetine bina edildiğinin mülahaza edilmesi, günümüzde bu hükümün değişmiş olabileceğini akla getirmektedir.

### C. 92. MADDE: MÜBÂŞİR, MÜTEAMMİD OLMASA DA DÂMİN OLUR.

Mübâşir kelimesinin genel hatlarıyla yapılan tanımını için yukarıda; "Mübâşereten itlâf, bir şeyi bizzat telef etmektir ki, eden kimseye fâil-i mübâşir denilir." şeklindeki Mecelle-i

<sup>107</sup> Misliyat (misli mallar) tabiri, aralarında dikkate alınacak fiyat farkı olmadan benzerleri piyasada bulunabilen malları ifade için kullanılmaktadır. (Mevsuatü'l Fıkhiyye el-Kuveyyiyye, "Misliyyat", C.36, s.111)

<sup>108</sup> Kıyemiyat (kıyemi mallar) tabiri, piyasada benzeri hiç bulunmayan veya bulunsada da benzeriyle aralarında dikkate alınır derecede fiyat farkı ve farklılık olan malları ifade etmek için kullanılmaktadır. (Mevsuatü'l Fıkhiyye el-Kuveyyiyye, "Kıyemiyat", C.34, s.138)

<sup>109</sup> Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.189.

<sup>110</sup> Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.189.

Ahkâm-ı Adliyye'nin 884. maddesini zikredilmişti. Kâidenin kâmil surette anlaşabilmesi adına 'mübâşeret' kavramı burada daha tafsili biçimde beyan edilecektir.

### 1. 'Mübâşeret' Kavramı

'Mübâşeret' sözlükte, "bir işi üstlenip bizzat yapmak; bir şeyi diğerine bitişirmek, iki insan teni birbirine temas etmek" gibi manalara gelmektedir.<sup>111</sup> Fıkhi ıstılahta ise; "fiili ile telef hadisesi arasına başka bir ihtiyari fiil haylulet etmeksizin kendi fiiliyle telefin husule gelmesi" şeklinde ifade edilmektedir.<sup>112</sup> Diğer bir ifadeyle mübâşeret, zararı netice veren haksız fiil ile zarar arasındaki doğrudan ilişkiyi ifade etmektedir. 'Mübâşir' ise 'mübâşeret' mastarının ism-i fâili olup 'bir fiili doğrudan yapan kimse' manasındadır.<sup>113</sup> Kâidede yer alan mübâşir kelimesinden kastedilen de ıstilahî mana olup 'başkasına zarar verecek bir fiili doğrudanyapan kimse' demektir.<sup>114</sup> Bununla beraber, mübâşir kelimesinin bu tanımı, bazı hukuk bilginleri tarafından kafi ve şâmil görülmemiştir. Nitekim onlara göre, mübâşir kelimesini "fiili ile zarar arasına diğer bir fiil veya neticeye müessir bir hâdise girmeyen kimse" diye tarif etmek daha doğrudur<sup>115</sup>.

Yukarıda beyan edildiği üzere, haksız fiil sorumluluğunun meydana gelmesinin şartlarından birisi haksız fiil ile meydana gelen netice arasında uygun bir illiyet bağının bulunması idi. Nitekim fıkıh kitaplarındaki misaller incelendiğinde, haksız fiilden dolayı tazminat sorumluluğunun meydana gelmesinde 'illiyet bağı' kavramı doğrudan zikredilmese dahi fiil ile meydana gelen zarar arasındaki rabıtaya büyük ehemmiyet verildiği müşahede edilecektir.<sup>116</sup> Modern hukuk literatüründe kullanılan 'illiyet bağı' kavramını ifade etmek için ise İslam hukuk doktrininde daha çok 'mübâşeret ve 'tesebbüb' kavramları kullanılmıştır. Zararın insan fiilinin doğrudan etkisiyle meydana gelmesine 'mübâşeret', doğrudan değil de dolaylı etkisiyle meydana gelmesine ise 'tesebbüb' ismi verilmiştir.<sup>117</sup>

"Mübâşir, müteammid olmasa dahi dâmin olur." kâidesi gereğince, zararı netice veren fiili doğrudan işleyen mübâşir, kasıt ve hukuka aykırılık olmasa dahi tazminatla mükellef olur. Müteammid olduğu takdirde ise hem tazminatla yükümlü olup hem de günahkâr olur.<sup>118</sup> Yukarıda da belirtildiği üzere, teammüd ve kasıt olmaksızın meydana gelen zarardan mesuliyet, doğrudan doğruya fiile bağlı olup çok defa bu gibi zararlar dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi olmasındandır.<sup>119</sup> Ayrıca kişilerin mallarını muhafaza etmek, İslam hukukunun beş temel maksat ve esasından birisidir. Binaenaleyh eda ehliyetleri olmayan mecnun ve gayr-i mümeyyiz çocuklar dahi başkasının malını itlâf ettikleri takdirde cezâen olmasa dahi hukuken sorumlu

<sup>111</sup> Kemal Yıldız, 'Mübâşeret', Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Ankara: TDV Yayınları, 2020, C.31, s.428.

<sup>112</sup> Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C.1, s.287; Senhuri, *Masadiru'l Hak*, s.56.

<sup>113</sup> Türk Hukuk Lugatı, s.250.

<sup>114</sup> Zerkâ, *el-Medhalu'l Fıkhiyyu'l Âmme*, C.2, s.1045.

<sup>115</sup> Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.191.

<sup>116</sup> Nuri Kahveci, "İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyet Bağını Kesen Sebepler", *KSÜ. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 10/2007, s.97.

<sup>117</sup> Kemal Yıldız, 'Mübâşeret', TDV İslam Ansiklopedisi, C.31, s.428.

<sup>118</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.148.

<sup>119</sup> Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kâideleri*, s.137; Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.19.

kabul edilip verdikleri zarar mallarından tazmin ettirilir. Ancak küçüğün malı yok ise velisine tazmin ettirilmez.<sup>120 121</sup>

Mübâşirin müteammid olmasa dahi tazminatla sorumlu olacağı delillerinden birisi de, hataen adam öldürenin maktulün yakınlarına diyet ödemekle mükellef olmasıdır.<sup>122</sup> Ödenecek diyet miktarının ne kadar olduğu dahi hadis-i şerifler ile sabittir.<sup>123</sup> Nitekim taksirle bir suç işleyen kimsenin sorumluluğunun esası, onun fiili ve neticesini bilerek ve isteyerek işlemesinden dolayı değil; taksiri, yani dikkatsizlik ve tedbirsizliğinden dolayıdır. Hata, dikkatsizlik ve tedbirsizlik gibi taksir türlerinden azâde değildir. Bu sebeple kefarete gibi eksik ceza için bir sebep teşkil eder. Yine kul hakları söz konusu ise taksir bu hakkı düşürmez.<sup>124</sup>

## 2. Bu Kâideden Çıkan Bazı Meseleler

1) Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 912. maddesinde; “*Bir kimse, diğerin gerek kendisinde gerek de emini yedinde bulunan malını kasden ve gerek min gayri kasdın itlâf etse dâmin olur*” denilmek suretiyle mübâşeret birinin malını itlâf eden kimsenin, kastı olmasa dahi tazminatla sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.<sup>125</sup>

2) Ayağı kayarak düşüp başkasının malına zarar veren kişi, bu zararı tazminle mükelleftir. Mecelle'nin 913. maddesinde bu husus hükme bağlanmıştır.<sup>126</sup>

3) Yine Mecelle'nin 914. maddesine göre; “*Bir kimse kendi malı zannıyla diğerinin malını itlâf etse dâmin olur*”. Nitekim bir kimse, kendisine ait zannettiği bir koyunu kesip yese ve daha sonra sahibi çıkagelse, koyunun kıymetini hak sahibine vermeye mecburdur. Zira 72. madde gereğince; hatası zahir olan zanna itibar yoktur. Ancak şu var ki; hadis-i şerif nassıyla hata ile yapılan fiillerden dolayı dini sorumluluk kaldırılmış olduğundan<sup>127</sup> o kişi günahkar olmaz.<sup>128</sup>

<sup>120</sup> Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C.7, s.376; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1690.

<sup>121</sup> Türk Medeni Kanun'a göre ise; küçüğün başkalarına vereceği zararlardan doğacak sorumluluk özen sorumluluğu kapsamında ev başkanına aittir. Nitekim bu husus TMK'nın 369. maddesinde düzenlenmiştir: “*Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur.*”

<sup>122</sup> İmam Kâsâni, *Bedâi'u's Sanai*, C.7, s.254.

<sup>123</sup> Ebû Dâvûd, “Diyât”, 18.

<sup>124</sup> Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, s.214.

<sup>125</sup> Kâidenin bazı şerhlerinde ayrıca ‘*bila izin*’ yani mal sahibinin sarahaten veya delaleten izni olmaksızın kaydına yer verilmektedir. Zira eğer mal sahibinin izni var ise mübâşir tazminatla mükellef olmaz. Sarahaten izne misal olarak; bir çömlekçi dükkanına giren kişinin dükkân sahibinin izni ile aldığı çömleği kırdığında sorumlu olmaması zikredilebilir. Delâleten izne misal olarak da kulübesini yıkmak üzere işçi tutan bir adamın bu kulübesini, onun açık izni olmaksızın yıkan adamın sorumlu olmaması veya boğazlamak için bağlanan hayvanı hayvan sahibinin izni olmadan kesen kişinin tazminatla mükellef olmaması verilebilir. Yine bazı kitaplarda; ‘bir kimsenin ölmek üzere olan koyununu ondan izinsiz diğer kimse boğazlarsa, istihsânen tazminat lazım gelmez’ hükmüne yer verilmiştir. (Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1682-1683.)

<sup>126</sup> Zerkâ, *el-Medhalu'l Fıkhiyyu'l Amme*, s.1045; Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*”, s.148.

<sup>127</sup> İbn-i Mace, “*Tulâk*”, 16.

<sup>128</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1689.



4) Bir kişiyi hatayla öldüren kişi, maktulün diyetini ödemekle mükellef olur. Zira fâil, mübâşir olduğundan ötürü, kastı olmasa dahi tazminatla sorumlu olur.<sup>129</sup>

5) Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 926. maddesi hükmünce, demirci dükkânında demir döven bir kişinin demir darbından çıkan kıvılcımlar, umumî yoldan geçmekte olan bir kişinin elbisesine sıçrayıp yaksa, demir döven kişi tazminatla mükellef olur. Zira bir fiili doğrudan yapan kişi, bu fiili kasıtlı olarak yapmamış olsa dahi meydana gelen zararın tazmininden sorumlu olur.<sup>130</sup>

#### D. 93. MADDE: MÜTESEBBİB, MÜTEAMMİD OLMADIKÇA DÂMİN OLMAZ.<sup>131</sup>

'Mütesebbib' kavramına dair yukarıda Mecelle'nin 888. maddesini zikretmiştik. Mütesebbib, 'bir şeyin meydana gelmesine sebep olan şeyi vücuda getiren kimse' şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>132</sup> Birçok şerhte beyan edildiği üzere burada 'müteammid' ifadesinden murat, 'teaddi' dir. Yani zararlar neticelenen fiilin haksız bir şekilde işlenmiş olmasıdır.<sup>133</sup> Nitekim mütesebbibin itlâfi teaddi (hukuka aykırılık) ile olursa mütesebbib bir işi doğrudan yapan mübâşir gibi olur. Yani bizzat ol şeyi telef etmiş olur.<sup>134</sup> Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyenin 924. maddesinde de "Tesebbübün damâna mufzi olmasından teaddi şarttır. Yani mütesebbibin bir zararı dâmin olması o zarara mufzi olan fiili haksız olarak işlemiş olmasıyla meşruttur" denilmek suretiyle mütesebbibin sorumlu olması için teaddinin şart olduğu hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Öyle ki Mustafa Ahmed ez-Zerka, kâidede 'müteammid' ifadesi yerine 'müteaddi' ifadesinin yer alması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim zararlar neticelenen bir fiilde eğer teaddi mevcut ise artık kastın olup olmadığına bakılmaz. Çünkü hata ve kast hallerinin her ikisinde de başkasının malına verilen zararın tazmini esastır. Hatta ıztıtar halinde dahi bir kişinin malına zarar verilmişse, bu halin geçmesinden sonra o zarar tazmin ettirilecektir.<sup>135</sup> İhmal, dikkatsizlik ve tedbirsizlik de teaddi kapsamına girer.<sup>136</sup> Nitekim fıkıh kitaplarında verilen misaller

<sup>129</sup> Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.186; Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *"Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.148.

<sup>130</sup> Ali Haydar Efendi, *Düreru'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.182.

<sup>131</sup> Bahsi geçen son iki kaide ile alakadar olan bir diğer Mecelle kâidesini daha icmali olarak beyan etmekte fayda vardır: Mecelle'nin 90. Maddesine göre; "Mübaşir yani bizzat fail ile mütesebbib (fiili doğrudan yapmayıp sebep olan) müctemi oldukta, (bir zararda birleştiklerinde) hüküm ol faille muzaf kılınır (fiili doğrudan yapan sorumlu tutulur)." Mesela birinin umumi yolda kazmış olduğu kuyuya, diğeri birinin hayvanını düşürerek itlaf etse sorumlu olup, kuyuyu kazan kimse sorumlu olmaz. (Bkz: Mecelle md. 925). Bu umumi kâidenin istisnaları vardır ki bazı durumlarda mübaşir ile mütesebbib aynı anda sorumlu olabilmektedir. Mesela bir kimse, zâlim ve zorba bir adamdan kaçan kişiyi tutsa veya böyle birisinden gizlenen birisinin yerini söylese ve o da gelip o kişinin malını alsın İmam Muhammed'e göre hem malı zorla alan hem de onun yerini gösteren veya tutan kişi bir arada tazminatla mükellef olur. Nitekim Hayrettin Karaman'a göre, İmam Muhammed'in içtihadı, mağdurun yerini gösteren kimseyi suçla veya haksız fiile fer'an katılmış sayan bugünkü nazariyelere daha uygun ve amme menfaatine daha muvafıktır. (Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.463).

<sup>132</sup> Türk Hukuk Lugatı, s.263.

<sup>133</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atıf, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.149; Ali Haydar Efendi, *Düreru'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.1, s.182; Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsîr*, s.192; Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.187.

<sup>134</sup> Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.187.

<sup>135</sup> Zerkâ, *el-Medhalu'l Fıkhiyyu'l Âmme*, s.1047.

<sup>136</sup> Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsîr*, s.192; Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi*, s.187.

incelendiği zaman görülüyor ki, fukahânın 'teammüd' kavramından maksadı sadece kast olmayıp aynı zamanda ihmal ve tedbirsizliktir.<sup>137</sup>

Kusur ve teaddi mefhumunun sınırlarını belirlemek ise hiç kolay değildir. Bazen bir fiili hiç düşünülme ve muhtemel olmayan hâdiseler takip edebilir ve bunlar muhtelif fiil veya kusur ve tedbirsizliklerin neticesi olabilir;

Çok kere bir sebep neticesi hasıl olan zarar da kendi sırasında diğer bir zarara, o zarar da yeni bir zarara sebep olabilir. Bu suretle, sebep ve neticesi münasebetleri nihayetsiz olarak teselsül eder. Eski bir Fransız hukukçusu Pothier'nin aldığı meşhur bir misal şudur: Biri diğerine hasta bir öküz satar, satın alan bunu sağlam diğer öküzle beraber sapana koşar, hastalık sağlam öküze geçer, iki öküz de ölür, çift sürülmez, mahsul alınmaz, çiftçi borcunu ödeyemez, tarlası haczedilir, ucuzca satılır, çocuğun tahsili yarıda kalır vs.<sup>138</sup>

Bu halde mes'uliyet lâzım gelip gelmeyeceği ve kimin mes'ul olduğu somut olay değerlendirilerek takdir olunur.<sup>139</sup>

### **Bu Kâideden Çıkarılan Bazı Meseleler:**

1) Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin 924. maddesinde yer aldığı üzere; kamuya ait bir yolda izinsiz olarak çukur açan bir kişinin açtığı bu çukura başka birisinin hayvanı düşerek telef olsa, çukuru açan kişi tazminat ile sorumlu olur. Zira zarara sebep olmakla birlikte, çukuru kamuya ait bir yolda izinsiz açtığı için hukuka aykırı davranmıştır ve fiili haksız surette işlemiştir. Ancak kendi arazisinde açtığı çukura başkası düşerek zarar görse, bu durumda fiili haksız olmadığından tazminatla mükellef olmaz.<sup>140</sup>

2) Yine Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyenin 922. maddesinde yer aldığı üzere; bir kimse diğer bir kimsenin bahçesinin suyunu haksız bir şekilde kesip de bahçedeki meyve ve sebzeler kurusa, bahçe sahibinin uğradığı zararı tazminle mükellef olur.<sup>141</sup>

3) Müstevda (bir şeyi emanet olarak alan), toplumda herkesçe hırsızlıktan sabıkalı oldukları bilinen bir grup insana; 'falanca bana şöyle bir emanet bıraktı, o emanet falan yerdedir'

<sup>137</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.466.

<sup>138</sup> Belgesay, *Mecelle'nin Külli Kâideleri ve Yeni Hukuk*, s.36.

<sup>139</sup> Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.192; İlk dönemlerde insanlar, bir fiil neticesinde meydana gelen zararı tazmin ettirmek için fâilin kusurlu olup olmadığına bakarlar, kusurun bulunmaması halinde mağdurun uğradığı zarar, fâile tazmin ettirilmezdi. Daha sonraları bu telakki değişti ve mesuliyet için kusuru şart koşan ve koşmayan iki nazariye neşet etti: Bunlardan birisine, "kusur nazariyesi", diğerine ise "illiyet, sebebiyet, hasar, risk nazariyesi" adı verildi. Kusur nazariyesine göre, kişi faaliyetlerinde başkasına zarar vermiş olsa dahi, kusuru yoksa mesul tutulmamalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu nazariyenin kusur mefhumu, ihmal ve tedbirsizlik durumunu da ihtiva etmektedir. İhmal ve tedbirsizlikte esas alınacak ölçü ise, fâilin bulunduğu toplumun medenî ve kültürel durumu ile beraber fâilin fikri kabiliyet ve zekası olacaktır. (Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.465) İlliyet ve sebebiyet nazariyesine göre ise, fiil ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunması kâfi görülmekte ve fâilin kusuru aranmamaktadır. Bugün Batılı hukuk sistemlerinde hâkim olan nazariye, kusur nazariyesidir. Türk Medeni Kanunu da, fâilin tazminle mükellef olması hususunda kusuru esas almış, ancak bazı hallerde kusur olmasa dahi zararlar fiil arasındaki illiyet bağını kâfi görmüştür. (Mustafa Reşit Belgesay, *Mecelle'nin Külli Kâideleri ve Yeni Hukuk*, s.37; Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s.196.) İslam Hukuku ise, bu iki nazariyeden yalnızca birisini esas almamış, orta bir yol tutarak sebebiyet hallerinde tazminat sorumluluğu için teaddiyi (fiilin haksız olması) gerekli görmüş, mübâserette ise kusur şartı olmaksızın bir fiili doğrudan yapan kişinin tazminatla mükellef olması esasını benimsemiştir. Zira mübâseret durumunda fiil zarara bitişiktir ve arada başka bir sebep de yoktur. Bu kuvvetli hal sebebiyle mübâseret hali, kusur şartı olmaksızın, fâile tazminat yüklemeye müsaittir. (Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.466-467).

<sup>140</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1703.

<sup>141</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, C.2, s.1699-1700.

dedikten sonra o hırsızlar da o vediaı çalsalar, müstevda vedianın bedelini tazminle mükellef olur. Zira yukarıda beyan edildiği üzere, kişinin üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi de bir nevi teaddi (haksız fiil) sayılmaktadır. Binaenaleyh müstevda müteaddi olduğundan mütesebbib olup mübâşir olmadığı halde tazminatla mükellef olacaktır.<sup>142</sup>

Kâidenin şerhini nihayete erdirmeden evvel bir hususa daha temas edilecektir: Yukarıda beyan olunduğu üzere bir kişiye tesebbüb yoluyla zarar veren kişinin tazminat ile mükellef olması için kusur ve teaddinin mevcut olması gerektiğinden, zararı netice veren fiilin, fâilin kasıt, ihmal ve tedbirsizliği sonucu meydana gelmediği hallerde tazminat sorumluluğu da tabii olarak ortadan kalkacaktır. Fâilin kusur ve mesuliyetini ortadan kaldıran hallerin en tipik örnekleri; zarara uğrayanın kusuru, üçüncü şahsın kusuru ve mücbir sebeplerdir.<sup>143</sup> Üçüncü kişinin fiilinin sorumluluğu ortadan kaldırdığına misal olarak, bir yük taşımak üzere kiralanan hammalın başkaları tarafından düşürülerek taşıdığı eşyanın zarar görmesi durumu zikredilebilir. Nitekim bu durumda üçüncü kişilerin fiili, zarar ile fiil arasındaki illiyet rabitasını ve dolayısıyla hammalın sorumluluğunu ortadan kaldırmıştır. Bununla beraber hammal, başkalarının müdahalesi olmadan ayağı kayarak düşseydi, taşıdığı eşyaya verdiği zarar nispetinde tazminat ile mükellef olacaktır.<sup>144</sup> Zarara uğrayanın kusurunun tazminat yükümlülüğünü kaldırmasına örnek olarak da kasten dürtüp kıskırttığı atın tepelemesiyle yaralanan kişi sebebiyle atın binicisinin ve sahibinin tazminatla yükümlü tutulmaması verilebilir. Zira zarara uğrayan, kendi fiili ile bu neticenin doğmasına sebep olmuştur.<sup>145</sup> Mücbir sebebin illiyet bağıni kestiği hale de bir kimsenin umuma ait bir yola izinsiz olarak koyduğu taşı, rüzgar ve selin taşıyarak başkasının malına zarar vermesine sebep olması durumu misal olarak zikredilebilir. Bu durumda her ne kadar başlangıçta taşı koyan kişi hukuka aykırı hareket etmiş olsa da daha sonradan fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı arasına giren mücbir sebep nedeniyle tazminat sorumluluğu ortadan kalkmıştır.<sup>146</sup>

#### E. KAİDELERİN, İSLAM HUKUKUNDAKİ HAKSIZ FİİL NAZARİYESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Tahlili yapılan dört kaide doğrultusunda, İslam Hukukundaki haksız fiil nazariyesinin esaslarından bazıları şu şekilde sıralanabilir:

- 1) Başkalarının şer-i şerifçe korunan her türlü hakkını ihlal edici davranışlarda bulunmak yasaklanmıştır. Bu tür davranışlarda bulunan kişiler başkalarına verdikleri zararı tazminle yükümlüdürler.
- 2) Bir zarara maruz kalan kişi, yargı mercilerine başvurmak suretiyle bu zararının tazminini talep etmelidir. Uğramış olduğu bu zarar, onun da başkalarına zarar vermesini meşru kılmaz.

<sup>142</sup> Süleyman Hasbî Efendi, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Küllî Kâideler Şerhi*, s.187.

<sup>143</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.472; Kahveci, *İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından İliyet Bağıni Kesen Sebepler*, s.101

<sup>144</sup> Fahrüddin Zeylai, *Tebyinu'l Hakâik Şerh Kenzu'l Dakaik*, Kahire: el-Matbaa'l Kübra'l Emiriyye, 2003 C.5, s.136.

<sup>145</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.473.

<sup>146</sup> Ebû Muhammed b. Ganim Bağdadi, *Kitâbu Mecmâi'd-Damânât*, s.149.

3) Fertler, sahip oldukları hakları meşru surette diledikleri gibi kullanabilirlerse de haklarını başkalarına zarar verecek surette kullanamazlar. Binaenaleyh İslam hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasaklanmıştır.

4) Kişi, başkası için zarar-ı fâhiş olacak bir surette mülkünde tasarrufta bulunamaz. Ancak ortaya çıkan zarar, zarar-ı fâhiş olmayıp zarar-ı yesir olursa bu tasarrufundan menedilemez.

5) Haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zarar, mümkün olduğu kadar izale edilmelidir. Binaenaleyh zarar az bir fiille giderilebiliyorsa daha fazlasını talep etmek meşru değildir.

6) Mümkün olduğu müddetçe haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zararın aynı ile izâle edilmesi gerekir. Ancak aynı ile tazminin mümkün olmadığı hallerde, itlâf edilen malın bedeli ödenmek suretiyle zarar tazmin ettirilecektir. Bu mevzudaki ana ilke şudur: 'İhtilâfa yol açmayacak derecede aslına benzerlik mümkün ise aynen îade ile mümkün değilse kıymetiyle tazmin ettirilir.

7) Aynı ile izale edilmesi mümkün olmayan bir mal, misliyâtta ise misli; kıyemiyâtta ise kıymeti verilerek tazmin ettirilir.

8) 'Cevaz-ı şer'î damâna münafidir.' Yani bir kişi, hududunu aşmayarak şer-i şerifin kendisine bahşettiği bir hakkı kullanması sebebiyle tazminatla sorumlu olmaz. Bu kâide, 'zarar izâle olunur.' kâidesini tahsis etmektedir.

9) İslam hukukunda, zarar ile zararı doğuran fiil arasındaki illiyet bağıını ifade etmek için; 'mübâşeret' ve 'tesebbüb' kavramları kullanılmaktadır.

10) İslam hukuku, modern hukuk sistemlerinde hâkim olan 'kusur' ve 'illiyet bağı' nazariyelerinden yalnızca birisini esas almamış, orta bir yol tutarak sebebiyet hallerinde tazminat sorumluluğu için teaddiyi (fiilin haksız olması) gerekli görmüş, mübâşeretle ise kusur şartı olmaksızın bir fiili doğrudan yapan kişinin tazminatla mükellef olması esasını benimsemiştir.

11) Kusur ve hukuka aykırılığın sınırlarını belirlemede, her bir somut olay ayrı değerlendirilmelidir. Zira bazı durumlarda bir zarara sebep olan birbirinden muhtelif hâdiseler olabilmektedir.

12) Bir zarara sebep olan kişinin (mütesebbib) tazminatla sorumlu olabilmesi için hukuka aykırı hareket etmiş olması gerekir. Zira ilgili kâidede yer alan 'müteammid' ifadesinden kastedilen teaddi yani hukuka aykırılıktır.

13) İhmal, tedbirsizlik ve dikkatsizlik halleri de hukuka aykırılığın altına girer. Buna göre mütesebbibin ihmali davranışları da onu tazminle yükümlü kılar.

14) Zararı netice veren fiilin fâilin kasıt, ihmal ve tedbirsizliği sonucu meydana gelmediği hallerde tazminat sorumluluğu da tabii olarak ortadan kalkacaktır. Fâilin kusur ve mesuliyetini ortadan kaldıran hallerin en tipik örnekleri; zarara uğrayanın kusuru, üçüncü şahsın kusuru ve mücbir sebeplerdir.

15) Bir zararı doğuran fiili doğrudan yapan kişi (mübâşir) ile zarara sebep olan (mütesebbib) bir olayda birleşirlerse, kural olarak tazmin yükümlülüğü mübâşire yüklenir. Bununla beraber bu kural mutlak olmayıp bazı durumlarda hem mübâşir hem de mütesebbib müşterek olarak tazminatla mükellef olabilmektedir.

## SONUÇ

Haksız fiiller, hukukta borcun en önemli kaynaklarından birisidir. Modern hukuk literatüründe bu kavram yer almakla beraber ilk dönem fıkıh kitaplarında doğrudan bu kavrama rastlanılmamaktadır. Bu eserlerdeki kitap ve bablar içerisinde modern hukuktaki haksız fiil nazariyesine en yakın olanı ‘kitabu’l itlâf olmakla beraber, bütün haksız fiilleri içerisine almaktadır. Ayrıca fıkıh kitaplarında, meseleci yöntem esas alınarak her bir haksız fiil ayrı ayrı ele alınmıştır. Daha sonraki dönemlerde ise haksız fiillerin tamamını kapsayacak külli kaide ve esaslar belirlenmiştir. Böylece kazuistik metot terk edilerek mücerred metot esas alınmıştır. Bu kaidelerden bir kısmı, Mecelle-i Ahkâmı Adliyyenin külli kaideleri arasında yer almaktadır. Bu kaideler, İslam Hukukundaki haksız fiil nazariyesinin temel esas ve ilkelerini ortaya koyacak mahiyettedir.

Haksız fiil sorumluluğunun meydana gelmesi için; zarar doğuran fiil, zarar, hukuka aykırılık (teaddi) ve illiyet bağı unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir. Bu unsurlardan birisi olan zarar, ‘kanunen muhterem olan maddi ve manevî menfaatlerin haleldar veya zâyî olması’ şeklinde tanımlanmaktadır. Bütün hukuk sistemlerinde, haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmin edilmesi esası geçerli olsa da, hukuk sistemlerinin zararların tazminine yönelik nazariyeleri birbirinden farklı olabilmektedir. Nitekim İslam Hukukundaki zararların tazmini nazariyesi ile İsviçre menşeli Türk Borçlar Kanun’unun esas aldığı zarar tazmini nazariyesi arasında da bazı farklar bulunmaktadır. Haksız fiilin diğer bir unsuru olan ‘illiyet bağı’, fıkıh kitaplarında bu tabir ile yer almamaktadır. Modern hukuk literatüründe kullanılan ‘illiyet bağı’ kavramını ifade etmek için ise İslam hukuk doktrininde daha çok ‘mübâşeret ve ‘tesebbüb’ kavramları kullanılmıştır. Zararın insan fiilinin doğrudan etkisiyle meydana gelmesine ‘mübâşeret’, doğrudan değil de dolaylı etkisiyle meydana gelmesine ise ‘tesebbüb’ ismi verilmiştir.

