



T.C.

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**OSMANLI HUKUKU YASAMA FAALİYETİ
BAĞLAMINDA HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Süleyman TEPE

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Ankara, 2022

T.C.
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**OSMANLI HUKUKU YASAMA FAALİYETİ
BAĞLAMINDA HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Süleyman TEPE

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ

Ankara, 2022

ONAY SAYFASI

Süleyman TEPE tarafından hazırlanan “Osmanlı Hukuku Yasama Faaliyeti Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyesi	Kurumu	İmza
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Kabul ☐	Red ☐	
Prof. Dr. Mustafa AVCI	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Kabul ☐	Red ☐	
Doç. Dr. Taylan BARIN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
Kabul ☐	Red ☐	

Tez Savunma Tarihi: 05/07/2022

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Yüksek Lisans tezi olması için şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Doç. Dr. Seyfullah YILDIRIM

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün aşamalarda patent ve telif haklarını ihlal edici etik dışı davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, bu tezde kullanılmış olan tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi beyan ederim.

Süleyman TEPE



TEŞEKKÜR

Tezin hazırlanmasında, tezde gerekli düzeltme ve eklemelerin yapılmasında bilgi ve tecrübeleri ile büyük katkıları olan, çalışma nihayet buluncaya değin değerli vakitlerini ayıran kıymetli hocam Doç. Dr. Ahmet KILINÇ'a teşekkür ederim. Ayrıca yaptıkları eleştiri ve önerileriyle teze katkıda bulunan değerli tez jüri üyeleri Prof. Dr. Mustafa AVCI ve Doç. Dr. Taylan BARIN'a teşekkürü bir borç bilirim.

Tezin gerek hazırlanması gerekse tashih edilmesi aşamasında büyük katkıları olan kıymetli meslektaşlarım Arş. Gör. Mehmet BARUTÇU ile Arş. Gör. Oğuzhan ORHAN'a şükranlarımı sunuyorum.

Beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan yetişmemde çok büyük emekleri olan haklarını ödemekten aciz olduğum canım annem Nuray TEPE ve babam Menderes TEPE'ye çok teşekkür ediyorum.

ÖZET

Osmanlı Hukuku Yasama Faaliyeti Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi

Bu tez çalışmasında Hukuk-ı Aile Kararnamesi oluşturulurken icra edilen yasama faaliyetinin Osmanlı Anayasasına ve Osmanlı hukukunun meşruluğunu sağlayan şer’i hukuk kurallarına ne oranda uygun şekilde icra edildiği belirlenmeye çalışılmıştır.

İlk bölümde öncelikle kavramların doğru bir şekilde anlaşılması adına yasama faaliyeti ile ilişkili olan terimler üzerinde durulmuş ve bunlar arasındaki farklar izah edilmiştir. Daha sonra Osmanlı hukukunun tarihi kökenleri olan eski Türk hukukundaki “töre”nin nasıl oluşturulduğu anlatılmış ve akabinde Osmanlı hukukunun İslam hukuku kökenli bir hukuk sistemi olması dolayısıyla İslam hukuku yasama faaliyeti usul ve esasları üzerinde durulmuş ve İslam hukuk tarihindeki yasama faaliyeti ile ilgili gelişmelere yer verilmiştir.

İkinci bölümde öncelikle örfi ve şer’i hukuk kavramları arasındaki ilişki izah edilmiş ve Osmanlı hukuku yasama faaliyeti ürünlerinin hangi yasama faaliyeti usulü ile hazırlandığı belirlenmeye çalışılmıştır. Daha sonra Osmanlı hukukunda Klasik ve Tanzimat devri ayrımı yapılarak yasama yetkisinin hangi kişi ve kurumlara ait olduğu belirtilmiş ve yasama meclislerinde yasama faaliyetinin nasıl icra edildiği anlatılmıştır.

Üçüncü bölümde öncelikle Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin hazırlanma nedenleri ve içeriği hakkında bilgiler verilmiştir. Daha sonra Osmanlı Anayasası olan Kanuni Esasi’deki yasama faaliyeti usulü açıklanmıştır. En sonunda verilen bilgiler ışığında Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin Kanuni Esasi’deki ve İslam hukukundaki yasama faaliyeti usul ve esaslarına ne derece uygun tanzim edildiği ortaya konulmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

Hukuk-ı Aile Kararnamesi in the Context of the Legislative Activity of Ottoman Law

In this thesis, it has been tried to determine to what extent the legislative activity carried out while creating the Hukuk-ı Aile Kararnamesi was carried out in accordance with the Ottoman Constitution and the shar'i law rules that ensure the legitimacy of the Ottoman law.

In the first part, first of all, the terms related to the legislative activity are emphasized in order to understand the concepts correctly and the differences between them are explained. Then, it is explained how the "töre" in the old Turkish law, which has historical roots in Ottoman law, was created. Then, since Ottoman law is a legal system originating from Islamic law, the procedures and principles of Islamic law legislative activity are emphasized and the developments related to legislative activity in the history of Islamic law are given.

In the second part, firstly, the relationship between the concepts of customary and shar'i law has been explained and it has been tried to determine by which legislative activity method the legislative activity products of Ottoman law were prepared. Then, by making a distinction between Classical and Tanzimat eras in Ottoman law, it was stated which persons and institutions the legislative authority belonged, and how the legislative activity was carried out in the legislative assemblies was explained.

In the third chapter, first of all, information about the reasons for the preparation of the Hukuk-ı Aile Kararnamesi and its content is given. Then, the legislative activity procedure in Kanuni Esasi, which is the Ottoman Constitution, was explained. At the end, in the light of the information given, it has been tried to reveal how the Hukuk-ı Aile Kararnamesi is arranged in accordance with the principles and procedures of the legislative activity in the Legal Essence and Islamic law.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ESKİ TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA YASAMA FAALİYETİ

1. Yasama Faaliyeti ile İlgili Kavramlar.....	5
1.1. “Yasama” Kavramı	5
1.2. “Kanun” ve “Kanunlaştırma” Kavramları	7
1.3. “Kararname” Kavramı	9
1.4. Yasama Yetkisi	10
2. İslamiyet Öncesi Türk Hukukunda Yasama	11
2.1. Kağan İradesi	12
2.2. Kurultay Kararları.....	13
2.3. Yusun (Örf ve Adet Kuralları).....	14
3. İslam Hukukunda Yasama Faaliyeti	15
3.1. “Fıkıh” ve “Usul-i Fıkıh” Kavramları	15
3.2. İslam Hukukunda “Teşrii” ve “Yasama” Kavramı.....	16
3.3. İslam Hukukunda “İçtihat” ve “Yasama” Kavramı.....	18
3.4. İslam Hukukunda Yasama Yetkisi	19

3.4.1. Ülûlemler	20
3.4.2. Şûra Meclisleri	21
3.5. İslam Hukukunda Yasama Faaliyetinin Bağlayıcılığı	23
3.6. İslam Hukukunda “Siyaset-i Şer’iyye” Kavramı	25
3.7. İslam Hukukunda Yasama Faaliyeti Türleri	27
3.7.1. Birinci Tür Yasama Faaliyeti	27
3.7.2. İkinci Tür Yasama Faaliyeti	28
3.7.3. Üçüncü Tür Yasama Faaliyeti	30
3.8. İslam Hukuku Tarihinde Yasama Faaliyeti	31
3.8.1. Hz. Peygamber Devrinde Yasama Faaliyeti	31
3.8.2. Raşid Halifeler Devrinde Yasama Faaliyeti	35
3.8.3. Emevi Devleti’nde Yasama Faaliyeti	37
3.8.4. Abbasi Devleti’nde Yasama Faaliyeti	39

İKİNCİ BÖLÜM

OSMANLI HUKUKU YASAMA FAALİYETİ

1. Örfi Hukuk Sahasında Yasama Faaliyeti	42
1.1. “Örfi Hukuk” Kavramı	43
1.2. Osmanlı Devleti’nde Örfi Hukukun Gelişimi	44
1.3. Diğer Müslüman-Türk Devletlerinde Örfi Hukuk	46
1.4. Osmanlı Devleti’nde Örfi Hukuk Kuralları	47
1.4.1. Fermanlar	47
1.4.2. Kanunnameler	48
1.4.3. Adaletnameler	52
1.4.4. Yasaknameler	54

1.4.5. Beratnameler	54
1.4.6. Tevkiler	55
1.4.7. Tanzimat Devrine Ait Kanun, Kanunname, Kararname ve Nizamnameler ..	55
1.5. Örfi Hukuk ile Şer'i Hukuk İlişkisi	57
1.6. Örfi Hukuk Sahasında Yasama Faaliyeti Türleri.....	59
1.6.1. Birinci Tür Yasama Faaliyeti.....	59
1.6.2. İkinci Tür Yasama Faaliyeti	60
1.6.3. Üçüncü Tür Yasama Faaliyeti	60
2. Osmanlı Devleti'nde Şer'i Hukukun Kaynakları ve Yasama Faaliyetiyle İlişkisi	62
2.1. Fıkıh Kitapları.....	65
2.2. Fetvalar	67
2.3. Kanunnameler	73
2.4. Tanzimat Sonrasındaki Hukuki Düzenlemeler	75
2.4.1. Mecelle-i Ahkam-ı Adliye	76
2.4.2. Hukuk-ı Aile Kararnamesi.....	77
3. Osmanlı Devleti'nde Yasama Faaliyetinin Şer'i Hukuka Uygunluğu.....	78
4. Osmanlı Hukukunda Yasama Yetkisi ve Usulü	83
4.1. Padişah	84
4.2. Yasama Meclisleri	85
4.2.1. Divan-ı Hümayun	86
4.2.2. Meşveret Meclisi	91
4.2.3. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye ve Meclis-i Âli-yi Tanzimat	92
4.2.4. Şûra-yı Devlet	98
4.2.5. Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan.....	101

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YASAMA FAALİYETİ BAĞLAMINDA HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ’NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin Hazırlanma Nedenleri	103
2. Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin İçeriği	106
3. Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin Tanzim Edilme Usulü	108
3.1. 1876 Kanun-i Esasi’de Yasama Faaliyeti	108
3.1.1. Kanun Yapma Yoluyla	108
3.1.2. Muvakkat Kanun Yapma Yoluyla	111
3.1.3. İdare-yi Örfiye Yapma Yoluyla	113
3.2. Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin Tanzim Usulü.....	114
4. Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin Yürürlükten Kaldırılma Sebepleri	119
4.1. Kararname’nin Aile Hukukuna Dair Önemli Konuları İçermemesi.....	120
4.2. Bazı Kararname Hükümlerinin “Kanun” Tekniğine Aykırı Olması	121
4.3. Kararname’nin Toplum Hassasiyetlerini Gözardı Ettiği İddiası	122
4.4. Ulemanın Kararname’nin Şer-i Şerife Aykırı Olduğu İddiası.....	122
5. Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin Tanzimi Esnasında İcra Edilen Yasama Faaliyetinin Şer-i Şerife Uygunluğu.....	123
5.1. Birinci Tür Yasama Faaliyetinin Şer-i Şerife Uygunluğu	124
5.1.1. Evli ve İddet Bekleyen Kadınla Evlenmenin Yasaklanması	124
5.1.2. Erkeğin Aynı Anda Dörtten Fazla Kadınla Evlenmesinin Yasaklanması.....	124
5.1.3. Üç Talak İle Boşanan Kadının Başka Biriyle Evlenip Boşanmadan Eski Kocasıyla Evlenmesinin Yasaklanması	125
5.1.4. Müslüman Kadınların Gayrimüslim Erkeklerle Evlenmesinin Yasaklanması... ..	125
5.2. İkinci Tür Yasama Faaliyetinin Şer-i Şerife Uygunluğu	126

5.2.1. Akıl Hastalarının Evlendirilmesi	129
5.2.2. Zinanın Hürmet-i Musahere Oluşturmaması	130
5.2.3. Evlenme Akdinin Kinayeli Lafızlarla Kurulamaması	131
5.2.4. Evlenme Akdinde Takyidi Şartlar Koşulabilmesi	132
5.2.5. İkrâh Altında Yapılan Nikah ve Talakın Geçersizliği	135
5.2.6. Mehrin Alt Sınırının Belirlenmemesi	137
5.2.7. Tefrik (Mahkeme Kararıyla Boşama) Sebeplerinin Genişletilmesi	138
5.2.8. Hakemlere Kesin Boşama Salahiyeti Verilmesi.....	142
5.2.9. İddet Bekleyen Kadının Hayızdan Kesilmesi Meselesi	145
5.2.10. Sarhoşun Talakının Mutlak Olarak Geçersiz Sayılması.....	146
5.2.11. Mehr-i Müsemması, Mehr-i Mislinden Az Olduğu Halde Velisinden İzinsiz Evlenen Kızın Nikah Akdinin Lazım Olması	147
5.2.12. Kinayeli Boşamada Her Halde Kocanın Niyetinin Esas Alınması.....	149
5.2.13. Yetkisiz Temsilci (Fuzuli) ve Mektup Aracılığıyla Nikah Akdinin Düzenlenmemesi	149
5.2.14. Evlenme İçin Asgari Yaş Sınırı Getirilmesi	150
5.3. Üçüncü Tür Yasama Faaliyetinin Şer-i Şerife Uygunluğu.....	155
5.3.1. Nikah Akdinin Özel İzinname ile Resmi Görevli Huzurunda Yapılması ve Tescil Edilmesi.....	157
5.3.2. Boşama Kararının Hâkime Bildirilmesi ve Tescil Edilmesi	159
5.3.3. Nikahın Keyfiyetinin İlan Edilmesi.....	160
5.3.4. Başlık ve Kalın Parası Usulünün Yasaklanması.....	161
5.3.5. Gayrimüslimlerin Hukukunun Tanzim Edilmesi	162
SONUÇ.....	163
KAYNAKLAR.....	168

KISALTMALAR

Akt.	:Aktaran
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	:Cilt
COA	:Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi
DİB	:Diyanet İşleri Başkanlığı
EBYÜ	:Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
EKEV	:Erzurum Kültür ve Eğitim Vakfı Yayınevi
HH.d...	:Hazine-i Hassa Defterleri
H.z.	:Hazreti
İ.MSM	:İrade Mesail-i Mühimme
KHM	:Kırıkkale Hukuk Mecmuası
m.	:Madde
MŞH.ŞSC.d.	:Meşihat Şeriye Sicil Defterleri
MÜİFD	:Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
MV.	:Meclis-i Vükela Mazbataları
NEÜ	:Necmettin Erbakan Üniversitesi
OSAV	:Osmanlı Araştırmaları Vakfı
r.a.	:Radiyallahu Anh
s.	:Sayfa
S.	:Sayı

s.a.s.	:Sallallahu Aleyhi ve Sellem
s.e.t.	:Son erişim tarihi
SBF	:Siyasal Bilgiler Fakültesi
SÜHFD	:Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ş.S.	:Şeriyeye Sicilleri
TDV	:Türkiye Diyanet Vakfı
TDVİA	:Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
vb.	:Ve benzeri
YB.021	:Yabancı Arşivler Makedonya Arşivi

GİRİŞ

İnsan, yaşamını sürdürmesi için yeme, giyinme, barınma ve korunma gibi temel gereksinimlere ihtiyaç duyar. Ancak insanlar hayatı için gerekli olan hiçbir şeyi tek başına yapmaya muktedir değildir. Bu nedenle insanoğlu diğer canlılar gibi münferit yaşayamayıp birbirleriyle yardımlaşmaya ve dayanışmaya muhtaçtır. Bu ise insanların bir arada toplum halinde yaşamasını zorunlu kılar.

Toplum halinde yaşayan insanlar, birbiriyle ilişki kurarken aralarında birtakım adalet mefhumuna uymayan durumlar ortaya çıkabilir. Bu durumda adaletin temin edilmesi gerekir. Kınalızade, adaletin temini için öncelikle insanlar arasında muamelatı sağlayan paraya gereksinim olduğunu; paranın yetersiz kaldığı yerde Allah'tan gelen temiz hukuk kurallarına (şeriata) ihtiyaç olduğunu ve en sonunda toplumdaki hukuk tanımaz zorba kişiler nedeniyle hukuk kurallarına uyulmasını sağlayan devlet erkinin varlığının gerekli olduğunu söyler¹.

İnsanlar arasındaki çekişmelerin bertaraf edilmesi, toplumsal huzur ve sosyal barışın temini için hukuk kurallarının varlığı çok önemlidir. Ancak devlet otoritesi tarafından uygulanma mecburiyeti getirilmeyen hukuk kurallarının böyle bir fonksiyon icra etmesi çok zordur. Buradan toplumsal huzur ve güvenin temini için öncelikli olarak herkesi bağlayan âdil hukuk kurallarının devlet tarafından yasama faaliyeti aracılığıyla oluşturulmasının elzem olduğu anlaşılmaktadır.

Osmanlı Devleti temelde ehl-i örfün halka zulmünü önlemek için yasama faaliyeti aracılığıyla örfi hukuk kurallarını adaletname ve yasaknameler ve ayrıca devletin ve toplumun düzeni için ferman ve kanunnameler aracılığıyla yasalaştırmıştır. Tanzim ettiği mezkûr düzenlemeleri halkın yoğun olduğu pazarlarda okutmuş ve isteyene parası karşılığında bir nüshanı vermiştir. Osmanlı Devleti bu yöntemle; yürürlüğe koyduğu

¹ Kınalızade Ali Çelebi (2020) Ahlak-ı Alâî (Sadeleştiren: Murat Demirkol) Ankara, Fecr Yayınları, s.110.

düzenlemelerde belirtilmeyen vergilerin ve para cezalarının halktan haksız yere alınmasının önüne geçmek istemiş ve ayrıca devletin bir düzen içerisinde idare edilmesini hedeflemiştir.

Osmanlı Klasik devrinde yasama faaliyeti daha çok şer'i hukuk sahası dışında ferman ve kanunnameler aracılığıyla icra edilmekteydi. Bu devirde fıkıh kitaplarındaki şer'i hukuk kuralları devletin en önemli görevlilerinden olan kadılar vasıtasıyla uygulanmakta idi. Tanzimat devrine gelindiğinde ise bir yandan Askeri Ceza Kanunu (1838), Ticaret Kanunnamesi (1840), Tabiiyyet-i Osmaniye Kanunu (1869) ve Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu (1879) gibi batı kökenli düzenlemeler ile Arazi Kanunnamesi (1858), Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (1869-1876), Usul-i Muhakeme-i Şer'iyye Kararnamesi (1917) ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi (1917) gibi milli düzenlemeler tanzim edilmişti.

İçerisinde ağırlıklı olarak şer'i hukuka dair meselelerin yer aldığı ve Tanzimat dönemiyle başlayan kanunlaştırma faaliyetlerinin en önemli düzenlemelerinden biri olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi, özellikle Hanefi mezhebi dışındaki içtihadî görüşlerin kanunlaştırılması bakımından Osmanlı hukuku yasama faaliyetinde mümtaz bir yerde durmaktadır. Zira Kararnamenin oluşturulduğu zamana kadar Osmanlı aile hukukundaki uyuşmazlıklar -bazı örfî hukuk düzenlemeleri istisna edilirse- dilleri arapça olan ve daha çok Hanefi müçtehitlerin görüşlerini içeren ve Osmanlı'nın adeta resmi hukuk mevzuatı olan muteber fıkıh kitaplarına müracaat edilerek çözümlenmekteydi. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hazırlanması ile bu usul değişmiş, Kararnamece düzenlenen hususlarda; artık fıkıh kitapları yerine Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne müracaat edilmeye başlanmıştır.

Bir yasama faaliyeti ürünü olan Hukuk Aile Kararnamesi'nin gerek hazırlanma usulü ve gerekse içerdiği hükümler bakımından İslam hukukunun çizdiği sınırlar içerisinde olması gerekmektedir. Aksi halde yapılan yasama faaliyeti meşru olmaktan çıkacaktır. Dolayısıyla bu çalışmada Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Osmanlı Hukuku yasama faaliyetindeki yeri belirlenmeye ve Osmanlı hukukunun denetleyicisi olan şer'i hukuktaki yasama faaliyeti kurallarına uygun olup olmadığı problematiği üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Literatüre bakıldığında hukuk tarihimizde önemli bir yerde duran Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile ilgili birtakım çalışmalar olduğu görülmüştür. Kararname hakkında yapılan tez çalışmalarına incelendiğinde; Murat Erdoğan'ın 2019 yılında hazırladığı "*Osmanlı Hukuk-i Aile Kararnamesinin Fıkhi Mezhepler Bağlamında Değerlendirilmesi*", Ensar Durmuş tarafından 2017 yılında kaleme alınan "*1917 tarihli Hukuk-ı Aile*

Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler", Ahmet Yasin Küçükırtıyaki'nin hazırladığı "Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi" ve Ebru Kayabaş'ın yaptığı "Hukuk-ı Aile Kararnamesi" gibi çalışmalar olduğu görölmüşür. Tez çalışmaları dışında Ensar Durmuş ile Mehmet Ali Yargı'nın "1917 Tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler", Mehmet Ünal'ın "Medeni Kanun'un Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi", Ramazan Aydemir ve Erdoğan Sarıtepe'nin "Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Hanefiler Dışındaki Mezheplerin Görüşlerine Dayanan Maddelerin Değerlendirilmesi" ve İbrahim Tüfekçi'nin "Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler Sadreddin Efendi Örneği" adlı makaleler ile Kararnemeyi konu edinen M. Akif Aydın'ın "Osmanlı Aile Hukuku" adlı kitabı, Halil Cin'in "İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme" ve "Eski Hukukumuzda Boşanma" isimli eserleri ön plana çıkmaktadır. Kararnemeyi konu edinen mezkûr çalışmaların herbirinin Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni anlamada ayrı önemi vardır. Ancak hiçbir Kararnemeyi müstakil olarak Osmanlı hukuku yasama faaliyeti bağlamında değerlendirmemektedir. Bu çalışma ile Kararnamenin Osmanlı hukuku yasama faaliyeti bakımından nasıl tanzim edildiği ve ne oranda şer'i sınırlara riayet edilerek oluşturulduğu hususları üzerinde durularak literatürdeki bu açık kapatılmaya çalışılacaktır.

Kararname ile ilgili tarihi bilgilere ulaşılması adına öncelikle Düstur, Takvim-i Vekayi, Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan zabıt cerideleri gibi tarihi vesikalar daha sonra ise; Osmanlı hukuku ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne yönelik literatürdeki ikincil nitelikteki eserler incelenecektir. Kararnamede düzenlenen hususların ne oranda gerçek hayatta tatbik edildiğinin anlaşılması için Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi ve bazı şeriyye sicilleri kayıtlarından istifade edilecektir. Kararname hükümlerinin şer'i hukuka uygunluğunun tespiti için Türkçe ve Arapça fıkıh ve usul-i fıkıh eserlerinden ve ayrıca Kararnamenin yasama faaliyeti bağlamında meşruluğunun tespitinde çeşitli dergilerde yayınlanan Sadreddin Efendi, Mansurizade Said, Babanzade Ahmed Naim, Ahmed Şirani ve Celal Nuri gibi Osmanlı mütefekkirlerinin yazılarından istifade edilecektir.

Tez üç bölümden oluşacaktır. Tezin ilk bölümünde konunun daha iyi anlaşılması adına yasama terimiyle ilgili kavramlar ele alınacak ve akabinde eski Türk ve İslam hukukunda yasama faaliyeti genel hatlarıyla incelenip Osmanlı hukukunun tarihi kökenlerine inilmeye çalışılacaktır. İkinci bölümde Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Osmanlı

yasama faaliyetindeki değerinin ortaya çıkarılması için öncelikle Osmanlı hukuku yasama faaliyeti, şer'i ve rfi hukuk ayrımı yapılarak ele alınacak ardından Osmanlı yasama faaliyetinin şer'i hukuka uygunluğu tespit edilmeye çalışılacak ve son olarak da Osmanlı hukukunda yasama faaliyetinin kimler ve hangi usulle icra edildiği üzerinde durulacaktır. nc bölümde ise; 157 maddeden oluşan Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hem şer'i hukuka dair hem de rfi hukuka dair maddeleri diğer iki bölümde elde edilen bilgiler ışığında Osmanlı hukuku yasama faaliyeti açısından incelenmeye çalışılacaktır. Bunun için öncelikle Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hazırlanma sebepleri ve içeriği hakkında bilgiler verilecek ardından Kararname'nin nasıl bir yasama usulü izlenerek oluşturulduğu izah edilecektir. Daha sonra ise Kararname hükümlerinin ne oranda şer'i hukuk sınırlarına riayet edilerek tanzim edildiği üzerinde durulacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

ESKİ TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA YASAMA FAALİYETİ

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Osmanlı hukuku yasama faaliyeti bağlamında doğru bir şekilde değerlendirilebilmesi için öncelikle “yasama” kavramının etraflıca izah edilmesi ve akabinde “yasama faaliyeti” mefhumunun Türk Hukuk Tarihi içerisindeki seyrinin detaylıca ele alınması icap etmektedir.

Bu bölümde; öncelikle yasama faaliyeti ile ilgili temel kavramlar izah edilecek ve akabinde İslamiyet'ten önceki Türk hukuku ile İslam hukukundaki yasama faaliyeti usul ve esasları incelenecektir.

1. Yasama Faaliyeti ile İlgili Kavramlar

Yasama faaliyetinin zihinlerde doğru bir şekilde konumlanması için “yasama”, “yasa”, “kanun”, “kanunlaştırma”, “kararname” ve “yasama yetkisi” gibi kavramların izah edilmesi gerekmektedir.

1.1. “Yasama” Kavramı

“Yasama” kavramı “yasa” kelimesinden türemiştir. “Yasa” kelimesi sözlükte *“olayların gidişinde olağan dışına yer vermeyen, değişmezlik ve mecburiyet gösteren kural”* ve *“toplumsal hayat içinde kendiliğinden oluşan ve uyulması toplum içinde yaşamının bir mecburiyeti olan alışkanlıkların bütünü”* demektir². Yasa kavramının ıstılahi anlamı ise: *“yasama organı tarafından yazılı olarak ve bu ad altında çıkarılan genel, sürekli ve soyut hukuk kuralı”*³ demektir. Moğol istilasından sonra İslam tarih ve etnoğrafya edebiyatına giren ve “yasağ” kelimesinden türeyen yasa kavramı; Göktürkler, Hakanlılar ve Selçuklular devrinde kanun ve nizam anlamına gelen “törü” (töre) kavramının yerine kullanılmıştır⁴.

“Yasama” sözcüğü TDK'ya göre “yasa koyma”, “yasa yapma” ve “teşri” kavramları⁵ ile eş anlamlı olup genel, soyut, objektif ve sürekli nitelikte kurallar koymak

² Türk Dil Kurumu Sözlükleri, ‘yasa’, < <https://sozluk.gov.tr/> >, s.e.t 08.05.2022.

³ Yılmaz, Ejder (1976) Hukuk Sözlüğü, Ankara, Doruk Yayınları, s.346.

⁴ İnan, Abdulkadir (1964) ‘Yasa, Töre-Türe ve Şeriat’, Türk Kültürü Araştırmaları Dergisi, S:1, s.104.

⁵ Türk anayasalarına bakıldığında yasama faaliyeti 1961 Anayasasına kadar “teşrii” kavramıyla ifade edilmiştir. Ancak teşrii kavramı İslam hukukuna ait olan bir kavramdır. İslam hukukunda teşrii yani yasama

demektir⁶. Başka bir deyişle yasama; devlet tarafından toplum hayatını düzene sokmak amacıyla genel, soyut ve süreklilik arz eden bağlayıcı ve müeyyide içeren hukuk kuralları koyulması anlamına gelmektedir⁷.

Yasamanın, yürütme ve yargı fonksiyonlarından ayırt edilebilmesi için literatürde “maddi” ve “şekli” anlamda yasama fonksiyonu olarak ikili ayrıma gidilmiştir⁸. Leon Duguit, devletin hukuki fonksiyonlarını “maddi” ölçüt yönünden ele almıştır. Duguit’e göre; hukuki işlemi yapan organ veya kişilerin vasfı değil hukuki işlemin mahiyeti önemli olduğundan⁹ yasama fonksiyonu; genel, soyut, objektif ve sürekli nitelikte işlemler yapmak demektir¹⁰. “Şekli” kriterde ise hukuki işlemin genel, soyut ve sürekli olmasının bir anlamı olmayıp yapılan işlemin hangi devlet organı tarafından yapıldığının bir önemi vardır¹¹. Malberg’e göre; yasama organı tarafından yapılan her işlem mahiyetine bakılmaksızın bir yasama işlemidir¹². Bu görüşe göre kanun ile yönetmelik, tüzük ve kararname gibi yürütmenin düzenleyici işlemleri arasında muhteviyat bakımından bir farklılık olmasa da hiyerarşik güç yönünden birbirlerinden farklıdırlar¹³.

Bu çalışmada yasama fonksiyonu için “maddi” kriter baz alınmıştır. Dolayısıyla bir hukuki işlemin hangi devlet organı tarafından düzenlendiğine bakılmamış; genel, soyut ve süreklilik arz eden devlet otoritesi eliyle yapılan bir düzenleme ile karşılaşıldığında bu tür işlemler yasama faaliyeti ürünü olarak değerlendirilmiştir. Örneğin nizamname, talimatname veya kararnameler yürütme erki tarafından oluşturulmasına ve kanun şeklinde tanzim

faaliyeti, hakkında düzenleme yapılacak olay hükmünün İslam hukuku kaynaklarından elde edilerek normatif kural haline getirilmesidir. **Vural, Muammer** (2011) ‘Yasama Kavramı Ve Yetkisi Açısından Pozitif Hukuk İle İslam Hukuku Arasında Bir Mukayese’, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:36, s.182.

⁶ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, ‘yasama’, < <https://sozluk.gov.tr/> >, s.e.t 08.05.2022.

⁷ **Türkan, Talip** (1999) ‘İslam Hukukunda Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri’ (Doktora Tezi) Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.190; **Vural, Muammer** (2015) ‘Dört Halife Döneminde Yasama Faaliyetinin İşleyişi ve Bazı Yasama Örnekleri (Hz. Ömer Dönemi)’, İLTED, Erzurum C:2, S: 44, s.341; Yasama organının genel kaideler koymak için müracaat ettiği hukuki ameliyeye kanun vaz’ı (yasa koyma faaliyeti) denir. Türk Hukuk Lügati (1991) 3. Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, s.188.

⁸ **Gözler, Kemal** (2018) Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin, s.599.

⁹ **Leon, Duguit** (1923) Manuel de Droit Constitutionnel, Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, 4. Baskı, Paris, s.90-123, Akt. **Gözler**, s.600.

¹⁰ **Leon, Duguit**, Traité de Droit Constitutionnel, Paris, Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, 2.Baskı, C:2, s.156, Akt. **Gözler**, s.600.

¹¹ **Gözler**, s.603.

¹² **Raymond Carré de Malberg** (1920) Contribution a la Théorie Générale de l’Etat, C:1, Paris, Sirey, s.268, Akt. **Gözler**, s.602.

¹³ **Malberg**, s.332, Akt. **Gözler**, s.603.

edilmemiş olmasına rağmen maddi anlamda değerlendirilip birer yasama faaliyeti ürünü olarak ele alınmıştır.

Görüldüğü üzere yasama faaliyeti maddi kriter baz alındığında “kanun” yapmaktan daha geniş bir faaliyettir¹⁴. Bu aşamada konunun daha iyi anlaşılması için “yasama” kavramıyla sıkça karıştırılan “kanun” ve “kanunlaştırma” kavramlarına göz atmak icap etmektedir.

1.2. “Kanun” ve “Kanunlaştırma” Kavramları

“Yasa” kavramıyla arasında yakın bir anlam ilişkisi olan “kanun”, İslam hukukunun tedvininden yani fıkıhın ve muhtelif mezheplerin teşekkülünden sonra devlet başkanlarının iradesinden doğan ve kökeni itibarıyla şer‘i olmayan ve Yunancadan alınıp ilim ve felsefe ıstılahı olarak kullanılan düzenlemelere verilen addır¹⁵. İki çeşit kanun olduğu söylenmektedir. İlki, güneşin doğması gibi insan etkisiyle değiştirilmesi mümkün olmayan tekvini kanunlar ve diğeri ise; insanların uygulanmasını ihmal etme hürriyetine sahip oldukları yasama faaliyeti sonucu oluşturulan kanunlardır¹⁶. Tarihsel anlamda “kanun” ise; ilk başta “mali kurallar” demek iken sonraları devlet başkanının idareci sıfatıyla sahip olduğu yetki sebebiyle şer-i şeriften bağımsız olarak oluşturduğu hukuki kaideler manasında kullanılmıştır¹⁷.

Kanun, sözlükte “*kendisinden elde edilenin tüm cüzlerini içeren bir külli emirdir*”¹⁸ şeklinde tanımlanırken ıstılahi anlamda kanun¹⁹, yasama erki tarafından iç idare usullerine ve kamunun çıkarlarına ve işlerine dair düzenlenip herkes tarafından uygulanması mecburî

¹⁴ Belirtmek gerekir ki; yasama faaliyeti yeni bir düzenleyici işlem tesis etmenin de ötesinde bir kavramdır. Örneğin bir kanunun nasıl uygulanması gerektiğini izah etmek (tefsir), mevcut düzenleme üzerine yeni maddeler eklemek (zeyl), halihazırdaki düzenlemenin bazı maddelerini değiştirmek (tadil) de yasama faaliyeti olarak değerlendirilmelidir. Zira bu tür işlemler mevcut düzenlemeyi doğrudan etkilemektedir. Bu tür işlemler ileride anlatılacağı üzere Tanzimat devrindeki Meclis-i Vala ve Şûra-yı Devlet gibi teknik anlamdaki yasama meclislerinin en çok müracaat ettiği yasama faaliyeti çeşitlerindendir.

¹⁵ Türk Hukuk Lügati, s.188.

¹⁶ **Yazır, Elmalılı M. Hamdi** (1997) Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahları Kamusu, C:4, İstanbul, Eser Neşriyat, s.482.

¹⁷ **İnalçık, Halil** (2001b) ‘Kanunname’, TDVİA, C:24, s.333.

¹⁸ **Kal‘a-yı Sultaniyeli Türkzade Hafız Mehmed Ziyaeddin** (2017) Osmanlı Hukuk Sözlüğü (Hazırlayanlar: Fethi Gedikli ve İbrahim Enes Onat), İstanbul, Onikilevha, s.129.

¹⁹ Kanun: “Bir hükümet tarafından usul-i idare-i dahiliyye ve mesalih ve umur-ı amme dair tanzim olunup umum tarafından mecburu’l-icra tutulmak üzere vaz ve ilan edilen kavaid.” **Mehmed Salahi** (h.1322) Kamus-i Osmani, İstanbul, Mahmud Bey Matbaası, s.209.

tutulmak üzere konulan ve ilân olunan genel, mücerret ve sürekli kurallardır²⁰. Bu tanıma paralel olarak Sarıca, kanunun ancak yasama erki tarafından tanzim edilebileceğini söylemektedir²¹. Ancak yukarıda yapılan maddi ve şekli anlamda yasama ayrımı kanun için de yapılabilir. Maddi anlamda kanun devlet tarafından oluşturulan objektif nitelikte yani genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı kurallardır²². Dolayısıyla kararname, yönetmelik ve tüzük gibi yürütme erki tarafından oluşturulan kişilik dışı objektif işlemler de maddi anlamda kanun tanımını içerisine girecek ve birer yasama faaliyeti ürünü olarak kabul edilebilecektir.

“Kanunlaştırma”, genel anlamda; kanun biçiminde kurallar koyma yani taknin (legislation) faaliyeti iken, özel anlamda: hukukun belli bir dalındaki mahalli kuralları birleştirmek amacıyla halihazırdaki hukuk kurallarının kanun şeklinde derlenmesi yani tedvin²³ edilmesi (codification) faaliyetidir²⁴. Türk hukukunda; Medeni Kanun gibi şahıs, aile, miras ve eşya hukukunu yekûn halinde içeren bir düzenlemeye de Basın Kanunu gibi sadece bir konuyu içeren düzenlemeye de kanun²⁵ denmekte ve bunların oluşturulması faaliyetine “taknin” ve “tedvin” şeklinde bir ayrım yapılmaksızın sadece “kanunlaştırma” denmektedir.

Türk Hukukundan farklı olarak Kıta Avrupası hukukunda yekûn kanunlar yapmaya codification²⁶ (tedvin), yalnızca belirli bir hukuk dalını düzenlemeye ise legislation²⁷ (taknin) ifadesi kullanılmaktadır²⁸. Buna göre; içerisinde birden fazla hukuk dalı barındıran 1804 tarihli Code Civil ve Mecelle-i Ahkam-ı Adliye “tedvin faaliyeti” ile; hukukun belli

²⁰ **Erdoğan, Mehmet** (2005) Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 2. Basım, İstanbul, Ensar Neşriyat, s.289.

²¹ Sarıca’ya göre kanun, yalnızca teşrii (yasama) organı tarafından oluşturulabilir. **Sarıca, Ragıp** (1943) Türkiye’de İcra Uzmanının Tanzim Salahiyeti, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, s.18.

²² Bkz. **Gözler**, s.645.

²³ Tedvin: “Neşredilen kanun ve nizamların ve bu mahiyetteki mevzuatı bir araya toplayarak tertipleme.” Türk hukuk Lügati, s. 329.

²⁴ **Dönmez, İbrahim Kafi** (1986) İslam Hukukunda Müçtehidin Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimın Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese, MÜİFD, S:4, s. 23.

²⁵ Kanun, geniş manasıyla yetkili makamlar tarafından çıkarılan yazılı hukuk kuralları demek iken dar ve teknik anlamıyla yasama organı tarafından çıkarılan genel, sürekli ve soyut hukuk kuralları demektir. DİA (2001) ‘Kanun’, TDVİA, C:24, s.323,324.

²⁶ “Codification” terimi latince kanunlar mecmuası, büyük kanun ve mecelle manalarına gelen “codex” kelimesinden türetilmiştir. **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** (1940) Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, İstanbul, Maarif Matbaası, s.7.

²⁷ Legislation: Yerel ya da ulusal parlamentolar tarafından hukuk kurallarının yapılması ve yürürlüğe sokulması demektir. <https://www.britannica.com/topic/legislation-politics>, s.e.t:18.06.2022.

²⁸ **Kılıç, Muhammed Tayyib** (2008) ‘İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu’ (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 36-39.

bir dalını içeren 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi ve 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ise “taknin faaliyeti” sonucu oluşturulduğu söylenebilir.

Sonuç olarak; kanunlaştırma faaliyeti hem taknin hem tedvin hem de iktibas faaliyetlerini içine almaktadır²⁹. Yasama faaliyeti ise yukarıda da anlatıldığı üzere; maddi kriter baz alındığında taknin, tedvin ve iktibas faaliyetlerinin yanında idarenin düzenleyici işlemlerini ihtiva ettiğinden kanunlaştırma faaliyetinden daha geniş bir kavramdır³⁰. Dolayısıyla Osmanlı Devleti’ndeki kanunname³¹, nizamname³², kararname, ferman, beratname, yasakname, adaletname vb. düzenlemelerin tamamı birer yasama faaliyeti ürünü olarak değerlendirilmelidir³³.

1.3. “Kararname” Kavramı

Tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici idari işlemlerden bir tanesi de kararnamelerdir³⁴. Kararname, yürütme organınca alınan karar manasına gelmektedir³⁵. Bir başka deyişle kararname; cumhurbaşkanı tarafından onaylanan bakanlar kurulu kararına verilen isimdir³⁶. Kararname kavramı, günümüz hukukunda 1982 Anayasa’sının 104. maddesinde “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hem soyut, genel ve sürekli kurallar içermesi hem de ilk elden hüküm koyma kabiliyetini haiz olması nedeniyle bir yasama faaliyeti ürünü olarak değerlendirilmektedir³⁷.

²⁹ **Bilge, Necip** (1999) Hukuk Başlangıcı, 13. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 57.

³⁰ **Türkan** (1999), s.192.

³¹ **Kanunname**: Osmanlı Devlet’inde gerek kamu hukukuna gerekse özel hukuka ait kanunları bir araya getiren mecellelere “kanunname” adı verilmiştir. Türk Hukuk Lügati, s.188.

³² **Nizamname**: Hükümetçe yapıp usulü dairesinde yürürlüğe konulan gayri şahsi objektif bir kaide içeren emredici bir devlet buyruğudur. Nizamname; emredici olması, usulüne uygun olarak neşir ve ilan edilmesi, umumi olması ve hem fert hem de hâkim ve memur için itaati mecburi bir devlet buyruğu olması açısından tıpkı kanun gibidir, kanun mesabesindedir. **Başgil, Ali Fuad** (2008) Hukukun Ana Meseleleri ve Müesseseleri-Konferanslar, İstanbul, Yağmur Yayınevi, s.164.

³³ Burada şu hususu belirtmek gerekir ki; Osmanlı Devleti’nde her ne kadar hatt-ı hümayun, ferman, irade-i seniye, berat-ı âli vb. gibi düzenlemeler farklı şekilde tanzim edilse de padişah iradesine iktiran ettikleri için tamamı iç hukukta aynı tesir ve kuvveti taşımakta idi. Bkz. **Abadan, Yavuz** (1957) ‘Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri’, AÜHFD, C:14, S:1, s.19.

³⁴ **Yılmaz** (1976), s.95.

³⁵ **Teziç, Erdoğan** (2017) ‘Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler’, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısını 55 Makale, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.238. **Erdoğan**, s.292.

³⁶ Türk Hukuk Lügati, s.191. **Yılmaz** (1976), s.188.

³⁷ **Eren, Abdurrahman** (2019) ‘Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi’, Anayasa Yargısı, S:1, C:36, s.65.

Osmanlı Devleti'nde Kararname ile ilgili düzenleme Kanun-i Esasi'nin 36. maddesinde³⁸ yer almaktadır. Bu maddeye göre; Meclis-i Umumi'nin toplanması mümkün olmadığında zaruri ihtiyaçlar meydana gelmiş ise, devleti tehlikelerden ve genel güvenliği bozucu faaliyetlerden muhafaza etmek için Kanun-i Esasi hükümlerine aykırı olmayacak şekilde Heyet-i Vükela (Bakanlar Kurulu) tarafından alınan kararlar, Meclis-i Mebusan'ın toplanıp vereceği karara kadar padişahın onayıyla geçici kanun hükmünde ve kuvvetinde olacaktır. Bu düzenlemeye göre; kanun kuvvetinde olan kararnamelerin (muvakkat kanunların) birer yasama işlemi olduğu söylenebilir. Zira Sıddık Sami Onar'a göre; bu tür düzenlemeler gerek maddi ve gerek şekli bakımdan ve gerekse kuvveti itibarıyla kanun mahiyetinde olup yalnızca düzenleyen organ bakımından bir idari işlem şeklindedir³⁹.

İleride de değinileceği üzere; Osmanlı'da bu usul pek çok düzenlemede kullanılmıştır. Hukuk-ı Aile Kararnamesi bu düzenlemelerin meşhur örneklerindendir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi hükümlerinin soyut, genel ve sürekli nitelikte hükümler içermesi onun maddi anlamda kanun olarak değerlendirilmesini ve dolayısıyla bir yasama faaliyeti ürünü haline gelmesini sağlamaktadır. Ayrıca Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin bir kanunun tatbiki için düzenlenmemiş olması ve konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar koyması Kararname'nin ilk el işlem olduğunu göstermekte bu ise onun yasama işlemi vasfını güçlendirmektedir. Kanaatimizce mezkûr özellikler olmasa dahi Kanun-i Esasi'nin 36. maddesinde; kararnamelerin “*muvaakkaten kanun hüküm ve kuvvetinde*” kabul edilmesi Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin bir yasama işlemi olduğunu göstermektedir.

1.4. Yasama Yetkisi

Yasama faaliyetinin ilişkili olduğu bir diğer kavram ise yasama yetkisidir. Yasama yetkisi; devlet otoritesini kullanarak toplumsal hayatı tanzim etmek maksadıyla bağlayıcı ve maddi müeyyidelerle desteklenmiş hukuk kuralları koyma yetkisidir⁴⁰. Bu yetki tüm

³⁸ Kanun-i Esasi 36. madde: *Meclis-i Umumi mün'akit olmadığı zamanlarda devleti bir muhataradan veyahut emniyet-i umumiyyeyi halelden vikaye için bir zarureti mübremeye zuhur ettiği ve bu bapta vaz'ına lüzum görünecek kanunun müzakeresi için meclisin celp ve cem'ine vakit müsait olmadığı halde Kanun-i Esasi ahkâmına mugayir olmamak üzere Heyet-i Vükelâ tarafından verilen kararlar Heyet-i Mebusanın içtiması ile verilecek karara kadar ba irade-i seniye, muvaakkaten kanun hüküm ve kuvvetindedir.* Düstur, I. Tertip, C:4, s.8.

³⁹ Onar, Sıddık Sami (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s.398.

⁴⁰ Yılmaz, İbrahim (2020) İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması, Ankara, Fecr Yayınları, s.321.

toplumlarda asli olarak egemen iradeye aittir⁴¹. Toplumdan topluma egemen irade değiştiği için bu yetkiyi kullanan merciler de deđiřmektedir⁴². Günümüzde parlamenter demokrasiler ile yönetilen ülkelerde egemen irade meclisler olduğu için kural olarak yasama yetkisi de ona aittir⁴³. Ancak her ne kadar yasama yetkisi meclislere ait olsa da maddi ölçüt baz alındığında; yasama yetkisi yürütme erki tarafından genel, soyut, sürekli ve objektif nitelikte kararname, tüzük ve yönetmelikler çıkarılmak suretiyle kullanılabilmektedir. Dolayısıyla yasama yetkisinin yasama organından daha genel bir mana ifade ettiği sylenebilir⁴⁴.

Bir devlet fonksiyonu olan yasama faaliyeti tarihin değişik dönemlerinde devlet adına hareket eden kişi veya kurullardan oluşan muhtelif organlar tarafından yerine getirilmekteydi⁴⁵. Mesela Roma Devleti’nde bazı dönemlerde “Senatus” veya “Halk Konseyleri” bazı dönemlerde ise “İmparator” yasama yetkisini kullanmaktaydı⁴⁶. İleride de değinileceği üzere Eski Türklerde yasama yetkisini kağan ile kurultay beraber kullanmakta idi. Osmanlı Devleti’nde yasama faaliyeti son söz padişaha ait olmak üzere Klasik devirde Divan-ı Hümayun, Tanzimat devrinde ise; Meşveret Meclisleri, Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye, Meclis-i li-i Tanzimat ve şûra-yı Devlet gibi teknik kurumlar ve Meclis-i Mebusan ve Ayan gibi meclisler aracılığıyla icra edilmekteydi.

2. İslamiyet ncesi Türk Hukukunda Yasama

Eski Türk devletlerinde toplum hayatını düzenleyen, halkı ve hükümdarı bağlayan objektif, sosyal ve hukuk kurallarının bütününe tre/tr adı verilmekteydi⁴⁷. Türk töresini ilk koyan kişinin Oğuz Han’ın büyük oğlu Gün Han’ın veziri İrkıl Ata veya Bilge İrkıl Hoca olduğuna inanılmaktaydı⁴⁸. Tarihte yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen ancak bilge birisi

⁴¹ Vural (2015), s.342.

⁴² Vural (2015), s.342.

⁴³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na göre; yasama yetkisi TBMM’ye ait bir yetkidir ve bu yetki devredilemez. T.C. Anayasası m.7: *Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*

⁴⁴ Vural (2011), s.184.

