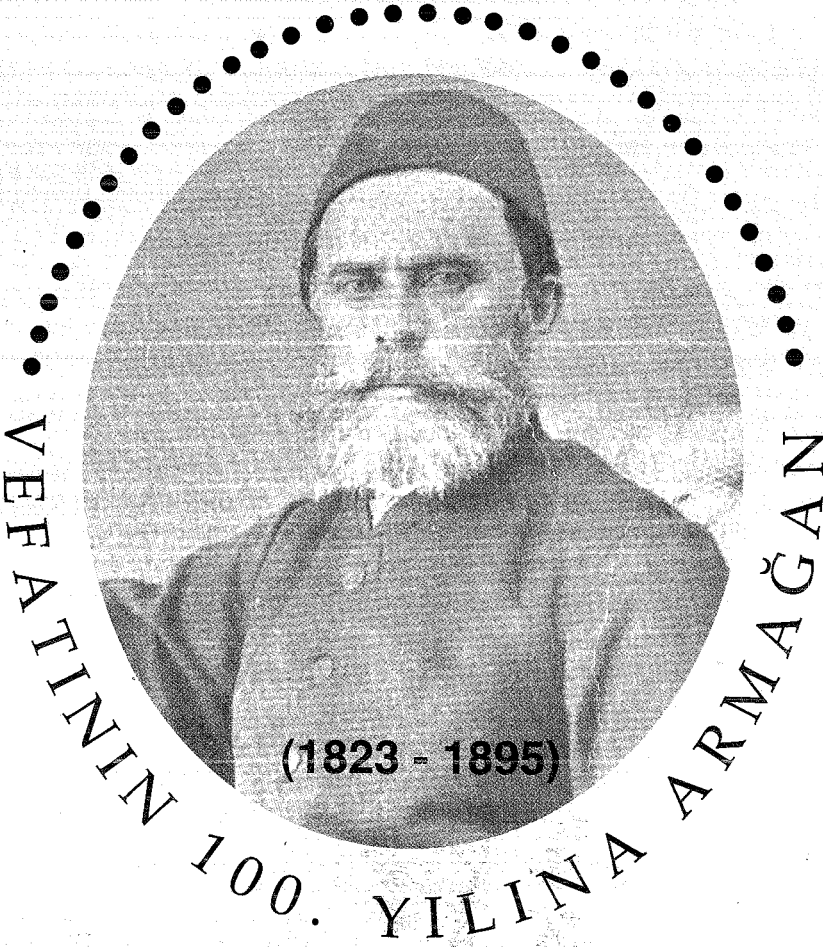


Ahmet Cevdet Paşa



TÜRKİYE DIYANET VAKFI YAYINLARI



TÜRKİYE DİYANET VAKFI YAYINLARI / 232

AHMET CEVDET PAŞA

(1823 - 1895)

(Sempozyum : 9-11 Haziran 1995)

ANKARA
1997

Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle

Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ

Hukuk tarihinde, bugünkü anlamda kanunlaştırma faaliyetlerinin, yani kodifikasyon çalışması ürünü olarak sistematik kanunlar yapma hareketlerinin, çeşitli amillerin etkisiyle, 18. asrın sonlarında Avrupa'da başlayıp oradan bütün dünyaya yayıldığı kabul edilmektedir⁽¹⁾.

Türk hukuk tarihinde ise, bu günkü anlamda kanunlaştırma faaliyetlerinin Tanzimat sonrası başladığı bilinmektedir. Tanzimat'a gelinceye kadar, Osmanlı Devleti'nde, bugünkü anlamda, kodifikasyon çalışması mahsulü olan bir kanun⁽²⁾ bulunmamaktaydı. Ancak, böyle bir kanun bulunmamakla birlikte, hukuk sahasında hiçbir zaman boşluk ve keyfilik de söz konusu değildi. Bu konuda azamî hassasiyetin gösterildiği Osmanlı Devleti'nde, hukuki konularda, bazı temel fıkıh metinleri, fetva mecmuaları, kanunnâmeler, fermanlar ile, bazı hususî konularla ilgili çıkartılan nizamnâmeler, talimnâmeler ve benzeri hukukî tasarruflardan oluşan mevzuatın uygulamada esas alındığı ve bu konuda keyfiliğe fırsat verilmediği bilinmektedir⁽³⁾.

Bu durum sadece Osmanlıya mahsus bir durum da değildi. Karahanlılar'dan bu tarafa tüm müslüman Türk Devletlerinde, hukuk sahasında aynı hassasiyetin gösterildiği bilinmektedir. Nitekim, İslâm hukuk tarihinde, tüm ameli mezheplerde, o mezheb içindeki ictihatların, mezhebin özüne en uygun ve en doğru olanını (esahh-ı akvali) tespit çalışmaları, hep bu gayeye, yani bu konuda keyfiliğe fırsat veril-

(1) Bu günkü anlamda kanunlaştırma kavramı ve kanunlaştırma faaliyetlerinin hukuk tarihindeki seyri hakkında taf.bkz., Velidedeoğlu, H. Veldet, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", Tanzimat, İstanbul-1940, 141-165.

(2) Kanun - kanunlaştırma, code - codification, tedvin, taknin ve mecelle terimlerinin kapsamı hakkında taf. bkz., Velidedeoğlu, H. Veldet, 139-143; Fındıkoğlu, Z. Fahri, Hukuk Sosyolojisi, İstanbul-1958, 207-212.

(3) Osmanlı devletinde uygulamadaki yazılı hukuk kuralları hakkında taf. bkz., Akgündüz, Ahmed, Osmanlı Kanunnâmeleri, İstanbul-1990, I, 41-101.

memesine yönelik çalışmalardı. Bu kabil çalışmalar –yani, doktrindeki görüşler (ictihatlar) içerisinden, uygulamada esas alınacak olanları (müfta bih –muhtar olan görüşleri) tercih ve tespit çalışmaları– o günkü şartlarda, bir nevi kanunlaştırma çalışmaları mahiyetindeydi. Bu çalışmalar sonucu hazırlanan fıkıh ve fetva kitapları, kanun mesabesinde, asırlarca uygulamada kalmış ve hukukî sahada ittıradın sağlanmasına katkıda bulunmuşdur⁽⁴⁾.

Tanzimat, bir çok konuda olduğu gibi, hukuk tarihimiz açısından da, adeta bir dönüm noktası teşkil etmiştir. Zira, hem devletin adli teşkilatının, zamanın gereklerine göre yeniden yapılanması zorunluluğunun açıkça dile getirilip, bununla ilgili oluşan fikirlerin fiiliyata geçirilmesi, hem de bu günkü anlamda kanunlaştırma faaliyetlerine başlanması gibi, hukuk alanında yapılan bir çok yeni düzenlemeler, hep bu döneme rastlamaktadır⁽⁵⁾.

Tamamen hukuk tarihi mahiyetindeki bu çalışmamızda, bütün bu faaliyetlerin sebepleri ve doğurduğu sonuçları üzerinde ayrıca durmayacağım. Çalışmanın konusunu, o devrin büyük ilim ve devlet adamı Ahmet Cevdet Paşa'nın, hukuk tarihimizde, bugünkü anlamıyla kanunlaştırma faaliyetlerinin ilk denemelerinden olan Mecelle'deki katkısı ile, Mecelle'nin, o günkü şartlarda, millî bir kanun hazırlanmasını savunan kimselerin beklentilerine cevap verip veremediğine dair, bazı değerlendirmeler oluşturmaktadır.