Günümüzde hukuk sistemlerinde haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zararların tazmin ettirilmesi hususunda iki nazariye hâkimdir. Bunlardan birincisi, kusur nazariyesidir. Bu nazariyeye göre, zarar doğuran fiilin fâilinin tazminatla mükellef olabilmesi için, kusurlu olması şarttır. İhmal ve tedbirsizlik hali de bazı durumlarda kusur sayılmıştır. Diğer nazariye ise, illiyet bağı nazariyesidir. Bu nazariyeye göre ise, kusurlu olması şartı aranmaksızın fiili neticesinde ortaya çıkan zarar fâile tazmin ettirilecektir. Bugün Batılı hukuk sistemlerinde hâkim olan nazariye, kusur nazariyesidir Türk Medeni Kanunu da, fâilin tazminle mükellef olması hususunda kusuru esas almış, ancak bazı hallerde kusur olmasa dahi zararlar fiil arasındaki illiyet bağını kâfi görmüştür İslam Hukuku ise, bu iki nazariyeden yalnızca birisini esas almamış, orta bir yol tutarak sebebiyet hallerinde tazminat sorumluluğu için teaddiyi (fiilin haksız olması) gerekli görmüş, mübâşeret ise kusur şartı olmaksızın fâil-i mübâşirin tazminatla mükellef olması esasını benimsemiştir. Zira mübâşeret durumunda fiil zarara bitişiktir ve arada başka bir âmil de yoktur. Bu kuvvetli hal sebebiyle mübâşeret hali, kusur şartı olmaksızın, fâile tazminat yüklemeye müsaittir.

## KAYNAKÇA

- Abdurrezzak Senhuri. Masadiru'l Hak. Beyrut: Mensurat'ul Halebi el-Hukukiyye, 1998.
- Ahmed Ziya Efendi. İslam Hukukunun Genel İlkeleri. Konya: Esra Yayınları, 1996.
- Aktan, Hamza. Damân'. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1993: C.8, s.450-453.
- Arsal, Sabri Maksudi. Hukukun Umumî Esasları. Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937.
- Arsebük, Esat. Medeni Hukuk. Ankara: Tan Matbaası, 1938.
- Aslan, Mehmet Selim. "İslam Hukukunda Teassuf ve Hükümlere Etkisi". EKAV Akademi Dergisi. Sayı 67 (Yıl 2016): 205-35.
- Avcı, Mustafa. Türk Hukuk Tarihi. Konya: Atlas Akademi Yayınları, 2021.
- . "Ceza Muhakemesinde Sulh". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1 (2017): 11-71.
- Aybakan, Bilal. "Zarar". TDV İslam Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2013: C.44, s.130-134.
- Aydın, Mehmet Akif. "Haksız Fiil". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1997: C.15, s.210-211.———. "İslam Hukukunda Gasp", İslam Tetkikleri Dergisi. Sayı 9 (Yıl: 1995): 163-217.
- Bağdadî, Ebû Muhammed b. Ganim. Mecmâu'd-Damânât. Kahire: Daru'sselam, 1999.
- Baktır, Mustafa. "Kâide". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2011: C.24, s.205-210.
- Bardakoğlu, Ali. 'Diyet', TDV İslam Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 1994: C.9, s.473-479.
- Baz, Selim Rüstem. Şerh'ul Mecelle. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2010.
- Belgesay, Mustafa Reşit. "Mecelle'nin Külli Kâideleri ve Yeni Hukuk". İÜHFİM, Sayı 2-3 C. XII (Yıl 1946): 561-608.
- Berki, Ali Himmet. Hukuk Mantığı ve Tefsîr. İstanbul: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2018.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. Hukuku. İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 2002.
- Çelik, İbrahim. 'Teaddi'. TDV İslam Ansiklopedisi. İstanbul: TDV Yayınları, 2010, C.39, s.283-284.
- Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Ergüney. Hilmi. İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kâideleri. İstanbul: Yenilik Basımevi, 1965.
- Ğazevi, Ebu Haris. Mevsuatü'l Kavaidü'l Fıkhiyye. Beyrut: Müessesetü'l Risale, 2003.
- Günergök, Özcan ve Şaban Kayıhan. Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler). İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2020.
- Hanbelî, İbni Recep. el-Kavaid. Kahire: Daru'l İbni Affan, 1999.
- Hocaeminzade Ali Haydar Efendi. Düreru'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.
- Mevsili, İbni Mahmud. İhtiyar li-ta'li'l muhtar. Kahire: Matbatu'l Halebi, 1937.
- İbn-i Nüceym. el-Eşbah ve'n Nezair ala mezhebi Ebi Hanifete Nu'man. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1999.
- . el-Bahru'r Raik Şerhu Kenzu'd Dakaik. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2005.
- İlhan, Cengiz. Hukukun Doksan Dokuz Kâidesi. İstanbul: Tarih Vakfı Yayınları, 2010.
- İmam Kâsâni. Bedaiu's Sanai. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986.

- Kahveci, Nuri. "İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyyet Bağını Kesen Sebepler". KSÜ. İlahiyat Fakültesi, Sayı 10 (Yıl 2007): 91-111
- Karaman, Hayreddin. Mukayeseli İslam Hukuku. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Turhan Kitapevi, 2011.
- Kuyucaklızâde Mehmet Atıf. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Külli Kâideler Şerhi. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2020.
- Mevsuatu'l Fıkhiyye el-Kuveyyiyye. Damân', Kahire: Daru'l Safve, 1980.
- Meydanî, Abdülğani b. Tâlib. el-Lubab fi şerh'il kitab. Beyrut: Dar'ul Ktabi'l Arabiyye, 2017.
- Muhtar, Ahmed. Mu'cem'ul Lugatu'l Muasira. Kahire: Alem'ul Kutub, 2007.
- Nevevi, Ebu Zekeriyya Muhyiddin. Minhac'uttalibin ve Umdetu'l Müftiine fi'l fik'h. Dimeşk: Dar'ul Fikr, 2005.
- Paçacı, İbrahim. "Diyet Bir Ceza Var mıdır?". Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi. Sayı 2 (Yıl 2014): 87-105
- Suyutî, Celalüddin. el-Eşbah ve'n Nezair. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1999.
- Süleyman Hasbi Efendi. Mecelle Külli Kâideler Şerhi.
- Üdeh, Abdulkadir. et-Tesrî'u'l-cinâ'iyü'l-İslâmî. Beyrut: Dar'ul Katib'ul Arabi, 1999.
- Ünal, Mustafa. İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. Medeni Hukuk. İstanbul: Gün Matbaası, 1969.
- Yıldız, Kemal. 'Mübâşeret'. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. Ankara: TDV Yayınları, 2020: C.31, s.428-429.
- Zerka, Ahmed. Şerhu Kavaidu'l Fıkhiyye. Dimeşk: Daru'l Kalem, 1989.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. el-Medhalu'l Fıkhiyyu'l Âmme. Dimeşk: Dar'ul Kalem, 2012.
- Zeydan, Abdülkerim. El-Veciz fi şerh-i kavâidü'l fıkhiyye fi şeriatî'l İslamiyye. Beyrut: Müessetü'l Risalet'ül Nâşirün, 2004.
- Zeylai, Fahrüddin. Tebyinu'l Hakaik Şerh Kenzu'l Dakaik. Kahire: el-Matbaa'l Kübra'l Emiriyye, 2003.

Geliş Tarihi | Received: 14.03.2022

Kabul Tarihi | Accepted: 27.04.2022

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2022

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## TÜRK HUKUK TARİHİNDEN BİR YAPRAK: HADİSAT-I HUKUKİYE VE TARİHİYE MECMUASI

A LEAF FROM THE TURKISH LEGAL HISTORY: HADISAT-I HUKUKİYE VE TARİHİYE MECMUASI (JOURNAL OF LEGAL AND HISTORICAL EVENTS)

Dr. Ali Turan\*

### ÖZ

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, saltanatın kaldırılması ile cumhuriyet rejimine geçiş döneminde İstanbul'da neşredilmiş olan bir mecmuadır. Mecmuanın müessisi ise Mekteb-i Hukuk mezunlarından dava vekili Abdurrahman Adil Bey'dir. Abdurrahman Adil, Osmanlı Devleti'nin son dönemlerine ve cumhuriyetin ilk yıllarına şahitlik etmiş mühim bir şahsiyettir. Dava vekili olmasının yanı sıra, ömrünün sonuna kadar matbuat alemine de hizmet etmiştir. Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası'nın neşri, Abdurrahman Adil'in olgunluk dönemlerine rastlar. Bu dergi uzun bir yayın dönemine sahip olmasa da muhtevası itibarıyla kayda değerdir. Mecmuada Osmanlı hukuk tarihine dair mühim yazılar neşredildiği gibi, cumhuriyet rejimine geçiş dönemine ve bilhassa cumhuriyetin ilk yıllarındaki İstanbul'a da bir nebze ışık tutulmaktadır. Bu çalışmanın amacı da hukuk tarihimizin mühim kaynaklarından biri olan bu mecmuayı ve muhtevasını takdim etmektir.

**Anahtar Kelimeler:** Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası - Abdurrahman Adil - Türk hukuk tarihi - Osmanlı hukuk tarihi

\* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

0000 0001 6563 6315 ali.turan@inonu.edu.tr

Bu makale, 10-12 Nisan 2021'de çevrimiçi olarak düzenlenen Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan "Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası: Takdim ve Tahlil" adlı özet bildirinin genişletilmiş halidir.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilmez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## ABSTRACT

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye is a journal published in Istanbul during the term of transition to the republican regime after abolition of sultanate regime. The journal is established by the attorney Abdurrahman Adil, a graduate of Mekteb-i Hukuk (Law School). Abdurrahman Adil is an important personality who witnessed the latest terms of Ottoman State and the first years of the republican regime. In addition to being an attorney he served to the publications sector until the end of his life. Publication of the journal of Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye coincides the maturity term of Abdurrahman Adil. Although this journal did not have a long period of publication, it is remarkable in terms of its content. In addition to the important articles published on this journal about the legal history of Ottoman State, it also lights the way particularly to the Istanbul during the transition to the republican regime and the to first years of this regime. The aim of this study is to present this journal and its content which is one of the important sources of our legal history.

**Keywords:** Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası (Journal of Legal and Historical Events) ~ Abdurrahman Adil ~ Turkish Legal History ~Ottoman Legal History

## GİRİŞ

Türk hukuk tarihi araştırmacılarının üzerinde en çok durduğu dönem hiç şüphesiz Osmanlı Devleti'nin Tanzimat dönemidir. Bu yaklaşımda gerek kullanılacak malzemenin bolluğu gerekse de bu malzemenin klasik döneme nispeten daha kolay okunmasının büyük bir tesiri vardır. Buna rağmen Osmanlı Devleti'nin Tanzimat döneminin tam manasıyla aydınlatılmış olduğu kesinlikle söylenemez. Zira Osmanlı Devleti'nin Tanzimat dönemiyle birlikte girdiği süreç, kısa sayılabilecek bir zaman diliminde çok hızlı, karmaşık ve köklü reformlara sahne olmuştur. Bu reformların büyük çoğunluğu planlı ve ihtiyaca binaen yapılmış değildir. Avrupalı devletlerin büyük tesirinin olduğu bu reformlar ahenkli ve yeknesak bir şekle bürünmemiştir. Dolayısıyla oldukça karmaşık ve takip edilmesi pek zor bu yenilik hareketlerinin oldukça zengin bir malzeme içerisinde tasnif ve tetkike tabi tutularak ortaya çıkarılması pek kolay bir iş olmasa gerektir.

Tarihin çok eski devirlerinden beri insanlar, hissiyat ve fikirlerini yazı yoluyla nakletme ihtiyacı duymaktadır. Bu manada matbaanın icadı, dünya matbuat tarihinin en mühim gelişmelerinden biri olarak görülebilir. Zira insanlar tarafından ortaya konulan fikri eserlerin daha kolay çoğaltılması ve daha çok insana ulaşabilmesi sağlanmıştı. Bununla birlikte matbaanın Osmanlı topraklarına girişi ve yaygın bir surette kullanımı, geç sayılabilecek bir zamana tesadüf eder. Tanzimat dönemiyle birlikte ve bilhassa ilk hususi gazete olan Tercüman-ı Ahval'in çıkmasından sonra süreli yayınların sayısında gözle görülür bir artış meydana gelmiştir.

Tanzimat dönemi aydınları, matbuat alemine hususi bir alaka göstermiştir. Batı medeniyetiyle tanışan ve devlet idaresinde yenilikçi hareketlerin oluşmasına taraftar olan dönemin birçok aydını, yenilikçi meselelere dair fikirlerini çıkardıkları gazete ve dergilerde neşreliyordu. Bu sayede hem fikirlerini birçok kişiye ulaştırabiliyor hem de yenilik taraftarı bir efkarumumiyenin oluşmasını temin ediyorlardı. Bir yandan da dönemin hukuki, siyasi, iktisadi ve içtimali vaziyetini takip edebilmemiz açısından bizlere büyük bir hazine bırakmış oluyorlardı.

Osmanlı Devleti'nde matbuat alemine gönül vermiş müelliflerden biri de Abdurrahman Adil Bey'dir. Abdurrahman Adil Eren, Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde yetişen çalışkan ve çok yönlü şahsiyetlerden biridir. Her ne kadar hukukçu ve tarihşinas kimliğiyle bilinse de aynı zamanda iyi bir gazeteci ve yayıncıdır. Ömrühayatının büyük bir dilimini matbuat alemine hasretmiş olan Abdurrahman Adil; birçok hukuki eser telif etmenin yanı sıra, bizzat gazete ve dergi çıkarmış ve yine birçok gazete ve dergide yazarlık yapmıştır. Müessisi olduğu Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası da onun münferit gayretleriyle yayınlanmıştır. Bu mecmuada hukuka ve tarihe dair makaleler, dönemin mühim gelişmeleri ve hukuki düzenlemeler neşredilmiştir.

Bu çalışmada Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası takdim ve tahlil edilerek mecmuanın bilhassa hukuk tarihi cephesinden ehemmiyeti ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bunun için evvela mecmuanın müessisi olan Abdurrahman Adil takdim edilecektir. Akabinde mecmuanın şekil ve muhtevası, yayın dönemi ve sayıları hakkında umumi malumat verilecektir. Nihai olarak da mecmuanın muhtevası ve hukuk tarihine dair ehemmiyeti ele alınacaktır. Bu kısımda mecmuanın hukuk tarihinin belli başlı konularına ilişkin yazılarına kısaca

değininilecektir. Mecmuanın hukuk tarihi bakımından değeri yalnızca tasnif edeceğimiz başlıklardan ibaret değildir. Mecmuanın elde bulunan tüm sayılarına ait fihrist de çalışmanın ekinde verilecektir. Bu sayede mecmuanın hukuk tarihi başta olmak üzere diğer konulara ilişkin yazıları bir bütün şeklinde göz önüne serilecektir.

## I. MECMUANIN MÜESSİSİ: ABDURRAHMAN ADİL (1868-1942)

Abdurrahman Adil, 1284 senesi Zilhicce ayında (Mart/Nisan 1868) Selanik'te doğdu. Manastır dava vekillerinden Osman Nuri Efendi'nin oğludur<sup>1</sup>. Dedesi, Cevahirci lakabıyla bilinen Mevlevi Derviş Ali'dir<sup>2</sup>. İlk ve ortaöğrenimini Selanik'te tamamladıktan sonra 1296 tarihinde İstanbul'a gelerek Fatih Medresesi'ne başladı ve oradan icazet aldı<sup>3</sup>. 1301 senesi Temmuz'unda (1885) ise Mekteb-i Hukuk'a girdi<sup>4</sup>. 1305 senesinde mezun olduktan sonra dava vekilliği yapmaya başladı. 8 Kasım 1942'de İstanbul'da hayatını kaybetti ve Eyüp mezarlığına defnedildi<sup>5</sup>.

Abdurrahman Adil matbuat hayatına esasen Selanik'te *Vilayet Gazetesi* ile giriş yaptı<sup>6</sup>. Hukuk tedrisatı için İstanbul'a geldiği 1301 senesinde ise *Tercüman-ı Hakikat* ile *Osmanlı gazetelerinde tahrirata başladı*<sup>7</sup>. Abdurrahman Adil'in Gerek Selanik'te gerekse de İstanbul'da çok erken yaşlarda başlayan bu matbuat macerası ömrünün sonuna kadar sürdü. Yetmiş dört senelik hayatında hukuka dair birçok kitap neşretmenin yanı sıra bizzat gazete ve mecmualar çıkardı. İmtiyaz sahibi olduğu *Azım* adlı gazetenin nüshalarına ulaşılabilir<sup>8</sup>. Siyasi meseleleri ele almak üzere çıkarma teşebbüsünde bulunduğu *Şu'ûn*<sup>9</sup> adlı gazetenin herhangi bir nüshasına henüz ulaşamamıştır. Ayrıca henüz herhangi bir nüshasına ulaşamadığımız "*İnkılâb*"<sup>10</sup> ile *Şuur ve Mesaî*<sup>11</sup> adlı gazeteler de ona nispet edilmektedir. Yine *Vilayet, Tercüman-ı Hakikat, İkdâm, Cerîde, Ma'ârif, Peyâm, Tevhid-i Efkâr, Resimli Ay, Şehbâl, Yarım Ay, Akşam, Vakit, Cumhuriyet* ve *Tan* gazetelerinde yazıları yayınlanmıştır<sup>12</sup>.

Abdurrahman Adil, çok yönlü ve idealist bir şahsiyet olarak göze çarpar. Kanaatimizce bu idealist özelliğini ortaya koyan en müşahhas örnek, *Kitabhane-i Hukuk ve Külliyyat-ı Hukuk*

<sup>1</sup> BOA, DH.MKT., 360/68, 12 Mart 311 (24 Mart 1895).

<sup>2</sup> İbnülemin Mahmud Kemal İnal, *Son Asır Türk Şairleri*, C. II, MEB Yayınları, İstanbul, 1969, s. 1252.

<sup>3</sup> Hasan Basri Erk, *Meşhur Türk Hukukçuları*, İstanbul, 1958, s. 403.

<sup>4</sup> BOA, DH.MKT., 360/68.; Abdurrahman Adil, "Mudanya Mukavele-i Askeriyesi", *Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası*, II. Tertip, C. 2, 1922, s. 18.; Abdurrahman Âdil Eren (Tarihşinas) ve Eserleri Hakkında Biyografik Fiş, İ.B.B. Atatürk Kitaplığı, Demirbaş: Bel\_Mtf\_54382.; Abdurrahman Âdil Bey (Tarihşinas) Hakkında Biyografik Bilgi Fişi, İ.B.B. Atatürk Kitaplığı, Demirbaş: Bel\_Mtf\_60070.

<sup>5</sup> Cumhuriyet Gazetesi, 10 İkinciteşrin 1942 (10 Kasım 1942), s. 7.; Vatan Gazetesi, 10 İkinciteşrin 1942 (10 Kasım 1942), s. 3.

<sup>6</sup> Hakkı Tarık Us, *Ellî Yıl*, İstanbul, 1943, s. 68.

<sup>7</sup> Abdurrahman Adil, "En Çok Yazı Yazan Türk Muharriri Ahmet Midhat Efendi Nasıl Çalıştırdı? Ahmed Rasim İlk Makalesini Nasıl Yazdı?", *Akşam Gazetesi*, 01.11.1936, s. 5.

<sup>8</sup> Ali Turan, "Abdurrahman Âdil Eren'in (1868-1942) Hayatı, Eserleri ve Mahkeme-i Temyiz Adlı Eserinin Tahlili", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sa. 23, 2017, s. 64.

<sup>9</sup> BOA, DH.MKT., 2660-71, 20 Şevval 1326 (15 Kasım 1908).

<sup>10</sup> Gerard Groc, İbrahim Çağlar, *La Presse Française de Turquie de 1795 à nos Jours, Histoire et Catalogue*, The Isis Press, İstanbul, 1985, s. 155'ten aktaran: Ali Birinci, "Meşrutiyet Matbuatı (1324-1325) III, *Kebikeç*, S. 4, 1996, s. 41.

<sup>11</sup> Kudret Emiroğlu, "Meşrutiyet Matbuatı (1324-1325) VI", *Kebikeç*, S. 9, 2000, s. 61.

<sup>12</sup> Turan, a.g.m., s. 63-64.

adı altında bir hukuk külliyyatı vücuda getirme gayretidir. Müdâyenât adlı eserinde, hukuki meselelerin ait oldukları ıstılahatlara göre bir araya getirilmesiyle bir hukuk fihristi ya da külliyyatının oluşacağını dile getirir. Müellife göre Avrupa’da bu hususta çok kıymetli eserler bulunur. Böyle bir çalışmanın lisanımızda ve hukukumuzda ortaya çıkmasını uzun zamandır temenni ettiğini belirterek neşrettiği hukuki makaleleri bu arzuya binaen kaleme aldığını söyler<sup>13</sup>. Böyle mühim bir saikle *Kitabhane-i Hukuk* ve *Külliyyat-ı Hukuk* projelerine girişen Abdurrahman Adil, bu kapsamda bir hayli kitap neşretti. Bunların çoğunu bizzat telif etti<sup>14</sup>. Hatta bu eserlerin neşredilebilmesi için bir matbaa tesis etmek istedi<sup>15</sup>. Böyle bir idealin yalnızca bir hukukçunun münferit gayretleriyle muvaffakiyete ulaşamayacağını farkındaydı ve bu sebeple bu hususla alakadar olan tüm hukukşinaslara yardım teklifinde bulunmuştu<sup>16</sup>.

Abdurrahman Adil, Osmanlı Devleti’nin son dönemlerinin yetiştirmiş olduğu mühim hukukçulardan biridir. Nitekim Mumcu tarafından 19. asır sonlarının büyük hukukçusu şeklinde takdim edilir<sup>17</sup>. Mekteb-i Hukuk’ta bir süre müderrislik yapmış ve Usul-i Muhakeme-i Hukukiye dersleri vermiştir<sup>18</sup>. Mekteb-i Hukuk’tan mezun olur olmaz başladığı avukatlık vazifesini de ömrünün sonuna kadar sürdürmüştür. Hatta cumhuriyetin ilanından sonra toplanan ilk İstanbul Barosu toplantısında Mekteb-i Hukuk’tan mezun en kıdemli avukat sıfatıyla baro riyasetinin intihabında muvakkaten reis seçilmiştir.

Abdurrahman Adil’in öne çıkan hususiyetlerinden biri de tarihe olan alaka ve merakıdır. Gerek telif ettiği diğer eserlerde gerekse de çalışmamıza konu olan Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası’nda Abdurrahman Adil’in tarihe olan alakası kolayca fark edilir. Tarihi hafızası oldukça güçlü bir şahıs olan Abdurrahman Adil’in, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Atatürk Kitaplığı’nda kendisi hakkında Osmanlıca yazılan biyografik fişte de Osmanlı tarihinin en bakkir konularını tetkik ve tahlil etmedeki ustalığına vurgu yapılmıştır<sup>19</sup>. O, tarihi meselelere dair malumat ve vesikaları toplayan bir şahsiyet olarak da bilinir<sup>20</sup>. Nitekim Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası’nda da tarihi meselelerde malumat ve vesika sahibi olanlardan yardım istemektedir. Ayrıca Yarım Ay, Tan, Milliyet ve Cumhuriyet gibi gazete ve dergilerde “Tarihi Dedikodular”, “Tarihi Dedikodu”, “Tarihi Fıkralar” başlıkları altında tarihi vakalara dair hatıralarını kaleme almıştır.

<sup>13</sup> Abdurrahman Adil, *Müdâyenât*, Konstantiniye: Matbaa-yı Ebu’z-ziyâ, 1312, s. 3-4.

<sup>14</sup> Kitabhane-i Hukuk ve Külliyyat-ı Hukuk kapsamında neşredilen bu eserler için bkz.: Turan, a.g.m., s. 66-69.

<sup>15</sup> Matbaanın tesisi için kendi yazısıyla vermiş olduğu beyannamede maksadını şu şekilde dile getirmiştir: “Matbaa tesisinden maksadım neşr eylemekde olduğum Kütübhâne-i Hukuk ile kâriben neşrine ibtidâr arzusunda bulunduğum Külliyyât-ı Hukuk’un suret-i nefside tab’ olunabilmesi ve hukuka müteallik asâr-ı Osmaniyе’nin teshil-i neşr ü ta’imimi olup ticâret matlûbım değildir.” (BOA, DH.MKT., 360/68.)

<sup>16</sup> Abdurrahman Adil, *Mahkeme-i Temyiz*, Konstantiniye: Matbaa-yı Ebu’z-ziyâ, 1312, s. 8.

<sup>17</sup> Ahmet Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, Ankara, Phoenix, 2007, s. 76.

<sup>18</sup> BOA, MF.MKT., 1090-63, 20 Kanun-ı Evvel 1324 (2 Ocak 1909).; Erk, a.g.e., s. 403.

<sup>19</sup> Abdurrahman Âdil Bey (Tarihşinas) Hakkında Biyografik Bilgi Fişi, İ.B.B. Atatürk Kitaplığı, Demirbaş: Bel\_Mtf\_60070.

<sup>20</sup> Yarım Ay dergisinde kaleme aldığı yazıya göre Abdülhamid devrinde başkatiplik yapan Cevat Bey, Abdurrahman Adil’e “Adil Bey! Sizin tarihi vakaları toplamakta olduğunuzu biliyorum. Ben söyleyeyim siz not edin.” şeklinde hitap ederek tarihi bir malumatı kendisine bildirmiştir. (Abdurrahman Adil Eren, “Tarihi Dedikodular: 31 Mart ve Bir Jurnal”, *Yarım Ay*, 1 Ekim 1918, s. 19.

## II. HADİSAT-I HUKUKİYE VE TARİHİYE MECMUASI HAKKINDA UMUMİ MALUMAT

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası'nın eldeki nüshalarını tetkik eden araştırmacılar ilginç bir vaziyetle karşılaşır. Mecmua hakkındaki umumi malumata geçmeden evvel bu meseleye temas etmek gerekir. Basım tarihi 1338/1922 olarak gözüken ilk cüzün dibacesinde yayına yeni bir tertiple başlandığı ifade edilir. Bu ifadelerden Abdurrahman Adil'in günlük matbuata kaydedilen hukuka dair makaleleri "Hadisat-ı Hukukiye" unvanıyla toplayıp yayınladığını öğreniyoruz. Fakat Abdurrahman Adil'e göre dünya hadiselerinin birdenbire farklı bir tarzda gelişmeye başlaması buna imkân bırakmamış ve yazılan şeylerin doğrudan doğruya neşredilmesine ihtiyaç duyulmuştur. Yine ilk tertipte bazı hataların olduğu ve basımda arzu edilen insicam ve intizamın temin edilemediği gibi sebeplerle ilk tertip terkedilmiştir. Ne gariptir ki yaptığımız tetkiklere rağmen müessisin ilk tertip olarak işaret ettiği herhangi bir nüshaya ulaşamamıştır. Halbuki basım tarihi ikinci tertipten sonra gözüken nüshalarda bazı basım hataları mevcuttur ve herhangi bir izahat olmaksızın ikinci tertipteki yayın düzeninden sapılmıştır<sup>21</sup>.

İkinci tertibin ilk dört sayısının basım tarihi 1338/1922 olarak verilmiştir. Beşinci sayıdan yedinci sayıya kadar basım tarihi 1339/1923'tür. Sekizinci sayıdan itibaren basım senesi ile basım ayı da gösterilmiştir. Bu dönemde mecmuanın ayda en fazla bir nüsha çıkacağı belirtilmiş olsa da her ay düzenli olarak yayınlanma imkânı bulunmamıştır<sup>22</sup>. Ayrıca her bir yirmi sayının bir müstakil cilt olarak kabul edileceği tasavvur edilse de ilk cilt 21. sayı ile bitirilmiştir. Bu sayının tarihi Mart 1341/1925'tir. Bu 21 sayılı ilk ciltte her sayı, bir evvelki sayının kaldığı sayfa sayısından devam ettirilmiş ve ilk cilt toplamda 306 sayfa ile tamamlanmıştır. Son sayının sonuna ilk cildin fihristi de eklenmiştir. İlk cildin 17. sayıya kadar olan nüshaları İkdam Matbaası'nda, kalan diğer sayılar da Yeni Matbaa'da basılmıştır.

Basım tarihi ilk ciltten sonra görünen ilk sayı 15 Nisan 1341 tarihlidir. Bu dönemde mecmuanın kapağında yeniliğe gidilmiş ve mecmua "Tarihi, adli, iktisadi mecmuadır" takdimiyle basılmıştır. Bu dönemde mecmuanın bazı sayıları "Kısm-ı Adli", bazı sayıları da "Kısm-ı Tarihi" olarak basılmıştır. Ayrıca yeni dönemde bu mecmua on beş günde bir neşredilmiştir. Bu dönemde ilk beş sayı "Kısm-ı Tarihi", son iki sayı ise "Kısm-ı Adli" olmak üzere toplamda yedi sayı mevcuttur. Beş tane sayıda ilave (ek) de mevcut olmuştur. Son sayı 15 Temmuz 1341 tarihlidir ve bu sayıdan sonra herhangi bir nüshaya tesadüf edilememiştir. Bu yedi sayı Matbaayı Amire'de basılmıştır. İzah edilmesi gereken bir diğer husus, bu sayılarda çok defa mecmua kapağında yapılan basım tarihi ve sayı numarası hatalarıdır. İlk üç sayıdan sonra sıklıkla kapak sayfalarındaki tarihlerde ve sayı numaralandırmalarında hata vardır. Beşinci sayıdan sonra on birinci ve on ikinci sayılara geçilmiştir. Halbuki on birinci sayının altıncı sayı, on ikinci sayının

<sup>21</sup> Daha evvel tarafımızca yapılmış olan "Abdurrahman Âdil Eren'in (1868-1942) Hayatı, Eserleri ve Mahkeme-i Temyiz Adli Eserinin Tahlili" isimli çalışmada bu hatalara ve basım tarihi kendisinden evvel gözüken nüshalardan farklı bir tarzda yayınlanmalarına binaen ilk tertibin aslında bu nüshalar olduğuna kanaat getirmiştik. O çalışmada bu mecmuanın tüm nüshalarını teferruatlı bir şekilde tetkik etme imkanı olmamıştı. Basım tarihi ikinci tertipten sonra olan nüshaların kapağına şöyle bir not düşülmüştür: "Akdemce risale şeklinde neşr olunan 21 cüzde bir de mufassal fihrist ilave kılınarak birinci cild addolunmuş ve ayrıca cem' ve teclid edilmiştir."