⁴⁵ şentop, Mustafa (2010) Osmanlı Ceza Hukukunda Genellik İlkesi Bağlamında Suç-İnanç (Din) İlişkisi, Dinsel ve Kültürel Farklılıkların Bir Arada Yaşanması: İstanbul Tecrübesi, (Editörler. Mehmet Fatih Arslan-Muhammed Veysel Bilici), İstanbul, s.189.

⁴⁶ şentop (2010), s.189.

⁴⁷ Arsal, Sadri Maksudi (1947) Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s.287. Aydın, M. Akif (1999) Türk Hukuk Tarihi, 3. Baskı, İstanbul, Beta, s.15. İnalçık, Halil (2016a) Türklük Müslümanlık ve Osmanlı Mirası, 3. Baskı, İstanbul, Kırmızı, s.98.

⁴⁸ Ögel, Bahaeddin (1982), Türklerde Devlet Anlayışı (13. Yüzyıl Sonlarına Kadar), Ankara, Başbakanlık Basımevi, s.81.

olduğuna inanılan bu kişinin koyduğu kurallara büyük saygı gösterilmekteydi⁴⁹. Türk töresi oldukça sert ve kesin hükümler içermesine rağmen Türk cemiyetinin ana bileşenini oluşturduğundan hem halkı ve hem de hükümdarı⁵⁰ bağladığı ve milletin yüzlerce yıllık tecrübesinden süzüldüğü için daima doğru ve adaletli olanı emrettiği herkesçe kabul edilirdi⁵¹.

Eski Türk hukukunda törenin kaynağı en başta kağanlardı⁵². Bunun dışında törenin diğer bir kaynağı kurultayda alınan kararlar ve toplum içinde kendiliğinden ve yavaş yavaş ortaya çıkan gelenek-görenek kuralları yani “yusun” idi⁵³.

2.1. Kağan İradesi

Türklerde, hükümdara devleti idare etme yetkisinin doğrudan tanrı tarafından verildiğine inanıldığından hakimiyetin kaynağı ilahi idi⁵⁴. Orhon Yazıtları’nda tanrı tarafından verilen bu yetki “kut” (siyasi iktidar)⁵⁵, “ülüg”⁵⁶ (kısmet, pay) ve “küç”⁵⁷ (güç, kuvvet) kelimeleri ile ifade edilmekte idi⁵⁸. Kut anlayışı denilen bu yetki gereği halktan ve ülkeden birinci derecede sorumlu olan ve dolayısıyla bütün iktidar dizginlerini elinde tutan devlet başkanı; hükümet başkanlarını tayin eder, devlet mahkemesine başkanlık eder ve aynı zamanda -toy başkanı olan⁵⁹ kağan- toyu toplantıya çağırır ve buraya törede değişiklik tekliflerini getirirdi⁶⁰.

⁴⁹ **Ögel** (1982), s.81; Türklerdeki “*İl gider töre kahr*” yani devlet yıkılsa da töre bakidir düsturu; törenin devletten bile önemli olduğunu ve kadim bir geçmişe dayandığını göstermektedir.

⁵⁰ Töreye aykırı hareket eden kağanlar tahtan indirilir ve töre nedeniyle halka karşı sorumluluğu olan kağanın halkına, insafsız ve zorbaca davranmaları töreye aykırı olduğu için mümkün değildi. **Ceylan, Ayhan** (1997) ‘İslam Öncesi Türk Hukukunda Danışma Meclisi, EBYÜ Hukuk Fakültesi Dergisi’, S:1, C:1, s.8-9.

⁵¹ **Güngör, Erol** (1995) Tarihte Türkler, İstanbul, Ötüken Neşriyat, s.57.

Handan başlayarak en küçük bireye kadar herkeste töreye itaat etme bilincinin olması Türklerin tarihte pek çok devlet kurup farklı milletleri asayiş içinde idare edebilmelerini sağlamıştır. **Heyet** (1930), Türk Tarihinin Ana Hatları, İstanbul, Devlet Matbaası, s.436.

⁵² **Aybars, Pamir** (2009) ‘Orta-Asya Türk Hukukunda Töre Kavramı’, AÜHFD, S:2, s.362.

⁵³ Türk Tarihinin Ana Hatları, s.433.

⁵⁴ **Koca, Salim** (2002) ‘İlk Müslüman Türk Devletlerinde Teşkilat’, Türkler Ansiklopedisi, C:2, s.152.

⁵⁵ **Muharrem, Ergin** (1989) Orhun Abideleri, 13. Baskı, İstanbul, Boğaziçi Yayınları, s.40, 66, 71, 81, 84, 88.

⁵⁶ **Ergin**, s. 81, 91.

⁵⁷ **Ergin**, s.69, 79, 84.

⁵⁸ **Koca** (2002), s.152.

⁵⁹ **Ayan, Altan** (2015) ‘Orhun Abidelerindeki Liderlik ve Yönetim Anlayışının Değerlendirilmesi’, Akademik Bakış Dergisi, S:49, s. 308.

⁶⁰ **Kafesoğlu, İbrahim** (1997) Türk Milli Kültürü, 17. Baskı, İstanbul, Ötüken Neşriyat, s.266.

Otorite ve gücün, töreyi ilan etmek ile oluştuğuna inanıldığından Orta Asya Türklerinde kağan, tahta devletin düzenini belirleyen törüyü ilan ederek otururdu⁶¹. Kağanlar ayrıca yeni fethedilen toprakların teşkilatlanması adına hukuk kuralları koyardı⁶². Kağan'ın töre koyması Orhun Abideleri'nde: “*Üstte mavi gök, altta yağız yer kılındıkta, ikisi arasında insan oğlu kılınmış. İnsan oğlunun üzerine ecdadım Bumin Kağan, istemi Kağan oturmuş. Oturarak Türk milletinin ilini töresini tutuvermiş, düzenleyivermiş ... ili tutup töreyi düzenlemiş*”⁶³. şeklinde, Kutadgu Bilig'de ise: “*Kötü yasa yapma ey güçlü hakan dünyaya hükmedilmez kötü yasayla*” (1459. Beyit)⁶⁴ “*Töreyi doğruluk üzerine kıludur, töreyle beylik ayakta durur*” (5285. Beyit)⁶⁵ “*Ey bey, çaba göster takatının dengince töre yap, halka hakkını ver, gücün yettiğince*” (5288. Beyit)⁶⁶ şeklinde geçmektedir.

Türklerde yeni bir devlet kurulduğunda veya yeni bir boy tahtı ele geçirdiğinde devletin töresini belirlemek veya bazı töreleri değiştirmek için büyük kurultaylar kurulurdu⁶⁷. Kağan tarafından yapılan kanun teklifi kurultayca kabul edilirse töreleşmekteydi⁶⁸. Bu tür kurucu töreler “*Oğuz Kağan Töresi*”, “*Bumin Kağan Töresi*”, “*İstemi Kağan Töresi*” gibi kurucu devlet başkanının adıyla anılırdı⁶⁹. Hakanın teklifiyle oluşturulan bu töreler temelde milletin geleneklerine dayanan hukuk kuralları idi⁷⁰. Aşağıda da belirtileceği üzere milletin gelenek ve göreneklerine “yusun” denilmiştir. Aile, şahıs ve miras hukukuyla ilgili töre kurallarının yusunlardan alındığı söylenmektedir⁷¹.

2.2. Kurultay Kararları

İlk defa Cengiz Han Devleti'nde “*kurultay*” diye adlandırılan ve çeşitli kaynaklarda “*toy*” ve Oğuz Türkçesinde “*kangeş*” adı verilen danışma meclisleri, eski Türk devletlerinin

⁶¹ İnalçık, Halil (2017) Osmanlıda Devlet, Hukuk ve Adalet, 5. Baskı, İstanbul, s.56.

⁶² Orhon yazıtlarından anlaşıldığı üzere Bumin Han, İstemi Han, Kutluk Han, Bilge Han devletleri idare ederken kanunlar (töre) koymuşlardır. Arsal, s.288-289.

⁶³ Ergin, s.20.

⁶⁴ Yusuf Has Hacib (2019) Kutadgu Bilig, Ankara, Gençlik Spor Yayınları, s.139.

⁶⁵ Yusuf Has Hacib, s.412.

⁶⁶ Yusuf Has Hacib, s.412.

⁶⁷ İnan, s.104; Ögel (1982), s.80.

⁶⁸ Seyitdanlıoğlu, Mehmet (2009) ‘Eski Türklerde Devlet Meclisi Toy Üzerine Düşünceler’, Tarih Araştırma Dergisi, C:28, S:45, s.7.

⁶⁹ Ögel (1982), s.80.

⁷⁰ Ögel (1982), s.331; Türklerin devlet kurma ve idare etme becerisi Arsal'a göre; Türklerin toplumu düzene sokup bir arada tutan milli hukuk kuralları oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla Türk töresinin Çin kaynaklı olduğu düşüncesi asılsızdır. Arsal, s.290.

⁷¹ Aydın, M. Akif (2019) Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, İstanbul, Beta, s.15.

temel idare yapısını oluşturmaktaydı⁷². Hun Devlet’inde Kurultaylar yılbaşı, bahar ve güz mevsimlerinde olmak üzere yılın üç ayrı döneminde toplanmakta idi. Temelde dini bayramlar, düğün gibi şenlikler ve tüm halkı ilgilendiren önemli devlet kararlarının alınması için yapılan bu toplantılar yönetenler ile yönetilenlerin kaynaşması ve dolayısıyla devlet olma bilincinin gelişmesi açısından önemliydi⁷³. Savaş ve barış gibi önemli devlet kararlarının alındığı bu toplantılarda Hakan, toya katılan beylere görüşünü sorar ve en sonunda nihai kararı kendisi verirdi⁷⁴.

Önemli kurultay kararlarının töre haline gelmesi ya da yerleşmiş törelerin kurultay kararı ile değiştirilmesi⁷⁵ kurultayın yasama faaliyetindeki etkinliğini ortaya koymaktadır. Kurultayda kanunlar beyler tarafından teklif olunurdu⁷⁶. Kanunları kurultay üyeleri and içerek onaylardı⁷⁷. Yılın mayıs ayında yapılan büyük kurultayda idari kararlar alınır ve törede yapılması gereken değişiklikler üzerinde istişare edilirdi⁷⁸. Törenin temel konularından bir tanesi; kurultaylarda beylerin ülüş (paylaşım) haklarına göre oturacakları yerlerin belirlenmesi meselesi idi⁷⁹.

2.3. Yusun (Örf ve Adet Kuralları)

Doğrudan doğruya halk içinde zuhur etmiş örf ve adet kurallarına “yusun” denmektedir⁸⁰. Yusun yalnızca kurucu Kağan’ın iradesiyle töre haline gelebilmekteydi⁸¹. Yusunun sosyal yaptırımların yanı sıra hukuki yaptırımlar olarak devreye girdiği bilinmektedir⁸². Bu da halkın örf ve adetinin zamanla hukuki bir karakter kazanarak töre haline geldiğini göstermektedir. Türklerde aile, mülkiyet, miras ve borçlar hukuku gibi özel

⁷² **Ögel, Bahaeddin** (2002) ‘Devlet Meclisi ve Kurultay’, *Türkler Ansiklopedisi*, C:2, s.874.

⁷³ **Koca, Salim** (2012) ‘Toy’, *TDVİA*, C:41, s.271.

⁷⁴ **Ögel** (2002), s.883.

⁷⁵ **Arsal**, s.289.

⁷⁶ **Babaoğlu, Orhan Münir** (1936) *Türk Hukukunda Devlet Fikri*, İstanbul, Burhaneddin Matbaası, s.67; Beylerin yasama faaliyetinde görev almaları; Kutadgu Bilig’de: “Bu beylik işini hep beyler bilir; Yasa, töre, kural onlardan gelir” (**Yusuf Has Hacib**, s.174. ve Orhun Abidelerinde “Beyler de, ulusu da birbirine uygun imişler, o yüzden ülkeyi o kadar iyi koruyabilmişler, ülkeyi koruyarak yasalar düzenlemişler” (**Thomsen** (1993) *Çözölmüş Orhun Yazıtları* (Çeviri: Vedat Köken), Ankara, s.90.) şeklinde geçmektedir.

⁷⁷ **Babaoğlu**, s.67.

⁷⁸ **Aydın** (1999), s.13.

⁷⁹ **Ögel** (1982), s.80; Bu toplantılarda kimin nerede oturacağını, herkesin mülkiyet ve hakimiyetini gösteren bir damganın ve topluluğun sembolü olan bayraklarının belirlenmesi gibi töreler, toplum düzenini ve askeri disiplini oluşturmak için konmuş kanunlar idi. **Ögel** (2002), s.879.

⁸⁰ **Cin / Akgündüz**, s.83.

⁸¹ **İnalcık** (2016a), s.98.

⁸² **Aydın** (1999), s.15.

hukuk alanlarında yusun hukuku hâkim idi⁸³. Şahıs, aile ve miras hukuluyla ilgili törenin yusun kaynaklı olduğu düşünülmektedir⁸⁴.

3. İslam Hukukunda Yasama Faaliyeti

Osmanlı hukuku kuralları, ileride daha detaylı ele alınacağı üzere şer’i ve örfi hukuk olarak adlandırılan iki farklı hukuk kaynağından oluşmaktadır. Osmanlı Devleti’nde gerek örfi ve gerekse şer’i hukuk kökenli hukuk kurallarının İslam hukuku esaslarına uygun bir şekilde yasama faaliyeti aracılığıyla oluşturulması gerekmektedir. Bu nedenle Osmanlı hukuku yasama faaliyeti ele alınmadan önce İslam hukuku yasama faaliyeti ile ilgili kavram ve esasların incelenmesi icap etmektedir.

3.1. “Fıkıh” ve “Usul-i Fıkıh” Kavramları

Fıkıh sözlükte bilmek, anlamak, bir şeyi bilinçli bir şekilde idrak etmek, bir şeyin künhüne vakıf olmak, kapalı bir şeyin hakikatine nüfuz edebilmek, kendisine hüküm bağlanan gizli bir manaya müttali olmak⁸⁵ demek iken sonradan şeriat ilmini bilmek manasına tahsis edilmiştir⁸⁶. Fıkıh ilminin gayesi dünya ve ahiret mutluluğuna kavuşmaktır⁸⁷.

Fıkıh teriminin ıstılahi anlamı; ilk başta İmam-ı Azam Ebu Hanife tarafından kişinin kendi lehine ve aleyhine olan şeyleri bilmesi olarak tarif edilmiştir⁸⁸. Sonradan inanç ve ahlak esaslarının bilinmesi hususu bu tanımdan çıkarılarak fıkıh, insanın amel yönünden lehine ve aleyhine olan şer’i hükümleri delillerinden çıkararak bir meleke halinde bilmesi şeklinde tanımlanmıştır⁸⁹. Diğer bir tarife göre fıkıh, ibadat, ukubat ve muamelata ait şer’i hükümleri, her birine ait mufassal (detaylı) delillerle bilmektir⁹⁰. Bu hükümleri bilen yani

⁸³ Aarsal, s.288.

⁸⁴ Aydın (2019), s.15.

⁸⁵ Bilmen, Ömer Nasuhi (2016), Fıkıh İlmi & İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü (Hazırlayan: Abdullah Kahraman), İstanbul, Nizamiye Akademi, s.74; Erdoğan, s.144; Türk Hukuk Lügati, s.98.

⁸⁶ Yazır, C:1, s.455; Türkzade Hafız Mehmed Ziyaeddin, s.71.

⁸⁷ Yazır, C:1, s.456.

⁸⁸ Köse, Saffet (2013) İslam Hukukuna Giriş, 3. Baskı, İstanbul, Hikmetevi Yayınları, s.23.

⁸⁹ Bilmen (2016), s.74; Mecelle’nin 1. maddesinde fıkıh: “mesail-i şer’iyye-i ameliyyeyi bilmektir” şeklinde tarif edilmiştir. Bkz. Ali Haydar Efendi (2017) Dürerü’l-Hukkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm, (Hazırlayan: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem), C:1, 2. Baskı, İstanbul, Diyanet İşleri Başkanlığı, s.28.

⁹⁰ Bilmen (2016), s.74.

fıkıh ilmine hakkıyla vâkıf ve sahip olduğu içtihat melekesiyle şer’i hükümleri istinbata muktedir kimseye fakih adı verilir ki, bu kimseye müçtehit denir⁹¹.

Fıkıh, furu-ı fıkıh ve usul-i fıkıh şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Furu-ı fıkıh, şer’i delillerden çıkarılan hükümlerden oluşur⁹². Usul-i fıkıh ise; fikhî hükümlerin kaynaklarını ve müçtehitin şer’î amelî hükümleri tafsilî delillerinden çıkarabilmesine yarayan kuralları inceleyen ilme denir⁹³. Usul-i fıkıh alimleri, şer’i delillerin durumlarına âm, hâs, emir, nehiy, mutlak ve mukayyed gibi değişik şekillerden hangi hal üzere bulanabileceklerine bakar ve bunlardan her birinin hükmünü açıklayan kurallar koyar⁹⁴. Müçtehit (fakih) ise; fer’i bir olayın hükmünü tespit etmek istediğinde, bahsi geçen usul kurallarını alır o fer’i olayla ilgili delile uygular ve böylece o delilin hangi şer’i hükme delalet ettiğini ortaya koyar⁹⁵. Müçtehitin yaptığı bu faaliyete aşağıda da izah olunacağı üzere teşrii ya da içtihat faaliyeti denir.

3.2. İslam Hukukunda “Teşrii” ve “Yasama” Kavramı

Çağdaş İslam hukuku literatüründe yasama faaliyeti “teşrii” kavramıyla ifade edilmektedir. Teşrii kavramının lügat manası; yolu açık hale getirmek ve kişinin hayvanlarını, kendi eliyle sulamak için çark, kova ve makara gibi aletlere gerek duyulmayan ve havuz sıkıntısının yaşanmadığı munasip bir su içme yerine götürmesidir⁹⁶. Istilahi anlamı ise; Hz. Peygamberden sadır olan emir ve nehiyleri beyan buyurmak⁹⁷, şeriat ve yasa koymak⁹⁸ demektir⁹⁹. Başka bir ifadeyle teşrii; mükelleflere ait fiiller için karşılaştıkları durum ve olaylara yönelik hükümlerin açıklandığı kanunları yapmaktır¹⁰⁰.

⁹¹ **Karaman, Hayreddin** (2013) Fıkıh Usulü, 11. Baskı, İstanbul, Ensar Neşriyat, s.20; **Muhammed Seyyid Bey** (2010) Fıkıh Usulü-Giriş (Hazırlayan: Hasan Karayığit), İstanbul, Düşün Yayıncılık, s.57.

⁹² **Köse**, s.25.

⁹³ **Şaban, Zekiyüddin** (2017) İslam Hukuk İlminin Esasları, 28. Baskı, Ankara, TDV Yayınları, s.32; **Zeydan, Abdü’l-Kerim** (2015) el-Veciz fi Usul’il-Fıkıh, Dimeşk, Risale, s.13.

⁹⁴ **Şaban**, s.36.

⁹⁵ **Şaban**, s.36.

⁹⁶ **Mütercim Âsım Efendi** (2013) El-Okyânûsü’l-Basît fi Tercemeti’l-Kâmûsi’l-Muhît Kâmûsü’l-Muhît Tercümesi, (Hazırlayanlar: Mustafa Koç, Eyyüp Tanrıverdi), C:4, İstanbul, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, s.3393.

⁹⁷ **Şemseddin Sami** (h.1317) Kamus-ı Türki, Dersaadet, Akdam Matbaası, s.406.

⁹⁸ **Erdoğan**, s.574.

⁹⁹ İdare Hukuku düşünürlerine göre bu kelime; kanun koymak manasıyla kullanılmak istenilmiş ise de Arapça’da böyle bir manası yoktur. **Kamus-ı Türki**, s.406.

¹⁰⁰ **İmân bt. Sâlim Kabbus** (2015) El-İstidrâkü’l-Usûlî Dirâseten Te’siliyyeten Tatbikiyye Alâ’l-Musannefâtî’l-Usûliyye Mine’l-Karnî’s-sâlis İlâ’l-Karnî’r-râbia Aşar Hicriyye, Külliyyetü’s-Şerîa Ve’d-Dirâsâtü’l-İslâmiyye, Câmiatü Ümmi’l-Kurâ, El-Memleketü’l-Arabiyyetü’s-Suûdiyye, s.458.

İslam hukukunda teşrii iki çeşittir ki; ilki Kur'an ve Sünnet aracılığıyla bizzat Allah Teala tarafından hukuk kurallarının ortaya konulması, diğeri ise; Allah Teala'nın koymuş olduğu hukuk kurallarının ruhuna uygun ve bu kuralların sınırları içerisinde kalınarak müçtehitler tarafından oluşturulan hukuk kurallarıdır¹⁰¹. Teşrii kavramı her ne kadar ikiye taksim edilse de gerçek manada teşrii yetkisi Allah'a aittir, müçtehitlerin yaptığı faaliyet ise Allah'ın koymuş olduğu ve aslında var olan hukuk kurallarını açığa çıkarma çabasından ibarettir¹⁰². İkinci tarzda yapılan teşrii faaliyetine içtihat denildiği gibi mecazi anlamda teşrii de denilmektedir¹⁰³. İkinci anlamdaki teşrii bir yasama değil içtihat faaliyetidir¹⁰⁴.

İslam hukukunda gerçek manada kanun koyucu Allah Teala yani ilahi iradedir ve dolayısıyla ilahi iradeyi açıklama yetkisi olan Hz. Peygamberdir¹⁰⁵. Bunun dışındaki yasama kaynaklarına gerçek anlamda kanun koyucu olarak bakılmamakta bunlar ancak ilahi iradeye uygun hukuki hükümleri tespit etme kaynağı olarak görülmektedir¹⁰⁶. İslam hukukunda Allah'ın keliması olan Kur'an ve Hz. Peygamber'in söz, fiil ve takrirlerinden oluşan sünnet, yasanın iki temel kaynağıdır. Ancak bu iki kaynak tüm hukuki problemlerin çözümünü ayrı ayrı tespit etmemiş ve bazı meselelerde yalnızca genel kaideler koyarak ayrıntılarını değişen şartlara göre meşruiyetini kabul ettiği hukuki kaynaklarca hukukçulara¹⁰⁷ ve dönemin yasama organına bırakmıştır¹⁰⁸.

Yukarıdaki açıklamalara bakıldığında; teşrii kavramının yasama kavramından farklı olduğu görülmektedir¹⁰⁹. Zira yasama faaliyetinin olmazsa olmaz iki özelliği teşrii kavramı içerisine alınmamıştır. Bu özelliklerden ilki yasama faaliyetinin devletin yetkili organı aracılığıyla yapılıyor olması diğeri ise bu kurala uyulmadığında dünyevi bir yaptırıma

¹⁰¹ **Hallaf, Abdülvahhab** (1970) İslam Teşrii Tarihi (Çeviren: Talat Koçyiğit), Ankara Üniversitesi Basımevi, s.8.

¹⁰² **Türcan** (1999), s.192.

¹⁰³ **Yılmaz** (2020), s.320

¹⁰⁴ **Vural** (2011), s.182.

¹⁰⁵ **Akgündüz, Ahmed** (2011) İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, C:1, İstanbul, OSAV, s.140.

¹⁰⁶ **Akgündüz** (2011), s.140.

¹⁰⁷ Bir şeyi yasaklama ve emretme yetkisi asıl kanun koyucu olan Allah Teala'ya mahsustur. Müçtehitler nass olmayan hususlarda ve hakkında genel hükümler bulunan mevzularda dair genel kaidelerden yola çıkarak ayrıntılı hüküm çıkarabilir. Yani müçtehitler genel nassların tafsilatını, niteliklerini ve niceliklerini belirlemekten öteye gidemez. **Karadavî, Yusuf** (2016) İslam'da Devlet Mefhumi, (Tercüme: Hüsameddin Cemal), 2. Baskı, İstanbul, Nida Yayıncılık, s.241.

¹⁰⁸ **Akgündüz** (2011), s.140.

¹⁰⁹ İslam teşriini mutlak anlamda bir kodifikasyon faaliyeti olarak değerlendirmek Kur'an ve Sünnet'in cahiliye hukukunun kanunlaştırılmasından başka bir şey olmadığı gibi sakıncalı ve tarihi gerçeklik ile bağdaşmayan bir sonucu kabullenmeye yol açacaktır. **Dönmez** (1986), s.24.

bağlanıyor olmasıdır¹¹⁰. Dolayısıyla bir hükmün Kur'an ve sünnetçe doğrudan ortaya konması ya da müçtehitler tarafından içtihat yoluyla elde edilmesinin yasama faaliyeti olarak isimlendirilebilmesi için elde edilen hukuk kuralının kamu otoritesi tarafından emredilmesi ve bağlayıcı olması gerekmektedir¹¹¹. Zira yasama; devletin yetkili organları tarafından meşru şekilde toplumsal ilişkileri düzenlemek üzere bağlayıcı kurallar konulması demektir¹¹².

Bu aşamada karşımıza örfi hukuk kavramı çıkmaktadır. Zira örfi hukuk; özellikle kamu hukuku sahasında olmak üzere şer'i hukuka uygun bir şekilde ve kamu yararının gerekli kıldığı hususlarda devlet otoritesi tarafından yapılan düzenlemelerdir¹¹³. İkinci bölümde izah edileceği üzere; Hukuk-ı Aile Kararnamesi de devlet otoritesi tarafından oluşturulduğu için bir örfi hukuk düzenlemesi olduğu kanaatindeyiz.

3.3. İslam Hukukunda “İçtihat” ve “Yasama” Kavramı

İçtihat, sözlükte zor ve külfetli bir işi meydana getirmek için bütün güç ve gayreti sarf etmek suretiyle çalışmak demektir¹¹⁴. İstilahî anlamda içtihat, ibadet ve muamelata dair bir hükmü Kur'an, sünnet ve icma gibi şer'i delillerinden elde etmek için tüm gayreti sarf etmek¹¹⁵ ya da bir müçtehitin olanca gücünü harcayıp usul kaidelerini uyguladıktan sonra elde ettiği hükümdür¹¹⁶. İslam hukuku kaynaklarında açıkça beyan edilmiş kesin bilgi değerinde olan şer'i ve itikadi hükümler hakkında içtihat yapılamaz¹¹⁷. İçtihat, ancak hakkında kesin delil ile hüküm bulunmayan (*müctehedun fih*) konular hakkında yapılabilir¹¹⁸.

İçtihat faaliyeti, içtihat ehliyetine sahip olan müçtehit hukukçular tarafından yerine getirilebilmektedir¹¹⁹. Müçtehitler ise; Hülafa-yi Raşidin gibi istisnalar dışında genel olarak devlet yetkilisi olmayan kişilerdir. Dolayısıyla tarihteki içtihat faaliyetlerinin büyük

¹¹⁰ Türcan (1999), s.192.

¹¹¹ Türcan (1999), s.192-193.

¹¹² Fâsi, Allâl (2014) İslam Hukuk Felsefesi, İstanbul, Mana Yayınları, s.73.

¹¹³ Türcan, Talip (2010) ‘Şeriat’, TDVİA, C:38, s.574.

¹¹⁴ Türk Hukuk Lügati, s.142.

¹¹⁵ Bilmen, Ömer Nasuhi (1967) Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, Bilmen Yayınevi, C:1, s.17. Apaydın, H. Yunus (2000) ‘İctihad’, TDVİA, C:21, İstanbul, s.432.

¹¹⁶ Atar, Fahrettin (2002) Fıkıh Usulü, 5. Baskı, İstanbul, İFAV, s.305.

¹¹⁷ Atar (2002), s.306.

¹¹⁸ Seyyid Bey, s.155.

¹¹⁹ Karaman (2013), s.52,53.

çoğunluğu devlet otoritesi dışında icra edilmiştir. Yasama faaliyeti ise bir devlet fonksiyonudur. Burada devlet erkinin dahili olmadan uzman hukukçular eliyle oluşturulan içtihatların doğrudan bir yasama faaliyeti ürünü olmadığı söylenmelidir¹²⁰.

Müçtehitlerin içtihat oluşturmak suretiyle yaptığı iş bir fıkıh doktrini oluşturmaktan ibarettir¹²¹. İctihat, ilahi iradenin keşfi faaliyeti iken yasama, ilahi iradeye aidiyeti zanni olan hükmün bağlayıcı bir hukuk normuna dönüşmesini sağlayan ilave bir iradi işlemdir¹²². İctihadi hükümlerin herkesi bağlayıcı hale gelmesi ancak yasama yetkisini elinde bulunduran organ tarafından tercih edilmesi veya mezkûr organ tarafından oluşturulması ile olur¹²³. Tezin üçüncü bölümde detaylı olarak anlatılacağı üzere; Hukuk-ı Aile Kararnamesi hükümlerinin çoğu daha önce müçtehitler tarafından oluşturulmuş mevcut içtihatlardan birinin devlet otoritesi eliyle tercih edilmesi yöntemi ile oluşturulmuştur. Dolayısıyla Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin rahatça İslam hukuku yasama faaliyeti ürünü olduğu söylenebilir.

3.4. İslam Hukukunda Yasama Yetkisi

İslam hukukunda hükmün kaynağı ilahi irade olduğu halde yasama faaliyeti beşeri bir faaliyettir¹²⁴. Zira her ne kadar hükmün kaynağı Allah Teala olsa da mevcut hükümleri yasalaştıran irade devlete ait olduğundan yasamanın kaynağı “ülülemlr”dir¹²⁵.

¹²⁰ Hukukçuların içtihatları, hukukun tedvinini kolaylaştırmış ve yasama faaliyetinin en önemli araçlarından biri olduğu için bir bakıma yasama işlevi görmüştür. **Bardakoğlu, Ali** (1999) ‘Teorik Açından İslam ve Demokrasi: Yasama, İslam ve Demokrasi’, Kutlu Doğum Sempozyumu, Ankara, TDV, s.367.

¹²¹ **Vural** (2011), s.188; Ancak müçtehitlerin icma yoluyla yasama faaliyetine verdiği katkı doğrudan bir katkı olarak değerlendirilebilir zira İslam devletinde yöneticiler icmanın olduğu bir konuda icmaya aykırı bir yasama faaliyeti icra edemezler. **Vural** (2011), s.191

¹²² **Türcan, Talip** (2004) ‘İslam Hukukunda Yasamanın Yargı Yoluyla Denetlenmesi’, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S:3, s.148.

¹²³ **Vural** (2011), s.188-189.

¹²⁴ **Vural** (2011), s.197; Şari Teala tarafından konulan değişmez değerlerin ve temel ilkelerin aklın ve insanlık tarihinin ortak kabulleri olduğu bunları algılama, yorumlama ve uygulamanın ise beşeri bir faaliyet olduğu göz önünde bulundurulursa İslami yasama faaliyetinin teokratik karakterde olmadığı görülür. **Bardakoğlu** (1999), s.366.

¹²⁵ **Vural** (2015), s. 342-343. İslâm'da yasama erki yalnız ve yalnız Allah'ta ve Peygamberdedir. Kanun koyucusu, (şari') bunlardır. Sünnet Kur'an-ı Kerimi mübeyyin (aşıkâr kılan, açıklayan) ve Şeriatî mükemmildir (ikmal eder)." **Seviğ, V. Raşit** (1951) ‘Fıkıh ve Medeni Kanun', AHFD, S:3, C:8, s.211.

3.4.1. Ülülemr

Sözlükte; emir sahipleri¹²⁶ yani buyruk veren veya yasak koyan demek¹²⁷ olan ülülemr kavramı ıstılahta; şeriat ve adalet hükümlerini yerine getiren halifeleri, kadıları ve kumandanları içine alan ulema ve umera kavramlarıyla ifade edilmektedir¹²⁸. Başka bir ifadeyle ülülemr, başta devlet başkanı olmak üzere toplumun üst düzey yöneticilerini, toplumsal sorumluluk ve otorite sahibi kimseleri de kapsayan bir terimdir¹²⁹.

Bu yetkinin şer'i kaynağı “*Ey İman edenler Allah’a, Peygamber’e ve sizden olan ülülemlere itaat edin*” (Nisa/59), “*Kendilerine güven veya korku veren bir haber geldiğinde onu yayıyorlar. Hâlbuki onu Resûlullah’a ve aralarından yetki sahibi kimselere (ülülemlere) götürselerdi*” (Nisa/83) ayetleri ve “*Kim bana itaat ederse Allah'a itaat etmiş olur. Kim de bana isyan ederse Allah'a isyan etmiş olur. Emirime kim itaat ederse bana itaat etmiş olur. emirime kim isyan ederse, bana isyan etmiş olur.*”¹³⁰, “*Eğer üzerinize Habeşî ve burnu kulağı kesik bir köle, emir tayin edilse, sizi Allah’ın Kitabı ile sevk ve idare ettiği sürece, onun emirlerini dinleyiniz ve itaat ediniz.*”¹³¹ hadis-i şerifleri olduğu söylenebilir.

Ülülemr, toplum üzerindeki tasarruf yani siyasal iktidar yetkisini beyat sözleşmesiyle toplumdan almaktadır¹³². Burada halk ile devlet başkanı (halife) rasında müvekkil-vekil ilişkisi söz konusudur. Müvekkil yani millet, vekilin yani halifenin tasarruflarından doğacak sonuçların kabulünü desteklemeyi taahhüt etmiş kimsedir. Bu nedenle halk halifenin talimatlarına tâbi olmaya mecburdur¹³³. Ancak yasama, yürütme ve yargı işlevini içine alan bu yetki, İslam hukuku kuralları ve maslahat-ı amme¹³⁴ ile sınırlıdır¹³⁵. Binaenaleyh Seyyid Bey’in ifade ettiği üzere; halifenin âmiri şeriat ve müvekkili millet olduğundan halife şeriatın hilafına, milletin aleyhine karar alamaz¹³⁶. Böyle bir karar aldığında halifeye itaat caiz

¹²⁶ Erdoğan, s.586.

¹²⁷ Yazır, C:5, s.393.

¹²⁸ Türk Hukuk Lügati, s.350.

¹²⁹ Türkan, Talip (2012) ‘Ülü’l-emr’, TDVİA, C:42, s.295.

¹³⁰ Canan, İbrahim (1993) Hadis Ansiklopedisi Kütüb-i Sitte, Akçağ Yayınevi, C:3, s.537.

¹³¹ İbn Mace, Cihad, 39; Buhari, Ahkam, 4.

¹³² İslam hukukunda siyasi iktidarın statüsü ilk defa Akabe beyatları daha sonra Medine vesikası ile belirlenmiştir. Ceylan, Ayhan (2003) ‘İslam’da Siyasal İktidar (Velâyet-i Âmme)’, EBYÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:1-2, s.93 ve s.97.

¹³³ Seyyid Bey, s.113.

¹³⁴ Bakınız. “Raiyye yani tebea üzerine tasarruf maslahata menuttur” (Mecelle 58).

¹³⁵ Halife bu sınırlara uymazsa ehlü’l-hal ve’l-akd gibi şûra meclisleri aracılığıyla iktidara nasihat, takvim, azl ve huruç gibi araçlarla karşı gelinebileceği belirtilmektedir. Ceylan (2003), s.100.

¹³⁶ Seyyid Bey, s.114, 115.

değildir¹³⁷. Zira şu hadislerde bu duruma işaret etmektedir: “Bir masiyet (günah, itaatsizlik) emredilmediği sürece her Müslüman fert üzerine sevip sevmediği her hususta (halifeyi/amirini) dinleyip itaat etmesi gerekir”¹³⁸, “Yaradana (Allah’a) masiyette (isyanda) yaratılmışa (amire) itaat edilmez”¹³⁹.

Buradan devlet başkanının maslahatı gözeterek içtihat tercihi sonucu oluşturduğu kanunlara halkın itaat etmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir. Zira maslahata binaen yapılan içtihat tercihinde ne şeriata ne de halkın genel menfaatini aykırılık vardır. Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ne bakıldığında hükümlerinin çoğunun içtihat tercihi sonucu oluşturulduğu görülmektedir. Dolayısıyla -ileride anlatılacağı üzere- devlet başkanının yasama yetkisi aracılığıyla oluşturulan ve neredeyse tüm içtihat tercihlerinde maslahatın gözetildiği Hukuk-ı Aile Kararnamesi hükümlerine halkın tamamının uyması gerekmektedir.

İslam hukuku yasama faaliyeti; kamu otoritesinin en yetkili görevlisi ve egemen irade sahibi olan ülülemlr denilen devlet başkanı tarafından gerçekleştirilmektedir¹⁴⁰. Ancak devletin yüksek otoritesini elinde tutan organ olan ülülemlr, devlet başkanı ile sınırlı olmayıp; devlet başkanının yanında şûra denen yardımcı meclisler de olabilir¹⁴¹.

3.4.2. Şûra Meclisleri

“Şûra” Arapça kökenli bir kelimedir. Arapça “شُورَ”(şvr) kelimesinden türemiştir¹⁴². Bu kelime isim olarak telakki edildiğinde “bal” manasına gelmektedir¹⁴³. Fiil olarak kullanıldığında ise iki anlamı havidir. İlk anlamı; “ürün elde etmek, ürün çıkarmak”tır. Bu “balın bulunduğu yerden yani petekten çıkarılması”¹⁴⁴ ve “insanların görüşlerine başvurarak fikir elde etmek” şeklinde kullanılabilir. Bu kelimenin fiil olarak ikinci anlamı ise “bir şeyi

¹³⁷ Şeriata aykırı karar almak Allah ve Rasulüne itaati emreden Nisa/59’a aykırılık oluşturur. **Seyyid Bey**, s.115.

¹³⁸ Buhari, 2955; Müslim, 1839.

¹³⁹ Feyz-ül Kadir, 6, 9903.

¹⁴⁰ **Yılmaz** (2020), s.322.

¹⁴¹ **Cin, Halil / Akgündüz, Ahmed** (2017) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, OSAV, s.198.

¹⁴² **İbni Manzûr** (1414b), Lisanu’l-Arabi, C:4, 3. Baskı, Beyrut, Dar-ı Sadır, s.434; **Ahmed bin Faris** (1929), Mu’cemü Makayisü’l-Lugati, (Muhakkik: Abdusselem Muhammed Harun), C:3, Darü’l-Fikr, s.226.

¹⁴³ **İbni Manzûr**, s.434.

¹⁴⁴ **İsfahânî, Râgıb** (h.1412) el-Müfredât, (Muhakkik: Saffan Adnan Davdi), Daru’l-Kalem, Beyrut, s.469-470; **Ahmed bin Faris** (1929), s.226; **İbni Manzûr**, s.434.

açığa çıkarmak, görünür hale getirmek”tir¹⁴⁵. Bu ise; “ tarafların içlerindeki görüşlerini karşılıklı olarak açığa çıkarması” şeklinde kullanılmaktadır¹⁴⁶.

İslam hukukunda devlet adına ve devlet işleri için alınacak kararların seçilmiş ve yetkili meclisler tarafından alınmasını ifade eden¹⁴⁷ “şûra prensibi”; Kur’an ve Sünnet temelli bir ilkedir. Kur’an-ı Kerim’de şûranın “...ki bunların işleri daima aralarında muşavere iledir” (Şura/38) ayetiyle tavsiye edildiğini, başka bir ayette ise “...iş hakkında onlara danış...” (Âl-i İmrân/159) şeklinde şûra yönteminin emredildiğini görmekteyiz. Ayrıca Kur’an-ı Kerim’in muhtelif yerlerinde “şûra” kelimesi geçmese de şûra prensibinin tavsiye veya emredildiği görülmektedir¹⁴⁸. Şûra ilkesi; Hz. Peygamber’in şûrayı emretmesi ve bizzat uygulamasıyla sünnette de yerini almaktadır. Hz. Peygamber pek çok kritik kararda şûra prensibini tatbik etmiştir. Örneğin; Bedir, Uhud ve Hendek savaşlarında, Beyatu’r-ırdında ve Hudeybiye antlaşmasında Hz. Peygamber’in ashabıyla istişare ettiği görülmektedir¹⁴⁹. Devlet yönetiminde şura prensibi uygulanmasını zorunlu gören alimler azınlıktadır¹⁵⁰. İslamiyette; devlet başkanının etrafında “ehlü’ş-şûrâ” denen adalet, bilgi, basiret ve aklı selim sahibi kimselerin bulunması, devlet reisinin bunlarla müşavere bulunması ilke olarak benimsenmiş detaylı bir düzenleme yapılmamıştır. Böylece bu uygulamanın her toplum ve döneme göre tafsilatının belirlenmesi imkanı sağlanmıştır¹⁵¹. Şûra prensibinin İslam devlet hukukundaki işlevine bakıldığında bir yönüyle halifeyi kısıtlayan bir idari denetim aracı olduğu diğer bir yönüyle de halifenin kararlarının meşruiyet temelini oluşturduğu görülmektedir¹⁵².

Şûra prensibi şûra meclislerinde tatbik edilmektedir. Şûra meclisi, devlet idaresi ile alakalı meseleleri istişare edip karara bağlayan icrai bir organdır¹⁵³. Şura meclisinin yürütme,

¹⁴⁵ Ahmed bin Faris (1929), s.226.

¹⁴⁶ Nesefi, Ebul-Berekât (1998), Tefsirün-Nesefi, Darul-Kelimit-Tayyib, 1. Cüz, Beyrut, s.306.

¹⁴⁷ Karaman, Hayrettin (1991), Mukayeseli İslam Hukuku, Nesil Yayınları, İstanbul, C:1, s.101.

¹⁴⁸ Bkz. Taha/29-32 ve Neml/29-33

¹⁴⁹ Türcan, Talip (2010) ‘Şura’, TDVİA, C:39, s.230-235.

¹⁵⁰ Türcan (2010), s.230-235.

¹⁵¹ Karaman, Hayrettin / Dönmez, İ.Kafi / Çağrı, Mustafa / Gümüş, Sadrettin (2020) Kuran Yolu Tefsiri, C:1, s.700-705.

¹⁵² Konan, Belkıs (2013), Osmanlı Devleti’nde İdari Yargının Gelişimi, Ankara, Statü Yayıncılık, s.17; Gedikli, Fethi (2018), Şûra-yı Devlet Belgeler, Biyografik bilgiler ve Örnek Kararlarıyla, 2. Baskı, İstanbul, Onikilevha, s.1

¹⁵³ Koyuncu, Nuran (2006) İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Şûra (Doktora Tezi) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.125; “Başta devlet başkanının veya hükümetin seçimi, hükümetin kuruluşu ve yapısı, siyasi sistemin şekli, hükümetin ve çeşitli devlet hizmetlerinin işleyişi olmak üzere bütün politik meseleler, İslam devletinin hak sahibi bütün üyelerinin katılabileceği şura tarafından kararlaştırılmak

denetleme, devlet başkanı seçimi ve azli gibi fonksiyonlarının yanında yasama işlevi de söz konusudur. Dolayısıyla yasama faaliyeti son söz devlet başkanına ait olmak üzere “*şura meclisi*”¹⁵⁴ veya “*ehlü’l-hal ve’l-akd*” gibi yardımcı meclisler¹⁵⁵ aracılığıyla da yerine getirilebilmektedir¹⁵⁶.

Hem Kur’an’da hem sünnette büyük önem verilen şûra prensibinin Hz. Peygamber’in vefatından sonra dört halife döneminde halife seçimi, vali tayini, savaşa karar verilmesi ve toplumsal sorunların hallinde yoğun bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Dört Halife döneminden sonra gerek Emevi gerek Abbasi gibi İslam devletlerinin devlet yönetim usullerinde şûra prensibinin uygulandığı görülmektedir. Abbasilerde kullanılan ve şûra prensibinin tezahür ettiği “Divan” yönetim usulünün önce Gazneliler ve Samanoğullarına sonra Selçuklulara geçtiği ve oradan da Osmanlı Devlet’inde en gelişmiş şekli olan Divan-ı Hümayun’a evrildiği görülecektir.

Osmanlı Devleti’nde yasama faaliyeti ikinci bölümde daha detaylı ele alınacağı üzere; Klasik devirde son söz padişaha ait olmak üzere Divan-ı Hümayun aracılığıyla yerine getirilmekte, Tanzimat devrinde ise 1876’ya kadar yine son söz padişahla olmak üzere Meşveret Meclisleri, Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye, Meclis-i Âli-i Tanzimat ve Şûra-yı Devlet gibi teknik kurumlar yardımıyla, 1876 sonrasında ise Kanun-i Esasi’nin ilanı ile birlikte daha çok Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan gibi meclisler eliyle icra edilmekteydi.

3.5. İslam Hukukunda Yasama Faaliyetinin Bağlayıcılığı

Yasama yetkisini elinde bulunduran devlet başkanının içtihat yapılan hususlarda mezhep içerisinde *müfta-bih* görüş olmasa dahi içtihatlardan birini seçmek ya da mutad mezhep haricinde kalan bir müçtehitin içtihatını tercih etmek suretiyle yaptığı ve İslam

durumundadır” **Gindi, Kâmil Muhammed** (2008) Şura ve İslam Hukukunda İnsan Hakları Demokrasinin Belirginliği (Tercüme: Ahmet Kılınç), İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S:12, s.201.

¹⁵⁴ İslam hukukunda ne devlet başkanının ne de şura meclislerinin şer’i hukuk dışında yeni bir kural koyma hakkı yoktur. **Koyuncu**, s.125.

¹⁵⁵ Yasama Erki (Teşrii kuvvet): kanunları tanzim eden ve birçok memleketlerde hükümeti denetleyen uzuvdur. Türk hukuk lügati, s. 339; Es-Sultatü’t-teşriyyetü (nüvvab ya da milletvekili meclisi): Resmi olarak seçilmiş şahıslar topluluğundan oluşan özel heyettir. Bu heyetin temel vazifesi, devlet veya vilayet için kanun çıkarmak veya var olan kanunları tadil etmektir. **Ahmed Muhtar Abdullah Hamid Ömer** (2007) Mecmeu’l-Lügati’l-Arabiyyeti’l-Muâsarati, İlmü’l-Kütüb, C:2, s.1475.

¹⁵⁶ **Cin / Akgündüz**, s.199; Devletin yasama, yürütme ve yargılama işlerini yerine getirme konusunda tek yetkili merci devlet başkanı olduğundan diğer organlar yetkilerini devlet başkanına vekaleten kullanırlar. **Türcan** (2004), s.147

hukukunun hüküm tesis etmediği özellikle kamu hukuku alanlarında kamu yararı esasını gözeterek yaptığı¹⁵⁷ hukuki düzenlemeler, yasalaşmış sayılacağından insanlar için bağlayıcı hale gelir¹⁵⁸. Zira ülülemrin yaptığı yasama faaliyeti yukarıda da geçtiği üzere; İslam hukukuna ve maslahata muğayir olmadığı sürece¹⁵⁹; “*Hakimin hükmü ihtilafları ortadan kaldırır*”¹⁶⁰ kaidesi gereğince ihtilaflar ortadan kalkacak ve “*Ey iman edenler Allah’a, Peygamber’e ve sizden olan ülülemre itaat edin*” (Nisa/59) ayeti ve “*Allah’ın hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla ana, baba, devlet gibi başka otoriteler de yükümlülük yükleyebilirler ve bunlara itaat gerekir.*”¹⁶¹ hadis-i şerifi mucebince tanzim edilen bu düzenlemeye herkes tarafından uyulması mecburi bir hal alacaktır¹⁶².