Tanzimat'la birlikte, bugünkü anlamda kanunlaştırma faaliyetleri gündeme geldiğinde, zamanın aydınlarının, çok farklı teklifler ileri sürdüklerini ve teklif sahiplerinin kendi tekliflerinin kabul edilmesi ve bu alanda yapılacak yeniliklerin, ona göre yapılması için, bir takım girişimlerde bulunduklarını görüyoruz. Konuyla ilgili girişimlerde bulunanlardan bir kısmı, hazırlanacak kanunların millî olmasını ısrarla savunurken, bir kısmı ise, batıdaki kanunlardan iktibaslar yapılarak kanun hazırlanması (aynen tercüme veya kısmi uyarlamalarla kanun

(4) Karaman, Hayrettin, İslâm Hukuk Tarihi, İstanbul (t.y.),132-133,144-148.

(5) Tanzimat'ın hukuk tarihimiz açısından önemi hakkında taf. bkz., Velidedeoğlu, H. Veldet, 139-209; Belgesay, Mustafa Reşit, "Tanzimat ve Adliye Teşkilatı", Tanzimat, İstanbul-1940, 211-220; Taner, Tahir, "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", Tanzimat, İstanbul-1940, 221-232; Okandan, Recai G. "Amme Hukukumuzda Tanzimat Devri", Tanzimat, İstanbul-1940, 97-128; Aydın, M. Akif, "Bir Hukukçu Olarak Ahmet Cevdet Paşa", Ahmet Cevdet Paşa semineri, İstanbul-1986, 21-39; Yavuz, Hulusi, "Mecelle'nin Tedvini ve Cevdet Paşa'nın Hizmetleri", Ahmed Cevdet Paşa Semineri, İstanbul-1986, 41-101.

hazırlanması) görüşünü ileri sürmüşlerdir⁽⁶⁾.

Her iki görüşün de, zaman içinde, kısmen tatbik sahası bulduğu görülmektedir.

Nitekim, 1840/1256 ve 1851/1267 Ceza kanunları millî mahiyette kanunlaştırma numuneleri iken, 1858/1274 Ceza Kanunnâmesi, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan iktibas edilerek hazırlanmış bir kanundu⁽⁷⁾.

Yine, 1861/1278 tarihinde, Fransız kanunlarından alınarak kabul edilen, Usulü Muhakemei Ticaret Nizamnâmesi, 1880/1297 tarihli Usulü Muhakematı Hukukiye Kanununun neşrine kadar, hem ticaret mahkemelerinde, hem de nizamiye hukuk mahkemelerinde tatbik olunmuştu⁽⁸⁾. Ayrıca, gerek 1879/1296 tarihli Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu ve gerekse 1880/1297 tarihli Usulü Muhakematı Hukukiye Kanunu da, bu konudaki Fransız kanunlarından iktibas suretiyle hazırlanmış kanunlardı⁽⁹⁾.

Yine aynı şekilde, 1876 tarihli Kanun-ı Esasi, özellikle Mithat Paşa'nın şahsî gayretleri sonucu, Belçika anayasası esas alınarak hazırlanmış idi⁽¹⁰⁾.

(6) Taf. bkz., Ahmet Cevdet Paşa, Tezakir, Ankara-1986, I, 62-64; Ahmet Cevdet Paşa, Ma'ruzat, İstanbul-1980, 199-200; Velidedeoğlu, H. Veldet, 199-202; Fındıkoğlu, Z. Fahri, 243-244; Ebul'ulâ Mardin, Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, İstanbul-1946, 59-65; Aydın, M. Âkif, 31.

(7) 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunlarının millî mahiyette kanunlaştırma numuneleri olduğu konusunda farklı bir değerlendirme bulunmamaktadır. 1858 /1274 tarihli ceza kanunnâmesi ise, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanmış olmakla birlikte, sadece tercüme edilmekle yetinilmeyip, bazı uyarlamalar yapılarak alınmıştır. Bazı maddeler hiç tercüme edilmezken, İslâm hukukundan gelen bazı hükümler de ilave edilmiştir. Yani bu kanun hazırlanırken, cüz'i de olsa bir takım adapte (uyarlama) faaliyetlerinde bulunulmuştur. Ancak, bu uyarlama çalışmalarına rağmen, kanun geneli itibarıyla, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas kaynak alınarak hazırlanmış ve muktebes bir kanundur. İçinde bazı İslâm hukukuyla ilgili hükümler bulunsa da, bunlar kanunun genel karakteristiğini etkileyici ölçüde değildir. Bundan dolayı biz bu kanunu, yabancı kanunlardan muktebes kanunlar arasında zikrettik. Nitekim, Z. Fahri Fındıkoğlu başta olmak üzere bir çok araştırmacı da, bu kanunu muktebes kanunlar cümlesinden zikretmişlerdir. Bu kanunla ilgili değerlendirmeler hakkında taf. bkz. Fındıkoğlu, Z. Fahri, 215-216; Taner, Tahir, 230-232; Velidedeoğlu, H. Veldet, 198; Karaman, Hayrettin, 188; Aydın, M. Âkif, 23; Gökçen, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları, İstanbul-1989, 19-31 vd.

(8) Velidedeoğlu, H. Veldet, 198; Karaman, Hayrettin, 189.

(9) Taf.,bkz., Fındıkoğlu, Z.F., 217; Ebul'ulâ Mardin, 226-229; Velidedeoğlu, H. Veldet, 198; Karaman, Hayrettin, 188-189.

(10) Taf.,bkz., Fındıkoğlu, Z.F., 216; Aldıkaçtı, Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul-1978, 47-58.

Ticaret hukuku sahasında ise, 1850/1266 tarihli Ticaret Kanunu, Fransız ticaret kanunundan adeta tercüme suretiyle iktibas edilerek alınmıştı. 1864/1280 tarihli Kanunname-i Ticareti Bahriyye ise, Fransa kanunu esas olmakla beraber, diğer bazı denizci devletlerin (İtalya, İspanya, Belçika gibi) kanunlarından da istifade edilerek hazırlanmıştı. Yani, ticaret hukuku sahasındaki kanunlarda yerli çalışma payı adeta hiç yoktu⁽¹¹⁾.

1858 tarihli Arazi Kanunnâmesi ise, kaynakları itibarıyla tamamen milli (yerli) bir kanun idi⁽¹²⁾.

1860'lı yıllarda, o devrin önde gelen isimlerinden, Ali Paşa, Mithat Paşa ve Kabuli Paşa gibi kimseler, Fransız medenî kanununun tercüme edilerek (gerekirse bazı ufak değişikliklerle) alınmasını teklif etmişlerdi⁽¹³⁾. Hatta, bunu gerçekleştirebilmek için bazı teşebbüslerde de bulunmuşlardı⁽¹⁴⁾.

Diğer taraftan, Ahmet Cevdet Paşa, (Maliye ve Dahiliye nazırlığı görevlerinde bulunmuş olan) Şirvanizade Rüştü Paşa ve Fuat Paşa başta olmak üzere, aydınların bir kısmı ise, milli bir medenî kanun hazırlanması taraftarındırlar. Bunlar, batıdan kanun almaya karşı çıkmışlardır⁽¹⁵⁾.