<sup>22</sup> 3. sayının başında ise mecmuanın ayda en fazla üç cüz olarak neşredilmesinin arzu edildiği belirtilmiştir.

ise yedinci sayı olması gerekir. Bu hata, ilk beş cildin ilavelerinin (eklerinin) bulunmasından kaynaklanmış olabilir<sup>23</sup>.

Daha evvel de bahsedildiği üzere Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuasının ulaşıldığımız son sayısı 15 Temmuz 1341 tarihlidir. Tetkiklerimize rağmen başka bir sayıya ulaşamamıştır. Halbuki İcra Vekilleri Heyeti 11 Kasım 1925 tarihinde, mecmuanın basılması için Avrupa'dan ithal edilecek olan 1632 kg kâğıdın gümrük vergisinden muaf tutulmasına karar vermiştir<sup>24</sup>. Böylece Abdurrahman Adil'in mecmuayı çıkarmaya devam etme gayesi vardır; fakat bir şekilde bu gayede muvaffak olamamıştır.

### III. HADİSAT-I HUKUKİYE VE TARİHİYENİN MUHTEVA ÖZELLİKLERİ VE TÜRK HUKUK TARİHİ AÇISINDAN DEĞERİ

#### A. MECMUANIN MUHTEVA DEĞERİ, GAYESİ, KAYNAKLARI VE TAKİP ETTİĞİ USUL

Başında meşhur bir hukukçu, gazeteci ve tarihşinas bir şahsiyet bulunan Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası'nın muhtevasına bakıldığında, Türk hukuk tarihi açısından kıymetli bir malzemenin mevcudiyeti görülür. Meselenin bu cihetine geçmeden evvel mecmuanın zayıf noktalarına ilişkin birkaç husustan bahsetmek gerekir. Evvela bu mecmuanın Abdurrahman Adil Bey'in münferit gayretleriyle ayakta durduğunu belirtmek gerekir. Abdurrahman Adil'in oldukça idealist olmasına rağmen bu ideallerini gerçekleştirme noktasında pek fazla yardım görmediğine şahit oluyoruz. Dolayısıyla Abdurrahman Adil'in münferit çabalarıyla çıkarılan bu mecmuada zengin bir yazar kadrosuna rastlandığını söylemek epey güçtür. Burada neşredilen yazıların kahir ekseriyeti müessise aittir. Başka yazarlardan alınan yazılar ise umumiyetle daha evvel başka gazete veya mecmualarda neşredilenlerden oluşmaktadır. Böylece Abdurrahman Adil'in neşredilecek malzemenin tedariki noktasında bir hayli zorluk çektiğini söyleyebiliriz. Abdurrahman Adil de bu eksikliğin farkında olduğu için üstlenmiş olduğu bu vazife kendisine yardımcı olunmasını şu şekilde ilan etmiştir:

Uhdemde tahmil ettiğim bu vazifeyi başarmak için kırk dökük birkaç çocukluk hatırasından başka hiçbir sermayem yoktur. Çocukluk hatıralarımın bahş ettiği ipuçlarına sarılarak taharriyat yapıyor, bakiye-iricalin malumatlarına ve birkaç köhne ve hurde vesaike istinâd ediyorum. Bildiklerimi, öğrendiklerimi evvela İkdâm Gazetesi'yle neşrediyorum. Bunları okuyan ihvân-ı kirâm hatırladıkları noksanlarını ikmâl ve hatayıtı tashih ve ihtar ediyorlar. Yazılar sonra Hadisat-ı Hukukiye'nin cüzlerine geçiyor. İmdi bi'l-cümle muhibban-ı tarihden rica oldur ki Hadisat-ı Hukukiye'nin şu naçiz yazılarında gördükleri hatayıtı ihtar ve nevakısı ikmâl buyursunlar. Hadisatın birinci cildi yirminci formada hitam bulacaktır. Müellif son iki formayı birinci cild üzerine yazılmış bir ta'likata hasr etmek niyet ve arzusundadır. Bu suretle

<sup>23</sup> Çalışmanın ekinde verilecek olan mecmua fihristinde söz konusu hatalara dipnotta işaret edilecektir.

<sup>24</sup> "İstanbul'da münteşir Hadisat-ı Hukukiye Gazetesi'nin sene-i hâliye ihtiyacı için Avrupa'dan celb edeceği bin altı yüz otuz iki kilo kâğıdın, kanun-ı mahsusa ve 27 Mayıs 341 tarihli ve 2022 numaralı kararname ahkamına tevfi-kan gümrük resminden istinası, Maliye Vekalet-i Celilesi'nin 20 Teşrin-i evvel sene 341 tarihli ve 106/6325 numaralı tezkeresiyle vukû'bulan teklifi üzerine İcra Vekilleri Heyeti'nin 11 Teşrin-isanı sene 341 tarihli ihtimaında tasvib ve kabul olunmuştur." (BCA, 30-18-1-1/KARARLAR DAİRE BAŞKANLIĞI (1920-1928), 16-72-12, 249-143.)

metn-i kitabdaki nevakıs ve hatayıatın ikmâl ve tashihi müyesser olur. Ve asrımızdaki inkılabat-ı fikriye-i kavmiyemiz tarihine bir naçiz hıdmet edilmiş bulunur.

Vesaik ihsan buyuracak zevata arz-ı men û minnetdâri emr-i tabî'idir<sup>25</sup>.

Abdurrahman Adil, Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası'nın neşredilmesinde güttüğü gayeleri bazı sayılarda bizzat izah etmiştir. İkinci tertibin 17. sayısında takip edilen gayeler şu şekilde sıralanmıştır:

- 1-Kavanin-i cedîde-i adliyei günü gününe neşr,
- 2-Adliye müte'allik olup da Düstürlarda münderic olmayan kavanin-i atika-yı teshil,
- 3-Mahkeme-i Temyiz ve mehâkim-i saire mukarrerâtını tahlil,
- 4-Hâdisât-ı adliyei ta'kib,
- 5-Fukahanın, ulemâ-yı hukukun ve meşhur avukatların hukuka intisâb ve hizmeti olanların tercüme-i hallerini taharri,
- 6-Osman<sup>26</sup> Türklerinde inkılâbât-ı fikriye tarihini tetebbu',
- 7-Eslâfın neşriyat-ı hukukiyesinden mütedâvil veya müte'arif olmayanları cem' ve tekvîm.

Son yedi sayılık seride ise mecmuanın neşredilmesindeki dört gaye şöyle sıralanmıştır:

- 1-Ma'ârif-i hukukiyeyi ta'mîm
- 2-İnkılâbât, ıslâhât ve icrâât-ı adliyei te'kid
- 3-Mesâil-i iktisâdiyeyi tedkik
- 4-Hukuk ve inkılâbât-ı fikriyeye doğrudan doğruya veya dolayısıyla ta'alluku olan hadisât-ı tarihiyeyi cem' ve tesbît.

Abdurrahman Adil, yukarıda naklettiğimiz kısımda Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası'nda izlediği usulü ve istinat ettiği kaynakları açıklamaktadır. Tetkiklerinde kaynak olarak hatıralarına, hayatta olan devlet büyüklerinin malumatlarına ve elinde mevcut bulunan bazı mütevazı belgelere dayanmaktadır. Tetkik ettiği konuları ise evvele İkdâm Gazetesi'nde neşretmekte, geri dönüşler üzerine noksan kısımları tamamlayarak ve hatalı hususları da düzeltilerek Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye'de neşretmektedir<sup>27</sup>. Bu cihetle mecmuada yer alan yazıların esas itibariyle gözden geçirilmiş yazılar olduğu söylenebilir. Abdurrahman Adil buna rağmen mecmuaya geçen yazılarda mevcut olabilecek hataların ve noksan kısımların kendisine bildirilmesini talep etmektedir.

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye'de yer alan tarihi malumatların kaynaklarından birinin müessisin şahsi hatıraları ya da başkasından işittiği malumatlar olduğu meselesi üzerinde kısaca durmak gerekir. Hatıralar mühim bir tarihi kaynak olmakla birlikte, şahsi bir bakış açısıyla nakledildikleri için buradan elde edilen malumatları kullanılırken dikkatli olunmalıdır.

<sup>25</sup> "İfade-i Mahsusa", Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, C. 13, 1339, s. 174 ve C. 14, s. 190.

<sup>26</sup> Abdurrahman Adil birçok yerde "Osmanlı Türkleri" yerine "Osman Türkleri" terkinini kullanmaktadır.

<sup>27</sup> Nitekim 12. sayıda "İlk Te'bidler: Mustafa Fazıl Paşa-Midhat Paşa" adlı makaleye, Münir Süreyya tarafından söz konusu makalede tarihi hakikate uymayan bazı kısımlar olması hasebiyle bir izahat gönderilmiş ve bu izahat makalenin hemen altına konulmuştur. Abdurrahman Adil de bu itiraza kısa bir cevap vermiştir. (Bkz. Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, C. 12, 1339, s. 162-163.)

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye’de esas itibariyle sade bir dil kullanıldığı söylenebilir. Ağdalı bir dilin kullanıldığı yerler olmakla birlikte bunların miktarı oldukça azdır.

## B. TÜRK HUKUK TARİHİ CİHETİNDEN HADİSAT-I HUKUKİYE VE TARİHİYE MECMUASI: MECMUADA YER VERİLEN MÜHİM KONULAR

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye’nin Türk hukuk tarihi açısından zengin bir muhtevaya sahip olduğunu daha evvel ifade etmiştik. Öyle ki bu mecmuanın nitelikçe bir Türk hukuk tarihi mecmuası olarak görülmesinde kanaatimizce herhangi bir abes yön bulunmaz. Mecmuanın bu niteliğe bürünmesini Abdurrahman Adil de şu şekilde ifade etmektedir:

“Hadisat-ı Hukukiye” başka bir tavır ve tarz aldı. “Hadisat-ı Hukukiye”nin son cüzleri hemen hemen mesail-i tarihiyeye inhisar etti. Hukuk tarihi, adliye tarihi taharriyatı Osman[lı] Türklerinde inkılabat-ı fikriye tarihinin taharrisine zemin oldu. Bugün gördüğümüz siyasi, ictimai inkılâb-ı azimenin mebdde ve menşe-i fikriyesi devr-i Mahmudî’den başlar. Devr-i Azizi’de tekâmül eder, devr-i hazırda tebellür eyler. Maateessüf devr-i Hamidî bütün ricali ve bütün vesaike mahv ü ifnâ eylediğinden bu inkılabat ve tekâmülât-ı siyasiye ve fikriyenin tarihini cem ve telfik pek asîr bir mesele haline gelmiştir.

Mecmuanın gittikçe hukuk ve inkılap tarihi kisvesine büründüğünü ifade eden Abdurrahman Adil, bir taraftan Abdülhamit devrine de ağır bir tenkit getirmektedir. Müellife göre bu devirde devlet ricali ve vesikalar harap edildiği için siyasi ve fikri inkılap ve tekamül tarihini bir araya getirmek oldukça güçleşmiştir. Bu sebeple mecmuanın noksan kısımlarını tamamlama ve hatalı yerlerini düzeltme çağrısında bulunan Abdurrahman Adil’e göre “*bu suretle metn-i kitabdaki nevakıs ve hataiyatın ikmâl ve tashihi müyesser olur*” ve bu şekilde “*asrımızdaki inkılabat-ı fikriye-i kavmiyemiz tarihine bir naçiz hıdmet edilmiş bulunur.*”

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye’nin Türk hukuk tarihi çalışmalarına büyük bir katkı sağlayacağı aşikardır. Mecmuanın muhtevasında Türk hukuk tarihinin çeşitli konularına ilişkin malumatlar mevcuttur. Biz de bu çalışmada mecmuada üzerinde en fazla durulan konulara ana hatlarıyla temas edeceğiz. Çalışma sonunda mecmuanın tam fihristi verileceği için üzerinde durmadığımız diğer konulara bu fihrist sayesinde kolayca müracaat edilebilir.

### 1. Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyetine Geçiş Süreci

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye’nin eldeki en eski nüshası 1922 tarihli. İlk sayının hemen başında yer verilen dibace (ön söz) 5 Teşrin-isani 1338/1922 (5 Kasım 1922) tarihini taşımaktadır. Dolayısıyla mecmua, saltanatın kaldırılmasından hemen sonra müessisinin tabiriyle “yeni tertibe” başlamıştır. Saltanatın kaldırılmasını Türk kavmi için bir “devr-i rebî”ye (bahar devri) benzeten Abdurrahman Adil’e göre mecmua da yeni bir tertibe girmiştir. Bu haliyle mecmuanın bilhassa İstanbul için bu geçiş dönemine şahitlik ettiği söylenebilir.

Osmanlı Devleti’ne son verilip hakimiyetin Büyük Millet Meclisi’ne verilmesinin, Abdurrahman Adil’de büyük bir heyecan yarattığı görülmektedir. Saltanatın kaldırılıp Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin hakimiyetin hakiki mümessili kabul edildiği 308 numaralı kararı “Bir Hadise-i Cihanşumül” başlığıyla mecmuanın ilk sayısının başına koymuştur. Abdurrahman Adil, hicri takvime göre bir asır evvel gerçekleşen Yeniçeri Ocağı’nın ilgası ile “saltanat-ı ferdiyenin” ilgasını, terakkiyatın büyük merhaleleri ve fevkalade bir tarihi tesadüf olarak



görmektedir. 308 numaralı karar metninden evvel de yeni hükümet şeklinin İslami kaidelere münasip olduğunu ifade eden bir nevi müdafaa ile şu şekilde başlamaktadır:

Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti, “İcma-yı Ümmet” hükümetidir. İcma-yı ümmet ise inde’l-islam hükm-i şer’î ifade eder. Türkler bu şekl-i hükümeti kabul ile tarih-i hazır-ı cihana yeni bir şekl-i hükümet ihda etmiş oluyorlar. Ulemâ-yı islâmın dördüncü asr-ı hicride taknîn ve telkin ettikleri şekl-i hükümete icma-yı ümmet hükümetinin tamami-i tetabukı ve tabir-i sahîh ile tamam-i telifi pek kolay bir şeydir. İzahat-ı lazimesi kitabımızın diğer mebahisinde verilecektir. Esâsât-ı İslamiye nedir? An’anât-ı Osmanîye nedir? Avcı Sultan Mehmed ve Adli Sultan Mahmud zamanlarında cereyanı tarihçe daha sarâhatle mazbut olan usûl-i idare ve siyasiye-i eslâf nedir? Hakimiyet-i millîye ve saltanat-ı millîye tamamıyla Büyük Millet Meclisi’nde kalmak ve makam-ı hilâfet an’ane-i islamiyeye muhalif bir vaz’ ve mevkiye îsâl edilmiş olmamak üzere yapılacak tedbir-i basit nedir? Bunları vakit buldukça yazacağız.

Abdurrahman Adil, birçok sayının hemen başında “Bir İfade” başlığı altında tesis edilen yeni devletin adli ve siyasi belgelerinin günü gününe neşredilmesi zaruretini şu şekilde dile getirmiştir:

Devr-i cedîd-i millîyenin vesaik-i adliye ve siyasesini günü gününe cem’ ve telif ihtiyacı belirdi. Hadisat-ı hukukîyenin en hârik ve barizlerinden doğan bu ihtiyaç serî’ ve anîyi tatmin için “Hadisat-ı Hukukîye” kitabımız yeni bir kisveye ve yeni bir tarz ve devreye girdi. Vekâyi’ ve hadisata dair günü gününe makaleler, mütalaalar, tenkidler, tedkik ve tahliller neşr edilmek, neşr olunan kanunlar cem’ ve tekvim olunmak icab ediyor. Binaenaleyh “Hadisat-ı Hukukîye” kitabımız cüzlerini sık sık tab’ ve neşr etmek arzu ediyoruz. Bu arzunun husûlü refikâ-yı mesleğin ve bilcümle muhibban-ı hukukun maddeten ve ma’nen ibzâl-ı mu’âvenetine arz-ı iftikâr eder.

Görüldüğü üzere yeni devrin adli ve siyasi vesikalarını günü güne kaydetme gibi bir misyon üstlenen Hadisat-ı Hukukîye ve Tarihiye, bu yönüyle yeni devletin bir fotoğrafını bizlere göstermektedir. Mecmuanın 3. sayısında Ankara Hükümeti’nin eline geçen İstanbul’un idaresi için hazırlanan “İstanbul Vilayeti Umûr-ı İdaresinin Suret-i Tanzimine Dair Talimatname”ye yer verilmiş ve hemen sonrasında “Talimatname Hakkında Mütalaat ve Temenniyat” başlığı altında değerlendirmelerde bulunulmuştur. Abdurrahman Adil bu değerlendirmelerde söz konusu talimatnameyi sarîh bir şekilde tenkit etmektedir. Şu şekilde dile getirdiği tenkit ise dikkate şayandır:

İstanbul ne yeniden fethedilmiş bir ülke ve ne de Türk millet ve hakimiyetinden hariç bir makardır. El-emrû bi-mekanihi ve el-emrû bi-zamanihi kaideleri hukukta uknum ve esastır. Bu esasa muhalif mukarrerat ve ahkam mucib-i teşevvüş-i muamelat olur. Fethedilen memalik-i islamiyenin bile kavanin, usul ve örf ve adetlerini alâ halihî ibka ve sırası düştükçe tashih ve tadil Osmanlılarca riayet edilegelmiş bir düstur-ı siyasiyedir.

İstanbul’un vilayetinin idaresine dair talimattan sonra ise Kanun-i Esasi metnine yer verilmiştir. Dördüncü sayıda ise “Anadolu Adliye Kanunları ve Bir Sevm-i Nazar” başlığı altında Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce adliyeye ilişkin olarak neşredilen kanunlar hakkında “bir mütalaa-yı hukukîye ve tarihiye”de bulunmaktadır. Abdurrahman Adil bu kısımlarda getirilen mevzuat hükümlerini tenkide devam etmektedir. Akabinde ise Muvakkat Temyiz Heyeti Teşkiline Dair Kanun, Muamelat-ı İthamiyenin İlgası Hakkında Kanun, Hakim-i Münferid Kanunu’nun Bazı Mevaddını Muaddil Kanun, Sulh Hakimleri Kanun-ı Muvakkatinin Üçüncü Maddesini Muaddil Madde-i Kanuniye, Sulh Hakimleri Kanununun Dördüncü Maddesinin Tadiline Dair Kanun, Usul-i Muhakeme-i Şer’iye Kararnamesi’nin Birinci

Maddesine İlave Edilen Mevad Hakkında Kanun, Kanun-ı Ceza'nın 242 ve 243. Maddelerini Muaddil Kanun, Ceza-yı Nakdilerin Beş Misline İbلاغına Dair Kanun, Hıyanet-i Vatanîye Kanunu, Hıyanet-i Vatanîye Mücrimininden Bir Kısımının Aflarına Dair Kanun, İstiklal Mahkemeleri Hakkındaki Son Kanun ve Emval-ı Metruke Kanunu neşredilmiştir. Sonraki sayılarda da bu dönemlerde çıkarılan kanunların neşrine devam edilmiştir.

Muhtevasından anlaşılacağı üzere o dönemde yürürlüğe konulan ehemmiyetli kanunlar Hadisat-ı Hukukiye'de neşredilmiş ve bu düzenlemelere dair değerlendirmeler ve tenkitlere yer verilmiştir. Abdurrahman Adil, "Anadolu Adliye Kanunları ve Bir Sevm-i Nazar" adlı makalede, o dönem yürürlüğe konulan kanunların tahlil ve tenkidini şu şekilde yapmıştır:

Anadolu gazilerinin kılıcı düşman kafasını parçalayıp eczâ-yı vatan birleşince İstanbul halkı –Ashab-ı Kehf gibi- gözlerini açtı ve bu üç dört ayrılık senesi içinde Büyük Millet Meclisi'nin neler yaptığını tetkike başladı. Hukuk-ı siyasiye erbabı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'yla uğraşadursun, hukuk-ı ruzmerre ile meşgul olanların gözlerine en evvel adliye kanunları çarptı. Adliye kanunları içinde başta Mahkeme-i Temyiz teşkilatı gelir. Büyük Millet Meclisi Sivas'ta muvakkat bir Mahkeme-i Temyiz teşkil etmiş. Heyet, şer'îye, hukukiye, cezaiye ve istid'â daireleri diyü dört daireyi muhtevi. Ferid Paşa sadaret-i cehaleti ve Dürrizade meşihat-ı redâeti zavallı Osmanlı milletinin başına musallat oluncaya kadar merkezde dahi temyiz heyeti dört daireye münkasım idi. Meşrutiyet yüz bin gayret ve yüz bin cüret ile Meclis-i Tedkikât-ı Şer'îyeyi yani asrılık ruhunu incizab etmeğe bir türlü isti'dâd gösteremeyen Ağakapısı mastaba-nişinan fekâhetini Mahkeme-i Temyiz'e rabt ü ilhâk ve idhâl etmiş ve sultan Mahmud-ı Adli'nin teokrat, otokrat ve demagog otuz iki senelik saltanatıyla muvaffak olamadığı ümniyeyi kısmen olsun istihsal ederek ruhunu şâd eylemiş idi. Ferid Paşa hükümeti yek hamlede bu eser-i bî-adili hedm ve tahrib eyledi. Ve mehakim-i şer'îyeyi adliyeden tefrik eyledi. Bu program Ferid Paşa hükümetinin resmen teşekkülünden evvel kararlaştırılmış bir program olmak lazım gelir ki adliye nezaretine geçen 35, 36 senelik bir sınıf refikim bana bunu nezaretinin ikinci saati söylemiş ve programın diğer mevaddını dahi ta'dad ederken:

-“Bunlar hepsi kepezektir. Bunlar hepsi vatana hıyanettir. Programın en ehven parçası olan filan maddeyi bile icra edersek ilelebet selamımdan mahrum olursun.” cevab ve itabını almış idi.

Merkez yalnız daire-i şer'îyeyi temyizden tefrik ile iktifa etmedi. Bir de istida dairesini ilga eyledi. İstida dairesini ilga ederken memleketin en güzide hükkamını da maddeten ve manen imha eyledi. Şükürler olsun ki Millet Meclisi bu tahribatı taklid etmemiş. Zaten anın mana-yı mevcudiyet ve kıyamı bu tahribata karşı kıyam ve isyandan ibaret değil midir?

İstibdâd ve ihanete karşı bazen milletler ve bazen de padişahlar kıyam ve isyan eder. Bizde bunların her ikisi de vaki olur. Selim-i salis ve ale'l-husus Mahmud-ı sani bunların ikinci nev'idir.

Adliye kanunlarından göze çarpan ikinci madde mehâkim-i sulhiyenin beş yüz liraya kadar olan davaları görmek salahiyetidir. Yani hakim-i münferid usulünün hemen hemen bütün memlekete teşmili keyfiyetidir. Bana soruyorlar ki: “Sulh hakimlerine ve hakim-i münferitlere bu kadar vâsi' salahiyet vermek caiz midir? Cevabım şudur:

Bana sorarsanız ki idare-i mutlaka mı idare-i meşruta mı, şekl-i şûrâ-yı hükümeti mi daha muvafiktir? Bu suale her ne cevap verirsem hakim-i münferid usulü için de aynı cevabı veririm. Ben şekle bakanlardan değilim. Ben ele ve kafaya bakanlardanım. İdare-i mutlakada olsun, idare-i meşrutada olsun, şekl-i şûrâda olsun a'del bir el, münevver bir kafadır ki nâfi' olur. Ve illâ muzır olur. İngiltere'de –ki pek çok müessesatı müessesat-ı İslamiyeye pek çok muvâfakat ve temasül ibraz eder- kaza hakim-i münferid usulü ile icra ve ifa olunur. Ve dünyanın en adil ve en muktedir ve mükemmel hakimleri İngiltere'de bulunur. Çünkü bir İngiliz hakimi hükmünü tefhim ettiği zaman kendini efkâr-ı münevver-i memleket mahkemesinin huzurunda farz eder. Müddeinin davasını, ve müddei-yi aleyhin def-i davasını ale't-tafsil yad ve tekrar eder. Verdiği hükmün esbab-ı mucibesini ve hükkâm-ı eslâfin emsilesini birer birer ta'dad edip adeta bir imtihan verir. Ve her şeyden evvel davayı anladığını ve adilane hüküm verdiğini anlatmaya çalışır. Eğer

böyle hükkâm yetiştirebilirsek şüphesizdir ki hakim-i münferitlerle memleketi daha güzel idare ederiz. Said Paşa adliye nezaretinin bakkal ve rencberlerden teşkil ettiği müntehib azalı mahkemeler ve beyanını lügat kitabına müracaatla tercüme ettirdiği usul-i muhakemeler memleketi adaletten değil, fikr-i adaletten, hiss-i adaletten bile mahrum bırakmıştır.

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye’de Sükna Kanunu hakkında da mühim tenkitlerin yapıldığını görüyoruz. Öyle ki bu kanun sebebiyle birçok kişi mağdur olduğu için altında Abdurrahman Adil başta olmak üzere on beş avukatın imzasını taşıyan ve “Sükna Hakkında Bir Re’yname” başlığıyla Adliye Vekaleti’ne hitaben yazılan bir arzuhale yer verilmiştir. Yine Sükna Kanununun Lağvı Kanunu’nun neşredildiği sekizinci sayıda bu kanunla alakalı olarak şu ifadeler kullanılmıştır:

Bu kanuna bir unvan itası lazım gelse idi “Herkes Sokakda Kanunu” der idim. Bir rejimden diğer bir rejime bir saniye içinde geçilmez. Bir devreden diğer bir devreye geçmek için bir mühlet, bir müsaade ve bir tedbir-i muvakkat ita ve ihtiyar olunur. Halka ahvalini tanzim için bir zaman ve vade verilir. Dün gece müste’cer-i meşru olarak rahat yatağında yatmış olan bir adam ferdâsı sabah uyanıp da kendisini gasıb ve fuzuli bir adam mevkiinde görürse elbette münfail ve muğber olur. Hele buhrân-ı siyasi ve içtimai zamanlarında tevliid ve tezyid-i buhran edecek kanunlardan pek sakınılmak lazımdır. Aç ve çıplak İstanbul halkına bir de derd-i süknâ ikâ’ eden bu kanun hiç şüphesiz ki en yakın zamanda ilga olunacaktır.

## 2. Hukuk ve Siyasi Tarihimizin Mühim Şahsiyetleri

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye’nin en mühim hususiyetlerden biri de hukuk ve siyasi tarihimizin meşhur simalarına yer vermiş olmasıdır. Nitekim mecmuanın gayelerinden ikisi de “*Fukahanın, ulemâ-yı hukukun ve meşhur avukatların hukuka intisâb ve hizmeti olanların tercüme-i hallerini taharri*” ve “*Eslâfin neşriyât-ı hukukiyesinden mütedâvil veya müte’ârif olmayanları cem’ ve tekvîm.*” şeklinde idi. Mecmua, çıktığı zaman müddetince de bu gayesine muvafik bir çizgi takip etmiştir.

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye’ye bakıldığında en fazla yer verilen şahsiyetin Ali Suavi olduğu göze çarpar. Bunun sebebi, Abdurrahman Adil’in Ali Suavi’ye duyduğu hayranlıktır. Nitekim 12. sayıda “Ali Suavi Efendi” başlıklı kısa bir makale kaleme alan Bursalı Mehmed Tahir Efendi, Abdurrahman Adil ve babası Osman Nuri Bey’in Ali Suavi hayranlığını şu şekilde ifade etmektedir:

Ashâb-ı faziletten bir harika-i zeka idi. Tercüme-i haline dair müdevven bir eser yoktur. Allah Adil Beg’den razı olsun, kendisi Ali Suavi’nin meclûb-ı irfanı olduğundan ara sıra bazı makalat himmet etmektedir. Fikrimce bu zevat<sup>28</sup> hakkında yazılmışlarla iktifa etmemeli, yazılmışlara vesaikli manidar ilaveler yapmağa çalışmalı. Adil Beg’in tarihi ve kıymetdar makalelerinde bu yolda cümleler vardır.

Adil Beg’in pederi Selanikli Osman Nuri Efendi vükelâ-yı de’âviden edib, hoş-gü kendisi de oğlu gibi Suavi meftunlarından bir zat idi. Mevla rahmet etsin. Manastır’da senelerce beraber yaşadık. Kendisinin şiirle, be-tahsis tarih-gülük kısmıyla iştigali var idi. Bu kesret-i iştigal semeresi olmak üzere söylediği tarihler irticâl derecesini bulmuş idi. Hatta bazılarını 302’de Manastır’da hukuk reisi olan şair-i şehir Hersekli Arif Hikmet Beg Efendi bile beğenirdi.

