

Keyifli Okumalar Dileriz

Binlerce kategoride milyonlarca PDF e-kitap, ders kitapları, dergiler ve romanlara platformumuz üzerinden ücretsiz ulaşabilirsiniz.

RESMİ WEB SİTEMİZ

<https://rantey.org>

Yedek ve Duyuru Kanallarımız

Sitemize erişim engeli gelmesi veya adres değişikliği durumunda aşağıdaki kanallardan güncel giriş adresine erişebilirsiniz:

- Telegram: <https://t.me/birkitapbir>
- WhatsApp Kanalımız : <https://whatsapp.com/channel/0029VbDHv8uE50Us4lvMoc0Y>

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ
(İSLÂM HUKUKU) ANABİLİM DALI

İSLÂM HUKUKUNDA KANUNLAŞTIRMA OLGUSU

DOKTORA TEZİ

Muhammed Tayyib KILIÇ

ANKARA - 2008

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ
(İSLÂM HUKUKU) ANABİLİM DALI

İSLÂM HUKUKUNDA KANUNLAŞTIRMA OLGUSU

DOKTORA TEZİ

Muhammed Tayyib KILIÇ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Şamil DAĞCI

ANKARA - 2008

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ
(İSLÂM HUKUKU) ANABİLİM DALI

İSLÂM HUKUKUNDA KANUNLAŞTIRMA OLGUSU

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Şamil DAĞCI

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Şamil DAĞCI

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Prof. Dr. Mehmet BAYRAKTAR

Prof. Dr. İdris ŞENGÜL

Doç. Dr. Selahattin EROĞLU

ÖNSÖZ

Toplum içinde bir arada yaşamak zorunda olan insanların gerek birbirleriyle gerekse devletle ilişkilerinin tanzimi anlamında hukuk, her toplumda ilkel veya gelişmiş düzeyde de olsa bulunmuştur. Hukukun soyut kurallar halinde tezahürü olan kanun da yine istisnasız bütün hukuk sistemlerinde ortaya çıkmıştır. Hukuk kurallarının belirli sistem dâhilinde bir forma dökülmesi diğer bir ifadeyle kanun yapma faaliyeti insanlık tarihi kadar eskidir.

Genel hukuk tarihinde kanunlaştırma olgusu iki şekilde ortaya çıkmıştır. Kanun yapma faaliyeti dediğimiz birinci tür, insanlık tarihinin her döneminde gözlemlenirken, yazılı olmayan, dağınık hukuk kurallarının belirli bir sistem içinde toplanması anlamında kanunlaştırma faaliyeti ise insanlık tarihinin bir kısım dönemlerinde ortaya çıkan ve örnekleri her toplumda görülmeyen bir hukukî faaliyettir.

Kanun yapma olgusu toplumun düzen ve birliğini, kanunlaştırma olgusu ise mevcut hukuk sisteminin düzen ve birliğini sağlamayı amaçlamıştır.

Kanunlaştırma olgusu genel hukuk tarihinde birçok örneği olan başlı başına bir hukukî faaliyettir. İslâm hukuku da genel hukuk tarihindeki orijinal hukuk sistemlerinden biridir. Bu nedenle Tezimizde İslâm hukuku bakımından kanunlaştırma olgusunun imkân ve sınırlarını ve bu alanda yapılan düzenlemeleri genel hukuk tarihindeki kanunlaştırma olgusuyla mukayese ederek açıklığa kavuşturmaya çalıştık.

Gerek konu seçiminde gerekse Tez çalışmaları sırasında yardımlarını, ilgi ve alakalarını esirgemeyen ve konu ile ilgili kaynaklara ulaşmamda kütüphanesinden istifade ettiğim danışman hocam Prof. Dr. Şamil DAĞCI'ya teşekkürlerimi sunuyorum. Ayrıca bugünlere gelmemize vesile olan tüm hocalarıma ve Doktora ders döneminde emekleri geçen Prof. Dr. İbrahim ÇALIŞKAN ve Prof. Dr. Osman TAŞTAN hocalarıma teşekkürlerimi sunmayı ifa edilmesi gereken bir borç olarak biliyorum.

Ankara, Nisan 2008

Muhammed Tayyib KILIÇ

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
I- KONUNUN ÖNEMİ	1
II- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	2
III- KONU İLE İLGİLİ KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ	4
IV- KONUNUN SUNULMASI	7

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KANUNLAŞTIRMA

I- Kanunlaştırma İle İlgili Temel Kavramlar	10
A- Resepsiyon Kavramı	10
1- Resepsiyon Kavramının Genel Çerçevesi	10
2- Resepsiyon Faaliyetinin Ortaya Çıkış Sebepleri	12
a- Toplumun Hukuk Yoluyla Dönüştürülmek İstenmesi	13
b- Dış Baskının Etkisi	13
c- Sömürge Hukukundan Bağımsız (Millî) Hukuka Geçme İsteği	14
3- Resepsiyon Çeşitleri	14
a- Yapısal Resepsiyon	14
b- Kısmî Resepsiyon	15
c- Sentetik Ya Da Eklektik Resepsiyon	15
d- Küllî Resepsiyon	15
4- Genel Hukuk Tarihindeki Başlıca Resepsiyon Örnekleri	16
a- Almanya'da Roma Hukukunun Resepsiyonu	16
b- Latin Amerika Ülkelerinde Resepsiyon	17
c- Japon Resepsiyonu	18
d- Tarihsel Sürecinde Türk Resepsiyonu	19
aa- Tanzimat Dönemi Osmanlı Resepsiyon Süreci ve Bu Dönemdeki Resepsiyon Çalışmaları	20

bb- Cumhuriyet Dönemi Resepsiyon Süreci ve Bu Dönemdeki Resepsiyon Çalışmaları	26
cc- Osmanlı Dönemi Resepsiyon Süreci ile Cumhuriyet Dönemi Resepsiyon Sürecinin Mukayeseli Değerlendirilmesi	32
B- Zorla Benimsetme ve Hukuk Yoluyla İstila Kavramları	34
C- Bir Hukukî Olgunun Aktarılması Kavramı	35
II- Kanunlaştırma Kavramının Genel Çerçevesi	35
A- Kanunlaştırma Kavramı	35
B- Kanunlaştırma Faaliyetinin Amaçları	42
1- Orijinal Bir Hukuk Sistemi İnşâ Etmek	42
2- Mevcut Hukuk Düzenini Tadil Etmek	42
3- Tek Bir Hukuk Sistemi Meydana Getirmek	43
4- Hukuk Düzenine Duyulan Güveni Korumak	43
C- Kanunlaştırma Faaliyetinin Ortaya Çıkış Sebepleri	43
1- Hukukî Birliğin Sağlanmak İstenmesi	44
2- Merkezî Devlet Fikrinin Güç Kazanması	44
3- İktisâdî Sebepler	46
4- Sistematik Hukuk İlminin Gelişmesi	46
5- Hukukun Millileştirilmesi İsteği	47
6- Liberalizmin Güç Kazanması	47
7- Rasyonalizmin Güç Kazanması	48
8- Tabîî Hukuk Ekolünün Güç Kazanması	49
D- Kanunlaştırma Çeşitleri	49
1- Müstakil Kanunlaştırma	50
2- Şeklî Kanunlaştırma	50
E- Kanunlaştırma Yöntemleri	51
1- Muhafazakâr Yöntem	51
2- Devrimci Yöntem	51
F- Kanunlaştırma Metotları	51
1- Somut Olay Metodu	52
2- Soyut Kural Metodu	52
G- Tabîî Hukuk Ekolü Bakımından Kanunlaştırma Olgusu	53

H- Tarihçi Hukuk Ekolü Bakımından Kanunlaştırma Olgusu	55
I- Kanunlaştırmanın Olumlu ve Olumsuz Tarafları	59
1- Kanunlaştırmanın Olumlu Tarafları.....	59
a- Kanunlaştırma Hukukî İstikrarı Sağlar	59
b- Kanunlaştırma Faaliyeti Beraberinde Siyasî İstikrarı Getirir	60
c- Kanunlaştırma Hukukun Gelişimine Etki Eder.....	60
2- Kanunlaştırmanın Olumsuz Tarafları.....	60
a- Kanunlaştırma Hukukun Doğal Seleksiyonuna Müdahaledir.....	60
b- Kanunlaştırma Hukukun Donmasına Neden Olur	61
c- Kanunlaştırma Hukuk Egemenliğinden Kanun Egemenliğine Yol Açar.....	62

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL HUKUK TARİHİNDEKİ BAŞLICA

KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİ

I- Genel Hukuk Tarihindeki Kanunlaştırma Faaliyetleri	64
A- Ön Asya'da Yapılan Kanunlaştırma Faaliyetleri.....	64
1- Hammurabi Kanunlaştırması.....	64
2- Manou Kanunu	68
3- Bochoris Kanunu	68
4- Dracon Kanunu	68
5- Solon Kanunu	69
B- Roma İmparatorluğunda Yapılan Kanunlaştırma Faaliyetleri.....	69
1- On İki Levha Kanunu.....	70
2- Corpus Juris Civilis	72
C- Uzakdoğu ve Asya'da Yapılan Kanunlaştırma Faaliyetleri	79
1- Tang Hanedanlığı Kanunu.....	79
2- Qing Hanedanlığı Kanunu.....	80
3- Cengiz Han Yasası.....	80
D- Kıta Avrupası'nda Yapılan Kanunlaştırma Faaliyetleri.....	82
1- Prusya Kanunlaştırması.....	82
2- Fransız Kanunlaştırması.....	83

3- Avusturya Kanunlaştırması	90
4- Hollanda Kanunlaştırması	91
5- Alman Kanunlaştırması	92
6- Rusya Kanunlaştırması	95
7- İsviçre Kanunlaştırması	96
II- Genel Hukuk Tarihindeki Kanunlaştırma Faaliyetlerinin Temel Özellikleri	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKU AÇISINDAN KANUNLAŞTIRMA OLGUSU

I- İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusunun Genel Çerçevesi	102
II- İslâm Hukukunda Müstakil Kanunlaştırmaların Ortaya Çıkmamasının Sebepleri	105
A- Hukukun Maddî Kaynağı ve Şekli Bakımından İslâm Hukukunun Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması	105
1- İslâm Hukukunun İlahî Kaynaklı Bir Hukuk Sistemi Olması	105
2- İslâm Hukukunun Kaynağı İtibariyle Yazılı Bir Hukuk Sistemi Olması	107
3- İslâm Hukukunun Bir İçtihat Hukuku Olması	108
4- İslâm Hukukunun Kazuist Bir Hukuk Sistemi Olması	110
B- Hukukun Gelişim Seyri Bakımından İslâm Hukukunun Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması	110
1- Usûl-i Fıkıh Yoluyla Sistematik Hukuk Biliminin Gelişmiş Olması	110
2- İslâm Hukukunda Nasslardan Hüküm Çıkarmada Lafız-Anlam ve Maksat Bütünlüğünün Esas Alınması	111
3- Hukukun Mütihaz Hukukçular Tarafından Şekillendirilmesi ve Mahkemelerin Merkezi İdareye Tâbi Olarak Gelişmesi	112
4- Fıkıh Kitaplarının Sistematiğinde Sosyal Hayatın Önceliklerinin Esas Alınması	116
C- Hukukun Konusu, Amacı, Kapsamı ve Muhatapları Bakımından İslâm Hukukunun Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması	117

1- Hukukun Konusu Bakımından Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması	117
2- Hukukun Amacı Bakımından Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması ..	118
3- Hukukun Kapsamı Bakımından Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması.....	118
4- Muhatapları Bakımından Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması	121
D- Hilafet Kurumunun İslâm Dünyasında Siyasî Birliği Temsil Etmesi.....	122

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM HUKUK TARİHİNDEKİ ŞEKLİ

KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİ

I- İslâm Hukuk Tarihindeki Şekli Kanunlaştırma Faaliyetleri	126
A- Emevîler Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri.....	126
1- Ömer b. Abdülaziz'in Sünneti Tedvin Girişimi	126
2- Zeyd b. Ali'nin Fıkıh Mecmuası	128
B- Abbasîler Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri	130
1- İbnü'l- Mukaffa'nın Risâletü's-sahâbesi.....	130
2- İmam Mâlik'in el-Muvatta'ı.....	135
3- Ebû Yûsuf'un Kitâbü'l-Harâc'ı	137
4- Abdullah b. Tâhir'in Kitâbü'l-Kuniyy'i.....	140
5- Standart Fıkıh Metinleri	141
a- Müstakil Konulu Eserler.....	142
aa- Devlet İdaresiyle İlgili Eserler	142
bb- Devletler Hukukuyla İlgili Eserler	143
cc- İslâm Ekonomi-Politiğiyle İlgili Eserler	144
dd- Hukukun Genel İlkelerini Belirleyen Eserler	145
b- El Kitabı Mâhiyetindeki Muhtasar Eserler	147
C- Selçuklular Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri.....	150
1- Sultan Melikşâh'ın Mesâil-i Melikşâh'ı.....	150
D- Osmanlı Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri.....	151
1- Tanzimat Öncesi Kanunlaştırma Faaliyetleri	151

a- Yarı-Resmî Hukuk Kodları.....	152
aa- Dürerü'l-Hükkâm	153
bb- Mülteka'l-Ebhur	155
b- Fetva Kitapları	155
aa- el-Fetâvâ'l-Velvâliciyye.....	160
bb- Fetâvâ-yı Kâdîhân	160
cc- el- Fetâvâ't- Tatarhâniyye	161
dd- el-Fetâvâ'l- Bezzâziyye	161
ee- Ebüssuûd Efendi'nin Lâyiha Nitelikli Çalışmaları ve Fetvaları	162
aaa- Maruzât.....	162
bbb- Fetâvâ-yı Ebüssuûd Efendi	164
ccc- Bir Hukukçu Olarak Ebüssuûd Efendi	165
ff- el- Fetâvâ'l- Âlemgîriyye.....	167
gg- Fetâvâ-yı Ankaravî.....	168
hh- Fetâvâ-yı Ali Efendi	169
ii- Fetâvâ-yı Darülulûm-ı Diyûbend.....	169
c- Kanunnâmeler	172
aa- Kanunnâme Çeşitleri.....	175
aaa- Padişah Hükümleri Şeklindeki Kanunnâmeler	176
bbb- Sancak Kanunnâmeleri	176
ccc- Belirli Gruplarla İlgili Kanunnâmeler	176
ddd- Devlet Teşkilatıyla İlgili Kanunnâmeler.....	177
eee- Genel Kanunnâmeler	177
bb- Türk- İslâm İdarelerince Hazırlanan Belli Başlı Kanunnâmeler	177
aaa- Alâüddevle Bey Kanunnâmesi	177
bbb- Uzun Hasan Bey Kanunnâmesi.....	178
ccc- Fatih Sultan Kanunnâmesi.....	178
ddd- Sultan Süleyman Kanunnâmeleri	179
cc- Kanunlaştırma Faaliyetinin Medeniyet İle Olan İlişkisi	179
d- Hukukun Uygulanmasına Yardımcı Olan Belgeler	181
aa- Şeriiye Sicilleri ve Sakk Mecmuaları	181
bb- Fermanlar	182

cc- Adâletnâmeler.....	183
dd- Ahidnâmeler.....	184
e- Hukukî Merkezileşme Açısından Resmî Mezhep Uygulaması	186
2- Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Faaliyetleri	193
a- Metn-i Metîn	194
b- Arazi Kanunnâmesi	195
c- Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye	198
d- Kitâbü'n-Nafakât	205
e- Sultan Mehmed Reşad Döneminde Çıkarılan İrâde-i Seniyye	206
f- Hukûk-ı Aile Kararnâmesi	208
E- Diğer İslâm Devletlerindeki Kanunlaştırma Faaliyetleri.....	212
1- Şîû-Safevî Devletinde Kanunlaştırma Faaliyetleri	212
2- Tunus'ta Kanunlaştırma Faaliyetleri.....	213
3- Mısır'da Kanunlaştırma Faaliyetleri	214
a- Mehmed Ali Paşa'nın Kanunlaştırma Faaliyetleri.....	214
b- Muhammed Kadri Paşa'nın Kanunlaştırma Faaliyetleri.....	216
aa- el-Ahkâmüş-şerîyye fi'l-ahvâliş-şahsiyye.....	217
bb- Mürşidü'l-Hayrân.....	218
cc- Kânûnü'l-adli ve'l-insâf.....	219
4- Rusya Müslümanlarının Kanunlaştırma Faaliyetleri	219
5- Bulgaristan Müslümanlarının Kanunlaştırma Faaliyetleri	221
F- Sömürge Döneminde Batılı Devletlerin İslâm Hukukuyla İlgili Kanun	
Çalışmaları.....	224
1- Anglo-Mohammedan Law	225
2- Franco- Mohammedan Law	227
a- Code Tunisien des Obligations et des Contrats	228
b- Avant-project de Code du Droit Musulman Algerian	229
II- Hukukun İslâmileştirilmesi Faaliyetleri	230
A- Genel Olarak Hukukun İslâmileştirilmesi	230
B- Hukukun İslâmileştirilmesi Faaliyetleri	234
1- İslâm Ülkeleri Tarafından Yapılan Çalışmalar.....	235
a- Mısır	236

b- Irak	238
c- Suriye.....	239
d- Ürdün	240
e- Fas	241
f- Tunus.....	242
g- Pakistan	243
2- Münferit Çalışmalar	245
a- Abdülkâdir Udeh'in Çalışmaları.....	245
b- Mustafa Ahmed ez- Zerkâ'nın Çalışmaları.....	246
III- Kanunlaştırma Olgusu Bakımından İslâm Hukuku ile Common Law	
Hukuk Sisteminin Karşılaştırılması	246
SONUÇ.....	250
KAYNAKÇA.....	256

KISALTMALAR

ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ALR	: Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BW	: Bürgerlijk Wetboek
CIC	: Corpus Juris Civilis
DİA	: Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
H.A.K	: Hukuk-ı Aile Kararnâmesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JLFR	: The Jordanian Law of Family Rights
JLPS	: The Jordanian Law of Personal Status
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
MK	: Medeni Kanun
MÜİFD	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
OR	: Schweizerischen Obligationenrechts
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SLPS	: The Syrian Law of Personal Status
TALİD	: Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi
UÜİFD	: Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
ZGB	: Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ

Hukuk kelimesi kullanıldığı bağlama göre farklı anlamlar ifade etmekle birlikte en genel anlamıyla toplumda kişilerin birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerini düzenleyen ve devletin yaptırım gücüyle uyulması zorunlu kılınan davranış kurallarının oluşturduğu düzendir. Bu düzenin sağlanması da, hukukun soyut kurallar halinde bir forma dökülmesi diğer bir ifadeyle kanun ile mümkündür.

“Hukuka giriş” başlığı ile telif edilen kitaplarda kanunların nitelikleri belirtilirken, kanunların yazılı olması, genel olması ve süreklilik gibi bir takım özelliklerinden bahsedilmektedir. Kanunların yazılı olması, toplumdaki tüm fertlerin hangi kurallarla muhatap olduklarını bilmesi bakımından önem taşımaktadır. Kanunların genel olması da bunların belirli bir kişiyi değil toplumun tüm fertlerini kapsamaları bakımından önemlidir. Kanunların sürekli olması ise yasaların belirli bir zaman dilimi için değil her zaman uygulanmaları amacıyla çıkarıldıklarını göstermektedir. İşte bütün bu özellikleriyle kanun, toplumda hukukî güven ve eşitliği sağlamayı hedeflemektedir.

Toplumda hukukî güven ve eşitliğin sürdürülebilmesi de bu kanunların belirli bir takım esaslar çerçevesinde ve belirli ilkelere riayet edilerek hazırlanmasına bağlıdır. Hukukî istikrar ve uygulama birliği dediğimiz bu olay, genel hukuk tarihinde “kanunlaştırma” olgusu ile sağlanmıştır. Kanunlaştırma olgusu Türk hukuk literatüründe biri genel diğeri de özel anlamda olmak üzere iki manada kullanılmaktadır. Genel hukuk tarihinde kanunlaştırma olgusu (*codification*), dağınık bir halde mevcut olan yazılı veya yazısız bütün hukuk kurallarının devlet gibi müesses bir otorite tarafından sistemli bir şekilde bir araya getirilmesi faaliyeti olarak ifade edilmiştir. Bu duruma göre, genel anlamda kanunlaştırma ile toplumun düzen ve birliğinin sağlanması hedeflenirken özel anlamda kanunlaştırma olgusu ile de mevcut hukuk sisteminin düzen ve birliğinin sağlanması hedeflenmiştir. Kısaca ifade etmek gerekirse kanunlaştırma ile amaçlanan, hukukî istikrar ve uygulama birliğidir.

İlâhî menşeli bir hukuk sistemi olması itibarıyla İslâm hukukunun bir kısım hükümlerinin değişime kapalı olması, değiştirilemez bir takım hükümler içermesi, gelişimini içtihat düşüncesine dayanarak sürdürmüş olması ve sistematik olarak kazuist bir yapıya sahip olması, İslâm hukukunun diğer hukuk sistemlerinden ayrılan

en önemli özelliklerindendir. Tarihsel süreç dikkate alındığında genel hukuk tarihindeki bütün hukuk sistemleri hukukî istikrarı ve uygulama birliğini sağlamak amacıyla bir takım kanunlaştırma faaliyetlerinde bulunmuşlardır. 1400 yıllık bir zaman zarfında büyük insan kitlelerinin hukukî ihtiyacını karşılayan ve günümüzde de orijinalitesini muhafaza eden bir hukuk sistemi olarak İslâm hukukunda kanunlaştırma olgusunun imkân ve sınırları ile bu alanda yapılan faaliyetler incelenmeye değer bulunmuştur.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Hukuk idesinin kanunlaştırma süreci bir vakıa olarak gerek özel gerekse genel anlamıyla pek çok hukuk sisteminde ortaya çıkan bir hukukî faaliyettir. Bu nedenle konunun sınırları bir doktora tezini aşacak boyuttadır. Her bir konusu, üzerinde müstakil çalışmaları gerektirecek kadar geniş olan bu konuyu çalışmamızda sadece özel anlamda kanunlaştırma (*tedvîn-codification*) olgusunu ele alarak sınırlandırdık. Dolayısıyla genel anlamda kanunlaştırmayı ifade eden kanun yapma (*taknîn-legislation*) faaliyetini çalışmamızın kapsamı dışında tuttuk.

Kanunlaştırma kavramının gerek Türkçe gerekse diğer dillerdeki bazı hukuk tarihi eserlerinde anlam kargaşasına uğraması sebebiyle kanunlaştırma kavramının benzeri hukuk faaliyetleri ile ilişkisi üzerinde durduk. Ancak konuyu ele alırken aralarındaki yakın ilişkiden dolayı sadece resepsiyon konusunu detaylı bir şekilde ele aldık. Zorla benimsetme, hukuk yoluyla istila ve bir hukukî olgunun aktarılması gibi konulara sınırlı olarak yer vermekle yetindik.

Konumuzun daha iyi ortaya konulmasına ve kanunlaştırma olgusunun anlaşılmasına zemin hazırlaması bakımından Tezimizin, “Kanunlaştırma Faaliyetlerinin Ortaya Çıkış Sebepleri” başlığı altında tabii, tarihçi, liberal ve rasyonel hukuk ekollerinin konuya ilişkin görüşlerine de temas etmeye gayret ettik. Ancak Tezimizin ana temasından uzaklaşmamak için bu hukuk telakkilerinin hukuk ve kanunlaştırma anlayışlarına sınırlı olarak diğer bir ifadeyle, sadece kanunlaştırma olgusu çerçevesinde yer verdik. Burada amacımız bu konuların kanunlaştırma olgusu ile ilişkilerini ortaya koymak olduğundan bu konuların ayrıntılarını çalışmamız kapsamı dışında tuttuk.

Genel hukuk tarihinde ortaya çıkan kanunlaştırma örneklerini incelediğimiz ikinci bölümde amacımız bu faaliyetler hakkında detaylı bilgi vermekten ziyade bu kanunlaştırmaları bir bütün halinde ele almaktır. Günümüzde batı medeniyetinin hâkim medeniyet konumunda olması ve bu medeniyetin de Roma hukukuna dayanması sebebiyle insanlık düşünce ve hukuk tarihi genel olarak batılı hukukçular tarafından Roma ile başlatılmaktadır. Bu manada, kanunlaştırma olgusu da Roma hukukunun sistemli bir şekilde kodifie edildiği *Corpus Juris Civilis* ile temellendirilmektedir. Bizim burada amacımız, kanunlaştırma faaliyetinin sadece Roma'ya özgü olmadığını, Roma hukukunun dışındaki başka hukuk sistemlerinde de benzer faaliyetler olduğunu göstermektir. Bu sebeple Tezimizde konu bütünlüğünün sağlanması amacıyla genel olarak tarihsel süreçte ortaya çıkan kanunlaştırma faaliyetlerini ana hatları ile ele aldık. Bu faaliyetlerin ortaya çıkış sebeplerini, bu kanunların hangi komisyon üyeleri tarafından hazırlandığını, bunların hazırlanmasında hâkim olan hukukî ve siyasal zihniyetin ne olduğunu ve ortaya konulan kanunların detaylı olarak (madde madde) tahlilini çalışmamızın kapsamı dışında tuttuk.

İslâm hukukunda kanunlaştırma olgusunun imkân ve sınırlarını incelediğimiz üçüncü bölümde, müstakil kanunlaştırmaların İslâm hukuk tarihinde ortaya çıkmaması sebebiyle birinci bölümde ele aldığımız tarzda bir tasnife gitmedik. Kanunlaştırmanın amaçları, sebepleri, çeşitleri gibi konular genel hukuk tarihinde ortaya çıkan kanunlaştırmalar için geçerli olduğundan İslâm hukukunda bu tarz bir tasnifi konumuzun dışında tuttuk. İslâm hukukunda müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıkmamasının sebeplerini ele alırken İslâm hukukunun genel özelliklerinden istifade ettik. Ancak bu özellikleri bütünüyle değil sadece müstakil kanunlaştırmaların (*substantive codification*) ortaya çıkmamasının sebepleri bağlamında değerlendirdik. Ayrıca konumuzun genel anlamda kanun yapma faaliyeti (*taknîn-legislation*) değil, mevcut hukukun belirli bir sistem dâhilinde devlet gibi müesses bir otorite tarafından yazılı hale getirilerek tüm ülkede yürürlüğe konulması anlamındaki kanunlaştırma (*tedvîn-codification*) faaliyeti olması sebebiyle İslâm hukukunda “kanun” olgusunu veya literatürde tartışılan “şerîat-kanun” ayrımını çalışmamızın kapsamı dışında tuttuk.

İslâm hukuk tarihinde hukukun özüne değil formüle ediliş biçimine dair meydana getirilen şekli kanunlaştırma (*formal codification*) örneklerini incelediğimiz dördüncü bölümde bu yönde yapılan çalışmaları bir bütün halinde ortaya koymayı amaçladık. Bu nedenle yapılan İslâmî kanun kodlarının içeriğini değil sadece hazırlanış süreçlerini detaylarına girmeden ele aldık. *Arazi Kanunnâmesi*, *Mecelle*, *H.A.K.* gibi kanunlaştırma faaliyetlerinin başlı başına bir çalışma konusu teşkil edeceğini düşünerek, konuları ana hatlarıyla ele almakla yetindik. Buna göre örneğin, *Mecelle*'nin hazırlanması, ortaya çıkış sebepleri, *Mecelle*'yi hazırlayan komisyon üyeleri, *Mecelle*'nin getirdiği yenilikler, *Mecelle*'nin maddelerinin tahlili gibi konuların başlı başına bir çalışma konusu olduğu mülahazasıyla genel mâhiyette bilgilerle yetinip ayrıntıları konumuzun dışında tuttuk. Genel olarak hukuk tarihinde meydana gelen kanunlaştırma faaliyetlerinin nihâî amacı hukukî istikrar ve uygulama birliğini sağlamaktır. Bu itibarla, İslâm hukukunda bu amacın resmî mezhep uygulaması, mezhep içinde muteber kabul edilen bazı fıkıh metinlerinin uygulamaya esas olması gibi sebepleri sadece kanunlaştırma olgusu bakımından ele aldık. Dolayısıyla mezheplerin teşekkülü, ortaya çıktıkları coğrafya veya mezheplerin temel doktrinleri gibi konulara hiç temas etmediğimiz gibi yarı-resmî hukuk kodu olarak kabul edilen Molla Hüsrev'in *ed-Dürer ve 'l-Gurer* ve İbrahim el-Halebî'nin *Mülteka'l-Ebhur* gibi eserler dışında literatüre de değinmedik. Hukukun İslâmlaştırılması veya İslâmleştirilmesi kapsamında son dönemde ortaya çıkan kanun çalışmalarını ise, kendisinden sonrakilere örneklik etmesi sebebiyle ve konu bütünlüğünün sağlanması amacıyla sadece birkaç ülke ile sınırlandırdık.

III. KONU İLE İLGİLİ KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türkiye Cumhuriyeti, hukuk sistemini resepsiyon yoluyla yeni baştan inşâ etmesine rağmen gerek resepsiyon gerekse kanunlaştırma olgusu ülkemizde yeterince çalışılmış bir konu değildir. Çok farklı hukuk iklimine ait bir hukuk sisteminin yine çok farklı hukuk iklimine sahip bir başka ülke tarafından benimsenmesi bazı hukuk tarihçileri tarafından son 150 yılın en ürkütücü hukuk faaliyeti olarak değerlendirilmesine rağmen resepsiyon ve kanunlaştırma olgusu ülkemizde hak ettiği değeri bulamamıştır. Sınırlı sayıda ortaya çıkan birkaç çalışmada ise, resepsiyon ve kanunlaştırma olgusu eleştirel bir tarzda ele alınmamış,

mutlak manada olumlu bir faaliyet olarak değerlendirilmiştir. Gerek makale gerekse müstakil eser kapsamında ortaya çıkan hemen hemen bütün çalışmaların genel karakteristiği bu yönde olmuştur.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla ülkemizde kanunlaştırma konusu ilk defa Hıfzı Veldet Velidedeoğlu tarafından ele alınmıştır. Velidedeoğlu, genellikle İstanbul Üniversitesi öğretim üyeleri tarafından hazırlanan ve Tanzimat'ın 100. Yıldönümü münasebetiyle neşredilen Tanzimat I. adlı kollektif eserde, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat* adlı bir makale neşretmiş ve konuyu çok sınırlı bir şekilde incelemiştir. Tanzimat'ın yıldönümü anısına çıkarılan bir eserde konunun ele alınması konunun kapsamını sınırlamış ve konu daha ziyade Tanzimat dönemi çalışmalarını ihtiva etmiştir. Bununla birlikte Velidedeoğlu genel manada kanunlaştırma kavramını ve umumî hukuk tarihinde meydana gelen kanunlaştırma örneklerini de ele almış, ancak burada kavramlar arasında her hangi bir ayrıma gitmeden resepsiyon ve kanunlaştırma kavramını birbirinin yerine kullanmıştır. Buna bağlı olarak da genel hukuk tarihindeki kanunlaştırmaları XVIII. yy.daki kanunlaştırma hareketleri ile başlatmış, diğer kanunlaştırma faaliyetlerini ise konu dışı bırakmıştır.

Resepsiyon ve kanunlaştırma olgusu İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin 1956 yılına ait sayısında müstakil olarak ele alınmış, konuyla ilgili pek çok makale dergi (*Les Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*) içinde yer almıştır. Ancak, dergideki makaleler sadece Cumhuriyet dönemi resepsiyonlarını kapsamış, genel olarak resepsiyon ve kanunlaştırma faaliyetlerine değinilmemiştir.

Resepsiyon olgusunun genel anlamda kanunlaştırma faaliyetinin bir parçası olması sebebiyle konuyla ilgili en kapsamlı çalışma Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Gülnihal Bozkurt'a aittir. Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi* adlı eserinde, Osmanlı Devleti'nde Tanzimat ile başlayan resepsiyon faaliyetlerini 1930'lu yıllarda sona eren Cumhuriyet dönemine kadar incelemiştir.

Resepsiyon konusuyla ilgili olarak literatürde Cahit Can'a ait *Hukuk ve Tarih Açısından Resepsiyon* (1982) adlı bir doçentlik çalışması zikredilmekle birlikte araştırmamız süresince esere ulaşamamız sebebiyle istifade edemedik.

Türkçe literatürde, İslâm hukukunda kanunlaştırma olgusu ile ilgili müstakil olarak yapılmış bir çalışmaya rastlayamadık. Ancak, konunun Türk-İslâm ve Osmanlı hukukunu ilgilendirmesi sebebiyle, doğrudan bu konunun kapsamına girmemekle birlikte *Fetva literatürü*, *Arazi Kanunnâmesi*, *Mecelle* ve *H.A.K.* ile ilgili pek çok çalışma yapılmıştır. Bu çalışmalar içinde M. Akif Aydın'a ait *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku* ile Ahmet Akgündüz'e ait *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri* adlı eser en çok yararlandığımız eserlerdendir. Aydın'ın eseri *H.A.K.*'nin esas alındığı bir doktora tezi olmakla birlikte aynı zamanda İslâm-Osmanlı hukukunun genel yapısı ile ilgili bilgiler de içermektedir. Akgündüz'ün dokuz ciltlik eseri ise Türk hukuk literatüründe Osmanlı Kanunnâmeleri ile ilgili günümüze kadar yapılan en kapsamlı çalışmadır. Kanunnâmelerin metinlerine de yer verilen eserin, giriş mâhiyetindeki ilk cildinde Osmanlı hukukunun genel yapısıyla ilgili geniş bilgiler bulunmaktadır. Bu yönüyle de istifade ettiğimiz bir kaynak konumundadır.

Türkçe hukuk dilinde kanunlaştırma kavramının hem genel hem de özel anlamda kullanılmasının ortaya çıkardığı karışıklık sebebiyle Salih Tuğ'un *İslâm Ülkelerinde Anayasa Hareketleri* adlı eserini de burada zikretmek istiyoruz. Tuğ'un, İslâm ülkelerinde anayasa hareketlerini incelediği bu eser, *codification* anlamındaki kanunlaştırma faaliyetlerini değil, *legislation* anlamındaki kanunlaştırma hareketlerini ele almakta ve bütünüyle anayasa çalışmalarını kapsamaktadır. Bu yönüyle hukukun diğer alanlarındaki çalışmalara yer vermemekte ve 1920–1965 yılları arasındaki sınırlı bir zaman dilimini kapsamaktadır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Arapça literatürde de konu müstakil olarak ele alınmamıştır. Ulaşabildiğimiz kaynaklarda Türkçe hukuk dilindeki karışıklığın bu eserlerde de olduğunu gördük. Abdurrahman Abdülazîz el-Kâsım'a ait *el-İslâm ve Taknînü'l-Ahkâm* adlı eser, kanunlaştırmayı hem genel (*legislation*) hem de özel (*codification*) anlamıyla incelemekte, *tedvîn-taknîn* ve *teşri'* kavramları arasında herhangi bir ayırma gitmeden birini, diğerinin yerine kullanarak, çerçeveyi hem çok geniş tutmakta hem de ilgili ilgisiz pek çok konuyu ele almaktadır. Eser bu yönüyle müstakil anlamda kanunlaştırma ile ilgili bir çalışmadan ziyade, Hukuka Giriş mâhiyetindeki bir eser görünümündedir.

Muhammed Zeki Abdülber'e ait *Taknînü'l-Fıkhi'l-İslâmî* adlı eser de yine İslâm hukukunda genel manada kanunlaştırmayı içermektedir. Ancak bu çalışma

taknîn anlamında kanunlaştırma ile ilgili klasik kaynaklardaki görüşleri de kapsamakta ve bu yönüyle yukarıda ele aldığımız Kâsım'ın eserinden ayrılmaktadır. Eserde İslâm hukukunun dört önemli ekolünün konuyla ilgili görüşlerine yer verilmiş ayrıca kadıların bir mezhebe göre hüküm vermeleri şartıyla atanmaları gibi konular da ele alınmıştır.

Daha ziyade Arap ülkelerindeki son dönem kanun çalışmalarının incelendiği Suphi Mahmasânî'ye ait *el-Evdâü't-teşrîyye fi'd-düveli'l-arabiyye mâdihâ ve hâdiruhâ* adlı eser de, son dönem çalışmaları ele almasıyla önemli bir boşluğu doldurmaktadır. İslâm hukukunda özel anlamıyla kanunlaştırma (*codification*) faaliyetlerine de yer verilen bu eser son dönem İslâm ülkelerindeki hukukî düzenlemeler konusunda istifade ettiğimiz bir kaynak konumundadır.

IV. KONUNUN SUNULMASI

Tezimiz bir giriş ile dört bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, genel olarak kanunlaştırma kavramı üzerinde durulmuştur. Kanunlaştırma kavramının hukuk tarihindeki benzeri kavramlarla mukayesesine yer verilmiş, bu amaçla resepsiyon, zorla benimsetme ve bir hukukî olgunun aktarılması kavramları ele alınmıştır. Kanunlaştırma faaliyetinin amaçları, ortaya çıkış sebepleri, çeşitleri, yöntemleri, kanunlaştırma metotları, kanunlaştırma faaliyetinin olumlu olumsuz yönleri ele alınarak genel hukuk tarihindeki kanunlaştırma olgusu açıklanmıştır.

İkinci bölümde, kanunlaştırma faaliyetinin tarihsel süreci ele alınmıştır. Bu bölümde ayrıca genel hukuk tarihinde ortaya çıkan belli başlı kanunlaştırma faaliyetleri üzerinde durulmuş, bunlarla ilgili bilgiler verildikten sonra bu kanunlaştırmaların temel özellikleri ele alınmıştır.

Tezimizin üçüncü bölümünde, İslâm hukukunda kanunlaştırma olgusunun imkân ve sınırları incelenmiştir. Genel hukuk tarihindeki örnekleriyle mukayese edildiğinde İslâm hukukunda meydana gelen hukukî düzenlemelerin müstakil ve öze ilişkin (*substantive*) kanunlaştırma kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. İslâm hukukunun ilâhî kaynaklı bir hukuk sistemi olması ve gelişimini içtihat düşüncesine bağlı olarak sürdürmesinin müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıkmasına engel olduğu ama diğer taraftan hukukî istikrarı ve toplumsal hayatın

ihtiyaçlarını karşılama konusunda bir takım düzenlemelerin de yapıldığı dikkate alınarak İslâm hukuk tarihinde ortaya çıkan hukukî faaliyetler şeklî kanunlaştırma (*formal codification*) kapsamında değerlendirilmiştir. İslâm hukukunun orijinal bir hukuk sistemi olarak kendine özgü bir yapısının bulunduğu ve bu yapı içinde hukukun belirli kalıplar halinde düzenlenmesi anlamında müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıkmamasının sebepleri üzerinde durulmuştur.

Dördüncü bölümde ise, İslâm hukuk tarihinde ortaya çıkan şeklî kanunlaştırma örneklerine yer verilmiştir. İslâm hukukunun, XIX. yy.a kadar devlet gibi müesses bir otorite tarafından merkezî bir yasama faaliyetine konu olmaması sebebiyle bu örnekler, genel hukuk tarihindeki örnekleriyle mukayese edildiğinde başlı başına müstakil faaliyetler şeklinde ortaya çıkmamıştır. *Mecelle* ve *H.A.K.* gibi bir takım çalışmalar bulunmakla birlikte bunlar, umumî hukuk tarihindeki örnekleriyle karşılaştırıldığında müstakil kodifikasyon şeklinde değildir. Kanunlaştırma olgusu veya düşüncesi ile amaçlanan hukukî istikrar ve uygulama birliği, İslâm hukukunda, bir mezhebin uygulamaya esas kabul edilmesi, yargıçların belirli bir mezhebe göre atanması, hükümlerin mezhep içinde muteber kabul edilen fetva koleksiyonlarına ve muhtasar eserlere göre verilmesi, bazı temel fıkıh metnlerinin yarı-resmî hukuk kodu olarak kabul edilmesi şeklinde sağlanmıştır. Bu nedenle, İslâm hukukunda şeklî kanunlaştırma örnekleri olarak bu konular ele alınmıştır. Ayrıca, konu bütünlüğünün sağlanması amacıyla sömürge sonrası bazı İslâm ülkelerinde “Hukukun İslâmileştirilmesi” adı altında yapılan kanun çalışmalarına kısaca da olsa temas edilmiştir.

Tezimizde kaynaklara atıfta bulunurken önce bibliyografik künye tam olarak verilmiş, aynı kaynağa yapılan daha sonraki atıflarda ise sadece yazarın soyadı ve eserin adı zikredilmiştir. Ayrıca metin içinde verilen eser isimlerinin ilk harfi büyük, sonraki harfleri küçük olarak verilmiştir. İnternet tabanlı kaynaklarda ise web adresi bir bütün halinde ve son erişim tarihi ile birlikte verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KANUNLAŞTIRMA

I- KANUNLAŞTIRMA İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

Gerek Türkçe gerekse yabancı dildeki bazı hukuk tarihi eserlerinde kanunlaştırma kavramı birbirinden farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Çalışmamızın ana konusunu teşkil eden kanunlaştırma kavramının hukuk tarihinde ne anlama geldiğinin tespit edilebilmesi, kanunlaştırma kavramının benzeri kavramlarla olan ilişkisinin ortaya konulmasına bağlıdır. Resepsiyon, zorla benimsetme ve bir hukukî olgunun aktarılması gibi hukuk tarihinde farklı anlamlar ifade eden hukukî faaliyetler zaman zaman anlam kaymasına uğramakta ve kanunlaştırma kavramının yerine kullanılmaktadır. Hâlbuki bu kavramlar hukuk tarihinde biri diğerinin yerine kullanılamayacak derecede farklı anlamlar ifade etmektedirler. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için önce kanunlaştırmayla ilgili benzer kavramlar hakkında bilgi verilecek ve böylece kanunlaştırma olgusunun ne olmadığı açıklanacak, daha sonra da kanunlaştırma olgusu müstakil olarak ele alınacaktır.

A- Resepsiyon Kavramı

1- Resepsiyon Kavramının Genel Çerçevesi

Latince almak, kabul etmek, geri istemek gibi anlamlara gelen *recipere* mastarından türetilen *receptio* kelimesi, İngilizcede *reception*, Fransızcada *reception* Almancada *rezeption* ve İtalyancada *recezione* şekillerinde kullanılmaktadır.¹ Bu kelime bugün hukuk tarihinde bir toplumun hukukî mevzuatının bir başka toplum tarafından, kendi hukuku olmak üzere alınması olgusunu ifade etmektedir.² Literatürde Latince “*Ius receptum*” sözcükleriyle belirtilen bu kavram Türk hukuk dilinde “*iktibas*” sözcüğüyle karşılanmakta ise de resepsiyonun, topyekûn bir alış anlamına gelmesi sebebiyle *iktibas* kelimesiyle ifade edilmesi doğru değildir. Çünkü *iktibas* kelimesi, “bir şeyi tam olarak almak”tan ziyade “seçerek almak” manasına gelmektedir. Bu sebeple, bir hukuk tarihi kavramı olarak “yabancı kanunların alınması” veya “resepsiyon” tabirini kullanmak maksada daha uygundur.³ Ancak Türkçe eserlerde “*resepsiyon*” kelimesini ifade etmek üzere “*iktibas*” ve “*benimseme*” kelimeleri de sıklıkla kullanılmaktadır.

¹ Richard Honig, *Roma Hukuku*, çev: Şemseddin Tâlib, İstanbul, 1938, s: 4

² Gülnihâl Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi (Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci)*, Ankara, 1996, s: 6

³ Ferit Ayiter, *Yabancı Kanunların Alınması ve Millî Hukuk*, Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçinde, İstanbul, 1944, s: 171

Belirli bir hukuk düzeninde ya da hukuk ikliminde (*legal climate*) gelişen bir hukukî kurum, kavram ya da olgunun veya bunların tümünden oluşan bir kompleksin, istenerek, başka bir hukuk düzeni ya da iklimine alınıp aktarılması⁴ olan resepsiyonun tipik özellikleri, benimsenen hukuk olgusunun benimseyen ülke tarafından, istenerek ve bilinçli olarak alınıp aktarılması ve benimsenen hukukun ana yurdu ile benimseyen ülke arasında iki yanlı bir ilişkinin (*Zweiseitigkeit*) bulunmasıdır. Bu özellikler, benimseme ya da bazı hukukçuların deyimiyle gönüllü benimseme (*voluntary reception, freiwillige rezeption*) olgusunun, yabancı hukukun benimsenmesiyle ilgili diğer iki görünümünden (*imposition ve transplantation of a legal phenomenon*) ayırt edilmesini kolaylaştırmaktadır.⁵

Medeniyetler, toplumlar, ülkeler hızla ilerlemekte ve gelişmektedir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak da karşılıklı bir etkileşim söz konusudur. Hukuk tarihindeki genel gelişime bakıldığında, ülkeler arasında kaçınılmaz olan kültür etkileşiminde hukuk kavramlarının ve kurumlarının da sık sık başka toplumlara geçtiği görülmektedir. Esasen, karşılıklı etkileşim hukuk tarihçileri arasında sürekli bir tartışma konusu olagelmıştır. Örneğin, tarihçi hukuk okulu, hukukta değişim ve etkileşimi reddederken, Rudolf Von Jhering gibi hukukçular, hiçbir hukuk sisteminin dış etkilere yoksun olarak gelişemeyeceğini savunarak hukukta değişim ve etkileşimi kabul etmişlerdir.⁶ Her toplumda hukukun tüm dallarında az ya da çok oranda yabancı kurumlar vardır.⁷ Tamamen saf bir hukuk sistemi mevcut değildir. Ancak resepsiyonla kabul edilen, sadece yabancı bazı hukuk normları değil aynı zamanda o hukuk sistemine ait hukukî düşüncedir.⁸

⁴ Max Rheinstein, *Types of Reception*, Les Annales de la Faculte' de Droit d'Istanbul, No: 6, 1956, s: 31

⁵ Ergun Özsunay, *Yabancı Hukukun Benimsenmesi Yoluyla Bir Çağdaşlaşma Modeli: Kemalist Hukuk Devrimi Üzerine Gözlemler ve Değerlendirmeler*, III. Türk Hukuk Kurultayı, Türk Hukuk Devrimi İçinde, Ankara, 1981, s: 355, Albert Kocourek, *Factors in The Reception of Law*, Tulane Law Review, 1936, sayı: 10, s: 210.

⁶ Sadri Maksudi Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1948, s: 22-25

⁷ Bu konuda verilebilecek örnek bir çalışma olarak, M.Fuad Köprülü'nün "*Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine Tesiri Hakkında Bazı Mulahazalar*", İstanbul, 1931, 153 sayfa (Türk Hukuk ve İktisat Tarihi Mecmuasından Ayrı Basım) adlı eserini zikredebiliriz. Köprülü bu eserinde, medeniyet tarihinde her biri ayrı bir öneme sahip olan Bizans, Sâsânî ve Osmanlı medeniyetlerinin hukukî kavram ve kurumları arasındaki etkileşimi incelemekte ve çarpıcı örnekler sunmaktadır.

⁸ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 7

Resepsiyon, Roma hukukunun Almanya’da benimsenmesi gibi aynı kültür iklimine sahip ülkeler arasında olabileceği gibi, *İsviçre Medeni Kanunu*’nun Türkiye’de benimsenmesi gibi ayrı kültür iklimine sahip ülkeler arasında da olabilir.⁹

Aynı kültür iklimine sahip ülkeler arasındaki resepsiyonda hukuk sisteminde düzeltme, iyileştirme, birlik, sosyal ve ekonomik değişikliklere uygunluk gibi amaçlar söz konusu iken farklı kültürler arasında yapılan resepsiyon faaliyeti ise devrimci bir karakter taşımaktadır.¹⁰

Yabancı hukukun benimsenmesi; örf ve âdet hukukunun benimsenmesi (*Rezeption durch das Gewohnheitsrecht*) ve kanun koyma yoluyla olmak üzere (*Rezeption im Wege der Gesetzgebung*) başlıca iki yolla gerçekleşmiştir. Almanya’da Roma hukukunun benimsenmesi birinci duruma, yabancı kanunların Türkiye tarafından benimsenmesi de ikinci duruma örnek olarak verilebilir.¹¹

2- Resepsiyon Faaliyetinin Ortaya Çıkış Sebepleri

Bazı hukuk tarihçileri resepsiyon faaliyetini “son 150 yılın en ürkütücü hukuk olayı” olarak nitelendirmektedir.¹² Muhtemelen bu niteleme, resepsiyon faaliyetinin salt hukukî bir faaliyet olmamasından kaynaklanmaktadır. Çünkü resepsiyonla sadece hukukî bir takım kurum ve kavramlar değil aynı zaman da hukukî tefekkür ve yaşam tarzı da iktibas edilmektedir. Hukuk tarihinde ortaya çıkan resepsiyon örneklerini tek bir sebebe bağlamak mümkün değildir. Her resepsiyon faaliyetinin kendine özgü sebepleri olmakla birlikte genel olarak bir sınıflandırma yapacak olursak resepsiyon faaliyetlerinin ortaya çıkış sebeplerini ana başlıklarıyla; toplumun hukuk yoluyla dönüştürülmek istenmesi, dış baskının etkisi ve sömürge hukukundan bağımsız hukuka geçme isteği olarak özetlemek mümkündür. Şimdi bunları kısaca açıklamaya gayret edelim.

⁹ Ergun Özsunay, *Türkiye’de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Türk Medeni Kanununun Anlamı ve Önemi*, Medeni Kanunun 50.Yıl Sempozyumu İçinde, İstanbul, 1978, s: 400

¹⁰ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 7

¹¹ Ergun Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul, 1976, s: 271

¹² Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 8

a- Toplumun Hukuk Yoluyla Dönüştürülmek İstenmesi

Umumî hukuk tarihindeki resepsiyon faaliyetleri genel olarak toplumu hukuk yoluyla dönüştürme isteğinin bir neticesi olarak ortaya çıkmıştır. Mevcut hukukî kurum ve kurallarla toplumun ilerlemesinin mümkün olmadığı durumlarda, mevcut yapıyı değiştirmek ve “modern” dünya ile bütünleşmek için resepsiyon yoluna başvurulmuştur.¹³ Toplamların hızla gelişmesi, yeni yeni problemlerin ortaya çıkması, mevcut hukuk sisteminin bu hızlı ve baş döndürücü gelişmeler karşısında yeterli olamaması ve belki de gelişimin önünü tıkaması gibi nedenler toplumda hukuk kurallarının ve hukuk sisteminin yeterliliğini sorgulama ihtiyacını doğurmuştur. Sosyal gelişmelerle paralel gitmesi gereken hukuk, bu özelliğini yitirdiğinde toplumun gerisine düşmektedir.

Hukuk yoluyla toplumu dönüştürmeyi, yeni bir toplum yaratmayı hedefleyen siyasî kadrolar, hukukun toplumu dönüştürmedeki muazzam gücünü, kendi siyasî programlarındaki hedeflere göre kullanmak istemişlerdir. Değişimin aracı olarak hukuk, siyasî, idarî ve kültürel pek çok alanda yapılması hedeflenen dönüşümler için bir alt yapı işlevi görmüş, sonraki aşamalarda ise bu değişimi sürdürmenin adeta sigortası konumunda olmuştur. Burada, hukukun toplumsal bir değişim aracı olarak kullanılmasından söz etmek mümkündür.¹⁴ Bu nedenle resepsiyon, hukukî yönü olmakla birlikte siyasî yönü daha ağır basan bir faaliyettir. Meiji dönemi Japon resepsiyonu veya Cumhuriyet dönemi Türk resepsiyonu, hukukî olduğu kadar, siyasî, idarî, ekonomik ve sosyal alanlarda da son derece farklı etkilere sahip olaylardır.

b- Dış Baskının Etkisi

Siyasî, iktisadî ve askerî yönden zayıf durumdaki devletler kendilerinden daha güçlü devletlerin baskı ve telkinleriyle hukuk sistemlerinde değişikliklere gidebilmektedirler. İmparator Meiji (1868–1912) dönemi Japon resepsiyonu¹⁵ ile Osmanlı Devleti’nin XIX. yy.da gayr-i müslim vatandaşlarının hukukî durumlarıyla

¹³ Kocourek, *Factors in The Reception of Law*, s: 220, Ferit Ayiter, *The Interpretation of A National System of Laws Received From Abroad*, Annales İçinde, s: 41–43

¹⁴ Tufail Ahmad Qureshi, *Methodologies of Social Change and Islamic Law*, Hamdard Islamicus, cilt: 10, sayı: 2, 1987, s: 16–18

¹⁵ Shigenari Kanamori, *German Influences on Japanese Pre-war Constitution and Civil Code*, European Journal of Law and Economics, 1998, sayı: 7, s: 93–94

ilgili olarak Avrupa devletlerinin baskısıyla bir takım resepsiyonlara giriřmesi¹⁶ resepsiyon olgusundaki dış baskıya örnek olarak verilebilir.

c- Sömürge Hukukundan Bağımsız (Millî) Hukuka Geçme İsteği

Bağımsızlıklarını kazanarak yeni devletler kuran toplumlar, hukukî yaşamlarını da yenileme yoluna gitmekte ve resepsiyona başvurmaktadırlar. Fransız ihtilali sonrası dünyada esen bağımsızlık ve milliyetçilik rüzgârının etkisiyle bağımsızlıklarını kazanan Latin Amerika ülkelerinin *Code Napoleon*'u benimsemeleri buna örnek olarak verilebilir.¹⁷

3- Resepsiyon Çeşitleri

Hukuk tarihçileri çeşitli özelliklerini dikkate alarak resepsiyonu dört grupta ele almışlardır.

a- Yapısal Resepsiyon

Yapısal resepsiyon, yabancı bir kanunun sistematığı, düzenlediği hukukî kurum ve kavramlar göz önüne alınarak, içeriğinin, benimseyen ülkenin belirli sosyo-ekonomik gereksinmelerini karşılayacak biçimde yeniden düzenlenmesidir.¹⁸ Örneğin; 1804 tarihli *Code Civil*'in, İspanya, Portekiz ve bazı Latin Amerika ülkeleri tarafından benimsenmesinde bu model söz konusudur.¹⁹ Aynı şekilde, *İsviçre Medeni Kanunu (ZGB)* ve *Borçlar Kanunu*'nun (OR) Liechtenstein tarafından benimsenmesi de yapısal resepsiyona verilebilecek bir diğer örnektir.²⁰

¹⁶ Halil Cin, *Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usûlleri*, 150.Yılında Tanzimat, Ankara, 1992, s: 19, Bilal Eryılmaz, *Osmanlı Devletinde Gayr-ı Müslim Tebeanın Yönetimi*, İstanbul, 1996, s: 95-147, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, Ayrı Basım, İstanbul, 1940, s: 32, Konuyla ilgili daha geniş bilgi için bkz: Gülnihâl Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgeleri Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu*, Ankara, 1989

¹⁷ M.C. Mirow, *The Power of Codification in Latin America: Simon Bolivar and the Code Napoleon*, Tulane Journal of International and Comparative Law, sayı: 8, 2000, s: 85-87

¹⁸ Özsunay, *Çağdaşlaşma Modeli*, s: 356-357

¹⁹ Wienczyslaw J.Wagner, *Codification of Law in Europe and the Codification Movement in the Middle of the Nineteenth Century in the United States*, Saint Louis University Law Journal, sayı: 2, 1952-1953, s: 340-344

²⁰ Özsunay, *Çağdaşlaşma Modeli*, s: 357

b- Kısmî Resepsiyon

Kısmî resepsiyonda yabancı hukuka ilişkin bir hukukî kurum ya da kavramın alınması söz konusudur.²¹ Alman limited şirketlerine ilişkin 1892 tarihli Kanunun (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*) bazı Avrupa ülkeleri tarafından benimsenmesi örnek olarak verilebilir.²²

c- Sentetik Ya Da Eklektik Resepsiyon

Yabancı hukuk düzenlerinden çeşitli kurum ve kavramların alınarak ulusal bir hukuk düzeninin oluşturulmasına sentetik ya da eklektik resepsiyon adı verilir. Mao devriminden önceki Çin’de Batı Avrupa hukukunun benimsenmesi, Etiyopya’daki benimseme hareketi ve II. Dünya Savaşı’ndan sonra Sovyet modeli sosyalist hukukun çeşitli Doğu Avrupa ülkelerince benimsenmesi bu görünümün tipik örneklerindendir.²³

d- Küllî Resepsiyon

Yabancı bir hukuk sisteminin veya çok önemli temel yabancı kanunların tümüyle alınması küllî resepsiyon (*global reception*) olarak kabul edilmektedir.²⁴ Bu resepsiyon çeşidinin iki temel özelliği bulunmaktadır. Birincisi; yabancı bir hukuk sisteminin bütün kurum ve kurallarıyla başka bir ülkenin hukuk sisteminin yerini alması, ikincisi de; karakteri itibariyle devrimci bir nitelik taşımasıdır.

Küllî resepsiyonla hukuk sisteminin bir bütün olarak değiştirilmesi önemli problemlere neden olabilmektedir. Çünkü küllî resepsiyonla sadece hukuk sistemi değil, aynı zamanda o hukuk sistemine hâkim olan hukukî zihniyet de alınmaktadır. Bu zihniyetin etkileri sadece hukuk sisteminde değil, hukuk öğretiminde, adalet örgütünde ve doğal olarak hukukun düzenlediği sosyal ve ekonomik yapıda da görülmektedir.²⁵

Hukuk tarihinde, Meiji dönemi Japon resepsiyonu ve Cumhuriyet dönemi Türk resepsiyonu, küllî resepsiyonun iki önemli örneğidir.

²¹ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 15

²² Rheinstein, *Types of Reception*, s: 36

²³ Özsunay, *Çağdaşlaşma Modeli*, s: 357

²⁴ Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, s: 273

²⁵ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 14

4- Genel Hukuk Tarihindeki Başlıca Resepsiyon Örnekleri

Planlı, programlı, bilinçli ve istekli bir şekilde bir hukuk sisteminin başka bir hukuk sistemini etkilemesi olarak kabul edebileceğimiz resepsiyonun genel hukuk tarihindeki en önemli örnekleri şunlardır.

a- Almanya’da Roma Hukukunun Resepsiyonu

Genel hukuk tarihinin en önemli resepsiyon örneği, Roma hukukunun Almanya’da benimsenmesidir.²⁶ Bu resepsiyon sürecinde Ortaçağ Avrupası’nın meşhur hukuk mektebi Bologna Hukuk Okulu, önemli bir yere sahiptir. Hukuk eğitimi için başta Almanya olmak üzere Avrupa’nın değişik ülkelerinden İtalya’ya gelen öğrenciler bu okulda Roma hukukunu tahsil etmişlerdir. M.S. IV. yy. da İtalyan hukukçular tarafından yeniden canlandırılıp geliştirilen Roma hukuku bu öğrenciler vasıtasıyla Kıta Avrupası’na yeniden yayılma imkânı bulmuş, hukuk tahsillerini tamamlayan Alman öğrenciler ülkelere döndüklerinde, yürürlükte olan Germen hukuku yerine Roma hukukuna göre hüküm vermeye başlamışlardır.²⁷ Roma hukukunun Germen hukukuna nisbetle daha ileri seviyede olması, karşılaşılan sorunlara, özellikle de yeni gelişmelere karşı çok daha kolay çözümler sunması, Alman üniversitelerinde Germen hukuku ile birlikte Roma hukukunun okutulmasına sebep olmuştur. Rönesansın da etkisiyle Protestanlığın ve bireyci bir hukuk sistemi olan Roma hukukunun Almanya’da önem kazanması sonucunda Roma hukuku Almanya’da benimsenmeye başlanmıştır. Ayrıca kendilerini Roma İmparatorları’nın halefi sayan Alman İmparatorları’nın Roma hukukunun ülkede yayılmasını desteklemeleri, bu hukuk vasıtasıyla iddialarına tarihî ve kültürel bir meşruiyet sağlamaya çalışmaları ve küçük Alman devletçiklerini hukukî açıdan tek çatı altında toplama düşüncesi de Roma hukukunun Almanya’da benimsenmesinde önemli rol oynamıştır.

Bölgeden bölgeye değişen Germen halk hukukunun ortaya çıkardığı karışıklık 7 Ağustos 1495 tarihinde Kral I.Maximilian’ın emriyle Hessen’de yapılan bir düzenlemeyle son bulmuş ve hâkimlere Roma hukukunu uygulama emri verilerek, Roma hukuku Almanya’da benimsenmiştir.

²⁶ Andreas B. Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, çev: Türkan Rado, İstanbul, 1945, s: 12

²⁷http://www.surrey.ac.uk/law/German/Comparative_Law/Vorlesung_Deutsche_Rechtsgeschichte20030127.doc

Almanya’da kabul edilen Roma hukuku, *Corpus Juris Civilis*’de saptanmış olan hukuk olmayıp, bunun İtalyan Hukukçuları ve Kommentatorlar tarafından işlenmiş biçimidir. Roma hukuku German hukukunu tam olarak ortadan kaldıramamış, yerel hukuk da Roma hukukunun yanı sıra, yeni metot ve kavramlarla yorumlanıp geliştirilmiş, zamanla Roma hukuku ile kaynaşıp, Ortak Hukuk (*Gemeines Rech*) olarak ortaya çıkmıştır.²⁸

b- Latin Amerika Ülkelerinde Resepsiyon

Coğrafi keşifler sonucu eski kıta (Avrasya), yeni kıtayı (Amerika) keşfetmiş, bu yeni kıtadaki zengin altın ve gümüş madenleri ile ucuz iş gücü batılı devletlerin iştahını kabartmıştır. XVI. yy.ın denizlere hâkim iki krallığı İspanya ve Portekiz’in, deniz aşırı imparatorluk kurma sevdası bu iki krallığın tüm dikkatini Güney Amerika’ya yöneltmiş ve bölge çok hızlı bir şekilde sömürgeleştirilme sürecine girmiştir. İspanya krallığı, sömürgeleştirdiği Latin Amerika’ya kendi hukuku olan Kastilya hukukunu ve bu arada Hristiyanlığı da ihraç etmeye başlamıştır.²⁹ XIX. yy.da Napoleon’un Avrupa’yı baştanbaşa işgali güçler dengesinin değişmesine, İspanya’nın sömürgeleriyle bağlarının zayıflamasına ve zamanla kopmasına neden olmuştur. Yüzyıllarca İspanyol ve Portekiz genel valilerince insafsızca yönetilen Latin Amerika ülkeleri birbirinin peşi sıra bağımsızlıklarını kazanmaya başlamışlar ve başta hukuk sistemleri olmak üzere bir dizi reform hareketine girişmişlerdir. Napoleon’un talimatıyla hazırlanan ve 1804’de yürürlüğe giren Fransız Medeni Kanunu *Code Civil*, bağımsızlıklarını kazanan ülkeler için bir model ve kaynak olmuştur. Özellikle Fransız İhtilali sonrası dünyada esen özgürlük, egemenlik ve ulus devlet rüzgârı, bağımsızlıklarını yeni yeni kazanan bu sömürge ülkelerini adeta

²⁸ Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, 1981, s: 293–300, W.S.Holdsworth, *The Reception of Roman Law in the Sixteenth Century*, The Law Quarterly Review, I/sayı: 27, s: 387–398, 1911, II/sayı: 28, s: 39–51, 1912, III/sayı: 28, s: 131–147, 1912, IV/sayı: 28, s: 236–254, 1912, Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 19–21, Andreas B. Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, ter: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, İstanbul, 1942, s: 7–9, Özcan Karadeniz, *Roma Hukuku*, Ankara, 1974, s: 5–9, Paul Koschaker, *Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, çev: Kudret Ayiter, Ankara, 1950, s: 14–15, Alan Watson, *Aspects of Reception of Law*, The American Journal of Comparative Law, sayı: 44, 1996, s: 335–339, İmre Zajtay, *Reception of Foreign Laws and Unification of Law*, Louisiana Law Review, sayı: 35, 1974–1975, s: 1117–1120, Coşkun Üçok, *Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış*, AÜHFD, cilt: 7, sayı: 1–2, 1950, s: 292–321

²⁹ “When the missionaries came to Africa, they had the Bible and we had the land. They taught us to pray with our eyes closed. When we opened them, we had the Bible in our hand, and they had the land.” Jomo Kenyatta (First Presedent of an Independent Kenya)’nın bu sözü misyonerlikle sömürge arasındaki yakın ilişkiyi açıklamaya yeterlidir. http://en.wikiquote.org/wiki/Jomo_Kenyatta

büyülemiş ve bu ülkelerin Fransız Medeni Kanunu’nu benimsemelerinde en büyük etken olmuştur.³⁰

Latin Amerika’daki kanun çalışmalarında Fransız etkisi kadar öneme sahip bir diğer faktör de İngiliz hukukçu Jeremy Bentham’ın (1748–1832) kodifikasyonla ilgili görüşlerinin Latin Amerika aydınları üzerindeki tartışılmaz etkisidir.³¹

Latin Amerika’daki resepsiyon faaliyetleri içinde, Kıta’daki pek çok ülkeye model ve kaynak olması sebebiyle Brezilya’daki resepsiyon faaliyetleri en dikkat çekici olanıdır.³²

Genel hukuk tarihi içinde başlı başına bir monografi konusu teşkil edecek kadar kapsamlı olan Latin Amerika’daki resepsiyon faaliyetlerini, çalışmamızın imkân ve sınırlarını göz önünde bulundurarak konu bütünlüğünün sağlanması açısından sadece kronolojik olarak zikretmekle yetiniyoruz. Buna göre; Haiti (1825), Bolivya (1843), Ekvador (1851), Peru (1852), Şili (1855), Brezilya (1865), Uruguay (1868), Arjantin (1869), Meksika (1870), Nikaragua (1871), Kolombiya (1873), Guatemala (1877), Honduras (1880), Salvador (1889), Venezuela (1896) ve Panama (1917) gibi Latin Amerika ülkeleri, Fransız *Code Civil*’ini benimsemişlerdir.

c- Japon Resepsiyonu

XIX. yy.da Batıyla başlayan ticari ve siyasî ilişkiler, o güne kadar kapalı bir toplum yapısını sürdüren Japonya’yı dünyaya açmış, modernleşme ve batılılaşma rüzgârı bin yıllık Shogunluk kurumunun sonunu getirirken, askerî aristokrasinin etkinliğine de son vermiştir. İktidardaki küçük bir grup aydınının eseri olan bu değişiklik, İmparator Meiji (1868–1912) Samurailerin yardımıyla Shogunları ortadan kaldırmış ve merkezî bir hükümet kurmuştur. Ülkeyi yeniden yapılandırma kararı alan İmparator Meiji çareyi Batı’ya yönelmede bulmuş, her alanda Batı kurumlarını örnek alarak bir takım sosyal, ekonomik ve siyasî reformlar gerçekleştirmiştir. Avrupa kültür ve ideolojisinin Japonya’ya yerleştiği bu döneme “*Meiji Restorasyonu*” denilmektedir. Meiji dönemi Japon resepsiyonu, reform

³⁰ Mirow, *The Power of Codification in Latin America*, s: 84–86, Robert C.Means, *Codification in Latin America: The Colombian Commercial Code of 1853*, Texas Law Review, sayı: 52, 1973–1974, s: 18–41, Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 22–24, Louis Baudouin, *The Influence of the Code Napoleon*, Tulane Law Review, sayı: 33, 1958–1959, s: 21–28

³¹ Mirow, *The Power of Codification in Latin America*, s: 98–99

³² W.R. Swartz, *Codification in Latin America: The Brazilian Commercial Code of 1850*, Texas International Law Journal, sayı: 10, 1975, s: 347

çalışmalarının hukuk alanına yansımalarının bir sonucudur. Bu dönemde modern bir devlet yapılanmasına zemin hazırlamak amacıyla hem kamu hem de özel hukuk alanlarında bir takım yasal düzenlemelere gidilmiştir. Bu bağlamda hükümet, 1870 yılında bir medeni kanun hazırlanmasına karar vermiş, hukukçulardan oluşan bir komisyon teşkil ederek *Code Civil*'i Japonca'ya tercüme ettirmiştir. Ancak, *Code Civil*'deki Fransızca kavramların Japonca karşılığının bulunmamasının tercümeyi zorlaştırması ve ortaya çıkan çalışmanın Japon halkının ihtiyaçlarını karşılamayacağı gerekçesiyle bu kanun tasarısı Japon hükümeti tarafından reddedilmiştir. Daha sonra teşkil edilen bir komisyon başta *Code Civil* olmak üzere, 1794 tarihli *Prusya Genel Memleket Kanunu* (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), *Saksonya Aynası* (*Der Sachsenspiegel*), 1811 tarihli *Avusturya Medeni Kanunu*'nu (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) ve 1881 tarihli *İsviçre Borçlar Kanunu*'nu (*OR*) incelemiş ve *Japon Medeni Kanunu*'nu hazırlamıştır.

Yaklaşık otuz yıllık bir çalışmanın ürünü olan ve 21 Haziran 1898'de yayınlanıp 16 Temmuz 1898 tarihinde yürürlüğe giren *Japon Medeni Kanunu*, Alman etkisinin ağırlıkta olduğu bir resepsiyon faaliyetidir.

Fransız *Code Civil*'inin Latin Amerika ülkelerinde etkili olması gibi Japon resepsiyonu da Çin, Kore ve Tayvan başta olmak üzere Uzakdoğu ülkelerinin hukukî faaliyetlerinde etkili olmuştur.³³

d- Tarihsel Sürecinde Türk Resepsiyonu

Genel hukuk tarihine ilişkin eserlerde küllî resepsiyona örnek olarak gösterilen Cumhuriyet dönemi Türk resepsiyonunun hem daha iyi anlaşılabilmesi hem de tezimizin sonraki bölümlerinde Osmanlı dönemi kanunlaştırma faaliyetlerine bir alt yapı oluşturması bakımından bu konuyu Tanzimat Dönemi Osmanlı

³³ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 24–33, Andreas B. Schwarz, *Medeni Hukukta Umumi Kısım Meselesi Mevzuatta ve Hukuk İlminde Tarihte ve Bugün*, Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçinde, s: 446–447, Kanamori, *Germen Influences on Japanese*, s: 93–94, Kocourek, *Factors in the Reception of Law*, s: 222–224, Masami Arai, *Türkiye'de ve Japonya'da Islahatçı Düşüncelerde Değişiklik ve Süreklilik: Çağdaşlaşma Üzerine Bir Deneme*, I.Uluslararası Atatürk Sempozyumu İçinde, Ankara, 1994, s: 113–119, Ahmet Cihan, *Japonya'da Modernleşmenin Sosyo-Ekonomik ve Kültürel Temelleri*, www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/cihan.htm, Zajtay, *Reception of Foreign Laws*, s: 1120, Wilhelm Röhl, *Foreign Influences*, s: 23–28, *History of Law in Japan Since 1868*, edited by: Wilhelm Röhl, Brill, 2005 İçinde, Ronald Frank, *Civil Code: General Provision, History of Law* içinde, s: 166–204

Resepsiyonu ve Cumhuriyet Dönemi Türk Resepsiyonu olmak üzere iki ana başlık altında inceleyemeyi uygun görüyoruz.

aa- Tanzimat Dönemi Osmanlı Resepsiyon Süreci ve Bu Dönemdeki Resepsiyon Çalışmaları

Tanzimat hareketinin bir geçiş dönemi olması sebebiyle başlangıç ve sona erişini kesin sınırlarla belirlemek mümkün olmamakla birlikte³⁴ genellikle III. Selim (1789–1807) zamanında yapılan bir dizi reform hareketi bu devrin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Eski nizam ve teşkilat yerine orduya yeni bir düzen vermek isteyen III. Selim “Nizâm-ı Cedîd” tabirini kullanırken, zaman içinde devletin bütün teşkilat ve müesseselerine yeni bir düzen verilmesi isteğiyle “Nizâm” yerine “Tanzimat” tabiri kullanılmaya başlanmıştır.³⁵

3 Kasım 1839 tarihinde ilan edilen Gülhane-i Hatt-ı Hümayun ile reform süreci hızlanmış ve Osmanlı tarihinde ilk defa bir padişahın yetkileri sınırlanarak “hukuk devleti” ilkesinin gerçekleştirilmesi yolunda önemli bir adım atılmıştır.³⁶

28 Şubat 1856 tarihinde ilan edilen Islahat Fermanı ise hukukî bakımdan Tanzimat Fermanı’nın tamamlayıcısı niteliğindedir. Tanzimat Fermanı’nın ilanından sonra yapılması hedeflenen bir takım değişikliklerin gerçekleştirilememesi Islahat Fermanı’nın ilanındaki başta gelen sebeplerdendir.

Tanzimat ve Islahat Fermanları’nın ön gördüğü hususların gerçekleştirilmesi için pek çok kanun çıkarılmıştır. Bu dönem yapılan kanun çalışmalarını; batı hukukundan tercüme yoluyla yapılan resepsiyon çalışmaları ve yabancı bir

³⁴ Bazı hukuk tarihçileri Tanzimat Devrini, hukuk tarihi açısından Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nun ilan edildiği 1839 tarihinden birkaç sene öncesinden başlatıp Cumhuriyetin hukuk inkılaplarının yapıldığı 1924–1926 yıllarına kadar devam ettirirler. Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Devleti’nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü*, TALİD, cilt: 3, sayı: 5, 2005, s: 417

³⁵ Tanzimat, düzenleme, nizam verme anlamına gelen “tanzim” kelimesinin çoğuludur. Bir devri ifade için kullanılan bu kelime, daha çok hukuk faaliyetlerini çağrıştırır niteliktedir. Nitekim bazı batılı yazarlar tarafından Tanzimat kelimesi, “*legislation*” olarak karşılanmış ve bu dönem öyle anılmıştır. Bu sebeple Tanzimat’ın en önemli yönünün hukukî yönü olduğu söylenebilir. Mustafa Şentop, *Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü*, TALİD, cilt: 3, sayı: 5, 2005, s: 647

³⁶ Gülhane-i Hattı Hümayunda padişah kanuna uyma sözü vermiştir. Bu bakımdan “Kanun”, Tanzimat siyasal kültürünün baş tacı ettiği bir kavram haline gelmiş ve adeta bir “kanun yüceltmesi” (culte) yaşanmıştır. Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s: 98

kanunun esas alınmadığı, doğrudan doğruya hazırlanan yerli kanunlar olmak üzere³⁷ iki ana başlık altında toplamak mümkündür.

Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra ilk kanun çalışması ceza hukuku alanında yapılmış ve Fermanın ilanından yedi ay sonra 3 Mayıs 1840 tarihinde bir ceza kanunu hazırlanmıştır. Esasen bu dönemde resepsiyon yoluyla yapılan hukukî düzenleme 1858 tarihli *Ceza Kanunu*'dur. Ancak konu bütünlüğünün sağlanması açısından 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunlarıyla ilgili kısaca da olsa bilgi vermeyi uygun görmekteyiz.

Bu dönemin ilk kanun çalışmaları kamuoyunun muhtemel tepkisi dikkate alınarak ceza hukuku alanında başlamıştır. Osmanlı Devleti'nde, İslâm ceza hukukunun boşluk bıraktığı alanların padişahın örfî yetkisine dayandırılarak doldurulması sebebiyle (*tazir*), kamuoyu esasen bu tarz bir faaliyete yabancı değildi. Ayrıca II. Mahmut döneminde, 1838 yılında ulema ve memurlar için iki ceza kanunnâmesi çıkarılmıştı. Bu kanunnâmelerin en önemli özelliği, ilk kez belirli bir sınıf vatandaşın bir kanun metninde yazılı suçlardan başkasıyla itham edilemeyeceğinin ve orada belirlenen cezalardan başkasına da çarptırılmayacağını belirtmesiydi. Buna göre artık memurların kısas ve hadd cezaları dışında ölümle cezalandırılmaları sona ermekte, yüzlerce yıl kamu görevlilerinin korkulu rüyası olan “*siyaseten katl*” tarihe karışmaktaydı. Ayrıca, memurların işleyebilecekleri suçlar ve cezalar ayrı ayrı belirtilmekteydi. Bu kanunnâmeler, modern anlamda kanun tekniğine tam olarak uygun olmamakla birlikte Avrupaî anlamda bir ceza sistemine geçişi sağlamaları açısından önemli bir adımdı.

3 Mayıs 1840 tarihli *Ceza Kanunu*, 1838'de memurlar için hazırlanan ceza kanununun (*Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnâmesi*) uygulanmasından doğan problemleri gidermek için çıkarılmıştır. Bu kanun, Osmanlı Devleti'nde tüm vatandaşları, ayrıcalıksız olarak kapsamına alan ilk kanun olup, suçları gruplara ayırmakta, ölüm cezasını gerektirecek eylemleri sınırlamakta ve bu cezanın infazını

³⁷ Enver Ziya Karal, *Tanzimattan Evvel Garplılaşıma Hareketleri*, Tanzimat I İçinde, s: 13–20, İlyas Doğan, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Aydınlarında Çağdaşılaşma Sorunu ve Arayışlar*, Uluslararası Kuruluşunun 700. Yıldönümünde Bütün Yönleriyle Osmanlı Devleti Kongresi Bildirileri İçinde, Konya, 2000, s: 485–495, Eyüp Sabri Erman, *Türk Devlet İdaresi ve Hukukunda Reform Hareketleri*, Adalet Dergisi, sayı: 2–3, 1973, s: 101–103, Cin, *Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku*, s: 11–13, Kemal Beydilli, *Küçük Kaynarca'dan Tanzimat'a Islahat Düşünceleri*, İlmi Araştırmalar, sayı: 8, İstanbul, 1999, s: 25–64, Halil Cin-Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, 1995, s: 117–118, Yavuz Abadan, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri*, AÜHFİD, cilt: XIV, sayı: 1–4, 1957, s: 3–17, Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 304–316

padişahın onayına bağlamaktaydı. Kanunda hem şerî hem de örfî cezalar birleştirildiği için ceza hukuku alanında birleşme sağlanmıştı ki bu da önemli bir adımdı.

1851 yılında ise 1840 tarihli *Ceza Kanunu*'nun yerine yeni bir ceza kanunu (*Kanun-i Cedîd*) yürürlüğe girmiştir. Bir öncekine göre büyük bir yenilik getirmeyen bu kanunun en önemli özelliği, adam öldürme suçlarında maktulün velilerinin (suçun mağdurlarının) kisası gerektiren durumlar da suçluyu affetmesinin, devletçe bağlayıcı olmaması ilkesini getirmesiydi. Mağdurun yakınları tarafından suçlu affedilse bile, devletin suçluyu cezalandırabileceği ifade edilmekle, İslâm ceza hukukunun, özel hukuka yaklaşan bir ilkesi kaldırılarak, kamu davası anlayışı Osmanlı hukukuna girmişti.

Fransız mevzuatından esinlenerek 3 Şubat 1855'de çıkarılan “*Rüşvetle Mücadele (Men-i İrtikâb) Nizamnâmesi*” ile bir taraftan Osmanlı ceza hukukunun Batıya açılması kolaylaşmış diğer taraftan bu nizamnâme, 9 Ağustos 1858 tarihli *Ceza Kanunnâmesi*'ne de bir alt yapı işlevi görmüştür. 1810 tarihli *Fransız Ceza Kanunu*'na dayanan 1858 tarihli *Ceza Kanunnâmesi*,³⁸ ağırlıklı olarak Fransızca metnin aynen çevirisi ile hazırlanmıştır.³⁹ Bu yasa ile zina eden kadının recm olunması, sarhoşların kırbaçlanması, hırsızların elinin kesilmesi gibi cezalar kaldırılmıştır. Hâlbuki bu cezalar, bu suçları işleyenler için İslâm hukukunca

³⁸ Ceza Hukuku alanında yapılan bu çalışmaların Fransız Hukuk sisteminden etkilendiğine dair hâkim görüşün doğru olmadığına dair tartışmalar için bkz: Pertev Bilgen, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Hukuk Devleti Fikri ve 3 Mayıs 1840 Tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu*, Toplum ve Ekonomi, sayı: 2, 1991, s: 63–76 ve M.Macit Kenanoğlu, *Osmanlı Kanunnâmeleri Neşriyatı Üzerine Bir Tahlil*, TALİD, cilt: 3, sayı: 5, 2005, s: 175

³⁹ Tahir Taner, *Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku*, Tanzimat I İçinde, s: 221–232, Taner, *Ceza Hukuku*, İstanbul, 1949, s: 144–150, Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 34–36/40–41, Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 96–103, Bozkurt, *Tanzimat ve Hukuk*, Tanzimatın 150.Yıldönümü Sempozyumu İçinde, Ankara, 1994, s: 273–274, Gabriel Baer, *The Transition From Western Criminal Law in Turkey and Egypt*, Studia Islamica, sayı: XLV, 1977, s: 139–148, Anton Bertram, *The Legal System of Turkey*, The Law Quarterly Review, sayı: 25, 1909, s: 24–28, Cin, *Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku*, s: 18–19, Cin, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 287–290, Ahmet Akgündüz *1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnâmesinin Hukukî Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men'i İrtikab Kanunnâmesi*, Belleten, c: 51, sayı: 199, s: 153–173, Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 309, 321–322, Naci Şensoy, *The Reception of Foreign Codes of Criminal Law and Criminal Procedure in Turkey*, Annales İçinde, s: 182–183

konulmuş olan cezalardır.⁴⁰ Bu yasa ile modern anlamda ceza hukuku Osmanlı Devleti'ne girmiştir.⁴¹

Tanzimat döneminde özel hukuk alanında çıkarılan ilk kanun ise *Kanunnâme-i Ticaret*'tir. 1807 tarihli *Fransız Ticaret Kanunu*, *Kanunnâme-i Ticaret* adıyla 1849'da Çamiç Ohannes Efendi tarafından tercüme edilmiştir. Bu kanunun ticaret hukukuna ilişkin 1. ve 3. kitapları 1850 yılında, İflasa ilişkin hükümleri ihtiva eden 2. kitabı ise *İflas Kanunnâmesi* adıyla 1855'de yayınlanmıştır

Ticaret Kanunnâmesi'nin yürürlüğe girmesi, ticaret davalarında takip edilecek usûl konusunda uygulamada çıkan olumsuz sonuçlara cevap vermede yetersiz olduğu için 1861'de yine *Fransız Ticaret Usûl Kanunu*'nun tercümesi yoluyla, *Usûl-u Muhâkeme-i Ticaret Nizamnâmesi* kabul edilmiştir. Bu kanunun önemi, Osmanlıda şerî yargılama usûlünden ayrılan ilk yasal düzenlemeye örnek oluşturmasıdır. Bu kanunda İslâm hukukuna ve Osmanlı uygulamasına uyum meselesi dikkate alınmamış, ticaret hukuku ayrı bir teknik alan gibi düşünülmüştür.⁴² Ceza hukuku alanında yapılan bazı düzenlemelerde uygulamada İslâm hukukunun geri plana itilmesine karşın 1850 tarihli *Ticaret Kanunu*'nda ise ilk kez dini hukuka aykırı bir takım hükümler getirilmiştir. İslâm hukuku tarafından kesin olarak yasaklanan faiz bu yasa ile ticari ihtiyaçlar için kabul edilmiştir.⁴³

5 Kasım 1850 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren ve 314 maddeden oluşan *Ticaret Kanunnâmesi*'nin İslâm dünyası için önemi şudur: Bu kanunnâme ile Avrupa hukuku ilk defa bu kadar şümüllü bir şekilde İslâm ve Osmanlı dünyasına giriş yolu bulmuştur. Çünkü ticaret hukuku kapsamında değerlendirilebilecek *Ticaret Kanunnâmesi*, Osmanlı sosyal ve iktisadî kültüründen kaynaklanan kanunlardan oluşmamış, Fransız ticaret hukukundan alınarak hazırlanmış kanunlardan teşekkül etmiştir. Dünyanın yeni ekonomik düzenine ayak uydurmak adına liberal nazariyelerden oluşmuş *Fransız Ticaret Kanunu*'nun adaptasyonu, çıkarıldığı dönemi ve şartları düşündüğümüzde, Osmanlı Devleti'nin fikrî, siyasî ve ekonomik

⁴⁰ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri ve Bunun Batı Hukuk Sistemleriyle İlişkileri*, Prof.Dr. Fikret Arık'a Armağan, Ankara, 1973, s: 557

⁴¹ Bazı hukuk tarihçileri Ceza Hukuku alanında yapılan bu düzenlemeleri, Osmanlı Devletinin dinî hukuktan sapması şeklinde değerlendirmektedir. Özellikle ilk nesil Cumhuriyet aydınları (Barkan, Velidedeoğlu vb.) özelde Ceza Hukuku genelde de Tanzimat dönemi resepsiyonlarını Osmanlı Devleti'nin laikleşmesi ve İslâm hukukunu terk etmesi şeklinde yorumlamaktadırlar.

⁴² Şentop, *Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü*, s: 656

⁴³ Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma*, s: 575

liberalleşme ve laikleşmesi yolunda atılmış önemli bir adımdır. Bu *Ticaret Kanunu* ile Osmanlıda, Batı mevzuatına uygun şirket kurulmasına kapı aralanmış, faiz kabul edilmiş, ticari davalarda din ve mezhep ayrımı kaldırılmış, ticari davaların görülmesi için ticaret mahkemelerinin kurulması esası getirilmiştir.⁴⁴

1863 yılında sadece Fransa değil, Hollanda, Sardunya, Prusya gibi diğer denizci milletlerin de kanunlarından istifadeyle *Ticaret-i Bahriye Kanunnâmesi* tercüme edilip yürürlüğe girmiş ve böylece ticaret kanunu ile ilgili düzenlemeler tamamlanmıştır.⁴⁵

21 Haziran 1879’da, 1807 tarihli *Fransız Hukuk Yargılama Kanunu*’na dayanan, *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukukîyye Kanûn-i Muvakkatı* çıkarılmıştır. Kanun, Fransız örneği ile *Mecelle*’deki usûl hükümlerini içeren (karma) bir nitelik taşımaktadır.

Ceza hukuku alanındaki hızlı kanunlaştırmaya karşılık, bu kanunun uygulanmasıyla doğrudan doğruya ilgili olan yargılama kuralları çok geç kabul edilmiştir. 1808 tarihli *Fransız Ceza Yargılama Kanunu* tercüme edilerek 25 Haziran 1879’da *Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu* kabul edilmiştir.⁴⁶

Tanzimat dönemi resepsiyon faaliyetleri ana hatlarıyla bunlardan ibaret olup, bu dönem resepsiyonları genel olarak da şu özelliklere sahiptir.

Birincisi: Hukuk sisteminde ve kanunlarda düâlitenin bulunmasıdır. Klasik dönemde uzun yıllar çok iyi işleyen yargı fonksiyonu ve adliye teşkilatı, devletin bütün unsurlarındaki bozulma ile beraber zayıflamıştır. Buna, son asırlardaki ticari gelişmeler, Avrupa’nın baskısı, merkezî otoriteyi güçlendirme endişesi de eklenince, adliye teşkilatında bir ıslahata ihtiyaç duyulmuştur. Tanzimat reformcuları bu ıslahatı, mevcut adliye teşkilatı üzerinde icrâ etmek yerine, eskisinin yanında, modern ihtiyaçları bir nebze olsun karşılayacak, görev ve yetki sahası farklı yeni bir adliye teşkilatı kurmayı tercih etmişlerdir. Bunun sonucu olarak da Osmanlı

⁴⁴ Ejder Okumuş, *Osmanlı Şibih-laik Tanzimat Devleti’nin Oluşum Sürecinde Ekonomide Laikleşmenin Belirtileri*, İslâmi Araştırmalar, sayı: 19/1, 2007, s: 182–183

⁴⁵ Bertram, *The Legal System of Turkey*, s: 28–30, Velidedeoğlu, *De Certains Problemes Provenant De La Reception Du Code Civil Suisse En Turquie*, Annales İçinde, s: 104, Jasper Yeales Brinton, *Judicial Reform in Turkey*, The Constitutional Review, sayı: 5, 1921, s: 6–7, Bozkurt, *Tanzimat ve Hukuk*, s: 276, İlber Ortaylı, *Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri Üzerine*, Türk Siyasal Hayatının Gelişimi İçinde, İstanbul, 1986, s: 165, Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 329

⁴⁶ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 62–63, Bozkurt, *Tanzimat ve Hukuk*, s: 274, Bertram, *The Legal System of Turkey*, s: 29–30, Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 323

Adliyesinde bir düalite meydana gelmiştir.⁴⁷ Bu arada İmparatorlukta İslâm hukukunun uygulanmasına devam edildiği için esaslı bir meşruiyet problemi de doğmamıştır. Böylece kamuoyundan gelebilecek muhtemel tepkilerin de önüne geçilmiştir.

İkincisi: Gerek adlî teşkilatta yapılan reformlarda gerekse tercüme yoluyla alınan kanunlarda, Osmanlı Devleti'nin öteden beri müttefiki olan ve kendi kültürünü dünyaya dayatma çabasında bulunan Fransa model olarak alınmıştır. Bunda da, Osmanlı ıslahatını gerçekleştirenlerin hemen hepsinin otoriter bir bürokrat zihniyetinin hâkim olduğu Fransa'da yetişmesinin ve bu kültüre aşına ve hayran olmalarının son derece büyük etkisi bulunmaktadır.⁴⁸

Üçüncüsü: Osmanlı Devleti'nde kanunnâme geleneğinin bulunması ve İslâm hukukunun boşluk bıraktığı alanların, İslâm'ın devlet başkanına tanıdığı yetkiye dayandırılarak doldurulması gibi sebeplerden dolayı bu dönem yapılan faaliyetler, devlet başkanının yasama yetkisi içinde değerlendirilmiş ve kamuoyundan ciddi tepkiler gelmemiştir.⁴⁹

Tanzimat dönemi, Osmanlı Devleti'nin pek çok alanda değişim içine girdiği bir dönemdir. Değişimin hukuk alanına yansıyan kısmı sadece ceza, ticaret gibi maddî hukuk resepsiyonlarından ibaret olmayıp aynı zamanda yargılama usûlüne ilişkin şekli hukuku da kapsamıştır. Burada Tanzimat döneminde Osmanlı Devleti'nin yabancı hukukları iktibasını ele aldığımızdan dolayı resepsiyon faaliyetleri dışındaki hukukî gelişmelere temas etmeyip sadece konu bütünlüğünün sağlanması açısından resepsiyon dışındaki hukukî faaliyetleri isim olarak zikretmekle yetiniyoruz. Buna göre; kamu hukukuna ilişkin olmak üzere hazırlanan ve millî özellikleri ağır basan ilk yazılı anayasa (*Kanûn-i Esâsî*) 1876'da, bu sürecin devamı olan II. Meşrutiyet ise 1908'de ilan edilmiştir. Bu dönemin önemli kanun faaliyetleri içinde yerli kanunlar diyebileceğimiz çok önemli çalışmalar yapılmıştır. 1855 yıllarında medeni kanun hazırlanması için Meclis-i Tanzimat bünyesinde oluşturulan Cemiyet-i İlmiyenin tamamlanmamış çalışması olan *Metn-i Metîn*, ekonomisi ağırlıklı olarak ziraata dayalı bir devlet olan Osmanlı Devleti için hayatî öneme sahip 1858 tarihli *Arazi*

⁴⁷ Esasen bu düalite Cumhuriyet dönemi hukuk inkılâbına kadar devam etmiştir. Konuyla ilgili daha geniş bilgi için bkz: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Hukuk Hayatındaki Düalizm ve Şerî Hukuktan Laik Hukuka Geçiş*, Yargıtay 100.Yıldönümü Armağanı, İstanbul, 1968, s: 710-718

⁴⁸ Ekinci, *Osmanlı Devleti'nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü*, s: 419-420

⁴⁹ Şentop, *Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü*, s: 648

Kanunnâmesi, İslâm hukukunun bir kısmının kodifikasyonu diyebileceğimiz 1869–1876 tarihli *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* ve aile hukuku alanında önemli bir boşluğu dolduran 1917 tarihli *Hukûk-ı Aile Kararnâmesi* bu dönemin başta gelen kanun faaliyetlerindendir.

Hukûk-i Âdiyeden olan basit davaların görülmesi için kurulan Divân-ı Deâvi Nezareti, Osmanlı Devleti’nde modern anlamda ilk parlamento ve günümüzdeki Yargıtay ve Danıştay’ın bir prototipi diyebileceğimiz Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye, kanun taslaklarının ve nizamnâmelerin hazırlanmasından sorumlu Meclis-i Âli-yi Tanzimât, daha sonraları bu iki kurumun birleştirilmesiyle oluşan Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye ve 1868 yılında Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye’nin idarî ve yasama işini üstlenen Şûrâ-yı Devlet ile adlî yargı işini üstlenen Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye gibi kurumlar Tanzimat döneminde kurulmuş başlıca adlî ve idarî kurumlardandır.

Mahkemeler ile ilgili düzenlemeye gelince, Ticaret Mahkemeleri, Nizâmiye Mahkemeleri ve Meclis-i Tahkikât adı altında kurulan Ceza Mahkemeleri, Tanzimat dönemi mahkemelerindendir.

Avukatlık kurumu (Muhâmî Müessesesi), 1875 yılında açılan hukuk mektebi ve 1879 tarihli Mukâvelât Muharrirleri Nizamnâmesi ile kabul edilen Noterlik kurumu da hukuk alanındaki diğer önemli gelişmelerdendir.⁵⁰

bb- Cumhuriyet Dönemi Resepsiyon Süreci ve Bu Dönemdeki Resepsiyon Çalışmaları

Batılı devletlere karşı verilen büyük mücadele ile Kurtuluş Savaşı zaferle sonuçlanmış ve yeni Türk Devleti Lozan’da barış görüşmelerine davet edilmiştir. 20

⁵⁰ Mehmet Seyitdanlıoğlu, *Divân-ı Hümayundan Meclis-i Mebusan’a Osmanlı İmparatorluğu’nda Yasama*, Osmanlı Ansiklopedisi, cilt: 6, s: 17–23, Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ*, Ankara 1994, s: 36–63, M.Tayyib Gökbilgin, *Tanzimat Hareketinin Osmanlı Müesseselerine ve Teşkilatına Etkileri*, Belleten, 1967, sayı: XXXI/121, Ankara, 93–119, Fahri Çoker, *Tanzimatın Getirdiği Hukuk Kurumları ve İşlevleri*, Tarih ve Toplum, sayı: 71, 1989, s: 16–20, Mustafa Çalık, *Osmanlı İmparatorluğu’nda Anayasa Fikrinin Doğuşu ve Meşrutiyet Anayasalarında Siyasî Hürriyetler*, Türkiye Günlüğü, sayı: 51, Yaz 1998, s: 61–68, Ortaylı, *Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri*, s: 165–166, Ekrem Buğra Ekinci, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*, İstanbul, 2004, s: 125–157, Cin, *Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku*, s: 23–32, Coşkun Üçok, *Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye’de Kuruluşu*, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1964, s: 45–46, Nevin Ünal Özkorkut, *Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi*, AÜHFD, cilt: 52, sayı: 4, 2003, s: 147–154, Sittika Ayaz, *Osmanlı Devletinde Kanunlaştırma Hareketleri (19–20. Yüzyıllar)*, MÜSBE, Y.Lisans Tezi, İstanbul, 1998, s: 106–145 M.Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985, s: 127–135, Özlem Gülenç, *Tanzimat’ın İlk Yıllarında Yapılan Yasal Düzenlemeler*, Ankara Üniversitesi SBE, Y.Lisans Tezi, 2002, s: 23–104

Kasım 1922’de başlayan Lozan Konferans’ı, hem batılı devletlerin daha önce Osmanlı Devleti’nden elde ettikleri kapitülasyonları koruma hem de Türkiye’de yaşayan gayr-i müslim azınlıkların eski imtiyazlarını sürdürme talebinde ısrar etmeleri nedeniyle zaman zaman kesintiye uğramıştır. Kapitülasyonlara dayanarak faaliyetlerini sürdüren konsolosluk mahkemelerinin keyfî ve adaletsiz uygulamaları ve Türkiye’de yaşayan yabancılara kendi dinî hukuklarının uygulanmasının ortaya çıkardığı problemler yargı birliğini zedelemiş ve ülkede bir “hukuk reform”u yapmayı zorunlu hale getirmiştir. Yeni Türk Devleti’nin Lozan’da bu iki konuda sıkıştırılması da hukuk reformunu hızlandırıcı bir etken olmuştur. Batılı devletlerin Türk Adalet sisteminde kapitülasyonlardan çok daha geniş bir denetim ağı kurmak üzere hazırladıkları tasarıyı (*Türkiye’de Adaletin Yönetimine İlişkin Bildiri Tasarısı*) reddeden Türk Heyetinin konferansı terk etmesi üzerine, batılı devletler bu isteklerinden vazgeçmişler ve Türk Heyeti de görüşmelere yeniden katılmıştır.

Uzun tartışmalar sonucu Lozan Antlaşmasına “*İdare-i Adliyye Dair Beyannâme*” adı altında eklenen bir protokolle Türk Hükümeti, yabancılara Türk mahkemelerinde adil bir yargılamada bulunacağını taahhüt etmiştir. Batılı devletlerin bu iki konuda ısrarcı olmaları, gerçekte kendi vatandaşlarını korumaktan ziyade Osmanlı Devleti’nde hukuk alanında var olan çok başlı sistemin devamını sağlayarak hukuk alanındaki kargaşanın devam ettirilmesi ve bu durumdan istifadeyle devletin iç işlerine müdahale imkânını bulmaktır.⁵¹

Saltanatın kaldırılması ve Lozan Antlaşmasının imzalanmasından sonra sıra hukuk alanında bir takım değişiklikler yapmaya gelmişti. Bu amaçla Adliye Vekâleti tarafından eski kanunları zamanın ihtiyaçlarına göre tadil ve tanzim etmek üzere Medeni Kanun Komisyonu, Usûl-i Muhâkeme-i Şerîyye Komisyonu, Ticaret-i Bahriyye ve Berriyye Komisyonu, Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaîyye Komisyonu ve Kânun-u Ceza Komisyonu gibi komisyonlar kurulmuştur. Medeni Kanun Komisyonu Ahkâm-ı Şahsiyye ve Vâcibât Komisyonu olmak üzere iki alt komisyon halinde

⁵¹Ruth A.Miller, *The Ottoman and Islamic Substratum of Turkey’s Swiss Civil Code*, Journal of Islamic Studies, sayı: 11/3, 2000, s: 338–339, Hıfzı Timur, *The Place of Islamic Law in Turkish Law Reform*, Annales İçinde, s: 76–77, Cemil Bilsel, *Medeni Kanun ve Lozan Muahedesi*, Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçinde, s: 21–71, M.Akif Aydın, *Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan’ın Oynadığı Rol*, İslâmî Araştırmalar, cilt: 8, sayı: 3–4, s: 166–172, Gülnihâl Bozkurt, *Cumhuriyetle Neden Bugünkü Hukuk Sistemimize Geçildi*, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi Sempozyum Bildirileri, Ankara, 2003, s: 8

çalışmalarını sürdürmüştür. Ahkâm-ı Şahsiyye Komisyonu şahsın hukukuna, Vâcibat Komisyonu ise borçlar hukukuna ilişkin konuları düzenlemeye çalışmıştır.

Vâcibât Komisyonu “*ahkâm-ı şeriyye’ye muhalif olmamak üzere, fakihler arasında tartışmalı olan konularda hangi müçtehidin hükmü mevcut ihtiyaçları karşılıyorsa, onun reyî tercih edilerek, Mecelle’nin ilgili konudaki hükümlerinin ona göre tadil olunacağı, fıkıh ile uyumu muhafaza suretiyle hukuk kurumlarından yararlanılacağı, ehliyet ve kifâyeti hâiz pek az hâkimin bulunması ve hâkimlere fazla takdir hakkı bahşetmenin birçok hatalara yol açabileceği*” gibi esaslar çerçevesinde çalışmalarını sürdürmüştür.⁵²

Ahvâl-i Şahsiyye Komisyonu da çalışmalarını Vâcibat komisyonunca benimsenen genel esaslar çerçevesinde sürdürmüş ve sonuçta 1917 tarihli *Hukûk-i Aile Kararnâmesine* çok benzeyen bir tasarı hazırlamıştır. Bu tasarı dönemin Adliye Vekili Seyyid Bey tarafından 30 Aralık 1923’te Meclis’e sunulmuş ve görüşleri alınmak üzere adliye ve şeriyye encümenlerine havale edilmiştir. Her iki encümenin de tasarının özüne dokunmadan yapmış oldukları cüzi bazı değişiklikler sonrası tasarı, yeni adliye vekili Necati Bey tarafından tekrar görüşüleceği gerekçesiyle geri çekilmiştir.

11 Mayıs 1924’de yeniden çalışmalarına başlayan komisyon 142 maddelik bir *aile kanunu lâyihası* hazırlamıştır. Bu lâyiha (*tasarı*) da ana yapısı itibarıyla *Hukûk-i Aile Kararnâmesi*’ne benzemekle birlikte aile hukukunda Müslim-gayr-i müslim farkını ortadan kaldırması, komisyonun çalışma biçimine dair hazırlanan talimatnâme’ye uyularak Batı hukukundan önemli derecede istifade edilmesi, özellikle kazâî boşanma sebepleri arasına İslâm hukukunda olmayan birçok boşanma sebepleri ilave edip talak yetkisini kadın ve erkeğe eşit olarak vermesi ve taaddüt-i zevcâtı hâkimin iznine bağlaması gibi hükümleriyle *Hukûk-i Aile Kararnâmesi*’nden oldukça farklı nitelikler arzetmekteydi.⁵³ Bu Tasarı da 1 Aralık 1924’te Adliye

⁵² Velidedeoğlu, *İsviçre Medeni Kanunu Karşısında Türk Medeni Kanunu*, Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçinde, s: 352, Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 186

⁵³ 1917 tarihli H.A.K.’nin 1923 ve 1924 tarihli tasarılarla mukayesesi için bkz: Abdullah Akdoğan, *Türkiye’de 1919–1927 Yılları Arasında Aile Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Çalışmaları*, MÜSBE, Y.Lisans Tezi, İstanbul, 1999, s: 75–79

Encümenine havale edilmesine rağmen⁵⁴ medeni kanun hazırlıkları başladığından dolayı görüşülmeden rafa kaldırılmıştır.⁵⁵

Avrupa’da hukuk eğitimi almış olan bazı aydınların yazdıkları makalelerde gündeme getirdikleri Batı hukukunun resepsiyonu fikri her geçen gün güçlenmiş ve mevcut kanunlarda “tadil ve tanzim” yapmak yerine batılı devletlerin kanunlarının alınması fikri üstün gelmiştir.⁵⁶

Kanaatimizce burada bir hususun özellikle vurgulanması gerekmektedir. Bugün Türkçe hukuk tarihi eserlerinde Cumhuriyet dönemi hukuk faaliyetleri Tanzimat dönemi göz ardı edilerek ele alınmaktadır. Hâlbuki bu sürecin birbirinden bağımsız iki bölüm olarak ele alınması yanlıştır. Çünkü memleketimizin batılılaşma macerası Tanzimat dönemiyle başlamış, Cumhuriyet döneminde ise şekil ve muhteva bakımından bir takım değişikliklerle hız kazanarak devam etmiştir. Bu bakımdan Türkiye Cumhuriyeti’nin yapmış olduğu hukuk inkılâbını temelleri Tanzimatla başlayan bir sürecin son aşaması olarak kabul etmek mümkündür. Ancak Tanzimat döneminde yapılan reformların Cumhuriyet dönemindekilere göre en önemli farkı, eski hukuk sisteminin bütünüyle ortadan kaldırılmaması ve yüzyıllardır devam eden İslâm hukuk uygulaması konusunda kamuoyunun beklentilerinin ve tepkilerinin dikkate alınmasıdır. Cumhuriyet döneminde ise bu tepkiler dikkate alınmamış, çok farklı bir hukuk ikliminden resepsiyonda bulunulmuştur. Bu dönemde yapılan pek çok hukukî düzenleme Tanzimat’tan beri süren tercüme vb. çalışmaların devlet eliyle resmiyete dökülmesinden ibarettir. Cumhuriyet döneminde hukuk tarihi açısından

⁵⁴ Lâyîhanın tam metni ve detaylı bilgi için bkz: Şamil Dağcı, *Mehmet Gönenli ve Türk Hukukuna Katkıları*, AÜİFD, cilt: XLIV, sayı: 2, 2003’den ayrı basım, s: 9–24

⁵⁵ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya, 1988, s: 306–310, Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, s: 236–239, Velidedeoğlu, *İsviçre M. K. Karşısında T.M. Kanunu*, s: 350–364

⁵⁶ Esasen batıdan kanun iktibas etme fikri Cumhuriyet dönemi ile başlayan bir süreç değildir. Daha 1914 yılında, İsviçre Medeni Kanunu, Dr.Nezâret Haçeriyan tarafından çevrilerek Cerîde-i Adliye’de yayınlanmıştır. Fransız Hukukçusu Planiol’ün Fransız Medeni Hukukuna ilişkin bir eseri de, 1918 yılında çevrilerek Cerîde-i Adliye’nin eki olarak yayınlanmıştır. Daha önceden de, Fransız Medeni Kanunu (*Code Civil*) ile Alman Medeni Kanunu da (*BGB*) dilimize çevrilmiş ve hukukçuların istifadesine sunulmuştur. Bütün bu çalışmalar, Cumhuriyet döneminde Batı Hukukunun resepsiyonuna çok önemli katkılar sağlamıştır. Daha detaylı bilgi için bkz: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, 1951, s: 74–75, Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 186–188. Bir de bu çalışmaların dışında başlı başına bir hukuk sahasını düzenlemekten ziyade nispeten hukukun daha dar alanını düzenleyen bazı tercüme de yapılmıştır. Örneğin; İsviçre Memurîn Kanunu (CA, Aralık 1340, sayı: 29, Ocak 1341, sayı: 30, Şubat 1341, sayı: 31), Alman Memurîn Kanunu (CA, Ocak 1341, sayı: 30, Şubat, 1341, sayı: 31) Alman Sulh Mahkemeleri Kanunu (CA, Ocak, 1341, sayı: 30) vb. tercüme yabancı hukuk sistemlerini Türk toplumuna tanıtan tercümelerdendir.

oldukça kısa diyebileceğimiz bir dönemde⁵⁷ bu kadar hızlı bir resepsiyon süreci yaşanmasında önceden yapılan bu tercüme faaliyetlerinin çok önemli bir etkisi olmuştur.

Bu dönem yapılan resepsiyon çalışmaları içinde en dikkat çekici olanı *İsviçre Medeni Kanunu*’nun yeni devletin medeni kanunu olarak iktibas edilmesidir. Dönemin Adliye Vekili Mahmut Esat Bey’in de aralarında bulunduğu pek çok hukukçu eğitimlerini İsviçre’de tamamlamışlardır. Yeni devletin idarî teşkilatında görev alan bu nesil, *İsviçre Medeni Kanunu*’nun resepsiyonunda etkili olmuşlardır.⁵⁸ Bunun yanında, dilinin sade ve açık olması, hâkime geniş takdir yetkisi tanıyarak elastiki bir yapıda olması, liberal karakterde olması, kadın-erkek eşitliğine dayanan bir aile düzeni içermesi ve İsviçre’nin I. Dünya Savaşı’na katılmayan tarafsız bir ülke oluşu gibi sebepler de *İsviçre Medeni Kanunu*’nun resepsiyonunda etkili olmuştur.⁵⁹

Hukukçulardan oluşan bir komisyon tarafından Fransızca aslından⁶⁰ tercüme edilen *İsviçre Medeni Kanunu*’nun tercümesinde, literatürde Türkçe karşılıklarının olmaması nedeniyle zaman zaman güçlüklerle karşılaşmıştır. Bu durum gerek dil

⁵⁷ Cumhuriyet dönemi resepsiyonlarının “alelacele tercüme ve iktibas edilerek” uygulama sahasına konmasını Eyüp Sabri Erman, her şeyi bir an önce düzeltmek ve yoluna koymak isteyen Türk Devriminin beklemeye tahammülü olmamasına bağlamaktadır. Daha detaylı bilgi için bkz: Erman, *Türk Devlet İdaresinde ve Hukukunda Reform Hareketleri*, Adalet Dergisi, s: 105

⁵⁸ “Ülkemiz hukuk tarihçilerinin pek çoğu iktibasın haklılığını ve yerindeliğini ispat etmeye çalışmaktadırlar. Yazılanlarda hâkim olan temel anlayışın, “İslâm hukukundan kurtulmak için yapılacak her şey doğrudur” anlayışı olduğu görülmektedir. Bu sebeple, kanunun İsviçre’den alınmış olması, bizatihi önemli değildir. Fakat yine de pek çok müellif, İsviçre Medeni Kanununun tercih edilmesinin makul ve haklı sebeplerini sıralamaktadır. Ancak bütün bu sebepler sıralanırken, İsviçre Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu’nun yıllar önce Osmanlı Türkçesine tercüme edildiği, Ceride-i Adliye’de yayımlandığı, daha sonra da kitap olarak basıldığı hususuna değinilmemektedir.” Şentop, *Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü*, s: 661.

⁵⁹ Aytekin Ataay, *Neden İsviçre Medeni Kanunu*, *İsviçre Medeni Kanununun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından İktibası Nedenleri*, Medeni Kanunun 50. Yıldönümü Sempozyumu Bildiriler İçinde, İstanbul, 1978, s: 59–72, Andreas B. Schwarz, *Bugünkü Hususî Hukuk Kanunlaştırmalarında İsviçre Medeni Kanununun Tesiri*, çev: Kudret Ayiter, Adalet Dergisi, sayı: 8, Ağustos, 1948, s: 964–967, Hüseyin Avni Göktürk, *Türk Medeni Hukuku, İkinci Kitap: Aile Hukuku*, Ankara, 1954, s: 270–272, Hüseyin Nail Kubalı, *Les Factours Determinants de la Reception En Turquie et Leur Porte Respective*, Annales İçinde, s: 45, Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, *Special Aspects of the Turkish Reception of Law*, Annales İçinde, s: 163–165, Adil İzveren, *The Reception of the Swiss Civil Code in Turkey and the Fundamental Problems Arising in The Practise of Turkish Courts Out of This Reception of a Foreign Civil Law*, Annales İçinde, s: 171–174, Bozkurt, *Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı*, s: 11–12, Emin Başaklar, *Türk Aile Hukuku Devrimi*, III. Türk Hukuk Kurultayı Bildiriler İçinde, 1981, Ankara, s: 193–206

⁶⁰ İsviçre kantonlarında Almanca, Fransızca ve İtalyanca konuşulmasından dolayı, İsviçre Medeni Kanununun Almanca, Fransızca ve İtalyanca versiyonlarından, Fransızca metin tercümeyle esas alınmıştır. Lipstein, makalesinde bu diller arasındaki tercümelerde farklılıklar olduğunu ama İsviçre kanun ruhuna en uygun dilin Fransızca olduğunu bu nedenle Türk Medeni Kanunun İsviçre Medeni Kanununa benzerliğinin en üst düzeyde olduğunu ifade etmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz: K.Lipstein, *The Reception of Western Law in Turkey*, Annales İçinde, s: 12–13

reformu gerekse yeni kavramların icat edilmesiyle aşılmağa çalışılmıştır.⁶¹ Tercüme hatalarının⁶² yol açtığı belirsizlikler ise zaman içerisinde uygulayıcı tarafından, lâfzî yorum yerine gaî yorum yapılmak suretiyle giderilmeye çalışılmıştır.⁶³

4 Ekim 1926'da yürürlüğe giren *Medeni Kanun* evlilikte tek eşliliğin kabul edilmesi, medeni haklardan yararlanmada kadın-erkek eşitliği ilkesini benimsemesi gibi pek çok yeni ve temel ilke getirmiştir.⁶⁴

İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninden aynen tercüme edilerek hazırlanan *Borçlar Kanunu* da 22 Nisan 1926'da Meclis'te kabul edilmiş ve *Medeni Kanun* ile birlikte yürürlüğe girmiştir.⁶⁵

Ceza hukuku alanında ise *İtalyan Ceza Kanunu*⁶⁶ iktibas edilmiş,⁶⁷ 1 Mart 1926'da T.B.M.M' ne sunulan bu kanun, 24.4.1926'da kabul edilerek, 1 Temmuz 1926'da yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla "kanunsuz suç ve ceza olmaz" prensibi Türk ceza hukukunda yerini almış ve Türk hukuk sistemi modern anlamda bir ceza kanununa kavuşmuştur. Tazir, kısas gibi uygulamalar kaldırılmış, suç ve cezalar Batı hukuk sistemine göre tasnif edilmiştir. Zaman içinde Ceza Kanunu'ndaki bir takım eksiklikler göz önünde bulundurularak, 1930 tarihli yeni *İtalyan Ceza Kanunu* (*Codice Rocco*)'dan pek çok hüküm alınmış ve yeni Ceza Kanunu 11.6.1936'da yürürlüğe girmiştir.⁶⁸

Ticaret hukuku alanında ise *Alman ve İtalyan Ticaret Kanunları*'ndan iktibasta bulunulmuş ve *Medeni Kanunla* birlikte yürürlüğe girmiştir. *Ticaret Kanunu*'nun İsviçre'den değil de Almanya ve İtalya'dan iktibas edilmesinin sebebi, *İsviçre Ticaret Kanunu*'nun o zamanlar da henüz tam olarak oluşturulmamasıdır. Ayrıca Kıta Avrupa'sının en yeni ticaret kanunu *Alman ve İtalyan Ticaret Kanunları*ydı. Bu

⁶¹ Velidedeoğlu, *İsviçre M.K. Karşısında Türk M.K.*, s: 388–400

⁶² Coşkun Üçok, *Medeni Kanunumuz ve Türkiye'nin Hukukî Bünyesi*, AÜHFD, cilt: 8, sayı: 3–4, 1951, s: 365

⁶³ Arzu Oğuz, *Türk Medeni Hukukunun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü*, AÜHFD, c: 55, sayı: 1–2, 2006, s: 203

⁶⁴ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 198

⁶⁵ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 196

⁶⁶ 30 Haziran 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, dönemin Adalet Bakanı Zanardelli tarafından hazırlandığından dolayı onun adını taşımaktadır. Literatürde *Codice Zanardelli* (Zanardelli Kanunu) olarak bilinen bu kanun Türk Ceza Kanunu için esas kabul edilmiştir.