Bu dönemde, Ziya Paşa ve Namık Kemal gibi aydınlar da, batıdan kanun almaya karşı çıkanlar arasındadırlar⁽¹⁶⁾.

Özellikle, medenî hukuk sahasındaki kanunlaştırma faaliyetleri esnasında, bu iki grup arasında, çetin mücadeleler cereyan etmiştir. Medenî hukuk sahasındaki kanunlaştırma faaliyetleriyle ilgili, bu çetin mücadelelerden sonra, Cevdet Paşa grubunun düşünceleri uygun görüldü ve bir komisyon kurularak kanunlaştırma çalışmalarına başlandı. Komisyon, 1868-1876 yılları arasında çalışarak, Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)yi hazırladı. Böylece, Mecelle hazırlanıp yürürlüğe konulmuştu⁽¹⁷⁾; ama, acaba Mecelle, beklenen ve arzu edilen ölçüde bir

(11) Taf.bkz., Fındıkoğlu, Z.F., 216-217; Velidedeoğlu, H. Veldet, 196-198, Karaman, Hayrettin, 189.

(12) Taf.bkz., Velidedeoğlu, H. Veldet, 180; Ebul'ulâ Mardin, 49-50.

(13) Bu konudaki bazı değerlendirmeler hakkında taf., bkz., Velidedeoğlu, H. Veldet, 199-202.

(14) Taf.bkz., Ahmed Cevdet Paşa, Maruzat, 200; Aydın, M. Akif, 31.

(15) Ahmet Cevdet Paşa, Maruzat, 199-201; Ahmet Cevdet Paşa, Tezakir, I, 62-64; Velidedeoğlu, H. Veldet, 199-202.

(16) Taf. Bkz., Sungu, İhsan, Tanzimat ve Yeni Osmanlılar, Tanzimat, İstanbul-1940, 800-807.

(17) Üçok, Coşkun - Mumcu, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Ankara-1987, 326.

kanun⁽¹⁸⁾ olmuş muydu?

Mecelle, kanun tekniği yönüyle genellikle çok başarılı bir çalışma olarak kabul edilmektedir⁽¹⁹⁾. Mecelle'yi bu yönüyle tenkit edenler bile onu, yine de hukuk tarihimiz açısından başarılı bir adım ve büyük bir merhale olarak değerlendireyorlar⁽²⁰⁾.

Mecelle'nin, özellikle kanun tekniği yönüyle başarılı bir çalışma olmasında en büyük payın, Ahmet Cevdet Paşa'ya ait olduğunu söylemek, fazlaca mübalağa sayılmamalıdır. Zira, Ahmet Cevdet Paşa'nın hukukî formasyonu yanında, devletin çeşitli kademelerinde çalışıp, başarıyla yükselmesi sonucu kazandığı devlet tecrübesi ve Türkçe'ye olan derin vukufiyeti gibi hususiyetleriyle, o günkü kanunlaştırma faaliyetlerine aktif olarak katılmış olması, bu faaliyetlerin başarılmasında çok önemli rol oynamıştır.

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat sonrası, hukukî sahadaki yapılan düzenlemeler dikkatle incelendiğinde, Ahmet Cevdet Paşa'nın kanunlaştırma konusunda oldukça tecrübeli bir devlet adamı olduğu görülecektir. Zira daha önce hazırlanan millî kanun ve kanunnâmelerin hemen hemen hepsi (Ceza kanunnamesi, Metn-i metin çalışması, Arazi kanunnamesi gibi), Cevdet Paşa'nın kaleminden çıkmıştı. Ayrıca, yine Tanzimat sonrası hazırlanan tüm Nizamnâmeler, Ahmet Cevdet Paşa'nın kaleminden çıkmıştır. Bu sahada araştırma yapan çok kıymetli ilim adamı bir hocamızın da belirttiği gibi, Ahmet Cevdet Paşa, nizamnâme hazırlamaktan, hukukî konularla ilgili derin araştırma yapmaya fırsat bulamamıştır⁽²¹⁾. İşte, Ahmet Cevdet Paşa'nın, çeşitli

(18) Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin bir kod-code (Code Civil gibi) olup olmadığı konusundaki değerlendirmeler hakkında taf. bkz. Fındıkoğlu, Z.F, 208-212.

(19) Mecelle ile ilgili bu açıdan yapılan bazı değerlendirmeleri burada zikretmekte yarar görüyoruz:

Mecelle tahrir bakımından eşi yazılamıyacak kuvvette bir şaheserdir. Fakat kanunlaştırma ve hükümler bakımından haklı olarak bir takım itirazlara maruz kalabilir... Ebul'ulâ Mardin, 171.

Bizde Tanzimat'tan sonra başlayan kanunlaştırma hareketlerinin şüphesiz ki en büyük eseri Mecelle'dir... Ömer Lütfi Barkan'dan naklen, Ebul'ulâ Mardin, 202.

"Mecelle" mükemmel bir kanun mecmuasıdır ve onu tertipleyen heyetin reisliğine getirilen Ahmet Cevdet Paşa dünyanın büyük hukukçuları arasında haklı yerini almıştır.

"Mecelle" mükemmel bir eser olmakla birlikte mecelle hareketi başarıya ulaşamadı, yani Osmanlı İmparatorluğu aynı espri ile bütün hukuk sistemini modernleştirmeyi başaramadı... Güngör, Erol, İslâm'ın Bugünkü Meseleleri, İstanbul-1991, 102.

Mecelle ile ilgili değerlendirmeler hakkında ayrıca taf. bkz., Ebul'ulâ Mardin, 186-226.

(20) Velidedeoğlu, H. Veldet, 194-195.

(21) Aydın, M. Âkif, 39.

sahalarla ilgili mevzuat hazırlama faaliyetleri⁽²²⁾ sonucu kazandığı tüm bu tecrübeleri⁽²³⁾, Mecelle'nin kanun tekniği açısından olan mükemmelliğine çok büyük katkı sağlamıştır.

Mecelle'nin kanun tekniği yönüyle ilgili bu bilgilerden sonra, şimdi de Mecelle'nin, muhteva olarak, günün ihtiyaçlarına cevap veren bir kanunlaştırma çalışması olup olmadığı, bu cümleden olarak o günkü ortamda, batıdan kanun almak yerine, millî mahiyette kanunlar hazırlanmasını teklif edenlerin beklentilerine cevap verip veremediği konusu üzerinde duracağız. Ancak daha önce, konunun iyice ortaya konmasında katkısı olacağı mülahazasıyla, o günkü fikhî anlayışı da nazarlara sunmakta fayda görüyoruz.

Osmanlı Devleti'nde XIX. yüzyılın ikinci yarısında, kanunlaştırma faaliyetleri sırasında Mecelle'nin hazırlanması gündeme geldiğinde, batı kültürünün etkisinde kalan (Cevdet Paşa'nın ifadesiyle mütefernic) bazı aydınların yanında, klâsik medrese zihniyetiyle yetişen aydınlardan da, Cevdet Paşa'ya muhalefet edenler vardı.