Yasama yetkisine sahip olan ülülemrin oluşturduğu hukuk kurallarına uyulması gerektiği anlayışı Tanzimat devrindeki düzenlemelerde de kendine yer bulmuştur. Mecelle’nin gerekçesindeki; “*Mesâil-i müctehedün-fihâda imâmü’l-müslimîn hazretleri herhangi kavil ile amel olunmak üzere emrederse mucebince amel olunmak vâcib olduğundan...*”¹⁶³, Mecelle’nin 1801. maddesindeki; “*Ve keza bir müctehidin bir hususta bir re’yi nâsa erfak ve maslahat-ı asra evkaf olduğuna binaen ânın re’yi ile amel olunmak üzere emr-i sultani sadır olsa ol hususta hakim ol müctehidin emrine münafi diğer bir müctehidin re’yi ile amel edemez, ederse hüküm nâfiz olmaz*”¹⁶⁴, 1916 tarihli Fetvahane-i Âli mazbatasındaki “*İhtilaf-ı müctehidin ibad için bais-i rahmet bir mezhebe salık bulunan zatın inde’l-ıztırar diğer mezhebe göre olan bir mesele ile amel veya ifta etmesi tecviz-kerde-i şeriat olduğu (şeriatın caiz gördüğü) gibi mesail-i müctehedün fihada emirü’l-müminin hazretleri hangi kavil ile amel olunmasıyla emr ü ferman buyurur ise onunla amel edilmesi muktazi idüğü kütüb-i fıkhiyyede musarrah bulunduğu...*”¹⁶⁵ ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi

¹⁵⁷ Yıldız, Abdulkadir (2010) ‘Kanuni Esası’de Yasama Yetkisi’ (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.13.

¹⁵⁸ Apaydın (2000), s.432-445; Vural (2011), s.192; İbni Abidin’e göre; devlet başkanı bir meselede mevcut içtihatlardan birini emrederse bu emrine uyulması gereklidir, bu emri dinlemeyip başka bir içtihatı tatbik eden kadı azledilir. Muhammed Emin İbn Abidin (1966) Reddü’l-Muhtar, Mısır, s.75-76. Akt. Cın / Akgündüz, 200; Bir emirde faydanın olup olmadığı bilinmiyorsa ve orada Allah’a isyan yani şer’i hukuka aykırılık yoksa halkın o emre itaati gerekir. O halde imamın içtihatına uymak vaciptir. Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes’ûd b. Ahmed (1986) Bedaius’s-Sanai fi Tertibi’ş-Şerai’, C:7, Darü’l-Kütübi’l-İlmiyyeti, s.100.

¹⁵⁹ Yasama yetkisini elinde bulunduran ülülemrin yaptığı düzenlemeler şer’i sınırlara uyulmak koşuluyla bağlayıcı ve meşrudur. Cın / Akgündüz, 199.

¹⁶⁰ Muhammed Emin İbn Abidin (1992) Reddü’l-Muhtar Ala’d-Dürri’l-Muhtar, C:3, Beyrut, Darü’l-Fıkr, s.412.

¹⁶¹ Buhârî, Ahkâm, 4, 43; Müslim, İmâre, 34, 38.

¹⁶² Yılmaz (2020), s.343.

¹⁶³ Ali Haydar Efendi, C:1, s.18.

¹⁶⁴ Mecelle-i Ahkamı Adliye, madde: 1801 için bkz. Ali Haydar Efendi, C:4, s.3256

¹⁶⁵ Ceride-i İlmiye (1916), S: 20, C:2, s.353.

hakkındaki komisyon tarafından tanzim edilen mazbatadaki; “*Filhakika umur-ı caizede maslahatı tazammun eden emr-i veliyyü’l-emre itaatin vücubu münker değildir*”¹⁶⁶ şeklindeki ifadeler ülülemrin tercih ettiği hukuki görüşe uyulması gerektiği anlayışını teyit etmektedir.

3.6. İslam Hukukunda “Siyaset-i Şer’iyye” Kavramı

Siyaset-i şer’iyye, dinin gayeleri istikametinde kamu düzen ve yararının dikkate alınarak şer’i hukukun boş bıraktığı veya hakkında kesin olarak bağlayıcı bir nassın bulunmadığı içtihadi alanlarda zamanın gerekliliklerine göre devlet erki tarafından icap eden hukuki düzenlemelerin yapılmasıdır¹⁶⁷. Bir başka deyişle siyaset-i şer’iyye, beşerin iyiliği, düzen ve intizamı için şeriatın kabul edip bağlayıcı kıldığı yüce hükümlerdir¹⁶⁸. İbn Kayyım bu tür tanzimleri “*kavani-i siyaset*” olarak adlandırmakta ve adalete uygun olmak şartıyla bu düzenlemelerin şer’i hukukun bir parçası olduğunu kabul etmektedir¹⁶⁹.

Siyaset-i şer’iyye, şeriatın alternatifi olarak değil belki ayrı bir disiplin olarak fikhın yardımcısı veya tamamlayıcısı olarak görülmelidir zira siyaset-i şer’iyye, bazı durumlarda fikhın dolduramadığı boşlukları doldurabilmekte ve çözemediği problemleri çözebilmektedir¹⁷⁰. Siyaset-i şer’iyye ile şer’i hükümlerin tatbikini sağlamak için yasalar çıkarmadaki hedef, nassların somut gerçeklere dönüşmesini ve İslam hukukunun kural ve kaidelerinin çevre ve zaman şartlarıyla uyumlu olarak doğru bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır¹⁷¹. Siyaset-i şer’iyye prensibi, yasama yetkisine sahip devlet otoritesine; şer’i sınırlar içerisinde kalınarak toplumun refah ve ihtiyacı neyi gerektiriyorsa o yönde

¹⁶⁶ Akgündüz, Ahmed (2012a) İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyyatı Özel Hukuk-I, C:2, İstanbul, OSAV, s.1670.

¹⁶⁷ Yılmaz (2020), s.329.

¹⁶⁸ Erdoğan, s.510; Siyaset-i Şer’iyye: Beşeriyetin salah ve intizamı için şer-i şerifin kabul ettiği bir kısım âli ahkamdan ibarettir. Bilmen (1967), C:3, s.22; Siyaset-i şer’iyye, şeriatın devlet yönetimiyle alakalı anayasa, idare, devletlerarası genel ve özel hukuk, usul hukuku ve mali hukuk ve benzerlerinin tamamını, fıkıh ilminin siyasetle ilgili bölümlerini ifade eder. Köksal, Asım Cüneyd (2016) Fıkıh ve Siyaset Osmanlılarda Siyaset-i Şer’iyye, İstanbul, Klasik Yayınları, s.33.

¹⁶⁹ Cevziyye, İbnü’l-Kayyım (1991) İ’lamü-l-Muvakkı’in an-Rabbi’l-Alemîn (Muhakkik: Muhammed Abdüsselam İbrahim), C:4, Beyrut, Darü’l-Kütübi’l-İlmiyye, s.283-284.

¹⁷⁰ Apaydın, H. Yunus (2009) ‘Siyâset-i Şer’iyye’, TDVİA, C:37, s.301.

¹⁷¹ Koşum, Adnan (2003) ‘İslam Hukukunda Siyaset-i Şer’iyye Kavramı’, İslami Araştırmalar Dergisi, C:16, S:3, s.352.

düzenleme yapma yetkisi verdiğiinden İslam hukukunu değişen ve gelişen dinamik toplum yapısının ihtiyaçlarına cevap verir hale getirmektedir¹⁷².

Siyaset-i şer'iyye prensibi kullanılarak gerçekleştirilen yasama faaliyetinin amacı; nasslarda bilinçli olarak bırakılan hüküm boşluklarını, insanların ihtiyaçlarını karşılayacak ve kötülükleri en aza indirecek şekilde doldurmaktır¹⁷³. Burada örfi hukuk kuralları akla gelmektedir. Zira örfi hukuk kuralları Osmanlı'nın ilk devirlerinde daha çok şer'i hukukun boş bıraktığı sahada kendisini hissettirmiş ve boşluk doldurucu bir işlev görmüştür. Örfi hukuk kuralları Tursun Bey'in ifade ettiği gibi "tavr-ı akıl" üzerinden oluşturulmaktadır¹⁷⁴. Buna ise Karafi'nin ifade ettiği üzere "*örfi içtihat*" denir¹⁷⁵. Örfi içtihat, şer'i içtihatın yapılmadığı boş bırakılan alanda şer'i hukukun genel kaideri çerçevesinde yapıldığından örfi hukuk şer'i hukuktan bağımsız, din dışı/laik ve alternatif bir hukuk olarak nitelendirilemez¹⁷⁶. Tüm bunlara paralel olarak siyaset-i şer'iyye ile doğrudan ilişkisi olan "*örfi hukuk*" tabirinin zamanla anlamı genişlemiş "*siyaset*", "*siyaset-i şer'iyye*" gibi ifadelerle eş anlamlı hale gelmiştir¹⁷⁷.

İslam hukuku, devlet başkanına; hakkı gerçekleştirmek, adaleti yerleştirmek ve halkın işlerini yürütmek için şer'i siyaset izleme yetkisi tanımıştır¹⁷⁸. Ülülemin oluşturduğu düzenlemelerin siyaset-i şer'iyye olarak isimlendirilebilmesi için şer'i hukuka uygun olarak hareket etmesi gerekir¹⁷⁹. Binaenaleyh şeriat bu tür faaliyetin nihai sınırlarını belirlemekte

¹⁷² **Yılmaz** (2020), s.337; Zira Kanuni Sultan Süleyman'ın Mısır Kanunnamesinin giriş bölümünde; Hz Peygamber devrinden bu yana çok zaman geçtiğini ve şer'i hükümlerin uygulanmasının ortaya çıkan niza ve husumetler sebebiyle güçleştiğini dolayısıyla şer'i kuralların tatbikinin şeriatı temsil eden alimler aracılığıyla değil ancak siyaseti temsil eden hükümdarların kılıçlarıyla mümkün olabileceğini ve buna binaen Allah'ın emir ve yasaklarını takviye edip hadlerinin uygulanmasını sağlamak için akla uygun ve kabul edilebilir kurallar koymak her padişahın görevi olduğunu söylemiştir. **Akgündüz, Ahmed** (1993) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:6, İstanbul, OSAV, s. 86.

¹⁷³ Bu tür bilinçli boşluklar siyaset-i şer'iyye prensibi gereği kıyas, istihsan, sedd-i zera'i, istislah vb. İslam hukukunun yardımcı kaynakları aracılığıyla doldurulur. **Koşum**, s.352,353.

¹⁷⁴ **Tursun Bey** (1977) Tarih-i Ebü'l-Feth (Derleyici: A. Mertol Tulum), İstanbul, Baha Matbaası, s. 12.

¹⁷⁵ **El-Karafi, Şehabeddin** (1994) Ez-Zahiri (Hazırlayan: Muhammed Bû Hubze), C:5, Beyrut, s.5-58.

¹⁷⁶ **Apaydın** (2009), s.301.

¹⁷⁷ İdari kanunlar demek olan siyaset kanunları Hz. Peygamber'in zanlıları hapsedtirmesi ve Hz. Ömer'in şarap dükkanları ve şarap küplerini tahrip ettirmesi gibi örnekleri olan şeriatın türeyen onu tamamlayan kaidelerdir. **Akgündüz** (1990), C:1, s.51,52. **Akgündüz, Ahmed** (1999b) 'Osmanlı Hukukunda Şer'i Hukuk Örfi Hukuk İkilemi', İslami Araştırma Dergisi, C:12, S:2, s.117. Bir örfi hukuk kuralı olan irade-i seniyyeler, İslam hukukunda siyaset-i şer'iyye'nin ulülemr olan padişah tarafından en sık kullanılma aracı olmuştur. **Kütükoğlu, Mübahat** (2000) 'İrade-i Seniyye', TDVİA, İstanbul, C:22, s.391-392

¹⁷⁸ Devlet başkanları da bu yetkiye dayanarak coğrafyadan coğrafyaya değişen farklı adlarda düzenlemeler yapmışlardır. Bunlar; Osmanlı'da, "*irade-i seniyye*", "*ferman*", "*berat*" Tunus'ta, "*mersum-i âli*", Fas'ta, "*zahir-i şerif*", "*karar-ı vizari*" gibi isimlerde düzenlemelerdir. **El-Fâsî**, s.75.

¹⁷⁹ **Akgündüz** (2011), s.141.

ve onu denetlemektedir¹⁸⁰. İslam hukukunda devlet otoritesine (ülülemr) tanınan ve belli sınırları olan mezkûr yasama yetkisi üç farklı şekilde kullanılabilir.

3.7. İslam Hukukunda Yasama Faaliyeti Türleri

Yasama organı yasa yaparken ya nasslardaki açık hükümleri ya müçtehitlerin nasslardan elde ettiği hükümleri ya da içtihat olmayan hususlarda kendi tercihlerini normatif hukuk kuralına dönüştürebilmektedir¹⁸¹. Ülülemre tanınan yasama yetkisi şer'i ölçülere uygun olmak zorundadır. Bu nedenle ülülemrin yasama yetkisi sınırlı bir yetkidir. Bu yetki içtihat kapalı konularda tamamen sınırlandırılmış iken içtihat açık konularda daha geniş bırakılmıştır. Bu iki durum dışında kalan ve hakkında hiçbir içtihat olmayan mevzularda ise diğer iki duruma nispeten ülülemrin daha serbest hareket edebileceği söylenebilir. Ülülemrin İslam hukuku yasama faaliyetindeki konumunun daha iyi anlaşılabilmesi için her üç yasama türünün ayrı ayrı ele alınıp incelenmesi yerinde olacaktır.

3.7.1. Birinci Tür Yasama Faaliyeti

İslam hukukunda yasama faaliyetinin ilk türü, bağlayıcı ve içtihat kapalı olan, doğrudan ve açıkça nasslarla tayin edilen şer'i hükümlerin veya hakkında icma olan hususların uygulanmasını temin etmek amacıyla bir kanun biçiminde tanzim edilmesi şeklindedir¹⁸². Burada amaç; nassların somut gerçeklere dönüşmesini ve İslam hukukunun kaide ve kurallarının çevre ve zaman koşullarıyla uyumlu olarak doğru bir şekilde tatbikini sağlamaktır¹⁸³. Akgündüz, bu başlık altındaki kanunların şeyhülislama onaylatılmaya ihtiyacı olmadığını zira buradaki hükümlerin her Müslümanı bağlayan şer'i esasların tedvininden ibaret olduğunu söylemektedir¹⁸⁴.

Üçüncü bölümde ele alınacağı üzere Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin bazı hükümleri (m.13,14,15,58), birinci tür yasama faaliyeti aracılığıyla oluşturulmuştur. Klasik dönemde

¹⁸⁰ Apaydın (2009), s.303.

¹⁸¹ Vural (2011), s.182.

¹⁸² Bu tür yasama faaliyeti; nassların uygulanmasını sağladığından bu yönüyle nassların tefsir edilmesi (yorum) yetkisini de ifade ve ihtiva etmektedir. Türcan (1999), s.206.

¹⁸³ Koşum, s.352.

¹⁸⁴ Akgündüz, Ahmed (1999a) 'Osmanlı Kanunnamelerinin Şer'i Sınırları', Kuruluşunun 700. Yılında Osmanlı (Editör: Güler Eren), Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, C:6, s.403; Akgündüz, Ahmed (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:1, İstanbul, OSAV, s.67.

içtihatı kapalı doğrudan ve açıkça nasslar tarafından düzenlenmiş kısas ve had cezalarını tanzim eden kanunname hükümleri bu türe örnek gösterilebilir;

“Her kim kan dökse katle müstahak ise kısas oluna...” (Bozok Kanunnamesi, m.21)¹⁸⁵. Kasten adam öldürme suçunun cezası doğrudan Kur’an-ı Kerim’de “Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında kısas size gerekli kılındı... Kısasta sizin için hayat vardır, ey akıl sahipleri, umulur ki sakınırsınız.” (Bakara/178-179) ve hadis-i şerifte “Kasten öldürmenin cezası kısastır”¹⁸⁶ şeklinde açıkça kısas olarak belirlenmiştir¹⁸⁷.

“Ve her sârikin ki, kat-ı yed ola...” (Alaüddeve Bey Kanunnamesi, m.6)¹⁸⁸. Hırsızlık suçunun cezası Maide Suresi 38. ayette “Hırsızlık eden erkek ve hırsızlık eden kadının yaptıklarına karşılık bir ceza, Allah’tan bir ibret olarak ellerini kesin. Allah güçlüdür, hikmet sahibidir” şeklinde açıkça bir had cezası olan el kesme olarak belirlenmiştir.

“Eğer muhsan ya muhsana bühtan etse, zina gibidir; seksen ağaç veya seksen akçe alına” (Alaüddeve Bey Kanunnamesi, m.43)¹⁸⁹. Burada kazf suçu düzenlenmiştir. Kazf, hukuki usullerle ispatlanamamış olan zina isnadıdır¹⁹⁰. Kazf suçunun cezası Kur’an-ı Kerim’de “İffetli kadınlara iftira atan, sonra da dört şahit getiremeyen kimselere seksen sopa vurun ve artık onların şahitliklerini asla kabul etmeyin. İşte onlar yoldan çıkanların ta kendileridir.” (Nur/4) şeklinde seksen sopa olarak tayin edilmiştir.

3.7.2. İkinci Tür Yasama Faaliyeti

Yasama faaliyetinin ikinci türü, ülülemrin mevcut içtihadı görüşlerden birini toplumun maslahatını esas alarak tercih etmesi veyahut hakkında içtihadı olarak da olsa bir hüküm olmayan meselelerde uzman hukukçuları toplayarak o meselede içtihat yapılmasını temin etmesidir¹⁹¹. İslam hukuku, devlet başkanına ihtilafı hususlarda meşru sınırlar içerisinde bir görüş tercihinde bulunması yetkisi tanımıştır¹⁹². İslam hukukundaki bu tür

¹⁸⁵ Akgündüz (1993) C:6, s.228.

¹⁸⁶ “Kasten öldürmenin cezası kısastır” Ebu Davud, Diyat, C:5, s.17.

¹⁸⁷ Dağcı, Şamil (2002) ‘Kısas’, TDVİA, C:25, s..489.

¹⁸⁸ Akgündüz, Ahmed (1994) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:7, İstanbul, OSAV, s.156.

¹⁸⁹ Akgündüz (1994), C:7, s.159.

¹⁹⁰ Avcı, Mustafa (2018), Osmanlı Ceza Hukuku -II- Özel Hükümler, 3. Baskı, Konya, Adalet Yayınevi, s.305.

¹⁹¹ Devlet başkanı müctehit sıfatına sahip ise doğrudan da yasama faaliyetine katılabilmektedir: Aydın, M. Akif (1991) ‘Anayasa’, TDVİA, C:3, s.159; Akgündüz’e göre gedik ve icareteyn müesseseleri bu şekilde çözülmüştür. Akgündüz (2011), 143; Akgündüz, Ahmed (1996) ‘Gedik’, TDVİA, C:13, s.541-543.

¹⁹² El-Fâsî, s.75.

yasama faaliyetinin temelinde başta Hz. Ömer¹⁹³ olmak üzere İslam halifelerinin uygulamaları vardır¹⁹⁴.

İslam hukukunda içtihatlar zanni bilgi kaynağıdır. Dolayısıyla aynı konudaki bir içtihat diğer içtihatı ortadan kaldıramayacaktır¹⁹⁵. Bir içtihatın diğerinden daha kuvvetli olamaması hukuki hayatta istikrarı zedeleyeceğinden uygulamada birliği sağlamak adına içtihadi görüşlerden birinin tercih edilmesi gerekmektedir¹⁹⁶. İctihada açık (*müçtehedün-fih*) bir mevzuda ülümrl tarafından mevcut içtihadi görüşlerden birinin tercih edilip yasalaştırılması şeklindeki yasama faaliyeti, tek başına bağlayıcılık özelliği olmayan içtihadi hükümleri bağlayıcı hale getirdiğinden¹⁹⁷ insanlar artık o içtihat ile amel etmek durumundadır¹⁹⁸.

Ülümrlin içtihata açık bir mevzuda içtihatlardan birini tercih etmesi şeklindeki yasama faaliyetine; Sultan Melikşah'ın alimlere hazırlattığı “*Mesailü'l-Melikşahiye*”¹⁹⁹ adlı hukuk kodu²⁰⁰ ve Osmanlı Devleti'nde Ebussuud Efendi'nin fetvalarından müteşekkil “*Maruzat*” ve “*Kanun-ı Cedid*” diye bilinen kanun mecmuaları misal gösterilebilir²⁰¹. Bununla beraber bu tür yasama faaliyetinin öne çıkan misalleri; içtihata açık onlarca mesele hakkındaki hükümlerin yasama faaliyeti aracılığıyla kanunlaştırılıp bir araya toplanmasıyla

¹⁹³ Hz. Ömer'in, dedenin mirastaki payı hususundaki uygulaması böyle bir yasamaya örnek teşkil eder. **Vural** (2015), s.358-59.

¹⁹⁴ **Türçan, Talip** (2007) ‘Hilafet Teorisindeki Dönüşümde Türk Siyaset Düşünürlerinin Rolü-Yasamanın Sekülerleşmesi Bağlamında Bir İnceleme’, Uluslararası Türk Dünyasının İslamiyet’e Katkıları Sempozyumu, Isparta, s.302.

¹⁹⁵ Mecelle m.16: “İctihad, içtihat ile nakzolunmaz.” Bkz. **Kuyucaklızade Mehmed Atif Bey** (2020), Külli Kaideler Şerhi (Hazırlayanlar: Veysel K. Bilgiç, Oğuzhan Orhan, Süleyman Tepe, Ali Karakoyun), Hikmetevi Yayınları, İstanbul, s.72-73. **Ali Haydar Efendi** (2017) Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, (Hazırlayan: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem), 2. Baskı, İstanbul, Diyanet İşleri Başkanlığı, s.73-75.

¹⁹⁶ **Köksal**, s.48; Akgündüz'e göre içtihatı konularda tamamen söz sahibi şeyhülislam ve müftülerdir, padişah içtihatlarından birini tercihe değil ancak kendisine arz edilen içtihadi görüşü tasdik edip etmemeye yetkilidir. **Akgündüz** (1999a), s.407.

¹⁹⁷ **Akgündüz** (2011), s.142.

¹⁹⁸ **Erdoğan**, s.409.

¹⁹⁹ “Kendi asrında ihtilaflara ve hukuki hayatta istikrarsızlıklara konu olan aile ve borçlar hukukuna ait bazı meselelerin resmen hal yoluna gidilmesi için çareler aramış ve neticede kendi zamanında hukuk alanındaki ihtisasları ile tanınan fakihleri bir araya getirerek konuyu halletmelerini istemiş ve bir araya gelen hukukçular ihtilaf edilen konuları tartıştıktan sonra asrın ihtiyacına uygun görüşleri tercih etmişler ve sultana arz etmişlerdir. Ve sultanın tasdikinden geçen bu arz el-Mesailü'l-Melikşahiye şeklinde kanunlaştırılmıştır.” **Akgündüz** (1999a), s.407.

²⁰⁰ **Çalışkan, Mehmet** (2019) ‘el-Hüseynî el-Yezdî'nin el-Urâza fî'l-Hikâyeti's-Selcûkiyye Adlı Farsça Eserinin Türkçe Tercümesi’ (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, s.72-73; El-Mesailü'l-Melikşahiye üzerine yapılan bir inceleme için bakınız. **Menekşe, Ömer** (2020) ‘Selçuklular'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak El-Mesâ'ilü'l-Melikşahiyye Fî'l-Kavâ'idî's-Şer'iyye’, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S:35, s.565-598.

²⁰¹ **Akgündüz** (1999b), s.119; **Akgündüz** (1990), C:1, s.77.

oluşturulan “Mecelle-i Ahkam-ı Adliye” ve “Hukuk-ı Aile Kararnamesi” gibi Tanzimat devri kanunlaştırma faaliyeti ürünleridir.

3.7.3. Üçüncü Tür Yasama Faaliyeti

Bu tür yasama faaliyeti, ülümre tanınan sınırlı yasama yetkisine dayanılarak örfi hukuk temelli bazı hukuki düzenlemelerde bulunulmasıdır²⁰². İslam hukukunda asıl hüküm koyucu olan Allah Teala tarafından insanın karşılaşılabileceği bütün meselelere dair hüküm vaz edilmemiş; şer’i hukukun kemali için bilinçli boşluklar bırakılarak her topluma, zaman ve zemine göre kendi ihtiyaçlarını karşılayabileceği hareket kabiliyeti verilmiştir²⁰³. Binaenaleyh yetkili yasama organı olan ülümre, Şari Teala tarafından hükmü konulmamış boşluk olan hususlarda, İslam hukukuna aykırı olmamak üzere hukuk kuralı koyabilir²⁰⁴. Ülümre verilen bu sınırlı yasama yetkisinin en önemli özelliği; mevcut içtihatlardan birinin tercih edilmesinden ziyade kamunun genel menfaati gözetilerek örf-adet gibi tali kaynaklardan yararlanılmak suretiyle düzenleyici işlemler yapılmasıdır²⁰⁵. Bu vazifeyi İslam hukukunda derinleşmiş uzman hukukçular yapabileceği gibi tecrübeli devlet adamları da yapabilir²⁰⁶. Hiç kuşkusuz; bu tür hukuki düzenlemelerin uzman İslam hukukçuları aracılığıyla ilmi denetimden geçirilerek şer’i hukuka uygunluğu sağlanmalıdır²⁰⁷.

Ülümre tanınan şer-i şerifin boş bıraktığı alanlarda birtakım hukuk kaideleri koyabilme yetkisinin dayakları başta “*Ey İman edenler Allah’a, Peygamber’e ve sizden olan ülümre itaat edin*” (Nisa/59) ayeti olmak üzere; “*Allah’ın sultan vasıtasıyla insanları kötü fiillerden alıkoyması, Kur’an-ı Kerim vasıtasıyla alıkoymasından daha çoktur*”²⁰⁸ ve “*Sünnet, Peygamberin ve adil hükümdarın sünneti olmak üzere iki tanedir*”²⁰⁹ hadisi şerifleri olduğu söylenebilir.

²⁰² Akgündüz (2011), s.141.

²⁰³ Bardakoğlu, Ali (1989) ‘İslam Hukuku Araştırmalarında Gelenekçilik’, Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu, s. 481.

²⁰⁴ Allah’ın hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla ana, baba, devlet gibi başka otoriteler de yükümlülük yükleyebilirler ve bunlara itaat gerekir. Buhârî, ‘Ahkâm’, 4, 43; Müslim, ‘İmâre’, 34, 38.

²⁰⁵ Akgündüz (1990), C:1, s.74. Dönmez, alimlerin büyük çoğunluğunun nassların sınırlı, olayların ise sınırsız olduğunu ve mevcut olan bilinçli boşlukların ise içtihat yoluyla doldurulacağı görüşünde olduğunu belirtmektedir. Dönmez (1986), s.41.

²⁰⁶ Akgündüz (1990), C:1, s.74.

²⁰⁷ Akgündüz (1990), C:1, s.74.

²⁰⁸ El-Cami’üs-Sağir, Beyhaki, 2406.

²⁰⁹ Ramuz, Deylemi, 214,

Mezkûr yetki en başta İslam hukukunun boş bıraktığı tazir suç ve cezalarının belirlenmesinde kullanılmaktadır. Dulkadiroğullarına ait Alaüddevle ve Bozok Kanunnamelerinin çoğu hükümleri ve Fatih, II. Bayezid, Yavuz ve Kanuni'ye ait Umumi Osmanlı Kanunnamelerinin birinci kısmını oluşturan ceza hükümleri bu yetki kullanılarak oluşturulmuştur²¹⁰. Bu tür düzenlemelere şu hükümler örnek verilebilir;

“Ve her kim at uğrulasa (çalsa) eli kesilmezse on sekiz altın alına. Eğer sığır uğrulasa kat-ı yed olmazsa on dört altın alına. Ve bu mezkûrlara her kim ki, şerik olsa, eğer üç ve eğer dört kimesnedir, her birinden tamam cerime alına. Ve koyun ve keçi uğrusundan (çalandan) beş altın alına” (Alaüddevle Bey Kanunnamesi, m.2)²¹¹.

“Ve eğer adam öldürse, yerine kısas etmeseler, kan cürmü bin akçeye dahi ziyadeye gücü yetse iki yüz akçe; altı yüze gücü yetse yüz akçe; gayet fakir olsa elli akçe alına” (II. Bayezid'in Umumi Kanunnamesi, m.14)²¹².

3.8. İslam Hukuku Tarihinde Yasama Faaliyeti

İslam hukuku yasama faaliyeti tarih içerisinde farklı şekillerde icra edilmiştir. Osmanlı Devleti'ne gelinceye değin İslam hukuku yasama faaliyeti tarihi süreç içerisinde birtakım değişimler geçirmiştir. Dolayısıyla Osmanlı hukuku yasama faaliyetinin daha iyi anlaşılması adına bu aşamada öncelikli olarak İslam hukuku yasama faaliyetinin nasıl başladığı ve ne gibi gelişmeler gösterdiği hususunun ele alınması gerekmektedir.

3.8.1. Hz. Peygamber Devrinde Yasama Faaliyeti

İslam hukuku yasama faaliyetinin Hz. Peygamber'e (s.a.s) ilk vahyin inmesiyle 610 yılında başladığı söylenebilir. Bu vahiy merkezli süreç Hz. Peygamber'in 632 yılında vefat etmesi üzerine sona ermişti. Bu dönemde İslam hukuku yasama faaliyeti temelde; asıl kanun koyucu olan Allah Teala tarafından vahiy aracılığıyla yapılmaktaydı²¹³. Allah Teala iradesini

²¹⁰ Akgündüz (1990), C:1, s.75-76.

²¹¹ Akgündüz (1994a), C:7, s.156.

²¹² Akgündüz, Ahmed (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:2, İstanbul, OSAV, s.41.

²¹³ Karadavî, s.199, 241; Bu dönemde İslam hukukunun ilk kaynağı olan Kur'an-ı Kerim nazil olduğu için; salt vahye dayanan hukuk kuralı koyma faaliyeti yalnızca bu dönemde gerçekleşmiştir. Koçak, Muhsin / Dalgin, Nihat / Şahin, Osman (2018), İslam Hukuku, 5.Baskı, İstanbul, Ensar Yayınları, s.85.

kullara Hz. Peygamber vasıtasıyla gerek Kur'an-ı Kerim ve gerek sünnet-i seniyye ile ulaştırmaktaydı²¹⁴.

Bu devirde vahiy dışındaki diğer bir hüküm kaynağı ise içtihat idi. Buradaki içtihat, vahiy varid olmayan konularda hem Hz. Peygamber'in kendi şahsi tecrübesine binaen görüş bildirmesi şeklinde hem de fakih sahabelerin Hz. Peygamber'e tasdik ettirmek suretiyle hukuki görüş bildirmeleri yoluyla gerçekleşmekteydi²¹⁵.

Hz. Peygamber'in içtihatları yanlış ise vahiy ile düzeltilir²¹⁶, doğru bir içtihat ise düzeltilmeden olduğu gibi bırakılırdı. Böylelikle zanni hüküm elde yöntemi olan içtihat tıpkı vahiy gibi kesin bilgi kaynağına dönüşmüş olurdu. Hz. Peygamber'in vahiy aracılığıyla düzeltilen içtihatlarına birçok misal verilebilir. Örneğin; Bedir Savaşı sonrası alınan esirlere yapılacak muamelenin ne olacağı konusunda Hz. Peygamber, Ebu Bekir (r.a.)'in görüşünü tatbik etmişti. Bunun üzerine Enfal Suresi 67. ayet nâzil olarak bu içtihatın doğru olmadığı beyan edilmişti²¹⁷. Başka bir örnekte; bazı münafıkların Tebuk Seferi'ne katılmamak için mazaret uydurarak Hz. Peygamber'den izin alması üzerine Tevbe suresi 43. ayet ile Allah Rasulü'nün bu kararının yanlış olduğu bildirilmişti²¹⁸.

Hz. Peygamber'in vahiy aracılığıyla düzeltilmeden olduğu gibi bırakılan içtihatlarına da birtakım örnekler verilebilir. Örneğin; Hz. Peygamber, erkeklerin emzikli kadınlarla cinsel ilişki kurmalarını önce yasaklamayı düşünmüş sonradan Bizans ve İranlıların bu işi yaptıklarını ve bunun çocuklara bir zarar vermediğini öğrenince bu düşüncesinden vazgeçmişti²¹⁹. Başka bir yerde başıboş bir devenin bahçelere girip zarar vermesi üzerine Hz. Peygamber; bahçe sahiplerinin gündüz, hayvan sahiplerinin ise gece boyu sorumlu olduğunu bildirmişti²²⁰. Pazarda fiyatların aşırı artması üzerine Hz. Peygamber'den narh

²¹⁴ Sünnet'in büyük bir kısmının manası Allah tarafından vahyedilmiş, lafızları ise Hz. Peygamber'e aittir. Sünnet'in diğer kısmının hem lafzı hem de manası Hz. Peygambere aittir. **Karaman, Hayreddin** (2017) İslam Hukuk Tarihi, 13. Baskı, İstanbul, İz Yayıncılık, s.69.

²¹⁵ **Yaman, Ahmet / Çalış, Halit** (2019), İslam Hukukuna Giriş, 19. Baskı, İstanbul, İFAV, s.72.

²¹⁶ **Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed** (2008) Mebsut, (Editör: M. Cevat Akşit), C:16, İstanbul, Gümüşev Yayıncılık, s.104. **Hallaf, Abdülvahhab** (2006) İlk Dönem İslam Hukuku Yasama, Yargı ve Yürütme, İstanbul, Pınar Yayınları, s.20.

²¹⁷ **Yaman / Çalış**, s.74.

²¹⁸ **Karaman** (2017), s.70.

²¹⁹ **Müslim**, 'Nikah', 24, 140-142. **Ebu Davud** 'Tıbb', 16.

²²⁰ **Ebu, Davud**, 'Buyu', 90.

koyması istendiğinde kabul etmeyip fiyatların arz-talep dengesiyle serbestçe oluşmasını istemişti²²¹.

Sahabe içtihatı da sünnetin yani vahyin kontrolü altındaydı²²². Bu usulle sahabe içtihatları da zanni bilgi kaynağı olmaktan çıkıp yasama faaliyetine dahil olan kesin bilgi kaynağı halini alıyordu²²³. Bu tür içtihatlara pek çok misal verilebilir: Hendek savaşı sonrası savaş esnasında yaptıkları ihanetten dolayı Kurayza Yahudileri üzerine yüründü ve toptan esir alındı. Kurayza Yahudileri, Hz. Peygamber'den kendileri hakkında Sa'd b. Muaz'ın (r.a.) hüküm vermesini istediler. Hz. Peygamber bu teklifi kabul etti ve bunun üzerine Sa'd, kadın ve çocukların esir edilmesi, eli silah tutan erkeklerin öldürülmesi ve mallarının Müslümanlar arasında paylaştırılması şeklinde hükmetti²²⁴. Bunun üzerine Hz. Peygamber Sa'd b. Muaz'a "onlar hakkında Allah'ın istediği şekilde hükmettin" buyurmuştur²²⁵. Başka bir örnekte; tek temizlik müddeti içerisinde cariyeye bir kadınla beraber olan ve bu kadından olan çocuğun kendisinden olduğunu iddia eden üç adam Hz. Ali'nin (r.a.) huzuruna getirilmişti. Hz. Ali (r.a.), o adamlardan ikisine çocuğun diğer adama ait olduğunu kabul edip etmediğini sordu. Onlar kabul etmedi. Aynı şekilde diğer iki kişiye de sordu ve onlar da hayır cevabını verince Hz. Ali bu kimseler arasında kura çekti, kurada ismi çıkan adama hem çocuğu verdi hem de diyetin (ganimetin) üçte ikisini yükledi. Bu vakıa Hz. Peygamber'e (s.a.s) intikal ettirildiğinde; Rasulullah azı dişleri gözükmünceye kadar gülümsemişti²²⁶. Başka bir misalde ise; Hz. Ebu Bekir, Hz. Peygamber (s.a.s) yanındayken hakkı olmadığı halde başkasının gaza sırasında elde ettiği eşyasını alan birisine "Allah ve Rasulü yolunda kendini ölüm tehlikesine atarak, aslanlar gibi savaşan birinin eşyasını sana vermeyiz" demişti. Bunu duyan Hz. Peygamber, Hz. Ebu Bekir'i tasdiklemiştir²²⁷.

Hz. Peygamber'in içtihat yapmak suretiyle icra ettiği yasama faaliyeti yetkisi; "*Peygamber size ne vermişse onu alın ve size neyi yasaklamışsa ondan kaçının*" (Haşr/7) ve "*Ey İman edenler Allah'a, Peygamber'e ve sizden olan ülûlemre itaat edin*" (Nisa/59) ayet-i kerimelerine dayanmaktadır²²⁸. Ancak; Hz. Peygamber'in Allah'ın muradına tevafuk eden

²²¹ Tirmizi, 'Buyu', 73; İbn Mace, 'Ticarat', 27.

²²² Koçak / Dalgın / Şahin, s.88.

²²³ Hallaf, s.24.

²²⁴ Efendioğlu, Mehmet (2008) 'Sa'd b. Muaz', TDVİA, C:35, s.374,375.

²²⁵ Buhari, 'Cihad', 168; Müslim, 'Cihad', 65.

²²⁶ İbn Mace, 'Ahkam', 20.

²²⁷ Buhari, 'Humus', 18; Müslim, 'Cihad', 42.

²²⁸ Nebhan, Muhammed Faruk (1980) İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları (Tercüme: Servet Armağan) İstanbul, Sönmez Yayıncılık, s.354.

içtihatlarının, olduğu gibi bırakılması ve Allah'ın muradına uymayan içtihatlarının ise Allah tarafından düzeltilmesi hususu göz önüne alınırsa; vahiy aracılığıyla hüküm koymada olduğu gibi asıl hüküm koyucunun Hz. Peygamber'e vahiy gönderen ve onun hatalı içtihatlarını düzelten Allah Teala olduğu anlaşılır²²⁹.

Hz. Peygamber devri yasama faaliyeti Mekke ve Medine devri olmak üzere iki devreye ayrılabilir. 610 yılından 622 yılına kadar uzanan Mekke devrinde adalet, dayanışma, diğergamlık, sözleşmelere sadakat, iyilik, sabır, kötülüğü en güzel biçimde giderme gibi ahlak ilkeleri ile akaid hükümleri yerleştirilmiş ve hukuk kurallarının kolaylıkla benimsenip uygulanması zemini hazırlanmıştı²³⁰. Dolayısıyla bu devirde hukuk kaidelerinden ziyade inanç ve ahlak alanında ayetler vahyolunmuştu²³¹. Varid olan az sayıdaki ahkam ayeti ise ya külli kaidelerden ya sadaka, abdest ve namazın farz oluşu gibi ibadet hükümleri ya da ölçü ve tartıya riayetin teşvik edilmesi, yalanın, zinanın hırsızlığın ve faizin kötülenmesi gibi muameleye dair hükümlerden müteşekkil idi²³². Kanaatimizce; Mekke devrinde az sayıda varid olan İslam hukuku hükümlerinin uygulanmasını zorunlu hale getirecek bir devlet erki mevcut olmadığından bu devirde nazil olan hükümleri yasama faaliyeti olarak değerlendirmek yerinde değildir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere yasama faaliyetinin olmazsa olmaz unsuru oluşturulan hukuk kurallarının devlet erki aracılığıyla uygulanma mecburiyetine tabi tutulması idi. Dolayısıyla nazil olan hükümlerin gerçek manada yasama faaliyeti olarak değerlendirilmesi devlet erkinin mevcut olduğu Medine site devleti teşekkülünden sonrası için mümkündür²³³.

Medine'ye hicretle birlikte Hz. Peygamber'in Medine sakinleriyle yaptığı tarihin ilk anayasası kabul edilen antlaşma ile bir devlete sahip olunmuştu²³⁴. Bu gelişmeyle birlikte

²²⁹ Hallaf, s.12.

²³⁰ Yaman / Çalış, s.71.

²³¹ Mekki ayetler; İslamiyet'in ilk amacı olan tevhidi, Allah'ın azabından korkutma, ahiret gününün vasıflandırılması ve korkutucu halleri ile Hz. Peygamber'in tamamlamak için gönderildiği güzel ahlakı teşvik edici konuları ve ayrıca geçmiş Peygamberlere muhalefet eden muasır milletlerin uğramış oldukları vahim akıbetleri konu edinmiştir. **Hudari, Muhammed** (1987) İslam Hukuk Tarihi (Tercüme: Haydar Hatipoğlu), 2.Baskı, İstanbul, Karaman Yayınları, s.17-18.

²³² **Koçak / Dalgin / Şahin**, s.86; Usulüne uygun olmayacak şekilde öldürülmüş veya ölmüş meytenin, hayvanı keserken akan kanın, domuzun, Allah'tan başkası adına veya Allah adı anılmadan kesilen hayvan etlerinin haram oluşu, fuhuş, taşkınlık, bilgisizce hüküm verme, fitne çıkarma ve haksız yere cana kıyma gibi yasaklar da bu devirde nazil olan hükümlerdendi. **Yaman / Çalış**, s.71-72.

²³³ Hz. Peygamber (s.a.s)'in Medine'ye hicret ettikten sonra hukuksal manada teşrii faaliyetine başlamış olması yasamanın temelde devlet gücünün bir fonksiyonu olmasıyla. **Türcan** (1999), s.196.

²³⁴ **Yaman / Çalış**, s.72; **Avcı, Mustafa** (2021), Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Konya, Atlas Akademi, s.78; **Ekinci, E. Buğra** (2017a) Osmanlı Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Arisanat, s.124; Hz. Peygamber Medine sözleşmesiyle birlikte Medine'de bir devlet teşkilatı oluşmasına sebep oldu. **Hamidullah, Muhammed** (1954)

İslam hukukunun teşekkül süreci hızlanmıştı²³⁵. Medine devrinde devletin kurulmasıyla elde edilen devlet erki ile artık dünyevi müeyyideleri olan, Kuran ve sünnet tarafından hayatın hemen hemen her yönünü ilgilendiren oruç, zekat, hac gibi ibadetler, cihad, aile, miras, muhakeme usulü, ceza hukuku, muamelat, devletlerarası hukukla ilgili hükümler vaz edilmeye başlanmıştı²³⁶.

Bu devirde ortaya çıkan İslam hukuku hükümleri, Medine Site Devleti'nin devlet başkanı konumunda olan Hz. Peygamber vasıtasıyla vaz edildiğinden herkesi bağlayıcı olma özelliği vardır²³⁷. Bu durum o devirde devlet otoritesinin dahil olduğu bir yasama faaliyetinin icra edildiğini göstermektedir. Ayrıca oluşturulan hukuki hükümlerin herkesi bağlayıcı ve kesin bilgi kaynağı olması o dönemde yalnızca birinci tür yasama faaliyetinin icra edildiğini göstermektedir.

3.8.2. Raşid Halifeler Devrinde Yasama Faaliyeti

Hz. Peygamber'in vefatıyla birlikte ilahi yasama faaliyeti sona ermişti²³⁸. Zira artık ne doğrudan vahiy ne de vahyin kontrolünde bir içtihat faaliyeti söz konusuydu. Sahabe devrinde Müslümanların çok sayıda ülke fethetmesiyle çok farklı kavimler Müslüman olmuş ve böylece daha önce varid olmamış çok farklı hukuki vakıalar meydana gelmişti. Sahabeler İslam'a yeni girenlere dini anlatmak ve dine ait sorunları çözmek için asli kaynak olan Kur'an-ı Kerim ve sünnete yönelerek onları anlamaya, tefsirini yapmaya ve hükümler çıkarmaya gayret etmişlerdi²³⁹. Sahabeler, hüküm tayininde Hz. Peygamberin de tasdik ettiği üzere²⁴⁰; önce Kur'an-ı Kerime ve sünnete bakmışlar orada hüküm bulamazlarsa reyleriyle

'İslam Hukukunun Kaynaklarına Dair Yeni Bir Tetkik' İslam Tedkikleri Enstitüsü Dergisi, S:1-4, s.64; Hz. Peygamber devrinde modern anlamda yasama, yürütme ve yargı kavramlarına rastlayamadığımızı ancak günümüz perspektifinden bakıldığında özellikle Medine Site Devleti kurulduktan sonra bu üç kuvvetin de Hz. Peygamber bünyesinde toplandığını söyleyebiliriz. Zira Medine'de Mekke'den farklı olarak sadece Müslümanların değil gayrimüslimleri de içeren yalnızca uhrevi sorumluluk gerektiren hükümler değil toplumun kamusal ve özel nitelikli ilişkilerini düzenleyecek kurallara ihtiyaç duyulmuştu. **Türcan, Talip** (1999), s.196.

²³⁵ **Cin, Halil / Akylmaz, Gül** (2018) Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, s.62.

²³⁶ **Karaman** (2017), s.54. Yine bu devirde, içerisindeki az da olsa hukuki hükümler bulunan Hz. Peygamber tarafından devlet başkanlarına davet mektupları ve kendi vali ve kadılarına genelgeler gönderiliyordu. **Yaman / Çalış**, s.75.

²³⁷ **Nebhan**, s.366.

²³⁸ **Hadduri, Macid** (2018) İslam Hukukunda Savaş ve Barış (Tercüme: Fethi Gedikli), 2. Baskı, İstanbul, Ekin Yayınları, s.22.

²³⁹ **Şafak, Ali** (1977) İslam Hukukunun Tedvini, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Basımevi, s. 18.

²⁴⁰ "Hz. Peygamber Muaz b. Cebel'e Yemen'de kadılık yaparken neyle hükmedeceğini sorduğunda Muaz; önce Allah'ın kitabına göre hükmedeceğini orada hüküm bulamazsa Rasulullah'ın sünnetiyle hükmedeceğini orada da hüküm bulamazsa kendi kanaatine göre hüküm vereceğini söylemesi üzerine Hz. Peygamber bu

içtihat etmişler, kıyas ve yorum yoluyla hüküm elde etmeye çalışmışlardı²⁴¹. Sahabelerin bu ilmi faaliyetlerine başta Hz. Ömer olmak üzere devlet başkanı olan halifeler de destek vermişti²⁴².

Sahabe devrinin yasama faaliyetinde öne çıkan zaman aralığı Hülafa-i Raşid'in devri idi. Zira devlet erkini elinde bulunduran ve müçtehit vasfına sahip halifelerin gerek kendi içtihatlarını gerekse başka sahabelerin içtihatlarını tercih etmesi İslam yasama faaliyetini doğrudan etkilemişti²⁴³. Dört Halife devrinde yasama faaliyeti²⁴⁴; içtihat salahiyyetine sahip olan bizzat halifeler tarafından yapıldığı²⁴⁵ gibi daha çok ve bilhassa Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer devrinde²⁴⁶ şura prensibi işleterek²⁴⁷ toplu sahabe içtihatları²⁴⁸ ve çok sayıda sahabe icmai²⁴⁹ aracılığıyla yerine getirilmekteydi. Dolayısıyla Hülafa-yi Raşidin devrinde devletin

cevaplardan hoşnut oldu ve Allah'a hamdetti". **Ebû Dâvûd**, 'Akziye', 11; **Tirmizî**, 'Ahkâm', 3; Hz. Ömer Kadı Şureyh'e yazdığı mektupta da bu hususu vurgulamaktaydı: "Kur'anda apaçık bir hüküm bulmaya bak. Şayet böyle bir hüküm bulursan o konuda kimseye bir şey sorma. Ancak Kur'anda açık bir hüküm bulamadığın bir meselede sünnete ittiba et. Sünnette de bir şey bulamazsan reyinle içtihat et" **Hudari**, s.143. **İbnü'l-Kayyim**, C:1, s.204.