⁶⁷ Bu kanunun tercümesinin hazır olduğundan dolayı iktibas edildiği şeklindeki değerlendirmeler için bkz: Zeki Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı*, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi Sempozyumu, Bildiriler İçinde, Ankara, 2003, s: 175.

⁶⁸ Taner, *Ceza Hukuku*, s: 149–152, Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 199–203, Şensoy, *The Reception of Foreign Codes of Criminal Law*, s: 184–185, Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı*, Bildiriler İçinde, s: 165–211

kanunla sigorta, faiz, ipotek vb kurumlar Türk hukukuna girmiştir. Ancak kanunun değişik ve farklı hukuk sistemlerinden iktibas ve tercümesinde bazı hataların bulunması gibi sebeplerle yürürlüğe girdiği tarihten itibaren tenkit edilmeye başlanmış ve 1 Ocak 1957 tarihli yeni *Türk Ticaret Kanunu* ile yürürlükten kaldırılmıştır.⁶⁹ Alman hukukundan iktibas edilen *Deniz Ticaret Kanunu* ise 13 Mayıs 1929'da kabul edilmiş, zaman içinde ortaya çıkan bir takım eksiklikler üzerine, 19.6.1956'da kabul edilen yeni kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.⁷⁰

Hukuk muhâkemeleri usûlü kanunu olarak ise 7 Nisan 1925 tarihli *Code de Procedure Civile* adlı İsviçre'nin Neuchatel Kantonu'nun *Medeni Usûl Kanunu* iktibas edilmiştir. 5 Ekim 1927'de yürürlüğe giren bu kanun da sonraki zamanlarda pek çok kez değişikliğe uğramıştır.⁷¹

1877 tarihli *Alman Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu*'nun resepsiyonu ile hazırlanan *Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu* ise 20 Ağustos 1929'da yürürlüğe girmiştir.⁷²

Cumhuriyet dönemi resepsiyonlarının son halkası, *İsviçre Federal İcrâ ve İflas Kanunu*'ndan iktibasla hazırlanan *Türk İcrâ ve İflas Kanunu*'dur. Kanun, 4 Eylül 1929'da yürürlüğe girmiş, zaman içinde ortaya çıkan aksaklıklar üzerine İtalyan Hukukundan istifadeyle 1932'de bir takım değişiklikler yapılmıştır.⁷³

cc- Osmanlı Dönemi Resepsiyon Süreci ile Cumhuriyet Dönemi Resepsiyon Sürecinin Mukayeseli Değerlendirilmesi

Yukarıda ana hatlarıyla görüldüğü gibi resepsiyon faaliyetleri Cumhuriyet döneminden çok daha önceleri Osmanlı Devleti zamanında başlamıştır. Ancak bu iki dönemin resepsiyon çalışmaları arasında bir mukayese de bulunulursa şu sonuçlara varmak mümkündür.

Osmanlı dönemi resepsiyon faaliyetlerinin itici gücü dış baskılardır. İktisadî, siyasî ve askerî alanlarda zayıflayan Osmanlı Devleti, gayr-i müslim vatandaşlarının hukukî durumlarıyla ilgili olarak batılı devletlerin baskı ve yönlendirmelerine maruz

⁶⁹ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 205

⁷⁰ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 206

⁷¹ Baki Kuru, *Hukuk Muhâkemeleri Usûlü*, Ankara, 1968, s: 13–14, Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz: Emel Hanağası, *Hukuk Usûl Muhâkemeleri Kanununun Tarihsel Gelişimi*, Ankara Üniversitesi SBE, Y.Lisans Tezi, Ankara, 2001

⁷² Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 207

⁷³ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 207

kalmıştır. Konsolosluk ve cemaat mahkemeleri yoluyla Osmanlı Devleti'nin egemenlik ve bağımsızlığına müdahale imkânı bulan batılı devletler, Osmanlı Devleti'ne hukuk reformları konusunda baskı ve yönlendirmelerde bulunmuşlardır. Cumhuriyet dönemi resepsiyonlarının itici gücü ise değişme ve modernleşme isteğidir. Lozan sürecinde batılı devletlerin baskı ve yönlendirmelerini iç işlerine müdahale sayan Türkiye Cumhuriyeti, dönemin şartlarını göz önünde bulundurarak bir resepsiyon sürecine gitmiştir.

Osmanlı döneminde yapılan resepsiyonlarda Fransız hukuk sistemi ve kanunları hâkim konumda iken Cumhuriyet dönemi resepsiyonlarında farklı ülkelerin hukuk sistemleri ve kanunları iktibas edilmiştir.

Osmanlı dönemi resepsiyonları, hukukun belirli alanlarında ve kısmî olarak yapılmışken, Cumhuriyet dönemi resepsiyonları hukukun her alanını kapsayan, küllî bir resepsiyondur.

Osmanlı dönemi resepsiyonlarında hukukçular ve bürokratlar daha ön plandayken Cumhuriyet dönemi resepsiyonlarında siyasîler daha ön plandadır.

Osmanlı dönemi resepsiyonları bir anlamda İmparatorluğun ömrünü uzatmak, meselelere geçici çözümler bulup günü kurtarmak endişesiyle yapılmışken, Cumhuriyet dönemi resepsiyonları, hukuk tarihinin gördüğü en radikal ve en kapsamlı resepsiyonlardandır.

Osmanlı dönemi resepsiyonları daha ziyade gayr-i müslim vatandaşların hukukî durumlarını iyileştirmek ve Osmanlı Devleti'nin yabancı ülkelerle ilişkilerini düzenleme amacıyla yapılmışken, Cumhuriyet dönemi resepsiyonları müslim-gayr-i müslim ayırımı yapmadan doğrudan Türk toplumu hedeflenerek yapılmıştır.

Osmanlı dönemi resepsiyonları hukukta birliği sağlayamamıştır. Hatta tam tersine çok başlı hukuk sistemi (*hukukî düalizm*) eski karakterine oranla daha baskın bir hal almışken, Cumhuriyet dönemi resepsiyonları hukukta ve uygulamada birlik ilkesini getirmiştir.

Osmanlı dönemi, bir taraftan batı menşeli kanunların gerek muhteva gerekse şekil bakımından alındığı ama bir taraftan da yerli kanunların yapıldığı karma nitelikli bir dönem iken, Cumhuriyet dönemi ise yerli kanunların olmadığı, bütünüyle yabancı hukuk sistemlerinin ilham kaynağı olduğu bir dönemdir.

B- Zorla Benimsetme ve Hukuk Yoluyla İstila Kavramları

Genelde fetihler ve sömürgeler sonucu ortaya çıkan zorla benimsetme (*imposition*) olgusu bir hukuk tarihi kavramı olarak, üstün bir gücün hâkim olduğu bölgede kendi hukukunu zorla uygulamaya koyması ve bu hukukun zamanla bölgenin ana hukuku haline gelmesidir.⁷⁴

Genel hukuk tarihinde görülen belli başlı zorla benimsetme örnekleri arasında, Napoleon'un Hollanda'yı fethetmesi üzerine Fransız Medeni Kanunu, *Code Civil*'in bu bölgede yürürlüğe konması ve Hindistan'ı sömürgeleştiren İngilizlerin uzun süre bu bölgede Anglo-Sakson hukuk sistemini uygulamaları örnek olarak verilebilir.⁷⁵

Yabancı hukukun zorla benimsetilmesinin iki temel özelliği; benimseme iradesinin yokluğu ve üstün bir güce istemeyerek boyun eğme durumudur. Zorla benimsetmelerde de benimsenmiş hukukun bir süre sonra özümsemişi ve benimseyen ülkede geliştirildiği görülmektedir. Örneğin; Hindistan, Pakistan, Bangladeş ve Burma gibi İngiliz sömürgesi olan ülkelerde zorla benimsetilen İngiliz hukuku zaman içinde özümsemiş⁷⁶ ve eski hukuk sisteminin yerini almıştır.⁷⁷

Bazı hukuk tarihçileri ise bir ülkenin kendi hukukunu hâkim olduğu ülkeye empoze etmesini resepsiyon saymamış, bunun, resepsiyon elbisesi giydirilmiş zorunlu bir hukuk uygulaması olduğuna işaret etmişlerdir.⁷⁸ Bu görüşe göre, resepsiyon kavramı, sadece bilinçli olarak ve istekle yapılan benimsemeler için kullanılabilir. Sömürgeci devletlerin kendi hukuklarını sömürgelerine taşımalarına ise resepsiyon değil, hukuk yoluyla istila (*expansion*) adı verilmektedir. Buna göre, Kuzey Amerika, Hindistan, Avustralya, Güney Afrika'nın bazı bölgelerinde ve Yeni Zelanda'da İngiliz hukukunun, Kanada ve Kuzey Afrika'da Fransız hukukunun, bazı Güney Afrika ülkelerinde ve Seylan'da Hollanda hukukunun, Orta ve Güney Amerika'da İspanyol hukukunun uygulanmış olması Avrupa hukukunun, Avrupa dışındaki bölgelere taşıyıp, o topraklarda yaşayan halklara istekleri dışında kabul ettirilmesi olup resepsiyon değil *expansion*dur.⁷⁹ Bazı hukuk tarihi eserlerinde ise *imposition* ve *expansion* kavramlarının biri diğeri yerine olmak üzere yanlış

⁷⁴ Özsunay, *Türk Medeni Kanunu*, s: 400

⁷⁵ Kocourek, *Factors In the Reception of Law*, s: 211

⁷⁶ Tezimizin ilerleyen sayfalarında ele alacağımız, Anglo-Mohammedan Law hukuk sistemi zorla benimsetme yoluyla oluşmuştur.

⁷⁷ Özsunay, *Çağdaşlaşma Modeli*, s: 356

⁷⁸ Özsunay, *Çağdaşlaşma Modeli*, s: 357

⁷⁹ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 15-16

kullanıldığı görülmektedir. Bu iki kavram arasındaki temel farkı genel olarak şöyle ifade etmek mümkündür; *imposition* kavramı, sömürge sonucu oluşan hukukî faaliyetleri, *expansion* kavramı ise fetihler sonucu oluşan hukukî faaliyetleri kapsamaktadır.

C- Bir Hukukî Olgunun Aktarılması Kavramı

Hukuk tarihinde genellikle bir bölgeden başka bir bölgeye göç eden toplumların, gittikleri bölgeye kendi hukuk sistemlerini götürmeleri neticesi ortaya çıkan bir hukukî olgunun aktarılması (*transplantation of a legal phenomenon*), resepsiyon olgusundan iki temel farkla ayrılmaktadır. Burada aktarma (*transplantation*) tek taraflıdır (*one sidedness*), resepsiyon da ise örnek olan ve alıcı durumda bulunan iki hukuk iklimi söz konusudur. Ayrıca resepsiyon olgusunda, benimseme istekli ve bilinçli olarak ortaya çıkarken, aktarmada ise istek ve bilinçten ziyade farkına varmadan bir kabullenme durumu söz konusudur.⁸⁰

Genel hukuk tarihinde görülen en önemli aktarma, Amerika Kıtası'na göç eden İngiliz göçmenlerin, sonradan Amerika Birleşik Devletleri'ni oluşturacak on üç koloniye kendi hukuk sistemlerini (*common law*) götürmeleridir.⁸¹ Aynı şekilde Avustralya'ya yerleşen İngiliz yerleşimcilerin, kıtaya geldiklerinde belirli bir hukuk sisteminin yürürlükte olmaması üzerine kendi hukuk sistemlerini yürürlüğe koymaları ve buraya daha önce gelmiş olan Alman, Fransız, İspanyol, İtalyan vb. yerleşimcilerin bu hukuk sistemine tâbi olmaları da bir hukukî olgunun aktarılmasına örnektir.⁸²

II- KANUNLAŞTIRMA KAVRAMININ GENEL ÇERÇEVESİ

A- Kanunlaştırma Kavramı

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi kanunlaştırma kavramı zaman zaman anlam kargaşasına uğramakta ve birbirinden farklı anlamlar ifade eden hukukî faaliyetler için kanunlaştırma kavramı kullanılmaktadır. Daha önce kanunlaştırma ile yakın ilişkisi sebebiyle benimseme (*reception*), bir hukukî olgunun aktarılması

⁸⁰ Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, s: 272–273

⁸¹ George L. Haskins, *A Problem in the Reception of the Common Law in the Colonial Period*, University of Pennsylvania Law Review, sayı: 97, 1948–1949, s: 842

⁸² Rheinstein, *Types of Reception*, s: 35–36, Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, s: 272–273

(*transplantation of a legal phenomenon*), zorla benimsetme (*imposition*) ve hukuk yoluyla istila (*expansion*) kavramlarına temas etmiştik. Şimdi de kanunlaştırma kavramını kısaca analiz etmeye çalışalım.

Kanunlaştırma kavramı hukuk tarihi eserlerinde biri genel diğeri de özel olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Genel anlamda kanunlaştırma, kanun yapma (*taknîn-legislation*) faaliyetidir. Özel anlamda kanunlaştırma ise, dağınık bir halde mevcut olan yazılı veya yazısız bütün hukuk kurallarının devlet gibi müesseses bir otorite tarafından sistemli bir şekilde bir araya getirilmesi (*tedvîn-codification*) faaliyetidir.⁸³

Türk hukuk literatüründe kanunlaştırma kavramı hem genel hem de özel anlamda kullanılmaktadır. Bunun da sebebi, mâhiyeti itibariyle farklı olan bu iki hukuk faaliyetinin aynı kavramla ifade edilmesidir. Türkçemizde, “Kanun” kelimesinin diğer dillerdeki gibi farklı bir şekilde kullanılmaması, kanunlaştırma kavramının da yanlış kullanılmasına neden olmaktadır. Örneğin Medeni “Kanun” ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim “Kanun”u dediğimiz zaman, her iki hukukî düzenleme de “kanun” kelimesi ile ifade edilmektedir. Hâlbuki burada kullanılan “kanun” kelimeleri mâhiyeti itibariyle birbirinden farklı anlamları ifade etmektedirler. Nitekim diğer dillerde, örneğin Fransızcada Medeni Kanunu ifade ederken *Code Civil* şeklinde “code” kelimesi kullanılmaktadır. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu ise “loi” kelimesi ile ifade edilmektedir. Ama biz bunu Türkçeye çevirirken “code” ve “loi” kelimeleri arasında bir ayırma gitmeden her ikisini de “kanun” olarak çevirmekteyiz. Çünkü Türkçede “code” kelimesine karşılık gelen bir kelime bulunmamaktadır. Kanunlaştırma kavramının anlam kargaşasına sebep olması da buradan kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle “kanun” kavramının aralarındaki fark belirtilmeden kullanılması kanunlaştırma kavramının da hangi anlamda kullanıldığının anlaşılamamasına sebep olmaktadır.⁸⁴ Eski dilde bu iki kavram

⁸³ Jale G.Akipek, *Türk Medeni Hukuku*, s: 26, Ankara, 1973, İbrahim Kâfi Dönmez, *İslâm Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese*, MÜİFD, sayı: 4, 1986, s: 23, Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, 1994, s: 81

⁸⁴ Benzeri bir durum, son dönemdeki bazı Arapça kitaplarda da görülmektedir. Kanun kelimesinin batı hukuk sisteminde bu tarz bir farklılığının Arapçada da olmaması, aynı kavram kargaşasının Arap dünyasında da yaşanmasına sebep olmaktadır. Örneğin, *Taknînu'l-Fikhi'l-İslâmi* (Katar, 1983) adlı eserinde Muhammed Zeki Abdülber, *taknîn* kelimesini *codification* karşılığı olarak kullanmakta (s:5), *taknîn-teşri-tedvîn-legislation-codification* kavramları arasında ayırma gitmeden, birini diğerinin yerine kullanmaktadır. Verilen örnekler, konuyu açıklamaktan ziyade, daha da karıştırıcı olmaktadır.

arasındaki fark, *taknîn* ve *tedvîn* kelimelerinin kullanılmasıyla aşılmıştır. Bugün hukuk dilimizde bu iki kavram arasındaki farkı belirten bir kelimenin olmaması büyük bir eksikliklerdir.⁸⁵

Kanun yapma faaliyeti (*taknîn-legislation-legiferer*) her ne kadar Türkçe hukuk tarihi eserlerinde dar anlamda kanunlaştırma (*codification*) kavramının yerine kullanılsa da temel özellikleri bakımından aralarında derin farklılıklar bulunmaktadır. Biz de çalışmamızda, kanunlaştırma kavramını, bir ülkede dağınık ve yazılı olmayan mevcut hukuk kaidelerinin, belirli bir sistem çerçevesinde, yazılı hale getirilip *tedvîn* edilmesi ve tüm ülkede geçerli bir hukuk sistemi meydana getirilmesi⁸⁶ anlamındaki dar anlamıyla kullanacağız.

Latince kanunlar mecmuası, büyük kanun, imparator emirnâmesi, mecelle anlamına gelen “*codex*” kelimesinden türetilen “*codification*” kelimesi, Türkçe’de *tedvîn* veya kanunlaştırma şeklinde kullanılmaktadır.⁸⁷ Bu terimlerle kast edilen; herhangi bir hukuk alanını bir bütün olarak düzenleyen geniş, kapsamlı ve sistematik kanunların yapılmasıdır.⁸⁸ Roma hukukundaki imparator emirnâmelerinin derlenmesi anlamındaki *codex* kelimesi⁸⁹ Batı dillerine, kanun anlamına gelen “*code*” kelimesi olarak geçmiş,⁹⁰ dağınık halde bulunan kanunların derlenip toparlanması ve bunların yazıya geçirilerek sistematik hale getirilmesi de *codification* kavramıyla açıklanmıştır.⁹¹ Ancak Romalılar VI. yy.a kadar *codificatio* veya *codificare* kavramlarını kullanmayıp bunun yerine *anakoikeusis* kavramını kullanmışlardır. Bu kavram da “kitap üretme” anlamına gelmektedir. Papirus vb. yazı malzemelerinin üzerine yazılanların derlenip toparlanması, bir kitap haline getirilmesi antik çağda “*codex*” olarak adlandırılmıştır. Derlenip toparlanmış kitaplar ifadesi Hristiyan kutsal kitapları için de kullanılmıştır. *Codex* kavramının hukuk terminolojisine ne zaman girdiği tam olarak bilinmemekle birlikte, Diocletian zamanında İmparator

⁸⁵ Son zamanlarda bu iki kavram arasındaki farkı belirtmek için “*kod yasa-çerçeve yasa*” şeklinde bir takım ayrımlara gidilmektedir. Kanaatimizce bu kavramlar da içeriği tam olarak karşılamamaktadır. Konuyla ilgili daha detaylı bilgi için bkz: Fahri Bakırcı, *Kod Yasa-Çerçeve Yasa Ayrımı Üzerine*, AÜHFD, cilt: 54, sayı: 3, 2005, s: 223–240

⁸⁶ Jean Louis Bergel, *Principal Features and Methods of Codification*, Louisiana Law Review, sayı: 48, 1987–1988, s: 1073, Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 5

⁸⁷ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s.7

⁸⁸ Mehmet Ünal, *Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnâmesi*, AÜHFD, c: XXXIV, sayı: 1–4, 1978, s: 200

⁸⁹ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 53

⁹⁰ James A. Ballentine, *Law Dictionary with Pronunciations*, New York, 1948, s: 227

⁹¹ Henry Campbelle Black, *Black’s Law Dictionary with Pronunciations*, Fifth Edition, 1979, s: 234

Emirnâmelerinin yer aldığı kitaplara hukukçular “*codices*” adını vermişlerdir. *Codex* kavramının bu bağlamda kullanılması kodifikasyonun modern anlamıyla ilgilidir.⁹² İngilizce’de *codification*, Almanca’da *kodifikation*, Fransızca’da *codification* olarak kullanılan bu kelime Türkçe hukuk eserlerinde *kanunlaştırma*, *tedvîn*, *kodifikasyon* şekillerinde kullanılmaktadır.⁹³ Çalışmamızda bu kavramları biri diğerinin yerine olmak üzere kullanacağız.

Hukuk tarihi eserlerinde Roma hukukunun derlenip toparlandığı *Corpus Juris Civilis* için “*compilatio*” (derleme) yani bir araya getirilmiş malzeme ifadesi kullanılmaktadır.⁹⁴ Aynı şekilde Osmanlı İmparatorluğu’nda, İslâm hukukunun bir kısmının kanunlaştırılması faaliyetine verilen ad olan “*Mecelle*”⁹⁵ kelimesi de, hukuk kaidelerinin derlenip toparlandığı kitap diğer bir ifadeyle “*codex*” anlamına gelmektedir.⁹⁶

Kanunlaştırma (*tedvîn-codification*) kavramı ile kanun yapma (*taknîn-legislation*) kavramı arasında genellik-özellik yönünden farklar bulunmaktadır. Kanun yapma faaliyeti (*taknîn*), hukukun tümünü kapsamayacak şekilde sadece belirli bir alanda yapılan ve daha ziyade önceki mevcut kanunların değiştirilip benzeri veya farklı hükümlerin konulması amacını taşıyan, kapsamı ve uygulaması sınırlı bir hukuk faaliyetidir. Kanunlaştırma (*tedvîn*) faaliyeti ise, esas olarak dört önemli özelliğe sahiptir. Bu özelliklerin birincisi; hükümlerin yazılı olmaması, örf ve âdet hukuku şeklinde toplum tarafından bilinen ama kayda geçirilmemiş hükümlerden oluşmasıdır. İkincisi; hükümlerin dağınık olması, derli-toplu, sistematik bir görünüm arz etmemesidir. Üçüncüsü; hukukun belirli bir alanında değil, hukukun tüm alanlarını kapsayacak şekilde yazılı olmayan dağınık hukuk kurallarının derlenmesidir. Dördüncüsü de; belirli bir bölgeden ziyade, ülkenin tümünde yürürlüğe konmasıdır. Ayrıca her iki faaliyetin de kendine özgü çok farklı siyasî, sosyal, ekonomik vb. nedenleri bulunmaktadır. Kanunlaştırma

⁹² A.M.Honore, *The Background to Justinian’s Codification*, Tulane Law Review, sayı: 48, 1973–1974, s: 859–860

⁹³ *Türk Hukuk Lugatı*, s: 329, Pars Tuğlacı, *İktisâdî ve Hukukî Terimler Sözlüğü, İngilizce-Fransızca-Türkçe*, s: 96, İstanbul, 1965.

⁹⁴ Ballentine, *Law Dictionary*, s: 258, Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 48

⁹⁵ Mecelle’nin kanunlaştırma (*codification*) olup-olmadığı konularıyla ilgili tartışmalar, ilgili bölümde daha detaylı bir şekilde işlenecektir. Burada en azından “*Mecelle*” kelimesini, kanun mecmuası anlamında değerlendirmek lazımdır.

⁹⁶ Sıddık Sâmî Onar, *Osmanlı İmparatorluğu’nda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Codification’u Mecelle*, İÜHFD, cilt: 20, sayı: 1–4, 1955, s: 58

faaliyetlerindeki temel faktör hukukî nedenlerden çok siyasî, askerî, ekonomik ve sosyal nedenlerken, kanun yapma faaliyetindeki ağırlıklı neden hukukîdir. Buna göre, *Hammurabi Codex*'i veya 1794 tarihli *ALR* veya 1804 tarihli Fransız *Code Civil*'i, hazırlanmasında hukukî olmaktan ziyade pek çok faktörün rol oynadığı, dağınık halde bulunan ve yazılı olmayan hukuk kurallarının belirli bir metot içerisinde derlenip tüm ülkede yürürlüğe konulduğu bir hukukî faaliyet iken 1840 tarihli *Ceza Kanunu* veya 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2547 sayılı *Yükseköğretim Kanunu* hukukun tüm alanlarını kapsamayan ve ortaya çıkmasında hukukî ihtiyaçların daha ağırlıkta olduğu bir kanun yapma (*taknîn-legislation*) faaliyetidir.

Kanun yapma (*taknîn-legislation*) ile kanunlaştırma (*tedvîn-codification*) arasındaki farkı şu şekilde de ifade etmek mümkündür. Her *tedvîn* aynı zamanda bir *taknîn* faaliyetidir. Ama her *taknîn*, *tedvîn* faaliyeti değildir. Buna göre resepsiyon, bir hukukî olgunun aktarılması ya da zorla benimsetme gibi hukukî faaliyetler *tedvîn* değil genel anlamda *taknîn* diğer bir ifadeyle kanun yapma kapsamındadır. Ayrıca kanun yapma, diğer bir ifadeyle toplum içinde bir arada yaşayan insanların birbirleriyle ve devletle ilişkilerinin tanzimi anlamında bir takım emir ve yasakların konulması, her zaman ve her yerde olagelmıştır. Ancak, *tedvîn* dediğimiz kodifikasyon faaliyetleri tarih boyunca örnekleri az olan, her zaman ve her toplumda meydana gelmeyen hukukî faaliyetlerdir.

Modern anlamda kodifikasyon faaliyetleri XVIII. yy. Avrupa'sında ortaya çıkmış olmakla birlikte hukukî bir faaliyet olarak ilk örnekleri çok daha eski zamanlara dayanmaktadır. Toplum içinde yaşayan insanoğlunun hak ve sorumluluklarının belirli bir sisteme göre düzenlenmesi zorunluluğu, kodifikasyon olgusunun da insanlık tarihi kadar eski olmasını gerektirmektedir. Hukuk tarihinin en önemli faaliyetlerinden biri olan kanunlaştırma olgusu günümüzde hukukla ilgili pek çok eserde hem mâhiyeti hem de tarihsel süreci bakımından çok farklı olarak ele alınmakta, örneğin; kanunlaştırma kavramının sınırları tam olarak belirlenmemekte ve hukuk tarihinin bir diğer önemli olayı resepsiyonla çok sık bir şekilde karıştırılmaktadır. Aynı şekilde kanunlaştırma faaliyeti, umumî hukuk tarihinin en önemli kanunlaştırmalarından biri olan M.S. VI. yy.daki İmparator *Jüstinien kodifikasyonu* ile başlatılmakta ve hemen ardından XVIII. yy.daki *Napoleon*

kodifikasyonuna gelinmektedir. Hâlbuki insanlık tarihi ne VI. yy.dan ne de XVIII. yy.dan ibarettir. M.Ö.1700’lerde yapılan *Hammurâbi kodifikasyonu*, M.S. XII-XIII. yy.larda Cengiz Han zamanında yapılan *Cengiz Yasaları* ve XV-XVI. yy.larda 24 milyon km².de hüküm süren Osmanlı İmparatorluğu’nda kanunnâmeler yoluyla yapılan hukukî düzenlemeler insanoğlunun benzeri çabaları çok farklı medeniyetlerde ve çok farklı zaman dilimleri içinde yaptığını göstermektedir. Ancak, günümüzde hukuk ve hukuk tarihi Roma ile başlatılarak binlerce yıllık insanlık tarihi çok dar bir alana hapsedilmektedir. Roma hukukunun bir uzantısı olan bugünkü Batı medeniyetinin kurum ve kavramlarıyla hâkim bir konumda bulunması farklı düşünme yeteneğimizi sınırlamakta ve kanunlaştırma vb. olayları sadece Roma’ya özgü bir faaliyetmiş gibi değerlendirmemize neden olmaktadır. Bu durum da maalesef hukuk tarihi eserlerinin bir kısmına yansımakta ve hukuk tarihinde M.S. VI. yy. ile XVIII. yy. arasında büyük bir boşluk (*great gap*) oluşmaktadır. Tezimizde bu durumu dikkate alarak hem kanunlaştırma kavramına açıklık getirmeye hem de bu kavramın tarihî süreci hakkında biraz da daha geniş bilgi vermeye çalışacağız.

Hukuk tarihi eserlerinde kanunlaştırma kavramının resepsiyon kavramı ile sıklıkla karıştırıldığını belirtmiştik. Örneğin; çalışmamızın ilk sayfalarında ele aldığımız resepsiyon faaliyeti, bazı hukuk tarihi eserlerinde kanunlaştırma faaliyeti olarak zikredilmektedir. Hâlbuki genel anlamda kanunlaştırma çatısı altında zikredilse de özel anlamda birbirinden oldukça farklı olan bu faaliyetler ne yazık ki bazı eserlerde birbirinin aynısıymış gibi kullanılmaktadır. Örneğin; Cumhuriyet dönemi hukuk faaliyetleri pek çok Türkçe eserde “kanunlaştırma” kavramıyla ifade edilmektedir. Hâlbuki bu dönem yapılan hukukî faaliyetler özel anlamda kanunlaştırma (*tevdin-codification*) değil, umumî hukuk tarihindeki örnekleriyle karşılaştırıldığında da açıkça görüleceği üzere “resepsiyon”dur. Kanunlaştırma konusuyla ilgili Türkçe müstakil ilk çalışmayı yapan, kendisinden sonraki pek çok çalışmaya kaynaklık eden ve bizim de çalışmasından oldukça çok istifade ettiğimiz Hıfzı Veldet Velidedeoğlu bile kanunlaştırma kavramını genel anlamda kullanmakta⁹⁷ ve bir karışıklığa neden olmaktadır. Kanunlaştırma kavramını “*muasır manada sistematik kanunlar yapma hareketi olarak*”⁹⁸ kabul etmekte, *Hammurabi Kanunu* veya *Justinyen Codex*’i gibi “çok eski devirlerdeki kanunlaştırma

⁹⁷ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 3

⁹⁸ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 7

hareketlerine, bunların herhangi bir noktayı nazara göre sistemleştirilmediği için”⁹⁹ değinmemektedir. Modern anlamda kanunlaştırmaların, diğer bir ifadeyle “muasır manada sistematik kanunlar yapmanın” *Code Civil* ile başladığı doğru olmakla birlikte bu durum, insanoğlunun hukuk düşüncesini *Code Civil* ile başlatmamız gereğini ortaya koymayacağı gibi *Code Civil*’in ortaya çıkmasına zemin hazırlayan hukukî düşünce geleneğini de göz ardı etmemiz anlamına gelmemelidir. Aynı şekilde “Latin Memleketlerdeki Kanunlaştırma Hareketleri” konu başlığında, Fransız *Code Civil*’inin Latin Amerika ülkeleri tarafından “resepsiyon”u kanunlaştırma kavramı altında açıklanmıştır. İmparator Napoleon tarafından görevlendirilen hukukçuların yapmış olduğu *Code Civil* kanunlaştırma faaliyetidir ama bunun Latin Amerika ülkeleri tarafından iktibası özel anlamındaki kanunlaştırma faaliyeti değil resepsiyondur. Benzeri durum Cumhuriyet döneminde yapılan hukukî faaliyetler için de geçerlidir. Genel anlamda kanunlaştırma kavramı altında işlenebilse de hukuk tarihindeki benzerleriyle mukayese edildiğinde, Cumhuriyet dönemi hukuk faaliyetleri kanunlaştırma değil, hukuk tarihi eserlerine de örnek olmuş “resepsiyon” faaliyetlerinin en tipik örneğidir. Nitekim hukuk tarihindeki resepsiyon faaliyetlerini müstakil bir eserde ele alan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Gülnihâl Bozkurt ta bu konuları “resepsiyon” konu başlığı altında işlemiştir. Velidedeoğlu’nun kanunlaştırma kavramını “her hangi bir hukuk sahasını geniş, şümüllü ve tam surette tanzim eden büyük kanunlar konulması”¹⁰⁰ şeklinde ele alması resepsiyon, zorla benimsetme (*imposition*), bir hukukî olgunun aktarılması (*transformation of a legal phemonen*) ve kodifikasyon (*codification*) arasında bir ayrıma gitmeden, bütün çalışmaları “kanunlaştırma” kavramı altında değerlendirmesine neden olmuştur. Sistematik hukuk ilminin, dönemin felsefe ve düşünce akımları etkisinde gelişmesi ve hukukun ilk defa müstakil bir disiplin olarak ele alınması, XIX. yy.a “kanunlaştırma çağı” damgasını vurmuş ve tüm dünyada bir kanunlaştırma rüzgârı estirmiştir. Toplum içinde bir arada yaşayan insanların, birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerinin tanzimi anlamında hukukun, insanlığın ilk gününden beri ilkel düzeyde de olsa bulunması, bu hukukun belirli şartlar altında tanzim ve tedvîni, modern anlamda olmasa da kodifikasyon düşüncesi ve örneklerinin çok eski zamanlarda da varlığını düşündürmektedir. Velidedeoğlu’nun

⁹⁹ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 7

¹⁰⁰ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 6

eserinde bu konulara girmemesi konu bütünlüğünün sağlanması açısından önemli eksikliklerdendir. Kendisinden sonraki çalışmalar da bu eksikliği giderme noktasında pek de gayret göstermemişlerdir.¹⁰¹ Hâlbuki hukuk tarihinin önemli konularından biri olan kanunlaştırma olgusu hukuk bilimi veya kanun taslağı oluşturmanın en elzem metotlarından birini oluşturmakta, temel metotları hukuk sistemlerinin gelişmesiyle yakından ilgili olmaktadır.¹⁰² Her bir konusu üzerinde müstakil çalışmalar yapmayı hak edecek bir önemde olmasına rağmen ne yazık ki memleketimizde yeterince çalışılmış bir konu değildir.

B- Kanunlaştırma Faaliyetinin Amaçları

Umumî hukuk tarihinde ortaya çıkan belli başlı kanunlaştırma faaliyetlerinde genel olarak şu amaçlar etkili olmuştur.

1- Orijinal Bir Hukuk Sistemi İnşâ Etmek

Hukuk tarihinde meydana gelen kanunlaştırma faaliyetlerinin en önemli amacı tutarlı, yeni baştan bir hukuk sistemi oluşturmaktır. Değişen siyasî, iktisadî, sosyal şartların mevcut hukuk düzeninde yeterli olamaması ve hukuk sisteminin yeni baştan ele alınıp düzenlenmesi kanunlaştırma olgusunun en önemli amaçlarındandır. Kanunlaştırma faaliyeti ile eski hukuk sisteminden gerek sistem gerekse muhteva bakımından oldukça farklı yeni bir hukuk sistemi meydana gelmektedir. Bu tarz faaliyetler daha ziyade *resepsiyon* kapsamına giren hukuk çalışmalarında görülmüştür.¹⁰³

2- Mevcut Hukuk Düzenini Tadil Etmek

Mevcut hukuk sisteminin günün değişen şartlarına cevap verememesi sonucu hukuk düzenini tadil ve ıslah etmek kanunlaştırma faaliyetlerinin bir diğer amacıdır. Buna göre hukuk sistemi yeni baştan ele alınmamakta, mevcut hukuk sisteminde köklü değişiklikler yapılmadan bir takım hukukî düzenlemeler meydana

¹⁰¹ Burada tek tek örnekleri üzerinde durmak tezimizin imkân ve sınırları içinde mümkün olmamakla birlikte çalışmamızda istifade ettiğimiz ve bibliyografyada yer verdiğimiz son dönem y.lisans ve doktora çalışmaları örnek olarak verilebilir.

¹⁰² Bergel, *Methods of Codification*, s: 1097

¹⁰³ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1078

getirilmiştir. Bu tarz faaliyetler daha ziyade şekli kanunlaştırma kapsamına giren hukuk çalışmalarında görülmüştür.¹⁰⁴

3- Tek Bir Hukuk Sistemi Meydana Getirmek

Ülke genelinde toplumun bütün kesimlerinin uyacağı tek bir hukuk sistemi oluşturma düşüncesi de kanunlaştırma faaliyetinin bir diğer amacıdır. Buna göre ülkede farklı etnik ve kültürel toplulukları tek bir hukuk sistemi altında toplamak ve ülkedeki farklı hukuk sistemlerini veya kurallarını birleştirmek amacıyla kanunlaştırma faaliyetleri ortaya çıkmıştır. Bu tarz faaliyetler daha ziyade İmparatorluk şeklindeki siyasî yapılanmaların başvurduğu bir yöntemdir.¹⁰⁵

4- Hukuk Düzenine Duyulan Güveni Korumak

Toplumda farklı hukuk sistemlerinin veya hukuk kurallarının bulunması hukuk alanında bir kargaşanın ve güven eksikliğinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Hukuk tarihinde ortaya çıkan kanunlaştırmalar toplumdaki bu hukuk anarşisinin önüne geçmeyi ve ülkede herkes için eşit derecede uygulanacak bir hukuk sistemi oluşturmayı hedeflemişlerdir. Böylece, tüm bireylerin uyacakları tek bir hukuk sistemi oluşturmak suretiyle toplumdaki adalet duygusu, eşitlik, hukuk emniyeti ve sisteme güven gibi unsurların korunması amaçlanmıştır.¹⁰⁶

C- Kanunlaştırma Faaliyetinin Ortaya Çıkış Sebepleri

Genel hukuk tarihinde meydana gelen kodifikasyonların her birinin kendine özgü bir takım sebepleri bulunmaktadır. Örneğin; *Jüstinyen kodifikasyonunda* hukuk yoluyla Roma'nın siyasî birliğini sağlama düşüncesi ön plandayken, 1804 tarihli *Fransız kodifikasyonunda*, ihtilalin getirdiği rasyonalizm ve tabii hukuk düşüncesi daha ön planda olmuştur. Ancak şöyle bir genellemede bulunmak mümkündür: XVIII. yy. öncesinde meydana gelen kanunlaştırmalarda ülkede siyasî birliği sağlamak ve tek bir hukuk sistemini hâkim kılmak başta gelen sebeplerden iken XVIII. yy. sonrası Avrupa kanunlaştırmalarında bu iki etkenin dışında sistematik

¹⁰⁴ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1078

¹⁰⁵ Sophie Harnay, *Was Napoleon a Benevolent Dictator? An Economic Justification for Codification*, European Journal of Law and Economics, sayı:14, 2002, s: 244

¹⁰⁶ Harnay, *Was Napoleon a Benevolent Dictator?* , s: 245

hukuk ilminin gelişmesi, hukukun millileştirilmesi isteği, rasyonalizmin güç kazanması gibi sebepler de etkili olmuştur. Tezimizde hukuk tarihinde görülen belli başlı kodifikasyonların ortaya çıkmasıyla ilgili genel sebepler üzerinde duracağız. Bu nedenle konu başlıklarının sıralanması önem sırasına göre değil, konunun sistematik olarak sunulması ve kolay anlaşılabilir olması amacına yöneliktir. Buna göre kanunlaştırma faaliyetinin ortaya çıkış sebeplerini şu şekilde ifade etmek mümkündür.

1- Hukukî Birliğin Sağlanmak İstenmesi

Kanunlaştırma faaliyetlerindeki en önemli sebep, dağınık halde bulunan hukuk kurallarının ortaya çıkardığı problemleri en aza indirmek düşüncesiyle bir ülkede hukukun tek çatı altında toplanması isteğidir.¹⁰⁷ Ülkede farklı hukuk sistemlerinin olması veya hukuk kurallarının dağınık bir halde bulunmasının uygulamada ortaya çıkardığı güçlükler, vatandaşlar arasında adalet ve hukuk kavramlarının yasa koyucunun hiç de arzulamayacağı şekilde değerlendirilmesine neden olmakta, bu da hukuk sistemine olan güveni azaltmaktadır. Ülkede tek bir hukuk sisteminin bulunmamasının (*hukukî düalizm*) uygulamada ortaya çıkardığı karışıklık vatandaşlar arasında hoşnutsuzluğa neden olmakta bu durum da insanların hukuk dışı yollara başvurmalarına yol açmaktadır. Ülkedeki tüm vatandaşları kapsayan tek bir hukuk sistemi oluşturmak ve bu sisteme mümkün olan en yüksek güveni sağlama düşüncesi hukuk tarihinde ortaya çıkan kanunlaştırmaların en önemli sebebi olmuştur.¹⁰⁸

2- Merkezî Devlet Fikrinin Güç Kazanması

Tarihte ortaya çıkan devlet veya imparatorluk şeklindeki büyük siyasî yapılanmalar genel olarak şu iki aşamadan geçmişlerdir. Birincisi; kendi içlerindeki siyasî bölünmüşlüğü sona erdirip tek bir devlet haline gelmişler ve zamanla komşu devletleri veya bölgeleri nüfuzları altına alarak bölgesel veya küresel bir güç olmuşlardır. Siyasî anlamda bunun karşılığı imparatorluktur. İkincisi de; askerî ve siyasî anlamda bu güçlerini hukuk yoluyla “sürdürülebilir” hale getirmeye çalışmışlardır ki bunun da karşılığı kanunlaştırmadır. Buna göre kodifikasyonu, hukuk sisteminin yeni baştan organizasyonundan öte devletin siyasî gücünün tüm

¹⁰⁷ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa, 2003, s: 176

¹⁰⁸ Harnay, *Was Napoleon a Benevolent Dictator?*, s: 245

ülkede etkin kılınması çabası olarak kabul etmek mümkündür. Diğer bir ifadeyle kanunlaştırma, hukukî birliğin sağlanmasıyla devlet gücünün daha etkin kılınmasıdır.¹⁰⁹

Özellikle fetihler ve savaşlar yoluyla etki alanlarını genişleten devletler, bünyelerindeki ırk, din, dil vb. çok farklı özellikteki toplumları tek bir çatı altında bir arada tutma çabası içine girmişlerdir. Bu amaçla ülkedeki bütün insanları kapsayan tek bir hukuk sistemi oluşturmaya çalışmışlardır. Merkezî devlet fikrinin güç kazanması, ülkeyi tek elden ve yeknesak kanunlarla idare edebilmek için dağınık hukuku birleştirmek ve genelleştirmek gereğini ortaya çıkartmıştır.¹¹⁰ Bu da ancak büyük ve etraflı hukukî düzenlemelerin yapılması ile mümkün olabilmıştır. İlk başta fermanlar, emirnâmeler ve kanunnâmeler yoluyla başlayan bu süreç sistemli ve kapsamlı genel kanunlar yapılmasıyla son bulmuştur. Örneğin; Mezopotamya'nın büyük küçük şehir devletlerini birer birer ele geçirerek Sümer ve Akkad ülkelerini bir imparatorluk halinde birleştirip merkezî bir hükümet kuran eski Bâbil soyunun on bir kralının altıncısı olan Hammurabi, kendi adıyla anılan *codex*'i, genel kanaatin aksine birden bire kendiliğinden ortaya koymamış, kendisinden yaklaşık 170 yıl önce fermanlar ve emirnâmeler yoluyla bu işe girişmiş olan Bâbil kralı Lipit-Ishtar'ın başladığı işi tamamlamıştır.¹¹¹ Merkezî devlet fikrinin güç kazanması genel olarak bu sıralamayı takip etmiştir. Aynı durumu Osmanlıların gelişim sürecinde de görmek mümkündür. Osmanlı siyasal sisteminin devletten İmparatorluğa (Devlet-i Osmanî'den Devlet-i Aliyye-i Osmanî'ye) dönüşüm süreci, Osmanlı hukukuna da fermanlar-emirnâmeler ve son olarak da kanunnâmeler şeklinde yansımıştır. Aynı şekilde Fransız Medeni Kanunu *Code Civil*, İmparator Napoleon zamanında meydana getirilen bir hukukî faaliyet olmakla birlikte ilk olarak 1400'lü yıllarda XIV. Louis zamanında başlayan hukukî bir çalışmanın son halkasını oluşturmuştur.¹¹²

¹⁰⁹ Mirow, *The Power of Codification in Latin America*, s: 83

¹¹⁰ Aydın, *Batılılaşma maddesi*, DİA, 5/162

¹¹¹ Ernst Weidner, *Dünyanın En Eski Kanunnâmeleri(Eski Şarkta Yeni Buluntular)*, çev: Hasan Sevimcan, AÜHFD, cilt: VII, sayı: 1-2, 1950, s: 379-380

¹¹² Charles Sumner Lobingier, *Napoleon and His Code*, *Harvard Law Review*, sayı: 32, 1918-1919, s: 115

3- İktisadî Sebepler

İktisadî sebepler özellikle XIX. yy. Kıta Avrupası kanunlaştırmalarında etkili olmuştur. XV.-XVI. yy.a kadar Dünya ticaretinde önemli bir ağırlığı bulunmayan Kıta Avrupası, coğrafi keşifler ve sömürge faaliyetleri sonucu ucuz iş gücü ve hammadde temin edebilmiştir. Daha ziyade Osmanlı ve İslâm ülkelerinden geçen ticaret yollarının, coğrafi keşiflerle yön değiştirip, yeni ticaret yollarının bulunması, eski ticaret yollarının önemini kaybetmesine ve yeni ticaret yollarının Kıta Avrupası ülkelerinin kontrolüne geçmesine neden olmuştur. Bunun sonucu olarak, Venedik ve Florensa gibi Avrupa liman kentleri hızla gelişmiş ve Kıta Avrupası hızlı bir şekilde üretim ekonomisinden finans ekonomisine doğru yol almıştır. Ayrıca, XVII. ve XVIII. yy. da buharın sanayide kullanılması gibi ekonomik ve sosyal hayatı derinden etkileyen değişimler yaşanmış, bu değişimin yansımaları başta hukuk sistemleri olmak üzere pek çok alanda tezahür etmiştir. Bu hızlı ve baş döndürücü değişime ayak uyduramayan eski sistemin yeni baştan ele alınması zorunluluğu hukuk sistemlerinde de değişiklikleri beraberinde getirmiş bu da kanunlaştırmaların ortaya çıkmasında önemli bir faktör olmuştur.¹¹³

4- Sistematik Hukuk İlminin Gelişmesi

Fransa ve Almanya başta olmak üzere tüm Avrupa'da temelini Rönesans ve Reform hareketlerinin oluşturduğu bilim-sanat ve teknikteki ilerlemeler, XVIII-XIX. yy.da hukuk ilminde kendini yeni arayışlar olarak göstermiştir. Bunun sonucu olarak hukuk, ilmî bir disiplin olarak ele alınmaya başlanmış, yeni metot ve kavramlarla, hızla değişen dünyanın ihtiyaçları göz önünde bulundurularak eskisinden çok farklı bir hukuk nazariyatı meydana getirilmiştir. Bu durum da derli toplu ve büyük kanunların yapılması için uygun ortamı hazırlamıştır.¹¹⁴

Kıta Avrupası'nda XVI. yy.a kadar derebeyliklerin hüküm sürmesi, siyasî açıdan feodaliteyi hâkim kılmış bu durum da hukuk sistemlerinin bölgeden bölgeye değişen çok parçalı ve çok farklı bir görünüm arz etmesine neden olmuştur. Belirli bir devlet içindeki her bölgenin, hatta her büyük şehrin az çok kendisine ait hususî bir hukuku mevcut olmuş ve bu hukuk da daha ziyade mahallî örf ve âdetlere

¹¹³ Mustafa Cevat Akşit, *Hukuka Giriş ve Temel Kavramlar*, Edirne, 1986, s: 19

¹¹⁴ Akşit, *Hukuka Giriş*, s: 18

dayanmıştır.¹¹⁵ XVIII. yy.a kadar özellikle Batı Avrupa’da Germen menşeli mahallî, yazılı olmayan örf ve âdet hukuku yürürlükte olmuştur.¹¹⁶ Avrupa’da feodaliteden merkezî hükümetlere geçiş beraberinde hukukun da tek bir çatı altında toplanmasını getirmiş bu yönde yapılan çalışmalar hukuk ilmi ve kurumlarının da gelişmesine neden olmuştur. XVIII. yy.da ortaya çıkan felsefî akımlarla hukuk, bir ilim dalı mâhiyetini almış ve müstakil bir disiplin olarak gelişmiştir. Bu da kanunlaştırmaları oluşturan büyük ve sistematik kanunların yapılmasındaki en önemli faktör olmuştur.

5- Hukukun Millileştirilmesi İsteği

Özellikle 1789 Fransız ihtilâli sonrası dünyada esen bağımsızlık ve ulus devlet rüzgârı, toplumları ve ülkeleri derinden etkilemiş, bunun hukuk alanına tezahürü de millî hukuk oluşturma çabaları şeklinde olmuştur.¹¹⁷ Bu düşünce başta Latin Amerika olmak üzere sömürge ülkelerindeki hukuk faaliyetlerini etkilemiş,¹¹⁸ bu ülkeler bağımsızlıklarını kazandıktan sonra kendi bünyelerine uygun hızlı bir kanunlaştırma faaliyetine girişmişlerdir. Aynı şekilde XIX. yy.da Almanya’da meydana gelen kanunlaştırma faaliyetlerinde de milliyetçilik akımının etkilerini görmek mümkündür. XIX. yy.a kadar Roma hukuku ile Fransız hukukunun hâkim konumda olduğu bu ülkede *Code Civil*’in iktibasıyla ilgili tartışmalar milliyetçi aydınları harekete geçirmiş, Almanya’nın Fransız nüfuzuna girmesi endişesi Alman kanunlaştırması (*BGB*) üzerinde birinci derecede etkili olmuştur.¹¹⁹

6- Liberalizmin Güç Kazanması

XVIII–XIX. yy.larda, Avrupa orta sınıfının mutlakîyetçi devlet düzenlerine ve teolojik dünya görüşüne karşı mücadelesi içinde doğan, devlet, toplum ve birey arasındaki ilişkilerde önceliğin bireyin hak ve özgürlüklerinde olması gerektiğini savunan liberalizmin¹²⁰ hukuk alanına yansması kanunlaştırma olgusu şeklinde

¹¹⁵ Voltaire’in “*İnsan her konakta at değiştirdikçe, hukuk da değiştiriyor*” şeklindeki meşhur sözü Kıta Avrupasının Orta Çağdaki hukuk karmaşasını göstermesi açısından önemlidir. Daha detaylı bilgi için bkz: Vasfi Raşid Sevig, *X. Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhâkemeleri Usûlü ve Gelişmesi*, AÜHFD, cilt: 13, sayı: 3–4, 1956, s: 278

¹¹⁶ Akipek, *Türk Medeni Hukuku*, s: 28

¹¹⁷ Baudouin, *The Influence of the Code Napoleon*, s: 22

¹¹⁸ Özellikle Napoleon’un devrimci karakteri, Latin Amerika’nın efsanevi devrimcisi Simon Bolivar üzerinde etkili olmuş, bu da *Code Civil*’in Latin Amerika’da kısa sürede benimsenmesine yol açmıştır.

¹¹⁹ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 8–9

¹²⁰ Ana Britannica, s: 14/455, <http://tr.wikipedia.org/wiki/Liberalizm>

olmuştur.¹²¹ XIX. asırda Avrupa’da güçlerin dağılımı ilkesi beraberinde politik liberalizmi getirmiş, parlamentolar yasaları yaparken hukukçular da bunları uygulamışlardır. Herkes hak ve sorumluluk bakımından aynı şeyle muhatap olmuş bu da hukuk ve adalet idesine olan güveni sağlamıştır.¹²² Özellikle Fransız aydınlanma dönemi düşünürlerinin mücadelelerini insan hakları temelinde ele almaları, liberalizmin hukuka etkisinin kodifikasyon olarak ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Liberal düşüncenin temelini oluşturan; yasaların herkese eşit uygulanması, hiçbir birey veya zümreye yönelik yasa çıkartılmaması ve en önemlisi yasaların devleti bağlaması fikri, derli toplu, ülkenin tüm bireylerine eşit olarak uygulanacak kanunları gerektirmiş bu da dolaylı olarak kanunlaştırma faaliyetlerinin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.

7- Rasyonalizmin Güç Kazanması

XVIII. yy. Avrupasına hâkim felsefî düşünce tarzı olan rasyonalizme göre, hukuk kaideleri akla-mantığa uygun olmalı, din vb. dogmalardan arındırılmalı ve herkes için riayeti gerekli olmalıdır.¹²³ Bu düşünce tarzı eski hukuk kurallarının yeni baştan ele alınmasını gerekli kılmış bu da kanunlaştırmaların yapılmasında itici bir rol oynamıştır. Rasyonalizmle birlikte ele alınması gereken bir diğer faktör de sekülerizmdir. Özellikle katı Hristiyan dogmalarının toplumda meydana getirdiği memnuniyetsizlik sonucu Avrupa’da esen reform rüzgârı Kıta Avrupası’nı sadece dini yönden değil hukukî yönden de etkilemiş, kilisenin hayatı tanzim eden rolü sona ermiş bu da beraberinde eskiyi barındırmayan yeni hukuk kaidelerinin yapılmasının önünü açmıştır. İmparatorluk ve birleşik devlet türünde siyasî yapılanmaların ortaya çıkması ile kilisenin feodal yönetimler üzerindeki etkisi sona ermiş bu da kilise hukukunun nüfuzunun azalmasına neden olmuştur. XVIII. yy.dan sonra Kıta Avrupası’nda güçler dengesi kilisenin aleyhine değişmiş bu da hukukî faaliyetlere dolayısıyla da kanunlaştırmaların ortaya çıkmasına etki etmiştir.

¹²¹ Mario Ascheri, *A Turning Point in the Civil-Law Tradition: From Ius Commune to Code Napolen*, Tulane Law Review, sayı: 70, 1995–1996, s: 1043

¹²² Ascheri, *A Turning Point in the Civil Law Tradition*, s: 1043

¹²³ Akşit, *Hukuka Giriş*, s: 18

8- Tabîi Hukuk Ekolünün Güç Kazanması

Tabîi hukuk ekolü bakımından kanunlaştırma olgusu başlığı altında konuyu daha detaylı ele alacağımız için burada kısa bir bilgi vermekle yetinmek istiyoruz. İnsan aklına, doğasına en uygun hukuk olan tabîi hukuk, her çağda ve her toplumda var olan, evrensel, değişmez hükümlerden oluşmaktadır.¹²⁴ Tarihsel açıdan kökleri İlkçağlara kadar uzanan tabîi hukuk XVII. yy.da Hugo Grotius'un öncülüğünde sistemleşmeye başlamış, bu hukuk düşüncesinin kamu hukuku ama özellikle de özel hukuk alanına uyarlanması, özel hukuk alanında somut ve ayrıntılı durumlara gereksinim doğurmuştur.¹²⁵ Bu düşünce, hukukun her alanını kapsayan sistemli, somut ve ayrıntılı hukukî düzenlemeleri gerekli kılmış bu da Avrupa'da kodifikasyon faaliyetlerinin başlamasına neden olmuştur.¹²⁶ *Fransız kodifikasyonu (Code Civil)*, *Prusya Genel Memleket Kanunu (General National Law for the Prussian States-Allegemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, ALR)* hep bu düşüncenin ürünü olan hukukî düzenlemelerdir. Ayrıca bir ekol olarak, Kıta Avrupası'ndaki hukuk ve kanun çalışmalarına olumlu katkılarda bulunmuş ve hukukun sistematik olarak bir ilim hüviyetini almasında önemli bir rolü olmuştur. Tabîi hukuk düşüncesi, Kıta Avrupası'ndaki hukuk çalışmalarının nitelik ve nicelik yönünden belirli bir mesafe katetmesine önemli derecede etki etmiştir.¹²⁷

Kanunlaştırma sebeplerinden bahsederken, bu sebeplerin bütün kanunlaştırma faaliyetleri için geçerli olmadığını, biri için geçerli olan sebebin diğer bir faaliyet için geçerli olamayabileceğini veya kısmen etkisinin olabileceğini belirtmiştik. Tabîi hukuk düşüncesi de kökleri tarihin ilk çağlarına kadar uzanan bir düşünce olmakla birlikte daha ziyade XVIII. yy. Avrupa kodifikasyonlarında etkili olmuş bir faktördür.

D- Kanunlaştırma Çeşitleri

Hukuk tarihinde ortaya çıkan kanunlaştırma faaliyetleri müstakil kanunlaştırma ve şeklî kanunlaştırma olmak üzere iki çeşittir.

¹²⁴ Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 281

¹²⁵ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 84

¹²⁶ Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Felsefesinde Tabîi Hukuk*, Tahir Taner'e Armağan İçinde, İstanbul, 1956, s: 240

¹²⁷ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 20, Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 85

1- Müstakil Kanunlaştırma

Gerçek kanunlaştırma (*true codification*) olarak da bilinen bu kanunlaştırma faaliyeti ile siyasî irade (devlet), ülkede dağınık bir halde mevcut olan yazılı veya yazısız bütün hukuk kurallarını, belirli bir sistem çerçevesinde, yazılı hale getirip *tedvîn* etmiş ve tüm ülkede geçerli bir hukuk sisteminin yeni baştan inşâsını hedeflemiştir. Müstakil kanunlaştırmalar (*substantive codification*) üç önemli özelliğe sahiptir. Birincisi; siyasî otoritenin kanunlaştırma isteğidir. Devletin, hukukî alanda bir takım düzenlemelerde bulunması müstakil kanunlaştırmaların en önemli özelliğidir. İkincisi; yapılan hukukî düzenlemenin dar kapsamlı bir faaliyet olmaması, hukukun tüm alanlarını içermesidir. Üçüncüsü de; ortaya çıkan hukukî düzenlemenin ülkenin belirli bölgelerinde değil, tümünde yürürlüğe konmasıdır. Hukuk tarihinde örneklerini gördüğümüz *Prusya Genel Memleket Kanunu* veya *Napoleon Kanunu* gibi hukukî faaliyetler müstakil (*substantive*) kanunlaştırmaların tipik örneklerindendir. Bu tip kanunlaştırmalar genelde tarihteki önemli dönüm noktalarında meydana gelen hukukî faaliyetler olup etkileri de sadece hukukla sınırlı kalmamıştır. Hukukî etkilerinin dışında siyasî, sosyal, ekonomik ve tarihî pek çok etkiyi de içinde barındırmışlardır.¹²⁸

2- Şeklî Kanunlaştırma

Şeklî kanunlaştırma (*formal codification*), müstakil kanunlaştırmadan farklı olarak başlı başına bir hukukî faaliyet olmayıp, temel hedefi de hukukî düzenin yeni baştan kurulması veya yeniden ele alınması değildir. Şeklî kanunlaştırma daha ziyade bir hukuk sahasında yapılan iyileştirme çalışmalarını içermektedir. Şeklî kanunlaştırmaların en önemli özelliği -müstakil kanunlaştırmaların aksine- siyasî iradeden yoksun oluşlarıdır. Siyasî irade bulunsa bile meydana getirilen düzenlemenin ülkenin tümünde yürürlüğe girmemesi veya hukukun çok sınırlı bir alanında kanunlaştırma faaliyetinde bulunulması durumunda müstakil kanunlaştırmadan değil şeklî kanunlaştırmadan söz etmek mümkündür. Bu tarz kanunlaştırmalar daha ziyade “*Common Law*” hukuk sisteminde ortaya çıkmıştır.¹²⁹ Bazı hukuk tarihi eserlerinde bu tarz kanunlaştırma faaliyetleri “*codification*” olarak değil tadil, ıslah, mevcut durumu iyileştirme gibi anlamlara gelen “*modification*”

¹²⁸ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1077–1078

¹²⁹ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1089

kavramıyla da ifade edilmektedir. Çalışmamızın sonraki bölümlerinde ele alacağımız, İslâm hukukunda kanunlaştırma faaliyetlerini de şeklî kanunlaştırma kapsamında mütalaa etmek mümkündür.

E- Kanunlaştırma Yöntemleri

Umumî hukuk tarihinde ortaya çıkan kanunlaştırmalarda muhafazakâr ve devrimci yöntem olmak üzere iki yöntem hâkim olmuştur.

1- Muhafazakâr Yöntem

Bu yöntemle yapılan kanunlaştırmalarda, hukuk sistemi eksiklikleri giderilerek günün ihtiyaçlarına cevap verebilir hale getirilmeye çalışılmıştır. Bu yöntemde temel amaç eski hukuk sisteminin yeni baştan ele alınarak eksikliklerinin giderilmesi ve toplumsal hayatın ihtiyaçlarının bu yolla giderilmeye çalışılmasıdır.¹³⁰ Örneğin; Almanya'da ve İsviçre kantonlarında yapılan kanunlaştırmalarda muhafazakâr yöntem takip edilmiştir.

2- Devrimci Yöntem

Bu yöntemle yapılan kanunlaştırmalarda hukuk sistemi baştan sona yenilenmekte diğer bir ifadeyle, eski hukuk sistemi yürürlükten kaldırılarak yeni hukuk sistemi yürürlüğe girmektedir.¹³¹ Devrimci yönetime göre yapılan kanunlaştırmaların tipik örneği küllî (*global*) resepsiyonlardır. Örneğin; Cumhuriyet dönemi Türk resepsiyonu devrimci saikle yapılan bir hukukî faaliyettir. Aynı şekilde *Fransız kodifikasyonu* da devrimci yöntemin ağırlıkta olduğu bir kanunlaştırma faaliyetidir.¹³²

F- Kanunlaştırma Metotları

Genel hukuk tarihinde ortaya çıkan kanunlaştırmalar somut olay metodu ve soyut kural metoduna göre yapılmıştır.

¹³⁰ Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, s: 20

¹³¹ Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, s: 20

¹³² Gözler, *Hukuk Başlangıcı*, s: 177

1- Somut Olay Metodu

Meseleci (*kazuist*) metot dediğimiz bu yöntemde, kanun koyucu muhtemel her olayı ayrı ayrı düzenleyen, çok detaylı ve ayrıntılı kanunlar koymuştur.¹³³ Modern anlamda kodifikasyonun ortaya çıktığı XIX. yy. öncesi kanunlaştırmalarda bu yöntem takip edilmiştir.

2- Soyut Kural Metodu

Bu metotla kanun koyucu muhtemel her olayı önceden düşünerek, her bir mesele için ayrı ayrı kanunlar veya kurallar koymak yerine, olayların mâhiyetine göre genel kurallar koymuştur.¹³⁴ Örneğin; “bir kimse, başkasının burnunu kırarsa 100 lira tazminat verir” şeklindeki bir hüküm somut olay metoduna göre verildiği halde, “başkasının vücuduna zarar veren kimse tazminatla yükümlüdür” şeklindeki bir hüküm soyut kural metoduna göre verilmiş genel bir hükümdür. Burada tazminatın miktarı, burnun kırılmasındaki çeşitli nedenlere göre hâkim tarafından takdir edilmekte ve bu genel hüküm vücuda zarar veren benzeri bütün durumları kapsamaktadır. Buna göre, örneğin burnun kırılması olayı değil de, gözün retinasındaki bir hasar benzer kapsamda değerlendirilmekte ve sonuca bağlanmaktadır.

XIX. yy.dan önce yapılan kanunlaştırma örneklerinde somut olay metodunun hâkim olması, her bir durum için ayrı ayrı hükümler koymanın zorluğunu göstermiş, sistematik hukuk ilminin gelişmesi ve XIX. yy.dan sonra sosyal ve ekonomik olayların baş döndürücü bir hızla değişmesi, kanunlaştırmalarda soyut kural metodunun kullanılmasını gerektirmiştir.¹³⁵

Somut olay metodunun tipik kanunlaştırma örneği 5 Şubat 1794 tarihli *Prusya Genel Memleket Kanunu*'dur. Kazuistik yöntemle hazırlanan ve 19.194 paragraftan (maddeden) müteşekkil bu kanun, kanun koyucunun muhtemel her bir durumu önceden tahmin etmesi esasına dayanmaktadır.¹³⁶ Aynı şekilde 1832 tarihli 60.000 maddeden oluşan *Çarlık Rusya Kanunu* somut (*casuistique*) olay metoduna göre

¹³³ Akşit, *Hukuka Giriş*, s: 18

¹³⁴ Akşit, *Hukuka Giriş*, s: 18

¹³⁵ Ali Himmet Berki, *Fetâvâ-yı Alemgîriyye maddesi*, İslâm-Türk Ansiklopedisi, cilt: I,1940, Asar-ı İlmiye Kütüphanesi Neşriyatı, s: 278

¹³⁶ Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s: 83

hazırlanmıştır.¹³⁷ Osmanlı Devleti'nde, İslâm hukukunun bir kısmının, Batı hukukunun etkisinde kalınarak hukukî kalıba döküldüğü 1876 tarihli *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* de ise somut olay metodunun ağırlıkta olduğu karma bir metot kullanılmıştır.¹³⁸

Hızla gelişen hayatın ihtiyaçları zaman ve mekâna göre değişiklik arz ettiğinden, her olay için belirlenmiş bir kural ortaya koymak ne kadar imkânsızsa bütün olayları kapsayacak çok genel kurallar koymak da o derece imkânsızdır. Birçok kanun taslağı hazırlamış olan hukukçu Cambaceres(1753–1824) bir kodifikasyonun muhtemel bütün sorunlara çözüm getirmesinin imkânsız olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle, hukuku uygulayacak olan hâkimler hukuk mantıklarını ve melekelerini kullanarak, kanunların ruhunu, örf ve âdeti nazara alarak soyut kural metoduna işlerlik kazandırmışlardır.¹³⁹

Toplum hayatında ortaya çıkabilecek bütün olayları önceden farz edip, hiçbir olayı dışarıda bırakmayacak şekilde kanunlar koymanın erişilemeyecek bir gaye olması, modern kanunlaştırmaların bu gerçeği dikkate alarak benzeri adımlar atmaktan kaçınmalarına sebep olmuştur.¹⁴⁰

Somut olay metodu kanunlaştırmalarının en önemli eksikliklerinden biri de, çok kısa sürede eskimleri ve tatbik kabiliyetlerini yitirmeleridir. Kanunlaştırma olgusu bir ulusun tarihinde beş-on yılda bir yapılan hukukî düzenleme değildir. Somut olay metoduna göre yapılan hukukî düzenlemelerin toplumun başdöndürücü hızına yetişememeleri sebebiyle zaman içinde bu metot etkisini yitirmiş ve soyut kural metodu yapılan kanunlaştırmalarda kullanılan tek metot haline gelmiştir.¹⁴¹

G- Tabîi Hukuk Ekolü Bakımından Kanunlaştırma Olgusu

Tabîi hukuk veya ideal hukuk, belirli bir memlekette, belirli bir dönemde uygulanmakta olan değil, fakat uygulanması gereken yani sosyal gereksinimleri adalete en uygun biçimde karşılayacağı düşünülen hukuktur. Başka bir ifadeyle, özü bakımından tabiata en uygun olan hukuktur.¹⁴²

¹³⁷ Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul, 1997, s: 38

¹³⁸ Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s: 38–39

¹³⁹ Ascheri, *A Turning Point in the Civil Law Tradition*, s: 1047

¹⁴⁰ Dönmez, *İslâm Hukukunda Müctehidin*, s: 26–27

¹⁴¹ Akipek, *Türk Medeni Hukuku*, s: 29, Bergel, *Methods of Codification*, s: 1082–1083

¹⁴² Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 281

Tabiî hukuk düşüncesinin, hukuk tarihinde ilk çağlardan beri var olduğu kabul edilmektedir.¹⁴³ Bu düşünceye göre bütün hukuk sistemleri başlıca esasları tabiatla var olan, değiştirilemez ve insan aklı ve fitratına uygun olan bu tabiî hukuk nazariyesinden çeşitli derecede ilham almak suretiyle oluşmuştur.¹⁴⁴ Tabiî hukuk düşüncesi insan aklının ve doğasının bir ürünü olması sebebiyle her toplumda ve çağda geçerli, değişmez kuralları kapsamıştır. Bu niteliğiyle, bütün insanlar için ortak olan bir huktur.¹⁴⁵ Tabiî hukuk düşüncesinin temel parametreleri ilk dönem Yunan Felsefesine dayanacak kadar eskidir. Ancak sistemli bir görünüm kazanarak hukuk tarihinde önem arz etmesi ancak XVII. ve XVIII. yy.larda Avrupa’da kamusal hayat ile ilgili bir takım düzenlemelerde kullanılmasıylaadır.¹⁴⁶ Özellikle XVII. yy.da Hollandalı meşhur hukukçu Hugo Grotius’un¹⁴⁷ 1625’de yayımlanan *De Jure Belli Ac Pacis* (Savaş ve Barış Hukuku Hakkında) adlı ünlü kitabında, çağdaş devletler hukukunun temellerini tabiî hukuka dayandırması, bu hukuk düşüncesinin sonraki yıllarda kamu hukukunun diğer alanlarında, bu arada özel hukuk alanında da benimsenmesine yol açmıştır. Ancak özel hukuk alanında birçok somut ve ayrıntılı durumlar için temel ilkelerin yeterli olmaması, somut ve özel durumları düzenleyen hukuk kurallarına gereksinim duyulması özel hukuk alanında hukukî düzenlemeleri diğer bir ifadeyle kodifikasyon olgusunu veya düşüncesini doğurmuştur.¹⁴⁸ Bu düşünceyle, hukukun belirli kalıplar halinde düzenlenmesi (kanunlaştırma) fikri önem kazanmış ve Kıta Avrupası’nda hızlı bir kanunlaştırma faaliyeti başlamıştır. Hukuk tarihinin en önemli kodifikasyonlarının (1794 tarihli *ALR* ve 1811 tarihli *AGB* gibi) Germen hukuk sisteminin hâkim olduğu Prusya, Avusturya gibi ülkelerde görülmesi, tabiî hukuk düşüncesinin kanunlaştırma faaliyetlerine bir yansımasıdır.

¹⁴³ Çağıl, *Hukuk Felsefesinde Tabiî Hukuk*, s: 240

¹⁴⁴ Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 7, Susan Gaylord Gale, *A Very German Legal Science. Savigny and the Historical School*, Stanford Journal of International Law, sayı: 18, 1982, s: 126

¹⁴⁵ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 84–85

¹⁴⁶ Çağıl, *Hukuk Felsefesinde Tabiî Hukuk*, s: 240, Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 86

¹⁴⁷ 1583–1645 yılları arasında yaşamış olan Hugo Grotius’a göre bütün insanlığı kapsayan ve değişmez nitelik taşıyan bazı tabiî hukuk kuralları bulunmaktadır. Bunların başında “*pacta sunt servanda*” diğer bir ifadeyle söze bağlılık esası gelir. Grotius’a göre hukuk, doğru aklın emridir. Matematik bilimi ile hukuk arasında bağlantılar da kuran Grotius, sosyal sözleşme görüşünü de ortaya koymuştur. Grotius doğal hukuktan hareket ederek hukuku kilise kurallarından arındırıp laik bir temel üzerine oturtmuştur. Böylece aydınlanma döneminde aklın kurallarına dayanan yasaların meşruiyetini temellendirmiştir. Ayrıca uluslararası hukukun kurucusu olarak kabul edilmektedir. Grotius savaşlarda dahi belirli hukuk kurallarının uyulması zorunluluğunu ifade etmiş, modern savaş hukuku onun düşüncelerinden esinlenerek şekillenmiştir. <http://plato.stanford.edu/entries/grotius/>

¹⁴⁸ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 84

Ayrıca tabîî hukuk doktrini genel de Kıta Avrupası'nda özel de ise Almanya'da hukukun sistematik gelişmesine ve genel hukuk doktrinlerinin ve temel kavramların doğmasına ve yerleşmesine de yardımcı olmuştur.¹⁴⁹

H- Tarihçi Hukuk Ekolü Bakımından Kanunlaştırma Olgusu

Fransız ihtilalinin Avrupa hukuk düşüncesine yansımaları, hukukun aklî olması, hukukun temel görevinin insan hak ve özgürlüklerini koruması ve sürekli ilerleyen insanlığın eski hukuk sistemleriyle bu ilerleyişe ayak uyduramayacağı gibi düşünceler şeklinde olmuştur. Napoleon'un ele geçirdiği ülkelerin halkları, Fransız ihtilali sonrası ortaya çıkan bu düşünceleri ve özellikle bu düşüncelerin ışığı altında meydana getirilen *Code Civil*'i aklî hukuk mahsulü bir eser ve Napoleon'un fetihlerini de bu aklî hukuku bütün insanlığın hayatına tatbik etmek için yapılan teşebbüsler olarak değerlendirmişlerdir.¹⁵⁰ Bu genel kabul Almanya'da tabîî ve aklî hukuk akımına karşı bir reaksiyon doğurmuştur. Bu reaksiyonun doğmasındaki temel sebep, bugün de örneklerini gördüğümüz geleneksel Alman-Fransız çekişmesidir. Avrupa'nın bu iki köklü ulusu bugün de her ne kadar tek çatı altında birleşmiş olsalar da (Avrupa Birliği) pek çok noktada aralarındaki gizli bir rekabeti; Kıta Avrupası'na hâkim olma düşüncesini açığa vurmaktadırlar.¹⁵¹ *Code Civil*'in Fransa dışındaki ülkelere ihracıyla, Napoleon'un diğer ülkelere nüfuz ve hâkimiyet sağlayacağını farkına varan Alman hukukçuları, tabîî hukuk düşüncesinin yerine yeni bir hukuk mektebi ikame etmek gerektiğine inanmışlar bu da tarihçi hukuk okulunun doğmasına neden olmuştur.¹⁵²

Fransız *Code Civil*'in zamanın en ileri medeni kanunu olduğu düşüncesi Alman eyaletlerinde bu kanunun birer birer kabul edilmesine dolayısıyla da kültürel esaret

¹⁴⁹ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 20, Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 85

¹⁵⁰ Aarsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 14

¹⁵¹ Avrupa Birliği, Jean Mannet ve Robert Schuman gibi Fransız seçkinlerinin girişimleriyle kurulmuştur. Avrupa medeniyeti Napoleon'un inşâ ettiği hukuk sistemiyle bir düzene kavuşmuş ve sistemik olarak yeniden kurulmuştur. Bu anlamda Fransızlar, Avrupa'da günümüz medeniyetinin kurucusu olduklarına inanırlar. 1789 ihtilali ile ulus-devletin kurucusu olan Fransızlar işi daha da ileri götürürler ve kendilerini Avrupa'nın en eski ulus-devleti olarak görürler. Bu düşünceye göre Fransa, Avrupa'nın, Paris de medeniyetin merkezidir.

¹⁵² Hukuk tarihinde veya daha geniş bir ifadeyle insanlık tarihinde ortaya çıkan bir takım olayları tek bir sebebe indirgemek mümkün olmamakla birlikte bizim burada temel amacımız bu ekoller hakkında detaylı bilgi vermekten ziyade bu ekollerin kanunlaştırma ile ilgileri meselesidir. Tabii ki tarihçi hukuk ekolünün doğuşu ile ilgili olarak hukuk tarihi eserlerinde daha pek çok sebep de sıralanmaktadır.

tehlikesine yol açmaktaydı. 1814 yılında Anton Thibaut (1772–1880) *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (Almanya İçin Genel Bir Medeni Hukuk Zorunluluğu Hakkında) adlı bir kitap kaleme almıştır. Thibaut eserinde, Almanya’nın çeşitli bölgelerinde uygulanmakta olan farklı kanunların yerine bütün ülke için genel bir medeni kanun yapılmasını ve tüm ülkenin tek bir hukuk çatısı altında birleştirilmesinin gerekliliğini ileri sürmüştür.¹⁵³ Bu düşünce, milliyetçi Alman hukukçuları arasında bir endişeye neden olmuş, bu talebin bir sonraki adımının Fransız Medeni Kanunu’nun Almanya’da uygulanması olabileceği tehlikesi başta Savigny olmak üzere milliyetçi aydınları harekete geçirmiştir.¹⁵⁴ Bu endişeleri taşıyan Alman aydınlarının duygu ve düşüncelerine Friedrich Karl von Savigny¹⁵⁵ (1779–1861) tercüman olmuş¹⁵⁶ ve Thibaut’a cevaben *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Kanunlaştırma ve Hukuk Bilimi Açısından Çağımızın Eğilimi) adlı bir kitap kaleme almıştır.¹⁵⁷ Savigny, bu eserinde temel olarak bütün Almanya için umumî bir medeni kanun tedvînin henüz zamanı gelmediğini, hukukun kaynağının *volksgeist* (halkın ruhu)¹⁵⁸ olduğunu,¹⁵⁹ hukuk kurallarını doğuran temel amillerin, halkın umumî temayülleri ile

¹⁵³ Karl A. Mollnau, *The Contributions of Savigny to the Theory of Legislation*, American Journal of Comparative Law, sayı: 37, 1989, s: 85

¹⁵⁴ Hukuk tarihinde pek çok örneği olan bu mücadeleyi *Mecelle*’nin hazırlanması sırasında Ahmet Cevdet Paşa ile Âli Paşa arasındaki mücadeleye ve yine Amerika’da *New York Civil Code*’nin hazırlanması sırasında David Dudley Field ile James Coolidge Carter arasındaki mücadelelere benzetmek mümkündür. Fransız Medeni Kanununun Almanya’da uygulanmasını isteyen Thibaut’a karşılık Amerika’da da Field benzeri bir düşünceyi seslendiriyordu. Bu düşünceye karşı çıkan Savigny’nin yerini ise Amerika’da Carter almıştır. Düşüncelerini ifade etmek için kaleme aldığı 117 sayfalık “*On the Proposed Codification of Our Common Law* (1884)” adlı eseri Savigny’nin “*Vocation of Our Age*” adlı eserinin adeta bir kopyası konumundaydı. Daha detaylı bilgi için bkz: Mathias Reimann, *The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and Defeat of the New York Civil Code*, The American Journal of Comparative Law, sayı: 37, 1989, s: 99–103. Esasen burada bir kez daha görülmektedir ki, Fransız Medeni Kanunu, *Code Civil* XIX. ve XX. yy.larda Osmanlı Devletinden Amerika’ya kadar eski-yeni pek çok ülkeyi, bu ülkelerin aydınlarını, hukukçularını derinden etkilemiş, gündemlerini çokça meşgul etmiştir.

¹⁵⁵ Savigny’nin hayatı, eserleri, fikirleri ve hukuk tarihindeki önemi ile ayrıntılı bilgi için bkz: Savigny: *German Lawgiver*, Marquette Law Review, sayı: 55, 1972, s: 280–295, ayrıca, http://en.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Karl_von_Savigny

¹⁵⁶ Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 15

¹⁵⁷ Gale, *Savigny and the Historical School*, s: 130

¹⁵⁸ Kelime anlamı itibarıyla “*halkın ruhu*” olarak tercüme edilse de, Prof.Dr. Yavuz Atar’ın çevirisi ile “*halkın ayırt edici hukuk dehası*” maksadı daha iyi anlatan, daha orijinal bir ifadedir.

¹⁵⁹ Pek çok hukuk tarihi kitabında “*halkın ruhu*” kavramı, Savigny ile özdeşleştirilmiştir. Ama Sadri Maksudi Arsal bu kavramı ilk kullananın Puchta olduğunu belirtmektedir. Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 16

örf, âdet ve gelenekleri olduğunu iddia etmiştir.¹⁶⁰ Savigny ayrıca Avrupa hukukunun kodifikasyondan dolayı yeterince gelişemediğini de ifade etmiştir.¹⁶¹ Esasen, Savigny'nin karşı çıktığı olay, kanunlaştırmadan ziyade, Fransız Medeni Kanunu'nun Almanya tarafından alınması düşüncesidir. Fakat bunu sistemli bir şekilde temellendirebilmek için kanunlaştırma ile ilgili itirazlarda bulunmuş bu da onun, hukuk tarihinde kodifikasyon aleyhtarı olarak tanınmasına neden olmuştur.¹⁶² Bu okulun en önemli temsilcilerinden Puchta (1798–1864) tarihçi hukuk okulunun görüşlerini şu şekilde belirlemiştir: Hukuk kuralları, önce millî ruhun derinliklerinde hazırlanır, örf ve âdet şeklinde belirir, sonra hukukçular halkın şuur ve vicdanından doğan bu kuralları yorumlar, düzenler, sistemleştirir ve kavramlaştırır. Hukuk daha sonra kanunlaşır ki bu döneme kodifikasyon dönemi denir. Ancak hukukun kanun kalıbına dökülmesi bir bakıma hukuku dondurmaktır. Bu nedenle örf ve âdet, hukukun doğal seleksiyonunu engellemeyen tek hukuk türüdür ve bu nedenle kanundan daha değerlidir.¹⁶³

Bu ekole tarihçi hukuk okulu adının verilmesi de temel ilkelerinden kaynaklanmaktadır. Buna göre, her milletin tarihinde oluşan kültürel bir miras bulunmaktadır.¹⁶⁴ Hukuk da bu miras içinde şekillenen bir olgudur.

Tarihçi hukuk ekolünün Kıta Avrupası hukukuna en önemli etkisi kanunlaştırma rüzgârının hız kesmesi şeklinde olmuş ve doğduğu yer olan Almanya kanunlaştırmasını en geç yapan ülkelerden biri olmuştur.¹⁶⁵

Tarihçi hukuk okulunun temel dayanağı olan, hukukun milletlere mahsus olduğu fikri kısmen doğru olmakla birlikte bu bir anlamda insanoğlunun ortak akıl ve medeniyet tecrübesinin inkârı anlamına da gelmektedir. Bu anlamda tarihçi hukuk okuluna en ciddi eleştiriler yine bir Alman Hukukçu, Rudolf von Jhering'den gelmiştir. Jhering, hiçbir hukuk sisteminin ve hiçbir hukuk müessesesinin bir millete mahsus olmadığını, bunların bir millettten diğer bir millete intikal edebileceklerini

¹⁶⁰ Joachim Rückert, *The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900*, American Journal of Comparative Law, sayı: 37, 1989, s: 123, Mustafa Reşit Belgesay, *Kuran Hükümleri ve Modern Hukuk*, İstanbul, 1963, s: 365

¹⁶¹ Ascheri, *A Turning Point in the Civil Law Tradition*, s: 1042–1043

¹⁶² Mollnau, *The Contributions of Savigny to the Theory of Legislation*, s: 85

¹⁶³ Editor, *Savigny: German Lawgiver*, Marquette Law Review, sayı: 55, 1972, s: 284–286, Ali Kaya, *İslâm Hukukunda Örfün Kaynaklık Değerinin Sınırları Konusuna Hukuk Felsefesi Açısından Bir Yaklaşım*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı: 5, 2005, s: 186

¹⁶⁴ Ali Acar, *The Concept of Legal Culture*, AÜHFD, cilt: 3, sayı: 2, 2006, s: 145

¹⁶⁵ Editor, *Savigny: German Lawgiver*, s: 289

nitekim XV. yy.da Alman milletinin Roma hukukunu kabul etmekle hukuk tarihinin en önemli resepsiyon örneğini verdiğini ifade etmektedir. Ayrıca hiçbir hukukî müessese de kendiliğinden, şüursuzca oluşmuş olmayıp, siyasî, iktisadî ve sosyal bazı şartların ve hayatî ihtiyaçların tesiri altında hareket eden belirli bir takım insanların şuurulu faaliyet ve mücadeleleriyle oluşmuştur.¹⁶⁶

Kanaatimizce tarihçi hukuk okulunun en önemli eksikliği, temel de Almanya'nın Fransız nüfuzuna girmesi endişesinden kaynaklanarak kanunlaştırma düşüncesine karşı çıkmaları olmuştur. Bu ekolün savunucuları hukukun donmasına yol açacağını ifade etmelerine rağmen¹⁶⁷ nihâî noktada kendileri de kanunlaştırma düşüncesine gelmişlerdir. Kanunlaştırma faaliyetinin insanlığın geldiği, geleceği en üst seviye olduğunu iddia etmemekle birlikte sürekli olarak değişen hayatın ihtiyaçlarını bir şekilde karşılamak gerektiğini, kanunlaştırmaya –hangi sebeple olursa olsun- karşı çıkarken de bu boşluğu dolduracak, hayatın gerçeklerinden uzak olmayan, makul ve mümkün alternatif bir teklifin de getirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü örf ve âdetin ağır gelişiminin, toplumların her bakımdan hızlı doğan ve gelişen ihtiyaçlarını karşılayamadığı tarihte tecrübe edilmiştir. Ayrıca devlet dediğimiz toplumsal mutabakatın en üst organı olan siyasî otorite hukukî, iktisadî ve içtimâî ihtiyaçları karşılayacak ortak ve belirli ilkelere dayalı kanunlar yapmak zorundadır. Gerçi, başta Savigny olmak üzere tarihçi hukuk okulu, alternatif bir yol olarak Roma hukukunun orijinal haliyle yeniden ele alınıp, bunun tarihî süreç içerisinde geçirmiş olduğu aşamaların dikkate alınarak bir hukuk sisteminin oluşturulmasını önermişlerse de¹⁶⁸ bu da gerçekçilikten uzak bir yol olarak, Roma hukukunun Almanya'da adeta kutsanmasına ve *Pandektizmin*¹⁶⁹ doğmasına yol açmıştır. Ayrıca, Savigny'nin toplumsal deneyim tecrübesinin halkın ruhu (*Volksgeist*) teorisiyle birleşmesi “*arî ırk*” kavramının Almanya'da kök salmasına,¹⁷⁰

¹⁶⁶ Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 22–25

¹⁶⁷ Gale, *Savigny and the Historical School*, s: 132

¹⁶⁸ Editor, *Savigny: German Lawgiver*, s: 290

¹⁶⁹ Pandektizm: Roma Hukukunun Alman devlet/devletçiklerinde doktrin ve uygulama yoluyla aldığı biçime verilen addır. Daha detaylı bilgi için bkz: Eşref Küçük, *XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku*, AÜHFD, cilt: 56, sayı: 4, 2007, s: 111–122

¹⁷⁰ Paul Koschaker, *Mukayeseli Hukuk Tarihi*, çev: Kudret Ayiter, AÜHFD, cilt: 11, sayı: 1–2, 1954, s: 588

bunun tabîî bir sonucu olarak da Faşizmin ve Nazizmin Almanya’da güçlenmesine neden olmuştur.¹⁷¹

Bütün bu eleştirilere rağmen, bu düşüncenin de insanlık ortak aklına, hukuk tarihinin ehemmiyetini öğretmesi bakımından faydası olmuş, tabîî hukukçuların hiç nazar-ı itibara almadıkları hukuk tarihi, bu düşüncenin etkisiyle milletlerin öncelikle kendi tarihî mirasını sonra da hukukî miraslarını incelemeye yönelmeleriyle önem kazanmıştır.¹⁷² Bu da karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının gelişmesine önemli bir katkıda bulunmuş, özellikle Almanya’da Roma hukukunun iktibasıyla ilgili yapılan detaylı çalışmalar Roma hukukunun Almanya’da daha farklı bir şekilde değerlendirilmesine imkân sağlamış, bu da etkisini *BGB* çalışmalarında göstermiştir.¹⁷³

I- Kanunlaştırmanın Olumlu ve Olumsuz Tarafları

Kanunlaştırma olgusu insanoğlunun sosyal ve hukukî ihtiyaçları sonucu oluşmuş bir faaliyettir. Sosyal bir faaliyet olması sebebiyle bu meseleyi bazı hukuk tarihi eserlerinde ele alındığı gibi, matematiksel bir kesinlik içinde değerlendirmemek lazımdır. Diğer bir ifadeyle kanunlaştırma faaliyeti, iki kere ikinin dört etmesi kesinliğinde ele alınacak bir olgu değildir. Toplumun ve hukukun gelişmesine fayda sağlayacak yönleri bulunabileceği gibi, toplumun veya hukukun gelişmesine engel olabileceği durumlar da söz konusu olabilecektir.

1- Kanunlaştırmanın Olumlu Tarafları

a- Kanunlaştırma Hukukî İstikrarı Sağlar

Özellikle örf-âdet hukukunun etkili olduğu zamanlarda, bir ülkenin farklı bölgelerinde egemen olan ve uygulanan örf-âdet hukuku hukukî istikrarsızlığa yol açmış bu da vatandaşların hukuk ve adalet idesine olan güvenlerini sarsmıştır. Kıta Avrupası’nın feodal sistemlere göre idare edildiği Orta Çağ döneminde bu durum en yüksek düzeyine ulaşmıştır. Avrupa’nın çeşitli bölgelerinde uygulanan çok farklı yerel hukuk, Kıta’da önemli problemlerin doğmasına neden olmuştur. Ancak Kıta

¹⁷¹ Editor, *Savigny: German Lawgiver*, s: 294

¹⁷² Velidedeoğlu, *Hukukta Tarihçilik ve Medeni Kanunlarda Değişme Zorunluğu*, Ankara Barosu Staj Konferansı, Ankara, 1972, s: 5

¹⁷³ Gale, *Savigny and the Historical School*, s: 123

Avrupalı hukuk sistemleri bu problemleri kanunlaştırma faaliyetleri ile aşmışlardır. Böylece ülkedeki tüm bireyleri kapsayacak genel bir hukuk sistemi, uygulamada karışıklığın önüne geçmiş bu da vatandaşların sisteme olan güvenlerini pekiştirmiştir.

b- Kanunlaştırma Faaliyeti Beraberinde Siyasî İstikrarı Getirir

Kanunlaştırmanın bu yönü idarî sistemle ilgilidir. Kanunlaştırma olgusu ile merkezî idare arasında karşılıklı bir etkileşim söz konusu olup biri, diğerrinin doğal sonucudur. Merkezî devlet fikrinin güç kazandığı 1600'lü yıllara kadar Kıta Avrupası'ndaki siyasal sistemin, birbirleriyle sürekli mücadele halinde olan derebeyliklerden oluştuğu dikkate alındığında bu düşüncenin önemi ortaya çıkacaktır. Kıta Avrupasındaki küçük siyasî yapılanmalar (derebey, prenslik ve küçük devlet(çik)ler zaman içinde büyük devlet veya imparatorluğa dönüşmüş, siyasî alandaki bu dönüşüm hukukî alanda da kanunlaştırma olarak tezahür etmiştir. Kanunlaştırma faaliyeti ile bir taraftan devletin hukuk yoluyla tüm ülkede hâkimiyeti sağlanmış, diğerr taraftan da siyasî istikrarın hukuk yoluyla sürdürülebilmesine çalışılmıştır. Böylece hukukî istikrar, siyasî istikrarı da beraberinde getirmiştir.

c- Kanunlaştırma Hukukun Gelişimine Etki Eder

Kanunlaştırma ile yazılı olmayan dağınık hukuk kurallarının belirli bir sistem çerçevesinde bir araya getirilmesi hem hukukun hem de bu hukukun uygulanacağı mahkeme vb. adlî kurumların gelişimine imkân sağlamıştır. Planlı programlı hukukî düzenlemeler ve etraflı büyük kanun mecmualarının yapılması ile hukuk, müstakil bir ilim hüviyetini kazanmıştır. Kanunlaştırma faaliyeti bu yönüyle de adlî kurumların gelişimine katkıda bulunmuştur.

2- Kanunlaştırmanın Olumsuz Tarafları

a- Kanunlaştırma Hukukun Doğal Seleksiyonuna Müdahaledir

Yukarıda tarihçi hukuk okulunun kanunlaştırma ile ilgili görüşlerini ana hatlarıyla belirtmiştik. Burada tekrara düşmeden şunları ifade etmek mümkündür: Kanunlaştırma olgusuna eleştiriler daha ziyade tarihçi hukuk ekolü mensuplarınca getirilmiştir. Bu eleştirilere göre kanunlaştırma, hukukun gelişimine dışarıdan bir müdahale anlamına gelmektedir. Bu müdahale toplumda kargaşa ve karışıklığın

doğmasına neden olacaktır. Hukuk, toplumun kendi iç dinamiklerinin bir tezahürü olmalı başka bir ifade ile dışarıdan bir müdahalede bulunulmamalıdır. Kanunlaştırma faaliyeti ise hukukun örf ve âdet şeklindeki doğal gelişimine dışarıdan bir müdahaledir. Esasen, tarihçi hukuk okulu, kanunlaştırma olgusuna toplumun ve hukukun doğal gelişiminden ziyade, Almanya'nın Fransız nüfuzuna girme endişesinden dolayı karşı çıkmıştır. Bu ekol alternatif bir yol olarak Roma hukukunu ön plana çıkartmış, ancak bu da Roma hukukunun kutsanması sonucunu doğurmuştur(*pandektizm*). Teklif ettikleri metot, toplumsal hayatın ihtiyaçlarını ve problemlerini karşılamaktan son derece uzak kalmış, hukukun donmasını önlemeye çalışırken hayatı dondurmuşlardır.

b- Kanunlaştırma Hukukun Donmasına Neden Olur

Bu eleştiri sadece tarihçi hukuk okulu mensupları tarafından değil, bağımsız diyebileceğimiz hukukçular tarafından da getirilmiştir ve kendi içinde belirli bir oranda da olsa haklılık payı bulunmaktadır. Ancak kanunlaştırma olgusu İslâm hukuku veya İngiliz hukuku gibi, hukukun temel gelişiminin “içtihat düşüncesi” olduğu hukuk sistemlerinden ziyade kontinental hukuk sisteminde meydana gelen bir hukukî faaliyet olup, bu hukukun gelişimi de içtihat düşüncesine bağlı değildir. Kanaatimizce kanunlaştırma olgusunun hukukun donmasında birinci derecede etkili olması, kanun koyucunun kanunlaştırma faaliyetinde bulunurken somut olay metodunda olduğu gibi muhtemel her mesele için ayrı bir kural koyma yoluna gitmesidir. Bu tarz bir yöntem toplumda ortaya çıkan ve çıkabilecek her durum önceden düşünülerek, o duruma uygun kanun koyma esasını getirmiştir. Bu yöntemin imkân dâhilinde olmaması doğal olarak hukuk kurallarının belli başlı kalıplar içine hapsedilmesine ve hukukun donmasına neden olmuştur. Ancak, sürekli bir ilerleme içinde olan insanlık adeta deneme yanılmaya benzer bir yöntemle, bu tarz bir kanunlaştırmının istenen faydayı doğurmadığını, aksine zaman içinde problemin kaynağı olduğunu görmüş ve sonraki kanunlaştırmalarda bu metottan vazgeçerek soyut kural metoduna göre kanunlaştırma faaliyetlerinde bulunmuştur. Ayrıca kanunu uygulayacak olan hâkime takdir hakkının verilmemesi de hukukun donmasına yol açacağından bundan da kaçınılmıştır. Hukukun zaman içinde sosyal hayatın ihtiyaçlarını karşılamayacak şekilde toplumun gerisinde kalması sadece

kanunlaştırma sonucu ortaya çıkabilecek bir durum olmayıp, kanun koyucunun toplumsal talep ve değişiklikleri takip etmemesi ile ilgili bir durumdur. Bu da esasen bütün hukuk sistemlerinde ortaya çıkması muhtemel bir tehlikedir.

c- Kanunlaştırma Hukuk Egemenliğinden Kanun Egemenliğine Yol Açar

Bu görüşe göre kanunlaştırma olgusu kanunun her şeye hâkim olması (*legal absolutism*) sonucunu doğuracaktır. Bu durum ise örf ve âdet hukukunun ve içtihat faaliyetinin ölmesine neden olacaktır.¹⁷⁴ Hukukî absolutizmin bu tür tehlikeleri içermesi imkân dâhilinde olmakla birlikte aradaki denge gözetilerek yapılan bir kanunlaştırma faaliyetinin bu tarz muhtemel tehlikelerden arındırılması da mümkündür. Nitekim hukuk tarihindeki örneklerini gördüğümüz kanunlaştırma faaliyetlerinde bu tarz bir tehlike ortaya çıkmamıştır.

Literatürde kanunlaştırma faaliyetinin olumlu ve olumsuz tarafları ile ilgili ortaya çıkan görüşler ana hatlarıyla bunlardan ibarettir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi kanunlaştırma faaliyeti kendiliğinden ortaya çıkmış bir olgu değildir. İnsanoğlunun ihtiyaçları neticesi oluşmuş bir hukukî faaliyettir. Bu nedenle kanunlaştırma olayını kutsamadan toplumun ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak değerlendirme yapmak durumundayız. Kanaatimizce bir hukukî faaliyet olarak kanunlaştırma –uygulanacak hukuk sisteminin özelliği göz önünde bulundurulması şartıyla- artıları, eksilerinden çok daha fazla olan bir hukukî faaliyettir. Tarihsel süreci incelediğimizde kanunlaştırma faaliyetleri, hukuk biliminin ve hukuk sistemlerinin gelişimine önemli katkılarda bulunmuştur.

¹⁷⁴ Paolo Grossi, *Legal Absolutism and Private Law in the XIX. Century*, Italian Studies Law 2, Edited by: Alessandro Pizzorusso, Netherlands, 1994, s: 3

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL HUKUK TARİHİNDEKİ BAŞLICA KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİ

I- GENEL HUKUK TARİHİNDEKİ KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİ

Günümüzde kanunlaştırma faaliyeti Roma hukukunun sistemli bir şekilde tedvîn edildiği *Corpus Juris*'e kadar götürülmekte ancak modern anlamda kanunlaştırma çalışmalarının XVIII. yy.da *Code Civil* ile başladığı ifade edilmektedir. Hâlbuki insanlığın ortak paydasındaki en önemli paya sahip olan hukuk, ne bir topluma özgüdür ne de bir medeniyetin tekelindedir. Toplum içinde bir arada yaşama zorunluluğunda olan insanoğlunun birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen hukukun, insanlık tarihinin ilk gününden beri sürekli bir ilerleme içinde olduğu dikkate alındığında kanunlaştırma düşüncesi ve faaliyetlerinin de her toplumda ve her medeniyette ilkel manada bile olsa bulunduğu görülecektir.

Buna göre hukuka ilişkin, yazılı olmayan örf-âdetlerin ve diğer hukuk kurallarının belirli bir sisteme göre tedvîn edilip bir ülkede yürürlüğe konulması manasında kanunlaştırma faaliyetlerinin en önemlilerini şu şekilde sıralamak mümkündür.

A- Ön Asya'da Yapılan Kanunlaştırma Faaliyetleri

1- Hammurabi Kanunlaştırması

Kanunlaştırma sebepleri arasında zikrettiğimiz ülkenin siyasî birliğini sağlamanın hukuk yoluyla sürdürülebilir hale getirilmesi çalışmalarına verilebilecek en güzel örneklerden biri *Hammurabi kanunlaştrmasıdır*.¹⁷⁵ İnsanlık tarihinin ilk ve önemli kanunlaştrmalarından¹⁷⁶ olan bu kanun,¹⁷⁷ adını Babil'in VI. Kralı Hammurabi'den (M.Ö.1792–50) almıştır.¹⁷⁸ Sümer ve Akkad ülkelerini bir imparatorluk halinde birleştirip merkezî bir hükümet kuran Hammurabi, ülkede kendisinden önceki hukukî düzenlemeleri belirli bir sisteme göre derleyerek, İmparatorluk sınırlarının tamamında uygulanacak tek bir hukuk sistemi oluşturma

¹⁷⁵ Türk Ansiklopedisi, cilt: 18, *Hammurabi* maddesi.

¹⁷⁶ Hukuk tarihinde ilk yasama faaliyetlerinin genelde ceza hukuku ile başladığı kabul edilmektedir. Hammurabi Kanunu da temel de ceza hukuku ile ilgili hükümleri düzenlemek üzere meydana getirilmiş bu arada diğer konuları da tanzim etmiştir. Detaylı bilgi için bkz: Mustafa Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul, 2004, s: 25

¹⁷⁷ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1073, <http://www.wsu.edu/~dee/MESO/CODE.HTM>

¹⁷⁸ Emin Bilgiç, *Eski Mezopotamya Kavimlerinde Kanun Anlayışı ve Ananesi*, DTCF Dergisi, cilt: XXI, sayı: 3–4, Temmuz-Aralık, 1963, s: 113

gayreti içine girmiştir.¹⁷⁹ *Hammurabi Kanunları* da bu düşüncenin bir ürünü olarak doğmuştur. Yapılan araştırmalar sonucunda *Hammurabi Kanunu*'nun Mezopotamya'da ilk kanun olmadığı, Lagaş Kralı Uruganika,¹⁸⁰ III. Ur sülalesinin ilk hükümdarı Urnammu, İsin kralı Lipit-İştar¹⁸¹ ve Esnunna Krallığı kanunlarının *Hammurabi Kanunları*'nın esasını teşkil ettiği ortaya çıkmıştır. Fakat bu kadar geniş kapsamlı önsözü (*prologue*), uzun sonsözü (*epilogue*) ve 282 kanun maddesi ile yazılmış başka bir kanun abidesi yoktur.¹⁸² Eldeki metin bir Sâmi dili olan Akkad diliyle yazılmıştır. Günümüze Sümerce yazılmış bir metni ulaşmamışsa da, yasaların tek bir ülkede çok daha geniş bir hükümdarlığı kapsama ve Sâmi ve Sümer geleneklerini bütünleştirerek bu halkları kaynaştırma amacı taşıdığı anlaşılmaktadır.¹⁸³

Hammurabi Kanunları'nın “*codex*” olarak kabul edilip edilemeyeceği tarihçiler ve hukukçular arasında süre gelen bir tartışma olmakla¹⁸⁴ birlikte bu kanunların Hammurabi İmparatorluğu'nda geçerli olan kanunların tadil ve ıslah edilmiş şekilleri ile yeni ilave maddelerden oluşması, *codex* olarak değerlendirmemize neden olmaktadır. Ayrıca, genelde doğu toplumlarında, özelde ise Mezopotamya'da ortaya çıkan kanun mecmuaları veya derlemeler, belki örneklerini daha sonra göreceğimiz “*codex*” tanımına tam olarak uymayabilir. Fakat doğu toplumlarındaki “*âdil hükümdar ülküsü*” en azından bu yönde bir çabanın bulunduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Kanun mecmuaları veya derlemeler şeklinde olmasa da “*âdil hükümdar*” ülküsü kralları ve devlet adamlarını hukuk ve adalet idesi noktasında oldukça titiz davranmaya yöneltmiştir.

Hammurabi Kanunu iktisadî, siyasî, sosyal ve dinî bir dizi reform diye nitelendirilecek düzenlemelerden oluşmaktadır. Kanunda evlat edinme, nişan ve evlilik ile ilgili düzenlemeler ile aile müessesesinde kadına tanınan haklarla Bâbil

¹⁷⁹ Mebrûre Tosun-Kadriye Yalvaç, *Sümer-Babil, Asur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı*, Ankara, 1975, s: 3

¹⁸⁰ Martha Roth, *Hammurabi's Wronged Man*, Journal of the American Oriental Society, cilt: 122, sayı: 1, 2002, s: 45

¹⁸¹ Weidner, *Dünyanın En Eski Kanunnâmeleri*, s: 379

¹⁸² Binnur Temuroğlu Serttaş, *Hammurabi Kanunu ve Bu Kanunun Diğer Kanunlara Etkisi*, Gazi Üniversitesi SBE, Y.Lisans Tezi, Ankara, 2002, s: 109

¹⁸³ Ana Britannica, c: 10, s: 349

¹⁸⁴ Mebrûre Tosun, *Hammurabi'nin Toprak Kanunları*, DTCF Dergisi, cilt: XXI, s: 3–4, s: 129

toplumunun sosyal haklarında önemli iyileştirmeler yapılmıştır.¹⁸⁵ Aynı şekilde tımar sisteminin kurulması ile ülkenin imarı ve ordu sayısının artırılması amaçlanmıştır.¹⁸⁶ Dinî alanda ise, krala devleti yönetirken etkili olan idare meclislerine danışma ve halkın tasvibini alma mecburiyeti getirilerek ülkede tek bir Tanrı veya tek bir ferde mutlak güç tanınmamıştır.¹⁸⁷

Eski şarkta bugüne kadar bundan daha mükemmel bir kanunnâmeye rastlanılmaması ve kanunnâmenin zamanına göre son derece ileri hükümler içermesi, bazı hukuk tarihçilerini *Hammurabi Kanunu*'nun uygulanmasında şüpheyeye düşürmüştür. Buna göre *Hammurabi Codex*'i bir nevi tedvîn modeli olarak yapılan ve adeta kâğıt üzerinde kalan bir hukuk külliyyâtıdır. Uygulamada bu hükümlerin yürürlüğüne dair hiçbir vesikaya rastlanılmaması kralın bu büyük eserinin ancak bir tasavvurdan ibaret olduğu ve hiçbir zaman gerçek bir yasa mâhiyetini almadığı şeklinde değerlendirilmiştir.¹⁸⁸ Kanunnâmenin geneline baktığımızda en ince meseleleri bile teferruatlı bir şekilde ele almış olması -uygulanabilirliği hususundaki bilinmezler bir kenara bırakılırsa- o günkü hukuk düşüncesinin geldiği nokta hakkında bize yeterli bilgi vermektedir.

Bazı hukuk tarihçileri *Hammurabi Yasaları* ile *Tevrat* arasında bir takım benzerlikler kurmaya çalışmışlardır.¹⁸⁹ Buna göre, *Tevrat* içerdiği hükümleri *Hammurabi Kanunu*'ndan almıştır. İsrailoğullarının uzun süre yaşadığı Kenan ilinde Babil hukuku uzun yıllar yürürlükte kalmıştır. Kronolojik olarak *Hammurabi Kanunu*'nun *Tevrat*'tan önce olması ve bu iki hukuk sistemi arasındaki şaşırtıcı benzerlikler hukuk tarihçilerini, *Tevrat*'ın *Hammurabi Kanunları*'nın kötü bir kopyası olduğu şeklinde değerlendirmelerine yol açmıştır. Hukuk tarihçileri arasında bu konuyla ilgili olarak genelde üç görüş ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerden birincisi; *Tevrat* doğrudan doğruya *Hammurabi Kanunu*'ndan alınmıştır. İkincisi; *Tevrat* doğrudan doğruya *Hammurabi Kanunu*'ndan alınmış değildir. Fakat *Hammurabi Kanunu*'na da örneklik etmiş daha iptidaî müşterek bir metinden alınmış ve

¹⁸⁵ Recai Galip Okandan, *Umumî Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul, 1952, s: 122–133, Sertaş, *Hammurabi Kanunu*, s: 109

¹⁸⁶ Tosun, *Hammurabi'nin Toprak Kanunları*, s: 134–137

¹⁸⁷ Mebrûre Tosun, *Sümer, Bâbil ve Assur'lularda Hukuk, Kanun ve Adalet Kavramları ve Bunlarla İlgili Terimler*, Belleten, cilt: XXXVII, sayı:148, Ankara, Ekim 1973, s: 574–576

¹⁸⁸ Hamide Topçuoğlu, *Eski İsrail Hukukunun Menşei, Hususiyetleri ve Hammurabi Kanunu ile Olan Münasebetleri*, AÜHFD, cilt: V, sayı: 1–4, s: 308

¹⁸⁹ Ana Britannica, *Hammurabi maddesi*, cilt: 10, s: 349

işlenmiştir. Üçüncüsü ise; her iki kanun mecmuası da birbirinden ilgisiz farklı örneklerden istifade etmişler ve zamanın gereklerine göre yapılan ekleme ve çıkarmalarla kendi hüviyetlerini kazanmışlardır.¹⁹⁰ Çalışmamızın imkân ve sınırlarını dikkate alarak bu konuyla ilgili derin tahlillere girmemekle birlikte iki hususun altını önemle çizmek istiyoruz. Birincisi; hukuk tarihinde değişim ve etkileşim meselesi oldukça karmaşık ve problemlili bir konudur. Örneğin, yukarıda *Hammurabi Kanunu* ile *Tevrat* arasında kurulan ilişkinin bir benzeri de geçmişte Roma hukuku ile İslâm hukuku arasında kurulmaya çalışılmıştır. Hukuk sistemleri arasında zahirdeki bazı benzerliklerden yola çıkılarak kurulmaya çalışılan etkileşim meselesinin bu kadar basite indirgenmemesi gerekmektedir. Çünkü genelde bu etkileşim meselesi, ilmî bir takım verilerden ziyade psikolojik bazı ön kabul ve değerlendirmelerden kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce, hukuk sistemleri arasındaki etkileşim meselesinde insanlığın ortak akıl ve medeniyet tecrübesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca çeşitli doğu hukuk sistemlerinin (Hammurabi, Tevrat, Roma, İslâm vb) aynı coğrafyada ve birbirine yakın ırklarda ortaya çıkmasının, coğrafi ve ırkî etkilerinin de bu benzerliklerin oluşumundaki katkısını dikkate almamızı gerektirmektedir. *Hammurabi Kanunu* ile *Tevrat* arasında kurulan ilişki ile ilgili olarak altını çizeceğimiz ikinci husus da şudur: Yüce Allah'ın insanlara doğru yolu göstermek ve hidayete erdirmek için peygamberleri aracılığıyla gönderdiği ilâhî hükümleri içeren kutsal kitapların beşerî emir ve yasaklarla aynı kategoride değerlendirilmesi mümkün değildir. Zaman içinde tahrife uğramış olmakla birlikte *Tevrat*, Yüce Allah'ın elçisi Musa (a.s)'ya gönderdiği ilâhî bir hitaptır ve hiçbir beşer ürünü ile mukayesesini doğru değildir.

Hammurabi Kanunları'ndan sonra da Mezopotamya'da benzeri kanun faaliyetleri meydana gelmiştir. Ancak bunlar kanun külliyâtı dediğimiz “*codex*” den ziyade kanunlar mecmuası (*collection*) şeklinde ortaya çıkmıştır. Özellikle halkın üzerinden zulmü gidermek, can ve mal güvenliğini sağlamak ve güçlünün zayıfı ezmesinin önüne geçmek için çıkarılan fermanlar ve emirnâmeler bu amaca matuf çalışmalardır. Bunlar içinde de en önemlisi Babil Kralı Ammi-saduqa'nın fermanıdır.¹⁹¹

¹⁹⁰ Topçuoğlu, *Eski İsrail Hukukunun*, s: 308–311

¹⁹¹ Tosun-Yalvaç, *Ammi-Şaduqa Fermanı*, s: 16–17

2- Manou Kanunu

Manou, eski Hintlilerin dünya hükümrânı olan yedi kralına verilen bir isimdir. Hintliler, tanrı Brahm'ın bu kanunu, yedi kralın birincisine vahyettiğine inanırlar. Bu vahiy daha sonraları ezberlenerek nesilden nesile intikal etmiş ve Sanskritçe olarak tedvîn edilmiştir. *Manou Kanunu (Laws of Manou)* bu tedvîn faaliyeti sonucunda oluşmuştur. Tarihi ihtilaflıdır. Bazı hukuk tarihçilerine göre M.Ö. XII. asra, bazılarına göre ise M.Ö. XIII. asra dayanmaktadır. On iki bap halinde 2685 maddeden oluşan bu kanunun üslûbu şiircedir; insan hayatının hem dinî hem de medenî yönlerini tanzim etmiştir. Dinî açıdan; oruç, ilahlar için kurban, helal, haram ve temizlik konularını; medenî açıdan ise mülkiyet, adalet ve benzeri konular ile ahlâkî kaideleri ihtiva etmiştir. Manevî müeyyideye de yer veren bu kanun İngiliz sömürge idaresince Hindistan'ın idaresinde istifade amacıyla kullanılmış ve 1947 Anayasasına kadar Hindistan'da etkisini sürdürmüştür.¹⁹²

3- Bochoris Kanunu

Bochoris, Mısır'da 24. ailenin bir kralı (M.Ö.712–718) olarak kendi adıyla anılan bu kanunu koymuştur. Bu kanun, eski Mısır kanunlarından dinî içerikli bir takım hükümlerin çıkarılması ile oluşturulmuştur. M.S.212 yılına kadar Mısır'da tatbik edilmiştir. Roma İmparatoru Caracalla meşhur Fermanı ile bu kanunu lağvetmiş ve yerine Roma hukukunu ikame etmiştir. *Bochoris Kanunu*, Bâbil kanununun ve özellikle de *Hammurabi Kanunu*'nun etkisi altında kalmıştır. Herodot'un naklettiğine göre, Solon bu kanundan istifade etmiştir. Hatta Roma'nın *On iki Levha Kanunları*'nın bile bu kanundan yararlandığı ifade edilmektedir.¹⁹³

4- Dracon Kanunu

Hukuk tarihinin önemli kanun derlemelerinden biri olan *Dracon Kanunu* Atina'da yapılmıştır. M.Ö. VII. yy.ın ortalarında halk tabakası, özellikle de çiftçiler, şehre ait bir anayasa yapılması, örf ve âdet kanunlarının kanunlaştırılması ve haklarını elit tabakaya karşı koruyacak hukukî düzenlemelerin yapılması isteğiyle

¹⁹² Ahmet Akgündüz, *Umumî Hukuk Tarihi Ders Notları*, Mimoza Yayınları, Konya, 1991, s: 20, <http://en.wikipedia.org/wiki/Manusmriti>, <http://www.fordham.edu/halsall/india/manu-full.html>, ayrıca bkz: Patrick Olivelle, *Manu's Code of Law*, Oxford University Press, 2004, <http://en.wikipedia.org/wiki/Dharmasastra>

¹⁹³ Akgündüz, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 20

ayaklanmışlar, bunun üzerine de Atinalılar bu amaçla bir komisyon teşkil etmişlerdir. Altı kişiden oluşan bu komisyon, elit tabakanın zulmünden korkarak kendilerine tevdi edilen bu işi tamamlayamamıştır. Halkın tekrar ayaklanması üzerine bu görev altı kişilik komisyon üyelerinden hukukçu Dracon'a tevdi edilmiştir. Dracon, hukukun tüm alanlarını kapsayan bir düzenlemeden ziyade sadece özel yargılamayı ve kuvvet kullanılmasını ilga eden bir kanun hazırlamıştır. Kanun hükümlerine aykırı davranmanın cezası idam olduğu için, Dracon katıllıkla suçlanmış, Aristo'nun ifadesiyle bu kanun "cezayı ağırlaştırmaktan ve yetkiyi sınırlamaktan" başka bir işe yaramamıştır. Esasen Dracon özel yargılamayı site yargılama erkine devrederek, kamu yargılamasının çekirdeğini oluşturmuştur.¹⁹⁴

5- Solon Kanunu

Dracon'un yaptığı çalışma halkın beklentilerini karşılayamamış ve şikâyetler sona ermemiştir. Ülkedeki arazilerin büyük çoğunluğunun mülkiyetinin ve yönetimdeki pek çok üyeliğin hala elit tabakanın elinde olmasının ortaya çıkardığı hoşnutsuzluk üzerine M.Ö.594'de Solon harekete geçmiş ve siyasî, idarî ve iktisadî alanda halkın beklentilerini karşılayacak bir dizi düzenlemeler yapmıştır. *Solon Kanunu* adı verilen bu düzenlemeye göre siyasî alanda halk meclisleri yoluyla halkın yasama erkine katılmasının yolu açılmış, kazâî alanda hâkimlerin seçiminde halkın da söz sahibi olması sağlanmıştır. İktisadî alanda tefecilik ve arazi rehinini kaldırma gibi düzenlemeler getirilmiş, sosyal alanda ise mülkiyet hakkını ilgilendiren önemli hükümler yasama erkine kabul ettirilmiştir.¹⁹⁵

B- Roma İmparatorluğu'nda Yapılan Kanunlaştırma Faaliyetleri

Roma hukuku, genellikle Roma şehrinin(site) kuruluş tarihi olarak kabul edilen M.Ö.753 (754) yılından, Doğu Roma İmparatoru Justinianus'un M.S.565 yılında ölümüne kadar geçen zaman içinde Roma'da ve Roma egemenliği altındaki ülkelerde uygulanmış olan hukuktur.¹⁹⁶ Roma hukuku, başlangıcı Roma tarihinin eski devirlerine kadar uzanan ve M.S. VI. yy. da Justinianus'un kanunlarıyla son

¹⁹⁴ Akgündüz, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 21, <http://www.britannica.com/eb/topic-170671/article-9031112>, <http://campus.lakeforest.edu/academics/greece/DAArchClas.html>

¹⁹⁵ Akgündüz, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 21, <http://www.britannica.com/eb/article-6759/Solon>, http://history-world.org/draco_and_solon_laws.htm

¹⁹⁶ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 1

bulan uzun bir süreç sonunda ortaya çıkmıştır. Buna göre bu hukuk sisteminin yaklaşık bin yıllık bir tarihi bulunmaktadır. Bu süre içinde Roma hukuku ani ve devrim denecek gelişmelerle değil, sürekli ve organik bir gelişme ile mütemadiyen şekil değiştirmiştir. Hukuk tarihçileri bu süreyi ana hatlarıyla; Romanın başlangıcından, M.Ö. III. yy.a kadar süren eski hukuk devri, İkinci Pön Harbinden Principatus'un kuruluşuna kadar süren klasik devir, Principatus döneminden M.S. III. yy.'ın ortalarına kadar süren klasik hukuk devri ve klasik hukuk edebiyatının birden bire sona ermesiyle başlayan ve Justinianus devriyle sona eren Bizans dönemi¹⁹⁷ olmak üzere dört dönem halinde incelemektedirler.