Bu iki grubun muhalefet sebepleri farklı olabilir; ama, her iki muhalefet grubu da, Cevdet Paşa'nın faaliyetlerini olumsuz yönde etkilemişti⁽²⁴⁾. O günkü olaylar dikkatle incelendiğinde, Mecelle cemiyetinin çalışmaları başladıktan sonra, Cevdet Paşa'nın çeşitli vesilelerle İstanbul dışında görevlendirilmesinde ve Mecelle cemiyetinin başkanlığından uzaklaştırılmasında, her iki muhalefet grubunun da, ayrı ayrı etkisi olduğu anlaşılmaktadır⁽²⁵⁾. Hatta, denilebilir ki, Cevdet Paşa'nın bu faaliyetlerinin daha mükemmel olmamasında ve özellikle de akim kalmasında, o günkü medrese zihniyetiyle yetişen ulema kesiminin daha fazla etkisi olmuştur⁽²⁶⁾.

Medrese ulemasının Mecelle'ye muhalefeti, tamamen bu ulemanın, o

(22) Ahmet Cevdet Paşa'nın bu yönü hakkında bir fikir vermesi açısından, Ebul'ulâ Mardin'in şu ifadelerini burada nakletmekte yarar görüyoruz:... *Sonraları kendisini Mecelle Cemiyeti reisliğine getiren amil de fıkıhtaki ihtisası değil, memlekette Mustafa Reşit Paşa ile başlayan "kanunlaştırma" cereyanının önderlerinden sayılmasıdır. Birçok kanunlarımız, nizamnâmelerimiz, hatta talimatnâmelerimiz bile merhumun kaleminden çıkmıştır. Cevdet Paşa, İpek Böceği talimatnâmesinden tutunuz da Medenî Kanuna kadar müdevvenatı vücuda getirmeğe nefsi hasretmiş ve bütün bunları içten bir sevinç ile yapmıştır.* Ebul'ulâ Mardin, 33.

(23) Taf. bkz., Ebul'ulâ Mardin, 31-240; Aydın, M. Âkif, 21-39.

(24) Ahmet Cevdet Paşa, Maruzat, 201; Ebul'ulâ Mardin, 64, 78-155.

(25) Ahmet Cevdet Paşa, Maruzat, 199-238; Ebul'ulâ Mardin, 61-65, 78-155.

(26) Taf. bkz., Ebul'ulâ Mardin, 78-155.

günkü medreseden aldıkları ilmi zihniyetten kaynaklanmaktadır. İslâm hukuk tarihinde. Tanzimat  ncesi dönemin. İslâm hukuk nazariyatı (doktrini) açısından en verimsiz bir dönem olduğu bilinmektedir. Zira, İslâm hukuk tarihi açısından bu dönem, mezhep taassubunun iyice yaygınlaşıp, fikhî konularda, değil içtihat, en küçük bir imal-i fikirde bulunmanın, hatta mezhep içindeki g r   ler arasından tercih yapmanın bile, zamanın alimlerinin yetkisinde olmadığı, anlayışının hâkim olduğu bir dönemdi⁽²⁷⁾.

Bu dönemde talebe, medresede yeti irken, kazandığı fikhî anlayış gereği, karşılaştığı yeni fikhî problemlerin c z m n , asırlar önce yazılmış fikh kitaplarının  erh ve ha iyelerinde arıyordu. Karşılaştığı yeni bir fikhî meselenin hükmünü tespit için kendisinde, doğrudan doğruya konuyla ilgili naslara müracaat etme yetkisinin bulunmadığına inanıyordu.

Tahsili esnasında bütün incelikleriyle öğrendiği usul kaidelerini, tafsil  delillere tatbik ederek hüküm c kartmaya yönelik bir eğitim görmediğinden dolayı, daha sonra, müderris ve müfti de olsa, fikhî bir meselenin hükmünü tespit için yaptığı i , fikh kitaplarının  erh ve ha iyelerine bakarak, o meseleye en yakın meseleyle ilgili hükmü bulup, o hükmü aynıyla o meseleye de tatbik etmek idi. Şayet tam manada bir yakınlık kuramazsa, bu defa yapılacak i , mufassal fikh kitaplarının ilgili kısımlarını inceleyip, istisna  mahiyette zarureten verilmiş fetvaları bulup, bu fetvaları dayanak yaparak, c ğu kere mizansen mahiyetinde olan⁽²⁸⁾ hile-i  er'iyyeler geliştirmek idi⁽²⁹⁾.

Fikhî problemlere c z m bulmak için, fikhî c lı ma yapmak yerine,

(27) Karaman, Hayrettin, 142-143.

(28) Bu konuda bir fikir vermesi açısından Mahmud Esad'ın *Tarihu İlmi Hukuk* (İstanbul-1331) isimli eserinden  u ifadeleri nakletmekte yarar görüyoruz: "H l  bir İslâm bankası açmak arzusunda bulunanlar muamelelerinin meşru olması maksadıyla ne yapmak lazım geleceğini öğrenmek için ulema mevkiini işgal edenlere müracaat ediyorlar; hâlâ gi ede bir Ali Efendi Fetvası bulundurarak r b -i m lzem-i  er'i mukabilinde biçare kitabın günde nice bin kere satılması lazım geleceği cevabını alıyorlar. Esla -ı izamımız, zamanlarının e karı diniyyesini tatmin için - gerek tarafeynce ve gerek hâkim indinde hiçbir hakikatı tebdil etemediği derkar olan - böyle bir hile-i  er'iyyeyi icad etmemiş olsalardı, acaba bu mini ulema bu m steftilere ne cevap verecekler ve m steftiler muamelelerine ne yolda devam eyleyeceklerdi. İ te böyle zihniyette bulunan ve o ulemanın re'yine tabi olan bankerlerin Avrupa bankerelerine karşı ne acınacak halde kalacakları izaha muhtac değildir." (225).

(29) Faiz konusunda zarureten verilmiş bazı istisna  fetvaları dayanak yaparak geliştirilen hile-i  er'iyye örnekleri ve bunlarla ilgili değerlendirmeler hakkında taf., bkz., Gözübenli, Be ir, *Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Mallarının Faizli İşletilmesi Hakkında Tahlili Bir Değerlendirme*, XI. Vakıf Haftası Kitabı, Ankara-1994,51-72.

hile-i şer'iyyelere başvurmaya çözüm kabul eden bir zihniyetin hâkim olduğu bu dönem, gerçekten, İslâm hukuk nazariyatı açısından oldukça verimsiz bir dönem idi.

M. Âkif'in ifadesiyle, medrese çoktan yürüyüp gitmiş, artık fikhî çalışma yapan büyük alimler gösterilemez olmuştu. İslâm hukukunun dinamizmini sağlayan içtihat yapılmayınca -zira fakihler kendilerinde içtihat yapma yetkisi görmüyorlardı- yaşanan hayatla fikhî hükümlerin arasındaki takip mesafesi, özellikle sanayi devriminden sonra iyice açılmıştı⁽³⁰⁾.

Bu durumun ciddiyetini ve vehametini gayet açık bir şekilde kavrayan M. Âkif, bu dinin, fikhî ahkâmının da, beşeriyetteki gelişmeye paralel olarak, günün ihtiyaçlarına cevap verebilecek şekilde belirlenmediği sürece, beşer ve hayat dini olamayacağını ifade etmekten kendini alamıyor⁽³¹⁾.