Müstakil olarak Ali Suavi hakkında kaleme alınan ilk makale, Hadisat’ın 6. sayısında “Hakimiyet-i Halk ve Ali Suavi” başlığıyla neşredilmiştir. Burada Ali Suavi’nin Ulum Gazetesi’nin birinci nüshasında yer alan “el-Hâkimu Huvallah” adlı makalesinde ele aldığı halk

<sup>28</sup> Burada “zat” kelimesinin kullanılması gerekirken mecmuada sehven “zevat” şeklinde yazılmıştır.

hakimiyeti mefhumu üzerinde durulmuştur. Abdurrahman Adil'e göre "ihtimaldir ki Türklerde 'hakimiyet-i halk' tabirini istimal eden Ali Suavi olsun." Mecmuanın 9. sayısında ise doğrudan Ali Suavi'nin "el-Hâkimu Huvallah" makalesine yer verilmektedir. Abdurrahman Adil 11. sayıda da "Ali Suavi – Mebadi-i Hayatı, Zihniyeti, Hukuka Hizmeti" başlıklı makaleyi kaleme almıştır. Bu yazının sonunda Ali Suavi'nin Türk tarihindeki ilkleri şu şekilde sıralanmıştır:

Türklerde ilk konferans tarzında ders tahrir eden Ali Suavi'dir. Bu tahrirler Bursa'da başlamış ve Ali Suavi daha Bursa Rüşdiyesi mallimi iken bahhâs ve cidâlkâr bir şahsiyet-i ilmiye olduğunu isbat eylemiştir. Zîulemâda olarak ilk inkılâbat-ı fikriye mücâhede-i kalemiyesine başlayan Ali Suavi'dir. (Rûznâme-i Cerîde-i Havadis 1282, Muhbir) Türklerde ilk ticari ve coğrafi salname tertib eden Ali Suavi'dir. (Türkiye ve Mısır Salnameleri 1288)

Türklerde Frenklerin "Encyclopédie" tarzında lûgat cem'ine ilk tevessül eden Ali Suavi'dir. (Kamûsü'l-ülûm ve'l-ma'ârif)

Türklerin asl ü menşei ve ulûm ve medeniyete olan hizmetlerini devr-i teceddüde ilk tahrir eden Türk alimi Ali Suavi'dir.

12. sayıda da Ali Suavi'ye büyük yer ayıran Abdurrahman Adil, "Ali Suavi ve Efkâr-ı Siyasiyesi" makalesinde "en eski Türkçü" olarak nitelediği Ali Suavi'nin siyasi fikirlerine yer vermiştir. Bu makalenin hemen ardından da Bursalı Mehmet Tahir Efendi'nin "Ali Suavi Efendi" adlı kısa bir yazısı yer almaktadır.

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihi'yede Ali Suavi dışında, Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde yaşayan birçok ilmî ve siyasi şahsiyetten bahisler geçmektedir. Bu şahsiyetler arasında Evliya Çelebi, Mustafa Reşit Paşa, Ali Fuat Paşa, Ayetullah Bey, Kemalpaşazade Said Bey, Ali Paşa, Sava Paşa, Mustafa Fazıl Paşa, Midhat Paşa, Pertev Paşa, Akif Paşa, Ziya Paşa, Hüseyin Cahit ve Lütü Fikri Bey gibi isimler mevcuttur.

### 3. Hukuk ve Siyasi Tarihimizin Meşhur Hadiseleri

Hukukçu ve tarihşinas bir şahsiyete sahip Abdurrahman Adil'in Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye'de hukuk ve siyasi tarihimizin mühim hadiselerine yer vermiş olacağı kolayca tahmin edilebilir. Hemen ilk sayıda "Osmanlı Tarihinde Hukuk Sahifeleri" başlığı altında şu konuları kısa kısa ele almaktadır:

Şer'i İslamda hukuk-ı cezaiye-Hudud-ı İlahi-Ulu'l-emr ve siyaset-i şer'iye-Evliya Çelebi-Avcı Sultan Mehmed zamanında Bursa hakimleri-Mister Rikaut-Avcı Sultan Mehmed zamanında vezir-i azamların salahiyat-ı cezaiyesi-Dede Cöngi-Siyasetname-Bursalı Mehmed Sebzi Efendi-Şeyhülislam Meşrebzade Arif Efendi-Sultan Mahmud-Ceza Kanunu-Tanzimat Fermanı-Sultan Mahmud-ı Adlinin hukuk-ı cezaiyeye temas eden iki fermanı-Çavuşbaşılar-Deavi nazırları-Divan-ı Hümayun Muhakemeleri-Huzur muhakemeleri-Bab-ı Seraskeri'de kavaslar teşkilatı<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, C. 1, 1338, s. 8-14.

İkinci sayıda “Devletin Büyük Davaları” başlığıyla Osmanlı Devleti ile ecnebi devletler ve müesseseler arasında ortaya çıkan ve devleti bir hayli meşgul eden davalar zikredilmektedir<sup>30</sup>. Bu davaların hemen ardında da Mudanya Mukavele-i Askeriye’sine yer verilmektedir.

Üçüncü sayıda “Hîn-i Fetihde İstanbul’a Hakim Nasb Olunanlar” başlığı altında, Evliya Çelebi’nin Seyahatnamesi mehz alınarak İstanbul’un fethi sırasında İstanbul’a tayin edilen kadınlardan bahsedilmiştir. Yine yedinci sayıda “Osmanlı Tarihinde Adliye Sahifeleri: Yıldırım Bayezid ve Hükkam-ı Şer” başlığında yolsuzluk yapan hakimlerin Yıldırım Bayezid tarafından yakılmasının emredilmesi şeklindeki meşhur hadiseye yer verilmiştir<sup>31</sup>.

Abdurrahman Adil’in en ehemmiyet verdiği tarihi hadiselerden biri de Yeniçeri Ocağı’nın lağvıdır. Hadisat-ı Hukukiye’nin çeşitli nüshalarında bu “vaka-yı hayriye”ye verdiği ehemmiyeti coşkulu bir şekilde dile getirir. Bu cihetle de en ehemmiyet verdiği padişahlardan biri de II. Mahmut’tur. Nitekim sekizinci sayıda “Asr-ı Teşkilatın İlk Günleri” başlıklı makalesinde II. Mahmut’un yenilik hareketlerinden bahsedilmiştir. Abdurrahman Adil mecmuanın ikinci döneminin ilk sayısının başında, “İfade” başlığı altında Yeniçeri Ocağı’nın ilgası ile Takrîr-i Sükun Kanunu arasında kurduğu rabıtayı şu şekilde izah etmektedir:

Kırk bir senesi Türkiye tarihinde tanınmış bir senedir. Birinci kırk bir senesi on üçüncü asr-ı hicrisinde kesb-i işihâr etti. O da yeniçerinin ilgası tarihidir. Yeniçeri Ocağı demek ihtilal ve şûriş ocağı demek idi. Devlet hiçbir iş göremiyor, idare hiçbir intizama konulamıyor, yeniçerinin “istemezük”leri herkesi canından bezdirmiş, “bu işin bir çaresi görülmek lazımedendir” kanaati herkesin kalbinde yer etmiş idi. İşte o zaman sadrazam ve ulema Sultan Ahmed Camii’nde toparlandılar, asilerin işi(nin) görülmesine karar verdiler. Kılıç bir kanun yazdı, Horhor Çeşmesi’nden aşağıya inen, at meydanına vara, yeniçeri kışlalarını hurd û hâş eden Kara Cehennem İbrahim Ağa’nın topları bu kanunu ilan eyledi. Bu kanun “Yeniçerinin İlgası Kanunu” idi. Yani o zamanın “Takrîr-i Sükûn Kanunu” idi. Yeniçerinin ilgasıyla gönüllere bir sükûn geldi. Herkes işine gücüne sarıldı. Mahmûd-ı adli inkilâb-ı askeriye-yi vücuda getirdi. Yeni devlet esaslarını dahi kurmağa başladı. 1241 senesi Türk Devleti, Türk İmparatorluğu için böyle mes’ûd ve feyz-nâk bir sahanın kûşadına mebde oldu. Ümid ve temenni edelim ki 1341 senesi de, aynı yümn ve saadeti, aynı refah ve izzeti getirecektir.

Mahmûd-ı adli, inkilâb-ı askeriye-yi başarmak için kırk bin yeniçeri ve kızılbaş başı kesmiş idi. İnkilâb-ı siyasi, inkilâb-ı idari, inkilâb-ı ictimai ve inkilâb-ı iktisadi esaslarını tahkim için ricâl-ı inkilâb kırk sahib-i fem ve kaleme azacık sükût ve sükûn teklifinde bulunurlar ise ağır bir teklifte mi bulunurlar?

On ikinci sayıda yine hukuk tarihimizin mühim mevzularından biri olan sürgün cezası konu edilmiştir. Abdurrahman Adil, Ebuzziya Tefvik’i mehz alarak “İlk Teb’idler: Mustafa Fazıl Paşa – Midhat Paşa” makalesinde Mustafa Fazıl Paşa ile Midhat Paşa’nın sürgün edilme hadiselerini ele almıştır<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Bu davalar şunlardan oluşmaktadır: “Kontuar Deskont Davası-Hüseyin Avni Paşa-Sultan Aziz-Rus tazminat-ı şahsiye davası-Moskof Avukatı Rosulato-Lahey sulh mahkemesi-Hariciye Nazırı Mösyö Karopi-Yusuf Kemal Beg-Rum ili şimendiferleri ve Baron Hırş-Doktor Ganaist-Avukat Miltiyadis Efendi-Rum ili şimendiferleri işletme şirketi-Avukat Mösyö Bone-İspanya başvekili Mösyö Mora.” (Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, C. 2, 1338, s. 23-26.)

<sup>31</sup> Abdurrahman Adil’in bu makalesinin tahlil ve transkripsiyonunun yer aldığı bir çalışma için bkz.: Ahmet Kılınc, “Yıldırım Bayezid Han’ın Devlet Yönetimine Işık Tutan İki Osmanlıca Makale ve Tahlilleri”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sa. 1, 2016, s. 1-24.

<sup>32</sup> Milli hudutlar dışına ihraç edilen ilk kişinin Mustafa Fazıl Paşa olduğunu Ebuzziya Tefvik’ten rivayet eden Abdurrahman Adil’e Münir Süreyya Bey’den gelen itiraz yazısı “Bir Tavzih” başlığıyla makalenin hemen ardına konulmuştur.

On üçüncü sayıda “Adliye Tarihinden: Huzur-ı Şer‘ide Bir Padişah: Fatih Sultan Mehmet” başlığıyla Evliya Çelebi’den alınan ve Fatih Sultan Mehmet ile Rum mimarın yargılandığı meşhur hadiseye yer verilmiştir. Müellif, dipnotta metnin kaynağını şu şekilde vermiştir:

Bâlâdaki fıkra Evliya Çelebi Seyahatnamesi’nden telhisen ve tadilen muktebestir. Matbu nüshada münderiç değildir. Yazma nüsha Emiri Efendi kütüphanesindedir. Unvan-ı makale şudur: “Mimar başı ile Ebu’l-fethin mürafaa-yı şer‘i-yi Resûl olduğudur”. Birinci cildde 36. sahifededir<sup>33</sup>.

Çalışmanın muhtelif yerlerinde mecmuanın Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne geçiş sürecine şahitlik ettiğini ifade etmiştik. Elbette bu süreçte yaşanan sancılı hadiseler de mecmuada yer bulmuştur. Abdurrahman Adil, bu süreçte gerçekleşen sıkıntıları münasip bir lisanla tenkit de etmiştir. Bu manada mecmuanın çıktığı dönemde gerçekleşen siyasi hadiseler de kaleme alınmış ve tetkik ve tenkide tabi tutulmuştur. Ağa Han tarafından İngilizce olarak Başvekil İsmet İnönü’ye yazılan ve henüz başvekil olmadan tercümesi Tanin, İkdâm ve Tevhid-i Efkar gazetelerinde yayınlanan mektup, siyasi tarihimizde “gazeteciler davası” olarak bilinen bir hadiseye yol açmıştı. Bu hadise üzerine kurulan İstanbul İstiklal Mahkemesi’nde aralarında Hüseyin Cahit, Velid Ebüzziya, Ahmet Cevdet ve İstanbul Barosu reisi Lütfi Fikri Bey gibi simaların bulunduğu gazeteciler yargılanmıştı. Halifeliğin kaldırılmamasını konu edinen bu mektubun yayınlanmasının neticesinde İstanbul basınında ortaya çıkan vaziyeti Abdurrahman Adil de Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye’nin on dördüncü sayısına taşımıştır. Abdurrahman Adil, İstanbul basını ile Ankara Hükümeti ve basını arasında bir “suitefehhüm” (yanlış anlaşılma) oluştuğuna ve İstiklal Mahkemeleri’nin bu suitefehhümü ortadan kaldıracığına inanıyordu. Ayrıca bu hadise üzerine İstanbul basınındaki dayanışmayı da ortaya koyuyordu. Abdurrahman Adil, yanlış anlaşılma üzerine gerçekleşen bu hadiseyi ve hadise neticesinde ortaya çıkması gereken tabloyu şöyle ifade etmişti:

İstiklal Mahkemesi isticvâbata başladı. Mesele ve hadise bir günlük iştigalden başka zaman izâasına müsaid değildir. Bir gün içinde bütün hakaik anlaşılır. Ağa Han imzasıyla bütün matbuata bir mektub gelmiş. Çâbük kalem olan mütercimler bunu gazetelerine derhal yetiştirmişler. Yetiştiremeyenler yetiştirenlerden iktibas ile neşr eylemişler. Gazete sahiblerinin, baş muharrirlerinin bundan haberleri bile olmamış. Hatta bazıları o günler hastalık hasebiyle matbaaya bile uğramamışlar. İşte hadise bütün bundan ibarettir. Bu hakikat tezahür ettiği dakika İstiklal Mahkemesi’nin vazifesi değişir, İstihlâl Mahkemesi olur. El ele baş başa çalışmış olan Ankara ve İstanbul münevveranı için:

Gelin öpüşelim, demekten başka bir şey olmaz ve kalmaz. Yarın öbür gün şahid olacağımız hadise-i haz ve sürûr bu olacaktır. Bundan vatan ve hakimiyet-i milliye müstefid olacaktır. Sonra birbirimize bakarak:

Sendendir ilahi yine bu mekr, bu fitne

Bu mekr, bu fitne yine sendendir ilahi

deyip gülüşecek ve müsây-sulh-ârâyı yad eyleyeceğiz. Hatta Ziya Paşa’nın ruhuna Fatihalar okuyacağız<sup>34</sup>.

Gazetecilerin yargılandığı bu davanın Abdurrahman Adil için bir diğer ehemmiyeti, dönemin İstanbul Barosu reisi Lütfi Fikri Bey’in de tevkif edilmesi ve akabinde hakkında

<sup>33</sup> Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, C. 13, 1339, s. 185-186.; Bu hadisenin tam transkripsiyonu için bkz.: Evliya Çelebi, *Evliya Çelebi Seyahatnamesi*, I. Kitap (İstanbul), (Topkapı Sarayı Bağdat 304 yazmasının transkripsiyonu), Haz. Orhan Şaik Gökyay, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1996, s. 58-59.

<sup>34</sup> “İstiklal Mahkemesi ve Tahassüsât 1 – İstiklal Mahkemesi-İstihlâl Mahkemesi”, Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, C. 14, 1340, s. 192.

mahkûmiyet kararı verilmesidir. Kendisinde derin bir teessür bıraktığını ifade ettiği bu hadise üzerine İstiklal Mahkemeleri'ne ilişkin yazılarına devam edememiş ve vaziyetini şu şekilde ifade etmiştir:

İstiklal Mahkemesi ve Tahassüsât unvanlı makalelerden ilk birincileri İkdâm Gazetesi ile neşr olunmuş iseler de diğerleri gazeteye geçmedi ve Lütfî Fikrî Bey'in mahkumiyetinden sonra da teessüratım tahassüsâtımın kayd ve tezbîrine mani oldu. Mahkumiyet kararını istimâ' edince yazabileceğim yalnız bir makam-ı aliye hitab edilmiş bir telgrafnamedir ki vakt-i münasibde neşr olunur. Halbuki bu makalat meyanında bir de "Hukuk Nazarında İstiklal Mahkemesi" unvanlı bir makale var idi ki hakikaten İstiklal Mahkemesi var mıdır, yok mudur sualine cevap verir idi. Bu meseleyi ne erbab-ı matbuat ve ne ashab-ı muhamat mevzubahis etmemişlerdi. Ol makale maatteessüf Ahmed Vecdet Beg'in habishane evrakı meyanında zayı olmuştur. Bilmem ki o mevzu'ı yeniden diriltebilir ve o makaleyi yeniden yazabilir miyim<sup>35</sup>?

Lütfî Fikrî Bey ile Abdurrahman Adil arasındaki rabıta ilginçtir. Aralarında maziye dayanan bir tanışıklık vardır. Hayatı boyunca muhalif bir çizgi benimseyen Lütfî Fikrî Bey'in tevkif edilmesinin ve mahkumiyetinin Abdurrahman Adil'de teessürat bırakması bu sebeplerdir. Fakat Lütfî Fikrî Bey'in muhalif tavrını şu şekilde tenkit etmekten de geri durmamıştır:

Hadise-i matbuat için teellüm edip dururken ona bir de hadise-i muhamat inzımam etti. Muhamilerin başı Lütfî Fikrî Beg tevkif olundu. Lütfî Fikrî Beg'in tevkifiyle tarih-i adliyenin şimdiye kadar kaydetmediği bir hadise vukua gelmiştir. Lütfî Fikrî Beg cihanda ilk tevkif olunan baro reisisdir. Fakat buna sebebiyet veren Lütfî Fikrî Beg'in kendisidir. Lütfî Fikrî Beg'in düştüğü giriveye hiçbir baro reisi kendini düşürmemiştir<sup>36</sup>.

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye'de yer verilen meşhur hadiselerden biri de Kuleli Vakası'dır. Abdülmecid döneminde gerçekleşen ve Osmanlı tarihinde ilk siyasi teşebbüs olarak kabul edilen bu hadiseye evvela Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye'nin on beşinci sayısında yer ayrılmıştır. Bu meseleye dair ilk yazı, Abdurrahman Adil'in "Tanzimatta İlk Cürm-i Siyasi: Kuleli Vakası" adıyla neşredilmiştir. Akabinde "Kuleli Vakası ve Ahmed Rasim" başlıklı bir makaleye yer verilmiştir ki bu makaleden evvel Abdurrahman Adil "Kuleli vakası hakkında bir de Ahmed Rasim Beg'i dinleyelim. Ahmed Rasim Beg cürm-i siyasi hakkında âtî malumatı i'tâ eder." dediği için bu makaleyi Ahmed Rasim'e nispet etmemiz icap eder. Ayrıca mecmuanın ikinci döneminin dördüncü sayısında da Şûrâ-yı Devlet eski azalarından Muammer İzzet tarafından kaleme alınan "Kuleli Vakası ve Bir Ecnebi Müverrihi" adlı bir makaleye yer verilmiştir. Yine on beşinci sayıda Ahmed Rasim'in yazısında sonra ise "Nazariyat-ı Cezaiyede Eski Bir Vesika" başlığıyla Takvim-i Vekayi'den alınan bir yazı nakledilmektedir. Abdurrahman Adil bu vesikanın tarihi cihetini şu şekilde belirtmektedir:

Kuleli Vakası hakkında Takvim-i Vekayi'nin 2 Cemaziyevvel 1276 tarihli ve 574 numarolu nüshasında ilanname-i âtî mündericidir ki o zamanın nazariyat-ı cezaiyesi ve bazı istılahat-ı adliyesi hakkında bir vesika-yı tarihiye olmağla ber-vech-i âtî derc edilmiştir<sup>37</sup>.

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye'de yer verilen meşhur hadiseler hususunda temas edilmesi gereken son mesele de baroların tasfiyesi ve cumhuriyet sonrası ilk İstanbul Barosu toplantısıdır. Cumhuriyetin ilanını müteakip kabul edilen Muhamat Kanunu ile avukatlık mesleği

<sup>35</sup> Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, C. 15, 1340, s. 304.

<sup>36</sup> Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, C. 14, 1340, s. 201-202.

<sup>37</sup> Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, C. 15, 1340, s. 217.

düzenleme altına alınmış ve bu kanunun muvakkat maddesiyle de bazı avukatların tasfiyesine karar verilmişti. Bu muvakkat maddeye binaen oluşturulan Tefrik Encümeni ile İstanbul Barosu'nda çok sayıda tasfiye gerçekleştirildi. Bu hadise üzerine Abdurrahman Adil'in Hadisat-ı Hukukiye'nin on altıncı sayısından itibaren yoğun bir şekilde barolar üzerine eğildiği görülmektedir. Zaten on altıncı sayının başında bu hususu şu şekilde haber vermişti:

Muhamat Kanunu'nun neşri ve baronun tasfiyesi münasebetiyle matbuat-ı yevmiye baro tarihine pek alakadar oldu. Ve birçok makaleler yazıldı. Halbuki onların münderecatı hatırat-ı acizi ile mütevâfik değildir. O zaman ve belki de bugün inhisâr ma'nasına alınan ve nefsü'l-emrde ise bu tabir ile hiçbir alakası olmayan meslek-i muhamatda muhakeme herkesin kabulüne dair olan irade ile Ali Şehbaz Efendi makalesini Hadisat'ın 16. cüzünde neşr edeceğim. Bu hadise hakkında ma'lûmatdar olan zevat hatıralarını iş'âra inayet ederlerse tarihe hizmet etmiş bulunurlar<sup>38</sup>.

Tasfiye kararlarının tartışmaları altında gerçekleşen ve cumhuriyet sonrası ilk İstanbul Barosu toplantısı olan toplantı 28 Ağustos 1924 tarihinde gerçekleştirildi. Bu toplantıda Mekteb-i Hukuk'tan mezun en kıdemli aza olan Abdurrahman Adil muvakkaten reislik yaptı ve toplantı neticesinde Lütfi Fikri Bey baro riyasetine seçildi. Lütfi Fikri Bey ile Abdurrahman Adil'in arası, bu toplantı sonrasında bozuldu. Lütfi Fikri Bey'in baro reisi seçildiği bu toplantıda çeşitli yolsuzlukların bulunduğunu iddia eden Abdurrahman Adil, Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye'nin son sayılarında etraflı bir şekilde bu meseleye eğilmektedir. Bu son sayılarda Abdurrahman Adil'in dile getirdiği usulsüzlükler, barolar ve avukatlar konusunda çeşitli tarihi ve güncel meseleler ve tartışmalar ana temayı oluşturur. Öyle ki Lütfi Fikri Bey'e ve baro idaresine yönelik sert tenkitler kaleme almakla iktifa etmez ve İstanbul Barosu reisliğine namzetliğini de ilan eder<sup>39</sup>.

#### 4. Adli Teşkilat ve Fikri Hareketler Tarihi

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası, Osmanlı Devleti'nin müesseseler ve fikri hareketler tarihine de ışık tutmaktadır. Abdurrahman Adil'in on üçüncü sayının hemen başında *"Hadisat-ı Hukukiye başka bir tavır ve tarz aldı. Hadisat-ı Hukukiye'nin son cüzleri hemen hemen mesail-i tarihiyeye inhisar etti. Hukuk tarihi, adliye tarihi taharriyatı Osman(lı) Türklerinde inkılabat-ı fikriyye tarihinin taharrisine zemin oldu."* şeklindeki ifadesi, bu hakikati açıkça göstermektedir. Mecmuanın muhtevasına bakıldığında Osmanlı Devleti'nin adliye teşkilatına ve bu teşkilatta yer alan müesseselerin tarihçesine mühim bir yer ayrılmıştır.

Osmanlı Devleti'nin adliye teşkilatı, Türk hukuk tarihinin en mühim konularından biridir. Abdurrahman Adil'in de Osmanlı adliye tarihine büyük bir ehemmiyet göstermesi Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye'ye büyük ölçüde yansımış ve Osmanlı adliye teşkilatı muhtelif sayılarda ve yazılarda kendisine yer bulmuştur. Ayrıca başta barolar ve avukatlık müessesesi olmak üzere Mahkeme-i Temyiz, Şûrâ-yı Devlet ve müddeiumumilik (savcılık) gibi Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinin mühim müesseselerinin tarihçesine az çok ulaşılabilmektedir.

<sup>38</sup> Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, C. 16, 1340, s. 218.

<sup>39</sup> Bu meseleye ilişkin olarak tarafımızca, 27-29 Mayıs 2021 tarihinde çevrimiçi olarak gerçekleştirilen 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu'nda "Abdurrahman Adil Eren'in Gözünden Cumhuriyet Sonrası İlk İstanbul Barosu Toplantısı, Baro Tarihçesi ve Baro Münakaşaları" adlı bir tebliğ sunulmuştur. Bu tebliğin genişletilmiş hali de kısa bir zaman içerisinde tamamlanıp ayrıca yayınlanacaktır.



Hemen ilk sayıda “Osmanlı Tarihinde Hukuk Sahifeleri” başlığıyla yazılan makalede Osmanlı adliye teşkilatına dair kısa malumatlara yer verilmiştir. Yine on altıncı sayıda Ahmed Refik Bey tarafından kaleme alınan “Müskirat ve Aşar” makalesi, “Hukuk Tarihi Sahifelerinden” üst başlığıyla verilmiştir.

Abdurrahman Adil, mecmuanın üçüncü sayısında “Evliya Çelebi Adliye Müverrihi” başlığıyla kaleme aldığı makalede Evliya Çelebi Seyahatnamesi’nin adliye tarihi bakımından ehemmiyetini şu sözlerle dile getirmiştir;

Osmanlı Devleti’nde adliye tarihi yapılırken Evliya Çelebi Seyahatnamesi iyi bir rehber ve me haz olacaktır. Evliya Çelebi kendine bî-riyâ çelebi unvanını izafe ve ilhak eylemiştir. Şimdiye kadar tedkik edebildiğim bazı yazıları bana da bu unvana müstehak olduğu zehabını vermiştir. İstanbul’un Fatih devri idare-i zabıta ve adliyesi –eğer bu tabir o zaman için mücaz ise- hakkındaki tarifat ve tasviratını zirde naklediyorum. Kitapta ittihaz edilmiş olan usûl-i imlâyî kısmen ve bazen muhafaza eyledim. Bu imla o zamanın suret-i telaffuzu ile bu zamanın İstanbul telaffuzu arasında tam bir mutabakat olduğunu gösteriyor. Mesela Evliya Çelebi “narh” kelimesini daima “nark” suretinde yazıyor; “monla” kelimesini de bazen şimdiki telaffuzu gibi “molla” diye yazıyor. Hele “naib” kelimesinin bazen “nayib” diye yazılması câlib-i nazar-ı dikkattir. Yeni imlayı terviç edenlerimiz için Evliya Çelebi Seyahatnamesi’nin yazma nüshadaki imlası kuvvetli bir hüccet olur. Maahaza nâmikü’l-hurûf yeni imla tarafdarı değildir.

Evliya Çelebi pek çok tedkikata muhtaçtır. Zirde münderiç makalede bir de “tarikat hakimi” tabiri vardır. Bu tabir “juge de profession” tabiri mukabilidir. Evliya Çelebi ne güzel bir mukabil bulmuş. Eslafın tabirâtında böyle pek çok ıstılahat-ı latife buluruz. Tarikat hakimi veya tarik hakimi tabiri ihmal olunacak, hoş görülmeyecek tabirlerden değildir<sup>40</sup>.

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye’nin on üçüncü sayısında yayınlanan “Hukuk-ı İdare Tarihinden: Başvekalet ve Sadaret” adlı makalede de hukuk tarihimizin mühim müesseselerinden biri olan kabine usulünün yerleşmesinden bahsedilmiştir. Bu makalenin baş tarafının bir kısmını aynen nakletmekte fayda görüyoruz:

Cumhuriyet başvekaleti iade eyledi. Cumhuriyetin ilk başvekili İsmet Paşa oldu. Mutlakîyetin ilk başvekili Rauf Paşa idi. Mutlakîyet devrinde ilk başvekaleti Mahmûd-ı Adli ihdas etmiştir. Mahmûd-ı Adli’nin pek çok icraat ve mevzuatı karihadan olduğu gibi bu tesis-i nev’ dahi iktirâh-ı şayşiyesi idi.

Mahmûd-ı adliye asri devlet teşkilindeki yeni fikirleri veren kim idi? Bu mesele-i tarihiye daha tevazzuh etmemiştir. Şu kadar var ki Mahmûd-ı adli devrinde iki mütercim var idi. Bunlardan biri Ömer Ağa, biri de Mehmed Ağa idi. Ömer Ağa ağleb-i ihtimal bir Hırvat mühtedisi idi. Serdar-ı ekrem Ömer Paşa bu mütercim Ömer Ağa’dır. Diğeri Mehmed Ağa, Kastamonu Vilayeti’nin Ayandon Kazası’ndan Mehmed Ağa’dır ki yeniçerinin ilgasında ümmi bir nefer idi. Nizam-ı Cedid’e ilk kayd olunanlardan yani orduya ilk girenlerden biridir. Orduya neferlikle girdi. Fıtratın harikulade zeki bir adam idi. Tali’ kendisini Tarabya Karakolhanesi’ne sevk etti. Orada zabıt olarak bulundu. Fırsattan istifade ederek Fransızca öğrendi. Bâb-ı Seraskeri’de mütercim oldu. Birçok kanunları tercüme etti. Mahmûd-ı adlinin teşkilat ve tesisat-ı askeriyesinde bu kanun tercümeleri çok işe yaradı. Nihayetü’l-emr mütercim Mehmed Ağa sadrazam mütercimi Rüşdi Paşa oldu. Mükerreren mevki-i sadarete bulundu. Sultan Aziz’in hal’inde ve Sultan Hamid’in cülusunda sadrazam olarak işi idare etti. Midhat Paşa’nın muhakemesi esnasında Manisa’da menfi idi. İsticvab için çok tazyik edildi. Hastalığının son derecede olduğunu anlatmak için “Vah vah vah. O canım padişaha kıymışlar? Öyle mi ha?” diyu baştan atma cevap verirdi ve bir türlü kendisini söylenmeye muvaffak olamayıp isticvabı terke mecbur oldular. Mütercim Rüşdi Paşa’nın tercüme-i hal nev’isini bir zat-ı ali-kadr kaleme almıştır. Hin-i neşrinde tarihimiz müstefid olur.

<sup>40</sup> Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, C. 3, 1338, s. 41-42.