Bu dönemler içinde Roma hukukunun tedvîniyle ilgili çok önemli adımlar atılmıştır. Bunlar içinde en önemlileri *On iki Levha Kanunu* ile *Corpus Juris Civilis*'dir.¹⁹⁸ Bu ikisi dışında da bir takım çalışmalar bulunmakla birlikte bunlar hem sistemli çalışmalar değildir hem de resmî hüviyeti olmadığı için tatbiki lokal (bölgesel) olmuştur. Örneğin; İmparatorluğun sonlarında şehir praetorlarının buyruklarının belirli bir formda toplandığı *Salvius Julianus* adeta bir kodifikasyon prototipi olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁹ Cumhuriyetin kuruluşundan elli yıl sonra, Roma'da geçerli olan hukukun tümünü sistemli bir biçimde bir araya toplamak ve saptamak amacıyla da bir kanunlaştırma hareketine girişilmiştir. Ancak, o çağda Roma toplumunda ortaya çıkan toplumsal ve siyasal karışıklığın ve sınıf kavgalarının bir sonucu olarak ortaya çıkan bu kodifikasyon, Roma hukuku tarihinde Justinianus zamanına kadar yapılan tek kodifikasyon olmuştur. Roma'da bu kodifikasyondan Justinianus'un *C.I.C.*'ne kadar geçen, yaklaşık bin yıllık süre içinde bir ikinci kanunlaştırma hareketine rastlanmamaktadır.²⁰⁰

1- On İki Levha Kanunu

M.Ö. 451–449 yılları arasında düzenlenen ve on iki adet levha üzerinde toplandığından dolayı bu adı alan kanun düzenlemesi Roma'nın en eski kodifikasyon

¹⁹⁷ Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, s: 75–77

¹⁹⁸ Hukuk tarihi eserlerinde *Corpus Iuris Civilis* ve *Corpus Juris Civilis* şeklinde kullanımları bulunmaktadır. Keza bu derlemenin meydana getirilmesini emreden Roma İmparatoru da *Iustinianus* ve *Justinianus* şeklinde kullanılmaktadır. Biz tezimizde standart bir kullanımı sağlamak amacıyla *Corpus Juris Civilis* ve *Justinianus* kelimelerini kullanmayı uygun gördük.

¹⁹⁹ Honore, *The Background to Justinian's Codification*, s: 860

²⁰⁰ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 60

düzenlemesidir.²⁰¹ Temelde *patricius* (soylu sınıfı) ile *pleb* (avam tabakası) arasındaki toplumsal ve siyasal çatışmanın hukuk alanına yansıyan kısmı olarak meydana gelmiştir.²⁰² Çünkü Roma İmparatorluğu'nda yazılı kanunların olmadığı dönemlerde örf ve âdetle hareket edilmekteydi. Bu örf ve âdetleri ise ancak soylular bilirdi. Bu sebeple soylular örf ve âdetin yazıya geçirilmesine uzun yıllar karşı çıkmışlardır.²⁰³ Buna göre *On iki Levha Kanunu*'nun ortaya çıkmasında iki temel faktör rol oynamıştır. Birincisi: Avam tabakası hukuk bilgileriyle kendilerine üstünlük kuran soylulara karşı ayaklanmış ve *patriciusların* keyfi davranışlarına karşı hukukun yazılı olarak saptanması, herkes için erişilebilir ve bilinebilir olmasını istemişlerdir. İkincisi de: Örf ve âdet hukukunu toplayıp yazılı olarak saptamak ve böylece hukuk konusundaki belirsizliği ve gizliliği ortadan kaldırmak istemişlerdir.²⁰⁴ Uzun mücadeleler sonunda, M.Ö. 451 yılında kurulan bir komisyon tarafından hazırlanan ve *on levha* üstüne yazılan kanuna M.Ö. 449 yılında *iki levha* daha eklenmiş ve böylece *Lex Duodecim Tabularum* (*on iki levha kanunu*) oluşturulmuştur.²⁰⁵ Bu kanunlar on iki tunç levha üzerine yazdırılıp Romanın devlet meydanı olan *Forum Romanum*'a (Forum Meydanına) dikilmiştir.²⁰⁶ M.Ö. 307'de Galler'in Roma'yı yağmalaması sırasında imha edilinceye kadar bu levhalar orada asılı kalmıştır.²⁰⁷ *On iki levha kanunu* bir yenilik getirme düşüncesinden ziyade eskiden beri geçerli olan örf ve âdet hukukunun yazılı olarak saptanması yoluyla, yürürlükte olan hukuku herkes için açık, kesin ve anlaşılabilir duruma getirme düşüncesiyle hazırlanmıştır.²⁰⁸ Günümüze kadar tam metin olarak intikal etmemekle birlikte Roma hukukçularının eserlerinde rastlanan bu kanunla ilgili bölümler toplanarak söz konusu kanunun niteliği ve kapsamı hakkında az çok bilgi edinmek mümkün olmuştur.²⁰⁹ Kodifikasyon deyiminin yürürlükte olan hukukun yerine geçmek üzere yapılan ve bu alanda geçerli olacak hukuk kurallarının tümünü toplayan bir kanunun hazırlanmasını ifade ettiği düşünüldüğünde, genel niteliği

²⁰¹ Honig, *Roma Hukuku*, s: 7

²⁰² Şakir Berki, *Roma Hukuku*, Ankara, 1949, s: 25–26

²⁰³ http://en.wikipedia.org/wiki/Twelve_Tables

²⁰⁴ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 61

²⁰⁵ Berki, *Roma Hukuku*, s: 25

²⁰⁶ Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 286

²⁰⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Twelve_Tables

²⁰⁸ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 62

²⁰⁹ Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, s: 85

bakımından *On iki Levha Kanunu*'nu da kanunlaştırma faaliyeti kapsamında değerlendirmek mümkündür.²¹⁰

2- Corpus Juris Civilis

Roma İmparatorluğu'nun bir diğer önemli kodifikasyon faaliyeti de *Corpus Juris Civilis (CIC)*'dir. Hukuk tarihinin en önemli kanunlaştırmalarından biri olan bu faaliyet, M.S.527 yılında Doğu Roma İmparatorluğu tahtına geçen Justinianus tarafından yaptırılmıştır.²¹¹

Doğu Roma İmparatoru Justinianus'un en önemli politikası Doğu Roma İmparatorluğu içinde eski büyük Roma İmparatorluğu'nu yeniden canlandırmaktı. Roma'nın siyasî birliğini sağlayan Justinianus'un bu politikasının hukuk alanındaki uygulaması, eski Roma İmparatorluk hukukunun toplanması, çağın ve toplumun gerçeklerine uygun düştüğü oranda yazılı olarak saptanıp yürürlüğe konması biçiminde kendini göstermiştir.²¹² Çünkü Justinianus, Roma'nın askerî gücüyle değil hukukuyla ayakta kaldığının farkındaydı. Roma İmparatorluğu'nu diriltecek güç sadece askerî bakımdan birkaç parlak zafer değil, aynı zamanda bu hukuk sistemini yeni baştan düzenlemektir.

Justinianus, büyük Roma İmparatorluğu'nun siyasal bakımdan olduğu gibi, hukuk açısından da en parlak dönemi olan Principatus döneminin hukukunu, diğer bir ifadeyle Klasik dönem hukukunu günün gereksinimlerini karşılayacak şekilde yeniden geçerli kılmak istiyordu. Bu amaçla, Justinianus'un girişimiyle yüzyıllar boyu Roma İmparatorluğu'nda geçerli olmuş hukuku saptayan temel kaynaklar, diğer bir ifadeyle Roma hukukçularının eserleri ve Roma İmparatorunun emir-nâmeleri elden geçirilerek ayıklanıp yeniden değerlendirilmiş ve belirli bir düzen içinde birkaç külliyât halinde bir araya toplanmıştır.²¹³ Bu faaliyet de Hristiyan yorumları ışığında yapılmıştır.²¹⁴ İmparator Jüstinyen'in güçlü bir İmparatorluk kurma sevdasını “tek devlet, tek kanun, tek din” anlayışında özetlemek mümkündür. Bu anlayışın sonucu olarak “*jus regio ejus religio*” (Kral kim ise din O'dur) şeklinde formülleşen ve uygulamada modern çağa kadar ön planda olan

²¹⁰ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 61–62, Honig, *Roma Hukuku*, s: 19–21

²¹¹ Honore, *The Background to Justinian's Codification*, s: 864

²¹² Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, s: 9

²¹³ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 47–48

²¹⁴ Honore, *The Background to Justinian's Codification*, s: 865

halkın kral'ın dininden olması ilkesi²¹⁵ hukukta birliğin *Corpus Juris Civilis* ile sağlanmasını doğurmuştur. Böylece tek bir dinin (Hristiyanlık) ve tek bir kanunun (*Corpus Juris*), tek bir devlette (Roma İmparatorluğu) uygulanması hedeflenmiştir.

Esasen *Corpus Juris*, Roma hukukunun sistemli bir şekilde derlendiği ilk kodifikasyon çalışması değildir. Justiniaus'a kadar olan dönemin hukuk tarihi açısından genel özelliği hukuk kaynaklarını toplama şeklindedir.²¹⁶ Roma hukuku Ulpianus, Paulus, Modestinus ve Gaius gibi hukukçuların eserlerinin kanun gibi uygulanması ve *Leges* adı verilen imparator emirnâmelerinin (*constitutiones*) uygulandığı hukuk sisteminden oluşmaktaydı. Bu iki hukuk müdevvenatının farklı hukuk kültürüne sahip hâkimler ve çalışma biçimleri farklı olan hukuk hocaları tarafından kullanılmasındaki güçlükler karşısında önce İmparator emirnâmelerini toplayan bir takım çalışmalar yapılmış²¹⁷ daha sonra da klasik hukukçuların eserlerinin çok olması ve bunlardaki farklı hükümlerin ortaya çıkardığı karışıklığı önlemek için, zaman zaman bu hukukçulardan bir kısmının eserleri yasaklanmıştır.²¹⁸

İmparator emirnâmelerini toplayan başlıca üç çalışma yapılmıştır. Bunlar sırasıyla; 294 yılında İmparator Hadrianus'tan İmparator Diocletianus'a kadar olan İmparator Emirnâmelerini toplayan *Codex Gregorianus*,²¹⁹ 294 yılında sadece İmparator Diocletianus'un emirnâmelerinin derlenmesiyle oluşan *Codex Hermogenianus*²²⁰ ve 438 yılında yapılan ve 16 kitaptan oluşan *Codex Theodosianus*'dur.²²¹ Yaklaşık üç bin kadar emirnâmeyi içeren bu *codex*, ilk iki *codex*'i tamamlayan bir derleme görünümündedir.²²² Doğu Roma İmparatorlarından II. Theodosus'un (401–450) adını taşıyan bu derleme,²²³ Batı Roma İmparatoru III. Valentinianus (425–455) tarafından da kabul edilmiş ve Roma'nın Batı kısmı için uygulanması zorunlu kanun olarak ilan edilmiştir.²²⁴ Bu üç *codex*'den *Codex Theodosianus*, Roma hukukunun sistemli bir şekilde tedvîn edilmeye başlandığı ilk çalışma olup, 1804 tarihli *Code Napoleon* ve 1912 tarihli *İsviçre kodifikasyonu*yla

²¹⁵ Saffet Köse, *Din Özgürlüğü ve Barış Yolunda İki Farklı Tecrübe*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı: 5, 2005, s: 20

²¹⁶ Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku*, İstanbul, 1992, s: 72

²¹⁷ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 73

²¹⁸ Erdoğan, *Roma Hukuku*, s: 73

²¹⁹ Ballentine, *Law Dictionary*, s: 234

²²⁰ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 73

²²¹ Okandan, *Umumî Hukuk Tarihi Dersleri*, s: 433

²²² Berki, *Roma Hukuku*, s: 52, Erdoğan, *Roma Hukuku*, s: 73

²²³ Işın Demirkent, *Bizans maddesi*, DİA, 6/232

²²⁴ Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 481

zirveye ulaşan (Roma hukukunun) kanunlaştırma faaliyetlerinin ilk adımını oluşturmuştur.²²⁵

İmparator Justinianus, 13 Şubat 528’de bir ferman yayınlayarak Roma hukukunun tedvîn edilmesini ve bunun için de başkanlığını Tribonianus’un yürüteceği hukukçulardan oluşan on kişilik bir komisyon kurulmasını emretmiştir.²²⁶ Bu komisyon ilk olarak Justinianus zamanına kadar Batı ve Doğu Roma İmparatorları tarafından çıkartılmış bütün fermanları (*Constitutio’ları*) gözden geçirip incelemiş ve tasnif etmiştir. Bu tasnif sonucunda komisyon, bu fermanların bir kısmını kısaltmış, bir kısmına ilaveler yapmış, uygulama imkânı olmayanları çıkarmış ve bu suretle ortaya konulan fermanları yayınlanma sıralarına göre tedvîn ederek bir fermanlar koleksiyonu meydana getirmiştir.²²⁷ *Codex Justinianus* adı verilen bu fermanlar koleksiyonu 16 Nisan 529’da yürürlüğe girmek üzere 7 Nisan 529’da *Summa Republicae* adı verilen bir fermanla resmen kanun olarak ilan edilmiştir.²²⁸ Günümüze kadar intikal eden, bu *codex*’in ilk nüshaları değil, 534 yılında yeniden gözden geçirilerek tadil edilmiş nüshalarıdır.²²⁹

Birinci *Codex*’in neşrinden sonra hukukçular arasında ihtilaflı olan hukukî meseleleri, imparatorluk otoritesine istinaden halletmek üzere Justinianus elli kadar ferman neşretmiş ve bu fermanlarda hukukî bakımdan yürürlük imkânı kalmayan birçok kaideyi lağvetmiştir. *Quinquaginta decisiones* (Elli Karar) adı verilen bu fermanlar müdevven olarak günümüze ulaşmamışsa da tashih edilmiş *codex*’de yer almıştır.²³⁰

Codex’in yayınlanmasından bir sene sonra, 530’da çıkartılan bir fermanla Justinianus, Tribonianus’a eski dönemlerin fetva hakkına (*jus respondendi*) sahip hukuk âlimlerinin eserlerinden alınacak önemli parçalardan oluşan bir *compilatio* (derleme) işini vermiştir. Buna göre Tribonianus başkanlığındaki heyet Roma hukuku âlimleri tarafından yazılmış bütün eserleri gözden geçirerek önemli olan parçaları, büyük hukukçuların hukukî bir esas, müstakil bir kaide ihtiva eden fikirlerini ayırıp, bunları sıralamışlar ve bu şekilde hukuk âlimlerinin rey ve fikirleri

²²⁵ Joseph H. Drake, *The Justinian Codification Commission of 528 A.D.*, Michigan Law Review sayı: 28/2, Aralık 1928, s: 129.

²²⁶ Honore, *The Background to Justinian’s Codification*, s: 865–866

²²⁷ Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 483

²²⁸ Honig, *Roma Hukuku*, s: 56, Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 482

²²⁹ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 49

²³⁰ Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 483

büyük bir mecmua teşkil etmiştir. Bu mecmuaya *Digesta* veya *Pandectae* ismi verilmiştir. Elli kitaptan (*Libri*) müteşekkil bu eserde her kitap fasıllara (*Titules*), her fasıl parçalara (*Fragmenta*) ve her parça da paragraflara ayrılmıştır.²³¹ Bazı hukuk tarihçilerine göre *Digesta projesi* Justinianus'un Batı'yı yeniden ele geçirme projesinin bir ürünüdür.²³²

Roma hukukunun kanunlaştırma sürecindeki bir diğer önemli aşama da *Institutiones*'dir. Bu kelime, hukuk müesseseleri (hukuk kurumları) anlamına gelmektedir. Bu derleme, uygulanan hukukun ana hatlarını belirli bir düzen içinde saptamak, bir başka deyişle, uygulanan hukuk hakkında genel bilgi vermek amacıyla hazırlanmıştır.²³³ *Digesta*'nın birkaç ciltlik büyük bir eser olması, hukuk tahsiline yeni başlayanlar için anlaşılması zor bir durum oluşturmuştur. *Digesta*'nın tecrübeli hukukçuların anlayabileceği cinsten bir eser olması üzerine Justinianus, Roma hukukunun en önemli kaidelerini ihtiva eden muhtasar bir eser yazılmasını hukukçu Tribonianus'a emretmiş ve böylece bu eser meydana gelmiştir. Oldukça muhtasar tarzda kaleme alınması sebebiyle bu eser hukukun bütün konularını kapsamamıştır. Örneğin; boşanma, gayr-i menkul rehini, ipotek ve uzun müddetli icar gibi konular bu eserin kapsamı içinde değildir.²³⁴

Codex, *Digesta* ve *Institutiones*'lerin yayınlanmasından sonra Justinianus otuz yıl kadar yaşamıştır. Bu sürede kendisi pek çok yeni ferman (*Constitutio*) neşretmiştir. Bu fermanların büyük bir kısmı Roma hukukunun esaslarını ıslah ve tadil edici mâhiyette olmuştur. Justinianus'un vefatından sonra bu fermanlar *Novellae* adı verilen mecmualarda toplanmıştır.²³⁵

Corpus Juris adı, Justinianus tarafından konulmuş değildir. Ortaçağda bu tabir yavaş yavaş kendini kabul ettirmeye başlamış ve 1583'de Romanist bir Fransız bilgin, Dionysius Gothofredus (1549–1622) bu müdevvenâtı “*Corpus Juris Civilis*” başlığı altında yayınlamıştır.²³⁶ Bu başlık Orta Çağın diğer büyük bir hukuk müdevvenatı olan Hristiyan kilise hukukunu toplayan *Corpus Juris Canonici*'ye²³⁷

²³¹ Koschaker, *Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, s: 29–30

²³² Honore, *The Background to Justinian's Codification*, s: 868

²³³ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 49–50

²³⁴ Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 486–487, Berki, *Roma Hukuku*, s: 53–54

²³⁵ Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, s: 487, Drake, *The Justinian Codification Commission*, s: 129

²³⁶ Okandan, *Umumî Hukuk Tarihi Dersleri*, s: 436

²³⁷ 6 bölümden oluşan, *Corpus Iuris Civilis*'i örnek tutarak toplanmış Ortaçağa ait başlıca kilise hukuk kaynaklarıdır. *Corpus Iuris Canonici*, gelenek ve öz bakımından bütünlük gösterirse de, hukuk değeri

karşılık olarak kullanılmıştır. *Corpus Juris Civilis* hususî hukuku ihtiva ettiğinden “civilis” kelimesi de hususî hukuk kodifikasyonlarını belirtmek için kullanılmış ve bu tarz kodifikasyonlara medeni kanun²³⁸ diye tercüme edilen “code civil” ismi verilmiştir.²³⁹

Corpus Juris Civilis, pratik bakımdan tatbik edilecek bir kanun kodu olarak düşünülmüş olmakla birlikte bunun daha çok hukuk ilmine ait bir kitap olarak incelenmesi gerekmektedir. İlk üç kısmının Latince olarak yazılmış olması sebebiyle uygulamada Bizans şehrindeki bazı makamların dışında bir kanun olarak uygulanması çok zor olmuştur. Çünkü Latince olarak yazılmasına karşılık ülkenin konuşulan dilinin Yunanca olması ve Doğu Roma İmparatorluğu’nda sadece aydın sınıfın Latince bilmesi bu zorluğun en başta gelen sebebidir. Ayrıca hacim itibariyle de çok büyük olması uygulamada sorun çıkartmıştır. Çünkü orta sınıf bir hukukçu için bu kadar büyük bir malzemeyi hafızada tutmak imkânsızdı. Nitekim Doğu Roma İmparatorluğu’nda uygulamada *Corpus Juris Civilis*’in yerine daha kısa Yunanca nüshaların ikame edilmesi uzun sürmemiştir. *Corpus Juris Civilis* uygulamadan ziyade hukuk mekteplerinde hukuk öğretimi konusunda kullanılmıştır.²⁴⁰

yönünden bir bütünlük göstermez. *Corpus Iuris Canonici*’de yer alan hukukî hükümler, öteki kilise hukuku ile birlikte 1918’de *Codex Iuris Canonici*’nin kabulü üzerine hükümsüz kalmıştır. Türk Ansiklopedisi, c: 11, s: 175–176. Katolik Kilisesinin âlimleri tarafından icat edilen bu hukuk sistemini iyi derecede bilen âlimlere de “*Doctor utrius que juris*” (İki Hukuk Âlimi) unvanı verilmiştir. Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul, 1947, s: 8. Hristiyan Hukuk Sistemiyle ilgili olarak ayrıca bkz: Tuncay Başoğlu, *Hristiyan Hukuku*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 9/2007, s: 25–66

²³⁸ “Medeni Hukuk terimi, Almanca *Bürgerliches Recht*, Fransızca *Droit Civil* ve İtalyanca *Diritto Civile*’nin karşılığı olup bunlardaki “*civil*” “*civile*” sözcükleri bu dillerde “şehir, kent” anlamına gelen “*cite*” veya “*citta*” ile ilgilidir. Böylece *droit civil* ve *diritto civile*, “Hemşeriler hukuku” anlamına gelmektedir. Bunların aslı da Roma Hukukunun “*Jus civile*”sidir; Romalı hemşerilere uygulanan hukuk demektir. Bilindiği üzere, zamanla Roma, *cite* diğer bir ifadeyle “şehir devleti” olmaktan çıkarak, koca bir imparatorluğa dönüşmüştür. Bu nedenle *cite* çağındaki “hemşerilik” kavramının yerini “vatandaşlık, yurttaşlık” kavramı almıştır. Bununla birlikte *Jus civile*, uzun süre –fakat bu defa sadece Roma kenti hemşerilerine değil Roma İmparatorluğu bünyesindeki- bütün Romalı yurttaşlara uygulanmaya devam etmiştir. *Jus civile* adı değişmemekle birlikte bu, artık anlam ve kapsam bakımından yalnız “yurttaşlar hukuku”, “vatandaşlar hukuku” durumunu almıştır. Şimdi Medeni Hukuk bu anlamda kullanılmaktadır. Almanlar buna “*Bürgerliches Rech*” diğer bir ifadeyle “Vatandaş Hukuku” diyorlar. Çünkü *Bürger*, Almanca’da vatandaş anlamına gelmektedir. Türkiye’ye gelince, terim bakımından durum, Batıdaki gelişme ile benzerlik göstermektedir. Arapça “medeni” kelimesi, şehir, kent anlamına gelen “Medine” sözcüğünden gelmekte olup “şehre ait, şehre mensup” demektir. Durum bu olunca “Medeni Hukuk”, “Şehirli Hukuku, şehre ait hukuk” anlamını taşır. Yani batıda görülen kavram oluşu bizde de aynı şekilde olmuştur.” Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Hukukta Tarihçilik ve Medeni Kanunlarda Değişme Zorunluğu*, s: 3–4

²³⁹ Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, s: 35

²⁴⁰ Koschaker, *Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, s: 27–29

Batı Roma İmparatorluğu'nda da *Corpus Juris Civilis*'in hiçbir zaman yürürlüğe girmediği genellikle kabul edilmektedir. Yürürlükte olan bundan ziyade *Codex Theodosianus*'a dayanan hukuktur.²⁴¹

Roma hukuku, kendinden sonraki pek çok hukuk sistemini özellikle Avrupa'da XII. ve XIII. yy.daki Bologna Hukuk Okulu'nun açılmasıyla derinden etkilemiştir. Bologna Hukuk Okulu'nda Roma hukukunun sistemli bir şekilde yeniden öğretilmesi, bu okuldan yetişen öğrencilerin Avrupa'nın dört bir tarafında bu hukuk sistemini uygulamalarına neden olmuş ve böylece XVIII. ve XIX. yy. hukuk faaliyetlerinin temelini Roma hukuku oluşturmuştur.²⁴² Öyle ki Yeniçağın hukukî faaliyetlerinin temelinde Ortaçağın üç önemli metninin ilham kaynağı olduğu kabul edilmektedir. Buna göre dinde *İncil*, felsefede *Aristo* ve hukukta da *Corpus Juris Civilis*'den oluşan harmoni Ortaçağ Batı Düşüncesini derinden etkilemiş bu da XVIII.–XIX. yy.daki felsefî ve hukukî düşüncenin oluşumuna en önemli katkıyı yapmıştır.²⁴³ Bazı hukuk tarihçileri kanunlaştırma faaliyetini Roma hukuku ile başlatmakta ve Roma hukuku ile sona erdirmektedir. Örneğin; Meşhur hukuk tarihçisi Sir Henry Maine (1822–1888)'ye göre hukuk tarihindeki kanunlaştırma faaliyeti, Roma hukukunun sistemli bir şekilde ilk defa tedvîn edildiği *Corpus Juris Civilis* ile başlamış ve yine kanunlaştırma zincirinin son halkası olan İsviçre Medeni Kanunu ile (Roma hukukunun XX. yy.daki son temsilcisi) son bulmuştur. Maine'ye göre Roma hukuku “code” ile başlayan ve “code” ile sona eren bir hukuk sistemi olmakla dünyadaki diğer hukuk sistemlerine karşı üstünlüğünü bir kez daha ilan etmiştir.²⁴⁴ Maine'nin görüşleri kısmen doğru olmakla birlikte Roma hukuku code ile başlayıp code ile sona eren bir hukuk sistemi değildir. Milattan Öncesine dayanan bin yıllık bir gelişim tarihi bulunan Roma hukuku bu sürede pek çok aşamadan geçmiş ve ulaştığı engin tecrübe ve değişim sonrası kanunlaştırma yoluyla belirli bir disiplin kazanmıştır. Kanunlaştırma olgusu da eğer hukuku Roma ile başlatırsak belki doğru olabilir. Roma hukukunun insanlık ortak paydasındaki önemini göz ardı etmemekle birlikte kanaatimizce hukuk Roma ile başlamamıştır. Roma'nın hukuk

²⁴¹ Ali Şafak, *İslâm Hukukunun Tedvîni*, Erzurum, 1977, s: 128

²⁴² Koschaker, *Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, s: 16

²⁴³ Drake, *The Justinian Codification Commission*, s: 130

²⁴⁴ Drake, *The Justinian Codification Commission*, s: 125

sisteminden çok daha önce başka hukuk sistemlerinde de kanunlaştırma faaliyeti meydana gelmiştir.

Roma hukukunun asıl önemli etkisi Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin gelişimine olan etkisidir. *Codex Theodosianus* ile başlayan Roma hukukundaki sistemli kanunlaştırma faaliyeti, bundan yaklaşık yüz yıl sonra Justinianus kanunlaştırmasıyla devam etmiş, Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra da *Lex Romana Visigothorum* ve *Lex Romana Burgundionum* şeklinde Barbar Kavimler²⁴⁵ için yol gösterici olmuştur.²⁴⁶ VI. yy.da Batı Gothların *Code of Alaric*,²⁴⁷ VII. yy.da *Fuero Juzgo*,²⁴⁸ XIII. yy.da Alfonso'nun *Sieta Partidas*'ı, XVI. yy.da *II. Philip Code*'u, XIX. yy.ın başında *Code Napoleon* ve XIX. yy.ın sonunda *İsviçre kodifikasyonu* Roma hukukunun Kıta Avrupası'ndaki kanunlaştırma faaliyetlerine etkisinin bir sonucudur.²⁴⁹ Ancak, Roma hukukunun birçok alanlarda çağdaş hukuk sistemlerine etkisi, bu hukukun Justinianus zamanında hazırlanan metinlerdeki biçimiyle değil, Justinianus'tan sonraki çeşitli dönemlerdeki Roma hukukuna ilişkin öğretisi (doktrin) ve uygulamaların bu hukuka kazandırdığı biçimlerle olmuştur.²⁵⁰

²⁴⁵ Romalılar kendilerinden başka toplumları Barbar diye nitelendirirlerdi. Bunların hukuk sistemlerine de genel manada Barbarların Roma Kanunları (*Römische Gesetze der Barbaren*) adı verilmiştir. Koschaker, *Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, s: 27

²⁴⁶ Gale, *Savigny and the Historical School*, s: 124, Honore, *The Background to Justinian's Codification*, s: 863

²⁴⁷ Vizigot kralı II. Aleric'in emriyle hükümdarlığının yirmi ikinci senesinde 506 yılında hazırlanan kanun derlemesidir. İçerik itibarıyla o güne kadar gelmiş Roma Hukuk kurallarının yeni baştan derlenmesi suretiyle oluşturulmuştur. Daha detaylı bilgi için bkz: Jose-Domingo Rodriquez Martin, *A Handbook for Alaric's Codification*, Exeter, 1999

²⁴⁸ Latince pazaryeri anlamındaki "forum" dan gelen bu kelime, Ortaçağda, İspanya'da krallar, soylular ya da piskoposlar tarafından bir kente verilen ayrıcalık belgesi anlamına gelmekteydi. Bu kelime aynı zamanda mahkeme veya gerek örf gerekse yazılı kanun anlamına da gelmekteydi. Kente tüzel kimlik kazandıran *fuero* ayıca yerel gümrük vergilerinin ve öteki ayrıcalıkların tanınmasını da sağlamaktaydı. *Fuero* kente vergi koyma ve kendi kendini yönetme hakkını da tanıyabilirdi. Vizigotların yasa derlemesi de *Liber Iudiciorum* (Yasalar Kitabı) da Ortaçağda *Fuero Juzgo* olarak bilinmekteydi. Belediyeler için verilen *fuero municipale*'lerin gerek çeşitliliği ve çokluğu, gerekse kentlerin bu yolla elde ettikleri ayrıcalıklara sahip çıkmaları nedeniyle, İspanya'nın siyasal, yönetsel ve hukuksal tarihinde *fuero*'ların önemli etkisi olmuştur. Hristiyanların İspanya'yı Müslümanlardan geri alması sırasında (XI-XV. yy) bazı Hristiyan krallar, fethedilen kentlere yerleşimi özendirmek, yasal ve yönetsel düzenlemeleri, krallığa bağlı olmakla birlikte merkezin çok uzağında bulunan sınır kentlerinin durumuna uyarlamak amacıyla buralara özel ayrıcalıklar tanımışlardır. XI. ve XIV. yy. arasında bu amaçla yaklaşık 800 *fuero* verilmiştir. En eski *fuero* 'lar *Fuero Juzgo* (694) , *Fuero Real* (1255) ve *Fuero Viejo de Castilladır* (1356). *Fuero Juzgo* 694 tarihli *Lex Visigothorum* (Visigotlar Kanunu)un çevirisidir. *Fuero Viejo de Castilla* asilzadelere ait kanunları içine almaktaydı. *Fuero Real* ve *Fuero Viejo de Castilla* XIX. yy.da medeni kanunun derlenmesine kadar kısmen yürürlükte kalmıştır. Bask eyaletlerinin *Fuerosu* da 1876'ya kadar yürürlükte kalmıştır. Ana Britannica, 9/188, Türk Ansiklopedisi, 17/59

²⁴⁹ Drake, *The Justinian Codification Commission*, s: 131

²⁵⁰ Karadeniz, *Roma Hukuku*, s: 2

1345’de Selanikli bir yargıç olan Constantin Harmenopoulos’un Thessaloniki’de yerel hukuku tedvîn ettirdiği *Hexabiblos* da en son Bizans hukuk külliyyâtı olarak kabul edilmektedir.²⁵¹

C- Uzakdoğu ve Asya’da Yapılan Kanunlaştırma Faaliyetleri

1- Tang Hanedanlığı Kanunu

M.S. 618–907 tarihleri arasında Sui Hanedanlığı’nın ardından Çin’e egemen olan Tang hanedanlığı zamanında meydana getirilen büyük kanun derlemesidir. *Tang Code* yalnızca Eski Çin’in en önemli kanun derlemesi değil aynı zamanda Uzakdoğudaki feodal yönetimler için yasama faaliyetlerinde etkileri olan çok önemli bir hukukî çalışmadır. Bu kanun derlemesinin etkisi hukukî alanla sınırlı kalmamış siyasî, ekonomik ve kültürel alanlarda da büyük etkileri olmuştur. M.S. 624 yılında başlayıp 637 yılında sona eren bu çalışma, Çin tarihinin (hatta Uzakdoğunun) birkaç kanun çalışmasından biri olması sebebiyle Çin hukuk sisteminin temsilcisi olarak kabul edilmektedir. Gerek Uzakdoğuda gerekse Çin’de uzun yıllar süresince yönetime sınırlı sayıda hanedanın egemen olması, bu hanedanların da geleneksel Çin yaşam tarzına müdahil olmamaları Çin’de ve Uzakdoğu’da çok fazla kanun düzenlemesi olmamasının en önemli sebebidir. *Tang Code* temelde devlet gücünün tüm ülkede hâkim kılınması hedefiyle hazırlandığından dolayı çok sert hükümler getirmiştir. Yönetime karşı gelenler idam cezasına çarptırılmış, devlet malına, arazisine veya hanedan üyelerine zarar verenler çok sert cezalara maruz kalmışlardır. Ayrıca hastalara yanlış ilaç veren doktorlar ve halka çürük ve zararlı yiyecek satan esnaf iki yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Devlet memurlarının rüşvet alması da yine çok sert cezalarla karşılığını bulmuştur. Getirilen düzenlemelerle toprağın ekilip biçilmesi, mahsulün israf edilmeden ve stokçuluğa yol açmadan halka eşit olarak dağıtılması sağlanmış, adil vergi sistemi getirilerek, vergi vermeyenler cezalandırılmıştır. Böylece Çin ekonomisinin gelişmesi konusunda büyük mesafeler alınmıştır. Çin’de çok çeşitli din ve öğretilere karşılık Budizm ve Taoizmin dışındaki inançlar yasaklanmış, Budist ve Taoist mabetlere saldırmak suç sayılmış, Buda heykellerine zarar verenler bir yıl hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Bu düzenlemeler Çin’de özellikle Budizmin devlet eliyle desteklenmesini sağlamış bu da Çin’in

²⁵¹ Eugenia Dacoronia, *The Development of the Greek Civil Law: From its Roman-Byzantine Origins to Its Contemporary European Orientation*, European Review of Private Law, sayı: 5, 2003, s: 662

kültürel yapısına etki etmiştir. Ayrıca bu dinleri çıkardıkları kanunlarla destekleyen Tang Hanedanlığı, bu dinler sayesinde halk tabakasında meşruiyet de kazanmışlardır. Pek çok alanda düzenleme getirmiş olmasına rağmen, hukuk tarihinde daha ziyade bir ceza kanunu olarak bilinen bu kanunlaştırma faaliyeti uzun yıllar Çin’de yürürlükte kalmış ve sonraki pek çok kanun düzenlemesinde model rol görevini ifa etmiştir.²⁵²

2- Qing Hanedanlığı Kanunu

Çin’in siyâsi tarihinde önemli bir yer işgal eden Qing Hanedanlığı (1644–1912) aynı zamanda Çin İmparatorluğu’nda egemen olan son hanedanlıktır. *Qing Code*, temelde Qing Hanedanlığı’ndan önce Çin’de hüküm sürmüş Ming Hanedanlığı’nın hukuk sistemine dayanmaktadır. Ancak kanun tekniği bakımından daha sistematik oluşu, cezaların ağırlığı ve başta bulunan Qing Hanedanlığı’nın bu *Code*’u uygulamadaki sıkı takibi, Çin hukuk tarihi açısından bu *Code*’un ayrı bir öneme sahip olmasını sağlamıştır. 270 yıl Çin’de uygulanmış olan bu *Code*’un kendisinden önceki *Code*’lara göre en önemli özelliği ceza hukuku alanında son derece ayrıntılı hükümler getirmiş olmasıdır. 1810 yılında İngilizceye 1812 yılında da Fransızcaya tercümesi yapılan *Qing Code*, Avrupa kıtasında Çin hukuk sistemine hayranlık uyandıracak derecede bir ilginin doğmasına yol açmıştır.²⁵³

3- Cengiz Han Yasası

Moğol İmparatorluğu’nun hukuk ve askerlik işlerini düzenleyen kanunlar “*Cengiz Han Yasası*” olarak bilinmektedir. Esasen bu yasanın tamamı bizzat Cengiz Han tarafından konulmamış, nesilden nesile aktarılan Moğol hukuk ve törelerinin bir kurallar mecmuası halinde düzenlenmesiyle oluşmuştur. Cengiz Han kağan seçildiği 1206 kurultayında bu kurallara bazı ilaveler yapmış ve bunları resmen yürürlüğe

²⁵² Limin Wang, *The Tang Code and the Early Social Development of The Tang Dynasty*, US-China Law Review, cilt: 2, sayı: 7, s: 22–27

²⁵³ William P. Alford- Chang Wu, *Qing China and the Legal Treatment of Mental Infirmary: A Preliminary Sketch in Tribute to Professor William C. Jones*, Washington University Global Studies Law Review, sayı: 2, 2003, s:187–192, William C. Jones, *Theft in the Qing Code*, The American Journal of Comparative Law, cilt: 30, sayı: 3, 1982, s: 499–521, <http://www.indiana.edu/~g380/Laws.pdf>, http://en.wikipedia.org/wiki/Great_Qing_Legal_Code, John W. Head, *Codes, Cultures, Chaos and Champions: Common Features of Legal Codification Experiences in China, Europe and North America*, Duke Journal of Comparative and International Law, cilt: 13, sayı: 1, 2003, s: 10–16, 22–31

koymuştur. Bu nedenle bu yasalar hukuk tarihinde *Cengiz Han Yasası* olarak kabul edilmektedir. Cengiz Han'ın siyasî birliği sağlamasından önce Moğollar yazıya geçirilmemiş örf ve âdet hukukuna göre yaşamaktaydılar.²⁵⁴ *Yasa*, otuz üç defter halinde düzenlenmiş ve Moğol hazinesinde saklanmıştır. *Yasayı* uygulama görevi de bu kanunları en iyi bilen oğlu Çağatay'a verilmiştir. Timurlular dâhil İslâmiyet'i kabul eden Moğol hanedanları bu yasaları özenle takip etmişlerdir. *Yasanın* Cengiz Han ve halefleri açısından önemi, oldukça sert hükümleri ile ulusun birliğini koruması, iç huzur ve asayişini sağlayarak büyük fetihler için alt yapı oluşturmıştır.²⁵⁵ *Cengiz Han Yasası* bir kitap halinde tam olarak zamanımıza intikal etmemiş ancak Moğol tarihine dair eserlerde, özellikle Yuan Chao Psihi (XII. yy.)'nin *Moğolların Gizli Tarihi*, Reşîdüddîn Fazlullah-ı Hemedânî'nin (718/1318) *Cami'ü't-tevârih*'i, Atâ Melik Cüveynî'nin (681/1283) *Târîh-i Cihângüşâ*'sı ve İbnü'l-İbrî'nin (685/1286) *Ebu'l-Ferec Tarihi (Makhtebhanuth zabhne)* gibi eserlerde çeşitli maddelerine yer verilmiştir. *Cengiz Han Yasaları* gerektiğinde çok acımasız bir şekilde uygulanmıştır. Cinayet, soygun, kasıtlı olarak yalan söylemek, zina, cinsel sapıklıklar, büyü ile kötülük yapmak, çalınmış bir malı saklamak gibi suçların cezası idam olarak belirlenmiştir.²⁵⁶

Moğol tarihi ve dünya siyasî tarihi açısından *Cengiz Yasa*'sının hukukî olmaktan ziyade siyasî ağırlığı daha fazladır. Daha birkaç yıl öncesine kadar birbirleri ile sürekli mücadele edip göçebe halde yaşayan bozkır aristokrasisi, bir kişinin emrine boyun eğerek devletleşme yolunda bir birlik meydana getirmiştir. Bu yolda, devlet başkanının hâkimiyet iradesinin ifadesi olan *Yasa*, kudretli bir araç vazifesi görmüştür. Bu sebeple *Cengiz Yasası* 'na tek bir ana fikir hâkim olmuştur o da kendi içinden tek bir millet yaratma düşüncesidir. Hukuk sistematığı açısından incelenmesi de mümkün olmakla birlikte tarihî açıdan siyasî sonuçları hukukî sonuçlarından çok daha etkili olmuş bir kanun derlemesidir.²⁵⁷

²⁵⁴ Curt Alinge, *Moğol Kanunları*, çev: Coşkun Üçok, AÜHFD, cilt: 10, sayı: 1-4, 1953, s: 688

²⁵⁵ Alinge, *Moğol Kanunları*, cilt: 10, s: 691

²⁵⁶ Mustafa Kafalı, *Cengiz Han* maddesi, DİA, 7/369, Kanunun tam metni için bkz: Alinge, *Moğol Kanunları*, cilt: 11, s: 527-542, Aknerli Grigor, *Moğol Tarihi*, çev: Hrand D. Andriasyan, s: 3, İstanbul, 1954

²⁵⁷ Alinge, *Moğol Kanunları*, cilt: 11, s: 527

D- Kıta Avrupası'nda Yapılan Kanunlaştırma Faaliyetleri

1- Prusya Kanunlaştırması

Kıta Avrupası'nda XVIII. yy.da görülen ilk kanunlaştırma faaliyeti *Prusya Genel Memleket Kanunu*'dur (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten-ALR*).²⁵⁸ Prusya Kralı Büyük Frederic kral olduktan sonra ülkesinde idarî ve hukukî bir takım reformlara girişmiş ve bu amaçla ülkenin her tarafında uygulanacak bir medeni kanun hazırlanmasını emretmiştir.²⁵⁹ Prusya kanunlaştırmalarında Kral Frederick kadar önemli bir diğer şahsiyet de Frankfurt Üniversitesi hukuk profesörlerinden Samuel von Cocceji'dir (1679–1755). 1704 yılında üniversitedeki görevinden istifa ederek Prusya Adalet bakanlığında çalışmaya başlayan Cocceji, çeşitli görevlerden sonra 1738'de Prusya Adalet bakanı olmuştur. Bakan olduktan sonra yıllarca savunduğu fikirlerini uygulamaya koymuş ve Prusya'nın hukukî reformlarının baş mimarı olmuştur. Cocceji, mahkeme kararlarının çok farklı olması sebebiyle mahkemelerin birleştirilmesini ve tüm ülkede tek bir hukuk sisteminin yürürlükte olmasını savunmaktaydı.²⁶⁰ Cocceji'nin görüşleri doğrultusunda Kralın emriyle bir komisyon kurulmuş, bu komisyon ilk olarak 1751 tarihli *Kambiyo Kanunu* ile 1781 tarihli *Hukuk Usûlü Muhâkemeleri Kanunu*'nu hazırlamıştır.²⁶¹ Komisyonun esas önemli faaliyeti ise *Allgemeines Landrecht* veya *Preussisches Landrecht* adları da verilen *Prusya Genel Memleket Kanunu*'nu hazırlamak olmuştur. Bu kanun düzenlemesi, I. Friedrich Wilhelm (1713–1740)'in ölümü üzerine tahta geçen II. Friedrich Wilhelm'in ısrarlı takip ve çabaları sonucu tamamlanabilmiştir.²⁶² 5 Şubat 1794 tarihli bu kanun 1 Haziran 1794'de yürürlüğe girmiştir.²⁶³ Kanunun hazırlanmasında somut olay metodu dediğimiz kazüistik(meselecî)²⁶⁴ metot takip edilmiştir. 19.194 maddeden müteşekkil bu kanun,²⁶⁵ hukukun sadece belirli

²⁵⁸ J. Dove Wilson, *The Recent Progress of Codification*, The Juridical Review, sayı: 3, 1891, s: 98

²⁵⁹ Wagner, *Codification of Law in Europe*, s: 341

²⁶⁰ Herman Weill, *Judicial Reform in Eighteenth Century Prussia: Samuel von Cocceji and the Unification of the Courts*, The American Journal of Legal History, sayı: 4, 1960, s: 227–228

²⁶¹ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 10

²⁶² Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 299

²⁶³ Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 299

²⁶⁴ Fransızca casuiste kelimesinden gelen bu kavram, somut olarak ortaya çıkan olaylara, her bir ayrı olaya değer veren anlamına gelmektedir. Bilge Umar, *Hukuk Başlangıcı*, İzmir, 1998, s: 110

²⁶⁵ Gale, *Savigny and the Historical School*, s: 127. Türkçe hukuk tarihi eserlerinde Prusya Kanunu için 17.000 den fazla maddeden ibaret olduğu şeklinde bilgi bulunmaktadır. Çalışmamız süresince başvurduğumuz yabancı kaynaklarda 17.000 şeklinde bir madde sayısına rastlayamadık. Sadece

alanlarını değil bütününi diğer bir ifadeyle hem hususî hukuku hem de amme hukukunu düzenlemeyi hedeflemiştir.²⁶⁶ Bunu yaparken de her olayı ayrı ayrı ele alarak ve toplum hayatındaki her muhtemel olayı öngörerek bir düzenleme yapmak istemiş ve böylece 19.194 madde ortaya çıkmıştır. *Prusya Genel Memleket Kanunu*, yerli hukuku, yürürlükte olan Roma hukuku prensipleri ile yoğurmuş ve duru, halkın da anlayabileceği bir üslupla kaleme alınmıştır.²⁶⁷ ALR sistem bakımından tabii hukuk öğretisini yansıtmaktadır.²⁶⁸ Bu kanun Kıta Avrupası'nın ilk kanunlaştırma faaliyeti olmakla kendisinden önceki dönemle Fransız ihtilali sonrası dönem arasındaki hukukî tefekkür ve değerler arasında bir geçiş dönemi özelliğine de sahiptir.²⁶⁹ Ayrıca kanunda takip edilen somut olay metodunun kanunlaştırma faaliyetlerindeki zorluğu kendisinden sonraki kanunlaştırma faaliyetlerini de etkilemiş, bu özelliği ile sonraki kanunlaştırmalara örnek olmuştur.²⁷⁰ Kıta Avrupası'nın ikinci büyük kanunlaştırması olan *Code Napoleon*'un ortaya çıkmasına da *Prusya Genel Memleket Kanunu*'nun ilham kaynağı olduğunu söylemek mümkündür.²⁷¹

2- Fransız Kanunlaştırması

Modern anlamda kanunlaştırma hareketlerinin ilk ve en önemli örneği *Fransız kodifikasyonudur*.²⁷² Esasen Fransa, hukukunu ilk kodifie eden Kıta Avrupası devleti değildir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Prusya Genel Memleket Kanunu 1794'de diğer bir ifadeyle *Fransız kodifikasyonundan* yaklaşık on yıl önce tamamlanmıştır. Ancak ALR, modern bir kodifikasyondan ziyade Roma hukuku ilkelerine dayandığı için –düşünce bazında değil de şekil ve sistem itibarıyla- kendisinden sonrakilere örnek olmaktan hayli uzak bir çalışmadır. Aynı şekilde İskandinav ülkelerinden

zikrettiğimiz kaynakta bu kanunun 19.194 maddeden ibaret olduğu şeklinde bir bilgi bulunmaktaydı. Türkçe eserlerde belirli bir sayı verilmezken bu kaynakta belirli bir sayının verilmesini dikkate alarak bu bilginin daha doğru olabileceğini düşünmekteyiz. Türkçe eserlerde bu bilginin 17.000'den fazla madde şeklinde bulunması da muhtemelen Velidedeoğlu'nun verdiği bilginin diğer kaynaklar tarafından referans alınmasından ve araştırılmadan tekrarlanmasından kaynaklanmaktadır.

²⁶⁶ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 10

²⁶⁷ Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 299

²⁶⁸ Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s: 86

²⁶⁹ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 10

²⁷⁰ Dönmez, *İslâm Hukukunda Müctehidin.*, s: 26-27

²⁷¹ Michael Rowe, *Debate: Napoleon and the Post-Revolutionary Management of Sovereignty*, *Actualities*, ts. ,s: 511

²⁷² Harnay, *Was Napoleon a Benevolent Dictator?*, s: 237-251

Danimarka 1683’de, Norveç 1688’de ve İsveç 1736’da kendi Medeni Kanunları’nı hazırlamıştır. Ancak bu kanunlar da mahallî hukukun yazıya dökülmesi şeklinde kapsamı sınırlı çalışmalar olup *Code Civil*’e herhangi bir etkisi olmamıştır.²⁷³

Fransa’da hukukun kodifikasyon yoluyla tedvîn edilmesi çalışmaları Napoleon’dan çok daha önceleri başlamıştır.²⁷⁴ Bu yöndeki ilk girişim 987 yılında Fransa’nın yönetimine Hugh Capet adlı bir sülalenin geçmesiyle başlamış, örf ve âdet hukuku *Coutumier*²⁷⁵ adı verilen âdet kitabı ile bir araya getirilmiştir. Bu tedvîn faaliyetinde Fransa halkının Basklar, Normanlar ve Goluvalılar gibi çeşitli milletlerden oluşmasına rağmen coğrafi birlik içinde bulunmaları en önemli etken olmuştur. Örflerin birleştirilmesi çalışmalarında Jacque D’ableiges tarafından 1389’da meydana getirilen *Le grand Coutumier de France*’ın (Fransa’nın Büyük Teamül Kitabı) önemli bir yeri bulunmaktadır. 1453’de ise III. Şarl’ın emriyle halk mümessilleri ve adliye memurları tarafından ülkenin çeşitli bölgelerindeki örf ve âdet hukukunun birleştirilmesi çalışmaları başlamış, yarım kalan bu faaliyet XII. Louis zamanında tamamlanmıştır.²⁷⁶ Bu düzenlemeler, Napoleon’dan önceki dönemde Fransız hukukunun genel kodifikasyonu ile ilgili temel çalışmalar olup, Napoleon kendisinden önceki üç yüz yıllık birikimi, değişen siyasî ve sosyal şartlara göre olgunlaştırıp, nihâi noktaya getirmiştir.²⁷⁷

Fransa, krallığın kurulduğu XIII. yy.da, hukuk bakımından ikiye ayrılmış, güneyde yazılı bir hukuk olan Roma hukuku, kuzeyde ise örf ve âdet hukuku olan Germen hukuku hâkimiyetini sürdürmüştür.²⁷⁸ Visigot Kralı Alaric’in emriyle meydana getirilen ve Fransa’nın güneyinde yürürlükte bulunan *Lex Romana Visigothorum* adlı Roma hukuku, *Corpus Juris Civilis*’in kabul edilmesi ve güney üniversitelerinde okutulması ile genişlemiş ve gelişmiştir.²⁷⁹ Buna karşılık kuzeyin örf ve âdet hukuku yavaş yavaş önemini yitirmeğe başlamıştır. Bunun üzerine Fransız Roma hukukçuları özellikle XIV. Louis zamanında bir tedvîn hareketine

²⁷³ Wagner, *Codification of Law in Europe*, s: 341

²⁷⁴ Lobingier, *Napoleon and His Code*, s: 115

²⁷⁵ Coutume esasen örf anlamına gelmekteydi. Resmî sıfatı olmayan bir hukukçunun örfle dair yazmış olduğu eserlere de genel olarak bu ad verilmekteydi. Resmî sıfatının olmaması sebebiyle riayeti de mecburi değildi. Sevig, *X.Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhâkemeleri Usûlü ve Gelişmesi*, s: 281

²⁷⁶ A.Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, İstanbul, 1975, s: 20–21

²⁷⁷ Jean Maillet, *The Historical Significance of French Codifications*, Tulane Law Review, sayı: 44, 1969–1970, s: 683–684

²⁷⁸ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 15

²⁷⁹ Jean-Michel Josselin-Alain Marciano, *The Making of the French Civil Code: An Economic Interpretation*, European Journal of Law and Economics, sayı: 14, 2002, s: 198

girişmişler ve tüm ülkede yürürlüğe konulacak kanunlar hazırlamaya başlamışlardır.²⁸⁰ XVI. yy.da dönemin ünlü hukukçusu Charles Dumoulin (1500–1566) tüm ülke için bir kanun tasarısı hazırlamıştır.²⁸¹ Bu tasarı, teknik anlamda bir kanundan ziyade kral emirnâmeleri (*ordonnances*) şeklindedir. Bu çalışmaların devamı mâhiyetinde, 1667 yılında *l'Ordonnance civile touchant la reformation de la justice* (Hukuk Yargılama Usûlü Hukuku), 1670'de *l'Ordonnance criminelle* (Ceza Yargılama Usûlü Hukuku), 1673'de *l'Ordonnance du commerce* (Kara Ticareti Hukuku) ve 1681'de *l'Ordonnance de la marine* (Deniz Ticareti Hukuku), kararnâme adı verilen kanunlarla tedvîn edilmiştir. Bu faaliyetler XV. Louis zamanında da sürmüş ve 1731'de *l'Ordonnance relative aux Donations* (Hibe Hukuku), 1735'de *aux Testaments* (Vasiyet Hukuku) yine kararnâmeler halinde derlenip toparlanmıştır.²⁸²

Emirnâmeler şeklinde hazırlanan bu kanunlarla kısmî de olsa Fransız Medeni Kanunu'nun alt yapısı hazırlanmıştır. 1789 ihtilâlinden sonra ise Fransa'nın tümünde geçerli olacak ve hukukun tüm alanlarını kapsayacak bir medeni kanun hazırlanması fikri gündeme gelmiştir. Nitekim bu düşünce 3 Eylül 1791 tarihli Fransız anayasasının başlangıcında da ifade edilmiştir.²⁸³ Bu amaçla *Projet d'Oliver* (1789), *Projet Philippeaux* (1789), *Projets Cambaceres* (1793,1794 ve 1796), *Projet Jacqueminot* (1799) ve 8. Yıl Projesi (1800) gibi projeler hazırlanmış fakat başarılı olunamamıştır.²⁸⁴ Nihayet dönemin meşhur hukukçusu Portalis başkanlığında bir heyet *Le Code Civil des Français* adlı Medeni Kanunu hazırlamıştır.²⁸⁵

Siyasî ve askerî alanlarda büyük başarılarla imza atan Napoleon, bu başarılarını ülkenin tümünde uygulanacak bir hukuk sistemi meydana getirmekle tamamlamak istemiş ve bu amaçla bir komisyon kurdurup çalışmalara başlatmıştır.²⁸⁶ *Code Civil* hukukun birleştirilmesi kadar İmparatorluk nüfuzunun tüm ülkede etkin kılınması

²⁸⁰ Editor, *The Code Napoleon*, The American Law Register, sayı: 3, 1854–1855, s: 644, Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 290–291, Andre Tunc, *The Grand Outlines of the Code Napoleon*, Tulane Law Review, cilt: 29, 1954, s: 432

²⁸¹ Maillet, *The Historical Significance of French Codifications*, s: 682

²⁸² Editor, *The Code Napoleon or The French Civil Code*, Louisiana Law Journal, sayı: 1, 1841–1842, s: 19

²⁸³ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 15

²⁸⁴ Rodolfo Batiza, *Origins of Modern Codification of the Civil Law*, Tulane Law Review, sayı: 56, s: 600–601, 1981–1982

²⁸⁵ Alain Levasseur, *Code Napoleon or Code Portalis?*, Tulane Law Review, sayı: 43, 1968–1969, s: 766

²⁸⁶ Levasseur, *Code Napoleon or Code Portalis?*, s: 764

düşüncesinin bir ürünüdür.²⁸⁷ Ayrıca Napoleon, hazırlanacak bu kanunun diğer ülkelere ihracıyla siyasî nüfuzunu da genişletmek istemiştir. Kendisi de bu işin önemini; ”Benim gerçek zaferim kazandığım kırk tane savaş değildir. Waterloo (yenilgisi) bu zaferlerin anısını silip götürecektir. Ancak Code Civil ilelebet payidar kalacaktır” şeklinde ifade etmiştir.²⁸⁸

Napoleon’un *Code Civil*’i hazırlatmasında ülkenin siyasî birliğini hukuk yoluyla sağlama alma düşüncesi kadar ilk görevinin ordu mühendisi (topçu üsteğmen) olmasının da etkili olduğu ifade edilmektedir. Bu görev, kendisine her olaya teknik bir gözle bakma gibi daha çok mühendislerde görülen bir bakış açısı kazandırmış bu da sadece hazırlanan bu kanunda değil hayatının bundan sonraki pek çok aşamasında da etkisini göstermiştir.²⁸⁹

Kanunun hazırlanmasında Napoleon’un doğrudan bir katkısı olmamış, sadece askerlerin hukukî durumlarıyla ilgili 93–98. maddeler ile yabancılarla ilgili 726. ve 912. maddelerde görüşlerini açıklamış ve komisyon tarafından düzenlemeler buna göre yapılmıştır.²⁹⁰

Code Civil, Fransız tarihinin akışına göre çeşitli isimler almıştır. Başlangıçta, *Le Code Civil des Français* olan bu kanun, 1807 yılında *Code Napoleon* adını almış, Restauration’dan sonra ise 1816 yılında yine eski adına dönmüştür. III. Napoleon’un 1851 yılındaki hükümet darbesinden sonra çıkartmış olduğu 27–03–1852 tarihli bir kararnâme ile yeniden *Code Napoleon* adını alan bu kanun, III. Napoleon’un Almanlara esir düşmesinden sonra kısaca *Code Civil* adıyla anılmıştır.²⁹¹ *Code Civil* ile birlikte o zamana kadar yürürlükte bulunan Roma hukuku, kararnâmeler, genel veya yerel örf ve âdet hukuku, tüzükler, yönetmelikler yürürlükten kaldırılmıştır. *Code Civil*’de hukukun kaynakları arasında artık örf ve âdet hukukuna değil mahkeme içtihatlarına yer verilmiş bu da Fransız özel hukukunun gelişimine önemli katkılar sağlamıştır.²⁹²

Kıta Avrupası’nda meydana gelen kodifikasyonların genel özelliği muhafazakâr yapıda olmaları ve teknik bir karaktere sahip olmalarıdır. Bu

²⁸⁷ Harnay, *Was Napoleon a Benevolent Dictator?*, s: 247

²⁸⁸ Lobingier, *Napoleon and His Code*, s: 133

²⁸⁹ Rowe, *Debate: Napoleon*, s: 510

²⁹⁰ Lobingier, *Napoleon and His Code*, s: 123

²⁹¹ William W. Smithers, *The Code Napoleon*, *The American Law Register*, sayı: 49, 1901, s: 127–128

²⁹² Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 292

kanunlaştırmaların temel hedefi her şeyi değiştirmekten ziyade mevcut hukukî hükümleri tespit edip birleştirmek ve dağınık olan kaideleri tek bir yapı içinde toplamaktır. *Code Civil* ise Fransız İhtilalinin tesiri altında meydana geldiğinden, diğer kanunlaştırmalara göre daha radikal ve devrimci bir yapıya sahiptir. Yalnız başlangıçtaki bu radikal yapı, yürürlüğe girdikten sonra zamanla kaybolmuş²⁹³ ve *Code Civil*, ihtilalin temel prensipleriyle eski rejimin kanunları arasında siyasî bir uzlaşma, gelenek hukukuyla Roma hukuku arasında teknik bir uzlaşma şekline bürünmüştür.²⁹⁴

Code Napoleon'un hazırlanmasında soyut kural metodu takip edilmiştir.²⁹⁵ Bu husus da gerekçeli kararında, kanun koyucunun her türlü beşerî münasebetleri önceden tahmin ederek kurallar koyamayacağı, bunun için de metot olarak soyut kural metodunun takip edileceği ifade edilmiştir.²⁹⁶

Code Civil'i hazırlayan komisyon tabîi hukuk ekolünün görüşleri etkisinde kalmış, insan haklarına dayalı, evrensel bir takım ilkeler çerçevesinde çalışmalarını sürdürmüştür.²⁹⁷ Kanunda, bir taraftan geniş ve zengin örf ve âdete, diğer taraftan da Fransız ihtilalinin etkisiyle individualizme ve mülkiyet serbestliğine yer verilmiştir.²⁹⁸

Hukuk tarihinin en önemli kanunlaştırmalarından biri olan Fransız Medeni Kanunu kendisinden sonraki pek çok kanunlaştırma çalışmasına da örnek olmuştur.²⁹⁹ Özellikle Fransız ihtilalinin dünyada estirdiği bağımsızlık, milliyetçilik³⁰⁰ vb. akımlar başta Latin Amerika ülkeleri olmak üzere pek çok ülkeyi derinden etkilemiş, bu ülkeler bağımsızlık mücadelelerinden zaferle çıktıktan sonra hızlı bir şekilde ülkelerinde adlî ve idarî bir takım değişimlere gitmişlerdir.³⁰¹ Daha

²⁹³ Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, s: 20

²⁹⁴ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1078

²⁹⁵ Tunc, *The Grand Outlines of the Code Napoleon*, s: 436

²⁹⁶ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 16

²⁹⁷ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1074

²⁹⁸ Gür, *Mecelle*, s: 13, Didier Danet, *Does the Code Civil Matter?* European Journal of Law and Economics, sayı: 14, 2002, s: 218

²⁹⁹ Gerrit Meijer, *Influence of the Code Civil in the Netherlands*, European Journal of Law and Economics, sayı: 14, 2002, s: 227

³⁰⁰ Milliyetçilik akımı özellikle Avrupa'nın azınlıkları üstünde etkili olmuştur. Örneğin; İspanya'daki Katalan bölgesindeki hukuk çalışmaları İspanya'dan bağımsızlığı kazanmanın bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Siobhan Harty, *Lawyers, Codification, and the Origins of Catalan Nationalism, 1881–1901*, Law and History Review, sayı: 20, 2002, s: 349–384

³⁰¹ Mirow, *The Power of Codification in Latin America*, s: 86

önce de belirttiğimiz gibi hukuk tarihinin en önemli resepsiyonları *Code Civil*'in etkisi altında gerçekleştirilmiştir.³⁰²

Fransız kanunlaştırmasının etkisi sadece resepsiyon çalışmalarında değil, Avrupa ülkelerinin kendilerine özgü müstakil kanun çalışmalarında da görülmüştür.³⁰³ Bu etki bazen doğrudan bazen de dolaylı olarak olmuştur. Örneğin; 1867'de Romanya'nın Fransız Medeni Kanunu'nu esas alarak yeni bir medeni kanun hazırlamasında³⁰⁴ doğrudan bir etki söz konusu iken, Almanya'nın, Fransız nüfuzunun *Code Civil* ile kendi hâkimiyet bölgelerine de yayılacağından endişe ederek kanunlaştırma çalışmalarına başlamasında³⁰⁵ dolaylı yoldan bir etki söz konusudur.

Code Napoleon'un Avrupa hukukuna en önemli etkilerinden biri de, Avrupa'da “tek bir hukuk bilimi meydana getirme”(müşterek hukuk) şeklindeki bir düşüncenin oluşmasına etkisidir. Bu bağlamda örneğin; 1807'de Alman hukukçu Seiden-Sticker, Alman ve Fransız mahkemeleri arasında iletişim kurulmasını ve verilen kararların ilan edilmesi gerekliliğini savunmuştur. Aynı şekilde Alman İmparatorluğu'nun çeşitli bölgelerinde çıkartılan dergilerde Fransız mahkeme kararlarının yanı sıra, İtalyan, Hollanda ve Alman mahkemelerinin içtihatlarına da yer verilmiştir. İtalya'da ise üç önemli Fransız İçtihat Külliyyâtı (*Jurisprudence du code civil*, *Sirey Külliyyâtı* ve *Journal des audiences*) İtalyanca'ya çevrilmiştir.³⁰⁶

Code Civil'in doğrudan etkide bulunduğu kanunlaştırmalar Belçika (1804) ve Louisiana (1808–1825–1870) kanunlaştırmalarıdır. *Louisiana kodifikasyonu* hukuk tarihi eserlerinde “Fransız Medeni Kanunu'nun en mükemmel çocuğu” olarak nitelendirilmektedir.³⁰⁷ Ayrıca, Avusturya (1811), Haiti (1825), Yunanistan (1827), Hollanda (1838), Bolivya (1843), Peru (1852), Şili (1855), İtalya (1865), Kanada-Qubec (1866), Portekiz (1867), Uruguay (1868), Arjantin (1869), Meksika (1870), Nikaragua (1871), Guatemala (1877), Honduras (1880), İspanya (1889), Salvador

³⁰² Mirow, *The Power of Codification in Latin America*, s: 84

³⁰³ Baudouin, *The Influence of the Code Napoleon*, s: 22

³⁰⁴ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 11

³⁰⁵ Paul-Ludwig Weinacht, *The Sovereign German States and the Code Napoleon. What Spoke for its Adoption in the Rhine Confederation?* European Journal of Law and Economics, sayı: 14, 2002, s: 205

³⁰⁶ Bozkurt, *Batı Hukukunun Benimsenmesi*, s: 12

³⁰⁷ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1075

(1889), Venezuela (1896),³⁰⁸ Lübnan (1930), İran ve Mısır kanunlaştırmalarında da *Code Civil*'in büyük oranda etkisi olmuştur.³⁰⁹

Sadece Fransız örneğinde değil, pek çok kodifikasyonda gördüğümüz bir diğer özellik de, kanunlaştırma faaliyetlerinde dönemin devlet adamı (kral-sultan-imparator) ile hukukçu ilişkisidir. Örneğin, Jüstinianus kanunlaştırmasında hukukçu Tribonian'ın etkisi ne ise Napoleon kanunlaştırmasında da hukukçu Portalis (1746–1807)'in etkisi odur. Bu bağlamda, Portalis, Antik Roma'nın Cicero, Publius Scaevola, Quintus Mucius'uyla mukayese edilmektedir. Bu nedenle bazı hukuk tarihi eserlerinde *Code Napoleon* yerine *Code Portalis* ifadesi de kullanılmaktadır.³¹⁰ Kanunun hazırlanmasında Portalis'in dışında önemi olan bir diğer Fransız hukukçu da Cambaceres (1753–1824)'dir.³¹¹

Bazı hukuk tarihi eserlerinde, ziraî ekonominin esaslarının egemen olduğu bir toplum için hukuku düzenlemek olan *Code Napoleon*'un modern toplumlar için hala referans olabilmesi ile ilgili eleştirel görüşler bulunmaktadır.³¹² Bu görüşlere göre Fransız Medeni Kanunu'nun önemi biraz fazla abartılmıştır. *Code Napoleon*'un temel hedefinin “hukuku sekülerleştirmek” olması muhtemelen Avrupa hukuk sistemlerinde ağırlığının fazla olması sonucunu doğurmuştur.³¹³ Aydınlatma çağı ile birlikte rasyonalizmin önem kazanması, dine ve dinî kurumlara karşı mesafeli bir duruş getirmiş bu da o güne kadar Hıristiyanlığın ve kilisenin etkisi altında olan bütün kurumlara olduğu gibi hukuka bakışı da etkilemiştir. Napoleon, *Code Civil* ile kendi hükümlerliğini pekiştirmeyi amaçladığı için bu hukuk sisteminde dine ve kilisenin manevi otoritesine yer verilmemiştir. Rasyonalizmin giderek önem kazanması laik düşüncenin önünü açmış bu da toplumun bütün kurumlarında olduğu gibi hukukta da sekülerleşmeyi getirmiştir. Sekülerleşen toplumlar da hukuk sistemleri için Fransız *Code Civil*'ini örnek almışlar ve böylece *Code Napoleon* tüm dünyada bir etkinlik kazanmıştır.

Konu bütünlüğünün sağlanması amacıyla *Code Napoleon* ile ilgili bir diğer eleştiriye de burada yer vermek istiyoruz. Buna göre, bazı hukuk tarihi eserlerinde

³⁰⁸ Lobingier, *Napoleon and His Code*, s: 128

³⁰⁹ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1075

³¹⁰ Levasseur, *Code Napoleon or Code Portalis?*, s: 762–765

³¹¹ Josselin, *The Making of the French Civil Code*, s: 195

³¹² Harnay, *Was Napoleon a Benevolent Dictator?*, s: 247

³¹³ Danet, *Does the Code Civil Matter?*, s: 215

Code Napoleon'un öneminin abartıldığı, bu *Code*'un tek hedefinin muhteris İmparator Napoleon'un Kıta'ya hâkim olma düşüncesi olduğu, bu çalışmanın hukukî açıdan *Jüstinien Code*'nun basit bir kopyası olduğu, orijinal hiçbir yönünün bulunmadığı şeklinde bazı görüşler bulunmaktadır.³¹⁴ Kanaatimizce bu tarz değerlendirmeler objektif değil sübjektif değerlendirmelerdir. Çünkü gerek Avrupa'da gerekse Avrupa dışındaki etkileri göz önünde bulundurulduğunda *Code Napoleon*'un dönemi için orijinal bir çalışma olduğunu ifade etmek mümkündür. Nitekim aralarında Osmanlı Devleti'nin de bulunduğu pek çok ülke XIX. yy. kanun çalışmalarında doğrudan veya dolaylı olarak *Code Civil*'den etkilenmiştir. 1867, 1912 ve 1923 yıllarında önemli değişikliklere uğramakla birlikte *Code Civil* bugün hala Fransa'da yürürlüktedir.³¹⁵

3- Avusturya Kanunlaştırması

Roma hukukunun 1600'lü yıllarda Almanya tarafından benimsenip iktibas edilmesinden sonra Roma hukuku uzun yıllar Kıta'da etkisini kaybetmiştir. *Corpus Juris Civilis*'den sonra Roma hukukunun Avrupa'ya tekrar dönüşü XIX. yy. kodifikasyonları ile olmuştur. Başta Fransa olmak üzere sırasıyla Avusturya, Almanya ve İsviçre Kanunlaştırmaları Roma hukukunun Kıta Avrupası'nda söz sahibi olduğu kanunlaştırmalardır.³¹⁶

Habsburg Hanedanlığı'nın kontrolü altında olan Avusturya'nın Macaristan'la birleşmesi ile Avusturya-Macaristan İmparatorluğu kurulmuştur. 1800'lü yıllara kadar Kutsal Roma İmparatorluğu'nun bir parçası olarak kabul edilen Avusturya, arşidüklük olarak idare edilmekteydi. Zaman içinde İmparatorluğun nüfuzunun azalmasıyla bağımsız olarak hareket etmeye başlayan bu arşidükler, daha sonraları bir araya gelerek I. Dünya Savaşı sonunda yıkılacak olan Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nu kurmuşlardır. 1811 tarihli *Avusturya Medeni Kanunu (ABGB- Allgemeines Gesetzbuch der Österreich)* arşidükler arasında uyumu sağlamak³¹⁷ ve bu bölgenin Kutsal Roma İmparatorluğu'nun elinden çıkmasını engellemek için meydana getirilmiştir. 1 Haziran 1811 tarihinde yürürlüğe giren bu kanun kırk yıllık

³¹⁴ Harnay, *Was Napoleon a Benevolent Dictator?*, s: 246–247

³¹⁵ Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 293

³¹⁶ <http://law.jrank.org/pages/9916/Roman-Law.html>

³¹⁷ Üçok, *Medeni Kanunumuz ve Türkiye'nin Hukukî Bünyesi*, s: 364

bir çalışmanın ürünüdür.³¹⁸ Hazırlanmasında Karl Anton Freiherr von Martini (1726–1800) ve Franz von Zeiller (1751–1828) adlı iki hukukçunun çok büyük katkısı olmuştur.³¹⁹ Bu kanun, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu’nun etkisinin en bâriz olarak görüldüğü Kıta Avrupası kanunlaştırmasıdır. Tabîî hukuk öğretisinin etkisinde hazırlanan bu kanun kısa ve anlaşılması kolay cümlelerden oluşan 1502 maddeden müteşekkildir. *ABGB* özellikle Almanya ve İsviçre mahallî kanunları üzerinde etkili olmuştur.³²⁰ I. Dünya Savaşı sonunda yeni baştan gözden geçirilen bu kanun, bugün de Avusturya Hukuku’nun temelini oluşturmaktadır.³²¹

4- Hollanda Kanunlaştırması

Yedi bağımsız prenslikten oluşan ve konfederasyonla yönetilen Birleşik Hollanda Krallığı, 1579 yılında Utrecht antlaşmasıyla aralarında siyâsî birliği sağlamıştır. Bu antlaşma bir nevi kanun kodu işlevini de görmüştür. Esasen, Hollanda’da hukukun tedvîni çalışmaları ilk olarak V.Charles (1500–1559) zamanında başlamıştır. Özellikle Hollanda Krallığının Kuzey Doğu bölgesinde hukukun merkezileştirilmesi çalışmalarına ağırlık verilmiş, II. Philips zamanında ise ilk önemli ürününü, 1631’de Hugo Grotius’un yayınladığı çalışmayla vermiştir. Grotius *De Jure Belli Ac Pacis* adlı eserinde örf ve âdete dayalı Germen hukukunun Roma hukukundan üstünlüğünü savunmaktaydı. V.Willem zamanında patlak veren iç savaş, yönetimi Fransa’ya yaklaştırmış bu da Fransız ihtilal fikirlerinin gerek halk tabakasında gerekse yönetici tabakada yankı bulmasına neden olmuştur. Özellikle Fransız General Pichegru’nun 1795’de Hollanda’yı ele geçirmesiyle bu etki daha da pekişmiştir. 1795’ten sonra eski rejimin yerini alan Batav Cumhuriyeti fiilen Fransız koruması altına girmiştir. Sonraki yıllarda Napoleon, Hollanda Krallığını kurdurmuş ve kral olarak da kardeşi Lodewjik Napoleon’u atamıştır. Lodewjik’in emriyle Hollanda’da, Fransız *Code Civil*’ini Hollanda şartlarına uydurma çalışmaları başlamıştır. 30 Mayıs 1808 tarihinde tamamlanan bu çalışma 1 Mayıs 1809’da kraliyet emriyle yürürlüğe girmiştir. *Wetboek Napoleon* olarak bilinen bu çalışma

³¹⁸ <http://en.wikipedia.org/wiki/ABGB>

³¹⁹ http://de.wikipedia.org/wiki/Franz_von_Zeiller

³²⁰ Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s: 88

³²¹ <http://en.wikipedia.org/wiki/ABGB>

temelde Germen halk hukukuyla Roma hukukunun bir karışımı şeklindedir ve birkaç konu dışında Fransız *Code Napoleon*'undan etkilenmemiştir.

Avrupa'nın diğer ülkeleri tarafından askerî seferlerle kuşatılan Napolen, Kıta ablukasını aşmanın yolu olarak 1810 yılında Felemenk'i Fransa İmparatorluğu'na bağlamış ve Fransız kanunlarının tamamının bundan böyle tüm Hollanda için de geçerli olduğunu ilan etmiştir. 1814 yılındaki Viyana Kongresi'nde Güney Felemenk'i de içine alan bağımsız bir krallık oluşturulması kararlaştırılmış ve Hollanda Krallığı kurulmuştur. Kral olarak başa geçen I.Willem ilk olarak kanun çalışmalarına başlamış ve kurulan komite yaklaşık onbeş yıllık bir çalışmanın ürünü olarak Germen örf-âdet hukuku, Roma hukuku, eski hukuk sistemi olan *Wetboek Napoleon* ile *Code Napoleon*'dan istifadeyle *Burgerlijk Wetboek (BW)*'u meydana getirmiştir. Bazı hukuk tarihi eserlerinde 1838 tarihli Hollanda kanunlaştırması *BW*'nin *Code Napoleon*'un basit bir kopyası olduğu şeklinde değerlendirmeler bulunmakta ise de gerek şekil gerekse muhteva yönünden *Code Civil*'den oldukça farklı olan bu kanun, Germen halk hukuku ile Roma hukukunun etkisinin ağırlıkta olduğu bir çalışmadır. *BW* üzerindeki Fransız etkisi teoriden ziyade pratikte kendini göstermiş, XX. yy.dan sonraki kanun çalışmalarında ise Alman hukuk mantalitesi etkili olmaya başlamıştır.³²² Hollanda kanunlaştırması genel hukuk tarihinde zorla benimsetme (*imposition*) kapsamında değerlendirilmektedir.³²³

5- Alman Kanunlaştırması

Kıta Avrupası hukuk sistemleri içinde uzun yıllar Roma hukukunu uygulayan tek ülke Almanya olmuştur. İngiltere örf-âdet hukukuna bağlı kalarak yazılı olmayan bir hukuk sistemi geliştirmiş, Fransa ise bir dereceye kadar Roma hukukunun tesiri altında kalmakla birlikte daha çok kuzey Fransa'da yerleşmiş bulunan Germen hukukunun etkisi altında kalmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, hukuk tarihinin en önemli resepsiyonlarından biri Roma hukukunun Almanya'da benimsenmesidir. Almanya bu özelliği ile Avrupa devletleri arasında yabancı bir hukuk sistemini kabul eden ve onu geliştiren tek devlettir.³²⁴ Ancak Almanya'nın Roma hukukunu

³²² Meijer, *Influence of the Code Civil in the Netherlands*, s: 227–236, Ana Britannica, cilt: 11, s: 162–165

³²³ Kocourek, *Factors in the Reception of Law*, s: 211

³²⁴ Üçok, *Alman Medeni Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış*, s: 293

resepsiyonu, aynı hukuk iklimine sahip hukuk sistemleri arasında olduğundan özellikle sosyal ve kültürel anlamda ciddi sorunlar ortaya çıkartmamıştır.

Bilinen anlamıyla Modern Almanya 18 Ocak 1871'de kurulmuştur. 1 Eylül 1871 tarihinde Kıta Avrupası'nın en büyük gücü olan Fransa'nın, Sedan kenti yakınlarında Prusya kuvvetlerine yenilmesiyle Kıta'da güçler dengesi değişmiş, Fransa, Prusya ile bir barış antlaşması imzalamıştır. Sedan Savaşı'nın en önemli sonucu ise, Alman devlet başkanlarının ve millet meclisinin kararı ile Alman İmparatorluğu'nun ilan edilmesi; Prusya Kralı'nın Alman İmparatorluğu'na getirilmesi ve Alman Millî Birliği'nin kurulmasıdır. I.Wilhelm'in 1871'de Alman İmparatoru olarak taç giymesiyle Kıta Avrupası'nda güçlü bir Almanya doğmuştur.³²⁵

1871'de siyasî birliğini sağlayan Almanya için en önemli mesele yeni bir anayasanın hazırlanması ve buna bağlı olarak da yeni bir hukuk sisteminin inşâ edilmesiydi. Almanya dışındaki hemen tüm Avrupa ülkeleri hukuk sistemlerinde devrim diyebileceğimiz çok önemli adımlar atmalarına rağmen Almanya bu konuda çok geç kalmıştır. Tarihçi hukuk okulunun kanunlaştırmaya karşı çıkan görüşlerinin Alman aydınları arasında ciddi bir taraftar kitlesi bulması ve Almanya'nın siyasî birliğini çok geç kurmuş olması Almanya'daki kanunlaştırma çalışmalarının gecikmesine neden olmuştur. 1871'de siyasî birliğin kurulmasından sonra sıra hukuk alanında bir takım düzenlemelere gelmiştir. Çünkü uzun uğraşlar sonucu kurulan Alman siyasî birliğinin sağlıklı bir şekilde sürdürülebilmesi bütün Almanya'nın tek bir hukuk çatısı altında toplanmasına bağlıdır.

Esasen Almanya'da hukukun tek bir kod olarak toplanması konusundaki tartışmalar, bu ülkenin 1870'li yıllardaki siyasî birliğini kurmasından çok önceye gitmekle birlikte bu düşüncenin uygulamaya geçmesi ancak siyasî birliğin kurulmasından sonra mümkün olabilmıştır. Almanya'da Fransız *Code Civil*'ine benzer bir kanunlaştırma yapılması konusunda Heidelberg Üniversitesi profesörlerinden Anton Thibaut (1772–1880)'un çok önemli katkıları olmuştur. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für*

³²⁵http://tr.wikipedia.org/wiki/Alman_Milli_Birli%C4%9Fi%27nin_Kurulu%C5%9Fu,
http://en.wikipedia.org/wiki/German_Confederation#Bismarck_and_the_Wars_of_Unification
http://tr.wikipedia.org/wiki/Otto_von_Bismarck, <http://tr.wikipedia.org/wiki/Almanya>,
http://tr.wikipedia.org/wiki/Vestfalya_Antla%C5%9Fmas%C4%B1,_

Deutschland (Almanya İçin Genel Bir Medeni Hukuk Zorunluluğu Hakkında) adlı eserinde, ülkenin çeşitli bölgelerinde uygulanmakta olan çok farklı kanunların yerine bütün Almanya için genel bir medeni kanun yapılmasının ve tüm ülkenin tek bir hukuk çatısı altında birleştirilmesinin gerekliliğini ileri sürmüştür.³²⁶ Bu düşüncenin milliyetçi Alman aydınlarında doğurduğu infial, tarihçi hukuk okulu ile tabîî hukuk okulu arasındaki mücadelede gördüğümüz sonuçları doğurmuştur. Almanya’da yaklaşık elli yıl süren tartışmalar sonunda ve Alman siyasî birliğinin kurulmasını müteakip tüm ülkeyi tek bir hukuk sistemi altında toplamaya yönelik bir çalışma yapılmasına karar verilmiştir. Başbakan Otto von Bismarck da Napoleon gibi yapılacak kanun çalışmalarının ülkenin siyasî birliğini kurmasına katkı sağlamasını amaçlamıştır.³²⁷

Bu amaçla oluşturulan bir komisyon hemen çalışmalarına başlamış ve 1888 yılında bir tasarı hazırlamıştır. Ancak bu tasarıya başta Avusturyalı hukukçu Anton Menger olmak üzere pek çok hukukçu şiddetli itirazlar yöneltmiştir.³²⁸ Getirilen eleştiriler genelde üç noktada toplanmaktadır. Birincisi; bu tasarıda Roma hukukuna gereğinden fazla önem verildiği ve daha önce Alman devletlerinde kabul edilmiş olan kanunlardaki Alman hukuku ve düşünceleri ile müesseselerine hiç yer verilmediği şeklindedir. İkincisi; tasarının oldukça soyut ve sadece uzmanlar tarafından anlaşılacak bir dille yazılmış olması ve sosyal meseleler karşısında geçmiş zamanların ürünü olan bir hukukî düşüncüyü taşımasıdır.³²⁹ Üçüncüsü de; yaklaşık bir asırlık sürede Kıta Avrupası’nda meydana gelen hukukî gelişmelerin olumlu ve olumsuz yönlerinin dikkate alınarak yapılması gereken ve bir anlamda en mükemmel olması beklenen bu kanunlaştırma faaliyetinin adeta kendisinden önceki çalışmalardan hiçbir şekilde istifade etmeden *Alman Pandektizminin* bir eseri olarak ortaya çıkmasıdır.³³⁰ Tasarıya yönelik eleştiriler üzerine sadece hukukçulardan değil, iktisatçı, din adamı, mühendis gibi o dönemin önde gelen kişilerinden oluşan yirmi iki kişilik bir komisyon yeniden çalışmalara başlamış ve ikinci bir tasarı

³²⁶ Mollnau, *The Contributions of Savigny to the Theory of Legislation*, s: 85

³²⁷ Ross Levine, *Law, Endowments, and Property Rights*, Journal of Economic Perspectives, cilt: 19, sayı: 3, 2005, s: 4

³²⁸ Jürgen G.Backhaus, *The German Civil Code of 1896: An Economic Interpretation*, European Journal of Law and Economics, cilt: 7, 1998, s: 7

³²⁹ Üçok, *Alman Medeni Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış*, s: 320

³³⁰ Üçok, *Alman Medeni Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış*, s: 321, Gale, *Savigny and the Historical School*, s: 145–146

hazırlamıştır.³³¹ 1896'da tamamlanan bu ikinci tasarı önemli bir takım gözden geçirmelerle revize edildikten sonra *Reich*(İmparator)'in onayına sunulmuş, 1 Ocak 1900 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. 2385 madde içeren bu kanun diğer medeni kanunlara göre çok daha sistemlidir ve tamamen bilimsel bir eser vasfını taşımaktadır.³³² II. Dünya Savaşı sonuna kadar yürürlükte kalan Alman Medeni Kanunu *Bürgerliches Gesetzbuch* savaş sonunda Almanya'nın ikiye bölünmesi üzerine Doğu Almanya'da yürürlükten kaldırılarak burada Sosyalist hukuk sistemi uygulanmış, Batı Almanya'da ise yürürlükte kalmaya devam etmiştir.³³³ En son 2002 yılında ciddi bir düzenleme yapılmış olan Alman Medeni Kanunu halen yürürlükte dir.³³⁴

Alman Medeni Kanunu Çekoslovakya, Macaristan ve Yunanistan Medeni Kanunları üzerinde doğrudan Çin, Japonya ve Kore'nin Ticaret Kanunları üzerinde ise dolaylı yoldan etkide bulunmuştur.³³⁵

6- Rusya Kanunlaştırması

Rusya'da yapılan kanunlaştırma çalışmaları Rusya'nın siyasî durumu göz önünde bulundurularak Çarlık Rusyası ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Dönemi olmak üzere iki dönem halinde ele alınmaktadır.

Rusya Çarlığı, 1547 yılında IV. İvan'ın çar ünvanını almasıyla başlayan ve Çar I. Petro'nun Rus İmparatorluğu'nu kurmasıyla son bulan dönemi kapsamaktadır.³³⁶ Çarlık döneminde, *Moskova Kanunlaştırması* ve *Çarlık Rusya Kanunu* olmak üzere iki kanunlaştırma faaliyeti meydana gelmiştir.

1649 tarihli "*Sobornoe Ulozhenie*"³³⁷ adı da verilen Moskova kanunlaştırması Çarlık döneminin ilk hukukî düzenlemesidir. Bu çalışma aynı zamanda 882–1800 yılları arasında Rusya'da görülen tek kanunlaştırma faaliyetidir.³³⁸ Rusya tarihinde modernleşmenin öncülerinden olarak kabul edilen Çar Aleksei Mikhailovich'in başkanlık ettiği bir konsül tarafından hazırlanması sebebiyle bu kod, Rusçada konsül

³³¹ http://en.wikipedia.org/wiki/B%C3%BCrgerliches_Gesetzbuch

³³² Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s: 88

³³³ <http://faculty.cua.edu/pennington/Law508/GermanLegalHistory.htm>

³³⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/B%C3%BCrgerliches_Gesetzbuch

³³⁵ Levine, *Law, Endowments, and Property Rights*, s: 6, Bergel, *Methods of Codification*, s: 1075

³³⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Tsardom_of_Russia

³³⁷ Kanun metni ile ilgili detaylı bilgi için bkz: <http://www.dur.ac.uk/a.k.harrington/1649code.html>

³³⁸ <http://www.answers.com/topic/law-code-of-1649>

anlamına gelen “*sobornoe*” kelimesi ile adlandırılmıştır.³³⁹ Yirmi beş bölümden ve 967 maddeden müteşekkil³⁴⁰ bu çalışma “*Kormchaia*” adı da verilen Rus Ortodoks Kilise Hukuku’nun dönemin şartları göz önünde bulundurularak yeni baştan ele alınması esasına dayanmaktadır. Bu kanun 1832 tarihli Çarlık Rusya Kanunu’na kadar yürürlükte kalmıştır.³⁴¹

Çarlık Rusya Kanunu ise 1804 tarihli *Code Civil*’in örnek alınması suretiyle oluşturulmuştur. Ancak, kanunun hazırlanmasında Fransa ve Almanya’da olduğu gibi hukukun çeşitli dallarında ayrı ayrı kanunlar yapmak yerine, *Prusya Genel Memleket Kanunu*’nda olduğu gibi, kamu ve özel hukuk konularının her ikisini de kapsayacak şekilde bütün Rus kanunları büyük bir mecellede toplanmıştır. On beş cilt ve 60.000 maddeden oluşan bu kanun çalışması bir derleme niteliğini taşımaktadır.³⁴²

Kasım 1917 devrimiyle çarlık yönetimi yıkılmış ve yerine Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği kurulmuştur. Devrimden 1936 Anayasası’na kadar geçen süre, devrimin ve sosyalizmin yerleşmesi açısından bir ara dönem olarak kabul edilmektedir. 1936 Anayasası katı bir merkezîyetçilik esasına dayanmakla birlikte çeşitli alanlarda federal kanunların da yapılmasını öngörmüştür. Merkezîyetçiliğin temsilcisi Stalin’in ölümünden sonra 1957 yılında yeni bir Anayasa hazırlanmıştır. Bu Anayasa’ya göre bütün Rusya’yı kapsayacak federal kodlar hazırlanmamış, merkezî yönetim tarafından belirlenen sosyalist ilkeler çerçevesinde federe devletlerin kendi özel kanunlarını çıkarması imkânı getirilmiştir. Federe devletler de bu prensipler ışığında kendi yasalarını hazırlamışlardır. 1989’da Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği dağılmış ve sosyalist hukuk sistemi de hukuk tarihinde bir örnek olarak yerini almıştır.³⁴³

7- İsviçre Kanunlaştırması

Kıta Avrupası’nın son kodifikasyonu *İsviçre Medeni Kanunu*’dur (*Almanca: ZGB- Zivilgesetzbuch, Fransızca: CCS- Le Code Civil Suisse*).³⁴⁴ Bu kanunlaştırma

³³⁹ <http://www.law.harvard.edu/library/collections/special/books/russia.php>

³⁴⁰ <http://euphrates.wpunj.edu/courses/hist330-60/Supplementary%20Material/HTML/Ulozhenie.html>

³⁴¹ <http://euphrates.wpunj.edu/courses/hist330-60/Supplementary%20Material/HTML/Ulozhenie.html>

³⁴² Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s: 90

³⁴³ Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s: 90-91

³⁴⁴ <http://en.wikipedia.org/wiki/ZGB>

faaliyeti hukuk tarihi eserlerinde kantonlar hukukunun birleştirildiği ve federal kanunların yapıldığı dönem olmak üzere iki dönem halinde ele alınmaktadır.

İsviçre, XIX. yy.a kadar her kantonun kendi içinde bağımsız bir devletçik görünümünde olduğu yirmi iki kantondan müteşekkil federal bir devlettir. (Günümüzde ise yirmi altı kantondan oluşmaktadır). Avrupa’da hukukun dağılımı bu ülkeye de etki etmiş ve her kanton kendi örf ve âdetine göre bir hukuk oluşturmuştur.³⁴⁵ İsviçre’nin coğrafi açıdan Alp Dağlarıyla kaplı olması da bu ülkeyi adeta Avrupa’dan tecrit etmiş ve Kıta’daki baş döndürücü pek çok değişimin bu ülkeye çok geç tarihlerde yansımaya sebep olmuştur. Ayrıca nüfusun heterojen bir yapıda olması ve konuşulan dilin İngilizce, İtalyanca, Fransızca ve Almanca gibi çeşitli dillerden oluşması İsviçre’nin başta hukuk olmak üzere pek çok alanda birlik oluşturmamasının önündeki engellerdendir. İsviçre kantonları hukuk sistemlerini coğrafi açıdan sınır komşusu oldukları ülkelere göre şekillendirmişlerdir. Örneğin Fransa ve İtalya sınırındaki Batı İsviçre Kantonları, 1804 tarihli *Fransız Medeni Kanunu*’nu iktibas etmişken, başta Bern Kantonu olmak üzere Avusturya sınırındaki kantonlar 1811 tarihli *Avusturya Medeni Kanunu*’nu iktibas etmişlerdir.³⁴⁶ Almanya sınırındaki kantonlar ise Almanya’da bu tarz bir medeni kanunun bulunmaması sebebiyle, yeni kanunlar yapma yolunu seçmişlerdir.³⁴⁷

Ülkenin tamamında tek bir hukuk sistemi oluşturma yönündeki ilk girişim 1881 tarihli *Borçlar Kanunu*’dur. 1889 yılında *İcrâ ve İflas Kanunu*’nun kabul edilmesinden sonra ise medeni kanun hazırlıklarına başlanmıştır. *İsviçre Medeni Kanunu*’nun meydana getirilmesinde hukukçu Eugen Huber’in (1849–1923) büyük katkıları olmuştur.³⁴⁸ Huber, Federal Hükümet’ten İsviçre için bir medeni kanun yapılmasını istemiş ve bu amaçla çalışmalara başlamıştır. Huber’in katkısı, onun hukukî dehasından ziyade İsviçre Kanton Hukuku’nun çok çeşitli malzemesini bir birlik haline getirmekteki ustalığından kaynaklanmaktadır.³⁴⁹ 1904’te *Medeni Kanun* ve 1907 yılında da yeni *Borçlar Kanunu* Federal Mecliste kabul edilerek 1912’de

³⁴⁵ Seldağ Güneş Ceylan, *Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: 7, sayı: 1–2, 2004, s: 90

³⁴⁶ Ernest J. Schuster, *The Swiss Civil Code*, Journal of Comparative Legislation and International Law, cilt: 5, sayı: 4, 1923, s: 216

³⁴⁷ Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, s: 14–15

³⁴⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/Eugen_Huber, Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, s: 17

³⁴⁹ Schwarz, *Bugünkü Hususî Hukuk Kanunlaştırmalarında İsviçre Medeni Kanununun Tesiri*, s: 965

yürürlüğe konmuştur. *İsviçre Medeni Kanunu* ve *Borçlar Kanunu*'nda Alman ve Fransız Medeni Kanunları'nın etkisi görülmektedir.

İsviçre Medeni Kanunu Kıta'da yapılan son kanunlaştırma olması sebebiyle, kendisinden önceki çalışmaların eksiklikleri göz önünde bulundurularak yapılmış, son derece başarılı bir çalışmadır. Özellikle siyasî mülahazalardan arındırılarak hukukî ihtiyaçların dikkate alınması ve hukuk tahsili olmayan ortalama bir insanın anlayacağı tarzda hükümlerin sade bir şekilde kaleme alınmış olması, *İsviçre Medeni Kanunu*'nu diğer kanunlaştırma çalışmalarından ayıran en önemli özelliklerdendir.³⁵⁰ Kanaatimizce *İsviçre Medeni Kanunu*'nun bu başarısı, İsviçre'nin dağlık bir ülke olması sebebiyle, halkının daha ziyade kırsal kesimde yaşamasından kaynaklanmaktadır. Şehirleşmenin diğer Avrupa ülkelerine göre nispeten daha düşük düzeyde olması ve nüfusun çoğunluğunun kırsal bölgede yaşaması, hazırlanacak kanunun ortalama bir insanın anlayacağı şekilde kaleme alınmasına yol açmıştır. İsviçre'nin diğer ülkelere göre çok farklı bir demografik yapıya sahip olması, ülkede uzlaşî kültürünü geliştirmiş, bu da *İsviçre Medeni Kanunu*'nun Avrupa'nın diğer medeni kanunlarına göre kendi içinde daha tutarlı olması sonucunu doğurmuştur. Ayrıca ne Fransız Medeni Kanunu gibi ferdiyetçi, ne de Alman Medeni Kanunu gibi askerî bir disiplin ve yüksek seviye de ilmî bir eser tarzında olmaması da *İsviçre Medeni Kanunu*'nun diğer özelliklerindendir.³⁵¹

II- GENEL HUKUK TARİHİNDEKİ KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Çalışmamızın buraya kadar olan kısmında ele aldığımız genel hukuk tarihindeki kanunlaştırma faaliyetleri ana hatları ile şu özelliklere sahiptirler.

Kanunlaştırma asrı olarak kabul edilen XIX. yy.a kadar meydana getirilen kanunlaştırma faaliyetlerinde somut olay metodunun, bu tarihten sonraki kanunlaştırma faaliyetlerinde ise soyut kural metodunun hâkim olduğu görülmektedir. Hukukun bir bilim dalı olarak gelişmesi ve somut olay metoduna göre yapılan kanunlaştırmaların hayatın ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak düşmesi sebebiyle XIX. yy. sonrası kanunlaştırma faaliyetlerinde soyut kural metodu

³⁵⁰ Hüseyin Avni Göktürk, *Türk Medeni Kanununun ve Millî Bünyemizin Demokratik Karakterine Dair*, AÜHFD, cilt: 8, sayı: 3-4, 1951, s: 292

³⁵¹ Göktürk, *Türk Medeni Kanununun ve Millî Bünyemizin Demokratik Karakterine Dair*, s: 306

kullanılmıştır. Bu metoda göre hükümler genel hatlarıyla zikredilmiş, ayrıntıya ve detaya girilmekten özellikle kaçınılmıştır.

Kanunlaştırma faaliyeti sonucu meydana getirilen hukukî düzenlemeler eski hukuk normlarına göre açık ve net hükümler içermiş, muğlâk hükümlerden kaçınılmıştır.³⁵² Çünkü kodifikasyon faaliyeti ile hedeflenen, hukukun ve kanunun herkesin anlayabileceği kadar sade ve açık bir yapıda olmasıdır.

Kanunlaştırma faaliyetleri ile eski hukuk sisteminden çok farklı bir hukuk sistemi meydana getirilmiştir. Bu, kimi zaman yeni baştan bir hukuk sisteminin inşâ edilmesiyle kimi zaman da eski hukuk sisteminin günün değişen şartlarına adaptasyonu ile olmuştur.

Kodifikasyon faaliyetleri genelde tarihteki çok önemli olaylardan sonra gerçekleştirilmiştir.³⁵³ Örneğin; *Jüstinyen kodifikasyonu* Roma'nın siyasî birliğini sağlamasını müteakip meydana gelmişken, *Napoleon kodifikasyonu* ise Fransız ihtilalinden sonra hazırlanmıştır. Aynı şekilde Almanya'daki kanunlaştırma faaliyetleri İmparatorluğun kurulmasından hemen sonra başlamışken, XX. yy.ın son kanunlaştırması olan *İsviçre kodifikasyonu* ise kantonlar arasındaki siyasî birlik sonrası meydana gelmiştir.³⁵⁴

Kodifikasyon faaliyetleri genelde bir medeniyetin geldiği en üst noktayı simgelemektedir. Askerî, siyasî, ilmî ve mimarî yönden en üst seviyeye gelen bir medeniyet, kodifikasyon faaliyetleriyle bu zirveyi taçlandırmaktadır. Roma hukukunun sistemli bir şekilde ilk defa kodifie edildiği İmparator Justinyen zamanında yapılan *Corpus Juris*'in bugün bile büyük bir hayranlıkla bakılan Ayasofya ile eş zamanlı olması³⁵⁵ ve İslâm hukukunun devletin resmî hukuku olarak en uzun ve sistemli bir şekilde uygulandığı Osmanlı İmparatorluğu'nda, kanunnâmeler yoluyla yapılan tedvîn faaliyetlerinin, Ayasofya'ya meydan okumak için yapılan Süleymaniye Camisi ile eş zamanlı olması, kodifikasyon faaliyetlerinin bir medeniyetin diğer kurumlarıyla ilgili korelasyonunu göstermesi bakımından önemlidir.

³⁵² Edgar Bodenheimer, *Is Codification an Outmoded Form of Legislation*, American Journal of Comparative Law, sayı: 30, 1982, s: 15, Bergel, *Methods of Codification*, s: 1088, Timothy H. Jones, *Judicial Review and Codification*, Legal Studies, sayı: 20, 2000, s: 518

³⁵³ Bodenheimer, *Is Codification an Outmoded Form of Legislation*, s: 20

³⁵⁴ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1077

³⁵⁵ Demirkent, *Bizans maddesi*, DİA, 6/232

Kodifikasyon çalışmaları kimi zaman bir heyet tarafından kimi zaman da dönemin önde gelen bir hukukçusu tarafından yapılmıştır.³⁵⁶ Örneğin; *Fransız kodifikasyonu* Portalis adlı ünlü bir hukukçunun başkanlığındaki bir heyet tarafından yapılmışken Roma hukukunun son kanunlaştırması olan *İsviçre kodifikasyonu* ise dönemin ünlü hukukçusu Eugen Huber'in eseridir.

Kanunlaştırma faaliyetleri genel olarak öncelikle ticaret veya ceza alanlarında başlamış, aile hukuku gibi özel hukuk kapsamına giren alanlar çok sonraları kodifie edilmiştir. Bu da muhtemelen toplumun ihtiyaç ve beklentileri ile ilgili bilinçli bir tercihin sonucudur.³⁵⁷ Ayrıca aile hukuku ile ilgili konuların daha muhafazakâr bir yapıda olmaları da bu düşüncede etkili olmuştur.

Kanunlaştırma çalışmalarının başarıya ulaşmasında mahkemelerin tartışılmaz bir rolü olmuştur. Mahkemeler, herhangi bir konudaki içtihatlarıyla bir teamül meydana getirmiş ve hukuku, kanunlaştırılmaya olgun bir hale getirmişlerdir. Bu rol, mahkemelerin, kanunlaştırma hareketlerini hazırlayıcı rolüdür. Mahkemelerin, meydana getirilen kanunları uygulayarak bunların ülkede kökleşmesine ve halk tarafından benimsenmesine hizmet etmeleri de mahkemelerin, kanunlaştırma hareketini takviye edici rolüdür.³⁵⁸

1804 tarihli *Code Civil*'in modern anlamda ilk kanunlaştırma faaliyeti olması sebebiyle Kıta Avrupası kanunlaştırmaları sistem ve muhteva olarak genelde *Code Napoleon*'u örnek almıştır.³⁵⁹

Sistemli bir şekilde yeni baştan bir hukuk sistemi oluştururken bu hukuk sisteminin, objektif hükümler içermesine dikkat edilmiş, subjektif hükümler içermesinden özellikle kaçınılmıştır.³⁶⁰

Gelişmiş ülkelerdeki kanunlaştırma faaliyetlerinde hukukî ihtiyaçlar daha belirleyici olmuşken, az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerdeki kanunlaştırma faaliyetlerinde hukukî ihtiyaçlar kadar siyasî, sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar da belirleyici olmuştur. Bu ülkelerdeki kanunlaştırma faaliyetlerinin en önemli sebeplerinden biri de toplumu hukuk yoluyla dönüştürme isteğidir.³⁶¹

³⁵⁶ Bodenheimer, *Is Codification an Outmoded Form of Legislation*, s: 23

³⁵⁷ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1085–1086

³⁵⁸ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 66

³⁵⁹ Bodenheimer, *Is Codification an Outmoded Form of Legislation*, s: 17

³⁶⁰ Harnay, *Was Napoleon a Benevolent Dictator?*, s: 245

³⁶¹ Maillet, *The Historical Significance of French Codifications*, s: 692

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKU AÇISINDAN KANUNLAŞTIRMA OLGUSU

I. İSLÂM HUKUKUNDA KANUNLAŞTIRMA OLGUSUNUN GENEL ÇERÇEVESİ

İslâm hukukunun ilâhî vahye dayandığını ve gelişiminin diğer hukuk sistemlerinden çok farklı bir tarzda olduğunu unutmadan kompleks bir şekilde değerlendirmemiz gerekmektedir. Bu nedenle bir hukuk sisteminde kodifikasyon faaliyetinin olup olmaması o hukuk sisteminin gelişmişliğiyle ilgili temel kriter değildir. Esasen, hukuk sistemlerinin birbirlerine üstünlüklerinden bahsedilemezse de en genel anlamıyla, kanunların amaç ve usûlüne uygun olarak uygulandığı hukuk sistemi “iyi bir hukuk sistemi” olarak kabul edilmektedir.³⁶²

VIII. yy.a kadar, İslâm toplumunda toplumsal hayatın ihtiyaçları ve problemleri ciddi bir zorlukla karşılaşılmadan çözülebilmıştır. Bunda da en önemli faktör, Hz. Peygamber’in halkasında yetişen sahabe ve tabiin neslinin gerek Kuran’a gerekse Sünnet’e olan vukûfiyetleri ve İslâm toplumunun bu zamana kadar homojen bir görünüm arz etmesidir. Ancak zamanla bu neslin ortadan kalkması ve fetihlerle İslâm devletinin sınırlarının hem coğrafi açıdan hem de nüfuz açısından genişlemesi, toplumun homojen yapısının heterojen bir yapıya bürünmesine neden olmuş o güne kadar İslâm toplumunda hiç karşılaşılmayan meselelerle karşılaşmış, bu da gündelik hayatta problemlere neden olmaya başlamıştır.

Gündelik hayatta karşılaşılan sorunlar, toplumdaki değişikliklerle başa baş gitmesi gereken hukuk için en önemli handikaptır.³⁶³ Eğer bir hukuk sistemi günün ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalıyorsa bu durumdan en büyük zararı toplumun kendisi kadar o hukuk sistemi de görecektir. İlk bakışta, “değiştirilemez” hükümler içermesi sebebiyle zaman içinde donuklaşıp, işlevini yitireceği düşünülse de İslâm hukuku bu handikapı içtihat faaliyeti³⁶⁴ ve mezhepleşme ile aşmıştır.

İslâm hukukunun bir hukuk sistemi olarak diğer hukuk sistemlerine göre çok farklı özellikleri olmakla birlikte iki önemli özelliği onun alâmet-i fârikasını oluşturmaktadır. Birincisi; yasamanın ulûhiyetin özelliklerinden biri³⁶⁵ olması sebebiyle İslâm hukukunda kanun koyucu Şari’ olarak kabul edilmektedir. İkincisi

³⁶² Montesquieu’nun ünlü deyişiyle “Ben bir ülkeye gittiğim zaman, o ülkede kanunların iyi olup olmadığını incelemem, ama mevcut kanunlar iyi bir şekilde uygulanıyorsa her yerde iyi kanunlar vardır”, Gözler, *Hukuka Giriş*, s: 128’den naklen.

³⁶³ Nihat Dalgın, *Sosyal Değişim ve İslâm Hukuku*, Marife, 3/2, 2003, s: 60

³⁶⁴ Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukukunda Değişmenin Sınırı*, İstanbul, 2005, s: 138

³⁶⁵ Menna’ Kattân, *Târihü ’l-İslâmî*, Kahire, 1989, s: 14

de; İslâm hukuku, bir içtihat hukukudur. İslâm hukuku, Kuran, Sünnet, İcma ve Kıyas gibi kaynaklar ışığında bir içtihat hukuku olarak gelişimini sürdürmüş ve günümüze kadar gelebilmiştir. Kanunlaştırma olgusunun İslâm hukuk tarihindeki yerini inceleyeceğimiz bu bölümde, bu iki ayırt edici vasfın konumuzu şekillendireceğini özellikle belirtmek isteriz.

Kanunlaştırma çeşitlerini incelediğimiz Tezimizin birinci bölümünde kanunlaştırmanın müstakil ve şekli kanunlaştırma olarak ikiye ayrıldığını ve İngiliz hukuku gibi gelişimini içtihat faaliyetleri ile sürdüren hukuk sistemlerinde meydana gelen hukukî düzenlemelerin şekli kanunlaştırma kapsamında değerlendirildiği³⁶⁶ ifade etmiştik. Hukuk tarihçileri bu değerlendirmeyi, İngiliz hukukunun mahkeme içtihatları sonucu oluşan bir hukuk sistemi olmasından ve her hangi bir hukuk sahasının yeni baştan düzenlenmemesinden yola çıkarak yapmaktadırlar. İngiliz hukuku ile İslâm hukukunun içtihat hukuku olması sebebiyle şekli bir benzerliğin olduğu dikkate alındığında İslâm hukukunda meydana gelen kanunlaştırma faaliyetlerini de şekli kanunlaştırma kapsamında değerlendirmek mümkündür. Çünkü genel hukuk tarihinde meydana gelen kanunlaştırma faaliyetlerinin en önemli özelliği, hukuk normlarının devlet tarafından derlenip toparlanması ve yürürlüğe konmasıdır. Ancak, İslâm hukukunun, devlet tarafından kabul edilen ve yürürlüğe konulan resmî bir kanun metni –XIX. ve XX. yüzyıllardaki *Mecelle* gibi sınırlı sayıdaki birkaç çalışma istisna edilirse- hiçbir zaman olmamıştır.³⁶⁷ Bunun yerine serbest içtihatlarla oluşan hukuk kuralları, ilk asırların tedvîn faaliyeti sonucu meydana getirilen fıkıh eserleri içerisinde yer almıştır. Kanunlaştırmanın sebepleri, sonuçları, bu yönde devlet tarafından yapılan çalışmalar dikkate alındığında İslâm hukukunda örneklerini Tezimizin ikinci bölümünde gördüğümüz bir kanunlaştırma faaliyeti meydana gelmemiştir.³⁶⁸ Kanunlaştırmanın ortaya çıkış sebepleri, yapılan çalışmalar vb. özellikler İslâm hukuk tarihi için geçerli değildir. Bu sebepler İslâm hukukunun dışındaki özellikle de *kontinental* (Kıta Avrupası) hukuk sistemleri için geçerlidir. Bununla birlikte, İslâm hukuku dışarıdan hiçbir müdahalenin olmadığı, kendi kendine gelişen, her hangi bir sisteme göre kendi içinde bir bütünlük

³⁶⁶ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1089

³⁶⁷ Onar, *Osmanlı İmparatorluğu'nda İslâm Hukukunun Bir Kısımının Codification'u Mecelle*, s: 57

³⁶⁸ Rudolph Peters, *From Jurist Law to Statute Law or What Happens When the Sharia is Codified*, *Mediterranean Politics*, Autumn, cilt: 7, sayı: 3, 2002, s: 88

arzetmeyen, müctehitlerin keyfî yorum ve değerlendirmeleri ile meydana gelen bir hukuk sistemi de değildir. Batılı tarzda bir kanunlaştırma ortaya çıkmaması İslâm hukukunun kendine has özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, Tezimizde, İslâm hukukunda kanunlaştırma kavramını “müstakil kanunlaştırma” olarak değil, “şeklî kanunlaştırma” anlamında kullanılacağız. Burada kullanılan şeklî kanunlaştırma kavramı “içtihat hukuku olan İslâm hukukunun kanun hukuku haline dönüşümünü” ifade etmektedir.³⁶⁹ Bu ifadeden de amacımız, VII. yy.da Halife Mansûr’la başlayan kanunlaştırma olgusunun XV. yy.da Ebüssuûd Efendi ile belirli bir mesafe kat etmesi ve XIX. yy.da *Mecelle* vb. çalışmalarla zirveye ulaşmasıdır.