(30) Hukuk ile yaşanan hayat arasındaki bu münasebet ve İslâm hukuk tarihindeki seyri hakkında, konunun uzmanı otorite bir ilim adamının değerlendirmesini burada zikretmekte yarar görüyoruz: "Mecelle" mükemmel bir kanun mecmuasıdır ve onu tertipleyen heyetin reisliğine getirilen Ahmet Cevdet Paşa dünyanın büyük hukukçuları arasında haklı yerini almıştır. "Mecelle" mükemmel bir eser olmakla birlikte Mecelle hareketi başarıya ulaşamadı, yani Osmanlı İmparatorluğu aynı espri ile bütün hukuk sistemini modernleştirmeyi başaramadı. Bunun sebebi Osmanlı (İslâm) cemiyetinin dışarıdaki değişme (ve dolayısıyla içerideki değişme) hızına ayak uyduramayışı, daha doğrusu değişmeyi kontrol edemeyecek kadar onun şiddetli baskısı altında kalmasıdır. Tek kelime ile, İslâm dünyasındaki hukuk hareketleri modern hayata yetişememiştir. İslâm cemiyeti elindeki hukuk kaynaklarını kullanacak yetişmiş insan gücüne bile sahip değildi; bu gerilemenin üzücü neticeleri Mecelle mukaddemesinde de açıkça ifade edilmiştir. İslâm dünyasındaki bu umumi gerilik artık kapatılması imkânsız görünen bir mesafe hâline geldiği zaman, İslâm ülkeleri batı kanunlarını birer- ikiye alarak hukuk meselesini kısa yoldan çözmek zorunda kalmışlardır. Bu, tıpkı batı medeniyetinin öbür kolları bakımından takip edilen politikaya benzemektedir. İslâm ülkelerinin -veya az gelişmiş denilen ülkelerin- batı teknolojisiyle başedebilmek için onlardan birşeyler alacak yerde aynı teknolojiyi kendilerinin geliştirmeye çalışması ne kadar ağır işleyen veya pratikte imkânsız olan bir bir yol ise, bütün bir medeniyeti orijinal kanunlar tedvin ederek nizama sokmak da o kadar işlemez bir yol olarak göründü. Güngör, Erol, 102-103.

(31) Mehmet Âkif bu durumu Safahat'da şöyle ifade ediyor:

"Medresen var mı senin? Bence o çoktan yürüdü.
Hadi göster bakayım şimdi de İbnu'r-Rüşd'ü?
İbn-i Sina neye yok? Nerde Gazzali görelim?
Hani Seyyid gibi, Razi gibi üç beş âlim?
En büyük fazılınız bunların asarından,
Belki on şerhe bakıp, bir kuru mana çıkaran.
Yedi yüz yıllık eserlerle bu dinin hâlâ,
İhtiyacatını kabil mi telafi? Asla!

Konuyla ilgili olarak, Ziya Paşa'nın ifadeleri dikkatle incelenirse, Ziya Paşa'nın Âkîft'ın çok daha önce, aynı görüşleri, farklı ifadelerle dile getirdiğini görüyoruz⁽³²⁾. Namık Kemal'in de konu ile ilgili görüşleri hemen hemen aynı yöndedir⁽³³⁾.

Cevdet Paşa ve ekibi, çalışmalarını böyle bir ilmi anlayışın hâkim olduğu dönemde yapmak zorunda kaldıkları için, başarılarını olumsuz yönde etkileyecek bazı durumların vaki olmasını normal görüyorlardı. Zira, bu çalışmalar esnasında, değil yeni görüşler belirlemeye çalışmak, mevcut eski görüşler arasından bile, o dönemde müfta bih görülmeyen bir görüşü tercih etmeye teşebbüs etseler, o günkü medrese zihniyetinin, kendilerini dışlayacağını ve belki de tecrid edeceğini biliyordu.

Nitekim, Mecelle'nin K. Havale kısmında, bir madde (md. 692), böyle bir tercihle hazırlandığı için, Cevdet Paşa, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye nezaret-i görevinden ve dolayısıyla Mecelle komisyonunun başkanlığından uzaklaştırılmıştı⁽³⁴⁾.

Doğrudan doğruya Kur'an'dan alıp ilhamı,
Asrın idrakine söyletmeliyiz İslâm'ı.
Kuru dava ile olmaz bu, fakat ilm ister;
Ben o kudrette adam görmüyorum, sen göster.
Koca ilmiye aktar da bul üç tane fakih,
Zevk-i fikhîsi bütûn, fikri açık, ruhu nezih!
Sayısız hadise var ortada tatbik edecek,
Hani bir tane usûl âlimi, yahu bir tek!
Böyle avare düşünceyle yaşanmaz. heyhat!
"Mülteka" fikhînin namı, usûlün "Mirat".
Yaşanır zannediyorsan, Baba Ca'fer'liksin,
Nefes ettir, çabucak, kendine olsun bitsin!
Ölüler dini değil sen de bilirsin ki, bu din,
Diri doğmuş, duracak dipdiri, durdukça zemin.
Neyse israf edelim bir sürü iknaiyyat,
Hoca, madem ki bu din: din-i beşer, din-i hayat.
Beşerin Hakka refik olmak için vicdanı,
Beşeriyetle beraber yürümektedir şanı,
Yürümez dersin eğer, ruhu gider İslâm'ın,
O yürür, sen yürümezsen, ne olur encamın?

(32) Ziya Paşa, konu ile ilgili görüşlerini aktardığı bir yazısında şöyle diyor: "...Vakıa içti-hat kapısının kapandığı zamandan beri yedi sekiz yüz sene mürur etmekle fikh-ı şerîfin, mesail-i müfta bihası, şimdiki asrın ilca ettiği muamelata sureti sarîhada kifayet etmediğinden, muktezay-ı asır üzere vaz' ve tesisi ahkâma şiddet-i ihtiyaç derkar idi...". Taf.bkz., Sungu, İhsan, 800-801; Ebul'ulâ Mardin, 197-198.

(33) Namık Kemal'in kanunlaştırma faaliyetlerinde, günümüze kadar olan fikhî birikimin değerlendirilmesi ve içtihat konusu ile ilgili görüşleri hakkında taf.bkz., Sungu, İhsan, 800-808; Ebul'ulâ Mardin, 197-200.

(34) Ebul'ulâ Mardin, 78-83.

Bundan dolayı, çalışmalarının selameti açısından, mümkün mertebe fazla muhalefet oluşturmada çalışmak zorunluluğunu hissediyordu.

Cevdet Paşa, klâsik medrese kültürüyle yetişmiş olmakla birlikte, klâsik medrese zihniyetini benimsemeyen bir aydın idi. Ona göre, medrese tahsili esnasında okutulan kitaplarla yetinip, yaşanan hayatı bütün vecheleriyle tanımayan kimselerin, toplumu ilgilendiren hayati önemi haiz sosyal konularda, söyleyecekleri fazlaca birşey yoktu.