Hadisat-ı Hukukiye'nin on yedinci sayısında da adliye tarihine dair mühim yazılara yer verilmektedir. "Tevhid-i Mehakim ve Ziya Paşa" başlığıyla kaleme alınan yazıda şu ifadeler kullanılmıştır:

Tevhid-i mehakim meselesi 1293 Kanunnamesinin yani Kanun-i Esasi'nin hin-i tanziminde dahi nazarı dikkate alınmış, ikiliğin kaldırılması arzu olunmuş olduğuna Ziya Paşa'nın evrak-ı metrukesi meyanında zuhur eden bir müsvedde delil ve şahiddir. Bu müsveddenin bir maddesinde bilcümle deavinin mehakim-i şeriyeye devr ve havalesi ve fakat mehakim-i şeriyenin ahkam-ı mevzuayı dahi tatbik ile mükellef tutulması derpiş olunmuş idi.

Ziya Paşa'nın elde edilebilen evrak-ı metrukesi Süleyman Nazif Beg'de mevcut ve mahfuzdur. Bu vesika-yı tarihiye dahi ondadır. Hattın Ziya Paşa hattı olduğuna nazaran re'y ve fikrin de Ziya Paşa iktirahı olduğuna hükmolunabilir. Ziya Paşa memleketimizde hukuk ve kavanine pek büyük hizmetleri sebk etmiş bir ricaldır. Veraset-i saltanat-ı seniyye mektupları ve sair muharreratı hukuktaki behre-i kâmilelerinin bürhânıdır. Hele Kanun-i Esasi tanziminde büyük hizmeti sebk etmiştir. Maateessüf neşriyat-ı yevmiyesine ma'kes olan "İstikbâl" gazetesinin bir tekvimi daha elde edilememiştir.

"Tevhid-i Mehakim ve Ziya Paşa" makalesinden sonra ise "Adliye Tarihinden: Midhat Paşa, Subhi Paşa ve Adliye Teşkilatı Hakkında İlk Münakaşa" adlı makale yer alır. Bu makalede de Şura-yı Devlet reisi Mithad Paşa ile Şura-yı Devlet Adliye Dairesi azasından Samipaşazade Subhi Bey arasında adliye teşkilatına dair bir düzenleme üzerine meydana gelen bir anlaşmazlığa temas edilmektedir. Yine aynı sayıda "1340 Adliye Teşkilatı ve Mazi" adlı makalede *"1340 adliye icraatı icraat-ı mühimmeden ma'düddur. Bu icraatın çok güzel [ve] oldukça fena ve biraz da eksik cihetleri vardır. Güzel tarafı mehakimin tevhibi ve muhamatın tensikidir. Fena tarafı da tarik-i istinafin ilgasıdır. Bunları birer birer tedkik edeceğiz. Şimdi biraz maziye atf-ı nazar edelim."* şeklindeki girişten sonra Osmanlı adli tarihine dair kısa malumatlar nakledilmiştir.

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye'de Osmanlı Devleti'nin fikri hareketleri ile ıslahat ve inkılap tarihçesine dair kıymetli yazılar da mevcuttur. Bu yolda Osmanlı Devleti'nde siyasi ve fikri muhalefet hareketleri olarak Jön Türkler ve Yeni Osmanlılardan bahisler bulunur. Mecmuanın onuncu sayısında yer alan ve Samipaşazade Hasan Bey'in tahrir ve mütalaalarından oluşan "Hukuk-ı Esasiye Tarihinden: Osman Türklerinde İnkılabat-ı Fikriye" adlı makalede Jön Türkler hareketi ele alınmaktadır. Yine mecmuanın ikinci devrinin ikinci sayısında da Samipaşazade Hasan Bey'in "Ayetullah Beg ve Yeni Osmanlılar" adlı bir makalesi yer alır. Bu devrin üçüncü sayısında da yine aynı konu "Yeni Osmanlılar Tarihi ve İnkılabat-ı Fikriye Münakaşaları" makalesiyle işlenmeye devam etmiştir.

Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde gündeme gelen parlamento, halk hakimiyeti ve hükümet şekilleri gibi konular da Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye'de yer bulur. Mecmuanın yedinci sayısında yer alan "Hakimiyet-i Halk ve Ali Suavi" ile on üçüncü sayısında yer alan "Şekl-i Hükümet Münakaşaları" bu cihette kaleme alınmışlardır. Yine mecmuanın on ikinci sayısında "Osmanlılarda İlk Parlamento" başlıklı makalede Osmanlı Devleti'nde kuvvetler ayrılığı meselesi ele alınmaktadır. Abdurrahman Adil bu makalesinde Şura-yı Devlet'in tesisini, Osmanlı Devleti'nde parlamentonun açılmasından başka bir şey olmadığını ifade etmektedir.

Abdurrahman Adil, on üçüncü sayıda mühim bir makalesini daha neşretmiştir. Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin hazırlanması yerine Fransız Medeni Kanunu'nun iktibas Osmanlı Devleti'nde münakaşa konusu olmuştu. Abdurrahman Adil de bu mevzuu "Hukuk-ı Medeniye

Tarihinden: Mecelle mi? Kod Napolyon mu?” adlı makalede ele almıştır. Esasen bu makale daha evvel İkdâm’da da neşredilmişti<sup>41</sup>. Bu makalenin başında, Kod Napolyon’un Mehmed Ali Paşa tarafından tercüme ettirilip Mısır’da yürürlüğe konulduğu hususu şu şekilde nakledilmektedir:

Büyük Napolyon Mısır’a geldiği vakit müessesat-i adliye-i İslamiyeyi tettebbu’ etmiş idi. Mısır uleması bir nevi Mahkeme-i Temyiz teşkil etmiş idiler. Madun mehakim-i şer’iyesinden verilen ilamlar bu mahkemeden geçer, tedkik edilir, nakz veya tasdik olunur idi. Mısırlılar bu mahkemeyi “Mahkemetü’l-nakz ve’l-ibrâm” tabir ederler idi.

Napolyon Mısırlılardan iktibasen Mahkeme-i Temyiz (Cours de Cassation) teşkil etmiştir. Mehmet Ali Mısır’a gelince birçok müessesat ve tecceddât vücuda getirdi. Bu müessesat meyânında mehâkim-i ehliye de vardır. Mehakim-i ehliye düsturu’l-amel olmak üzere Mehmed Ali Napolyon’un meşhur “Kod”unu tercüme ettirdi. Mısır eyaleti merkez-i saltanattan birçok zaman evvel bir kanun-ı medeniye malik oldu<sup>42</sup>.

## SONUÇ

Tanzimat dönemiyle birlikte gazete ve mecmualar yavaş yavaş yaygın hale gelmiş ve bilhassa ikinci meşrutiyet dönemiyle birlikte matbuat alemi nicelik itibariyle daha da zenginleşmiştir. Bu dönemde çıkarılan gazete ve mecmualar, Osmanlı Devleti’ndeki gelişmeleri bizlere gösteren bir nevi ayna vazifesini görmektedir. Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye de bu neviden bir ayna mesabesinde. Mecmuanın müessisi Abdurrahman Adil’in hukukçu ve tarihşinas şahsiyeti, Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuasını hukuk tarihi açısından kıymetli bir mevkiye taşımıştır. Klasik dönemden yapılan nakiller, Tanzimat döneminin birçok müessesesinin menşesine ve tarihçesine dair yazılanlar; saltanatın kaldırılmasına, İstanbul’un Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin hakimiyetine geçişine ve cumhuriyet sonrası adli müesseselerin vaziyetine yapılan şahitlik, Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası’nı ehemmiyetli kılmaktadır.

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye muhtevasının hukuk tarihi çalışmalarına büyük bir katkı sağlayacağı aşikardır. Bununla beraber mecmuanın bazı noktalarda eksiklikleri de göze çarpmaktadır. Bu eksiklerden birisi, yazar kadrosunun çok zengin olmamasıdır. Hatta mecmuanın Abdurrahman Adil’in münferit gayretiyle ayakta durduğu rahatlıkla söylenebilir. O, bütün yükü tek başına sırtlamış ve açıkçası çok defa varmak istediği gayeye dair alenen yardım talebinde bulunmuş olsa da pek fazla destek görmemiştir. Mecmuada neşredilen yazıların tamamına yakını Abdurrahman Adil’e aittir. Kanaatimizce mecmuanın uzun bir yayın hayatına sahip olamamasının en büyük nedeni, Abdurrahman Adil’in malzeme konusundaki yalnızlığıdır.

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye’nin eksik sayılabilecek bir diğer yönü, Abdurrahman Adil’in kaleme aldığı yazılarında en çok kullandığı kaynaklardan birinin şahsi hatıraları olmasıdır. Hatıralar, gerek tarih ve gerekse de hukuk tarihi için kıymetli bir kaynak olmakla birlikte, temkinli yaklaşılması gereken kaynaklardandır. Bu sebeple hatıralara dayanan malumatları kullanırken bu hakikati göz önünde bulundurmak gerekir. Fakat şu da bir hakikattir ki Abdurrahman Adil, mecmuada geçen birçok tarihi vakanın bizzat şahididir. Bilhassa kıdemli bir

<sup>41</sup> Bkz.: Abdurrahman Adil, “Mecelle mi? Kod Napolyon mu?”, İkdâm, 25 Teşrin-i sani 1339, s. 2.

<sup>42</sup> Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye, C. 13, 1339, s. 182.

avukat olması hasebiyle dönemin İstanbul Barosu'nu müşahedesi ve baroya ilişkin kanaatleri oldukça değerlidir.

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye'nin müspet ve menfi cihetleri terazi kefelere konulursa şüphesiz olarak müspet ciheti galip gelecektir. Basımında birçok baskı hatası mevcut bulunmuş ve kısa bir yayın hayatına sahip olmuşsa da Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye oldukça mühim bir mecmuadır. Hatta o dönemde basılan bir hukuk tarihi mecmuası hüviyetindedir.

## KAYNAKÇA

### Arşiv Belgeleri:

Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi

İBB Atatürk Kitaplığı el yazısı biyografik fişler

Sürelî Yayınlar:

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası: 1-21; 1-7 sayılar.

Cumhuriyet: 10 İkinciteşrin 1942 (10 Kasım 1942),

Vatan: 10 İkinciteşrin 1942 (10 Kasım 1942)

### Basılı Eserler:

Abdurrahman Adil. "En Çok Yazı Yazan Türk Muharriri Ahmet Midhat Efendi Nasıl Çalışırdı? Ahmed Rasim İlk Makalesini Nasıl Yazdı?", *Akşam Gazetesi*, 01.11.1936: s. 5.

Abdurrahman Adil. "Tarihi Dedikodular: 31 Mart ve Bir Jurnal", *Yarım Ay*, 1 Ekim 1918: s. 19.

Abdurrahman Adil. *Müdâyenât*, Konstantiniye: Matbaa-yı Ebu'z-ziyâ, 1312.

Abdurrahman Adil. *Mahkeme-i Temyiz*, Konstantiniye: Matbaa-yı Ebu'z-ziyâ, 1312.

Birinci, Ali. "Meşrutiyet Matbuatı (1324-1325) III", *Kebikeç*, 4, 1996: s. 39-42.

Emiroğlu, Kudret. "Meşrutiyet Matbuatı (1324-1325) VI", *Kebikeç*, 9, 2000, s. 59-63.

Erk, Hasan Basri. *Meşhur Türk Hukukçuları*, İstanbul, 1958.

Evliya Çelebi. Evliya Çelebi, *Evliya Çelebi Seyahatnamesi*, I. Kitap (İstanbul), (Topkapı Sarayı Bağdat 304 yazmasının transkripsiyonu), Haz. Orhan Şaik Gökyay, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1996.

İbnülemin Mahmud Kemal İnal. *Son Asır Türk Şairleri*, C. II, İstanbul: MEB Yayınları, 1969.

Kılınç, Ahmet. "Yıldırım Bayezid Han'ın Devlet Yönetimine Işık Tutan İki Osmanlıca Makale ve Tahlilleri", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 1, 2016: s. 1-24.

Mumcu, Ahmet. *Dîvan-ı Hümayun*, Ankara: Phoenix, 2007.

*Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku*, Ed. Ahmet Kılınç, Ankara: Adalet Bakanlığı Yay., 2021.

Turan, Ali. "Abdurrahman Âdil Eren'in (1868-1942) Hayatı, Eserleri ve Mahkeme-i Temyiz Adlı Eserinin Tahlili", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, 23, 2017: s. 57-80

Us, Hakkı Tarık. *Elli Yıl*, İstanbul, 1943.

## EK 1: HADİSAT-I HUKUKİYE VE TARİHİYE MECMUASI İLK DÖNEM (II. TERTİP) FİHRİSTİ

### CÜZ:1 1338/1922

- 1-Dibace: (s. 3)
- 2-Bir Hadise-i Cihanşümül ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti Beyannamesi (s. 4-6)
- 3-Türkiye Büyük Millet Meclisi Beyannamesidir (1 teşrin-isani 1338/1922) (s. 6-8)
- 4-Osmanlı Tarihinde Hukuk Sahifeleri (s. 8-14)
- 5-Paris hatıralarından: Matbuat-ı Adliye Cemiyeti<sup>43</sup> (s. 14-16)

### CÜZ.2 1338/1922

- 1-Kemalpaşazade Said Beg ve Mesai-yi Hukukiyesi (s. 17-23)
- 2-Devletin Büyük Davaları (s. 23-26)
- 3-Mudanya Mukavele-i Askeriyesi (s. 27-30)

### CÜZ:3 1338/1922

- 1-İstanbul Vilayeti Umûr-ı İdaresinin Suret-i Tanzimine Dair Talimatname: (s. 31-33)
- 2-Talimatname Hakkında Mütalaat ve Temenniyat: (s. 33-34)
- 3-Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (s. 34-37)
- 4-Avukatlık Hatıralarından: Tramvay Şirketinde Bir Heyet-i İctimâ'i (s. 38-40)
- 5-Kazaiyat: Evrak-ı Nakdiye Meselesi Hakkında Bir Ceza Mahkemesi İlamı (s. 40-41)
- 6-Evliya Çelebi Adliye Müverrihi : (s. 41-42)
- 7-Hîn-i Fetihde İstanbul'a Hakim Nasb Olunanlar (s. 42-44)

### CÜZ: 4 – 1338/1922

- 1-Anadolu Adliye Kanunları ve Bir Sevm-i Nazar: (s. 45-47)
- 2-Muvakkat Temyiz Heyeti Teşkiline Dair Kanun (s. 47-48)
- 3-Muamelat-ı İthamiyenin İlgası Hakkında Kanun (s. 48-49)
- 4-Hakim-i Münferid Kanununun Bazı Mevaddını Muaddil Kanun (s. 49-50)
- 5-Sulh Hakimleri Kanun-ı Muvakkatinin Üçüncü Maddesini Muaddil Madde-i Kanuniye (s. 50)

<sup>43</sup> Bu makalenin 17. sayfası ikinci cüzde yer alıyor.

6-Sulh Hakimleri Kanununun Dördüncü Maddesinin Tadiline Dair Kanun (s. 50)

7-Usul-i Muhakeme-i Şer'îye Kararnamesi'nin Birinci Maddesine İlave Edilen Mevad Hakkında Kanun (s. 51)

8-Kanun-ı Ceza'nın 242 ve 243. Maddelerini Muaddil Kanun (s. 51-52)

9-Ceza-yı Nakdilerin Beş Misline İbلاغına Dair Kanun (s. 52)

10-Hıyanet-i Vataniye Kanunu (s. 53-54)

11-Hıyanet-i Vataniye Mücrimininden Bir Kısımının Aflarına Dair Kanun (s. 54-55)

12-İstiklal Mahkemeleri Hakkındaki Son Kanun (s. 55-58)

13-Emval-ı Metruke Kanunu (s. 58)

### **CÜZ:5 – 1339/1923**

1-İki Mahkeme-i Temyiz ve bir Nazariye-i İlmiye (s. 59-62)

2-Gümrük Muahedeleri, Gümrük Kanunları ve İstanbul Ticareti (s. 62-65)

3-Gümrükler Hakkında Talimat (s. 66-69)

4-Milli Bayram Kanunu (s. 69)

5-Belediye Heyetleri Hakkında Kanun (s. 69-70)

6-Düğünlerde Men'î-i İsrifat Kanunu (s. 70-71)

7-Men'î-i Müskirat Kanunu (s. 71-72)

### **CÜZ: 6 – 1339/1923**

1-Hakimiyet-i Halk ve Ali Suavi (s. 73-75)

2-İktisad Konferansı ve Ticaret Hakimleri (s. 76-78)

3-Hukuk-ı Siyasi Konferansları -1: Mukarriri: Doktor Lagans<sup>44</sup> (s. 79-86)

### **CÜZ: 7 – 1339/1923**

1-Sükna Kanunu ve Türkler (s. 87-91)

2-Müddeiumumiler (Muharriri:Abdurrahman Şeref Efendi) (s. 91-95)

3-Masuniyet-i Şahsiye Kanunu ve Bir Mütalaa (s. 95-97)

4-Babıaliye Bir Nazar (s. 98-99)

5-Osmanlı Tarihinde Adliye Sahifeleri: Yıldırım Bayezid ve Hükkam-ı Şer'î (s. 100)

<sup>44</sup> “Fransa ümera-yı askeriyesinden ve erbab-ı hukukundan Doktor Lagans Darülfünunda konferanslar vermeğe başladı. Bu konferansların mevzuu hukuk-ı siyasiyeye taalluk eylediğinden zamanen ve ilmen ehemmiyeti derkârdır. Doktor Lagans konferanslarını Fransızca takrir ediyor. Talebeden Saim Beg Türkçeye tercüme ediyor. Neşr ettiğimiz müsvedde Saim Beg tarafından kaleme alınan tercümedir.”

**CÜZ: 8 – 1339/1923**

1-Hürriyet-i Şahsiye (Muharriri: Kemalpaşazade Said Beg)<sup>45</sup> (s. 101-106)

2-Asr-ı Teşkilatın İlk Günleri (s. 106-107)

3-Teşkilat-ı Esasiye ve İsviçre Kanun-ı Esasiyesi<sup>46</sup>: (s. 108)

4-Garbde Tevhîd-i Şerâyi' (s. 109)

5-Türkiye Büyük Millet Meclisi Yeni Kanunları:

Hıyanet-i Vataniye Kanunu Tadili (s. 109-110)

Sükna Kanununun Lağvı Kanunu (s. 110)

Emvâl-ı Menkuleleri Merhûn Olup Tediye-i Deyn Edemeyen Medyunlar Hakkında Kanun (s. 110-111)

Memalik-i Müstahlasada İşgal Müddetince Tekevvün Eden Her Nev'î Deavi ve Muamelatı Şeriye ve Nizamiye ile Sadır Olan Hükümler Hakkında Yapılacak Muameleye Dair Kanun Sureti (s. 111-113)

Emvâl-ı Gayr-ı Menkule İhtilafatı Hakkında Dahiliye Tamimi (s. 113)

Haricden Celb Olunacak Madeni Su Borularının Gümrük Resminden Avfına Dair Kanun (s. 114)

Ziraatde Müsta'mel Olup Haricden İdhal Edilecek Mevad-ı Müştaiile Gümrük Resmi Hakkında Kanun (s. 114)

**CÜZ:9 – 1339/1923**

1-El-hâkimu Hüvallah (Muharriri:Ali Suavi) (s. 115-121)

2-Sükna Buhranı - Kuvve-i Teşriiye ve Kuvve-i Adliye (s. 121-123)

3-Hadisat-ı Adliye: Sükna Meselelerinde Hakim Kararları (s. 124)

4-Yeni Kanunlar:

İntihab-ı Mebusan Kanunu'nun Bazı Mevaddını Muaddil 3 Nisan 39 Tarihli Kanun (s. 125)

İdare-i Vilayat Kanunuyla Tedrisat-ı İptidaiye Kararnamesinin Tadiline Dair Kanun Sureti (s. 126-127)

Haricden Gelen Hayvanatın Gümrük Resminden Muafiyeti Hakkında (s. 128)

5-Kazaiyat: Beyoğlu Sulh Mahkemesi 10 Nisan 1339 (s. 128)

<sup>45</sup> "İşbu makale Kemal Paşazade Said Beg'in 1302 senesinde Mekteb-i Hukuk'ta tahrir ettiği hukuk-ı siyasiye derslerinden me'hûzdur."

<sup>46</sup> "Hakimiyet-i Milliye" den telhis edilmiştir.



### **CÜZ:10 – 1339/1923 Temmuz**

- 1-Hukuk-ı Esasiye Tarihinden: Osman Türklerinde İnkılabat-ı Fikriye: (s. 129-132)
- 2-İcar-ı Akar Konturatoları ve Bir Tarihçe (s. 132-134)
- 3-Almanya’da Sükna Ahkamı (s. 134-136)
- 4-Mısır Kanun-ı Esasiesi Hülasası: (s. 137-139)
- 5- Hadisat-ı Adliye: (s. 139)
- 6- Hıyanet-i Vataniye Kanunu’nun Sekizinci Maddesini Muaddil Kanun (s. 139-140)
- 7-Sükna Kanunu Hakkında Bir Re’yname: (s. 140-141)
- 8-Matbuat Mümessillerinin Mehakime İlk Kabulleri: (s. 141-142)

### **CÜZ:11 1339/1923 Eylül**

- 1-Ali Suavi: Mebadi-i Hayatı, Zihniyeti ve Hukuka Hizmeti (s. 143-147)
- 2-Sava Paşa ve Bir Hatıra: (s. 147-149)
- 3-Masuniyet-i Teşriiye: (Muharriri:Haydar Rifat Beg) (s. 150-154)
- 4-Sefain Rüsüm-ı Sıhhiyesi Hakkında Kanun: (s. 154-156)
- 5-Hudud-ı Sıhhiye İdaresi ile Tekaid Sandığına Ait Rüsümün Tezyidi Hakkında Muaddel Kanun: (s. 156)

### **CÜZ:12 1339/1923 Teşrin-i Sani**

- 1-İlk Teb’idler: Mustafa Fazıl Paşa-Midhat Paşa: (s. 159-162)
- 2-Bir Tavzih (Münir Süreyya Beg): (s. 162-163)
- 3-Osmanlılarda İlk Parlamento: (s. 164-167)
- 4-Ali Suavi ve Efkâr-ı Siyasiyesi: (s. 167-170)
- 5-Ali Suavi Efendi (Muharriri: Bursalı Hoca Mehmed Tahir Efendi): (s. 171-172)

### **CÜZ:13 1339/1923 Kanun-ıevvel**

- 1-İfade-i Mahsusa: (s. 174)
- 2-Baro (Muharriri: Ahmed Cevdet Beg)<sup>47</sup>: (s. 175)
- 3-Şekl-i Hükümet Münakaşaları: (s. 176-179)
- 4-Hukuk-ı İdare Tarihinden: Başvekalet ve Sadaret: (s. 179-181)
- 5-Hukuk-ı Medeniye Tarihinden: Mecelle mi? Kod Napolyon mu?: (s. 182-184)

<sup>47</sup> “İkdamın bir baş makalesinden muktebestir.”

6-Huzur-ı Şer'ide Bir Padişah: Fatih Sultan Mehmed (Muharriri: Evliya Çelebi)<sup>48</sup>: (s. 185-186)

7-Elli Sene Evvel İran'da Adliye<sup>49</sup> (Muharriri: Münif Paşa): (s. 187-188)

#### **CÜZ:14 1340/1924 Kanun-ısanı**

1-İstiklal Mahkemesi ve Tahassüsât -1- İstiklal Mahkemesi-İstihlal Mahkemesi (12 Kanun-ıevvel 1339) (s. 193)

2-Hadise-i Matbuat ve Kanun (13 Kanun-ıevvel 1339): (s. 194-196)

3-Tesanüd-i Matbuat (13 Kanun-ıevvel 1339): (s. 196-199)

4-Hep Sui-Tefehhüm (15 Kanun-ıevvel 1339): (s. 199-201)

5-Hadise-i Muhamat (15 Kanun-ıevvel 339): (s. 201-202)

6-Zimâmdâran ve Erbâb-ı Kalem (21 Kanun-ıevvel 1339) (s. 203-204)

#### **CÜZ: 15 1340/1924 Nisan**

1- İstiklal Mahkemesi ve Tahassüsât Unvanlı Makalelerden: Bir Haşiye: (s. 204)

2-Müddeiumumiler ve Bir Nazariye: (24 Kanun-ıevvel 1339) (s. 205-206)

3-Lütfi Fikri Beg ve Bir Hatıra: (21 Kanun-ıevvel 1339) (s. 206-208)

4-Tanzimatda İlk Cürm-i Siyasi: Kuleli Vakası: (s. 208-212)

5-Kuleli Vakası ve Ahmet Rasim Beg: (s. 212-216)

6-Nazariyat-ı Cezaiyede Eski Bir Vesika: (s. 217-218)

#### **CÜZ:16 1340/1924 Mayıs<sup>50</sup>**

1-Meşrutiyette İlk Batuniye (18 Mayıs 1340): (s. 219)

2-İngiltere Kralı ve Avukatlar Cemaati (18 Mayıs 1340): (s. 220-221)

3-Cumhuriyette İlk Nafaka Davası: (s. 221-223)

4-Amerika Cumhuriyeti'nde Hukuk-ı Esasiye: (s. 223-224)

5-Hukuk Tarihi Sahifelerinden: Müskirat ve Aşar (Muharriri:Ahmed Refik Beg): (s. 225-228)

6-Hukuk Tarihinden: En Eski İzdivac ve Talak Kanunu: 4000 Sene Evvel Babil Hükümdarı Hammurabi Tarafından Tanzim Edilen Bir Aile Kanununun Talak ve Taadüd-i Zevcat Hakkında Ahkamı (Muharriri: Avram Galanti Efendi): (s. 228-230)

<sup>48</sup> "Hamış: Bâladaki fıkra Evliya Çelebi Seyahatnamesi'nden telhisen ve tadilen muktebestir. Matbu nüshada mün-deriç değildir. Yazma Nüsha Emiri Efendi kütüphanesindedir. Unvan-ı makale şudur: "Mimar başı ile Ebu'l-fethin mürafaa-yı şer'i-yi Resûl olduğudur". Birinci cildde 36. sahifededir."

<sup>49</sup> "Sadrazam Hüseyin Avni Paşa'ya yazılmış hususi bir mektubdur. Aslı süferadan Mustafa Şekib Beg Efendi'de mahfuzdur." S. 187.

<sup>50</sup> Kapakta cüz sayısı yanlışlıkla 15 olarak verilmiştir.

7-Tepebaşı Bağçesi ve Evkaf: (230-232)

**CÜZ:17 1340/1924 Haziran**

1-1340 Kanunları ve Adliye Düsturları: (s. 235)

2-Tevhid-i Mehakim ve Ziya Paşa: (s. 235-236)

3-Adliye Tarihinden: Midhat Paşa, Subhi Paşa ve Adliye Teşkilatı Hakkında İlk Müna-  
kaşa: (s. 236-237)

4-Hakk-ı Teşriide Hudûd ve Hutût: (237-239)

5-İstinafı İlga: (s. 239-240)

6-1340 Adliye Teşkilatı ve Mazi: (s. 241-243)

7-Baronun İlgası, Sami Efendi, Cevdet Paşa ve Said Paşa ve Ali Şehbaz Efendi (5 Hazi-  
ran 1340): (s. 243-244)

8-Şehbaz Efendi Makalesi: Dava Vekilleri: (s. 245-248)<sup>51</sup>

**CÜZ:18 - 1340/1924 Kanun-ievvel**

1-Kötü Bir Kanununun Kötü Tatbikatı ve Ecnepleri Çektirdiklerimiz (23 Teşrin-isanı  
340): (s. 249-251)

2-Baronun Tasfiyesi ve Bir Tarihçe: (s. 252-253)

3-Baroda Nutk-ı İftitahi: (s. 253-255)

4-İstanbul Barosu'nun İlk İçtimalı: (s. 255-259)

5-Üsküdar Ceza Mahkemesinde Bir Sahne (Muharriri: Hüseyin Said Beg): (s. 259-261)

6-Ermeni Emval-ı Metrukesi: (s. 261-262)

**CÜZ:19 1341/1925 Kanun-ıSani**

1-Musahabe-i Adliye: Baro: (s. 263-267)

2-Mehakim: Hükâmda Yeni Bir Meyelan ve İki Hadise-i Hukukiye: (s. 268-269)

3-Heyet-i Udûl (Muharriri: Ahmet Cevdet Beg): (s. 269-271)

4-Bir Hakimin Zaviye-i Rüyetinden 340 Adliye İcraatı<sup>52</sup>: (s. 271-272)

5-Türkiye'de Bir Mülk Nasıl Satılıyor?: (s. 272-273)

6-Tarihiyat:

Fransa'da İlan-ı Cumhuriyet ve İstanbul'da Bir Fransız Avukat: (s. 273-274)

Dersaadet Avukatlar Odası: (s. 274):

<sup>51</sup> Bu makale Ceride-i Mehakim'in 362. sayısından alınmıştır. s. 3714-3717

<sup>52</sup> "Vatan Gazetesi'nde münteşir bir makaleden telhis edilmiştir."