İslâm hukukunun iki ana kaynağı olan Kuran ve Sünnet sadece hukuk kurallarından oluşan bir kanun koleksiyonu değildir.³⁷⁰ Bu sebeple, İslâm’ın bütün emir ve yasakları, çağdaş hukuk tekniği bakımından hukukî nitelikli birer norm kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla, sistem ve muhteva özellikleri bakımından modern kodifikasyon ile İslâm teşrii arasında bir benzerlik kurmak mümkün değildir.³⁷¹ Çünkü hukuk tarihinde örneklerini gördüğümüz kanunlaştırma faaliyetleri ile hukuk yeni baştan inşâ edilirken İslâm hukukunda bu yönde bir amaç hiçbir zaman için meydana gelmemiştir. İslâm hukukunun ana gayesi yeni baştan bir hukuk sistemi inşâ etmek olmamış,³⁷² bunun yerine Allah’ın peygamberleri aracılığıyla insanlara bildirdiği hükümler çerçevesinde bir yaşam sürmelerini sağlamak olmuştur. Diğer hukuk sistemlerinde ortaya çıkan kodifikasyon vb. hukuk faaliyetlerini İslâm hukuk sistemiyle mukayese ederken sıklıkla düşülen hata kanaatimizce İslâm’da hukuk ilmine karşılık geldiği varsayılan fıkıh ilminin, batı ilim tasnifindeki hukuk sistemiyle doğrudan örtüşmemesinden kaynaklanmaktadır. İslâm fıkının, batı hukuk sisteminden hem kavram hem de mâhiyet itibarıyla farklı olması birebir eşleştirmeler de ciddi problemlere neden olmakta ve bir kavram kargaşasına yol açmaktadır.³⁷³ Kodifikasyon da aynı bağlamda değerlendirilmesi

³⁶⁹ Bu adlandırma M. Akif Aydın’a aittir. Aydın, (*İslâm Hukuku’nun Osmanlı Devleti’nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, sayı: 1, 2006, adlı) makalesinde, Osmanlı Devleti’nde resmî hukuk sistemi olan İslâm hukukunun içtihat hukukundan kanun hukukuna doğru dönüşümünü ele almaktadır.

³⁷⁰ Ahmet Hassan, *İlk Dönem İslâm Hukuk İlminin Oluşumu*, çev: Haluk Songür, İstanbul, 1999, s: 72

³⁷¹ Dönmez, *İslâm Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu*, s: 34

³⁷² Joseph Schacht, *Problems of Modern Islamic Codification*, Studia Islamica, cilt: 12, 1960, s: 106

³⁷³ Murteza Bedir, *Osmanlı Öncesi Türk Hukuk Tarihi Yazıcılığı*, TALİD, 3/5, 2005, s: 27

gereken bir olgudur. “Fıkıh” kavramının “İslâm hukuku” kavramına dönüşümü,³⁷⁴ pozitif bir hukuk sisteminde olması gereken her şeyin –bu arada kanunlaştırma olgusunun da- İslâm hukukunda da bulunması gerektiği şeklinde bir ön kabulü beraberinde getirmiştir. Hâlbuki fıkıhın tarifinde ifadesini bulan “kişinin hak ve sorumluluklarını bilmesi” şeklindeki tarifte, vurgunun “bilme” kelimesine yapılması, fıkıhın süje bakımından hüküm koymak (yasama) anlamında iradî bir faaliyet değil, ilâhî irade tarafından öngörülmüş olan (muayyen) hükümleri bilme (ilm/açığa çıkarma/ızhar/keşf/beyan) faaliyeti olduğunu göstermektedir. Aynı şekilde fıkıhın, şerî ameli hükümler bütünü şeklindeki tanımı da, hükümlerin konularak (yasama yoluyla) değil, bilinmek suretiyle elde edilmiş olmaları esasına dayanmaktadır.³⁷⁵

II- İSLÂM HUKUKUNDA MÜSTAKİL KANUNLAŞTIRMALARIN ORTAYA ÇIKMAMASININ SEBEPLERİ

İslâm hukuk tarihinde örneklerini çalışmamızın ikinci bölümünde gördüğümüz tarzda müstakil kanunlaştırmalar meydana gelmemiştir. Bu durum, İslâm hukukunun kendine has özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Şimdi İslâm hukukunun özelliklerinden yola çıkarak batılı anlamda müstakil kanunlaştırmaların niçin meydana gelmediğini açıklamaya gayret edelim.

A- Hukukun Maddî Kaynağı ve Şekli Bakımından İslâm Hukukunun Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

1- İslâm Hukukunun İlâhî Kaynaklı Bir Hukuk Sistemi Olması

Müstakil kanunlaştırmaların olduğu diğer hukuk sistemleri ile mukayese edildiğinde İslâm hukuku, semavî bir dinin emir ve yasakları sonucu oluşmuş bir hukuk sistemidir. İslâm hukuku, hukukun maddî kaynağı (hukukun temeli) itibarıyla ilâhî iradeye (tanrısal iradeye) dayanmaktadır.³⁷⁶ Allah, emir ve yasaklarını peygamberi aracılığıyla insanlara bildirmiş ve insanlardan da bu emir ve yasaklara uymasını istemiştir. Bir beşer olarak Hz. Peygamber’in görevi Yüce Allah’tan aldığı emir ve yasakları (vahyi) tebliğden ibarettir. İslâm hukukunun bir diğer kaynağı olan

³⁷⁴ Murteza Bedir, *Fıkıh to Law: Secularization Through Curriculum*, Islamic Law and Society, sayı: 11/3, 2004, s: 378–401

³⁷⁵ Talip Türkan, *Fıkıhdan İslâm Hukukuna*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005, s: 11

³⁷⁶ Zeki Hafizoğulları, *Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni*, AÜHFD, cilt: 45, sayı: 1–4, 1996, s: 6

Sünnet de Hz. Peygamber’in ilâhî terbiye ve gözetimi altında oluşan tasarruflarıdır ki yine ilâhî menşelidir. Buna göre İslâm hukukunu diğer hukuk sistemlerinden ayıran en bâriz özellik, ilâhî menşeli bir hukuk sistemi olmasıdır.³⁷⁷ İslâm hukukunda “kanun koyucu” (Şari) Yüce Allah’tır, insanlara düşen de bu kanunlara göre bir yaşam sürmektir. Diğer hukuk sistemlerinde ise kanun koyucu bizzat insanın kendisidir (beşerî irade).³⁷⁸ Bunun devlet veya yetkili organlar tarafından yapılması işin mâhiyetini değiştirmemekte insanın akıl ve hisleri kanunların konulmasında veya hukuk sisteminin oluşturulmasında birinci derecede etkili olmaktadır.

İslâm hukuku, hukukun maddî kaynağı olarak ilâhî iradeye dayanması sebebiyle dinî bir hukuk sistemidir. Buna göre İslâm hukuku, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi sadece emir ve yasaklardan oluşan bir hukuk sistemi değildir. İslâm hukuku da gücünü esasen bu özelliğinden almaktadır. Örneğin Romalılar, dünyaya hukuk ile düzen verilebileceğini düşünmüşler ve bir hukuk kültürü meydana getirmişlerdir. Romalılara göre hukuk, bu dünyaya ait (cismanî) bir kuvvetin egemenliğini ifade etmiştir. Bu kuvveti de kılıç (devletin gücü) temsil etmektedir. Diğer taraftan Hristiyanlık ise dünyaya sevgi ile düzen vermeyi “İncil” de ifade etmiştir. İncil’de yer alan birinci emir, Allah’ın olan efendimizi bütün kalbinle, bütün ruhunla seveceksin şeklindedir. Bu emre benzeyen ikinci emir de, hemcinsini kendin gibi seveceksin, şeklindedir. İslâm ise, bu dünyaya ne yalnız hukuk ile ne de yalnız din ile düzen verilemeyeceğini, fakat bunun her ikisi ile düzen verilebileceğini ifade etmiş ve din ile hukuku birleştirmiştir.³⁷⁹

Hukukun maddî kaynağı olarak ilâhî iradeye dayanması ve kanunu vazedenin Şâri olması, pozitif hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslâm hukukunda insana sınırsız bir hareket alanı tanımamakta, bu durum da müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıkmamasına sebep olmaktadır.

³⁷⁷ Peters, *From Jurists Law to Statue Law* adlı makalesinde İslâm hukukunun ilâhî kaynaklı semavî bir dinin öğretilerinden oluşan bir hukuk sistemi olmasına rağmen diğer semavî dinlere göre çok daha geniş kapsamlı olduğunu, ele aldığı konuların pozitif hukuk sistemleriyle olan büyük benzerliklerini vurgulamaktadır.

³⁷⁸ Halid Vizânî, *Menhecü’l-Fikrîl-Kanunî fi’l-Fıkhî’l-İslâmî*, Usûl, sayı: 4/2, 2005, s: 117

³⁷⁹ Vasfî Râşid Sevig, *Fıkıh ve Medenî Kanun*, AÜHFD, cilt: 8, sayı: 3-4, 1951, s: 235

2- İslâm Hukukunun Kaynağı İtibariyle Yazılı Bir Hukuk Sistemi Olması

İslâm hukuku, Kuran ve Sünnet gibi yazılı iki kaynağa sahiptir. İslâm hukukunun diğer önemli iki kaynağı olan icma ve içtihat da kaynak olma niteliklerini bu iki yazılı kaynaktan almaktadırlar. İslâm hukukunun kaynağı itibariyle yazılı olması bir yandan hukukî güven ve eşitliği sağlamış, diğer yandan da müstakil manada kanunlaştırmaların ortaya çıkmasına engel olmuştur.³⁸⁰

Kıta Avrupası'nda kanunlaştırma hareketlerinin hız kazanmasına ve XIX. yy.ın hukuk tarihi açısından kanunlaştırma çağı olarak kabul edilmesine sebep olan en önemli husus, Avrupa'da hukukun dağınık bir görünüm arz etmesinin meydana getirdiği problemlerdir. Bu durum, hukukun keyfi uygulanmasına ve adalet idesinin insanlar arasında farklı bir şekilde tezahür etmesine sebep olmuştur. İslâm hukukunda ise hukukun Kuran ve Sünnet gibi yazılı iki kaynağa sahip olması, keyfiliğe ve suiistimale yer bırakmamıştır. Voltair'in Avrupa hukukunun dağınıklığını ifade etmek için kullandığı, "*insan her konakta at değiştirirken hukuk da değiştiriyor*" sözü,³⁸¹ Kıta Avrupası'nın hukukî dağınıklığını göstermesi açısından önemlidir. İslâm hukukunda ise bu tarz bir dağınıklığın bulunmaması, batılı tarzda müstakil kodifikasyonların ortaya çıkmamasındaki en önemli sebeplerdendir.

İslâm hukukunun yüzyıllarca resmî olarak uygulandığı Osmanlı Devleti'nde hukuk nizâmının sadece birlik arz etmesi bakımından bile çağdaş Avrupa'da hâkim olan hukuk düzeninden çok daha üstün olduğunu ifade eden Schacht'ın³⁸² da belirttiği gibi, İslâm hukuku yazılı bir kaynağa dayanmakla dağınık bir görünüm arz etmekten kurtulmuş, bu durum da müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıkmasına herhangi bir ihtiyaç hissettirmemiştir.

Ayrıca İslâm hukukunun dağınık bir görünüm arz etmemesi, legislatif bir tarzda merkezileşmiş bir yasama faaliyetinin sonucu değildir. Diğer hukuk sistemlerinin dağınık bir görünüm arz etmesi, merkezileşmiş bir yasama faaliyeti ile aşılmaya çalışılmışken, İslâm hukukunda bu birlik, merkezileşmiş bir yasama faaliyeti tarzında değil,³⁸³ kuralların ve ilkelerin ortak bir temele diğer bir ifadeyle usûl-i fıkha dayanması suretiyle sağlanmıştır. Hukuk (fıkıh) da bu usûl metoduyla ve

³⁸⁰ Ünal, *Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler*, s: 200

³⁸¹ Sevig, *X.Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhâkemeleri Usûlü ve Gelişmesi*, s: 278

³⁸² Joseph Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, çev: Mehmet Dağ- Abdülkadir Şener, Ankara, 1977, s: 100

³⁸³ Türcan, *Fıkıhdan İslâm Hukukuna*, s: 11

müçtehitlerin içtihadı ile kazuist bir yöntemle gelişmiştir. Bu sebeple İslâm hukuk tarihinde müstakil manada bir kanunlaştırma ortaya çıkmamasına rağmen her hangi bir hukukî dağınıklık da meydana gelmemiştir.

3- İslâm Hukukunun Bir İctihat Hukuku Olması

Nassın lafız, mana ve maksadından hareketle, nassın bulunmadığı durumlarda da çeşitli istinbât metotları kullanılarak şerî hüküm hakkında zannî bilgiye ulaşma çabasının genel adı olan içtihat,³⁸⁴ İslâm hukukunun bir hukuk sistemi olarak gelişiminde temel rol üstlenmiş olan bir faaliyettir. Kaynakları itibariyle ilâhî vahye dayanan İslâm hukuku bir içtihat hukuku olarak doğmuş ve mesleği hukuk olan kişilerin hukuku şekillendirmesi ile gelişimini sürdürmüştür.³⁸⁵ Ancak bu hukukçular da sadece hukuk bilgileri ile öne çıkan elit bir zümre olmayıp, verdikleri her hükmün ahirette hesabını vereceğinin bilincinde olan ilim ile mücehhez kişilerdir. Diğer bir ifadeyle Hristiyanlıkta veya Roma'da olduğu gibi hukuk, muayyen kişi veya grupların tekelinde olmamıştır.³⁸⁶ İctihat faaliyeti, ilâhî iradenin keşfi çabası olarak görüldüğünden, müçtehitte bulunması gereken bazı şartlar ileri sürülmüş, bu şartlar arasında müçtehidin hukuk bilgisi kadar, yaşantısının da İslâm'a uygun olmasına önem verilmiştir. İslâm hukukunun içtihat eksenli bir hukuk sistemi olması, hukukun belirli bir takım kalıplar halinde standartlaştırılması anlamına gelen müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıkmamasının en önemli sebeplerindendir.³⁸⁷

Ayrıca içtihadın içtihatla nakz edilememesi, diğer bir ifadeyle bir müçtehidin içtihadının başka bir içtihatla nakz edilememesi, bazı hukuk tarihçilerine göre İslâm hukukunda umumî manada kodifikasyonların ortaya çıkmamasındaki en önemli sebeptir. Buna göre, içtihadın bir başka içtihatla nakzı İslâm hukukunda hukukî istikrarsızlığa neden olmuş ve fıkıh külliyyâtı birbirine taban tabana zıt hükümler içeren içtihatlarla dolmuştur.³⁸⁸ Kötü niyet ve bilgi eksikliğinden kaynaklandığını düşündüğümüz bu tarz değerlendirmelere katılmak iki sebepten mümkün değildir.

³⁸⁴ H. Yunus Apaydın, *İctihad maddesi*, DİA, 19/432

³⁸⁵ Herbert J. Liebesny, *Comparative Legal History: Its Role in the Analysis of Islamic and Modern Near Eastern Legal Institutions*, American Journal of Comparative Law, sayı: 20, 1972, s: 41-42

³⁸⁶ Bernard Weiss, *İslâm Hukukunda Yorum: İctihad Teorisi*, çev: Menderes Gürkan, Marife, 3/2, 2003, s: 187, Apaydın, *İctihad maddesi*, s: 435

³⁸⁷ Mehmet Fuat Köprülü, *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi*, İstanbul, 1983, s: 254

³⁸⁸ Coşkun Üçok, *İslâm Hukukunun Temel Kurallarından İctihatla İctihat Nakz Edilmez*, İmren Ökten'e Armağan, Ankara, 1970, s: 45-46

Birincisi; hukukî istikrar ve emniyeti sağlamak amacıyla yargıda içtihadın içtihatla nakz olunamayacağı kabul edilmiştir.³⁸⁹ İslâm hukukunun müçtehitlere sağladığı içtihat serbestliğinin en açık göstergesi olan bu uygulama, hukukî karışıklığa yol açmaması ve adalet sistemine duyulan güvenin kaybolmaması açısından yargı dışındaki durumlar için kabul edilmiştir. İkincisi de; İslâm hukuku, XIX. yy.a kadar devlet gibi müesses bir otorite tarafından merkezileşmiş bir yasama faaliyetine konu olmamıştır. Bir içtihat hukuku olan İslâm hukukunun gelişimi, devletin hukuka müdahalesi şeklinde değil bağımsız müçtehitlerin içtihatlarıyla şekillenen mezhepler vasıtasıyla olmuştur.

İslâm hukukunda sürekli olarak değişen hayatın ihtiyaçları içtihat müessesesinin işletilmesiyle karşılanmış,³⁹⁰ bu durum da modern anlamda müstakil kodifikasyonlara gitmeden toplumun talep ve beklentilerine cevap vermesine imkân tanımıştır. Kanunlaştırma faaliyetlerinin daha ziyade hukukun, toplumun ihtiyaç ve beklentilerini karşılamadığı zamanlarda meydana geldiği³⁹¹ dikkate alındığında, İslâm hukukunun içtihat müessesesini işletmek suretiyle, hukukun belirli bir formda bir kalıp içine dökülmesi dediğimiz kodifikasyonlara başvurmadan bu sorunu aştığı görülmektedir. Burada içtihat kapısının kapanmasının İslâm hukukunun işlerliğine muhtemel etkisi ile ilgili bir soru akla gelebilir. İctihat faaliyetinin özellikle Milâdî X.yy.dan sonra İslâm hukuk düşüncesinin gelişimine -ilk zamanlardakine oranla- katkısının azaldığı doğrudur.³⁹² Ancak bu etki, kanaatimizce daha ziyade orijinal mâhiyetteki içtihatlar için geçerlidir. Gerek fıkıh metinlerinden gerekse fetva koleksiyonlarından hüküm istinbât etme noktasında içtihat faaliyeti uzun asırlar devam etmiştir. Nitekim içtihat faaliyetinin hız kaybedip mezheplerin müesses bir kurum olarak ortaya çıkmasından sonra “mezhepte müçtehit, meselede müçtehit” gibi sınıflandırmalar,³⁹³ içtihat faaliyetinin İslâm hukukunun uygulanabilirliği noktasında işlevini yitirmedeğini ancak mâhiyet ve kapsam itibarıyla bir daralmaya uğradığını göstermektedir.³⁹⁴

³⁸⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, s: 68–70, Mecelle madde: 16

³⁹⁰ Muhammed Halid Mesud, *İslâm Hukuk Teorisi*, çev: Muharrem Kılıç, İstanbul, 1997, s: 16

³⁹¹ Bergel, *Methods of Codification*, s: 1078

³⁹² Hayreddin Karaman, *İslâm Hukukunda İctihad*, İstanbul, 1996, s: 176

³⁹³ Osman Kesioğlu, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, Ankara, ts, s: 173–174

³⁹⁴ Wael B. Hallaq, *Was the Gate of Ijtihad Closed*, International Journal of Middle East Studies, cilt: 16, 1984, s: 4

4- İslâm Hukukunun Kazuist Bir Hukuk Sistemi Olması

İslâm hukukunun ana kaynakları kitap, sünnet, icma ve kıyastır. Müctehit hukukçular, bu kaynaklardan usûl-i fikh ilmi prensipleri çerçevesinde (usûlüne uygun olarak) hükümler çıkartmış ve her meseleyi ayrı ayrı ele alan çok önemli kitaplar telif etmişlerdir. Böylece İslâm hukuku meseleci, diğer bir ifadeyle *kazuistik* bir şekil almıştır. Her hukukî mesele ve müessese ayrı ayrı ele alınarak hükme bağlanmış, birbirine benzeyen hukukî meselelerde ortak esasların tespitine gidilmemiştir. Örneğin, alım, satım, kira, kefalet akitlerinin şartları ve neticeleri birbirinden ayrı ayrı ele alınarak düzenlenmiştir. Bunun bir sebebi de, her mesele için Kuran veya Sünnet'ten ayrı ayrı delillerin bulunmasıdır.³⁹⁵

Kazuist metot, hukuk sistemlerinde çokça tartışılan bir metottur. Her mesele için ayrı ayrı hükümler koymanın, daha ince ve adaletli çözüm yolları getireceğini savunan hukuk tarihçilerine karşılık,³⁹⁶ bu metodun kullanıldığı hukuk sistemlerinin çabuk eskidiği, çok hızlı gelişen günlük hayattaki olaylara hukukun hızının yetişemediğini ifade eden hukuk tarihçileri de bulunmaktadır.³⁹⁷ Ayrıca *kazuist* yöntemde birbiriyle ilgili pek çok hukuk kuralı çok dağınık bir görünüm arz etmekte bu da ilgili kuralların çok farklı yerlere dağılmasına sebep olmaktadır.³⁹⁸ Biz burada *kazuist metodu*, İslâm hukukunun gelişimine olumlu veya olumsuz yönde etkide bulunmasından ziyade, İslâm hukukunun bu tarz bir yolla gelişiminin kanunlaştırma faaliyetlerinin ortaya çıkmasına engel olması bakımından değerlendirmekteyiz. Çünkü *kazuist metot* doğası gereği hâkime veya müctehide geniş takdir hakkı vermekte bu da müstakil kanunlaştırmanın ruhuna aykırı olmaktadır.³⁹⁹

B- Hukukun Gelişim Seyri Bakımından İslâm Hukukunun Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

1- Usûl-i Fıkıh Yoluyla Sistematik Hukuk Biliminin Gelişmiş Olması

Hicri II. yy.dan itibaren, fakih ve müctehitler, içtihat faaliyetini disipline etmek ve keyfî hüküm verme ihtimaline karşı gerekli tedbirleri almak amacıyla harekete

³⁹⁵ Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukuku*, İstanbul, 2006, s: 40–41

³⁹⁶ Ekinci, *İslâm Hukuku*, s: 41

³⁹⁷ Hans Reichel, *Kanun ve Kazâ*, çev: Sabri Şâkir Ansay, AÜHFD, c: 8, sayı: 1–2, s: 497

³⁹⁸ R. Stephen Humphreys, *İslâm Hukuku ve İslâm Toplumu*, çev: Murteza Bedir, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 4/2001, s: 267

³⁹⁹ Baki Kuru, *1794 Tarihli Prusya Umumi Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri*, AÜHFD, c: 15, sayı: 1–4, s: 107–108

geçmişler ve şerî delillerden hüküm istinbât edilirken esas alınacak bir takım prensipler ve kurallar koymaya başlamışlardır. Daha sonra bu kuralların sistematik bir tarzda disipline edilmesiyle usûl-i fıkıh ilmi meydana gelmiştir.⁴⁰⁰ Hukukun usûl-i fıkıh yoluyla müstakil bir ilim olarak ele alınması, İslâm hukukunun gelişim seyri açısından büyük bir öneme haiz olmuş ve böylece İslâm hukuku belirli bir disiplin içinde gelişimini sürdürmüştür.⁴⁰¹ Avrupa'da kanun fikrine dayalı hukuk metodolojisi çalışmaları XIX. yy.daki kodifikasyon faaliyetlerinin sonucunda ortaya çıkmışken,⁴⁰² İslâm hukukunda, hukuk çok erken bir dönemde müstakil bir bilim dalı olarak ele alınmış ve usûl-i fıkıh ilmi ile hukuk metodolojisi çalışmaları başlamıştır. Ayrıca, vukû bulmamış (henüz gerçekleşmemiş) meselelerle ilgili zihin jimnastiği anlamına gelen farazî fıkıh da hukukî tefekkürün gelişimine önemli katkılarda bulunmuştur. Hukukun ayrı bir ilim olarak gelişmesiyle, sosyal hayatın ihtiyaçları herhangi bir zorlukla karşılaşılmadan çözülebilmiş ve böylece büyük ve etraflı kanunlar yapmadan İslam hukuku toplumun talep ve beklentilerine cevap verebilmiştir.

2- İslâm Hukukunda Nasslardan Hüküm Çıkarmada Lafız-Anlam ve Maksat Bütünlüğünün Esas Alınması

İslâm hukukunda hükümlerin uygulanmasında katı (aşırı) lafızcılık yoktur. İslâm hukukunun gelişim seyrinde hükümlerin ortaya konması ve uygulanmasında lafız ile birlikte makâsıd ilkesine önem verilmiş, hukukun sadece normatif yönü ön plana çıkmamış ve finalist bir ilim olduğu da göz önünde bulundurulmuştur. Amaçsal yorum veya fonksiyonel yorum da denilen bu metoda göre, hukuk normu, uygulamanın yapıldığı zamandaki toplumun her gün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde yorumlanmıştır.⁴⁰³ Kanunun hem lafzını hem de ruhunu, birini diğerine feda etmeden beraberce ele alan anlayış vasıtasıyla İslâm hukuku, ana kaynağından kopmaksızın canlılığını sürdürmüş ve toplumun talep ve ihtiyaçlarına

⁴⁰⁰ Zekiyyüddin Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, çev: İ. Kâfi Dönmez, Ankara, 1996, s: 33

⁴⁰¹ Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, 1948, s:3

⁴⁰² Dönmez, *İslâm Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu*, s: 25

⁴⁰³ Muhammed Tâhir b. Âşur, *İslâm Hukuk Felsefesi*, çev: Vecdi Akyüz- Mehmet Erdoğan, İstanbul, 1996, sayfa: 11

cevap verebilmiştir.⁴⁰⁴ İslâm hukukunun bu özelliği, hukukun belirli bir takım kalıplar halinde standartlaştırıldığı müstakil kanunlaştırmaların ruhuna aykırı bir durumdur.

3- Hukukun Mütihazsıs Hukukçular Tarafından Şekillendirilmesi ve Mahkemelerin Merkezî İdareye Tabi Olarak Gelişmesi

Genel hukuk tarihinde ortaya çıkan hukuk sistemleri uygulama açısından iki önemli esasa dayanmaktadır. Birincisi; hukuku uygulayacak hâkimler, ikincisi de; hukukunun uygulanacağı yer diğer bir ifadeyle mahkemelerdir. Bu ikisi bir hukuk sisteminin uygulanabilirliği noktasında olmazsa olmaz unsurlardır.⁴⁰⁵ İslâm hukukunda, doğuşundan itibaren gerek teorik gerekse pratik açıdan bu alanda çok zengin bir literatür ve uygulama örneği oluşmuştur. Burada öncelikle İslâm hukukunun tarihî süreci içinde uygulanmasını sağlayan hukuk adamı (kâdî-kâdî'l-kudâtlık müessesesi) üzerinde duracağız. Peşi sıra mahkemeleri ele alacağız.

Hz. Peygamber'in İslâm'da ilk kadı sıfatıyla insanlar arasında meydana gelen birçok hukukî çekişmeyi karara bağladığı bilinmektedir. İslâm devletinin fetihlerle sınırları genişleyip, devlet işlerinin yoğunlaşması ve bakılacak dava sayısının artmasıyla birlikte Hz. Peygamber, aralarında Hz. Ömer, Amr b. Âs, Ukbe b. Âmir, Huzeyfe b. Yemân gibi sahabelere Medine'de yargı yetkisi verdiği, bazıları cezaların infazına memur ettiği, Hicaz bölgesinde ve Güney Arabistan'da yeni fethedilen şehir ve bölgelere idarî işleri yönetmek üzere valiler tayin ettiği ve onlara yargı görevi de verdiği bilinmektedir.⁴⁰⁶

Genişleyen İslâm fetihleri ile devletin yapısal anlamda pek çok değişikliğe uğradığı Hz. Ömer devrinde, adlî teşkilatta da önemli değişiklikler meydana gelmiş ve başta Medine olmak üzere, Mısır, Irak ve Suriye bölgelerindeki şehirlere ayrıca kadılar tayin edilmiştir.⁴⁰⁷

İlk Emevî halifesi Muaviye'nin başkent Dımaşk'ta hukuken sahip olduğu yargı yetkisini tayin ettiği kadıya devretmesi ve yargı işleriyle hiç meşgul olmaması ile

⁴⁰⁴ Ahmet Yaman, *İslâm Hukuk İlmi Açısından Makâsıd İctihadının Ya Da Teleolojik Yorum Yönteminin İlkeleri Üzerine*, Marife, 2/1, 2002, s: 32

⁴⁰⁵ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 66

⁴⁰⁶ Fahrettin Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, Ankara, 1979, s: 42-48

⁴⁰⁷ Hüseyin Çeliker, *İslâm Hukukunda Devlet-Yargı İlişkisi*, Selçuk Üniversitesi SBE, Doktora Tezi, Konya, 2001, s: 46-47

yargı işleri profesyonel anlamda bu işle görevli kişilere tevdi edilmeye başlanmıştır. Muaviye'nin bu uygulamasını, görevlendirdiği valilerin yargı işlerini kendi bölgelerinde tayin ettikleri kadılara devretmeleri takip etmiş ve böylece adlî teşkilatta kadılık kurumu oluşmaya başlamıştır.⁴⁰⁸

Abbasîler zamanında şehirlerin yerleşim alanlarının genişlemesi ve nüfuslarının artmasıyla büyük şehirlere birden fazla kadı tayin edilmeye başlanmış, kadıların sayısının artmasıyla ortaya çıkabilecek muhtemel karışıklığı önlemek ve kadıların görevde atanma ve yükselme usûllerini belirlemek üzere de Halife Harun Reşîd zamanında baş kadı uygulamasına geçilmiştir.⁴⁰⁹ Bu makama atanan ilk kişi de Hanefî mezhebinin meşhur hukukçusu Ebû Yûsuf'tur. Mezheplerin bir kurum olarak teşekkülü ile birlikte yargı birliğinin sağlanması açısından, bölge ve şehirlere orada yaşayanların amelî mezhebine uygun kadılar tayin edilmeye başlanmış, bunların mezhep disiplini içinde yargılama yapması ve yargı birliğini bozmayacak kararlar vermeleri sağlanmıştır.⁴¹⁰

Kadıların, İslâm hukukunun uygulanmasında kilit role sahip olmaları, kadı'da aranacak şartların oldukça titiz bir şekilde oluşturulmasına ve bu makama toplum içinde en vasıflı kişilerin tayin edilmesine sebep olmuştur.⁴¹¹ Adaletin dinî literatürde üzerine en çok vurgu yapılan kavramlardan biri olması sebebiyle kadılık adeta kutsal bir meslek olarak görülmüş, manevî mesuliyetinin çok ağır olmasından dolayı kimi İslâm hukukçusu, bu ağır sorumluluğu kabule yanaşmamıştır.⁴¹² Gerek Kuran'da gerekse Hz. Peygamber'in hadislerinde adalete, iyiliğe riayet, insanlar arasında her hangi bir haksızlığa yol açmadan adaletli hüküm vermek övülmüş, aksi durum da yerilmiştir.⁴¹³ Bu da İslâm hukukunda hâkim-yargıç konumunda bulunan kadılık kurumunun tarih boyunca büyük bir titizlikle işlemesine imkân sağlamış, hukukî iltimas, adam kayırma, haksız hükümde bulunma gibi durumlar, yok denecek kadar az yaşanmıştır.

⁴⁰⁸ Muhammed Zuhayli, *Târihü'l-Kadâ fi'l-İslâm*, Beyrut, 1995, s: 166

⁴⁰⁹ Ebûlula Mardin, *Kadı maddesi*, İA, 6/44

⁴¹⁰ Fahrettin Atar, *Kadı maddesi*, DİA, 24/67

⁴¹¹ İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı*, Ankara, 1994, s: 9

⁴¹² Hâkimlik görevinin kabul edilip-edilmemesi ile ilgili fukahânın görüşleri konusunda bkz: Çeliker, *İslâm Hukukunda Devlet-Yargı İlişkisi*, s: 98–102

⁴¹³ Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s: 93–117, Atar, *Kadı maddesi*, s: 66–69, Şükrü Özen, *Kadılıkudat maddesi*, DİA, 24/77–82

Her hukuk sisteminin kendi teorisini pratize etmede karşılaştığı bir takım problemler bulunmaktadır. Örneğin, umumî hukuk tarihinde kanunlaştırma olgusunun hukukun donması riskini taşımasına karşılık İslâm hukukunun da kadı merkezli olmasının muhtemel riskleri olmuştur. Bu risklerin en başta geleni ise hukukun veya yargının siyasallaşması tehlikesidir.⁴¹⁴ İslâm hukukunun müesses bir hukuk sistemi olarak uygulanmasında kadıların kilit bir rolü olmakla birlikte bu aynı zamanda devlet adamlarının veya yöneticilerin kadıların verdikleri kararlara etki etmesi tehlikesini de barındırmıştır. Ve ne yazık ki İslâm hukuk tarihinde, siyasetin hukuka müdahalesinin bazı örnekleri de görülmüştür.⁴¹⁵ Ancak, kanunlaştırmanın olumlu-olumsuz yönlerinde de belirttiğimiz gibi bu tarz problemlerin bütün hukuk sistemlerinde ortaya çıkması muhtemeldir ve bir anlamda bunlardan kaçış da imkânsız görülmektedir. Bununla birlikte, İslâm hukuk tarihinde kadıların görev ve yetkileri ile ilgili bütüncül değerlendirmelerde bu risklerin hiçbir zaman için belirleyici oranda olmadığını belirtmek de mümkündür. Çünkü yargının siyasallaşması tehlikesine karşılık yargı bağımsızlığını sağlayacak pek çok tedbir de alınmıştır.⁴¹⁶

Hukukun uygulanmasında kadıların İslâm hukuk sistemindeki rolleri ile ilgili bazı oryantalistlerin küçümseyici ifadeleri de gerçeği yansıtmamaktadır. Bu düşünceye göre, İslâm hukuku, *kadı-adaleti* (*qadi-justice*) denilen bir tarzda gelişmiştir. *Kadı-adaleti*, hukuk kurallarından çok, öznel kararlara göre uygulama alanı bulmuştur. İslâm hukuku da bu keyfi kararların toplamından oluşmuştur. Buna göre, Kadılar, mahkemelerin bir memuru konumunda olduğundan, hukuk da soyut ilkelere ziyade hükümdarların siyasî amaçlarına hizmet etme düşüncelerinden doğmuştur. Bu şartlar altında sistematik bir hukukun teşekkülü ve özerk bir hukuk mesleğinin gelişimi de mümkün değildir. Bu nedenle *Kadı-adaleti*, biçimsel rasyonel hukuku ve batılı hukuksal yönetimi karakterize eden hukukî istikrarın tam tersidir.⁴¹⁷ Kanaatimizce bu tarz değerlendirmeler, klasik oryantalist zihniyetin tezahürü

⁴¹⁴ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *İslâm Hukuk Ekolleri ve Maslahat Prensibi*, çev: Ali Pekcan, İstanbul, 2007, s: 128

⁴¹⁵ Ahmet Yaman, *İslâm Hukukunun Oluşum Süreçlerinde Siyaset-Hukuk İlişkisi*, Konya, 2004, s: 19–122

⁴¹⁶ Hasan Tahsin Fendoğlu, *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, İstanbul, 1996, s: 301–306

⁴¹⁷ Muharrem Kılıç, *İslâm Hukukunun Doğasına Klasik Oryantalist Bir Bakış: N. J. Coulson Örneği*, Marife, 2/3, 2002, s: 127

mâhiyetinde olan ve tarihsel süreci hiçbir şekilde yansıtmayan sübjektif ve ön yargılı değerlendirmelerdir.

İslâm hukukunda kadılık kurumunun varlığı, hukukun herkes için eşit derecede uygulanmasının teminatı olmuştur. Ayrıca kadıların adlî sistemin işleyişine ve gelişmesine olan katkıları, İslâm hukukunda müstakil kodifikasyonların ortaya çıkmasına ihtiyaç hissettirmemiştir. *On iki levha kanunlarının*, “bazı insanların daha fazla eşit olduğu” düşüncesine, avam tabakasının tepkisi olarak meydana getirildiği⁴¹⁸ veya Kıta Avrupası hukuk sisteminin XIX. yy. a kadar bugünkü anlamda bir adlî teşkilata sahip olmadığı dikkate alındığında, İslâm hukukundaki kadılık kurumunun hukukun gelişimine katkısı daha iyi değerlendirilecektir.

Hz. Peygamber’in Medine’ye hicreti ile başlayan İslâm devletinin oluşum süreci, sonraki zamanlarda artan fetihlerle birlikte hız kazanmış, kurum ve kurallarıyla müesses bir devlet nizamı ortaya çıkmıştır. Buna bağlı olarak, adliye teşkilatı da giderek belirginleşmiş, mezheplerin oluşumu ile birlikte İslâm hukukçuları tarafından yargının işleyişi ve mahkemelere ilişkin teorik ve doktriner tartışmalar yapılmaya başlanmıştır. Sadece bu konuda değil, hilafet, İslâm devleti, gibi daha pek çok konuda da fakihlerin teorik olarak ileri sürdüğü pek çok şart naslarda mevcut ilke ve özel hükümlerin yanı sıra o dönem fakihlerin içinde bulundukları şartların, devraldıkları geleneğin ve tecrübe birikiminin bir yansıması olarak ortaya çıkmıştır. Teorik olarak ortaya konulan şartların pratikte ne derecede geçerli oldukları tartışmalı olsa da, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, dereceleri, tek ve toplu mahkeme usûlleri gibi konularda yaptıkları tespitler ve dile getirdikleri görüşler bu alanda zengin bir literatürün meydana gelmesine sebep olmuştur.

Hâkimlerin özellikle içtihada dayalı olarak çözümlenmesi gereken davaları karara bağlarken her zaman ittifak edemeyeceği ve bu sebeple bazı davaların sürüncemede kalabileceği endişesiyle, klasik dönemde tek hâkimli mahkeme sistemi esas alınmıştır.⁴¹⁹

Mahkemelerin tek dereceli olması ve verilen kararın taraflar için bağlayıcı olması ilke olarak kabul edilse de, hâkimin yanılabilmesi veya kasıtlı

⁴¹⁸ Berki, *Roma Hukuku*, s: 25–26

⁴¹⁹ Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s: 148

davranabileceği göz önünde bulundurularak ilgili tarafın verilen karara belirli esaslar çerçevesinde itiraz edebilmesi ilkesi benimsenmiştir.⁴²⁰

Ayrıca, İslâm adliye teşkilatında kadı mahkemelerinden ayrı olarak adlî ve idarî yargı ve denetim görevlerini yürüten mezalim mahkemeleri de kurulmuştur.⁴²¹

İslâm hukukunda yargılamanın açık yapılması genel ilke olarak benimsendiğinden, ilk zamanlarda bu iş camilerde yapılmış, zamanla kadının evi veya müstakil yerler de seçilmiştir. Genel ahlâka uygun olmayan durumlarda kapalı oturumlar düzenlenmiş, yargılamaya sadece dava ile ilgili kişiler alınmıştır.⁴²²

Mahkemelerde görev yapacak kadıların ataması ve seçim usûlü de belirli bir takım esaslara bağlanmış, adlî ve idarî işlerde kadılara yardımcı olmak üzere, kâtip, sâhibül meclis (mübâşir), muhızır (tebligat memuru), müzekkî (şahitlerin durumunu araştıran kişi), tercüman gibi yardımcı kadrolar da ihdas edilmiştir.⁴²³ Ayrıca önemli yerleşim birimlerinde kadının mâlî murakabe ve nezaret işleri için tayin ettiği kadı eminleri bulunmuştur.⁴²⁴

İslâm adliye teşkilatında mahkemelerin standart bir yapıda olması ve hâkimlerin tek merkezden atanmasıyla mahkemelerin merkezi idareye bağlı olması ile hukuk, toplum içinde her hangi bir dağınıklık arz etmeden uygulanabilmiş ve müstakil kodifikasyonlara gerek kalmadan İslâm hukuku gelişimini sürdürerek toplumun talep ve beklentilerine cevap verebilmiştir.

4- Fıkıh Kitaplarının Sistematiğinde Sosyal Hayatın Önceliklerinin Esas Alınması

Bir kanun kitabının bünyesini sistematik şekli kadar hiçbir şeyin izah edemeyeceğini, sistematik tertibin kanun kitabına üslubunu verdiğini ifade eden hukuk tarihçilerinin⁴²⁵ görüşleri çerçevesinde konuyu değerlendirecek olursak, İslâm hukukunda ortaya çıkan kitaplar, sürekli olarak değişen hayatın ihtiyaçları göz önünde bulundurularak meydana getirilmiştir. Fıkıh kitaplarının tedvîninde Müslümanların amelî ihtiyaçları göz önünde bulundurulmuş ve klasik fıkıh

⁴²⁰ Fahrettin Atar, *Mahkeme maddesi*, DİA, 27/339

⁴²¹ Abdülkerim Zeydan, *Nizâmü'l-Kadâ fi's-şerâiti'l-İslâmiyye*, Beyrut, 1997, s: 253

⁴²² Çeliker, *İslâm Hukukunda Devlet-Yargı İlişkisi*, s: 57–58

⁴²³ Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s: 138–170, Atar, *Mahkeme maddesi*, s: 338–341

⁴²⁴ Halil İnalcık, *Mahkeme maddesi*, İA, 7/150

⁴²⁵ Schwarz, *Bugünkü Hususî Hukuk Kanunlaştırmalarında İsviçre Medeni Kanununun*, s: 970

sistematîği ortaya çıkmıştır. Fıkıh kitaplarının klasik üçlü tasnifine göre önce ibadetler (ibâdât), ardından hak ve borç ilişkileri (muamelât), daha sonra da ceza hukukuyla (cinâyât-ukûbât) ilgili bilgilere yer verilmiş, vasiyet ve miras hukuku, hak ve borç ilişkileri çerçevesine girdiği halde insan hayatının sonunda gerekli olduğu için fıkıh kitaplarının da sonuna konulmuştur. Tasnif genellikle bu şekilde olmakla birlikte bazı müelliflerin farklı yollar tuttıkları ve mesela ceza hukuku bölümünü sona aldıkları da olmuştur.⁴²⁶

İslâm hukukunda genel olarak devletin merkezî bir yasama faaliyeti olmamasına rağmen, toplumsal hayatın ihtiyaçları fıkıh ve fetva kitaplarıyla giderilmiş bu durum da kitapların sistematîğine yansımıştır. Fıkıh kitaplarının sistematîğinin toplumun günlük talep ve ihtiyaçlarına göre hazırlanması, modern kanunlaştırmaların çok sonraları ulaştığı bir seviyedir.

C- Hukukun Konusu, Amacı, Kapsamı ve Muhatapları Bakımından İslâm Hukukunun Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

1- Hukukun Konusu Bakımından Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

Diğer hukuk sistemlerinde hukuk, insanların birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerini düzenlerken İslâm hukukunda hukukun konusu sadece muamelat dediğimiz beşerî konuları değil ibadet ve ahlâkla ilgili konuları da kapsamaktadır.⁴²⁷ Buna göre İslâm hukuku diğer hukuk sistemleri gibi sadece beşerî muameleleri düzenleyen bir hukuk sistemi olmayıp, uhrevî ve vicdanî yönü de bulunan ve ibadet gibi beşerî ilişkilerin dışında kalan konuları da düzenleyen çok yönlü bir hukuk sistemidir. Temel amacı insanın yaratıcısıyla olan ilişkileri düzenlemek olan bu hukuk sistemi buna gidiş yolu olarak da önce insanın bu dünya ile ve diğer insanlarla ilişkilerini düzenlemeyi öngörmektedir.

Buna göre İslâm hukukunun konuları alım-satım, borç verme, evlilik gibi diğer hukuk sistemlerinde de örneklerini gördüğümüz konularla sınırlı kalmamakta, namaz, oruç, zekât gibi ibadetleri de kapsamaktadır.

⁴²⁶ Hayreddin Karaman, *Fıkıh maddesi*, DİA, 13/3

⁴²⁷ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul, 1986, s: 25

2- Hukukun Amacı Bakımından Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

Diğer hukuk sistemlerinin nihâî amacı mevcut kurallara itaat eden “iyi vatandaş” yetiştirmek iken, İslâm hukukunun nihâî hedefi, iman ve inanç esaslarıyla, hukukuyla, ahlâkıyla ahiret kaygısı taşıyan ve her türlü eylem ve değerlendirmelerin, zerre miktarınca hesabının sorulacağı bir din gününün varlığına inanan bir insan tipolojisi inşâ etmektir.⁴²⁸ Başka bir ifadeyle hukukun inşâ etmeyi hedeflediği insan tipi, İslâm hukukunda kendine has orijinallikler taşımaktadır. İslâm hukuku, sadece normatif mâhiyette bir takım kurallara riayeti emretmemekte aynı zamanda insanın ruh dünyasına ve vicdanına hitap ederek, kişinin ahlâk, fazilet, erdem gibi değerlere de riayet etmesini istemektedir. Bu manada olmak üzere örneğin, “emr-i bil maruf ve nehyi anil münker” prensibi başlı başına orijinal bir prensiptir. İslâm hukukunda kişinin sadece bir takım kurallara riayet etmesi yeterli görülmemekte aynı zamanda kişinin topluma karşı görevlerinin de olduğu hatırlatılmaktadır. İslâm hukukunun bu özelliği aynı zamanda bilinç düzeyi yüksek bir toplumun oluşmasını da sağlamaktadır.

Hukuk felsefesinde tartışılan hukuk-ahlâk ilişkisi çerçevesinde de İslâm hukuku kendine has orijinallikler taşımaktadır. Genel hukuk tarihinde örneklerini gördüğümüz hukuk sistemlerinin temin etmeye çalıştığı adalet, hakkaniyet, özgürlük, düzen, emniyet, vicdan bütünlüğü, iyiliği gerçekleştirme, kötülüğü giderme, erdem, mutluluk, insan haysiyeti, eşyayı ve mülkiyeti koruma gibi değerlerin her biri ahlâkî içerik taşımaktadır. Bu sebeple İslâm hukukçuları zaruriyyât, haciiyyât ve tahsiniyyât şeklinde bir takım sınıflamalar yaparak diğer hukuk sistemlerinin ideal hedeflerini gerçekleştirmiştir.⁴²⁹

3- Hukukun Kapsamı Bakımından Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

Hukukun kapsamı konu başlığı altında, İslâm hukukunda diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi sınırları çok kesin kamu ve özel hukuk ayırımının bulunmaması, İslâm hukukunun normatifik bakımından diğer hukuk sistemlerinden farklı olması, sadece maddi müeyyidelerin bulunmaması, hukukun

⁴²⁸ Yaman, *İslâm Hukuk İlmi Açısından Makâsîd İctihadının*, s: 33

⁴²⁹ Ahmet Yaman, *Kuran'da Yasamanın Arka Planı Olarak Ahlak*, Marife, 6/1, 2006, s: 41-49

neşet ettiği İslâm dininin tek tanrılı din esasına dayanması ve XVII. yy.a kadar ekonomik sistemlerin temelini oluşturan toprak (arazi) hukukunun İslâm hukukunda gelişmiş olması gibi konular ele alınacaktır.

Diğer hukuk sistemlerindeki kamu ve özel hukuk şeklindeki genel bir ayırımı karşılık, İslâm hukukunda bu tarz bir tasnif benimsenmemiştir. Bazı fıkıh kitaplarında kamu hukukuna karşılık hukukullah, özel hukuka karşılık olarak da hukukulibâd telakkileri bulunmaktadır.⁴³⁰ Bu telakkiye göre İslâm hukukunda mükellefin, kendisine Allah'ın hükmü bağlanan fiilleri, sırf Allah hakkı olan hükümler, sırf kul hakkı olan hükümler, kendisinde iki türlü hak birleşmekle beraber Allah hakkının galip olduğu hükümler ve kendisinde iki türlü hak birleşmekle beraber kul hakkının galip olduğu hükümler şeklinde dört kısma ayrılmaktadır.⁴³¹ Hukukun kamu ve özel hukuk şeklinde sınırları kesin bir tasnife sahip olmaması İslâm hukukunda müstakil kanunlaştırmaların meydana gelmemesinin en önemli sebeplerindendir.

İslâm hukuku normatiflik bakımından da diğer hukuk sistemlerinden ayrılmaktadır. Beşerî iradeye dayanan hukuk sistemlerinde hukuk kuralları genel olarak belirli bir şeyin yapılmasını emretmekte veya yasaklamaktadır. İslâm hukukunda ise şerî delillerden çıkarılan hükümler teklifî ve vadî şeklinde bir ayırımı tâbî olmakta, teklifî hüküm de kendi içinde farz, vâcib, mendûb, harâm, mekrûh, mubâh şeklinde sıralanmaktadır. Ayrıca bunlar da kendi içinde bazı sınıflandırmalara tâbidir.⁴³²

Çağdaş hukuk tekniği bakımından değerlendirildiğinde İslâm'ın bütün emir ve yasakları hukukî nitelikli birer norm değildir.⁴³³ İslâm hukukunun dinî meşeli bir hukuk sistemi olması sebebiyle, hukukî müeyyidelerin hem dünyevî hem de uhrevî yönü bulunmaktadır. Bu durum insanların İslâm hukuku hükümlerine titizlikle ve gönül rızasıyla uymalarına kuvvetli bir amildir. Hükümlerin diyaneten ve kazaen şeklindeki ikili ayrımı, diğer hiçbir hukuk sisteminde örneği olmayan bir özelliktir.⁴³⁴ Örneğin, bir kimsenin malını telef eden bir şahıs bütün hukuk sistemlerinde –derece ve uygulamaları farklı olmakla birlikte- belirli bir yaptırıma maruz kalmaktadır.

⁴³⁰ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, s: 20

⁴³¹ Saffet Köse, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul, 1997, s: 37–40

⁴³² Şaban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s: 235–236

⁴³³ Şamil Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi*, Marife, 3/1, 2003, s: 72

⁴³⁴ Ekinci, *İslâm Hukuku*, s: 208

Ancak, İslâm hukukunda bu suçun bir de uhrevî cezası bulunmaktadır. İslâm hukukunun bu yönü, özellikle de suçun hukuken ispat edilemediği durumlar için geçerlidir. Örneğin, iki kişi arasındaki alacak-verecek davasında alacaklı kişinin haklılığını ispat edememesi durumunda, borçlu kişinin vicdanıyla baş başa kalması en az maddî müeyyide kadar önemli olan bir yaptırımdır. İslâm hukukundaki maddî ve manevî müeyyidenin varlığı, vicdanların eğitilmesini, toplumun mevcut emir ve yasaklara maksimum derecede uymasını sağlamakta ve İslâm hukuku bu yönüyle orijinal bir nitelik taşımaktadır.⁴³⁵

İslâm dini, tek tanrılı bir dindir. Yahudilik ve Hristiyanlık gibi diğer semavî dinler de başlangıçta tek tanrılı olmalarına rağmen zaman içinde muharref hale gelmişlerdir. İslâm dininin tek tanrılı bir din olması ve hukukun dinden neşet etmesi sadece inanç esasları üzerinde etkili olmamış, İslâm toplumunun hayatı algılaması ile hukuk ve felsefe düşüncelerinde de etkili olmuş ve İslâm toplumlarında bir zihin karışıklığı meydana gelmemiştir. Örneğin, hukuk tarihinin en önemli kanunlaştırmalarından biri olan *Code Napoleon*'un, zamanında pek çok ülke tarafından kabul görmesini ve etkisini modern çağa kadar sürdürmesini, Hristiyanlıktaki teslis inancının ortaya çıkardığı kafa karışıklığını gidermesine, bunu yaparken de dini ve kiliseyi devre dışı bırakan bir yol izlemesine bağlayan hukuk tarihçileri bulunmaktadır.⁴³⁶ Bu durum özellikle XIX. ve XX. yy. Kıta Avrupası kanunlaştırmaları için geçerlidir. Nitekim Ortaçağ Avrupası'nın katı dogmatik kuralları içinde bunalan Hristiyanlık dünyası, sekülerizmle rahat bir nefes almış, bunun hukuk alanına yansması da Hristiyanlığın ve Kilisenin manevi etkisinin devre dışı bırakıldığı, kanunlaştırma çalışmaları şeklinde olmuştur. Ancak bu ifadelerden, kodifikasyon olgusunun, dinin devre dışı bırakıldığı bir faaliyet olduğu şeklinde bir sonuç çıkarılmamalıdır. Nitekim Roma hukukunun ilk defa sistemli bir şekilde kodifie edildiği *Jüstinyen kodifikasyonu*, Hristiyanlığın temel öğretileri altında meydana getirilen ve ortaya çıkmasında tek din, tek devlet ve tek hukuk düşüncesinin etkili olduğu bir kodifikasyondur.⁴³⁷

⁴³⁵ Hüseyin Esen, *İslâm Hukuku ve Uhrevî Sorumluluk*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 8/2006, s: 99–112

⁴³⁶ Danet, *Does the Code Civil Matter?*, s: 215

⁴³⁷ Köse, *Din Özgürlüğü ve Barış Yolunda İki Farklı Tecrübe*, s: 20

Kıta Avrupası'nın XVII. asra kadar feodal sisteme göre idare edilmesi, toprağın mülkiyetinin tabana yayılmadan senyör veya derebeyler arasında paylaşılması ve toprağı işleyen köylülerin yarı köle konumunda olmaları⁴³⁸ Avrupa'daki kanunlaştırma hareketlerinin itici gücü olmuştur. Örneğin Fransa'da arazi de dâhil her türlü taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde mülkiyet hakkı ancak 1789 Fransız İhtilalinden sonra, 1791 tarihli bir fermanla fertlere tanınmıştır.⁴³⁹ XVI. yy.a kadar dünya ekonomik sisteminin tarıma-toprağa dayalı olduğu dikkate alındığında, arazi hukuku sadece hukukî açıdan değil aynı zamanda ekonomik ve sosyal açıdan da önem arz etmiştir. Gerek İslâm dünyası gerekse Osmanlı Devleti'nde arazi hukuku ve sulama ile ilgili geniş bir birikim ortaya çıkmış, klasik dönemden itibaren bu alanda zengin bir literatür meydana gelmiştir. Fıkıh ve fetva kitaplarında gerek arazi gerekse suyun çeşitleri, paylaşımı, kullanım şartları vb. konularda detaylı bilgiler verilmiş, toprak ve tarıma dayalı olarak iktisadî hayattaki boşlukları usûlüne uygun şekilde doldurmak üzere, *müzâraa* (ziraat ortaklığı), *müsâkât* (bağ-bahçe ortaklığı) ve *mugârese* (ağaç dikimi ortaklığı) gibi bir takım muameleler geliştirilmiştir.⁴⁴⁰ Bütün bunlar, İslâm hukukunun sosyal hayatın ihtiyaçlarını karşılamasında topluma yardımcı olmuş, Kıta Avrupası'nda olduğu gibi toplumun talep ve beklentilerinin karşılanmasında büyük bir boşluğun ortaya çıkmasına engel olmuştur.

4- Muhatapları Bakımından Diğer Hukuk Sistemlerinden Farklı Olması

İslâm hukukunda mükellefler Müslüman olup olmamalarına göre farklı hükümlerle yükümlüdürler. Bu, kanun önünde eşitsizlik olarak değil, aksine adaletin tam olarak sağlanması, İslâm devletindeki yabancı unsurların Müslümanların muhatap oldukları kurallarla mükellef olmaması için konulmuş, maksimum eşitliği sağlamayı hedefleyen bir prensiptir.⁴⁴¹ Buna göre İslâm devletinde yaşayan gayr-i müslimler, Müslümanların muhatap olduğu pek çok hükümle yükümlü değildirler. Buna karşılık İslâm devletinin kendileri için belirlemiş olduğu hüküm ve prensiplere riayet etmekle mükelleftirler.⁴⁴² Her iki tarafın hak ve yükümlülükleri, birbirlerine

⁴³⁸ Sadık Albayrak, *Budin Kanunnâmesi ve Osmanlı Toprak Meselesi*, İstanbul, 1973, s: 41-46

⁴³⁹ Halil Cin, *Arazi maddesi*, DİA, 3/343

⁴⁴⁰ Hamdi Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, İstanbul, 1993, s: 441-450

⁴⁴¹ Yusuf Fidan, *İslâm'da Yabancılar ve Azınlıklar Hukuku*, İstanbul, 2005, s: 359-362

⁴⁴² Ahmet Yaman, *Hukukun Üstünlüğü Bağlamında Çok Hukukluluk Tartışmalarına Fıkî Bir Yaklaşım*, İslâmî Araştırmalar, 14/2, 2001, s: 285-290

haksızlık etmeyecek şekilde garanti altına alınmıştır. Çok farklı coğrafyalarda, çeşitli din mensuplarının belirli sorumlulukları çerçevesinde bir arada yaşadığı İslâm devletinde herkesin aynı hak ve sorumlulukla muhatap kılınmaması İslâm hukukunun engin hoşgörüsünün ve maksimum adalet düşüncesinin bir göstergesidir.

İslâm hukukuna göre câri olan düzenin esası İslâm'dır. Diğer hukuk sistemlerinde ise din veya inanç eksenli bir ayırım yoktur. İslâm hukukunun sistemli olarak bir bütün halinde çok uzun yıllar uygulandığı Osmanlı İmparatorluğu başta olmak üzere pek çok İslâm devletinde Hristiyan ve Musevi gibi İslâm dışı toplulukların varlığı ister istemez çoğulculuk (*pluralizm*) olayını gündeme getirmiştir. Birlikte yaşama olgusu İslâm hukukunun ülkenin tamamında tüm nüfus için kullanılmasını engelleyen en önemli faktörlerdendir. Çünkü bir arada yaşama olgusu “ötekinin” yaşam alanına müdahale etmemeyi gerektirmektedir. İslâm toplumlarında gayr-ı müslim unsurlar kendi hukuk kurallarına göre idare edilmişler ve Müslümanların yükümlü olduğu kurallarla mükellef olmamışlardır. Müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıktığı toplumların kimi zaman etnik açıdan farklı unsurlardan oluşmakla birlikte, dinî açıdan genelde tek bir yapıda olmaları tüm ülkede tek bir hukuk sisteminin icrâsını da mümkün kılmıştır. Din temelli bir hukuk sistemine sahip olan İslâm hukukunda ise mükelleflerin dinî açıdan bir ayrıma tabi tutulması, ülkenin tamamında tüm nüfus için tek bir hukuk sisteminin uygulanmasının önündeki en büyük engellerdendir.

D- Hilafet Kurumunun İslâm Dünyasında Siyasî Birliği Temsil Etmesi

Hulefâ-i Râşidîn döneminden sonra halifelik kurumunun İslâm dünyasında siyasî birliği ne derece sağladığı tartışmalı olmakla birlikte, en azından literatürde, Müslümanların siyasî ve idarî işlerini görececek, akıl ve adalet sahibi, güçlü bir otoritenin varlığının bulunması gerektiği yönündeki telakkî, İslâm dünyasında XX. yy. a kadar, halifelik kurumunun varlığını sürdürmesini sağlamıştır. Gerek halife gerekse devlet başkanı, Hz. Peygamber'in halifesi, Allah'ın yeryüzündeki gölgesi, müminlerin emîri, İslâm dünyasının başkomutanı gibi sıfatlarla anılmıştır.⁴⁴³ Bu da

⁴⁴³ Halifeler için kullanılan bu tip lakaplar tanrısal tayini göstermek amacıyla değil halifenin işgal ettiği konumu tazime yönelik olarak kullanılmıştır. Nitekim bu tür lakaplar daha ziyade halifelerin güçlü ve muktedir olduğu zamanlarda değil, zayıf ve etkisiz olduğu zamanlarda yaygınlaşmıştır. H.Yunus Apaydın, *Müslüman Siyaset Geleneğinde Din-Devlet İlişkisi*, Bilimname, sayı: 1, 2003, s: 224

İslâm dünyasında siyasî açıdan mutlak bir otoritenin varlığını, idareci ve yöneticilere itaatin –adalet ve doğruluktan sapmadıkları sürece- Allah’a ve Resulüne itaat etmek olduğu şeklindeki bir kabulü de beraberinde getirmiştir.

Umumî hukuk tarihinde meydana gelen pek çok kanunlaştırma, hukukî birlik kadar siyasî ve idarî birliği de sağlamayı hedeflemiştir.⁴⁴⁴ *Hammurabi Kanunu*, *Corpus Juris*, *Code Napoleon* gibi hukuk tarihinin belli başlı kanunlaştırmaları, hukukî birlikten ziyade, siyasî birliği sağlamaya ve nüfuz kazanmaya yönelik faaliyetlerdir. İslâm dünyasında ise halifelik kurumunun bulunmasıyla, büyük-küçük devletlerin tek bir otoriteye –şeklen de olsa- bağlı olması, kanunlaştırmalar yoluyla siyasî birliği sağlamaya yönelik bir çabanın ortaya çıkmasına da ihtiyaç doğurmamıştır. Haçlı saldırıları, Moğol istilası ve saltanat kavgaları gibi İslâm dünyasında siyasî ve idarî açıdan kaosa neden olan ara dönemler olmakla birlikte, özellikle ortaçağ dönemi Kıta Avrupası’nın yaşadığı çok parçalı siyasî yapıyla mukayese edildiğinde, İslâm dünyası siyasî bütünlüğünü korumayı başarmış bu durum da bir hukuk anarşisinin ortaya çıkmasını engellemiştir. Çünkü saltanat kavgaları gibi ortaya çıkan siyasî kaoslar, tarihin bir döneminde bir devlet içindeki mücadele ile sınırlı kalmış, İslâm dünyasının geneline yayılmamıştır. Örneğin, 1258 yılında Moğol istilasıyla Bağdat Abbasî halifeliği sona erince İslâm âlemi sadece üç yıl halifesiz kalmış, akabinde tekrar Muntasır- Billah’ın halife ilan edilmesiyle Abbasî hilafeti 1261’de yeniden kurulmuştur.⁴⁴⁵ Hilafetin, İslâm toplumu üzerinde meşruiyet yönünden taşıdığı büyük önem dikkate alındığında, İslâm tarihindeki siyasî yapılanmalar daha iyi anlaşılacaktır. Örneğin; Abbasîlerin 1055 yılında Selçuklu himayesine girmeleriyle, halifelerin siyasî (yaptırım) gücü sona ermiş ancak iktidar mücadelelerinde (özellikle halk nazarında) meşruiyeti sağlama fonksiyonuna sahip olmaları sebebiyle siyasî nüfuzları sona ermemiştir. Başa gelen iktidarların, meşruiyetini halifeye dayandırması, İslâm dünyasında halifelik kurumunun önemini -şeklen de olsa- göstermesi bakımından önemlidir.⁴⁴⁶

İslâm dünyasında gerek halifenin gerekse büyük devletlerin varlığı, daha küçük siyasî mekanizmalarda görevli vali ve yöneticilerin hukuku keyfî olarak uygulamalarının önüne geçmiş, kendisinden hesap sorabilecek bir üst mekanizmanın

⁴⁴⁴ Mirow, *The Power of Codification in Latin America*, s: 83

⁴⁴⁵ Hakkı Dursun Yıldız, *Abbasîler maddesi*, DİA, 1/38

⁴⁴⁶ Casim Avcı, *Hilafet maddesi*, DİA, 17/539–546

varlığı ile feodal yönetimlerin temel özelliğı olan haksızlık ve keyfî uygulamalar da ortaya çıkmamıştır. Esasen genelde İslâm dünyasında özelde ise Osmanlı toplum yapısında feodalite, tarihinin hiçbir döneminde hâkim bir konumda olmamıştır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM HUKUK TARİHİNDEKİ ŞEKLÎ KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİ

I- İSLÂM HUKUK TARİHİNDEKİ ŞEKLÎ KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİ

İslâm hukukunun ilâhî kaynaklı bir hukuk sistemi olması, içtihat düşüncesine dayanması ve kazüist bir tarzda gelişimini sürdürmesi sebebiyle İslâm hukukunda şeklî kanunlaştırma faaliyetleri -1400 yıllık bir tarihî süreç dikkate alındığında- sınırlı sayıdadır. Çalışmamızda bu kanunlaştırmaları mümkün mertebe meydana geldiği siyasî döneme ve kronolojik sıraya göre vermeye gayret ettik. Ancak, XIX. yy.a kadar İslâm hukukunun devlet gibi müesses bir otorite tarafından merkezî bir yasama faaliyetine konu olmaması sebebiyle, şeklî kanunlaştırma kapsamında ele aldığımız aşağıdaki faaliyetlerin tamamı bizzat ilgili devletler tarafından yapılmamıştır. Bu nedenle, konuyu siyasi dönemlere göre tasnif etmemiz, İslâm hukuk tarihinde bu tarz bir tasnifin genel kabul görmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, çalışmamızın hukuk tarihi ile ilgili olması, kronolojik sıraya uygun bir tasnifi gerekli kılmakla birlikte, bazen bu kronolojik sıralamada ihlallere gitme durumunda da kaldık.

A- Emevîler Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri

1- Ömer b. Abdülaziz'in Sünneti Tedvîn Girişimi

İslâm hukukunun Kuran'dan sonraki ikinci önemli kaynağı, Hz. Peygamber'in söz, fiil ve davranışlarını içeren sünnetidir. Kuran, nüzulünden itibaren vahiy kâtiplerine yazdırılmış ancak, hadislerin Kuran'la karışabileceği endişesiyle yazımına izin verilmemiştir. Zaman içinde bu tehlikenin ortadan kalkmasıyla zihinlere nakşolunmuş hadisler yazıya geçirilmeye başlanmış, daha sonraları ise bu hadislerin tedvîni meselesi gündeme gelmiştir. Esasen, hadislerin tedvîni meselesi sadece hadislerin bir araya getirilmesinden ibaret değildir. Bu tedvîn faaliyetinde etkili olan pek çok faktörün yanında, İslâm hukukunun bu ikinci kaynağının dağınıklığından kurtarılması ve hukukî anlamda bir karışıklığın ortaya çıkmaması düşüncesi de etkili olmuştur.⁴⁴⁷

Hz. Osman'ın şehit edilmesinden itibaren gelişen siyasî olaylar İslâm dünyasında kaos ve anarşi ortamının doğmasına neden olmuş ve o dönemin siyasî çalkantılarında, örneklerini İslâm mezhepler tarihinde gördüğümüz çok farklı siyasî

⁴⁴⁷ Abdülvehhab Hallaf, *İslâm Hukuk Felsefesi*, çev: Hüseyin Atay, Ankara, 1973, s: 53

ve hukukî fraksiyonlar ortaya çıkmaya başlamıştır. Hâricîlik, Gâliyye, Kaderiyye, Mürchie, Cehmiyye ve Müşebbihe gibi itikadî ve siyasî mezhepler hep bu çalkantılı dönemde ortaya çıkmıştır. Muhafazakâr çoğunluğa karşı olan bu fırka ve mezhep taraftarlarının işlerine gelmeyen hadisleri inkâr etmeleri ve görüşlerini takviye etmek amacıyla hadis uydurmaları dönemin âlimlerini ve devlet adamlarını bu konu ile ilgilenmeye sevk etmiştir. Önce Şîî gruplar hilafet meselesiyle ilgili olarak hadis uydurmaya başlamışlar ardından Abbasî hilafeti taraftarları buna karşılık vermişlerdir. Ayrıca, ırk ve mezhep taassubuna sahip kişilerin ve İslâm düşmanlarının kendi menfaat ve görüşleri doğrultusunda hadis uydurup yaymaları buna karşılık bazı iyi niyetli cahil kişilerin de aynı şekilde karşılık vermeleri ile hadislerin belirli ölçüler çerçevesinde tedvîn edilmesi bir zaruret haline gelmiştir.

684–705 yılları arasında Emevîler'in Mısır valisi olan Abdülazîz b. Mervân'ın bir mektubu, erken devirlerden itibaren hadisleri kötü niyetli kişilerden korumak amacıyla devlet adamlarının bile gayr-ı resmî olarak hadis tedvîniyle ilgilendiklerini göstermektedir.⁴⁴⁸

Resmî bir teşebbüs olarak tedvîn faaliyeti ilk defa Halife Ömer b. Abdülazîz (99/717) zamanında başlamıştır. Halife valilere, tanınmış âlimlere ve bu arada Medine valisi ve kadısı Ebû Bekr b. Hazm'e gönderdiği yazıda(mektupta), âlimlerin ölüp gitmesiyle hadisin yok olmasından endişe duyduğunu, bu sebeple Hz. Peygamber'in hadislerinin ve sünnetlerinin araştırılıp yazılmasını istediğini ifade etmiştir. Bunun üzerine, kendilerinde Hz. Peygamber'e ait rivayet bulunan âlimler bu hadisleri başkente göndermeye başlamışlar, burada çok farklı kanallardan gelen rivayetler değerlendirilerek hadisin tedvîn işi tamamlanmıştır.⁴⁴⁹

Hadislerin tedvîni tamamlandıktan sonra bu hadislerin belirli bir takım ölçüler çerçevesinde tasnifi gündeme gelmiştir. Aranılan hadislerin kolay bulunması amacına yönelik çok çeşitli kurallar ve bu amaçla oluşturulmuş kitaplar ortaya çıkmaya başlamıştır. Örneğin; İslâm dünyasında Kuran'dan sonra bütün ümmetin ittifak ettiği hadis kaynaklarından olan İmam Buhârî'nin (256/870) *el- Câmiu's-sahîh* adlı eseri sadece sahih hadislerin toplandığı bir hadis kitabı değildir. Müellif Buhârî, eserini

⁴⁴⁸ M.Yaşar Kandemir, *Hadis maddesi*, DİA, 15/32

⁴⁴⁹ M.Ali Sönmez, *Hadis Usûlü ve Tarihi*, Bursa, 1993, s: 87–88

çeşitli bâblara ayırmış, bu bâb başlıklarını da fikhî konulara göre tertip etmiştir. Bu sebeple, “*Buhârî’nin fikhî bâb başlıklarındadır*”⁴⁵⁰ denilmiştir.

Kanaatimizce İslâm hukukunun ikinci kaynağı olan sünnetin tedvîni ve tedvîn edilen sünnetin bazı esaslar çerçevesinde kitaplarda yer alması yalnızca hadislerin kaybolması ve bunların bir tasnif doğrultusunda kitaplarda yer alması düşüncesiyle yapılmamıştır. Bu işte devletin resmî olarak rol alması da bu faaliyetin sadece dinî sâiklerle yapılmadığını, belirli bir amaç ve program dâhilinde yapıldığını göstermektedir. Ayrıca, Hz. Peygamber’den gelen rivayetlerin yazılmasının hoş karşılanmadığı bir dönemde, âlimlerin bu işe sıcak bakmaları da muhtemelen hukukî alanda ortaya çıkmaya başlayan problemlerin çözümüne yöneliktir. Bu alanda meydana getirilen muazzam literatür de kendiliğinden oluşmamış, gerek bâb başlıklarına göre hadis kitaplarının yazılması gerekse ahkâm hadislerinin yer aldığı sünen ve ahkâm kitapları gibi gündelik hayatta Müslümanların karşılaştıkları sorunlara çözüm olacak eserler de asgarî manada standart bir uygulama birliği meydana getirmek için kaleme alınmıştır. Bu sebeple, İslâm hukukunun Kuran’dan sonraki en önemli kaynağını oluşturan sünnetin tedvînini İslâm hukukunun ilk şekli kanunlaştırma örneği olarak kabul etmek mümkündür.

2- Zeyd b. Ali’nin Fıkıh Mecmuası

el- Mecmu’u-l fikhî, Zeydiyye mezhebinin İmamı Zeyd b. Ali’ye (122/740) nisbet edilen fıkıh ve hadis mecmuasıdır.⁴⁵¹ Bu mecmua, Zeyd b. Ali’den gelen rivayetleri ihtiva etmesinden dolayı *el-Müsned* olarak da adlandırılmıştır. Klasik fıkıh sistematığının üçlü tasnifi çerçevesinde bütün konuları ele alan bir fıkıh kitabı olmasının yanı sıra toplam 322 haberi ihtiva eden bir hadis mecmuasıdır.⁴⁵² Bu iki mecmuanın bir araya getirilmiş şekline de *el- Mecmû’u’l-kebîr* adı verilmektedir.⁴⁵³ Ancak fıkıh ve hadis kısımları birbirinden ayrılmış olmayıp bölümlerde hadislere, haberlere ve fikhî hükümlere beraberce yer verilmiştir. Eserin râvisi, Ebû Hâlid Amr

⁴⁵⁰ Mustafa Ertürk, *İmam Buhari’nin Siyaset Anlayışı: “Yöneten-Yönetilen İlişkisi”*, Marife, 1/1, 2001, s: 9, Salim Ögüt, *Buhari maddesi*, DİA, 6/375

⁴⁵¹ Yusuf Ziya Kavakçı, *Suriye-Roma Kodu ve İslâm Hukuku*, Ankara, 1975, s: 67

⁴⁵² El-Mecmu’un muhtevası ile ilgili olarak bkz: Kavakçı, *Suriye-Roma Kodu ve İslâm Hukuku*, s: 69–76

⁴⁵³ Şafak, *İslâm Hukukunun Tedvîni*, s: 57

b. Hâlid el- Vâsıtî'dir(150/767). Ebû Hâlid *el-Mecmûu* Zeyd'den, Zeyd babası Ali'den, Ali babası Hüseyin'den, o da babası Ali b. Ebû Tâlib'den rivayet etmiştir.⁴⁵⁴

Günümüzde de mevcut en eski fıkıh kitabı olarak kabul edilen *el-Mecmûu* ile ilgili olarak ilk dönemlerden itibaren, eserin rivayeti ve metnine yönelik çeşitli tartışmalar yapılmıştır. Eserin fıkıh mecmuası olmasının yanında aynı zamanda bir hadis koleksiyonu da olması, râvide aranan şartlar ve rivayetlerin sıhhat şartları gibi konularda diğer eserlerden farklı olması sonucunu doğurmuştur. İslâm düşünce tarihinde Ehl-i sünnet ve İmâmiyye arasındaki tartışmalar da eserin ele alınış tarzını şekillendirmiştir. Buna göre eserin tek râvi tarafından rivayet edilmiş olması ile Ehl-i Sünnet fıkıhıyla ilgili en eski eser olan İmam Mâlik'in *el-Muvatta*'sından elli yıl kadar önce yazılmasına rağmen İmam Mâlik'in eserinde *el-Mecmûu*'dan söz etmeyişi ve bu kadar erken bir dönemde bu kadar başarılı bir tasnife sahip olması literatürde çeşitli tartışmaları beraberinde getirmiş ve bunun Zeyd b. Ali'ye aidiyeti noktasında farklı değerlendirmelerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.⁴⁵⁵ Bu tarz değerlendirmeler, eserin Zeyd b. Ali'nin bizzat kendisi tarafından kaleme alınmış olmasından hareketle yapılmaktadır. Hâlbuki eser, Zeyd b. Ali tarafından kaleme alınmadığı gibi, eserin tasnifini kimin yaptığı da bilinmemektedir.⁴⁵⁶

Eser ilk defa Eugenio Griffini adlı bir İtalyan müsteşrik tarafından Milan'daki Ambrosiana Kütüphanesinin Güney Arabistan'a ait yazmalar koleksiyonu içinde bulunmuş ve "*Lapiu antica codificazione della giurisprudenza İslâmica*" adı ile ve İtalyanca notlarla birlikte neşredilmiştir.⁴⁵⁷

Eserin "İslâm Hukukunun Eski Bir Kodifikasyonu" adıyla neşredilmesi ve G. Bergstraesser'in yazmış olduğu makaleye "*Corpus Juris di Zaid b. Ali*"⁴⁵⁸ adını vermesi, müsteşriklerin Zeyd b. Ali'nin bu mecmuasını, İslâm hukukunun bir kodifikasyonu, *Corpus Juris*'i olarak değerlendirdiklerini ortaya koymaktadır.

Kanaatimizce bu mecmuanın müsteşriklerin adlandırdığı gibi *codificazione* veya *Corpus Juris* olarak değil, Hicri II. yy.dan sonra örnekleri ortaya çıkmaya başlayan "*compilatio-mecelle-derleme*" şeklinde değerlendirilmesi daha olasıdır.

⁴⁵⁴ Saffet Köse, *el-Mecmû' maddesi*, DİA, 28/264

⁴⁵⁵ Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1989, s: 241

⁴⁵⁶ Köse, *el-Mecmû' maddesi*, s: 264

⁴⁵⁷ Ignas Goldziher, *Fıkıh maddesi*, İA, 4/604

⁴⁵⁸ Köse, *el-Mecmû' maddesi*, s: 265

Çünkü kanunlaştırma faaliyetinde, eserin belirli bir düşünceden hareketle yazılması ve devlet tarafından kanun kitabı olarak uygulanması söz konusudur. Gerek bu eser gerekse bundan sonra yazılan *compilatio* tarzındaki diğer eserler kendi içinde bir sistematığe sahip olmakla birlikte devletin, resmî olarak bir toplumun pozitif hukuk ihtiyacını gidermek amacıyla meydana getirdiği çalışmalar olmaması sebebiyle müstakil manada bir kanunlaştırma ürünü değildir. Ancak, bu eserleri içinde bulundukları zaman diliminde hukukun belirli bir standartta uygulanmasına aracılık etmeleri sebebiyle şekli kanunlaştırma ürünü olarak kabul etmek mümkündür.

B- Abbasîler Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri

1- İbnü'l- Mukaffa'nın Risâletü's-Sahâbesi

Ebû Muhammed (Ebû Amr) Abdullah (Ruzbîh/ el-Mübarek) b. El- Mukaffa (Dâdeveyh) muhtemelen 106 (724) veya 102 (720) yılında İran'ın Cûr (Fîrûzâbâd) kasabasında dünyaya gelmiştir. Asıl adı Rûzbîh'tir. Hayatının sonuna kadar Mecusî olarak yaşayan babası Dâdeveyh, Haccâc'ın vergi tahsildarı iken görevini kötüye kullandığı gerekçesiyle kendisine işkence yapılmış, bu yüzden eli sakat kaldığı için "Mukaffa" (eli büzülmüş, çolak) lakabıyla tanınmıştır. İbn Mukaffa lakabı da buradan gelmektedir. 140/757 yılında Basra Valisi Süfyân b. Muâviye tarafından şaibeli bir şekilde öldürülmüştür. Müslüman olduktan kısa bir süre sonra 36 yaşında ölmesine rağmen İslâm siyasî tarihinde derin izler bırakmış bir şahsiyettir.

Memuriyet hayatına babası gibi kâtip olarak başlayan İbn Mukaffa, Emevîler döneminden itibaren çeşitli valilerin yanında çalışmış Basra Valisi Süleyman b. Ali'nin kâtibi iken Abbasî Halifesi Mansûr'la tanışma imkânı bulmuş ve bu olay hayatının dönüm noktası olmuştur. İran asıllı bir Mecusî olması sebebiyle Halife, Yunanca'dan Farsça'ya çevrilmiş bazı önemli eserlerin Farsça'dan Arapça'ya çevrilmesini istemiş o da Halife'nin bu emri çerçevesinde bazı Yunan klasiklerini Arapça'ya çevirmiştir. O zamana kadar Mani Mezdek dinleriyle karışık Mecusî inancına sahip olan İbnü'l-Mukaffa, bir akşam yemeğinde davetlilerin huzurunda Müslümanlığı kabul etmiş ve bu tarihten itibaren Abdullah İbn Mukaffa adıyla tanınmıştır.⁴⁵⁹ Yaptığı çeviriler ve orijinal düşünceleriyle İslâm medeniyetine büyük katkıları olan İbn Mukaffa'nın konumuz açısından önemli eseri, dönemin Abbasî

⁴⁵⁹ İsmail Durmuş, *İbnü 'l-Mukaffa' maddesi*, DİA, 21/130-133

Halifesi Ebû Cafer el-Mansûr'a, İslâm hukukunun sistemli bir bütün olarak tedvîn edilmesini tavsiye ettiği *Risâletü's-sahâbesi*'dir. *Risâletü's-siyâse* ve *Risâletü'l-hâşimiyye* adları ile de bilinen eser İslâm hukukunda, hukukî merkezileşmedeki ilk adım olması açısından önemlidir. Taha Hüseyin bu risalenin Halife Mansûr'a karşı bir ihtilal beyannâmesi niteliğinde olduğunu ve İbn Mukaffa'nın tercüme ettiği *Kelile ve Dimne*'deki hikâyelerde Halife Mansûr'a üstü kapalı eleştirilerde bulunduğu gerekçesiyle öldürüldüğünü iddia etmektedir.⁴⁶⁰

Emevîler'den sonra asr-ı saadetteki adil düzeni ihya davasıyla iktidara gelen Abbasîler'in en önemli gündem maddesi, mevcut yapının İslâmlaşması ve bölgelere göre önemli farklılıklar gösteren vergi politikalarının tek bir yapıda toplanması olmuştur. Abbasî Devleti'nin gerçek anlamda kurucusu olarak kabul edilen Ebû Cafer el- Mansûr'un yeni kurduğu Bağdat'ı başkent yapmasıyla idarenin ağırlık merkezi, Akdeniz havzasında yer alan Suriye'den doğu-batı ve kuzey-güney ticaret yollarının kavşağında bulunan tarıma elverişli geniş arazilere sahip Irak bölgesine kaymış ve idarî ve sosyo-kültürel anlamda etkisi hissedilen Bizans tesiri de yerini İran-Sâsânî etkisine bırakmıştır. Abdullah b. Mukaffa da bu dönemin parlayan yıldızı olarak, Sâsânî devlet geleneğinde yer alan kimi uygulama ve müesseseleri başta Halife Mansûr olmak üzere dönemin devlet adamlarına tanıtmaya ve tavsiye etmeye başlamıştır.⁴⁶¹ Sınır komşusu olduğu Bizans'ın tesiri dışında başka kültürlerle kapalı olan Emevîlerin aksine Abbasîler, bu anlamda çok daha yenilikçi ve değişime açık bir yapı sergilemişlerdir.⁴⁶² Bu da devletin idarî yapılanmasında ve sosyo-kültürel alandaki değişikliklerde kendini göstermiştir.

Risâletü's-sahâbe, Sâsânî devlet geleneğinde yer alan katı merkezîyetçilik düşüncesinin bir rapor halinde bazı tavsiyelerle birlikte İslâm devletine bir model olarak teklif edildiği bir çalışmadır. Abbasî halifesi Mansûr'a hitaben yazılan bu eser, siyasî, idarî, askerî ve malî sorunları ve bunların çözümüne dair tavsiyeleri, halifenin vezir, vali ve emirlerin seçiminde dikkat etmesi gereken hususları, halkın saraydan beklentilerini açık ve cesur bir dille ifade eden reform niteliğinde önemli bir mektuptur.⁴⁶³ Bu anlamda İslâm siyasî tarihinde de bir ilktir.

⁴⁶⁰ Mustafa Demirci, *Emevîlerden Abbasîlere Geçiş Sürecinin Bir Tanıtı: Abdullah İbn Mukaffa ve Risâletü's-sahâbesi*, D.E.Ü.İlahiyat Fakültesi Dergisi, cilt: XXI, 2005, s: 121

⁴⁶¹ Cengiz Kallek, *İslâm İktisat Düşüncesi Tarihi*, İstanbul, 2004, s: 31-32

⁴⁶² Durmuş, *İbnü'l-Mukaffa' maddesi*, s: 131

⁴⁶³ İbnü'l- Mukaffa, *İslâm Siyaset Üslubu*, çev: Vecdi Akyüz, İstanbul, 2004, s: 7-8, 103-123

Risâletü's-sahâbe ifadesindeki sahabe kelimesi, dinî literatürdeki sahabe ile karıştırılmamalıdır. Buradaki sahabe ifadesi, devlet başkanının etrafında bulunan müsteşarları ve yardımcıları ki bugünkü deyimiyle bakanlarıdır.⁴⁶⁴ İbnü'l-Mukaffa içinde yaşadığı toplumun problemlerini çözmeye çalışırken –yerleşik olduğu tarzda- doğrudan dinî referanslara gönderme yapmamıştır. Bunun yerine; tarihsel gözlem ve tecrübe ile referanslarını üç büyük medeniyetin (Hint, Yunan ve Sâsânî) tecrübe ve birikimlerine dayandırmış, elde ettiği sonuçların sentezini yaparak bir medeniyet perspektifi içinde konulara yaklaşmış ve çıkardığı sonuçlarla, siyasî, idarî ve adlî bir takım reformları istemiştir. Bu reformları da doğrudan dinî referanslara değil, akla, mantığa, ortak medeniyet tecrübesine dayandırmıştır. *Risâletü's-sahâbe* örneğinde olduğu gibi, önerilerini İslâmî düşünce geleneği içinde kalarak geniş bir bilgi birikimi ve tarihsel analiz üzerinden geliştirmiştir. Fakat düşüncelerini ayet ve hadislerden hareket eden bir âlim formatında değil, olaylardan ve realitelerden hareket eden Müslüman bir bürokrat veya teknokratın üslubu ile sunmuştur. Müslüman olmasına rağmen, içinde bulunduğu zaman diliminde zındıklıkla itham edilmesinin bir sebebi de bu olabilir.⁴⁶⁵

Esasen, konumuz açısından bu risalenin kanunlaştırma faaliyeti ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Çünkü *Risâletü's-sahâbe* ile bu amaca yönelik bir çalışma eylem bazında ortaya çıkmamış sadece bu yönde bir düşünce ve teklif ortaya konmuştur. Ancak, risalede, merkezî bir devlet yönetimine olan vukûfiyetin tarihsel tecrübesi sonucu, o günün şartlarında dağınıklık arz eden hukukî yapının birleştirilmesi ve bu amaçla İslâm hukukunun derli toplu bir kanun mecmuasına sahip olması gerektiği yönündeki tavsiyeleri, İslâm hukukunda bir ilk olması açısından önem arz etmektedir.⁴⁶⁶ Kanaatimizce, İbn Mukaffa'nın bu önerisi her ne kadar hayata geçmemiş olsa da, daha ilk dönemlerden itibaren bu tarz bir düşüncenin İslâm toplumunda dillendirilmesi önemlidir. Nitekim bu tavsiyeler doğrultusunda - aşağıda ele alacağımız üzere- Ebû Cafer el- Mansûr İmam Mâlik'e *el-Muvatta* adlı şaheserinin, İslâm dünyasının tüm yargı birimlerinde kullanılmasını tavsiye etmiştir.

⁴⁶⁴ Hallaf, *İslâm Hukuk Felsefesi*, s: 54

⁴⁶⁵ Demirci, *Emevîlerden Abbasîlere Geçiş Sürecinin Bir Tanığı*, s: 128

⁴⁶⁶ Majid Khadduri, *Nature and Source of Islamic Law*, The George Washington Law Review, cilt: 22, 1953, s: 17

Risâletü's-sahâbe'de idarî, malî, siyasî ve hukukî önemli bir takım tavsiyeler yer almaktadır. Ancak, biz konumuz açısından önem arzeden hukukî tavsiyeler üzerinde duracağız. Buna göre, İbn Mukaffa düşünce ve tavsiyelerini şu dört temel üzerine oturtmuştur:

a)- İbn Mukaffa; *“Hire bölgesinde adam öldürme ve zina suç sayılmazken, bu iki eylem Kufe’de suç olarak kabul edilmektedir. Bu farklılıklar ve görüş ayrılıkları, Kufe içinde bile mevcuttur. Hatta Kufe’nin bir tarafında helal olan bir mesele, başka bir tarafında haram sayılmaktadır. Öyle ki bütün bu farklılıklar, Müslümanların kanları ve mahremiyetlerini ilgilendiren alanlarda dahi uygulanmaktadır”*⁴⁶⁷ ifadeleriyle İslâm toplumunun değişik bölgelerinde uygulanan farklı hükümlere dikkat çekmekte ve problemi ortaya koymaktadır.

b)- İbn Mukaffa bu farklı uygulamalara yol açan sebepler üzerinde durmakta ve bunun bir usûl eksikliğinden kaynaklandığı kanaatine varmaktadır. Burada da temel sorun, Hz. Peygamber’in sünneti ile ilgili henüz sistemleşmiş bir uygulamanın ortaya çıkmamasıdır.⁴⁶⁸ Buna göre bazı mahallî icmaların sünnet olarak kabul edilmesi ve Emevî dönemine ait bazı uygulamalar ile bölgesel örflerin sünnet olarak genişletilmesi bu usûl eksikliğinin başta gelen sebeplerindendir.

c)- İbn Mukaffa, kıyas delilinin, gelişmiş güzel kullanılmasına ve kıyasın ilkelerine riayet konusunda sistemleşmiş bir usûlün mevcut olmamasına dikkat çekmektedir.⁴⁶⁹ O, bu durumu, *“İhtilafın esas kaynağı, kıyas yapılırken kıyasın ilkelerine uymamaktan ve bir takım yanlışlıkların yapılmasından doğmuştur. Sonuçta hiç alakasız bir durum ortaya çıkmıştır. İhtilaf ve farklılıklar, bazen kıyasa fazla dayanmaktan da kaynaklanmaktadır”*⁴⁷⁰ şeklinde ifade etmektedir.

İbn Mukaffa, kıyas delilinin farklı ve yanlış kullanılmasının yol açtığı durumu gidermek için Aristo’nun mantık kitaplarının kıyas ile ilgili bölümleri olan *Kategoriler*, *Barmenyas*, *Analitikler* ve *Furfûriyûs* (Porphyrrios)’un *İsagojisini* Farsça’dan Arapça’ya tercüme etmiştir.⁴⁷¹ İbn Mukaffa’nın, Aristo’nun mantık

⁴⁶⁷ Demirci, *Emevîlerden Abbasîlere Geçiş Sürecinin Bir Tanığı*, s: 139, İbnu’l- Mukaffa, *İslâm Siyaset Üslubu*, s: 113–114

⁴⁶⁸ Demirci, *Emevîlerden Abbasîlere Geçiş Sürecinin Bir Tanığı*, s: 139, İbnu’l- Mukaffa, *İslâm Siyaset Üslubu*, s: 114

⁴⁶⁹ İbnu’l- Mukaffa, *İslâm Siyaset Üslubu*, s: 115

⁴⁷⁰ Demirci, *Emevîlerden Abbasîlere Geçiş Sürecinin Bir Tanığı*, s: 140

⁴⁷¹ İlhan Kutluer, *İbnü’l-Mukaffa’ maddesi*, DİA, 21/136, Demirci, *Emevîlerden Abbasîlere Geçiş Sürecinin Bir Tanığı*, s: 141

kitaplarını tercüme etmekteki temel amacı, kıyasın yanlış kullanımını önlemek ve fıkıh usûlünde kıyası sistematik hale getirmek suretiyle hukuk alanındaki karmaşaya son vermektir.⁴⁷²

d)- İbn Mukaffa, hukuk alanındaki karmaşaya çözüm olarak bütün kadılar tarafından verilen kararların bir örneğinin doğrudan hilafet merkezine gönderilmesini tavsiye etmektedir. Buna göre, bir merkezde toplanan kararlar arasından İslâm hukukunun temel ruhuna ve sünnete en uygun olanının seçilmesini, seçilen bu kararların hepsinin bir kitap haline (*Kitaben Camian*) getirilerek ve ülkenin dört bir tarafındaki bütün kadılara gönderilerek her yerde aynı hükmün uygulanmasını ve böylece yargı birliğinin sağlanmasını amaçlamaktadır.⁴⁷³

Literatürde, İbn Mukaffa'nın bu görüşleri, merkezî bir devlet geleneğine dayanan Sâsânî devlet yapısını çok iyi bilmesine dayandırılmaktadır. Ancak, Sâsânîler döneminde kodifikasyon sonucu oluşan standart bir hukuk metninin olmaması dikkate alındığında,⁴⁷⁴ bu düşüncelerin Sâsânî devlet geleneğinden ziyade, İbn Mukaffa'nın o günkü düşünce ve gözlemleri sonucu oluştuğunu kabul etmek daha olasıdır. Bununla birlikte, hukukla ilgili tavsiyelerinin dışındaki siyasî, malî, idarî ve askerî alandaki düşüncelerinde Sâsânî devlet geleneğinin izleri görülmektedir.⁴⁷⁵

Kanaatimizce burada iki hususun özellikle belirtilmesi gerekmektedir. Birincisi; İbn Mukaffa'nın dile getirdiği bu tarz hukukî karışıklıklar İslâm hukuk tarihinde acaba ne derece etkili olmuştur? Ortaya çıktığı varsayılan karışıklıklar bütün bir hukuk sistemini felç edecek şekilde midir? Yoksa bölgesel bazı örnekler, genelleştirilmiş midir? İkincisi de; İbn Mukaffa'nın usûl ve kıyas konusundaki görüşleri, ilk dönemler için belki geçerli olabilir. Ama fıkıh ekollerinin sistemli bir şekilde mezhepleşmesi ve bu konuda meydana getirilen literatür ile bu karışıklık büyük oranda giderilmiştir. Aksi durum -İbn Mukaffa'nın bu görüşlerinin hayata geçmemesi dikkate alındığında- bu karışıklığın İslâm hukukunun bundan sonraki dönemleri için de geçerli olduğu şeklinde yanlış bir kanaate neden olacaktır. Hâlbuki

⁴⁷² Demirci, *Emevîlerden Abbasîlere Geçiş Sürecinin Bir Tanığı*, s: 141

⁴⁷³ İbnü'l- Mukaffa, *İslâm Siyaset Üslubu*, s: 114, Demirci, *Emevîlerden Abbasîlere Geçiş Sürecinin Bir Tanığı*, s: 141

⁴⁷⁴ Şafak, *İslâm Hukukunun Tedvîni*, s: 134

⁴⁷⁵ Kutluer, *İbnü 'l-Mukaffa' maddesi*, s: 137

İslâm hukuku özellikle mezheplerin bir kurum olarak ortaya çıkmasıyla, sistemli bir bütünlük kazanmış ve dağınıklık arz etmekten kurtulmuştur.

2- İmam Mâlik'in el-Muvatta'ı

İbn Mukaffa'nın Abbasî halifesi Ebû Cafer el- Mansûr'a, İslâm hukukunun standart bir metne sahip olmasıyla hukukî istikrarın ve uygulama birliğinin sağlanacağı yönündeki telkinleri üzerine Halife Mansûr bu işi İmam Mâlik'e (179/795) tevdi etmiştir.⁴⁷⁶

İmam Mâlik de esasen fetihlerle genişleyen İslâm coğrafyasının çeşitli merkezlerinde yürütülen fikhî etkinliklerde açığa çıkan yoğun görüş farklılıklarının giderilmesi gerektiğini, bu sorunun da büyük ölçüde Medine uygulaması ile aşılabileceğini düşünmekteydi.⁴⁷⁷ Çünkü İmam Mâlik, Medine'deki uygulamanın diğer bölgelere göre çok önemli artı özellikler taşıdığına ve burada oluşmuş fikhî birikimin sıradan olmadığına inanmaktaydı.⁴⁷⁸ Esasen eserine “yürünmüş yol” anlamına gelen *Muvatta* adını vermesi de, bu eserin Hz. Peygamber, sahabe, tâbiî âlimler ve onları izleyen Medine halkı gibi erdemli kuşaklardan süzülerek gelen bir geleneğe dayanması sebebiyledir.⁴⁷⁹ Ayrıca kitaba başlık olarak seçilen *Muvatta* kelimesinin “gözden geçirilip ayıklanan, kolayca anlaşılan ve üzerinde fikir birliği edilen kitap” anlamına⁴⁸⁰ gelmesi de, netice itibarıyla bu eserin belirli bir gelenekten gelen bilgilerin kolay anlaşılması amacına matuf olarak kaleme alındığını göstermektedir.

Mâlikî mezhebinin kurucu İmamı ve fıkıh edebiyatı tarihinde mevcut en eski İslâm hukuk mecmuası (*corpus juris*) olan *el-Muvatta*'nın müellifi İmam Mâlik b. Enes'in bu eseri ne zaman kaleme aldığına dair çeşitli değerlendirmeler bulunmakla birlikte hâkim görüş, Halife Mansûr (136–158/754–775) döneminde ya bitirdiği ya da bitirmek üzere olduğu ancak kamuoyuna sunuşunun yeni halife Mehdî (158–

⁴⁷⁶ Muhammed Yusuf Guraya, *Historical Background of the Compilation of the Muwatta of Malik b. Anas*, Islamic Studies, cilt: 7, sayı: 4, 1968, s: 384

⁴⁷⁷ Muhammed Ebu Zehra, *İmam Malik*, çev: Osman Keskiöğlu, Ankara, 1984, s: 214

⁴⁷⁸ İ. Kâfi Dönmez, *Amel-i Ehl-i Medine maddesi*, DİA, 3/23

⁴⁷⁹ Bilal Aybakan, *Fıkıh İlminin Oluşum Sürecinde İcma*, İstanbul, 2003, s: 91

⁴⁸⁰ M. Yaşar Kandemir, *Muvatta maddesi*, DİA, 31/416

169/775–785) dönemine sarkmış olabileceği şeklindedir. Buna göre *Muvatta*’nın 160/777 yılından önce yazılmış olması kuvvetle muhtemeldir.⁴⁸¹

Muvatta, kitab ve bâb sistematigine uygun olarak tasnif edilen ilk eserdir. Önceleri on bin hadis ihtiva eden bu eseri, İmam Mâlik her yıl gözden geçirmek suretiyle ihtisar ederek bugünkü haline getirmiş ve bu çalışmalar yaklaşık kırk yıl sürmüştür. Güvenilir râvilerden sahih hadisler alındığı için *el-Muvatta*’yı sahih kitaplar arasında sayanlar bulunduğu gibi onda, mürsel, munkatı ve belağ türünde rivayetlerin yer aldığını belirtenler de bulunmaktadır. İmam Mâlik ile onun görüşlerini benimseyenlere göre *el-Muvatta*’daki bütün hadisler sahihtir.⁴⁸² Fıkıh konularına göre tasnif edilen hadisler yanında ashabın görüşlerini, tabiin fetvalarını ve İmam Mâlik’in kendi içtihatlarını da ihtiva etmesi sebebiyle *el-Muvatta*, fıkıh-hadis karışımı bir eserdir.⁴⁸³

İmam Mâlik *el-Muvatta*’yı tamamlayınca, hac farızası için Medine’ye gelen Halife Mansûr’a eserini takdim etmiştir. Halife de eseri beğenmiş, bunun çoğaltılarak bütün şehirlere gönderilmesini ve mahkemelerde bir kanun metni olarak kullanılmasını emretmiştir.⁴⁸⁴ İmam Mâlik ise bu tarz bir uygulamanın doğru olmadığını belirterek bu düşünceye karşı çıkmıştır. Daha sonraları Mehdî ve Harun Reşîd zamanlarında da yapılan bu teklife, İmam Mâlik her seferinde itiraz etmiştir.⁴⁸⁵ Halifelerin, uygulamada ve yargıda birlik ve istikrarı sağlamak amacıyla yaptıkları bu teklife İmam Mâlik’in karşı çıkması muhtemelen İslâm hukukunun donuklaşmasına ve içtihat ruhunun ölmesine sebep olacağı düşüncesiyledir. Ayrıca Hz. Peygamber, sahabe ve tabiinden gelen rivayetlerin çok farklı kanallarla gelmiş olması ve her âlimin kendisine ulaşan sünnet mirasını yaşadığı zamanın ve coğrafyanın etkisiyle farklı değerlendirmesi ve bu farklı değerlendirmelerin de standart bir görüşün ortaya çıkmasına engel olacağı düşüncesi İmam Mâlik’in bu işe sıcak bakmamasının sebepleri arasında zikredilmektedir.⁴⁸⁶ Abbasî idaresinin bu teklifi, İmam Mâlik’e değil de, İmam Mâlik’in de aralarında bulunduğu bir komisyona yapması durumunda bu girişimin hayata geçmesinin muhtemel olduğunu

⁴⁸¹ Aybakan, *Fıkıh İlminin Oluşum Sürecinde İcma*, s: 64

⁴⁸² Kandemir, *Muvatta maddesi*, s: 416

⁴⁸³ Ahmet Özel, *Mâlik b. Enes maddesi*, DİA, 27/512

⁴⁸⁴ Abdurrahman Abdülaziz el-Kâsım, *el-İslâm ve Taknînü’l-Ahkâm*, by, 1977, s: 242

⁴⁸⁵ Hallaf, *İslâm Hukuk Felsefesi*, s: 15–16

⁴⁸⁶ Abdulvehhab Hallaf, *İslâm Teşrii Tarihi*, çev: Hüseyin Atay, Ankara, 1970, s: 43–44

düşünen İslâm hukukçuları bulunmaktadır.⁴⁸⁷ Ayrıca Halife Mansûr'un bu teklifi, Iraklı (Ebû Hanîfe) veya Suriyeli (Evzâî) hukukçulara değil de İmam Mâlik'e yapmasını, Mansûr'un da gençliğinde Medineli fakihlerin halkasında yetişmiş olmasına bağlayan İslâm hukukçuları bulunmaktadır.⁴⁸⁸

3- Ebû Yûsuf'un Kitâbü'l-Harâc'ı

Abbasîler dönemi Emevîler dönemine göre şu iki açıdan büyük farklılık arz etmektedir. Birincisi; Abbasîleri iktidara taşıyan süreçte Emevî dönemi uygulamalarının halk tabakasında meydana getirdiği hoşnutsuzluğun payı büyüktür. Bu hoşnutsuzlukların farkında olarak iktidara gelen Abbasîler, kendi dönemlerinde sıkı bir İslâmlaşma (İslâmîleşme) politikası uygulamışlardır.⁴⁸⁹ Burada İslâmlaşmadan kastığımız, mevcut yapıda İslâm'ın temel öğretilerine daha sıkı bir bağlılığın olduğu, bir dizi reform veya ıslahat girişimidir. İkincisi de; Emevîler zamanında içe kapanık bir politika izlenmesine karşılık Abbasîler zamanında gerek komşu ülke ve kültürlerle ilişkilere gerekse Mevâlînin (Arap olmayan tebeanın) ülkenin idarî ve siyasî yapılanmasında aktif bir rol oynamalarına önem verilmiştir.⁴⁹⁰ Bu da, devletin siyasî ve idarî yapılanmasına çok farklı kurumların kazandırılması imkânını sağlamıştır.

İran asıllı İbn Mukaffa devletin yeniden yapılandırılmasını tavsiye ettiği yol haritasında İslâm hukukunun standart bir yapıya kavuşturulmasını dönemin Abbasî devlet adamlarına önermişti. Halife Ebû Cafer el-Mansûr da İmam Mâlik'e eserini bu amaçla kullanmayı teklif etmiş ancak İmam Mâlik bu teklife, İslâm hukukunun gelişimine engel olacağı düşüncesiyle karşı çıkmıştı. Aynı amaca matuf benzeri bir teklifi Halife Harun Reşîd Ebû Yûsuf'a (182/798) yapmış, Ebû Yûsuf da İslâm ekonomi-politiğini (iktisat) ihtiva eden *Kitabu'l-Harâc* adlı eserini kaleme almıştır.

Abbasîler dönemi İslâm siyasî tarihinde devletin bütün kurumlarıyla yerleştiği bir dönemdir. Devlet içindeki kurumların sağlıklı işlemesi, bu kurumların istikrarlı çalışmalarına bağlıdır. Bu istikrar da ülke genelinde standart mâhiyette bir takım uygulamaları gerekli kılmaktadır. Adaletin ve istikrarın sağlanması açısından

⁴⁸⁷ Hallaf, *İslâm Hukuk Felsefesi*, s: 54

⁴⁸⁸ Guraya, *Historical Background of the Compilation of the Muwatta of Malik b. Anas*, s: 388

⁴⁸⁹ Ali Hasan Abdülkadir, *Nazratün Amme fi Târîhi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire, 1965, s: 192-196

⁴⁹⁰ Yıldız, *Abbasîler maddesi*, s: 31

her yerde aynı hukukî hükümlerin uygulanması gerektiğinin farkında olan Halife Harun Reşîd işte bu amaçla, Ebû Yûsuf'tan devletin malî işleri ve gelir kaynakları hakkında bir kitap yazmasını istemiş ve *Kitâbü'l-Harâc* bu düşüncenin sonucu olarak kaleme alınmıştır.⁴⁹¹

Ebû Yûsuf'un konumuz açısından önem arz eden iki yönü bulunmaktadır. Birincisi; Ebû Yûsuf, malî hukuk sahasında eseri günümüze ulaşan ilk müelliftir.⁴⁹² İkincisi de; *Kitâbü'l-Harâc* ile teorik zeminini oluşturduğu hukukî birliği sağlama düşüncesini, başkadı olduğunda pratiğe taşıyarak yargıda da birliği sağlamaya çalışmasıdır. *Kitâbü'l-Harâc*'ı değerlendirirken, Ebû Yûsuf'un baş kadı sıfatıyla edindiği gözlem ve tecrübelerin esere yansması da göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü başkadı sıfatıyla muhtemelen toprak ve vergi hukuku kapsamına giren davalarla ilgilenmek durumunda kalmış ayrıca devlet mekanizmasında üst düzey bürokrat olarak görev yapması sebebiyle devlet arşivlerine, vergi defterlerine ve konunun uzmanlarına ulaşmada herhangi bir zorlukla karşılaşmamış, karşılaştığı bir takım sorunlar ise meselelere vukufiyet noktasında kendisine çok şey kazandırmıştır.⁴⁹³

Kitâbü'l-Harâc, isminden de anlaşılacağı üzere dar anlamda toprak ve vergi hukukuna, geniş anlamda ise kamu maliyesine ilişkindir. Temelde malî konular ele alınmakla birlikte örneğin müsâkat akdi, şirb hakkı gibi meseleler de ele alınmıştır. Çünkü tarım arazilerine ulaşan suyun kaynağı, toprakların sulanabilirliği ve su ürünlerinin cinsi gibi konular aynı zamanda vergi ile ilgili konuları da kapsamaktadır.⁴⁹⁴

Kitâbü'l-Hârac, devletin vergi politikasının yeni baştan inşâ edildiği bir eserdir. Buna göre, devlet vergilendirmede halkın ödeme gücünü dikkate alarak vergi koymalı, vergiler merkezî hükümet tarafından belirli bir standarda bağlanmalı, vergi tahsildarlarının keyfî uygulama ve suiistimallerine imkân bırakılmamalıdır. Verginin tahsilinde halka kötü muamele yapılmamalı, mahsulün tarlada zarar görmemesi için tahsilâtta gecikilmemelidir. Vergi tahsildarlarının iyi eğitilmiş, üstün ahlâk sahibi,

⁴⁹¹ Kallek, *İslâm İktisat Düşüncesi Tarihi*, s: 70

⁴⁹² Salim Ögüt, *Ebû Yûsuf maddesi*, DİA, 10/264

⁴⁹³ Cengiz Kallek, *Kitâbü'l-Harâc maddesi*, DİA, 26/102

⁴⁹⁴ Kallek, *Kitâbü'l-Harâc maddesi*, s: 102

halkla diyalog kurabilen kişilerden olmasına önem verilmeli, tahsildarların kötü muamelesiyle, halkla devlet arasına mesafe girmemelidir.⁴⁹⁵

Abbasîler zamanında devletin yeniden yapılanmasının hukuka yansıyan kısımları olarak ele aldığımız İbn Mukaffa ve Ebû Yûsuf arasındaki görüş farklarını da şu şekilde ifade etmek mümkündür: İbn Mukaffa devlet başkanına yasama yetkisini bizzat kullanma çağrısını yaparken, Ebû Yûsuf ise halifenin yürürlüğe koymasını istediği bir kanun metnini hazırlamıştır.⁴⁹⁶

Kitâbu'l-Harâc, devletin o güne kadar vatandaşıyla en problemlili olduğu malî hukuk alanında tüm ülkede uygulama birliği ve istikrarı sağlamak amacıyla kaleme alınan bir eser olmakla birlikte aynı zamanda bu yönde literatürde bir geleneği de başlatmıştır.⁴⁹⁷ Çeşitli zamanlarda bu tip konuların ele alındığı bir *Kitâbü'l-Harâc* literatürü meydana gelmiştir. Bu geleneği, bir hukuk sisteminde yasa koyucunun günün koşullarına uygun olarak mevcut sistemde bir takım değişiklikler yoluyla yaptığı ıslah ve tadil çalışmaları kapsamında değerlendirmek mümkündür. Ebû Yûsuf ile temelleri atılan İslâm Kamu Maliyesi bu yönde bir ilk olmasıyla genel esasları ve temel çerçeveyi belirlemiş bundan sonra ortaya konulan eserler de bu ana çatıya sadık kalarak günün şartları doğrultusunda bazı yeni hükümler getirmiştir. Örneğin bu yönde hem Ebû Yûsuf'un öğrencisi Yahya b. Âdem'in (203/818) hem de Kudâme b. Cafer'in (337/948) *Kitabü'l-Harâc* adlı eserleri bu amaç doğrultusunda meydana getirilen eserlerdendir. Ayrıca literatürde ortaya çıkan diğer eserlerde (Ahkâmü's-sultâniyye veya fikhın muamelatla ilgili konularını kapsayan diğer eserlerde) de bu tip konular ele alınmış ve İslâm toplumunun ihtiyacı gözetilerek ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

Ebû Yûsuf'un *Kitâbü'l-Harâc*'ı kaleme almasının ülkede hukukî birlik ve istikrarı sağlamada tek başına yeterli olmadığı kanaatinde olan Abbasî idaresi Ebû Yûsuf'u yargının başına getirerek bu yönde bir adım daha atmıştır. Ebû Yûsuf'un ülkenin dört bir tarafına atanacak yargı mensuplarının seçiminde tek yetkili otorite olması tüm ülkede standart bir yargı teşkilatının da kurulmasına imkân sağlamış ve İslâm hukuku kendi içinde hukukî istikrarı sağlamaya çalışmıştır. Ebû Yûsuf'un ülkenin genelinde görevlendirilecek yargı mensuplarını, Ebû Hanîfe'nin müşavere ve

⁴⁹⁵ Kallek, *Kitabü'l-Harac maddesi*, s: 103

⁴⁹⁶ Kallek, *İslâm İktisat Düşüncesi Tarihi*, s: 32

⁴⁹⁷ Şafak, *İslâm Hukukunun Tedvini*, s: 83

ilim meclisinde bulunan Irak fikhına vâkıf kimselerden seçmesini ve bu sayede yargılamada birlik ve istikrarı sağlamaya çalışmasını⁴⁹⁸ katı bir mezhep taraftarlığıyla açıklamak isabetli değildir. Çünkü henüz o zamanlarda bugünkü anlamıyla bir ekolleşme tam olarak ortaya çıkmamıştır. Ancak, Ebû Yûsuf, nakil kadar akla da yer veren bu ekol (Ehl-i Irak) mensuplarının önlerine gelen davalarda daha isabetli çözüm önerileri getirebileceklerini düşünerek bu ekol mensuplarını öncelemiş olabilir.

Avrupa’da kanunlaştırma faaliyetlerinin XIX. yy.da gerçekleştirmeyi hedeflediği hukukî istikrar ve uygulama birliği gibi temel amaçlar, Ebû Yûsuf’un *Kitâbü’l-Harâc*’ı kaleme alması örneğinde olduğu gibi İslâm hukukunda çok erken diyebileceğimiz bir zaman diliminde sağlanmıştır. Bu yönüyle *Kitâbü’l-Harâc*’ı, İslâm Kamu Maliyesinin ilk şekli kodifikasyonu olarak kabul etmek mümkündür.

4- Abdullah b. Tâhir’in Kitâbü’l-Kuniyy’i

Kitâbü’l-Kuniyy, Abbasîler devrinin önemli devlet adamı ve kumandanlarından Abdullah b. Tâhir (230/844) zamanında yapılan bir çalışmadır. Abdullah b. Tâhir, Abbasîlerin Horasan eyaleti valisi olarak, bölgenin ekonomik açıdan kalkınmasına ve refah düzeyinin yükseltilmesine çok önem vermiş, bu amaçla ziraatla ilgili bazı düzenlemelerde bulunmuştur. Arazi sulamasında kullanılan suyun düzenli bir şekilde tüketilmesini sağlamak ve halk arasında bu yüzden çıkan ihtilafları önlemek amacıyla Horasan fakihleriyle Irak fakihlerini bir araya getirerek kanunlar hazırlatmıştır. Bu fakihlerin düzenlemiş olduğu *Kitâbü’l-Kuniyy* (Kanallar Kitabı) adlı eser, iki asır boyunca sulama işlerinde rehber olarak kullanılmıştır.⁴⁹⁹ Bu kitabın ne zaman hazırlandığı kesin olarak bilinmemekle birlikte 224/838 tarihli Fergana depreminden sonra hazırlandığı şeklinde rivayetler bulunmaktadır.⁵⁰⁰ Abdullah b. Tâhir’in, Halifeye ödediği verginin 38–44 milyon dirhem arasında değişmesi, idaresi altındaki ülkenin refah seviyesini ve bu eserin de büyük bir amaca hizmet ettiğini göstermesi açısından önemlidir.⁵⁰¹

⁴⁹⁸ Bardakoğlu, *Hanefî mezhebi maddesi*, s: 4

⁴⁹⁹ Köprülü, *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi*, s: 267

⁵⁰⁰ Ekinci, *İslâm Hukuku Tarihi*, İstanbul, 2006, s: 141

⁵⁰¹ Hakkı Dursun Yıldız, *Abdullah b. Tahir maddesi*, DİA, 1/138

5- Standart Fıkıh Metinleri

Hicri II. yy.dan itibaren sistematik bir ilim hüviyetini kazanan fıkha dair ilk eserler I. (VII.) yüzyılın sonlarından itibaren yazılmaya başlanmış ve Abbasîler zamanında belirli bir mesafe katetmiştir. Bu eserlerden günümüze kadar gelenler olduğu gibi kaynaklarda adı geçmekle birlikte günümüze kadar gelmeyen eserler de bulunmaktadır. Tezimizin imkân ve sınırlarını dikkate alarak bu eserleri ayrıntılı bir şekilde tek tek ele almayıp, bunların hukukî istikrarı ve uygulama birliğini sağlamaya katkıları diğer bir ifadeyle kanunlaştırma olgusu bakımından İslâm hukuk tarihindeki yeri üzerinde duracağız. Çünkü müstakil kanunlaştırmanın meydana gelmediği İslâm hukukunda bu tarz eserler vasıtasıyla sosyal hayatın ihtiyaçları karşılanmış ve hukuk dağınık bir görünüm arz etmekten kurtulmuştur. Gerek konulu müstakil fıkıh kitaplarının ortaya çıkması ve gerekse daha sonraları dört büyük mezhebin İslâm dünyasında yerleşmesiyle el kitabı (manuel) tarzında o mezhebin görüşlerinin özet olarak ele alındığı muhtasar türü eserler ortaya çıkmış ve İslâm hukuku asgari manada standart bir hukukî metne kavuşmuştur.