²⁴¹ Bu dönemde teşrii faaliyetinde bulunan en meşhur sahabeler başta dört raşid halife olmak üzere, Zeyd b. Sabit, Abdullah b. Mesud, Enes b. Malik, Ebu Musa El-Eşari, Muaz b. Cebel, Ubade b. Samit ve Abdullah b. Amr b. El-As'tır. **Hallaf**, s.44.

²⁴² **Şafak** (1977), s.19.

²⁴³ **Vural** (2015), s.358-59.

²⁴⁴ Hz. Ebu Bekir'e hukuki bir olay geldiğinde önce Kur'an'a bakardı. Olaya ilişkin şeri hükmü Kur'an'da bulamazsa Sünneti tetkik ederdi. Eğer orada da bir hüküm bulamazsa o mesele hakkında Hz. Peygamber'in bir hükmü olup olmadığını sahabelere sorardı. Hz. Peygamber'in konu hakkında hüküm verdiğini bilenler ortaya çıkarsa onların aktardığı rivayete göre hüküm verirdi. Hz. Ömer, kendisine ulaşan mesele hakkında Kitap ve Sünnette bir hüküm bulamazsa Hz. Ebu Bekir'in o konu hakkında hüküm verip vermediğini araştırırdı ve eğer Ebu Bekir hüküm vermişse aksi sabit olmadıkça o hüküm ile hükmederdi. Hz. Ali ve Hz. Osman da aynı yolu takip etmişlerdi. **Hudari**, s.142-143.

²⁴⁵ Müçtehit vasfına sahip Devlet başkanının tek başına kanun vazetmesine Hz. Ömer'in, içki içene verilen cezanın miktarını artırarak, bu cezayı yeniden belirlemesini ve aynı anda tek lafızla verilen üç talakı geçerli saymasını örnek verebiliriz. Ayrıca; Hz. Ömer'in, dedenin mirastaki payı hususundaki uygulaması mevcut içtihatlardan birinin devlet başkanı tarafından tercih edilmesi şeklindeki yasama faaliyetine örnek teşkil eder. **Vural**, (2015), s.358-359.

²⁴⁶ Aydın'a göre ilk iki halife devrinde hukuki problemler emirname ya da ferman aracılığıyla değil aslı iki kaynak olan Kur'an ve sünnet kuralları ve ilkeleri ışığında içtihat yapma yöntemiyle çözülmüştür. **Aydın, M. Akif** (2020) Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli, Ankara, İsam Yayınları, s.41.

²⁴⁷ Şura prensibiyle raşid halifeler devrinde görüş ayrılıkları en aza iniyor ve hatırı sayılır sayıda sahabe icması yapılmış oluyordu. **Hallaf** (2006) s.47.

²⁴⁸ Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer, ihtilafı azaltmak birliği temin etmek ve Allah'ın muradına isabet ihtimalini arttırmak için daha çok kamu hukuku alanında şura içtihatı yaptırıyordu. **Karaman** (2017), s.105. Cin ve Akyılmaz, nadir bir uygulama olan toplu içtihat faaliyetinin raşid halifeler devri dışında bir de Hanefi mezhebinin oluşum devrinde rastlandığını iddia etmektedir. **Cin / Akyılmaz** (2018), s.64.

²⁴⁹ Bu devirde müçtehit olan sahabelere ulaşmak ve görüşlerini almak kolay olduğundan pek çok mevzuda icma kolayca gerçekleşirdi. **Hudari**, s.144.

hukukun teşekkülüyle yakından ilgilendiği anlaşılmaktadır²⁵⁰. Geriye kalan sahabe devrinde ise devletin hukukçuların ilmi mesaisine müdahalesi olmamıştı²⁵¹.

Raşid halifelerden Hz. Ömer (r.a.) devrinin diğer raşid halife devirlerinden ayrıştığı söylenebilir. Zira üstteki paragrafta da belirtildiği üzere diğer devirlerde pek rastlanmayan pek çok meselede müçtehit sahabelere toplu içtihat yaptırılmıştı. Bunun yanında aynı devirde devlet başkanının caiz olan bazı işlem ve akitleri, büyük bir maslahat gereği yasakladığı görülmektedir. Örneğin; kendi devrinde Hz. Ömer, müellefe-i kulûba zekâtan verilen payı kesmiş, ehl-i kitap kadınlarla evlenmeyi ve hacc-ı temettu'ü yasaklamıştı²⁵². Yine Hz. Ömer devrine özgü olarak -İslam hukukuna aykırı bir hüküm içermeyen- İran'daki mahalli memurların ziraat gelirleri hakkındaki eski kanunların yürürlükte kalması emredilmiş ve İran gelirler vergisi kanunu İslam kanunu haline getirilmişti²⁵³. Yine bu dönemde mütakabiliyet esasına göre hukuk kuralları oluşturulmuştu²⁵⁴.

Raşid halifeler devrinde devlet başkanı teşvikiyle yapılan sahabe icmaları, yoruma kapalı ve tüm ümmeti bağlayıcı özellikte olduğu için birinci tür yasama faaliyeti olarak; devlet başkanı tarafından bir konuda yapılan yoruma açık içtihatlar ikinci tür yasama faaliyeti olarak; Hz. Ömer tarafından şer-i şerife aykırı olmayan İran kanunlarının devletin kanunları haline getirilmesi ve mutakabiliyet esasına göre hukuk kuralları oluşturulması ise şer-i şerif alanı dışına çıkıldığından üçüncü tür yasama faaliyeti olarak değerlendirilebilir.

3.8.3. Emevi Devleti'nde Yasama Faaliyeti

Hz. Hasan'ın (r.a.) İslam birliğini yeniden sağlamak ve iç savaşı önlemek için Muaviye namına bazı şartlarla hilafetten ayrılmasıyla Hülafa-yi Raşidin devri sona ermişti²⁵⁵. Emevi Devleti'nde fıkıh ilmiyle dört halife dönemindeki gibi; günlük yaşayış,

²⁵⁰ Ekinci (2017a), s.127.

²⁵¹ Ekinci (2017a), s.127.

²⁵² Bu uygulamalar devlet başkanının, cevaz alanındaki bazı mübahları askıya alıp bir müddet uygulamalarını durdurma şeklindeki yapmış olduğu yasama faaliyeti örnekleridir. Vural (2015), s.358-59.

²⁵³ Bu husus İslam hukukuna aykırı olmayan yabancı kanunların ve rağbet edilen teamüllerin İslam hukukuna dahil olabileceğini göstermektedir. Hamidullah (1954), s.64-65.

²⁵⁴ Halife'ye mallarıyla İslam ülkesine giren yabancı tacirlere ne gibi bir muamele yapılması gerektiği sorulduğunda Halife: "Bu yabancıların mensub olduğu devlet kendi ülkesine giren teb'amıza ne gibi bir muamele yapıyorsa o şekilde hareket et. Bu yabancı tacirlerden onların teb'amızdan aldıkları gümrük resmi nispetinde ve eğer böyle bir resim yoksa mal üzerinden %10 gümrük resmi al." Hamidullah (1954), s.65.

²⁵⁵ Karaman (2017), s. 148.

sosyal hayat ve yönetimle yakın ilişki kurulmamış; Halife Ömer b. Abdulaziz devri istisna edilirse Emevi halifelerinin dini ve fıkhi meselelere karşı ilgisizliği fıkıhın ferdi gayretlerle ve hoca-talebe ilişkisi içinde ekolleşerek gelişmesine yol açmıştı²⁵⁶. Yaklaşık doksan yıl devam eden bu devirde; genç sahabeler ve bu sahabelerin müçtehit olarak yetiştirdiği tabiun²⁵⁷ nesli yaşamıştı²⁵⁸. Bu müçtehitlerin fikhî görüşlerini başta ders aldıkları sahabelerin fıkha bakış açıları daha sonra da bulundukları muhit etkilemiş, bunun neticesinde Hicaz ve Irak Ekolü gibi fıkıh ekolleri meydana gelmiş²⁵⁹ ve ilk fıkıh kitapları yazılmıştı²⁶⁰.

Zamanla sahabelerin azalması, dini konuların içine siyasi konuların girmesi ve İslam'a girenlerin değişik milletlerden olması gibi sebeplerle hadislerin nakilleri zayıflamaya ve içerisine şüpheli sözler girmeye başlamıştı²⁶¹. Bu tehlikeli gidişi sezen Emevi halifesi Ömer b. Abdulaziz, Medine'ye vali olarak görevlendirdiği Ebu Bekir b. Hazm'a yazdığı mektupta "*Rasulullahın hadislerini araştır. Bulabildiğini yaz. Ben ilmin kaybolmasından ve alimlerin tükenmelerinden endişe ediyorum*" demesi üzerine vali hadisleri yazmaya başlamıştı²⁶². Halife Abdulaziz'in emriyle Medine valisi Ebu Bekr b. Hazm ve Medineli Alim İbnü-ş-Şihab ez-Zuhri bu talimatı kısmen yerine getirmiş hatırı sayılır ölçüde sünnete dair rivayetleri toplayıp yazmıştı²⁶³. Ancak bu yazılanlar halifeye gönderilmeden Ömer b. Abdulaziz vefat etmişti²⁶⁴.

Bu dönemde fıkıh alanında kayda değer faaliyetler olmasına rağmen gerek fıkıh kitaplarının devletten bağımsız bir şekilde oluşturulması ve gerekse derlenen hadislerin devlet politikası haline gelmemesi Emeviler döneminde ilk iki tür yasama faaliyetini ifade eden şer'i hukuk sahasında yasama faaliyetinin icra edilemediğini göstermektedir. Yapılan araştırmada Şer'i hukuk sahası dışında üçüncü tür yasama faaliyeti olarak da herhangi bir gelişmeye rastlanılmamıştır.

²⁵⁶ **Yiğit, İsmail** (1995) 'Emeviler', TDVİA, C:11, s.99.

²⁵⁷ Tabiun devri, Emevi Halifeliğinin sonları ile Abbasilerin ilk yıllarına denk gelir. **Şafak** (1977) s. 38.

²⁵⁸ **Yiğit**, s.99.

²⁵⁹ **Yiğit**, s.99.

²⁶⁰ Bu devirde yazılan elimize ulaşan az sayıdaki kitaplar şunlardır: Suleym b. Kays el-Hilali'nin fıkıh kitabı, Katade b. Diame'nin El-Menasik'i ve Zeyd b. Ali'nin Menasikü'l-Hacc ve Âdabuhu. **Karaman** (2017), s.153.

²⁶¹ **Şafak** (1977), s. 38.

²⁶² **Hallaf**, s.133. **Yaman / Çalış**, s.85. **Şafak** (1977), s. 38

²⁶³ **Karaman** (2017), s.151; Bir kaynakta merkezde toplanan bu derlemelerin Ömer b. Abdulaziz tarafından çoğaltıp birçok bölgeye gönderildiği zikredilmiştir. **Yaman / Çalış**, s.85.

²⁶⁴ **Bilmen, Ömer Nasuhi** (1951) 'Tarih-i Fıkıhın Mahiyeti Ve Faideleri', İslamın Nuru, S:7, C:1, s.10.

3.8.4. Abbasi Devleti'nde Yasama Faaliyeti

Emevi yönetimini ele geçiren Abbasi Devleti, hicri II. asırdan VII. asrın ortalarına kadar (m. 750-1258) hüküm sürmüştü²⁶⁵. Emeviler devrinde sönük geçen fıkıh hükümlerinin sözlü tedvini Abbasiler devrinde tercüme faaliyetlerinin artması, edebi faaliyetler, hadislerin tedvini ve çeşitli ilimlerin İslam alemine girişi hukuk alanında da hareketlenmelere sebep olmuştu²⁶⁶. Bunun neticesinde Emevîler dönemindeki Hicaz ve Irak ekolleri, yerlerini hicri II. asırdan itibaren, hadis ve re'yin İslâm hukukunun kaynakları arasında yer alıp almayacağı veya ne ölçüde yer alacağı ayırımına dayanan “hadis” ve “re’y” ekollerine bırakmıştı²⁶⁷. Bu devirde hicri II. asrın ortasından IV. asrın ilk çeyreği arasında mezhepleşme faaliyeti gerçekleşmiş²⁶⁸ ve bazı fıkıh kitapları yazılmıştı²⁶⁹. Yine bu devirde kurulan mezhepler gelişimi tamamlamış ve bunun neticesinde içtihat faaliyetleri yavaşlayıp mevcut içtihatlar taklit edilir olmuştu²⁷⁰.

Abbasiler hilafeti haklı olana iade etmek ve Hülafa-yi Raşidin devrini yeniden diriltmek gibi bir anlayış ile hareket ettiğinden din bilginlerinin söz, inanç ve davranışlarıyla yakından ilgilenmişler ve devlet işlerini dine dayandırma arzusunda olmuşlardı²⁷¹. Mezheplerin ilk teşekkül dönemlerinde farklı içtihatların hukukî hayatta doğurduğu istikrarsızlık ve kargaşayı giderme düşüncesiyle Abbasi halifesi Ebu Cafer el-Mansur, danışmanlarından Abdullah b. El-Mukaffa'nın birbirine zıt görüşlerin hukuk anarşisine yol açtığı ve devlet eliyle resmi bir kanun derlemesi yapılması gerektiği yönündeki teklifi²⁷² üzerine; İmam Malik'ten bir kitap yazmasını talep etmiş ve bunun üzerine İmam Malik “el-

²⁶⁵ Yıldız, Hakkı Dursun (1988) ‘Abbasiler’, TDVİA, C:1, s.31.

²⁶⁶ Şafak (1977), s. 53.

²⁶⁷ Yıldız, s.42; Ögüt, Selim (1994) ‘Ehl-i Hadis’, TDVİA, C:10, s.508-512.

²⁶⁸ Koçak / Dalgın / Şahin, s.97. Yıldız, s.42

²⁶⁹ İmam Malik Muvatta'sı, İmam Muhammed'in el-Mebcut ve el-Âsâr'ı, Ebu Yusuf'un el-Harac'ı ve İmam Şafii'nin el-Umm bu devirde fıkha dair yazılmış kitaplardır. Karaman (2017), s.163; Fıkıh ilminin ilk olarak yazılı tedvininde Abbasi devrinde Halife Me'mun döneminde kağıdın keşfini yapan Fazl b. Yahya el-Bermeki'nin doğrudan etkisi vardır Şafak (1977) s. 53; Abbasiler Devri'nde İmam Ebu Yusuf'un Kitabü'l-Harac'ı, Maverdi ve Ferra'nın El-Ahkamüssultaniyye'si şer'i hukukun boşluğunu doldurmuştur. Akgündüz, Ahmed (2002) ‘Osmanlı Kanunnameleri (Doğuşu, Çeşitleri ve Tarihi Seyri)’, Türkler Ansiklopedisi, C:10, s.23.

²⁷⁰ İctihatlar azaldığı ve önceden kurulan mezhepler taklit edildiği için bu döneme taklit dönemi denmektedir. Koçak / Dalgın / Şahin, s.101.

²⁷¹ Karaman (2017), s.157.

²⁷² İbnü'l-Mukaffa Abbasi Halifesi Mansura yazdığı “Ed-Dürretü'l-Yetime fi Taati'l-Müluk” isimli risalede ülkedeki hukuki istikrarın temini için farklı içtihatlardan en uygun olanı seçmesi ve her bölgede münhasıran uygulanan bir kurallar bütünü halinde yürürlüğe koyması gerektiğinden bahsetmiştir. Aydın (2020), s.44.

Muvatta” isimli eseri yazmıştı²⁷³. Halife Mansur, Hz. Osman’ın insanları bir Mushaf etrafında topladığı gibi Müslümanları “Muvatta” kitabı etrafında toplayıp ona göre amel etme mecburiyeti getirmeyi istemişti. Ancak İmam Malik, rivayet zenginliğinden istifadeyi ve fıkhnın gelişmesini engelleyeceği endişesiyle buna izin vermemişti²⁷⁴. İmam Malik, ilerleyen dönemde Halife Harun Reşid’den (ö.809) de gelen aynı doğrultudaki teklifi reddetmişti²⁷⁵. Böylece İslam hukukunun bir siyasi otoritenin eliyle tedvin edilip belli ölçüde kanun hukukuna dönüşmesi teşebbüsü başarılı olamamış ve uzun yıllar bu alanda başka bir teşebbüse rastlanılmamıştı²⁷⁶.

Abbasi Devleti’nin şer’i hukuku devletin resmi hukuku haline getirme teşebbüsü sadece “Muvatta” eseri ile sınırlı kalmamıştı. Halife Harunreşid, kadılıkudatlık makamına İmam Ebu Yusuf’u getirerek ülkedeki mahkemelere ekseriyetle Hanefi kadıların atanmasına ve bu da Hanefi mezhebinin devletin resmi mezhebi haline gelmesine neden olmuştu²⁷⁷. Ancak yaşanan mihne olayları²⁷⁸ neticesinde ulema, ilmi faaliyetlere siyasi otoritenin müdahalesine şiddetle karşı çıkmış ve bunun neticesinde İslam hukukunun gelişmesinde siyasi devlet otoritelerinin etkinliği kırılmıştı²⁷⁹. İslam hukukuna devlet otoritesinin sınırlı seviyede kalması İslam hukukunun müçtehit hukukçuların içtihatlarıyla ilmi özgürlük ortamında serbestçe gelişmesine neden olmuştu²⁸⁰.

²⁷³ **Hallaf**, s.134. Hadis-i şerife dair ilk tedvin edilen eser İmam Malik’in “Muvatta” ismindeki meşhur eseri kabul edilir. **Bilmen** (1951), s.10. **Yıldız**, s.42

²⁷⁴ **Mahmasani, Subhi** (1985) ‘İslam Hukukunun Tedvini’ (Tercüme: İbrahim Kafi Dönmez), MÜİFD, S:3, İstanbul, s.319; **Yaman / Çalış**, s.87-88; İmam Malik, Halife Mansur’a şöyle demiştir: “Ey müminlerin emiri! Bunu yapma. Zira sahabeler değişik yerlere dağılmıştır. Onlar benim delil olarak dayandığım Hicaz hadislerinden başka hadisler rivayet etmişler, insanlar da bunları uygulamaya koymuşlardır. Onları, kendi bilginleri vasıtasıyla yaptıkları uygulama ile baş başa bırak. Şüphesiz Allah bu ümmetin fûru hükümlerdeki ihtilafını rahmet saymıştır”. **Şâban, Zekiyüddin** (2017) İslam Hukuk İlminin Esasları (Mütercim: İbrahim Kâfi Dönmez), 28. Baskı, Ankara, TDV Yayınları, s.581.

²⁷⁵ İmam Malik bu teklifi kabul etmeyerek İslam hukukunda sonraki asırlarda ortaya çıkan içtihat zenginliğine zemin hazırlamıştı. **Aydın** (2020), s.44.

²⁷⁶ **Aydın** (2020), s.44.

²⁷⁷ **Ekinci** (2017a), s.129.

²⁷⁸ Mihne olayları Halife Me’mun 833 yılında Bağdat valisine yazdığı mektupla başlar. Bu mektupta Me’mun, önde gelen hadis alimlerinin Kur’an-ı Kerim’in yaratılmışlığı konusunda sorguya çekilmesini, Kur’an-ı Kerim’in mahluk olduğunu kabul etmeyenlere resmi görev verilmemesini ve şahitliklerinin kabul edilmemesini istemekteydi. Mihne olayları en sert Halife Me’mun döneminde yaşanmakla birlikte Halife Mu’tasım ve Vâsik dönemlerinde de sürmüş ve başkadı İbn Ebu Duad’ın görevinden azledilmesi ve mihne mağdurlarının serbest bırakılmasıyla 851 yılında sona ermişti. **Yücesoy, Hayrettin** (2020) ‘Mihne’, TDVİA, C:30, s.26.

²⁷⁹ İslam hukukunun siyasi otoritenin değil daha çok ilmi otoritenin ürünü olduğu rahatça söylenebilir. **Aydın** (2020), s.42.

²⁸⁰ **Aydın** (2020), s.44.

Her ne kadar Abbasi devletinde genel anlamda şer’i hukuk sahasında devlet müdahalesi olmasa da içtihatların belirgin bir hal aldığı ilerleyen dönemlerde mevcut içtihatlardan birinin devlet otoritesi eliyle tercih edildiğine dair bazı kayıtlar mevcuttur. Örneğin; Abbasi Halifesi Mu‘tezid, m.896 yılında zevilerhamın yalnız kalması halinde mirasa dahil olacağı şeklindeki Hanefi görüşüne uygun bir emirname neşrederek o zamana kadar tatbik olunan Şafii kavlini değiştirmişti²⁸¹. Başka bir örnekte; Abbasilerin önemli devlet adamlarından Horasan valisi Abdullah b. Tahir’in (ö.844) m.838 yılında Fergana zelzelesinden sonra Ferganalılarla Horasanlılar arasındaki sulama meselelerini hukuki bir düzene koymak amacıyla Horasan ve Irak fakihlerini toplayıp “*Kitabü’l-Kidî*” isimli kanunname mecmuası hazırlattığı görülmektedir²⁸².

Yukarıda da görüldüğü üzere Abbasilerde, devlet mekanizması şer’i hukuk sahasına müdahale ederek ülke genelinde tek tip hukuk kurullarının uygulanmasını hedeflemiştir. Her ne kadar bir dönem İmam Yusuf’un kadılıkudatlık makamına getirilerek mahkemelerde ağırlıklı olarak Hanefi içtihatlarının uygulanması temin edilmişse de şer’i hukuk sahasında “Muvatta” örneğinde olduğu gibi tüm ülkede tek bir hukuk metninin uygulanması sağlanamamıştır. Ancak içtihatların olgunlaşmasından sonra Halife Mu‘tezid örneğinde olduğu gibi devlet otoritesi (ülülemr) tarafından mevcut içtihatlardan birinin tercih edildiği görülmektedir. Dolayısıyla Abbasilerde şer’i hukuk sahasında her ne kadar birinci tür yasama faaliyeti örneğine rastlanılmasa da nadir de olsa içtihat tercihi yapılmak suretiyle ikinci tür yasama faaliyetinin icra edildiği söylenebilir.

²⁸¹ **Nişancızade** (1987), *Miratül-Kainat*, C:2, s.85.

²⁸² **Ekinci** (2017a), s.162.

İKİNCİ BÖLÜM

OSMANLI HUKUKU YASAMA FAALİYETİ

Osmanlı Devleti, İslam hukuku tarafından ülümre tanınan geniş takdir ve düzenleme yetkisinden istifade ederek zamanın gerektirdiği düzenlemeleri yapmaktan geri durmamıştı²⁸³. Klasik devirde padişahlar bu yetkiyi daha çok şer'i hukukun boş bıraktığı örfi hukuk sahasında kullanmışlardı. Tanzimat devrine gelindiğinde ise devlet otoritesi, yine bir yandan şer'i hukuk sahası dışında Askeri Ceza Kanunu (1838), Ticaret Kanunnamesi (1840), Ticaret Kanunu (1850), Men'i İrtikab Kanunnamesi (1855), Arazi Kanunnamesi (1858), Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi (1861), Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi (1863), Tabiiyyet-i Osmaniye Kanunu (1869), Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu (1879), Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunnamesi (1879) gibi düzenlemeler yapmış diğer yandan Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (1869-76), Usul-i Muhakeme-i Şer'îye Kararnamesi (1917) ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi (1917) gibi şer'i hukuk kökenli düzenlemeler tanzim etmiştir.

Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde çıkarılan Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde; daha çok şer'i hukuka dair hükümler bulunsa da örfi hukuk sahasına takâbül eden hükümlere de rastlamak mümkündür. Şer'i ve örfi hukuk sahasında yapılan yasama faaliyetleri birbirinden farklı mahiyetleri haiz olduğundan, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ndeki hükümlerin daha iyi anlaşılması için her iki alanda yapılan yasama faaliyetlerinin ayrı ayrı ele alınması yerinde olacaktır. Bu sebebe binaen bu bölümde öncelikli olarak Osmanlı hukuk sisteminde örfi ve şer'i hukuk sahasında nasıl bir yasama faaliyeti icra edildiği ele alınacaktır. Daha sonra Osmanlı hukukunda yasama faaliyetinin ne derece şer'i hukuka riayet edilerek oluşturulduğu tespit edilmeye çalışılacak ve son olarak Osmanlı hukuku yasama faaliyetinin hangi kişi-kurumlarca ve nasıl gerçekleştirildiği üzerinde durulacaktır.

1. Örfi Hukuk Sahasında Yasama Faaliyeti

Örfi hukuk sahasında yasama faaliyetinin doğru bir şekilde anlaşılması adına bu başlık altında öncelikle; örfi hukukun mahiyeti ile Osmanlı ve diğer Türk devletlerindeki örfi hukukun görünüm şekilleri ele alınacaktır. Daha sonra Osmanlı hukukundaki örfi hukuk

²⁸³ Aydın (1999), s.67.

kuralları incelenip şer’i hukuk ile örfi hukuk ilişkisi tespit edilmeye çalışılacaktır. Son olarak da örfi hukuk kurallarının hangi tür yasama faaliyeti ile oluşturulduğu üzerinde durulacaktır.

1.1. “Örfi Hukuk” Kavramı

Örfi hukuk; mali hukuk, toprak ve ceza hukuku gibi daha çok kamu hukuku alanında olmak üzere sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde şer’i hukukun aksini öngörmediği²⁸⁴ ve kamu yararının gerekli kıldığı konularda padişahın emir ve fermanlarıyla yapılan düzenlemelere verilen isimdir²⁸⁵. “Örf” kelimesi adet ya da gelenek değil hükümdarın yetkisine müracaat edilerek çıkartılan kanun anlamına geldiğinden²⁸⁶ bu tür padişah buyruklarına “örf-i padişahi” ve “örf-i munif-i sultani” de denmiştir²⁸⁷.

Fatih devri tarihçilerinden Tursun Bey, “örf” kavramını şer’i hukuk dışı alan olarak telakki etmiş ve şöyle tanımlamıştır: “...ehl-i hikmet siyaset-i ilahi ve vâzına namus, ehl-i şer’ ona şeriat derler ve vâzına şâri’ itlak ederler ki; Peygamberdir. Bu tedbir ol mertebe olmazsa belki mücerred tavr-ı akıl üzere nizam-ı alemi zahir için mesela tavr-ı Cengizhan gibi olursa sebebine izafe ederler siyaset-i sultani ve yasağ-ı padişahi derler ki örfümüzce ona örf derler”²⁸⁸.

Literatürde Osmanlı devletinde ve geçmiş Türk devletlerinde görülen örfi hukuk uygulamalarının politik ve sosyal ihtiyaçların neticesinde şer’i hukuka uygun olarak Türk-Moğol kanunname geleneğinin etkisiyle ortaya çıktığı kabul edilmektedir²⁸⁹. Uriel Heyd, Osmanlı Devleti’nin Uzun Hasan’dan aldığı vilayetleri yönetmek için çıkardığı kanunnamelerin bazılarını “yasa” dendiğini ve dolayısıyla Osmanlı örfi hukukunun

²⁸⁴ Padişah örfi hukuk koyarken sadece şeri hukuk kaideleri ile değil aynı zamanda örfi hukukun bazı geleneksel kuralları ile de sınırlandırılmıştır. **Özbilgen, Erol** (2014) Bütün Yönleriyle Osmanlı Âdâb-ı Osmâniyye, 6. Baskı, İstanbul, İz Yayıncılık, s.123.

²⁸⁵ **Aydın** (2019), s.67. **Cin / Akgündüz**, s.181.

²⁸⁶ **Mumcu, Ahmet** (2017) Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl, 4. Baskı, Ankara, Phoenix Yayınevi, s. 24.

²⁸⁷ **Heyd, Uriel** (1973) Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford, s.169.

²⁸⁸ **Tursun Bey**, s. 12.

²⁸⁹ **Ekinci** (2017a), s.166,176. **Ahmed** (2002), s.22. **Aydın, M. Akif** (2004) ‘Kanunnameler ve Osmanlı Hukukunun İşleyişindeki Yeri’, Osmanlı Araştırmaları, C:24, s.43; Örfi hukukun kaynağı Halil İnalcık’a göre; ilk olarak nesiller boyu halk tarafından uygulanan yerel örf ve adetler, günün ihtiyaçlarına cevap veren emir ve fermanlar ve eski İran ve Türk kaynaklarından gelen uygulamalardır. **İnalcık** (2017), s.52,58.

oluşumunda Cengiz yasalarının yani Türk-Moğol yasa geleneğinin de etkisi olduğunu söylemektedir²⁹⁰.

Abdulkadir İnan, örfi hukukun Cengiz Han'ın yasa geleneğinden değil tam aksine Cengiz Han yasalarının kaynağının eski Türk hakanlıklarında yürürlükte olan ve sözlü olarak nesilden nesile aktarılan töreden geldiğini söylemektedir²⁹¹. Töre, daha önce de değinildiği üzere eski Türklerde toplum hayatını düzenleyen, halkı ve hükümdarı bağlayan hakanın buyrukları, kurultay kararları ve örf ve adetlerden oluşan eski Türklerin hukukuna verilen isimdi. Oğuz Türklerinin töre ve gelenekleri; Abbasi-Saman, Gazneliler ve Karahanlıları etkilediği gibi hem Büyük hem de Anadolu Selçuklularının kamu hukukunu fazlasıyla etkilemiştir²⁹². Selçuklu Devleti'nin devamı niteliğindeki Osmanlı Devleti de Selçuklular aracılığıyla eski Türk ve Oğuz geleneklerine mirasçı olmuştur²⁹³.

1.2. Osmanlı Devleti'nde Örfi Hukukun Gelişimi

İslam hukukunda ayrıntılı olarak düzenlenmemiş bulunan veya düzenlenmesi devlet başkanına bırakılan alanlarda Osmanlı Devleti'nde henüz Osman Bey zamanında örfi hukuka dayalı düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Aşıkpaşazade'nin aktardığı bilgiye göre Germiyandan gelen bir zat Osman Bey'den pazara getirilen her bir şeyden vergi alınması demek olan “*bac'ı bana satın*” demiş ancak Osman Bey buna “*Tanrı buyruğu ve Peygamber sözü müdür...*” diyerek karşı çıkmıştı. Daha sonra halkın Osman Gazi'ye bac vergisinin adet olduğunu söylemesi üzerine Osman Bey pazara mal getirip satandan 2 akçe pazar vergisi alınmasını emretmişti²⁹⁴. Osman Bey sadece vergi alanında değil devlet

²⁹⁰ Heyd, Uriel (1984) ‘Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat’ (Çeviren: Selahattin Eroğlu) Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C:26, s.639.

²⁹¹ İnan, Abdulkadir (1991) Makaleler ve İncelemeler, C:2, Ankara, TTK Yayınları, s.29; Örneğin Hindistan'da kurulan Müslüman-Türk devletleriyle Osmanlı Devleti'nin hukuku arasında bir paralellik olması Osmanlı devletindeki örfi hukukun eski Türklerin uygulamalarına dayandığının bir delili olarak görülebilir. İnalçık (2017), s.58.

²⁹² Mumcu (2017), s.28.

²⁹³ Örfi hukuk ve kanunname geleneği İlhanlı ve Selçuklu kökenlidir. Barkan, Ömer Lütfi (1977) ‘Kanunname’, İslam Ansiklopedisi, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, s.195. Mumcu (2017), s.28.

²⁹⁴ Aşık Paşazade (2003) Osmanlıların Tarihi, (Çeviren: Kemal Yavuz-Yekta Saraç), İstanbul, K Kitaplığı, s.73.

teşkilatı, tımar²⁹⁵, arazi ve ceza hukuku sahasında da yaygın bir şekilde örfi hukuk kuralları koymuştu²⁹⁶.

Günümüze kadar ulaşan yazılı en eski örfi kanunlar Fatih Sultan Mehmed Han dönemine ait olduğu kabul edilmektedir²⁹⁷. Fatih, İstanbul'u fethederek sınırsız bir otorite kazanmış ve bu otorite sayesinde bilhassa devlet teşkilatında yaptığı kanunlarla örfi hukuku hâkim bir konuma getirerek resmi şekilde yazıya geçirilmesini sağlamıştı²⁹⁸. Fatih'in Teşkilat Kanunnamesinde "*Bu kanunname atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur. Evlad-ı kiramın neslen ba'de neslin bununla amil olalar*" demesi ve Leyszade Mehmed'in aynı kanunnamenin mukaddimesinde önceki dönemlerdeki kanunların deftere zabtının geçirilmediğinden belirtmesi²⁹⁹ Fatih devrinden önce yazılı olmasa da örfi hukuk kurallarının olduğuna işaret etmektedir. Örneğin yazıya geçirilen kardeş katli uygulamasının³⁰⁰ eskiden de olması³⁰¹ ve Fatih'in raiyye ile ilgili çıkardığı kanunnamelerde koyduğu çift resmi adındaki örfi verginin Selçuklulara dayanması, Fatih devrinden önce de yazıya geçirilmeyen örfi kuralların olduğunu göstermektedir³⁰². Ayrıca elimize ulaşmasa da bazı kaynaklarda Fatih'ten önce yaşamış olan Alaeddin Bey'in para, arazi, kıyafet ve ordu teşkilatı gibi farklı alanlarda ilk Osmanlı kanunlarını tedvin ettiği³⁰³ ve Osmanlı merkezi idaresine, örfi vergiler ve toprak tasarrufu hukukuna esas olan tahrir sistemi hakkındaki en eski kayıtların yine Fatih'ten önceki dönem olan Yıldırım Bayazıd devrine (1389-1403) ait olduğu rivayet edilmektedir³⁰⁴.

Osmanlı Devleti, örfi hukuku oluştururken geçmiş dönemdeki Türk devletlerinin uygulamalarından istifade ettiği gibi -Hz. Ömer'in (r.a.) İran'ı fethettikten sonra yaptığı gibi-

²⁹⁵ "Kime bir tımar verdim, onun elinden sebepsiz yere almasınlar. Öldüğü zaman küçücük bile kalsa oğluna versinler. Yapılan hizmete karşılık harp zamanı, oğlan yetişip sefere katılınca kadar, onun yerine harbe katılalar. Kim bu kanunumu bozarsa Allah ondan razı olmasın." **Aşık Paşazade** (2003), s.74.

²⁹⁶ **Ekinci** (2017a), s.167.

²⁹⁷ **Aydın**, (2020), s.36.

²⁹⁸ **İnalcık, Halil** (1958) 'Osmanlı Hukukuna Giriş Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları', Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, s.110.

²⁹⁹ "*Bu kanunname atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur... sabıkan ecdad-ı izamları zamanında olan kavanin mazbut defter olunmayıp, eksik olan yerlerin dahi kendileri rey-i münir-i velayet-te'sirleri ile tekmiil buyurup, Divan-ı Hümayunda edeb'ül-abad ma'mülün-bih olmak için bir kanunname tahrir olunmak lazım gelmeğin...*" **Akgündüz** (1990), C:1, s.317.

³⁰⁰ "*Ve her kimesneye evladından saltanat müyesser ola, karındaşların nizam-ı alem için katletmek münasıptır. Ekser ulema dahi tecviz etmiştir. Onunla amil olalar*" (Fatih Teşkilat Kanunnamesi, m.37) **Akgündüz** (1990), s.328.

³⁰¹ **Akman, Mehmet** (1997) Osmanlı Devletinde Kardeş Katli, İstanbul, Eren, s.33-36. **İnalcık** (1958), s.115.

³⁰² **İnalcık** (1958), s.115-118.

³⁰³ **Danışmend, İsmail Hami** (1971) İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi, C:1, İstanbul, Türkiye Yayınevi, s.16

³⁰⁴ **İnalcık** (1958), s.109; **İnalcık** (2001b), s.334.

hakimiyetine aldığı yerlerdeki İslam hukukuna aykırı olmayan halkın alışık olduğu örfi kanunları değiştirmeyerek o bölgedeki örfi uygulamalardan da istifade etmişti³⁰⁵. Nitekim yeni fethedilen bölgelerde daha önce cari olan kanunlar, üzerinde gerekli değişiklikler yapıp baş tarafına bir ferman eklenerek bir iktibas şeklinde geçerliliklerini devam ettirmişlerdi³⁰⁶. Başta Memluk sultanı Kayıtbay'ın, Akkoyunlu Uzun Hasan'ın³⁰⁷ ve Dulkadiroğlu Alaüddeve Bey'in³⁰⁸ kanunnameleri³⁰⁹ ve ayrıca Dubrovenedik, Eflak, Boğdan gibi yerlerdeki yerel kanunların çoğu hükümleri fetihten sonra da uygulanmaya devam etmişti³¹⁰.

1.3. Diğer Müslüman-Türk Devletlerinde Örfi Hukuk

Örfi hukuk uygulamaları sadece Osmanlı Devleti'nde değil diğer Müslüman-Türk devletlerinde de görülmüştü³¹¹. Hıtay Türklerine ait bir memleketi iyi yönetebilmek adına Çin-Şüzün isimli bir hâkimin gayretiyle kanun hükümleri oluşturulması³¹² ve 7 yıl kadısız kalındığı dönemde Tolunoğulları'nda örfi hukuk temelli dünyevi mahkemeler çalıştırılması³¹³ Osmanlı öncesi Türk devletlerinde örfi hukukun varlığını göstermektedir.

Osmanlı ile çağdaş olan bazı Müslüman-Türk devletlerinde de örfi hukuk kuralları görülmekte idi. Örneğin Delhi sultanlığında ve Babürlerde sultanlar şer'i hukukun yanı sıra "zevabıt" denilen örfi kanunlar çıkarmışlardı³¹⁴. Babür Hükümdarı Cihangir'in (ö.1627) tahta çıkışının akabinde ülkeyi mamur hale getirmek amacıyla meşhur 12 emrini içeren "Tüzük-i Cihangiri"si³¹⁵ ve yine Babür Hükümdarı Alemgir'in (ö.1707) 32 maddelik ceza

³⁰⁵ Akgündüz (2002), s.24. Ekinci (2017a), s.179.

³⁰⁶ Özbilgen, s.133.

³⁰⁷ Doğu Anadolu, Azerbaycan, Irak-ı Arap ve Irak-ı Acem'de daha önce uygulanan Akkoyunlu Uzun Hasan'ın Kanunları, Osmanlı Devleti tarafından iktibas edilip 1516'dan 1548'e kadar Doğu Anadolu bölgesinde uygulanmıştır. Osmanlı Devleti, Irak'ı fethedince Safevî kanunlarını ilga etmiş ancak Uzun Hasan Kanunlarını yürürlükten kaldırmamıştır. Akgündüz (2002), s.23.

³⁰⁸ Maraş ve çevresinde tatbik edilen Dulkadiroğullarına ait Alaüddeve ve Bozok Kanunnameleri de, Osmanlı kanunnamelerinde yer alan ta'zire ait cezaî hükümlere benzediği için aynen ibka edilen kanunlar arasındadır. Akgündüz (2002), s.23.

³⁰⁹ Özbilgen, s.133.

³¹⁰ Osmanlı Devleti Arnavutlar, Türkmenler, Kafkasyalılar, Kürtler, Dürziler ve Bedevi Araplar arasında da kamu düzenini ilgilendirmeyen hususlarda şer'i şerife aykırı olmayan örf ve adet kurallarının uygulanmasına müsaade etmiştir. Ekinci (2017a), s.180, 181.

³¹¹ Osmanlı devletinden önce kodifiye edilmiş gerçek bir kanun mecmuası elimize ulaşmamışsa da temel kuralları formüle eden sultani emirler, şeriat ile yan yana bir sivil alan oluşturmuştu. İnalçık (2017), s.53.

³¹² Akgündüz (2002), s.22

³¹³ Mumcu (2017), s.25.

³¹⁴ İnalçık (2017), s.33.

³¹⁵ Kortel, Haluk (2012) 'Tüzük-i Cihângîrî', TDVİA, C:42, s.9.

kanunnamesi ve Ekberi'nin (ö.1605) “*Ayin-i Ekberi*”si de bu minvalde birer örfi hukuk düzenlemeleridir³¹⁶. Yine “*Tüzükât-ı Timur*”, Gürgâniye hükümdarı Âlemgir'in “*Düstûr-ı Amelî*” ya da “*Zevâbit-ı Âlemgiri*” adlı ceza kanunnamesi, Kazak hükümdarı Tevke Han'ın (1710-1724) kanunnamesi de Osmanlı hukuku dışında görülen örfi hukuk örneklerindendir³¹⁷.

1.4. Osmanlı Devlet’inde Örfi Hukuk Kuralları

Osmanlı Devleti’nde yasama faaliyeti aracılığıyla birçok örfi hukuk kuralı oluşturulmuştur. Çıkarılan başlıca örfi hukuk kuralları Klasik dönemde fermanlar, kanunnameler, adaletnameler, yasaknameler, beratnameler ve tevkiiler olup Tanzimat devrinde ise kanun, kanunnameler, kararnameler ve nizamnameler olduğu söylenebilir.

1.4.1. Fermanlar

Osmanlı örfi hukuku başlangıçta bir bütün olarak değil parça parça münferit ferman ve irade-i seniyyeler³¹⁸ ile oluşturulmuş idi³¹⁹. Ferman, Divan-ı Hümayun veya Paşakapısı’ndaki divanlarda alınan kararlara münasip olarak üzerinde tuğra bulunan padişah emirlerinin genel ismidir³²⁰. İki çeşit ferman olduğu bilinmektedir: İlki padişaktan sadır olan şahıslara yönelik vazife, tımar tevcihi, ticaret beratı vb. konulara ilişkin olarak kaleme alınan fermanlar; ikincisi ise padişaha İslam hukuku tarafından tanınan yasama yetkisine dayanılarak veya icra kuvvetinin başı olarak kaleme aldığı ve şer’iyye sicillerinde evamir ve feramin diye anılan hükümleri ihtiva eden fermanlardır³²¹. İkinci tür fermanlar, tatbik edilmek üzere doğrudan bir topluluğa, cemaate, sınıfa veya bir görevliye gönderilen ve üçüncü şahısları da bağlayan müeyyideli hükümlerdir³²².

³¹⁶ İnalçık (2001b) ‘Kanunname’, TDVİA, C:24, s.334.

³¹⁷ Ekinci (2017a), s.164.

³¹⁸ Padişahın sözlü veya yazılı emri anlamında kullanılan irade-i seniyye, padişah emrinin mabeyn-i hümayun başkatibi tarafından sadrazama bildirildiği belgedir. Kütükoğlu (2000), s.391-392.

³¹⁹ Aydın, s.40.

³²⁰ Kütükoğlu, Mübahat (1995) ‘Ferman’, TDVİA, İstanbul, C:12, s.400-406. Akgündüz (1990), C.1, s.93. Mumcu, Ahmet (2020) Divan-ı Hümayun, 5. Baskı, Ankara, Phoenix, s.111.

³²¹ Akgündüz (1990), C:1, s.93

³²² Özbilgen, s.127.

Fermanlar, müstakil olarak kayıt altına alındığı gibi şer'iyye sicillerine de kaydedilirdi³²³. Münferit olarak oluşturulan ferman şeklindeki hukuk kuralları zaman içinde bir yekune ulaşınca kanunnameler şeklinde bir araya toplanmıştı³²⁴.

1.4.2. Kanunnameler

Kanunnameler, genel olarak ilgililere belirli bir konudaki kanunları bildiren ve bunları uygulamaya yetkili kılan fermanlar³²⁵ demek iken özel anlamda; devlet teşkilatı, idare, vergi, ceza gibi daha çok kamu hukuku dallarında farklı zamanlarda padişahın emir ve fermanlarının şer'i hukuka uygunluk incelemesinden geçirilmesiyle oluşturulan hukuki düzenlemelerin aynen veya özet halinde derlenmiş halidir³²⁶. Osmanlı kanunnameleri, soyut ve genel bazı hükümlerin sistemli bir şekilde tasnif ve tertibi suretiyle meydana gelmiş olmaktan ziyade belirli zaman ve mekanlarda somut bazı olaylarla alakalı verilmiş emir ve fermanlardan oluşmaktadır³²⁷.

Kanunnameler ilerleyen dönemlerde bazen ferdi çabalarla özel olarak bazen de resmi bir şekilde toplanıp tedvin edilmiştir³²⁸. Resmi şekilde tedvin edilen kanunname derlemelerinden en eskisi Fatih devrindeki kanunnameleridir³²⁹. Daha sonra ise Kanuni Sultan Süleyman, Yavuz Sultan Selim, I. Ahmed, IV. Murad ve III. Ahmed dönemlerinde bir takım kanunname mecmuaları çıkarılmıştır³³⁰. Fatih, Kanuni ve III. Ahmed Kanunnamesi bu tür düzenlemelerin en genel ve meşhur örneklerindendir³³¹. Özbilgen, Fatih Sultan Mehmed'in, Sultan II. Bayazıt'ın, Yavuz Sultan Selim'in ve Kanuni Sultan Süleyman'ın kanunnamelerinin birbirinin tamamlayıcısı şeklinde olduğunu söylemektedir³³².

³²³ Fermanlar, diğer kayıtlardan ayırt edilebilmesi için bazen ters olarak şer'iyye sicillerinin başına veya ortasına kaydedilirdi. **Akgündüz** (1990), C:1, s.93.

³²⁴ **Aydın** (2020), s.49. **Aydın** (2004), s.41.

³²⁵ **İnalcık** (1958), s.124.

³²⁶ **İnalcık** (2001b), s.333; **Akgündüz** (2011), s.144.

³²⁷ **Barkan**, s.193.

³²⁸ **Ekinci** (2017a), s.185.

³²⁹ **Barkan**, s.186. Alaeddin Bey'in para, arazi, kıyafet ve ordu teşkilatı gibi farklı alanlarda ilk Osmanlı kanunlarını tedvin ettiği rivayet edilmektedir. **Danişmend**, s.16; Osmanlı merkezi idaresine, örfi vergiler ve toprak tasarrufu hukukuna esas olan tahrir sistemi hakkındaki en eski kayıtların Yıldırım Bayezid devrine ait olduğu söylenmektedir. **İnalcık** (1958), s.109; **İnalcık** (2001b), s.334.

³³⁰ **Barkan**, s.186; III. Ahmed döneminde çıkarılan Kanun-ı Cedid ise; Tanzimat devrinde hazırlanmış son kanunname olarak değerlendirilmektedir. **Aydın** (2020), s.67.

³³¹ **Cin /Akgündüz**, s.157.

³³² **Özbilgen**, s.133.

Osmanlı Devleti'nde mezkûr resmi kanunname mecmualarının yanında değişik devlet kademelerinde görev yapmış tecrübeli devlet ve ilim adamları tarafından özel olarak derlenmiş kanunnamelere de rastlanmaktadır. *Tevkiî Abdurrahman Paşa*³³³, *Eyyübi Efendi* ve *Sofyalı Ali Çavuş Kanunnameleri*, Hazerfen Hüseyin Efendi'nin 1675 yılında oluşturduğu “*Telhis el-Beyan fî Kavanini Âli Osman*” eseri³³⁴, eski Defer-i Hakani emini Ayni Ali Efendi'nin 1609 tarihli “*Kavanin-i Âli-i Osman der Hülâsa-i Mezamin-i Defter-i Divan*” isimli risalesi ve Üskübi Pir Mehmed Efendi'nin Osmanlı kanunlarını birleştirip oluşturduğu “*Zahiratü el-Kudat*” isimli kanunname mecmuası bu türün önemli misallerindendir³³⁵. Bu tür kanunname mecmuaları, örfi hukuk kurallarının bilinmesinde ve uygulanmasında belirli kolaylıklar sağlamıştı³³⁶. Bilhassa ceza, arazi ve vergi hukuku alanlarında kadıların en büyük yardımcısı olan kanunnameler, örfi hukuk alanındaki uygulamalarda önemli ölçüde birlik ve istikrar sağlamaktaydı³³⁷.