Cevdet Paşa, gerek Tezakir'inde ve gerekse Maruzat'ta, o dönemde, büyük âlimler arasında gösterilen bazı kimseleri, bu açıdan tenkit etmekte ve hatta bazan alaycı sayılabilir ifadelerle, bunların memleket meselelerinden çok uzak bulunduklarını ifade etmektedir. Hatta, kendine has ifadesiyle, klâsik medrese tahsiliyle yetinen bir çok kimseyi, ömürlerinin büyük kısmını alet ilimleriyle meşgul olarak geçirdikleri, âli ilimlerle iştigale fırsat bulamadıkları, dolayısıyla, halkın bunları büyük ilim adamı zannettiğini, ancak sadece alet ilimlerinde söz sahibi olup, fıkıh gibi âli ilimlerde söz sahibi olmadıklarını, çeşitli vesilelerle belirtmektedir⁽³⁵⁾.

Cevdet Paşa'nın, Mecelle cemiyetini seçerken bu hususu dikkate aldığını görüyoruz. Özellikle, Cevdet Paşa'sız hazırlanan Kitab'ul-Vedia örneğiyle ilgili değerlendirmeleri sadedinde⁽³⁶⁾, bu konuda dikkate şayan ifadelerine de şahit oluyoruz⁽³⁷⁾.

İşte Mecelle böyle bir ortamda hazırlandığı için, sadece klâsik fıkıh kitaplarındaki hükümler, (nadiren de olsa, günün şartlarına göre) Hanefî mezhebi içerisinde bazı tercihler yapılarak, çok güzel bir Türkçe ile, kanun tekniği açısından o güne göre gayet başarılı sayılabilecek bir şekilde, maddeleştirilmekle iktifa edilmiştir⁽³⁸⁾.

(35) Ahmet Cevdet Paşa, Maruzat, 201,206, Tezakir, I,63, II,7-8...

(36) Cevdet Paşa'sız hazırlanan Kitab'ul Vedia konusu, çeşitli yönleriyle genişçe incelendiği için, bu çalışmamızda konuyla ilgili ayrıca bilgi verilmeyecektir.

(37) Ahmet Cevdet Paşa, Maruzat, 200-206.

(38) Mecelle'nin gerek hazırlandığı ve uygulamada olduğu dönemdeki mevcut hâli ve gerekse daha sonra lüzumlu görülen tadil çalışmalarıyla ilgili olarak, o dönemdeki yayın organlarında (Muhamat dergisinden, *Beyanul-Hakk* dergisine kadar bir çok ilmi dergide ve çeşitli gazetelerde), leh ve aleyhte değerlendirmelerin yer aldığı, çok sayıda yazılar yayınlanmıştı. Ayrıca, Mecelle üzerine çeşitli dillerde çok sayıda şerh ve haşiyeler yazıldığı, uygulandığı ülkelerin dilleri başta olmak üzere çeşitli dillere çevrildiği, yine çeşitli ülkelerde çok sayıda akademisyen tarafından, üzerinde farklı açılardan bilimsel çalışmalar yapıldığı bilinmektedir. Biz bu çalışmamızın sınırlarını dikkate alarak, Mecelle hakkında yapılan tüm çalışmaları ve değerlendirmeleri zikredecek değiliz; sadece bu çalışmalara bir cümleyle dikkat çekmekle yetineceğiz.

Mecelle hazırlanırken, kaynak olarak kullanılan fıkıh kitaplarındaki hükümlerin istinbat edildiği dönemlerde vaki olmayıp da, Mecelle çalışmaları esnasında mevcut olan bir çok fikhî problem yok sayılmıştır. Bu durum, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu dönemin, İslâm hukuk nazariyatı (doktrini) açısından son derece verimsiz bir dönem olmasından kaynaklanıyordu. Zira Mecelle'de yer alması gereken bazı sahalarda milli bir kanun denemesine malzeme teşkil edebilecek, İslâm hukuk nazariyatı (doktrin) çalışması yok denebilecek seviyede idi.

Bununla birlikte Mecelle'nin çok kısa zamanda hazırlanması zorunluluğu hissediliyordu. Bundan dolayı, kanunlaştırma yapılacak konular üzerinde derinlemesine monoğrafik çalışma yapmak veya hiç değilse ihtisas grupları oluşturularak, her grubun kendi konusunda derinlemesine araştırma yapması inkâmı bile bulunamamıştı.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Tanzimat sonrası kanunlaştırma faaliyetleri sırasında, ticaret hukuku sahasında, milli bir kanun denemesine malzeme teşkil edebilecek, İslâm hukuk nazariyatı (doktrin) çalışması yok denebilecek seviyede olduğu için, o dönemde ticaret hukuku sahasındaki hazırlanan kanunlarda millî çalışma payı hiç yoktur. Yani, İslâm hukukçuları, ticaret hukuku sahasında, bir kodifikasyon faaliyetine malzeme olabilecek seviyede, (günün ihtiyaçlarına cevap verebilecek) hukuk nazariyeleri (doktrin) geliştirememişlerdi.

Ticaret hukukunun bir dalı olan şirketler hukuku sahasında, özellikle sanayi devrimi sonrası meydana gelen hukukî gelişmeler yakından takip edilip, bu paralelde fikhî çalışma yapılmadığından, Mecelle'deki Kitabı's-Şirket hazırlanırken, büyük ölçüde, Hicrî VI. asır Hanefî âlimlerinden el-Kasani'nin (vefatı: h.587/m.1191) Bedaiu's-Sanai' isimli eserindeki bilgilerin, sistematik olarak, maddeler halinde, Türkçe'ye aktarılmasıyla iktifa edilmiştir.

Mecelle'deki Kitabı's-Şirket'i inceleyen bir kimse, İslâm hukukundaki şirketleri, günümüz iktisadî hayatında pek rastlanmayan, sadece ağırlıklı olarak tarım toplumlarının karakteristik şirket şekli olan, borçlar hukukunun alanına giren adı (ticarî olmayan) şirket çeşitlerinden ibaret görecektir. Pek tabiidir ki, bu hâliyle de, Kitabı's-Şirket'in Mecelle'de yer almasının, konuyla ilgili hukuk tarihindeki gelişme seyrini göstermenin dışında fazlaca bir önemi olmayacaktır.

Bu durum sadece ticaret hukuku sahasına münhasır değildi. Mecelle'deki Kitabı'l-İcare –*özellikle de personel istihdamıyla ilgili hükümleri*– o günkü toplumun ihtiyaçları dikkate alındığında, Kitabı's-Şirket'in durumundan farklı değildir. Zira, yine özellikle sanayi devrimi sonrası, batıda müstakil bir hukuk dalı hâlinde gelişen iş hukuku sahasında,

Mecelle'nin hazırlandığı dönemlerde meydana gelen hukukî gelişmeler, dönemin fakihlerince yakından takip edilip, bu paralelde fikhî çalışma yapılmadığından, Mecelle'deki Kitabu'l-İcare'nin personel istihdamıyla ilgili hükümleri, yine asırlar önce yazılan fıkıh kitaplarındaki hükümlerin, sistematik olarak, maddeler hâlinde, Türkçe'ye aktarılmasından ibaret kalmıştır.

Pek tabiidir ki, "Kitabu's-Şirket"te olduğu gibi, "Kitabu'l- İcare"nin de bu hâliyle Mecelle'de yer almasının, hukuk tarihi açısından, konuyla ilgili tarım toplumundaki gelişme seyrini göstermenin dışında, fazlaca bir önemi olmayacaktır.