Hukukî istikrar fikri ilk dönemlerden itibaren konuların ele alınış tarzına yansımıştır. Hicri II. yy.dan itibaren tedvîn edilmeye başlanan klasik fıkıh literatüründe, İslâm toplumlarındaki uygulama örneklerini ve farklılıklarını aynen yansıtmak veya tartışmaya açmak yerine, hukuk eğitimi ve uygulama için model oluşturma ve istikrarı sağlama hedeflendiğinden ilk dönem eserlerinde daha sonraki dönemlerde görülen polemikler veya tartışmalar bulunmamaktadır. Bu nedenle, klasik fıkıh doktrininin dönemlerindeki İslâm toplumunun geleneğini ve problemlerini dile getirmekten ziyade ilk dönemlerden devralınan hukuk kültürünü yansıttığını ve doktriner tartışmaların bu çerçevede yürütüldüğünü ifade etmek mümkündür.⁵⁰²

Standart fıkıh metinlerini müstakil konuların ele alındığı *Siyer*, *Kitabü'l-Harâc*, *Ahkâmü's-sultâniyye* vb. eserler, el kitabı veya başvuru kitabı mâhiyetinde mezheplerin görüşlerinin belirli bir formda yer aldığı muhtasar eserler ve içinde bulundukları zaman diliminde gerek hukukî tefekkürün oluşmasına gerekse hukukî istikrarı sağlamaya yönelik önemli katkılarda bulunan yarı-resmî hukuk kodu niteliğindeki eserler olmak üzere üç grupta mütalaa etmek mümkündür.

⁵⁰² Ali Bardakoğlu, *Hırsızlık maddesi*, DİA, 17/393

a- Müstakil Konulu Eserler

İslâm hukuk ekollerinin kurumsallaşmasıyla birlikte fıkıh literatürü zenginleşmiş ve bütün konuları ihtiva eden eserlerin yanında belli başlı konuların ele alındığı müstakil konulu kitaplar da ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu kitaplar İslâm hukukunun özellikle ibadet dışında kalan konularını müstakil olarak ele almakla adeta gayr-ı resmî bir kodifikasyon işlevi görmüşlerdir. İdare, anayasa, vergi ve kısmen cezayı ihtiva eden eserler “*el- ahkâmü’s-sultâniyye ve siyâsetü’ş-şeriyye*”, devletler hukukunu ele alan eserler “*siyer*”, daha ziyade vergi hukukuyla ilgili olan eserler “*harâc ve emvâl*”, miras hukukunu içeren eserler “*ferâiz*”, resmî ve hukukî yazışmaları, senetleri vb. belgeleri konu edinen eserler “*şürû*”, muhâkeme usûl hukukunu ele alan eserler “*edebü’l-kâdi*”, mukayeseli hukuku ele alan eserler “*hilâf*”, hukuk felsefesine tekabül eden konuları içeren eserler “*hikmetü’t-teşri*” ve hukukî kural ve örnekleri ele alan eserler de “*eşbâh ve’n-nezâir ile furûk*” adları altında kaleme alınmıştır.⁵⁰³ Ancak bu eserler içinde konumuz açısından önem arz edenler *harâc ve emvâl*, *eşbâh*, *siyer* ve *ahkâmü’s-sultâniyye* türü eserlerdir. Çünkü bu eserler ele aldıkları konular itibariyle modern kanunlaştırmaların hedeflediği konuları kapsamıştır. Bu kitaplar vasıtasıyla hukukî istikar ve uygulama birliği sağlanmış, İslâm hukuku içinde bulunduğu zaman diliminde toplumun talep ve beklentilerine cevap verebilmiştir.

aa- Devlet İdaresiyle İlgili Eserler

Klasik İslâm hukuk literatüründe “devlet idaresiyle ilgili hükümler” *el-Ahkâmü’s-sultâniyye* terimi ile ifade edilmiş, zamanla bu kavram hem devlet idaresini ve iç yapılanmasını hem de bu alanda yazılan eserleri kapsamak üzere anlam genişlemesine uğramıştır. İslâm hukuku eserlerinin klasik üçlü tasnifinin dışında, pratik hayatta duyulan ihtiyaç sebebiyle devlet başkanlığı, vezirlik, idare hukuku, esas teşkilat, devletin idarî, malî ve kazâî yapısıyla ilgili hükümleri ele alan bu tarz eserler içinde kendisinden sonrakilere de örnek olan ve günümüze kadar gelen iki önemli eser bulunmaktadır.⁵⁰⁴ Bunlar; Şafîî fakih Mâverdî’nin (450/1058), Abbasî halifesi Kâdir-Billâh’ın (422/1031) isteği üzerine kaleme aldığı *el-*

⁵⁰³ Karaman, *Fıkıh maddesi*, s: 2

⁵⁰⁴ Ali Şafak, *el-Ahkâmü’s-sultâniyye maddesi*, DİA, 1/554–555

Ahkâmü's-sultâniyye ve'l-vilâyâtü'd-dîniyye adlı eseri⁵⁰⁵ ile Hanbelî fakih Ebû Yala el- Ferrâ'nın (458/1066) kaleme aldığı *el- Ahkâmü's-sultâniyye* adlı eserdir. Aynı zamanda bu iki eser bu türün ilk örneklerindendir.⁵⁰⁶

Mâverdî'nin eserini telif etmesine sebep olarak gösterilen Abbasî halifesinin ricası, o günkü siyasî konjonktür dikkate alındığında oldukça anlamlıdır. Çünkü eserin yazılmasının istendiği dönem aynı zamanda Abbasî hilafetinin üzerindeki Şî-Büveyhî nüfuzunun azaldığı, Abbasî hilafetinin güçlenmeye başladığı ve Sünniliğin yeniden hâkim kılınmaya çalışıldığı bir dönemdir. Böyle bir ortamda hem meselenin teorik yönüne ışık tutmak hem de yürütülen siyasî mücadeleye hukukî bir dayanak bulmak amacıyla bu eserin yazılmasının istenmiş olması kuvvetle muhtemeldir.⁵⁰⁷

Özel inisiyatiften böyle bir eserin yazılmasının resmen talep edilmesi aynı zamanda devlet başkanlarının dönemin hukukçuları ile ilişkilerini ve yaptıkları işlerde hukukî dayanak arama gayretlerini göstermesi bakımından da önemlidir. Bu da bize, İslâm hukukunun gelişiminin tesadüfî olmadığını, kendi doğal seleksiyonu içinde devletin bazı müdahale ve yönlendirmelerinin de bulunduğunu göstermektedir. Devletin anayasa ve işleyişi ile ilgili konuların ele alındığı bu tarz eserleri, İslâm hukukunun belirli bir takım alanlarında yapılan şekli kanunlaştırma kapsamında değerlendirmek mümkündür.

bb- Devletler Hukukuyla İlgili Eserler

Siyer kelimesi; tavır, hareket ve davranış anlamındaki sîret kelimesinin çoğuludur. İslâm hukukçuları, İslâm devletinin diğer devletlerle ilişkilerinde takip edeceği tutum ve siyaseti, Hz. Peygamber ve Hulefâ-i Raşidîn'in izlediği yoldan istinbât ettikleri için tespit ettikleri hükümlere bu genel başlığı uygun görmüşlerdir. Buna göre klasik İslâm hukuk literatüründe İslâm devletler hukuku "*siyer*" kelimesi ile ifade edilmiştir. Bu tarz bir adlandırma aynı zamanda bu alandaki düzenlemelerin Hz. Peygamber gibi ideal bir örneğe dayanmasıyla, keyfî değil hukukî bir temele dayandığını da göstermektedir. Buna göre, devlet idarecilerinin devletler hukuku alanında izleyecekleri yol Hz. Peygamber ve ashabının yoludur. Literatürde aynı

⁵⁰⁵ Mehmet Erkal, *el-Ahkâmü's-sultâniyye maddesi*, DİA, 1/555-556

⁵⁰⁶ Erkal, *el-Ahkâmü's-sultâniyye maddesi*, s: 556-557

⁵⁰⁷ Erkal, *el-Ahkâmü's-sultâniyye maddesi*, s: 556

anlamı ifade etmek üzere, *megâzi* ve *cihâd* gibi kavramlar da kullanılmıştır. Her üçü de İslâm devletler hukuku anlamına gelmektedir.

Bu alanda ilk telif İmam Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'ye (189/805) ait *es-Siyerü'l-Kebîr* adlı eserdir.⁵⁰⁸ Ebû Hanîfe'nin de *Siyer* isimli bir kitabı öğrencilerine imla ettirmesi söz konusu⁵⁰⁹ olmakla birlikte Şeybânî'nin *es-Siyerü'l-Kebîr*'i ilk defa sistemli bir şekilde yazılan ve kendisinden sonrakilere de örneklik olma vasfına sahip bir eser konumundadır. Orijinal nüshası günümüze kadar gelmemekle birlikte Karahanlılar döneminin büyük hukukçusu Muhammed b. Ahmed es-Serahsî'nin (490/1097) yapmış olduğu şerhle günümüze kadar gelmiştir. Bundan sonraki çalışmalar genellikle Serahsî'nin *Şerhu Siyeril Kebir* adlı eseri örnek alınarak yapılmış ve bu alanda zengin bir literatür meydana gelmiştir.⁵¹⁰

Devletler hukukuyla ilgili hükümleri kapsayan bu tarz eserlerle “hukuka bağlı devlet” ideali ve uygulaması İslâm hukukunda çok erken dönemlerde oluşmuştur. Batıda ise bu yöndeki çalışmaların ancak XIX. ve XX. yy.larda ortaya çıktığı görülmektedir.⁵¹¹ Kıta Avrupası'ndaki kanunlaştırma olgusunun temellendirilmesinde Hugo Grotius'un⁵¹² devletler hukukuna ait “*Savaş ve Barış Hukuku Hakkında*” adlı eserinin büyük bir öneme sahip olduğunu belirtmiştik. İslâm hukukçuları ise bu eserden yaklaşık 800 yıl önce devletler hukukuyla ilgili görüş ve düşüncelerini ortaya koymuşlar ve bu tarz eserlerle İslâm hukukunun şekli kanunlaştırma örneklerini vermişlerdir.

cc- İslâm Ekonomi-Politikiyle İlgili Eserler

Bu grupta yer alan eserler İslâm kamu maliyesini düzenlemek amacıyla yazılmıştır. Gerek *harâc* gerekse *emvâl* türü eserler devletin malî politikalarını belirleyen, vergi ve arazi hukukunu içeren kitaplardır. Daha önce de belirttiğimiz gibi Abbasî Halifesi Harun Reşîd'in dönemin önde gelen âlimlerinden Ebû Yûsuf'a devletin malî politikalarının esaslarının belirleneceği bir eseri kaleme almasını teklif

⁵⁰⁸ Ahmet Yaman, *İslâm Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, Ankara, 1998, s: 40

⁵⁰⁹ Muhammed Hamidullah, *İslâm Hukuku Etüdleri*, İstanbul, 1984, s: 192

⁵¹⁰ Yaman, *İslâm Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, s: 40

⁵¹¹ Yaman, *İslâm Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, s: 32–37

⁵¹² Grotius'un devletler hukukuna ait fiirlerinin şekillenmesinde İslâm hukukunun “siyer” kaynaklı bilgilerinin etkileri olduğu ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Marcel A. Boisard, *Batının Kamu ve Uluslararası Hukukuna İslâm'ın Muhtemel Tesiri Üzerine*, çev: Şemsettin Ulusal, Marife, 4/2, 2004, s: 263–264, M. Rahmi Telkanaroğlu, *Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî ve Hugo Grotius'un Devletler Hukukuna Etkileri*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 5/2005, s: 67–94

etmesiyle başlayan bu gelenek, Ebû Yûsuf'tan sonra da devam etmiştir. *Emvâl* türünde kaleme alınan eserlerin en meşhurları arasında Ebû Ubeyd Kâsım b. Selâm (224/838) ve İbn Zencûye'ye (251/865) ait *Kitâbü'l-Emvâl* ile Ahmed b. Nasr ed-Dâvûdî'ye (402/1011) ait *Kitâbü'l-Emvâl* zikredilebilir.⁵¹³

dd- Hukukun Genel İlkelerini Belirleyen Eserler

İslâm hukukundaki küllî kaideler ile benzer meselelerin tâbi olduğu ortak veya farklı hükümleri açıklamayı konu alan ilim dalına ve bu dalda yazılan eserlerin genel adına *eşbâh ve nezâir* adı verilmektedir.⁵¹⁴ Aralarında pek çok yönden benzerlik bulunan durumlar *eşbâh* ile bir veya birkaç yönden benzerlik bulunan durumlar ise *nezâir* kavramı ile ifade edilmektedir.

Mezheplerin teşekkülü ve literatürün zenginleşmesi ile birlikte fıkıhın fûru kısmıyla ilgili pek çok eser kaleme alınmıştır. Bu eserlerin sayısının artması, benzer fikhî meselelerin çözümünde başvurulacak genel ilkeleri belirlemeyi amaçlayan eserlerin de doğmasına yol açmıştır. *Eşbâh ve nezâir* türü eserler de bu düşünceden hareketle meydana gelmiştir.⁵¹⁵ Özellikle içtihadın hüküm istinbâtında eskiye oranla daha az kullanılmaya başlanmasıyla birlikte bu tarz eserler, bir taraftan ortak meselelere çözümler getirmiş diğer taraftan İslâm hukukunun genel kaideleri şeklinde doktriner bir yapının inşâsına da imkân sağlamıştır.

Furûk ilim dalı da *eşbâh ve nezâir* ile kavâid ilim dallarıyla yakın ilişki içinde olan bir ilim dalıdır. Bu ilim dalı da fıkıhın dış görünüş bakımından birbirine benzeyen, ancak hüküm ve hukukî değerlendirme açısından farklı olan veya şekil itibarıyla farklı oldukları halde aynı hükme tâbi meselelerini konu edinen bir ilim dalıdır.⁵¹⁶ *Furûk* literatürünün tartışmasız en büyük örneği Şehâbeddin el-Karâfi el-Mâlikî'ye (684/1285) ait *Envârü'l-burûk fî envâi'l-Furûktur. El- Furûk, Furûku'l-Karâfi* diye de bilinen eser bu sahanın en ünlü eseri olarak kabul edilmektedir.⁵¹⁷

Kavâid ilmi de, zengin fıkıh birikiminin gözettiği ana ilkeleri tanıtmak ve farklı alanlardaki ferî meselelere getirilen muhtelif çözümlere ortak açıklama getirmek

⁵¹³ Cengiz Kallek, *Kitâbü'l-Emvâl maddesi*, DİA, 26/98, Kallek, *Dâvûdî, Ahmed b. Nasr maddesi*, DİA, 9/51, Ahmet Yıldırım, *İbn Zencûye maddesi*, DİA, 20/463,

⁵¹⁴ Mustafa Baktır, *Eşbâh ve Nezâir maddesi*, DİA, 11/456

⁵¹⁵ Berki, *Fetâvâ-yı Âlemgîriyye maddesi*, s: 278

⁵¹⁶ Şükrü Özen, *Furûk maddesi*, DİA, 13/223

⁵¹⁷ H.Yunus Apaydın, *Karâfi maddesi*, DİA, 24/400

düşüncesiyle doğmuş bir ilim dalıdır. Gerek *kavâid* ilmi gerekse *eşbâh ve nezâir* ile *furûk*, fıkıh mezheplerinin doktriner yapısının tamamlanmasından sonra ortaya çıkmış ilimlerdir.⁵¹⁸ Diğer bir ifadeyle, önce mezhepler teşekkül etmiş, bu mezhepler içinde nüfuz kazanan eserler oluşmuş, daha sonra da bu eserlerde yer alan genel hükümleri belirli bir sistem dâhilinde işleyen *kavâid literatürü* ortaya çıkmıştır.

Kavâid literatürü ile ilgili ilk eserler Hanefî mezhebinin hâkim olduğu bölgelerdeki âlimler tarafından kaleme alınmıştır.⁵¹⁹ Hanefî fukahânın hüküm istinbât ederken diğer hukuk ekollerine bağlı fukaya göre rey ve kıyasa daha fazla yer vermeleri, zamanla geniş fûru meselelerin bir araya getirildiği içtihat koleksiyonlarının çoğalmasına yol açmış,⁵²⁰ bu da dağınık olan fûru ahkâmı prensiplere bağlama gayretlerini hızlandırarak fikhî kaideleri tedvîne yol açmıştır. Ayrıca Hanefî usûlünün mezhep içindeki fûru eserlerden hareketle oluşturulması diğer bir ifadeyle bütünden parçaya gitmeleri, bu mezhebe mensup fakihlerde tümevarımsal bir yöntemle cüziden küllîyi çıkarma zihin alt yapısını oluşturmuş, bu da kaideleştirme olgusuna zemin hazırlayan etkenlerden olmuştur.⁵²¹

Literatürde fikhî kaidelerin diğer disiplinlere ait kaidelerden farkını ifade etmek üzere *küllî kaide* veya *kavâid-i külliyye* ifadesi kullanılmıştır. Nitekim *Mecelle*'nin başında *küllî kaidelerin* meşhurlarından doksan dokuz tanesine yer verilmiş, daha önceki dönemlerde farklı metotlarla yapılan telif çalışmaları *Mecelle*'den sonra bu doksan dokuz kaide üzerine yoğunlaşmıştır. *Küllî kaidelerin* sayısı konusunda çok farklı görüşler olmakla birlikte İslâm dininin beş temel esas üzerine bina edilmesinden hareketle *küllî kaideler* de beş ana kaide (1-Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir, 2- Şekk ile yakîn zâil olmaz, 3- Meşakket teysîri celbeder, 4- Zarar izâle olunur, 5- Âdet muhakkemdir) üzerine bina edilmiş, diğer kaideler de bunların açılımı olarak görülmüştür.⁵²²

⁵¹⁸ Mustafa Baktır, *Kaide maddesi*, DİA, 24/206

⁵¹⁹ Mustafa Baktır, *İslâm Hukukunun Genel Prensipleri*, Ekev Akademi Dergisi, sayı: 34, 2008, s: 204

⁵²⁰ Burada ifade etmeye çalıştığımız husus; diğer mezheplerde de bu yönde zengin bir literatür olmakla birlikte, Hanefîlerin bâriz üstünlüklerinin bulunmasıdır. İslâm hukuk ekollerinde oluşan kavâid literatürü için bkz: Ali Pekcan, *İslâm Hukuku Literatüründe Fıkıhın Genel Kurallarına Dair İlk Risale*, İslâmî Araştırmalar, cilt: 16/2, 2003, s: 294–295

⁵²¹ Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Furû-ı Fıkıh Eserlerinde Fikhî Kâidelerin Uygulama Alanına Bir Örnek Olarak Bedâi'ü's-Sanâi'*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 8/2006, s: 85–86, Ali Ahmed en-Nedvî, *el-Kavâidü'l-Fikhiyye*, Dimeşk, 1994, s: 135, Abdurrahman Haçkalı, *Hanefî Mezhebinin İctihat Geleneginin Tümdengelimci Yönü Üzerine*, İslâmî Araştırmalar, cilt: 15/1–2, 2002, s: 289

⁵²² Baktır, *Kaide maddesi*, s: 206–208

Bu üç türe giren eserlerde yer alan hükümlerin müstakil kaynak olarak tek başına hüküm istinbâtında yeterli olup olmayacağı ise İslâm hukukçularını meşgul etmiş bir sorudur. Hâkim düşünce; bu tarz eserlerin hüküm istinbâtı için tek başına yeterli olmadığı ancak konuyla ilgili tercihte hükmü destekleyeceği ve illetini açıklayıcı tarzda şahit olarak gösterilebileceği şeklindedir.⁵²³ Nitekim *Mecelle*'nin Esbâb-ı mûcibe mazbatasında da “*Hükkâm-ı şer bir nakl-i sarîh bulmadıkça yalnız bunlarla hükmedemez*” denilerek, bu duruma işaret edilmektedir. *Mecelle* şârihi Ali Haydar Efendi de (1936) mezhepte muteber kabul edilen kitaplardan konu ile ilgili bir nakil olmadığı sürece, bu kaidelere dayanarak hüküm verilemeyeceğini ifade etmiştir.⁵²⁴ Mustafa Baktır, Muhammed Rifat Bey'in *Tevafukât-ı Kavâid-i Külliye* adlı eserinden naklen “Osmanlı mahkemelerinde bir kanun maddesi gösterilmeden yalnız *Mecelle*'nin küllî kaidelerine dayanılarak verilen hükümlerin temyizde bozulduğunu” kaydetmektedir.⁵²⁵

Bu üç ilim dalına ait eserlerin ortaya çıkması, belirli bir mezhebe mensup âlimlerin mezheplerini savunmak ve bu mezhep hükümleri içindeki mantıkî boşlukları doldurmaya çalışmak şeklinde de özetlenebilir.

Eşbâh, furûk ve kavâid eserleri İslâm hukuku hükümlerinin adeta madde madde belirlendiği bir kanun kitabı tarzında İslâm toplumlarının gündelik hayattaki problemlerine çözümler getirmiş, özellikle hukukî tefekkürün ve mezhep doktrinin gelişmesine önemli katkılarda bulunmuşlardır.

İslâm hukuku bakımından genel kurallar ortaya koyan bu tarz eserler, bir anlamda modern kanunlaştırmalarda örneğini gördüğümüz soyut kural metoduna göre hükümler koymuş ve hukukun genel esaslarını belirlemişlerdir. Genel esaslar koymak suretiyle bu kitapların adeta bir *Code* olarak kullanılması hukukî istikrar ve uygulama birliğini sağlamaya da yardımcı olmuştur.

b- El Kitabı Mâhiyetindeki Muhtasar Eserler

İslâm medeniyetinde, bir eserin özet halinde kaleme alınmasından doğan telif türlerinin genel adına *muhtasar* denilmektedir.⁵²⁶ Bu tarz eserler sadece İslâm

⁵²³ Ahmet Yaman, *Bir Kavram Olarak “Fıkıh Kaideleri” Ya Da İslâm Hukukunun Genel İlkeleri*, Marife, 1/1, 2001, s: 62–65

⁵²⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, s: 23

⁵²⁵ Kızılkaya, *Hanefî Furû-ı Fıkıh Eserlerinde Fikhî Kâidelerin*, s: 89–90

⁵²⁶ Eyüp Said Kaya, *Muhtasar maddesi*, DİA, 31/61

hukukunda değil, İslâm düşüncesini oluşturan tefsir, hadis ve kelam gibi diğer disiplinlerde de meydana gelmiştir.

İslâm hukukunda *muhtasar eserlerin* özel bir telif şekli ve müstakil bir literatür halini aldığı dönem, mezheplerin oluşum sürecinin tamamlandığı IV. (X.) yüzyıldır. Fıkıh mezheplerinin yerleşik yapısında mezhep içinde muteber kabul edilen eserlerin ortaya çıkması ve zaman içinde bu muteber kitaplara muhtasar şeklinde yazılan eserlerle erişim kolaylığının sağlanmak istenmesi bu eserlerin ortaya çıkış sebeplerinin başta gelenlerindendir. Ayrıca fıkıh eğitimine başlangıç için ideal bir örnek olmaları ve zamanla mezhep içindeki hacimli ve karmaşık ana kaynakların anlaşılmasındaki güçlükler bu eserlerin İslâm hukuk literatüründe geniş bir yer edinmesini sağlamıştır. Özellikle müteahhirîn devrinde gerek fıkıh eğitimi ve literatürü ile fetva ve kazâ faaliyetlerinin merkezî metinlerini, gerekse İslâm toplumlarındaki ilmihal bilgisi, fıkıh kültürü ve idarî uygulamaların temel kaynaklarını, bu dönemde ortaya çıkan *muhtasar fıkıh kitapları* oluşturmuştur. Bu özellikleri sebebiyle muhtasar eserler, İslâm medeniyeti tarihinde toplumla en yoğun ve sürekli ilişkiye sahip eserler arasında yer almışlardır.⁵²⁷

İslâm hukuk tarihinde etkili olan dört önemli hukuk ekolünde bu tarz eserlerin bol miktarda örneklerini görmek mümkündür. Örneğin; Hanefî mezhebinde el kitabı mâhiyetinde ilk eser Ebû Cafer et-Tahâvî'nin (321/933) *el-Muhtasar*'ıdır. Aynı şekilde Hanefî mezhebinin en meşhur el kitaplarından biri olan *el-Muhtasar*, Kudûrî (428/1037) tarafından kaleme alınmıştır. Bu eser üzerine çeşitli şerhler yapılmış (*el-Cevheretü'n-neyyire*, *es-Sirâcû'l-vehhâc*, *el-Lübâb fî şerhi'l-kitâb*) ve Hanefî fukahası arasında "*el-Kitâb*" olarak anılmıştır. Bundan sonra ortaya çıkan pek çok temel eser de bu muhtasara dayanmıştır. (Örneğin; Semerkandî'nin (539/1144) *Tuhfetü'l-fukahâsı*). Aynı şekilde Ebûl Fazl el-Mevsılî'nin (683/1284) *el-Muhtâr*'ı Ebû Hanîfe'nin görüşleri esas alınarak yazılmış bir muhtasardır ve yine müellifi tarafından *el-İhtiyâr li talili'l-muhtâr* adıyla şerh edilmiştir. Ebû'l-Berekât en-Nesefî'nin (710/1310) *Kenzü'd-dekâik*'i ile Tâcû's-şerîa'nın (VIII/XIV. yy) *Vikâyetü'r-rivâyesi* de Hanefî mezhebinin diğer önemli muhtasarlarındandır.⁵²⁸

Mâlikî mezhebinde ise Sahnûn'a (240/854) ait *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ* adlı eser Mâlikî mezhebinin hâkim olduğu bölgelerde uzun yıllar merî hukuk kaynağı

⁵²⁷ Kaya, *Muhtasar maddesi*, s: 61

⁵²⁸ Ahmet Özel, *Hanefî maddesi*, DİA, 16/21–22

olarak kullanılmıştır. Endülüs'te kadı tayinlerinde *Müdevvene*'nin ezbere bilinmesinin şart koşulması,⁵²⁹ eserin Kuzey Afrika ve Endülüs'teki önemini göstermesi bakımından önemlidir. Nitekim Fas'ta son zamanlarda yapılan kanun çalışmalarında bile *el-Müdevvene* esas alınmıştır.⁵³⁰ Bu da muhtemelen halkın *Müdevvene*'ye olan aşinalığından kaynaklanmaktadır. Mâlikî mezhebinde bir dönüm noktası olarak kabul edilen İbn Ebû Zeyd el-Kayrevânî'nin (386/996) *Kitabü'r-Risâle (er-Risâle)* adlı muhtasarı ise çocuklara fıkha dair başlangıç bilgilerini vermek için kaleme alınmış bir muhtasardır. Eser, kısa sürede mezhep içinde çok muteber bir hale gelmiş ve üzerine pek çok çalışma yapılmıştır. Mâlikî tarihinin en büyük teliflerinden biri hiç şüphesiz Halîl b. İshâk el-Cündî'nin (776/1374) *el-Muhtasâr*'ıdır. Bu eser kaleme alındıktan kısa bir süre sonra bütün Mâlikî çevrelerinin temel metni haline gelmiştir.⁵³¹

Şafiî fakihlerden Ebû İshâk eş-Şirâzî (476/1083) Şafiî fikhının iki önemli el kitabı olan *et-Tenbîh* ve *el-Mühezzeb*'i kaleme almıştır. Ebû Şücâ el-İsfahânî'nin (500/1107) oldukça özlü bir eser olan *Gâyetül ihtisâr* yanında *et-Takrîb* diye de anılan *el-Muhtasâr*'ı Şafiî çevrelerde meşhur olan bir diğer muhtasar eserdir. Müteahhirîn dönemi Şafiî fakihlerinin tartışılmaz el kitabı Râfîi'ye ait *el-Muharrerin* muhtasarı olan Nevevî'ye (676/1277) ait *Minhâcû't-tâlibin*'dir.⁵³²

Ebû'l-Kâsım el-Hirakî (334/945) ise ilk Hanbelî fıkıh el kitabı olan *el-Muhtasâr*'ı telif etmiştir. Bu eser, Hanbelî mezhebinde üzerinde en çok çalışma yapılan eser konumundadır. Muvaffâkuddin İbn Kudâme'nin (620/1223) *el-Muğnî*'si ve Şemseddin ez-Zerkeşî'nin *Şerhu Muhtasari'l-Hirakî* adlı eserleri Hanbelî mezhebinin diğer önemli muhtasarlarındandır.⁵³³

Muhtasar türü eserlerin mezhep içindeki hükümleri özet, sade ve yalın bir şekilde ifade etmesi, bütün konuları kısa da olsa kapsamaması, fetva ve kazânın yanı sıra ilgili idarî ve bürokratik uygulamalara da hitap etmesi sebebiyle içinde bulundukları zaman diliminde modern dönem kanunlaştırmaların üstlendikleri rolü yerine getirmişlerdir. Ayrıca, hukuk eğitimini kolaylaştırmak, mezhebin temel

⁵²⁹ Ali Hakan Çavuşoğlu, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ maddesi*, 31/471

⁵³⁰ Leon Buskens, *Recent Debates On Family Law Reform in Morocco: Islamic Law As Politics in An Emerging Public Sphere*, *Islamic Law and Society*, 10/1, 2003, s: 73–74

⁵³¹ Eyüp Said Kaya, *Maliki mezhebi*, DİA, 27/ 531

⁵³² Ahmet Özel, *Fıkıh maddesi*, DİA, 13/18

⁵³³ Ferhat Koca, *Hanbelî maddesi*, DİA, 15/540–541

esaslarının anlaşılmasına yardımcı olmak ve ana kaynaklarda yer alan konuları o günün şartları çerçevesinde güncel bilgilerle açıklamak üzere kaleme alınan muhtasar türü eserlerin yaygınlaşması ile aynı zamanda yargı sahasında da standartlaşma sağlanmış bu da hukukî güven ve istikrarı getirmiştir. İslâm hukuk tarihinde XIX. yy.a kadar devletin merkezî bir yasama faaliyetinde bulunmaması sebebiyle müstakil kanunlaştırma örnekleri ortaya çıkmamıştır. Ancak bu tarz eserleri müstakil kanunlaştırmaların olmazsa olmaz şartı olan siyasî iradedden yoksun olmakla birlikte uygulamaya esas olmaları ve içinde bulundukları toplumda merî hukuk kaynağı olarak görülmeleri sebebiyle, şeklî kanunlaştırma örneği olarak kabul etmek mümkündür.

C- Selçuklular Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri

1- Sultan Melikşâh'ın Mesâil-i Melikşâh'ı

Türklerin İslâmla müşerref olmaları ile birlikte kurulan devletlerde, İslâm kurum ve kurallarına yer verilmiş ve idareciler her fırsatta Hilafete olan bağlılıklarını dile getirmişlerdir. Türk-İslâm siyasî tarihinin önemli yapılanmalarından olan Büyük Selçuklu Devleti de Abbasî Devleti'nin gücünü kaybetmeye başladığı bir zaman diliminde Haçlı saldırılarına karşı koyması ile İslâm dünyasında haklı bir üne kavuşmaya başlamıştır. Özellikle giderek büyüyen Şîf-Büveyhî tehlikesi Sünnî olan bu iki devleti birbirine daha da yaklaştırmıştır.⁵³⁴ 1072'de tahta çıkan Melikşâh, Büyük Selçuklu Devleti'nde İslâm hukukunu uygulamaya devam etmiş, ülkenin idarî ve adlî yapılanmasında İslâm hukukundan istifade etmeye çalışmıştır. Hukuk tarihinin en önemli kaynaklarından olan hukukî düzenlemeler, resmî bir şahıs veya heyet tarafından düzenlenen hukukî hükümler mecmuası şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, Sultan Melikşâh'a atfedilen *el-Mesâilü'l Melikşâhiyye fi'l-kavaidi-şeriyye* adlı hukukî düzenleme de 485/1092 yılında dönemin bilge veziri Nizâmü'l-mülk'ün Sultan Melikşâh'a yaptığı tavsiyeler doğrultusunda hazırlanmıştır.⁵³⁵

Zamanın önde gelen Hanefî fıkıh âlimlerinin görüşleri doğrultusunda ihtilaflı bazı meselelerin tedvîn edildiği bu eser, günümüze kadar gelmemekle birlikte kaynaklarda geçtiği kadarıyla İslâm hususî hukukuna ait meseleleri ele almıştır. Muvâzaalı akidler, gayr-i menkul alım satımı, nikâhta kadınlar aleyhinde şahitlik ve

⁵³⁴ Seyfullah Kara, *Büyük Selçuklular ve Mezhep Kavgaaları*, İstanbul, 2007, s: 110–111

⁵³⁵ Cin, *Türk Hukuk Tarihi*, s: 80–81

borçlunun temerrüdü gibi konular *Mesâil-i Melikşah*'da yer almaktadır.⁵³⁶ Bütün ülkede tatbik edilmesi emredilen bu kanun, Moğol istilasına kadar yürürlükte kalmıştır.⁵³⁷

Hanefî mezhebindeki bazı ihtilaflı meseleler üzerine verilmiş fetvaların müdevven hale getirildiği bir metin olan *Mesâil-i Melikşah* aynı zamanda Türk devlet idaresinde, devlet başkanının yasama faaliyetine olan aktif katkısını göstermesi bakımından da önemlidir. Bu etki hemen bütün Türk devletlerinde olan bir geleneğin, İslâm hukuk kuralları çerçevesinde –kanunnâmeler konusunda ele alacağımız üzere- Osmanlılarda da devam etmesine neden olmuştur.

Bu bakımdan *Mesâil-i Melikşah*'ı, gündelik hayatın ihtiyaçlarını gidermek üzere oluşturulan mütevazi bir şekli kodifikasyon örneği olarak kabul etmek mümkündür.

D- Osmanlı Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri

Osmanlı Devleti yaklaşık altı yüz yıl hüküm sürmüş bir devlettir. Ancak Osmanlı Devletiyle ilgili değerlendirmelerde bu altı yüzyıllık süre yaklaşık beş yüz yıl süren klasik dönem ve yüz yıl bile sürmeyen Tanzimat dönemi olmak üzere iki dönem halinde incelenmektedir. Tanzimat dönemi, kapsadığı süre itibariyle çok kısa olmakla birlikte hukukî, siyasî, idarî ve askerî alanlarda etkileri günümüze kadar gelen bir dönemi ifade etmektedir.⁵³⁸ Bu bakımdan biz de çalışmamızda bu genel tasnife uyarak Osmanlı dönemini, Tanzimat Öncesi Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Faaliyetleri olmak üzere iki konu başlığı altında incelemeye çalışacağız.

1- Tanzimat Öncesi Kanunlaştırma Faaliyetleri

Bu dönemde ortaya çıkan kanunlaştırma faaliyetlerini; yarı-resmî hukuk kodları, fetva kitapları, kanunnâmeler, hukukun uygulanmasına yardımcı belgeler ve resmî mezhep uygulaması olmak üzere beş grupta mütalaa etmek mümkündür. Bu dönem ortaya çıkan hukukî faaliyetler örneklerini daha ziyade Kıta Avrupası'nda gördüğümüz müstakil kanun çalışmaları şeklinde değildir. Bu faaliyetleri modern

⁵³⁶ Ekinci, *İslâm Hukuku Tarihi*, s: 141

⁵³⁷ Halil Cin-Ahmet Akgündüz, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1990, s: 133

⁵³⁸ Nitekim İlber Ortaylı, Osmanlı Devleti'nin son yüzyılını konu aldığı esere dönemin bu özelliğini dikkate alarak "İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı" adını vermiştir.

anlamda kanun tekniğine göre yapılmayan ama hukukî istikrar ve uygulama birliğini sağlamaya yönelik bir çabanın ürünü olarak değerlendirmek daha olasıdır.

Tanzimat öncesi Osmanlı Devleti'ndeki kanunlaştırma faaliyetlerini incelerken konu bütünlüğünün sağlanması amacıyla bazen Osmanlı Devleti'nin dışındaki kanun çalışmalarına da temas etmek durumunda kalacağız. Örneğin, bir çeşit el kitabı mesabesinde olan ve halkın gündelik işlerini tanzim ederken başvurdukları fetva koleksiyonlarının şekli kanunlaştırma kapsamında değerlendirilmesi sadece Osmanlı klasik dönemi için geçerli değildir. Belli başlı fetva mecmualarının adeta bir “kod” olarak kullanılması Osmanlı Devleti'nin dışındaki diğer devletlerde de örneklerini gördüğümüz bir uygulamadır. Ancak Osmanlı örneği, kendisinden öncekileri belirli bir disiplin içinde yeniden ele alması ve bunlara bir anlamda resmiyet kazandırmasıyla diğerlerinden ayrılmaktadır. Bu nedenle fetva koleksiyonlarını sadece Osmanlı hukuk tarihini değil, İslâm hukuk tarihindeki belli başlı örneklerini de kapsayacak şekilde ele almayı uygun gördük. Aynı şekilde kanunnâme geleneği de sadece Osmanlı Devleti'nde örnekleri görülen bir uygulama değildir. Türk-İslâm devlet idaresinin bir geleneği olarak ortaya çıkan kanunnâmeler, Osmanlı Devleti'nin dışındaki diğer devletlerde de örnekleri görülen şekli kanunlaştırma faaliyetidir. Ancak kanunnâmelerin belirli bir disiplin içinde yasama işlevini daha aktif bir şekilde ifâ etmesi Osmanlı uygulaması ile zirveye ulaşmıştır. Bu nedenle Osmanlı kanunnâmelerini ele alırken Türk-İslâm Devletleri'ndeki belli başlı kanunnâmelere de yer vermeyi uygun gördük.

a- Yarı-Resmî Hukuk Kodları

Fıkıh literatüründe ortaya çıkan bazı eserler zaman içinde haklı bir şöhrete kavuşmuş ve devletin adli teşkilatında gerek hukuk eğitimi gerekse yargılama açısından gayr-ı resmî kanun mecmuaları olarak kullanılmıştır.⁵³⁹

İslâm hukukunun içtihat hukuku olması sebebiyle devlet,⁵⁴⁰ resmî bir kanunlaştırma faaliyetinde bulunmamış ama hukukî istikrarı ve uygulama birliğini sağlamak için de önemli bazı adımlar atmıştır. Örneğin kadıların belirli bir mezhebe mensup âlimlerden seçilmesi, belirli bölgelerde bir mezhebin gayr-ı resmî olarak

⁵³⁹ Cin-Akgündüz, *Türk- İslâm Hukuk Tarihi*, s: 93

⁵⁴⁰ Burada “devlet”i genel anlamıyla kullanıyoruz. Bu kapsama, İslâm siyasî tarihinde ortaya çıkan bütün devletler girmektedir.

desteklenmesi, bu mezhep âlimlerinin devlet nezdinde ön plana çıkması/çıkarılması ve buna bağlı olarak da mezhep içinde muteber bir fıkıh kitabının devletin resmî kurumlarında (medreselerde ve mahkemelerde) kullanılması hep bu amaca matuf çalışmalardır.

Muhtasar türündeki eserlerin yarı-resmî hukuk kodu olarak kullanılması daha ziyade Osmanlı Devleti'nde ortaya çıkmış bir uygulamadır. Bu uygulama kapsamında Molla Hüsrev'in *Dürerü'l-Hükkâm fî şerhi Gureri'l-ahkâm* ile İbrahim el-Halebî'nin *Mülteka'l- Ebhur* adlı eserleri Osmanlı Devleti'nin yarı-resmî hukuk kodları olarak kabul edilmektedir. Bu iki eser, içinde bulundukları zaman diliminde meriyette kullanılan kanun mecmuları mesabesinde olmuştur. Muhtasar türündeki eserler genel olarak, hukukî tefekkürün gelişmesine katkıda bulunmuşlar ve mahkemelerde kadılar tarafından başvuru kitabı olarak kullanılmışlardır. Bu iki muhtasar eser ise devletin gayr-ı resmî kanun külliyyâtı olması sebebiyle bir anlamda resmiyet kazanmış ve bu yönüyle diğer muhtasar eserlerden ayrılmıştır.

aa- Dürerü'l-Hükkâm

İslâm hukukunun devletin merî hukuk sistemi olarak uygulandığı Osmanlı Devleti Haneî mezhebini destekleyerek teşvik etmiş, Haneîlik devletin resmî mezhebi haline gelmiştir.⁵⁴¹

XV. yy. Osmanlı Haneî hukukçusu Molla Hüsrev (885/1480), önce *Gurer* ismiyle meşhur olan hukuk metni *Gureru'l-Ahkâm*'ı yazmıştır.⁵⁴² Bu eser, kısa ve özlü hükümleriyle adeta maddeler haline getirilmemiş bir kanun hüviyetindedir ve kadılar tarafından uzun yıllar resmî olmayan bir kanun metni olarak kullanılmıştır. Molla Hüsrev uzun yıllar İslâm hukuku ile meşgul olduğunu, kadılık görevi sırasında karşılaşmış olduğu meselelerin kendisinde hukuk melekesinin gelişmesine katkıda bulunduğunu, edinmiş olduğu bu tecrübeleri gelecek nesillere aktararak, kadıların ihtiyaç duyabileceği muhtemel konuları ele alan bir kitap yazmayı düşündüğünü ifade etmiş ve *Gurerü'l-ahkâm*'ı telif etmiştir.⁵⁴³ Daha sonra müellif bu kitabını

⁵⁴¹ M.Akif Aydın, *İslâm Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, sayı: 1, 2006, s: 16

⁵⁴² Ferhat Koca, *Molla Hüsrev maddesi*, DİA, 30/252–254

⁵⁴³ Ahmet Akgündüz, *Dürerü'l-Hükkâm maddesi*, DİA, 10/27–28

bizzat şerh ederek *Dürerü'l-Hükkâm fî şerhi Gureri'l-ahkâm* adlı eserini kaleme almıştır.⁵⁴⁴

Osmanlı klasik dönemi genel olarak kuruluşundan Fatih devri sonuna ve Fatih devri sonlarından Tanzimata kadar olmak üzere iki dönem halinde ele alınmaktadır. Kanaatimizce, İstanbul'un fethi sonrası devletin yeniden yapılanmasının etkileri eğitim ve hukuk anlayışına da yansımış, yarı-resmî hukuk kodları olarak kabul ettiğimiz *Dürer* ve *Mültekâ* da bu değişimden payına düşeni almıştır. Osmanlı klasik döneminin ilk devrinde yarı-resmî hukuk kodu olarak *Dürer*'in sonraki dönemde ise *Mültekâ*'nın kullanılması muhtemelen bu değişimin bir sonucudur.

Esasen, klasik devrin ilk aşamasında *Dürer*'in yanında yarı-resmî hukuk kodu olarak kabul edebileceğimiz bir eser daha bulunmaktadır. Bedreddin Simâvî (823/1420)'nin Edirne'de kazaskerliğe tayin edildikten sonra telif ettiği, kazâ ve mahkeme ile ilgili konuların ağırlıkta olduğu muamelâta dair bir fıkıh kitabı olan *Câmiu'l-fusûleyn*⁵⁴⁵ de ilk dönemlerde Osmanlı medreselerinde ve adliye teşkilatında *Dürer* kadar çok kullanılmış bir eser konumundadır.⁵⁴⁶ Eserin, *Dürer*'den yaklaşık elli-altmış yıl önce kaleme alınması da bu boşluğun muhtemelen *Câmiu'l-fusûleyn* ile doldurulduğunu düşündürmektedir. Ancak, dönemin önde gelen âlimlerinden Şeyh Bedreddin'in 1411 yılında Edirne'de kazaskerliğe atanmasından sonra devletin aleyhine olabilecek bir takım siyasî faaliyetlerde bulunmasının devletin bekası açısından tehlike arzettiğini düşünen Osmanlı yönetimi 1420 yılında Bedreddin Simâvî'nin devlete isyan suçundan "kanı helal, malı haram" fetvasıyla idam edilmesine karar vermiştir.⁵⁴⁷ Kanaatimizce Osmanlı yönetimi kendini koruma refleksiyle bu eserin yerine geçebilecek bir hukuk kodu olarak sonraki dönemlerde Molla Hüsrev'in *Dürer* adlı kitabını daha ön planda tutmuştur.

⁵⁴⁴ Recep Cici, *Osmanlı Dönemi İslâm Hukuku Çalışmaları*, Bursa, 2001, s: 208

⁵⁴⁵ Bilal Dindar, *Bedreddin Simâvî maddesi*, DİA, 5/334

⁵⁴⁶ Cici, *Osmanlı Dönemi İslâm Hukuku Çalışmaları*, s: 312

⁵⁴⁷ Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, s: 359

bb- Mülteka'l-Ebhur

Osmanlı coğrafyasının en yaygın fıkıh metni, İbrahim b. Muhammed el-Halebî'ye (956/1549) ait *Mülteka'l-Ebhur*'dur.⁵⁴⁸ Eser, Osmanlı coğrafyasında kapsam ve muhteva bakımından uygulamaya esas kabul edilecek hükümlerin sınırlarının nihâî şekilde tespitine yönelik giderek artan ihtiyaç neticesinde kaleme alınmıştır. Ayrıca, eserin kaleme alınmasının bir diğer sebebi de Hanefî mezhebinde *mütûn-i erbaa* (Mevsîlî'nin *el- Muhtâr*, Neseffî'nin *Kenzü'd-dekâik*, Sadrü'sş-şerîa'nın *Vikâyetü'r-rivâyesi* ve İbnü's-Saati'nin *Mecmau'l-bahreyn*'i) adı verilen temel eserler arasında kapsam ve muhteva farklılıklarının ve uygulamaya esas olacak mezhep hükümlerinin belirlenmesinde çeşitli problemlerin doğmasıdır.⁵⁴⁹ 17.000'den fazla fikhî meseleyi ihtiva eden bu eser Osmanlı medreselerinin de vazgeçilmez kaynakları arasında yer almaktadır.⁵⁵⁰

IV. Murad zamanında Türkçe'ye çevrilen *Mültekâ*'nın, 1648 ve 1687 tarihli iki fermanla mahkemelerde resmî kod olarak uygulanması emredilmiş ve o güne kadar yarı-resmî olarak uygulanan bu eser Osmanlı hukuk sisteminde resmen kanun kitabı olarak uygulanmaya başlanmıştır.⁵⁵¹

Mültekâ'nın fıkıh eğitiminde temel metin haline gelmesi toplumdaki fıkıh/hukuk kültürüne de çeşitli boyutlarda yansımıştır. İlmihal geleneğinin ana kaynaklarından olan *Mültekâ*'nın etkisi *Kitab-ı Üstüvâi* ve *Mızraklı İlmihal* gibi Osmanlı toplumunun başlıca ilmihal kitaplarında da görülmüştür. XIX. yy.da Güney Afrika'daki Müslümanları irşâd için gönderilen Ebû Bekir Efendi'nin kaleme aldığı *Beyânü'd-din*'in *Mültekâ*'nın aslına çok yakın bir kopyası olarak halk nezdinde büyük kabul görmesi, Halebî'nin eserinin ne kadar geniş bir etkiye sahip olduğunu göstermesi açısından önemlidir.⁵⁵²

XVI. yy. Osmanlı Devleti'nde hukukî uygulamada *Mültekâ*'nın esas alınması ile ilgili çeşitli tespitler bulunmaktadır. Örneğin; R. Levy, Osmanlı Hukukunda “XVI. yüzyıl ortalarından itibaren standart otorite *Mülteka'l-Ebhur* olmuştur” derken, Ubicini bu eserin Sultan Süleyman zamanından itibaren tartışılmaz bir otorite haline

⁵⁴⁸ Cin-Akgünüz, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, s: 93

⁵⁴⁹ Şükrü Selim Has, *Mülteka'l-Ebhur maddesi*, DİA, 31/549–552, Bertram, *The Legal System of Turkey*, s: 31

⁵⁵⁰ Şükrü Selim Has, *Halebî maddesi*, DİA, 15/232

⁵⁵¹ Ekinci, *İslâm Hukuku Tarihi*, s: 141, Cin-Akgünüz, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, s: 93

⁵⁵² Has, *Mülteka'l-Ebhur maddesi*, s: 550

geldiğini kaydetmektedir. Thornton ise *Mültekâ*'yı “*Osmanlı Devletini idare eden kanunlar mecmuası*” olarak tanımlamaktadır. Aynı şekilde XVIII. yy. yazarlarından M. D’Ohsson’un *Tableau general de l’Empire ottoman* adlı eserinin Osmanlı hukukuyla ilgili bölümlerinin büyük ölçüde *Mültekâ*’nın tercümesi olması da eserin merkezî konumunu göstermektedir.⁵⁵³

Mehmed Akif’in (Ersoy) “*Mültekâ fıkımızın nâmi, usûlün Mirât*” şeklindeki mısraı, eserin XX. yy. modernleşme çabalarına rağmen Osmanlı toplumundaki güçlü konumunu açıklamaktadır.⁵⁵⁴

Mecelle’deki iki yüz yetmiş maddenin tamamen ve yaklaşık seksen maddenin kısmen *Dürer* ve *Mültekâ*’dan alınması da bu iki eserin Osmanlı hukukundaki yerini göstermesi açısından önemlidir.⁵⁵⁵

Osmanlı Devleti’nde yarı-resmî hukuk kodu olarak kabul edebileceğimiz bir diğer çalışma da Şeyhîzâde Abdurrahman Efendi’nin (1078/1667) *Mecma’u’l-Enhur*’udur.⁵⁵⁶ Ancak *Mecma’u’l-Enhur*’u, *Mülteka’l-Ebhur*’un şerhi olması sebebiyle müstakil bir hukuk kodundan ziyade *Mültekâ*’nın boşluk bıraktığı alanları tamamlayan bir eser olarak kabul etmek mümkündür.

Sistem ve muhteva bakımından aralarında nisbî farklar bulunmakla birlikte İslâm hukukunda belli başlı fıkıh kitaplarının kanun mecmuası olarak kullanılmasının bir benzeri de Roma hukukunda ortaya çıkmıştır. Klasik devrin sonlarında yaşamış olan Ulpianus, Paulus, Modestinus ve Gaius gibi hukukçuların eserleri kanun kitabı diğer bir ifadeyle *Code* olarak kullanılmıştır.⁵⁵⁷ Bu durum da, sivil insiyatife ait önemli bir takım eserlerin, devletin yarı-resmî hukuk kodu olarak kullanılmasının çok eski zamanlardan beri olduğunu göstermektedir.

b- Fetva Kitapları

İslâm hukukunun sistemli bir şekilde uygulanmasında ve uygulamada hukukî birliğin sağlanmasında iftâ kurumunun ve fetva koleksiyonlarının çok büyük bir önemi olmuştur. Muhtasar kitapların ve mezhep içinde muteber kabul edilen el kitabı mâhiyetindeki eserlerin, İslâm hukukunun bir hukuk sistemi olarak

⁵⁵³ Has, *Mülteka’l-Ebhur maddesi*, s: 550

⁵⁵⁴ Has, *Mülteka’l-Ebhur maddesi*, s: 550

⁵⁵⁵ Has, *Mülteka’l-Ebhur maddesi*, s: 550

⁵⁵⁶ Cin-Akgündüz, *Türk- İslâm Hukuk Tarihi*, s: 93

⁵⁵⁷ Belgin Erdoğmuş, *Roma Hukuku*, s: 73

uygulanmasındaki rolü fetva koleksiyonları için de geçerlidir. Fetva faaliyeti, İslâm hukukunda bir nevi “yaşayan yasama” işlevini görmüştür.⁵⁵⁸

Genel olarak fetvaların özel de ise sistem ve muhtevaları ile toplum içinde daha yaygın kabul gören bazı fetva koleksiyonlarının özellikle Osmanlı hukuk sisteminde belirgin bir yeri bulunmaktadır.⁵⁵⁹ Biz burada önce fetva hakkında genel bir bilgi vereceğiz, sonra da içinde bulundukları zaman diliminde büyük bir boşluğu dolduran bazı önemli fetva koleksiyonları üzerinde duracağız.

Bir fıkıh terimi olarak, fetva, fakih bir kişinin sorulan fikhî bir meseleye yazılı veya sözlü olarak verdiği cevap, ortaya koyduğu hüküm, demektir.⁵⁶⁰ Örfte ise sorulan dinî sorulara müftüler tarafından yazı ile verilen cevaptır.⁵⁶¹

Fetva kurumu, İslâm hukukunun toplum içinde daha anlaşılır ve yaşanabilir olmasını sağlaması açısından yüzyıllarca büyük bir öneme sahip olmuştur. Özellikle gündelik hayatta karşılaşılan bir kısım sorunların hallinde gerek şahıs olarak müftüler gerekse verdikleri fetvalar çok önemli bir paya sahiptir. İslâm hukukunda aslolan kişinin dinî meselelere ait konularda belirli bir yeterliliğe sahip olması iken, zamanla bunun azalması, fetva kurumunun ve koleksiyonlarının da önemini arttırmıştır.⁵⁶² Aynı şekilde İslâm hukukunun asırlarca canlılığını korumasında ve gelişiminde fetva kurumu çok önemi bir rol oynamıştır.⁵⁶³ Ayrıca kadıların hüküm verirken içtihat ürünü fetvalardan faydalanmaları ve müftülerle istişare etmeleri, adlî sahada geniş ölçüde yargı birliğinin oluşmasına ve aynı ilmî disiplin içinde iç denetimin sağlanmasına da hizmet etmiştir.⁵⁶⁴ Fetva kitapları özellikle, kadıların karşılaşılabilecekleri muhtemel meseleler hakkında kısa, öz ve birebir cevaplar içermeleri sebebiyle kadılar için vazgeçilmez bir kaynak olmuş ve hayatın akışı içinde ortaya çıkan yeni meseleleri ele almalarıyla, adeta, İslâm hukukunun hayatiyetini asırlarca sürdürmesini sağlamıştır.⁵⁶⁵

İçtihadî bir faaliyette bulunmaları sebebiyle müftü ve kadılar İslâm hukukunun teorik ve pratik gelişimine nisbeten katkıda bulunmuşlardır. İslâm hukukunun aslî

⁵⁵⁸ Osman Şahin, *İslâm Hukukunda Fetva Usûlü*, OMÜSBE, Doktora Tezi, 2002, s: 21

⁵⁵⁹ Şahin, *İslâm Hukukunda Fetva Usûlü*, s: 21

⁵⁶⁰ Fahrettin Atar, *Fetva maddesi*, DİA, 12/486

⁵⁶¹ Atar, *Fetva maddesi*, s: 486

⁵⁶² Şamil Dağcı, *Din İşleri Yüksek Kurulu Kararlarına Fetva Konseptinde Bir Yaklaşım*, Diyanet İlmi Dergi, cilt: 38, sayı: 4, 2002, s: 6

⁵⁶³ Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories*, Cambridge, 1997, s: 208

⁵⁶⁴ Atar, *Fetva maddesi*, s: 487

⁵⁶⁵ Süleyman Kaya, *Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları*, TALİD, 3/5, 2005, s: 379

kaynakları olan Kuran ve Sünnet çerçevesinde İslâm dininin genel esasları gözetilerek hüküm verme bakımından kadı ile müftü arasında bir fark yoktur. Çünkü her ikisi de netice itibariyle aynı kaynaklardan yola çıkarak içtihadî bir faaliyette bulunmaktadır. Ancak aralarında hükmün konusu ve muhatabı açısından büyük farklar bulunmaktadır. Ayrıca, fetvanın genel olması hem soranı hem de bu fetvadan haberdar olanı ilgilendirmesi ama yargı hükmünün sadece ilgili kişiye özel olması ve fetvaların daha ziyade dinî meseleleri (ibâdât) kapsamına karşılık kazâî hükümlerin sadece muamelatla ilgili meseleleri içermesi de fetva ile kaza arasındaki önemli farklılıklardandır.⁵⁶⁶

Fetva kurumu, hukukî bir zarureten kaynaklanmış ancak içtihat faaliyetinin duraklaması ile İslâm toplumlarında giderek artan bir öneme sahip olmuştur. Özellikle bir mezhebin görüş ve esaslarının taklit edilmeye başlanmasından sonra gerek müftüler gerekse fetva koleksiyonları halkın başvurduğu ilk mercii konumuna yükselmiştir.

Fetva literatürünün ilk örnekleri Hicri II. yy.dan sonra ortaya çıkmakla birlikte bu dönem müftülerinin aynı zamanda mutlak müctehit olmaları sebebiyle genel olarak müstakil fetva kitapları oluşmamış, fetvalar daha ziyade klasik fıkıh kitaplarında yer almıştır. Hicri IV. yy.dan itibaren ise klasik fıkıh ilmi literatüründe ayrı bir tür olarak gelişmeye başlamıştır. Bu dönem, mezheplerin teşekkülünün tamamlandığı, İslâm dünyasında mezheplerin coğrafî olarak belirli bölgelerde konumlandığı ve mezhep içinde muteber fıkıh kitaplarının ön plana çıkmaya başladığı bir dönemdir. Devrin önde gelen âlimlerine sorulan sorulara verilen cevapların kayda geçirilmesi ile birlikte fetva koleksiyonları doğmaya başlamış zamanla bu notların ilgililere, fazla araştırmaya gerek kalmaksızın işlerini rahatlıkla görme imkanı sunması ve mezhep içindeki muteber görüşlere kolaylıkla ulaşılmasını sağlaması gibi faktörlerle bu literatür hızla gelişmiştir.

Hanefî mezhebinin devletin merî hukuk kaynağı olarak uygulandığı Osmanlı Devleti'nde hukukî istikrarı sağlaması ve meselelere hazır çözümler üretmesi bakımından fetva literatürüne büyük önem verilmiş ve adeta devlet tarafından

⁵⁶⁶ Servet Armağan, *İslâm Hukukunda, İctihad Faaliyeti ve Benzer Müesseseler*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 5/2005, s: 223, Fahrettin Atar, *İftâ Teşkilatının Ortaya Çıkışı*, MÜİFD, İstanbul, 1985, sayı: 3, s: 19. Bu farklılıklar konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Şahin, *İslâm Hukukunda Fetva Usûlü*, s: 49-55

desteklenmiştir. Osmanlı Devleti'nin sınırlarının XVI. yy.dan itibaren dünyanın dört bir tarafına genişlemesiyle birlikte çok geniş bir coğrafyada hukukî istikrarı sağlama düşüncesi fetva literatürünün de gelişimini olumlu yönde etkilemiştir.⁵⁶⁷ Nitekim Osmanlı-İslâm hukuk tarihi için önem arz eden hemen bütün fetva koleksiyonları XV-XVI. yy.da ortaya çıkmıştır.⁵⁶⁸ Ayrıca verdikleri hükmün doğruluğundan emin olmak ve kararlarının Divân-ı Hümâyûn gibi bir üst yargı mercii tarafından iade edilmesini önlemek için kadıların hükümlerini güvenilir bir hukukçunun özellikle şeyhülslâmın fetvasına dayandırma arzuları da, Osmanlı hukuk tarihi boyunca, fetva koleksiyonlarının ayrı bir öneme sahip olmalarına yol açmıştır.⁵⁶⁹ Mahkemelere müracaat eden kişilerin haklılıklarını, mevcut bir fetva ile ispatlamaları ve bu durumun davayı kazanmalarında son derece etkili olması da fetva koleksiyonlarının Osmanlı halk tabakasında belirli bir kabule mazhar olmasının sebepleri arasında sayılabilir.⁵⁷⁰ Devletin resmî mezhebi olan Hanefiliğin temel kitaplarında yer almayan bazı meselelerin fetva koleksiyonlarında yer almasını ve kimi durumlarda bir müftinin fetvasının padişah onayına arz edilerek kanun hükmünde uygulanmasını Osmanlı toplumunda hukukî istikrarı sağlama çabalarının bir sonucu olarak değerlendirmek mümkündür.

Fetva koleksiyonları gündelik hükümlere pratik çözümler üretme şeklinde bir düşünceden doğduğu için kullanımda da pratik olmaları hedeflenmiş ve çoğunlukla verilen cevapların temel fıkıh kitaplarındaki hükümlerine (dayanaklarına) yer verilmemiştir. Ancak daha sonraları bu koleksiyonlardaki fetvaların klasik fıkıh kitaplarındaki hangi hükümlere dayandığı konusunda bir takım çalışmalar yapılmış ve bu alanda da zengin bir literatür meydana gelmiştir. Örneğin; Osmanlı Meşihatının en muteber kabul ettiği dört fetva koleksiyonundan biri olan Çatalcalı Ali Efendi'nin *Fetâvâ-yı Ali Efendi* adlı eserinde (diğerleri Şeyhülslâm Yenişehirli Abdullah Efendi'nin (1156/1743) *Behcetü'l-fetâvâsı*, Dürrizâde Mehmed Ârif Efendi'nin (1800) *Netîcetü'l-fetâvâsı* ve Şeyhülslâm Seyyid Feyzullah Efendi'nin (1115/1703) *Fetâvâ-yı Feyziyyesidir*) yer alan fetvaların klasik fıkıh kitaplarındaki

⁵⁶⁷ Nasi Aslan, *Osmanlı Hukuku'nun Oluşumunda Fetva-Kazâ Münasebeti*, Dini Araştırmalar, cilt: 2, sayı: 4, 1999, s: 87

⁵⁶⁸ Wael B. Hallaq, *From Fetwas to Furu: Growth and Change in Islamic Substantive Law*, Islamic Law and Society, 1/1, 1994, s: 33

⁵⁶⁹ Şükrü Özen, *Osmanlı Döneminde Fetva Literatürü*, TALİD, 3/5, 2005, s: 253

⁵⁷⁰ Ali Yayıoğlu, *Ottoman Fatwa: An Essay Legal Consultation*, Bilkent Üniversitesi SBE, Y.Lisans Tezi, Ankara, 1997, s: III

mesnetlerini Ahıskalı Ahmed Efendi ile Gedizli Mehmed Efendi *Nukûlü Fetâvâ-yı Ali Efendi* adlı eserde göstermiştir.⁵⁷¹

Gerek İslâm gerekse Osmanlı hukuk tarihinde sayıları yüzlerce ifade edilen pek çok fetva koleksiyonu ortaya çıkmıştır.⁵⁷² Ancak yarı-resmî kanun kitabı şeklinde kadıların hüküm verirken müracaat ettikleri, toplumun pek çok kesiminde bir çeşit el kitabı mesabesinde olan, günlük işlerini tanzim ederken başvurdukları ve literatürde muhteva ve tertip açısından farklılık taşıyanlar genel olarak aşağıda ele alacağımız fetva koleksiyonlarıdır.

aa- el-Fetâvâ'l-Velvâliciyye

el-Fetâvâ'l-Velvâliciyye, Ebû'l-Feth Abdürreşîd b. Ebû Hanîfe el-Velvâlicî'nin (540/1146) Hanefî fıkıh kitaplarına göre derlenmiş fetva koleksiyonudur. Klasik fetva kitapları gibi soru cevap tarzında olmayan eser bir hukukî meseleler koleksiyonu ve klasik bir fûru kitabı mâhiyetindedir. Eser, Hanefî mezhebine ait ilk temel metinlerde yer almayıp daha sonra ortaya çıkan meselelerle (*Nevâzil*) ilgili görüş ve çözümlere yer vermesi bakımından önemlidir.⁵⁷³

bb- Fetâvâ-yı Kâdîhân

Kaynaklarda *el-Fetâvâ'l-Hâniyye* veya kısaca *el-Hâniyye* olarak da geçen eser, Hanefî fakih Ebû'l-Mehâsin Fahrüddin Hasen b. Mansûr b. Mahmûd el-Özkendî el-Fergânî'ye (592/1196) aittir. Hanefî mezhebinin en muteber ve yaygın fetva koleksiyonlarından biri olan eserde Ebû Hanîfe ve talebelerinin yanında müteahhirîn dönemi Hanefî âlimlerinin görüşlerine de yer verilmiş diğer mezheplerin görüşlerine ve hükümlerinin delillerine ise hemen hiç yer verilmemiştir.⁵⁷⁴ Osmanlı âlimleri arasında büyük bir itibar görmesi de muhtemelen eserin bu özelliğinden kaynaklanmaktadır.⁵⁷⁵ Klasik fıkıh kitaplarının tertibinde olan eser, fiilen vuku bulmuş meselelerden ziyade olması muhtemel olan (nazarî) fıkıh konularını

⁵⁷¹ Cengiz Kallek, *Fetâvâ-yı Ali Efendi maddesi*, DİA, 12/438, M. Akif Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985, s: 81

⁵⁷² Osmanlı Dönemi fetva koleksiyonlarının listesi için bkz: Mustafa Şahin, *İslâm Hukukunda Fetva ve Osmanlı Dönemi Fetva Mecmuaları*, Y.Lisans Tezi, UÜSBE, Bursa, 2000, s: 50–159

⁵⁷³ Ferhat Koca, *el-Fetâval-Velvâliciyye maddesi*, DİA, 12/448

⁵⁷⁴ Ahmet Özel, *Kâdîhân maddesi*, DİA, 24/121–122

⁵⁷⁵ Recep Cici, *Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar*, UÜİFD, cilt: 8, 1999, s: 239

kapsamakta ayrıca sosyal hayatta sıkça rastlanan meselelere de kısmen yer vermektedir.⁵⁷⁶

cc- el- Fetâvâ't- Tatarhâniyye

Hindistanlı Hanefî fakihlerden Âlim b. Alâ'ya (786/1384) ait *el- Fetâvâ't- Tatarhâniyye*, Delhi Türk Sultanlarından III. Firûz Şah Tuğluk'n hükümdarlığı döneminde 777 (1375–76) yılında kaleme alınarak Tatar Han'a takdim edilmiştir. Muhtemelen eser adını da buradan almaktadır.⁵⁷⁷ Hanefî fikhının klasik fûru kitaplarında takip edilen sisteme göre ve Merginânî'nin *el-Hidâyesi* örnek alınarak hazırlanan eser, klasik fetva kitaplarındaki soru cevap tarzından ziyade Hanefî fikh kitaplarında yer alan meseleleri ve doktriner görüşleri bir araya getirmiştir. Delhi Sultanlığı'nda yürürlüğe konulan *el- Fetâvâ't- Tatarhâniyye*, İslâm adlî ve idarî sisteminin işleyişine katkıda bulunması yanında İslâm hukukuyla ilgili diğer araştırmalar için de önemli bir kaynak olmuş ve yazıldığı coğrafya ile takip ettiği sistem bakımından *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*'ye de örneklik etmiştir.⁵⁷⁸

dd- el-Fetâvâ'l- Bezzâziyye

Hâfızüddin Muhammed b. Muhammed b. Şihâb el-Kerderî el-Hârizmî el-Bezzâzî'ye (827/1424) ait olan bu eserin asıl adı *el-Câmiu'l-Vecîz*'dir. Eserde ilk Hanefî imamlarının görüşleriyle daha sonraki devirlerde Hanefî âlimler tarafından verilen fetvalar muteber kitaplardan özetlenerek derlenmiştir. Ebû Hanîfe ve talebelerinin görüşlerini verirken bunlar üzerinde değerlendirmelerde bulunarak fetvaya uygun tercihler yapması Bezzâzî'nin ilmî kudretini göstermektedir. Nitekim Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi'ye, niçin önemli meseleleri toplayan bir kitap telif etmediği sorulduğunda “*el-Bezzâziyye varken böyle bir şey yapmaktan hayâ ederim*” cevabını vermiştir.⁵⁷⁹ Eserin Bezzâzî'nin Anadolu'ya geçtiği yıllarda (1410) yazılması, muhtemelen Osmanlı coğrafyasında da çok tutunmasına neden olmuştur.

⁵⁷⁶ Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, Ankara, 1990, s: 56

⁵⁷⁷ Zafarul Islam, *Development of Islamic Jurisprudence in Sultanate Period*, Hamdard Islamicus, cilt: 13, sayı: 1, 1990, s: 20

⁵⁷⁸ Ferhat Koca, *el-Fetâvâ't-Tatarhâniyye maddesi*, DİA, 12/446, Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı*, Diyarbakır, 1986, s: 40

⁵⁷⁹ Ahmet Özel, *Bezzâî maddesi*, DİA, 6/113–114

ee- Ebüssuûd Efendi'nin Lâyiha Nitelikli Çalışmaları ve Fetvaları

Konu bütünlüğünün sağlanması bakımından Ebüssuûd Efendi'nin sadece fetvalarını değil Osmanlı hukukuna önemli katkılarını göz önünde bulundurarak hukukçu kişiliğini de ele almayı uygun görmekteyiz.

Kanûnî Sultan Süleyman ve II. Selim devirlerinde aralıksız otuz yıl şeyhülislâmlık yapan, döneminin tartışmasız en büyük âlimlerinden Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi'nin (982/1574) İslâm-Osmanlı hukuk sisteminin gelişimine katkılarını esasen üç ana başlık halinde ele almak mümkündür. Birincisi; Padişahın onayına sunularak (*Maruzât*) kanun hükmünde kararnâme veya kanun şeklinde tüm ülkede yürürlüğe giren fetvalarıdır. İkincisi; Bir müftü sıfatıyla verdiği fetvalarıdır (*Fetâvâ-yı Ebüssuûd Efendi*). Üçüncüsü de; Şeyhülislâm sıfatıyla devletin en üst dinî otoritesi olarak, İslâm-Osmanlı hukukunun, içtihat hukukundan kanun hukukuna dönüşümündeki rolüdür. Bunları kısaca açıklamaya çalışalım.

aaa- Maruzât

İslâm hukukunun Osmanlı tarihindeki ilk resmî tedvîn girişimi Ebüssuûd Efendi'nin *Maruzât*'ıdır.⁵⁸⁰ Müftü ve kadıların sadrazam ve padişaha arz ettikleri meselelere *maruz* denilmektedir.⁵⁸¹ Ebüssuûd Efendi'nin hayatı boyunca verdiği binlerce fetva içinden bu mecmuada yer alanlar, mahkemelerde zorunlu olarak uygulanan kanun hükmü haline dönüşmesi için Kanûnî Sultan Süleyman'a sunulmuş ve bu eser de "padişaha arz edilen fetvalar" anlamında *Maruzât* diye anılmıştır.⁵⁸² Yukarıda açıkladığımız üzere fetvalar genelde müftülere sorulan sorulara karşılık verilen cevaplar olup hukukî yönden bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. *Maruzât*'ta yer alan fetvalar ise somut bir problemi çözmeye değil, uygulanan hukuk kuralını değiştirme ve kadıları zorunlu biçimde bu yeni içtihadı veya kuralı uygulamaya yönlendirme amacına matuftur. Maruzât türü eserlerin ortaya çıkış sebebi, fiilî uygulamada, uygulanan mezhep içerisindeki farklı görüşlerin çeşitli kesimlerde tartışmalara konu olmasıdır. Şeyhülislâmlık makamı, bu tartışmalara son verebilmek ve hukukî problemlere sağlıklı çözümler bulabilmek amacıyla mevcut fetvalar

⁵⁸⁰ M.Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihçiliği*, TALİD, 3/5, 2005, s: 17

⁵⁸¹ Ahmet Akgündüz, *Maruzât maddesi*, DİA, 28/72

⁵⁸² Ömer Lütfi Barkan, *XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Zirai Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları*, İstanbul, 1943, s: L-LI

arasından bir tercihte bulunup, padişahlık yüce makamına arz etmiş ve padişahın onayıyla ilgili fetva, kanun hüviyetini almıştır.⁵⁸³ Osmanlı Devleti XVI. yy.dan itibaren hukukî istikrarı ve uygulama birliğini sağlamak için Hanefî mezhebini devletin resmî mezhebi olarak tervîc etmiş ve kadıların bu mezhep dışında hüküm vermelerini yasaklamıştır. Hatta kadılar mezhep içindeki hâkim görüşlerin bile dışına çıkamamışlardır.⁵⁸⁴ Ebüssuûd Efendi, kamu yararını ve dönemin ihtiyaçlarını dikkate alarak farklı bir mezhebin veya Hanefî mezhebi içerisindeki farklı bir görüşün uygulanmasını istediğinde bunun gerekliliğini bir fetva ile Kanûnî Sultan Süleyman’a arz etmiş, padişah da fetva istikametinde uygulamaya gidilmesini “*mucebince amel oluna*” diyerek tasdik etmiştir. Böylece, ilmî bir mahsulün sonucu olan hukukî bir görüş arkasına devletin yaptırım gücünü de alarak uygulanması zorunlu olan bir hukuk kuralı haline dönüşmüş, kadıları bağlayıcı olmayan fetva padişahın bu emriyle bağlayıcı bir hukuk kuralı haline gelmiştir.⁵⁸⁵ Ancak bu tarz bir yöntemle, padişah, ferman ve kanunlarıyla İslâm hukukunda hiç mevcut olmayan bir kuralı koymamış, sadece içtihat hukukunun üretmiş olduğu farklı bir çözüm kadıların uygulamak zorunda oldukları bir hukuk kuralı haline getirilmiştir. Böylece İslâm hukukçularının ferdî içtihatlarıyla vardıkları sonuçlar kanunlaştırılmış, sınırlı bir alanda da olsa içtihat hukuku kanun hukuku haline dönüştürülmüştür. Ebû Yûsuf’un *Kitâbü’l-Harâc*’ı, Abdullah b. Tâhir’in *Kitâbü’l-Kuniyy*’i, Sultan Melikşâh’ın *Mesâil-i Melikşâh*’ı gibi önceki zamanlarda ortaya çıkan münferit bazı girişimler istisna edilirse bu ölçüde büyük bir kanunlaştırma faaliyetinin İslâm hukuk tarihinde ilk defa Ebüssuûd Efendi’nin Maruzât’ı ile ortaya çıktığını kabul etmek mümkündür.⁵⁸⁶

Ebüssuûd Efendi’den sonra da şeyhülislâmların çeşitli konularda verdikleri fetvaların padişah onayına sunularak kanun olarak ilan edilmesi geleneği Osmanlı Devleti’nin sonuna kadar devam etmiştir.⁵⁸⁷ Ancak bunlar Ebüssuûd Efendi’nin Maruzât’ından sistem ve muhteva olarak farklıdır. Örneğin; Şeyhülislâm Yenişehirli Abdullah Efendi (1156/1743) tarafından tasnif edilip padişaha arz edilen

⁵⁸³ Pehlül Düzenli, *Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi: Bibliyografik Bir Değerlendirme*, TALİD, 3/5, 20005, s: 462–463

⁵⁸⁴ Aydın, *İslâm Hukukunun Osmanlı Devleti’nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, s: 16

⁵⁸⁵ Akgündüz, *Maruzât maddesi*, s: 72, Richard C. Repp, *Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat*, Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslam Hukuku, Editör: Aziz el- Azme, çev: Fethi Gedikli, İstanbul, ts., s: 174-175

⁵⁸⁶ Aydın, *İslâm Hukuku’nun Osmanlı Devleti’nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, s: 15–16

⁵⁸⁷ Ekinci, *İslâm Hukuku Tarihi*, s: 141

ve bu sebeple *Maruzât-ı Abdullah Efendi* olarak bilinen bir başka maruzât mukaddimesinde de risalenin padişaha uygulanma yönünde bir fermanın alınması için takdim edildiği belirtilmektedir. Ancak bu risalede yer alan fetvalar diğer mezheplerden her hangi bir görüşün tercih edilip padişahın onayıyla uygulamaya konulmak amacıyla kaleme alınmamıştır. Bunlar, Hanefî mezhebi içinde verilen ve normal olarak kadıların, müftülerin ve yöneticilerin dikkate almak zorunda oldukları fetvaları içermektedir.⁵⁸⁸

Maruzât kapsamında Ebüssuûd Efendi'nin fetvaları, daha ziyade mîrî arazi rejimi, icâreteyn, para vakıfları ve Osmanlı vergi hukukunu ilgilendiren öşür ve aksâmı gibi konuları kapsamaktadır.⁵⁸⁹

Maruzât türü çalışmalar da fetva koleksiyonları gibi fıkıh ilmi için kaynak olma özelliğine sahiptir ve geçmişte bu amaçla da kullanılmışlardır. Günümüzde de İslâm hukukunun konu ve kurumlarıyla yeni baştan ele alınması kapsamında bu tarz kitaplardan da istifade edilmesi gerektiği şeklinde görüşler ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Cidde'deki İslâm Fıkıh Akademisi'nin 14–19 Şubat 1998 tarihinde yapılan toplantısında fetva kitaplarının güncelleştirilmesi konusu tartışılmış, müzakere bölümünde Şeyh Abdüssettâr Ebû Gudde, Ebüssuûd Efendi'nin *Maruzât*'ının önemini vurgulamıştır. Akademi 95 (11/7) no.lu kararında da *Maruzât* vb. fetva mecmualarının yeniden ele alınarak gün yüzüne çıkarılmasını ve bunlardan istifadeyle sosyal hayatın meselelerine çözüm bulunmasını kararlaştırmıştır.⁵⁹⁰

bbb- Fetâvâ-yı Ebüssuûd Efendi

Fetâvâ-yı Ebüssuûd Efendi, Ebüssuûd Efendi'nin dönemin en güçlü âlimlerinden biri olarak müftü sıfatıyla verdiği fetvaların yer aldığı koleksiyondur. Ebüssuûd Efendi'nin fetvalarını iki grupta mütalaa etmek mümkündür. Birincisi, yukarıda açıkladığımız üzere *Maruzât*'a kaynak olan fetvalarıdır. Bunlar, klasik fetva stilindeki gibi “caizdir” veya “caiz değildir” şeklinde kısa cevap formatında değil, bazen müstakil bir risale teşkil edecek kadar uzun gerekçe ve delillere sahip fetvalardır. Ebüssuûd Efendi'nin nakit para vakfıyla ilgili meşhur fetvası buna örnek

⁵⁸⁸ Aydın, *İslâm Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, s: 18

⁵⁸⁹ Ahmet Akgündüz, *Fetâvâ-yı Ebüssuûd Efendi maddesi*, DİA, 12/441

⁵⁹⁰ Pehlül Düzenli, *Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi: Bibliyografik Bir Değerlendirme*, TALİD, 3, 5, 20005, s: 463–464

olarak gösterilebilir.⁵⁹¹ Bu gruba giren fetvaların bir kısmı padişaha arz edilerek bağlayıcı bir hüküm kazanmış ve kanun gibi uygulanmıştır. İkinci grupta yer alanlar ise fikhın klasik konularını kapsayan fetvalar olup, Ebüssuûd'un derlemeye fırsat bulamadığı, daha ziyade kâtip ve talebelerinin yaptığı fetva derlemeleridir. Örneğin, *Bozanzâde Mecmuası*, Ebüssuûd'un fetva kâtibi ve müsevvidi Mahmud b. Kâdı Bozân tarafından hazırlanan ve kırk yedi bölümden oluşan bir fetva koleksiyonudur. Bu tarz koleksiyonlara, *Velî Yegân'ın Mecmuası* ile *Kâkülüperîşân Şeyhî Efendi Mecmuası* da örnek olarak verilebilir.⁵⁹²

ccc- Bir Hukukçu Olarak Ebüssuûd Efendi

Ebüssuûd Efendi, Osmanlı Devleti'nin devletten imparatorluğa (Devlet-i Osmanîden Devlet-i Âliyye-i Osmanîye) dönüştüğü bir zaman diliminde diğer bir ifadeyle İmparatorluğun en ihtişamlı döneminde görev yapmış bir bürokrattır. Onun zamanında Osmanlı Devleti, tarihinin altın çağını yaşamış, artan fetihlerle sınırları genişlemiş, karada ve denizde dünyanın en güçlü devleti konumuna gelmiştir. Böylesi bir ortamda bütün İmparatorluk sathında tek bir hukuk sisteminin hâkim kılınmaya çalışılması hukukî olduğu kadar aynı zamanda siyasî bir konudur. Çünkü İmparatorluğun tebaası artık sadece Anadolu'daki Türklerden değil, çok çeşitli ırk ve kültüre mensup müslim ve gayr-i müslimlerden oluşmaktadır. Bu toplulukları ortak bir hukuk çerçevesinde bir arada tutmak sadece hukukî açıdan değil, siyasî açıdan da bir zorunluluktur. Hukukî istikrarın, siyasî istikrarın adeta sigortası konumunda olması içtihat hukuku olan İslâm hukukunun bütün ülkede geçerli bir kanun hukuku haline getirilmesinin de zorunlu bir sonucuydu.

Ebüssuûd Efendi, bu amaçla kadı ve müftülerin Hanefî mezhebine mensup kişilerden seçilmesine ve İmparatorluğun tümünde üst düzey bu görevlilerin Hanefî mezhebinin kuvvetli görüşlerine göre hüküm vermelerine önem vermiştir. Mezhep içinde problemin halline yönelik fetvaların bulunmadığı durumlarda ise şeyhülislâm sıfatıyla kendisi bir fetva hazırlamış ve bunu padişahın onayına arz ederek kanun hükmünde uygulanmasını sağlamıştır. Böylece bir taraftan kadı ve müftülerin belirli

⁵⁹¹ Kâşif Hamdi Okur, *Para Vakıfları Bağlamında Osmanlı Hukuk Düzeni ve Ebüssuûd Efendinin Hukuk Anlayışı Üzerine Bazı Değerlendirmeler*, Gazi Üniversitesi, Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi, cilt: 4, sayı: 7-8, 2005, s: 44

⁵⁹² Akgündüz, *Fetâvâ-yı Ebüssuûd Efendi maddesi*, s: 441-443

bir mezhep dışına çıkmalarının önüne geçerek hukukî istikrarı sağlamış diğer taraftan da mevcut hükümlerin yetersiz kalmasıyla toplumsal hayatın tıkanması tehlikesinin önüne geçmiştir.

İslâm hukukunda devlet başkanının belirli bir takım esaslar çerçevesinde yasama faaliyetinde bulunması en geniş şekilde Osmanlı Devleti'nde ortaya çıkmıştır. Bunun da muhtemel sebebi Türk devlet idaresinde bu tarz bir faaliyetin çok öncelere dayanması ve Türklerin İslâmlaşmasından sonra kurdukları devletlerde de bu yönde bir idarî tasarrufu kullanmalarıdır. Özellikle örfün, Türk devlet idaresinde hissedilir oranda etkili olması ve Türklerin kurmuş oldukları devletlerde örfü, yasama kaynağı olarak aktif bir şekilde kullanmaları bu tasarrufun en önemli sebeplerindendir. Aşağıda ele alacağımız kanunnâme geleneği de bu düşüncenin bir ürünüdür. Nitekim daha sonraları Tanzimat döneminde yapılan bazı hukukî düzenlemelerde (gerek resepsiyon yoluyla yapılan çalışmalarda gerekse *Mecelle*, *Arazi Kanunnâmesi* ve *H.A.K.* gibi orijinal mâhiyetteki kanun çalışmalarında) kamuoyundan esaslı bir tepkinin gelmemesinin en önemli sebebi, Müslüman Türk kamuoyunun bu çeşit hukukî faaliyetlere yabancı olmaması ve Osmanlı örfî hukuk uygulamasının, toplumun bilinç altında bu tarz kanun çalışmaları için meşruiyet oluşturmasıdır.

Ebüssuûd Efendi'nin ilmî açıdan devrinin önde gelen âlimlerinden biri olması da hukukî alanda yaptığı faaliyetlerde elini güçlendirmiştir. Özellikle hukukî açıdan sorunun çözülmemediği durumlarda Hanefî mezhebinin zayıf görüşlerinden veya diğer mezheplerden alınan görüşlerden meydana getirilen fetvaların, katı bir mezhep disiplininin uygulandığı bir coğrafyada tepki almadan kabullenilmesinde Ebüssuûd Efendi'nin ilmî otoritesinin payı büyüktür. Osmanlı hukukî ve dinî düşüncesinin olgunlaşmasında Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi'nin çok önemli bir yeri olmakla birlikte aslında o kendisinden önceki şeyhülislâmların özellikle de İbn Kemâl (940/1534) ve Çivîzâde'nin (954/1547) başlattıkları projeyi sürdürmüştür.⁵⁹³

Ebüssuûd Efendi'nin gerek ilim adamı, gerekse devletin en üst bürokrasisinde görev yapan bir devlet adamı sıfatıyla yapmış olduğu hukukî faaliyetler, İslâm hukukunun şeklî kanunlaştırma çabaları içinde büyük bir öneme sahiptir. Onun zamanına kadar İslâm hukukunda bu tarz büyük bir kanunlaştırma faaliyeti meydana

⁵⁹³ Pehlül Düzenli, *Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi Fetvaları Işığında Osmanlı Sünniliği*, Marife, 5/3, 2005, s: 262

gelmemiştir. Ebüssuûd Efendi, İslâm-Osmanlı Hukukunun içtihat hukukundan kanun hukukuna doğru dönüşümünün mimarıdır.⁵⁹⁴ Bu sebeple, XIX. yy. kanun çalışmalarında Ahmet Cevdet Paşa'nın rolü ve fonksiyonu ile XVI. yy. Osmanlı kanun çalışmalarında Ebüssuûd Efendi'nin rolü ve fonksiyonu arasında bir benzerlik ilişkisi olduğu ifade edilmektedir.⁵⁹⁵

ff- el- Fetâva'l- Âlemgîriyye

el- Fetâva'l- Âlemgîriyye, Şah Cihan'ın Hindistan'da elli yıl kadar hüküm süren üçüncü oğlu Sultan Evrengzîb Âlemgîr'in (1658–1707) emriyle Hanefî mezhebinin görüşlerinin toplandığı ve Hindistan dışında *el-Fetâva'l-Hindiyye* adıyla da bilinen Arapça fıkıh kitabıdır. Evrengzîb, hukukî istikrarı sağlamak ve fıkıh kitaplarında dağınık halde bulunan kuvvetli görüşlerin kazâ ve fetvaya esas olacak şekilde tasnif edilerek düzenlenmesini emretmiş ve bu maksatla bir heyet oluşturulmuştur. Fetva literatüründe eserlerin isimleri genelde eseri yazan müellifin adını taşıırken bu koleksiyon Sultan Âlemgîr'in adını taşımaktadır.⁵⁹⁶ Eser, Burhânpûrlu Şeyh Nizâm (1090/1679) başkanlığındaki bir ekibin çalışmasının ürünüdür. Bu komisyon, Şahın kütüphanesinde bulunan binlerce cilt kitabı tarayarak ve iki yüz bin gümüş ruble harcayarak *el- Fetâva'l- Âlemgîriyye*'yi meydana getirmiştir.⁵⁹⁷ 1664–1672 yılları arasında kaleme alınan bu eser Hanefî mezhebine ait birçok muteber kaynaktan derlenmiştir. Tertibinde de *el-Hidâye* örnek alınmıştır. *El-Âlemgîriyye*'ye “*Fetâvâ*” adı verilmiş olmasına rağmen eser Osmanlı fetva kitapları tarzında günlük hayattaki problemlerin cevabı mâhiyetinde olmayıp genel fikhî hükümleri kapsamaktadır. *el-Fetâva'l-Hindiyye* hem Hint-Türk devletlerinde fiilen yürürlükte olan İslâm adlî ve idarî sistemine esas teşkil etmesiyle hem de İslâm dünyasının hemen her bölgesinde görülen hukukî düzenlemelere kaynaklık etmesiyle temel eser konumundadır. İngiliz hâkimiyetine girinceye kadar Hindistan'da İslâm hukukunun uygulanmasında en önemli kaynak olarak kabul edilmiş ve bu yönüyle

⁵⁹⁴ Michael M. Pixley, *The Development and Role of the Şeyhülislâm in Early Ottoman History*, Journal of the American Oriental Society, cilt: 96, sayı: 1, 1976, s: 96

⁵⁹⁵ Ahmet Akgündüz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri*, Ahmet Cevdet Paşa Sempozyumu içinde, s: 335

⁵⁹⁶ Berki, *Fetâvâ-yı Âlemgîriyye maddesi*, s: 277

⁵⁹⁷ Ekinci, *İslâm Hukuku Tarihi*, s: 142

İngiliz sömürge valiliğinin tavsiyesi doğrultusunda İngiliz mahkemelerince de itibar edilen bir koleksiyon olmuştur.⁵⁹⁸

Hükümdar iradesiyle ilan edilmediği için kanunlaşamayan bu eser Türk kanunnâme geleneği bakımından da önem arzetmekte ve Osmanlı Devleti'ndeki gelişmeler ile paralellik göstermektedir.⁵⁹⁹

İslâm hukukunda müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıkmaması sebeplerinden bahsederken İslâm hukuku bakımından kanun koyucunun (Şâri') Cenab-ı Allah olarak kabul edildiğini ve devlet başkanlarının da görevinin bu kanunları uygulamak olduğunu belirtmiştik. Bu düşünce, İslâm hukuk tarihinde kapsamlı müstakil kodifikasyonların ortaya çıkmamasındaki en önemli sebeplerdendir. Devlet adamları hukukun dağınık görünüm arz etmesinin hukukî istikrara büyük darbe vurduğunu görmüş, bu eksikliği gidermek için de bazı teşebbüslere öncülük etmişlerdir. Ancak, İslâm dünyasındaki bu düşüncenin aleyhlerine kullanılmasından çekindikleri için nihâî noktada bir irade de gösterememişlerdir. Bunun belki de tek istisnası Kanûnî zamanında yapılan hukukî düzenlemelerdir. Bunda da şüphesiz en önemli faktör padişahın yasama faaliyetinde Müftülenam, Şeyhülslâm, Ebû Hanîfe-i Sâni Ebüssuûd Efendi gibi döneminin tartışılmaz en büyük otoritesinden faydalanmış olmasıdır.⁶⁰⁰

gg- Fetavâ-yı Ankaravî

Fetavâ-yı Ankaravî, Şeyhülslâm Ankaravî Mehmed Emin Efendi'ye (1098/1687) ait fetva koleksiyonudur. Klasik fıkıh kitaplarının sistematığına göre tertip edilen bu eserde fetvalar, alışlagelen fetva mecmualarından farklı olarak soru-cevap tarzında kaleme alınmamış, soru zikredilmeden çok sık karşılaşılan fikhî meselelerin cevapları, Hanefî mezhebinin muteber fıkıh ve fetva kitaplarından

⁵⁹⁸ Ahmet Özel, *el-Âlemgîriyye maddesi*, DİA, 2/365–366, Akgündüz, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı*, s: 40, Muhammed Khalid Masud, *Islamic Legal Interpretation Muftis and Their Fetwas*, Harvard University Pres, 1996, s: 198

⁵⁹⁹ Ekinci, *İslâm Hukuku Tarihi*, s: 142

⁶⁰⁰ Nitekim Kanûnî'nin, Ebüssuûd Efendi ile yakın ilişkisini göstermesi bakımından iki anekdotu zikretmek istiyoruz. Birincisi, Kanûnî, Zigetvar Seferi sırasında hasta yatağından Ebüssuûd Efendiye hitaben yazdığı mektubunda “*Halde haldaşım, sinde sindaşım, ahiret karındaşım, Tarîk-ı hakta yoldaşım*” şeklinde sevgi ve saygı dolu ifadeler kullanmaktadır. İkincisi de, Kanûnî, vefatında Ebüssuûd Efendi'nin fetvalarının bulunduğu çekmecenin kendisiyle birlikte defnedilmesini vasiyet etmiştir. Böylece, icraatlarında Ebüssuûd Efendi'nin fetvalarından, diğer bir ifadeyle İslâm hukukundan ayrılmadığı göstermek istemiştir.

derlenmiş ve sonunda da alınan kaynak belirtilmiştir.⁶⁰¹ Derleme, aynı konuyla ilgili olarak Hanefî mezhebi içindeki pek çok görüşten Ankaravî'nin tercih ettiği görüşü yansıtmaları bakımından önem taşımaktadır. Osmanlı döneminde kadı ve müftüler tarafından çok yaygın olarak kullanılan bir eser konumundadır.⁶⁰²

hh- Fetâvâ-yı Ali Efendi

Fetâvâ-yı Ali Efendi, Şeyhülislâm Çatalcalı Ali Efendi'nin (1103/1692) fetvalarının bir araya getirildiği eserdir. Bu koleksiyon, XVII. yy. Osmanlı Devleti'nde günlük hayatta karşılaşılan veya tartışılan 4412 fetvayı ihtiva etmesiyle devrin sosyo-kültürel ve ekonomik yapısını göstermesi bakımından da önem arz etmektedir. Klasik fıkıh kitaplarındaki gibi “kitab” ve “bâb”lara göre düzenlenmiş olan ve elli üç bölümden meydana gelen *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, “Kitâbü't-tahâre” ile başlayıp “Kitâbü'l-Ferâiz” ile son bulmaktadır. Kitapta yer alan bölüm başlıkları Arapça'dır.⁶⁰³

ii- Fetâvâ-yı Darü'lulûm-ı Diyûbend

Hindistan'ın Utar Pradeş eyaleti Sehârenpûr idarî bölgesine bağlı Diyûbend kasabasında kurulan (30 Mayıs 1866) ilmî bir araştırma merkezi (darü'l-ulûm) olan Darü'lulûm-ı Diyûbend'e İngiliz hâkimiyeti altındaki Hint Müslümanları hızla değişen şartlardan kaynaklanan dinî, idarî, siyasî ve hukukî pek çok soru yöneltmeye başlamışlardı. Bu kuruma yöneltilen sorular ve cevaplar kuruluşundan itibaren belli başlı esaslar çerçevesinde kayda alınmış, 1962 yılında da bunlar on beş ciltlik bir koleksiyon halinde yayınlanmıştır. Furu fıkıh konularına göre düzenlenmiş soru ve cevaplardan oluşan bu koleksiyonda fetvalar Hanefî mezhebine göre verilmiştir.⁶⁰⁴ Güney Asya Müslümanlarının hukukî alandaki sorunlarının hallinde uzun yıllar kanun kitabı gibi kullanılan bu eser aynı zamanda sömürge dönemi İngiliz

⁶⁰¹ Özen, *Osmanlı Döneminde Fetva Literatürü*, s: 365

⁶⁰² Ahmet Akgündüz, *Fetâvâ-yı Ankaravî maddesi*, DİA, 12/439

⁶⁰³ Cengiz Kallek, *Fetâvâ-yı Ali Efendi maddesi*, DİA, 12/438

⁶⁰⁴ Myra Hamid, *The Political Struggles of The Ulema of Dar-ul-Uloom Deoband: Identifying and Operationalizing The Traditionalist*, 2005, s: 32-33

mahkemelerinin karşısına rakip olarak çıkmış ve bu fetvalar, Darü'lulûm'un dinî meselelerde otorite konumuna gelmesine de yardımcı olmuştur.⁶⁰⁵

Güney Asya'da ortaya çıkmakla birlikte İslâm dünyasının dört bir tarafında ve modernleşmenin en hızlı olduğu zaman diliminde⁶⁰⁶ bile fetvaların yürürlük kaynağı ve kanun koleksiyonu olarak kullanılmasını göstermesi bakımından *Fetâvâ-yı Darü'lulûm-ı Diyûbend* önemli bir örnektir.

Genelde İslâm hukukunda özelde ise Osmanlı hukukunda meydana gelen şekli kanunlaştırma örnekleri kapsamında değerlendirdiğimiz fetva konusunu tamamlamadan iki hususa daha dikkat çekmek istiyoruz.

Birincisi; ele aldığımız bu eserler, kendilerinden sonrakilere örnek olan, içinde bulundukları zaman diliminde devletin gayr-ı resmî kanun külliyyâtı olarak kullandığı ve halk nezdinde büyük bir kabule mazhar olmuş fetva koleksiyonlarıdır. Bu koleksiyonların dışında irili ufaklı daha pek çok fetva mecmuası ortaya çıkmakla birlikte bunlar, böyle bir amaca matuf olarak kullanılmamışlardır. Dikkat edilirse bu fetva koleksiyonlarının hemen tamamı Hanefî doktrinine göre oluşturulmuştur.⁶⁰⁷ Bu da kanaatimizce tesadüften ziyade, Hanefî mezhebinin şehirli karakterinin diğer mezheplere daha baskın çıkması ve günlük hayatla daha çok iç içe olmasından kaynaklanmaktadır. Dört mezhep içinde Hanefî mezhebinin doktrin zenginliği açısından en zengin mezhep olması da muhtemel diğer bir sebeptir. Ayrıca, mezhebin genel karakteristiğinin katı lafızcılıktan ziyade makâsıdı ön plana çıkarması ve Hanefî usûlünün oluşumunda fûrudan usûle doğru bir gidişin olması da bunda etkili olan diğer faktörlerdendir.⁶⁰⁸ Bütünden parçaya doğru bir gidiş Hanefî fakihlere analitik bir düşünme kazandırmış bu da kaideleştirme olgusuna zemin hazırlamıştır.⁶⁰⁹ Ayrıca Ebû Yûsuf'un başkadı olarak atanmasıyla birlikte Hanefî mezhebi arkasına devlet desteğini almış, Osmanlıların Hanefî mezhebini tervîc etmesiyle de bu destek en üst seviyeye ulaşmıştır. Devlet otoritesinin gücünü

⁶⁰⁵ Muhammad Khalid Masud, *Fetâvâ-yı Darü'lulûm-ı Diyûbend maddesi*, DİA, 12/440–441

⁶⁰⁶ Verdiğimiz fetva koleksiyonlarının genelde XV–XVI. yy. a ait olması fetvaların sadece bu zaman diliminde etkili olduğu, sonrasında etkisini yitirdiği şeklinde bir düşünceye yol açmamalıdır. Örneğin XX. yy. da bile Filistin bölgesinde fetvalar hukukî istikrarı sağlama ve hukukun uygulanmasına yardımcı olması bakımından işlevlerini yitirmemişlerdir. Daha detaylı bilgi için bkz: Aharon Layish, *The Fatwa as an Instrument of the Islamization of a Tribal Society in Process of Sedentarization*, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, cilt: 54, sayı: 3, 1991, s: 449–459

⁶⁰⁷ Zafarul Islam, *Development of Islamic Jurisprudence in Sultanate Period*, s: 21

⁶⁰⁸ Haçkalı, *Hanefî Mezhebinin İctihat Geleneğinin Tümdengelimci Yönü Üzerine*, s: 289

⁶⁰⁹ Kızılkaya, *Hanefî Furû-ı Fıkıh Eserlerinde Fikihî Kâidelerin*, s: 85–86

arkasına alan Hanefî mezhebinde bu tarz bir literatürün diğer mezheplere oranla daha fazla gelişmesini de normal karşılamak gerekmektedir.

İkincisi de; Osmanlı Devleti'nde şeyhülislâmlık ve fetva eminliği (daha sonraki aşamalarda *fetvahâne dairesi*) gibi kurumların bulunmasıdır.

Şeyhülislâmlık kurumunun Osmanlı Devleti'nde ne zaman kurulduğu tam olarak bilinmemekle birlikte XVI. yy.da Kanûnî Sultan Süleyman zamanında etkin bir makam haline geldiği açıktır.⁶¹⁰ II. Bayezid, I. Selim ve Kânunî devirlerinde İstanbul müftülüğü görevini yürüten Zenbillî Ali Efendi'den itibaren şekillenmeye başlayan şeyhülislâmlık, Ebüssuûd Efendi döneminde en yüksek dinî ve ilmî makam haline gelmiştir.⁶¹¹ Osmanlı Devleti'ndeki şeyhülislâmlık müessesesi İslâm hukukunun, devletin resmî hukuku olarak uygulanmasına çok önemli katkılarda bulunmuştur. Özellikle İbn Kemal ve Ebüssuûd gibi dönemin bilge şeyhülislâmları, içtihat hukuku olan İslâm hukukunun Osmanlı Devleti'nin merî hukuk sistemi olarak kanun hukukuna dönüşümünde önemli bir rol oynamışlardır.

Şeyhülislâmlık kurumunun zaman içinde farklı bir yapılanmaya gitmesiyle, *Fetvahâne Dairesi* önem kazanmış, bu kurum bünyesinde kurulan *Telif-i Mesâil Şubesi*yle halkın günlük hayatta karşılaştıkları meselelere çabuk ve pratik çözümler üretilmiştir.⁶¹² Bu kurumdan önce şeyhülislâmlar, devletin dinî işlerde en yetkili kişisi olarak fetvalar vermişken,⁶¹³ XVIII. yy.dan itibaren şeyhülislâmların fetva koleksiyonu oluşturması sona ermiş ve *Fetvahâne Dairesi*, şeyhülislâmların fetva koleksiyonlarının yerini almaya başlamıştır.⁶¹⁴

Gerek fetva türünde telif edilen eserler gerekse *Meşihat* ve *Telif-i Mesâil* müesseseleri Osmanlı Devleti'nde, İslâm hukukunun devlet düzeyinde uygulanmasına önemli katkılar sağlamıştır.⁶¹⁵

⁶¹⁰ J. H.Kramers, *Şeyhülislâm maddesi*, İA, 11/486

⁶¹¹ Murat Akgündüz, *Osmanlı Devletinde Şeyhülislâmlık*, İstanbul, 2002, s: 37-44

⁶¹² İslâm Demirci, *Osmanlı Şeyhülislâmlık Kurumunun Bir Birimi: "Telif-i Mesâil Şubesi"*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı: 9, 2007, s: 147-150

⁶¹³ Osmanlı Şeyhülislâmlarının fetva koleksiyonları hakkında bkz: Rahime Altaş, *Şeyhülislâm Feyzullah Efendi'nin "Fetâvâ-yı Feyziyye" İsimli Eserinin Değerlendirilmesi*, AÜSBE, Y.Lisans Tezi, Ankara, 2004, s: 22-27

⁶¹⁴ Ferhat Koca, *Fatwakhana: A Division of the Ottoman State's Office of the Shaykh al-Islam*, Ekev Akademi Dergisi, sayı: 16, 2003, s: 160

⁶¹⁵ Uriel Heyd, *Some Aspects of the Ottoman Fetva*, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, cilt: 32, sayı: 1, 1969, s: 56

c- Kanunnâmeler

Genelde İslâm özelde ise Osmanlı hukukunda İslâm hukukunun şekli kanunlaştırma örnekleri arasında fetva koleksiyonları ve kanunnâmeler önemli bir yere sahiptir. Ancak, fetva koleksiyonları İslâm dünyasının bütünü içinde mütalaa edilirken kanunnâmeler ise genelde Türk devlet idaresi özelde ise Osmanlı Devleti’nde ortaya çıkan hukukî bir sürecin eseridir.⁶¹⁶

Kanunnâme, Osmanlı’da devlet tarafından belirlenen ve derlenen yasaları ifade eden bir terimdir. Kanun mecmuaları anlamına gelen bu kavram, Osmanlı Devleti’nde muhteva ve şekil itibariyle belirgin bir konuma gelmiştir.⁶¹⁷ Kanunnâme geleneğinin veya uygulamasının konumuz açısından önemi, Osmanlı kanunnâmelerinin kamu hukukunun bazı dalları ile özel hukukun bazı konularında Osmanlı Devleti’nin hukuk kodu olarak kabul edilmesidir.⁶¹⁸

Osmanlıdaki kanunnâme uygulaması tarihî açıdan iki ana kaynağa dayanmaktadır. Bunlardan birincisi; Eski Ortadoğu kültürlerine ait geleneklerdir. Eski İran İmparatorlukları, devlet görevlileri tarafından özellikle vergi gibi malî konuların kötüye kullanılmasının önüne geçmek amacıyla genel hükümleri halkın görebileceği yerlere taşlar üzerine kazımak suretiyle ilan etmişler ve halkın kendi hak ve sorumluluklarından haberdar olmalarını hedeflemişlerdir. Bu uygulama, muhtemelen eski Mezopotamya medeniyetlerinden intikal etmiştir. (Burada Sâsânî devlet geleneğinin İslâm tarihindeki temsilcisi İbn Mukaffâ’nın Abbasî idaresine tavsiyeleri akla gelmektedir). İkincisi de; Türk-Moğol hanlıklarının gelenekleridir. Moğol-İran İmparatorluğu zamanında “*Yasa-yı Kadîm-i Cengiz Han, Yargunâme*” olarak bilinen *Cengiz Han Yasası*, askerî, idarî ve siyasî işlerin düzenlenmesi için kaynak vazifesi görmüştür.⁶¹⁹ Tedvîn edilmiş kanunnâmelerin yalnızca İran, Anadolu, Irak ve Hindistan’da, diğer bir ifadeyle Türk-Moğol geleneklerinin ve hanlıklarının etkili olduğu yerlerde ve Osmanlı Devleti’nde ortaya çıkması, bu tarz

⁶¹⁶ Barkan, *Kanunnâme maddesi*, İA, 6/186

⁶¹⁷ Robert Anhegger- Halil İnalcık, *Kanunnâme-i Sultânî Ber Mûcebi Örfi Osmânî, II. Mehmed ve II. Bayezid Devirlerine Ait Yasaknâme ve Kanunnâmeler*, Ankara, 1956, s: X-XI

⁶¹⁸ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri*, İstanbul, 1990, cilt: 1, s: 6

⁶¹⁹ Uriel Heyd, *Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat*, çev: Selahaddin Eroğlu, AÜİFD, cilt: 26, 1983, s: 639

bir yasama faaliyetinin İslâm dünyasında sadece Türk devletlerinde meydana geldiğini göstermektedir.⁶²⁰

Bu duruma göre kanunnâmeleri, eski Türklerden gelen yazılı kural koyma usûlünün İslâm hukukunda devlet başkanına tanınan yasama yetkisiyle birleştirildiği hukukî faaliyetler olarak da ifade etmek mümkündür.⁶²¹

Devlet başkanının yasamaya fiili katkısından hareketle kanunnâmelerin Osmanlı hukuk sistemini laikleştirdiği şeklinde özellikle ilk dönem Cumhuriyet aydınları arasında genel bir kanı bulunmaktadır. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Ömer Lütfi Barkan ve M. Fuat Köprülü gibi ilk dönem Cumhuriyet aydınları, Osmanlı Devleti'nde XVI. yy.dan sonra uygulanan hukuk sisteminin şerî karakterden laik (veya pozitif) karaktere dönüştüğünü, bu dönüşümün de kanun ve kanunnâmeler yoluyla olduğunu ısrarla vurgulamaktadırlar.⁶²² Onların bu tarz iddiaları batılı ilim çevrelerinde de belirli ölçüde kabul görmüştür.⁶²³ Buna göre Osmanlı Devleti'nde, XV. ve XVI. yy.dan sonra idarî ve hukukî sahada bir ikilik meydana gelmiş, devlet başkanı veya padişahın yasamaya doğrudan müdahalesi anlamında kanunnâmeler ortaya çıkmış ve devlet “laik kanunnâmeler” yoluyla idare edilmiştir. Kanaatimizce buradaki esas problem Osmanlı Devleti'nin veya hukukunun şerîliği meselesidir.⁶²⁴ Osmanlı hukukunun şerîliği konusunda ise genel olarak dört ana eğilim ortaya çıkmaktadır.

Birincisi; Osmanlı Devleti'nde hem pozitif hukuk teorisinin hem de uygulamasının İslâmî/şerî öğretiyeye uygun olduğu ve dolayısıyla Osmanlı devlet ve hukuk geleneğinde tam bir İslâmî anlayış ve uygulamanın bulunduğu.⁶²⁵

⁶²⁰ M.Akif Aydın, *Halil İnalıcık ile Türk Hukuk Tarihi Üzerine*, TALİD, 3/5, 2005, s: 477–488, Halil İnalıcık, *Kanunnâme maddesi*, DİA, 24/333, Halil İnalıcık, *Türk Devletlerinde Sivil Kanun Geleneği* Türkiye Günlüğü, sayı: 58, 1999, s: 6

⁶²¹ Mustafa Şentop, *Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü*, TALİD, 3/5, 2005, s: 648

⁶²² M. Macit Kenanoğlu, *Osmanlı Kanunnâmeleri Neşriyatı Üzerine Bir Tahlil*, TALİD, 3/5, 2005, s: 145, Burada, ilgili kişilerin eserlerinden tek tek yola çıkarak örnekler vermeyi zaid görüyoruz. Eserlere yansıyan hâkim fikir Osmanlı'da örfî hukuk yoluyla laik bir karakter oluştuğu şeklindedir.

⁶²³ Dora Glidewell Nadolski, *Ottoman and Secular Civil Law*, International Journal of Middle East Studies, cilt: 8, sayı: 4, 1977, s: 536

⁶²⁴ Ahmet Akgündüz'e göre Osmanlı hukukunda örfî hukuk denilince, sadece âdet hukuku değil, şerî hükümlerin kanun tarzında tedvini de dâhil olmak üzere, ulül-emre tanınan sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde, mütehasıs İslâm hukukçularının içtihat ve fetvalarına da başvurularak ortaya konan hukukî hükümler akla gelmelidir. Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Amme Hukuku Hakkında Bazı Tespitler*, Türkiye Günlüğü, Yaz, sayı: 11, 1990, s: 89

⁶²⁵ Ahmet Yaman, *Osmanlı Pozitif Hukukunun Şerîliği Tartışmalarına Eleştirel Bir Katkı*, İslâmiyât, cilt: 8, sayı: 1, 2005, s: 114

İkincisi; Osmanlı'da örfün hukukî bir yasama kaynağı olması ve devlet idarecilerinin yasamaya kanunnâmeler yoluyla birebir müdahalesinin Osmanlı devlet ve hukuk sisteminde dünyevi karakterin ağırlıkta olduğu, şerî unsurların olmakla birlikte bunların Osmanlı pratiğine hâkim konumda olmadığı şeklindedir.⁶²⁶

Üçüncüsü; Gayr-i müslimlere özellikle de hususî hukuk alanında tanınan geniş özgürlüklerden yola çıkarak Osmanlının laik bir anlayışa sahip olduğu şeklindeki görüştür.⁶²⁷

Dördüncüsü ise; Max Weber'in görüşüdür.⁶²⁸ Weberyen teoriye göre Osmanlı hukuk sistemi, "kadı adaleti" (*qadi justice*) tamlamasında özetlenebilecek irrasyonel, bağımlı, alabildiğine şahsî, sübjektif ve keyfî bir işleyişle dağınık bir yapıya sahiptir.⁶²⁹ Hukuk pratiği, hiyerarşik olarak sultana varan ve siyasî ilişkilere bağımlı olan kadının insiyatifine terk edilmiştir.⁶³⁰

Buna bir beşinci görüş olarak da İlber Ortaylı'nın görüşünü ilave etmek mümkündür. Buna göre Osmanlı Devleti Tanzimat'a kadar şerî karakterini muhafaza etmiş ancak Tanzimat'la birlikte laik diyebileceğimiz kimi uygulamalar da ortaya çıkmaya başlamıştır.⁶³¹

Bu görüşleri detaylı bir şekilde ele almak konumuz dışı olmakla birlikte, kanaatimizce, Osmanlı devlet ve hukuk sisteminin şerîliği meselesi sosyolojik ve tarihî pek çok olayda olduğu gibi birbirinden kesin çizgilerle ayrılacak bir konu değildir. Yukarıda zikredilen görüşlerin her birinin kendince tutarlı olduğu hususlar bulunmaktadır. Örneğin, meşhur kardeş katli meselesini, İslâm siyasî sistemi ile temellendirmek mümkün olmadığı gibi, padişahların önemli her meselede şeyhülislâmdan fetva almasını da laik karakterli bir devlet sistemi ile temellendirmek mümkün değildir.