Kanunnamelerin birer nüshası kadılıklara gönderilir, pazar yerlerinde ilan edilir ve isteyene ücreti karşılığında birer nüshasını temin edilirdi³³⁸. Böylece bir taraftan kadı ve diğer yöneticilerin yeni düzenlemelerden bilgi sahibi olması sağlanır diğer taraftan da halk bilgilendirilmiş olurdu³³⁹. Zira kanunnamelerin çıkarılmasının hedefi halkın hukuk kurallarına uymasını temin etmekten ziyade kanun hakimiyetini sağlayarak ehli örf denen kamu görevlilerinin keyfi cezalar vermesini, dilediği gibi vergi koyup tahsil etmesini ve diğer kanuna aykırı davranışlarını önlemeyi sağlamaktı³⁴⁰.

Osmanlı Devleti'nde kanunnameler hazırlanırken mahalli örf ve adetlere büyük ehemmiyet verilmiş ve halkın Osmanlı yönetimine uyumunu sağlamak adına yeni bir yer fethedildiğinde bilhassa arazi ve vergi hukuku ile ilgili mevzularda köklü değişiklikler yapılmamış, Osmanlı hukukuna aykırı olanlar iptal edilip diğer hükümler zamana yayılarak

³³³ Bkz. **Abdurrahman Abdi Paşa** (2012) *Abdurrahman Abdi Paşa Kanunnamesi* (Hazırlayan: H. Ahmet Arslantürk), İstanbul, Onur Kitaplığı.

³³⁴ Bu eserin mukaddimesinden anlaşıldığı üzere; yazar, özellikle kanunnamelerden yararlanmak suretiyle mevcut muhtelif nizam ve kanunları özetleyerek bir araya toplama amacıyla bu eseri oluşturmuştur. **Barkan**, s.187.

³³⁵ **Barkan**, s.187-188. **Aydın** (2020), s.75.

³³⁶ **Aydın** (2004), s.41.

³³⁷ **Aydın** (2020), s.290; **Aydın** (1999), s.100; Barkan bu kanunnamelerin neredeyse hiçbirinin resmi makamlarda tatbik edilmek üzere hazırlanan tasdikli kanunlar mecmuası olmadığını söylemektedir. **Barkan**, s.188.

³³⁸ **Ekinci** (2017a), s.184.

³³⁹ **Aydın** (2020), s.80, 290.

³⁴⁰ **Aydın** (2004), s.43; **Aydın** (1999), s.70.

tedricen değiştirilme yoluna gidilmiştir³⁴¹. Örneğin Memlûklü Kayıtbay³⁴², Akkoyunlu Uzun Hasan³⁴³ ve Dülkadiroğlu Alaüddевle Bey kanunları belli bir süre Osmanlı kanunları olarak muhafaza edilmiştir³⁴⁴. Bunların yanında, halkı gayrimüslim olan Macaristan, Kıbrıs, Girit gibi yerlerdeki kanunların sadece belli maddeleri çıkartılmış ve geri kalan düzenlemeler aynı şekilde tatbik edilmeye devam etmiştir³⁴⁵.

Padişahların örfi hukuk sahasında koymuş olduğu kanunları toplayan kanunnameler literatürde üç grupta tasnif edilmiştir³⁴⁶.

1.4.2.1. Umumi Kanunnameler

En gelişmiş kanunnameler olan umumi kanunnameler, merkezi hükümet tarafından mahkemelerce uygulanması zorunlu resmi kanunlar olarak bütün Osmanlı ülkesinde geçerli olan örfi hukuk kaidelerini içeren kanunnamelerdir³⁴⁷. *Kanun-ı munîf*, *kanun-ı padişahî*, *rum kanunnamesi* ve *kavânin-i örfiyye-i osmani* tabirleriyle anılan ve ceza, vergi, arazi hukuku, tımar nizamı, sipahi, reaya, mali vergiler ve benzeri hususlara ait hükümler içeren umumi kanunnameler; hususi kanunnamelerin çoğuna kaynaklık etmiştir³⁴⁸. Fatih'in teşkilat³⁴⁹ ve ceza hukukuna ilişkin kanunnamesi, II. Bayezid, Yavuz Sultan Selim ve Kanuni'ye ait umumi kanunnameler, Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, III. Ahmed Kanunnamesi ve Dulkadiroğullarına ait iki kanunname umumi kanunnamelere örnek olarak verilebilir³⁵⁰.

³⁴¹ Aydın (2020), s.68.

³⁴² Mısır Kanunnamesi hazırlanırken birçok mevzuda Kayıtbay Kanunnamesi baz alınmıştır. Akgündüz (1993), C:6, s.82.

³⁴³ “Uzun Hasan’ın kanunnameleri Doğu Anadolu’da, Azerbaycan’da, Irak-ı Arab ve Irak-ı Acem’de geçerliydi. Osmanlı Devleti Doğu Anadolu’da yürürlükte olan kanunnameleri 1516’dan 1548’e kadar uygulamıştır.” İncelik (2001b), s.334.

³⁴⁴ Aydın (2020), s.68. İncelik (2001b), s.334.

³⁴⁵ Barkan, s.194-95; Ceza Kanunnamesi hükümleri İslam ceza hukukundaki anlayıştan dolayı bütün ülkeyi ve her sınıfı kapsadığından fethedilen bölgelerde ceza hukuku meselelerinde doğrudan Osmanlı ceza kanunnameleri geçerli olmaktadır. İncelik, Halil (2016b) Osmanlı Tarihinde İslamiyet ve Devlet, İş Bankası Kültür Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, s.77.

³⁴⁶ Aydın (1999), s.99; Aydın (2020), s.72; İncelik (2001b), s.334,335.

³⁴⁷ Akgündüz, Ahmed (1997) Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası, 5. Baskı, İstanbul, OSAV, s.58. İncelik (2001b), s.336. Aydın (2020), s.74.

³⁴⁸ Akgündüz (2002), s.31.

³⁴⁹ Hükümetin şekli ve yetki sahasını, görevlilerin padişahla münasebetlerini, rütbe ve dereceleri, terfi, ücret, emeklilikler ve cezaları ele alır. Fatih'in Kanunnamesi bu türün tek örneğidir. İncelik (2001b) s.335

³⁵⁰ Akgündüz (1997), s.58. Cin / Akgündüz (2017), s.202. Akgündüz (1990), C:1, s.83; Akgündüz (2011) s.144.

1.4.2.2. Hususi Kanunnameler (Sancak ve Vilayet Kanunnameleri)

Sancak ve vilâyet kanunnâmeleri, umumî kanunnâmelerin şer'i ve örfi hükümler konusunda uzman olan defter eminleri ve vilâyet kâtipleri tarafından eyâlet ve sancaklara göre özelleştirilmiş şekilleridir³⁵¹. Tıpkı umumi kanunnameler gibi padişah tuğrasıyla onaylanan yani son sözün padişahta olduğu bir yasama faaliyeti ürünü olan sancak kanunnameleri³⁵², her bölgenin tahrir defterlerinin başına yazılan³⁵³ ve halk ile tımar sahipleri arasındaki anlaşmazlıkların çözülmesinde beylerbeyi divanları ile kadı mahkemelerinin riayet etmek zorunda olduğu düzenlemelerdir³⁵⁴.

16. asrın başlarında yeni fethedilen bölgelerdeki iktisadi hayat düzeninin bozulmaması için hakimiyet altına alınan topraklardaki mahalli düzenlemeler tamamen bir kenara atılmayıp çoğu hükmü aynı kalacak şekilde yeniden yürürlüğe koyulmuştur³⁵⁵. Ancak sonraları ehli örfün kötü uygulamalarının önüne geçmek için³⁵⁶ bu kanunnamelerin çoğu hükümlerinin genel kanunnamelerdeki hükümlerle uyumlu hale getirildiği görülmektedir³⁵⁷. Bunun için sancaklar fethedildikten sonra genelde çoğu hükümleri önceki rejimden kalan uygulamalardan oluşan bir sancak kanunu çıkartılmış ve ilerleyen zamanda Osmanlı vergi sistemini düzenleyen Kanun-ı Osmani ile birleştirilmiştir³⁵⁸. Sayıları 500'ü bulan, defter eminleri ve vilayet katipleri tarafından hazırlandıktan sonra nişancılar tarafından tasdik edilen eyalet ve sancak kanunnamelerine³⁵⁹ 1487 tarihli Hüdavendigâr Kanunnamesi, Girit Kanunnamesi, Budin Kanunnamesi ve Mısır topraklarındaki Sultan Kayutbay'ın, Akkoyunlu toraklarındaki Uzun Hasan'ın kanunları ile özellikle Dulkadir Beyliğinin ceza

³⁵¹ Akgündüz (2002), s.34.

³⁵² Padişahlar ilk dönemlerde sınırlı yasama yetkisini çıkardıkları umumi kanunnamelerle kullanırken ilerleyen zamanlarda hususi düzenlemeleri bir araya getirmek suretiyle de kullanmışlardır. Akgündüz (1990), C:1, s.93; Akgündüz (2002), s.36.

³⁵³ Aydın (2020), s.73.

³⁵⁴ İnalçık (2001b), s. 334.

³⁵⁵ Heyd (1984), s.638.

³⁵⁶ Heyd (1984), s.638.

³⁵⁷ Akgündüz (1997), s.59. II. Bayezid döneminde yürürlüğe giren Anadolu, Karaman ve Rum eyaletine ait kanunnameler ile Hüdavendigâr Kanunnamesi incelendiğinde II. Bayezid'in umumi kanunnamesinin adı geçen hususi kanunnamelerin anayasası konumunda olduğu görülecektir. Akgündüz (2002), s.31; Sancak Kanunnameleri, her ne kadar umumi Kanunnamelerle uyum içerisinde olsa da; bazı sancakların halkının gayrimüslim olması, topraklarının mülk harici toprak olması, arazi verimliliklerinin, mahalli örf ve adetlerin ve fetih tarzlarının farklı olması nedeniyle her bölgedeki hususi kanunnamelerin birbirinden farklı olmasına neden olmuştur; Akgündüz (2002), s.34. Örneğin; Girit kanunnamesinde mülk arazi ve haraçla ilgili hükümlere yer verilirken Budin kanunnamesinde miri arazi ile ilgili hükümler derlenmiştir. Akgündüz (2011) s.145.

³⁵⁸ İnalçık, Halil (1991) 'Dariba', The Encyclopaedia of Islam, C:2, s.147.

³⁵⁹ Akgündüz (2002), s.34.

kanunnamesi bu türe örnek olarak verilebilir³⁶⁰. Tüm ülkede geçerli olmasına rağmen belli gruplar için çıkarılan kanunnameler de hususi kanunnameler başlığı altına alınabilir. Kanun-ı Yeniçeriyân ve Kanun-ı Yörükân gibi belli gruplarla ilgili hükümleri bir araya getiren kanunnameler bu türe örnek olarak gösterilebilir³⁶¹.

1.4.2.3. Münferit Kanunnameler

Osmanlı devletinde umumi ve hususi kanunnameler dışında icrai nitelikte olmayan bazı emirler ve fermanların da yasama faaliyeti ürünü olduğu görülmektedir. Bu minvalde ferman³⁶², menşur³⁶³, tevki³⁶⁴, misal³⁶⁵, hükm-i şerif, alamet-i şerife gibi ifadeler dikkat çekmektedir. Yukarıda da bahsedildiği üzere; örfi hukuk, Osmanlı'nın ilk dönemlerinde münferit padişah fermanlarından oluşuyorken sonraları bu fermanların bir araya getirilmesiyle kanunnamelerden müteşekkil olmuştu.

1.4.3. Adaletnameler

Kökeni eski Türklere³⁶⁶ ve Abbasi Devleti'ne kadar uzanan adaletnameler, ağırlıklı olarak alınan vergiler hususunda halka zulmedilmesi üzerine bu tür zulüm ve tecavüzlerin padişah tarafından yasaklandığını halka ve görevlilere bildiren genel beyanname şeklindeki fermanlardır³⁶⁷. Osmanlı Devleti'nde genelde şer'i hukuka uygun âdil kanunnameler

³⁶⁰ Heyd (1984), s.638.

³⁶¹ Akylmaz, Gül (2018) Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, s.46; Belirli gruplarla ilgili kanunnameler genellikle belirli bir yerde devlete hizmet eden 16. asırda askeri önemi azalıp reaya sınıfına intikal ettirilen yaya ve müsellemler, canbaz, eşkinci yörük, eşkinci tatar ve eflaklar gibi gruplar için çıkarılmış kanunnamelerdir. İnalçık (2001b), s.335.

³⁶² Ferman; resmi bir iş veya bir maslahatın icrasını emreden padişahın yazılı emrine denmektedir. Kadılarına gönderilen fermanlarda genellikle “tevki” ifadesine rastlanılmıştır. Akgündüz (2002), s.36.

³⁶³ Menşur, Eyyübiler zamanında sultandan sâdır olan her çeşit belgeye denilirken, Memlûklüler Devrinde daha ziyâde arazi tahsîs belgelerine denmekte idi. Osmanlı Devleti'nde ise “ferman” manasında kullanılmıştır. Akgündüz (2002), s.35; Osmanlı'da “menşur”, vezirlik, beylerbeyilik, valilik, serdarlık, kırım hanlığı, eflak ve boğdan voyvodası gibi yüksek ve önemli görevlere tayin edilenlere verilen içerisinde görevin uygulanma özelliklerini belirten beratlarla denirdi. Özbilgen, s.131.

³⁶⁴ Osmanlı devletinde bu kelime “nişan” ve “ferman” ile eş anlamda kullanılmış olup padişahın bütün yazılı emirlerine denmektedir. Akgündüz (2002), s.36.

³⁶⁵ Orhan Gazi devrinde “buyruldu” manasında kullanılmakta iken Fatih ve II. Bayezid devrinde ise bu kelimenin “ferman” ve “menşur” ile eş anlamda kullanıldığı görülmektedir. Akgündüz (2002), s.35.

³⁶⁶ Adalet düşüncesi Kutadgu Bilig'te “adalet dairesi” şeklinde ifade edilen bir anlatımla kendisini göstermektedir. Kutadgu Biligde kanun yapmanın önemi şöyle vurgulanmıştır: “İl tutmak için asker ve ordu gerek, askeri tutmak için de mal, davar gerek. Bu malı elde etmenin gereği halkın zengin olmasıdır. Halkın zenginliği için doğru yasalar konulmalıdır. Bunlardan biri kalırsa dördü de kalır. Dördü de kalırsa beylik çürür.” Yusuf Has Hacı, s.183; Türk-Moğol devlet geleneğinde adaletin temini töre veya yasaların tarafsızca uygulanmasıyla mümkündür. İnalçık (2017), s.96.

³⁶⁷ İnalçık (2017), s.95,100. Akgündüz (2002), s. 39.

oluşturulsa da uygulamada yaşanan birtakım hukuksuzlukların önüne geçmek için son çare olarak adaletnamelere müracaat edilmiştir³⁶⁸. Taşra yöneticilerinin denetim altına alınmasını sağlayan bu tür fermanlar, devlet düzeninin iyi işlenmesini temin etmek isteyen âdil bir idare için vazgeçilmez bir unsur niteliğindedir³⁶⁹.

Kanun ve şeriat hükümlerini hatırlatıcı ferman demek olan adaletnameler, yerel yönetimin en yetkili devlet görevlisi olan kadılara gönderilerek onlardan adaletin; “şeriat” ve “kanuna” göre tesis edilmesi talep edilmektedir³⁷⁰: “*Her husus şer-i şerif üzere mahkemelerde vaz olunan kanunnameler muktezasınca görüp hilaf-ı şer’ ve kanun, muhalif-i emr-i hümayun ibda olunan bidatları bi’l-küllîye ref edip...*”³⁷¹. Ehli örfün halka zulmünü önlemek için ehli örf arasındaki hiyerarşik denetimle yetinilmemiş aynı zamanda ehli örfün kadı aracılığıyla denetlenmesi sağlanmıştır³⁷². Bu denetleme “*Her ne ederlerse kâdı marifetiyle işleyeler*”, “*Kâdı marifetinsiz bir dakîka fevt olmaya*” ve “*Min-ba’d ehl-i örf olanlar bu kânûndan tecâvüz eylemeyeler. Tecâvüz edenleri hâkimü’l-vakt olanlar men eyleyeler. Memnû’ olmayanları der-i devlete arz eyleyeler*”³⁷³ gibi ifadeleri içeren adaletnameler ile gerçekleştirilmiştir³⁷⁴.

Osmanlı Devleti’nde daha çok 17 ve 18. asırda ehl-i örfün reayaya yüklediği angaryaları önlemek için birçok adaletname düzenlenmiştir³⁷⁵. Bu tür düzenlemeye III. Ahmed devrine ait şu adaletname hükmü örnek verilebilir: *Ve siz ki beylerbeyiler ve beylersiz ki, eğer vüzera ve voyvodalarıdır ve eğer sizin subaşılarınız eğer kethüdalarınız, eğer kaimakamlarınızdır, muttasıl on beş ve yirmişer atlı ile vilayet üzerine çıkmayıp iktiza ettikçe iki üç ayda bir dört beş atlı ile çıkıp devr eyleyip müteaddid evleri olmayanların ehl ü ıyali üzerlerine konmayıp müftü meccanen yem ve yemeklerin ve sığırların ve kuzu ve*

³⁶⁸ Akgündüz (2011), s.145.

³⁶⁹ Özbilgen, s.129

³⁷⁰ Heyd (1984), s.640; Cin /Akgündüz (2017), s.203; Kadılara gönderilen adaletnameler şer’iyye sicillerine kaydedilip her isteyene bir suretini verilmesinin yanında münadiler aracılığıyla ve cuma hutbelerinde halka duyurulurdu. Özbilgen, s.129.

³⁷¹ İnalçık (1965), s.106.

³⁷² Midilli, Muharrem (2020) ‘Osmanlı Taşrasında Ehl-i Örf’e Karşı Kadılar yahut Kânûn-i Kadîmin Ehl-i Şer’ Bekçileri (1453-1586)’, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C:59, s.91.

³⁷³ Barkan, Ömer Lütfi (1946) XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları: Kanunlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s.114.

³⁷⁴ Midilli (2020), s.92, 95.

³⁷⁵ Aydın (2020), s.345.

*tavukların almayıp her ne alırlarsa narh-ı rüzi üzerine akçeleriyle alıp ve terekeleri harman üzerinde ziyadeye kesip üzerlerine bırakmaya*³⁷⁶.

1.4.4. Yasaknameler

Yasakname, Osmanlı Devleti'nin ilk devirlerinde padişahın idari, askeri ve mali konularla ilgili belli meselelerdeki düzenleyici hükümlerini ve yasaklarını ihlal edenlere ne gibi cezalar verileceği ve bu cezaları uygulamakla görevli “yasakçı kulu”nun kimliğini ve bu kişilere verilen yetkileri belirten hükümlere denir³⁷⁷. Yasaknameler her ne kadar 15. asırda kanunnameyle aynı şeyi ifade ediyorsa da sonraları farklılaşmıştır³⁷⁸. Örneğin; yasaknamede, hükümlerin uygulanması için “yasakçı kulu” adında müstakil bir görevli tayin edilirken; kanunnamede, hükümleri uygulayacak ayrı bir görevli tayin edilmezdi³⁷⁹.

Daha çok belli bir nizamın uygulanması veya bazı şeylerin yasaklanması şeklinde bir usulü olan yasaknameler, genellikle madenlerin işletilmeleri, tuzun çıkarılması ve işletilmesi, para basımı ve tedavülü, gümrük ve kapanlar, hazineye ait bazı gelirlerin tahsili ve sabun, hububat, mum, pirinç, susam gibi zaruri ihtiyaç maddeleri gibi meseleler hakkında düzenlenmekteydi³⁸⁰.

1.4.5. Beratnameler

Beratler, içerisinde devlet görevlilerinin vazifelerine ait kanun ve düzenlemelerin ve padişahın tuğrasının olduğu bir yazılı atama belgesidir³⁸¹. Bilhassa “yasakçı-kulu” veya “emin” gibi icra yetkisine sahip görevlilerin tayin beratlarında vazifelerinin içeriğine ait hükümler olması, sonraki dönemlerde kadı beratlarında kadıların vazife ve yetkileri ile ilgili bütün hukuki hükümlerin zikredilmesi³⁸² ve Osmanlı'daki her millet için atanan ruhani

³⁷⁶ İnalçık, Halil (1965) ‘Adaletnameler’, Türk Tarih Kurumu Belgeler, S:3-4, C:2, s.105,106.

³⁷⁷ İnalçık (1958), s.124; Akgündüz (1990), C:1, s.94; Akgündüz (2002), s.37; Sancakbeyi, subaşı ve kadı gibi görevliler yasaknamenin uygulanmasında yasakçıkuluna yardım etmekle mükelleftirler. Özbilgen, s.130.

³⁷⁸ İnalçık (2001b), s.333.

³⁷⁹ Zira kanunname hükümleri ayrıca belirtmeye gerek kalmadan kadı ve kadının görevlendirdiği sancakbeyi ve subaşı tarafından uygulanırdı. Akgündüz (2002), s.38.

³⁸⁰ Akgündüz (2002), s.37; Özbilgen, s.130.

³⁸¹ İnalçık (1958), s.124.

³⁸² Akgündüz (2002), s.37-38.

liderlerin atama beratlarında sahip oldukları hakların yazılı olması³⁸³ bu tür atama beratlarını bir yasama faaliyeti ürünü haline getirmektedir.

Bir göreve atama, maaş bağlanması, rütbe, unvan, dirlik verilmesi, vergi bağışıklığı, maden işletmek, tuz çıkarılması, para basımı, gümrük ve kapanlar, sabun, hububat, mum, pirinç susam gibi zaruri ihtiyaç maddeleri hakkında inhisar ve iltizam verilmesi padişahın genel olarak “berat-ı hümayun” diğer adlarıyla “berat-ı şerife”, “biti”, “nişan”, “nişan-ı şerife”, “hüküm” denilen tuğralı ruhsat belgesi ile mümkün olurdu³⁸⁴. Bazı durumlarda vezir, vali, beylerbeyi, kapudanpaşa ve serdar-ı ekremlere taşra yönetiminde kendi yetkilerine dayanarak atama yapabilmeleri için metin kısmı boş bırakılan tuğraları çekili “nişanlı” denen beratlar verilirdi³⁸⁵.

1.4.6. Tevkiler

Tevki, özel bazı kanunları; kadı, subaşı gibi onları uygulayacak olan resmi makamlara bildiren hükümlerdir³⁸⁶. Bu tür hukuki düzenlemeler Yavuz ve Kanuni devrinden itibaren hem umumi kanunnamelerin ve hem de mahalli ve hususi sancak kanunnamelerinin esasını teşkil etmiştir³⁸⁷.

1.4.7. Tanzimat Devrine Ait Kanun, Kanunname, Kararname ve Nizamnameler

Tanzimat devriyle birlikte başlayan kanunlaştırma hareketleriyle bir yandan mevcut Osmanlı hukuk kuralları diğer yandan ise yabancı hukuk kuralları henüz aralarında kesin farklar olmayan temelde kanun, kanunname ve nizamname şeklinde tanzim edilmiştir³⁸⁸.

³⁸³ Kılınç, Ahmet (2019) ‘17’inci Yüzyıl Kadı Sicillerine Göre Patrikler Bağlamında Ermenilerin Hukuki Statüsü’, Yargıtay Dergisi, C:45, S:1, s.188.

³⁸⁴ Özbilgen, s.130-131

³⁸⁵ Özbilgen, s.131.

³⁸⁶ İnalçık (1958) s.124; Özbilgen, s.127.

³⁸⁷ Örneğin Fatih Devrindeki “Haslar Hükümü”, II. Bayezid zamanındaki İstanbul Haslar Kanunnamesi’nin temelini oluşturmuş ve yine Fâtih Devrindeki çingenelere ait berat, Kanunî zamanındaki hususî çingene Kanunnamesinin aslını oluşturmuştur. Akgündüz (2002), s. 38.

³⁸⁸ Bu düzenlemelerden öne çıkanlara şu örnekler verilebilir: Askeri Ceza Kanunu (1838), Ticaret Kanunu (1850), Men-i İrtikab Kanunnamesi (1855), Ceza Kanunnamesi (1858), Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi (1861), Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi (1863), Tabiiyyet-i Osmaniye Kanunu (1869). Aydın (2019), 424-30.

1876 yılına gelindiğinde Kanun-i Esasi'nin ilanıyla birlikte kanun, kararname ve nizamnameler arasındaki farklar belirginleşmeye başlamıştı.

Üçüncü bölümde daha detaylı anlatılacağı üzere; Kanun-i Esasi'ye göre; kanun layihaları önce müzakare olunmak üzere Şûra-yı Devlet'e uğratarak (m.53). Şûra-yı Devlet'te müzakere olunan layiha önce Meclis-i Mebusan sonra da Meclis-i Ayanda tetkik ve kabul olunduktan sonra padişaha gönderilecektir. Layiha, padişah tarafından onaylanırsa kanun olarak yürürlüğe girecektir (m.54). 1878 yılında meclislerin kapatılması nedeniyle Kanun-i Esasi'deki mezkûr usul 1908 yılında meclislerin açılmasına kadar uygulanma imkanını yitirmiştir. Meclislerin kapalı olduğu 1878-1908 yılları arası dönemde kanun çıkarılamaması, hükümetin kanun yerine çok sayıda muvakkat kanun (kararname) ve nizamname çıkarmasına neden olmuştur³⁸⁹.

Kanun-i Esasi'nin 36. maddesi gereği; meclisin kapalı olduğu dönemde devleti bir tehlikeden korumak veya kamu düzeninin bozulmasını önlemek için ve zaruri durumlarda bakanlar kurulu kararı ile muvakkat kanun (kararname) çıkarılabilecektir. Bu usul meclislerin kapalı olduğu 1878-1908 arası dönemde sıkça kullanıldığı gibi 1908 sonrasında da; düzenlemeleri meclis denetiminden kaçırmak için çok sık şekilde kullanılmıştır. Üçüncü bölümde tafsilatlı olarak üzerinde durulacağı üzere; 1908 sonrası dönemde yürürlüğe giren kararnamelerin başında 1917 yılında tanzim edilen Hukuk-ı Aile Kararnamesi gelmektedir. Kararnameler, her ne kadar bakanlar kurulu aracılığıyla çıkarılsa da genel, sürekli ve soyut kurallar olması ve herkesi bağlayıcı müeyydeli hükümler içermesi hasabiyle maddi anlamda yasama faaliyeti ürünü olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca Kanun-i Esasi'nin 36. maddesinde kararnamenin “*muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetinde*” görülmesi kararnamenin bir yasama işlemi olduğunu göstermektedir.

Aşağıda da değinileceği üzere Şûra-yı Devlet aracılığıyla oluşturulup hükümet eliyle çıkarılan Nizamnameler, usulü dairesinde yürürlüğe konulan gayri şahsi objektif bir kaide

³⁸⁹ Bu dönemde çıkarılan nizamname ve kararnamelere şu örnekler verilebilir: 1879 Girit nevahi nizamnamesi (Düstur, I. Tertip, C:4, s.633), 1880 Kefalet Nizamnamesi (Düstur, I. Tertip, C:4, s.692.), 1884 Sanayi odaları nizamnamesi (Düstur, I. Tertip, C:5, s.90), 1886 Dersaadet Emniyet Sandığı nizamnamesi (Düstur, I. Tertip, C:5, s.522), 1887 Murabaha nizamnamesi (Düstur, I. Tertip, C:5, s.769.), 1889 Seferberlik nizamnamesi (Düstur, I. Tertip, C:6, 523.), 1876 Evkaf Ormanlarının Suret-i idaresine Dair Kararname (Düstur, I. Tertip, C:4, s.423.), 1879 Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanun-ı Muvakkati (Düstur, I. Tertip, C:4, s.257.), 1880 Emlak Vergisiyle Ağnam ve Aşar Kararnamesi (Düstur, I. Tertip, C:4, s.810.) ve 1885 Tasfiye-i Düyun Kararnamesi (Düstur, I. Tertip, C:5, s.338.)

içeren emredici bir devlet buyruğudur³⁹⁰. Düzenleyen kurum gözardı edilirse nizamnameler, emredici nitelikte olması, usulüne uygun olarak neşir ve ilan edilmesi, umumi olması ve hem fert hem de hâkim ve memur için itaati mecburi bir devlet buyruğu olması açısından, tıpkı kanun gibidir, kanun mesabesinde³⁹¹. Bu nedenle birinci bölümde bahsedildiği üzere; nizamnameler her ne kadar yasama organları aracılığıyla tanzim edilmese de tıpkı kararnameler gibi maddi anlamda yasama faaliyeti ürünü olarak değerlendirilmelidir. Zira Anayasa Mahkemesi de bir kanunun uygulanmasını göstermek ya da kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarılmayan yurttaki tüm ocaklar için geçerli ve uygulanması zorunlu genel, soyut ve sürekli kurallar ihtiva eden Taş Ocakları Nizamnamesi'nin; yasa değer ve gücünde olduğunu ve yetkili makamca yasama yetkisine dayanılarak çıkarılmış sayılması gerektiğini söylemektedir³⁹².

Sonuç olarak Osmanlı hukukunda Klasik dönemde örfi hukuk kurallarının; temelde fermanlar, kanunnameler, adaletnameler, yasaknameler, beratnameler ve tevkiler; Tanzimat devrinde ise kanun, kanunname, nizamname ve kararnameler olduğu anlaşılmıştır. Bu aşamada Osmanlı hukukunda mezkûr örfi hukuk kurallarının hangi yasama faaliyeti türleri ile oluşturulduğunun ele alınması gerekmektedir. Bunun için öncelikle örfi hukuk ile şer'i hukukun sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.

1.5. Örfi Hukuk ile Şer'i Hukuk İlişkisi

Şer'i, şariat demek olup Cenab-ı Hakk'ın kulları için vaz etmiş olduğu dini, dünyevi hükümlerin tamamına denir³⁹³. Şer'i hukuk, fıkıh usulünün belirlediği esaslar çerçevesinde İslam hukukunun kaynaklarından müçtehitler tarafından istinbat edilen hükümleri ihtiva etmektedir³⁹⁴. Şer'i hukuka dair ahkam, fıkıh kitaplarında tafsilatlı bir şekilde yer almaktadır.

³⁹⁰ Başgil, s.164.

³⁹¹ Başgil, s.164. Ekinci (2017a), s.185.

³⁹² AYM, E.1976/31, K.1976/30, 3/6/1976.

³⁹³ Bilmen (1967), C:1, s.14.

³⁹⁴ Akgündüz (1999b), s.117. Aydın (1999), s.67,68.

Padişahın emir ve fermanlarıyla oluşan örfi hukuk³⁹⁵, yukarıda da açıklandığı üzere; özellikle kamu hukuku alanında olmak üzere şer’i hukukun aksini öngörmediği ve kamu yararının gerekli kıldığı konularda devlet başkanlarınca yapılan düzenlemelerdir³⁹⁶.

Şer’i hukuk, Kitap, sünnet, icma, kıyas, istihsan, maslahat, örf ve sahabe fetvası gibi şer’i delillerden çıkarılırken örfi hukuk; yerel örf ve adetlere, geçmiş dönem uygulamalarına ve en nihayetinde padişahın iradesi olan emredici fermanlara dayanmaktadır³⁹⁷. Şer’i hukuk daha çok dini ve ahlaki idealleri vurgulayıp ferdin maslahatını esas alırken örfi hukuk ekseriyetle devletin menfaatine yöneliktir³⁹⁸. Bu nedenle şer’i hukuk ağırlıklı olarak şahıs, aile, miras, eşya, borçlar, ticaret, yargılama, kısmen de ceza, arazi ve vergi hukuku alanlarında;³⁹⁹ örfi hukuk ise daha çok idare ve anayasa hukuku gibi hukuk dallarında ve tazir cezaları, takalif-i örfiyye, miri arazi rejimi gibi konularda kendisini hissettirmektedir⁴⁰⁰.

Literatürde örfi hukuk ile şer’i hukukun sınırları hakkında iki görüş mevcuttur. İlk görüş; örfi hukukun ancak şer’i hukukta yer almayan Şari Teala’nın bilinçli olarak boş bıraktığı alanlarda düzenlenebileceği yönündedir⁴⁰¹. Örfi hukuk sahasını daha geniş tutmuş olan ikinci görüş ise; örfi hukukun, şer’i hükümlerin kanun tarzında düzenlenmesini de içine alacak şekilde devlet otoritesinin tanzim ettiği tüm kaideler olduğunu belirtmektedir⁴⁰². İkinci görüşe göre; Ebussuud Efendi’nin padişah tarafından tasdik olunan “*Maruzat*” ve “*Kanun-ı Cedid*” diye bilinen fetvaları, şer’i hükümleri konu edinen bazı kanunnameler ve çoğu hükümleri şer’i hukuk kurallarından oluşan “*Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*” ve “*Hukuk Aile Kararnamesi*” devlet otoritesi tarafından oluşturulduğu için örfi hukuk kavramının içerisinde mütalaa edilecektir.

³⁹⁵ Akman, Mehmet (2007) ‘Örf’, TDVİA, C:34, s.93; Aydın (1999), s.67,68.

³⁹⁶ Türkan (2010), s.574.

³⁹⁷ Aydın (2020), s.90.

³⁹⁸ Heyd (1984), s.643.

³⁹⁹ Aydın (2020), s.95.

⁴⁰⁰ Akman (2007), s.93,94.

⁴⁰¹ Ekinci (2017a), s.101,164.

⁴⁰² Akgündüz (1999b), s.117.

1.6. Örfi Hukuk Sahasında Yasama Faaliyeti Türleri

Yasama faaaliyeti ile örfi hukuk kuralları arasında yakın bir ilişkinin olduğu görülmektedir. Zira yukarı da bahsedildiği üzere örfi hukuk, padişahın sınırlı yasama yetkisine dayanarak emir ve fermanlar aracılığıyla oluşturduğu bir kanun hukukudur⁴⁰³.

İlk bölümde de bahsedildiği üzere üç tür yasama faaliyeti vardır. İlk iki tür yasama faaliyeti şer’i hukuk sahasında icra edilmekte; üçüncü tür yasama faaliyeti ise; şer’i hukukun boş bıraktığı hususlarda yapılmaktadır. Yukarıda anlatıldığı üzere; örfi hukukla ilgili birinci görüş baz alınıp örfi hukuk sadece şer’i hukuk dışı alanda düşünülürse örfi hukuk kuralları yalnızca üçüncü tür yasama faaliyeti sonucu oluşabilir. Ancak ikinci görüş dikkate alınıp örfi hukuk, şer’i hukuk kurallarının resmi hukuk kodu haline getirilmesini de içine alacak şekilde oluşturulduğu düşünülürse; örfi hukuk kurallarının her üç yasama faaliyeti aracılığıyla da oluşturulabileceği söylenebilir.

Burada ikinci görüşün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira örfi hukuk kuralları incelendiğinde; pek çok örfi hukuk kuralının, şer’i hukukun ihtiva ettiği konuları ele aldığı görülmektedir. Bu aynı zamanda şer’i hukukun da yasama faaliyeti aracılığıyla resmi hukuk kodu haline getirilmesi anlamına gelmektedir.

1.6.1. Birinci Tür Yasama Faaliyeti

Birinci tür yasama faaliyeti aracılığıyla oluşturulan örfi hukuk kuralları ağırlıklı olarak nasslar tarafından açıkça belirlenmiş had ve kıyas suç ve cezaları konusunda tanzim edilmiştir. Bu kurallar aynı zamanda şer’i hukuk aracılığıyla düzenlendiğinden bu tür örfi hukuk kurallarının misalleri daha çok “*Osmanlı Devleti’nde Şer’i Hukukun Kaynakları ve Yasama Faaliyetiyle İlişkisi*” başlığı altında incelenecek olup burada bir örnek verilmekle iktifa edilecektir. Örneğin;

“*Ve eğer bir kimesne adam öldürse, yerine kıyas edeler.*” (Kanuni Kanunnamesi-Kanunname-i Osmani, m.16)⁴⁰⁴. Bu hükmün; bağlayıcı ve içtihatı kapalı olan, doğrudan ve açıkça nasslarla tayin edilen şer’i hükümlerin kanun şeklinde tanzim edilmesi demek olan birinci tür yasama faaliyeti aracılığıyla oluşturulduğu söylenebilir. Zira kasten adam öldürme

⁴⁰³ Cin / Akgündüz, s.181; Akman (2007), s.93.

⁴⁰⁴ Akgündüz, Ahmed (1992) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:4, İstanbul, OSAV, s.299.

suçunun cezası doğrudan ve açıkça Kur'an-ı Kerim⁴⁰⁵ ve sünnet⁴⁰⁶ tarafından kısas olarak belirlenmiştir⁴⁰⁷.

1.6.2. İkinci Tür Yasama Faaliyeti

Örfi hukuk kuralları ikinci tür yasama faaliyeti olarak genel anlamda Ebussuud Efendi'nin padişah tarafından tasdik olunarak kanunname hükmü haline getirilen “*Maruzat*” ve “*Kanun-ı Cedid*” diye bilinen fetvaları, şer'i hükümleri konu edinen bazı kanunnameler ve çoğu hükümleri şer'i hukuk kurallarından oluşan Mecelle-i Ahkam-ı Adliye ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi gibi düzenlemeler aracılığıyla kullanılmıştır. Bu konu da “*şer'i hukuk sahasında yasama faaliyeti*” başlığında ayrıca ele alınacağından burada bir örnek vermekle yetinilmiştir.

“*Ve avret ve kız çekip cebr ile nikah ettirene cebr ile boşadalar...*” (1565 Tarihli Kanunname-i Saray Bosna, m.83)⁴⁰⁸. Bu hükmün, ülülemrin mevcut içtihadı görüşlerden birini toplumun maslahatını esas alarak tercih etmesi şeklinde cereyan eden ikinci tür yasama faaliyeti aracılığıyla oluşturulduğu söylenebilir. Zira burada ikrah altında yapılan nikah ve talakın geçerliliği hakkında mevcut olan içtihatlardan Hanefi mezhebine ait olan içtihadın devlet otoritesi tarafından tercihi söz konusudur⁴⁰⁹. Hanefi mezhebi; mükrehin nikah ve talak gibi sözlü tasarruflarını hâzilin (şaka kaydıyla tasarrufta bulunan kişinin) yaptığı sözlü işlemlere benzeterek geçerli saymaktadır⁴¹⁰.

1.6.3. Üçüncü Tür Yasama Faaliyeti

Örfi hukuk kurallarının neredeyse tamamı şer'i hukuk tarafından düzenlenmeyen konularda üçüncü tür yasama faaliyeti aracılığıyla oluşturulmuştur. Üçüncü tür yasama faaliyeti Osmanlı hukukunda ilk olarak tazir suç ve cezalarının tayininde kullanılmıştır. Ülulemre tevdi edilen bu salahiyet 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinde; “*tayin ve icrası*

⁴⁰⁵ Bkz. Bakara/178-179

⁴⁰⁶ “*Kasten öldürmenin cezası kısastır*” Ebu Davud, Diyat, C:5, s.17.

⁴⁰⁷ Dağcı, Şamil (2002) ‘Kısas’, TDVİA, C:25, s.489.

⁴⁰⁸ Akgündüz (1993), C:6, s.466.

⁴⁰⁹ Bilmen (1967) C:2, s.23.

⁴¹⁰ Zira hâzilin yaptığı sözlü tasarruflar “*üç şeyin ciddisi de ciddi şakası da ciddidir; nikah, talak ve ric'at*” (Ebu Davud, 2194; Tirmizi, 122; İbni Mace, 2039.) hadisinde belirtildiği üzere nikah ve talakın da içinde olduğu üç yerde geçerlidir.

şer'an emr-i ülülemre ait olan ta'zirin tayin-i derecatını dahi..."⁴¹¹ şeklinde ifade edilmiştir⁴¹². Klasik devirdeki Fatih, II. Bayezid, Yavuz ve Kanuni'ye ait umumi Osmanlı kanunnamelerinin birinci kısmını oluşturan ceza hükümleri bu yetki kullanılarak tanzim edilmiştir⁴¹³. Bu tür düzenlemelere şu hükümler örnek verilebilir:

"Eğer bireği (birisi) hamr içse, Türk veya şehirli olsa, kadı ta'zir ura. İki ağaca bir akçe cürm alına." (Fatih Kanunnamesi, m.15)⁴¹⁴. İçkinin yasak oluşu Maide suresi 90. ayette: *"Ey iman edenler! İçki, kumar, dikili taşlar, fal okları şeytan işi iğrenç şeylerden ibarettir. Bunlardan kaçının ki kurtuluşa eresiniz"* şeklinde açıkça ifade edilmiş ancak Kuran-ı Kerim'de cezası tayin edilmemiştir. Hz. Peygamber'in suçu işleyenlere dayak attırması⁴¹⁵ bu suçun işlenmesi halinde dayak cezası verileceğini göstermektedir⁴¹⁶. Suçun unsurların birinin eksik olması belirlenen had cezasını düşürecektir. Bu halde hiç ceza verilmezlik yapılmaz ve had cezası yerine devlet otoritesinin belirlediği ta'zir cezası uygulanır⁴¹⁷. Yukarıdaki hükümde ta'zir olarak para cezası belirlenmiştir. Aynı durum aşağıdaki had cezası tayin edilen zina suçunda da görülmektedir.

"Eğer bir kimesne zina eder görülse, şer'an üzerine sabit olsa, lakin ala vechi'ş-şer' recm kılmalı olmasa, eğer evli olup bay olup bin akçe ve dahi ziyadeye malik olsa, dört yüz akçe cerime alına; mutavassıt'ul-hal olsa veya fakir olsa, elli akçe alına." (Kanuni Kanunnamesi/Kanunname-i Osmani, m.1)⁴¹⁸

Osmanlı Devleti Klasik dönemindeki tazir cezaları dışındaki birçok mesele yine ülülemrin yasama yetkisi ile tanzim edilmiştir. Örneğin cizye gibi şer'i vergilerle bazı örfi vergilerin tanzimi cinsinden olan mali düzenlemeler ve yaya, müselleme, voyruk, derbendçi, kapıkulu ve eyalet askerleri ile alakalı bazı askeri düzenlemeler ve yasaknameler aracılığıyla düzenlenen devlete ait madenler, tuzlalar, para basımı, gümrükler, kapanlar, sabun, hububat,

⁴¹¹ Kahraman, Seyit Ali / Galitekin, Ahmed Nezih / Dadaş, Cevdet (1998) İlmiye Salnamesi, İstanbul, İşaret Yayınları, s.313.

⁴¹² Akgündüz (1999b), s.121.

⁴¹³ Akgündüz (1990), C:1, s.75-76.

⁴¹⁴ Akgündüz (1990), C:1, s.349.

⁴¹⁵ "Hz. Peygamber şarap içene 40 değnek vurdurmuştur, Hz. Ebubekir döneminde aynı uygulama devam etmiştir, Hz. Ömer bu cezayı 80 değneğe çıkarmıştır. Bu uygulamaların hepsi de sünnettir." Ebu Yusuf Yakub b. İbrahim (1970) Kitabı'l-Harac (Çeviren:Ali Özek), İstanbul, s.261.

⁴¹⁶ Avcı (2018), s.405.

⁴¹⁷ Kılınç, Ahmet (2014) 'Klasik Dönemde Osmanlı Devleti'nde İçki İçme Suçu', Coşkun, Recai (Editör), 6. Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, C:1, 8-12 Haziran 2014, s.206-208.

⁴¹⁸ Akgündüz (1992) C:4, s.296.

susam vb. zaruri ihtiyaç maddelerine dair kanunların tanzimi hep bu yetki kullanılarak yapılmıştır⁴¹⁹. Bu tür hükümlere şu misaller verilebilir:

“Amma her üç ayda voyvodalar il üzerine çıkıp gezip reayanın ahvalini görmek emrolunmuştur.” (Para Voyvodaları Yasaknamesi, m.8)⁴²⁰

“Ve sabuncular ve mumcular gözlene; gayet iyi ola, mumları çürük olmaya ve kokar yağdan olmaya ve berk ola, kalb olmaya.” (Kanunname-i Sultan Selim Han, m.188)⁴²¹

“Öteden beri yakaya ve beriden öteye yakaya gelen piyadeden ikisinden bir akçe ve süvariden birer akçe alına. Fıçı ile hamr gelse, her fıçı başına on ikişer buçuk akçe gümrük alına. Ve iki akçe resm-i geçit alına” (Kanunname-i İskeleha-yı Budin ve Estergon, m.28)⁴²²

Yukarıdaki misallerin yanında Tanzimat devrindeki pek çok düzenlemenin üçüncü tür yasama faaliyeti aracılığıyla oluşturulduğu görülmektedir. Bunlara; 1840, 1851 ve 1858 Ceza Kanunnameleri⁴²³, 1858 Arazi Kanunnamesi⁴²⁴, 1879 Usul-i Muhakeme-i Şer’iyye Kanun-ı Muvakkatı⁴²⁵ gibi düzenlemeler örnek verilebilir. Zira mezkûr kanunların içerdiği hükümlerin çoğu şer’i hukuk dışında kalan örfi hukuka ilişkindir.

2. Osmanlı Devleti’nde Şer’i Hukukun Kaynakları ve Yasama Faaliyetiyle İlişkisi

Şer’i hukuk, fıkıh usulünün belirlediği esaslar çerçevesinde İslam hukuku kaynaklarına dayanılarak müçtehitlerin fıkıh kitaplarında düzenledikleri hukuki hükümlerdir⁴²⁶. Şer’i hukuk, İslam hukukunda açıkça nasslarla belirlenmiş yoruma kapalı çok az sayıdaki hükümler istisna edilirse genelde içtihatlar aracılığıyla oluşturulmuştur.

⁴¹⁹ Akgündüz (1990), C:1, s.75-76.

⁴²⁰ Akgündüz (1993), C:6, s.156.

⁴²¹ Akgündüz, Ahmed (1991) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:3, İstanbul, OSAV, s.115.

⁴²² Akgündüz, Ahmed (1992) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:5, İstanbul, OSAV, s.274.

⁴²³ 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu için bkz. Düstur, I. Tertip, C:1, s.537.

⁴²⁴ Düstur, I. Tertip, C:1, s.165; Osmanlı hukukunda miri arazi ve tımar sisteminin temeli, Hanefi hukukçular dışındaki İslam hukukçularının görüşü olan; savaş yoluyla fethedilen arazilerin rakabesinin devlete ve bazı yükümlülükler karşılığında tasarruf hakkının ise reayaya tevfi edilmesinin dayandığıdır ki; Osmanlı hukukunda bu tür topraklara “arazi-yi miriyye” denmiştir. Akgündüz (1999b), s.121.

⁴²⁵ Düstur, I. Tertip, C:4, s.257.

⁴²⁶ Akgündüz (1999), s.117. Aydın (1999), s.67,68.

İçtihat, fâkihin herhangi bir şer’i hüküm hakkında zanni bilgiyi elde edebilmek için bütün kudretini harcaması demektir⁴²⁷. Elde edilen hükmün zanni bilgiye dayanması bir konuda birden fazla muhtelif içtihatın oluşmasına neden olabilmektedir. Allah Teala’nın bir konudaki hükmü tek olduğundan birbirine muhalif içtihatlardan yalnızca biri isabetli diğerleri ise hatalıdır⁴²⁸. Ancak bir mesele hakkında kesin delil bulunmaması o mesele hakkında yapılan içtihatların hangisinin isabetli ya da hatalı olduğunun tespitini engellemektedir⁴²⁹. Dolayısıyla bu durum muhtelif içtihatların birbirine üstünlük kurmasını ve birbirini ortadan kaldırmasını engellemektedir⁴³⁰. Bu durum geçmiş zamanda mahkemelere intikal eden aynı hukuki olaylara -hakimlerin içtihat tercihinine göre- farklı hükümler verilmesine ve bu da ülkedeki hukuki istikrar ve güvenin zedelenmesine yol açmıştır.