Kitabu'l Buyu' ise, meseleci (kazuistik) bir metotla ve ayrıca, belki de bir kanun metninde bulunmaması gerekecek kadar teferruat konulara inilerek maddeleştirilmiştir. Bu arada, önem sırasına göre (iktisadî hayattaki problem olarak vaki olma kriteri dikate alınarak) sıralansa, en son yazılacak konular bütün teferruatıyla maddeleştirildiği hâlde, en başta maddeleştirilecek bazı temel konular Mecelle'de hiç yer almamıştır. Nitekim, kitabu'l-karz ve kitabu's-sarf Mecelle'de hiç yer almamıştır. Ayrıca, gerek karz (ve tüm kredi işlemlerinde cari olan riba), gerekse bey' ve sarf işlemlerinde cari olan riba (ve faiz) konuları da yine, Mecelle'de hiç yer almamıştır.

Burada, konunun faizle ilgili bir yönüne açıklık getirmesi açısından, Osmanlı Devleti'ndeki faizle ilgili hukukî mevzuata dair bir hususa da işaret etmeden geçemeyeceğim. Bilindiği gibi, faiz konusunda Osmanlı Devleti'nde mer'i olan bir nizamnâme (Murabaha Nizamnâmesi) vardı. Bu nizamnâme gereği, Osmanlı Devleti'nde borçlanmalarda, bu nizamnamede belirlenen oranda faiz meşru görülmüştü. Mecelle'nin hazırlanıp yürürlüğe konulduğu dönemlerde, borçlanmalarda (h.1280 tarihli Murabaha Nizamnâmesi'nin belirlediği) yıllık %12 (aylık %1) resmî faiz oranı uygulanmaktaydı. Bu oran, 1303 tarihli Murabaha Nizamnâmesi'yle yıllık %9'a indirilmiştir⁽³⁹⁾.

İşte bir tarafta, karz ve sair borçlarda, İslâm'daki riba (faiz) yasağı hile-i şer'iyyelerle delinip, ilgili nizamnamede belirlenen oranda faiz meşru görülünce, hemen hemen bütün hükümleri faiz eksenli olan karz konusunun, riba (faiz) ile ilgili hükümlerden arındırılmış olarak Mecelle'de yer almasının manası kalmıyordu. Ayrıca, karz konusunda durum böyle olunca, Mecelle komisyonunun, fıkıh kitaplarındaki "*babu'r-riba*" ve "*babu's-sarf*" başlıkları altında trampa ve sarf işlemlerindeki cari olan riba ile ilgili hükümleri maddeleştirip, Mecelle'ye koymasının da yine

(39) Osmanlı Devleti'ndeki faiz uygulamasının dayandırıldığı şer'i deliller ve bu uygulamanın tarihi seyri hakkında taf. bkz., Gözübenli, Beşir, 64-69.

fazlaca bir önemi kalmıyordu.

Özellikle burada zikrettiğimiz ticarî şirket ve faiz konularıyla ilgili değerlendirmelerimize, bu konuların ticaret hukukunun konuları olması sebebiyle, borçlar kanunu mahiyetinde olan Mecelle'de yer almadığı şeklinde bir görüş ileri sürülebilir. Nitekim, bu paralelde Mecelle mazbatasında, Devlet-i Âliye'nin ticaret mahkemelerinde Ticaret Kanunnâmesi'nin tatbik edilmekte olduğu belirtilmektedir.

Mecelle mazbatasındaki bu ifadeler dikkate alındığında, ilk bakışta Mecelle'nin, sadece muamelatın borçlar hukukunun alanına giren konularını kanunlaştıracığı, dolayısıyla bu dönemde yapılan kanunlaştırma faaliyetlerinde, ticaret hukukunun alanına giren konularla ilgili herhangi bir çalışma yapılmayacağı, ya da ihtiyaç duyulmadığı intibai uyanmaktadır.

Halbuki, gerek o dönemde hazırlanacak kanunların millî mahiyette olmasını savunan bazı aydınların konuyla ilgili ifadelerinden⁽⁴⁰⁾, gerekse Cevdet Paşa'nın Mecelle'nin hazırlanma gerekçeleriyle ilgili ifadelerinden⁽⁴¹⁾, kanunlaştırma faaliyetlerinin sadece borçlar hukukuyla ilgili konulara münhasır kalmayacağı veya kalmaması gerektiği, bu kabil kanunlaştırma faaliyetlerinin, hukukun tüm dallarını kapsayacak şekilde devam etmesi kanaatinde oldukları, net bir şekilde anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce, Mecelle'de ticarî şirketler ve faiz başta olmak üzere, ticaret hukukuyla ilgili bazı konuların yer almamış olmasını, o gün mer'i olan Ticaret Kanunnâmesi'ne bağlamak, isabetli bir değerlendirme değildir.

Hem bu hususa açıklık getirmesi ve hem de Mecelle ile ilgili yukarıdaki değerlendirmeler hususunda bir mukayese imkânı vermesi açısından, Elmalılı Hamdi Yazır'ın kanunlaştırma faaliyetleri konusundaki görüşlerini de, nakletmekte yarar görüyoruz:

(40) Nitekim, Namık Kemal, o günkü hukukî problemlerle ilgili olarak, çeşitli gazetelerde çıkan ve kanunlaştırma faaliyetlerinin, dolayısıyla Mecelle'nin sadece bu hâliyle bırakılmayıp, fikhın diğer konularının da, yine aynı şekilde kanunlaştırılmasının gereğini ısrarla vurguladığı yazılarında, bu hususu açıkça dile getiriyor. Taf., bkz., Sungu, İhsan, 801-807.

(41) Ahmet Cevdet Paşa'nın Ma'ruzat isimli eserindeki "Mecelle Cemiyetinin Teşkili" başlığı altında yer alan aşağıda nakledeceğimiz ifadeleri, konuyla ilgili gerek kendi kanaatini, gerekse kendisi gibi düşünen kimselerin kanaatini sarıh bir şekilde aksettiriyor: "Gerek Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye'de, gerekse teşkili musammem olan İstinaf ve Bidayet mehakim-i nizamiyyesinde ve Ticaret mahkemelerinde ma'mulü'n-bih olacak kavaninu nizamata yapılmak lazım gelip, halbuki her devlette kavaninu nizamatin esası "Kot Sivil" (=Code Civile), yani hukuk kanunnamesi olup, Devlet-i Âliyye şer'i şerif üzere müesses olduğundan, kavaninu nizamatına kavanin-i şer'iyye esas olmak fikri öteden berü efkar-ı sahiha erbabı indinde arzu olunmakta idi...".(Maruzat, 199).

Elmalılı Hamdi Yazır, kanunlaştırma faaliyetleriyle ilgili bir makalesinde, bu faaliyetlerde, hangi mezhepten olursa olsun, zamanımıza kadar olan ulemanın görüşlerinden oluşan fikhî birikimin iyi değerlendirilmesi gerektiğini, bu cümleden olarak, fikhî ihtilafların bolluğunun, doktrindeki zenginlik olarak kabul edilmesi gerektiğini, hazırlanacak kanunun mükemmelliğinde doktrindeki bu zenginliğin çok önemli olduğunu, kendine has üslûbuyla ifade ediyor. Kanunlaştırma çalışması yapılan hukuk sahasında doktrindeki zenginliğin, kanunlaştırma çalışması yapan komisyonun başarısına ve hazırlanacak kanunun mükemmelliğine olumlu etkisini dikkate alarak, bu açıdan İslâm alimlerinin fikhî ihtilaflarını bir rahmet olarak nitelendiriyor.