İngiltere'de Veraset Meselesi ve Usul-i Muhakeme: (s. 275)

7-Kavanin:

Hükümet Yedinde Bulunup Harb Dolayısıyla Zarara Düşür Olanlara Taksim Edilecek Emlak (Numero:7565) (13 Mart 340): (s. 275-276)

Talimatname: (s. 276)

**CÜZ:20 Şubat 1341/1925**

1-Musahabe-i Adliye:

Baro (Şubat 1341): (s. 277-278)

Bir Davet: (s. 278-280)

Müddeiumumilik: (s. 280-282):

Nakdü'l-ahkâm: (s. 283-285):

2-Kazaiyat:

Doktor Cevdet-Fezahat-ı Lisaniye Davası-İstanbul Dördüncü Ceza Mahkemesi: (s. 286-289)

3-Kavanin:

Ayât-ı Kuraniye ve Ehadis-i Şerifenin Ceraidde Aynen ve Tamamen Dercinin Memnû'iyeti Hakkında Matbuat Kanununa Zeyl Edilen 17 Safer 1340 ve 19 Teşrin-ievvel 1337 Tarihli Kararname: (s. 289)

**CÜZ:21 Mart 1341/1925**

1-Musahabe-i Tarihiye:

Pertev ve Akif Paşalar (Muharriri sabıkan müsteşar-ı sadr-ı ali Fuad Beg Efendi) (s. 293-295)

Şûrâ-yı Devlet-Tarihçe (Muharriri Muammer İzzet Bey mülga Şûrâ-yı Devlet azasından): (s.296-299)

2-Kazaiyat:

Altun ve Meskûkât-ı Ecnebiye Taahhüdatı: (s. 300-301)

Mahkeme-i Temyiz Sulh Hukuk Dairesi 24 Eylül 1340: (s. 301)

Mahkeme-i Temyiz, Hukuk Dairesi, 22 Teşrin-isani 1340: (s. 301-302)

Meskukat-ı Ecnebiye Meselesi Hakkında Mahkeme-i Temyiz'in Diğer Bir İlamı: Mahkeme-i Temyiz Sulh Hukuk Dairesi 30 Kanun-ı Evvel 1340: (s. 302-303)

Mütalaa: (s. 303)

İtaat-ı Evzac Meselesi 18 Teşrin-isani 1340: (s. 304)

3-Vakıat: 12 Şubat 1341

Gayri Mübadil Türklere Ait Emlak: (s. 305)

Emlak-ı Metrukenin İhbarı: (s. 305)

Kabotajın Türklere Aidiyetine Dair Kanun: (s. 305)

Mübadiller ve Tabiiyet Meselesi:

Memalik-i Ecnebiyede İkamet Eden ve Mübadil Sayılan Türkler, Türk Konsoloslarınca Vatandaş Tanınacaklar<sup>53</sup>:(s. 306)

Türkiye'den Ayrılmış Olan Mahaller Ahalisi Ne Gibi Şeraite Tabi Olacaklar?: (s. 306)

Mısırlılar Hakkında Ne Yapılacak?: (s. 306)

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası Birinci Cildinin Sıra Tertibi Üzere Fihristidir (s. 1-5)

Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası'nın Birinci Cildinde Neşr Olunan Kanunların Huruf-ı Heca Tertibi Üzere Fihristidir (s. 5-6)

---

<sup>53</sup> Bu kısa yazının transkripsiyonu için bkz.: *Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku*, Ed. Ahmet Kılınç, Ankara: Adalet Bakanlığı Yay., 2021, s. 209.

## EK 2: HADİSAT-I HUKUKİYE VE TARİHİYE MECMUASI İKİNCİ DÖNEM FİHRİSTİ

### CÜZ:1

#### Kısm-ı Tarihi:1 (15 Nisan 1341)

1-Serbest-i Matbuat ve Serbâzi-i Matbuat: (s. 1-4)

2-Reşid Paşa (Muharriri: Fuat Beg -Müsteşar-ı Sadr-ıali-i sabıka): (s. 5-7)

3-Ali Fuat Bey ve Asarı (s. 8)

#### İLAVE:

Kamus-ı Vesaik:

İfade: (s. 3)

Takrir-i Sükûn Kanunu (s. 4)

Receb Beg'in Nutku (4 Mart 1341) (s. 5-8)

### CÜZ:2

#### Kısm-ı Tarihi:2 (1 Mayıs 1341)

1-Ayetullah Beg ve Yeni Osmanlılar (Muharriri: Samipaşazade Hasan Beg) (7 Temmuz 1340): (s. 1-8)

#### İLAVE:

Kitabhane-i Hukuk Neşriyatından:

Memûrin: Hıdemât-ı Amme ve Memurin Kanunu – 1 (Muammer İzzet—Şûrâ-yı Devlet eski azalarından) (s. 1-8)

### CÜZ:3

#### Kısm-ı Tarihi:3 (15 Mayıs 1341)

1-Yeni Osmanlılar Tarihi ve İnkılabat-ı Fikriye Münakaşaları – Abdurrahman Adil (s. 9-16)

#### İLAVE:

Kitabhane-i Hukuk Neşriyatından:

Hukuk-ı Siyasiye Dersleri (Kemalpaşazade Said Beg) (s. 1-8)

### CÜZ:4<sup>54</sup>

#### Kısm-ı Tarihi: 4 (1 Temmuz 1341)

1-Kuleli Vakası ve Bir Ecnebi Müverrihi (Muharriri: Sabıkan Şûrâ-yı Devlet azasından Muammer İzzet): (s. 17-25)

#### İLAVE:

<sup>54</sup> Tarih sırasına bakıldığında bu sayının 6. cüz olması gerekir.

Hıdemat-ı Amme ve Memurin – 4 (s. 25-32)

**CÜZ: 5**

**Kısm-ı Tarihi:5 (15 Haziran 1341)<sup>55</sup>**

1-Ali Paşa (Muharrir: Ali Fuad Beg): (s. 25-28)

2-Lahika: (s. 28-32)

İLAVE:

Külliyat-ı Hukuk: Hıdemât-ı Amme ve Memurin – 3 (s. 17-24)

**CÜZ:4**

**Kısm-ı Adli:1 (1 Haziran 1341)**

1-Musahabe-i adliye:

Nizamname-i Dahili: (s. 1-2)

Baroda Fıkdan-ı Mücahede: (s. 3-4)

Paris Barosu'nda Avukatlar Konferansı: (s. 4-5)

Paris'te Hukuk Konferansında: (s. 5)

Beynelmilel Divan-ı Adalet'te: (s. 5)

Paris'te Bir Hakk-ı Te'lif Davası: (s. 5-6)

2-Kisve-i Hükkam (s. 6)

3-Tahlil ve Tenkid:

Tekerrür-ı Cürm ve Bazı Asar-ı Adliye (s. 7-8)

İLAVE:

Külliyat-ı Hukuk: Hıdemât-ı Amme ve Memurin -2: (s. 9-16)

**CÜZ:12<sup>56</sup>**

**Kısm-ı Adli -2 (15 Temmuz 1341)**

1-Musahabe-i Adliye:

Bir Vak'a-yı Nâgeh-zuhûr: (s. 9-13)

Baroda İlk Namzedlik İlanı: (s. 14-15)

Namzedlik Beyannamesi: (s. 15)

İLAVE:

Hıdemât-ı Amme ve Memurin – 5 (s. 33-40)

<sup>55</sup> İç kapak sayfasında Kısm-ı Tarihi-4 şeklinde geçiyor.

<sup>56</sup> Kapakta cüz numarası 12 olarak verilmekle birlikte esasen 7. cüzdür.

Geliş Tarihi | Received: 25.03.2022

Kabul Tarihi | Accepted: 29.04.2022

Yayın Tarihi | Published: 30.04.2022

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# İSLAM MİRAS HUKUKUNDA TEREKENİN PAYLAŞIMI VE OSMANLI UYGULAMASI

## DIVISION OF ESTATE ACCORDING TO THE ISLAMIC LAW OF INHERITANCE AND ITS APPLICATION BY THE OTTOMAN EMPIRE

Adem Çakır\*

### ÖZ

İslam miras hukuku (feraiş), kişilerin öldükten sonra geriye bıraktıkları malların (tereke) paylaşılmasını düzenleyen kurallar bütünüdür. Feraizin omurgası bizzat Kur'an ve sünnet ile oluşturulmuş, geri kalan detaylar ise icma ve içtihat tarafından tamamlanmıştır. Feraizde mirasçılar hısımlık bağlamında, tartışma olmaksızın, ashabül feraiz (belirli pay sahipleri) ve asabe (ashabül feraizden artanı; onlar yoksa tamamını alan) şeklinde iki türdür. Bunların mirasçı olabilmeleri, hisseleri, mirastan mahrumiyeti gibi hususlar en ince ayrıntısına kadar düzenlenmiştir. Mirasçılar mirası paylaştığında toplam payları; paydaya eşit, paydadan büyük veya paydadan küçük olabilir. Pay ve payda eşit ise adile denilir. Pay paydadan büyük olursa bu duruma avliye denilir ki pay ve paydanın eşitlemesi için iki farklı görüş uygulanmıştır. Pay paydadan küçükse buna reddiye denilir; artan asabeye verilir. Asabe de yoksa artan kısmın ne olacağı farklı görüşlerin doğmasına neden olmuştur. Osmanlı Devleti'nde mülk mallar için İslam miras hukuku tatbik edilmiştir. Uygulamada, hemen her dalda olduğu gibi, Hanefi mezhebinin görüşleri tercih edilmiştir. Adile ve reddiye olan meseleler birbir uygulanmıştır. Ancak bazı avliye meselelerinde az da olsa azınlık görüşün öne sürdüğü içtihatlarla uygun çözümlere rastlanılmıştır. Çalışmada üç hal de örneklerle izah edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler** İslam miras hukuku, Osmanlı miras hukuku, adile, avliye, reddiye

\* Araştırma Görevlisi. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı.

0000 0002 7082 3825 [ademcakir@kku.edu.tr](mailto:ademcakir@kku.edu.tr)



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## ABSTRACT

The Islamic law of inheritance refers to the laws and regulations regarding the division of estate upon the ancestor's or benefactor's death. The essential standards of the Islamic law of inheritance are based on (i) the Holy book Quran and (ii) sunnah- words and deeds of the Prophet Mohammed. Other additional standards of the Islamic law of inheritance are regulated by ijma and ijtihad According to the Islamic law of inheritance, there are two kinds of next of kin relatives entitled to inherit; ashab al furud (those who are primarily entitled to inherit), agnates (those who are entitled to inherit either (i) what remains after ashabül feraiz inherit their entitlement or (ii) all estate if there are no next of akin relatives who are considered ashab al furud). Islamic law of inheritance regulates every single detail about who is entitled to inherit what and who is not entitled. The sum of the total amount inherited by all inheritors may be equal to the original amount of estate or more or less than that. It is called adile when the sum of the total amount inherited is equal to the original amount of estate. It is called al-awliyyah when the sum of the total amount inherited is more than the original amount of estate. Two different regulations have been enacted to equalize the sum of the total amount inherited and the original amount of estate. It is called reddiye when the sum of the total amount inherited is less than the original amount of estate. In this case, the balance is given to agnates. The absence of agnates in such a case have led to the emergence of different opinions as to how the balance should be divided. Ottoman Empire applied the Islamic law of inheritance for the division of property estate. In practice, as usual, the provisions of Hanafi school were applied. In the case of adile and reddiye, the provisions of Hanafi school were applied as is. In some al-awliyyah cases, although few, there are occasions where the provisions of a minority group were applied. This study explains the three situations with examples.

**Keywords** The Islamic law of inheritance, Ottoman law of inheritance, adile, 'awl, the return/radd

## GİRİŞ

İslam miras hukuku<sup>1</sup> (şer'i miras hukuku/ feraiz<sup>2</sup>), fıkıhın bir parçası olarak, ölen (gerçek veya mahkeme kararı ile<sup>3</sup>) bir kimsenin arkasında bıraktığı malvarlığının<sup>4</sup> paylaşılması ile ilgilenir.

İslam miras hukuku hükümleri esasen Kur'an, sünnet ve icma kaynakları<sup>5</sup> ile tespit edilmiştir ve bu yönüyle İslam hukukunun en erken olgunlaşmış sahalarındandır<sup>6</sup>. İlk üç ana kaynağa ek olarak bireysel içtihadı konu olan hususlar da vardır.

İslam miras hukukunun genel başlıkları; mirasın unsurları, mirasçılık sebepleri, mirasın şartları, miras engelleri, mirasçılar ve terekenin taksimi şeklindedir<sup>7</sup>.

İslam miras hukukunda çok fazla mirasçılık türü ve mirasçı kabul edilmektedir. Mirasçılarının payları ise farklı durumlarda değişebilmektedir. Söz konusu durumlarda farklı görüşlere rastlanılmaktadır. Her bir görüşün uygulanmasında ise temel matematiksel işlemler kullanılmaktadır.

Osmanlı miras hukukunda, İslam miras hukuku ve örfi miras hukuku –adi intikal- yer almaktadır. Konumuz dışında kalan örfi miras hukuku; miri arazi, gayri sahih vakıflar ve icaretlenli vakıflar için uygulanırken konumuzun odağı olan İslam miras hukuku esasen mülk mallar için uygulanmaktadır.

Osmanlı Devleti'nde Hanefi mezhebinin görüşleri daha sıklıkla tatbik edilmektedir. İslam miras hukuku da bu kapsamda yer almaktadır. Tereke taksimlerinde, genel olarak, Hanefi

<sup>1</sup> Özgünlüğü ve diğer hukuk sistemleri ile mukayesesine dair bilgiler için bkz. Mustafa Avcı, Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Atlas Akademi, 2021, s. 425. Sabri Şakir Ansay, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2002, s. 241; Ahmet Akgündüz, İslam ve Osmanlı Külliyyatı Üçüncü Cild, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2012, s. 51; Halil Cin ve Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, SAYRAM yayınları, Konya, 2019, s. 448; Hamza Aktan, Mukayeseli İslam Miras Hukuku, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989, s. 15 vd.

<sup>2</sup> Feraiz, fariza kelimesinin çoğulu olup Kur'an veya hadis tarafından belirlenmiş miras payını ifade eder. Detay için bkz. Ahmet Akgündüz, İslam ve Osmanlı Külliyyatı Üçüncü Cild, s. 50. Feraiz kelimesi, ayrıca, herkesin uyması gereken bir farz olduğu için de kullanılmıştır. Abdullah Demir, Mufassal Türk Hukuk Tarihi, Astana Yayınları, Ankara 2019, s. 341. Terekenin dağıtılması ilmine ilm-i feraiz denilir. Türk Hukuk Lügati, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, 3. Baskı, Ankara, 1991, s. 94; Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, 7.baskı, Arı sanat yayınevi, 2021, s. 460. Feraiz kelimesi ile detaylı ilgi için bkz. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA), Ali Bardakoğlu, " feraiz". "İlm- feraiz mevzuu tereke olup onun ahvalinden bahseder. "Manastırlı İsmail Hakkı, Vesaya ve Feraiz Mecmuası, İstanbul, Matbaa-i Amire, H. 1326, s. 73; "Feraiz ilmi, fıkıh-ı şerifin emvata müteallik kısmıdır, meyyitin terekesine taalluk eden hukuktan ve metrukâtının siham-ı mefzuza üzere taksiminden bahseder." Mahmud Esad Bin Emin Seydişehri, Delilleriyle İslam Miras Hukuku, Ter: İsmail Hakkı Uca, Esra Yayınları, Konya, 1994, s. 15.

<sup>3</sup> Avcı, s. 426.

<sup>4</sup> Mezheplere göre hangi hakların terekeye dahil olup olmadığı il ilgili bkz. Bilmen, Hukuki İslamiyye ve İstilatıhatı Fıkhiyye s. 221-223; Avcı, s. 426-427.

<sup>5</sup> İlm-i feraiz, dört delilin yalnız üçünden alınmıştır. Kıyas bu ilimde yoktur. Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi, Teshilü'l Feraiz, tıpkı basım haz. Osman Doğan, Nadir Eserler Kitaplığı, İstanbul, 2015, s. 2..

<sup>6</sup> Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 12. Bası, BETA, İstanbul, 2014, s. 297; Avcı, s. 425. Cin ve Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, s. 447.

<sup>7</sup> Biz burada mirasçılar ve esasen terekenin taksiminde görülen durumları ele alacağız. Diğer hususlar için referans eserlere bakılmalıdır. Detay için bkz. Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 297-322; Akgündüz, , İslam ve Osmanlı Külliyyatı Üçüncü Cild, s. 51-71; Cin ve Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, s. 449-474;

hukukçularının görüşleri uygulanmaktadır. Bu genel durumun aksine işaret eden paylaşımlara çalışma içinde yer verilmektedir.

## I. İSLAM VE OSMANLI MİRAS HUKUKUNA GENEL BAKIŞ

Çalışmanın omurgasını oluşturan paylaşımların teorik altyapısını anlamak adına İslam ve Osmanlı miras hukukuna genel olarak değinilecektir. Bütünlüğü ve odağı kaçırmamak adına her iki başlık da kısa tutulacaktır.

### A. İSLAM MİRAS HUKUKUNDA ÖNE ÇIKAN MİRASÇILAR

Terekeye hak kazanan varisler; ashabül feraiz, nesep yönünden asabe, sebep yönünden asabe ve onun asabesi, reddiye mirasçuları, zevil'lerham, nesebi ikrar edilen, miras malı kendisine vasiyet edilen ve beytülmal olmak üzere on sınıf<sup>8</sup> ise de biz yalnızca uygulamada tespit edebildiğimiz mirasçılıklarla ilgili bilgi verilecektir<sup>9</sup>.

**Ashabül feraiz**<sup>10</sup>; miras payları Kur'an, sünnet ve icma ile belirlenmiş kimselerdir. Karı, koca, anne, baba, dede, nine, kız, oğlun kızı, ana baba bir (AB) kız kardeş, baba bir (B) kız kardeş, ana bir (A) erkek ve kız kardeş bu sınıfın üyeleridir. Bu sınıfta yer alan on iki pay sahibinin toplam kırk ayrı mirasçılık durumu (40 hal)<sup>11</sup> söz konusu olmaktadır<sup>12</sup>.

**Asabe**<sup>13</sup>; terim anlamıyla, ashabül feraizden artan kısmı veya bu sınıftan kimse yok ise terekenin tamamını alma hakkına sahip olan kimselerdir<sup>14</sup>. Asabe; nesep ve sebep yönünden iki kısma ayrılır. Nesep yönünden olanlar; kendi başına (asabe bi nefsihi)<sup>15</sup>, başkası nedeniyle

8 Abdullah b. Muhammed b. Mevdüd el-Mevsili, el- İhtiyar –Metni el Muhtar li'l Fetva, ter: Celal Yeniçeri, Şamil Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 625; Hüsameddin Vanlıoğlu, Fatih Kalender, Abdullah Hiçdönmez, Emin Ali Yüksel, Siraciyye Tercümesi Feraiz İslam Miras Hukuku (Geniş İzahlı ve Şemalı), İsmailağa Yayınları, İstanbul, 2020, s. 12-13.

9 Bu varislerin mirasçılıkları ile ilgili durumlar için yine referans eserlere bakılmalıdır.

10 Biz konunun detayına girmeyeceğiz. Gerekli gördükçe örneklerin izahında gerekli bilgiler verilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Serahsi, Mebsut, editör Mustafa Cevat Akşit, İstanbul, Gümüşev Yayıncılık, 2008 Cilt XXIX s. 181 vd; Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, Hamdi Döndüren, 1991 "Ashâbü'l-Ferâiz", C:3, Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuki İslamiyye ve Istilatahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen yayınevi, İstanbul, V. Cilt, 1996, s. 207. s. 467-468; Ansay, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, s. 254; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 307-314.

11 Kırk hal= ahval-i erbain Akgündüz, İslam ve Osmanlı Külliyyatı Üçüncü Cild, s. 55.

12 Kur'an'da takdir edilen paylar; 2/3, 1/2, 1/4, 1/3, 1/6 ve 1/8 olmak üzere altı adettir. Kadri Paşa, Eş-Şeriyye Fi'l- Ahvali'ş Şahsiyye md. 589. Bkz. Akgündüz, İslam ve Osmanlı Külliyyatı Üçüncü Cild, s. 190.

13 Sözlükte, bir kimsenin baba tarafından olan erkek akrabası anlamına gelmektedir. Bkz. Mehmet Şener, "İslam Miras Hukuku İle İlgili Terimler", D.E.Ü İlahiyat Fakültesi Dergisi, S: VIII 1994), s.27.

Biz konunun detayına girmeyeceğiz. Gerekli gördükçe örneklerin izahında gerekli bilgiler verilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Serahsi, Mebsut, s. 238 vd; Ansay Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, s. 267; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 314-317; Akgündüz, İslam ve Osmanlı Külliyyatı Üçüncü Cild s. 62, Bilmen, Hukuki İslamiyye ve Istilatahatı Fıkhiyye, s.208; Türk Hukuk Lügati, s.21.

14 Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, Hayreddin Karaman, 1991, "Asabe".

15 Ölene yalnızca erkek –arada kadın olmaksızın- ile bağlı bulunan oğul, baba, oğlun oğlu, AB amca gibi kimselerdir. Detay için bkz. Şener, "İslam Miras Hukuku İle İlgili Terimler", s. 28; Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi "Asabe".

(asabe bi gayrihi)<sup>16</sup> ve başkasıyla (asabe maa gayrihi)<sup>17</sup> şeklinde mirasçı olurlar. Sebep yönünden asabe olan kimseler mevla'l itaka (Mevla/ azat eden) ve onun asabe mirasçılarında ki bunlar erkek veya kadın olabilir<sup>18</sup>.

**Zevi'l erham**<sup>19</sup>; muris ile kan bağı bulunduğu halde ashabül feraiz veya asabe sıfatları bulunmayan kimselerdir. Kızın çocukları; dayı, teyze, hala ve bunların çocukları gibi. Bu sınıfın varlığı sahabeler döneminden itibaren tartışma konusu olmuştur. Hanefi ve Hanbeli hukukçular ve sonraki dönem Şafii ve Maliki hukukçuları bu tür mirasçılığı kabul etmişlerdir.

**Beytülmal**<sup>20</sup>; varis veya vasiyet lehtar (vasiyet yerine getirildikten sonra artan kısım için de geçerlidir zira Hanefi mezhebine göre hiçbir mirasçısı bulunmayan muris terekenin tamamını vasiyet edebilir) yoksa terekeyi sahipsiz mala sahip olma cihetiyle alır.

Ashabül feraiz ve asabe mirasçıları, pratikte, ilk paylaşım işleminde aynı anda yer alırlar. Bunların miras payları veya mirastan mahrumiyeti gibi detaylar kendi aralarında tespit edilir. Şartlar oluşmuşsa ikinci paylaşım, teorik olarak, ashabül feraiz mirasçıları için red yoluyla yapılır. Sonra zevi'l erham ve beytülmal mirasa malına hak kazanır.

## B. OSMANLI TEREKE KAYITLARI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Osmanlı miras hukukunda, İslam miras hukuku ve örfi miras hukuku –adi intikal- yer almaktadır<sup>21</sup>. Konumuz dışında kalan örfi miras hukuku; miri arazi, gayri sahih vakıflar ve icareteynli vakıflar için uygulanırken konumuzun odağı olan İslam miras hukuku esasen mülk mallar için uygulanmaktadır<sup>22</sup>.

Osmanlı devletinde ölen kimselerin mirasını bölüştürmek, devletin her hal ve şart altında müdahale etmesi veya kaydetmesi gereken bir işlem değildir<sup>23</sup>. Mirasçılar anlaşabildiği takdirde taksimatı kendi aralarında yapabilirler. Buna rızai taksim denilmektedir<sup>24</sup>.

Varisler, anlaşılama halinde, devlete paylaşımın yapılması için talepte bulunabilir. Geride kalanlar arasında küçük (sağır/sağire) veya akıl hastası (mecnun/mecnune) gibi hakkı

<sup>16</sup> Kendisi ashabül feraiz mirasçısı iken erkek kardeş ile birlikte bulunduğu için asabe sayılan kız, oğlun ... kızı, AB kız kardeş ve B kız kardeşidir. Detay için bkz. Şener, “İslam Miras Hukuku İle İlgili Terimler”, s. 27; Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi “Asabe”, Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 316.

<sup>17</sup> Özünde ashabül feraiz mirasçısı (AB ve B kız kardeş) iken başka bir ashabül feraiz mirasçısı olan kadın (Kız veya oğlun kızı) ile birlikte bulunduğu için asabe sayılmadığı. Detay için bkz. Şener, “İslam Miras Hukuku İle İlgili Terimler”, s. 28; Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi “Asabe”.

<sup>18</sup> İbn-i Abidin, *Redd'ül Muhtar*, ter: mazhar Taşkesinlioğlu, Hüseyin Kayapınar, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1994, Cilt 17, s. 329. Şener, “İslam Miras Hukuku İle İlgili Terimler”, s. 28; Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi “Asabe”.

<sup>19</sup> Biz konunun detayına girmeyeceğiz. Gerekli gördükçe örneklerin izahında gerekli bilgiler verilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, Hamza Aktan, 2011, “Zevi'l-Erhâm”, C:44, s.307.

<sup>20</sup> Biz konunun detayına girmeyeceğiz. Gerekli gördükçe örneklerin izahında gerekli bilgiler verilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, Mehmet Erkal, 1992, “Beytülmal”, C:6, s.93.

<sup>21</sup> Konunun detayları için bkz. Mehmet Akif Aydın, *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli*, İSAM yayınları, 2020, s. 33-63 ve 89-147.

<sup>22</sup> Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 245.

<sup>23</sup> Ömer Lütfi Barkan, “Edirne Askeri Kassamı'na Ait Tereke Defterleri (1545 — 1659)”, *Belgeler*, cilt 3, sayı 5-6, (1966) s. 2- 3.

<sup>24</sup> İkinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, s. 461.

korunması gereken kimse var ise devlet taksimatı -talebe bağlı kalmaksızın- resmi ellerle yerine getirir<sup>25</sup>. Bunlara da kazai taksim denilmektedir<sup>26</sup>.

Ölen kimsenin kimliği (sınıf) de taksimat için önemlidir. Muris, reaya (halk) sınıfından ise kadı veya kadının görevlendireceği bir görevli eliyle –kassam- yapılması mümkündür. Askeri sınıfa ait bir kimsenin terekesi ise kazasker tarafından bu işle görevlendirilmiş askeri kassamlar tarafından yapılmaktadır<sup>27</sup>. Kadıların askeri sınıfa ait bir kimsenin tereke paylaşımını yapmasına özen gösterilmiş; gerektiğinde uyarıda bulunulmuştur.

Tereke kayıtları, esasen, diğer kadı işleri gibi şer'iyye sicilleri<sup>28</sup> arasında bulunabileceği gibi sırf bu amaçla açılmış defterler – tereke defterleri- de kullanılmıştır<sup>29</sup>.

Çalışma kapsamında, Osmanlı Devleti'nde farklı yüz yıllara ve idari birimlere ait yaklaşık iki bin tereke kaydını incelenmiş ve bu kayıtlara yansıyan paylaşım/bölüşüm üzerine bir çalışma yapılmıştır.

## II. TEREKENİN PAYLAŞILMASI VE SONUÇLARI

Tereke kayıtlarında; murisin kişisel bilgileri, malların döküm ve fiyatlandırılması, bulunan toplam değerden cenaze masrafları, varsa kişisel borçları, mehir, nafaka ve vergi/ resim gibi giderlerin çıkartılması ve nihayet kalan meblağın mirasçılara taksimi bilgileri yer alır. İlk üç kısım konumuz dışındadır. Son kısımda ise mirasçılar ve payları (oran olarak değil parasal değer olarak) yazılıdır. Miktarlar orijinal kaynaklarda akçe veya kuruş olarak yazılmış olmakla birlikte bu çalışmada sadece sayısal değeri yazmakla yetinilecektir.

Mirasçılardan paylarına düşen miktarların hesabı baştan sona matematik işlemidir<sup>30</sup>. Her mirasçının payı rasyonel – kesirli- sayı olarak belirlenip toplanır. Payda 2, 3, 4, 6, 8, 12 veya 24 olur<sup>31</sup>. Toplama işleminin sonucunda 3 ihtimal vardır<sup>32</sup>. Pay ve paydaya eşit, pay paydadan küçük, pay paydadan büyük olabilir. Her bir durum İslam hukukçuları tarafından değerlendirilmeye tabi tutulmuştur.

<sup>25</sup> Barkan, “Edirne Askeri Kassamı'na Ait Tereke Defterleri (1545 — 1659)”, s.3

<sup>26</sup> Ekinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, s. 462.

<sup>27</sup> Barkan, “Edirne Askeri Kassamı'na Ait Tereke Defterleri (1545 — 1659)”, s. 4.

<sup>28</sup> Osmanlı mahkeme kayıtlarıdır ki bir yerleşim yerine ait şer'iyye sicillerinde yer alan bilgiler kaydedildiği dönemin sosyal, ekonomik ve kültürel durumunu en iyi yansıtan kaynaklardır. Bkz. Dror Ze'evi, “Women In 17th-Century Jerusalem: Western And Indigenous Perspectives”, *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 27, No. 2, (1995) s. 157. Şer'iyye sicilleri “kadı defteri”, “kadı sicili”, “kadı sicilleri”, “zabt-ı vekayi”, “şer'iyle sicil defterleri” “Osmanlı mahkeme kayıtları” veya “Osmanlı mahkeme sicilleri” gibi isimler de isimlendirilir. Bkz. Fethi Gedikli, “*Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Şer'iyye Sicilleri*” *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, S:5 C:3, (2005), s. 187. Bugünkü Türkiye sınırları içerisinde yer alan idari birimlere ait yirmi dört bin defterin orijinal haliyle mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Aydın, *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli*, s. 291.

<sup>29</sup> Barkan, “Edirne Askeri Kassamı'na Ait Tereke Defterleri (1545 — 1659)”, s. 1.

<sup>30</sup> Malların sayım döküm, fiyat belirlemesi gibi işlemlerin detayı için bkz. Barkan, “Edirne Askeri Kassamı'na Ait Tereke Defterleri (1545 — 1659)”, s. 2-3. Biz burada tüm önceki işlemleri atlayarak sadece taksimat verilerini İslam hukuku bağlamında değerlendireceğiz.

<sup>31</sup> Detay için bkz. Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve İstilatıhatı Fıkhiyye* s. 338-343.

<sup>32</sup> Feraiz üç türdür. İlk tür farıza-i adile ve ikinci tür farıza-i kasıra (reddiye) ve üçüncü tür farıza-i adiledir (avliye). Ali Haydar Efendi, *Teshilü'l Feraiz*, s.96-97.