Tarihte ülkedeki hukuki istikrar ve öngörülebilirliği sağlamak isteyen devlet otoriteleri bu sorunu çözmek için yasama faaliyeti başta olmak üzere bazı girişimlerde bulunma ihtiyacı hissetmişlerdi. Örneğin daha önce bahsi geçtiği üzere; Abbasiler, ilk olarak İmam Malik’in “*Muvatta*” isimli eserini resmi hukuk kodu haline getirmek istese de başarılı olamamıştı. Ancak sonraları az da olsa bu alanda gelişmeler yaşandığı görülmüştür. Örneğin; Halife Mu’tezid, ikinci tür yasama faaliyeti aracılığıyla zevilerhamın yalnız kalması halinde mirasa dahil olacağı şeklindeki Hanefî görüşüne uygun bir emirname neşrederek o zamana kadar tatbik olunan Şafii kavlini değiştirmiş⁴³¹ ve Horasan valisi, fakihler eliyle içerisinde şer’i hukuka dair hükümlerin de olduğu “*Kitabü’l-Kidi*”⁴³² isminde bir kanunname hazırlatmıştı. Yine ülkedeki hukuki istikrar ve güveni temin etme adına Abbasi halifesi Harun Reşid, kadılıkudatlık mevkiine İmam Yusuf’u getirerek mahkemelerde ağırlıklı olarak Hanefî içtihatlarının uygulanmasını sağlamıştı.

Selçuklular tıpkı Abbasiler gibi şer’i hukuk sahasında devlet otoritesi aracılığıyla ülkedeki hukuki istikrarı sağlamak adına başta yasama faaliyeti aracılığıyla birtakım faaliyetlerde bulunmuştu. Örneğin; Selçuklu Devleti’nde kanunlaştırma bağlamında ilk çalışma Rükni’l-islam el-Cüveyni tarafından yapılmıştı. Cüveyni herhangi bir mezhebe bağlı

⁴²⁷ Apaydın (2000), s.432.

⁴²⁸ Kuyucaklızade, s.72.

⁴²⁹ Kuyucaklızade, s.72.

⁴³⁰ Ali Haydar Efendi, s.73; Kuyucaklızade, s.72.

⁴³¹ Nişancızade (1987) Miratül-kainat, C:2, s.85.

⁴³² Ekinci (2017a), s.162.

kalmadan doğrudan hadislerle isnad ederek bir kanun kitabı tarzında olan “*el-Muhîr*” isimli eseri hazırlamaya başlamış ancak hadis alimi el-Beyhaki’nin tenkit türünde bir risale yazmasıyla mezkûr eseri tamamlamaktan vazgeçmişti⁴³³. Başka bir örnekte; 1092 yılında uzman hukukçular eliyle zamanın ihtiyacına uygun bir şekilde ihtilaflı konuları ortadan kaldıran görüşler, Sultan Melikşah tarafından tasdik olunarak “*El-Mesailü’l-Melikşahiye fi’l-Ahkami’s-Ser’iyye*”⁴³⁴ adıyla bir kanun şeklinde tedvin edilmişti⁴³⁵. Bunların yanında hukuki istikrarı temin için 11. asırda Selçuklular her ne kadar Nizamülmülk karşı çıksa da tıpkı Abbasiler gibi kadıları Hanefilerden atamayı tercih etmişti⁴³⁶.

Osmanlı Devleti, Abbasiler ve Selçuklularda olduğu gibi ülkede Hanefi mezhebi temelli yeknesak bir hukuk düzeni kurmak istemiş ve bu yönde birtakım çalışmalar yapmıştı. Osmanlı Devleti’nde kuruluşundan 16. asra değin kadıların eğitim aldığı medreselerde Hanefi fıkhi okutulmuş ve hüküm verilirken Hanefi fıkhnın önde gelen kitapları kullanılmıştı⁴³⁷. Bununla yetinmeyen Osmanlı Devleti, 16 yy.’dan Tanzimat devrine kadar hukukta birliği sağlamak adına kadıları, verecekleri hükümlerde Hanefi fıkhnın en sahih görüşleri ile kayıtlamıştı⁴³⁸.

⁴³³ **Menekşe, Ömer** (2020) ‘Selçuklular’da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak El-Mesâ’ilü’l-Melikşahiyye Fi’l-Kavâ’idi’s-Ser’iyye’, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S: 35, s.568. **Uraler, Aynur** (2012) ‘Hadislerde İstidlâl Konusunda Beyhaki’nin Cüveynî’ye Yazdığı Mektup Üzerine Bir Değerlendirme’, C:10, S:2, Hadis Tetkikleri Dergisi, s.62.

⁴³⁴ Ömer Menekşe yaptığı çalışma ile “*El-Mesailü’l-Melikşahiye*” adlı hukuk kodunun aralarında çok az farklılık olan “*El-Mesailül İttifakiyye*” ismiyle Gazneliler zamanında Kezvin şehrinde oluşturulduğu sonucuna ulaşmıştır. **Menekşe**, 571; *Mesailü’l-Melikşahiye*, Köprülü’ye göre Reşîdüddin Fazlullah Hemedânî’nin, “*Târîh-i Mübârek-i Gazânî*” adlı eserinden nakledilerek meşhur olmuş ve hükümlerinin Moğol istilasına kadar devam etmiş ve nihayet İlhanlı hükümdarı Gazân Hân (ö. 703/1304) tarafından tekrar tatbik mevkiye konulmuştur. **Köprülü, Fuat** (1977) ‘Fıkıh’, İslam Ansiklopedisi, C:4, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, s.615; Togan, *Mesail-i Melikşahiyye’nin Maverdi’nin devlet esas teşkilat ve idaresiyle alakalı hükümlerini bir araya getiren “el-Ahkamü’s-Sultaniyye” isimli eserinin tamamlayıcısı olarak zikretmektedir. Togan, A. Zeki Velidi* (1981) Umumi Türk Tarihine Giriş: En Eski Devirlerden 16. Asra Kadar, Enderun Kitabevi, İstanbul, s.212.

⁴³⁵ “Kendi asrında ihtilaflara ve hukuki hayatta istikrarsızlıklara konu olan aile ve borçlar hukukuna ait bazı meselelerin resmen hal yoluna gidilmesi için çareler aramış ve neticede kendi zamanında hukuk alanındaki ihtisasları ile tanınan fakihleri bir araya getirerek konuyu halletmelerini istemiş ve bir araya gelen hukukçular ihtilaf edilen konuları tartıştıktan sonra asrın ihtiyacına uygun görüşleri tercih etmişler ve sultana arz etmişlerdir. Ve sultanın tasdikinden geçen bu arz el-Mesailü’l-Melikşahiye şeklinde kanunlaştırılmıştır.” **Akgündüz** (1999), s.407; **Ekinci** (2017a), s.163; **Çalışkan, Mehmet** (2019) ‘el-Hüseynî el-Yezdî’nin el-Urâza fi’l-Hikâyeti’s-Selcûkiyye Adlı Farsça Eserinin Türkçe Tercümesi’ (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, s.72-73.

⁴³⁶ **Aydın** (2020), s.246.

⁴³⁷ Böylelikle Hanefi fıkhnına göre eğitim veren medreselerden mezun olan kadıların beratlarında Hanefi mezhebine göre hüküm vermeleri yönünde ayrıyeten bir uyarıya ihtiyaç duyulmamıştır. **Aydın** (2020), s.249.

⁴³⁸ Daha önce de bahsi geçtiği üzere Mecelle’nin 1801. maddesine göre; hakimler devlet otoritesinin bu tercihi riayet etmek zorundadır.

On altıncı asra kadar Osmanlı devletinde kadı beratlarında açık bir şekilde Hanefî mezhebine göre karar verileceği yazmamaktaydı⁴³⁹. Ancak o dönemden itibaren atama beratlarında Anadolu ve Rumeli eyaletlerine atanan kadıların hüküm kurarken⁴⁴⁰ ve müftülerin fetva⁴⁴¹ verirken Hanefî mezhebinin en sahih görüşlerini (*esahh-ı akvali*) kullanması gerektiği belirtilmişti. Kadıların bunu başarabilmesi için Osmanlı şer’i hukuk müktesebatının bu yönde dizayn edilmesi gerekmiştir.

Bu aşamada Osmanlı Devleti şer’i hukuku kaynaklarının ne olduğunun ve bu kaynakların yasama faaliyeti ile ilişkisinin ortaya konulması icap etmektedir.

2.1. Fıkıh Kitapları

Osmanlı hukuk sisteminin asli kaynağı olan fıkıh kitapları⁴⁴², hem medreselerde ders kitabı olarak okutuluyor hem de mahkemelerde kadıların aradığı hükmü bulmada bir bilgi kaynağı olarak kullanılıyordu⁴⁴³. Büyük İslam hukukçuları tarafından oluşturulan fıkıh kitapları genel anlamda mezhep içindeki hükümleri özet ve sade bir şekilde ortaya koyması ve tüm şer’i meseleleri içermesi ve fetva ve yargılamadan başka ilgili idari ve bürokratik uygulamalara hitap etmesi dolayısıyla mevcut oldukları dönemde tıpkı günümüz kanunları gibi hukuk dünyasında mühim işlev görmüşlerdir⁴⁴⁴. Fıkıh kitaplarındaki hükümler numaralandırıldığında kanunlara benzediğinden Klasik devirde modern manada kanun metinlerine ihtiyaç duyulmadığı söylenebilir⁴⁴⁵.

⁴³⁹ Örneğin; Fatih devrinde 1479 tarihli bir kadı beratında herhangi bir mezhep tercihi bulunulmadan yalnızca imamların içtihatına uyulmasından bahsedilmektedir. Hicri 884 (m.1479) senesinde mevleviyet olan Ankara kadılığına tayin edilen Bahaüddin Efendiye verilen beratıta: “...kısmet-i mevariste ve sicillatta ve husul-i ukudda ve şurut-ı uhudda ve fesh-i nikahda ve bey u şira ve saire muamelat-ı vesayikta ve kitab-ı hikemide tettebbu-yı kelam, imtisali emr-i nebeviyye ve iktida-i içtihat-ı eimme rıdvanullahı aleyhim ecmain ede.. ” denilmektedir. **Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1988a) Osmanlı’nın İlmiye Teşkilatı, Ankara, TTK, s.114-115.

⁴⁴⁰ “Kadı hâkim olup icra-yı ahkam-ı şer’i nebevide ... evamir ve nevahi-i ilahiye mütemessik olup istima-ı deavi ve fasl hususunda şer’i kavimden inhiraf göstermeye ... eimme-yi Hanefiyyeden muhtelefün fiha olan mesaili kema yenbağı tettebbu edip esahh-ı akvali bulup onunla amel eyleye...” Milli Tettebbualar Mecmuası, S:2, s.326. Akt: **Uzunçarşılı** (1988a), s.85-86.

⁴⁴¹ “... Gerekidir ki lede’l-istiftâ esahh-ı akvâl-i e’imme-i Hanefiye -aleyhim-rahmetü Rabbi’l-beriyye- ile iftâ edip kütüb-i mu’tebereden nakl-i sarîh ve imzâlarında Âmid müftüsü olduğunu tasrîh eylesin ve’s-selâm...” Diyarbakır Şer’iyye Sicilleri, Amid Mahkemesi, 3828 Numaralı Sicil, Hüküm no:92, C:001, s.459.

⁴⁴² **Ekinci** (2017a), s.182.

⁴⁴³ **Aydın** (1999), s.97.

⁴⁴⁴ **Menekşe**, s.568.

⁴⁴⁵ **Başgil**, s.178; **Ekinci** (2017a), s.182.

Osmanlı'nın resmi mezhep anlayışı mahkemelerde kullanılan kaynakların Hanefi mezhebi odaklı fıkıh kitaplarından seçilmesine neden olmuştur⁴⁴⁶. Osmanlı Devleti'nde Fatih devrine kadar Merginani'nin *Hidaye*⁴⁴⁷, Nesefi'nin *Kenzü'd-Dekaik*, Kuduri'nin *El-Muhtasar*, Burhanu's-Şeria'nın *Vikaye* ve Mevsili'nin *el-Muhtar* gibi fıkıh kitapları mahkemelerde hüküm kaynağı olarak kullanılırken; Fatih devrinde Molla Hüsrev'in *Durerü'l-Hükkam fi şerhi Gureru'l-Ahkam*'ı⁴⁴⁸ Kanuni devrinde ve sonrasında ise İbrahim Halebi'nin *Mülteka'l-Ebhur fi'l-Fürui'l-Hanefiyye*⁴⁴⁹ isimli fıkıh kitapları kadıların karar verirken adeta bir kanun metni gibi müracaat ettikleri kaynaklar olmuştur⁴⁵⁰. Bu eserlerin medreselerde talebeler ve mahkemelerde kadılar tarafından anlaşılmasına mezkûr kitaplar için ilmiye sınıfının yüksek akçeli müderris ve kadıları tarafından yazılan şerh ve haşiyelerin büyük katkısı olmuştur⁴⁵¹.

17. asırda Mevkufati Mehmed Efendi tarafından “*Mevkufat*” ismiyle tercüme edilen *Mültekal-Ebhur* adlı eser, 1648 ve 1687 yıllarında Sultan İbrahim ve ardından Sultan IV. Mehmet fermanlarıyla Osmanlı'nın resmi hukuk kodu haline gelmişti⁴⁵². Mevkufat, Osmanlı medeni, aile, miras, borçlar, vergi, muhakeme usulü ve kısmen ceza kanunu mesabesindeydi⁴⁵³.

Tanzimat devrine gelindiğinde şer'i hukuk sahasının bir kısmında yasama faaliyeti aracılığıyla Mecelle-i Ahkam-ı Adliye ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi gibi hukuk kodları

⁴⁴⁶ *Durerü'l-Hükkam* ve *Mülteka'l-Ebhur*, Hanefi mezhebinin muteber dört metni olarak bilinen Mevsili'nin *el-İhtiyar*'ı, İbnü's-Sa'atî'nin *Mecma'ü'l-Bahreyn*'i, Nesefi'nin *Kenzü'd-Dekaik*'i ve Tacü's-Şeria'nın *el-Vikayetü'r-Rivaye*'si esas alınarak hazırlanmıştır. **Ekinci** (2017a), s.182-83.

⁴⁴⁷ Merginani tarafında kaleme alınan ve Osmanlı Devleti'nde fevkalade itibar gören *El-Hidaye*, Şeybani'nin *El-Camiu's-Sağir* ve Kuduri'nin *El-Muhtasar* eserlerine dayanılarak oluşturulmuştur. **Özel, Ahmet** (2013) Hanefi Fıkıh Alimleri, 3. Baskı, Ankara, TDV, s.87.

⁴⁴⁸ Molla Hüsrev *Durerü'l-Hükkam* adlı eserini Osmanlı'da uzun yıllar kadıların başvurdukları yarı resmi hukuk metni işlevindeki *Gureru'l-Ahkam* eserine şerh olarak yazmıştır. **Özel, s.204.**

⁴⁴⁹ Osmanlı Devleti'nde yarı resmi hukuk metni olan *Mülteka'l-Ebhur*, Hanefi fıkının temel kaynak eserlerinden *Muhtasaru'l-Kuduri*, *Kenzü'd-Dekaik*, ve *El-Vikaye* gibi eserler temelli yazılmıştır. **Özel, s.247-248**; Kanuni, fıkıh ilmini tahsil etmek isteyenler için Ahmed Halebi'den fıkıh kitaplarının muhtasar şekilde toplamasını isteyince Halebi, *Muhtasaru'l-Kuduri*, *El-muhtar*, *Vikaye* ve *Kenz* isimli kitaplardaki fıkhi meseleleri özetleyerek *Mülteka'l-Ebhur* isimli kitapta toplamıştır, bu eserin resmi tedvin özelliği yoktur. **Mahmasani, s.322.**

⁴⁵⁰ **Uzunçarşılı, s.22. Aydın (1999), s.97-98. Aydın (2020), s.288.**

⁴⁵¹ Örneğin Durer üzerine Osmanlı uleması tarafından birçok haşiy ve şerh çalışması yapılmıştır. Bu çalışmalar, 17 yy'da zirveye çıkmış ve 18. yy'ın sonlarına kadar yaklaşık üç asır sürmüştür. **Ençakar, Orhan** (2017) “Osmanlı'da Şerh-Hâşiy Geleneği Durer Haşiyeleri Örneği” Osmanlı'da İlm-i Fıkıh Alimler, Eserler, Meseleler, İstanbul, İSAR Yayınları, s.85.

⁴⁵² **Cin /Akgündüz, s.114. Ekinci, E. Buğra** (2019) ‘Mecelle Hakkında Değerlendirmeler’, Adalet Dergisi, S:62-63, s.336.

⁴⁵³ **Ekinci** (2019), s.336.

oluşturulmuştu. Bu dönemde şer’i hukukun her konusunun tanzim edilmemesi dolayısıyla kadılar, hakkında yasama faaliyeti aracılığıyla bir düzenleme yapılmayan şer’i hukuk ile ilgili bir mevzu ile karşılaştıklarında fıkıh kitaplarına müracaat etmeye devam etmişti⁴⁵⁴. Tanzimat devrindeki fıkıh kitaplarının bu boşluk doldurucu işlevi Mecelle’nin esbab-ı mucibe layihasında; “*Ve eğerçi bunlar kaffe-i muâmelatın fasl ve tesviyesine kafi değil ise de, ilm-i fikhın muâmelât kısmı bu hususta olan ihtiyacata kafi ve vafidir.*”⁴⁵⁵ şeklinde izah edilmiştir. Burada bir meselenin şer’i hükmü Mecelle’de bulunamıyorsa fıkıh kitaplarının muamelat kısımlarına müracaat olunması gerektiğine işaret edilmektedir.

Yasama faaliyetinin temel özelliği pek çok yerde anlatıldığı üzere; hukuk kurallarının devlet otoritesi (*ülülemr*) tarafından tanzim edilerek ülkede yaşayan herkesi bağlayıcı hale getirilmesi idi. Burada oluşumuna devlet otoritesinin müdahil olmadığı alimler tarafından oluşturulan ve Osmanlı mahkemelerinde teamüli olarak kullanılan fıkıh kitaplarının tek başına bir yasama faaliyeti ürünü olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Ancak *Mülteka’-l-Ebhur*’un *Mevkufat* isimli tercümesini diğerlerinden ayrı tutmak gerekmektedir. Zira yukarıda bahsi geçtiği üzere; Mevkuvat diğerlerinden farklı olarak devlet otoritesi tarafından resmi hukuk kodu olarak tayin edilmiştir. Mezkûr fıkıh kitabının Hanefî mezhebinin en sahih görüşlerini aktardığı gözönüne alınırsa burada devlet otoritesi tarafından bir konuda mevcut içtihatlardan birinin tercihi şeklinde olan ikinci tür yasama faaliyetinin icra edildiği söylenebilir.

2.2. Fetvalar

Kadıların şer’i meseleleri çözümlerken fıkıh kitapları dışında kullandıkları diğer bilgi kaynağı fetvalar idi. Fetva, bir meselenin şer’i çözümü için yöneltilen soruya müftü veya şeyhülislam tarafından verilen cevaptır⁴⁵⁶. Fetva müessesesi, kadılar veya ihtiyaç halinde

⁴⁵⁴ Şer’i hukuk sahasının Tanzimat devriyle beraber kanunlaştırılması neticesinde Osmanlı’da düalist bir hukuk düzeninin oluşmasına neden olmuştur. Bir konu hem fıkıh kitabında hem de kanunlarda tanzim edildiği durumlarda; fıkıh kitaplarına göre hüküm veren şer’iye mahkemeleri ile kanun hükmüne göre karar veren nizamiye mahkemeleri arasında birtakım uyumsuzluklar yaşanmıştır. Örneğin; Tanzimat devriyle beraber şer-i şerif tarafından düzenlenen birtakım ceza hukukuna dair hükümler kanunlaştırılmış ve bunun neticesinde oluşan düalist yapı neticesinde birtakım problemler ortaya çıkmıştır. Bu konuyla ilgili bir çalışma için bakınız. **Kılınç, Ahmet / Yıldırım, Davut** (2021) Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması, Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları “Kamu Hukuku” (Editörler: Nuran Koyuncu, Abdulkadir Yıldız), Konya, NEÜ Yayınları.

⁴⁵⁵ **Akgündüz, Ahmed** (2012b) İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyesi Özel Hukuk-II, C:3, İstanbul, OSAV, s.285.

⁴⁵⁶ **Erdoğan**, s.142.

herkes tarafından yetkili merciiye danışılması imkanı sağlamaktadır⁴⁵⁷. Günümüz perspektifinden; bir davada kadı tarafından istenen fetvaya bilirkişi raporu, taraflar tarafından istenen fetvaya ise uzman mütalaası denebilir⁴⁵⁸.

Fetva metinleri; mezhep içinde tercih edilen görüşü aktarması, güncel meselelere temas etmesi ve soru-cevap tarzında anlaşılır tarzda olması nedeniyle fıkıh kitaplarından daha kullanışlı idi⁴⁵⁹. Binaenaleyh fetva metinlerinin en çok vuku bulan meselelerde sorulan suallere kesin cevap vermesi⁴⁶⁰, hukuk kurallarının somut olaylara tatbikini göstermesi⁴⁶¹ ve hükmün isabet oranını arttırması fetva mecmualarını Osmanlı mahkemelerinde şer'i meselelerde fıkıh kitaplarından sonra kadıların en çok müracaat ettiği kaynak haline getirmişti⁴⁶².

Fıkıh kitaplarının hukuki meseleleri belirli bir sistematik çerçevede incelemesi; bazan müftülerin ortaya çıkan şer'i hukuka dair meselenin hükmünü bulmada güçlük çekmesine neden olabilmekteydi⁴⁶³. Gerek bu durum ve gerekse yeteri kadar fıkıh kitabı olduğu düşüncesi; Osmanlı hukukçularını sistematik fıkıh kitaplarından ziyade önceki şeyhülislam veya müftülerin fetvalarını bir araya getirip fetva mecmuaları oluşturmalarına neden olmuştu⁴⁶⁴. Bu yönde oluşturulan ve mahkemelerde en çok kullanılan fetva kitaplarına; Ebussud Efendi'nin *Fetava-yı Ebussud*'u Çatalcalı Ali Efendi'nin *Fetava-yı Ali Efendi*'si, Yeni Şehirli Abdullah Efendi'nin *Behcetü'l-Fetava*'sı, Feyzullah Efendi'nin *Fetava-yı Fevziyye*'si, Dürriyade Mehmed Efendi'nin *Neticetü'l Fetava*'sı, Menteşe Abdurrahim Efendi'nin *Fetava-yı Abdurrahim*'i, Ankaralı Mehmed Efendi'nin *Fetava-yı*

⁴⁵⁷ Örsten, Seda (2005) Osmanlı Hukukunda Fetvâ (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.9.

⁴⁵⁸ Avcı (2021), s.168.

⁴⁵⁹ Atar, Fahrettin (1995) 'Fetva', TDVİA, C:12, İstanbul, s.495.

⁴⁶⁰ Suallere verilen cevaplar net olmasına rağmen; verilen cevabın sonunda müftünün yanılabilirliğini ima "Allahu a'lem" ve "el-ilmü indehu" gibi ibareler olurdu. Heyd, Uriel (1995) 'Osmanlı'da Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri' (Tercüme: Fethi Gedikli) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, S:1-3, C:9, s.296.

⁴⁶¹ Ancak fetvalarda somut olaydaki kişilerin isimleri yerine sembolik Zeyd, Amr, Hind, Zeynep gibi isimler kullanılmış, fetvaya bir karar karakteri verilmesi için meseleler mümkün mertebe soyut tarzda formülleştirilmiş ve güncel vakıalara atıfta bulunan tüm gereksiz ayrıntılar çıkarılmıştır. Heyd (1995), s.295.

⁴⁶² Aydın (2020), s.289; Aydın (1999), s.98; Ekinci (2017a), s.183;

⁴⁶³ Atar (1995), s.495.

⁴⁶⁴ Atar (1995), s.495. Cin / Akgündüz, s.156; Şeyhülislamların görev sırasında verdikleri fetvalar ya bizzat kendileri ya da ölümünden sonra ilgili birisi tarafından derlenerek çok sayıda fetva kitapları oluşturulmuştur. Akylmaz, s.45.

Ankaravi'si, Hamid Efendi'nin *el-Fetava'l-Hamidiyye*'si ve Minkirizade Yahya Efendi'nin *Fetava-yı Minkarizade*'si örnek verilebilir⁴⁶⁵.

Osmanlı Devleti'nde fetvalar ya müftü ya da şeyhülislam tarafından verilirdi⁴⁶⁶. Şeyhülislam fetvaları, müftülerin verdiği fetvalardan farklı olarak devlet başkanı tarafından bir irade-i seniyye ile onaylanırsa kendisine uyulması mecburi hal almakta idi. Ebussuud Efendi'nin çoğu özel hukuk alanındaki fetvalarından oluşan "*Ma'ruzat*" ve miri arazi hakkındaki şer'i hükümleri bildiren fetvalarından oluşan "*Kanun-ı Cedid*" diye bilinen fetva mecmuaları bu tarzda oluşturulmuş idi⁴⁶⁷. Şeyhülislamın doğrudan padişahlara arz yetkilerini kullandıkları bir alan olan mezkûr usul⁴⁶⁸, bir içtihat hukuku olan İslam hukukunun kanun hukukuna evrilmesinin ilk adımları olarak kabul edilmelidir⁴⁶⁹. Aydın'a göre; bu usul ile birlikte Halife Me'mundan sona ilk defa bir siyasi otorite İslam hukukunun oluşumuna mevcut içtihadî görüşlerden birini seçmek şeklinde de olsa müdahale etmiş ve Halife Me'mun'un aksine başarılı olmuştur⁴⁷⁰.

Maruzat, Osmanlı'nın şer'i hukuk sahasındaki tek tip hukuk düzeni kurma araçlarından en önde gelenlerindendi. Zira bazı Maruzat hükümlerinde hâkimlerin Hanefî mezhebinin esahh-ı akvali ile hüküm vermeye memur oldukları belirtilmiş⁴⁷¹ ve bazısında ise Hanefî mezhebi dışında verilen kararların geçersiz addedilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁷².

⁴⁶⁵ **Uzunçarşılı** (1988a), s.197; **Atar** (1995), s.496; *Fetava-i Ali Efendi, Fetava-yı Feyziyye, Behcetü'l-Fetava ve Neticetü'l-Fetava* eserleri Fetvahane tarafından en muteber tutulan dört fetva kitabı idi. **Ekinci** (2017a), s.183.

⁴⁶⁶ İki çeşit fetva vardır; ilki kadı veya şahısların müftülerden istediği hukuki görüşler, ikincisi ise bizzat devlet başkanı tarafından istenen fetvalardır. **Uzunçarşılı**, s. 200.

⁴⁶⁷ Miri arazi hususunda Kanuni'nin isteğiyle Ebussuud Efendi geçmişte uygulana gelen şer'i ahkamı bütün ayrıntıları ile *fetava-yı şerife* haline getirmişti. Resmi hukuk kodu haline getirilen bu fetvalar kuvvetle muhtemel arazi ile ilgili tüm kanunların başında yer almıştır. **Akgündüz** (1990), C:1, s.73,76.

⁴⁶⁸ **Aydın** (2020), s.280.

⁴⁶⁹ **Aydın** (2020), s.282. Bu durum Mecelle ile başlayan ve sonrasında bütün İslam dünyasını içine alan kanunlaştırma hareketlerinin bir öncüsü olarak görülebilir. **Gayretli, Mehmet** (2008) 'Tanzimat Sonrasında Cumhuriyete Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Hareketleri' (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.70.

⁴⁷⁰ **Aydın** (2020), s.281.

⁴⁷¹ Sual: "*Bu surette hakimü'l-vakt, rivayet ve akval muhtelifedir. Ben dahi kavlı-ı ahar ile amel edip sıhhat-i nikaha hüküm caizdir*" diye hüküm eylese, hükmü nafiz olur mu?" El-Cevab: "Memnu olacak cidden caiz değildir. Zira kudatın velayeti sahib-i hilafetin izin ve icazetinden müstefaddır. Ve hem esahh-i akval ile hükme memurlardır ve hilafiyatdan mahcurlardır". (Maruzat, Mesele 9). (**Akgündüz** (1992), C:4, s.39.)

Sual: "*Esahh-ı akval ile amel eylesin diye beratında mukayyed olan kadı, kavlı-ı zayıf ile amel eylese, hükmü nafiz olur mu?*" El-Cevap: "*Gayet zayıf olacak, olmaz.*" (Maruzat, Mesele 40) (**Akgündüz** (1992) C:4, s.50.)

⁴⁷² Sual: "*Zeyd-i gaibin zevcesinin nafakaya aczi zahir olup teşeffü' edip Şafii kadısı tefrik edip zevce-i ahara varıp badehu Zeyd gelse şer'an zevcesini geri almaya kadir olur mu?*" El-Cevap: "*Teşeffü' hususu bu diyarda cari olmaya, men-i sultani varit olmuştur*" (Maruzat, Mesele 14) (**Düzdağ, Ertuğrul** (1972) Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul, Endurun Kitabevi, s.44; **Akgündüz** (1992), C:4, s.40.); Sual: "*İnhilal-i yeminde Şafiiye müracaat edip Şafii fesh-i yeminle hükmeylese, nafiz olur mu?*" El-

Diğer yandan Maruzat'taki diğer hükümler incelendiğinde; meselelerin tamamı ya Hanefi mezhebindeki farklı görüşlerden asra uygun olanın tercihi veya başka mezheplere ait hukuki görüşlerin zaruret sebebiyle iktibas tarzında olduğu görülmektedir⁴⁷³. Doğrudan Hanefi mezhebi görüşlerinin alındığı maruzat hükümlerine şu örnekler verilebilir:

Sual: “*Hind küfvü olan Zeyd’e izn-i velisiz şuhud mahzarında nikah olunsa veli, şer‘an feshe kadir olur mu?*” El-Cevab: “*Olur. Adem-i izni garaz-ı faside mebni değil ise böyle memurlardır*” (Maruzat, mesele 10)⁴⁷⁴.

Sual: “*Bekr-i Yahudi Bişr-i Nasraniye, “sizin peygamberiniz İsa haşa veled-i zinadır” dese, mel’una şer‘an ne lazım olur?*” El-Cevap: “*Enbiyaya ilan-ı sebb eyleyen ehl-i küfr katl olunur*” (Maruzat, mesele 19)⁴⁷⁵

Sual: “*Bu surette vatan-ı aslileri mesafe-i baide olacak, ahar vilayetten haccü’l-haremeyn adil kimesneler şahadetleriyle naklolunmak şer‘an caiz olur mu?*” El-Cevab: “*Varis-i marufi olmayıp hasm beytülmal emini olub, vatanından nakl getirilmek emr olundu ise, hâkim gayrı yerden gelen nakli istima etmeğe kadir olmaz*” (Maruzat, mesele 49)⁴⁷⁶

Sual: “*Zeyd şehirden çıkıp gidip gaib olacak beytülmal emini avretinin ve sair akrabalarının ellerinden Zeyd’in malını almaya şer‘an kadir olur mu?*” El-Cevab: Olmaz. *Malını kime inanıp gitti ise, ol zabt eder.*” (Maruzat, mesele 20)⁴⁷⁷

Sual: “*Zeyd mecnun olmakla hakim zevcesi Hindi şer‘an tefrike kadir olur mu?*” El-Cevab: *Hakim, İmam Muhammed kavliyle amele me‘mur ise, olur ve illa olmaz.*” (Maruzat, mesele 12)⁴⁷⁸

Cevab: “*Bu diyarda Şafii olmaz, memnudur. Hakim-i Şafii’nin hükmü ref-i hilaf edemez*” (Maruzat, Mesele 15) **Akgündüz** (1992), C:4, s.40.

⁴⁷³ **Akgündüz** (1999), s.407. **Akgündüz** (1990), C:1, s.73.

⁴⁷⁴ **Akgündüz** (1992), C:4, s.39.

⁴⁷⁵ **Akgündüz** (1992), C:4, s.42.

⁴⁷⁶ **Akgündüz** (1992), C:4, s.53.

⁴⁷⁷ **Akgündüz** (1992), C:4, s.46.

⁴⁷⁸ **Akgündüz** (1992), C:4, s.39; Bu maddede akıl hastalığı (cünun) sebebiyle kazai boşanma düzenlenmektedir. Hanefi mezhebindeki tercih edilen görüşe göre, cinsel iktidarsızlık dışındaki bir sebeple tefrik caiz değildir. Ancak İmam Muhammed’e göre, cünun, cüzzam ve baras da tefrikin yani adli boşanmanın sebepleri arasında yer alır. (Mâverdî, Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib (1994) El-Hâviyu’l-Kebîr, Beyrut, Dârü Kütübî’l-İlmiyye, C:9, s.338.) İşte bu verilen fetva ile İmam Muhammed’in görüşünün de kadılar tarafından tatbik edilebileceği esası getirilmiştir.

Gerek kadı beratları aracılığıyla kadınların Hanefi mezhebinin esahh-ı akvaliyle hüküm vermeleri yönündeki sınırlamalar gerekse padişah iradesine iktiran ettirilen Maruzat'taki fetvalarla Osmanlı ülkesinde Hanefi mezhebi resmi mezhep haline getirilmişti⁴⁷⁹. Ancak bu durum zamanın ruhuna uygun düşmeyen Hanefi mezhebinin bazı müfta-bih görüşlerinin terk edilmesini zorunlu hale getirmişti. Bu da yine devletin resmi hukuk kuralları haline gelen bazı şeyhülislam fetvaları aracılığıyla yapılmıştı.

Bazı şer'i meselelerde Hanefi mezhebi içerisindeki en sahih görüş terk edilmiş ama mezhep içinde kalınmıştı. Örneğin; para vakfı konusundaki mezhep içerisindeki zayıf kavil olan İmam Zufer'in görüşüne itibar edilerek Ebussuud Efendi'nin fetvasının arzı yapıp ferman verildikten sonra bütün Osmanlı ülkesinde cari olmuştu⁴⁸⁰. Aynı şekilde 1544 yılında padişaha arz edilen ve onaylanan bir fetva ile Hanefi mezhebinin hâkim görüşü olmayan genç kızların evlenmesi veli iznine bağlanmıştı⁴⁸¹. Yine Ebussuud Efendi'nin arzıyla padişahın onaylayıp yürürlüğe koyduğu başka bir örnekte ise; insanların borçlarına sadakatının azalması üzerine; borçları mal varlığından fazla olan şahsın hibe ve vakıf kurmak gibi ivazsız tasarruflarının kabul edilmesi şeklindeki Hanefi mezhebin müfta-bih görüşünden vazgeçilerek; borçlunun karşılıksız kazandırmaları geçersiz ve en azından alacaklının icazetine bağlı olması görüşü tercih edilmişti⁴⁸². Ebussud Efendi'nin müdahil olduğu diğer bir misal; misafirin, bir kimsenin evinde öldürülmesi ve katilin bilinmemesi halinde diyetin kim tarafından ödeneceği mevzusu hakkındadır. Bu konuda Ebussud Efendi'nin önerisiyle Ebu Hanife'nin; diyetin ev sahibi tarafından ödenmesi gerektiği şeklindeki görüşü değil, Ebu Yusuf'un; diyetin evde fiilen ikamet eden kişi tarafından ödenmesi gerektiği içtihatı tercih edilmiş ve kadınlara bu içtihatı göre hareket edilmesi gerektiği yönünde fermanlar gönderilmişti⁴⁸³. Bazı maruzat fetvalarında ise Hanefi mezhebinin tamamen terk edildiği görülmüştür. Örneğin; Hz. Peygamber'e hakaret edip

⁴⁷⁹ Aydın (2020), s.252; İnalçık, Halil (2001a) 'Kanun', TDVİA, C:24, s.325.

⁴⁸⁰ İnalçık (2017), s.51. Aydın (2020), s.251. Akgündüz (1999a), s.406. Akgündüz (2011), s.142. Osmanlı Devleti'nde Kanuni Sultan Süleyman tarafından önce Hanefi mezhebinin hakim görüşü gereği para vakıfları bir fermanla yasaklanmış bir müddet sonra ise İmam Zufer'in görüşü baz alınarak yine bir fermanla mezkûr yasak kaldırılmıştır. Aydın (2020), s.279.

⁴⁸¹ Sual: "... Kadıhan meseleleriyle hükmeden hakimın hükmü nafil olur mu?" El-Cevap: "Sene ihda ve hamsin ve tis'a miete (951 h.) tarihinde kudat veli izinsiz nikahı kabul etmemekle memurlardır." (Maruzat, Mesele 8) Akgündüz (1992), C:4, s.38.

⁴⁸² Akgündüz (1999a), s.404.

⁴⁸³ Heyd (1984), s.641.

bunu itiyat haline getiren kimse tövbe etse dahi Hanefi mezhebinin aksine katlolunacağı belirtilmişti⁴⁸⁴.

Şer'i hukuk sahasında, fetvaların bu şekilde devletin resmi hukuk kodu haline getirilmesinin Osmanlı'ya özgü olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira tarihte başka devletlerde de bu usul denenmişse de başarılı olunamamıştır. Örneğin Hindistan'da Tuğlukşah (ö.1388) zamanında, Âlim bin Alâ isimli hukukçu Firuz Şah'ın sarayındaki asilzadelerden Emir-i Tatarhan'ın talimatıyla “*Zâdü'l-Müsafir*” ya da “*el-Fetâvâ't-Tatarhâniyye*”⁴⁸⁵ diye bilinen eser hazırlanmasına rağmen resmen ilan edilmediğinden⁴⁸⁶ bir yasama faaliyeti ürünü olmaktan uzak kalmıştı. Yine Hindistan'da Gürhaniye Devleti hükümdarlarından Şah Evrengzib Âlemgir (ö.1707) ülkede uygulanan Hanefi hukuku kaynaklarından istifadenin zorluğu dolayısıyla bu hükümlerden en muteber olanları herkesin anlayabileceği şekilde Şeyh Nizâm riyasetindeki heyete 6 ciltlik “*el-Fetâvâ'l-Hindiyye*” diğer ismiyle “*el-Fetava'l-Alemgiriyye*”yi hazırlatmasına rağmen hükümdar fermanıyla ilan edilmediği için resmi hukuk tedvini olarak değerlendirilemez⁴⁸⁷. Dolayısıyla Osmanlı Devleti'ne gelinceye kadar -devlet eliyle yer yer bazı girişimlerde bulunulsa da- fetvalar aracılığıyla şer'i hukukun yasama faaliyeti ile tedvinine dair bir misale rastlanılmamaktadır.

Yukarıda anlatılanlara göre; mahkemelerde kullanılan uzman hukukçular eliyle oluşturulan ancak padişah iradesine iktiran ettirilmeyen fetva mecmuaları yasama faaliyeti ürünü değildir. Bununla beraber, padişah onayından geçerek bağlayıcı hale gelen Ebussuud Efendi'nin *Maruzat* ve *Kanun-ı Cedid* gibi fetva derlemeleri birer yasama faaliyeti ürünü olarak görülmelidir. Yukarıda verilen örneklerle bakıldığında devlet başkanının onayıyla şeyhülislam fetvalarının yürürlüğe girmesi bir konuda varid olan farklı içtihatların birinin tercih edilmesi şeklinde olan ikinci tür yasama faaliyeti olarak değerlendirilebilir.

⁴⁸⁴ Sual: “...bizim eimmemiz kavliyle amelen tazir ve haps ile iktifa olunmayıp 'katl olunur' diyen eimme kavliyle amel olunmak emrolunmuştur.” (Maruzat, Mesele 18). **Akgündüz** (1992), s.42.

⁴⁸⁵ Mecelle'nin esbab-ı mucibe layihası “Ve bir aralık mesail-i fikh-ı Hanefiye cem ve ihata etmek üzere asrın fukaha ve füzelası cem edilerek Tatarhaniye ve Fetâvây-ı Cihangiriyye gibi kitâblar telifine himmet olunmuş ise de, yine bil-cümle fûru-i fikhiye ve ihtilâfât-ı mezhebiyye hasr ve ihata edilememiştir.” **Akgündüz** (2012b), s.286.

⁴⁸⁶ **Ekinci** (2017a), s.163.

⁴⁸⁷ Binlerce cilt kitap taranarak ve 200 bin rüpye para harcanarak hazırlanan bu eser Hindistan'daki hukukçuların elkitabı olmuş ve İslam dünyasında büyük rağbet görmüştür **Ekinci** (2017a), s.164; **Mahmasani**, s.323.

2.3. Kanunnameler

Yukarıda tafsilatlı olarak anlatıldığı üzere; kanunnameler, genel anlamda örfi hukuk kuralları içeren Osmanlı yasama faaliyeti ürünleridir. Ancak bazı kanunnamelerin şer’i hukuk temelli oluşturulduğu görülmektedir. Örneğin; Ebussuud Efendi’nin fetvalarının genişletilmesi ile 1541 tarihli Budin ve Estergon Kanunnameleri ile 1568 tarihli Üsküp ve Selanik kanunnamelerinin tanzim edildiği bilinmektedir⁴⁸⁸. Bunların fetva bazlı hazırlanması mezkûr kanunnameleri şer’i hukuk sahasına dahil etmektedir. Ayrıca 1670 tarihli Kandiye ile 1704 tarihli Hanya Kanunnameleri, fıkıh kitaplarının “*babü’l-cizye ve’l-harac*” bölümlerinin kanun haline çevrilmesinden ibaret olduğu için bu tür kanunnamelerin de şer’i hukuk temelli olduğu söylenebilir⁴⁸⁹.

Üstte adı geçen kanunnamelerin yanında şer’i hukukla ilgili bazı kanunname hükümlerinin tanzim edildiği bilinmektedir. Bu kanunnamelerden bazıları, doğrudan nass ile belirlenmiş, içtihatla açık olmayan şer’î ahkâmın kanunlaştırılması (birinci tür yasama faaliyeti) yoluyla bazıları ise mevcut içtihatlardan münasip olanın tercihi (ikinci tür yasama faaliyeti) aracılığıyla oluşturulmuştur.

Yavuz Sultan Selim ile Kanuni’nin Ceza Kanunnamesi’nde ve Dulkadiroğulları’na ait kanunnamelerde mevcut olan öldürme, yaralama, hırsızlık, zina vb. suçlardaki Şâri Teala tarafından tayin edilen içtihatla kapalı had ve kısas cezalarının tanzimi, kanunname hükümleri aracılığıyla yapılan şer’i hukuk sahsındaki birinci tür yasama faaliyeti ürünleri olarak değerlendirilebilir. Bu tür hükümlere şu kanunname maddeleri örnek verilebilir:

“*Ve adam öldüren kimesneyi öldürdüğü kimsenin yerine öldüreler*” (Niğbolu Vilayet Kanunnamesi, m.123)⁴⁹⁰

“*Eğer bir kişinin kasd ile urub gözüne ya dişin çıkarsa, kısas lazım ise kısas edip cürm alınmaya...*” (Yavuz Sultan Selim Han Kanunnamesi, m.18)⁴⁹¹

Mezkûr örneklerin yanında Osmanlı Devleti’nde ikinci tür yasama faaliyeti aracılığı ile içtihatla açık şer’i hukuk sahasında da bazı kanunname hükümlerinin tanzim edildiği

⁴⁸⁸ Akgündüz (1990), C:1, s.67,73. Akgündüz (1999b), s.119

⁴⁸⁹ Akgündüz (1990), C:1, s.66.

⁴⁹⁰ Akgündüz (1991), C:3, s.427.

⁴⁹¹ Akgündüz (1991), C:3, s.91.

görülmektedir. Örneğin; “Kızı güç ile çekip gittikten sonra varsa nikah etse nikah fasiddir, tefrik edeler. Meğer ki, velisi ettiğini caiz görüp nikah ede. Yine bunculayın rızası ile nikah etse veli tecviz etmese küfüv olmadığı sebepten tefrik caizdir.”⁴⁹² hükmünde Hanefi mezhebinin müfta-bih olan görüşünün tercih edildiği söylenebilir. Zira Ebu Hanife’ye göre her ne kadar kız 17 yaşını doldurup kendi isteğiyle evlense de eğer mehir, misil mehrin altında belirlenmiş ya da karşı taraf küfüv şartını sağlamıyorsa o nikahı fesh ettirebilir⁴⁹³. Başka bir kanunname hükmünde “Her kanda kalpazan bulunursa, ol yerin kadısı ve subaşı katına iletip onlar dahi teftiş edip göreler. Şer‘ ile kalpazanlığı sabit olursa hükm edeler; mezkûr kulum boğazından asıp rızkını beylik ede, kimesne mani olmaya.”⁴⁹⁴ denmiştir. Bu konu İslam hukuk literatüründe tartışmalı olmakla birlikte kalpazanların öldürülmeleri yönündeki görüş baz alınarak düzenlenmiştir⁴⁹⁵.

Osmanlı Devleti’nde resmi mezhep uygulamasının doğurduğu problemlerin bir kısmı tıpkı padişah iradesine iktiran eden şeyhülislam fetvaları gibi bazı kanunname hükümleri aracılığıyla da düzeltilmeye çalışılmıştır. 16. asırda kız kaçırma vakıalarının artması üzerine Hanefi mezhebine göre geçerli olan ikrah altında kıyılan nikahların yine Hanefi mezhebine göre geçerli olan ikrah altında talak ile ortadan kaldırılabileceği hususu bazı kanunname hükümleri ile düzenlenmişti. Bu tür hükümlere şu örnekler verilebilir;

“Ve avret ve kız çekip cebr ile nikah ettirene cebr ile boşadalar ve dahi siyaset edeler.” (1565 Tarihli Kanunname-i Saraybosna, m.83)⁴⁹⁶.

“Kız ve oğlan çeken kişinin ve hıyanet ile bir ecnebinin evine giren kimsenin ve avret ve kız çekmeye varan kimesnenin içmeği (erkeklik organı) kesile. Kız ve avret çekip güç ile nikah ettirene cebr ile boşatalar ve nikah edenin sakalın keseler ve muhkem let edeler

⁴⁹² 932 Tarihli Bozok Kanunnamesi, m.19. **Akgündüz** (1993) C:6, s.228.

⁴⁹³ **Aktan, Hamza** (2002) ‘Kefait’, TDVİA, C:25, s.166.

⁴⁹⁴ Serebrenic Maden Yasaknamesi, m.8. **Akgündüz** (1990), C:1, s.482.

⁴⁹⁵ Sual: “Zeyd nühaştan kuruş ve akçe yapıp ve temvihen ağartıp üzerine sikke-i sultaniye elfazını yazıp meskûk gümüştür diye ibadullahı hud’a ile aldatıp sai bi’l-fesat olduğu zahir ve mütehakkık olsa, Zeyd’in şer‘ ve fesadını def için emr-i veliyyü’l-emr ile meşru mudur?” El-Cevab: “Kalpazanların katli hususunda mu‘teberat-ı fıkhiyede mesele görülmediğinden katillerine ifta mümkün olmamıştır. Lakin mezburlar, gereği gibi teftiş olunup sanat-ı habiseyi kendileri işlediği zahir ve mütehakkık olursa, şerlerini def için katillerine ferman buyurulmada be’s yoktur. Amma yanlarında kalp akçe bulunub alâim ve âlat bulunmasa, ahvallerini haber verir kimesneler dahi olmasa, tazir-i şedid ve habs-i medidden gayri ceza caiz değildir”. **Feyzullah Efendi** (1266) Fetavay-ı Fevziye, İstanbul s. 143-144.