Hatta, Elmalılı Hamdi Yazır, kanunlaştırma faaliyetlerinde bulunan ilmi heyetin elinde, - *kaynaklarımızda bulunduğu kadarıyla sahip olduğumuz*- İslâm hukuk tarihindeki muteber tüm fikhî mezhep fakihlerinin icihatlarından oluşan fikhî birikime ek olarak, Avrupa kanunlarının tercümelerinin de bulunması gerektiğini belirtiyor.

Elmalılı Hamdi Yazır, kanunlaştırma faaliyetlerinde bulunacak ilmi heyetle ilgili olarak ise, Mecelle cemiyetinden daha geniş ve mütehassıs kimselerden oluşan bir komisyon teşkil edilmesi gerektiğini, ayrıca bu komisyona ilave olarak, İslâm hukuku dışındaki hukuklarda mütehassıs olan gayrimüslim hukukçulardan oluşan bir hukuk heyetinin de bulunmasını gerekli görüyor.

Elmalılı Hamdi Yazır'a göre bu şartlara uygun olarak oluşturulan kanunlaştırma komisyonu, öncelikle Hanefî fikhini esas alarak başladığı kanunlaştırma faaliyetleri esnasında, gerektiğinde diğer mezheplerden de tereddütsüz istifade eder. Bu çalışmalar esnasında, yeni ortaya çıkmış hadise veya muamelelerle ilgili olarak, mezhep farkı gözetmeksizin, bu zamana kadarki tüm fikhî birikim incelendiği hâlde, uygun fikhî çözüm bulunamazsa, komisyon o meseleyi, İslâm hukuk felsefesinin genel prensipleri muvacehesinde çözmelidir; yani, konuyla ilgili yeni bir hüküm belirlenmelidir⁽⁴²⁾.

(42) Elmalılı Hamdi Yazır'ın kanunlaştırma faaliyetleriyle ilgili, Beyanu'l-Hakk dergisinde, "Makale-i Mühimme (İhtilafı Ümmeti Rahmetün Vasiatün)" başlığını taşıyan makalesinden, bu görüşlerini, bizzat kendi ifadeleriyle de nakletmekte yarar görüyoruz: "...İşte biz bugün, bu esaslara malik olduğumuz cihetle, Fıkh-ı Celil-i İslâm'da muteber olan bilcümle mezahibî elimize alarak, zamanımızdaki (maatteessüf kalil olan) mütehassısdan mürekkeb -her nerede olursa olsun- Mecelle cemiyetinden daha vasi' bir hey'et-i ilmiyye teşkil edip, bir taraftan Avrupa kavaninini tercüme eder; diğer taraftan mil-el-i gayr-ı müsline erbab-ı iktidarından bir hey'et-i hukukiyye bulundurur; ve bilcümle hadisat ve muamelat-ı külliymizi de ta'yin eyler; ve evvel-i emirde Fıkh-ı Hanefiden, tedkik ve tatbik ve cem' ve telife başlar; ve ihtiyac-ı nasa erfak ve evfak olan mesaili her hangi mezhebden olursa olsun alır; ve faraza bunlarda bulamıyacağımız zaruriyyu'l-

Bu cümleden olarak Elmalılı'ya göre, kanunlaştırma faaliyetlerinin bu şartlarda yapılmasıyla, pek tabiidir ki bundan böyle, mektep ve medreselerde, mukayeseli hukuk ilmi ve buna bağlı olarak, daha geniş bir hukuk felsefesi ile fıkıh usûlü ilmi okutulmasına da, zarurî olarak başlanmış olacaktır.

Elmalılı Hamdi Yazır'ın kanunlaştırma konusundaki teklif ettiği bu prensiplerle, Mecelle'yi hazırlayan komisyon ve bu komisyonun çalışma usûlleri mukayese edildiğinde, Mecelle'nin, Hanefî fıkıh kitaplarındaki bilgilerin güzel bir Türkçe ile maddeleştirilmesinden ibaret, acelece yapılmış bir çalışma olduğu kanaati hasıl olmaktadır. Nitekim, Elmalılı Hamdi Yazır da, belirttiği mezkur şartlar muvacehesinde yapılacak bir kanunla, Mecelle'yi mukayese sadedinde, "...bu suretle öyle bir kanun-ı muhit meydana getiririz ki, (bu kanuna) alem-i medeniyet parmak ısırır ve Mecellemiz bile onun bir sahife-i muhtasarası gibi kalır..." diyor⁽⁴³⁾.

Tamamen hukuk tarihiyle ilgili bu çalışmamızda, şirket, icare, buyu', sarf, karz ve riba (faiz) konularıyla ilgili yukarıdaki değerlendirmelerimize ek olarak, Elmalılı Hamdi Yazır'ın zikrettiğimiz bu görüşlerinin de, Mecelle'nin, muhteva olarak, günün ihtiyaçlarına cevap veren bir kanunlaştırma çalışması olup olmadığı, bu cümleden olarak, o günkü ortamda, batıdan kanun almak yerine, millî mahiyette kanunlar hazırlanmasını teklif edenlerin beklentilerine cevap verip veremediği konusunda, bir fikir verebileceği kanaatindeyim. Tespitlerimize göre de, bir çok araştırmacı, Mecelle'yi kanun tekniği bakımından değerlendirirken kullandıkları övücü ifadelerin benzerlerini, onun muhtevası hakkında kullanmıyorlar. Hatta Mecelle'ye yöneltilen bazı itirazlara karşı cevaplar yazarak, onu savunan kimseler bile⁽⁴⁴⁾, onun muhtevası hakkında ve günün şartlarında ihtiyaca cevap verip veremeyeceği hususlarında, sessiz kalmayı tercih ediyorlar veya acelece hazırlandığını ifade etmekte yetiniyorlar.

hall bir hadiseye tesadüf edersek, hallini aynen bulabileceğimiz Avrupa kavanininden değil kavaid-i felsefe-i şer'iyyemizle hal ve ta'yin eyley; ve bu suretle öyle bir kanun-ı muhit meydana getiririz ki, alem-i medeniyet parmak ısırır. Ve Mecellemiz bile onun bir sahife-i muhtasarası gibi kalır...". Beyanu'l-Hakk, sayı,18, sh.399-404.

(43) Aynı yer.

(44) Çalışmamızın sonuç kısmında, Elmalılı Hamdi Yazır'ın kanunlaştırma ve Mecelle konusundaki görüşlerini özellikle zikrettik. Zira, Elmalılı Hamdi Yazır, Mecelle'ye yapılan itirazlara cevap sadedinde, Beyanu'l-Hakk dergisinde "Mecellemize Reva Görülen Muahazeyi Müdafaa" başlığı altında, seri hâlinde yazılar yazmıştır. Dolayısıyla, Elmalılı Hamdi Yazır'ın kanunlaştırma ve Mecelle konusundaki değerlendirmeleri bu açıdan ayrı bir önemi haizdir.