### A. PAY VE PAYDANIN EŞİT OLMASI (ADİLE)

Ashabül feraiz mirasçılarının paylarının paydaya eşit olması<sup>33</sup> veya paydadan küçük olmasına rağmen geriye kalan kısmı alacak asabe bulunması durumlarına adile denir<sup>34</sup>. Aslına bakılacak olursa yalnızca asabe veya zevi'l erham mirasçılarının kaldıkları durumlarda pay ve paydanın eşit olacak şekilde bölüşümü kaçınılmazdır.

Osmanlı incelemelerinde en sık karşılaşılan durum, beklendiği üzere, adiledir. Değişik durumları gösteren örneklerle konuyu kısaca izah edeceğiz. *Temel hal*, varislerin feraiz ilmi bakımından ashabül feraiz, asabe veya zevi'l erham mirasçılıklarından kaynaklanan paylarını gösterir. *Gerçekleşen* ise teorik bilginin Osmanlı uygulamasını gösterir<sup>35</sup>.

Örnek 1:1

İstanbul/1613 <sup>36</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen	
	MİRASÇILAR	Oran	Miktar	Oran
Baba	1/6	833	1/6	833
Anne	1/6	833	1/6	833
Kız (2)	2/3	3.334	2/3	3.334
<b>TOPLAM</b>	<b>1</b>	<b>5000</b>	<b>1</b>	<b>5000</b>

İlk örnek tipik bir adiledir. Tüm varisler ashabül feraiz mirasçısıdır. Hisseleri toplandığında pay ve payda eşit  $\frac{pay}{payda} = 1$  olmaktadır. Taksimatın hesabında ayrıca işlem yapmaya gerek yoktur.

Örnek 2:2

Manisa/1821 <sup>37</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen	
	MİRASÇILAR	Oran	Miktar	Oran
Karı	1/8	223	3/24	223
Oğul	Asabe olarak artan	$2 * \frac{(1783 - 222)}{3}$	14/24	1040
Kız	Asabe olarak artan	$\frac{(1783 - 222)}{3}$	7/24	520
<b>TOPLAM</b>	<b>1</b>	<b>1783</b>	<b>1</b>	<b>1783</b>

İkinci örnekte muris erkektir ve arkasında karısını, oğlu ve kızını bırakmıştır. Karı ashabül feraiz mirasçısı olarak çocuklarla birlikte bulunduğu için 1/8 hissesini almıştır. Geriye kalan kısım oğul –asabe bi nefsihi- ve kız – asabe bi gayrihi- arasında oğul iki pay, kız bir pay şeklinde bölüşülmüştür.

<sup>33</sup>“Hisselerin (sehimlerin), mahrecin yani ortak paydanın toplamına denk olduğunu gösteren meseledir”. Şener, “İslam Miras Hukuku İle İlgili Terimler”, 26; “Sehimler mecmuu mahrec miktarına müsavi olan mesele” Türk Hukuk Lügati, s. 4.

<sup>34</sup> Serahsi, *Mebcut*, s. 220; Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve İstilatahatı Fıkhiyye* s. 211.

<sup>35</sup> Tablolardaki verileri anlamak adına feraiz kurallarının ayrıca bilinmesi gerekmektedir. Biz burada daha ziyade Osmanlı uygulamasına değineceğiz. Gerekli görülen hallerde teorik bilgiler kısaca sunulacaktır.

<sup>36</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, Galata Mahkemesi 37 Numaralı Sicil (H. 1022 - 1024 / M. 1613 - 1615) cilt: 37, sayfa: 48 Hüküm no: 59. <http://www.kadısicilleri.org/madde.php> (erişim: 20.03.2022).

<sup>37</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, Meşihat, Manisa, 255 numaralı Şerhiyye Sicili, (sekme 20). <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/> (erişim: 20.03.2022).

Örnek 3:3

Manisa/1836 <sup>38</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen	
	Oran	Miktar	Oran	Miktar
MİRASÇILAR				
Koca	1/2	1193	3/6	1193
Anne	1/6	398	1/6	398
Baba	Asabe olarak artan	2.387-(1193+398)	2/6	796
<b>TOPLAM</b>	<b>1</b>	<b>2.387</b>	<b>1</b>	<b>2.387</b>

Üçüncü örnek 40 hal içerisinde doğrudan çözülen bir meseledir. Koca  $\frac{1}{2}$  aldıktan sonra anne kalanın  $\frac{1}{3}$ ünü ve baba kalanın  $\frac{2}{3}$ ünü almıştır.

Örnek 4:4

Manisa/1836 <sup>39</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen	
	Oran	Miktar	Oran	Miktar
MİRASÇILAR				
Koca	1/4	70	1/4	70
Kız	1/2	141	2/4	141
AB kız kardeş (2)	Asabe olarak artan	282-(141+70)	1/4	70
<b>TOPLAM</b>	<b>1</b>	<b>282</b>	<b>1</b>	<b>282</b>

Dördüncü örnekte koca, kız ve iki tane AB kız kardeş kalmıştır. Koca kızla birlikte bulunduğu için  $\frac{1}{4}$ , kız tek başına olduğu için  $\frac{1}{2}$  ve AB kız kardeşler kızla birlikte buldukları için asabe maa gayrihi olarak artanı almıştır.

Örnek 5:5

Manisa/1836 <sup>40</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen		Değişim
	Oran	Miktar	Oran	Miktar	
MİRASÇILAR					
Koca	1/2	135	1/2	135	0
Azat eden	Asabe olarak artan	Asabe olarak artan	1/2	135	135
<b>TOPLAM</b>	<b>1</b>	<b>Tamamı</b>	<b>1</b>	<b>270</b>	<b>135</b>

Koca ile birlikte bulunan azat eden, sebep yönünden asabe olarak kocadan artanı almıştır. Kayıttan azat edenin kadın olduğu anlaşılmaktadır. Sebep yönünden asabe olmada erkek veya kadın olmanın fark etmediğini daha önce belirtmiştik.

<sup>38</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, Meşihat, Manisa 272 numaralı Şer2iyye sicili, s.2. <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/> (erişim: 20.03.2022).

<sup>39</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, Meşihat, Manisa 272 numaralı Şer2iyye sicili, s.5. <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/> (erişim: 20.03.2022).

<sup>40</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, Meşihat, Manisa, 273 numaralı Şer2iyye Sicili, sayfa 4. <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/> (erişim: 20.03.2022).

Örnek 6:6

Tokat/1830 <sup>41</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen	
	Oran	Miktar	Oran	Miktar
MİRASÇILAR				
Teyze oğlu	Zevi'l erham olarak artan	Artan	2/3	876
Teyze kızı	Zevi'l erham olarak artan	Artan	1/3	438
<b>TOPLAM</b>	<b>1</b>	<b>Tamamı</b>	<b>1</b>	<b>1214</b>

Altıncı örnek, yukarıdaki tanım itibarıyla, adile değildir zira teyze çocukları dördüncü derece zevi'l erham mirasçılarındandır. Tereke beytümale gitmediği ve pay ve payda eşit olduğu için adile başlığında bir örnek olarak vermeyi uygun bulduk.

Ashabül feraiz ve asabe mirasçuları olmadığı gibi daha üstün dereceli bir zevi'l erham mirasçısı da olmadığı için teyze çocuklarına oğul iki pay, kız bir pay şeklinde miras kalmıştır.

Osmanlı tereke kayıtlarından bizim incelediğimiz örneklerin önemli bir kısmı adiledir. Terekeler Hanefi mezhebine uygun olarak paylaşılmıştır. Bizce, teorik bilgiyle çelişen örneklerin yokluğu özel bir değerlendirmeye ihtiyacı da ortadan kaldırmaktadır.

#### B. PAYIN PAYDADAN BÜYÜK OLMASI (AVLIYE)<sup>42-43</sup>

Avliye (aile)<sup>44</sup> İslam miras hukukunda payları belirli olanların (ashabül feraiz) pay toplamının paydayı aşması halini ifade eder<sup>45</sup>. Gerçekten bazı paylaşımlar  $\frac{pay}{payda} > 1$  (bileşik kesir) olarak karşımıza çıkmaktadır.

Serahsinin<sup>46</sup>, Manastırlı<sup>47</sup> ve Bilmen'in<sup>48</sup> ve diğer fıkıhçıların tek tek örnekleri ile açıkladığı avliye; paydası 6 olan bir meselede payın 7, 8, 9 ve 10; paydası 12 olan meselede payın 13, 15 ve 17 ve paydanın 24 olduğu bir meselede payın 27 olarak gerçekleşmesi ile sınırlıdır<sup>49</sup>. Bu 8 durumda malın nasıl üleştirileceği ise tartışmalıdır.

<sup>41</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, Meşihat, Tokat(d), 35 numaralı Şerhiye Sicili, sayfa 35. <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/> (erişim: 20.03.2022).

<sup>42</sup> Diğer kaynakların aksine Aydemir, Kur'an ayetlerinden çıkan miras taksiminde bir hata – avliye kastederek olmadığını, birbirinden tamamen farklı hisse tamlamalarının aynı gibi varsayılarak bu durumun oluşturulduğunu ve lafza uygun bir taksimde böyle bir işleme gerek kalmadığını ifade eder. Halis Aydemir, *Kur'an'da Hata Yok*, Enki Yayınları, İstanbul, 2012, s.469-470. Bu eserin ilmi değerlendirilmesi için bkz. Huzeyfe Çeker, "Kur'an'da Hata Yok Kitabında Teklif Edilen Miras Sisteminin Değerlendirilmesi", *Kocatepe İslami İlimler Dergisi*, cilt 4 sayı 1 (2021), s. 26 vd.

<sup>43</sup> Bu konuda bkz. Abdurrahman Yazıcı, "Fıkıhta Bir Miras Meselesi Olarak Avliyye: Avl Halleri, Kaynağı Ve Çözümlerin Değerlendirilmesi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı. 24, 2014, s. 305-327.

<sup>44</sup> Kelimenin kökeni için bkz. Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve İstilatı Fıkıhı* s. 211; Türk Hukuk Lügati, s.26; buradaki anlamı "yükseltmek" olarak anlamak gerekir. Mehmet Mevkufati, *Mülteka El Ebbur Tercümesi (mevkufat)*, Sad. Ahmed Davutoğlu, Sağlam yayınevi, İstanbul, 2007, Cilt 3, s. 345.

<sup>45</sup> Detay için bkz. Serahsi, *Mebcut*, s. 221 vd.

<sup>46</sup> Detay için bkz. Serahsi, *Mebcut*, s.223-226.

<sup>47</sup> Manastırlı, s. 117-118.

<sup>48</sup> Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve İstilatı Fıkıhı* s. 340-343.

<sup>49</sup> Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Külliyyatı Üçüncü Cild*, s. 89.



## 1. Baskın Görüş ve Osmanlı Uygulaması

İlk görüş tüm varislerin, kadın erkek fark etmeksizin, paylarında belirli bir oranda azaltmayı esas almıştır<sup>50</sup>. Hz. Ömer döneminde payın paydadan büyük olduğu bir paylaşım (mesele) için Hz. Abbas “paydayı yükseltin” şeklinde çözüm bulmuş ve Hz. Ömer’in uygulamasıyla baskın görüştür<sup>51</sup>. Hanefi hukukçuları da<sup>52</sup> baskın görüşü kabul etmişlerdir.

Baskın görüşü benimsemiş İslam hukukçuları bu durumda, bizim anladığımız, tüm pay ve paydaları, paydalar en küçük ortak paydada eşitlenecek şekilde –klasik kesir işlemi- genişletir<sup>53</sup>. Daha sonra hisseleri toplayıp bir bileşik kesir  $\frac{15}{12}$  gibi- elde ederler. Her bir mirasçı için; pay hanesine genişlettikleri kesirdeki payı (ilk/mevcut), payda hanesine bileşik kesrin payını<sup>54</sup> yazarlar. Böylelikle miras payı azaltılmış olmaktadır.

Biz<sup>55</sup> aynı sonuca farkı (kestirme) bir formül (çarpma işleminin tersi) kullanarak erişiyoruz<sup>56</sup>. Mirasçılarının hisseleri toplanıp elde edilen bileşik kesrin pay ve paydası yer değiştirilerek her bir mirasçının hissesi ile çarpılarak sonuca varılmaktadır.

Osmanlı Devleti’nde, bizim tespit edebildiğimiz, yaklaşık 50 avliye uygulamasının %90 civarı ilk görüşe uygun şekilde çözümlenmiştir. Biz sadece bir örnek üzerinden ilk görüşün fıkıh kitaplarındaki çözümünü ve kendi formülümüzü göstereceğiz. *Temel hal*, mirasçılarının ahabül feraiz mirasçısı olarak almaları gereken payları ifade eder. *Gerçekleşen* ise Osmanlı şer’iye sicillerinde yapılmış olan paylaşımı gösterir.

<sup>50</sup> Mustafa El-Hin, Mustafa El-Buğa, Ali eş-Şerbeci, *Büyük Şafii Fıkıhı*, ter: Ali Aslan, Huzur yayınevi, İstanbul, 2010, cilt 3, s. 37.

<sup>51</sup> Avliye pratiği, terekesi borcuna yetmeyen birinin mallarının alacaklılarına paylarına göre verilmesine benzemektedir. İmam İbn Kudame el-Makdisi, *Delilleriyle Hanbeli Fıkıhı el-Muğni*, Kısaltan ve Yayına Hazırlayan: Dr. Hamed b. Abdulaziz el-Hammad, Mütercim: A. Alpaslan Tuncer, Karınca & polen yayınları, İstanbul, 2015, cilt 3, s. 504.

<sup>52</sup> Serahsi, Mebsut, s. 220.

<sup>53</sup> “Varislerin *sehimleri kesir bulunmaksızın asgari bir mahredden tayin edilir... bu muameleye <tashibi mesele> nam verilir.”* Bilmen, *Hukuki İslamiye ve İstılatahatı Fıkıhıyye* s. 332. Anladığımızı uygun bir anlatım için bkz. Esad Muhammed Said es- Sağırcı, *Delilleriyle Hanefi Fıkıhı*, çev. Soner Duman, Karınca & Polen yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 1146, Şaffi, *Büyük Şafii Fıkıhı*, s. 40-48.

<sup>54</sup> “yani *paylar toplamı payda yapılır.*” Kadri Paşa, md. 637. Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Külliyyatı Üçüncü Cild*, s. 202; “Bu şekilde evvelki mahreç meselenin mahreci itibar olumayıp hisseleri toplamı (pay) mahreç itibar olunur; her varisin hissesi ondan verilir”. Seydişehri, s. 168.

<sup>55</sup> Mevkufat’ta şöyle bir hesap yöntemi vardır. “Tereke avliyyeye taksim edilir. Herkesin avliyeden elinde olan sebmi taksimden olana darp olunur. Darp olan, basıl olan kendi hissesi olmuş olur.” Biz bunu şu şekilde anladık “ $\left(\frac{\text{tereke}(1)}{\text{avl eden bileşik kesir}}\right) \equiv \text{bileşik kesrin tersi olan basit kesir} * \frac{\text{ashabül feraiz olarak aldığı pay}}{\text{ashabül feraiz olarak aldığı payda}} = \text{yeni/kesin hisse}$ ” Mehmet Mevkufati, *Mülteka El Ebbur Tercümesi (mevkufat)*, s. 346. Yazarın kastettiği yöntem yukarıdaki formül ile doğru izah edilebilmiş ise bizim görüşümüz ile aynıdır.

<sup>56</sup> Cin ve Akyılmaz;  $\frac{\text{her bir mirasçının payı} * \text{hisseler toplamı ile tereke arasındaki fark}}{\text{hisseler toplamı}}$  şeklinde her bir mirasçının azaltılması gereken payını hesap ettikten sonra bu miktar ilk miras miktarından çıkartılarak sonuca varılmaktadır. Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 473. Hâlbuki formül  $\frac{\text{her bir mirasçının payı} * \text{tereke miktarı}}{\text{hisseler toplamı}}$  şeklinde verilmiş olsaydı paylar kendiliğinden hesaplanmış olurdu.

Örnek 2:1

Edirne/ 1644 <sup>57</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen	
	Oran	Miktar	Oran	Miktar
MİRASÇILAR				
Koca	1/2	24.000	3/8	18.000
Anne	1/6	8.000	1/8	6.000
AB kız kardeş	1/2	24.000	3/8	18.000
B kız kardeş	1/6	8.000	1/8	6.000
<b>TOPLAM</b>	<b>8/6</b>	<b>64.000</b>	<b>1</b>	<b>48.000</b>

Tereke paylaşımında muris; kocasını, AB kız kardeşini, B kız kardeşini ve annesini bırakmıştır. Tereke miktarı 48.000 akçedir.

İlk oranlar; koca çocuk olmadığı için  $\frac{1}{2}$ , AB kız kardeş tek başına bulunduğu için  $\frac{1}{2}$ ; B kız kardeş AB kız kardeş ile birlikte bulunduğu için  $\frac{1}{6}$  ve anne iki kardeş ile birlikte bulunduğu  $\frac{1}{6}$  şeklindedir. Dört hissenin toplamı  $\frac{8}{6}$  olmaktadır.

Görüldüğü üzere, pay paydadın büyüktür. Bu paylaşım aynen yapılmış olsaydı koca 24.000, AB kız kardeş 24.000; B kız kardeş 8.000 ve anne 8.000 akçe alırdı. Tereke miktarı 48.000 akçe iken varislere verilmesi gereken miktar 64.000 akçedir. Bu noktada avliye devreye girmektedir.

İslam hukukçuların uygulaması ile genişletilmiş oranlar koca  $\frac{3}{6}$ , AB kız kardeş  $\frac{3}{6}$ , B kız kardeş  $\frac{1}{6}$ , anne  $\frac{1}{6}$  ve toplam  $\frac{8}{6}$  şeklinde tespit edildikten sonra payda kısmına toplamın payı olan 8 aktarılır. Pay kısmına genişletilmiş orandaki pay yazılır. Son durumda; koca  $\frac{3}{8}$ , AB kız kardeş  $\frac{3}{8}$ , B kız kardeş  $\frac{1}{8}$ , anne  $\frac{1}{8}$  oranları kesinleşiyor. Nihayetinde koca 18.000, AB kız kardeş 18.000, B kız kardeş 6.000 ve anne 6.000 akçe alır.

Bizim önerimize göre, dört hissenin toplamı  $\frac{8}{6}$  olarak tespit edildikten sonra bu kesrin çarpma işleminin tersi olan  $\frac{6}{8}$  kesrini tüm varislerin payları ile çarpılır. Kesin oranlar; koca  $\frac{1}{2} * \frac{6}{8} = \frac{3}{8}$ , AB kız kardeş  $\frac{1}{2} * \frac{6}{8} = \frac{3}{8}$ , B kız kardeş  $\frac{1}{6} * \frac{6}{8} = \frac{1}{8}$  ve anne  $\frac{1}{6} * \frac{6}{8} = \frac{1}{8}$  şeklinde kolayca hesap edilebilir. Nihayetinde koca 18.000, AB kız kardeş 18.000, B kız kardeş 6.000 ve anne 6.000 akçe alır.

## 2. Azınlık Görüşü ve Osmanlı Uygulaması

Hız. Abdullah bin Abbas ( İbn Abbas)<sup>58</sup> avliye durumunda baskın görüşten farklı uygulamalara yönelmiştir. İbn Abbas payın paydadın büyük olduğu bir meselede kız ve/veya AB ve

<sup>57</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, Meşihat, Edirne, 22 numaralı Şerhiye Sicili, sayfa 14. <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/> (erişim: 20.03.2022).

<sup>58</sup> Abdullah Bin Abbas'ın İslam miras hukukundaki görüşleri ile ilgili detaylı bir çalışma için bkz. Abdurrahman Yazıcı, "Abdullah B. Abbâs (ra)'ın Ferâz İlmindeki İçtihat Ve Uygulamaları", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı 28, 2016, s. 307-326. Biz burada sadece konumuz ile ilgili kısımlara yer vereceğiz.

B bir kız kardeşler var ise bunların asabe mirasçılığına dönüşüp ashabül feraizden artan alacaklarını belirtmiştir<sup>59</sup>. Bu görüş aynı zamanda Caferiyye<sup>60</sup>, Zâhiri, İsmâîlî ve İmâmiyye<sup>61</sup> mezhepleri tarafından da kabul edilmiştir.

Osmanlı avliye uygulamasında İbn Abbas'ın görüşüne denk düşen örneklere rastladık. Örnekleri daha kolay anlamak adına bir tablo üzerinde göstereceğiz. *Temel hal*, varislerin normal şartlar altında sahip olduklarını göstermektedir. *Baskın görüş*, avliyeyi uygulayanlara (yukarıda bahsedilen) göre ne olması gerektiğini belirtmektedir. *Gerçekleşen*, örnekte yer alan bölüşümdür. *Değişim miktarı*, varislerin *baskın görüş ve gerçekleşen* paylarında artma veya eksilmeyi ifade etmektedir. Bu görüşün uygulamasında özel bir formüle ihtiyaç yoktur. Her bir örneğe ilişkin açıklama ilgili örneğin devamındadır.

Örnek 2:2-A

Edirne/1636 <sup>62</sup>	Temel Hal		Baskın Görüş		Gerçekleşen		Değişim
	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Oran	Miktar	
MİRASÇILAR							
Koca	1/4	100.481	3/13	46.375	3/12	50.240	+3.865
Anne	1/6	33.492	2/13	30.917	2/12	33.493	+2.576
Baba	1/6	33.492	2/13	30.917	2/12	33.493	+2.576
Kız	1/2	100.481	6/13	92.752	5/12	83.736	-9.016
<b>TOPLAM</b>	<b>13/12</b>	<b>268.396</b>	<b>1</b>	<b>200.962</b>	<b>1</b>	<b>200.962</b>	<b>0</b>

İlk örnek Edirne Askeri Kassamı'na ait tereke defterindedir. İlk oranlar; koca çocuk ile birlikte bulunduğu için  $\frac{1}{4}$ , anne çocuk ile birlikte bulunduğu için  $\frac{1}{6}$ , baba çocuk ile birlikte bulunduğu için  $\frac{1}{6}$  ve kız tek başına bulunduğu için  $\frac{1}{2}$  şeklindedir. Paylar toplamı  $\frac{13}{12}$  olarak gerçekleşir.

Payın paydadan büyük olduğu örnekte baskın görüş uygulanmış olsa idi, payda 12'den 13'e yükseltilecek çözümlenirdi. Tüm mirasçılar bu avliyeye eşit olarak katlanırdı.

Örnekte ise farklı bir paylaşım yapılmıştır. Koca, anne ve baba ilk oranlar üzerinde paylarını almışlar ardından kız çocuk onlardan geriye kalanı almıştır. Bu uygulama, İbn Abbas'ın işaret ettiği gibi, kız çocuğunun erkek çocuk gibi asabe olarak değerlendirilip terekenin buna göre paylaşılmasından başkası değildir. Gerçekten de kız evlat yerine erkek evlat olsaydı oranlar zaten bu şekilde tezahür edecekti. Teorik bilgiler ışığında tespitimize göre, bu uygulamadan kız evladın "zararlı" çıktığını söylemek mümkündür.

<sup>59</sup> Detaylı bilgi için bkz. Serahsi, *Mebhut*, s. 220 vd.

<sup>60</sup> Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, Asahbül Feraiz.

<sup>61</sup> Yazıcı, "Fıkıhta Bir Miras Meselesi Olarak Avliyye: Avlî Halleri, Kaynağı Ve Çözümlerin Değerlendirilmesi", s. 322.

<sup>62</sup> Barkan, "Edirne Askeri Kassamı'na Ait Tereke Defterleri (1545 — 1659)", s. 250 vd.

## Örnek 2:2-B

Gaziantep/ 1742 <sup>63</sup>	Temel Hal		Baskın Görüş		Gerçekleşen		Değişim
	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Miktar
MİRASÇILAR							
Koca	1/2	134	3/7	115	1/2	134	+19
B kız kardeş (2)	2/3	179	4/7	153	1/2	134	-19
<b>TOPLAM</b>	<b>7/6</b>	<b>313</b>	<b>1</b>	<b>268</b>	<b>1</b>	<b>268</b>	<b>0</b>

İkinci örnekte koca ve B kız kardeşler mirasçidir. Temel halde koca, çocuk olmadığı için  $\frac{1}{2}$  ve B kız kardeşler tek başlarına oldukları için  $\frac{2}{3}$  almaktadır. Paylar toplandığında ise  $\frac{7}{6}$  olmaktadır.

Baskın görüş uygulanmış olsaydı koca  $\frac{3}{7}$  ve B kız kardeşler  $\frac{4}{7}$  alırdı. Uygulamada ise koca ve kız kardeşler  $\frac{1}{2}$  şer pay almışlardır.

Yine B kız kardeşler – B erkek kardeşmişçesine- asabe gibi düşünülerek kocaya yarım hisse verildikten sonra geriye kalan yarım hisseyi almışlardır. B kız kardeşlerin hissesi baskın görüşe kıyasla yine azalmıştır.

## Örnek 2:2-C

Konya/1837 <sup>64</sup>	Temel Hal		Baskın Görüş		Gerçekleşen		Değişim
	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Miktar
MİRASÇILAR							
Koca	1/2	513	3/8	385	3/6	513	+128
Anne	1/6*	171	1/8	128	2/6	342	+ 214
AB Kız kardeş (2)	2/3	684	4/8	513	1/6	171	-342
<b>TOPLAM</b>	<b>8/6</b>	<b>1368</b>	<b>1</b>	<b>1026</b>	<b>1</b>	<b>1026</b>	<b>0</b>

Üçüncü örnek en dikkat çekici olandır. İl bakışta ciddi bir sorunla karşılaşmaktadır. Annenin payı  $\frac{1}{3}$  olarak tespit edilmiştir. Normal şartlar altında, annenin payı 2 kardeş ile bulunduğu  $\frac{1}{3}$  değil  $\frac{1}{6}$  olmalıdır. Bu konuda da baskın görüşün dışında görüş bildiren İbn Abbas'tır. Ona göre anne, 2 kardeş ile bulunduğu  $\frac{1}{3}$  alır; anneyi  $\frac{1}{6}$  paya indiren kardeş sayısı en az 3tür<sup>65</sup>. Koca çocuk olmadığı için  $\frac{1}{2}$  ve AB kız kardeşler (2 ve daha fazlası) tek başına oldukları için  $\frac{2}{3}$  hisse almalıdır.

Baskın görüş uygulanmış olsaydı, temel halde koca  $\frac{1}{2}$ ; anne  $\frac{1}{6}$  ve AB kız kardeşler  $\frac{2}{3}$  ve avliye sonucunda koca  $\frac{3}{8}$ ; anne  $\frac{1}{8}$  ve AB kız kardeşler  $\frac{4}{8}$  alırlardı.

<sup>63</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, Meşihat, Gaziantep 98 numaralı şerhiye sicili, sayfa 18dedir. <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/> (erişim: 20.03.2022).

<sup>64</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, Meşihat, Konya 75 numaralı şerhiye sicili, sayfa 17dedir. <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/> (erişim: 20.03.2022).

<sup>65</sup> Detaylı bilgi için bkz. Serahsi, *Mebcut*, s. 196 vd.

Gerçekleşen uygulamada ise koca  $\frac{3}{6}$ ; anne  $\frac{2}{6}$  ve AB kız kardeşler  $\frac{1}{6}$  pay almışlardır. Yine, İbn Abbas'ın görüşüne paralel olarak, koca ve anne normal paylarını aldıktan sonra AB kız kardeşler, AB erkek kardeşler gibi düşünülerek asabe yapılmış; koca ve anneden geriye kalanı almıştır.

Annenin hissesi baskın görüş ve uygulama arasında esaslı bir farka erişmiştir. Anne olması beklenen payından  $\frac{5}{3}$  kat daha fazla almıştır. Buna mukabil AB kız kardeşler almaları gereken payın  $\frac{1}{3}$  ü kadarını elde etmişlerdir. Bu durum iki görüş arasındaki, bizim tespit edebildiğimiz, en bariz örnektir.

Örnek 2:2-D

Konya/1837 <sup>66</sup>	Temel Hal		Baskın Görüş		Gerçekleşen		Değişim
	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Miktar
MİRASÇILAR							
Koca	1/4	2492	3/13	2.300	3/12	2.492	+192
Anne	1/6	1661	2/13	1.534	2/12	1661	+127
Kız (2)	2/3	6645	8/13	6.124	7/12	5.815	-309
<b>TOPLAM</b>	<b>13/12</b>	<b>10.799</b>	<b>1</b>	<b>9968</b>	<b>1</b>	<b>9968</b>	<b>0</b>

Son örneğimizde mirasçılar koca, anne ve kızlardır. Bunlar mirasçı olduğunda toplam hisse 13/12 olmaktadır. Koca çocuk ile birlikte bulunduğu için 1/4, anne çocuk ile birlikte bulunduğu için  $\frac{1}{6}$  ve kızlar tek başlarına buldukları için  $\frac{2}{3}$  almalıdır.

Baskın görüş uygulanmış olsaydı tipik avliye kuralı gereği; koca  $\frac{3}{13}$ , anne  $\frac{2}{13}$  ve kızlar  $\frac{8}{13}$  hisse alırdı.

Gerçekleşen uygulamada ise koca ve anne temel hal üzerinden hisselerini aldıktan sonra kızlar onlardan geriye kalanı asabe gibi almıştır. Kızlar baskın görüşe kıyasla daha az miras almışlardır.

### 3. Değerlendirme

İslam hukukunda avliye uygulamasının 2 temel pratiği olmuştur. İlkinde, baskın görüş, tüm varisler eşit olarak hisselerinden fedakârlıkta bulunmaktadır. Mirasçılarının kadın veya erkek olmaları ya da karı/koca<sup>67</sup> olmaları bir avantaj yahut dezavantaj yaratmaz.

İbn Abbas'ın başını çektiği azınlık görüşünde ise kız ve kız kardeşler, erkek kardeşleri ile birlikte bulduklarında asabe olarak geriye kalanı aldıkları için sanki onlar varmış gibi diğer mirasçılar paylarını aldıktan sonra geriye kalanı almışlardır.