⁴⁹⁶ **Akgündüz** (1993), C:6, s.466.

(döveler). *Ve avretle tutulanın şer'an siyaset edeler*” (II. Bayezid’in Umumi Osmanlı Kanunnamesi, madde 26)⁴⁹⁷.

Sonuç olarak kanunnamelerin Osmanlı hukukunda yasama faaliyeti sonucunda oluştuğu hususunda bir tereddüt olmadığından; şer’i hukukun kanunname hükümleri aracılığıyla düzenlenmesi usulü Osmanlı Devleti’nde şer’i hukuk sahasında kanunnameler aracılığıyla yasama faaliyetinin icra edildiğini göstermektedir. Yukarıdaki örneklere bakıldığında Osmanlı Devleti’nde şer’i hukuk sahasında kanunnameler aracılığıyla hem birinci hem de ikinci tür yasama faaliyeti icra edildiği söylenebilir.

2.4. Tanzimat Sonrasındaki Hukuki Düzenlemeler

Tanzimat sonrası döneme gelindiğinde; askeri, idari, iktisadi ve sosyal alanda meydana gelen köklü değişiklikler, Osmanlı Devleti’nde hem mahkemeler hem de hukuk kuralları alanında reformlar yapmayı zorunlu hale getirmişti. Bunun için bir taraftan; adli sahada Şer’iye Mahkemeleri’nin yanında Nizamiye Mahkemeleri⁴⁹⁸ ihdas edilmiş, diğer taraftan yasama faaliyeti sonucu Osmanlı hukuk müktesebatı modern anlamda kanunlaştırılmıştı⁴⁹⁹.

Bu dönemde kanunlaştırma faaliyeti yürütülürken genel anlamda iki yöntem takip edilmekteydi. Bunlardan ilki tamamen veya kısmen Batılı kanunların Türkçeye çevrilmesi; ikincisi ise ülkede o zamana kadar uygulanmakta olan hem kanunnamelerde hem de muteber fıkıh kitaplarında mevcut olan hükümlerin kodifiye edilmesi yöntemi idi⁵⁰⁰. Bu

⁴⁹⁷ Akgündüz (1990), C:2, s.42,43.

⁴⁹⁸ Bu mahkemeler, Klasik dönemde de var olan tek hâkimli şer’iye mahkemelerinin yanında kurulan toplu hâkimli ticaret, hukuk ve ceza mahkemeleridir. Kenanoğlu, M. Macit (2007) ‘Nizâmiye Mahkemeleri’, TDVİA, C:33, s.85-188.

⁴⁹⁹ Osmanlı Devleti’nde Tanzimat devri kanunlaştırma hareketleri detaylı bilgi için bakınız. Gayretli, Mehmet (2008) ‘Tanzimat Sonrasından Cumhuriyete Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Hareketleri’ (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü; Gümüş, Musa (2013) ‘Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları’, Tarih Okulu İlk Bahar-Yaz, S:14, s.163-200. Şentop, Mustafa (2005) ‘Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyeti Literatürü’, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, S:5, C:3, s.647-672; Osmanlı Devleti’nde, Tanzimat devrinde hem adliye teşkilatındaki hem de hukuk normu sahasında yapılan yenilikler nedeniyle düalist bir hukuk sistemi oluşmuştur. Oluşan bu düalist yapı nedeniyle bazı durumlarda bir vakıanın aynı zamanda iki farklı yargı merciinde iki farklı hukuk normuna göre çözüldüğü görülmüştür. Kılınç / Yıldırım, s.218.

⁵⁰⁰ İlk yöntemle tanzim edilen düzenlemelere; Askeri Ceza Kanunu (1838), Ticaret Kanunu (1850), Men’i İrtikab Kanunnamesi (1855), Ceza Kanunnamesi (1858), Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi (1861), Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi (1863), Tabiiyyet-i Osmaniye Kanunu (1869), Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunnamesi (1879) ve Usul-i Muhakemat-ı Hukukiyye Kanunu (1879), ikinci yöntemle tanzim edilen düzenlemelere ise; Ceza Kanunları (1840 ve 1851), Arazi Kanunnamesi (1858), Mecelle-i Ahkam-ı Adliye

düzenlemelerden; hükümlerinin neredeyse tamamı şer'i hukukla ilgili olan Mecelle-i Ahkam-ı Adliye ile Hukuk-ı Aile Kararnamesi dikkat çekmektedir⁵⁰¹.

2.4.1. Mecelle-i Ahkam-ı Adliye

Klasik sonrası devre geldiğimizde yukarıda anlatıldığı üzere düzensiz bir şekilde ara sıra şer'i hukuku konu edinen Maruzat ve Kanun-ı Cedidler ile ferman ve kanunnameler yerini sistematik bir şekilde şer'i hukuk temelli yasama faaliyeti ile oluşturulan kanunlara bırakmıştır⁵⁰². Bunlardan en önde geleni hiç kuşkusuz Mecelle-i Ahkam-ı Adliye idi. Mecelle-i Ahkam-ı Adliye⁵⁰³, Ahmed Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki bir komisyon tarafından 1868 yılında başlanıp 1876 yılında tamamlanan 1851 maddeden ve 16 kitaptan oluşan İslam hukuk tarihinin ilk kanun örneği sayılmaktaydı⁵⁰⁴. Osmanlı Devleti'nin şer'i hukuk sahasındaki Hanefi mezhebinin en sahih görüşlerinin tercih edilmesi anlayışı Mecelle'nin hükümlerinde de kendisini göstermişti⁵⁰⁵.

Mecelle'nin içeriğine bakıldığında esas itibariyle borçlar, kısmen eşya ve yargılama hukukunun yer aldığı görülmektedir⁵⁰⁶. Mecelle'ye, medeni hukukun en önemli dallarından biri olan aile hukukunu içermemesi nedeniyle tam manasıyla “medeni kanun”

(1869-76), Usul-i Muhakeme-i Şer'iyeye Kararnamesi (1917) ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi (1917) örnek verilebilir. **Aydın** (2019), s.424-30.

⁵⁰¹ Burada Arazi Kanunnamesi ismi zikredilmemiştir. Zira mezkur kanunda hem fıkıh kitaplarında ele alınan mülk arazi ile ilgili hükümler hem de Osmanlı tarihi boyunca münferit fermanlar ve kanunnameler ile düzenlenen miri arazi ile ilgili esaslara yer verilmiştir. **Aydın, M. Akif** (1991) ‘Arazi Kanunnamesi’, TDVİA, C:3, s.346.

⁵⁰² Osmanlı Devleti'nde şer'i hukuk sahasında Maruzat şeklinde görülen yasama faaliyetine Ebussuud Efendi'den sonra yer yer devam etse de Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin oluşturulmasına kadar rastlanmamıştır **Aydın** (2020), s.281.

⁵⁰³ Detaylı bilgi için bakınız. **Şimşirgil, Ahmet / Ekinci, E. Buğra** (2008), Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul, KTB Yayınları. **Aydın, M. Akif** (2003a) ‘Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’, TDVİA, C: 28, s.231-235.

⁵⁰⁴ **Aydın** (2019), s.427.

⁵⁰⁵ Bu husus esbab-ı mucibe layihasında “...mu'âmelat-ı asra göre bedihiyyül-lüzûm olan mevad hakkında sadat-ı Hanefiyyenin akvâl-i muteberesi cem edilerek... Elhâsıl bu Mecelle'de mezheb-i Hanefinin haricine çıkmayıp...” şeklinde belirtilmektedir. **Akgündüz** (2012b), s.286, 288; Hanefi mezhebinin resmi mezheb olması hususunda o kadar ileri gidilmişt ki; Mecelle hazırlanırken “kitabü'l-havale”nin 692. maddesi Hanefi mezhebi içinde diğer imamlara göre daha az tanınan Züfer b. Hüzeyl'in görüşünün alınması neticesinde oluşturulmuştu. Ancak bu tercih Ahmet Cevdet Paşa gibi büyük bir hukukçunun heyetten azledilmesinin sebeplerinden birini teşkil etmişti. **Aydın** (2003a), s.233.

⁵⁰⁶ Mecelle genel nitelikli bir kanundur. Bu nedenle Ticaret kanunnamesi gibi özel nitelikteki kanunların uygulanabilmesi için sonraki tarihli genel bir kanun vasfını haiz olan Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'de mezkur vakia ile ilgili bir hükmün bulunmaması gerekir. **Kılınç, Ahmet / Karakaya, Harun** (2022) ‘Batılı Devletlerin Karma Ticaret Mahkemelerinde Mecelle'nin Uygulanmasına Yönelik Eleştirilerinin Değerlendirilmesi’, KHM, C:2, S:1, s.68.

denilememekte idi⁵⁰⁷. O dönemde Müslümanların aile hukukuna dair uyuşmazlıkları Nizamiye değil Şer’iyye Mahkemeleri’nin yetkisi dahilindeydi. Şer’iyye Mahkemelerinin önüne aile hukukuna dair bir mesele geldiğinde o alanı düzenleyen Mecelle gibi bir kanun olmadığı için tıpkı Klasik dönemde olduğu gibi muteber fıkıh kitaplarına ve fetva mecmualarına müracaat edilmekteydi. Bu durum 1917 yılında çıkarılan Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile değişmiş ve artık Şer’iyye Mahkemeleri aile hukukuyla ilgili meseleleri yürürlükte olduğu süre içerisinde -ileride somut misallerde de görüleceği üzere- Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ne müracaat ederek çözümlenmiştir.

2.4.2. Hukuk-ı Aile Kararnamesi

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Osmanlı Devleti’nin sonlarına doğru çok kısa bir dönem yürürlükte kalmış olmasına rağmen; İslam hukuk tarihinde aile hukuku alanında İslam ülkelerinde kabul edilmiş ilk kanun olması hasebiyle büyük öneme sahiptir. Diğer İslam ülkelerinde bu alanda kanunlaştırma teşebbüsleri olsa da netice vermemiş ve yürürlüğe girememiştir. Mesela; Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nden yaklaşık kırk yıl önce Mısır’da Muhammed Kadri Paşa⁵⁰⁸ tarafından hazırlanan “*el-Ahkamü’s-Şer’iyye fi’l-ahvali’s-Şahsiyye*⁵⁰⁹” adlı kanun taslağı yürürlüğe girmediği için o dönemde hususi bir çalışma olmaktan ileri gidememiştir. Kararname, ilk olma özelliği dolayısıyla bu tarihten sonra aile hukukunu kanunlaştırmak isteyen İslam ülkelerine de yol gösterici olmuştur⁵¹⁰.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin en önemli özelliklerinden biri; 16. asırda başlayan ve Mecelle’de de kendini gösteren Hanefi mezhebinin en sahih içtihatlarının tercih edilmesi usulünün terk edilmesidir. 1917 yılında tanzim edilen Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile birden fazla muteber müçtehitin içtihatlarının alındığı yeni bir usule geçilmişti. Bu yeni usul, genelde Hanefi mezhebi içtihatlarının terk edilerek diğer klasik fıkıh ekolleri olan Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerinin görüşlerinin tercih edilmesi şeklinde tezahür etmişti. Bazen de bu değişim diğer mezhep görüşlerine gidilmeden Hanefi mezhebindeki hâkim görüş terk

⁵⁰⁷ Mecelle’de aile hukukuna dair hükümlerin bulunmamasının sebebi; esas itibarıyla Mecelle’nin Nizamiye Mahkemeleri’nde uygulanmak üzere hazırlanmış olmasına bağlanabilir. **Aydın** (2003a), s.233.

⁵⁰⁸ **Aydın, M. Akif** (2005) ‘Muhammed Kadri Paşa’, TDVİA, C: 30, s.546.

⁵⁰⁹ **Aydın, M. Akif** (1988) ‘el-Ahkamü’s-Şer’iyye fi’l-Ahvali’s-Şahsiyye’, TDVİA, C:1, s.557.

⁵¹⁰ Örneğin; 1984 IFLA Malezya Aile Kanunu, Kararnamenin eksikliklerinden dersler çıkarmış ve Kararnameden birçok açıdan etkilenmiştir. Detaylı bir inceleme için bakınız. **Kılınç, Ahmet** (2019) ‘İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984’ün Mukayesesi’, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:14, S:02, s.623-662.

edilerek mezhep içindeki diğer imamların görüşlerinin tercih edilmesi şeklinde ortaya çıkmıştı. Bunların yanında; -ileride değinileceği üzere- Kararnamede bir meselede, klasik dört mezhebinin dışında olan İbn Şübrüme ve Ebû Bekr el-Esam gibi müçtehitlerin de görüşleri kanunlaştırılmıştı. Sonuçta sıkı şekilde uygulanan Hanefi mezhebi içtihatlarının birçok meselede Kararnamece terk edilmesi Osmanlı'nın şer'i hukuk sahasındaki yasama faaliyeti anlayışında bir parametre değişikliğine gittiğini göstermektedir. Bu yasama faaliyeti usulünün ne ölçüde şer-i şerife uygun olduğu tezin üçüncü bölümünde ele alınacaktır.

Bu aşamada Kararnameyi incelemenden önce Osmanlı hukuku yasama faaliyetinin şer-i şerife uygunluğunun nasıl ve ne oranda sağlandığının genel anlamda ele alınmasında fayda olacağı kanaatindeyiz.

3. Osmanlı Devleti'nde Yasama Faaliyetinin Şer'i Hukuka Uygunluğu

Osmanlı hukukunda şer'i hukuk kuralları ile örfi hukuk kuralları beraber uygulanmış idi⁵¹¹. Bu durum Osmanlı Devleti'nde örfi hukukun şer'i hukukun bir parçası olduğunu⁵¹² iki hukuk çeşidinin birbiriyle uyumlu halde ve bir bütünlük içinde bulunduğunu⁵¹³ ve ayrıca örfi hukukun şer'i hukukun çizdiği sınırlar dahilinde onun boş bıraktığı alanları doldurmuş olduğunu⁵¹⁴ göstermektedir.

Halil İnalçık, Osmanlı Devleti'nde kanun yapma faaliyetinin şer'i hukuktan bağımsız şekilde ortaya çıktığını İslam hukukundaki ıstıslah ve istihsan kurallarına göre meşruluk kazandığını⁵¹⁵ ve hükümdarın kendi iradesine dayanan şeriatın kapsamına girmeyen alanlarda kanunlar oluşturulması ile şeriatı aşan bir hukuk nizamı oluşturulduğunu söylemektedir⁵¹⁶. Barkan, Osmanlı padişahlarının kamu hukuku kaidelerini tanzim ederken

⁵¹¹ Mısır ve Karaman'a ait arazi tahririnin İbn Kemal tarafından yapılması, Selanik, Üsküp, Budin'e ait arazi tahririnin ise Ebussuud Efendi tarafından yapılması, örfi miri arazi sistemini tanzim eden Budin Kanunnamesinin başına fetva konulması ve Ebussuud Efendi'nin bazı fetvaları padişaha arz edip onaylanmasıyla bütün mahkemelerde uygulanması zorunlu kural haline getirmesi Osmanlı Devleti'nde şeri ve örfi hukukun Osmanlı hukukunda bir bütünlük arz ettiğini göstermektedir. **Aydın** (2020), s.71.

⁵¹² **Köksal**, s.115.

⁵¹³ **Aydın** (1999), s.75.

⁵¹⁴ Osmanlı Devleti bırakılan bu bilinçli boşluklar siyaset-i şer'iyye prensibi gereği örfi hukuk uygulamalarıyla doldurulmuştur. **Koşum**, s.353, 356.

⁵¹⁵ **İnalçık** (2017), s.51, 59.

⁵¹⁶ Mezkûr durumun oluşmasının sebebi devlet menfaatlerinin her şeyin üzerinde tutulması anlayışıdır. **İnalçık** (1958), s.102. **Köksal**, s.113.

özel hukuk alanında bilhassa miras, şahıs ve medeni hukuk gibi alanlarda şer’i hukukun hükümlerine bağlı kaldığını ve bu alana karışmaktan çekindiğini hatta kendisini şer-i şerifin en büyük muhafazakarı olarak gördüğünü belirtmektedir⁵¹⁷.

Osman Bey’in bir örfi vergi türü olan pazar vergisine başta şer-i şerife uygun olmadığı için karşı çıkması ancak sonradan şeriata aykırı olmadığını görünce bu vergi türünü kabul etmesi⁵¹⁸ henüz Osmanlı’nın kuruluş sürecinde şer’i hukuk sahasına müdahale edilmekten kaçınıldığını ve örfi hukuk kuralları konulurken şer-i şerife uygun hareket etme hassasiyetinin olduğunu göstermektedir. Bu hassasiyet örfi hukukun kanunnameler ile tedvin edildiği dönemde de devam etmişti. Örneğin bir çok kanunnamenin başında “... *Kanunname-i sultanidir ki, şer-i şerife muvafakati mukarrer olup hala muteber olan kavanin ve mesaildir*”⁵¹⁹ ve “*Beyan-ı tafsil-i kavanin-i şer’iyye-i müteamile ve kavaid-i rüsum-ı örfiye-i mütearife ki, mebani-i defatir-i Osmaniye ve meahiz-i ahkam-ı sultaniyedir*” ifadelerinin yer alması kanunnamelerin şer-i şerifle uyumlu halde çıkarılma çabalarının olduğunu göstermektedir⁵²⁰. Yine yeni fethedilen topraklar içerisinde sancak kanunnamesinin de yer aldığı tahrir defterlerinin şer’i hukuku bilen ilmiye sınıfından kişilerce hazırlanması da örfi hukukun tanziminde şer’i hukuka dikkat edildiği izlenimini oluşturmaktadır⁵²¹.

Örfi hukukun şer-i şerife uygun yapılması hassasiyeti Tanzimat devrinde de devam etmişti. Zira tamamen bir örfi hukuk tanzimi olan 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi’ni hazırlayan heyetin mazbatasında “*Bab-ı fetvapenahi ile bi’l-muhabere iktiza-yı şer’isine dahi tatbik olunarak...*”⁵²² ifadesi şeyhülislamlık ile irtibat kurularak Arazi Kanunnamesi’nin şer-i şerife uygun yapılmaya çalışıldığını göstermektedir. Aynı şekilde ilerleyen yıllarda çıkarılan ve bir şer’i hukuk düzenlemesi olan Mecelle-i Ahkam-ı Adliye

⁵¹⁷ Barkan, s.192.

⁵¹⁸ Aşıkpaşazade Tarihi, s.19-20. Akt. Aydın (1999), s.19-20.

⁵¹⁹ Karakoç, Serkez ‘Kanun-ı Cedid’ Külliyyat-ı Kavanin, Dosya I, Belge No: 6092, s.1. akt. Akgündüz (1999a), s.402; Milli Tettebbualar Mecmuası ‘Osmanlı Kanunnameleri’ s.49. akt. Aydın (2020), s. 91.

⁵²⁰ Akgündüz (1990), C:1, s.85.

⁵²¹ Akgündüz, Budin Eyâleti’nin tahririni Ebüssuud’un, Karaman Eyâleti’nin tahririni İbn-i Kemal’in, Diyarbekir eyâletinin ilk tahririni İdris-i Bitlisi ve Âmid kadısının, Mısır Kanunnâmesi’nin tahririni İbn-i Kemal’in ve Hama, Haleb ve Hums livâlarının tahrirlerini ise Haleb kadısının yaptığını belirtmektedir. Akgündüz (2002), s.28.

⁵²² Karakoç, Sarkis (1341/1343) Tahşiyeli Kavanin, C:1, İstanbul, s.175-177. Akt. Aydın (2020), s.93.

hazırlanırken yine şeyhülislamlık ile irtibat kurulup şer-i şerife uygun bir kanun oluşturulmaya çalışılmıştı⁵²³.

Osmanlı Devleti'nin yasama faaliyetinde şer-i şerife uygun hareket ettiğini gösteren diğer önemli karine ise yasama faaliyetinde görev alan kimselerin çoğunluğunun ilmiye sınıfından olmasıdır. Zira ileride anlatılacağı üzere hukuk kurallarının en yoğun şekilde oluşturulduğu yer olan Divan-ı Hümayun'daki üyelere bakıldığında pek çoğunun ilmiye kökenli kimseler olduğu görülmektedir. Divan-ı Hümayunda padişahтан sonra en önemli kişi olan vezir-i azamların; Fatih devrine kadar ilmiye kökenli olduğu bilinmektedir⁵²⁴. Kanunname taslaklarının hazırlanmasında büyük rolü olan Divan'ın diğer bir üyesi nişancılar da ilmiye sınıfındandı⁵²⁵. Asıl görevleri yargılama yapmak olsa da kanunname tasarılarının görüşülmesi sırasında istişarelere katılan ve Divan-ı Hümayun üyesi olan kazaskerler de ilmiye sınıfından idi. Bahsi geçen Divan-ı Hümayun üyelerinin ilmiye sınıfından olması hukuk kurallarının henüz oluşturulması esnasında şer'i hukuka uygun hareket edildiği kanaatini oluşturmaktadır⁵²⁶.

Literatürde Osmanlı'da hukuk kurallarının resmiyet kazanmadan önce ilmiye sınıfının başı şeyhülislama gönderildiğine dair görüşler vardır⁵²⁷. Ancak Barkan'a göre; padişah tarafından çıkarılan kanunların ayrıca şeyhülislama gönderilerek onayı alındıktan sonra yürürlüğe gireceğine dair teamüli bir esas veya anayasa kaidesi yoktur⁵²⁸. Uriel Heyd de kanunnamelerin önceden onayı alınmak üzere şeyhülislama takdim edilmesi hakkında hiçbir delilin olmadığını söylemektedir⁵²⁹. Ancak gerek Akgündüz ve gerek Ekinci'ye göre;

⁵²³ "... mukaddimesiyle Kitâb-ı evveli hitâm bularak bir nüshası zât-ı hakayık-i âyât hazreti fetvâ-penâhiye ... bi'l-i'tâ olunan ihtârât üzerine ta'dilât-ı lâzime icrâ olunduktan sonra ..." **Ali Haydar**, s.15.

⁵²⁴ Örneğin Çandarlı Kara Halil Osman ve Orhan Bey dönemlerinde kadılık ve kazaskerlik yaptıktan sonra veziriazamlık yapmıştır. İlk Osmanlı veziri ise ulemadan Alaeddin Paşadır. **Danışmend**, s.50.

⁵²⁵ "Ve nişancılık Dahil ve Sahn müderrislerinin yoludur" (Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi, m.15.) **Akgündüz** (1990), C:1, s.321; On altıncı asrın ilk çeyreğine kadar bütün nişancılar ilmiye sınıfından tayin edildiği bilinmektedir. Binaenaleyh Fatih, II. Bayezid, I. Selim ve Kanuni devrinin nişancıları ekseriyetle kadı veya müftü kökenli idi. **Akgündüz** (1990), C:1, s.86.

⁵²⁶ **Aydın** (1999), s.75. **Akgündüz** (2002), s.28. **Köksal**, s.115; Kanun taslaklarını hazırlayan tashih eden ve müzakeresini yapan nişancılar, defter eminleri ve vilayet katiplerinin medrese kökenli olup İslam hukukunu çok iyi bilen kimseler olması da yasama faaliyetinin şer-i şerifi bilenler eliyle yapıldığını göstermektedir. **Akgündüz** (1990), C:1, s.86.

⁵²⁷ **Akgündüz** (2002), s.25, 28; **Ekinci** (2017a), s.167; **Uçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal** (2015), Türk Hukuk Tarihi, 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.223.

⁵²⁸ Barkan'a göre kanunnamelere şer-i şerife uygun olduğuna dair ibareler sonradan konulmuştur. **Barkan**, s.190, 192.

⁵²⁹ Heyd, her ne kadar kanunnameler çıkarılmadan önce şeyhülislama gönderilmese de bazı kanunnamelerin çıkarılması sonrasında şeyhülislama gittiğini ve onaylandığı veya çok nadiren reddedildiğini söylemektedir. **Heyd** (1984), s.641-642. **Heyd** (1973), s.174.

örfi hukukun görünüm şekli olan ferman ve kanunnamelerin ilmiye sınıfı mensubu *müfti-i kanun* denilen nişancı tarafından hazırlandıktan sonra örfi hukukun şer'i hukuka uygunluğunu tespit etmek için şeyhülislamın fetvasının alınması gerekmektedir⁵³⁰. Bu kanaatin en azından Tanzimat devrinde çıkarılan bazı düzenlemeler için doğru olduğu söylenebilir. Zira 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi⁵³¹ ve Mecelle-i Ahkam-ı Adliye⁵³² henüz taslak halinde iken padişah iradesine sunulmadan önce şeyhülislamlığa gönderilerek şer'i kontrolden geçirilmişti.

Bazı araştırmacılar, Osmanlı Devleti'nde şer'i ilkelere aykırı düşülmemeye teoride özen gösterilse de hukuk kaidelerinin bütünüyle şer'i hukuk anlayışına uygun olarak belirlenmediğini söylemektedir⁵³³. Aşağıda görüleceği üzere; gerçekten bu yönde bazı İslam hukukuna aykırı düzenlemelerin varlığı dikkat çekmektedir. Ancak bu tür şer-i şerife aykırı düzenlemelerin bazılarının sonradan nişancı ve şeyhülislam tarafından şer'i hukuka uygun hale getirildiği görülmüştür.

Uriel Heyd ve Aydın, örfi hukuk kuralları konulurken dönemin hukuki, siyasi, askeri, mali şartları ve merkezîyetçi devlet anlayışı nedeniyle şer'i hukuk ilkelerinin zorlandığını ve ihlal edildiğini ancak yapılan düzenlemeler ile Nişancıların kanun metinlerinin yanına “*emr-i şer' muteberdir kanunu yoktur*” ifadesinin kaydedilmesi üzerine düzeltildiğini belirtmektedir⁵³⁴. Örneğin; “*Eğer bir kimesne kaz ya tavuk ya ördek uğurlasa, kadı tazir edip iki ağaca bir akçe cürm alına. Eğer bir kimesne kovan ya koyun ya kuzu uğurlasa, nisabına yetişmese yine tazir edip ağacına bir akçe cürm alına. Eğer bir kişi at ya katır ya merkeb uğurlasa, elin keseler yahut iki yüz akçe cürm alına.*” (Yavuz Selim Han Kanunnamesi, m.26) şeklindeki kanun metninin yanına “*emr-i şer' muteberdir kanunu yoktur*” ibaresi düşülmüştür. Midilli, mezkûr ibarenin düşülme sebebinin daha önce hiçbir kanunda

⁵³⁰ **Ekinci** (2017a), s.167. Akgündüz, Osmanlı Devleti'nde padişahın icazetli alim olması durumu hariç şeyhülislam tarafından yahud hakim ve müftülerden biri tarafından onaylanmamış hiçbir kanun, ferman ve irade olmadığını iddia etmektedir. **Akgündüz** (2002), s.28.

⁵³¹ Meclis-i Tanzimat Mazbatası: “...Ancak Arâzî Kanunnâmesi'nin hükümleri şer'i meselelere uygun olması ve şer'i istilahlara tevfiik edilmesi lâzım geleceği cihetle, evveleminde bir kerre şeyhülislamın görmüş olması zaruri olduğundan, mezkûr kanunnâme şeyhülislamlığa gönderilmişti.” **Akgündüz** (2012b), s.893.

⁵³² Mecelle'nin esbab-ı mucibe layihasında “Mecelle tertibine bi'l-ibtidar mukaddimesiyle kitâb-ı evveli hitam bularak bir nüshası zat-ı hakayık ayat-ı hazret-i Fetvâpenahiye verildiği gibi ilm-i fıkıhda maharet ve malûmat-ı kaifiyesi olan diğer bazı zevat-ı fihame dahi birer nüshası bi'l-ita olunan ihtarat üzerine tadilat-ı lâzıme icra olunduktan sonra tebyîz ile huzur-ı hakayık zuhur-ı vekâlet-penahilerine arz olundu.” **Akgündüz** (2012b), s.287

⁵³³ **Yaman, Ahmet** (2005) ‘Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer’iliği Tartışmalarına Eleştirel Bir Katkı’, İslamiyat Dergisi, S:1, s.117.

⁵³⁴ **Heyd** (1973), s.149; **Aydın, M. Akif** (1993) ‘Ceza’, TDVİA, C:7, s.478.

zikredilmeyen “nisab” kelimesi dolayısıyla olabileceğini söylemektedir. Zira Hanefi hukuk geleneğinde hırsızlığa konu olan tavuk ve ördek gibi hayvanların had cezasını gerektirmeyen kuş kapsamında görüldüğü için nisap terimini kullanmaya gerek olmadığını belirtmektedir. Düşülen notun kanunun son kısmına dair olabileceğine de belirten Midilli, o halde mezkûr notun düşülme sebebinin el kesme ile para cezasının seçimlik ceza olarak zikredilmesi yani kanun yazımındaki yanlışlık sebebiyle olabileceğini zira daha önceki kanunname hükümlerinde para cezasının seçimlik ceza olarak değil -tedrici şekilde- el kesme cezası verilemediğinde para cezasının verileceğinin açıkça belirtildiğini söylemektedir⁵³⁵.

Çıkarılan bazı şer-i şerife aykırı düzenlemeler hakkında bazen de şer’i hukukun en önemli temsilcisi olan şeyhülislamın devreye girerek “*Na-meşru olan nesneye emr-i sultan olmaz*” ibaresini düştüğü görülmektedir. Örneğin Ebussuud Efendi’nin müste’menlerin şahitlikleri mevzusunda varid olan bir kanunname hükmüne karşı çıkarak “*Na-meşru olan nesneye emr-i sultan olmaz*”⁵³⁶ demesi ve bunun cahil katiplerin işinden başka bir şey olmadığını belirtmesi kanunname yürürlük kazansa bile denetimin şeyhülislamlarca devam ettiğini göstermektedir⁵³⁷. Yine Ayasofya evkâfına ait dükkânların kiracıları, dükkânlara yerleştirdikleri âlet ve edevâtlarını bahâne ederek ve vakfın da zengin olduğunu ileri sürerek, kendilerinden alınan kira bedellerinin yükseltilmemesini ve ecrimisil talep edilmemesini istemişler, padişah’tan da ferman getirmişlerdi. Ancak bunlara şeyhülislam Ebussuud Efendi, “*Emr-i Sultânî ile nâmeşrû olan nesne meşrû olmaz. Haram olan nesne helâl olmak yoktur. Ecrimisilden kusûru ne mikdâr ise, bî-kusûr tazmin olunması gerekir. Emr-i Sultan sadece gayr-ı sahih vakıflarda muteberdir*”⁵³⁸ diyerek; çıkan fermanın şer-i şerife aykırı olduğunu belirtmişti. Bu durum şeyhülislamın hukuk kurallarının tanziminden sonra da şer-i şerife uygunluk denetimini sürdürdüğünü göstermektedir. Ayrıca 16 ve 17. asırdaki kanunnamelere düşülen haşiyelere göre bazı kanun hükümlerinin yanlış ve şeriata aykırı olduğu için yürürlükten kaldırılması⁵³⁹ yine şer’i denetimin hukuk kurallarının yürürlüğe girmesinden sonra da devam ettiğini göstermektedir.

⁵³⁵ **Midilli, Muharrem** (2021) ‘Emr-i Şer’ Muteberdir; Kanunu Yoktur: Klasik Osmanlı Ceza Kanunlarının Derkenar Notlarıyla Tashihi’, Darulfunun İlahiyat, S:1, C:32, s.48.

⁵³⁶ **Düzdağ**, s.98.

⁵³⁷ **Heyd** (1973), s.180,191,192. **Akgündüz** (1990), C:1, s.86.

⁵³⁸ Ayasofya Evkafı, Süleymaniye Kütüphanesi, Reşid Efendi, No:1036, s.46-49. Akt. **Akgündüz, Ahmed** (1988) İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Ankara, TTK, s. 310.

⁵³⁹ Mesela 17. asrın ikinci yarısından itibaren yeni fethedilen Girit ve Midilli adalarına yüklenen rüsum-i divaniyye veya örfiyye gibi para cezalarını içeren şeriat dışı vergiler toplanmayacaktır. **Heyd** (1984), s.648,649.

Yukarıdaki misallere ek olarak; Uriel Heyd, gerek para ve gerekse kürek cezalarının şeriata aykırı olduğunu ve ulemanın bu tür hükümlere karşı durmadıklarını tam aksine fetvalarıyla destek olduklarını söylemekte⁵⁴⁰ ve II. Mustafa'nın 1107 tarihli fermanıyla hükümlerde “*şer’ ve kanun üzere*” ifadesini yasaklamasının⁵⁴¹ o döneme kadar oluşturulan birtakım örfi hükümlerin İslam hukukuna aykırılık gösterdiğini iddia etmektedir⁵⁴². Ayrıca bazı yazarlar tarafından Fatih'in kanunnamelerindeki zina⁵⁴³, hırsızlık⁵⁴⁴ ve kardeş katli⁵⁴⁵ ile örfi intikal, hırsız ve gerdek resmi gibi örfi hukukla ilgili hükümlerin şer-i şerife aykırı olduğu iddia edilmektedir⁵⁴⁶.

4. Osmanlı Hukukunda Yasama Yetkisi ve Usulü

Hatırlanacağı üzere; İslam hukukunda yasama faaliyeti kamu otoritesinin en yetkili görevlisi ve egemen irade sahibi olan ülülemr tarafından gerçekleştirilmekteydi⁵⁴⁷. Devletin yüksek otoritesini elinde tutan organ olan ülülemr; sultan veya bunların yanında şura denen yardımcı meclisler olabilirdi⁵⁴⁸.

Osmanlı hukukunda yasama yetkisi ülülemr makamında olan padişaha aittir. Ancak çoğu zaman bu yetki son söz yine padişahla olmak üzere bir takım yardımcı kişi ve yasama meclisleri aracılığıyla yerine getirilmiştir. Bu aşamada; öncelikle padişahın ardından yasama meclislerinin Osmanlı yasama faaliyetindeki rolü incelenecektir.

⁵⁴⁰ Heyd (1984), s.645-48.

⁵⁴¹ Osman Nuri (1922) Mecelle-i Umur-ı Belediye, C:1, İstanbul, s.568.

⁵⁴² Heyd (1984), s.649. Şer’ ve kanun ifadelerinin yan yana kullanımının yasaklanmasını İnalcık, şeyhülislamların devlet işlerindeki etkisinin artması üzerine yasaklandığını (İnalcık (2001a), s.326.), Akgündüz, padişahın böyle bir ferman çıkarmasında bazı ilim adamlarının yanlış telkinlerinin etkili olduğunu (Akgündüz (1990), C:1, s.53.) Ekinci ise; bu durumun “kanun” ile “şeri hukuk” arasında uygulanma ve bağlayıcılık yönünden bir farkın olmadığını gösterdiğini söylemektedir. (Ekinci (2017a), s.168.)

⁵⁴³ “Eğer bir kişi zina kulsa şeriat huzurunda sabit olsa ol zina kılan evli olsa ve dahi bay olursa ki bin akçeye dahi ziyadeye gücü yeterse cürm üç yüz akçe alına, evsatu'l-hal olursa kim altı yüz akçaya malik ola cürm iki yüz akçe alına, ondan aşağı gücü yeterse cürm yüz akça alına...” (Fatih'in Umumi Osmanlı Kanunnamesi, m.1) Akgündüz (1990), C:1, s.347.

⁵⁴⁴ “... Eğer koyun veya kovan uğrılarsa cürm on beş akçe alına” (Fatih'in Umumi Osmanlı Kanunnamesi, m.16) Akgündüz (1990), C:1, s.349.

⁵⁴⁵ “Ve her kimesneye evladından saltanat müyesser ola, karındaşların nizam-ı alem için katletmek münasıptır. Ekser-i ulema dahi tecviz etmiştir. Onunla amil olalar” (Fatih Teşkilat Kanunnamesi, m.37) Akgündüz (1990), C:1, s.328.

⁵⁴⁶ Yaman (2005), s.117-118; Heyd (1973), s.191.

⁵⁴⁷ Yılmaz (2020), s.322.

⁵⁴⁸ Cin / Akgündüz, s.198; Osmanlı Devleti'nde yasama faaliyetini, tasdik makamı olarak padişah, arz makamı olarak sadrazam ve istişare makamı olarak Divan-ı Hümayun adında üçlü bir yapının yürüttüğü söylenebilir. Akgündüz (2002), s.25.

4.1. Padişah

Osmanlı devletinde gerek ilk iki türdeki şer'i hukuk ile ilgili yasama faaliyetinde gerekse üçüncü türdeki örfi hukukla ilgili yasama faaliyetinde yasama yetkisi padişaha aittir. İlk tür yasama faaliyetinde mevcut şer'i kuralları onaylamaktan başka yetkisi olmayan padişah, ikinci tür yasama faaliyetinde ise yasama yetkisini -kendisi müçtehit değilse- mevcut içtihatlardan birini tercih etmekle sınırlı bir şekilde kullanmaktadır⁵⁴⁹. Şer'i hukukun boş bıraktığı mevzuların tanzim edildiği üçüncü tür yasama faaliyetinde ise; padişah, yasama yetkisini diğerlerine nispeten daha serbest şekilde kullanabilmektedir.

Padişah, yasama yetkisini nadiren tek başına⁵⁵⁰ daha çok Divan-ı Hümayun gibi yardımcı organlar aracılığıyla kullanmaktaydı⁵⁵¹. Padişahın Divan-ı Hümayun toplantılarına bizzat başkanlık ettiği dönemde Divan'da alınan kararlar doğrudan kesinlik kazanırdı⁵⁵². Ancak sonraları padişahın Divan toplantılarına katılmayı bırakması⁵⁵³ Divan'da alınan kararların kesinlik kazanması için ayrıca padişaha arz edilerek onayının alınmasını gerekli kılmıştı⁵⁵⁴. Padişahın tasdikiyle kesinlik kazanıp yürürlüğe giren kanunların yürürlükte kalma süresi mevcut padişahın hayatıyla sınırlı olduğundan bu kanunların bir sonraki padişahın hükümrانlık devrinde de ayakta kalabilmesi için yeni gelen padişah tarafından da tasdik edilmesi gerekmektedir⁵⁵⁵.

Padişahın Klasik devirdeki yasama faaliyetindeki mühim konumu Tanzimat devrinde de devam etmişti. Zira Tanzimat devrinin önemli yazılı metinlerinden Sened-i İttifak'ın 4. şartında “*öteden beri usul-i nizam ve kanun-ı kaffe-i emr u nehy-i padişahi hariç ve dahil cümle erkan ve vükelaya makam-ı vekalet-i mutlakadan sudur etmek sureti olmakla bade*

⁵⁴⁹ İslam hukukunun devlet başkanına verdiği bu yetki ile kamu menfaati varsa zayıf olan şeri hükümleri güçlü hale getirerek uygulanma kabiliyeti artırılmış olmaktadır. **Cin /Akgündüz** (2017), s.157.

⁵⁵⁰ Padişah kendiliğinden ferman çıkartabileceği gibi padişah adına daha önce nişancıdan tuğralı kağıtlar almak suretiyle önemli devlet adamları da tuğralı fermanlar yazdırabilir. Kaldı ki vezir-i azam, vezir ve beylerbeyi gibi görevliler kendi işlerinde imza yerine geçen tuğraya benzeyen pençe isminde alametler kullanmışlardır. **Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1941) ‘Tuğra Ve Pençeler İle Ferman Ve Buyuruldulara Dair’, Belleten, S:17-18, C:5, s.110. **Mumcu** (2020), s.112. Bazı önemli kanunların bizzat padişah tarafından yazıldığına dair deliller mevcuttur. **İnalçık** (2001a), s.326.

⁵⁵¹ Osmanlının ilerleyen dönemlerinde padişahlar Divan-ı Hümayun’a üye olmamasına rağmen Divanın bir parçasıdır. **Mumcu** (2020), s.21.

⁵⁵² **Mumcu** (2020), s.119.

⁵⁵³ II. Murad devrine (1421-1451) kadar padişahlar Divan'da bulunmuş ve Kanuni devrine kadar padişahların zaman zaman Divan'a başkanlık ettiği görülmüştür. **Mumcu** (2020), s.19, 114.

⁵⁵⁴ Divanda yapılan görüşmeler sonucunda hazırlanan düzenlemeler padişah onayına sunulmakta, padişahın onaylamasıyla resmi boyut kazanmakta ve yürürlüğe girmektedir. **Aydın** (1999), s.69.

⁵⁵⁵ **Heyd** (1973), s.172.

izin herkes büyüğünü bilip vazifesinden hariç umura tasaddi eylemeye.”⁵⁵⁶ denmesi padişahın geçmişte yasama yetkisinin olduğunu, İttifak’tan sonra da bu yetkinin devam edeceğine işaret etmektedir. Tanzimat Fermanı’nda da “her bir kânun karargâr oldukça ilâ-mâşâallâhi Te’âlâ düstûru’l-amel tutulmak üzere bâlâsı hatt-ı hümayûnumuz ile tasdik ve tevşîh olunmak için taraf-ı hümayûnumuza arzolunsun” demek suretiyle yine yasama faaliyetinde son sözün padişaha ait olduğu vurgulanmaktadır. Kanun-i Esasi’nin 54. maddesinde de “...icrayi ahkamına irade-i seniye hazreti padişahi müteallik buyrulur ise düstürü’l-amel olur” şeklinde izah olunduğu üzere ülüemr makamında olan padişahın yine yasama yetkisini elinde tuttuğu anlaşılmaktadır. Ancak Kanun-i Esasi’nin 1909 yılında 54. maddede yapılan değişiklik⁵⁵⁷ sonrasında Mebusan Meclisi’nden gelen kanun teklifini reddetmesi üzerine; aynı kanun teklifinin Mebusan Meclisi’nin üçte iki çoğunluğu ile kabul edilmesi halinde padişahın onayı olmasa dahi kanunun yürürlüğe gireceği düzenlemesi yapılmıştır. Bu durum Osmanlı Devleti’nin kuruluşundan beri yalnızca devlet başkanının uhdesinde olan yasama yetkisinin meclis ile padişah arasında paylaştırıldığını göstermektedir.

4.2. Yasama Meclisleri

Osmanlı padişahları yasama yetkisini genel olarak hem Klasik devirde hem de Tanzimat devrinde son söz kendilerinde olmak üzere şura meclisleri aracılığıyla kullanmışlardır⁵⁵⁸. Bu usul sadece Osmanlı’ya özgü olmayıp tarihte hükümdarların doğru karar almak, sorumluluğu paylaşmak, alınan kararın uygulanabilirliğini ve meşruluğunu sağlamak adına kullandığı bir yöntem idi⁵⁵⁹.

Klasik dönemde örfi hukuk alanında yasama yetkisi içtihadi konularda hukukçular, içtihatların tercihi veya içtihadi olmayan idari konularda ise padişah ve Divan-ı Hümayun

⁵⁵⁶ Akyıldız, Ali (1998) ‘Sened-i İttifak’ın İlk Tam Metni’, İslam Araştırmaları Dergisi, S:2, s.217-218.

⁵⁵⁷ Kanun-i Esasi muaddel 54. madde: “Tanzim olunacak kavanin lâyhaları Meclis-i Meb’usan ve Âyân’ca tetkik ve kabul olunarak lede’l-arz tasdik ile icra-yı ahkâmına irade-i seniye-i hazret-i padişahî taalluk ederse düştürü’l-amel olur. Arz olunan kanunlar iki mah zarfında ya tasdik olunur yahut tekrar tetkik edilmek üzere bir kere iade edilir. İade olunan kanunun tekrar müzakeresinde ekseriyet-i sülûsan ile kabul şarttır. Müstaceliyetine karar verilmiş olan kanunlar on gün zarfında ya tasdik veya iade olunur.”

⁵⁵⁸ Cin ve Akgündüze göre; ülüemrin yasama faaliyeti müctehitlerin içtihatına ihtiyaç duyulmayan bir alanda ise şura meclisi veya benzeri bir heyetin görüşünün alınması gerekir. Cin /Akgündüz (2017), s.203.

⁵⁵⁹ Seyitdanlıoğlu, Mehmet (2006) ‘Divan-ı Hümayun’dan Meclis-i Mebusan’a Osmanlı İmparatorluğu’nda Yasama’ (Editör: Halil İnalçık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu) Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, s.373.

aracılığıyla kullanılmıştır⁵⁶⁰. Osmanlı Devleti'nde Divan-ı Hümayun'un önemini yitirmesiyle birlikte yasama faaliyetinin de içinde olduğu devlet işlerinin karara bağlanmasında bir takım şura meclislerinin daha çok ön plana çıktığı ya da ihdas edildiği görülmektedir. Bu meclislerin başlıcaları; Meşveret Meclisleri, Meclis-i Vükela, Meclis-i Ahkam-ı Adliye, Şûra-yı Devlet, Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan'dır.

Bu kısımda öncelikli olarak Divan-ı Hümayun'un ardından diğer meclislerin Osmanlı hukuku yasama faaliyetindeki rolü ele alınacaktır.

4.2.1. Divan-ı Hümayun

Divan-ı Hümayun, önceleri padişah sonraları ise vezir-i azam başkanlığında toplanan içerisinde her türlü devlet işlerinin görüşüldüğü Klasik dönemdeki en önemli devlet teşekküllerinden biridir. Böyle mükemmel bir müessesenin temelinde hem eski Türklerin "kurultay" geleneğinin hem de gerek Abbasilerde gerekse Selçuklu gibi birçok Türk devletinde uygulanan "divan" usulünün geliştirilerek kullanılmış olması yatmaktadır.

"Divan", devlet idaresindeki çeşitli idarî, askeri ve mali işlerin yerine getirilmesinde kullanılan defterlere ve bu defterlerle devlet memurlarının bulunduğu yere verilen isimdir⁵⁶¹. Divan usulünün ilk defa Sasani'lerden etkilenilerek Hz. Ömer döneminde artan devlet gelirlerinin düzene girmesi için İranlı bir Müslümanın önerisiyle kullanıldığı⁵⁶² ve en olgun dönemini ise Abbasiler zamanında yaşadığı bilinmektedir⁵⁶³. Abbasilerden önce Samanoğullarına ve Gaznelilere geçen bu sistem daha sonra Gazneniler aracılığıyla Selçuklulara intikal etmiştir⁵⁶⁴.

Büyük Selçuklularda "*Divan-ı A'la*", Anadolu Selçuklularında ise "*Divan-ı Saltanat*" denen yargılama, haberleşme, yazışma işlerini yapan ve idari, askeri, mali vb. işleri yerine getiren çeşitli alt divanların üzerinde vezirlerin başkanlığında toplanan bir yapı mevcut idi. Selçuklu Devleti bu idari yapıyı oluştururken eski Türk geleneklerinin bir kısmını korusa da büyük ölçüde Abbasi ve Büveyhilerin divan sisteminden etkilenmiştir⁵⁶⁵.

⁵⁶⁰ Akgündüz (2011) s.145.

⁵⁶¹ Ed-Duri, Abdulaziz (1994) 'Divan', TDVİA C:9, s.377-381.

⁵⁶² Barthold, Wilhelm / Köprülü, Fuat (1984) İslam Medeniyeti Tarihi, 6. Baskı, Ankara, DİB, s.25,

⁵⁶³ Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (1988b) 'Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal', TTK Basımevi, Ankara, s.5; Mumcu (2020), s. xxvii.

⁵⁶⁴ Barldhod / Köprülü, s.123-124.