Osmanlı hukukunun şerîliği kapsamında ele alınan bir diğer konu da, Osmanlı hukukunda şerî hukuk-örfî hukuk tartışmalarıdır. Esasen Osmanlı hukuk sistemi, İslâm hukuk kuralları ile daha ziyade eski Türk örf ve âdetlerine dayanan örfî

⁶²⁶ Yaman, *Osmanlı Hukukunun Şerîliği*, s: 114

⁶²⁷ Yaman, *Osmanlı Hukukunun Şerîliği*, s: 114

⁶²⁸ Max Weber'in konuyla ilgili görüşlerinin ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz: Francis Robinson, *Secularisation, Weber and Islam, eprints. rhul. ac. uk/335/1/Weber. pdf*

⁶²⁹ Oryantalistlerin İslâm-Osmanlı hukuku ile ilgili görüşlerinin kapsamlı bir değerlendirilmesi için bkz: John Makdisi, *Legal Logic and Equity in Islamic Law*, The American Journal of Comparative Law, sayı: 33, 1985, s: 63–92

⁶³⁰ Yaman, *Osmanlı Hukukunun Şerîliği*, s: 114

⁶³¹ İlber Ortaylı, *Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri Üzerine*, s: 159–169

hukukun bir karışımı olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle İslâm hukukunun yasamada bilinçli olarak bıraktığı boşluklar, padişah emirnâmeleri, fermanları ve kanunnâmeleri ile Türk devlet idaresi ve geleneğine göre oluşan örfî hukukla doldurulmuştur.⁶³² Osmanlı hukuk sisteminde bu manada bir ikilik söz konusu olmadığı gibi, birinin diğerini incelemesi gibi bir durum da söz konusu değildir. Osmanlı hukuku, şerî hukuk ile örfî hukukun çatıştığı bir alan olarak değil, bu iki hukukun birbirini tamamladığı bir hukuk sistemi olarak gelişimini sürdürmüştür. Özellikle ferman ve kanunnâmelerde yer alan hükümlerin “*şer’ ve kanun üzere görülmesi*” emri Osmanlı Devleti’nde şerî ve örfî hukukun birbiriyle çatışan değil, birbirini tamamlayan iki hukuk mevzuatı olarak görüldüğünü göstermektedir.⁶³³ Örfî hukukun ayrı bir hukuk mevzuatı olarak isimlendirilmesi de muhtemelen, kaynağını padişah iradesinden alan kuralların, zaman içinde belirli bir yekûn tutması ve Osmanlı hukuk sistemi içinde belirli oranda pay sahibi olması ile ilgilidir.⁶³⁴

Buna göre, İslâm hukukundaki kanunlaştırma örnekleri içinde ele aldığımız Osmanlı kanunnâmelerini bütünüyle şerî bir devletin hukuk sistemindeki düzenlemeler kapsamında değil, örfî ve şerî bir takım esaslar çerçevesinde meydana getirilen ve o zamanki toplumun idarî ve hukukî ihtiyaçlarını karşılayan kanun düzenlemeleri olarak kabul etmememiz gerekmektedir. Osmanlı Devleti kanunnâmeler yoluyla bir taraftan hukukî istikrarı sağlamaya çalışırken diğer taraftan da merkezî bir yönetimin siyasî istikrarını sürdürmeyi başarmıştır.⁶³⁵

aa- Kanunnâme Çeşitleri

Yaklaşık beş yüz yıllık bir devlet geleneğinde ortaya çıkan kanunnâmeler – başlangıç noktasını daha eski devirlere götürmeden sadece Osmanlı uygulaması dikkate alındığında- fetva koleksiyonları gibi standart mâhiyette tek tip olarak değil kendi içinde çok farklı alanları düzenleyen çeşitli şekillerde ortaya çıkmışlardır.⁶³⁶ Bu çeşitlilik de kanunnâmelerin şerîliği veya ne kadar şerî olduğu konusunda bütün

⁶³² Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s: 60–64

⁶³³ Ömer Menekşe, *Osmanlı’da Zina Cezası Olarak Recm*, Marife, 3/2, 2003, s: 11

⁶³⁴ Halil İnalcık, *Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfî-Sultânî Hukuk ve Fatih’in Kanunları*, A.Ü.Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, c: XIII, 1958, s: 102–103

⁶³⁵ Nuran Ay, *Osmanlı Devletinde Merkezîyetçilik Prensibi ve Hukuk Sistemine Etkileri*, Selçuk Üniversitesi SBE, Y.Lisans Tezi, Konya, 2001, s: 100–111

⁶³⁶ Ahmet Akgündüz, Osmanlı Devletinde ortaya çıkan kanunnâmelerin sayısını 760 olarak vermektedir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz: Ahmet Cevdet Paşa Sempozyumu, Bildiriler, Ankara, 1997, s: 303

bir Osmanlı uygulamasını standart bir yapıda ele almamızın zor olduğunu göstermektedir.⁶³⁷ Ayrıca fetvalar, büyük oranda halk tabakasına hitap etmesine karşın kanunnâmeler kadılar vb. görevliler için kaleme alınan belgeler konumundadır.⁶³⁸ Buna benzer farklılıkları dikkate alarak Osmanlı kanunnâmelerini çıkarılış şekillerine göre beş grupta mütalaa etmek mümkündür.⁶³⁹

aaa- Padişah Hükümleri Şeklindeki Kanunnâmeler

Bunlar, belirli idarî konularda fermanlar veya berâtlar şeklinde yayımlanıp valiler ve kadılardan uygulanmaları istenen kanunnâmelerdir. Bürokratların ihtiyaçlarını karşılamak için padişah hükümleri şeklinde hazırlanan bu kanunnâmelerin bilinen en eski örneği II. Bayezid Kanunnâmesidir.⁶⁴⁰

bbb- Sancak Kanunnâmeleri

Osmanlı merkez alındığı takdirde kaynağını Abbasîler döneminden İran'a kadar uzanan geniş bir tarihî perspektiften alan bu tarz kanunnâmelerin Osmanlılarda bilinen ilk örneği Hüdâvendigâr Kanunnâmesidir.⁶⁴¹ Sancak kanunnâmeleri genel olarak reaya vergileri ve mîrî arazi rejiminin düzenlendiği kanunnâmelerdir. Osmanlı Devleti'nde bu konuları kanunlaştıran ilk padişah da Fatih Sultan Mehmed'dir.⁶⁴²

ccc- Belirli Gruplarla İlgili Kanunnâmeler

Bunlar, Yörükler, Tatarlar ve Rumeli Çingeneleri gibi İmparatorluk içinde belirli bir grup veya kitlenin askerî ve malî işleri ile ilgili düzenlemelerin yer aldığı kanunnâmelerdir.⁶⁴³

⁶³⁷ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri*, s: 45

⁶³⁸ Nurcan Abacı, *Bursa Şehri'nde Osmanlı Hukuku'nun Uygulanması (17. Yüzyıl)*, Ankara, 2001, s: 34

⁶³⁹ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri*, s: 87. Akgündüz burada esas itibarıyla beşli tasnifi biraz daha farklı isimlendirmelere tâbi tutmaktadır. Biz bu beşli tasnife sadık kalarak tekrara düşmeden bir sınıflandırma yaptık.

⁶⁴⁰ İncalcık, *Kanunnâme maddesi*, s: 334

⁶⁴¹ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri*, s: 91

⁶⁴² İncalcık, *Kanunnâme maddesi*, s: 334–335

⁶⁴³ İncalcık, *Kanunnâme maddesi*, s: 335, Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri*, s: 98

ddd- Devlet Teşkilatıyla İlgili Kanunnâmeler

Bilinen tek örneği, devletin esas ve ilkelerinin belirlendiği, hükümetin şekli ve yetki alanlarını, bürokratların rütbelerini, derecelerini, terfi, ücret ve emekliliklerini ele alan Fatih Sultan Mehmed Kanunnâmesidir.⁶⁴⁴

eee- Genel Kanunnâmeler

Bu tür kanunnâmeler devletin bütün bölgelerinde yürürlüğe girmesi amacıyla düzenlenen kanunnâmeler olup en önemli örnekleri Kanûnî Sultan Süleyman zamanında hazırlanan kanunnâmelerdir.⁶⁴⁵ XVI. yy.a ait belgeler, genel kanunnâmelerin, merkezî hükümet tarafından bütün imparatorluk sathında mahkemelerce uygulanması zorunlu resmî kanunlar olarak yürürlüğe konduğunu göstermektedir.⁶⁴⁶

bb- Türk- İslâm İdarelerince Hazırlanan Belli Başlı Kanunnâmeler

Kanunnâme geleneği daha ziyade, Türk devlet idaresinde ortaya çıktığından dolayı diğer İslâm ülkelerinde bu tarz bir faaliyetin örneğini görmek mümkün değildir.⁶⁴⁷ Bu sebeple literatürde önem arz edenler sayıca azdır. Burada Osmanlı Devleti'nin dışında iki kanunnâmeyi ve Osmanlı Devleti'ne ait de iki kanunnâmeyi ele alacağız. Buna göre Türk-İslâm ve Osmanlı hukuk tarihinde ortaya çıkan kanunnâmeler arasında konumuz açısından önem arz edenler şunlardır:

aaa- Alâüddevle Bey Kanunnâmesi

1337–1522 yılları arasında hüküm sürmüş bir Türk Beyliği olan Dulkadıroğulları'nın 1500'li yıllarda iktidarda bulunan beyi Alâüddevle'ye (1515) nisbet edilen kanunnâmedir. Hem ceza hem de vergileri düzenleyen bir kanunnâme olması ile Dulkadıroğulları Beyliği yazılı kanunu bulunan bir devlet konumunda olmuştur. Alâüddevle Bey Kanunnâmesi, Osmanlı Kanunnâmelerine örneklik etmesi bakımından önem arz etmektedir.⁶⁴⁸ Elli bir maddeden oluşan bu kanunnâmenin⁶⁴⁹

⁶⁴⁴ İncalcık, *Kanunnâme maddesi*, s: 335, Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri*, s: 93

⁶⁴⁵ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri*, s: 89

⁶⁴⁶ İncalcık, *Kanunnâme maddesi*, s: 336

⁶⁴⁷ Ömer Lütfi Barkan, *Kanunnâme maddesi*, İA, 6/186

⁶⁴⁸ Refet Yinanç, *Dulkadıroğulları maddesi*, DİA, 9/553–556

dışında Dulkadiroğullarına ait bir de “Bozok Kanunnâmesi” bulunmaktadır. Elli yedi maddeden müteşekkil Bozok Kanunnâmesi⁶⁵⁰ daha ziyade ceza hukukuna ilişkin hükümleri içermektedir.⁶⁵¹

bbb- Uzun Hasan Bey Kanunnâmesi

1340–1514 yılları arasında Doğu Anadolu, Azerbaycan ve Irak’ta hüküm süren Türkmen hânedanı olan Akkoyunlular’ın 1450’lerde iktidara gelen beyi Uzun Hasan’a (1478) nisbet edilen kanunnâmedir. Hasan Padişah Kanunları olarak da bilinen bu kanunnâme,⁶⁵² çiftçiden, esnaftan, sanatkârdan ve tüccardan alınan vergilerin adil bir şekilde tarh ve tahsil edilmesi için çıkarılmıştır. Uzun Hasan Bey’in bütün örfî vergilerin kaldırılması şeklindeki teklifi, mülkî ve askerî idarecilerin itirazı ile karşılaşmıştır.⁶⁵³ Uzun Hasan’ın Otlukbeli Savaşı’nda 1470 yılında Fatih Sultan Mehmed’e yenilmesi ile Akkoyunlular dağılma sürecine girmiş ancak buraları ele geçiren Osmanlılar 1516’dan 1548’e kadar Doğu Anadolu ve çevresinde bu kanunnâmenin yürürlükte kalmasına izin vermişlerdir.⁶⁵⁴

ccc- Fatih Sultan Kanunnâmesi

1453 yılında İstanbul’un fethinden sonra meydana getirilen devlet teşkilatı ile ilgili kanunnâmedir. Bu kanunnâme sadece Fatih Sultan Mehmed tarafından konulmuş olan hukuk kurallarını değil, Osmanlı Devleti’nin kuruluşundan beri zaman içinde oluşan idarî nitelikteki kuralları da tasnif etmiş ve bir tek yasa içinde müdevven hale getirmiştir. Fatih Kanunnâmesi idarî ve cezaî hükümler taşıyan bir kanunnâmedir. Üç bölüm halinde meydana getirilen bu kanunnâmeyi, çağına göre, oldukça sistemli bir yasa niteliğinde kabul etmek mümkündür.⁶⁵⁵

Osmanlı hukukunda genel kural bir padişahın çıkarmış olduğu kanunların veya yaptığı muahadelerin kendisinden sonraki padişahları bağlamaması şeklindedir. Yürürlükte kalmaları için yeni gelen padişahın bunları tasdik etmesi gerekmektedir.

⁶⁴⁹ Kanunnâmenin tam metni için bkz: Coşkun Üçok, *Osmanlı Kanunnâmelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler*, AÜHFD, cilt: 4, sayı: 1–4, 1948, s: 69–72

⁶⁵⁰ Kanunun tam metni için bkz: Ömer Lütfi Barkan, *Kanunlar*, s: 124–129

⁶⁵¹ Cin-Akgündüz, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, s: 139–140

⁶⁵² Ömer Lütfi Barkan, *Osmanlı Devrinde Akkoyunlu Hükümdarı Uzun Hasan Bey’e Ait Kanunlar*, *Türk Tarih Vesikaları Dergisi*, cilt: 1, sayı: 2, Ankara, 1941, s: 91–92

⁶⁵³ Faruk Sümer, *Akkoyunlular maddesi*, DİA, 2/270–274

⁶⁵⁴ İnalçık, *Kanunnâme maddesi*, s: 334

⁶⁵⁵ Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri*, s: 567–568

Fatih Sultan Mehmed'in Kanunnâmesi her ne kadar kendinden öncekileri tasdik etmişse de bir adım daha ileri giderek kendisinden sonrakileri de bununla bağlamak istemiştir.⁶⁵⁶ (*Bu kanunnâme atam ve dedem kanunudur; evlad-ı kirâmım neslen bade neslin bununla âmil olalar.*)⁶⁵⁷ Bu düşünce de muhtemelen, Fatih Sultan Mehmed'in "İstanbul Fâtîhi" olarak, Türk devlet idaresinde büyük işler başaran hanların bu tarz ebedî kanunlar koyma hakkının kendisinde de olduğu kabulünden kaynaklanmıştır.⁶⁵⁸

ddd- Sultan Süleyman Dönemi Kanunnâmeleri

Osmanlı İmparatorluğu'nda hukukî alanda yaptığı düzenlemeler gerekçe gösterilerek "*Kânûnî*" unvanı ile anılan Sultan Süleyman'ın 1540-1550'li yıllar arasında meydana getirdiği kanunnâmelerdir. Fatih Sultan Mehmed'in Kanunnâmesine göre daha sistemli olan bu yasa üç bölümden oluşmaktadır. Ceza hukukunu düzenleyen birinci bölüm dört fasıl, malî konuları düzenleyen ikinci bölüm yedi fasıl, idare hukukunu ve diğer konuları düzenleyen üçüncü bölüm de yine yedi fasıldan müteşekkildir.⁶⁵⁹

Osmanlı Devleti'nde Kanûnî'den sonra II. Selim (1566–1574), I. Ahmet (1603–1617) ve IV. Murat (1623–1640) zamanlarında da bir takım kanunnâmeler meydana getirilmiş olmakla birlikte bunlar, kendinden önceki kanunnâmelerin gerek sistem gerekse muhtevâ açısından tekrarı mâhiyetinde olduğundan⁶⁶⁰ müstakil olarak ele almıyoruz.

cc- Kanunlaştırma Faaliyetinin Medeniyet İle Olan İlişkisi

Osmanlı İmparatorluğu'nda ortaya çıkan kanunnâmelerin çok büyük bir kısmı, Fâtih, Kânûnî ve II. Selim zamanlarında hazırlanmıştır. Bu dönemin, Osmanlı İmparatorluğu'nun siyasî, idarî ve malî açıdan en mütekâmil dönemi olduğu dikkate alındığında, kanunlaştırma faaliyeti ile bir medeniyetin geldiği en üst nokta arasında doğrudan bir ilişki olduğunu ifade etmek mümkündür. Çalışmamız süresince

⁶⁵⁶ İnalçık, *Türk Devletlerinde Sivil Kanun Geleneği*, s: 11

⁶⁵⁷ Doğan Gün, *Kanunnâme-i Sultaniyye*, Ankara Üniversitesi SBE, Y.Lisans Tezi, Ankara, 1996, s: 97

⁶⁵⁸ İnalçık, *Osmanlı Hukukuna Giriş*, s: 113–114

⁶⁵⁹ Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri*, s: 568

⁶⁶⁰ Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri*, s: 568

yaptığımız okumaların bizde oluşturduğu genel kanaate göre tarih boyunca ortaya çıkan istisnasız bütün büyük kanunlaştırma faaliyetleri aynı zamanda o medeniyetin veya devletin en parlak zamanlarına tekabül etmektedir. Cengiz Kallek, *İslâm İktisat Düşüncesi Tarihi* adlı eserinde de benzer tespitlerde bulunmakta ve medeniyetlerin gelişim sürecini **4K** formülü ile temellendirmektedir.⁶⁶¹ Buna göre medeniyetler oluşumundan inhitat sürecine kadar geçen zaman zarfında dört önemli aşamadan geçmişlerdir. Bu açıdan Osmanlı medeniyetini değerlendirecek olursak,

(1K)avram(sal)laştırma, Osmanlıların XIV. yy.ın ortalarından ve özellikle de XV. yy.dan itibaren kendine has bazı kavramları geliştirmeleri, civar ülkelerden pek çok âlimin iltifat görmesi sebebiyle Anadolu’ya gelmeye başlaması ve bunların ortak bir ilim dili oluşturmaya başladıkları süreçtir.

(2K)itaplaştırma, Önceki aşamada üretilen kavramlar kullanılarak medeniyetin kendine has eğitim kurumlarında okutulacak çeşitli ilimlere mahsus “konulu temel ders kitaplarının” kaleme alındığı süreçtir.

(3K)urum(sal)laşma, Medeniyetin ilim ve kültür düzeyiyle orantılı olarak kendine has bir yapı kurması ve bu yapının içinde orijinal müesseselere yer verdiği süreçtir.

(4K)anunlaştırma, Siyasî açıdan gücünün zirvesine ulaşan Osmanlı’nın bu gücünü, hukukî birliğini de sağlamak suretiyle sigorta etmeye çalıştığı süreçtir. Kanunlaştırma sebepleri arasında zikrettiğimiz siyasî istikrar ve hukukî istikrar arasındaki zorunlu ilişkiyi dikkate aldığımızda Osmanlı İmparatorluğu da kendisinden önceki hemen bütün büyük siyasî oluşumların yolundan gitmiş ve siyasî istikrarı hukukî istikrarla perçinlemeye çalışmıştır.

Kanunlaştırma, bir medeniyetin geldiği en üst seviyeyi göstermesi bakımından medeniyetin sanattan kültüre bütün ürünlerine de yansımıştır. Bu ikisi arasındaki ilişkinin hangisini doğurduğu tam olarak ortaya konulamasa da ikisi arasında doğrudan bir ilişki olduğu açıktır. Justinianus zamanında eskisine oranla çok daha muhteşem bir şekilde inşâ edilen ve Roma İmparatorluğu’nun azametini temsil ettiğine inanılan Ayasofya’ya meydan okumak için yapılan Süleymaniye Camii buna örnek olarak verilebilir.⁶⁶² Süleymaniye Camii’nin büyüklüğü, Osmanlı başkentinde

⁶⁶¹ Kallek, *İslâm İktisat Düşüncesi Tarihi*, s: 29

⁶⁶² “Osmanlılar en büyük kanun vâzılarından birisi bulunan Sultan Süleyman’a sahip bulunmakla bîhakkın iftihar edebilirler. Şarkta Kanûnî garpte Muhteşem namile yadolunan Osmanlıların bu

Roma İmparatorluk gücünün sembolü olarak duran İmparator Jüstinyen'in büyük kilisesi Ayasofya'nın boyutlarına denktir. Bu yönüyle Süleymaniye Camii, Osmanlı İmparatorluğu'nun evrensel egemenlik telakkisinin mimarî tarzda bütün dünyaya ilan edilmesidir. Nitekim bu düşünce, Ebüssuûd Efendi tarafından kaleme alınan camii kapısı üzerindeki kitâbede⁶⁶³ de ifade edilmiştir.⁶⁶⁴

d- Hukukun Uygulanmasına Yardımcı Olan Belgeler

Osmanlıdaki kanunnâme geleneğine uygun olarak hukukun uygulanmasına yardımcı olan başka bir takım düzenlemeler de yapılmıştır. Aşağıda ele alacağımız şeriiye sicilleri ve sakk mecmuaları ile fermanlar, adâletnâmeler ve ahidnâmeleri Osmanlı devlet geleneğinde ortaya çıkan ve hukuka yardımcı mâhiyette olan düzenlemeler kapsamında değerlendirmek mümkündür.

aa- Şeriiye Sicilleri ve Sakk Mecmuaları

Osmanlı Devleti'nde kadı hükümlerini, devlet tarafından yayınlanan ferman, emir ve kanunları ve resmî kayda geçirilmesi gereken vakıf, hibe, vekâlet ve verâset gibi konuları kapsayan resmî belgelere şeriiye sicili (kadı defteri) denilmektedir.⁶⁶⁵ Şeriiye sicilleri Osmanlı toplum hayatını ve yapısını tanıma konusunda en ayrıntılı bilgileri içeren belgeler konumundadır.⁶⁶⁶ Çünkü bu belgelere sadece resmî konuları içeren bilgiler değil aynı zamanda mehir, kız kaçırma, evlenme, boşanma, halktan toplanan vergilerin miktarı-çeşitleri, mal varlıklarını gösteren tereke kayıtları, bölgenin demografik yapısı ile ilgili bilgiler, bu demografik yapıda savaş, tabîî afet

imparatoru, hukuk tarihinde Jüstinyenin yaptığı işin aynini yapmış ve hukukun ihtiyaçlara ve zaman ile muhite intibakları hususundaki çalışmalara bizzat riyaset eylemiştir." Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*, Ankara, 1955, c: 1, s: 14'den naklen

⁶⁶³ Kitabenin Arapça tam metni için bkz: Cevdet Çulpan, *İstanbul Süleymaniye Cami Kitabesi*, Kanûnî Armağanı içinde, Ankara, 1970, s: 291-299

⁶⁶⁴ "Şark ve Garp Topraklarının Fâtihî / Yüce Allah'ın ve O'nun Muzaffer Ordusunun Yardımıyla / Dünya Krallıklarının Sahibi / Allah'ın tüm İnsanlar Üzerindeki Gölgesi / Arapların ve Farsların Sultanlarının Sultanı / Sultan Kanunlarını Vaz Eden / Osmanlı Hakanlarının Onuncusu / Sultan oğlu Sultan, Sultan Süleyman Han / Saltanatının Çizgisi Zamanın Çizgisinin Sonuna Kadar Devam Etsin." Colin Imber, *Şeriatın Kanuna, Ebüssuud ve Osmanlı'da İslâmî Hukuk*, çev: Murteza Bedir, İstanbul, 2004, s: 85'den naklen

⁶⁶⁵ Ali Duman, *Kadı Defterleri (Şeriiye Sicilleri), Mâhiyetleri, Muhtevaları ve İslâm Hukuku Açısından İncelenmelerinin Önemi*, Ekev Akademi Dergisi, sayı: 33, 2007, s: 141, Cin-Akgündüz, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, s: 98

⁶⁶⁶ Fethi Gedikli, *Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Şeriiye Sicilleri*, TALİD, 3/5, 205, s: 190-191, Ortaylı, *Osmanlı Devletinde Kadı*, s: 65

vb. sebeplerle meydana gelen değişimler gibi ekonomik, sosyal ve tarihî pek çok konuyu ihtiva eden bilgiler de kaydedilmektedir.⁶⁶⁷

Sakk mecmuaları da şerîyye sicillerine benzeyen, mahkemelerde kadıların verdikleri hükümleri nasıl kayda geçireceklerini ve ilgili kararı yazarken hangi esaslara uymak zorunda olduklarını açıklayan belgeler mâhiyetindedir. Sakk mecmuaları, bir taraftan kadının herhangi bir mesele hakkında vereceği hükmü bulmasına yardımcı olmakta diğer taraftan da aynı mesele hakkında tüm mahkemelerin ortak bir hüküm vermesini de sağlamaktadır. Mahkemelerin sicil defterlerine kaydedip taraflara verdiği hüccet, ilam, temessük vb. belgelerin yazılış usûlüne de sakk-ı şerî adı verilmektedir.⁶⁶⁸

Gerek şerîyye sicillerini gerekse sakk mecmualarını Osmanlı Devleti'nde hukukun uygulanmasına yardımcı olan belgeler kapsamında değerlendirmek mümkündür. Bu tür belgeler vasıtasıyla İslâm hukuku devletin resmî hukuk sistemi olarak uzun yıllar uygulanabilmiştir.

bb- Fermanlar

Divân-ı Hümâyûn veya Paşakapısı'ndaki divanlarda alınan kararlara uygun olarak yazılan ve üzerinde tuğra bulunan padişah emirlerinin genel adı olan fermanlar⁶⁶⁹ adâletnâmeler ve ahidnâmeler gibi genel mâhiyetteki kanunlara benzeyen, adaletin ve hukukun tesisinde çok önemli boşlukları dolduran yazılı belgelerdir.⁶⁷⁰

Fermanlar daha ziyade bir bölgeye sefer düzenlenmesi, asker sevki, vergi vb. gibi doğrudan devlet işlerini ilgilendiren konuları kapsamıştır. Osmanlı Devleti'nde mülkî işler için kaleme alınan fermanlar sadrazam tarafından, malî işlerle ilgili konuları içeren fermanlar defterdar tarafından ve dinî işlerle ilgili fermanlar ise kazasker tarafından hazırlanmıştır.⁶⁷¹

Fermanlar, hukukî açıdan bir kaynak olmamakla birlikte, hukuka yardımcı bir belge hüviyetindedirler. Osmanlı hukuk sisteminin kanunnâme esasına dayalı olması

⁶⁶⁷ Aynur Geçkil, *141 Numaralı Gaziantep Şerîyye Sicili*, Fırat Üniversitesi SBE, Y.Lisans Tezi, 2006, s: 4-5

⁶⁶⁸ Süleyman Kaya, *Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları*, TALİD, 3/5, 2005, s: 379-416

⁶⁶⁹ Mübâhat Kütükoğlu, *Ferman maddesi*, DİA, 12/400

⁶⁷⁰ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri*, s: 93

⁶⁷¹ Kütükoğlu, *Ferman maddesi*, s: 401

ve bu kanunnâmelerin de fermanlarla yürürlüğe girmesi sebebiyle, fermanlar Osmanlı hukuk sisteminin işleyişinde kanunnâmeler kadar önemli yer işgal etmiştir.

cc- Adâletnâmeler

Adâletnâme, devlet otoritesini temsil edenlerin halka karşı bu otoriteyi kötüye kullanmalarını, olağan üstü tedbirlerle yasaklayan umumî mâhiyetteki padişah fermanıdır.⁶⁷²

Adâletnâmelerin hukukun uygulanmasında doğrudan bir fonksiyonu olmamakla birlikte, hukukî istikrarın sağlanmasına ve hukuk devletinin oluşumuna çok önemli katkıları olmuştur.⁶⁷³

Adâletnâme, kaynağı eski İran İmparatorluklarına kadar uzanan Ortadoğu devlet ve hükümdar anlayışının en belirgin özelliklerindendir. Hammurabi kanunlaştırmasında da belirttiğimiz gibi, Mezopotamya’da kurulan irili ufaklı pek çok devlette “*adil hükümdar*” ülküsü kralları, sultanları ve devlet adamlarını adalet mefhumu üzerinde oldukça titiz davranmaya yöneltmiştir.⁶⁷⁴ Adaletin yönetimin temeli olduğu, mülkün küfr üzere devam edebileceği ama zulüm üzerine devam edemeyeceği şeklindeki genel kabuller, bu coğrafyada kralların adalet ilkesinden sapmadan ülkelerini yönetmelerinde yol gösterici olmuştur. Nitekim bu düşünce Mezopotamya’da kurulan devletlerin iç yapılanmasına da yansımış, Dârü’l-adl, Divân-ı Mezâlim, Divân-ı A’lâ, Teftiş-i Memâlik gibi kurumlar ortaya çıkmıştır. Sâsânî İmparatorluğu’ndaki bu kurumların yardımıyla her ayın ilk haftasında halktan her hangi bir kimse, hükümdarın başkanlığında toplanan yüksek divana çıkarak şikâyetini doğrudan krala iletebilmiştir. İslâm devletlerinde de hükümdarın bizzat başkanlık ettiği ve halkın şikâyetlerini dinleyip hüküm verdiği yapılar oluşmuştur.

⁶⁷² Halil İnalcık, *Adâletnâme maddesi*, DİA, 1/346

⁶⁷³ “Hukuk devleti” kavramı modern anlamda XVIII. yy. da Almanya’da ortaya çıkan bir kavramdır ve üzerinde çokça tartışmalar yapılmıştır. Biz burada Osmanlı’da adaletnâmeler vb. yolla hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesini, “devletin bireyin haklarını koruması” ve “yasanın egemenliği altında bulunan devlet” anlamında kullanıyoruz. Hukuk Devleti düşüncesinin Osmanlı’daki tezahürleri için bkz: Nevin Ünal Özkorkut, *Hukuk Devleti Düşüncesinin Osmanlı Devlet Yapısına Etkisi*, AÜSBE, Ankara, Doktora Tezi, 2000. Özkorkut tezinde hukuk devleti düşüncesinin XIX. yy. a kadar Osmanlı’da mevcut olmadığını, Tanzimat’tan sonra gelişen bir takım hukukî faaliyetlerle hukuk devleti ilkesinin Osmanlı’ya girdiğini ifade etmektedir (s: 165–168). Kanaatimizce tezde XIX. yy.’ın aydınlanma çağında ortaya çıkan bir kavramın birebir karşılığının Osmanlı hukuk sisteminde aranması Özkorkut’u bu sonuca götürmüştür.

⁶⁷⁴ A.K.S. Lambton, *Justice in the Medieval Persian Theory of Kingship*, Studia Islamica, sayı: 17, 1962, s: 93

Osmanlı Devleti'nde de kuruluşundan inhitatına kadar aynı gelenek devam etmiş, padişahlar halkın özellikle idarî kadrolarla ilgili şikâyetlerini dikkate almışlardır. Vergi tahsildarlarının haksız işlemleri, valilerin halka karşı hukuka aykırı muameleleri, angarya iş yüklemeleri ve kadıların yaptıkları haksızlıklar bu şikâyetlerin ana konularını oluşturmuştur.⁶⁷⁵ İnsanlık siyasî tarihinin XX. yy.a kadar daha ziyade imparatorluk ve derebeyliklerden teşekkül etmesi yüzyıllar boyunca bu tarz şikâyetlerin her toplumda ve her zaman diliminde ortaya çıkmasına da sebep olmuştur. Adâletnâme uygulaması ile bu tip şikâyetlerin asgari boyutlara inmesi sağlanmış, özellikle idarî kadronun keyfî uygulamalarla halka zulmetmesinin önüne geçilmiştir. Adâletnâmeler muhteva bakımından kanunların teyidi niteliğini taşımakla birlikte bazen yeni kanunları da ihtiva etmişlerdir. Genel mâhiyette emirler olmaları ve bu genel emirlerin de idare ve idarecilere hitap etmesi sebebiyle kamu hukukunu ilgilendirmiş ve özel hukuk sahasına girmemişlerdir. Adaletnâmeler, özellikle devletin siyasî ve askerî açıdan zayıfladığı dönemlerde halkın şikâyetlerinin merkezî yönetime birebir yansıtılması ve gerekli tedbirlerin alınması noktasında çok önemli fonksiyon üstlenmişlerdir.⁶⁷⁶

dd- Ahidnâmeler

Ahidnâme, hükümdarların emriyle bazı devlet, zümre ve şahıslara özel haklar tanınmak üzere hazırlanan belgelere verilen genel addır.⁶⁷⁷ Ahidnâmeleri de adâletnâme, ferman, şeriyye sicilleri ve sakk mecmuaları gibi doğrudan hukuk kaynağı olan belgelerden ziyade hukukî istikrarı ve uygulama birliğini sağlamaya yönelik belgeler kapsamında değerlendirmek mümkündür.

Ahidnâmeler, konusu itibariyle devlet başkanının çeşitli kademelerdeki yönetici ve memurlarla ilgili olarak düzenlenen tayin kararlarını, her hangi bir konuda yazılı emirlerini, bazı şahıs veya gruplara tanınan hak ve imtiyazları ve yabancı devletlerle yapılan anlaşmaları konu edinmişlerdir. Osmanlı uygulamasında ise daha ziyade yabancı devletlere tanınan ticari ayrıcalıkları veya sulh anlaşmalarını kapsamışlardır.⁶⁷⁸

⁶⁷⁵ Halil İnalçık, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adâlet*, Adaletnâmeler, İstanbul, 2000, s: 75–76

⁶⁷⁶ İnalçık, *Adâletnâme maddesi*, s: 346–347, İnalçık, “*Adaletnameler*”, *Belgeler*, 1965, cilt: II, sayı: 3–4, s: 49–145

⁶⁷⁷ Mübahat S. Kütükoğlu, *Ahidnâme maddesi*, DİA, 1/535

⁶⁷⁸ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri*, s: 166–167

İslâm tarihinde ortaya çıkan ilk ahidnâme örnekleri arasında, Hz. Peygamber'in Yemen'e vali olarak gönderdiği Muaz b. Cebel ve Amr b. Hazm'a, Hz. Ebû Bekir'in irtidad edenlere karşı gönderdiği ordu kumandanlarına, Hz. Ömer'in kazâ işlerine tayin ettiği Ebû Musa el- Eşari'ye ve Hz. Ali'nin Mısır'a vali tayin ettiği Eşter en-Nehâi'ye gönderdiği ahidnâmeler zikredilebilir. İslâm devletinin Hulefâ-i Râşidîn döneminde genişleyen sınırlarıyla birlikte fethedilen bölgelerdeki gayr-i müslim halklara verilen birçok ahidnâme de yine ilk dönem örnekleri arasında yer almaktadır.⁶⁷⁹

Ahidnâmeler, Osmanlı Devleti uygulamasında genelde üç çeşit olarak ortaya çıkmıştır. Birincisi; diplomatik yönü bulunan ahidnâmelerdir ki, Osmanlı Devleti'nin sulh anlaşması yaptığı ülkeleri kapsamaktadır. Buna göre devlet, bir takım esaslar çerçevesinde bir ülkeyle sulh anlaşması yapmış ve anlaşma şartları çerçevesinde o ülke ile diplomatik ve ticari ilişkiler kurulmuştur. İkincisi; özel hukuku ilgilendiren ahidnâmelerdir ki bunlar da esas itibariyle Osmanlı Devleti ile ticaret yapan ve Osmanlı topraklarında oturan müste'minleri kapsamıştır. Buna göre devlet, müste'minlere kanun önünde bazı haklar tanımıştır. Bu haklar çerçevesinde, mallarından haraç alınmayacağı ve mallarının yağmadan korunacağı, herhangi bir zarar durumunda zararlarının tazmin edileceği, giyim ve kıyafetlerinde özgür olacakları, hiçbir şekilde haneye tecavüz edilmeyeceği, öldüğünde mallarının ancak varislerine kalacağı ve ticari anlaşmazlıkların kadı önünde görülmekle birlikte, tercüman bulundurulacağı ve gayr-i müslimlerin bu konuda şahitliklerinin kabul edileceği gibi esaslar belirlenmiştir. Üçüncüsü de; ticari konuları içeren ahidnâmelerdir. Bu da genel olarak yabancı gemilerin Osmanlı karasularından ve limanlarından istifadelerini sağlayan ve ülke içindeki ticari faaliyetlerini kapsayan ahidnâmelerdir.⁶⁸⁰

Ahidnâmeler, özellikle yabancıların hukukunu tanzim etmesi itibariyle İslâm ve Osmanlı hukuk sisteminde kanun önünde eşitlik ile hukukî güven ve istikrarın bir göstergesi niteliğini taşıyan resmî belgelerdir.

⁶⁷⁹ Kütükoğlu, *Ahidnâme maddesi*, s: 536

⁶⁸⁰ Kütükoğlu, *Ahidnâme maddesi*, s: 535–540

e- Hukukî Merkezileşme Açısından Resmî Mezhep Uygulaması

Hız. Peygamber'in mutlak otorite olduğu ilk dönemlerde içtihat vahyin şemsiyesi altında bizzat Hız. Peygamber tarafından yapılmıştır. Hız. Peygamber'in vefâtıyla bu imkan sona ermiş, genişleyen İslâm coğrafyasıyla içtihadî meselelerin sayısında da büyük bir artış meydana gelmiştir. Sahabenin İslâm dünyasının çeşitli yerlerine dağılmaları ve bulundukları yerlerde halkı irşad vazifesine başlamalarıyla birlikte bu sahabelerin etrafında bir ilim halkası meydana gelmiştir. Bu ilim meclislerinde elde edilen bilgilerin farklı yorumlanmasıyla da İslâm dünyasının dört bir tarafında çeşitli ihtilaflar ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu ihtilaflar, rivayetlerin ve rey içtihatlarının farklı değerlendirilmesinden kaynaklanmıştır. Bu yorum farklılıkları Hicri I. ve II. yy.larda Ehl-i Hicaz ve Ehl-i Irak şeklinde bir ekolleşmenin ortaya çıkmasına sebep olmuş bu da ilerleyen zamanda mezheplerin doğuşuna yol açmıştır.

Hicri II. yy.ın ortalarından itibaren fıkıh kavramları ve meseleleri hakkında kapsamlı çalışmalar yürüten Ebû Hanîfe, Süfyân es-Sevrî, Leys b. Sa'd, Abdurrahman b. Amr el-Evzâi, Mâlik b. Enes, Muhammed b. İdris eş-Şafîi, Ahmed b. Hanbel, Dâvud ez-Zâhiri, Ebû Sevr ve Muhammed b. Cerîr et-Taberî gibi fakihler etrafında oluşan ilim halkaları bu âlimlerin görüşlerinin yayılmasına ve İslâm dünyasında tanınmalarına yol açmıştır. Zaman içinde bu âlimlerin fikhî birikimleri öğrencileri tarafından sistemleştirilerek ekolleşmeye başlamış ve İslâm dünyasında da mezhepleşme süreci başlamıştır. Daha sonraları mezhepler İslâm dünyasının tamamında kurumsallaşmış ve dört büyük mezhep İslâm coğrafyasına hâkim olmuştur.

İslâm hukukunun içtihat hukuku olarak gelişimini sürdürmesinin tabîi sonucu olarak İslâm dünyasında çok farklı içtihatlar ortaya çıkmış, bu farklılık bazen mezhep içinde bile ciddi boyutlara ulaşmıştır. Genişleyen İslâm coğrafyasının çeşitli bölgelerinde farklı içtihatların ortaya çıkmasının hukuk anarşisinin doğmasına sebep olacağından endişelenen devlet adamları ve ulema, buna bir çözüm olması düşüncesiyle resmî mezhep uygulamasına geçmişlerdir. Bu yönde ilk endişe duyanlardan biri Emevîler döneminin Basra valisi Humeyd et-Tavîl'dir. Dönemin halifesi Ömer b. Abdülaziz'e yazdığı mektubunda farklı hükümlerin ortaya bir hukuk kargaşası çıkardığından bahisle yargı birliğinin sağlanmasını teklif etmiş, Halife de

görüş ayrılıklarının bulunmasını normal karşılamakla birlikte yönetimi altındaki eyaletlere mektuplar göndererek o bölgedeki fakihlerin ittifak ettiği hükümlere göre karar verilmesini emretmiştir. Bu sayede en azından şâz görüşler terk edilerek asgarî düzeyde de olsa hukukî istikrar sağlanmaya çalışılmıştır.⁶⁸¹

Farklı hükümlerin ortaya çıkardığı hukuk kargaşasını önleme amacına yönelik ilk ciddi adım, İbn Mukaffa'nın Ebû Cafer el-Mansûr'a içtihatların devlet eliyle derlenmesi ve tüm ülkede uygulanma zorunluluğu getirilerek hukukî birliğin sağlanması yönündeki teklifidir.⁶⁸² Halife bu teklife sıcak bakmış, bu işi de İmam Mâlik'e tevdi etmiştir.⁶⁸³

İmam Mâlik'in, tek bir içtihadın tüm ülkede devlet eliyle zorla uygulanmasının İslâm hukukunun ruhuna ters düşeceğini belirterek bu teklife yanaşmaması İbn Mukaffâ'nın düşüncesinin fiiliyata geçmesine engel olmuştur.⁶⁸⁴

Hukukî istikrarın sağlanması yönünde her geçen gün artan ihtiyaç, Abbasîler döneminde Ebû Yûsuf'un başkadı olarak atanmasıyla yeni bir merhale kazanmıştır. Dönemin önde gelen fıkıh otoritelerinden Ebû Yûsuf, bu amaçla *Kitabü'l-Harâc* adlı eserini kaleme almış ve devletin malî konularında asgarî müşterekliği sağlamayı hedeflemiştir.⁶⁸⁵ Başkadı unvanıyla, İslâm coğrafyasının dört bir tarafında görev yapacak hâkimleri en güzide öğrencileri arasından seçmiş, bu sayede yargı birliğini kısmen de olsa sağlamaya çalışmıştır.⁶⁸⁶

Ebû Yûsuf'un bu uygulaması bir teamül haline gelmiş ve İslâm dünyasında hukukî istikrarı sağlamanın en kolay yolunun, devletin bir mezhebi tervîc etmesi (benimseyip desteklemesi) olduğu görülmüştür.

Bu durum, mezheplerin gelişim seyrini de etkilemiş, zaman içinde makam ve mevkilerin tek bir mezhep mensuplarına verilmesi kimi mezheplerin ön plana çıkmasına sebep olmuştur. Bu bakımdan, İslâm dünyasında doğuda Hanefî, Endülüs'te de Mâlikî mezhebi olmak üzere iki mezhep, devlet desteğiyle daha hızlı yayılma imkânını bulmuştur.⁶⁸⁷ Nitekim kadılkudat uygulamasının Mâlikî mezhebindeki karşılığını ifade eden kâdî'l-cemaâ uygulaması da Mâlikî fıkının

⁶⁸¹ Ferhat Koca, *Mezhep maddesi*, DİA, 29/538

⁶⁸² İbnü'l- Mukaffa, *İslâm Siyaset Üslubu*, s: 113–114

⁶⁸³ Ebu Zehra, *İmam Malik*, s: 214

⁶⁸⁴ Ebu Zehra, *İmam Malik*, s: 218

⁶⁸⁵ Kallek, *İslâm İktisat Düşüncesi Tarihi*, s: 70

⁶⁸⁶ Zuhayli, *Târihü'l-Kadâ fi'l-İslâm*, s: 274

⁶⁸⁷ Ali Bakkal, *İslâm Fıkıh Mezhepleri*, İstanbul, 2007, s: 118

yaygın olduğu Endülüs gibi bölgelerde hukukî istikrarı sağlamak için oluşturulmuştur.⁶⁸⁸

Moğol İstilasının İslâm dünyasında meydana getirdiği travma, halkı muhafazakarlığa itmiş, İslâm toplumu çareyi tek mezhebe bağlanmakta bulmuştur.⁶⁸⁹ Esasen, tarihin hemen her döneminde ayrışmalar entelektüel düzeyde başlamasına rağmen, halk genelde istikrardan yana tavır koymuş ve mümkün merteye eldekini muhafaza etmeye çalışmıştır. Aynı durum İslâm hukuk tarihî için de geçerlidir. Mezhepler arasındaki –çoğu zaman gereksiz- tartışmalardan uzak durmak isteyen toplum, devletin istikrar adına bir mezhebi ön plana çıkarmasına soğuk bakmamış, bu da bu uygulamanın toplumsal dayanağını sağlamıştır.

Kanunlaştırma olgusunun hukukun gelişimine engel olduğu, hukukî tefekkürü öldürdüğü, içtihadı sınırlandırdığı şeklindeki aleyhte görüşleri tezimizin birinci bölümünde ele almıştık. Aynı durum İslâm hukuku için de kısmen geçerli olmuş, bir mezhebin müesses otorite tarafından himaye ve destek görmesinin İslâm hukukunun gelişim seyrine çeşitli derecede etkileri olmuştur. Mezheplerin bir kurum olarak teşekkülü ve resmî mezhep uygulamasının hukukî istikrarı sağlamaya katkıları olmakla birlikte bu durum diğer taraftan içtihat faaliyetinin pasif hale gelmesine ve mezhepler arasında olması gereken tatlı rekabetin de son bulmasına neden olmuştur. Bu da hukukî tefekkürün ölmesine ve İslâm dünyasında “taklit”in kök salmasına yol açmıştır.⁶⁹⁰

Birbirinden kesin sınırlarla ayırmak mümkün olmamakla birlikte genellikle Abbasîler, Selçuklular ve Osmanlılarda Hanefî mezhebinin⁶⁹¹ Endülüs Emevîlerinde ise Mâlikî mezhebinin hâkim mezhep olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹²

İslâm dünyasında yaygın bu dört mezhepten Hanefî mezhebinin –devlet desteği bir kenara bırakılırsa- günün şartlarına adaptasyon konusunda daha esnek bir yapıda olması mezhebin İslâm dünyasındaki gelişimini de olumlu etkilemiş ve İslâm hukukundaki kanunlaştırma örnekleri daha ziyade Hanefî mezhebi eksenli olmuştur.

⁶⁸⁸ Delfina Serrano, *Legal Practise in an Andalusi Maghribi Source From The Twelfth Century Ce: The Madhab Al-Hukkam Fi Nawazil Al-Ahkam*, Islamic Law and Society, 7/2, 2000, s: 188

⁶⁸⁹ Murteza Bedir, *Fıkıh-Mezhep-Sünnet*, İstanbul, 2004, s: 211

⁶⁹⁰ Muhammed Zeki Abdülber, *Taknînü'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Cenevre, 1985, 7–12

⁶⁹¹ Ali Bardakoğlu, *Hanefî mezhebi maddesi*, DİA, 16/6

⁶⁹² Eyüp Said Kaya, *Mâlikî mezhebi maddesi*, DİA, 27/522

Mezhepleşme sürecinin hukukî istikrarla ilişkisi bağlamında ortaya çıkan bir diğer olgu da “*esahh-ı akvâl*” kavramıdır.⁶⁹³ Mezhep içindeki içtihatlar arasından, mezhebin özüne en uygun ve en doğru olanını tespit edip bu görüşle amel edilmesini ifade eden *esahh-ı akvâl* kavramı, özellikle mezhep içinde serdedilen görüşlerde sistemli ve tutarlı bir bütünlük oluşturma ihtiyacından kaynaklanmış ve hukukî istikrarın ön plana çıkmaya başladığı zamanlarda önem kazanmıştır.⁶⁹⁴ Mezhep içinde uygulamaya esas olacak en kuvvetli görüşün seçilmesi, hukukî birliğin sağlanmasının bir diğer adımı olarak görülmüş, bu sayede keyfî hüküm ve hukukî karışıklığın önüne geçilmeye çalışılmıştır.⁶⁹⁵

Esahh-ı akvâl uygulaması ile bir taraftan İslâm hukukunun içtihat hukuku olduğu göz önünde bulundurularak mezhep içinde ortaya çıkan görüşler hiyerarşik bir sıralamaya tâbî tutulmuş, böylece mezhep içindeki bütün görüşler belirli bir sistem dâhilinde meşru kabul edilmiş, öte yandan bu görüşlerin gelişi güzel bir şekilde kullanılmasının önüne geçilerek, içtihat hukukunun ortaya çıkaracağı muhtemel karışıklıklar da engellenmiştir.

İslâm hukukunda içtihat çeşitliliği ve zenginliğinin, kanun hukukunun temel özelliklerinden olan kendi içinde tutarlılık ve dengeli bir hukuk sistemi olma gibi unsurlara aykırı olduğunu ilk etapta düşünmek mümkündür. Ancak, içtihat serbestliğine ve çeşitliliğine rağmen *esahh-ı akvâl* uygulaması adeta sistemin sigortası konumunda olmuş ve mezhep kendi içinde iç tutarlılığını sağlamıştır. Nitekim bu düşünce XIX. yy.a kadar etkisini sürdürmüş ve *Mecelle* ile ilgili çalışmalara başkanlık yapan Ahmet Cevdet Paşa, *Kitâbü’l-Havâle*’nin hazırlanması sırasında (692.maddede), Hanefî mezhebinin bir diğer hukukçusu Züfer b. Hüzeyl’in görüşlerine başvurduğu – diğer bir ifadeyle *esahh-ı akvâl*’in dışına çıktığından dolayı- için başta Şeyhülislâm Hasan Fehmi Efendi olmak üzere dönemin muhafazakar âlimleri tarafından şiddetle eleştirilmiştir. Cevdet Paşa’nın görevden alınması sebepleri arasında bunun da etkili olduğu zikredilmektedir.⁶⁹⁶

Mezhep içinde belirli bir takım kriterlere göre hüküm istinbâtında izlenecek silsileyi belirlemek üzere bir sıralamanın oluşması da hukukî istikrar düşüncesinin

⁶⁹³ Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s: 73

⁶⁹⁴ Beşir Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihindeki Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, Ahmed Cevdet Paşa Sempozyumu, Bildiriler, s: 285–286

⁶⁹⁵ Talip Türkan, *Hukukî Merkezileşme ve Fıkıh*, İslâmiyât, 8/1, 2005, s: 137

⁶⁹⁶ M.Akif Aydın, *Mecelle maddesi*, DİA, 28/233

bir başka boyutudur. Buna göre mezhep içindeki durumları dikkate alınarak fukahanın, şeriatta müçtehit, mezhepte müçtehit, meselede müçtehit, tahrîc ashabı, tercîh ashabı, temyîz ashabı gibi gruplara ayrılması mezhep içinde istidlâlle belirli bir disiplin kazandırma amacına yöneliktir.⁶⁹⁷

Hukukî istikrarı sağlama aracı olarak resmî mezhep uygulaması İslâm dünyasında Osmanlı Devleti'ne kadar resmiyet kazanmamıştır.⁶⁹⁸ Osmanlı Devleti'ne kadar uygulama daha ziyade, bir mezhebe mensup âlimlerin resmî görevlere atamada öncelik kazanması, bu âlimlerin devlet katında taltif görmeleri ve genel bütçeden ayrılan ödeneklerde o mezhebin medreselerine daha cömert davranılması gibi doğrudan değil dolaylı yoldan bir mezhebin ön plana çıkarılması şeklinde olmuştur.

Osmanlılardaki resmî mezhep uygulaması daha ziyade ilk dönemler için değil sonraki dönemler için geçerli bir durumdur. Örneğin; XV. yy. Bursa Şeriyeye Sicilleri'nden yapılan bir tespite göre Bursa'da bulunan Şafîî kadı yalnız Bursa'dan değil, bütün Batı Anadolu'dan kendisine yapılan müracaatlarda davayı Şafîî mezhebine göre çözmekte, Hanefî kadıları da bunları tasdik etmektedir.⁶⁹⁹ Ancak XVI. yy.ın ortalarından itibaren kadı beratlarında ve müftü menşurlarında kazâ ve fetvanın Hanefî mezhebine göre verileceği tasrîh edilerek resmi mezhep uygulamasına geçilmiştir. Artık kadı beratlarında “...*Eimme-i Hanefiyyeden muhtelefun fiha olan mesâili kemâ yenbeğî tettebbu' edüp esahh-ı akvâl-i bulup ânınla amel eyleye*” şeklinde yer alan ifade⁷⁰⁰ ile kadıların uygulamaya esas olacak hükümleri Hanefî mezhebinin en muteber görüşlerinden alması emredilmiş, diğer taraftan da Ebüssuûd Efendi'nin *Maruzât*'ında yer alan bir fetvada “*Bu diyarda Şafîî kavliyle amel etmek yasaktır*”⁷⁰¹ şeklinde resmen Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplerin uygulamada esas olamayacağı belirtilmiştir. Esasen, Osmanlı Devleti'nde Hanefî mezhebinin güç kazanması yaygın kanaatin aksine XVI. yy. sonrasına değil bu tarihten çok daha öncelere diğer bir ifadeyle klasik döneme dayanmaktadır. Çünkü Türklerin İslâmı müşerref olmalarının daha ziyade Mâturidî-

⁶⁹⁷ Eyüp Said Kaya, *Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlal*, MÜSBE, Doktora Tezi, 2001, s: 29-42

⁶⁹⁸ Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s: 60-64

⁶⁹⁹ Cici, *Osmanlı Dönemi İslâm Hukuku Çalışmaları*, s: 291

⁷⁰⁰ Aydın, *İslâm Hukukunun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, s: 16

⁷⁰¹ Aydın, *İslâm Hukukunun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, s: 16

Hanefî doktrini ekseninde olması Hanefiliğin genelde Türklerde özelde ise Osmanlıda hâkim mezhep konumunda olması sonucunu doğurmuştur. Nitekim velâ konusunda yaygın kanaatin aksine görüş serdeden Molla Hüsrev, çağdaşları Hızır Şâh Menteşevî ile Molla Gürânî tarafından şiddetle eleştirilmiştir.⁷⁰² Hanefî mezhebine sıkı sıkıya bağlılık klasik dönemlerde ortaya çıkmakla birlikte aradaki fark XVI. yy. sonrasında bu uygulamanın resmiyet kazanmasıdır. Bu düşüncenin doğal sonucu olarak da Osmanlı âlimleri genel olarak içtihadı karşı olumsuz bir yaklaşımı benimsemiş; olumlu bakanlar ise içtihadın gerekli olduğunu açık bir şekilde değil, dolaylı olarak ifade etmeye çalışmışlardır.⁷⁰³

Resmî mezhep uygulamasının sıkı bir şekilde uygulandığı Osmanlı Devleti'nin böyle bir yola başvurmasının -hukukî istikrar dışında- muhtemel başka sebepleri de bulunmaktadır.

XVI. yy.da İslâm dünyasının iki büyük devleti Sünnî düşüncüyü temsil eden Osmanlı Devleti ile Şîî düşüncüyü temsil eden Safevi Devletidir. Bu iki devlet arasında amansız süren mücadeleler sırasında gerek Şah İsmail'in gerekse ondan sonra tahta çıkan Şah Tahmasb'ın Anadolu'ya gönderdiği misyoner ajanlar (dâîler) vasıtasıyla Osmanlı toplumunun dinî, siyasî ve sosyal yapısını bozacak bazı faaliyetlerde bulunmaları ve özellikle de Kanûnî döneminde yerleşmiş dinî anlayışa aykırı bazı cereyanların benzer yönde gayretleri Osmanlı Devleti'ni daha konservatif, daha muhafazakâr bir yapıya büründürmüş olabilir. Devlet, kendini koruma refleksiyle içe kapanmış bunun sonucu olarak da içtihat hukukundan kanun hukukuna doğru bir dönüşüm yaşanmıştır.⁷⁰⁴

Resmî mezhep uygulamasına geçilmesinin bir diğer muhtemel sebebi de Osmanlı Devleti'nin fetih politikaları ile ilgilidir. Osmanlı Devleti XVI. yy.a kadar batıya diğer bir ifadeyle İslâm dininin hâkim olmadığı Balkanlar, Rumeli ve Avrupa'ya doğru genişleyen bir fetih politikası izlemiştir. Halkı gayr-i müslim olan bu bölgelerin, İslâm dinini Osmanlı vasıtasıyla tanımlarıyla herhangi bir sorun ortaya çıkmamıştır. Ancak, Osmanlı Devleti'nin doğuya diğer bir ifadeyle halkı Müslüman olan ve Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplere de bağlı olan bölgelere özellikle Yavuz Sultan Selim zamanında başlayan fetihlerle yönelmesi ve

⁷⁰² Recep Cici, *Osmanlı Klasik Dönemi Fıkıh Kitapları*, TALİD, 3/5, 2005, s: 244

⁷⁰³ Cici, *Osmanlı Klasik Dönemi Fıkıh Kitapları*, s: 244

⁷⁰⁴ Aydın, *İslâm Hukukunun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, s: 17

buraların İmparatorluk bünyesine katılmasıyla Osmanlı'da hukukî istikrar düşüncesi ağır basmış ve tek mezhep uygulamasına geçilmiş olabilir.

Padişahın belirli bir hukukî yoruma destek vermesiyle Hanefî mezhebindeki kuvvetli ve zayıf görüşler içinden farklı tercihlerin, ulema arasında hoşnutsuzluk yaratmadan kabullenilmesi ve kural kargaşası doğurmadan uygulanmak istenmesi de resmî mezhep uygulamasına geçilmesinin sebeplerinden biri olarak kabul edilmektedir. Para vakıfları ile ilgili tartışmalar bunun en açık örneklerindendir.⁷⁰⁵

Resmî mezhep uygulaması Osmanlı İmparatorluğu'nun bütününe kapsayacak şekilde uygulanmamıştır. Bu uygulama daha ziyade Anadolu, Rumeli ve Balkanları kapsamış, Mekke, Medine, Halep, Kudüs ve Kahire gibi ahâlisinin önemli bir kısmı Hanefî mezhebi dışındaki mezheplere mensup olan yerler bu kapsamın dışında tutulmuştur. Bununla birlikte resmî Hanefî başkadı ile müftü atanmış, bu ikisinin başkanlığında diğer mezheplerden de kadı ve müftüler tayin edilerek mezhep mensuplarına özellikle hususî hukuk sahasındaki ihtilafların kendi mezheplerine göre çözülmesi ve cevaplandırılması imkânı verilmiştir.⁷⁰⁶

Bazı İslâm hukukçuları, İslâm dünyasında içtihat hareketinin sona ermesinde Osmanlı'daki resmî mezhep uygulamasının etkili olduğunu iddia etmektedirler. Bu düşünceye göre, Türkler savaşçı özellikleri sebebiyle, askerî dehalarını sahip oldukları en büyük servet olarak görmüşler ve savaş alanındaki başarılarını ilmî ve kültürel alanlara taşıyamamışlardır. Üstelik Hanefî mezhebini uygulamaya esas kabul etmekle, diğer mezhepleri dışlamışlardır. Bu durum ise İslâm dünyasında taklidin kök salmasına neden olmuştur.⁷⁰⁷ Kanaatimizce bu tarz değerlendirmeler tarafsız yaklaşımdan kaynaklanmakta ve tarihî gerçeklerle uyuşmamaktadır. Osmanlı Devleti, altı yüz yıllık bir sürede İslâm dinine büyük hizmetleri geçen ve İslâm medeniyetinin gelişimine çok büyük katkıları olan bir devlettir. Ayrıca, Osmanlı dönemi uygulamalarını kutsamamakla birlikte, resmî mezhep düşüncesi hukukî istikrar ve uygulama birliğini sağlamanın zorunlu sonucu olarak doğmuş tarihî bir olgudur ve başlangıcı da İslâm dünyasında içtihat düşüncesinin ivme kaybettiği bir dönemden (Hicri X.yy) çok sonralarına dayanmaktadır. Ayrıca yukarıda da

⁷⁰⁵ Aydın, *İslâm Hukukunun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, s: 17–18

⁷⁰⁶ Bakkal, *İslâm Fıkıh Mezhepleri*, s: 77, Carlo Nallino, *İslâm Hukuku*, çev: Akif Erginay, AÜHFD, c: 11, sayı: 1–2, 1954, s: 551

⁷⁰⁷ Taha Cabir Alvânî, *Fıkıhta Kriz ve İctihad Metodolojisi*, çev: Menderes Gürkan, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 7/2006, s: 129–130

belirttiğimiz gibi resmî mezhep uygulaması, Osmanlı Devleti ile başlamış bir uygulama değildir. Örneğin, Endülüs'te de kâdı-cemâa gibi bir takım idarî görevler Mâlikî mezhebine mensup kişilere verilmiştir. Esasen, bölgede ilk başlarda Hanefî mezhebinin ağırlığı bulunmaktayken, hukukî istikrar ve uygulama birliği ile Mâlikîlik resmî mezhep olarak tervîc edilmiş ve ibre Hanefî mezhebinden Mâlikî mezhebine dönmüştür.⁷⁰⁸ Ancak, o güne kadar İslâm devletlerinde resmî olarak uygulanmayan *de facto* durum, Osmanlı uygulamasında *de jure* nitelik kazanmıştır. Osmanlı'nın resmî mezhep konusunda diğer İslâm devletlerinden ayrıldığı nokta da burasıdır. Bu uygulamanın olumsuz bir takım sonuçlarını sadece Osmanlı'ya mâl etmek de tarihi gerçeklerle uyuşmamaktadır. Gerek resmî mezhep uygulamasının gerekse uygulamaya esas bazı eserlerin ön plana çıkarılmasının olumlu ve olumsuz birçok sonucu bulunmaktadır. Tek mezhebe bağlı kalma prensibi daha yumuşak bir şekilde tatbik edilmiş olsaydı bu durum hukukun gelişmesine muhtemelen daha olumlu yansır.⁷⁰⁹ Ancak bu olumlu veya olumsuz yönleri o günün şartları çerçevesinde ele almak durumundayız. Aksi takdirde günümüzün değer yargılarıyla geçmişini değerlendirmek bizlere çok da sağlıklı neticeler vermeyecektir. Resmî mezhep uygulaması da esas olarak İslâm hukukunun Osmanlı topraklarında daha iyi bir şekilde uygulanması amacıyla ortaya çıkmış tarihî bir olgudur.

Batıdaki hukukî istikrarın kanunlaştırma ile sağlanması anlayışına karşılık, İslâm dünyası bu sorunu çok erken tarihlerde resmî mezhep uygulamasıyla aşmaya çalışmıştır.

2- Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Faaliyetleri

Tanzimat dönemi her alanda batılı kurum ve kavramların Osmanlı Devleti'ne giriş yapmaya başladığı ve belirli bir ölçüde de olsa etkilediği bir dönemdir. Tanzimat döneminde batı ile kurulan askerî ve siyasî ittifaklar Osmanlı hukuk düşüncesini de etkilemiş özellikle Fransa ile kurulan yakın ilişkiler bazı kanun düzenlemelerinin Osmanlı tarafından benimsenmesi sonucunu doğurmuştur. Osmanlı Dönemi Resepsiyonları konu başlığı altında da ifade ettiğimiz üzere Tanzimat dönemi kanun çalışmaları, batı hukukunun etkisi altında yapılan ve yerli (millî) çalışmalar olmak üzere iki grupta mütalaa edilmektedir. Batı hukukunun etkisi

⁷⁰⁸ Bardakoğlu, *Hanefî mezhebi maddesi*, s: 6

⁷⁰⁹ Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s: 74

altında yapılan kanun çalışmalarını (resepsiyon) ele aldıktan sonra yerli diye niteleyebileceğimiz kanun faaliyetlerini açıklamaya çalışalım. Ancak, şu hususu özellikle belirtmek istiyoruz ki bu dönem yapılan hukukî düzenlemelerde batı hukuk mantalitesi önem derecesi değişmekle birlikte etkili olmuştur. Örneğin; 1807 tarihli *Fransız Ticaret Kanunu*'nun tercüme edilerek *Kanunnâme-i Ticâret* adıyla 1850 yılında yürürlüğe konmasında doğrudan bir etki söz konusu iken, İslâm hukukunda ilk defa fikhî hükümlerin modern bir kanun formunda hazırlandığı *Mecelle*'de dolaylı yoldan bir etki söz konusudur.

Bu dönem yapılan çalışmaların başlıcaları *Metn-i Metîn*, *Arazi Kanunnâmesi*, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, *Kitâbü'n-Nafakât*, *Sultan Mehmed Reşâd Dönemi İrâde-i Seniyyesi* ve *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*'dir. Bu çalışmaların dışında da başka bir takım faaliyetler bulunmaktadır. Örneğin; Mecelle komisyonu üyelerinden Karinabâdî Ömer Hilmi Efendi (1845–1889)'nin Osmanlı ceza hukukunu yeni baştan ele aldığı *Mi'yar-ı Adalet* isimli eseri, sahasında orijinal kabul edebileceğimiz bir çalışma olmakla birlikte yürürlüğe girmemesi diğer bir ifadeyle kanunlaşamaması ve devletin resmî bir teşebbüsü olarak değil sivil inisiyatifin bir çabası olması sebebiyle konumuz dışı tutulmuştur. Aynı şekilde devletin evlenme akdine müdahalesi anlamında ciddi bir takım düzenlemeler getiren 1881 tarihli *Sicill-i Nüfus Nizamnâmesi* de *H.A.K.*'nin dışında aile hukuku ile ilgili meseleleri içeren önemli diğer bir çalışmadır. Ancak tezimizde İslâm hukuk tarihinde önem arzeden, etkileri sadece Osmanlı ile sınırlı kalmayıp kendisinden sonraki kanun çalışmalarına da örneklik eden (ve bir anlamda yürürlüğe giren) belli başlı kanun düzenlemeleri üzerinde durulmuştur.

a- Metn-i Metîn

Metn-i Metîn, Osmanlı Devleti'nde medeni kanun çalışmaları konusunda atılan ilk adımdır. 1855 yılında Meclis-i Tanzimât bünyesinde İslâm hukukuna dayalı bir medeni kanunun hazırlanması için ilmî bir meclisin kurulmasına karar verilmiştir. Bu cemiyetin başkanlığına Meclis-i Tanzimât üyesi Rüşdü Molla atanmış, üyeleri arasında da İstanbul kadısı Tâhir Efendi, Hüsam Efendi, Ali Râtip Bey ve Ahmet Cevdet Paşa yer almıştır. Cemiyet bir süre çalıştıktan ve metn-i metin'in ilk kitabı olan *Kitabü'l-Buyu*'u kaleme aldıktan sonra görevini tamamlayamadan

dağılmıştır.⁷¹⁰ Ahmet Cevdet Paşa'ya göre komisyon üyeleri içinde İstanbul kadısı Tahir Efendi dışında ilm-i fikhı hakkıyla bilen kimselerin bulunmaması komisyonun verimli çalışmasını engellemiştir.⁷¹¹

Çalışmamız süresince yaptığımız literatür taramasında *Metn-i Metîn* ile veya *Kitâbü'l-Buyu* ile ilgili herhangi bir kayda –müsvedde olarak da olsa- rastlayamadık. Literatürde *Metn-i Metîn*'in Osmanlı'da medeni kanun çalışması konusunda atılan ilk adım olduğu ve tamamlanamadığı dışında herhangi bir bilgiye ulaşamadık.

b- Arazi Kanunnâmesi

23 Şevvâl 1274 (6 Haziran 1858) tarihinde yürürlüğe giren *Arazi Kanunnâmesi*, ekonomisi toprağa dayalı bir devlet olan Osmanlı İmparatorluğu'nda arazi ve toprak hukuku ile ilgili konuların ele alındığı en kapsamlı kanun çalışmasıdır. Ancak, yaygın kanaatin aksine *Arazi Kanunnâmesi* bu alanda yapılan ilk çalışma olmayıp Şeyhülislâm Ârif Hikmet Bey tarafından 23 Rebilülevvel 1265 (16 Şubat 1849) tarihli bir irâde-i seniyye üzerine arazi hukukunun yürürlükteki esaslarını bir araya getiren *el- Ahkâmü'l-meriyye fi'l-arâzi'l-emîriyye* adlı risale ilk çalışmadır. Klasik fetva mecmuaları tarzında kaleme alınan bu risale kanun tekniği bakımından kullanım kolaylığı getirmemiş ve muhtemelen ihtiyacı karşılayamaması sebebiyle *Arazi Kanunnâmesi* 'nin hazırlanmasına karar verilmiştir.⁷¹²

Osmanlı toprak hukuku mülk, mîrî, vakıf, mevât ve metrûk arazi olmak üzere beş ana başlık altında mütalaa edilmiştir.⁷¹³ Bunlardan mülk ve mîrî arazi İmparatorluk bünyesindeki en geniş toprakları oluşturmaktadır. Bu beş arazi türünden mîrî arazi hariç diğerleri ile ilgili hukukî hükümlerin fikhî kitaplarında ayrıntılı bir şekilde ele alınmasından dolayı pratikte her hangi bir zorlukla karşılaşılmamıştır. Problem, çıplak mülkiyetin (rakabe) devlete ait olduğu ama reâyâyâya belirli esaslar çerçevesinde tasarruf ve kullanım hakkının devredildiği mîrî arazi'den kaynaklanmıştır.⁷¹⁴ Fetihlerle ele geçirilen topraklar mîrî arazi kapsamına girdiğinden dolayı bu problem Osmanlı fetihlerinin hız kazandığı 1450- 1600'lü

⁷¹⁰ M.Akif Aydın, *Bir Hukukçu Olarak Ahmed Cevdet Paşa*, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, 27–28 Mayıs 1985, İstanbul, 1986, s: 23

⁷¹¹ Ebul'ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara, 1996, s: 47–48

⁷¹² Aydın, *Arazi Kanunnâmesi*, DİA, 3/346

⁷¹³ Ömer Lütfi Barkan, *Türk Toprak Hukuku Tarihine Bir Bakış*, 1940, s: 42

⁷¹⁴ Aydın, *Bir Hukukçu Olarak Ahmed Cevdet Paşa*, s: 25

yıllar arasında kendisini hissettirmiştir. Başta Ebüssuûd Efendi'nin fetvaları olmak üzere arazi hukuku ve tasarrufuna dair pek çok fetva, kanunnâme ve ferman şeklinde düzenlemeler getirilmiş ve mîrî arazinin kullanımıyla ilgili geniş bir külliyyât oluşmuştur. Bu düzenlemelerin bölgeden bölgeye farklılıklar arz etmesi ve bu geniş külliyyâtın zaman içinde ihtiyacı karşılamaktan uzak düşmesi gibi sebeplerle Osmanlı arazi hukukunun yeni baştan düzenlenmesine karar verilmiş ve *Arazi Kanunnâmesi* bu düşünceden hareketle meydana getirilmiştir.

Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki bir komisyon tarafından bir mukaddime, üç bab ve altı fasıl içerisinde 132 maddeden ve bir hâtime'den meydana gelen *Kanunnâme*,⁷¹⁵ Osmanlı toprak hukukunun mîrî araziye ait hükümlerini tek bir kod haline getirmekle o güne kadar ki en mufassal düzenleme olmuştur. *Kanunnâme*, çıplak mülkiyeti devlette, yararlanma hakkı fertlerde olan toprak türünü düzenlemekle özel hukuktan ziyade kamu hukukuna ilişkin bir yasa kapsamında mütalaa edilmektedir.⁷¹⁶

Arazi Kanunnâmesi, İslâm ve Osmanlı hukukunda toprak hukuku hükümlerinin sistemli bir şekilde bir araya getirildiği düzenleme olmakla birlikte *codification* anlamındaki müstakil kanunlaştırma faaliyeti değil, *modification* anlamındaki şekli kanunlaştırma faaliyetidir. Buna göre, *kanunnâme* bir hukuk sisteminin yeni baştan düzenlenmesi şeklinde değil, kendisinden önce kanunnâme, ferman ve fetvalarda dağınık halde bulunan ve beş buçuk asırdır işlenerek ve gelişerek gelen esasları bir metin içerisinde toplayan muhafazakar ve teknik bir kanun şeklinde ortaya çıkmıştır.⁷¹⁷ Bu yönüyle, önceden hiç mevcut olmayan hükümler koymamış, ferman ve kanunnâmelerde yer alan dağınık hükümleri bir bütünlük içinde ıslâh ve tadil (*modification*) ederek bir araya getirmiştir. Diğer taraftan arazi hukukuyla ilgili bütün konuları değil sadece ihtiyaç doğrultusunda mîrî arazi ile ilgili konuları kapsamıştır. Devletin resmî bir girişimi olmakla birlikte Osmanlı coğrafyasının bütün bölgelerinde uygulanmamış, örneğin; Bosna ve Nîş bölgeleri uygulama kapsamı

⁷¹⁵ *Arazi Kanunnâmesi*, Orhan Çeker tarafından Latin harfleriyle ayrı bir kitap olarak yayınlanmıştır. *Arazi Kanunnâmesi*, İstanbul, 1985

⁷¹⁶ Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri*, s: 562

⁷¹⁷ Aydın, *Arazi Kanunnâmesi*, DİA, 3/347

dışında bırakılmıştır.⁷¹⁸ Hazırlanmasında hukukî amaçların yanında siyasî amaçları da bulunan bu *kanunnâme* ile toprak hukuku yeni baştan düzenlenmiş böylece bir taraftan hukukî istikrar ve birlik sağlanmaya çalışılırken diğer taraftan da devletin, büyük toprak sahipleri üzerindeki nüfuzu arttırılmaya çalışılmakla siyasî birliğin sağlanması hedeflenmiştir. Geçmiş zamanlarda yaşanan olumsuzlukların yeniden yaşanmaması hedeflenerek, bir taraftan güçlü toprak sahiplerinin oluşumunun önünü kesmiş diğer taraftan da halkın ezilmesini önlemeyi amaçlamıştır. *Arazi Kanunnâmesi* ile merkezî yönetimin çevre üzerindeki kontrolü amaçlanmış ve böylece devletin merkezî gücü pekiştirilmeye çalışılmıştır.⁷¹⁹

Osmanlı İmparatorluğu'nda çok çeşitli ırk, kültür ve dine mensup halkların bulunması müstakil kanunlaştırmaları da imkânsız hale getirmiştir. Nitekim Ahmet Cevdet Paşa'nın *Arazi Kanunnâmesi*'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun bütün bölgelerinde tek bir hukuk kodu olarak uygulanmasının imkânsızlığını ifade eden şu sözleri oldukça anlamlıdır: “...*Memâlik-i Devlet-i Âliyye hiçbir devletin memâlikine benzemez. Bir vilayet diğer bir vilayete, belki bir vilayetin bir sancağı diğer sancağına uymaz, anın için devletçe mevzu olan usûlün her yerde muttarid olarak icrâsı nâkabildir.*”⁷²⁰

Arazi kanunnâmesi ile ilgili çeşitli değerlendirmeler olmakla birlikte⁷²¹ *Kanunnâme*'nin İslâm ve Osmanlı hukukunda kanun tekniği ve sistematigi bakımından bir ilk olması -1840 ve 1851 tarihli, şekil ve muhteva bakımından hayli eksik ceza kanunnâmeleri dikkate alınmazsa- ve bu manada zihinsel bir dönüşümü başlatmış olması sebebiyle orijinal bir şeklî kanunlaştırma örneği olarak kabul etmek mümkündür.

Kanunnâme çeşitli değişikliklerle Cumhuriyet dönemine kadar yürürlükte kalmıştır. Hatta medeni kanunla çatışmayan hükümlerinin Cumhuriyet döneminde de yürürlükte olduğu bazı hukukçular tarafından ileri sürülmektedir.⁷²²

⁷¹⁸ M. Macit Kenanoğlu, *1858 Arazi Kanunnâmesi ve Uygulanması*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, 1/2006, s: 124

⁷¹⁹ Metin Heper, *Osmanlı Siyasal Hayatında Merkez Kenar İlişkisi*, Toplum ve Bilim, 1980,

⁷²⁰ Kenanoğlu, *1858 Arazi Kanunnâmesi ve Uygulanması*, s: 109'dan naklen A.Cevdet Paşa, Tezâkir, 21-39, yay. C.Baysun, TTK Yayınları, 3.bs, Ankara, 1991, s: 164

⁷²¹ Bu değerlendirmeler için bkz: Kenanoğlu, *1858 Arazi Kanunnâmesi ve Uygulanması*, s: 131-138,

⁷²² Aydın, *Arazi Kanunnâmesi*, DİA, 3/347

c- Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye

Mecelle, Osmanlı Devleti'nde 1868–1876 yılları arasında hazırlanan borçlar hukukuyla ilgili bir kanun çalışmasıdır. İslâm dünyasında ilk defa Müslüman bir devlet -İslâm hukukunun sınırlı bir alanını da olsa- merkezî bir yasama faaliyetiyle kanunlaştırma girişiminde bulunmuş⁷²³ ve bu çalışma kendinden sonraki çalışmalara da öncülük ve örneklik etmiştir. *Mecelle* ile birlikte ilk defa fikhî hükümler modern bir kanun formunda hazırlanmıştır.⁷²⁴ *Mecelle*'nin konumuz açısından önemi muhtevassından ziyade, bu yönüyle zihinlerde bir devrim yapmış olmasıdır. Esasen, Osmanlı Devleti'nde yapılan *Arazi Kanunnâmesi* (1858) ile Tunus'ta ceza ve ahvâl-i şahsiyye konularını düzenleyen *Mecelletü'l-cinâyât* (1861), kronolojik olarak *Mecelle*'den (1868–1876) önce meydana getirilen çalışmalardır. Ancak bunların *Mecelle* kadar kapsamlı ve teknik olmaması ve İslâm dünyasında *Mecelle* kadar büyük bir etkiye yol açmaması dikkate alındığında *Mecelle*'yi bu yönde yapılan ilk çalışma olarak kabul etmek mümkündür.

İslâm hukukunun devletin resmî hukuk sistemi olarak uygulandığı Osmanlı Devleti'nde XVIII. yy.a kadar İslâm hukuku çok ciddi bir takım zorluklarla karşılaşmadan tatbik edilmiştir. Çünkü İslâm dünyasında müçtehit imamlar döneminden modernleşme dönemine kadar sosyal değişim çok yavaş seyrettiği için mevcut doktrin ve tahric metodu karşılaşılan problemlerin aşılmasında yeterli olmuş, bir hukuk buhranı yaşanmamıştır.⁷²⁵ Ancak, XVIII. yy.dan itibaren dünya ticaret ve siyasî dengeleri Osmanlı aleyhine değişmeye başlamış, Osmanlı Devleti hemen her alanda bir gerileme ve çöküş sürecine girmiştir. Özellikle coğrafi keşiflerle ucuz hammadde ve işgücü sağlayan batılı devletlerin refah düzeylerinin artması, beraberinde pek çok yeniliği de getirmiş, buharın sanayide kullanılmaya başlanması ile birlikte ibre tamamen Avrupa'dan yana dönmüştür. Osmanlı Devleti bu kötü gidişata dur diyebilmek amacıyla devletin yeniden yapılandırılmasını hedeflemiş ve Tanzimat dönemi dediğimiz bir dizi reform sürecini uygulamaya koymuştur.⁷²⁶

⁷²³ J.N.D. Anderson, *Law as a Social Force in Islamic Culture and History*, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, cilt: 20, sayı: 1/3, 1957, s: 26

⁷²⁴ M. Akif Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul, 1996, s: 60

⁷²⁵ Erol Güngör, *İslâmın Bugünkü Meseleleri*, İstanbul, 1981, s: 95

⁷²⁶ “Osmanlı Devletindeki duraklama, gerileme ve çöküşün asıl sebebi, İslâm hukukunun temel esaslarının uygulamaya yansıtılmamasıdır. Bir Felemenkli hukukçunun beyanına göre, idarî hatalar yüzünden çöken Osmanlı devletinin acil çöküş sebebi “Avrupalı devletlerin tehdidi ve bazı Avrupa taklitçilerinin baskısı sonucu, asırlarca uygulanan idarî, siyasî ve hukukî esaslarda aramıştır”. Bu zan

Siyasî, askerî ve hukukî alanda pek çok yeni düzenleme getiren bu süreçle ilgili detaylı bilgileri “Tanzimat Dönemi Osmanlı Resepsiyon Süreci” konu başlığında ele aldığımızdan dolayı burada tekrara girmiyoruz.

Devletin yeniden yapılandığı bu dönemde bir medeni kanun hazırlanması isteği gündeme gelmiş ve bu yönde iki farklı düşünce ortaya çıkmıştır. Bunlardan birincisi, Kıta Avrupası’nın en derli toplu ilk kanunlaştırması olan *Code Civil*’in Osmanlı Devleti tarafından iktibası düşüncesidir.⁷²⁷ *Code Civil* ile ilgili bölümde belirttiğimiz gibi, Fransızlar Kıta Avrupası’na hâkim olma düşüncesinin bir sonucu olarak hukuk sistemini farklı ülkelere ihraç etme gayreti içine girmişlerdir. Bu yönde bir çalışmayı Osmanlı Devleti için de öngörmüşler ve devletin idarî kadrosu içinde kendilerine taraftar da bulmuşlardır. Başını Âli Paşa’nın çektiği bu gruba göre, Avrupa’nın yükselen gücü Fransa’nın Medeni Kanunu’nu almak pratik açıdan büyük yararlar sağlayacaktır. Ayrıca, Fransa’nın Osmanlı Devleti’nin çok uzun yıllardan beri müttefiki olması İmparatorluğun dış dünyada elini güçlendirecek bu da İmparatorluğun ömrünü uzatacaktır. Fransız büyükelçisi De Bourree’nin olağanüstü çabalarının etkisi altında kalan⁷²⁸ Sadrazam Âli Paşa, Girit’ten Sultan Abdülaziz’e gönderdiği 30 Kasım 1867 tarihli lâyihada hiç değilse Mısır’da olduğu gibi karma mahkemelerde ve karma davalar için Fransız Medeni Kanunu’nun alınmasının zarurî olduğunu bildirmekteydi.⁷²⁹

Osmanlı Devleti’nde Tanzimat döneminde yapılan resepsiyon çalışmalarının bütünüyle Fransa’dan alınmış olması da bu görüş sahiplerinin elini kuvvetlendirmişti. Ayrıca, *Code Civil*’in iktibasını savunanların bir diğer dayanağı da *Code Civil*’in İslâm hukukundan mülhem olduğu şeklindeki iddialarıydı. Buna göre, Napoleon Mısır valiliği zamanında bölgede uygulanan İslâm hukukunu yakından inceleme fırsatını bulmuştur. Özellikle İslâm hukukunun mahkemelerde sistematik bir tarzda uygulanması Napoleon’da bir hayranlık uyandırmış, bu hayranlığın etkisiyle Şafîî ve Mâlikî mezheplerine ait önemli metinlerin Fransızca’ya tercümesini

ve düşünce devleti kurtarmak isteyen bazı devlet adamlarını, “Tanzimat” adı verilen yeni bir devre, yeni bir mesleğe diğer bir ifadeyle Avrupa’yı taklide sevk etmiştir. Şerî esasları bilmeyen Avrupalılar da, Osmanlı Devletindeki çöküşleri hep İslâm hukukuna yüklemeye gayret etmişlerdir.” Cin, *Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usûlleri*, s: 14’den naklen.

⁷²⁷ Hulusi Yavuz, *Mecelle’nin Tedvîni ve Cevdet Paşa’nın Hizmetleri*, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, İstanbul, s: 58–59

⁷²⁸ Ebul’ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s: 63

⁷²⁹ Aydın, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye maddesi*, DİA, 28/ 232

emretmiştir. Bu eserleri yakından inceleyen Napoleon, tüm ülkede tek bir hukuk sisteminin uygulanmasının siyasî gücü de pekiştireceğinin farkına varmış ve Fransa'ya gittiği zaman *Code Civil* çalışmalarına başlamıştır.⁷³⁰ Dolayısıyla *Code Civil* temelde İslâm hukukuna dayandığından iktibasında da her hangi bir problem bulunmamaktadır.⁷³¹

Yeni bir medeni kanunun hazırlanması sürecinde ortaya atılan ikinci görüş ise; millî bir kanunun İslâm hukukunun ilgili hükümlerinden derlenmesi şeklinde olmuştur. Başını Ahmet Cevdet Paşa'nın çektiği bu görüş sahiplerinin Fuad Paşa ve Kabûlî Paşa'nın da desteklerini almaları ile bu görüş ağırlık kazanmış ve *Mecelle*'nin Osmanlı Devleti'nin medeni kanunu olarak hazırlanmasına başlanmıştır.⁷³²

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye nâzırı Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki bir komisyonun eseridir. Meydana getirildiği dönem Osmanlı İmparatorluğu'nun en sancılı ve en çalkantılı dönemidir. Bu özellik *Mecelle*'nin hazırlanmasına da etki etmiş ve komisyon çalışmalarını dokuz yıllık bir zaman zarfında ve sürekli değişen üyelerle tamamlamıştır.⁷³³ Hatta Ahmet Cevdet Paşa bir ara komisyon üyeliğinden alınmış, Bursa valiliğine atandıktan sonra tekrar komisyon başkanlığına getirilmiştir. Cevdet Paşa'nın görevden alınmasında *Kitâbü'l-Havâle*'nin hazırlanması sırasında 692. maddeyle ilgili düzenlemede Hanefî mezhebinin râcih görüşlerinin değil Züfer b. Hüzeyl'in görüşünün esas alınması etkili olmuştur. Bu da bize, Ahmet Cevdet Paşa'nın *Mecelle*'yi meydana getirirken ne kadar büyük zorluklarla karşılaştığını göstermektedir. Batı yanlısı kişilerin muhalefetiyle uğraşmak yetmiyormuş⁷³⁴ gibi bir de katı Hanefî mezhep taraftarlarıyla uğraşmak zorunda kalması Ahmet Cevdet Paşa'nın içinde bulunduğu zor durumu göstermesi bakımından önemlidir.

⁷³⁰ Bu iddianın kaynağının kime dayandığı ile ilgili bir bilgiye ulaşamamak da kanaatimizce bu iddia biraz kompleks unsurlar içermektedir. Hukukta etkileşim sorununun nihâî bir cevabı olmamakla birlikte *Code Napolen*'la ilgili yaptığımız literatür taramasında bu iddiayı destekleyecek en ufak bir bilgiye rastlayamadık. Fransa'nın, Akdeniz havzasında yer alması sebebiyle bir etki muhtemel olmakla birlikte *Code Napoleon*'un İslâm hukukundan mülhem olduğu veya etkilendiği iddiasının elle tutulur bir dayanağı yoktur. Esasen bu iddianın sadece Müslüman yazarlar tarafından dile getirilmesi de bir takım kompleks unsurların bulunduğunu akla getirmektedir.

⁷³¹ Ekinci, *İslâm Hukuku*, s: 60, Mehmet Malkaç, *Ana Hatlarıyla Mecelle ve Mecelle İle İlgili Bibliyografik Çalışma*, Sakarya Üniversitesi SBE, Sakarya, Y.Lisans Tezi, 2001, s: 16-18

⁷³² Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul, 1997, s: 65-70

⁷³³ Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s: 72

⁷³⁴ Tuncer Namlı, *Tanzimat ve Sonrası Dönem Kanunlaştırmaları Karşısında İslâm Âlimlerinin Aldığı Tavrı ve Bunun Neticeleri*, Erciyes Üniversitesi SBE, Y.Lisans Tezi, Kayseri, 1988, s: 69-86

Mecelle bir mukaddime ve on altı kitap içinde (*Kitâbü'l-Buyu, Kitâbü'l-İcârât, Kitâbü'l-Kefâle, Kitâbü'l-Havâle, Kitâbü'r-Rehn, Kitâbü'l-Emânât, Kitâbü'l-Hibe, Kitâbü'l-Gasb ve'l-İtlâf, Kitâbü'l-Hacr ve'l-İkrâh ve's-şuufa, Kitâbü's-Şirket, Kitâbü'l-Vekâle, Kitâbü's-Sulh ve'l-İbrâ, Kitâbü'l-İkrar, Kitâbü'd-Dava, Kitâbü'l-Beyyinât ve't-tahlîf ve Kitâbü'l-Kazâ*) yer alan toplam 1851 maddeden meydana gelmiştir.⁷³⁵ Mukaddime kısmı, hukukun genel ilkeleri mâhiyetinde doksan dokuz küllî kaideyi içermektedir.⁷³⁶ Bu kaideler *kazuist* bir sistemle gelişen İslâm hukukunun yüzyıllar boyunca oluşan genel hukuk prensipleri şeklindedir.⁷³⁷ *Mecelle*, küllî kaidelerle ilgili ilk eser olmamakla birlikte bundan sonraki pek çok çalışmada *Mecelle*'nin bu küllî kaidelerine atıflar yapılmıştır. Ayrıca *Mecelle*, klasik fıkıh kitaplarında yer alan sistemin dışına çıkarak yeni bir sistem ve teknik de getirmiştir. Bu yönüyle de orijinal bir kanunlaştırma faaliyetidir. *Mecelle*, fıkıh kitaplarının klasik üçlü tasnifinden sadece muamelâtı ele almış, muamelât içinde de yalnızca akitlere yer vermiştir. *Mecelle*, bu tasnifi ile İslâm hukuk tarihinde ilk defa ibâdâtı diğer hususlardan ayırmış ve sistemli bir şekilde kamu-özel hukuk ayırımında tamamen özel hukuk alanına yönelmiştir.⁷³⁸

Umumî hukuk tarihindeki kanunlaştırmalar genel olarak somut olay metodu ve soyut kural metodu olmak üzere başlıca iki yönetime göre yapılmıştır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, *Mecelle*'de tek bir yöntemden ziyade karma bir yöntemin hâkim olduğunu ifade etmek mümkündür.⁷³⁹

Mecelle, uzun soluklu bir projenin ürünü olarak düşünülmüş, günün ihtiyaç ve şartları doğrultusunda öncelikle borçlar, kısmen eşya ve yargılama hukuku ile ilgili hükümler getirilmiştir. Bir medeni kanunda bulunması gereken konular daha sonraki bir zaman dilimine bırakılmış ancak İmparatorluğun içinde bulunduğu şartlar bu yöndeki çabaların netice vermesini engellemiştir. Bu sebeple *Mecelle*'nin en çok eleştirilen “bir medeni kanunda bulunması gereken bütün bölümleri kapsamadığı”,⁷⁴⁰

⁷³⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, cilt: 1–4

⁷³⁶ Velidedeoğluna göre *Mecelle*'nin başında yer alan bu küllî kaideler Alman Medeni Kanununun veya İsviçre Borçlar Kanunun başında yer alan Genel Kurallara benzemekten ziyade İsviçre Medeni Kanunun başında yer alan ve ilke niteliği taşıyan kurallardan oluşmuş “Başlangıç” benzerinde, hukuk ve ahlâka ilişkin dağılık kuralları kapsamaktadır. Daha detaylı bilgi için bkz: Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri*, s: 561

⁷³⁷ Onar, *Osmanlı İmparatorluğu'nda İslâm Hukukunun Bir Kısımının Codification'u Mecelle*, s: 67

⁷³⁸ Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s: 34–35

⁷³⁹ Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s: 37

⁷⁴⁰ Üçok, *İçtihatla İçtihat Nakz Edilmez*, s: 45–46

iddiasını *Mecelle*'yi hazırlayan komisyonun bir eksikliği olarak değil o günkü toplumsal zaruretlerin ve siyasî konjonktürün ortaya çıkardığı bir durum olarak değerlendirmek gerekmektedir. Ayrıca Tanzimat dönemi hukukî düalizminin ortaya çıkardığı ikili mahkeme yapısından dolayı, *Mecelle*'nin nizâmiye mahkemelerinde kullanılmak düşüncesiyle hazırlanması, şeriye mahkemelerinin görev ve kapsamı içine giren ahvâl-i şahsiye konularını kapsamamasına da sebep olmuştur.⁷⁴¹

Mecelle'nin, Hanefî mezhebinin râcih görüşleri doğrultusunda hazırlanması diğer bir ifadeyle tek bir mezhebe bağlı kalınması ve sadece bu mezhep içindeki muteber görüşlerin esas alınması da *Mecelle*'ye yöneltilen eleştiri noktalarından birisini oluşturmaktadır. Hukukî istikrarı uzun yıllar tek bir mezhebi tervîc ederek sağlamaya çalışan Osmanlı Devleti'nde yüzyıllar boyunca oluşan hukukî tefekkürün biranda terk edilmesini beklemek tarihçi hukuk okulunun *volksgeits* (halkın ayırt edici hukuk dehası) teorisinde olduğu gibi oldukça zordur. Nitekim bu zorluk, komisyon başkanı Ahmet Cevdet Paşa'nın görevinden alınmasına kadar varmıştır. Hukuk ilminin ve hukukçuların mesleği gereği muhafazakâr bir yapıda olmaları⁷⁴² nedeniyle, o güne kadar tek bir mezhebe bağlı kalmanın artılarının eksilerinden fazla olduğuna inanan zihinlerin radikal bir dönüşümü kolay kolay kabullenmemeleri çok da yadırganmamalıdır.

Mecelle'nin tek mezhebe bağlı kalınarak hazırlanması en azından bu tarz bir girişimin yeterliliğini sorgulama fırsatı vermesi bakımından önemlidir. Çünkü İslâm hukuk tarihinde fikhî hükümlerin modern bir kanun formunda düzenlendiği ilk çalışma olan *Mecelle*'nin bir mezhebin görüşlerine bağlı kalınarak meydana getirilmesi ve diğer mezheplerden istifade edilmemesinin, sorunların çözümünde yeterli olmadığı görülmüş ve zaman içinde yapılan çalışmalarda bu metot bırakılarak eklektik bir yol takip edilmiştir.

⁷⁴¹ Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s: 62

⁷⁴² Hukukçuların muhafazakâr bir yapıda olmalarını Ahmet Refik Gür: “ Hukuk için çıkar yol ne maziden sıyrılmağa, ne de halin inkârına varır. İfrat ile tefritin bağdaşamayacağı yer hukuk sahasıdır. Çünkü hukuk, mâhiyeti icabı geleneğe kendi istilâhîyle örf ve âdete bağlı, inkişafı da ondaki değişiklik ve seyir derecesiyle mütenasip olduğu, diğer bir tabirle, içtimai muhitin ihtiyaç ve zaruretlerini tebellür ettiren bir ilim bulunduğu için, hamleci olmadığı kadar, hukukçular da bu yönden zarureten muhafazakârdırlar. Bu sebeple hukukçulara taan ve tarizlerde bulunmak yerinde olmadığı gibi, hukukçuların ekseriyet ve kütle halindeki hareket tarzlarıyla, bu muvazeneci ve tanzimci rollerinden cemiyet için ancak faideler sağlandığı da açık bir hakikattir. Elbise değiştirir gibi, kanun değiştirmek içtimai heyetin tabına ve ihtiyacına uygun düşmez” sözleriyle ifade etmiştir. A.Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, İstanbul, 1946, s: 87

Kanunnâmeler konusunu ele alırken bazı hukuk tarihçilerinin kanunnâmeler yoluyla Osmanlı hukukunun dinî karakterden laik karaktere dönüştüğü şeklinde görüşlere sahip olduklarını ifade etmiştik. Benzeri düşünceler *Mecelle* için de seslendirilmiş, *Mecelle*'nin temelde nizâmiye mahkemelerinde uygulanmak üzere hazırlanması, Osmanlı hukukunun dinî hukuktan laik hukuka dönüşümü olarak ifade edilmiştir.⁷⁴³ *Mecelle*'nin nizamiye mahkemelerinde kullanılmak üzere hazırlandığı doğru olmakla birlikte “*Eimme-i hanefiyye beyninde muhtelefun fih olan mesâilde nase erfak ve maslahata evfak olan kaviller tercih olundu*”⁷⁴⁴ şeklinde Ahmet Cevdet Paşa'nın sözleri *Mecelle*'nin fıkıh kitapları diğer bir ifadeyle İslâm hukuku esas alınarak meydana getirildiğini ortaya koymaktadır. Kaynağı dinî metinler olan bir çalışmanın seküler bir hukuk anlayışına adaptasyonunun izahı mümkün değildir.

XIX. asrın kanunlaştırma asrı olduğu dikkate alındığında *Mecelle*'de batılı bir tesir söz konusu olmakla birlikte bu tesir muhtevadan ziyade *Mecelle*'nin sistematığı ile ilgilidir.⁷⁴⁵

Mecelle, Mısır ve Arap yarımadası dışında bütün Osmanlı mahkemelerinde uzun süre yürürlükte kalmıştır.⁷⁴⁶ *Mecelle*'nin Mısır'da hiç yürürlüğe girmemesini Şafî mezhebinin hüküm sürdüğü bir bölgede Hanefî mezhebi esaslarına göre oluşturulmuş bir kanun metninin tatbik kabiliyetini yitirdiğini ifade eden hukuk tarihçileri olduğu gibi, Hidiv İsmail Paşa'nın, Osmanlı Devleti'ne hukukî bağlılığın beraberinde siyasî bağlılığı da getirebileceği düşüncesiyle *Mecelle*'nin Mısır'da uygulanmasına karşı çıktığını belirten hukuk tarihçileri de bulunmaktadır.⁷⁴⁷ Arap yarımadasında genelde Hanefîlik dışındaki mezheplerin hâkimiyetinin olması sebebiyle Osmanlı Devleti de bu konuda ısrarcı davranmamıştır.⁷⁴⁸ *Mecelle*, Osmanlı Devleti'nde yürürlükten kaldırıldıktan sonra da uzun yıllar Suriye, Ürdün, Irak,

⁷⁴³ Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri*, s: 577

⁷⁴⁴ Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s: 67

⁷⁴⁵ Hulusi Yavuz, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'nin Tedvini*, Ahmet Cevdet Paşa Sempozyumu, Ankara, 1997, s: 282

⁷⁴⁶ Onar'a göre, *Mecelle*'nin Suriye, Irak gibi ülkelerde yürürlükte kalmasının en önemli sebeplerinden biri, bu ülke aydınlarının büyük çoğunluğunun Darü'l-Funûn hukuk mezunu olmalarıdır. *Mecelle*'yi Darü'l-Funûn'da öğrenen bu âlimler, ülkelerindeki hukukî işlemlerde *Mecelle*'nin uzun süre tatbikini sağlamışlardır. Onar, *Osmanlı İmparatorluğu'nda İslâm Hukukunun Bir Kısımının Codification'u Mecelle*, s: 57

⁷⁴⁷ Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri*, s: 551, M. Akif Aydın, *Muhammed Kadri Paşa maddesi*, DİA, 30/546

⁷⁴⁸ Aydın, *Mecelle maddesi*, s: 233

Lübnan, İsrail ve Filistin’de uygulanmaya devam edilmiştir.⁷⁴⁹ Arnavutluk ve Bosna’da da 1945 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.⁷⁵⁰ 4 Ekim 1926’da Türkiye Cumhuriyeti’nin İsviçre Medeni Kanunu’nu iktibasıyla *Mecelle* de yürürlükten kaldırılmıştır.

Mecelle’nin kodifikasyon olup olmadığı literatürde tartışılan bir konudur.⁷⁵¹ Kanaatimizce, *Mecelle*’de, müstakil kodifikasyonların en önemli özelliği olan siyasî irade bulunmakla birlikte, *Mecelle*’nin hukukun tüm alanlarını değil, özel hukukun sınırlı bir alanını düzenlemesi ve İmparatorluğun tümünde uygulanmaması dikkate alındığında *Mecelle*’yi, *codification-tedvîn* anlamında müstakil kanunlaştırmadan ziyade şeklî kanunlaştırma faaliyeti olarak kabul etmek mümkündür.

Mecelle’nin tek mezhepten istifadeyle hazırlanması, *kazuist* bir metoda göre meydana getirilmesi ve hukukun sadece sınırlı bir alanını kapsaması gibi bir takım eleştiriler kendi içinde belirli bir oranda da olsa haklılık payı taşımakla birlikte burada esas önemli olan *Mecelle*’nin İslâm hukuk tarihi için bir ilk olması ve kanunlaştırma ve batılılaşma rüzgârlarının oldukça güçlü estiği bir zaman diliminde İslâm dünyasının, hukukî meselelerini kendi iç dinamiklerinden yola çıkarak çözmeye çalışmasıdır. *Mecelle* ile birlikte ilk defa çeşitli fıkıh ve fetva kitaplarında dağınık halde bulunan ahkâm-ı fikihiye, modern anlamda kanun maddeleri halinde hukukî bir kalıba dökülmüştür. Bu yönüyle bile *Mecelle* orijinal bir çalışmadır ve İslâm hukuk tarihinde “devrim” diyebileceğimiz kadar önemli bir olgudur.

⁷⁴⁹ Hulusi Yavuz, *Impact of Mecelle in Arab Countries*, Studies on Turkish- Arab Relations, Annual, 1986, s: 215–223

⁷⁵⁰ M.Tayyib Okiç, *Osman Öztürk- Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İslâm Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, cilt: 4, sayı: 1–2, 1975, s: 181

⁷⁵¹ Onar’a göre *Mecelle*, o güne kadar mevcut olan hükümlerle mukayese edildiğinde yeni hükümler getirmemiş sadece mevcut olan ve tatbik edilmekte bulunan İslâm hukuku hükümlerini “*compilatio*” şeklinde derlemiştir. Onar, *Osmanlı İmparatorluğu’nda İslâm Hukukunun Bir Kısımının Codification’u Mecelle*, s: 58–65, Hafizoğullarına göre ise; *Mecelle*, kaynağı beşerî irade olan, genelde uyulmasının zorunlu olduğuna inanılan, toplumda geçerli “örf ve âdet kurallarının” sistematik olarak toplu bir hale getirilmesi, bir kitapta toplanması, kısacası bunların “yasalaştırılması” değildir. Tersine, *Mecelle*, fıkıh hükümleriyle bu konudaki türlü içtihadı bir araya getiren, Tanzimat’tan sonra hazırlanan ve yasa yerine kullanılmış olan eser, şeklinde tanımlanmaktadır. Bu demektir ki, “*Mecelle Hareketi*” madem “kodifikasyon bir toplumda geçerli örf ve âdetin bir araya getirilmesidir, bu anlamda bir “kodifikasyon hareketi” değildir; sadece ilâhî irade olan fıkıh hükümlerinin ve bu hükümlere ait içtihatların sistemli olarak bir araya getirilmesi hareketidir. Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı*, s: 168

d- Kitâbü'n-Nafakât

Osmanlı Devleti'nde *Mecelle*'nin daha ziyade borçlar, eşya ve yargılama hukuku ile ilgili esasları içermesi diğer bir ifadeyle bir medeni kanunda bulunması gereken bütün konuları kapsamaması sebebiyle nafaka ile ilgili hükümlerin ayrı bir kitap halinde ele alınması gerekmiş ve *Kitabü'n-Nafakât* bu amaçla hazırlanmıştır.⁷⁵²

Esasen *Mecelle* cemiyetinin aldığı karar gereğince evlenme, boşanma, nafaka, vasiyet, vakıf vb. konular ayrıca ele alınacak ve bunlar bir kitap halinde basılacaktır. *Mecelle*, daha önce de belirttiğimiz gibi Osmanlı Devleti'nde çok yönlü bir hukuk çalışmasının ilk adımı olarak ortaya çıkmış, toplumun ihtiyaç ve beklentileri doğrultusunda öncelikle borçlar hukukunu kapsayan bir çalışma yapılmıştır. Medeni kanun kapsamına giren diğer konuların da zaman içinde ele alınması hedeflenmiş⁷⁵³ ancak İmparatorluğun içinde bulunduğu durum, bu yöndeki çabaların sonuç vermesini engellemiştir. Gerek *Mecelle*'nin tadili çalışmaları gerekse evlenme, boşanma ve nafaka ile ilgili çalışmalar, komisyon üyeleri daha hayatta iken başlamış ancak İmparatorluğun en sıkıntılı günlerine gelen bu girişimler maalesef neticelenememiştir. *Kitabü'l-İstihkâk* örneğinde olduğu gibi *Mecelle*'yi tadil komisyonunun hazırladığı bir takım çalışmalar bulunmakla birlikte bunlar o günün istikarsız siyasî ortamında tamamlanmadan yarım kalmış çalışmalar şeklindedir.⁷⁵⁴

Ali Haydar Efendi'nin (Küçük) fetva eminliği sırasında Şeyhülislâm Mustafa Hayri Efendi *Mecelle* cemiyetini ihya etmek istemiş, bu mümkün olmayınca da şeyhülislâmlıkta bir *Heyet-i İftâiyye* ve bunun içerisinde de *Telif-i Mesâil ve Taharri-i Mesâil* adıyla iki ayrı daire kurdurmuştur. *Telif-i Mesâil Şubesi*'nin görevi, meşihat makamı tarafından tespit edilen konular hakkında dört mezhebe ait fıkıh kitaplarındaki muteber bilgileri toplamak, bu kitaplardaki fetvalardan günün koşullarına uygun bir fetva mecmuası hazırlamak ve halkın dinî konularla ilgili sorduğu sorulara fetvalar vermektir.⁷⁵⁵ Ali Haydar Efendi'nin de içinde bulunduğu bu heyet, nafaka, nikâh ve talak gibi konular başta olmak üzere bütün fikhî meselelerde müftâ-bih görüşlerin *el-Ahkamü's-şer'iyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye* adı altında toplanıp tercüme ve telif edilmesine ve bunlardan bir fıkıh külliyyâtı meydana

⁷⁵² Ekrem Buğra Ekinci, *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*, Türk Aile Ansiklopedisi, cilt: 2, Ankara, 1991, s: 617

⁷⁵³ Aydın, *Bir Hukukçu Olarak Ahmed Cevdet Paşa*, s: 31–32

⁷⁵⁴ Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s: 307/334

⁷⁵⁵ Heyd, *Some Aspects of the Ottoman Fetva*, s: 51

getirilmesine karar vermiş ve bu amaçla pek çok fikhî meselenin Arapça nakillerini toplamıştır. Bunların tercümesi işi de Ali Haydar Efendi(Küçük) ile Ömer Nasûhi'ye (Bilmen) verilmiştir. Ancak Mustafa Hayri Efendi'nin şeyhülsîlâmlıktan ayrılması ile bu girişim de sonuçsuz kalmıştır. İşte *Kitabü'n-Nafakât* Ali Haydar Efendi'nin bu komisyonda görev yaptığı zaman içinde (1914–1916) nafaka konusunu derli toplu bir şekilde ele aldığı ve maddeler halinde yayınladığı bir eserdir.⁷⁵⁶ *Kitabü'n-Nafakât* dönemin şartlarından dolayı kanunlaşp devlet tarafından yürürlüğe konulamamıştır.⁷⁵⁷

e- Sultan Mehmed Reşad Döneminde Çıkarılan İrâde-i Seniyye

Osmanlı hukukunda fetvaların padişahlık makamına arz edilerek padişahın onayıyla kanun hükmünde uygulanmasına yönelik çalışmalar Ebüssuûd Efendi'nin *Maruzât*'ı ile belirli bir seviyeye ulaşmış, daha sonraları ise bu faaliyet şeyhülsîlâmlık kurumunun yeni baştan yapılanmasıyla kurulan *Fetvâhâne Dairesi* tarafından yerine getirilmiştir.⁷⁵⁸ Halk, dinî meselelerin çözümü için *Fetvâhâne Dairesi*'ne çeşitli sorular yöneltmiş, kurum da Hanevî mezhebinin râcih görüşleri çerçevesinde bu sorulara cevaplar vermiştir. Ele alacağımız bu irâde-i seniyye de Sultan Mehmed Reşad (1844–1918) döneminde (1909–1918) kocası kaybolan kadının durumuyla ilgili olarak *Telif-i Mesâil Şubesi*'ne yöneltilen sorulara verilen cevapların padişahın onayına arz edilerek kanun haline getirilmesi ile ilgilidir.

⁷⁵⁶ M.Akif Aydın, *Ali Haydar Efendi (Küçük) maddesi*, DİA, 2/396–397, H. Mehmet Günay, *Son Devir Osmanlı Hukukçusu Küçük Ali Haydar Efendi*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2006, s: 182–183

⁷⁵⁷ “Bu çalışma, Orhan Çeker tarafından Nafaka Kanunu adıyla neşredilmiştir. Eserin, Mecelle'nin eksik bıraktığı bir konu olarak nafakaya ilişkin hususları düzenlemek üzere kaleme alındığı zikredilmiş ve 634 maddeden oluşan bu kanun bugün kullanılan harflerle sadeleştirmeden aynen neşredilmiştir. Kitabın sonunda ise bir lügatçeye yer verilmiştir. Kitabın başında yer alan Takdim kısmındaki kısa bir iki cümlelik açıklamalar dışında kanunla ilgili herhangi bir izah ve açıklama yer almamaktadır. Fakat bu eserle ilgili asıl dikkat edilmesi gereken husus, Çeker'in 1915'de yürürlüğe girdiğini söylediği bu kanunun aslında hiçbir zaman resmî olarak yürürlüğe girmemiş olmasıdır. Osmanlı devleti döneminde hazırlanan bu kanun resmen yürürlüğe konmamış dolayısıyla uygulanma imkânı da kazanmamıştır. Bu nedenle yazarın hiçbir zaman yürürlük imkânı bulmamış bu kanunu Osmanlı Devleti'nde uygulanmış gibi neşretmesi doğru değildir.” M. Macit Kenanoğlu, *Osmanlı Kanunnâmeleri Neşriyatı Üzerine Bir Tahlil*, s: 176–177'den naklen.

⁷⁵⁸ Meclis-i Tedkikât-ı Şer'iyye'nin kurulmasıyla Fetvâhâne dairesine yargı görevi de verilmiştir. 1875'te Fetvâhâne Nizamnâmesi çıkarılmış, fetvâhâneye bağlı iki kısımdan biri olan “İlamât dairesi” şer'î mahkemelerin temyiziyle görevlendirilmiştir. Temyizi istenen ilam önce Fetvâhânedeki İlamât Odasına gelir buradaki ilk incelemeden sonra gerekiyorsa Meclis-i Tedkikât-ı Şer'iyye'ye havale edilirdi. Ekrem Buğra Ekinci, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukukunda Kanun Yolları*, İstanbul Üniversitesi SBE, Doktora Tezi, 1996, İstanbul, s: 184–185

Tren ve gemi gibi ulaşım imkânlarının gelişmesiyle birlikte İslâm dünyasının dört bir tarafından gerek tüccar gerekse turist olarak pek çok Müslüman, hilafetin ve saltanatın başkenti İstanbul'a gelmiş, buradan da Anadolu'ya geçerek Osmanlı devletini gezip-görme imkânını bulmuşlardır. İslâm dünyasının çeşitli yerlerinden gelen bu insanlar başta İstanbul olmak üzere Anadolu'daki Müslüman hanımlarla bir takım evlilikler yapmışlardır. Ancak bu insanların daha sonraları memleketlerine dönmeleri ve bir daha da kendilerinden haber alınamaması üzerine bu kişilerle evlenen Müslüman hanımlar perişan olmuşlar ve durumlarının akıbetiyle ilgili olarak *Telif-i Mesâil Şubesi*'ne çeşitli sorular yöneltilmişlerdir. Çünkü Hanefî mezhebinde bir kimsenin mefkûd kabul edilmesinde esas alınan yaş, kimi rivayetlerde 120 olarak kimi rivayetlerde ise akranlarının ölümü olarak belirlenmiştir.⁷⁵⁹ Konunun Hanefî mezhebinin esas alınarak çözümlenmesi durumunda bu hanımların evliliklerinin adeta hiç bozulmadan devam edeceğine ve bu kadıncağızların bir ömür boyu boşa beklemelerine hükmedilecektir. *Telif-i Mesâil Şubesi* toplum içinde artan bu sıkıntılara bir çözüm bulmak amacıyla uygulamada Hanefî mezhebinin bu konudaki görüşünü esas almamış ve fıkıh mezhepleri içindeki en makul çözüm olan Hanbelî mezhebinin dört yıllık bekleme süresini dikkate alarak telfik metoduna göre bir fetva yayınlamıştır. Daha sonra bu fetva padişahlık yüce makamına arz edilerek, padişahın onayıyla 27 Şubat 1916 tarihinde kanun olarak yürürlüğe girmiştir.⁷⁶⁰

Konumuz açısından bu düzenleme iki bakımdan önem arz etmektedir. Birincisi; günün gelişen şartları çerçevesinde Hanefî mezhebi gibi tek bir mezhebe bağlı kalmanın sorunların çözümünde yeterli olmadığının görülmesi ve çerçevenin genişletilerek İslâm hukukunun bütün mezheplerini kapsam içine alan eklektik bir yöntemin takip edilmiş olmasıdır. Bu tarz bir uygulama Osmanlı hukuku için bir ilk olup muhtemelen 1917 tarihli *H.A.K.*'nin telfikçi bir metotla hazırlanmasına da müessir olmuştur. İkincisi de; *Arazi Kanunnâmesi*, *Mecelle* ve *H.A.K.* gibi müstakil bazı düzenlemelerin yanında bu tarz münferit çalışmaların da bulunduğunu göstermesidir.

⁷⁵⁹ Beşir Gözübenli, *Mefkûd maddesi*, DİA, 28/354

⁷⁶⁰ Yunus Vehbi Yavuz, *Osmanlı Sultanı Muhammed Reşad Döneminde Kocası Kaybolan Kadının Evlenmesine İmkân Veren Fıkıhî Hüküm Değişikliği ile İlgili Fetva*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı: 1, 2003, s: 79–83, J.N.D.Anderson, *Modern Trends in Islam Legal Reform and Modernisation in the Middle East*, International and Comparative Law Quarterly, sayı: 20, 1971, s: 5

f- Hukûk-ı Aile Kararnâmesi

Osmanlı Devleti'nin 25 Ekim 1917 tarihli *Hukûk-ı Aile Kararnâmesi* aile hukuku alanında yapılan ilk kanun çalışmasıdır.⁷⁶¹ Kararnâme, *Arazi Kanunnâmesi* ve *Mecelle* ile birlikte Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde yapılan ve yerli olarak kabul edebileceğimiz diğer bir ifadeyle herhangi bir hukuk sisteminden resepsiyon vb. yolla etkilnilmeden hazırlanan kanun çalışmalarının da son halkasını oluşturmaktadır.⁷⁶²

Tanzimat'la birlikte devleti yeniden yapılandırma sürecine giren Osmanlı İmparatorluğu, bu manada askerî, siyasî ve hukukî pek çok reformlara girişmiştir. Hukuk alanında yapılan çalışmalar devletin ve toplumun önceliklerinden yola çıkılarak belirli bir sistem çerçevesinde ele alınmıştır. Örneğin, ticaret ve vergi ile ilgili reformların gündelik hayatı daha çok ilgilendirmesi sebebiyle ilk kanun çalışmaları bu alanda başlamıştır. Gerek umumî hukuk tarihinde gerekse Osmanlı hukuk tarihinde aile hukuku alanında yapılan kanun düzenlemelerinin kanunlaştırma silsilesinin son halkasını oluşturması da muhtemelen hayatın öncelikleri ile ilgili bir durumdan kaynaklanmaktadır.⁷⁶³

Tanzimat'la birlikte Osmanlı'da mahkemelerin görev yapısı ve şekli de değişmiş, mahkemeler nizâmîye mahkemeleri ve şerîyye mahkemeleri şeklinde ikiye ayrılmış ve aile hukuku ile ilgili davalara da şerîyye mahkemeleri bakmıştır.⁷⁶⁴

⁷⁶¹ Nisbeten aile hukuku sahasına girebilecek bir takım düzenlemeler esasen *H.A.K.*'den çok önceleri yapılmıştır. Örneğin; Sultan Abdümcîd zamanında 1844 tarihli bir fermanla velinin yaşanmaması halinde kadınların ergen ve dul kadınları evlendirmesine izin verilmiş, bazı durumlarda yüksek miktarda istenen başlık parası ile ilgili sınırlamalar getirilmiştir. Yine 1874 tarihli bir irade ile mehrin üst limiti ile ilgili bir takım düzenlemeler getirilmiş, 1881 tarihli Sicill-i Nüfus Nizamnâmesi ile de devletin evlenme akdine müdahalesi anlamında ciddi düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre evlenme akdinin on beş gün içinde resmî makamlara tescili zorunluluğu getirilmiş, evlenecek Müslümanların şerîyye mahkemelerinden, gayr-i müslimlerin ise kendi ruhânî idarelerinden izinnâme almaları zorunluluğu getirilmiş, boşanmalarda da yine bir takım resmî işlemler şart koşulmuştur. 1913 yılında çıkarılan muvakkat bir kanunla resmî işlemleri yerine getirmeden nikâh kıyan imamlar için iki aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. 1914 tarihli Sicill-i Nüfus Kanunu ise önceki uygulamaları da kapsayan yeni bir takım düzenlemeler getirmiştir. 23 Mart 1916 tarihli irâde-i seniyye ile de kadına hastalık sebebiyle tefrîk-i talep hakkı tanınmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz: Akdoğan, *Türkiye'de 1919-1927 Yılları Arasında Aile Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Çalışmaları*, s: 15-18, Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s: 136-148. Ancak bizim burada ele aldığımız konu aile hukuku ile ilgili müstakil "code" türündeki çalışmalardır. Bu manada *H.A.K.* dışında bir çalışma gerek Osmanlı Devleti'nde gerekse İslâm dünyasında meydana gelmemiştir.