Osmanlı uygulamasında baskın görüşe riayet edilmekle birlikte küçük bir oranda azınlık görüşünün uygulandığını da çağrıştıran taksimatlar görülmektedir. Paylaşımların kadınların –

<sup>66</sup>Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, Belgenin orijinali COA, Meşihat, Konya 75 numaralı şerhiye sicili, sayfa 69'dadır. <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/> (erişim: 20.03.2022).

<sup>67</sup> Reddiye başlığında değerlendirilecektir.

veya onun görevlendirdiği kişiler- bilinçli (iki uygulamadan herhangi biri) tercihi mi olduğu yahut varislerin talepleri doğrultusunda mı yapıldığı sicil kayıtlarından anlaşılamadığı için genel geçer bir yargı bildirmek güçtür. Bu tip paylaşımlardan daha fazla bulana veya bir şekilde kayıtlara düşmüş bir bilgiye rastlayana kadar baskın görüşe alternatif istikrarlı bir uygulama gerçekleştirildiğini söylemek yerine bunları istisnai örnekler olarak değerlendirmek gerekmektedir.

### C. PAYIN PAYDADAN KÜÇÜK OLMASI (REDDİYE)

Ashabül feraiz mirasçılarının paylarını aldıktan sonra ( $\frac{pay}{payda} < 1$ ) geriye kalanı alacak olan asabe bulunmazsa artan kısım bu kişiler arasında yeniden dağıtılır ki buna reddiye denir<sup>68</sup>. Red yoluyla mirasçılığının kabulü ve nasıl yapılacağı tartışmalıdır<sup>69</sup>.

#### 1. İslam Hukukçularının Görüşleri

Sahabeden Zeyd b. Sabit ve de ilk dönem Şafii ve Maliki hukukçuları red yoluyla mirasçılığı kabul etmezler ve ashabül feraizden artanı beytülmale (hazine) verirler<sup>70</sup>. Sonraki dönem Şafii ve Maliki hukukçuları ise red yoluyla mirasçılığı kabul ederler<sup>71</sup>.

Reddiyeyi kabul edenler içinse yeniden dağıtımdan kimlerin yararlanıp yararlanamayacağı sahabeler ve mezhepler arasında tartışmalıdır.

Hz. Osman tüm ashabül feraiz mirasçıları reddiyeden yararlanabilir derken<sup>72</sup> Hz. Ali; *koca ve karı*, Hz. Abdullah b. Mesud; *koca, karı, öz kızla birlikte bulunan oğul kızı, AB kız kardeşle birlikte bulunan B kız kardeş, anayla birlikte bulunan A kardeşler, başkasıyla birlikte bulunan nine* reddiyeden yararlanamaz görüşündedir<sup>73</sup>.

Hanefi hukukçular Hz. Ali'nin görüşüne uygun olarak, karı ve koca dışında<sup>74</sup> tüm ashabül feraiz mirasçılarını red yoluyla dağıtıma hak kazandırırılar.

Fıkıh kitaplarında reddiye işleminin hesaplanmasında esasen örnek çözümler üzerinden gidildiği görülmektedir<sup>75</sup>. Yani temel bir formül yerine ihtimallerle açıklamayı tercih etmişlerdir. Bu başlıkta Serahsi'nin verdiği örneklerinden biri üzerinden açıklama yapılacaktır.

<sup>68</sup> Serahsi, *Mebcut*, s. 262; Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve İstilatahatı Fıkhiyye* s. 212 Türk Hukuk Lügati, s.282.

<sup>69</sup> Biz görüşlerin gerekçelerine girmeksizin sadece uygulamayı göstermeye çalışacağız. Detay için bkz. Serahsi, *Mebcut*, s. 262 vd; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 317-318.

<sup>70</sup> Serahsi, *Mebcut*, s. 262-263; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 317.

<sup>71</sup> Sonraki dönem hukukçular beytülmalin bozulduğu gerekçesine dayanarak görüş değiştirmişlerdir. İbn-i Abidin, *Redd'ül Muhtar*, s. 392.

<sup>72</sup> Hz. Osman'a göre karı ve koca aleyhine avliye yapıldığı gibi lehlerine reddiye de yapılmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. İbn-i Abidin, *Redd'ül Muhtar*, s. 392. Aydın Hz. Osman'ın görüşünü *daha hakeami* bulmaktadır. Bkz. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 318.

<sup>73</sup> Serahsi, *Mebcut*, s. 262-263.

<sup>74</sup> Bunlar reddiyeden yararlanamaz çünkü miras nesep yönünden hak kazanmamışlardır. Bkz. Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve İstilatahatı Fıkhiyye* s. 281. Sağirci, eşlerden birinin ölümü ile birlikte karı ve kocalığından da sona erdiğini, bunun için eşlerin hiç miras payı almaması gerektiğini fakat ayetle sabit olduğu için pay verildiğini söylemektedir. Sağirci, s. 1152.

<sup>75</sup> Serahsi, *Mebcut*, s. 266-268. Aslında 4 ayrı ihtimal üzerinde durulmaktadır. A) Eşlerden biri yok ve bir sınıf (örneğin yalnızca kız veya yalnız anne gibi) mirasçı vardır. B) eşlerden biri yok ve iki veya üç sınıf mirasçı vardır. C) eşlerden biri vardır ayrıca bir sınıf mirasçı vardır. D) eşlerden biri vardır ayrıca iki veya üç sınıf mirasçı vardır. Detaylı

Muris arkasında annesini ve kızını bırakmıştır. Her ikisi de ashabül feraiz mirasçısıdır. Annenin payı  $\frac{1}{6}$ , kızın payı  $\frac{1}{2}$ 'dir.  $\frac{\text{Pay}}{\text{payda}} < 1$  olduğu halde artanı alacak asabe olmadığı için bu iki mirasçı için reddiye yapılacaktır.

Serahsi ilk çözümünde mal dört payda üzerinden dağıtılır demektir. Yani *kız, annenin 3 katı aldığı için anne 1k hisse, kız 3k hisse alacaktır*; toplam 4k üzerinden hesaplama yapılacaktır. Bu çözüm, varislerin payları ile oluşabilecek ihtimallerin ezberlenmesi ile uygulanması gayet basit bir yöntem gibi görünmektedir.

Serahsi'nin ikinci çözümü ise kesirli sayılar işlemlerine dayanmaktadır. Paylar toplamı  $\frac{1}{6} + \frac{1}{2} = \frac{4}{6}$  bulunduktan sonra geriye  $\frac{2}{6}$  kaldığı tespit edilmiştir. Kalan 2 hissenin de k ve 3k şeklinde dağıtılması sırasında yeni bir kesir yaratmamak adına tüm veri seti 2 ile genişletilmiştir. İlk oranlar  $\frac{2}{12} + \frac{6}{12} = \frac{8}{12}$  ve kalan  $\frac{4}{12}$  şeklinde yeniden değerlendirildikten sonra kalan 4 hisse anne için 1, kız için 3 hisse olarak dağıtılmıştır. Nihayetinde anne  $\frac{2}{12} + \frac{1}{12} = \frac{3}{12}$  ve kız  $\frac{6}{12} + \frac{3}{12} = \frac{9}{12}$  şeklinde paylarına erişmiştir.

Bizim de önerdiğimiz çözüm, ilkesel olarak, birinci yöntemdir. Çünkü bu yöntem, daha önce açıkladığımız, her bir payın toplam payın çarpma işlemine göre tersi ile çarpılmasından başka bir işlem değildir. Şöyle ki, paylar toplamı  $\frac{1}{6} + \frac{1}{2} = \frac{4}{6}$  bulunduktan sonra annenin payı  $\frac{1}{6} * \frac{6}{4} = \frac{1}{4}$  ve kızın payı  $\frac{1}{2} * \frac{6}{4} = \frac{3}{4}$  şeklinde basitçe bulunmaktadır.

Eşler için reddiyenin<sup>76</sup> kabul edilmediğini izah etmiştik. Varisler arasında karı veya kocadan olması halinde bunlara sadece paylarını ayırdıktan sonra diğer varisler için geriye kalan kısım üzerinde yukarıdaki işlemler aynen uygulanır.

## 2. Osmanlı Uygulaması

Osmanlı uygulamasında, her şeyden önce, ashabül feraiz mirasçıları varken ( karı ve koca hariç) beytülmale pay verilen hiçbir örneğe rastlamadık. Yani sahabelden Zeyd b. Sabit ve de ilk dönem Şafii ve Maliki mezhebinin görüşleri uygulamaya geçmemiştir.

Reddiyenin karı ve koca lehine uygulandığı da tespit edemedik. Yani Osmanlı Devleti'nde red yoluyla mirasçılık kabul edilmiş olmakla birlikte tüm ashabül feraiz için

inceleme için bkz. Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve İstilatıhatı Fıkhiyye* s. 343-349; Manastırlı, s. 119-122; Kadri Paşa Md. 638 Bkz. Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Külliyyatı Üçüncü Cild*, s. 203; Sağirci, s. 1152-1154; Seydişehri, s. 173-183.

Cin/Akyılmaz; karı veya kocanın olmadığı durumu  $\frac{\text{her bir mirasçının payı} * \text{tereke ile hisseler toplamı}}{\text{hisseler toplamı}}$  şeklinde formüle ederek her bir mirasçının artırılması gereken payını hesap ettikten sonra bu miktar ilk miras miktarı ile toplayarak sonuca varmaktadır. Cin/Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s.474.

<sup>76</sup> Cin/Akyılmaz eşin bulunduğu bir durumda eş hariç diğer mirasçıların artırılması gereken hisseleri için  $\frac{\text{her bir mirasçının payı} * \text{tereke ile hisseler toplamı}}{\text{hisseler toplamı} - \text{eşin hissesi}}$  Formülünü vermektedir. Cin ve Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s.474.

Formül  $\text{her bir mısçının payı} * \frac{(\text{hisseler toplamı} - \text{eşin hissesi})}{(\text{tereke} - \text{eşin hissesi})}$  şeklinde olduğu durumda ise doğrudan miras payı belirlenmiş olmaktadır.

uygulanması kabul edilmemiştir. Kısacası, Hz. Osman'ın tüm ashabül feraiz mirasçılarının reddiyeden yararlanabileceğine ilişkin görüşü de kabul görmemiştir.

Abdullah b. Mesud reddiyeyi kabul edip karı ve kocadan başka diğer bazı ashabül feraiz mirasçılarını reddiyeden yararlandırmayarak red yoluyla mirasçılığı daraltmıştır. Osmanlı uygulamasında ise kendisinin görüşüne uygun bir bölüşüme rastlanılmamıştır.

Osmanlı Devleti'nde Hz. Ali'nin görüşünü esas alan Hanefi hukukçularının görüşleri uygulanmıştır. Yani karı ve koca hariç tüm ashabül feraiz mirasçıları reddiyeden yararlanmışlardır<sup>77</sup>.

Osmanlı uygulamasını daha kolay anlamak adına yine bir tablo oluşturduk. Tablo üzerinde bu kez baskın görüş sütununa gerek duyulmadı. Çünkü herhangi bir istisnai duruma rastlanılmadı. *Değişim miktarı*, yalnızca reddiye yapılmadan ve yapıldıktan sonraki miktar bakımından değişimi ifade etmektedir. Oran bazlı değişimin teorik ve pratik bir değeri yoktur. Örnekler seçilirken Hanefi mezhebinin esas almadığı görüşlerin pratiğe yansımadığını ispat edenlere ve fıkıh kitaplarındaki mantığı gösterenlere öncelik verilmiştir. Her bir örneğe ilişkin açıklama ilgili örneğin peşi sıra yapılmıştır.

Örnek 3:1

İstanbul/1613 <sup>78</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen		Değişim
	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Miktar
MİRASÇILAR					
Kız (3)	2/3	48.844	1	73.226	+24.422
<b>TOPLAM</b>	<b>2/3</b>	<b>48.844</b>	<b>1</b>	<b>73.226</b>	<b>+24.422</b>

Örnekte yalnızca üç kız ( bir sınıf mirasçı) bulunmaktadır. Kural gereği, üç kız  $\frac{2}{3}$  hisseyi beraber alıp her birine  $\frac{2}{9}$  pay verilmeliydi. Reddiye uygulamasıyla her birinin miras payı eşit olarak artırılmış ve kızlar mirasın tamamına erişmişlerdir.

Örnek 3:2

İstanbul/1597 <sup>79</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen		Değişim Miktarı
	Oran	Hisse	Oran	Hisse	Hisse
Babanın annesi	1/12	2.400	1/2	14.395	11.995
Annenin annesi	1/12	2.400	1/2	14.395	11.995
<b>TOPLAM</b>	<b>1/6</b>	<b>4.800</b>	<b>1</b>	<b>28790</b>	<b>23.990</b>

İbn Abbas'ın koca ve karı gibi ninelere de red yoluyla miras verilmeyeceği görüşü bulunmaktadır<sup>80</sup>. Bu örnekte her iki nineye de red yoluyla miras verilmiştir. Hanefi uygulaması bağlamında geçerli bir paylaşımır.

<sup>77</sup> İbrahim Halebi, Mülteka el Ebhur, ter: Mustafa Uysal, Çelik yayınevi, İstanbul, 2015, Cilt 4, s. 438.

<sup>78</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, Galata Mahkemesi 37 Numaralı Sicil (H. 1022 - 1024 / M. 1613 - 1615) cilt: 37, sayfa: 48 Hüküm no: 20. <http://www.kadısicilleri.org/madde.php> (erişim: 20.03.2022).

<sup>79</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 191 Numaralı Sicil, cilt: 44, sayfa: 164, Hüküm no: 146. <http://www.kadısicilleri.org/madde.php> (erişim: 20.03.2022).

<sup>80</sup> Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve İstılatahı Fıkhiyye* s. 281.



Örnek 3:3

Bursa/1463 <sup>81</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen		Değişim
	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Miktar
MİRASÇILAR					
Anne	1/6	65	1/5	78	+13
AB kız kardeş	1/2	196	3/5	235	+39
B kız kardeş	1/6	65	1/5	78	+13
<b>TOPLAM</b>	<b>5/6</b>	<b>326</b>	<b>1</b>	<b>391</b>	<b>+65</b>

Örnekte üç sınıf mirasçı vardır. Anne, AB kız kardeş ve B kız kardeş birliktedir. Oranlar toplamı  $\frac{5}{6}$  olduğu için geriye kalan  $\frac{1}{6}$  hissenin tüm mirasçılara yeniden dağıtılması gerekmektedir. En kısa çözüm; anne 1k, AB kız kardeş 3k ve B kız kardeş 1k olacak şekilde hesap edilip anne  $\frac{1}{5}$ , AB kız kardeş  $\frac{3}{5}$  ve B kız kardeş  $\frac{1}{5}$  hisse almıştır.

AB kız kardeş ile B kız kardeş birlikte bulunmuş ve her ikisi için de reddiye uygulanmıştır. Abdullah b. Mesud'un görüşünün uygulanmadığını söylemek mümkündür.

Örnek 3:4

Edirne/1554 <sup>82</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen		Değişim
	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Miktar
MİRASÇILAR					
Anne	1/6	34.220	1/5	41.064	+6.844
A erkek kardeş	1/6	34.220	1/5	41.064	+6.844
B kız kardeş	1/2	102.601	3/5	123.193	+20.592
<b>TOPLAM</b>	<b>5/6</b>	<b>171.102</b>	<b>1</b>	<b>205.322</b>	<b>+34.280</b>

Dördüncü örnekte 3 sınıf; anne, A erkek kardeş ve B kız kardeş mirasçı olarak bulunmaktadır. Oranlar toplamı  $\frac{5}{6}$  olduğu için geriye kalan  $\frac{1}{6}$  tüm mirasçılara oranlarına göre yeniden, yukarıdaki aynı yöntemle dağıtılmıştır ve hisseleri artırılmıştır. Anne ile birlikte olup reddiyeden yararlanan A kardeş bulunduğu için Abdullah b. Mesud'un görüşünün uygulanmadığını söylemek mümkündür.

Örnek 3:5

Edirne/1655 <sup>83</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen		Değişim
	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Miktar
MİRASÇILAR					
Karı (2)	1/8	23.560	4/32	23.560	0
Kız	1/2	94.244	21/32	123.968	+29.724
Oğlun kızı	1/6	31.415	7/32	41.235	+9.820
<b>TOPLAM</b>	<b>19/24</b>	<b>149.219</b>	<b>1</b>	<b>188.483</b>	<b>+39.544</b>

<sup>81</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, Meşihat, Bursa, A1 numaralı Şerhiye Sicili, sayfa 12. <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/> (erişim: 20.03.2022).

<sup>82</sup> Barkan, "Edirne Askeri Kassamı'na Ait Tereke Defterleri (1545 — 1659)", s. 129.

<sup>83</sup> Barkan, "Edirne Askeri Kassamı'na Ait Tereke Defterleri (1545 — 1659)", s. 367.

Örnekte 2 tane karı, kız ve oğlun kızı mirasçı olmuştur. Karı sayısı birden fazla ise payları artmaz ve 1/8i kendi aralarında üleşirler. Bu yönüyle hesapta tek pay olarak yazmak mümkündür. Toplam oran  $\frac{19}{24}$ , geriye kalan  $\frac{5}{24}$  hissedir. Eşler reddiyeden yararlanamadığı için  $\frac{5}{24}$  hisse yalnızca kız ve oğlun kızı için uygulanabilecektir.

Karılar  $\frac{1}{8}$  hisselerini aldıktan sonra geriye  $\frac{7}{8}$  hisse kalacaktır. Kız 3k, oğlun kızı 1k olacaktır. Kızın hissesi  $\frac{7}{8} * \frac{3}{4} = \frac{21}{32}$  ve oğlun kızının hissesi  $\frac{7}{8} * \frac{1}{4} = \frac{7}{32}$  olarak hesap edilir. Tek paydada yazmak adına karılar  $\frac{4}{32}$ , kız  $\frac{21}{32}$  ve oğlun kızı  $\frac{7}{32}$  hisse şeklinde gösterilir.

Oğlun kızı, kız ile birlikte reddiyeden yararlanabildiği için Abdullah b. Mesud'un ve karı lehine yapılmadığı için Hz. Osman'ın görüşünün kabul görmediğini söyleyebiliriz.

Örnek 3:6

Bursa/1463 <sup>84</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen		Değişim
	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Miktar
Koca	1/2	3917	1/2	3.917	0
AB kız kardeşin kızı	Artan	Artan	1/2	3.917	0
<b>TOPLAM</b>	<b>1</b>	<b>7.834</b>	<b>1</b>	<b>7.834</b>	<b>0</b>

Bu mesele ilk bakışta reddiye değilmiş gibi gelebilir. Ana baba bir kız kardeşin kızı üçüncü sınıf zevi'l erham mirasçısıdır. Tek başına bulunduğu için kocadan artan kısmın tamamını almıştır. Eğer Hz. Osman'ın görüşü uygulanmış olsa idi koca mirasın tamamına hak kazanacaktı. Yani ashabül feraizden bir mirasçı lehine red yapılmadığı için miras, diğer mirasçı türüne geçmiştir.

Örnek 3:7

İstanbul/1644 <sup>85</sup>	Temel Hal		Gerçekleşen		Değişim
	Oran	Miktar	Oran	Miktar	Miktar
Karı	1/4	209	1/4	209	0
Beytülmal	Artan	Artan	3/4	630	0
<b>TOPLAM</b>	<b>1</b>	<b>839</b>	<b>1</b>	<b>839</b>	<b>0</b>

Son örnek, karı ve beytülmal mirasçılığını içerir. Karı ve koca lehine reddiye yapılmadığı için artan kısım hazineye kalmıştır.

### 3. Değerlendirme

Miras payının toplamdan az olduğu durumda artan kısmın ne olacağı hususu, avliyeye kıyasla, çok fazla görüşün doğmasına neden olmuştur. Hanefi mezhebi Hz. Ali'nin görüşünü esas alarak, karı ve koca hariç diğer ashabül feraiz mirasçılarının red yoluyla mirasçı olmalarını

<sup>84</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, Meşihat, Bursa, A1 numaralı Şerhiye Sicili, sayfa 3. <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/> (erişim: 20.03.2022).

<sup>85</sup> Galata Mahkemesi 65 Numaralı Sicil (H. 1051 - 1053 / M. 1641 - 1644)cilt: 39, sayfa: 106 Hüküm no: 74 .İstanbul Kadı Sicilleri <http://www.kadisicilleri.org/madde.php> (erişim: 20.03.2022).

ve artan kısmı almalarını kurallandırmıştır. Osmanlı Devletinde de Hanefi mezhebinin görüşleri temel alınarak bu kural uygulanmıştır. Bizim incelediğimiz kayıtlarda diğer görüşlerin bir şekilde uygulandığına dair bir emareye rastlanılmamıştır. İslam hukukçularınca tartışmalı hemen her paylaşım durumuna karşılık gelen örneklerle tek ( Hanefi mezhebi) uygulama olduğu anlaşılmıştır.

## SONUÇ

İslam miras hukuku, çok erken bir tarihte teşekkül etmiştir. Buna rağmen sahabe ve mezhepler arasında farklı içtihatlar meydana verebilecek detaylar da görülmüştür.

İslam miras hukukunda tereke öncelikle ashabül feraiz ve asabeye verilmiştir. Daha sonra unsurları oluşmuş ise, red yoluyla mirasçılık uygulanarak miras ashabül feraize yeniden dağıtılmıştır. Sonraki evrede, zevi'l erham mirasçılığı ile uzak akrabalar dahi mirasa hak kazanabilmiştir. Terekenin nihai sahibi ise beytülmal olmuştur.

Mirasın mirasçılar arasında taksiminde, matematiksel bir sonuç olarak, üç ihtimal ortaya çıkmıştır. Pay ve payda eşit (adile), pay paydadan büyük (avliye) ve pay paydadan küçük (red-diye) durumları İslam hukukçuları tarafından ele alınarak değerlendirilmiştir.

Pay ve paydanın eşit olması en sık karşılaşılan durumdur. Üzerinde uzun uzadıya bir tartışma gereksizdir.

Payın paydadan büyük olması halinde ise iki ana görüş gelişmiştir. Baskın görüşte pay ve payda eşitlenirken tüm mirasçıların payları pay oranlarına göre azaltılmıştır. İkinci görüşte ise kız, AB ve B kız kardeşler artanı alacak şekilde asabe yapılarak avliye uygulanmaksızın bir eşitleme yapılmıştır. İki görüşün pratikteki en bariz görünümü kız, AB ve B kız kardeşlerin paylarında yaşanan değişim olmuştur. İkinci görüşte kız, AB ve B kız kardeş baskın görüşe kıyasla daha az pay almıştır.

Payın paydadan küçük olması durumunda ise daha çeşitli fikirler ortaya atılmıştır. Fazla olan kısmın ashabül feraiz mirasçılarına yeniden dağıtmak yerine beytülmale gönderilmesi gerektiğinden tüm ashabül feraiz mirasçılarının istisnasız yaralanması gerektiğine kadar geniş bir yelpazede görüşleri ileri sürülmüştür. En yaygın uygulama ise reddiyenin koca ve karı hariç diğer ashabül feraiz mirasçıları lehine uygulanması şeklinde olmuştur.

Osmanlı uygulamaları, neredeyse tamamen, Hanefi mezhebi doğrultusunda gerçekleştirmiştir. Ashabül feraiz için kırk hal, asabe mirasçılığı, red yoluyla mirasçılık ve zevi'l erham mirasçılığı bunu göstermektedir.

Avliyede tereke miktarının azaltılması işleminin tüm varisler için yapılmasını kabul eden baskın görüş çok büyük oranda gerçekleştirmiştir. Sayı ve yüzde olarak az kabul edebileceğimiz miktarda ikinci görüşün de uygulandığı görülmüştür. Bu paylaşımların hangi saikle yapıldığını söylemek ise güçtür. Daha fazla bilgi gelene kadar istisnai örnekler olarak değerlendirilmelidir.

Reddiye uygulamaları da Hanefi mezhebine uygun olmuştur. Buna göre ashabül feraiz mirasçılarından artanı alacak asabe bulunmaz ise miras, koca ve karı hariç diğer ashabül feraiz mirasçılarına paylarına münasip şekilde artırılarak verilmiştir. Reddiyede diğer görüşleri yansıtmak bir paylaşım, bizim tespit edebildiğimiz, yaşanmamıştır.

## KAYNAKÇA

- Abdullah b. Muhammed b. Mevdüd el-Mevsili, *el- İhtiyar –Metni el Muhtar li'l Fetva*, ter: Celal Yeniçeri, Şamil Yayınevi, İstanbul, 2014.
- Akgündüz, Ahmet, *İslam ve Osmanlı Külliyyatı Üçüncü Cild*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2012.
- Aktan, Hamza *Mukayeseli İslam Miras Hukuku*, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989.
- Ansary, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, 4. Bası, Ankara, 2002.
- Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, 10. Baskı, Atlas Akademi, 2021.
- Aydemir, Halis *Kur'an'da Hata Yok*, Enki Yayınları, İstanbul, 2012.
- Aydın, Mehmet Akif, *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli*, İSAM yayınları, 2020.
- Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, 12. Bası, BETA, İstanbul, 2014.
- Barkan, Ömer Lütfi, “ Edirne Askeri Kassamı'na Ait Tereke Defterleri (1545 — 1659)”, *Belgeler*, cilt 3, sayı 5-6, 1966.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslamiyye ve Istilatahatı Fıkhiyye Kamusu*, Cilt: 5, Bilmen yayınevi, İstanbul, 1996.
- Cin, Halil ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, SAYRAM yayınları, Konya, 2019.
- Çeker, Huzeife “Kur'an'da Hata Yok Kitabında Teklif Edilen Miras Sisteminin Değerlendirilmesi”, *Kocatepe İslami İlimler Dergisi*, cilt 4 sayı 1 (2021) (s. 23-40).
- Demir, Abdullah, *Mufassal Türk Hukuk Tarihi*, Astana Yayınları, Ankara 2019.
- Dror Ze'evi, “Women In 17th-Century Jerusalem: Western And Indigenous Perspectives”, *International Journal of Middle East Studies*, 27(2), 1995.
- Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, 7.baskı, Arı Sanat Yayınevi, 2021.
- Esad Muhammed Said es- Sağırcı, *Delilleriyle Hanefi Fıkhı*, çev. Soner Duman, Karınca & Polen yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Gedikli, Fethi, “*Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Şer'iyye Sicilleri*” *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, 3(5), 2005.
- Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi, *Teshilü'l Feraiz*, tıpkı basım haz. Osman Doğan, Nadir Eserler Kitaplığı, İstanbul, 2015.
- İbn-i Abidin, *Redd'ül Muhtar*, Cilt 17, ter: Mazhar Taşkesinlioğlu, Hüseyin Kayapınar, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1994.
- İbrahim Halebi, *Mülteka el Ebhur*, Cilt 4, ter: Mustafa Uysal, Çelik yayınevi, İstanbul, 2015.
- İmam İbn Kudame el-Makdisi, *Delilleriyle Hanbeli Fıkhı el-Muğni*, Cilt 3, Kısaltan ve Yayına Hazırlayan: Dr. Hamed b. Abdulaziz el-Hammad, Mütercim: A. Alpaslan Tuncer, karınca & polen yayınları, İstanbul, 2015.
- İstanbul Kadı Sicilleri, <http://www.kadısicilleri.org/madde.php> ( erişim: 20.03.2022).
- Mahmud Esad Bin Emin Seydişehri, *Delilleriyle İslam Miras Hukuku*, Ter: İsmail Hakkı Uca, Esra Yayınları, Konya, 1994.
- Manastırlı İsmail Hakkı, *Vesaya ve Feraiz Mecmuası*, İstanbul, Matbaa-i Amire, H. 1326.
- Mehmet Mevkufati, *Mülteka El Ebhur ( mevkufat)*, Cilt 3, Sad. Ahmed Davutoğlu, Sağlam yayınevi, İstanbul, 2007.

- Mustafa El-Hin, Mustafa El-Buğa, Ali eş-Şerbeci, *Büyük Şafii Fıkhu*, Cilt 3, ter: Ali Aslan, Huzur yayınevi, İstanbul, 2010.
- Serahsi, *Mebcut*, Cilt XXIX, editör: Mustafa Cevat Akşit, İstanbul, Gümüşev Yayıncılık, 2008.
- Şener, Mehmet, “İslam Miras Hukuku İle İlgili Terimler”, *D.E.Ü İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S: VIII , 1994.
- Türk Hukuk Lügati, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, 3. Baskı, Ankara, 1991.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı, <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/> (erişim: 20.03.2022).
- Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, Ali Bardakoğlu, C:12, “*ferâiz*”, 1995.
- Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, Hamdi Döndüren, C:3 “*Ashâbü'l-Ferâiz*”. 1991.
- Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Hamza Aktan, C:44, , “*Zevi'l-Erhâm*”, 2011.
- Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, Hayreddin Karaman, C:3, “*Asabe*”,1991 .
- Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, Mehmet Erkal, C:6 , “*Beytülmal*”, 1992.
- Vanlıoğlu, Hüsameddin, Fatih Kalender, Abdullah Hiçdönmez, Emin Ali Yüksel, *Siraciyye Tercümesi Feraiz İslam Miras Hukuku ( Geniş İzahlı ve Şemalı)*, İsmailağa Yayınları, İstanbul, 2020.
- Yazıcı, Abdurrahman, “Abdullah B. Abbâs (ra)’ın Ferâiz İlmindeki İçtihat Ve Uygulamaları”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı 28, (2016).
- Yazıcı, Abdurrahman, “Fıkıhta Bir Miras Meselesi Olarak Avliyye: Avl Halleri, Kaynağı Ve Çözümlerin Değerlendirilmesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 24, 2014.



CILT / VOLUME 2  
SAYI / ISSUE 1



*Prof. Dr. Ahmet Bilgin'e*  
ARMAĞAN