⁷⁶² Aydın, *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi maddesi*, DİA, 18/314

⁷⁶³ Fındıkoğlu'na göre, muamelat konusunu düzenleyen kanun çalışmalarına karşı yükselen "tekfir" seslerini biraz da olsa yenebilmek için, münâkahât konularını içeren bir kanun çalışmasının sona bırakılması "zekice bir siyasettir!". Ziyaettin Fahri Fındıkoğlu, *Aile Hukukumuzun Tedvîni Meselesi*, Ebül'ula Mardin'e Armağan içinde, İstanbul, 1944, s: 692

⁷⁶⁴ Ekinci, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*, s: 269

Şeriyeye mahkemelerinde görev yapacak hâkimlerin, medreselerin de bozulması ile birlikte zaman içinde yetersiz kalmaları ve önlerine gelen davalara bakmakta zorlanmaları aile hukuku ile ilgili bir kanun yapılmasını zorunlu hale getirmiştir. Ayrıca, Osmanlı Devleti'nin son zamanlarda girmiş olduğu savaşlardaki büyük kayıplar toplumun demografik ve sosyo-kültürel yapısını da derinden etkilemiş, aile hukuku alanında önceleri ortaya çıkmayan bir dizi problem kendini göstermiştir. Savaşların özellikle nüfusun erkek-kadın oranını derinden sarsması, savaşa gidip de dönmeyen erkeklerin toplumun işleyiş düzenine etkileri gibi nedenler *H.A.K.*'nin ortaya çıkmasının en önemli sebeplerindendir.⁷⁶⁵ Resmî rakamlara göre sadece Çanakkale'de 250.000 insanımızın şehit olması, Osmanlı demografik ve sosyo-kültürel yapıya etkisini göstermesi açısından önemlidir.

Sayıları ciddi bir yekûn tutan Osmanlı gayr-i müslim vatandaşlara aile hukuku ile ilgili konularda tanınan geniş muhtariyetler,⁷⁶⁶ ülkede yargı ikiliğinin de ortaya çıkmasına ve zaman içinde büyük problemlere neden olmuştur. Artık bütün Osmanlı topraklarında vatandaşlar arasında herhangi bir hukuk ikiliğine yol açmadan ama gayr-i müslim olmaları sebebiyle onların da haklarını koruyan bir düzenleme yapmanın zamanı gelmiştir.⁷⁶⁷

Sultan Mehmed Reşad döneminde kocası kaybolan kadınlarla ilgili irâde-i seniyye'de de belirttiğimiz gibi, Hanefî mezhebinin aile hukuku ile ilgili konularda kimi zaman yetersiz kalması ve toplumun ciddi sıkıntılarla yüz yüze gelmesi de aile hukuku alanında bir takım düzenlemeleri gerekli kılmıştır.⁷⁶⁸

İşte bütün bu sebepler neticesinde aile hukukunun yeni baştan ele alınmasına karar verilmiş ve Isparta mebusu Mahmud Esad Efendi başkanlığında bir komisyon oluşturularak *H.A.K.* meydana getirilmiştir. Komisyon temelde Müslümanların aile hukuku ile ilgili sorunlarını ele almakla birlikte Osmanlı Devleti'nde yaşayan Hristiyan ve Yahudilerin de durumlarıyla ilgili düzenlemeler getirmiş ve tüm ülkede uygulanabilmesi için ülkenin bütün bireylerini kapsamayı hedeflenmiştir.⁷⁶⁹

⁷⁶⁵ Cin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, s: 291

⁷⁶⁶ Najwa al-Qattan, *Dhimmi in the Muslim Court: Legal Autonomy and Religious Discrimination*, International Journal of Middle East Studies, cilt: 31, sayı: 3, 1999, s: 429-444

⁷⁶⁷ Ünal, *Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler*, s: 210

⁷⁶⁸ Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s: 155

⁷⁶⁹ Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s: 163

H.A.K., İslâm ve Osmanlı hukuk tarihi içinde aile hukukunun kanunlaştırılması bakımından bir iltir. Muhammed Kadri Paşa'nın *el-Ahkâmü's-şer'iyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye* adlı taslağı, aile hukuku ile ilgili ilk çalışma olmakla birlikte gerek yürürlüğe girmemesi gerekse *H.A.K.* kadar kapsamlı olmaması sebebiyle kanunlaşmamış ve mahkemelerde başvuru kitabı niteliğinde kalmıştır. *H.A.K.* her ne kadar yürürlüğe girdikten çok kısa bir süre (bir buçuk yıl) sonra kaldırılmış olsa da etkileri çok uzun süre devam etmiştir.⁷⁷⁰ *Kararnâme*'nin hazırlanmasında tek bir mezhebin hükümleriyle yetinilmemesi, Hanefî dışındaki mezheplerden de istifade edilerek eklektik bir metot takip edilmesi ve bu yönde bir hukuk sahasını bütünüyle ele alan bir düzenleme olması en azından zihinlerde bir devrim yaratmış ve kendisinden sonraki çalışmalar için de orijinal bir örnek olmuştur.⁷⁷¹

H.A.K iki kitaptan meydana gelmiştir. Birinci kitap altı bab, onbeş fasıl ve yüzbir maddeden, ikinci kitap ise üç bab, beş fasıl ve elli altı maddeden ibarettir. Böylece *Kararnâme*'nin tamamı yüz elli yedi maddeden oluşmaktadır.⁷⁷² Eklektik bir yöntemle dört mezhepten istifadeyle hazırlanan bu kararnâmede örneğin; ergenliğin alt sınırından önce evlenme, akıl hastalarının evlenmesine getirilen sınırlamalar, velâyet altındakileri evlendirme yetkisine sahip veliler, nikâh akdi için kullanılacak kelimeler, nikâh sözleşmesinde ileri sürülebilecek şartlar, baskı altında gerçekleştirilen evlenme ve boşamaların geçersizliği ve kadına yargı yoluyla boşanma yolunun açılması ile bazı durumlarda beklenecek azami iddet süresi gibi konularda Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerden de yararlanılmıştır.⁷⁷³ *Kararnâme* bu yönüyle kendisinden sonraki pek çok çalışmaya etki etmiştir. Özellikle Ortadoğu coğrafyasındaki Müslüman ülkelerde 1950'li yıllardan sonra yapılan kanun çalışmalarına bu manada ilham kaynağı olmuş ve yasamanın İslâmî hükümlere göre yapılmasında tek mezhebin dışında İslâm hukukunun bütün mezheplerinden istifade yolunu açmıştır.

Kararnâme'nin yargı birliği ilkesini benimsemesinin hukukî imtiyazlarının sonunu getirmesinden rahatsız olan gayr-i müslim cemaat liderlerince,

⁷⁷⁰ Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s: 225

⁷⁷¹ Ali Bardakoğlu, *Türk Aile Hukukunun Tarihi Gelişimi*, Türk Aile Ansiklopedisi, cilt: 2, Ankara, 1991, s: 614

⁷⁷² Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s: 181

⁷⁷³ Aydın, *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi maddesi*, s: 316, Suphi Mahmasânî, *el-Evdâü't-teşriyye fi'd-düveli'l-arabiyye-madîhâ ve hâdiruhâ*, Beyrut, 1981, s: 200-202

Kararnâme'nin yürürlükten kaldırılması için dış devletler nezdinde lobi faaliyetlerine başlanmış, bunun sonucu olarak da 156. madde yürürlükten kaldırılmıştır.⁷⁷⁴ Cemaat mahkemelerinin yargı yetkisini sona erdiren ve gayr-i müslimleri şeriiye mahkemelerinin kapsamı altına alan bu maddenin kaldırılmasının cemaat ruhanî liderlerini tatmin etmemesi ve Hanefî mezhebinin dışında diğer mezheplerden yararlanma yoluna gidilmesinin yüzyıllarca Hanefî mezhebinin katı bir şekilde uygulandığı bu coğrafyadaki bazı âlimlerin tepkisini çekmesiyle *Kararnâme* aleyhine görüşler ortaya çıkmış, bu iki grubun yoğun eleştiri ve muhalefeti ile Şeyhülislâm ve Sadrazam vekili Mustafa Sabri Efendi'nin imzasıyla 19 Haziran 1919 tarihinde yayınlanan geçici bir kanunla, *kararnâme* yürürlükten kaldırılmıştır.⁷⁷⁵

H.A.K. Osmanlı Devleti'nde yaklaşık bir buçuk yıl kadar tatbik edilmesine rağmen Ortadoğu İslâm ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Örneğin; *kararnâme*, 1953 yılına kadar Suriye'de ve 1939'a kadar İskenderun sancağında yürürlükte kalmıştır.⁷⁷⁶ Ayrıca *Kararnâme*, 1945 yılında Abdullah Sikalic tarafından Boşnakça'ya çevrilmiş ve Bosna-Hersek müslümanlarının aile hukukunu tanzim etmesinde kaynak olarak kullanılmıştır.⁷⁷⁷

H.A.K.'nin aile hukuku ile ilgili ilk kanun düzenlemesi olması,⁷⁷⁸ ilgili konuda hukukî birliği sağlaması,⁷⁷⁹ evlenme ve boşanmada devletin kontrolünü getirmesi,⁷⁸⁰ tek eşliliği temelde benimseyerek, çok eşliliğe bazı şartlarla sınırlamalar getirmesi,⁷⁸¹ belirli şartlar çerçevesinde kadına da boşanma hakkını tanıması⁷⁸² ve hazırlanmasında eklektik bir yol izlenmiş olması⁷⁸³ gibi özellikleri dikkate alındığında *H.A.K.*'ni orijinal bir şekli kanunlaştırma örneği olarak kabul etmek mümkündür.

⁷⁷⁴ Kayabaş, *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*, s: 136–138

⁷⁷⁵ Aydın, *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi maddesi*, s: 317

⁷⁷⁶ Robert Eisenman, *The Young Turk Legislation, 1913–17 and Its Application in Palestine/Israel*, Palestine in the Late Ottoman Period, Political, Social and Economic Transformation, Edited by: David Kushner, Brill, Leiden, 1986, s: 64–67

⁷⁷⁷ Aydın, *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi maddesi*, s: 318

⁷⁷⁸ Aydın, *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi maddesi*, s: 314

⁷⁷⁹ Ünal, *Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler*, s: 210

⁷⁸⁰ Ebru Kayabaş, *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*, İstanbul Üniversitesi SBE, Y.Lisans Tezi, İstanbul, 2001, s: 128–129

⁷⁸¹ Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s: 215

⁷⁸² Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s: 214

⁷⁸³ Mahmasânî, *el-Evdâü 't-teşriyye fi 'd-düveli 'l-arabiyye*, s: 200–202

E- Diğer İslâm Devletlerindeki Kanunlaştırma Faaliyetleri

1- Şîî-Safevî Devletinde Kanunlaştırma Faaliyetleri

İran’da 1502–1736 yılları arasında hüküm süren ve Şîî doktrini devletin temel politikası haline getiren Safevî Devleti’nde kanunlaştırma faaliyeti olarak Muhakkı-
1 Sânî Ebû’l-Hasen Nûrüddîn Ali b. el-Hüseyn b. Ali el-Kerekî el-Âmilî’ye (940/1534) ait *Kâtıatü’l-Lecâc* adlı eser dikkati çekmektedir.

Şahın dinî konularda devlete rehberlik etmesi için tam yetkili kıldığı Kerekî, toprak vergilerinin toplanması ve halkın işlerinin gözetilmesi hususunda bütün valilere yönergeler göndermiş,⁷⁸⁴ haracın miktarını, süresini ve tahsilinde adaletle uygun davranış kurallarını bildirmiştir.⁷⁸⁵ *Kâtı’atü’l-lecâc fî (Tahkikî) hilli’l-harâc* (Haracın helalliği hakkındaki tartışmaları kesen) adlı eser temelde haraç arazilerinin tespiti ve devlet başkanının bu fondan yaptığı tahsisatı almanın cevazı üzerinedir.⁷⁸⁶

Kerekî, İran tarihinde ilk defa kurulan Şia devletini nâib-i imam sıfatıyla İmâmiyye hukukuna tâbi kılmaya çalışmış, Şîî ulemanın devletin bütün kademelerinde görevlendirilmesine gayret etmiş ve yine İran tarihinde ilk defa hem bir Şia devletinin teşekkülüne hem de devlet (Safevî) Şiası’nın oluşturulmasına önemli katkılarda bulunmuştur.⁷⁸⁷

Kerekî’nin Şîî dünyasındaki konumunu, Sünnî İslâm dünyasında Ebüssuûd Efendi ile yaptığı işi de Ebû Yûsuf’un *Kitâbü’l-Harâc*’ı veya Ebüsssuûd Efendi’nin *Maruzât*’ı ile mukayese etmek mümkündür. Ancak eserin Şîî doktrinin maliyeye ilişkin hükümlerini içermesi sebebiyle *Kitâbü’l- Harâc* benzetmesi daha uygun düşmektedir.

Bu örnek, İslâm dünyasındaki gerek Sünnî gerekse Şîî ekolleri arasında hukukî istikrarı sağlama yönünde sürekli bir gayretin olduğunu ve devlet adamlarının da desteğiyle çeşitli düzenlemelerin yapıldığını göstermesi bakımından önemlidir.

⁷⁸⁴ Kallek, *İslâm İktisat Düşüncesi Tarihi*, s: 203

⁷⁸⁵ Kallek, *Kerekî maddesi*, s: 280

⁷⁸⁶ Kallek, *İslâm İktisat Düşüncesi Tarihi*, s: 205–206

⁷⁸⁷ Cengiz Kallek, *Kerekî maddesi*, DİA, 25/280

2- Tunus'ta Kanunlaştırma Faaliyetleri

Osmanlı Devleti'ne bağlı bir eyalet olarak yönetilen Tunus'ta 1705–1735 ile 1756–1957 yılları arasında yönetimde bulunan ve Türk asıllı bir aile olan Hüseyinî'lerin⁷⁸⁸ özellikle 1800'lü yıllardan itibaren Tunus'un modernleşmesi yolunda önemli icraatları olmuştur. Hüseyinî ailesinin en önemli şahsiyetlerinden biri olan ve 1860 yılında yönetimde bulunan Muhammed (Mehmed) Sâdık Bey zamanında Tunus'ta hukukî alanda pek çok reform yapılmıştır. Osmanlı Devleti'ndeki Tanzimat ve Islahat Fermanları'nın bir örneği de Tunus'ta meydana getirilmiş,⁷⁸⁹ büyük ölçüde yabancı devletlerin özellikle de Fransa'nın etkisiyle yabancılara hukukî ve ticarî bazı haklar ve imtiyazlar veren *Ahd-ı Emân* 10 Eylül 1857 tarihinde kabul edilmiştir. Fransızların “*Le Pacte Fondamental*” adını verdikleri ve içeriği itibariyle Gülhâne-i Hattı Hümayunu'na benzeyen bu fermanla yer alan kimi taahhütlerin yerine getirilmesi amacıyla Tunus'un ilk anayasası hükmünde olan “*Kanûnu'd-Devle*” hazırlanmış ve 26 Nisan 1861 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁷⁹⁰ Bu kanunun ortaya çıkmasında yabancı devletlerin baskıları büyük oranda etkili olmuştur.⁷⁹¹ *Kanûnu'd-Devle*'yi, Osmanlı'daki *Metni Metin*'in yarım kalan bir çalışma olmasını dikkate aldığımızda İslâm dünyasındaki ilk anayasa girişimi olarak kabul etmek mümkündür.

1861 yılında ise tatbik dayanağını bu anayasadan alan ve İslâm dünyasında ilk defa ahvâl-i şahsiyye ile ceza hukukunun bir kısım konularını içeren *Mecelletü'l-Cinâyât ve'l-Ahkâm el-Örfiyye* adlı kanun çalışması yürürlüğe girmiştir.⁷⁹² Tunus ahvâl-i şahsiyyesini ve devlete karşı işlenen bir takım suçları düzenlemek amacıyla hazırlanan ve 664 maddeden müteşekkil bu kanunun en önemli özelliği eklektik bir metodun kullanılarak Hanefî ve Mâlikî mezheplerinden istifade yoluna gidilmesidir.⁷⁹³ XII. yy.dan itibaren Mâlikî mezhebinin Tunus'da hemen hemen tek mezhep konumunda olmasına karşılık Tunus'un Osmanlı yönetimine geçmesinden

⁷⁸⁸ Atilla Çetin, *Hüseyinîler maddesi*, DİA, 19/26

⁷⁸⁹ Osmanlı Tanzimat döneminin Ortadoğu ülkelerindeki hukuk çalışmalarına (gerek Osmanlı dönemi gerekse Osmanlı sonrası) etkisi konusunda detaylı bilgi için bkz: Iris Agmon, *Recording Procedures and Legal Culture in the Late Ottoman Sharia Court of Jaffa*, Islamic Law and Society, 11/3, 2004, s: 333–334

⁷⁹⁰ Çetin, *Hüseyinîler maddesi*, s: 27

⁷⁹¹ Yakup Mahmutoğlu, *19. ve 20. Yüzyılda Tunus'ta Pozitif Hukukun Gelişmesi*, Y.Lisans Tezi, MÜ Ortadoğu ve İslâm Ülkeleri Enstitüsü, İstanbul, 1999, s: 118–120/125

⁷⁹² Mahmutoğlu, *19. ve 20. Yüzyılda Tunus'ta Pozitif Hukukun Gelişmesi*, s: 122

⁷⁹³ Subhi Mahmesâni, *İslâm Hukukunun Tedvini II*, çev: İ.Kâfi Dönmez, MÜİFD, sayı: 4, 1986, s: 362

sonra Hanefilik de özellikle yönetici tabakada ciddi bir yekûn tutmuş, bu durum yapılacak bir takım kanun çalışmalarında iki mezhepten de istifadeyi gerekli kılmıştır. Diğer bir ifadeyle halk tabakası dikkate alınarak Mâlikî mezhebi, daha ziyade Türklerden müteşekkil idarî tabaka dikkate alınarak da Hanefî mezhebi esaslarına göre bir düzenleme yapılmıştır. Böylece tüm ülkede hukukî birlikteliği sağlayacak tek bir kanun meydana getirilmiştir. Bu düzenleme ülkenin çok kısa bir süre sonra 12 Mayıs 1881’de Fransız hâkimiyetine girmesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.⁷⁹⁴

1864’te yine Sâdık Bey’in emriyle Fransız Ticaret Kanunu örnek alınarak 237 maddelik *Tunus Ticaret Kanunu* hazırlanmıştır. Ancak bu kanun, kamuoyunun tepkileri sonucu tatbik imkânını bulamamıştır.⁷⁹⁵

Eklektik bir metotla hazırlanan ve borçlar hukukunu içeren *Mecelletü’l-İltizâmât ve’l-ukûd* ise 1906 yılında yürürlüğe girmiştir.⁷⁹⁶

3- Mısır’da Kanunlaştırma Faaliyetleri

Yavuz Sultan Selim’in 1517’de Osmanlı topraklarına kattığı Mısır bölgesi idarî açıdan beylerbeylik olarak tanzim edilmiş, bölgenin idaresi ilk başlarda Memlûk ileri gelenleri tarafından daha sonraları ise İstanbul’dan gönderilen valiler tarafından sağlanmıştır. 1798’de Fransızların doğudaki çıkarlarını İngilizlere karşı koruma gerekçesiyle Mısır’ı işgal etmesiyle Mısır tarihinde yeni bir dönem açılmış, üç yıl süren bu dönem Osmanlıların İngilizlerin desteğiyle Fransızları Akkâ’da yenmesiyle son bulmuştur.⁷⁹⁷ Mısır bölgesinde yapılan kanun çalışmalarını, Mısır’ın siyasî durumunu dikkate alarak iki ana başlık altında toplamak mümkündür.

a- Mehmed Ali Paşa’nın Kanunlaştırma Faaliyetleri

Fransızlara karşı verdiği büyük mücadele ile Mısır tarihinde önemli bir yere sahip olan Kavalalı Mehmed Ali Paşa (1770–1849), idaresi altındaki Mısır’ı yeni baştan imar etmeye çalışmış ve bu amaçla askerî, idarî, siyasî ve hukukî pek çok düzenleme yapmıştır. Mehmed Ali Paşa’nın hukukî alanda meydana getirdiği iki

⁷⁹⁴ Mahmutoğlu, 19. ve 20. Yüzyılda Tunus’ta Pozitif Hukukun Gelişmesi, s: 124–126

⁷⁹⁵ Mahmutoğlu, 19. ve 20. Yüzyılda Tunus’ta Pozitif Hukukun Gelişmesi, s: 123–124

⁷⁹⁶ Mahmutoğlu, 19. ve 20. Yüzyılda Tunus’ta Pozitif Hukukun Gelişmesi, s: 125

⁷⁹⁷ Hilal Görgün, *Mısır maddesi*, DİA, 29/569

kanun düzenlemesi, o güne kadar İslâm dünyasında modern kanun tekniğine göre yapılan ilk düzenlemeler olması açısından önem arz etmektedir.

1829 tarihli *Genel Ceza Kanunnâmesi* ve 1830 tarihli *Ziraata Mûteallik Ceza Kanunnâmesi* Mehmed Ali Paşa'nın yapmış olduğu kanun düzenlemelerinin belli başlılarındandır. *Genel Ceza Kanunu* cinayet, yol kesme (hirabe), kalpazanlık, devlete isyan, hırsızlık ve zimmete para geçirme suçlarını kapsarken 55 maddeden oluşan *Ziraat Kanunu (The Code of Agriculture)* ise kırsal yaşama ilişkin kuralları kapsamaktadır.⁷⁹⁸

Mehmed Ali Paşa'nın, Osmanlı'dan yarı-bağımsızlığını kazanmasından sonra yaptığı ilk iş ülke ekonomisinin belkemiğini oluşturan ziraata özellikle de pamuk üretimine önem vermesi olmuştur. Mısır'da pamuk üretimindeki artışın, askerî ve siyasî alandaki reformların motoru olacağını fark eden Mehmed Ali Paşa, toprakların verimli bir şekilde ekilip biçilmesini amaçlayan bir düzenleme yapılmasını istemiş, hazırlanan ceza kanunları da bu amaç doğrultusunda meydana getirilmiştir.⁷⁹⁹ Osmanlı kanunnâme geleneğine uygun bir tarzda kaleme alınan bu ceza kanunları sistem olarak ise 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun etkisi altında kalmıştır.

Fransız Ceza Kanunu'nun XIX. yy.ın ilk modern ceza kanunu olması pek çok ülkenin ceza kanununu etkilemiş, aynı durum Osmanlı'nın Tanzimat döneminde hazırladığı ceza kanunu için de geçerli olmuştur. Mehmed Ali Paşa döneminde hazırlanan bu ceza kanunlarında, suçlar ve cezalar açık olarak belirtilmiştir. Bu yönüyle de Osmanlı ceza kanunlarından ayrılmaktadır. Suçun cezalandırılmasında ise suçluya fizikî bir ceza vermek yerine, suçun durumuna göre değişmekle birlikte suçluların askerlik, kamu işleri ve pamuk tarlalarında çalıştırılması gibi bedenî cezalar tercih edilmiştir. Bunun da muhtemel sebebi Mısır'da çalışacak veya askerlik yapacak erkek sayısının azlığıdır.⁸⁰⁰ Mehmed Ali Paşa, Osmanlıdan ayrı yeni bir idarî sistem kurmaya çalıştığından, yöneticilerin ve vergi tahsildarlarının halka

⁷⁹⁸ Rudolph Peters, *Islamic and Secular Criminal Law in Nineteenth Century Egypt: The Role and the Function of Qadi*, *Islamic Law and Society*, sayı: 4/1, 1997, s: 73

⁷⁹⁹ Gabriel Baer, *Tanzimat in Egypt- The Penal Code*, *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, cilt: 26, sayı: 1, 1963, s: 29-30

⁸⁰⁰ Khaled Fahmy, *The Nation and Its Deserters: Conscription in Mehmed Ali's Egypt*, *International Review of Social History*, sayı: 43, 1998, s: 422

zulmetmesinin önüne geçmeye çalışmış, bu şekilde davranan devlet memurlarını ise hapis cezasıyla cezalandırmıştır.⁸⁰¹

Mehmet Ali Paşa'nın bu iki kanun düzenlemesinin dışında 1830–1844 yılları arasında çıkardığı çok sayıda kanun düzenlemesi olduğu da görülmektedir. Ancak bunlar bir hukuk sahasını bütünüyle tanzim etmekten ziyade idarî konularla ilgili düzenlemeleri kapsayan ve parça parça olan çalışmalar şeklindedir. Bu düzenlemelere de genel bir ad olarak “*Code of Administration- Qanun al-Siyasatnameh*” veya “*Code of Civil Administration- Qanun al-Siyasa al-Mulkiyya*” adı verilmektedir.⁸⁰² Mehmed Ali Paşa'nın bütün bu kanun düzenlemeleri yeni baştan kurmaya çalıştığı Mısır'da merkezî idareyi güçlendirmeye yönelik çalışmalar kapsamındadır.

b- Muhammed Kadri Paşa'nın Kanunlaştırma Faaliyetleri

Muhammed Kadri Paşa (1821–1888) Mısır'da yaptığı kanun çalışmaları ile İslâm hukuk tarihinde derin izler bırakmış bir hukukçudur. Esasen, Kadri Paşa eğitimini hukuk üzerine değil, yabancı diller (Fransızca) üzerine almasına rağmen meydana getirdiği kanun düzenlemelerinden dolayı hukukçu olarak bilinmektedir. Gerek İslâm dünyasında gerekse Osmanlı Devleti'nde yabancı diller bölümü (Medresetü'l-Elsun-Tercüme Odası veya Dairesi) özellikle Batı kanunlarının tercümesinde önemli bir rol oynamıştır.⁸⁰³ Mısır'da Mehmed Ali Paşa zamanında başlayan batılılaşma çalışmalarının devamı olarak Hidiv İsmail Paşa döneminde de belli başlı Fransız kanunları Fransızcadan Arapçaya tercüme edilmeye başlanmış *Fransız Ceza Kanunu'nun* tercümesi işi de Muhammed Kadri Paşa'ya verilmiştir. Kadri Paşa bu görevinin yanı sıra *Fransız Medeni Kanunu'nun* tercümesinde de Rifaa Bey'e yardımcı olmuştur. Bu çalışmalar neticesinde kendisinde oluşan batı hukuk nosyonunun İslâm hukukuyla uyuşan yönlerini göstermek ve yapılan bu çalışmalara halk nezdinde meşru bir zemin oluşturmak düşüncesiyle *Tatbîku mâ*

⁸⁰¹ Rudolph Peters, “For His Correction and as a Deterrent Example for Others” *Mehmet Ali's First Criminal Legislation (1829–1830)*, *Islamic Law and Society*, sayı: 6/2, 1999, s: 164–192

⁸⁰² Peters, *Islamic and Secular Criminal Law in Nineteenth Century Egypt*, s: 73–74

⁸⁰³ Dil okulları veya tercüme odası sadece batı kanunlarının tercümesinde aktif bir rol oynamamış aynı zamanda bilginin sekülerleşmesini de sağlamışlardır. Daha detaylı bilgi için bkz: Ejder Okumuş, Ahmet Cihan, Mustafa Avcı, *Osmanlı Devletinde Eğitim, Hukuk ve Modernleşme*, İstanbul, 2006, s: 312

vücade fi'l-kânûni'l-medenî mutâbıkan li mezhebi Ebi Hanîfe adlı eserini kaleme almıştır.⁸⁰⁴

Muhammed Kadri Paşa'nın İslâm hukuk tarihinde önem arzeden başlıca üç çalışması bulunmaktadır. Bunlar; *el-Ahkâmü's-şerıyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye alâ mezhebi'l-imâm ebî Hanîfe*, *Mürşidü'l-hayrân ilâ marifeti ahvâli'l-insân fi'l-muâmelâti's-şerıyye alâ mezhebi'l-imâm Ebî Hanîfe en-Numân* ve *Kânûnü'l-adli ve'l-insâf fi'l-kazâi alâ müşkilâti'l-evkâf* adlı çalışmalardır. Şimdi bunları açıklamaya çalışalım.

aa- el-Ahkâmü's-şerıyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye

Ahvâl-i şahsiyye konularının Hanevî mezhebi esas alınarak hazırlandığı bir eser konumunda olan *el-Ahkâmü's-şerıyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye alâ mezhebi'l-imâm ebî Hanîfe*, iki bölüm ve beş kitap halinde 647 maddeden müteşekkildir. Birinci bölüm (cüz) aile ve kısmen şahıs hukukunu, ikinci bölüm (cüz) miras hukukunu içermektedir. Maddeler kısa olmakla birlikte hükümlerde teferruata kaçılmıştır.⁸⁰⁵ *el-Ahkâmü's-şerıyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye*'nin İslâm dünyası için önemi, medeni kanun konularının şekil açısından bir bütün halinde batılı hukuk sistematigine uygun olarak ele alındığı ilk çalışmalardan biri olmasıdır.⁸⁰⁶ 1875 yılında Mısır'da basılan eser yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte mahkemelerde başvuru kaynağı olarak kullanılmış ve daha sonra ortaya çıkan İslâm dünyasındaki kanunlaştırma hareketlerine de örneklik etmiştir.⁸⁰⁷

Gerek *el-Ahkâmü's-şerıyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye*'nin gerekse *Mürşidü'l-Hayrân*'ın muhtemelen yürürlüğe girmemesi, İslâm hukukunda hükümdarların “kanun koyucu” olmaktan ziyade “kanunu uygulayan” konumunda kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Muhafazakâr ulemanın tepkisinden çekinen Hidiv

⁸⁰⁴ Aydın, *Muhammed Kadri Paşa maddesi*, s: 546

⁸⁰⁵ Muhammed Kadri Paşa, *el-Ahkâmü's-şerıyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye alâ mezhebi'l-imâm ebî Hanîfe*, by, 1909

⁸⁰⁶ İslâm hukuk tarihinde ahvâl-i şahsiyye konularını kapsayan ilk çalışma Muhammed Kadri Paşa'nın *el-Ahkâmü's-şerıyye*'si(1875) olarak bilinmektedir. Ancak, Tunus'ta meydana getirilen *Mecelletü'l-cinâyât ve'l-ahkâm el-örfiyye*(1861) adlı kanun düzenlemesi, ahvâl-i şahsiyye konularının ilk defa ele alındığı bir çalışmadır. Daha detaylı bilgi için bkz: Mahmutoğlu, 19. ve 20. Yüzyılda Tunus'ta Pozitif Hukukun Gelişmesi, s: 122

⁸⁰⁷ Aydın, *Muhammed Kadri Paşa maddesi*, s: 546, Abdüssamet Bakkaloğlu, *Kanunlaştırma Hareketinin Öncülerinden Muhammed Kadri Paşa (1821–1888): Hayatı ve Eserleri*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005, s: 55–68

İsmail Paşa da hazırlanmasını emrettiği bu çalışmaları resmen kanun olarak yürürlüğe koymamıştır.⁸⁰⁸

bb- Mürşidü'l-Hayrân

Osmanlı Devleti'nde medeni kanun hazırlanması sırasında *Code Civil*'in tercümesi ve iktibası ile ilgili tartışmaların bir benzerini de Mısır'da görmek mümkündür.⁸⁰⁹ Hidiv İsmail Paşa, Osmanlı'da hazırlanan *Mecelle*'nin bir benzerinin Mısır için de yapılmasını arzu etmiş ve bu konuda gerekli çalışmaları yapmasını Adalet Bakanı (*vezîrû 'l-hakkâniyye*) Kadri Paşa'dan istemiştir. *el-Ahkâmü 'ş-şeriyye fi 'l-ahvâli 'ş-şahsiyye*'nin hazırlanmasında daha ziyade hukukî sebepler etkili olmuşken, *Mürşidü'l-Hayrân*'ın hazırlanmasında siyasî sebepler etkili olmuştur. Diğer bir ifadeyle, siyasî açıdan bağımsızlığını kazanan Mısır'da Hidiv İsmail Paşa, Osmanlı kanunlarının ülkede uygulanmasının hukukî konularda Osmanlı'ya bağımlı olma sonucunu getireceğini düşünerek *Mecelle*'nin Mısır'da tatbikine sıcak bakmamış ve *Mecelle* türü bir çalışmanın yapılmasını istemiştir. Eşya ve borçlar hukukunu içeren *Mürşidü'l-hayrân* bu tarz bir düşüncenin ürünü olarak meydana gelmiştir.

Tam adı *Mürşidü'l-hayrân ilâ marifeti ahvâli 'l-insân fi 'l muâmelâti 'ş-şeriyye alâ mezhebi 'l-imâm Ebî Hanîfe en-Numân* olan eser, adından da anlaşılacağı üzere eşya ve borçlar hukukunun Hanefî mezhebi esaslarına göre düzenlendiği bir çalışmadır. Hanefî mezhebinin doktrin zenginliğinin İslâm dünyasındaki kanunlaştırma faaliyetlerindeki tartışılmaz üstünlüğünü bu düzenlemede de görmek mümkündür. Gerek *Mecelle*'nin gerekse *Mürşidü'l-Hayrân*'ın Hanefî doktrini esas alınarak hazırlanması sebebiyle her iki çalışmada da büyük benzerlikler bulunmaktadır. Ancak, *Mürşidü'l-Hayrân*, *Mecelle*'ye nisbetle daha soyut ve şeklen modern batı kanunlarına daha yakındır.⁸¹⁰ *Mürşidü'l-Hayrân*'ın kanun sistematığı ve tekniği anlamında *Mecelle*'den üstün olması *Mecelle*'nin bu alandaki ilk düzenleme olması sebebiyle bazı eksikliklerinin bulunması ve Muhammed Kadri Paşa'nın yabancı kanunların tercümesinde aktif bir rol oynayarak batılı hukuk nosyonuna

⁸⁰⁸ Aydın, *Muhammed Kadri Paşa maddesi*, s: 546, Bakkaloğlu, *Kanunlaştırma Hareketinin Öncülerinden Muhammed Kadri Paşa*, s: 60

⁸⁰⁹ J.N.D. Anderson, *Law as a Social Force in Islamic Culture and History*, s: 25

⁸¹⁰ M.Akif Aydın, *Mürşidü'l-Hayrân maddesi*, DİA, 32/59

aşinalık kazanması ile açıklanabilir.⁸¹¹ Eser iki ana bölümden meydana gelmiştir. Genel olarak mal (emvâl) konusunun incelendiği birinci bölümde mülkiyet sebepleri ve şüfa konuları ele alınmıştır. İkinci bölümde ise, borç ilişkileri, akitler, bey, icâre, müzâraa, müsâkât, şirket, âriye, karz, vedîa, kefâlet, havâle, vekâlet, rehin ve sulh konuları ele alınmıştır. Bu çalışma da Kadri Paşa'nın diğer çalışmaları gibi yürürlüğe girmemekle birlikte mahkemelerde başvuru kitabı olarak kullanılması ve kendisinden sonrakilere örnek olması sebebiyle İslâm hukuk tarihi için önem arz etmektedir. Eser, tutucu (muhafazakâr) çevrelerin tepkisinden çekinildiğinden dolayı Kadri Paşa'nın ölümünden sonra ilk defa 1890'da Bulak matbaasında basılmıştır. Bundan sonra pek çok baskısı yapılmakla birlikte zaman içinde madde sayısı farklılık göstermiştir. İlk baskıda 941 olan madde sayısı 1983 baskısında 1045'e, 1987 baskısında ise 1049'a çıkmıştır. Bu da muhtemelen kitabın tasnifinin baskılar arasında farklılık göstermesinden kaynaklanmaktadır.⁸¹²

cc- Kânûnü'l-adli ve'l-insâf

Tam adı *Kânûnü'l-adli ve'l-insâf fi'l-kazâi alâ müşkilâti'l-evkâf* olan eser, vakıf konusunun ayrıntılı bir şekilde ele alındığı yedi bab içinde 646 maddeden müteşekkildir.⁸¹³ Bu eser de Kadri Paşa'nın diğer çalışmaları gibi kanun olarak yürürlüğe girmemekle birlikte gerek Mısır'daki gerekse İslâm dünyasının diğer ülkelerindeki şerî mahkemelerin sıklıkla kullandığı başvuru kitabı mesabesinde olmuştur.⁸¹⁴

4- Rusya Müslümanlarının Kanunlaştırma Faaliyetleri

Osmanlı Devleti'nde meydana getirilen *Mecelle*, tüm Müslümanlar için bir umut ve örnek olmuş, Rusya Müslümanları da *Mecelle*'den aldıkları ilhamla gündelik hayata dair dinî konuların çözümü için benzeri bir faaliyette bulunmuşlardır. Bu çalışma, hayata geçmemekle birlikte dünyanın dört bir

⁸¹¹ Aydın, *Muhammed Kadri Paşa maddesi*, s: 546

⁸¹² Bakkaloğlu, *Kanunlaştırma Hareketinin Öncülerinden Muhammed Kadri Paşa*, s: 55–68, Aydın, *Mürşidü'l-Hayrân maddesi*, s: 59–60

⁸¹³ Muhammed Kadri Paşa, *Kânûnü'l-adli ve'l-insâf fi'l-kazâi alâ müşkilâti'l-evkâf*, ty., Kahire

⁸¹⁴ Konuyla ilgili bir değerlendirme için bkz: Kemal Bouzerai, *Kanunü'l-adli ve'l-insâf Adli Esere Göre Kadri Paşa Zamanında Mısır'da Vakıflar*, Y.Lisans Tezi, MÜSBE, 2003. Bu tezden haberdar olduğumuz sırada YÖK Tez dökümantasyon merkezinde yeniden yapılanmadan kaynaklanan bir nedenle tezler araştırmacıların istifadesine kapatılmıştı. Bu sebeple, tezi görüp inceleme imkânını bulamadık.

tarafındaki Müslümanların bu yöndeki istek ve çabalarını göstermesi bakımından önem arz etmektedir.

10–15 Nisan 1905’de Ufa’da toplanan Ulema Kurultayında Rusya Başmüftüsü Rızaeddin b. Fahreddin (1859–1936) kurultaya sunduğu raporda, İslâm hukukunun yeniden gözden geçirilerek fıkıh kitaplarının günün değişen şartlarına göre ele alınmasını gerektiğini ve bunu yapabilecek yetişmiş adamın sayısının da az olduğunu ifade etmiştir.⁸¹⁵ 1906 yılında kaleme aldığı *Rusya Müslümanlarının İhtiyaçları ve Onlar Hakkında İntikad* adlı eserinde ise, komisyona sunduğu görüşlerin devamı mâhiyetinde bazı görüşler ileri sürmüştür. Bu eserinde Rızaeddin b. Fahreddin; günlük hayatın sürekli bir değişim içinde olduğunu, batı toplumlarının bu değişimden dolayı her yüzyıllık zaman zarfında kanunlarında bazı ıslah ve düzeltmelerde bulunduklarını, İslâm fikhının esasını oluşturan temel metinlerin bundan yaklaşık sekiz-dokuz asır önce Bağdat, Basra, Semerkand gibi şehirlerde yazıldığını, artık bu kitapların XX. yy.ın Rusya Müslümanlarının ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kaldığını bu sebeple bu kitapların günümüz Rusya Müslümanlarının ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde yeni baştan ele alınması gerektiğini ifade etmiştir.⁸¹⁶

Rusya Türklerinde XX. yy.da ortaya çıkan cedidcilik akımına⁸¹⁷ bağlı olan Rızaeddin b. Fahreddin o güne kadar İslâm dünyasında örneklerini çok az görebileceğimiz ve zamanına göre oldukça ileri kabul edebileceğimiz bir takım fikirler açıklamaktadır. Benzer görüşleri yine cedidcilik akımına bağlı olan İsmail Gaspıralı da sahibi olduğu Tercüman gazetesinde dile getirmiştir. Gaspıralı, yazdığı yazılarda, Osmanlı örneği esas alınarak İslâm fikhının Rusya Müslümanları tarafından da kodifie edilebileceğini ifade etmekte ve Osmanlı’da Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki komisyonun hazırladığı *Mecelle* incelenerek, benzeri bir çalışmanın Rusya’da yaşayan İslâm uleması tarafından da yapılması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu görüşlere Rızaeddin b. Fahreddin sahip çıkmış ve Musa Carullah’tan bu amaca uygun bir kitap yazmasını istemiştir. Musa Carullah da Rusya

⁸¹⁵ Seyfettin Erşahin, *Rusya Türklerinin Mecelle Hazırlama Girişimleri*, Ahmet Cevdet Paşa Sempozyumu İçinde, Ankara, 1997, s: 364

⁸¹⁶ Erşahin, *Rusya Türklerinin Mecelle Hazırlama Girişimleri*, s: 364–365

⁸¹⁷ XIX. yüzyılın sonuna doğru Rusya Müslümanları arasında eğitim ve kültür alanında başlayan yenileşme hareketidir. Batı’daki aydınlanma felsefesinin İslâm dünyasına yansması ve “usûl-i cedîd” adlı eğitim hareketinin etkisiyle ortaya çıkmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz: Taha Akyol, *Cedidcilik maddesi*, DİA, 7/211–213

Müslümanlarının *Mecelle*'si olarak kabul edilecek *Kavâid-i Fıkhiyye* adlı eserini kaleme almıştır.⁸¹⁸

Çok yönlü bir İslâm âlimi olan Musa Carullah, sadece İslâm fikhını değil, Avrupa ve diğer devletlerin uygulamaya koyduğu hukuk sistemlerini de mukayeseli olarak incelemiş, yarım kalan bir hukuk tahsili geçirmiş ve kısa zamanda Rusya'da yürürlüğe giren birkaç kanun denemesini görme fırsatını bulmuştur. Bütün bunlar onda kaleme alacağı *Kavâid-i Fıkhiyye* adlı eser için bir alt yapı işlevini görmüştür.⁸¹⁹

Carullah'ın *Mecelle*'nin sistematüğini esas alarak hazırladığı *Kavâid-i Fıkhiyye*, *Mecelle*'nin ilk 100 maddesini aynen almak üzere 201 genel hukuk kuralını (kavâid-i fıkhiyye) toplamıştır. Carullah bu eserinde, yerine göre bu kaidelerin Kuran ve Sünnet'teki dayanaklarını da ortaya koymaktadır.⁸²⁰

Musa Carullah'ın 1910 yılında kaleme aldığı *Kavâid-i Fıkhiyye*, Rusya Müslümanları için bir ön hazırlık çalışması kapsamında olmuş, 1917 yılında Rusya'daki bütün Müslümanların katılımıyla gerçekleştirilen Rusya Müslümanları I. Kongresinde de İslâm hukukunun Rusya Müslümanlarının ihtiyaçları gözetilerek kodifie edilmesine karar verilmiştir. Hanefî mezhebinin esas alınacağı ancak bu mezhebin görüşlerinin yeterli olmadığı durumlarda diğer mezhep görüşlerine de yer verileceği, bunların da yeterli olmaması durumunda ilgili komisyonun içtihatla bulunacağı ve hazırlanacak kanunların mümkün mertebe Avrupa kanunlarıyla uyum içinde olmasına dikkat edileceği gibi esaslar çerçevesinde çalışmalara başlamasına karar verilen komisyon, 1917 Bolşevik ihtilali ile birlikte dağılmış ve bu girişim – maalesef- düşünce bazında kalmıştır.⁸²¹

5- Bulgaristan Müslümanlarının Kanunlaştırma Faaliyetleri

Rusya Müslümanlarının 1910 yılında Musa Carullah'a *Kavâid-i Fıkhiyye* adlı eseri hazırlatmaları ve akabinde 1917 yılında İslâm hukukunun kodifikasyonu ile ilgili bir komisyon kurma düşüncelerinin bir benzerini de 1924 yılında Bulgaristan Müslümanları arasında görmek mümkündür. Ancak, bu iki çalışma arasında şöyle bir

⁸¹⁸ Erşahin, *Rusya Türklerinin Mecelle Hazırlama Girişimleri*, s: 365

⁸¹⁹ Mehmet Görmez, *Musa Carullah Bigiyef*, Ankara, 1994, s: 60–61

⁸²⁰ Şamil Dağcı, *Musa Carullah Bigiyef'in Hukukçuluğu (Eleştirel Bir Yaklaşım)*, Musa Carullah Bigiyef Sempozyumu Bildiriler İçinde, Ankara, 2002, s: 49–50

⁸²¹ Erşahin, *Rusya Türklerinin Mecelle Hazırlama Girişimleri*, s: 365–369

fark bulunmaktadır: Rusya Müslümanları hukukun tüm alanlarını kapsayan bir faaliyette bulunma düşüncesindeyken, Bulgaristan Müslümanları sadece ahvâl-i şahsiyye konusunu ele almışlardır. Ayrıca, Rusya Müslümanlarının girişimi düşünce bazında kalmışken, Bulgaristan Müslümanlarınınki, fiiliyata geçmiş, uygulama imkânını bulmuştur.

Yaklaşık beş yüz yıl Osmanlı idaresi altında yönetilen Bulgaristan, II. Meşrutiyet'in ilanı ile birlikte ortaya çıkan kargaşa ortamından istifadeyle 5 Ekim 1908'de bağımsızlığını ilan etmiştir.⁸²² Akabinde, Bulgaristan Krallığı'nın kurulmasıyla, asırlardır o toprakların gerçek sahibi konumunda olan Müslümanlar bir anda azınlık konumuna düşmüşlerdir. Yeni kurulan devlet Osmanlı İmparatorluğu ile 19 Nisan 1909 tarihinde İstanbul'da bir protokol imzalamıştır. Bu protokole, Müslüman ahaliye eskiden olduğu gibi din ve mezhep serbestliği tanınacağı, ibadet ve tören hürriyeti sağlanacağı, Müslümanların, diğer din ve mezhep mensuplarına tanınan haklardan istifade edecekleri ve camilerde Müslümanların halifesi sıfatıyla padişah namına hutbe okumaya devam edecekleri karara bağlanmıştır. Protokole eklenen bir ek ile de, Sofya'da bir başmüftünün bulunacağı ve bu başmüftünün Bulgaristan'daki Müslümanların İslâm hukukuna dair dinî ve hukukî işleri idare edeceği karara bağlanmıştır.⁸²³

Balkan Savaşı sonunda 29 Eylül 1913'de Osmanlı İmparatorluğu ile Bulgaristan arasında *İstanbul Muahedenamesi* adıyla bilinen yeni bir antlaşma imzalanmıştır. Bu *muahede* ile 1909 yılında imzalanan *İstanbul Protokolüyle* Müslümanlara tanınan haklar pekiştirilmiş ve müftülerin durumu ile ilgili ilave düzenlemeler getirilmiştir.⁸²⁴

Birinci Dünya Savaşı sonrası 1919 yılında "*Bulgaristan Müslümanları Müessesât-ı Dinîyye İdâre ve Teşkilâtı Nizamnâmesi*" hazırlanarak yürürlüğe konmuş ve bu antlaşmadan önceki düzenlemeler ilgâ edilmiştir. Dokuz bölüm ve 189 maddeden oluşan "*Nizamnâme*", Bulgaristan Müslümanlarının dinî idarelerine

⁸²² Yusuf Halaçoğlu, *Bulgaristan maddesi*, DİA, 6/398

⁸²³ H.Mehmet Günay, *Bulgaristan Başmüftülüğü'nce Hazırlanan 1924 Tarihli Münâkehât ve Müfârekât Tâlimatnâmesi ve Bulgar Şeriye Mahkemelerinde Uygulanışı*, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, sayı: 3, 2001, s: 167

⁸²⁴ Günay, *1924 Tarihli Münâkehât ve Müfârekât Tâlimatnâmesi*, s: 168

yönelik en ayrıntılı düzenleme olup, bundan sonraki düzenlemeler için de esas ve kaynak teşkil etmiştir.⁸²⁵

1924 yılında hilafetin kaldırılmasından sonra Yeni Türkiye Cumhuriyeti ve Bulgaristan Krallığı arasında 18 Ekim 1925’de *Dostluk Anlaşması* imzalanmış ve iki devletin sınırlarına ilişkin düzenleme istisna edilerek, önceki tüm anlaşmalar geçersiz kabul edilmiştir. Buna göre Bulgaristan Müslümanlarının kendi ahvâl-i şahsiyyeleri arasına giren bütün konular, Bulgar yargı sistemi içinde kendi hallerine bırakılmıştır. Ancak Bulgaristan hükümeti 1938 yılına kadar Bulgar Müslümanlarının Şeriyye mahkemelerine dokunmamıştır. 1938 yılında şeriyye mahkemeleri kaldırılmış ancak karı koca arasındaki zevciyet (*münâkehât ve müfârekât*) davaları başmüftülüğün görev ve yetkisinde bırakılmıştır.⁸²⁶

Bulgaristan Hâriciye ve Mezâhip Nezareti Mezhepler Müdürlüğü’nün, Bulgaristan Başmüftülüğüne 17 Temmuz 1924 gün ve 1321 sayılı bir genelge göndererek, kendilerinden, evlilik, boşanma ve ayrılma esaslarını sorması ve cevabın da en geç bir ay içinde gönderilmesini istemesi üzerine Başmüftülük bir komisyon hazırlamış ve sorulan sorulara cevap mâhiyetinde *Bulgaristan Başmüftülüğü Münâkehât ve Müfârekât Talimatnâmesi*’ni kaleme almıştır. 1924 yılında hazırlanıp, 1926 yılında Bulgarca ve Osmanlıca olarak yayınlanan bu *Talimatnâme*’nin Bulgar makamlarınca resmen onaylanıp onaylanmadığı bilinmemekle birlikte, bunun Bulgaristan Başmüftülüğünün bir iç düzenlemesi olması sebebiyle buna gerek de görülmemiş olabilir.⁸²⁷

Bu çalışmanın hazırlanmasında sistem ve muhteva olarak 1917 tarihli *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi* esas alınmıştır. Bununla birlikte bazı maddelerinde Bulgaristan Müslümanlarının sosyal hayatı ve kanunlarına göre bir takım değişiklikler de yapılmıştır. On üç başlık ve 78 maddeden oluşan bu çalışma hacim itibarıyla H.A.K.’den daha küçüktür. *Talimatnâme*’nin, 1–14. maddeleri münâkehât, 15–18. maddeleri nikâhın akdi, 19–21. maddeleri kefâet (kadının erkekte arayacağı evsâf), 22–28. maddeleri nikâhın fesâd ve butlânı, 29–36. maddeleri nikâh ahkâmı, 37–38. maddeleri mehir, 39–42. maddeleri nafaka, 43–46. maddeleri müfârekât, 47–62.

⁸²⁵ Günay, 1924 Tarihli Münâkehât ve Müfârekât Tâlimatnâmesi, s: 169

⁸²⁶ Günay, 1924 Tarihli Münâkehât ve Müfârekât Tâlimatnâmesi, s: 170–171

⁸²⁷ Günay, 1924 Tarihli Münâkehât ve Müfârekât Tâlimatnâmesi, s: 172–174

maddeleri Rici ve Bâin talak, 63–70. maddeleri iddet, 71–74. maddeleri iddet bekleyen kadının nafakası ve 75–78. maddeleri de neseb konularını düzenlemiştir.⁸²⁸

Bulgaristan Başmüftülüğü'nce hazırlanan 1924 tarihli *Münâkehât ve Müfârekât Tâlimatnâmesi*, İslâm dünyasının çeşitli yerlerindeki Müslümanların sosyal hayatlarını tanzim ederken, gündelik yaşama ilişkin problemlerin hallinde İslâm hukukunu referans alarak bir takım düzenlemeler yaptıklarını göstermesi bakımından önemlidir. Ayrıca modernleşmenin en hızlı olduğu bir zamanda *H.A.K.* gibi başlı başına büyük kanun mecmualarının yanında *Münâkehât ve Müfârekât Tâlimatnâmesi* gibi kapsam itibarıyla nisbeten daha küçük çalışmaların meydana getirildiğini de göstermektedir.

F- Sömürge Döneminde Batılı Devletlerin İslâm Hukukuyla İlgili Kanun Çalışmaları

Esasen konumuzun ana temasını İslâm hukukunda kanunlaştırma olgusu ve bu yönde yapılan hukukî faaliyetler oluşturmakla birlikte sömürge döneminde ortaya çıkan gerek *Anglo-Mohammedan Law*'un gerekse *Franco-Mohammedan Law*'un konumuzla birebir ilgisi bulunmamaktadır. Çünkü her ikisi de bizzat Müslümanların yapmış olduğu bir hukukî faaliyet değildir. Ancak bu iki hukukî düzenlemenin gerek sömürge dönemi İslâm toplumunda uygulanmış olması gerekse sömürge sonrası bağımsızlığını kazanan İslâm ülkelerindeki kanun çalışmalarına etkileri dikkate alındığında bu iki konuyu da ele almanın uygun olacağını düşünüyoruz.

Her iki hukukî faaliyet de İslâm dünyasının sömürgeleştirilmesi ile ortaya çıkmıştır. Batılı devletler 1800'lü yıllardan itibaren İslâm dünyasının çeşitli bölgelerini sömürgeleştirmişler ve buralarda kendilerine çok farklı gelen bir kültür ve medeniyet ile karşılaşmışlardır. Sömürge politikalarının başarısızlığa uğramaması için bu bölge insanın antropolojik yapısını araştırmaya başlamışlardır. Nitekim oryantalizm de bu düşünce ile doğmuştur.⁸²⁹

İslâm dünyasının batılı sömürgeci güçler tarafından işgalinin hukuk alanına yansması iki türlü olmuştur. Birincisi; aşağıda örneklerini göreceğimiz şekilde yabancı hukuk sistemleri ile İslâm hukukunun mezcedildiği hukukî çalışmalar ortaya

⁸²⁸ Günay'ın, Türkçe literatürde bir ilk olan bu makalesinde *Tâlimatnâme*'nin tam metni de yer almaktadır (s: 176–196).

⁸²⁹ Edward Said, *Oryantalizm*, çev: Selahattin Ayaz, İstanbul, 1982, s: 31

çıkıştır. *Anglo-Mohammedan Law* ile *Franco- Mohammedan Law* bu grubun tipik örnekleridir. İkincisi de; özellikle 1950’li yıllardan itibaren İslâm ülkelerinin bağımsızlıklarını kazanmasını müteakip, bu ülkelerde yapılan millî (yerli) kanunlaştırma çalışmalarında, sömürge ülkelerin hukuk mantaliteleri bu çalışmalara etki etmiştir. Yaklaşık yüz yıl batılı devletlerin sömürgesi olan bu ülkeler ister istemez batılı kurumlara bir aşinalık kazanmışlar, bu da onların hukuk çalışmalarına etki etmiştir.⁸³⁰ Bu bağlamda örneğin Mısır’da yapılan kanun çalışmalarında Fransız hukuk sisteminin etkileri görülürken Kenya ve Tanzanya gibi ülkelerde ise İngiliz *Common Law*’un etkilerini⁸³¹ görmek mümkündür.

İngilizler, Hint kıtasını (Hindistan, Pakistan ve nisbeten Sudan) sömürge idaresi altında yönetmeye başladıktan sonra halkı Müslüman olan bu toplumda İslâm hukukunun uygulanmasının yönetimleri açısından tehdit olduğunu görmüşler ve İslâm-İngiliz hukuk sistemi karışımı bir hukuk sistemiyle buraları idare etmeye başlamışlardır.⁸³² Çünkü İngiliz hukukunun adalı karakteri, İngilizlerin kendi hukuklarını doğrudan bu bölgede tatbikine imkân vermemiştir.⁸³³

Bu dönem ortaya çıkan hukukî faaliyetler ahvâl-i şahsiyye konuları dışındaki hukukun diğer alanlarını kapsamıştır.⁸³⁴ Özellikle İngilizler, sömürge politikalarının genel karakteri olarak yerel halkla çatışmadan, onlarla birebir karşı karşıya gelmeden sömürge yönetimlerini sürdürmeye çalışmışlardır. Bu sebeple ahvâl-i şahsiyye konularıyla ilgili düzenlemelerin halk tabakasında kabullenilmesinin zor olacağını dikkate alarak yapılan düzenlemeler daha ziyade ticaret ve ceza hukuku konuları ile ilgili olmuştur.

1- Anglo-Mohammedan Law

Anglo- Mohammedan Law (İngiliz Tesiri Altında Oluşan İslâm Hukuku), İslâm hukukunun dışında oluşan ve amacı İslâm hukukunun teşekkül devrindeki fıkıh ilmine aykırı olarak, İslâm açısından hukuka ait belirli bir ham malzeme yığını

⁸³⁰ Talip Türkan, *Editör’den*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2006, s: 9

⁸³¹ Abdulkadir Hashim, *Muslim Personal Law in Kenya and Tanzania: Tradition and Innovation*, Journal of Muslim Minority Affairs, cilt: 25, sayı: 3, 2005, s: 449–450

⁸³² Anver M. Emon, *Conceiving Islamic Law in a Pluralist Society: History, Politics and Multicultural Jurisprudence*, Singapore Journal of Legal Studies, 2006, s: 348

⁸³³ Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri*, s: 556

⁸³⁴ Fikret Karcic, *Applying the Shariah in Modern Societies: Main Developments and Issues*, Islamic Studies, cilt: 40, sayı: 2, 2001, s: 213

değerlendirmek olmayıp, modern İngiliz hukuk ilminden mülhem olarak, müstakil hukuk prensiplerini tatbik etmek şeklinde tarif edilebilir.⁸³⁵

Hindistan'ın sömürgeleştirilmesi ile birlikte hukuk alanında yapılan ilk düzenleme ilk İngiliz sömürge valisi olan Warren Hastings'in⁸³⁶ (1732–1818) 1772 tarihli “*Hastings Planı*”dır. Esasen bu plan sadece hukuk alanında getirilen bir takım düzenlemeleri kapsamamakta daha genel bir ifadeyle İngiliz sömürge idaresine, sömürge konusunda daha başarılı olmak için bazı tavsiyeleri içermektedir. Bu plana göre, İngilizler, Hint kıtasını demografik ve sosyo-kültürel durumlarına ve dinî inançların çeşitliliğine göre birkaç parçaya ayırmalı, her bölgenin başına ayrı bir idareci atamalı bu arada da her grubun dinî ve etnik özelliklerini çok iyi bir şekilde inceleyerek mümkün merteye halkın tepkisini çekmeyecek idarî ve hukukî düzenlemeleri yapmalıdırlar.⁸³⁷

Oryantalist çalışmaların belirli bir mesafe kat etmesiyle birlikte temel fıkıh metinleri batı dillerine tercüme edilmiştir. Örneğin, Hindistan'da halk arasındaki en yaygın fıkıh metinlerinden olan *el-Hidaye* Charles Hamilton tarafından İngilizce'ye çevrilmiş,⁸³⁸ *el-Fetâva's-sirâciyye* de William Jones tarafından İngilizce'ye çevrilmiştir.⁸³⁹ *Hastings Planı* doğrultusunda yapılan bu çeviri faaliyetleri neticesinde İngilizler, sömürgeleştirdikleri halkın hukukî düşüncesini öğrenme imkânını bulmuşlardır.⁸⁴⁰ Aynı şekilde bu plan çerçevesinde Hint Müslümanları arasında uygulanmak amacıyla yeni bir hukuk sisteminin inşâsına karar verilmiş ve bu amaçla “*Hindistan Yasama Konseyi*” adında bir birim oluşturulmuştur. Bu birimin çalışmaları sonucunda oluşan hukuk sistemine de *Anglo-Mohammedan Hukuk Sistemi* adı verilmektedir. Komisyonun yaptığı çalışmalara göre İngiliz-Hindistan'ında, 1843'de kölelik kaldırılmış, 1859'da Medeni Kanun hazırlanmış, 1860'da da İslâm ceza hukukuyla ilgili düzenlemeler yapılmıştır. 1875'e kadar hukukun aile hukuku dışındaki bütün alanlarını düzenleyen bir yasama faaliyeti,

⁸³⁵ Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, s: 104

⁸³⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Warren_Hastings

⁸³⁷ Shahnaz Huda, *Anglo-Mohammedan and Anglo-Hindu Law: Revisiting Colonial Codification*, Bangladesh Journal of Law, cilt: 7, sayı: 1–2, 2003, s: 2–3

⁸³⁸ Yakov Meron, *Marghinani, His Method and His Legacy*, Islamic Law and Society, 9/3, 2002, s: 410

⁸³⁹ Michael R. Anderson, *Islamic Law and the Colonial Encounter in British India*, Women Living Under Muslim Laws (WLUM), June, 1996, s: 13

⁸⁴⁰ Emon, *Conceiving Islamic Law in a Pluralist Society: History, Politics and Multicultural Jurisprudence*, s: 340

İngiliz-Hindistan'ın da yürürlüğe konmuştur.⁸⁴¹ İngilizlerin bu konuda belirli bir mesafe kat etmeleri ile birlikte daha sonraları aile hukuku alanında da bazı düzenlemeler yapılmıştır. Aile hukuku alanındaki düzenlemelerin en bilineni 1907 yılında çıkarılan *Marriage of Mohammedans Ordinance*'dir.⁸⁴²

İşte bütün bu düzenlemeler *Anglo-Mohammedan Law* hukuk sistemini oluşturmaktadır. Umumî hukuk tarihinde *Anglo-Mohammedan Law*, kanunlaştırma çeşitlerinden zorla benimsetme (*imposition*) kapsamında değerlendirilmektedir.⁸⁴³

2- Franco- Mohammedan Law

Sömürge dönemi İslâm hukuku çalışmalarının bir diğer örneği *Franco-Mohammedan Law*'dur. Bu da *Anglo-Mohammedan Law* gibi batılıların İslâm dünyasını sömürgeleştirmeleriyle ortaya çıkmış bir hukuk sistemidir ve umumî hukuk tarihinde zorla benimsetme (*imposition*) kapsamında değerlendirilmektedir. *Anglo-Mohammedan Law* hukuk sistemi, İngilizlerin İslâm dünyasıyla tanışmalarından sonra ortaya çıkmışken, *Franco-Mohammedan Law*'un temelleri Endülüs zamanına kadar gitmektedir. Antik Roma hukukunun en yaygın biçimde tatbik edildiği Fransa'nın, asırlarca İslâm hukukunun hâkim olduğu Endülüs'e coğrafi açıdan en yakın Avrupa ülkelerinden biri olması, bu etkileşimin tarihi sürecinin de çok eski zamanlara kadar uzandığını ortaya koymaktadır.⁸⁴⁴ Ancak *Franco-Mohammedan Law*'un başlı başına bir hukuk sistemi olarak ortaya çıkması Fransızların Kuzey Afrika bölgesini sömürgeleştirmelerinden sonradır. Burada İngilizler ile Fransızların sömürge politikalarının farklılığından kaynaklanan bir durumu da belirtmek istiyoruz. İngilizler sömürge politikalarını pasif müdahale diyebileceğimiz bir esas üzerine inşa etmişlerdir. Buna göre, sömürgeleştirilen bölgenin sistem ve kanunlarına doğrudan müdahalede bulunmaksızın ve halkın nefretini çekmekten uzak durmaya çalışarak idarî ve siyasî bazı tasarruflarda bulunmuşlardır. Bu manada olmak üzere, sömürgeleştirdikleri bölgelerin hukuk sistemlerine doğrudan müdahalede bulunmayıp bu hukuk sistemlerini kendi hukuk sistemleri ile mezc etme yoluna gitmişlerdir. Ancak Fransızlar sömürge idaresinde

⁸⁴¹ Anderson, *Islamic Law and the Colonial Encounter in British India*, s: 7–8

⁸⁴² <http://www.law.emory.edu/ifl/legal/ghana.htm>

⁸⁴³ Kocourek, *Factors In the Reception of Law*, s: 211

⁸⁴⁴ Ekinci, *İslâm Hukuku Tarihi*, s: 145–146, Şafak, *İslâm Hukukunun Tedvini*, s: 135

çok daha baskıcı ve müdahil bir yol izlemişlerdir.⁸⁴⁵ Bu farklılık, ortaya çıkan hukukî çalışmalara da yansımıştır. Bu dönemde *Franco-Mohammedan Law* kapsamında yapılan iki çalışma dikkatimizi çekmektedir.

a- Code Tunisien des Obligations et des Contrats

1574’de Osmanlı idaresine geçen Tunus, işişlerinde bağımsız bir eyalet olarak 1880 yılına kadar Tunus Beyleri tarafından yönetilmiştir. Beylerin siyasî nüfuzları zayıflayınca, batılı devletlerin sömürge listesinde yerini almış ve İngilizler tarafından işgal edilmiştir. Sömürge paylaşımından yeterli payı almadığını iddia eden Fransızlar, Kuzey Afrika’yı sömürgeleştirme politikaları kapsamında, İngilizlerin Kıbrıs’ı almalarına göz yummuşlar, karşılığında da 12 Mayıs 1881 tarihinde Tunus’un idaresini İngilizlerden devralmışlardır.⁸⁴⁶

İşgalleri altındaki Tunus’a yeni bir kimlik kazandırmak isteyen Fransızlar hukuk sistemini yeniden düzenlemek amacıyla, İspanyol asıllı İslâm Tarihçisi David Santillana’yı⁸⁴⁷ (1855–1931) “*Tunus İçin Medeni Kanun ve Ticaret Kanunnâmesi*” hazırlamak üzere Tunus’a davet etmişlerdir. Literatürde “*Code Satillana of 1899*” olarak geçen bu yasa, İslâm ve Roma hukukunun sentezi olarak hazırlanmıştır. Bu yasa taslağının, borçlar ve akitler ile ilgili kısmı 15 Aralık 1906 da *Tunus Borçlar ve Akitler Kanunu* (*Code Tunisien des Obligations et des Contrats*) olarak yürürlüğe girmiştir.⁸⁴⁸

⁸⁴⁵ Salih Tuğ, *İslâm Ülkelerinde Anayasa Hareketleri*, İstanbul, 1969, s: 77

⁸⁴⁶ <http://en.wikipedia.org/wiki/Tunisia>

⁸⁴⁷ Çalışmamız süresince edindiğimiz kaynaklarda gerek Santillana gerekse kanun taslağı hakkında çok az bilgi bulabildik. Bulduğumuz bilgiler de daha ziyade birbirinin tekrarı mahiyetinde olan eksik bilgiler şeklindeydi. Örneğin, Santillana kimi kaynaklarda İtalyan hukukçu, kimi kaynaklarda ise Fransız hukukçu olarak tanıtılmaktaydı. Ancak, Tunus doğumlu olmasını ve Fransızlar tarafından görevlendirilmesini dikkate alarak İspanyol asıllı Fransız vatandaşı olabileceği bilgisini gerçeğe en yakın bilgi olarak kabul ettik. Yine bu tasarı hakkında derli toplu bilgi ihtiva eden hiçbir kaynağa rastlayamadık. Literatür taramamızda sürekli olarak karşımıza çıkan David Santillana’nın Mâlikî fıkhi üzerine kaleme aldığı *Instituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*(*Müslüman Malikilerde Hukuk Kurumları*) adlı iki ciltlik eseri olup literatürde bu taslağın kendisinin veya bu taslağı konu edinen çalışmaların olmaması oldukça dikkat çekicidir.

⁸⁴⁸ Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, s: 115–116, Nallino, *İslâm Hukuku*, s: 561, Şafak, *İslâm Hukukunun Tedvini*, s: 126, Oussama Arabi, *Orienting The Gaze: Morand and The Codification of Le Droit Musulman Algerian*, Journal of Islamic Studies, cilt: 11, sayı: 1, 2000, s: 43, Schacht, *Problems of Modern Islamic Codification*, s: 123

b- Avant-project de Code du Droit Musulman Algerian

Fransız hukukçu Marcel Morand'ın (1863–1932) Fransız sömürge idaresinin isteği üzerine Cezayir bölgesinde geçerli olmak üzere hazırladığı ve 781 maddeden müteşekkil bir kanun taslağıdır. *Code Morand*, tasarı düzeyinde kalmasına ve hiçbir zaman yürürlüğe girmemesine rağmen pratikteki kullanımı açısından önem arz etmektedir.⁸⁴⁹

22 Mart 1905 tarihinde Cezayir bölgesi için bir kanun taslağı hazırlamak üzere Cezayir genel valisi Jonnart başkanlığında bir komisyon kurulmuştur. Bu komisyon hukukçu Morand'ı konuyla ilgili bir rapor hazırlamakla görevlendirmiş, Morand da “*Etudes de Droit Musulman Algerian*” adlı raporunu 1914 yılında tamamlayarak komisyona sunmuştur. Morand raporunda, ahvâl-i şahsiyye, miras ve mal konularını içeren bir yasama faaliyetinde bulunulmasını komisyona tavsiye etmiştir. Morand'ın hem 1910 yılında kurulan Cezayir Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanı olarak görev yapması hem de oryantalizm konusunda bilgi sahibi olması, komisyonun kendisini görevlendirmesinde etkili olmuştur.⁸⁵⁰

Morand'ın hazırladığı *Avant-project de Code du Droit Musulman Algerian* (Cezayir Müslüman Hukuku Kanunnâmesi Taslağı) temelde Mâlikî fihhına göre düzenlenmekle birlikte, Muhammed Kadri Paşa'nın *el-Ahkâmü 'ş-şeriyye fi 'l-ahvâliş-şahsiyye*'si ile *Mecelle*'nin de örnek olarak alındığı bir çalışma şeklindedir. Bu tasarıda sadece Mâlikî mezhebiyle yetinilmemiş eklektik bir metotla diğer mezheplerden de istifade yoluna gidilmiştir. Tasarı esasen Fransızların 1900'lü yıllardan itibaren değişen sömürge politikalarının hukuka yansıyan bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. İslâm hukukunun Cezayir toplumu üzerindeki etki ve fonksiyonunun farkına varan Fransızlar, Fransız içtihat hukuku ve hukukî teamüllerinin İslâm hukukuyla sentezi şeklinde bir çalışmanın işlerine yarayacağını düşünmüşler ve bu amaca matuf böyle bir düzenleme yapmışlardır. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz gibi aynı çalışmayı Tunus bölgesi için, David Santillana'ya yaptırmışlardır. Tasarı, ağırlıklı olarak ahvâl-i şahsiyye konularını kapsayan bir eser

⁸⁴⁹ David S. Powers, *Orientalism, Colonialism, and Legal History: The Attack on Muslim Family Endowments in Algeria and India*, Comparative Studies in Society and History, cilt: 3, sayı: 3, 1989, s: 550–551

⁸⁵⁰ Arabi, *Orienting The Gaze: Morand and The Codification of Le Droit Musulman Algerian*, s: 53–54

olup, Santillana'nın çalışması ile birlikte Arap topraklarında, yabancılar tarafından hazırlanan iki kanun tasarısından biridir.

Morand'ın bu tasarısı, 1930'lu yıllardan sonra Arap dünyasında yapılan hukuki düzenlemelere de örnek olmuş ve bu tarihten sonra yapılan kanunlaştırmalarda sistem açısından dikkate alınmıştır.⁸⁵¹

II. HUKUKUN İSLÂMİLEŞTİRİLMESİ FAALİYETLERİ

A- Genel Olarak Hukukun İslâmileştirilmesi

Osmanlı Devleti'nin 1850'li yıllardan itibaren dünya siyasî arenasında gücünü kaybetmesiyle birlikte, İslâm dünyasının dört bir tarafı batılı devletler tarafından işgale ve sömürüye uğramıştır. Bu sömürge faaliyetleri özellikle I. Dünya Savaşı'ndan sonra hız kazanmış, stratejik önemi olan boğazların ve petrol kaynaklarının paylaşımı konusunda mücadeleler kızışmıştır. 1920'li yıllara kadar Ortadoğu, Arap yarımadası ve Afrika kıtasının hemen tamamı batılı devletlerin işgali altına girmiştir.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yeniden şekillenen dünya düzeninde batılı devletler bazı esaslar çerçevesinde sömürgeleştirdikleri topraklardan çıkmaya başlamışlardır. Bu kimi zaman tek taraflı çekilme ile kimi zaman da uzun süren bağımsızlık mücadeleleri sonunda olmuştur. Örneğin; 13 Eylül 1882'de İngiliz işgal kuvvetleri Mısır'ı ele geçirmiş ve bu işgal fiili olarak 28 Şubat 1922'ye kadar sürmüştür. Ancak İngiliz işgalinin resmen sona ermesi 1952 yılındaki Hür Subaylar İhtilaliyledir. Mısır'ın bağımsızlığını kazanmasında bir mücadeleden ziyade, İngilizlerin tek taraflı olarak Mısır topraklarından çıkması söz konusudur.⁸⁵² Diğer taraftan 1840'lı yıllarda Fransızlar tarafından işgal edilen Cezayir ise bağımsızlığını kazanmak için büyük mücadeleler vermiş ve 1960'lı yıllara kadar insanlık tarihinde görülmemiş bir vahşete sahne olmuştur.⁸⁵³

İslâm dini, bu ülkelerin bağımsızlık mücadelelerinde çok önemli millî bir simge ve birleştirici bir rol oynamıştır. Çoğunluğu Müslüman olan halklar farklı siyasî

⁸⁵¹ Arabi, *Orienting The Gaze: Morand and The Codification of Le Droit Musulman Algerian*, s: 43–72

⁸⁵² Görgün, *Mısır maddesi*, s: 572–573

⁸⁵³ Davut Dursun, *Cezayir maddesi*, DİA, 7/489–491

görüşlere sahip olsalar da bağımsızlık mücadelelerinde İslâm ortak paydasında bir araya gelmişlerdir.

İslâmizasyon diğer bir ifadeyle hukukun İslâmileştirilmesi veya yasamanın İslâmî kurallara göre yapılması faaliyeti de bağımsızlık sonrası İslâm ülkelerinde görülen bir hukuk hareketidir.⁸⁵⁴ Din unsurunun bağımsızlık mücadelesinde çok önemli bir yere sahip olması sebebiyle sömürge sonrası kurulan yönetimler yapacakları icraatlarda “İslâm”ı dikkate almak zorunda kalmışlardır. Bağımsızlıklarını kazanan ülkeler ilk iş olarak devleti yeniden yapılandırma çalışmaları kapsamında bir takım kanun düzenlemelerine girişmişlerdir. Yeni kurulan bu yönetimler kimi zaman halka şirin gözükmek amacıyla kimi zaman da halkın muhalefetinden çekindikleri için hazırlanan kanunlarda İslâmî hassasiyetleri ön plana çıkarmışlardır. Ancak –istisnasız- bütün çalışmalar sorunlara kalıcı, kökten çözümler getirmekten uzak, genelde günü kurtarmaya ve halkın dinî ve millî hislerini tatmine yönelik, entelektüel ve felsefî derinliği bulunmayan ve belki de en önemlisi hayatın ve hukukun tüm alanlarını kapsamaktan oldukça uzak çalışmalar olmaktan öteye gidememiştir. Nitekim yapılan düzenlemeler daha ziyade evlenme, boşanma vb. gibi aile hukuku ile sınırlı kalmıştır.

Kanaatimizce *İslâmizasyon* çalışmalarının en büyük handikabı, konunun sadece hukukî bir takım düzenlemeler şeklinde ele alınmasıdır. Sömürge sonrası kurulan yönetimler “*İslâmleşme*” kavramını, halka, adeta her türlü soruna anında ve kökten çözümler getiren sihirli bir değnek olarak takdim etmişler ve bu manada halkın gereksiz bir beklentiye girmesine sebep olmuşlardır. Çünkü konunun sadece hukukî yönü değil siyasî, sosyal ve ekonomik yönleri de bulunmaktadır. Yeni kurulan bu yönetimlerin halka eşitlik vaat ederken gelir adaletsizliğini ortadan kaldıracak ekonomik atılımları yapamamaları, hukukî istikrarı vaat ederken kendi içlerinde sürekli askerî darbelerle siyasî istikrarsızlığa neden olmaları halk nezdinde itibarlarının sarsılmalarına neden olmuştur. Bu da yapılan kanun düzenlemelerinin halk tabakasında meşruiyet kazanmasını engellemiştir.⁸⁵⁵

⁸⁵⁴ Mohamed Wassel, *The Islamic Law, Its Application As It Was Revealed in The Quran and Its Adaptability to Cultural Change*, Hamdard Islamicus, cilt: 6, sayı: 1, 1983, s: 53

⁸⁵⁵ Werner F. Menski, *Günümüz Güney Asya Müslüman Hukuku: Bir Tanıtım*, çev: Ahmet Hamdi Furat, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005, s: 32

Diğer taraftan bu dönem yapılan çalışmalar, sömürge döneminden kalma kanun maddelerine birkaç fırça darbesiyle rötuş yapmaktan öteye geçememiştir. Ayrıca İslâm dünyasının zengin petrol yataklarına sahip olması ve dünyanın en önemli geçiş yolları üzerinde bulunması, büyük küresel güçlerin İslâm dünyasını kendi hallerine bırakmamalarına neden olmuştur. Batılı sömürge valileri geri çekilirken yerlerini kendi taraftarlarına bırakmışlar ve İslâm dünyasını kontrol altında tutmaya devam etmişlerdir. Bu sebeple “*hukukun İslâmileştirilmesi*” faaliyeti bir anlamda halkta bu yönetimlere karşı oluşacak nefretin engellenmesine ve herhangi bir reaksiyona yol açmamasına yönelik düzenlemeler şeklinde ortaya çıkmıştır. Hukukun İslâmileştirilmesi çabaları diğer taraftan iktidarda olan yönetimlerin yaptığı hukuk dışı uygulamaların kamufle edilmesini de sağlamıştır. Hatta bu yönüyle, yapılan bu çalışmaların bir kısmı adeta şeriatın içinin boşaltıldığı, şeklen şeriata muvafık ama sonuçları itibariyle İslâmî hassasiyetle uzaktan yakından ilgisi olmayan faaliyetlerdir.

Arap-İsrail Savaşı ile İslâm dünyasında zirveye ulaşan Arap milliyetçiliği (*şuubiyye*) de “*Hukukun İslâmlaşması*” çalışmalarını derinden etkilemiştir.⁸⁵⁶ Konunun milliyetçilik yönü dikkate alınmadan yapılacak değerlendirmeler sağlıklı olmayacaktır. Ancak bu değerlendirmeleri yaparken, 1940’lı yılların milliyetçiliği ile İslâmcılığın arasındaki ince çizgiye de azami dikkat etmek gerekmektedir. Fikir babalığını Michel Aflaq, George Habash gibi Beyrut Hristiyanlarının yaptığı bu akım⁸⁵⁷ temelde Osmanlı Devletinin Ortadoğu’dan çekilmesini ve Arapların kendi içlerinde bir yönetim kurmalarını savunmuştur. Zaman içinde bu düşünce Arap aydınları arasında ciddi bir taraftar bulmuş, İslâmcı dediğimiz pek çok kişiyi de derinden etkilemiştir. Bu çelişki herhalde Osmanlı’nın son dönemlerindeki İslâmcı olarak bildiğimiz pek çok kişinin İttihat ve Terakki hareketini desteklemesine benzemektedir. Arap milliyetçiliğinin, sömürge yönetimlerine karşı verdikleri bağımsızlık mücadelesinde etkili olmaları da daha sonra yapılan kanun çalışmalarında milliyetçilik akımının dikkate alınmasını gerektirmiştir. Örneğin; Mısır Medeni Kanunu’nun hazırlanmasında görev alan ve milliyetçi pek çok organizasyonda aktif rol oynayan Senhurî, hazırlanacak kanunların *İslâmlaşmasından* ziyade “*Mısırhlaştırılmasının*” önemini belirten ifadeler

⁸⁵⁶ Zafar Ihsaq Ansar, *Contemporary Islam and Nationalism a Case Study Egypt*, Die Welt des Islams, cilt: 7, sayı: 1/4, 1961, s: 20–21

⁸⁵⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Arab_nationalism

kullanmıştır.⁸⁵⁸ Ancak bu ırkçılık anlamında bir milliyetçilikten ziyade, Mısır'ın bağımsızlığı yolunda atılan bir adım olarak kültür milliyetçiliği şeklindedir.

İslâm dünyası -yüzyılların getirdiği engin hoşgörü ile- içinde çok farklı dinî ve etnik unsurların barındığı bir coğrafyadır. Bu sebeple hazırlanacak kanun düzenlemelerinde ülke içindeki çok farklı dinî ve etnik grupların dikkate alınması gerekmektedir. Ancak, bu dönem yapılan çalışmalarda İslâm dünyasının kendine has bu yönü hemen hemen hiç dikkate alınmamıştır. Örneğin; Senhûrî'nin hazırladığı ve 1953 yılında yürürlüğe giren Irak Medeni Kanunu dışında⁸⁵⁹ hiçbir Arap ülkesinde Şiîlerin durumu dikkate alınmamış, düzenlemeler hep Sünniler ekseninde yapılmıştır. Nüfusun çoğunluğunu oluşturmaları sebebiyle Sünnilerin ağırlığının olması tabii olmakla birlikte Şiîlerin de bu coğrafyanın bir unsuru olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Aynı şekilde Arap dünyasında aile hukuku ile ilgili en kapsamlı çalışma olan *Suriye Aile Kanunu*'nda Müslüman Suriye vatandaşları ile ilgili düzenlemelere yer verilmiş, Hristiyan ve Yahudilerle ilgili düzenlemelere bu kanunda yer verilmemiştir.⁸⁶⁰

Çalışmamız süresince yaptığımız literatür taramasında dikkatimizi çeken bir noktayı da vurgulamak istiyoruz. Özellikle batılılar tarafından yapılan çalışmalarda “*hukukun İslâmileştirilmesi*” kapsamında verilen kimi örneklerin konuyla doğrudan ilgisi bulunmamaktadır. Örneğin, bazı kanun tasarılarında çok eşliliğe izin verilmesi veya evlenme yaşı ile ilgili bazı düzenlemeler “*Yasamada İslâmî Hassasiyetin Gösterilmesi*” ve “*Hukukun İslâmileştirilmesi*” olarak takdim edilmektedir. Hâlbuki bu tarz düzenlemelerde halkın İslâmî hassasiyetlerinden ziyade örfen yerleşmiş kimi durumlar dikkate alınmıştır. Yüzyıllarca İslâm hukukunun tek hukuk sistemi olarak uygulandığı bu bölgede hukuk örf ile karışık bir şekilde toplumun günlük hayatına sirayet etmiş, tek eşlilik vb. konularda radikal düzenlemeler getirmek toplumun tepkisini çekeceğinden bazı durumlarda İslâm hukukuna da ters olmayan –uygun olan demiyoruz- düzenlemeler getirilmiştir. Bu tip düzenlemeleri başlı başına yeni bir hukukî düzenlemeden ziyade “*hukukî devamlılık*” olarak değerlendirmek gerekmektedir. Ancak, Batı'daki İslâm hukuk literatürüne bu konular, *hukukun*

⁸⁵⁸ Murteza Bedir, *Abdürrezzak Ahmed es-Senhûrî*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005, s: 444-445

⁸⁵⁹ <http://www.aals.org/am2004/Islamiclaw/familylaw.htm>

⁸⁶⁰ Abdüssamet Bakkaloğlu, *Suriye'de Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Bunlar Üzerinde Osmanlı Tesirleri*, MÜSBE, Doktora Tezi, 2001, s: 21-22

İslâmlaşması veya *İslâmileştirilmesi* olarak geçmiştir. Yukarıda Arap milliyetçiliğinin “*Hukukun İslâmileştirilmesi*” konusuyla ilgisini ifade ederken milliyetçilik akımının Arap dünyasındaki etkisinden söz etmiştik. Batı dünyasında kaleme alınan “*Hukukun İslâmileştirilmesi*” ile ilgili değerlendirmelerde konu çok yüzeysel ele alınmıştır. Örneğin; Arap milliyetçiliğinin önde gelen devlet adamlarından Cemâl Abdünnâsır zamanında yapılan kanun çalışmalarında İslâm hukukuna da aykırı olmayan kimi düzenlemeler, *İslâmizasyon* kavramı altında ele alınmıştır. Hâlbuki Cemâl Abdünnâsır tam anlamıyla ne sosyalist ne de İslâmcı olarak nitelendirilemeyecek pragmatist bir Arap milliyetçisidir.⁸⁶¹

Ayrıca, Batı dünyasında “*İslâmization of Law*” (Hukukun İslâmileştirilmesi) kavramı altında ele alınan konular adeta birbirinin tekrarı mâhiyetinde belirli üç beş konudan öteye de geçememiştir.⁸⁶² Sömürge sonrası yapılan çalışmaların hukukun bütün alanlarını kapsamaktan yoksun sınırlı birkaç alanda yapılan düzenlemeler olmasının bunda etkisi olmakla birlikte yine de bu durum batılıların konuyu bu şekilde ele almasını mazur göstermeye yeterli değildir. Buna göre batı literatüründe *hukukun İslâmlaşması* kavramı altında incelenen konular genelde, çok eşlilik, 18 yaşından küçük genç kızların evlendirilmesi,⁸⁶³ dede yetimi,⁸⁶⁴ Kuran’ın hukuk kaynağı sıralamasında yer alıp- almaması ve hadd cezaları⁸⁶⁵ gibi sınırlı birkaç konudan ibarettir.

B- Hukukun İslâmileştirilmesi Faaliyetleri

Bu dönem yapılan kanun çalışmalarını devlet tarafından meydana getirilen kanun düzenlemeleri ve münferit çalışmalar şeklinde iki kategoride değerlendirmek

⁸⁶¹ Davut Dursun, *Cemal Abdünnâsır maddesi*, DİA, 7/296–301

⁸⁶² George N. Sfeir, *The Place of Islamic Law in Modern Arab Legal Systems A Brief for Researchers and Reference Librarians*, International Journal of Legal Information, cilt: 28/1, 2000, s: 118

⁸⁶³ Burada aslında tek tek örneklerini sıralamaktan ziyade batıda yapılan İslâmizasyon çalışmalarına örnek olması sebebiyle J.N.D. Anderson’un çalışmaları zikredilebilir. Nitekim Anderson’un uzmanlık alanı daha ziyade son dönem İslâm ülkelerinde yapılan hukukî faaliyetlerdir. Onun, *The Role of Personal Status in Social Development in Islamic Countries*, Comparative Studies in Society and History, cilt: 13, sayı: 1, 1971, s: 16–31 adlı makalesi İslâm ülkelerindeki hukuk çalışmalarına bakışını göstermesi açısından önemlidir. Anderson’un çalışmaları ve düşünceleri, Batı dünyasında tartışmasız kabul görmüş bir anlamda kendisinden sonraki çalışmalar bu düşünceleri tekrardan öteye gidememiştir.

⁸⁶⁴ Lucy Carroll, *Orphaned Grandchildren in Islamic Law of Succession: Reform and Islamization in Pakistan*, Islamic Law and Society, 5/3, 1998, s: 409–447

⁸⁶⁵ Rudolph Peters, *Islamization of Criminal Law: A Comparative Analysis*, Die Welt des Islams, cilt: 34, sayı: 2, 1994, s: 246–274

mümkündür. Birinci grupta yer alan devlet düzeyindeki çalışmaların büyük çoğunluğunda İslâmî hassasiyet bulunmamaktadır. Hazırlanan anayasaların besmele ile başlaması veya devletin rejimini belirten “...İslâm Cumhuriyeti” gibi tanımlamalar veya yasamanın aslî kaynağının İslâm hukuku olduğu şeklindeki ifadeler bir kenara bırakılırsa bu anlamda ortaya çıkan “*Hukukun İslâmlaşması*” ürünü bir kanun çalışması yoktur.⁸⁶⁶ Ayrıca, bağımsızlık sonrası yapılan kimi çalışmalarda İslâm hukuku dikkate alınmış olmakla birlikte bunlar zaman içinde mülgâ hale gelmiş, iktidara gelen yeni yönetimler farklı bir takım düzenlemeler yapmışlardır. Özellikle Baasçılık akımının İslâm dünyasındaki yönetici eliti oluşturmamasından sonra yapılan hukukî çalışmalarda hiçbir şekilde İslâm hukukuna yer verilmemiştir. Hukukun toplumu değiştirme ve dönüştürmedeki gücünü fark eden bu yönetimler hukukun bu özelliğinden olabildiğince çok yararlanma yoluna gitmişler ve Marksist-Leninist politikalarını (Baasçılık adı altında) hukuk yoluyla topluma benimsetmeye çalışmışlardır. Bu da doğal olarak İslâm hukukunun dikkate alınmamasına yol açmıştır. İkinci grupta yer alan çalışmalar ise konuya vakıf ve İslâmî hassasiyeti olan kişiler tarafından hazırlanan ancak devletin resmî kanun metni olarak yürürlüğe girmeyen çalışmalardır. Konu bütünlüğünün sağlanması mülahazasıyla bu iki kategoriyi ayrı ayrı ele alacağız.

1- İslâm Ülkeleri Tarafından Yapılan Çalışmalar

İslâm ülkelerinde yapılan kanun çalışmaları içinde önem arz edenler genelde Mısır, Irak, Suriye, Ürdün, Fas ve Tunus kanun çalışmaları olarak kabul edilmektedir. Çünkü bu ülkelerde yapılan kanun çalışmaları diğer İslâm ülkelerine de örnek olmuştur. Esasen bugünkü anlamda bir İslâm dünyası 1950’li yıllarda bulunmamaktaydı. Günümüzde İslâm Konferansı Örgütüne üye elli sekiz İslâm ülkesi bulunmaktadır.⁸⁶⁷ Ancak üye ülkelerin büyük çoğunluğu 1970’li yıllardan sonra bir devlet olarak ortaya çıkmışlardır. Örneğin; Katar, Kuveyt, Bahreyn gibi Körfez ülkeleri 1970’li yıllardan sonra dünya siyaset sahnesine çıkmış olup İslâm

⁸⁶⁶ Katıfı’ye göre Mısır, Suriye ve Irak’ta kabul edilen Medeni Kanunlarda hâkim olan ana fikir, İslâm hukukunun hükümleriyle batılı kanunlardan müteşekkil ahenkli bir karışım meydana getirmektir. Fakat her üç medeni kanunun da birinci maddesi, İsviçre Medeni Kanunun birinci maddesinden alınmıştır. Aralarındaki tek büyük fark, Arap Medeni Kanunlarında İslâm hukukunun üçüncü sırada yardımcı bir kaynak olarak yer almış olmasıdır. A.H.Katıfı, *Doğu Arap Dünyasında Hukukî Modernleşmenin Birkaç Yönü*, çev: Münir Koştas, AÜİFD, cilt: 27, 1985, s: 330–331

⁸⁶⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Organisation_of_the_Islamic_Conference

dünyası içinde – şu an var olan petrol zenginliklerini bir kenara koyarsak- tarihî ve kültürel anlamda bir ağırlıkları olmayan ülkelerdir. Nüfuslarının büyük çoğunluğunun Müslüman olması sebebiyle doğal olarak yapılan kanun düzenlemelerinde İslâm hukukuna ait izler bulunmakla birlikte bunlar daha ziyade yukarıda belirttiğimiz ülkelerin kanun çalışmalarının örnek alındığı düzenlemeler şeklinde ortaya çıkmıştır. Ayrıca bu ülkelerin büyük çoğunluğunun “Müslüman-Arap” olmaları, yapılan çalışmaların da genelde aynı kültür iklimine ait olmasına ve esasta büyük farklılıklar arz etmemesine yol açmıştır.

Osmanlı Devleti’nin İslâm dünyasının en güçlü devleti olarak altı asırdan fazla bir süre İslâm hukukunu uygulaması, bu hukuku da Hanefî doktrinine göre şekillendirmesi sebebiyle Hanefî mezhebi çok uzun asırlar yaşamaya esas olmuştur. 1950’li yıllardan sonra İslâm dünyasında yapılan kanun çalışmalarında ise Mâlikî mezhebi ön plana çıkmıştır. Özellikle aile hukuku ile ilgili düzenlemelerde bölgede yaygınlığı sebebiyle Mâlikîlik en çok istifade edilen mezhep konumundadır.⁸⁶⁸ Şimdi kısaca İslâm ülkelerinde yasamanın İslâmî esaslara göre yapıldığı kanun çalışmalarını açıklamaya gayret edelim.

a- Mısır

Mısır’da yapılan kanun düzenlemelerinde İslâm hukuku, Roma hukuku ve Napoleon kodunun izleri bulunmaktadır.⁸⁶⁹ Ancak Fransız etkisi daha ağırlıklı olmuştur.⁸⁷⁰ Bunun da muhtemel sebebi, İngiliz hukuk sisteminde, hukukun tüm alanlarını kapsayan bir kanunlaştırma faaliyeti ortaya çıkmamışken Fransız hukuk sisteminde Code Civil gibi başlı başına bir kanunlaştırmanın meydana gelmesidir. Ayrıca Fransa’nın Akdeniz ülkeleri havzasında yer alması sebebiyle, gelenek itibarıyla Mısır, Suriye, Tunus gibi ülkelere İngiltere’ye oranla daha yakın olması, sömürge sonrası ortaya çıkan hukuk çalışmalarında Fransız hukuk sisteminin daha ağır basmasına yol açmıştır.⁸⁷¹

⁸⁶⁸ J.N.D. Anderson, *The Significance of Islamic Law in the World Today*, The American Journal of Comparative Law, sayı: 9, 1960, s: 193

⁸⁶⁹ http://en.wikipedia.org/wiki/Egyptian_Judicial_System

⁸⁷⁰ J.N.D. Anderson, *Law as a Social Force in Islamic Culture and History*, s: 32

⁸⁷¹ Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri*, s: 559

Mısır'da modern dönem kanun düzenlemeleri 1920'li yıllarda başlamaktadır.⁸⁷² 1920 ve 1929 yıllarında aile kanunu ile ilgili iki düzenleme yapılmıştır.⁸⁷³ 1920 yılındaki kanun düzenlemelerinde komisyon başkanlığını yapan Muhammed Mustafa el-Merâgi, Kanunu'nun İslâm hukuku ilkelerine göre hazırlanmasına azami gayret göstermiş, örneğin; Mısır mevzuatındaki boşanmaya dair hükümlerin tadil edilerek üç talakın bir talak olarak kabul edilmesi ve torunun dedeye mirasçı olmasına imkân tanıyan düzenlemeler onun gayretleriyle kanunda yer almıştır.⁸⁷⁴ 1936 yılında ise yeni bir komisyon kurulmuştur.⁸⁷⁵ Bu komisyon, hukukun belirli alanları ile ilgili kanun çalışmalarına başlamış ve 1943 yılında *Miras Kanunu*, 1946'da *Vakıflar Kanunu* ve yine 1946'da *Vasiyet Kanunu* çalışmalarını tamamlamıştır.⁸⁷⁶ 1948 yılında da son dönemin önde gelen İslâm hukukçularından, Kahire Hukuk Fakültesi eski dekanı ve Danıştay başkanı Abdürrezzak es- Senhûrî ile Lille Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanı Edouard Lambert'in başkanlığındaki bir komisyon tarafından *Mısır Medeni Kanunu* hazırlanmıştır.⁸⁷⁷ Bu kanun Avrupa kanunları ile Mısır mahkeme içtihatlarının karışımı niteliğinde olmakla birlikte, kanun boşluklarının doldurulmasında hâkimlerin İslâm hukukuna müracaat edebilecekleri ilkesini getirmiştir.⁸⁷⁸ Mısır'da yapılan kanun çalışmaları hemen bütün Arap ülkelerine örnek olmuştur. Bunda Senhûrî'nin etkisi olmakla birlikte Mısır'da hukuk alanında yapılan çalışmaların Mehmed Ali Paşa zamanına kadar giden bir tarihî sürecinin bulunması ve Mısır'da bu alanda belirli bir tarihsel birikimin olmasının da çok önemli payı bulunmaktadır.⁸⁷⁹

⁸⁷² J.N.D. Anderson, *Recent Reforms in the Islamic Law of Inheritance*, International and Comparative Law Quarterly, cilt: 14, 1965, s: 352

⁸⁷³ Muhammad al-Faruque, *Sources on Islamic Family Law: An Introductory Essay*, Canadian Law Libraries, cilt: 22, sayı: 2, 1997, s: 52

⁸⁷⁴ Ali Cuma, *Muhammed Mustafa Meraği maddesi*, DİA, 29/164

⁸⁷⁵ Muhammed Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-şahsiyye*, Kahire, ts, s: 17

⁸⁷⁶ J.N.D. Anderson, *Law Reform in the Middle East*, International Affairs, cilt: 32, sayı: 1, 1956, s: 47

⁸⁷⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Egyptian_Civil_Code, http://en.wikipedia.org/wiki/Abdel-Razzak_Al-Sanhuri, Mahmasânî, *el-Evdâü't-teşriyye fi'd-düveli'l-arabiyye* s: 260–261

⁸⁷⁸ Soliman Morcos- Wadie Farag, *Yeni Mısır Medeni Kanunu*, çev: Coşkun Üçok, AÜHFD, cilt: 10, sayı: 1–4, 1953, s: 742–754, Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri*, s: 578, Enid Hill, *Mukayeseli Hukuk Bilimi, Modern Bir Kanunlaştırma Biliminin Gelişmesinde Bir Kaynak Olarak İslâm Hukuku*, Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslâm Hukuku, s: 208

⁸⁷⁹ Gamal Moursi Badr, *The New Egyptian Civil Code and the Unification of the Laws of Arab Countries*, Tulane Law Review, sayı: 30, 1955, s: 301–302

b- Irak

İngiliz manda idaresinin son yıllarında 1933'te Irak hükümeti yeni bir medeni kanun hazırlanması yönünde bazı faaliyetlerde bulunmuş fakat muhalefetten yükselen itirazlar bu çabaların neticelenmesini engellemiştir.⁸⁸⁰ Daha sonra 1936 yılında aralarında Bağdat Hukuk Fakültesi dekanı Senhûrî'nin de bulunduğu bir komisyon yeni medeni kanunu hazırlamakla görevlendirilmiştir.⁸⁸¹ Bu komisyonun çalışmaları buyu' konularını içeren bir taslak hazırlamaktan öteye gidememiş ve siyasî sebeplerle komisyon çalışmalarına ara vermiştir. 1943 yılında komisyon yeniden toplanmış ve medeni kanun çalışmalarına başlamıştır.⁸⁸² Bu zaman zarfında Senhûrî, Mısır hükümetinin davetiyle Mısır'a gitmiş ve orada medeni kanun çalışmalarında bulunmuştur. Senhûrî, yeni bir medeni kanunun hazırlanması amacıyla Irak hükümetinin davetiyle tekrar Irak'a dönmüş ve hükümete ortada hazır bir çalışma olan *Mısır Medeni Kanunu*'nun alınması ve zaman kaybedilmemesi yönünde bir teklifte bulunmuş ancak Irak hükümeti, Mısır Kanunları'nın Irak coğrafyası için yeterli olamayacağı mülahazasıyla bu teklife sıcak bakmamıştır.⁸⁸³ Şiîlerin Irak nüfusu içindeki azımsanmayacak oranı muhtemelen hükümetin Senhûrî'nin bu teklifini benimsememesine sebep olmuştur.⁸⁸⁴ Irak hükümeti hazırlanacak medeni kanunun toplum içinde geniş kabulünü sağlamak için hem Sünnileri hem de Şiîleri kucaklayan bir kanun olmasını istemiş ve komisyon bu doğrultuda çalışmalarına başlamıştır.⁸⁸⁵

Üç yıl süren bir hazırlıktan sonra *Medeni Kanun* 4 Haziran 1951 tarihinde tamamlanmış ve 9 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁸⁸⁶

Yeni *Irak Medeni Kanunu*, üç bölüm halinde 177 maddeden oluşmaktadır.⁸⁸⁷ Kanun, *Mısır Medeni Kanunu*'nun sistematigi esas alınarak hazırlanmıştır. Ancak Mısır'ın batı ile yakın temasının Irak'a göre daha erken bir tarihte başlaması ve

⁸⁸⁰ Ragıp Öz, 20. yy.da Irak Medeni Hukukunun Gelişimi, MÜ. Ortadoğu ve İslâm Ülkeleri Enstitüsü, Y.Lisans Tezi, İstanbul, 2001, s: 54

⁸⁸¹ Zuhair E. Jwaideh, *The New Civil Code of Iraq*, George Washington Law Review, cilt: 22, 1953–54, s: 176

⁸⁸² Mahmasânî, *el-Evdâü 't-teşriyye fi 'd-düveli 'l-arabiyye*, s: 375

⁸⁸³ Jwaideh, *The New Civil Code of Iraq*, s: 179

⁸⁸⁴ Öz, 20. yy.da Irak Medeni Hukukunun Gelişimi, s: 55

⁸⁸⁵ Anderson, *Recent Reforms in the Islamic Law of Inheritance*, s: 355

⁸⁸⁶ Mahmasânî, *el-Evdâü 't-teşriyye fi 'd-düveli 'l-arabiyye*, s: 376

⁸⁸⁷ J.N.D. Anderson, *A Draft Code of Personal Law for Iraq*, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, cilt: 15, sayı: 1, 1953, s: 44

Mısır'da batılı manada kanun çalışmalarının çok daha önceleri yapılması sebebiyle *Mısır Medeni Kanunu*'nda İslâm hukukunun etkisi daha az olmuş buna karşılık batılı hukuk sistemlerinin etkisi daha fazla görülmüştür. Ayrıca Irak'ın, Hanefî mezhebinin membaı konumunda olması fikhî birikimin Mısır'a oranla daha fazla bulunmasına sebep olmuş bu da kanun çalışmalarında Mısır'a oranla İslâm hukukuna daha fazla yer verilmesine⁸⁸⁸ neden olmuştur.⁸⁸⁹ *Mecelle*'nin Mısır'da uygulanmamasına rağmen Irak'ta uygulanması da medeni kanununda İslâm hukukunun dikkate alınmasının bir diğer sebebidir.⁸⁹⁰ Nitekim borçlar hukuku ile ilgili düzenlemeler temelde *Mecelle*'nin 1091–1112. maddeleri ile *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 168–189. maddelerine göre yapılmıştır.⁸⁹¹

Ancak yukarıda İslâm ülkelerindeki kanun çalışmalarının genel karakteristiğini belirtirken ifade ettiğimiz gibi, İslâm hukuku, hukukun tüm alanlarında değil daha ziyade aile hukuku gibi sınırlı birkaç alanda dikkate alınmıştır. Aynı durum Irak'ta yapılan çalışmalar için de geçerlidir. Irak hukuk sistemi esas itibarıyla seküler bir hukuk sistemidir ve aile ile vakıf alanları dışında hukukun bütün alanlarında (anayasa, idare ve ceza başta olmak üzere) sosyalist zihniyet hâkim konumdadır.⁸⁹²

c- Suriye

1946 yılında bağımsızlığını kazanan Suriye ilk olarak bir devletin bağımsızlığının göstergelerinden olan kanun çalışmalarına başlamış ve 1949 yılında *Suriye Medeni Kanunu*'nu kabul etmiştir. *Mısır Medeni Kanunu*'nun iktibasıyla hazırlanan bu kanunla yürürlükte bulunan *Mecelle* ilgâ olmuş ve Suriye'de yeni bir dönem başlamıştır. Suriye'deki kanun çalışmaları arasında önem arz eden ise 17 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren ve 308 maddeden oluşan *Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*'dur (SLPS).⁸⁹³ Muhammed Ali et-Tantâvî başkanlığındaki bir komisyon tarafından hazırlanan bu kanun ile 1917 tarihli *H.A.K.* yürürlükten

⁸⁸⁸ Velidedeoğlu, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri*, s: 583

⁸⁸⁹ Literatürde Irak Medeni Kanunu'nun İslâmî kimliğinin diğer Arap kanunlarına göre nisbeten daha fazla olduğu şeklinde bilgiler bulunmakta ise de, Katîfî'ye göre kanunun uygulanmaya başlandığı tarihten makalesini yazdığı tarih olan yedi yıllık zaman zarfında Temyiz Mahkemesi sadece iki olayda İslâm hukukuna müracaat etmiştir. Katîfî, *Doğu Arap Dünyasında Hukukî Modernleşmenin Birkaç Yönü*, s: 332

⁸⁹⁰ Öz, 20. yy.da Irak Medeni Hukukunun Gelişimi, s: 60–61

⁸⁹¹ Jwaideh, *The New Civil Code of Iraq*, s: 184

⁸⁹² Öz, 20. yy.da Irak Medeni Hukukunun Gelişimi, s: 102–103

⁸⁹³ J.N.D. Anderson, *The Syrian Law of Personal Status*, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, cilt: 17, sayı: 1, 1955, s: 34

kaldırılmıştır. Bu kanunun İslâm hukuku açısından önemi, 305. maddede belirtildiği üzere hâkime kanun boşluklarını doldurmada Hanefî mezhebinin râcih görüşlerine müracaat imkânının verilmesi ve İslâm dünyasında ahvâl-i şahsiyye konularının bir bütün halinde ele alındığı ilk çalışma olmasıdır.⁸⁹⁴ Ayrıca Kanun Hanefî mezhebini esas almakla⁸⁹⁵ birlikte gerekli görüldüğünde hâkime diğer mezheplerden de istifade imkânını tanıması açısından orijinallik arz etmektedir.⁸⁹⁶

Tarihsel süreçte ortaya çıkan kanunlaştırma faaliyetlerinde aile hukuku ile ilgili düzenlemelerin genel olarak en son sırada yapılan düzenlemeler olduğunu, bunun da toplumun muhtemel talep ve beklentilerinden kaynaklandığını⁸⁹⁷ ifade etmiştik. Ayrıca aile hukukunun diğer alanlara göre daha muhafazakâr bir yapıda olması hukukî düzenlemelerde aile hukukunun son sırada yer almasının bir diğer sebebidir. Nitekim İslâm dünyasında XX. yy.ın başında yapılan pek çok kanun çalışmasında aile hukuku, yabancı hukuk sistemlerinin en az etkide bulundukları alan olmuştur. Aynı durum *Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu* için de geçerlidir. Suriye hukuk sistemindeki yoğun Fransız etkisine rağmen bu kanun, dinî ve millî karakteri itibariyle yabancı unsurların etkisinin en az düzeyde olduğu bir kanun çalışması görünümündedir.⁸⁹⁸

d- Ürdün

Ürdün’de Osmanlı sonrası yapılan kanun çalışmaları daha ziyade aile hukuku alanında olmuştur. Bunlar; 1927 tarihli *Hukuk-ı Aile (Nikâh ve İftirâk) Kanunu*, 1947 tarihli 26 sayılı *Hukuk-ı Aile Kanunu*, 1951 tarihli 92 sayılı *Hukuk-ı Aile Kanunu* ve 1976 tarihli 61 sayılı *Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*’dur.⁸⁹⁹ 1927 tarihli aile hukukuyla ilgili kanunun pek çok hukuk tarihçisi tarafından bilinmemesi sebebiyle H.A.K.’nin 1951 yılına kadar Ürdün’de yürürlükte olduğu şeklinde yanlış bir kanaat

⁸⁹⁴ Muhammed Kadri Paşa’ya ait *el-Ahkâmü’ş-şeriyeye*’nin tasarı düzeyinde kalması, H.A.K.’nin de bazı konuları içermemesi sebebiyle, İslâm hukukuna dayalı olarak aile hukuku ile ilgili konuların tamamını içeren ilk kanun, 1953 tarihli *Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*’dur. Bakkaloğlu, *Kanunlaştırma Hareketinin Öncülerinden Muhammed Kadri Paşa*, s: 59, Bakkaloğlu, *Suriye’de Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler*, s: 21

⁸⁹⁵ Anderson, *The Syrian Law of Personal Status*, s: 42

⁸⁹⁶ Bakkaloğlu, *Suriye’de Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler*, s: 21–22

⁸⁹⁷ Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s: 134

⁸⁹⁸ Bakkaloğlu, *Suriye’de Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler*, s: 33

⁸⁹⁹ Lynn Welchman, *The Development of Islamic Family Law in the Legal System of Jordan*, *International and Comparative Law Quarterly*, cilt: 37, 1988, s: 870–871

bulunmaktadır.⁹⁰⁰ Hâlbuki H.A.K. 1927 tarihli *Nikâh ve İftirâk Kanunu* ile fiilen, 1951 tarihli 92 sayılı *Hukuk-ı Aile Kanunu* ile de resmen yürürlükten kaldırılmıştır.⁹⁰¹ Ayrıca, 1927 tarihli *Nikâh ve İftirâk Kanunu*'nun büyük ölçüde H.A.K.'ne dayanması ve bu iki kanun arasındaki benzerlikler hukuk tarihçilerini yanılgıya düşüren en önemli sebeptir.⁹⁰²

Ürdün'ün 1947 yılında tam bağımsızlığını kazanmasından sonra meydana getirilen kanun çalışmaları arasında en önemli olanı 1951 tarihli *Ürdün Aile Kanunu'dur* (JLFR). Osmanlı sonrası bağımsızlıklarını kazanan Arap devletleri içinde aile hukuku ile ilgili ilk düzenlemeyi yapan ülke Ürdün'dür. Bu da muhtemelen daha önce yapılan 1927 tarihli düzenlemenin bu konuda bir tecrübe meydana getirmesinden kaynaklanmaktadır. Bu kanun, diğer Arap ülkelerinde hazırlanan aile kanunlarına göre çok daha muhafazakâr bir yapıdadır. Bunun da sebebi, *Mısır ve Suriye Medeni Kanunları*'ndaki yoğun batı etkisine karşın, *Ürdün Aile Kanunu*'nun daha ziyade 1951 tarihli *Irak Medeni Kanunu* ile *Mecelle*'nin etkisi altında kalmasıdır. 1951 tarihli *Ürdün Aile Kanunu*, 1976'da yürürlüğe giren *Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu* (JLPS) ile yürürlükten kaldırılmıştır.⁹⁰³

e- Fas

1956 yılında Fransızlardan bağımsızlığını kazanan Fas'ta yeni hükümetin ilk icraatı yürürlükte bulunan Berberî gelenek hukukuna dayanan yasaları kaldırarak, 1957–1958'de Mâlikî fikhının temel metinlerinden *Müdevve*'nin esas alındığı bir aile kanunu düzenlenmek olmuştur.⁹⁰⁴ Fas'ta yapılan kanun çalışmalarında tartışmasız en önemli isim hukuk fakültesi öğretim üyesi Allal el- Fâsî'dir.⁹⁰⁵ *Makâsidü's-şerîa* adlı eserini kaleme alış gerekçesinde, İslâm dünyasının sorunlarının çözümünde fikhin

⁹⁰⁰ Daha ziyade son dönem Arap ülkelerindeki kanun çalışmalarıyla tanınan Anderson'un eserlerinde bu yönde bir bilgi vermesi ve bu bilginin kendisinden sonraki çalışmalarda doğruluğu araştırılmadan tekrar edilmesi, bu yanlış kanaatin en önemli sebeplerindendir.

⁹⁰¹ Ahmet Bostancı, *Ürdün'de Müslümanlara ve Gayri Müslimlere Yönelik Dini Yargı Sistemi*, Usûl, sayı: 3, 2005/1, s: 113

⁹⁰² Ahmet Bostancı, *Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye (Hukuk-ı Aile) Kanunlarında Osmanlı Tesiri*, Marife, 3/2, 2003, s: 123–124

⁹⁰³ Welchman, *The Development of Islamic Family Law in the Legal System of Jordan*, s: 870–871

⁹⁰⁴ Allâl el-Fâsî, *Makâsidü's-şerîati'l islâmiyye ve mekârimuha*, 1993, s: 61, <http://en.wikipedia.org/wiki/Mudawana>, Emon, *Conceiving Islamic Law in a Pluralist Society: History, Politics and Multicultural Jurisprudence*, s: 351, Yakov Meron, *The Moslem Marriage Between Status and Contract*, *Studia Islamica*, sayı: 92, 2001, s: 201

⁹⁰⁵ Schacht, *Problems of Modern Islamic Codification*, s: 126

yeterli olabileceğini, batı medeniyetinin bir buhran içinde olduğunu, insanlığın ve İslâm dünyasının kurtuluşunun fıkha işlerlik kazandırmak olduğunu ifade etmiştir.⁹⁰⁶ Bu ifadelerde, içinde bulunduğu topluma karşı sorumluluklarının bilincinde olan bir aydın tipi çizen Fâsî, hazırlanacak kanun çalışmalarının da İslâm hukukuna uygunluğu konusunda azami gayret göstermiştir.

Fas'ta yapılan kanun çalışmaları genel olarak Mâlikî mezhebinin önde gelen muhtasarlarından *Müdevvene*'ye dayanmaktadır. Mâlikî mezhebinin bölgede hâkim mezhep olması ve *Müdevve*'nin halk nezdinde büyük kabul görmesi bu dayanağın en önemli nedenlerindendir. Ayrıca, kelime anlamı itibariyle derleme (*compilatio*) anlamına gelen bu ifadenin, genelde Kuzey Afrika bölgesinde özelde ise Fas'ta kanun anlamına gelmesi yapılacak kanun çalışmalarının halk nezdinde de meşruiyetini sağlamıştır. Klasik Mâlikî ekolünün görüşlerine dayanan bu çalışma 1992 yılındaki reformlara kadar yürürlükte kalmıştır.⁹⁰⁷

f- Tunus

1956 yılında Fransızlardan bağımsızlığını kazanan Tunus'ta ahvâl-i şahsiyye konularına dair yapılan kanun çalışması 1940'lı yıllara dayanmaktadır. Ulema arasında Tunus için İslâm hukuk hükümlerine göre bir kanun hazırlanması tartışılmış, bu görüş 1947 yılında Mâlikî Başmüftüsünün adalet bakanı olmasıyla hayatiyet kazanabilmiştir. Bu amaçla bir komisyon kurulmuş ancak dönemin siyasî çalkantıları içinde komisyon kayda değer bir çalışma yapamamıştır. Bağımsızlık sonrası aralarında Zeytûne Üniversitesi Rektörü Tâhir b. Aşur'un da bulunduğu bir komisyon, Mısır, Ürdün, Suriye ve Osmanlı Aile Hukukunu incelemiş ve bunlardan gerekli iktibaslarla bulunarak bir *ahvâl-i şahsiyye kanunu* hazırlamıştır.⁹⁰⁸ Hazırlanan bu kanundan⁹⁰⁹ ziyade üzerine yapılan tadil çalışmaları Tunus hukuk tarihinde daha önemli bir yer tutmuştur. Kanun 1956 yılında ilan edilmekle birlikte tadil çalışmaları çok kısa bir süre sonra başlamış (1958–1964) ve yapılan değişikliklerle tamamen modernist bir yapıya bürünmüştür. Bu tadil çalışmaları sonucunda, aile planlamasının teşvik edilmesi, kürtajın yasalaşması, erkeğin tek

⁹⁰⁶ Fâsî, *Makâsidü's-şer'îati'l-islâmiyye*, s: 275–278

⁹⁰⁷ Buskens, *Recent Debates On Family Law Reform in Morocco*, s: 73–74

⁹⁰⁸ Vehbe Zuhaylî, *Cuhûdu Taknîni'l-Fikhi'l-İslâmî*, Beyrut, 1987, s: 39

⁹⁰⁹ Son Dönem Tunus Kanun Çalışmaları için bkz:

<http://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/csp/Csp2000.htm>

tarafli boşama hakkının sınırlandırılması, kadına boşanmayı isteyebilme hakkının verilmesi ve birden fazla eşle evlenmenin yasaklanması gibi hükümler getirilmiştir.⁹¹⁰

g- Pakistan

Fransız sömürgesi olan ülkelerde meydana getirilen kanun çalışmalarında Kıta Avrupası (*kontinantal*) hukuk sistemleri etkili olmuşken, İngiliz sömürgesi olan Pakistan'da *Common Law* hukuk sisteminin etkileri görülmektedir.

Hint kıtasının 1947 yılında Hindistan ve Pakistan olarak ikiye ayrılmasını müteakip Pakistan'da kanun çalışmalarına başlanmıştır. Bu yönde ilk çalışma 7 Mart 1949 tarihinde meclise sunulan ve *Objectives Resolution* adı verilen bir *beyannâmedir*. 23 Mart 1956'da kabul edilen anayasanın prototipi konumunda olan bu *beyannâme*ye göre Pakistan'ın devlet yönetimi Kuran ve Sünnet'in temel prensiplerine göre belirlenecektir. Pakistan anayasasından sonraki ilk çalışma ise aile hukuku alanında olmuştur. 1955 yılında üç erkek hukukçu, üç kadın hukukçu ve bir de hazırlanacak tasarının dine uygunluğunu kontrol edecek olan bir âlimden oluşan yedi kişilik bir komisyon kurulmuş,⁹¹¹ komisyon çalışmalarını 1961 yılında tamamlayarak *İslâm Aile Hukuku Kararnâmesini (Muslim Family Law Ordinance)* hazırlamıştır. *Kararnâme*, 15 Temmuz 1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yasa ile çok eşlilik kaldırılmış, nikâh işlemlerinin devletin resmî nikâh memuru önünde yapılması zorunluluğu getirilmiş ve küçük yaştaki kızların velilerinin rızası ile evlendirilmesi yasaklanmıştır. Pakistan'daki kanun çalışmalarında 1962 yılında kurulan *İslâm Düşüncesi Tavsiye Konseyi'nin (Advisory Council of İslâmic Ideology)* çok önemli bir rolü bulunmaktadır. Daha sonraları yapılan isim değişikliği ile *İslâm Düşüncesi Konseyi* adını alan bu kurumun temel görevi, mevcut veya hazırlanacak kanunların İslâm hukukuna uygunluğunu denetlemek ve bu amaçla devletin ilgili birimlerine görüş ve tavsiyelerde bulunmaktır. Pakistan'da hukukun İslâmleştirilmesi çalışmaları esas olarak dönemin devlet başkanı Ziyaülhak'ın 10 Şubat 1979 tarihinde, Hz. Peygamber'in bir doğum gününde kamuoyuna açıkladığı

⁹¹⁰ Mahmutoğlu, 19. ve 20. Yüzyılda Tunus'ta Pozitif Hukukun Gelişmesi, s: 187–190, J.N.D. Anderson, *The Tunisian Law of Personal Status*, International and Comparative Law Quarterly, cilt: 7, 1958, s: 262- 279

⁹¹¹ John L. Esposito, *Perspectives on Islamic Law Reform: The Case of Pakistan*, New York University Journal of International Law and Politics, sayı: 13, 1980, s: 224

Nizâm-ı İslâm (Nizâm-ı Mustafâ) adındaki bir reform paketiyle başlamıştır.⁹¹² Askerî bir darbeyle iktidara gelen General Ziyaülhak'ın ilk işi *İslâm Düşüncesi Konseyinin* yeniden yapılandırılması olmuş ve konseyden ceza hukukunun İslâmî kurallara göre düzenlenmesini istemiştir. Bu amaçla hazırlanan *Hudud Ordinance* ceza hukukuna dair İslâmî hükümlerin getirilmesini ve devlet idaresi ile yasaların İslâm hukuk kurallarına göre yeni baştan tanzimini hedefleyen bir düzenlemedir.⁹¹³ *Hudud Ordinance* hırsızlık, hırabe (yol kesme ve soygunculuk), zina, kazf ve içki içme suçlarıyla kırbaç cezasının infazına ilişkin hükümleri ihtiva etmektedir.⁹¹⁴ *İslâm Düşüncesi Konseyinin*, hukukun İslâmileştirilmesi konusunda başka bir takım girişimleri olmakla birlikte bunlar daha ziyade yarım kalan ve faaliyete geçemeyen çalışmalar şeklindedir.

Pakistan'da hukukun İslâmileştirilmesi yönündeki faaliyetler, sömürge sonrası Arap dünyasında meydana gelen çalışmalarla mukayese edildiğinde gerek niyet gerekse muhteva bakımından oldukça farklıdır. Arap ülkelerindeki çalışmalar daha ziyade kamuoyunu tatmine yönelik birkaç maddelik kanun değişikliklerinden ibaret olmuşken Pakistan bu yönde çok daha gerçekçi adımlar atmış ve en azından hukukun bir alanını (ceza hukuku) bütünüyle kapsayan bir düzenlemede bulunmuştur. Ancak, General Ziyaülhak'ın askerî bir darbe ile iktidara gelmiş olması iktidarının halk nezdindeki meşruiyetinin sorgulanmasına yol açmış bu da yapılan kanun çalışmalarının başarısını gölgelemiştir. Bir kısım bürokratların, İslâmlaşmayı içlerine sindirememeleri de yapılan kanun çalışmalarının devlet kademelerinde yankı bulmasını engellemiştir. Ayrıca yeni yapılan düzenlemelerin yargı mensupları tarafından tam olarak kavranamaması, pozitif hukuk eğitimi almış yargı görevlilerinin İslâm hukukuna yeterli derecede vakıf olamamaları da yapılan düzenlemelerin sağlıklı işlemlerini engellemiştir. Özellikle recm ve el kesme ile ilgili bidayet mahkemeleri tarafından verilen pek çok kararın gerek suçun unsurlarındaki gerekse ispat şartlarındaki eksiklik sebebiyle Federal Şerî Mahkeme veya Şerî

⁹¹² Charles Kennedy, *Islamization in Pakistan: Implementation of the Hudood Ordinances*, Asian Survey, cilt: 28, sayı: 3, 1988, s: 307

⁹¹³ Daniel P. Collins, *Islamization of Pakistani Law: A Historical Perspective*, Stanford Journal of International Law, sayı: 24, 1987, s: 568

⁹¹⁴ Muhammed Taqi Usmani *The Islamization of Laws in Pakistan: The Case of Hudud Ordinances*, The Muslim World, cilt: 96, 2006, s: 288

Temyiz Dairesi tarafından bozulması ve cezaların infaz edilememesi de bir kargaşaya neden olmuştur.⁹¹⁵

2- Münferit Çalışmalar

İslâm dünyasında sömürge sonrası yapılan hukuk çalışmalarında etkili olan birkaç isim bulunmaktadır. Örneğin; Abdürrezzak es-Senhûrî, Mısır, Irak, Suriye ve Libya Medeni Kanunları'nın hazırlanmasında önemli katkıları olan bir hukukçudur.⁹¹⁶ Bu kanun çalışmalarının ilgili devletler tarafından yürürlüğe konulması sebebiyle Senhûrî'yi incelememiz dışı tutuyoruz. Münferit çalışmalar başlığı altında ele aldığımız konu, yaptıkları çalışmaların çeşitli sebeplerden dolayı yürürlüğe giremediği kişileri kapsamaktadır. Örneğin; çağdaş İslâm hukukçularından Lübnanlı Subhi Mahmasânî, son dönem kanun faaliyetleri ile ilgili detaylı çalışmaları olan, bu konudaki hukukî tefekküre önemli katkılarda bulunan bir kişi olmakla birlikte yaptığı müstakil bir çalışma bulunmamaktadır. Bu manada İslâm dünyasında iki önemli şahsiyet ön plana çıkmaktadır. Bunlar; İslâm ceza hukukunu modern bir tarzda yeni baştan inşâ etmeye çalışan Abdülkadir Udeh ile tasarı düzeyinde kalan kanun çalışmaları ile tanınan Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'dır.

a- Abdülkâdir Udeh'in Çalışmaları

Mısırlı çağdaş İslâm hukukçusu Abdülkâdir Udeh'in (1907–1954) bu yöndeki en önemli eseri İslâm ceza hukukunun diğer hukuk sistemleriyle mukayeseli bir şekilde incelendiği *et- Teşriu'l-Cinâîyyü'l-islâmî mukârinen bi'l-kânûni'l-vadî*'dir. Udeh, klasik fıkıhın kazuist yapısından farklı olarak İslâm ceza hukukunu modern bir tarzda ele almış, İslâm hukukçularının özel hukukun her alanında detaylı çalışmalar yapmış olmalarına karşılık kamu hukukunun özellikle de ceza hukukunun genel kısmını ihmal ettikleri gerekçesiyle eserini kaleme almıştır.⁹¹⁷ Eser, klasik fıkıh

⁹¹⁵ M. Kamil Yaşaroğlu, *Pakistan'da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1996, s: 210–211

⁹¹⁶ P. Nicholos Kourides, *The Influence of Islamic Law on Contemporary Middle Eastern Legal Systems: The Formation and Binding Force of Contracts*, Columbia Journal of Transnational Law, sayı: 9/2, 1970, s: 413–414

⁹¹⁷ Abdülkadir Udeh, *et Teşriu'l-Cinâîyyü'l-islâmî mukârinen bi'l-kânûni'l-vadî*, Beyrut, ts, s: 8

kitaplarından modern anlamda bir ceza hukukunu inşâ etmesi açısından önemlidir.⁹¹⁸ Bu yönüyle kendisinden sonraki pek çok çalışmaya da öncülük ve örneklik etmiştir.

b- Mustafa Ahmed ez- Zerkâ'nın Çalışmaları

1 Şubat 1958'de Mısır ve Suriye'nin siyâsî açıdan birleşmesiyle kurulan Birleşik Arap Cumhuriyeti⁹¹⁹ her iki ülke için ortak bir medeni kanun hazırlamak üzere bir komisyonun kurulmasına karar vermiştir. Bu komisyon da hukuk dallarına göre alt komisyonlara ayrılmış, aile hukuku ile ilgili komisyon başkanlığına da Suriye Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Mustafa Ahmed ez-Zerkâ (1907–1999) getirilmiştir. İki ülke arasında yapılan protokole ve varılan mutabakata göre dört komisyon oluşturulmuş ve komisyon başkanı hangi ülkeden ise üyelerin de diğer ülkelerden olması kararlaştırılmıştır. Zerkâ'nın başkanı olduğu ahvâl-i şahsiyye komisyonunun diğer üyeleri de Mısır müftüsü Hasan Memun ve Adalet Bakanlığı Yasama Genel İdaresi üyesi hâkim Mahmud Abdülkadir Mekâdî'dir. Komisyon, İslâm hukuk mezheplerini bir bütün olarak ele almış ve *Meşrû'u Kânûni'l-ahvâli's-şahsiyye el-muvahhed: li'l-iklimeyni'l- Mısri ve's-Sûri* adıyla daha sonra neşredilen bir yasa tasarısı hazırlamıştır. Bu tasarıda her bir maddenin esbâb-ı mûcibesine ve İslâm hukukundaki dayanağına yer verilmiştir. Ayrıca eser, Dürziler (madde 410–411), Hristiyanlar (madde 412–443) ve Yahudilerle (madde 444–452) ilgili düzenlemeler getirmesi bakımından da önemlidir. 28 Şubat 1961'de Suriye'nin tek taraflı olarak birlikten ayrılmasıyla, hazırlanan bu taslak diğer taslaklar gibi yarım kalmış ve uygulama şansı bulamamıştır.⁹²⁰

Konumuz açısından Zerkâ'nın bir diğer önemli çalışması ise *Sıyağa Kanûniyye li-nazariyyeti't-teassüf bi'stimaili'l- hak fi'l- kanûni'l -İslâmî* adlı taslak çalışmasıdır. Hakkın kötüye kullanılmasının incelendiği eser esasen Arap Birliği Teşkilatı'nın bütün Arap ülkelerinde ortak bir kanun hazırlaması projesinin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır.⁹²¹ Ancak bu proje de yarım kalmış, tamamlanamamıştır.⁹²²

⁹¹⁸ Fethi Yeken, *Abdülkâdir Udeh maddesi*, DİA, 1/244–245, Haluk Songür, *Abdülkâdir Udeh: Hayatı-Eserleri ve İslâm Hukukuna Katkısı*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005, s: 331–336, el-Kattân, *Tarihü't-teşrii'l-islâmî*, s: 405

⁹¹⁹ http://tr.wikipedia.org/wiki/Birle%C5%9Fik_Arap_Cumhuriyeti

⁹²⁰ Saffet Köse, *Mustafa Ahmed ez-Zerkâ: Hayatı- Eserleri- İslâm Hukuku ile İlgili Bazı Görüşleri- Fetvalarından Örnekler*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005, s: 601

⁹²¹ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *Sıyağa Kanûniyye li-nazariyyeti't-teassüf bi'stimaili'l- hak fi kanuni'l – İslâmi*, Amman, 1987, s: 7

III. KANUNLAŞTIRMA OLGUSU BAKIMINDAN İSLÂM HUKUKU İLE COMMON LAW HUKUK SİSTEMİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Angles, Sakson, Jutes ve Danimarkalıların hukukî teamüllerine dayanan *Common Law*'un Kıta Avrupası'nda etkili olmaya başlaması I.Henry'nin 1100 yılında tahta çıkmasıylaadır. I.Henry'nin siyasî dehası, Avrupa'da yürürlükte olan feodal sistemi merkezî bir yapıya oturtmasındadır. İngilizler, feodal yapının temel handikabı olan siyasî bölünmüşlüğü usta bir manevra ile kendi lehlerine çevirmişler ve bu feodalitenin üzerinde adeta imparatorluk gibi merkezileşmiş bir İngiliz krallığı kurmayı başarmışlardır. Avrupa'nın diğer ülkelerine göre siyasî açıdan bütünlük arzetmeleri, hukuk alanına da yansımış ve Kıta Avrupası hukuk sisteminden çok farklı bir hukuk meydana getirmişlerdir. Avrupa'da 1200–1500 yılları arasında yeniden dirilen Roma hukukunun *Common Law* hukuk sistemine kayda değer bir etkisi olmamış⁹²³ ve *Common Law* hukuk sistemi kendi mecrasında gelişimini sürdürmüştür. İngiliz hukukunun gelişimindeki diğer önemli unsur da yine I.Henry'nin getirmiş olduğu ve zamanla gelişen toprak sistemidir. Buna göre arazi hukuku, Kıta Avrupası'nda hiç olmadığı kadar gelişmiş, toprağın mülkiyeti ve kullanımı ile ilgili esaslı ilkeler belirlenmiştir. Bu da İngiliz siyasal ve hukuksal sisteminin dağınık bir görünüm arzetmesinin önüne geçmiştir.

İngiliz hukuk sistemi, örf-âdet ve gelenekler ile bunlara uyularak verilen mahkeme kararlarına dayanması sebebiyle çeşitli adlar almıştır. Örneğin; hâkimin (yargıçın) herhangi bir konuyla ilgili verdiği kararın daha sonra ortaya çıkan olaylara bağlayıcı manada emsal teşkil etmesi dikkate alınarak İngiliz hukuku *Case Law* (Mesele Hukuku) olarak adlandırılmıştır. Veya hâkimlerin vermiş oldukları hükümlerin tüm ülkede birleştirici mâhiyette hükümlerden oluşması sebebiyle İngiliz hukuk sistemine müşterek hukuk anlamına gelen *Common Law* adı verilmiştir. Bu yönüyle de İngiliz hukuku mahkeme içtihatlarından oluşan bir içtihat hukukudur (*Judiciary Law*).

⁹²² Köse, *Mustafa Ahmed ez-Zerkâ*, s: 599–600

⁹²³ Daha önce de belirttiğimiz gibi saf bir hukuk sistemi mümkün değildir. Hukuk sistemleri arasında mutlaka belirli derecede de olsa bir etkileşim olmuştur. Ancak önemli olan bu etkileşimin sınırlarının geniş olup olmaması meselesidir. Dolayısıyla, Kıta'da yer alan iki hukuk sisteminin birbirlerinden etkilenmemeleri de mümkün değildir. Ancak bu etki diğer hukuk sistemlerine göre muhtemelen kabul edilebilir bir oranda olmuştur. Nitekim Roma hukukunun önemli şârihleri arasında hiçbir İngiliz hukukçunun bulunmaması bu etkinin sınırlı bir alanda olduğunu akla getirmektedir.

İngiliz hukukunda hukukun bütün alanlarını kapsayan müstakil bir kanunlaştırma faaliyeti meydana gelmemekle birlikte özellikle XIX. yy.dan sonra kısmî bir takım kanun düzenlemelerinin ortaya çıktığı görülmektedir.⁹²⁴ Nitekim bu şekilde ortaya çıkan kanun düzenlemelerine de kanun hukuku anlamına gelen *Statue Law* adı verilmektedir.⁹²⁵

İslâm hukuk sistemi ile İngiliz hukuk sistemi, hukukun iç bünyesi itibariyle değil de dış görünümü (şekil) itibariyle benzerlik arz etmektedir.⁹²⁶ Her ikisi de netice itibariyle içtihat hukuku olarak meydana gelmiştir. Ancak İslâm hukuku, müçtehitlerin (veya yargıçların) içtihatları sonucu oluşmuşken İngiliz hukuku mahkemelerin içtihatları sonucu oluşmuştur. Her iki hukuk sisteminde de içtihat, hukukun yenilenmesi ve günün şartlarına uygun hale getirilmesi için vazgeçilmez bir unsur konumundadır.⁹²⁷ Ancak, İngiliz hukukundaki içtihat ile İslâm hukukundaki içtihat tam anlamıyla birbirinin aynısı da değildir.⁹²⁸ Çünkü İslâm hukukundaki içtihat düşüncesinin merkezinde hukukçu kimliği ile müçtehit bulunmakta iken İngiliz hukukundaki içtihat düşüncesi daha ziyade mahkemelerin emsal kararları çerçevesinde şekillen bir içtihattır. Ayrıca, İslâm hukuku baştan beri Kuran ve Sünnet gibi iki yazılı kaynağa sahip olmakla da İngiliz hukuk sisteminden ayrılmaktadır. Buna göre hukuk sadece halkın örf ve âdetleri ile mahkeme içtihatlarından neşet etmemekte aynı zamanda yazılı bir kaynağa sahip olmakla toplumsal güven ve istikrarı da sağlamaktadır.⁹²⁹

İslâm hukuku ile İngiliz hukuk sistemi arasındaki bir diğer benzerlik de yöntemlerinin birbirine yakın olmalarıdır. Her iki hukuk sistemi de genel de olaylardan kurallara giden, tümevarım metodunu uygulayan bir yol ve yöntem izlemişken, kontinental hukuk sistemleri ise tümdengelim metodunu diğer bir ifadeyle kurallardan olaylara iniş, yol ve yöntemini izlemişlerdir. Örneğin; İslâm

⁹²⁴ Barbara Shapiro, *Codification of the Laws in Seventeenth Century England*, Wisconsin Law Review, 1974, s: 429-430

⁹²⁵ Edward King-Joseph Hawley, *İngiliz Common Law'unun Gelişmesi*, çev: İlhan Lütem, AÜHFD, cilt: 16, sayı: 1-4, 1959, s: 178-233, Fredrick Davis, *Common Law*, AÜHFD, cilt: 15, sayı: 1-4, 1958, s: 67-78, Edward Jenks, *İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler*, çev: Mukbil Özyörük, AÜHFD, cilt: 7, sayı: 1-2, 1950, s: 4-79, Clive Parry, *İngiliz Hukuk Sistemi*, çev: Fadl H. Sur, AÜHFD, cilt: 1, sayı: 3, 1943, s: 442-458

⁹²⁶ Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s: 17

⁹²⁷ Gamal Moursi Badr, *Islamic Law: Its Relation to Other Legal Systems*, The American Journal of Comparative Law, sayı: 26, 1977, s: 197

⁹²⁸ Karaman, *İslâm Hukukunda İctihad*, s: 22

⁹²⁹ Ünal, *Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler*, s: 200

hukukunda, fetâvâ adı ile anılan bir *Vâkî Hukuk* (olaylara dayanan hukuk) bulunmaktadır. Nitekim kurallar da bu olaylardan çıkarılmıştır. Bunun bir benzeri ise İngiliz hukuk sistemindeki *Case Law*'dur.⁹³⁰

İçtihat faaliyetinin merkezi rolü sebebiyle her iki hukuk sisteminin gelişiminde de mesleği hukuk olan bir hukukçular grubunun olağanüstü gayretleri etkili olmuştur.⁹³¹

İslâm hukuku ile İngiliz hukuk sisteminin içtihat düşüncesine dayanması ve gelişimini tümevarım metoduna dayanarak, olaylardan kurallara giden bir metotla sürdürmesi sebebiyle her iki hukuk sisteminde de örneklerini kontinantal hukuk sistemlerinde gördüğümüz bir tarzda müstakil kanunlaştırmalar meydana gelmemiştir. Bu yönüyle de bir benzerlik olduğunu ifade etmek mümkündür.

⁹³⁰ Ali Şafak, *Hukukun Temel İlkeleri Açısından Mecelle'ye Bir Bakış*, Ahmet Cevdet Paşa Sempozyumu İçinde, s: 263–264

⁹³¹ Stephen C. Hicks, *Fuqaha and Islamic Law*, American Journal of Comparative Law, cilt: 30, sayı: 1, 1982, s: 2

SONUÇ

Genel anlamıyla kanunlaştırma, kanun yapma (*legislation*) faaliyetidir. Daha dar ve teknik anlamıyla kanunlaştırma (*codification*) ise dağınık bir haldeki yazılı olan veya olmayan bütün hukuk kurallarının devlet otoritesi tarafından sistemli bir şekilde bir araya getirilmesidir. Buna göre resepsiyon (*reception*), zorla benimsetme (*imposition*), hukuk yoluyla istila (*expansion*) ve bir hukukî olgunun aktarılması (*transplantation of a legal phenomenon*) gibi hukukî faaliyetler genel anlamda kanunlaştırma kapsamında değerlendirilmekle birlikte daha dar ve teknik anlamdaki kanunlaştırma (*codification*) kapsamında mütalaa edilemezler.

Türkçe hukuk dilinde “kanun” kelimesinin mâhiyeti itibariyle bir ayrıma gidilmeden kullanılması, kanunlaştırmının da Türk hukuk edebiyatında hem genel hem de özel anlamıyla kullanılmasına, dolayısıyla da bir kavram kargaşasına yol açmıştır. Hâlbuki bu kavramlar hukuk tarihinde biri diğerinin yerine kullanılamayacak kadar geniş bir anlam içeriğine sahiptir.

Genel hukuk tarihinde meydana gelen kanunlaştırma (*codification*) faaliyetleri, orijinal bir hukuk sistemi oluşturmayı, mevcut hukuk düzenini tanzim etmeyi ve ülkedeki bütün fertleri tek bir hukuk sistemi altında toplamayı amaçlamıştır.

Bir ülkede farklı hukuk kurallarının uygulanmasının meydana getirdiği karışıklığın önlenmesi, hukukî istikrar ve uygulama birliğinin sağlanmak istenmesi, merkezî devlet fikrinin güç kazanması ile siyasî birliğin hukuk yoluyla sürdürülmesi ve hukukun bir bilim dalı olarak gelişmesi gibi durumlar kanunlaştırma olgusunun ortaya çıkış sebeplerindendir.

Kanunlaştırma olgusu müstakil ve şekli kanunlaştırma olmak üzere iki çeşittir. Müstakil kanunlaştırmalar siyasî iradenin, dağınık halde bulunan hukuk kurallarını ülkenin tümünde yürürlüğe koymak üzere hukukun tüm alanlarını kapsayan bir kanunlaştırma faaliyetinde bulunmasıdır. Şekli kanunlaştırmalar ise siyasî iradede yoksun, hukukun tüm alanlarından ziyade sınırlı birkaç alanını kapsayan ve ülkenin tümünde yürürlüğe konmayan kanun düzenlemeleridir.

Kıta Avrupası bakımından XIX. yy. kanunlaştırma çağıdır. Bu zamana kadar yapılan kanunlaştırma faaliyetlerinde, kanun koyucu muhtemel her olayı önceden düşünerek somut olay metoduna göre kanunlaştırmalarda bulunmuşken, sistematik

hukuk ilminin gelişmesi ve sosyal hayatın baş döndürücü hızla değişmesi ile kanunlaştırmalarda takip edilen metot da farklılaşmıştır. Hayatın tüm alanlarını belirli bir takım kurallara göre önceden tahmin edip düzene koymanın erişilemeyecek bir gaye olması sebebiyle XIX. yy. sonrası kanunlaştırmalarında somut olay metodu yerini soyut kural metoduna bırakmıştır. Bu metoda göre kanun koyucu, benzer nitelikteki olaylar için genel kurallar koymuştur.

Tabii hukuk ekolünün kanunlaştırma faaliyetlerinin disiplin kazanmasında ve Kıta Avrupası hukuk çalışmalarında belirli bir mesafe katetmesinde çok önemli fonksiyonları olmuşken, tarihçi hukuk ekolü, hukukun doğal gelişimine müdahale olarak gördüğü kanunlaştırma faaliyetine karşı çıkmıştır.

Doktrinde kanunlaştırmanın olumlu ve olumsuz yönleriyle ilgili bir takım görüşler ileri sürülmektedir. Kanunlaştırmanın lehinde olanlar, kanunlaştırma faaliyetinin hukukî istikrarı sağladığını, hukukî istikrarın da beraberinde siyasî istikrarı getirdiğini ve hukukun bir bilim dalı olarak gelişmesine büyük ve etraflı kanunlar yapmanın olumlu katkılarda bulunduğunu ifade etmişlerdir. Kanunlaştırmanın aleyhinde olanlar ise kanunlaştırmayı hukukun doğal seleksiyonuna dışarıdan bir müdahale olarak kabul etmişlerdir. Ayrıca kanunlaştırma faaliyetinin hukuk egemenliğinden kanun egemenliğine neden olacağını savunmuşlardır.

Genel hukuk tarihinde ortaya çıkan ilk kodifikasyon, yaygın kanaatin aksine Roma hukukunun sistemli bir şekilde derlendiği *Corpus Juris Civilis* değildir. Bu bağlamda, Roma hukukunun üstünlüğünü ifade etmek için kullanılan “*Roma hukuku Code ile başlayıp Code ile sona eren bir hukuk sistemidir*” şeklindeki değerlendirme, genel hukuk tarihindeki diğer kanunlaştırma örnekleriyle çelişmektedir. Bu kodifikasyondan çok daha önceleri farklı medeniyetlerde de bu yönde girişimler meydana gelmiştir. Ancak, Roma hukukuna dayanan bugünkü hâkim medeniyetin kurum ve kavramları ile zihin dünyamızı esir alması, farklı düşünme yeteneğimizi sınırlamakta ve kanunlaştırmayı sadece Roma’ya özgü bir faaliyetmiş gibi kabul etmemize neden olmaktadır. Hâlbuki toplumun ihtiyaç ve beklentilerinin karşılanması anlamında kanunlaştırma pek çok toplumda ve farklı zaman dilimlerinde ortaya çıkan bir olgudur. *Hammurabi Codex*’i, *Manou Kanunu*, *Qing*

Code, *Cengiz Han Yasası* ve *Sobornoe Ulozhenie* gibi örnekler, Roma hukukunun dışında meydana gelen başlıca kanunlaştırma faaliyetlerindendir.

İslâm hukukunun kaynağı itibariyle Kuran ve Sünnet olmak üzere ilâhî vahye dayanması, kazüist bir metotla ve içtihat faaliyetiyle gelişimini sürdürmesi müstakil kanunlaştırmaların ortaya çıkmasına imkân vermemiştir. İslâm hukukunda, XIX. yy.a kadar devletin merkezî bir yasama faaliyeti ile ülkenin tümünde yürürlüğe konulacak bir kanun düzenlemesinin örneği bulunmamakla birlikte umumî hukuk tarihinde ortaya çıkan kanunlaştırmaların temel amacı olan hukukî istikrar ve uygulama birliği, yapılan bir takım düzenlemelerle sağlanmıştır. Bunlar, siyasî iradedden yoksun olduğundan şeklî kanunlaştırma kapsamında mütalaa edilmektedir.

Bu yöndeki ilk girişim Ömer b. Abdülaziz'in Sünnet'i tedvîn faaliyetidir. Sünnetin tedvîni, sadece hadislerin kaybolması veya hadis malzemesinin zamanla yok olup gitmesi endişesiyle değil, İslâm hukukunun bu ikinci kaynağının belirli esaslar çerçevesinde kayıt altına alınması düşüncesiyle de yapılmıştır.

Zeyd b. Ali'nin fıkıh mecmuası ilk yazılan ve bugün mevcut en eski fıkıh kitabı olarak kabul edilmektedir. *el-Mecmu'u-l fikhî*, içinde bulunduğu zaman diliminde hukukun uygulanmasına yardımcı olan ve örnekleri Hicri II. yy.dan itibaren görülmeye başlanan *compilatio* tarzındaki eserlerdendir.

Hukukî istikrarı ve uygulama birliğini sağlama konusunda İslâm dünyasındaki ilk düşünce İbn Mukaffa'ya aittir. Merkezî bir devlet yönetiminin yargı birliği ilkesi ile gerçekleşeceğini ifade eden İbn Mukaffa, görüşlerini hükümete sunduğu *Risâletü's-sahâbe* adlı eserinde dile getirmiştir.

İbn Mukaffa'nın dile getirdiği bu düşüncelerin hayata geçirilmesi, Medine'nin tartışılmaz otoritesi İmam Mâlik'ten istenmiştir. Bu amaçla kaleme aldığı *el-Muvatta*, İslâm hukukunun ilk *Corpus Juris*'i olarak kabul edilmektedir. İmam Mâlik, *el-Muvatta*'nın tüm ülkede yargı birliğinin sağlanması amacıyla zorunlu olarak uygulanması yönündeki teklifleri içtihat faaliyetini olumsuz etkileyeceği düşüncesiyle kabul etmemiştir.

Hukukî merkezileşme alanında ilk adım, başkadı sıfatıyla Abbasî döneminin adlî ve idarî teşkilatlanmasına önemli katkılarda bulunan Ebû Yûsuf tarafından atılmıştır. Ebû Yûsuf bir taraftan devletin vatandaşıyla en problemli olduğu vergi konusunu içeren ve İslâm-ekonomi politiğinin şeklî kanunlaştırma örneği olarak

kabul edebileceğimiz *Kitâbü'l-Harâc*'ı kaleme almış, diğer taraftan da valiliklerde görevlendirilecek kadıları belirli bir doktrine mensup olanlardan seçmek suretiyle yargı birliğini sağlama konusunda somut adımlar atmıştır.

İslâm hukukunda genel hukuk tarihindeki örnekleriyle mukayese edildiğinde müstakil kanunlaştırma kapsamına giren bir örnek bulunmamaktadır. Ancak, fıkıh literatürünün gelişim sürecinde ortaya çıkan eserler, kanunlaştırma olgusunun temel amacı olan hukukî istikrar ve uygulama birliğini gerçekleştirmeyi hedeflemiştir. Bu bağlamda, devletin esas ve teşkilatını kapsayan, devletler hukukunu ele alan, kamu maliyesini düzenleyen ve hukukun genel ilkelerini belirleyen müstakil konulu eserler ortaya çıkmıştır. Mezheplerin bir hukuk ekolü olarak gelişmesi ile birlikte, mezhebe ait görüşlerin özet bir şekilde ele alındığı muhtasar eserler yazılmış, İslâm dünyasında halk, uzun yıllar bu muhtasarlara göre sosyal hayatın ihtiyaçlarını karşılamıştır. Muhtasar eserler, halk nezdinde büyük bir rağbet görürken, devletin adlî teşkilatında kullanılmak üzere, mezhep içinde muteber kabul edilen bazı kitaplar ön plana çıkmıştır. Molla Hüsrev'in *Gurer* ve *Dürer*'i ile Halebi'nin *Mültekâ*'sı özellikle Osmanlı'nın gayr-ı resmî hukuk kodu olarak kabul ettiği eserlerdendir.

İslâm toplumlarında özellikle gündelik yaşama ait konuları ele alan fetva koleksiyonları, bir nevi “yaşayan yasama” diye nitelendirebilecek bir işleve sahip olmuşlardır. Kadıların hüküm verirken içtihat ürünü fetvalardan faydalanmaları ve müftülerle istişare etmeleri, adlî sahada geniş ölçüde yargı birliğinin oluşmasına ve aynı ilmî disiplin içinde iç denetimin sağlanmasına hizmet etmiştir. Fetva kitapları kadıların karşılaşılabilecekleri muhtemel meseleler hakkında kısa, öz ve birebir cevaplar içermeleri sebebiyle kadılar için vazgeçilmez bir kaynak olmuştur. Ayrıca, dini meselelerini halletmek isteyen halk çok uzun yıllar boyunca bu fetva koleksiyonlarına müracaat etmiştir. Fetva mecmuaları bu yönüyle de İslâm hukukunun hayatiyetini asırlarca sürdürmesini sağlamıştır. Osmanlı Devleti'nde padişaha arzedilen fetvaların kanun hüviyetini kazandığı *Maruzât* ile yargı açıdan bağlayıcılığı olmayan fetvalar, bağlayıcı birer kanun haline dönüşmüştür. Bu yönüyle Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi, Osmanlı-İslâm hukukunun içtihat hukukundan kanun hukukuna doğru dönüşümünün mimarıdır.

Daha ziyade Türk devlet idaresinde ortaya çıkan kanunnâmeler özellikle idarî konularla ilgili boşlukları dolduran şeklî kanunlaştırma örneklerindendir.

Kanunnâme uygulaması ile İslâm hukukunda devlet başkanının yasama yetkisine bırakılan “bilinçli boşluklar” örf ve adet hukukunun şerî hukukla mezc edilmesiyle doldurulmuştur. Kanunnâme uygulaması ile Osmanlı Devleti’nde keyfiliğin önlenmesi ve kanunîliğin hâkim olması sağlanmıştır.

Moğol istilasının İslâm dünyasında neden olduğu kaos başta olmak üzere, toplumda siyasî ve idarî anlamda ortaya çıkan otorite boşluğu, hukukî alanda da istikrarsızlığa neden olmuş, halk dinî meselelerinin çözümünde tek mezhebe bağlanarak bu duruma bir son vermek istemiştir. Ayrıca, uygulamaya esas olmak üzere bir mezhebin tervîc edilmesinin hukukî istikrarı sağlamaya yardımcı olduğunun farkına varan İslâm devletleri, resmî mezhep uygulamasına geçmişlerdir. Bu uygulama Osmanlı dönemine kadar, gayr-ı resmî bir tarzda iken, İslâm hukuk tarihinde ilk defa bir devlet, hukukî güven ve eşitlik ile hukukî istikrar ve uygulama birliğini sağlamak amacıyla bir mezhebi resmî mezhep olarak kabul etmiş ve Hanefî mezhebi Osmanlı Devleti’nin resmî mezhebi haline gelmiştir. Böylece Osmanlı uygulamasına kadar *de facto* durum, Osmanlı uygulaması ile *de jure* nitelik kazanmıştır.

İslâm dünyasında müçtehit imamlar döneminden modernleşme dönemine kadar sosyal değişim çok yavaş seyrettiği için mevcut doktrin ve tahriç metodu karşılaşılan problemlerin aşılmasında yeterli olmuştur. Ancak XVIII. yy.dan itibaren sosyal değişimin baş döndürücü hızı toplumda bir hukuk buhranının yaşanmasına neden olmuştur. İslâm toplumları, Kıta Avrupası’nda zirveye ulaşan kanunlaştırma faaliyetlerinin etkisi ile İslâm hukukunu yeni baştan ele almış ve fikhî hükümler ilk defa devlet otoritesi tarafından modern kanun maddeleri halinde derlenmeye başlanmıştır. Bu tarz bir faaliyetin en önemli örneği, borçlar hukukuyla ilgili bir alanın, fıkıh metinlerinden yola çıkılarak, kanun tekniğine göre madde madde düzenlendiği *Mecelle*’dir. *Mecelle*, sistematik açıdan çok başarılı bir çalışma olmamakla birlikte İslâm dünyasında bu yönde bir çabanın ilk ürünü olması ve kendisinden sonraki pek çok çalışmaya etki etmesi bakımından önemlidir. Muhammed Kadri Paşa’nın *el-Ahkâmü’s-şerîyye fi’l-ahvâli’s-şahsiyye*’si ile *Mürşidü’l-Hayrân*’ı bu etkinin başta gelen örneklerindendir.

Osmanlı Devleti'nde *Mecelle* dışındaki diğer kanunlaştırma faaliyetleri *Metn-i Metîn*, *Arazi Kanunnâmesi*, *Kitâbü'n-Nafakât*, *Sultan Mehmed Reşad Dönemi İrâde-i Seniyyesi* ve *H.A.K.*'dir.

Dünyanın farklı bölgelerindeki İslâm toplumları, modernleşmenin en hızlı olduğu bir zaman diliminde meselelerinin çözümünü İslâm hukukunda aramışlar ve bu yönde bir takım çalışmalar yapmışlardır. *Rusya Müslümanları'nın Medeni Kanun Çalışmaları* ile *Bulgaristan Başmüftülüğü'nün Münâkehât ve Müfârekât Talimatnâmesi* bu arayışın en bâriz örneklerindendir.

İslâm dünyasının 1800'lü yıllardan itibaren sömürgeci batılı devletler tarafından işgali, bu toplumların hukukî düşünce ve uygulamalarına da etkiye bulunmuştur. Sömürge sürecinin İslâm hukukuna ve Müslüman toplumların hukuk mantalitelerine yansımalarını iki başlık altında ele almak mümkündür. Birincisi; batılı hukuk mantalitesinin İslâm hukukuna uyarlanmasıyla *Anglo-Mohammedan Law* ve *Franco-Mohammedan Law* adı verilen hukuk sistemlerinin ortaya çıkmasıdır. İkincisi de; sömürge sonrası bağımsızlıklarını kazanan İslâm ülkelerinde *Hukukun İslâmileştirilmesi* adı altında yapılan ama sonuçları itibariyle batı hukuk sisteminin bir ürünü olarak ortaya çıkan kanun çalışmalarıdır.

KAYNAKÇA

- ABACI**, Nurcan, *Bursa Şehri'nde Osmanlı Hukuku'nun Uygulanması (17.yy)*, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2001
- ABADAN**, Yavuz, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri*, AÜHFD, cilt:14, sayı:1-4, 1957
- ABDÜLBER**, Muhammed Zeki, *Taknînü'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Cenevre, 1985
- ABDÜLKADİR**, Ali Hasan, *Nazratün Amme fî Târîhi'l-Fıkhil'İslâmi*, Kahire, 1965
- ACAR**, Ali, *The Concept of Legal Culture*, Ankara Law Review, Vol: 3, No: 2, 2006
- AGMON**, İris, *Recording Procedures and Legal Culture in the Late Ottoman Sharia Court of Jaffa*, Islâmic Law and Society, sayı: 11/3, 2004
- AKDOĞAN**, Abdullah, *Türkiye'de 1919-1926 Yılları Arasında Aile Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Çalışmaları*, MÜSBE, Yayınlanmamış Y. Lisans Tezi, 1999
- AKGÜNDÜZ**, Ahmet, *Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri*, Ahmet Cevdet Paşa, Vefatının 100.Yılına Armağan İçinde, Ankara, 1997
- _____, *Dürerü'l-Hükkâm maddesi*, DİA
- _____, *Fetâvâ-yı Ankaravî maddesi*, DİA
- _____, *Fetâvâ-yı Ebüssuûd Efendi maddesi*, DİA
- _____, *Maruzât maddesi*, DİA
- _____, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı*, Diyarbakır, 1986
- _____, *Osmanlı Amme Hukuku Hakkında Bazı Tespitler*, Türkiye Günlüğü, sayı:11, 1990
- _____, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, İstanbul, 1990
- _____, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1990
- _____, *Umumî Hukuk Tarihi Ders Notları*, Konya, 1991

_____, *1274/1858 Osmanlı Ceza Kanunnâmesinin Hukukî Kaynakları, Tatbik Şekli ve Meni İrtikab Kanunnâmesi*, Belleten, cilt: 51, sayı: 199, 1987

AKGÜNDÜZ, Murat, *Osmanlı Devletinde Şeyhülislâmlık*, İstanbul, 2002

AKİPEK, Jale G., *Türk Medeni Hukuku*, Ankara, 1973

AKŞİT, Mustafa Cevat, *Hukuka Giriş ve Temel Kavramlar*, Edirne, 1986

AKYOL, Taha, *Cedîdilik maddesi*, DİA

ALBAYRAK, Sadık, *Budin Kanunnâmesi ve Osmanlı Toprak Meselesi*, İstanbul, 1973

ALFORD, William P.-**WU**, Chang, *Qing China and the Legal Treatment of Mental Infirmary: A Preliminary Sketch in Tribute to Professor William C.Jones*, Washington University Global Studies Law Review, sayı: 2, 2003

ALİ HAYDAR Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*

ALİNGE, Curt, *Moğol Kanunları*, çev: Coşkun Üçok, AÜHFD, cilt: 9, sayı: 3-4, 1952, cilt: 10, sayı:1-4, 1953, cilt:11, sayı:1-2, 1954, cilt:11, 1954, sayı:3-4, cilt:13, sayı:1-2,1956, cilt:13, sayı:3-4, 1956

AL-QATTAN, Najwa, *Dhimmi in the Muslim Court: Legal Autonomy and Religious Discrimination*, International Journal of Middle East Studies, Vol: 31, No:3, 1999

ALTAŞ, Rahime, *Şeyhülislâm Feyzullah Efendinin “Fetâvâ-yı Feyziyye” İsimli Eserinin Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Ankara, 2004

ALVÂNÎ, Taha Cabir, *Fıkıhta Kriz ve İctihad Metodolojisi*, çev: Menderes Gürkan, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 7/2006

ANDERSON, J. N. D., *The Role of Personal Statutes in Social Development in Islamic Countries*, Comparative Studies in Society and History, Vol: 13, No: 1, 1971

_____, *A Draft Code of Personal Law for Iraq*, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, Vol: 15, No: 1, 1953

- _____, *Law as a Social Force in Islâmic Culture and History*, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, Vol: 20, No: 1/3, 1957
- _____, *Law Reform in the Middle East*, International Affairs (Royal Institute of International Affairs), Vol: 32, No:1, 1956
- _____, *Modern Trends in Islâm Legal Reform and Modernisation in the Middle East*, International and Comparative Law Quarterly, sayı: 20, 1971
- _____, *Recent Reforms in the Islâmic Law of Inheritance*, International and Comparative Law Quarterly, Vol: 14, 1965
- _____, *The Role of Personal Statutes in Social Development in Islâmic Countries*, Comparative Studies in Society and History, Vol: 13, No:1, 1971
- _____, *The Significance of Islâmic Law in the World Today*, The American Journal of Comparative Law, sayı: 9, 1960
- _____, *The Syrian Law of Personal Status*, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, University of London, Vol: 17, No: 1, 1955
- _____, *The Tunisian Law of Personal Status*, Internatioanal and Comparative Law Quarterly, Vol:7, 1958
- ANDERSON** Michael R., *Islâmic Law and the Colonial Encounter in British India*, WLUML (Women Living Under Muslim Laws), Occasioanal Paper, No: 7, June, 1996
- ANHEGGER**, Robert- **İNALCIK**, Halil, *Kanunnâme-i Sultâni Ber Mûcebi Örfi Osmânî, II. Mehmed ve II. Bayezid Devirlerine Ait Yasaknâme ve Kanunnâmeler*, Ankara, 1956
- ANSAR**, Zafar Ishaq, *Contemporary Islam and Nationalism a Case Study of Egypt*, Die Welt des Islams, Vol: 7, Issue:1/4, 1961
- APAYDIN**, H. Yunus, *İctihad maddesi*, DİA
- _____, *Karaî maddesi*, DİA

- _____, *Müslüman Siyaset Geleneğinde Din-Devlet İlişkisi*, Bilimname, sayı: 1, 2003
- ARABI**, Oussama, *Orienting the Gaze: Marcel Morand and the Codification of Le Droit Musulman Algerian*, Journal of Islâmic Studies, 11/1, 2000
- ARAI**, Masami, *Türkiye’de ve Japonya’da Islahatçı Düşüncelerde Değişiklik ve Süreklilik: Çağdaşlaşma Üzerine Bir Deneme*, I.Uluslararası Atatürk Sempozyumu İçinde, Ankara, 1994
- ARMAĞAN**, Servet, *İslâm Hukukunda, İctihad Faaliyeti ve Benzer Müesseseler*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 5/2005
- ARSAL**, Sadri Maksudi, *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul, 1947
- _____, *Umumî Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1948
- ARTUK**, Emin, *Atatürk ve 1926 Tarihli Türk Ceza Kanunu’nun Hazırlanması*, Hukuk Araştırmaları (Atatürk’ün 50.Ölüm Yılı Özel Sayısı), c: III, sy: 3, 1988
- ASCHERİ**, Mario, *A Turning Point in the Civil Law Tradition: From Ius Commune to Code Napoleon*, Tulane Law Review, sayı: 70, 1995–1996
- ASLAN**, Nâsi, *Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetva ve Kazâ Münasebeti*, Dini Araştırmalar, cilt: 2, sayı: 4, 1999
- AŞKAR**, Ömer Süleyman, *Târihu ’l-Fıkhi ’l-İslâmî*, Kuveyt, 1982
- ÂŞUR**, Muhammed Tâhir bin, *İslâm Hukuk Felsefesi*, çev: Vecdi Akyüz- Mehmet Erdoğan, İstanbul, 1996
- ATAAY**, Aytekin, *Neden İsviçre Medeni Kanunu, İsviçre Medeni Kanunu’nun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından İktibası Nedenleri*, Medeni Kanunun 50.Yıl Sempozyumu, Tebliğler-I, İstanbul, 1976
- ATAR**, Fahrettin, *Fetvâ*, DİA, _____, *İftâ Teşkilatının Ortaya Çıkışı*, MÜİFD, İstanbul, sayı: 3, 1985
- _____, *İslâm Adliye Teşkilatı*, Ankara, 1979
- _____, *Kadı maddesi*, DİA
- _____, *Mahkeme maddesi*, DİA

AVCI, Casim, *Hilafet maddesi*, DİA

AVCI, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul, 2004

AY, Nuran, *Osmanlı Devletinde Merkezîyetçilik Prensipleri ve Hukuk Sistemine Etkileri*, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2001, Konya

AYAZ, Sıttika, *Osmanlı Devletinde Kanunlaştırma Hareketleri (19. ve 20. yy.lar)*, MÜSBE, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, İstanbul, 1998

AYBAKAN, Bilal, *Fıkıh İlminin Oluşum Sürecinde İcma*, İstanbul, 2003

AYDIN, M. Akif, *Ali Haydar Efendi (Küçük) maddesi*, DİA

_____, *Halil İnalcık ile Türk Hukuk Tarihi Üzerine*, TALİD, 3/5, 2005

_____, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985

_____, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul, 1996

_____, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye maddesi*, DİA

_____, *Muhammed Kadri Paşa maddesi*, DİA

_____, *Mürşidü'l Hayrân maddesi*, DİA

_____, *Ahvâl-i Şahsiyye maddesi*, DİA

_____, *Arazi Kanunnâmesi*, DİA

_____, *Batılîlaşma*, DİA

_____, *Bir Hukukçu Olarak Ahmed Cevdet Paşa*, Ahmet Cevdet Paşa Semineri İçinde, İstanbul, 1986

_____, *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*, DİA

_____, *İslâm Hukukunun Osmanlı Devletinde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, sayı: 1, 2006

_____, *Türk Hukuk Tarihçiliği*, TALİD, 3/5, 2005

_____, *Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan'ın Oynadığı Rol*, İslâmi Araştırmalar, cilt: 8, sayı: 3-4, 1995

AYİTER, Ferit, *The Interpretation of A National Systems of Laws Received From Abroad*, Annales de la Facult de Droit d'Istanbul, cilt: VI, sayı: 6, 1956

- _____, *Yabancı Kanunların Alınması ve Millî Hukuk*, Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçinde, İstanbul, 1944
- BACKHAUS**, Jürgen G., *The German Civil Code of 1896: An Economic Interpretation*, European Journal of Law and Economics, sayı: 7, 1998
- BADR**, Gamal Moursi, *Islâmic Law: Its Relation to Other Legal Systems*, The American Journal of Comparative Law, sayı: 26, 1977–1978
- _____, *The New Egyptian Civil Code and the Unification of the Laws of Arab Countries*, Tulane Law Review, sayı: 30, 1955–1956
- BAER**, Gabriel, *Tanzimat in Egypt-The Penal Code*, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, Vol: 26, No: 1, 1963
- _____, *The Transition From Tradition to Western Criminal Law in Turkey and Egypt*, Studia Islâmica, sayı: XLV, 1977
- BAKIRCI**, Fahri, *Kod Yasa-Çerçeve Yasa Ayırımı Üzerine*, AÜHFD, cilt: 54, sayı: 3, 2005
- BAKKAL**, Ali, *İslâm Fıkıh Mezhepleri*, İstanbul, 2007
- BAKKALOĞLU**, Abdüssamet, *Kanunlaştırma Hareketinin Öncülerinden Muhammed Kadri Paşa (1821–1888): Hayatı ve Eserleri*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005
- _____, *Suriye’de Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Bunlar Üzerinde Osmanlı Tesirleri*, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2005
- BAKTİR**, Mustafa, *İslâm Hukukunun Genel Prensipleri*, Ekev Akademi Dergisi, sayı: 34, 2008
- _____, *Kaide maddesi*, DİA
- BALLENTINE**, James A., *Law Dictionary with Pronunciations*, New York, 1948
- BARDAKOĞLU**, Ali, *Hanefî mezhebi maddesi*, DİA
- _____, *Hırsızlık maddesi*, DİA

_____, *Türk Aile Hukukunun Tarihi Gelişimi*, Türk Aile Ansiklopedisi, Ankara, 1991

BARKAN, Ömer Lütfi, *Kanunnâme*, İA

_____, *Osmanlı Devrinde Akkoyunlu Hükümdarı Uzun Hasan Bey'e Ait Kanunlar*, Türk Tarih Vesikaları Dergisi, cilt: 1, sayı: 2, Ankara, 1941

_____, *Türk Toprak Hukuku Tarihine Bir Bakış*, 1940

_____, *XV. ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Ziraî Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları*, İstanbul, 1943

BAŞAKLAR, Emin, *Türk Aile Hukuku Devrimi*, III. Türk Hukuk Kurultayı, Bildiriler içinde, Ankara, 1981

BAŞOĞLU, Tuncay, *Hristiyan Hukuku*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 9/2007

BATIZA, Rodolfo, *Origins of Modern Codification of the Civil Law: The French Experience and Its Implications for Louisiana Law*, Tulane Law Review, sayı: 56, 1982

BAUDOUIN, Louis, *The Influence of the Code Napoleon*, Tulane Law Review, sayı:33, 1958–1959

BEDİR, Murteza, Abdürrezzak es-Senhûrî, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005

_____, *Fıkıh to Law: Secularization Through Curriculum*, İslâmîc Law and Society, sayı: 11/3, 2004

_____, *Fıkıh-Mezhep-Sünnet*, İstanbul, 2004

_____, *Osmanlı Öncesi Türk Hukuk Tarihi Yazıcılığı*, TALİD, 3/5, 2005

BELGESAY, Mustafa Reşit, *Kuran Hükümleri ve Modern Hukuk*, İstanbul, 1963

BERGEL, Jean Louis, *Principal Features and Methods of Codification*, Louisiana Law Review, sayı: 48, 1987–1988

BERKİ, Ali Himmet, *Fetâvâ-yı Âlemgîriyye*, İslâm-Türk Ansiklopedisi, cilt: 1, 1940

_____, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, 1948

BERKİ, Şâkir, *Roma Hukuku*, Ankara, 1949

BERTRAM, Anton, *The Legal System of Turkey*, The Law Quarterly Review, sayı: 25, 1909

BEYDİLLİ, Kemal, *Küçük Kaynarca'dan Tanzimat'a Islahat Düşünceleri*, İlmî Araştırmalar, sayı: 8, 1999

BİLGE, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, 1994

BİLGİN, Pertev, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Hukuk Devleti Fikri ve 3 Mayıs 1840 Tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu*, Toplum ve Ekonomi, sayı: 2, 1991

BİLGİÇ, Emin, *Eski Mezopotamya Kavimlerinde Kanun Anlayışı ve Ananesi*, DTCF Dergisi, c: XXI, Ankara, 1963, sayı: 3–4

BİLSEL, Cemil, *Medeni Kanun ve Lozan Muahedesi*, Medeni Kanunun XV. Yıldönümü, İstanbul, 1944

BLACK, Henry Campbelle, *Black's Law Dictionary with Pronunciations*, 1979

BODENHEIMER, Edgar, *Is Codification an Outmoded Form of Legislation*, American Journal of Comparative Law, sayı: 30, 1982

BOISARD, A. Marcel, *Batının Kamu ve Uluslararası Hukukuna İslâm'ın Muhtemel Tesiri Üzerine*, çev: Şemsettin Ulusal, Marife, 4/2, 2004

BOSTANCI, Ahmet, *Ürdün Ahval-i Şahsiye (Hukuk-ı Aile) Kanunlarında Osmanlı Tesiri*, Marife, 3/2, 2003

_____, *Ürdün'de Müslümanlara ve Gayr-i Müslimlere Yönelik Dini Yargı Sistemi*, Usûl, sayı: 4/2, 2005

BOZKURT, Gülnihâl, *Alman Arşiv Belgelerine Göre Alman Hukukunun Türk Hukukuna Etkisi*, AÜHFD, cilt: 45, sayı: 1–4, 1996

_____, *Alman-İngiliz Belgeleri Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu*, Ankara, 1989

- _____, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Osmanlı Devletinden Günümüze Resepsiyon Süreci (1839–1939)*, Ankara, 1996
- _____, *Cumhuriyetle Neden Bugünkü Hukuk Sistemimize Geçildi, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi Sempozyum Bildirileri İçinde*, Ankara, 2003
- _____, *Tanzimat ve Hukuk, Tanzimatın 150.Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu İçinde*, Ankara, 1994
- BOZKURT, M. Esad**, *Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?*, Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçinde, İstanbul, 1944
- BRINTON, Jasper Yeales**, *Judical Reform in Turkey*, The Constitutional Review, sayı: 5, 1921
- BUSKENS, Leon**, *Recent Debates on Family Law Reform in Morocco: Islâmic Law As Politics in An Emerging Public Sphere*, Islâmic Law and Society, 10/1, 2003
- CARROLL, Lucy**, *Orphaned Grandchildren in Islâmic Law of Succession: Reform and Islâmization in Pakistan*, Law and Society, 5/3, 1998
- CEYLAN, Seldağ Güneş**, *Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: 7, sayı:1–2, 2004
- CİCİ, Recep**, *Osmanlı Dönemi İslâm Hukuku Çalışmaları*, Bursa, 2001
- _____, *Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar*, UÜİFD, cilt: 8, 1999
- _____, *Osmanlı Klasik Dönemi Fıkıh Kitapları*, TALİD, 3/5, 2005
- CİHAN, Ahmet**, *Japonya’da Modernleşmenin Sosyo-Ekonomik ve Kültürel Temelleri*, www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/cihan.htm
- CİN, Halil- AKGÜNDÜZ Ahmet**, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1990
- CİN, Halil**, *Arazi maddesi*, DİA
- _____, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya, 1988

- _____, *Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri*, 150.Yılında Tanzimat, Ankara, 1992
- _____, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, 1995
- COLLINS**, Daniel P., *Islâmization of Pakistani Law: A Historical Perspective*, Stanford Journal of International Law, sayı: 24, 1987
- CUMA**, Ali, *Muhammed Mustafa Meraği maddesi*, DİA
- ÇAĞIL**, Orhan Münir, *Hukuk Felsefesinde Tabiî Hukuk*, Tahir Taner'e Armağan İçinde, İstanbul, 1956
- ÇALIK**, Mustafa, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Anayasa Fikrinin Doğuşu ve Meşrutiyet Anayasalarında Siyasî Hürriyetler*, Türkiye Günlüğü, sayı: 51, 1998
- ÇAVUŞOĞLU**, Ali Hakan, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ maddesi*, DİA
- ÇEKER**, Orhan, *Aile Hukuku Kararnâmesi*, İstanbul, 1985
- _____, *Arazi Kanunnâmesi*, İstanbul, 1985
- _____, *Nafaka Kanunu*, İstanbul, 1985
- ÇELİKER**, Hüseyin, *İslâm Hukukunda Devlet Yargı İlişkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2001
- ÇETİN**, Atilla, *Hüseyinîler maddesi*, DİA
- ÇOKER**, Fahri, *Tanzimatın Getirdiği Hukuk Kurumları ve İşlevleri*, Tarih ve Toplum, c: XII, sayı: 71, 1989
- ÇULPAN**, Cevdet, *İstanbul Süleymaniye Cami Kitabesi*, Kanûnî Armağanı içinde, Ankara, 1970
- DACORONIA**, Eugenia, *The Development of the Greek Civil Law: From Its Roman-Byzantine Origins to Its Contemporary European Orientation*, European Review of Private Law, sayı: 5, 2003
- DAĞCI**, Şâmil, *Din İşleri Yüksek Kurulu Kararlarına Fetva Konseptinde Bir Yaklaşım*, Diyanet İlmi Dergi, cilt: 38, sayı: 4, 2002
- _____, *İslâm Ceza Hukukunda İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi*, Marife, 3/1, 2003

_____, *Mehmet Gönenli ve Türk Hukukuna Katkıları*, AÜİFD, cilt: XLIV, sayı:2, 2003'den ayrı basım

_____, *Musa Carullah Bigiyef'in Hukukçuluğu (Eleştirel Bir Yaklaşım)*, Musa Carullah Bigiyef Sempozyumu Bildiriler İçinde, Ankara, 2002

DALGIN, Nihat, *Sosyal Değişim ve İslâm Hukuku*, Marife, 3/2, 2003

DANET, Didier, *Does The Code Civil Matter?*, European Journal of Law and Economics, sayı:14, 2002

DAVIS, Fredrick, *Common Law*, AÜHFD, c: 15, sayı:1-4, 1958

DAVISON, Roderic H., *Reform in The Ottoman Empire 1856-1876*, Belleten, 18/112, Ankara, 1964

DEMİRCİ, İslâm, *Osmanlı Şeyhülislâmlık Kurumunun Bir Birimi "Telif-i Mesail Şubesi"*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 9/2007

DEMİRCİ, Mustafa, *Emevîlerden Abbasîlere Geçiş Sürecinin Bir Tanığı: Abdullah İbnü'l-Mukaffa ve Risâletü's-sahâbesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, sayı: XXI, İzmir, 2005

DEMİRKENT, Işın, *Bizans maddesi*, DİA

DİNDAR, Bilal, *Bedreddin Simâvî maddesi*, DİA

DOĞAN, İlyas, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Aydınlarında Çağdaşlaşma Sorunu ve Arayışlar*, Uluslararası Kuruluşunun 700.Yıldönümünde Bütün Yönleriyle Osmanlı Devleti Kongresi, 7-9 Nisan 1999, Bildiriler, Konya, 2000

DÖNDÜREN, Hamdi, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, İstanbul, 1993

DÖNMEZ, İ. Kâfi, *Amel-i Ehl-i Medine maddesi*, DİA

_____, *İslâm Hukukunda Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu İle Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese*, MÜİFD, sayı: 4, 1986.

DRAKE, Joseph H., *The Justinian Codification Commission of 528 A.D*, Michigan Law Review, sayı: 27/2, 1928

DUMAN, Ali, *Kadı Defterleri (Şeriyeye Sicilleri), Mâhiyetleri, Muhtevaları ve İslâm Hukuku Açısından İncelenmelerinin Önemi*, Ekev Akademi Dergisi, sayı: 33, 2007

DURMUŞ, İsmail, *İbnü'l-Mukaffa' maddesi*, DİA

DURSUN, Davut, *Cemal Abdünnasır maddesi*, DİA

_____, *Cezayir maddesi*, DİA

DÜZENLİ, Pehlül, *Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi: Bibliyoğrafik Bir Değerlendirme*, TALİD, 3/5, 2005

_____, *Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi Fetvaları Işığında Osmanlı Sünniliği*, Marife, 5/3, 2005

EBU ZEHRA, Muhammed, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, Daru'l-Fikri'l-Arabî, ts

_____, *İmam Mâlik*, çev: Osman Keskiöğlu, Ankara, 1984

EBULULA, Mardin, *Kadı*, İA

EDITOR, *Savigny: German Lawgiver*, Marquette Law Review, sayı: 55, 1972

EDITOR, *The Code Napoleon or The French Civil Code*, Louisiana Law Journal, sayı:1, 1841–1842

EDITOR, *The Code Napoleon*, The American Law Register, sayı: 3, 1854–1855

EISENMAN, Robert, *The Young Turk Legislation, 1913–17 and Its Application in Palestine/Israel*, Palestine in The Late Ottoman Period İçinde, Leiden, 1986

EKİNCİ, Ekrem Buğra, *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*, Türk Aile Ansiklopedisi, Ankara, 1991

_____, *İslâm Hukuku Tarihi*, İstanbul, 2006

_____, *İslâm Hukuku*, İstanbul, 2006

_____, *İslâm Hukukunda Değişmenin Sınırı*, İstanbul, 2005

_____, *Osmanlı Devleti'nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü*, TALİD, 3/5, 2005

- _____, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukukunda Kanun Yolları*, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1996
- _____, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*, İstanbul, 2004
- EL-CÂBİRÎ**, Muhammed Âbid, *Çağdaş Dünya'da Şeriatın Tatbiki Problemi-İslâm Hukuk Felsefesinde Metodolojik Yeniden Yapılanmanın Zorunluluğu*, çev: Abdullah Şahin, İslâmiyat, 1/4, 1998
- EI-FÂSÎ**, Allal, *Makâsidü's-şerîati'l-İslâmiyye ve mekârimuhâ*, 1993
- EL-KÂSİM**, Abdurrahman Abdülaziz, *el-İslâm ve Taknînü'l-Ahkâm*, by, 1977
- EMON**, Anwer M., *Conceiving Islâmic Law in a Pluralist Society: History, Politics and Multicultural Jurisprudence*, Singapore Journal of Legal Studies, 2006
- ERDOĞMUŞ**, Belgin, *Roma Hukuku*, İstanbul, 1992
- ERKAL**, Mehmet, *el-Ahkâmü's-sultâniyye maddesi*, DİA
- ERMAN**, Eyüp Sabri, *Türk Devlet İdaresi ve Hukukunda Reform Hareketleri*, Adalet Dergisi, sayı: 2-3, 1973
- ERŞAHİN**, Seyfettin, *Rusya Türklerinin Mecelle Hazırlama Girişimleri*, Ahmet Cevdet Paşa, Vefatının 100.Yılına Armağan içinde, Ankara, 1997
- ERTÜRK**, Mustafa, *İmam Buhari'nin Siyaset Anlayışı: "Yöneten-Yönetilen İlişkisi"*, Marife, 1/1, 2001
- ERYILMAZ**, Bilal, *Osmanlı Devletinde Gayr-ı Müslim Tebeanın Yönetimi*, İstanbul, 1996
- ESEN**, Hüseyin, *İslâm Hukuku ve Uhrevi Sorumluluk*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 8/2006
- ESPOSITO**, John L., *Perspectives on Islâmic Law Reform: The Case of Pakistan*, New York University Journal of International Law and Politics, sayı: 13, 1980
- FAHMY**, Khaled, *The Nation and Its Deserters: Conscription in Mehmed Ali's Egypt*, International Review of Social History, 43, 1998

- FARUQUE**, Muhammad, *Sources on Islâmic Family Law: An Introductory Essay*, Canadian Law Libraries/Bibliothèques de droit Canadiennes, sayı: 22/2, 1997
- FENDOĞLU**, Hasan Tahsin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, İstanbul, 1996
- FINDIKOĞLU**, Ziyaeddin Fahri, *Aile Hukukumuzun Tedvîni Meselesi*, Ebu'lula Mardin'e Armağan, İstanbul, 1944
- _____, *Special Aspects of the Turkish Reception of Law*, Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul içinde, No: 6, 1956
- FİDAN**, Yusuf, *İslâm'da Yabancılar ve Azınlıklar Hukuku*, İstanbul, 2005
- FRANK**, Ronald, *Civil Code: General Provision*, History of Law in Japan Since 1868, Brill, 2005
- GALE**, Susan Gaylord, *A Very German Legal Science, Savigny and the Historical School*, Stanford Journal of International Law, sayı: 18, 1982
- GEÇKİL**, Aynur, *141 Numaralı Gaziantep Şeriyeye Sicili*, Fırat Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, 2006
- GEDİKLİ**, Fethi, *Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Şeriyeye Sicilleri*, TALİD, 3/5, 2005
- GOLDZİHER**, Ignaz, *Fıkıh*, İA
- GÖKBİLGİN**, M.Tayyib, *Tanzimat Hareketinin Osmanlı Müesseselerine ve Teşkilatına Etkisi*, Belleten, c: XXXI, 1967
- GÖKTÜRK**, Hüseyin Avni, *Türk Medeni Hukuku*, İkinci Kitap: Aile Hukuku, Ankara, 1954
- _____, *Türk Medeni Kanunu'nun ve Millî Bünyemizin Demokratik Karakterine Dair*, AÜHFD, cilt: 8, sayı: 3-4, 1951
- GÖRGÜN**, Hilal, *Mısır maddesi*, DİA
- GÖRMEZ**, Mehmet, *Musa Carullah Bigiyef*, Ankara, 1994
- GÖZLER**, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa, 2003
- GÖZÜBENLİ**, Beşir, *Mefkûd maddesi*, DİA

- GÖZÜBENLİ**, Beşir, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, Ahmet Cevdet Paşa Vefatının 100. Yılına Armağan İçinde, Ankara, 1997
- GRİGOR**, Aknerli, *Moğol Tarihi*, çev: Hrand D. Andreasyan, İstanbul, 1954
- GROSSİ**, Paolo, *Legal Absolutism and Private Law in the XIX. Century*, Italian Studies Law-2, Edited by: Alessandro Pizzorusso, Netherlands, 1994
- GURAYA**, Muhammed Yusuf, *Historical Background of the Compilation of the Muwatta of Malik b.Anas*, Islâmic Studies, cilt: 7/4, 1968
- GÜLENÇ**, Özlem, *Tanzimat'ın İlk Yıllarında Yapılan Yasal Düzenlemeler*, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2002
- GÜN**, Doğan, *Kanunnâme-i Sultaniyye*, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Ankara, 1996
- GÜNAY**, H. Mehmet, *Bulgaristan Başmüftülüğüne Hazırlanan 1924 Tarihli Münâkehât ve Müfârekât Tâlimatnâmesi ve Bulgar Şeriiyye Mahkemelerinde Uygulanışı*, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, sayı: 3, 2001
- _____, *Son Devir Osmanlı Hukukçusu, Küçük Ali Haydar Efendi*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2006
- GÜNGÖR**, Erol, *İslâmın Bugünkü Meseleleri*, İstanbul, 1981
- GÜR**, Ahmet Refik, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Üzerine Bir Kalem Denemesi, İstanbul, 1946
- HAÇKALI**, Abdurrahman, *Hanefî Mezhebinin İçtihat Geleneğinin Tümdengelimci Yönü Üzerine*, İslâmi Araştırmalar, cilt: 15/1-2, 2002
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki, *Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni*, AÜHFD, cilt: 45, sayı: 1-4, 1996

- _____, *Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı*, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi Sempozyumu İçinde, Ankara, 2003
- HALAÇOĞLU**, Yusuf, *Bulgaristan maddesi*, DİA
- HALLAF**, Abdulvehhab, *İslâm Hukuk Felsefesi*, çev: Hüseyin Atay, Ankara, 1973
- HALLAF**, Abdulvehhab, *İslâm Teşri Tarihi*, çev: Talat Koçyiğit, Ankara, 1970
- HALLAQ**, Wael B., *A History of Islâmic Legal Theories*, Cambridge, 1997
- _____, *From Fetwas to Furu: Growth and Change in Islâmic Substantive Law*, Islâmic Law and Society, sayı: 1/1, 1994
- _____, *Was the Gate of Ijtihad Closed*, International Journal of Middle East Studies, cilt: 16, 1984
- HAMID**, Myra, *The Political Struggles of The Ulema of Daru-ul-Uloom Deoband: Identifying and Operationalizing The Traditionalist*, 2005
- HAMİDULLAH**, Muhammed, *İslâm Hukuku Etüdleri*, Makaleler Külliyyâtı, İstanbul, 1984
- HAMPHREYS**, R.Stephen, *İslâm Hukuku ve İslâm Toplumu*, çev: Murteza Bedir, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 4/2001
- HANAĞASI**, Emel, *Hukuk Usûl Muhâkemeleri Kanunu'nun Tarihsel Gelişimi*, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Ankara, 2001
- HARNAY**, Sophie, *Was Napoleon a Benevolent Dictator? An Economic Justification for Codification*, European Journal of Law and Economics, sayı: 14, 2002
- HARTY**, Siobhan, *Lawyers, Codification, and the Origins of Catalan Nationalism, 1881–1901*, Law and History Review, sayı: 20, 2002
- HAS**, Şükrü Selim, *Halebî maddesi*, DİA
- _____, *Mülteka'l-Ebhur maddesi*, DİA
- HASHIM**, Abdulkadir, *Muslim Personal Law in Kenya and Tanzania: Tradition and Innovation*, Journal of Muslim Minority Affairs, Volume: 25, Number: 3, December 2005

- HASKINS**, George L., *A Problem in the Reception of the Common Law in the Colonial Period*, University of Pennsylvania Law Review, sayı: 97, 1948–1949
- HASSAN**, Ahmet, *İlk Dönem İslâm Hukuk İlminin Oluşumu*, çev: Haluk Songür, İstanbul, 1999
- HEAD**, John W., *Codes, Cultures, Chaos and Champions: Common Features of Legal Codification Experiences in China, Europe and North America*, Duke Journal of Comparative and International Law, cilt: 13, sayı: 1, 2003
- HEPER**, Metin, *Osmanlı Siyasal Hayatında Merkez Kenar İlişkisi*, Toplum ve Bilim, Bahar-Yaz, 1980
- HEYD**, Uriel, *Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat*, çev: Selahaddin Eroğlu, AÜİFD, cilt: 26, 1983
- _____, *Some Aspects of the Ottoman Fetva*, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, Vol: 32, No: 1, 1969
- HICKS**, Stephen C., *The Fuqaha and Islâmic Law*, The American Journal of Comparative Law, sayı: 30, 1982
- HILL**, Enid, *Mukayeseli Hukuku Bilimi*, “Modern Bir Kanunlaştırma Bilimi’nin Gelişmesinde Bir Kaynak Olarak İslâm Hukuku”, Sosyal ve Tarihi Bağlamında İslâm Hukuku İçinde, Editör: Aziz el-Azme, çev: Fethi Gedikli, İstanbul, ts.
- HOLDSWORTH**, W.S., *The Reception of Roman Law in the Sixteenth Century*, The Law Quarterly Review, 1912, sayı: I-II-III-IV
- HONIG**, Richard, *Roma Hukuku*, çev: Şemseddin Talib, İstanbul, 1948
- HONORE**, A.M., *The Background to Justinian’s Codification*, Tulane Law Review, sayı: 48, 1973–1974
- HUDA**, Shahnaz, *Anglo- Mohammedan and Anglo-Hindu Law Revisiting Colonial Codification*, Bagladesh Journal of Law, 7/1–2, 2003
- IMBER**, Colin, *Şeriattan Kanuna, Ebüssuud ve Osmanlı’da İslâmi Hukuk*, çev: Murteza Bedir, İstanbul, 2004

İBNU'L-MUKAFFA, *İslâm Siyaset Üslubu*, çev: Vecdi Akyüz, İstanbul, 2004

İNALCIK, Halil, *Adâletnâme maddesi*, DİA

_____, *Adaletnameler, Belgeler*, Türk Tarih Belgeleri Dergisi, II/3–4, 1965

_____, *Kanun*, DİA

_____, *Kanunnâme*, DİA

_____, *Kanunnâme*, İA

_____, *Mahkeme*, İA

_____, *Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları*, AÜSBFD, cilt: 13, sayı: 2, 1958

_____, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adâlet*, Adaletnâmeler, İstanbul, 2000

_____, *Türk Devletlerinde Sivil Kanun Geleneği*, Türkiye Günlüğü, sayı: 58, 1999

İZVEREN, Adil, *The Reception of the Swiss Civil Code in Turkey and the Fundamental Problems Arising in The Practise of Turkish Courts Out of This Reception of a Foreign Civil Law*, Annales de la Fac. Droit d'Istanbul içinde, No: 6, 1956

JENKS, Edward, *İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler*, çev: Mukbil Özyörük, AÜHFD, c: 7, sayı:1–2, 1950

JONES, Timothy H., *Judicial Review and Codification*, Legal Studies, sayı: 20, 2000

JONES, William C., *Theft in the Qing Code*, The American Journal of Comparative Law, cilt: 30, sayı: 3, 1982

JOSSELIN, Jean Michel, **MARCIANO**, Alain, *The Making of the French Civil Code: An Economic Interpretation*, European Journal of Law and Economics, sayı: 14, 2002

JWAİDEH, Zuhair E., *The New Civil Code of Iraq*, The George Washington Law Review, sayı: 22, 1953–1954

KADRÎ PAŞA, Muhammed, *el-Ahkâmü 'ş-şeriyye fi'l-ahvâli 'ş-şahsiyye alâ mezhebi'l-imâm Ebî Hanîfe*, by, 1909

_____, *Kânûnü'l-adli ve'l-insâf fi'l-kazâi alâ müşkilâtı'l-evkâf*, ty., Kahire

KAFALI, Mustafa, *Cengiz Han maddesi*, DİA

KALLEK, Cengiz, *Dâvûdî Ahmed b. Nasr maddesi*, DİA

_____, *Fetavâ-yı Ali Efendi maddesi*, DİA

_____, *İslâm İktisat Düşüncesi Tarihi*, İstanbul, 2004

_____, *Kerekî maddesi*, DİA

_____, *Kitâbü'l-Emvâl maddesi*, DİA

_____, *Kitabü'l-Harac maddesi*, DİA

KANAMORI, Shigenari, *German Influences on Japanese Pre-war Constitution and Civil Code*, European Journal of Law and Economics, sayı: 7, 1998

KANDEMİR, M. Yaşar, *Hadis maddesi*, DİA

_____, *Muvatta maddesi*, DİA

KARA, Seyfullah, *Büyük Selçuklular ve Mezhep Kavgaları*, İstanbul, 2007

KARADENİZ, Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara, 1974

KARAL, Enver Ziya, *Tanzimattan Evvel Garplılaşma Hareketleri*, Tanzimat I içinde

KARAMAN, Hayreddin, *Fıkıh maddesi*, DİA

_____, *İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1989

_____, *İslâm Hukukunda İctihad*, İstanbul, 1996

_____, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul, 1986

KARCİC, Fikret, *Applying the Shariah in Modern Societies: Main Developments and Issues*, Islâmic Studies, 40: 2, 2001

KAŞIKÇI, Osman, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul, 1997

KATIFI, A.H., *Doğu Arap Dünyasında Hukukî Modernleşmenin Birkaç Yönü*, çev: Münir Koştaş, AÜHFD, cilt: 27, 1985

KATTAN, Menna', *Tarihü't-teşrîi'l-İslâmî*, Kahire, 1989

- KAVAKÇI**, Yusuf Ziya, *Suriye-Roma Kodu ve İslâm Hukuku*, Ankara, 1975
- KAYA**, Ali, *İslâm Hukukunda Örfün Kaynaklık Değerinin Sınırları Konusuna Hukuk Felsefesi Açısından Bir Yaklaşım*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 5/2005
- KAYA**, Eyüp Said, *Mâlikî mezhebi maddesi*, DİA
 _____, *Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlâl*, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2001, İstanbul
 _____, *Muhtasar maddesi*, DİA
- KAYA**, Süleyman, *Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları*, TALİD, 3/5, 2005
- KAYABAŞ**, Ebru, *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, İstanbul ÜSBE, 2002
- KENANOĞLU**, M. Macit, *1858 Arazi Kanunnâmesi ve Uygulanması*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, sayı: 1, 2006
 _____, *Osmanlı Kanunnâmeleri Neşriyatı Üzerine Bir Tahlil*, TALİD, 3/5, 2005
- KENNEDY**, Charles H., *Islamization in Pakistan: Implementation of the Hudood Ordinances*, Asian Survey, Vol: 28, No: 3, 1988
- KESKİOĞLU**, Osman, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, Ankara, ts
- KHADDURİ**, Majid, *Nature and Source of Islâmic Law*, The George Washington Law Review, Vol: 22, 1953–1954
- KILIÇ**, Muharrem, *İslâm Hukukunun Doğasına Klasik Oryantalist Bir Bakış: N. J. Coulson Örneği*, Marife, 2/3, 2002
- KING**, Edward-**HAWLEY** Joseph, *İngiliz Common Law'unun Gelişmesi*, çev: İlhan Lütem, AÜHFD, c: 16, sayı:1–4, 1959
- KIZILKAYA**, Necmettin, *Hanefî Furû-ı Fıkıh Eserlerinde Fıkhî Kâidelerin Uygulama Alanına Bir Örnek Olarak Bedâi'u's-Sanâi'*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 8 / 2006
- KOCA**, Ferhat, *el- Fetâvâ't- Tatarhâniyye maddesi*, DİA

_____, *el- Fetâvâl-Velvâliciyye maddesi*, DİA

_____, *Fatwakhana: A Division of the Ottoman State's Office of the Shaykh al-Islam*, Ekev Akademi Dergisi, sayı: 16, 2003

_____, *Hanbelî maddesi*, DİA

_____, *Mezhep maddesi*, DİA

_____, *Molla Hüsrev maddesi*, DİA

KOCOUREK, Albert, *Factors in the Reception of Law*, Tulane Law Review, sayı:10, 1936

KOSCHAKER, Paul, *Mukayeseli Hukuk Tarihi*, çev: Kudret Ayiter, AÜHFD, cilt:11, sayı:1-2,1954

_____, *Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, çev: Kudret Ayiter, Ankara, 1950

KOURIDES, P. Nicholas, *The Influence of Islâmic Law on Contemporary Middle Eastern Legal Systems: The Formation and Binding Force of Contracts*, Columbia Journal of Transnational Law, sayı:9/2, 1970

KÖPRÜLÜ, M. Fuad, *Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine Tesiri Hakkında Bazı Mülâhazalar*, İstanbul, 1931

_____, *Fıkıh maddesi*, İA.

_____, *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi*, İstanbul, 1983

KÖSE, Saffet, *Din Özgürlüğü ve Barış Yolunda İki Farklı Tecrübe*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 5/2005

_____, *el-Mecmû' maddesi*, DİA

_____, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul, 1997

_____, *Mustafa Ahmed ez-Zerkâ: Hayatı-Eserleri-İslâm Hukuku ile İlgili Bazı Görüşleri- Fetvalarından Örnekler*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005

_____, *Osmanlıda Şeri Cezalar*, İslâmiyat, 2/4, 1999

KRAMERS, J. H., *Şeyhülislâm maddesi*, İA

KUBALI, Hüseyin Nail, *Les Factours Determinants de la Reception En Turquie et Leur Porte Respective*, Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, No: 6, 1956

KURU, Baki, *1794 Tarihli Prusya Umumî Memleket Kanunu'nda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanunu'nda (ABGB) Kanunların Tefsiri*, AÜHFD, c: 15, sayı: 1-4, 1958

_____, *Hukuk Muhâkemeleri Usûlü*, Ankara, 1968

KUTLUER, İlhan, *İbnü'l Mukaffa' maddesi*, DİA

KÜÇÜK, Eşref, *XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Romayı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku*, AÜHFD, cilt: 56, sayı: 4, 2007

KÜTÜKOĞLU, Mübâhat, *Ahidnâme maddesi*, DİA

_____, *Ferman maddesi*, DİA

LAMBTON, A. K. S., *Justice in the Medieval Persian Theory of Kingship*, Studia Islamica, sayı: 17, 1962

LAYİSH, Aharon, *The Fatwa as an Instrument of the Islamization of a Tribal Society in Process of Sedentarization*, Bulletin of the School of Oriental and African Studies, University of London, Vol: 54, No: 3, 1991

LEVASSEUR, Alain, *Code Napoleon or Code Portalis?*, Tulane Law Review, sayı: 43, 1968-1969

LEVİNE, Ross, *Endowments and Property Rights*, Journal of Economic Perspectives, cilt:19, sayı:3, 2005

LHEİNSTEİN, Max, *Types of Reception*, Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul İçinde, No: 6, 1956

LIEBESNY, Herbert J., *Comparative Legal History: Its Role in the Analysis of Islâmic and Modern Near Eastern Legal Institutions*, American Journal of Comparative Law, sayı: 20, 1972

- LIPSTEIN, K.**, *The Reception of Western Law in Turkey*, Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul İçinde, No: 6, 1956
- LOBINGIER, Charles Sumner**, *Napoleon and his Code*, Harvard Law Review, sayı: 32, 1918–1919
- MAHMASÂNÎ**, Subhî, *el-Evdâ'u't teşrîiyye fi'd-düveli'l-Arabiyye Mâdîhâ ve Hâdıruhâ*, Beyrut, 1981
- _____, *İslâm Hukukunun Tedvîni II*, çev: İbrahim Kâfi Dönmez, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, sayı: 4, 1986
- MAHMUTOĞLU, Yakup**, *19. ve 20. yy. da Tunus'ta Pozitif Hukukun Gelişimi*, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, MÜSBE, Ortadoğu ve İslâm Ülkeleri Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 1999
- MAILLET, Jean**, *The Historical Significance of French Codifications*, Tulane Law Review, sayı: 44, 1969–1970
- MAKDISI, John**, *Legal Logic and Equity in Islâmic Law*, The American Journal of Comparative Law, sayı: 33, 1985
- MALKAÇ, Mehmet**, *Ana Hatlarıyla Mecelle ve Mecelle İle İlgili Bibliyografik Çalışma*, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi SBE, Sakarya, 2001
- MARDİN, Ebu'l-Ula**, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa (1822–1895)*, Ankara, 1996
- _____, *Kadı maddesi*, İA
- MARTIN, Jose-Domingo Rodriquez**, *A Handbook for Alaric's Codification*, Exeter, 1999
- MASUD, Muhammad Khalîd**, *Islamic Legal Interpretation. Muftis and Their Fatwas*, Harvard University Press, 1996
- _____, *Fetâvâ-yı Darü'lulûm-ı Diyûbend maddesi*, DİA
- MEANS, Robert**, *Codification in Latin America: The Colombian Commercial Code of 1853*, Texas Law Review, sayı: 52, 1973–1974

- MEIJER**, Gerrit, *Influence of the Code Civil in the Netherlands*, European Journal of Law and Economics, sayı: 14, 2002
- MENEKŞE**, Ömer, *Osmanlı'da Zina Cezası Olarak Recm*, Marife, 3/2, 2003
- MENSKI**, Werner F., *Günümüz Güney Asya Müslüman Hukuku: Bir Tanıtım*, çev: Ahmet Hamdi Furat, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005
- MERON**, Ya'akov, *Marghinani, His Method and His Legacy*, Islâmic Law and Society, 9/3, 2002
- _____, *The Moslem Marriage Between Status and Contract*, Studia Islamica, No: 92, 2001
- MESUD**, Muhammed Halid, *İslâm Hukuk Teorisi*, çev: Muharrem Kılıç, İstanbul, 1997
- MILLER**, A. Ruth, *The Ottoman and Islamic Substratum of Turkey's Swiss Civil Code*, Journal of Islamic Studies, 11/3, 2000
- MİROW**, M.C., *The Power of Codification in Latin America: Simon Bolivar and the Code Napoleon*, Tulane Journal of International and Comparative Law, sayı: 8, 2000
- MOLLNAU**, Karl A., *The Contributions of Savigny to the Theory of Legislation*, The American Journal of Comparative Law, sayı: 37, 1989
- MORCOS**, Soliman, **FARAG**, Wadie, *Yeni Mısır Medeni Kanunu*, çev: Coşkun Üçok, AÜHFD, c: 10, sayı: 1-4, 1953
- NADOLSKI**, Dora Glidewell, *Ottoman and Secular Civil Law*, International Journal of Middle East Studies, Vol: 8, No: 4, 1977
- NALLİNO**, Carlo, *İslâm Hukuku*, çev: Akif Erginay, AÜHFD, c: 11, sayı: 1-2, 1954
- NAMLI**, Tuncer, *Tanzimat Sonrası Dönem Kanunlaştırmaları Karşısında İslâm Âlimlerinin Aldığı Tavrı Ve Bunun Neticeleri*, Erciyes Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Kayseri, 1988
- NEDVİ**, Ali, *el-Kavâidu'l-Fıkhiyye*, Dimeşk, 1994
- OĞUZ**, Arzu, *Türk Medeni Hukukunun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü*, AÜHFD, c: 55, sayı: 1-2, 2006

- OKANDAN**, Recai Galip, *Umumî Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul, 1952
- OKİÇ**, M. Tayyib, *Osman Öztürk-Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle Tanıtım Yazısı*, İslâm Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, cilt: VI, sayı: 1-2, 1975
- OKUMUŞ**, Ejder, **CİHAN**, Ahmet, **AVCI**, Mustafa, *Osmanlı Devletinde Eğitim, Hukuk ve Modernleşme*, İstanbul, 2006
- _____, *Osmanlı Şibih-laik Tanzimat Devleti'nin Oluşum Sürecinde Ekonomide Laikleşmenin Belirtileri*, İslâmi Araştırmalar, sayı: 19/1, 2007
- OKUR**, Kâşif Hamdi, *Para Vakıfları Bağlamında Osmanlı Hukuk Düzeni ve Ebüssuûd Efendinin Hukuk Anlayışı Üzerine Bazı Değerlendirmeler*, Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2005/1-2, cilt: IV, sayı: 7-8
- OLİVELLE**, Patrick, *Manu's Code of Law*, Oxford University Press, 2004
- ONAR**, Sıddık Sâmi, *Osmanlı İmparatorluğu'nda İslâm Hukukunun Bir Kısımının Codification'u*, Mecelle, İÜHFM, c: 20, sayı:1-4, İstanbul, 1955
- ORTAYLI**, İlber, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı*, Ankara, 1994
- _____, *Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri Üzerine*, Türk Siyasal Hayatının Gelişimi, İstanbul, 1986
- OUSSAMA**, Arabi, *Marcel Morand and the Codification of le Droit Musulman Algerian*, Journal of Islâmic Studies, Vol: II, Issue: 1, 2000
- ÖĞÜT**, Salim, *Buhârî maddesi*, DİA
- _____, *Ebû Yûsuf maddesi*, DİA
- _____, *Fetavây-ı Feyziyye maddesi*, DİA
- ÖZ**, Ragıp, *20.yy.da Irak Medeni Hukukunun Gelişimi*, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, MÜSBE Ortadoğu ve İslâm Ülkeleri Enstitüsü, İstanbul, 2001
- ÖZEL**, Ahmet, *Behçetü'l-Fetâvâ*, DİA
- _____, *Bezzâzî maddesi*, DİA

_____, *el-Âlemgiriyye*, DİA

_____, *Fıkıh maddesi*, DİA

_____, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, Ankara, 1990

_____, *Hanefî maddesi*, DİA

_____, *Kâdîhân maddesi*, DİA

_____, *Mâlik b. Enes maddesi*, DİA

ÖZEN, Şükrü, *Furûk maddesi*, DİA

_____, *Kadilkudat maddesi*, DİA

_____, *Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü*, TAİD, 3/5, 2005

ÖZKORKUT, Nevin Ünal, *Hukuk Devleti Düşüncesinin Osmanlı Devlet Yapısına Etkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2000

_____, *Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi*, AÜHFD, cilt: 52, sayı: 4, 2003

ÖZSUNAY, Ergun, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul, 1976

_____, *Türkiye’de Yabancı Hukukun Benimsenmesi Hareketi İçinde Türk Medeni Kanunu’nun Anlamı ve Önemi*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Medeni Kanunun 50.Yıl Sempozyumu, Tebliğler İçinde, İstanbul, 1978

_____, *Yabancı Hukukun Benimsenmesi Yoluyla Bir Çağdaşlaşma Modeli: Kemalist Hukuk Devrimi Üzerine Gözlemler ve Değerlendirmeler*, III. Türk Hukuk Kurultayı, Türk Hukuk Devrimi İçinde, Ankara, 1981

ÖZTAN, Bilge, *Medeni Kanunun Kabulünün 70.Yılında Aile Hukuku*, AÜHFD, c: 44, sayı: 1–4, 1995

ÖZTÜRK, Osman, *The Impact of Mecelle in Arab Countries*, Studies on Turkish-Arabic Relations, Annual, 1986

PARRY, Clive, *İngiliz Hukuk Sistemi*, çev: Fadıl H. Sur, AÜHFD, c: 1, sayı: 3, 1943

- PEKCAN, Ali**, *İslâm Hukuku Literatüründe Fıkhın Genel Kurallarına Dair İlk Risale*, İslâmi Araştırmalar, cilt: 16/2, 2003
- PETERS, Rudolph**, *For His Correction and as a Deterrent Example For Others, Mehmed Ali's First Criminal Legislation (1829–1830)*, İslâmic Law and Society, 6/2, 1999
- _____, *From Jurists' Law to Statue Law or What Happens When the Sharia is Codified*, Mediterranean Politics, Vol: 7, Issue: 3, 2002
- _____, *İslâmic and Secular Criminal Law in Nineteenth Century Egypt: The Role and the Function of Qadi*, İslâmic Law and Society, sayı: 4/1, 1997
- _____, *İslâmization of Criminal Law: A Comparative Analysis*, Die Welt des Islams, Vol: 34, Issue: 2, 1994
- PIXLEY, Michael M.**, *The Development and Role of the Şeyhülislâm in Early Ottoman History*, Journal of the American Oriental Society, Vol: 96, No: 1, 1976
- POWERS, David S.**, *Orientalism, Colonialism, and Legal History: The Attack on Muslim Family Endowments in Algeria and India*, Comparative Studies in Society and History Vol: 31, No: 3, 1989
- QURESHI, Tufail Ahmad**, *Methodologies of Social Change and Islamic Law*, Hamdard İslâmicus, cilt: 10, sayı: 2, 1987
- REIMANN, Mathias**, *The Historical School Against Codification: Savigny, Carter and the Defeat of the New York Civil Code*, The American Journal of Comparative Law, sayı: 37, 1989
- REICHEL, Hans**, *Kanun ve Kaza*, çev: Sabri Şakir Ansay, AÜHFD, c: 8, sayı: 1–2, 1951
- REPP, Richard**, *Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat*, Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslâm Hukuku, Editör: Aziz el- Azme, çev: Fethi Gedikli, İstanbul, ts.
- RHEINSTEIN, Max**, *Types of Reception*, Les Annales de la Faculte' de Droit d'Istanbul, No: 6, 1956

- ROBINSON**, Francis, *Secularisation, Weber and Islam*, eprints. rhul. ac. uk/335/1/Weber. pdf
- ROTH**, Martha T., *Hammurabi's Wronged Man*, Journal of the American Oriental Society, Vol: 122, No: 1, 2002
- ROWE**, Michael, *Debate: Napoleon and the Post-Revolutionary Management of Sovereignty*, Modern&Contemporary France, cilt: 8, sayı: 4, 2000
- RÖHL**, Wilhelm, *History of Law in Japan Since 1868*, edited by: Wilhelm Röhl, Brill, 2005
- RÜCKERT**, Joachim, *The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence After 1900*, The American Journal of Comparative Law, sayı: 37, 1989
- SAİD**, Edward, *Oryantalizm*, çev: Selahattin Ayaz, İstanbul, 1982
- SAVA PAŞA**, *İslâm Hukuku Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*, Ankara, cilt: 1, 1955
- SCHACHT**, Joseph, *Problems of Modern Islâmic Legislation*, Studia Islâmica, sayı:12, 1960
- _____, *İslâm Hukukuna Giriş*, çev: Mehmet Dağ, Abdülkadir Şener, Ankara, 1977
- SCHUSTER**, Ernest J., *The Swiss Civil Code, Journal of Comparative Legislation and International Law*, cilt: 5, sayı: 4, 1923
- SCHWARZ**, Andreas B., *Bugünkü Hususî Hukuk Kanunlaştırmalarında İsviçre Medeni Kanunu'nun Tesiri*, Adalet Dergisi, sayı: 8, 1948
- _____, *Medeni Hukuka Giriş*, ter: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, İstanbul, 1942
- _____, *Medeni Hukukta Umumî Kısım Meselesi, Mevzuatta ve Hukuk İlminde Tarihte ve Bugün*, Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçinde
- _____, *Roma Hukuku Dersleri*, çev: Türkan Rado, İstanbul, 1945

- SERRANO**, Delfina, *Legal Practise in an Andalusi-Maghribi Source From The Twelfth Century Ce: The Madhab Al-Hukkam Fi Nawazil Al-Ahkam*, Islâmic Law and Society, sayı:7/2, 2000
- SERTTAŞ**, Binnur Temuroğlu, *Hammurabi Kanunu ve Bu Kanunun Diğer Kanunlara Etkisi*, Gazi Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Ankara, 2002
- SEVİĞ**, Vasfi Raşid, *Fıkıh ve Medeni Kanun*, AÜHFD, cilt: 8, sayı: 3–4, 1951
- _____, *X. Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhâkemeleri Usûlü ve Gelişmesi*, AÜHFD, cilt: 13, sayı: 3–4, 1956
- SEYİTDANLIOĞLU**, Mehmet, *Divan-ı Hümayundan Meclis-i Mebusana Osmanlı İmparatorluğu'nda Yasama*, Osmanlı Ansiklopedisi, cilt:6
- _____, *Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ*, Ankara, 1994
- SFEIR**, George N., *The Place of Islâmic Law in Modern Arab Legal Systems: A Brief for Researchers and Reference Librarians*, International Journal of Legal Information, 28/1, 2000
- SHAPIRO**, Barbara, *Codification of the Laws in Seventeenth Century England*, Wisconsin Law Review, 1974
- SMITHERS**, William W., *The Code Napoleon*, The American Law Register, sayı: 49, 1901
- SONGÜR**, Haluk, *Abdülkâdir Udeh: Hayatı-Eserleri ve İslâm Hukukuna Katkısı*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005
- SÖNMEZ**, M.Ali, *Hadis Usûlü ve Tarihi*, Bursa, 1993
- SÜMER**, Faruk, *Akkoyunlular maddesi*, DİA
- SWARTZ**, W.R., *Codification in Latin America: The Brazilian Commercial Code of 1850*, Texas International Law Journal, sayı: 10, 1975
- ŞABAN**, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, çev: İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara, 1996
- ŞAFAK**, Ali, *el-Ahkâmü's-sultâniyye maddesi*, DİA
- _____, *Hukukun Temel İlkeleri Açısından Mecelle'ye Bir Bakış*, Ahmet Cevdet Paşa Sempozyumu İçinde, Ankara, 1997

- _____, *İslâm Hukukunun Tedvîni*, Erzurum, 1978
- ŞAHİN**, Hidayet, *İslâm Hukukunda İftâ Usûlü*, Selçuk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Konya, 1995
- ŞAHİN**, Mustafa, *İslâm Hukukunda Fetva ve Osmanlı Dönemi Fetva*, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi SBE, 2000
- ŞAHİN**, Osman, *İslâm Hukukunda Fetva Usûlü*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi SBE, Samsun, 2002
- ŞENSOY**, Naci, *The Reception of Foreign Codes of Criminal Law and Criminal Procedure in Turkey*, Les Annales de la Faculté' de Droit d'Istanbul, No: 6, 1956
- ŞENTOP**, Mustafa, *Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü*, TALİD, 3/5, 2005
- TANER**, Tahir, *Ceza Hukuku*, İstanbul, 1949
- _____, *Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku*, Tanzimat I İçinde, 1940
- TANÖR**, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul, 2001
- TELKENAROĞLU**, M. Rahmi, *Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî ve Hugo Grotius'un Devletler Hukukuna Etkileri*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 5/2005
- TİMUR**, Hıfzı, *The Place of Islâmic Law in Turkish Law Reform*, Annales de la Faculté' de Droit d'Istanbul, No: 6, 1956
- TOPÇUOĞLU**, Hamide, *Eski İsrail Hukukunun Menşei, Hususiyetleri ve Hammurabi Kanunu ile Olan Münasebetleri*, AÜHFD, c: 5, s: 1-4, 1948
- TOSUN**, Mebrure, *Hammurabinin Toprak Kanunları*, DTCTF Dergisi, cilt: XXI, sayı: 3-4, 1963
- _____, *Sümer, Babil ve Asurlularda Hukuk, Kanun ve Adalet Kavramları ve Bunlarla İlgili Terimler*, Belleten, cilt: XXXVII, sayı: 148, Ankara, 1973

- TOSUN**, Mebrure-**YALVAÇ**, Kadriye, *Sümer-Babil Asur Kanunları ve Ammi Şaduqa Fermanı*, Ankara, 1975
- TUĞ**, Salih, *İslâm Ülkelerinde Anayasa Hareketleri*, İstanbul, 1969
- TUĞLACI**, Pars, *İktisadi ve Hukukî Terimler Sözlüğü*, İngilizce-Fransızca-Türkçe, İstanbul, 1965
- TUNC**, Andre, *The Grand Outlines of the Code Napoleon*, Tulane Law Review, sayı: 29, 1954–1955
- TÜRCAN**, Talip, *Fıkıhdan İslâm Hukukuna*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 6/2005
- _____, *Hukukî Merkezileşme ve Fıkıh*, İslâmiyat, 8/1, 2005
- UDEH**, Abdülkadir, *et Teşriu'l-Cinâîyyü'l-islâmî mukârinen bi'l-kânûni'l-vadî*, Beyrut, ts
- UMAR**, Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, İzmir, 1998
- USMANI**, Muhammad Taqî, *The Islâmization of Laws in Pakistan: The Case of Hudud Ordinances*, The Muslim World, Vol: 96, 2006
- ÜÇOK**, Coşkun, **MUMCU** Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, 1981
- ÜÇOK**, Coşkun, *Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış*, AÜHFD, c: 7, sayı: 1–2, 1950
- _____, *İslâm Hukukunun Temel Kurallarından İçtihatla İçtihat Nakz Edilmez*, İmran Öktem'e Armağan İçinde, Ankara, 1970
- _____, *Medeni Kanunumuz ve Türkiye'nin Hukukî Bünyesi*, AÜHFD, c: 8, sayı: 3–4, 1951
- _____, *Osmanlı Kanunnâmelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler*, AÜİFD, Ankara, cilt: IV, sayı: 1–4, 1947–1948
- _____, *Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye'de Kuruluşu*, Ord. Prof.Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan İçinde, Ankara, 1964

ÜNAL, Mehmet, *Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnâmesi*, AÜHFD, cilt: 34, sayı: 1–4, 1978

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, *De Certains Problemes Provenant De La Reception Du Code Civil Suisse En Turquie*, Annales de la Faculte' de Droit d'Istanbul, No: 6, 1956

_____, *İslâm Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri ve Bunun Batı Hukuk Sistemleriyle İlişkileri*, Fikret Arık'a Armağan İçinde, Ankara, 1973

_____, *İsviçre Medeni Kanunu Karşısında Türk Medeni Kanunu*, Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçinde

_____, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, İstanbul, 1940

_____, *Türk Hukuk Hayatındaki Düalizm ve Şerî Hukuktan Laik Hukuka Geçiş*, Yargıtay 100.Yıldönümü Armağanı İçinde, İstanbul, 1968

_____, *Türk Medeni Hukukunun Umumî Esasları*, İstanbul, 1951

_____, *Hukukta Tarihçilik ve Medeni Kanunlarda Değişme Zorunluğu*, Ankara Barosu Staj Konferansı, Ankara, 1972

VİZANÎ, Halid, *Menhecü'l-Fikri'l-Kanûnî fî'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Usûl, sayı: 4/2, 2005

WAGNER, Wienczyslaw, *Codification of Law in Europe and the Codification Movement in the Middle of the Nineteenth Century in the United States*, Saint Louis University Law Journal, sayı: 2, 1952–1953

WANG, Limin, *The Tang Code and the Early Social Development of The Tang Dynasty*, US-China Law Review, cilt: 2, sayı: 7

WASSEL, Mohamed, *The Islâmic Law, Its Application As It Was Revealed In The Quran and Its Adaptability to Cultural Change*, cilt: 6, sayı: 1, 1983

WATSON, Alan, *Aspects of Reception of Law*, The American Journal of Comporative Law, sayı: 44, 1996

- WEIDNER**, Ernst, *Dünyanın En Eski Kanunnâmeleri (Eski Şarkta Yeni Buluntular)* çev: Hasan Sevimcan, AÜHFD, cilt: 7, sayı: 1-2, 1950
- WEILL**, Herman, *Judicial Reform in Eighteenth Century Prussia: Samuel von Cocceji and the Unification of the Courts*, The American Journal of Legal History, sayı: 4, 1960
- WEINACHT**, Paul-Ludwig, *The Sovereign German States and the Code Napoleon. What Spoke for its Adoption in the Rhine Confederation?* European Journal of Law and Economics, sayı: 14, 2002
- WEISS**, Bernard, *İslâm Hukukunda Yorum: İctihad Teorisi*, çev: Menderes Gürkan, Marife, 3/2, 2003
- WELCHMAN**, Lynn, *The Development of Islâmic Family Law in The Legal System of Jordan*, Internatioanal and Comparative Law Quarterly, sayı: 37, 1988
- WILSON**, J. Dove, *The Recent Progress of Codification*, The Juridical Review, sayı: 3, 1891
- YAMAN**, Ahmet, *Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri Ya Da İslâm Hukukunun Genel İlkeleri*, Marife, 1/1, 2001
- _____, *Hukukun Üstünlüğü Bağlamında Çok Hukukluluk Tartışmalarına Fıkhi Bir Yaklaşım*, İslâmi Araştırmalar, 14/2, 2001
- _____, *İslâm Hukuk İlmi Açısından Makâsıd İctihadının Ya Da Teleolojik Yorum Yönteminin İlkeleri Üzerine*, Marife, 2/1, 2002
- _____, *İslâm Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, Ankara, 1998
- _____, *İslâm Hukukunun Oluşum Süreci ve Sonrasında Siyaset Hukuk İlişkisi*, Konya, 2004
- _____, *Kuran'da Yasamanın Arka Planı Olarak Ahlâk*, Marife, 6/1, 2006
- _____, *Osmanlı Pozitif Hukukunun Şerîliği Tartışmalarına Eleştirel Bir Katkı*, İslâmiyât, 8/1, 2005
- YAŞAROĞLU**, M. Kamil, *Pakistan'da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1996

YAVUZ, Hulusi, *Impact of Mecelle in Arab Countries, Studies on Turkish – Arab Relations*, Annual, 1986

_____, *Mecelle'nin Tedvini ve Cevdet Paşa'nın Hizmetleri*, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, 27–28 Mayıs 1985, Bildiriler, İstanbul, 1986

YAVUZ, Yunus Vehbi, *Osmanlı Sultanı Mehmed Reşad Döneminde Kocası Kaybolan Kadının Evlenmesine İmkân Veren Fıkhî Hüküm Değişikliği ile İlgili Bir Vesika*, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 1/2003

YAYCIOĞLU, Ali, *Ottoman Fetva*, Bilkent Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Y.Lisans Tezi, 1997

YEKEN, Fethi, *Abdülkâdir Udeh maddesi*, DİA

YILDIRIM, Ahmet, *İbn Zencûye maddesi*, DİA

YILDIZ, Hakkı Dursun, *Abbasîler maddesi*, DİA

_____, *Abdullah b. Tahir maddesi*, DİA

YİNANÇ, Refet, *Dulkadiroğulları maddesi*, DİA

ZAFARUL İSLÂM, *Development of Islamic Jurisprudence in Sultanate Period*, Hamdard Islâmicus, cilt: 13, sayı: 1, 1990

ZAJTAY, İmre, *Reception of Foreign Laws and Unification of Law*, Louisiana Law Review, sayı: 35, 1974–1975

ZERKÂ, Mustafa Ahmed, *İslâm Hukuk Ekolleri ve Maslahat Prensibi*, çev: Ali Pekcan, İstanbul, 2007

_____, *Sıyağa Kanûniye li-nazariyyeti't-teassüf bi'stimaili'l- hak fi'l-kanuni'l-İslâmî*, Amman, 1987

ZEYDÂN, Abdülkerim, *Nizâmü'l-Kadâ fi ş-şerâiti'l-İslâmiyye*, Beyrut, 1997

ZUHAYLÎ, Muhammed, *Târîhü'l-Kadâ fi'l-İslâm*, Beyrut, 1995

ZUHAYLÎ, Vehbe, *Cuhûdu Taknîni'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Beyrut, 1987

WEB TABANLI KAYNAKLAR

<http://campus.lakeforest.edu/academics/greece/DAArchClas.html>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://de.wikipedia.org/wiki/Franz_von_Zeiller, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/Abdel-Razzak_Al-Sanhuri, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://en.wikipedia.org/wiki/ABGB>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/Arab_nationalism, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/B%C3%BCrgerliches_Gesetzbuch, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://en.wikipedia.org/wiki/Dharmasastra>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/Egyptian_Civil_Code, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/Egyptian_Judicial_System, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/Eugen_Huber, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Karl_von_Savigny, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/German_Confederation#Bismarck_and_the_Wars_of_Unification, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://en.wikipedia.org/wiki/Manusmriti>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://en.wikipedia.org/wiki/Mudawana>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/Organisation_of_the_Islamic_Conference, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/Tsardom_of_Russia, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://en.wikipedia.org/wiki/Tunisia>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/Twelve_Tables, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/Warren_Hastings, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://en.wikipedia.org/wiki/ZGB>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

[http://euphrates.wpunj.edu/courses/hist330-](http://euphrates.wpunj.edu/courses/hist330-60/Supplementary%20Material/HTML/Ulozhenie.html)

[60/Supplementary%20Material/HTML/Ulozhenie.html](http://euphrates.wpunj.edu/courses/hist330-60/Supplementary%20Material/HTML/Ulozhenie.html), Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://faculty.cua.edu/pennington/Law508/GermanLegalHistory.htm>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://history-world.org/draco_and_solon_laws.htm, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://law.jrank.org/pages/9916/Roman-Law.html>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://plato.stanford.edu/entries/grotius/> Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://tr.wikipedia.org/wiki/Alman_Milli_Birli%C4%9Fi%27nin_Kurulu%C5%9Fu, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://tr.wikipedia.org/wiki/Almanya>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://tr.wikipedia.org/wiki/Vestfalya_Antla%C5%9Fmas%C4%B1, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://tr.wikipedia.org/wiki/Birle%C5%9Fik_Arap_Cumhuriyeti, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://tr.wikipedia.org/wiki/Liberalizm>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://tr.wikipedia.org/wiki/Otto_von_Bismarck, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://www.aals.org/am2004/İslâmiclaw/familylaw.htm>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://www.answers.com/topic/law-code-of-1649>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://www.britannica.com/eb/article-6759/Solon>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://www.britannica.com/eb/topic-170671/article-9031112>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://www.dur.ac.uk/a.k.harrington/1649code.html>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://www.fordham.edu/halsall/india/manu-full.html>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://www.indiana.edu/~g380/Laws.pdf>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://en.wikipedia.org/wiki/Great_Qing_Legal_Code Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/csp/Csp2000.htm>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://www.law.emory.edu/ifl/legal/ghana.htm>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://www.law.harvard.edu/library/collections/special/books/russia.php>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

http://www.surrey.ac.uk/law/German/Comparative_Law/Vorlesung_Deutsche_Rechtsgeschichte20030127.doc, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

<http://www.wsu.edu/~dee/MESO/CODE.HTM>, Son erişim tarihi 17.10.2008'dir.

ÖZET

Kılıç, Muhammed Tayyib, İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu, Doktora Tezi, Danışman: Prof. Dr. Şamil Dağcı, s. 294

Tez giriş, dört bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Girişte tezin ana çerçevesi ve metodu ortaya konmuştur.

Birinci bölümde, benimseme, zorla benimsetme, bir hukuki olgunun aktarılması ile kanunlaştırma kavramının genel çerçevesi ele alınmıştır.

İkinci bölümde, genel hukuk tarihindeki başlıca kanunlaştırma faaliyetleri ele alınmıştır. Hammurabi Kanunlaştırması, Manou Kanunu, Bochoris Kanunu, Dracon Kanunu, Solon Kanunu, On iki Levha Kanunu, Corpus Juris Civilis, Tang Hanedanlığı Kanunu, Qing Hanedanlığı Kanunu, Cengiz Han Yasası, Prusya Genel Memleket Kanunu, Fransız Kanunlaştırması, Avusturya Kanunlaştırması, Hollanda Kanunlaştırması, Alman Kanunlaştırması, Rusya Kanunlaştırması ve İsviçre Kanunlaştırması üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde, örneklerini genel hukuk tarihinde gördüğümüz tarzda müstakil bir kanunlaştırmanın İslam hukuk tarihinde meydana gelmediği üzerinde durulmuştur. İslâm hukukunun ilahi kaynaklı bir hukuk sistemi olması ve içtihat düşüncesine dayalı olması nedeniyle meydana gelen kanunlaştırmalar şekli kanunlaştırma kapsamında mütalaa edilmiştir.

Dördüncü bölümde ise İslâm hukuk tarihinde ortaya çıkan şekli kanunlaştırma faaliyetleri incelenmiştir. Bu bağlamda Emevîler, Abbasiler, Selçuklular ve Osmanlı Dönemi kanunlaştırma faaliyetleri ile son dönem İslâm ülkelerinde yapılan hukukun İslâmileştirilmesi çalışmaları ele alınmıştır.

ABSTRACT

Kılıç, Muhammed Tayyib, Codification in Islamic Law, PhD Thesis, Supervisor: Professor Şamil Dağcı, p. 294

This thesis consists of an introductory chapter, four main chapters and a concluding chapter.

The introductory chapter lays down the general frame of the thesis and research methodology.

Chapter I takes the reception, imposition, transformation of a legal phenomenon and codification.

Chapter II deals with codification actions in the general history of law. In this chapter takes Hammurabi Codex, Laws of Manou (Manu's Code of Law), Laws of Dracon, Bochoris Code, Solon Laws, Twelve Tables, Corpus Juris Civilis, Tang Code, Qing Code, The Yassa Code (Code of Law Yassa- Genghis Khan), The Prussian Code (Code Frederic), Code Napoleon, Allgemeines Gesetzbuch der Österreich (The Civil Code of Austria), Burgerlijk Wetboek (The Civil Code of Netherlands), Bürgerliches Gesetzbuch (The Civil Code of Germany), Sobornoe Ulozhonie and Zivilgesetzbuch (Swiss Civil Code).

Chapter III deals with codification in Islamic Law. In this chapter takes the Islamic Law based on revelation and interpretation. Therefore codification actions that in history of Islamic Law is named formal codification not substantive codification.

Chapter IV deals with formal codification actions in the history of Islamic Law. In this chapter takes codification actions in Umayyads, Abbadis, Seljuqs and Ottoman periods. Also takes Islamization of law which was happened in the late period of Islamic countries.