⁵⁶⁵ Uzunçarşılı (1988a) s.19; Mumcu (2020), s. xxix.

Selçukluların kullandığı bu divan sistemi Harezmsahlar, Atabeyler, Eyyübiler, Memlükler, Hindistan ve Afganistandaki siyasi teşekküller tarafından iktibas ve taklit edilmiş⁵⁶⁶ ve Anadolu Selçukluları aracılığıyla da Osmanlı Devleti'ne taşınmıştır⁵⁶⁷.

Divan-ı Hümayunda Vezir-i Azam, Kubbe Vezirleri, Rumeli ve Anadolu Kazaskerleri, Defterdarlar, Nişancı gibi oturmaları için özel yerleri olan görevlilerin yanında Reisülküttab, Çavuşbaşı ve Kapucular Kethüdası gibi ayakta hizmet gören görevliler de mevcut idi⁵⁶⁸. Gerek yerel örf ve adetlere dayanan gerek geçmişten gelen idari-hukuki mirasın izlerini taşıyan ve gerekse yeni ihtiyaçlar ışığında tayin edilen hukuk kuralları Divan-ı Hümayun'da son şeklini almaktaydı⁵⁶⁹.

Bu değerli meclis 17. yüzyılın sonlarından itibaren gücünü ve önemini yitirmiş⁵⁷⁰ icra yetkilerinin pek çoğu padişah ve sadrazamda toplanmaya başlamıştır⁵⁷¹. 1750 yılında “Bab-ı asafî” ve “Paşa Kapısı” sonraları ise “Babıali” olarak isimlendirilen teşkilatın kurulmasıyla Divan-ı Hümayun'un gördüğü işler buraya aktarılmıştı⁵⁷². 1826 yılında yeniçeri ocağının kaldırılmasından sonra II. Mahmud'un merkez örgütünü yeniden düzenlemesi ve bu arada kabine yönteminin kabulü Osmanlı devletinde hem Divan-ı Hümayun'un hem de Vezir-i Azam divanının sonu olmuştur⁵⁷³. Ancak bir cülüs bahşişi dağıtımı ve elçi kabulü gibi gösteriş ve teşrifat aracı olarak hiçbir hukuksal ve siyasal fonksiyonu olmadan Divan-ı Hümayun, devletin sonuna dek sembolik bir kurul olarak varlığını korumuştur⁵⁷⁴.

⁵⁶⁶ Barldhod / Köprülü, s.124.

⁵⁶⁷ Mumcu (2020), s. xxix.

⁵⁶⁸ Temelkuran, Tevfik (1975) ‘Divan-ı Hümayun Mühimme Kalemi’, Tarih Enstitüsü Dergisi, S:6, s. 132.

⁵⁶⁹ Aydın (2020), s.70.

⁵⁷⁰ Mumcu (2020), s. xvii. 17. Yy. sonlarına doğru divan toplantıları haftada iki gün toplanmış arada II. Ahmet (1691-1695) devrinde haftada dört gün toplandığı görülse de 18. yy.dan itibaren Divan önemini yitirmeye başlamıştır. Temelkuran, s.131.

⁵⁷¹ Cin / Akgündüz, s.254.

⁵⁷² Temelkuran, s. 131. İpşirli, Mehmet (1991) ‘Bâbiâli’, TDVİA, C:4, s.379.

⁵⁷³ Mumcu (2020) s.10.

⁵⁷⁴ Mumcu (2020), s.10. Son dönemde Divan-ı Hümayun'un vazifesi sadece devlet işlerinin yürütülmesindeki işlemlere ait evrakı muhafaza etmekten ibaret olmuştur. Temelkuran, s.131.

4.2.1.1. Divan-ı Hümayunda Yasama Faaliyeti Usulü

Divan-ı Hümayunda gerektiği gibi görüşülüp karara bağlanan işlerin hüküm müsveddeleri Divan-ı Hümayun kaleminde⁵⁷⁵; maliye ile ilgili olanlar ise defterhanede düzenlenirdi⁵⁷⁶. Daha sonra oluşturulan hukuk metni beylikçi ve reisülküttabın tetkikinden geçirilerek hazırlanan taslak nişancıya gönderilirdi⁵⁷⁷. Nişancı bu taslağın yürürlükte olan örfi hukuk kurallarıyla çelişip çelişmediğini, devletlerarası antlaşmalara, kanunname vasıflarına ve şer’i hukuka uygunluğunu kontrol ederdi⁵⁷⁸. Bu aşamada icap ediyorsa din adamlarından fetva alınır⁵⁷⁹. Nişancının kontrolünden geçen mezkûr taslak son şeklini aldıktan sonra sadrazam başkanlığında Divan üyelerinden oluşan heyet ile telhis⁵⁸⁰ ya da takrir şeklinde padişaha arz edilirdi⁵⁸¹. Eğer hükümdar telhisi “*ihsan-ı hümayunum olmuştur*”, “*mucibince amel eylesin*”, “*izn-i hümayunum olmuştur*”, “*malum oldu*”, “*öyle edesun*” gibi tasdik ifadeleriyle⁵⁸² onaylarsa Divan-ı Hümayun’da alınan karar padişah iradesine iktiran ettirilmek suretiyle kesinlik kazanırdı⁵⁸³. Eğer onaylamazsa; padişahın belirlediği bazı bölümler üzerinde çalışılıp düzeltildikten sonra yeniden arza çıkılır ve onayı alınır. Oluşturulan metinler fazla kıymeti olmayan kurallardan oluşuyorsa padişaha arza gerek kalmadan padişahın mutlak vekili olan vezir-i azam onayıyla da kesinlik kazanıp

⁵⁷⁵ Divan-ı Hümayun kalemi Beylik, Tahvil ve Ruus şeklinde üç çeşittir. Bunlardan hüküm müsveddesi yazmakta en öne çıkan kalem ise Reisülküttabın yardımcısı konumundaki Beylik Kalemidir. **Mumcu** (2020), s. 49; Beylikçiler, gündüzleri beylikçi odasında geceleri ise kendi evlerinde yazılacak olan emirlerin müsveddelerini hazırlardı. **Temelkuran**, s.140.

⁵⁷⁶ **Özbilgen**, s.127.

⁵⁷⁷ **Mumcu** (2020), 49. **Özbilgen**, s.128.

⁵⁷⁸ **Özbilgen**, s.128.

⁵⁷⁹ Fatih’in teşkilat ve Kanuni’nin Kavanin-i Örfiye-i Osmanî’yeleri gibi Kavanin-i Örfiye-i Osmanî ismiyle anılan kanunnameler, şer’i fetva ve kaza süzgecinden geçirirler. **Akgündüz** (2002), s.25; Bir kaynakta bu tür fetvalarda; yapılacak düzenlemenin şeriata uygun olduğu ya da düzenleme şer’i hukuk dışı bir alanda ise; hükümdarca istenildiği gibi düzenlenebileceğinin belirtildiği söylenmektedir. (**Uçok / Mumcu / Bozkurt**, s.223.) Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz zira pek çok yerde bahsedildiği üzere; yasama faaliyeti icra edilirken şer’i hukukun boş bıraktığı alanda dahi olsa şer’i hukukun çizdiği sınırlar içerisinde hareket edilmesi icab ettiğinden hükümdarın istediği gibi hareket etmesi düşünülemez.

⁵⁸⁰ Telhis, vezir-i azam tarafından arz edilen devlet başkanının onayına muhtaç olan hususları içeren belgedir. **Akyılmaz** (2018), s.140; **İpşirli, Mehmet** (2008) ‘Sadrazam’, TDVİA, C:35, s.414-419; Vezir-i âzamların padişaha yazı ile yaptıkları arzlara “telhis” veya “takrir” denirdi. 1832 yılından sonra arz tezkereleri “serkatibi şehriyârî” denilen padişahın hususi başkâtibine hitaben yazılmaya başlanmıştır. Başkâtib bunu padişaha okur, padişah fikrini şifâhî olarak bildirir ve bu mütalaa arz tezkeresinin altına dikey bir şekilde serkatip tarafından vezir-i âzama hitaben yazılırdı. Serkatip tarafından dikey şekilde yazılan bu yazıya “irade” veya “irade-i seniyye” denirdi. **Kaşıkcı, Osman** (2015) ‘Osmanlı Devletinde Vezir-i Azam (Sadrazam)’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi M. Akif Aydın’a Armağan, , s.114-115.

⁵⁸¹ **Özbilgen**, s.123, 128.

⁵⁸² Bu aşamada belirtmek gerekirdi her kanun değil önemli kanunlar padişahın el yazılı onayıyla yani hatt-ı hümayunu alınarak onaylanırdı. Diğer düzenleyici işlemlerin onayı ise Vezir-i azamın “sahh” ifadesiyle yapılırdı. **İnalçık** (2001a), s.326.

⁵⁸³ **Uçok / Mumcu / Bozkurt**, s.223; **Akyılmaz** (2018), s.140; **Ekinci** (2017a), s.184.

yürürlüğe girebilirdi. Böyle bir durumda ya sadrazam eliyle ya da tezkirecisi tarafından taslağın üzerine “*sahh*” işareti konarak tuğrası çekilmek üzere nişancıya gönderilirdi⁵⁸⁴. Padişah ya da vezir-i azam tarafından onaylanan ferman taslağı tekrar nişancıya gelir ve nişancı tarafından üzerine tuğrası çekilirdi⁵⁸⁵. Hukuk kuralının padişah buyruğu olduğunu gösterdiğinden hukuksal değeri çok yüksek olan tuğranın çekilmesiyle⁵⁸⁶ birlikte resmi hukuk kuralı haline gelen hükümler mühimme defterine⁵⁸⁷ kaydolunarak yürürlüğe girer ve bütün halkı bağlayıcı hale gelirdi⁵⁸⁸. En sonunda “*ferman*”, “*hüküm*”, “*buyruldu*”, “*kanunname*”, “*adaletname*”, “*yasakname*” vb. şekilde oluşturulan hukuk kaideleri uygulanmak üzere ait olduğu beylerbeyi, sancakbeyi veya kadılara gönderilirdi⁵⁸⁹.

Hukuk kurallarını farklı yönlerden denetleyip onlara son şeklini veren ve padişah onayından geçen hüküm müsveddelerine padişah tuğrası çekip kesinlik kazanmasını sağlayan Nişancı’nın isminin yasama faaliyetinde görev yapanlar arasında kuşkusuz ayrıca zikredilmesi gerekmektedir. Divan-ı Hümayun üyesi olan Nişancı, Osmanlı hukuku yasama faaliyetinde bilhassa örfi hukuk sahasında çok önemli bir devlet adamıydı⁵⁹⁰. Örfi hukuk kurallarını çok iyi bildiği için kendisine “*müfti-i kanun*” denen nişancılar⁵⁹¹, yeni ve eski kanunlar arasındaki uyumu gözeterek kanun taslaklarının hazırlanmasında, Divan’da müzakere edilip son şeklinin verilmesinde ve sonradan tadil edilip değiştirilmesinde⁵⁹² bizzat görev yapmaktaydı⁵⁹³.

⁵⁸⁴ Özbilgen, 128.

⁵⁸⁵ Örfi hukuk kuralının kesinlik kazanması nişancının tuğra çekmesiyledir. Akgündüz (1990), C:1, s.85.

⁵⁸⁶ Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (1941) ‘Gazi Orhan Bey Vakfiyesi’, Belleten, S:19, C:5, s.278; Mumcu (2020), s.111.

⁵⁸⁷ Önceleri “miri ahkam defterleri” denen mühimme defterleri, Divan-ı Hümayun’da kararlaştırılan hususlar üzerine padişahın onayı alındıktan sonra düzenledikleri fermanların suretlerinin kaydedildiği defterlerdir. İlk devir mühimmeleri kanunnâme, adâletnâme gibi çeşitli konulardaki beylerbeyi, sancak beyi, kadı gibi idarecilere ve sefere tayin edilen serdara gönderilen hükümlerden başka nâme-i hümayun ve ahidnâme-i hümayun sûretlerini de ihtiva ederdi. Kütükoğlu, Mübahat (2020) ‘Mühimme Defterleri’, TDVİA, C:31, s.519-522.

⁵⁸⁸ Akgündüz (2002), s.25; Akgündüz (1990), C:1, s.83.

⁵⁸⁹ Özbilgen, s.123.

⁵⁹⁰ “Kavanin-i Osmaniye ve merasim-i sultaniye onlardan sorulagelmıştır.” Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (1984) Osmanlı Devleti’nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara, TTK Yayınları, s.218-219.

⁵⁹¹ Aydın (1999), s.69.

⁵⁹² Nişancılar kanunnameler üzerinde tadil yaparak, sadrazam, kazasker ve defterdar buyruldularının mevcut kanunlara uygunluğunu sağlayarak hukuk kurallarının kendi içindeki tutarlı ve ahenkli olmasını temin ederlerdi. Heyd (1973), s.171-172; Aydın (2020), s.67.

⁵⁹³ Aydın (1999), s.140. Fatih teşkilat kanunnamesindeki Nişancı Leys-zade’nin “Divan-ı Hümayûn’da ebedü’l-âbâd ma’mûlünbih olmak için bir Kanunnâme tahrir olunmak lâzım gelmeğin, bu abd-i hakîr ferman-ı celilleri üzere nazm u inşâ edüb...” (Akgündüz (1990), C:1, s.317.) şeklindeki ifadesi mezkûr kanunnameyi bizzat Nişancı Leys-zade’nin kaleme aldığını göstermektedir.

Nişancı bir kanunun yürürlükte kalıp kalmayacağı ve farklı idari kurumlardan neşredilen yeni hükümlerin halihazırdaki Osmanlı mevzuatına uygun olmadığını kontrol ederdi⁵⁹⁴. Nişancı ayrıca kanun tasarılarının padişah tarafından onaylanmasından sonra ilgili belgeye tuğra⁵⁹⁵ çekerek taslağın kesinleşip yürürlüğe girmesini sağlamaktaydı⁵⁹⁶. Divan-ı Hümayun toplantılarında Nişancı'nın bir yandan örfi konular hakkındaki düşüncelerini beyan ederken bir yandan da hazırlanan fermanlara tuğralarını çekmesi; Nişancı'nın padişahın örfi hukuk yapma yetkisini temsil ettiğini göstermektedir⁵⁹⁷.

Osmanlı hukuku yasama faaliyetinde çok önemli görevleri üstlenen Nişancı, ilmiye sınıfından medrese kökenli şer'i hukuku bilen bir devlet adamıydı⁵⁹⁸. Nişancı'nın şer'i hukuka vukufiyeti hiç kuşkusuz nişancının örfi hukuk kurallarının şer'i hukuk kurallarını gözeterek hazırladığı⁵⁹⁹ yönünde bir kanaat oluşturmaktaydı.

Osmanlı'da kanunların çoğunluğunun toprak meseleleriyle ilgili olması tımar sisteminin ortadan kalkmasıyla yasama faaliyetini zayıflatmıştır. Bunun neticesinde yasama faaliyetinde mühim bir yeri olan nişancının değeri azalmıştır⁶⁰⁰. Ayrıca 17. yy. sonlarına doğru Divan-ı Hümayun'un yetkileri Vezir-i Azam Divanına geçince reisülküttab, veziri azamın başyardımcısı durumuna gelmiş ve nişancı önemini daha da yitirmiştir⁶⁰¹. Padişah tuğrası çeken nişancıya artık bu divanda ihtiyaç kalmamış, vezir-i azam adına buyrulduları reisülküttab hazırlamıştır⁶⁰². Sonuçta nişancılık müessesesi, Osmanlı'da yönetim merkezinin Saraydan Bab-ı Aliye kaymasıyla önemini kaybetmiş ve 1836 yılında nişancılık makamı kaldırılmıştır⁶⁰³.

Sonuç olarak; Klasik dönemde yasama faaliyetinin son söz padişahla olmakla birlikte Divan-ı Hümayun'da icra edildiği görülmektedir. Klasik dönemin sonlarına doğru Divan-ı Hümayun önemini kaybetmiş ve yerini Meşveret Meclisi, Divan-ı Ahkam-ı Adliye, Meclis-

⁵⁹⁴ İncalcık (2001a), s.326.

⁵⁹⁵ Mumcu (2020), s.111.

⁵⁹⁶ Akgündüz (1990), C:1, s.85. Padişah'ın çıkardığı bütün örfi kanunlar padişah tuğrasını çeken nişancının elinden geçerdi. İncalcık (1958), s.113.

⁵⁹⁷ Mumcu (2020), s.29; Akyılmaz, s.148.

⁵⁹⁸ Fatih Teşkilat Kanunnamesinde nişancıların müderrislerden seçilmesi “*Ve nişancılık, dahil ve sahn müderrislerinin yoludur...*” (m.15) şeklinde belirtilmiştir. Akgündüz (1990), C:1, s.321.

⁵⁹⁹ Aydın (1999), s.140-141; Ekinci (2017a), s.183.

⁶⁰⁰ İncalcık (2001a), s.326.

⁶⁰¹ Uzunçarşılı, s.245-47.

⁶⁰² Mumcu (2020), s.42.

⁶⁰³ Akyılmaz, s.148.

i Âli-i Tanzimat, Şûra-yı Devlet ve Meclis-i Mebusan ile Ayan gibi farklı meclislere bırakmıştı. Bu aşamada mezkûr meclislerden ilk olarak Meşveret Meclisinin yasama faaliyetindeki yeri incelenecektir.

4.2.2. Meşveret Meclisi

Osmanlı'da devlet işleri Divan-ı Hümayun'un öneminin azalmasıyla birlikte daha çok padişahla vezir-i azam arasında görülmeye başlamıştı⁶⁰⁴. Ancak şura meclisi olmadan devlet işleri hakkında karar almanın sakıncasını anlayan son dönem padişahları, Divan-ı Hümayun'u ihya edemedikleri için oldukça sık Meşveret Meclislerini toplamaya başlamıştı⁶⁰⁵. İdari ve adli alandaki bozuklukların giderilmesi için çok sayıda hattı hümayun çıkaran⁶⁰⁶ III. Selim (1789-1808), örfi hukuk alanındaki yasama faaliyetinin devam edebilmesi için devlet işlerinin tek bir elde toplanmasının doğru olmadığını devlet işlerinin meşveret usulünü yeniden canlandırılarak bir şura meclisine havale edilmesi gerektiğini düşünmekteydi⁶⁰⁷. Osmanlı'nın kuruluşundan beri bütçe açıklarının kapatılması, savaş kararı alınması gibi olağanüstü durumlarda nadiren toplanan Meşveret Meclisleri, III. Selim devrinde çalışma yoğunluğunu arttırmış ve II. Mahmut devrinde (1808-1830) de faaliyetlerini aynı yoğunlukta devam ettirmişti⁶⁰⁸.

III. Selim devrinde; "*Meclis-i Şura*"⁶⁰⁹ adının verildiği meşveret meclisinde Avrupa tarzında modern bir ordunun tanzimi için kara mühendisliği ve topçu okulları ile Donanma-yı Hümayun hakkında birtakım nizamlar çıkarılmıştı⁶¹⁰. Ancak bu tür meclislerde, yasama faaliyetinden ziyade savaş ve barış kararı vermek, antlaşmalar yapmak ve önemli devlet işlerini görüşmek⁶¹¹ gibi daha çok yürütme faaliyetinin icra edildiği görülmektedir. Zira Akgündüz'e göre; III. Mehmed'e (17. yy'a) kadar tam 763 tane kanunname hazırlanmışken

⁶⁰⁴ Mumcu (2020), s.154.

⁶⁰⁵ Meşveret Meclislerinin Dîvân-ı Hümâyun'dan Tanzimat dönemi meclislerine geçişi sağlayan ara kurum niteliğinde olduğu söylenebilir. İpşirli (1991), s.380.

⁶⁰⁶ Akgündüz (2011), s.145.

⁶⁰⁷ Cin / Akgündüz (2017), s.203-204; Akgündüz (2011), s.145.

⁶⁰⁸ Mumcu (2020) s.142; Cin / Akgündüz (2017), s.254; II. Mahmut döneminde önceki dönemlere nazaran Meşveret Meclisi daha sistematik şekilde toplanıp daha yararlı bir şekilde kullanılmış ve meclisin toplanma periyodu ve kimlerin katılacağı hususları belirginleşip kurumsallaşmıştı. Akyıldız, Ali (2003c) 'Meclis-i Vükela', TDVİA, C:28, s.252.

⁶⁰⁹ Bu tür meclisler belge ve metinlerde; Meclis-i Şura, Meşveret-i Hassa, Meclis-i Has, Meşveret-i Havas, Darü's-Şura, Meclis-i Müşavere, Encümen-i Meşveret, Meclis-i Hassü'l-Has, ve Meclis-i Umumi gibi isimlerle anılmaktadır. Akyıldız, Ali (2003a) 'Meclis-i Meşveret', TDVİA, C:28, s.248-249.

⁶¹⁰ Cin /Akgündüz (2017), s.254.

⁶¹¹ Akyıldız (2003a), s.248

bu dönemden itibaren ise Divan-ı Hümayun'un ve Meşveret Meclislerinin yasama görevlerini ifa edememelerinden dolayı ciddi bir kanunlaştırma yapılamadığı görülmektedir⁶¹².

II. Mahmud döneminin sonlarına doğru modern anlamda bakanlıkların kurulması ve akabinde Abdulmecid'in bakanlık adedini arttırmasıyla Meşveret Meclisleri siyasi açıdan önemini yitirmiş, sadrazamın başkanlığında toplanan ve bakanlar kurulu mahiyetinde olan Meclis-i Vükela'nın önemi artmıştır⁶¹³. II. Mahmut devrinde girilen köklü reformların zaman zaman toplanan meşveret meclislerinde görüşülmesi yetersiz bulunarak bu reformların düzenli ve etraflıca incelenmesi ve kanunlar yapılarak sonuçlandırılması için üst düzey meclislere ihtiyaç duyulmuş ve bunun üzerine 1836 yılında askeri işleri görüşecek *Dâr-ı Şurâ-yı Askerî*, 1838'de ise *Dar-ı Şûra-yı Bab-ı Ali*⁶¹⁴ ile *Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye* isminde kurumlar ihdas edilmiştir⁶¹⁵.

4.2.3. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye ve Meclis-i Âli-yi Tanzimat

Osmanlı Devlet'inde bozulan kurumların ıslah edilebilmesi için Tanzimat çalışmalarının güçlü bir şekilde yapılması gerekiyordu; bunu da ancak Divan-ı Hümayun gibi düzenli olarak toplanan, belirli kurallar içerisinde çalışan sürekli ve belirli bir mekanı olan azaları belirlenmiş bir meclis yapabilirdi⁶¹⁶. Meşveret Meclisi bu hususiyetlere sahip bir meclis değildi. Bu sebeple 24 Mart 1838 tarihinde Tanzimat çalışmalarını kararlı bir şekilde yapabilme kabiliyeti olan “*Meclisi Vala-yı Ahkam-ı Adliye*” adında yeni bir meclis ihdas edilmiştir⁶¹⁷.

İlk dönem belgelerinde “*meclis-i âli*” tabiri de kullanılan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'nin görevleri; idarenin kazai kontrolünü ve Tanzimat'a aykırı davranan devlet

⁶¹² **Akgündüz, Ahmed** (1995) ‘Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri’, Ahmet Cevdet Paşa Sempozyumu, TDV Yayınları, Ankara, s. 337.

⁶¹³ Buna rağmen daimi meclislerin kurulması sorumluluğunu geniş tabanlara yayan Meşveret Meclisleri toplanmaya devam etmişti. **Akyıldız** (2003a), s.249.

⁶¹⁴ Sadrazama danışmanlık yapacak olan “*Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âli*” adındaki yüksek bir kurul Meclis-i Vala ile aynı anda kurulmuştur. **Seyitdanlioğlu, Mehmet** (1999) Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868) 2. Baskı, Ankara, TTK, s.35.

⁶¹⁵ **Seyitdanlioğlu** (1999), s.35.

⁶¹⁶ **Seyitdanlioğlu** (1999), s.18.

⁶¹⁷ **Akyıldız, Ali** (2003b) ‘Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye’, TDVİA, C:28, s.250.

adamları ile memurların yargılmasını yapmak⁶¹⁸, ilerde yapılması düşünülen ve “*tanzîmât-ı hayriyye*” olarak adlandırılan reformların gerçekleştirilmesi amacıyla kanun ve nizamları hazırlamak⁶¹⁹ ve Dâr-ı Şûrâ-yı Bâbîâli⁶²⁰ ve Dâr-ı Şûrâ-yı Askerî’nin tanzim ettiği mazbatalara son şeklini vermektir⁶²¹. Dâr-ı Şûrâ-yı Bâbîâli ile yetki kargaşası yaşayan Meclis-i Vala, birtakım sebeplerden ötürü⁶²² kurulduğu ilk yıl yasama faaliyeti gerçekleştirememiş ve Tanzimat Fermanı’nın ilanına kadar pek randımanlı çalışmamıştı⁶²³.

Tanzimat Ferman’ında son 150 yıldır devletin bazı alanlarda geri kalmasının şer’i hükümlere ve önemli kanunlara uygun hareket edilmemesi neticesinde meydana geldiği ve bu sebeple Osmanlı Devleti’nin iyi idaresi için yeni kanunlar oluşturulması gerektiğinin altı çizilmiş ve yasaların, onu yapanları ve uygulayanları da bağlayacağı belirtilmişti⁶²⁴. Bu taahhütler Tanzimat döneminde yasalara verilen önemi arttırmış ve dönemin yönetim usulünün belkemiğinin yasaların oluşturulması faaliyeti olmasını sağlamıştı⁶²⁵. Tanzimat’ın ilanından sonra Dâr-ı Şûrâ-yı Bâbîâli kaldırılarak Meclis-i Vala ile aralarındaki yetki uyuşmazlığına son verilmiş ve Meclis-i Vala’nın üye sayısı arttırılmıştı⁶²⁶. Tanzimat Fermanıyla yetki ve görevleri genişletilen Meclis-i Vala, devlet idaresinde merkezi ve güçlü bir konuma getirilmiş ve ülkede yasama organı olarak tek başına kalmıştı⁶²⁷.

⁶¹⁸ **Ekinci, E. Buğra** (2017b) Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası, 2. Baskı, İstanbul, Arı Sanat, s. 164-165; Meclis-i Vala’nın bidayet mahkemesi olarak gördüğü bir ceza davası incelemesi için bkz. **Kılınc, Ahmet** (2015) ‘Bir Meclis-i Vâlâ Hükümü ve Tahlili’, Adam Akademi, C:5, s.13-32.

⁶¹⁹ **Ekinci** (2017a), s.185.

⁶²⁰ Dâr-ı Şûrâ’da alınan kararlar Meclis-i Vâlâ’ya gider, görüşülüp kabul edilenler sadrazamın tasvibinden sonra padişahın tasdikiyle kesinlik kazanırdı. **İpşirli** (1991), s.381.

⁶²¹ Meclis-i Vala, Tanzimat’ın ön hazırlıklarının son aşamasıdır. **Seyitdanlioğlu** (1999), s.35; **Akyıldız**(2003b) s.250.

⁶²² Meclis-i Vala’nın ilk bir yılında verimsiz çalışmasının sebepleri için bakınız. **Seyitdanlioğlu** (1999), s.38-39.

⁶²³ **Akyıldız** (2003b), s.250.

⁶²⁴ “Yüz elli sene vardır ki, gavâ’il-i müte’âkıbe ve esbâb-ı mütenevviaya mebnî ne şer-i şerîfe ve ne kavânîn-i münîfeye inkıyâd ü imtisâl olunmamak hasebiyle evvelki kuvvet ve ma’mûriyyet bilakis za’f u fakra mübeddel olmuş ve halbuki kavânîn-i şer’iyye tahtında idâre olunmayan memâlikin pâyedâr olamayacağı vâzihâtta bulunmuş olup ... Meclis-i Ahkâm-ı Adliye a’zâsı daha lüzûmu merteye teksir olunarak ... emniyet-i cân ve mâla, ta’yîn-i vergi hususlarına dâir kavânîn-i mukteziye bir taraftan kararlaştırılıp ... e işbu kavânîn-i şer’iyye mücerred dîn ü devlet ve mülk ü milleti ihyâ için vaz’ olunacak olduğundan cânib-i hümayûnumuzdan hilâfına hareket vukû bulmayacağına ahd ü mîsâk olup...” Tanzimat Fermanı metni için bakınız <https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/belgeler/233.pdf> s.et:25.03.2022

⁶²⁵ **Tanör, Bülent** (2018) Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 31. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, s.88, 98.

⁶²⁶ Tanzimatın ilânından sonra mezkûr meclis, “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye” adı altında birleştirilmiştir. Böylece bu iki meclis arasındaki yetki çatışması önlenerek, Meclis-i Vala’nın daha rahat çalışması sağlanmıştır. **Seyitdanlioğlu** (1999), s.41.

⁶²⁷ **Seyitdanlioğlu** (1999), s.42-43.

Meclis-i Vala, kendi başına yasa tasarısı hazırlama kararı alamamakta idi. Hangi konuda kanun yapılacağı hükümet ya da bakanlıklar tarafından belirlenirdi. Bir kanun yapımı kararı alındığında Meclis-i Vala üyelerinden oluşan ve düzenlenecek konuda uzman kişilerden bir komisyon teşkil edilir, komisyonda hazırlanan kanun taslağı Meclis-i Vala’da onaylanarak sadarete gönderilirdi⁶²⁸. Sadareten ise tekrar görüşülmek üzere Meclis-i Âli-i Umumiye⁶²⁹ gönderilirdi. Tanzimat Fermanı akabinde kurulan ve 1867 yılına kadar görev yapan Meclis-i Âli-i Umumi, tıpkı bir senato gibi Meclis-i Vala’da alınan kararları yeniden incelerdi⁶³⁰. Meclis-i Vala’da alınan tüm kararlar bir mazbatada özetlenerek Meclis-i Âli-i Umumi’de tekrar görüşülür ve Meclis-i Vala mazbataları, mezkûr meclis üyelerinin en az yarısından bir fazlasının oyu alınarak onaylanmış olurdu⁶³¹. Ancak Meclis-i Vala kararlarının kesinlik kazanması için bu onay yeterli olmamakta ayrıca padişahın da tasdiki gerekmektedir⁶³². Padişaha arz edilen Meclis-i Vala kararlarının çoğunun onaylandığı görülmektedir. Bu durum Sultan Abdülmecid’in Meclis-i Vala’nın açılışında yaptığı konuşmada verdiği sözü tuttuğunu göstermektedir. Zira Abdülmecid bu konuşmada Meclis-i Vala’da oyların çoğunluğu ile alınan kararlara uyacağına ve çıkarılmış kanunları değiştirmeyeceğine dair yemin etmişti⁶³³.

Tanzimat Fermanında belirtilen yasaları yapmak için ihdas edilen Meclis-i Vala’nın yine fermanında önemle belirtilen şer-i şerife bağlılığa riayet ederek kanun tasarılarını oluşturması icap etmekteydi. Bunu sağlamak için Meclis-i Vala üyelerinden biri olan Meclis-i Vala müftüsünün mecliste alınan kararların şer-i şerife uygun olup olmadığı hakkında görüş beyan ettiği⁶³⁴ ve bazı kanunların şer-i şerife uygun olup olmadığı hakkında fetvahane ve şeyhülislamdan görüş alındığı bilinmektedir. Mesela; 1844 yılında haklı bir

⁶²⁸ Meclis-i Vala’nın merkezinde olduğu yasama faaliyetinin icra edilme şekli için bakınız. **Seyitdanhoğlu** (1999), s.103-105.

⁶²⁹ Tanzimat Fermanı ilanın hemen akabinde 1839 yılında görevleri Meclis-i Vala’yı denetlemek ve tıpkı Divan-ı Hümayun ve Meşveret meclisi gibi savaşa veya barışa karar vermek gibi önemli meseleler hakkında karar almak olan Meclis-i Âli-i Umumi adında bir meclis teşkil edilmiştir. **Seyitdanhoğlu** (1999), s.71-72.

⁶³⁰ **Seyitdanhoğlu** (1999), s.74.

⁶³¹ **Ekinci** (2017b), s.180.

⁶³² **Sivrikaya, İbrahim** (1972) ‘Osmanlı Devleti’nde Hukuk Kaidelerinin Gelişimi ve Tanzimat’tan Sonraki Uygulanışı’, Günay-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi, İstanbul, Edebiyat Fakültesi Basımevi, s.144; Tıpkı Kanunnamelerde olduğu gibi padişaha arz edilen taslaklar hakkında irade-i seniyye tanzim edilerek ilan edilirdi. **Ekinci** (2017a), s.186.

⁶³³ “...mevadd-ı esasiyyenin fûruatına dair ekseriyet-i ârâ ile karar verilen şeylere müsaade eyleyeceğime ve hafî ve celi haricen ve dahilen tarik-i hümayunuma ilka olunan şeyleri kavanin-i müesseseye tevfiğ ve tatbik etmedikce kimesnenin lehine ve aleyhine bir hüküm ve ferman etmeyeceğime ve vaz olunmuş ve olunacak kavaninin tağyirini tecviz buyurmayacağıma vallahi deyu kasem-i billah olunduğu...” **Kaynar, Reşat** (2010) Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat, Ankara, TTK, s.181.

⁶³⁴ **Ekinci** (2017a), s.185-86; **Seyitdanhoğlu** (1999), s.85.

nedeni olmaksızın kız çocuklarının evlenmesine engel olan velilerle alakalı düzenleme ilk önce Meclis-i Vala'da görüşülmüş akabinde şer-i şerife uygunluğu bakımından Fetvahane'den görüş alınmış⁶³⁵ ve akabinde bu kanun Meclis-i Ali-i Umumi tarafından Takvim-i Vekâyi'de ilan edilerek yayınlanması uygun görülmüştü⁶³⁶. Meclis-i Vala'daki şer'i denetime başka bir örnek ise ticaret kanununun hazırlanması sırasında yaşanan olay gösterilebilir. Neredeyse tamamen Fransız ticaret kanunundan alınan şirketlerin iflası, poliçeler vb. konuları içeren bir kanun tasarısını Reşit Paşa 1841'de Meclis-i Vâlâ'ya getirdiğinde; Reşit Paşa'ya mezkûr kanunun şeriata uygun olup olmadığı sorulmuştu. Reşit Paşa; “*Şeriatın bu konuda yapacak bir şeyi yoktur*” deyince oradaki ulema “*bu küfürdür*” diye karşılık vermiş ve neticede Reşit Paşa padişah tarafından azledilmişti⁶³⁷.

Meclis-i Vala, mevcut olduğu dönemde çıkarılan bütün kanun ve nizamnamelerin oluşturulmasında yer almıştı⁶³⁸. Meclis-i Vala vakıflar alanında önemli talimatlar hazırlamış, 1840⁶³⁹ ve 1851⁶⁴⁰ ceza kanunları gibi çok önemli kanunların tanzim edildiği önemli bir meclis olmuştur⁶⁴¹.

1854 yılına gelindiğinde; Meclis-i Vala'nın işlerinin çok yoğun olması yasama faaliyetini aksatıyor ve bu nedenle işi yalnızca yasama faaliyeti icra etmek olan yeni bir meclis ihdas edilmesi düşünülmüyordu⁶⁴². Bunun için 26 Eylül 1854 tarihinde kanun layihalarını hazırlama, nizamname ve talimatnameleri düzenleme görevi *Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye*'den alınıp yeni kurulan *Meclis-i Ali-i Tanzimat* adlı yüksek meclise

⁶³⁵ COA, İ.MSM 3/38, 1260 R 22 (11.05.1844) akt. **Ercoskun, Tülay** (2010) ‘Osmanlı İmparatorluğu’nda 19. Yüzyılda Evlilik ve Nikaha Dair Düzenlemeler’ (Doktora Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.71.

⁶³⁶ **Ercoskun**, s.72.

⁶³⁷ **Lewis, Bernard** (1993) Modern Türkiye'nin Doğuşu (Çeviren Metin Kırıatlı), Ankara, TTK, s. 110.

⁶³⁸ **Seyitdanhoğlu** (1999), s.105.

⁶³⁹ 1840 tarihli ceza kanunnamesinin başındaki “...*Bu kanunnamenin aslı bütün kanunların kuvvetli hamisi olan Meclis-i Ahkâm-ı Adliye’de muhafaza edilerek...*” ifadesi de bütün kanunların çıkarıldığı yer olarak Meclis-i Vala işaret edilmektedir. **Akgündüz, Ahmed** (1986) Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.810; Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketlerine Tanzimat Fermanında da dikkat çekilen konu olan Ceza Kanunu ile başlanmıştır. **Durhan, İbrahim** (1999) ‘Osmanlı Hukukunun Yapısı Üzerine Bir Etüt’, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, C:3, s.230.

⁶⁴⁰ Üç Fasıl ve 43 maddeden oluşan 1851 tarihli Kanun-ı Cedid, Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye tarafından hazırlanmıştır. **Bozkurt, Gülnihal** (2010) Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, 2. Baskı, Ankara, TTK, s.99.

⁶⁴¹ **Akgündüz** (2011), s.146. **Cin /Akgündüz** (2017), s.204-205.

⁶⁴² **Seyitdanhoğlu** (1999), s.47.

verilmişti⁶⁴³. Eski adıyla varlığını devam ettiren *Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye* ise adliye, idari yargı ve temyiz işlerine bakmakla görevlendirilmişti⁶⁴⁴.

Meclis-i Vala sadece bakanlar kurulu tarafından kendisine verilen konuları ele alabilirken Meclis-i Âli-i Tanzimat kendi uygun gördüğü konular hakkında kanun layihası hazırlama yetkisine sahip idi⁶⁴⁵. Bu nedenle Meclis-i Ali-i Tanzimat'ın daha geniş bir yasama yetkisine sahip olduğu söylenebilir. Meclis-i Tanzimat'taki yasama usulü Meclis-i Vala'dakine benzer şekilde yapılmaktaydı⁶⁴⁶. Hükümet, bir bakanlık veya Meclis-i Tanzimat'tan gelen kanun teklifi, önce Meclis-i Tanzimat'ta daha sonra Meclis-i Umumi'de görüşülür daha sonra Meclis-i Vükela'ya gönderilirdi. Meclis-i Vükela'ca değerlendirme ve incelemelere tabi tutulan kanun taslağı padişah tarafından onaylanarak kesinlik kazanırdı⁶⁴⁷. Meclis-i Tanzimat'ta da Meclis-i Vala'da olduğu gibi hazırlanan kanunların⁶⁴⁸ şer'i hukuka uygunluğunu temin etme adına mecliste yetkisi istişari olmaktan öteye gitmeyen müftü bulunmakta⁶⁴⁹ ve bazı kanunlar Bab-ı Meşihat'a gönderilmekte idi. Örneğin; “*Arazi-i Miriyye İntikalinin Tevsii*”ne ilişkin kanun taslağı şeyhülislamın da görüşünün alınması için mazbata olarak Bâb-ı Meşihat'a havale edilmiştir⁶⁵⁰. 1857 yılında Ahmet Cevdet Paşa'nın da üye olmasıyla⁶⁵¹ kanun ve nizamname taslakları Cevdet Paşa tarafından ele alınır olmuştur⁶⁵². Birçok kanunu hazırlayan bu mecliste, İslam hukukunun muamelat kısmına ait olmak üzere “*metn-i metin*” adında bir Türkçe kanun yapımına girişilmiş ardından komisyon

⁶⁴³ **Cin / Akgündüz** (2017), s.257; **Akyıldız** (2003b), s.250; **Ekinci** (2017a), s.186; O dönemde tali mevzulara bakmaya başlayan Meclis-i Vala'da nadir de olsa yasama konuları ele alınmıştır. **Akyıldız** (2003b), s.251.

⁶⁴⁴ **Tanör**, s.104.

⁶⁴⁵ **Seyitdanlioğlu** (1999), s.50; **Taşkesenlioğlu, M. Yasin** (2018) *Tanzimat Döneminde Bir Reform Meclisi* Meclis-i Âli-i Tanzimat (1854-1861) Ankara, TTK, s.54-55.

⁶⁴⁶ **Taşkesenlioğlu**, s.60-63.

⁶⁴⁷ **Taşkesenlioğlu**, s. 63, 64.

⁶⁴⁸ Meclis-i Âli-i Tanzimat'ta yapılan kanun ve nizamname örnekleri için bakınız. **Atasoy, Samed** (2020) ‘Tanzimat Dönemi Osmanlı Kanunlaştırma Usulü ve Meclislerin Rolü (1838-1876)’, *SÜHFD*, S:2, C:10, s.262.

⁶⁴⁹ **Taşkesenlioğlu**, s. 56-58, 116, 117.

⁶⁵⁰ **Taşkesenlioğlu**, s. 56.

⁶⁵¹ Kanunlaştırma cerayanının yorulmak bilmeyen gayretli şahsiyeti kendisine kıymetli bir mesai sahası olacak olan Meclis-i Âli-i Tanzimat azalığına getirilmiş ve ilaveten Arazi komisyonu riyaseti de kendisine tevdi edilmişti. **Ebu'lula Mardini** (2009) *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, 2. Baskı, Ankara, TDV Yayınları, s.44.

⁶⁵² “*Meclis-i Tanzimat'ta yapılan kavanin û nizamat layihalarını kulları kaleme almakta idüğümden ... dahi kullarına havale olunmakla bir nizamname layihası kaleme aldım*” **Ahmet Cevdet Paşa** (1980) *Maruzat* (Hazırlayan: Yusuf Halaçoğlu), İstanbul, Çağrı Yayınları, s.34.

başkanlığını Ahmet Cevdet Paşa'nın yaptığı 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu hazırlanmıştır⁶⁵³.

İlerleyen dönemde Tanzimat ve Islahat Fermanlarının yeterince uygulanmadığından yakınan batılı ülkeler, Babîâli üzerinde baskı kurarak Meclis-i Vala ve Meclis-i Tanzimat'ın yerine daha etkin ve yeniliklerin uygulanmasını sağlayabilecek başka bir meclisin kurulmasını istediler⁶⁵⁴. Bunun neticesinde söz konusu iki meclis 1861 yılında “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye*” adı altında tekrardan birleştirildi⁶⁵⁵. Oluşturulan bu meclis “Mülkiye”, “Muhakemat” ile “Kavanin ve Nizamat” dairelerinden oluşmaktaydı. Bu dairelerden Mülkiye dairesi idari işlerle, Muhakemat dairesi adli ve idari yargı işleriyle, Kavanin ve Nizamat dairesi ise yasa ve nizamnameleri hazırlama işleriyle görevlendirildi⁶⁵⁶. 1861 yılından 1868 yılına kadar *Meclisi Vala-yı Ahkamı Adliye* mezkûr üç hizmet biriminden oluşan daire yapısı ile çalışmalarını sürdürdü⁶⁵⁷.

“Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye” ile “Meclis-i Ali-i Tanzimat”ın birleştirilmesinden yedi yıl sonra adli teşkilatın idari teşkilat ile aynı çatı altında çalışmasının sakıncaları fark edilmiş, bu sakıncaları giderebilmek için bu iki birimin tamamen birbirinden ayrılması gerektiği sonucuna varılmıştı⁶⁵⁸. Bunun üzerine; Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye 11 Zilkade 1284 yani 5 Mart 1868’de padişah iradesi ile *Divan-ı Ahkam-ı Adliye* ve *Şûrâ-yı Devlet* şeklinde ikiye ayrılmıştı⁶⁵⁹.

⁶⁵³ **Akgündüz** (1995), s.338. Meclis-i Tanzimat kurulur kurulmaz yeni bir ceza kanunu hazırlanma girişimleri olmuş ve neticede “Men’i irtikaba” dair olan kısım hazırlanmıştır. **Seyitdanlioğlu** (1999), s.51.

⁶⁵⁴ Örneğin; 1861 yılında İngiltere’nin İstanbul büyükelçisi Islahat Fermanı’nın uygulanması hususunda Babîâliye bu iki meclis yerine asıl vazifesi ıslahatın uygulanmasını gözetmek olan bir meclisin kurulmasını bir muhtıra ile bildirmiştir. **Karal, Enver Ziya** (2003) Osmanlı Tarihi, 6. Baskı, C:7, Ankara, TTK, s.144-145.

⁶⁵⁵ **Akyıldız** (2003b), s.251. **Seyitdanlioğlu** (1999), s. 53.

⁶⁵⁶ **Ahmet Cevdet Paşa** (1980), s.34.

⁶⁵⁷ **Karal, Enver Ziya** (2011) Osmanlı Tarihi, C:6, TTK, s.120; Osmanlı Devleti Tanzimat’ın ilanının hemen öncesinde başlayarak Şûrâ-yı Devlet’e öncülük eden birçok meclis kurup bunların çalışmalarından tecrübe kazanmıştır. Bunlar 1836’da danışma amacıyla askeri işlerde kendilerine başvurulmak üzere *Dar-ı Şûrâ-yı Askeri*, 1838’de hükümete ait işler görüşmek amacıyla *Dar-ı Şûrâ-yı Babîali* ve bunların üstünde faaliyet gösterecek olan *Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye* idiler. **Gedikli** (2018), s.24-25.

⁶⁵⁸ **Karaaslan, Mehmet** (2005) ‘Tanzimat ve Şurayı Devlet’, AÜHFD, S:3, C:54, s.351.

⁶⁵⁹ **Ahmet Cevdet Paşa** (1991), Tezakir 40-Tetimme, (Hazırlayan: Cevdet Baysun) 3. Baskı, Ankara TTK, s.84; **Seçkin, A. Recai** (1967) Yargıtay Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi, 1. Baskı, Ankara, Yarı Açık Cezaevi Basımevi, s.9; **Aydın, M.Akif** (1994) Divan-ı Ahkam-ı Adliye, TDVİA, C:9,s.387; **Görelî, İsmail Hakkı** (1953) Devlet Şurası, Ankara, Yeni Matbaa, s.5-6. **Akgündüz** (2011), s.147. **Akyıldız** (2003b), s.251.

4.2.4. Şûra-yı Devlet

Şurayı Devlet 10 Mayıs 1868’de Babiâli’de padişah nutkunun⁶⁶⁰ sadrazam tarafından okunmasıyla açılmıştır. Çok fonksiyonlu bir kurum olan Şûra-yı Devlet; adından da anlaşılacağı üzere öncelikli olarak bir danışma organı olup devlet ile vatandaş arasında cereyan eden idari davaların temyiz merci olması ve memurları yargılama yetkisine sahip olmasından dolayı bir mahkeme olma vasfını da haizdir. Tanzimat döneminin en belirgin özelliklerinden biri olan kanunlaştırma hareketlerinin merkezinde yer alan bu müessese, mezkûr işlevlerinin yanında aynı zamanda yasama fonksiyonu icra eden bir kurumdur.

Şûra-yı Devletin yasama yetkisi ilk olarak Şûra-yı Devlet Ana Tüzüğü’nün⁶⁶¹ 2. maddesinde; “*Şûra-yı Devlet evvela kâffe-i kavanin ve nizamatin tedkik ve layihalarının tanzimine memurdur*” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre; Şûra-yı Devletin ilk görevi kanunları ve nizamnameleri hazırlamak ve başka kurumlarca hazırlanmış kanun ve nizamnameleri tetkik edip gerekli gördüğü değişiklikleri yapmaktır⁶⁶². Yine aynı maddenin beşinci fıkrasında Şûra-yı Devlet’in “*...kavanin ve nizamat-ı mevzuaya müteallik olarak devairden gelen evrak ve tekarir üzerine rey vermeğe...*” salahiyetli olduğu belirtilmektedir. Bu da Şûra’nın kanun ve nizamname üzerinde tefsir⁶⁶³ faaliyeti yapmaya salahiyetli olduğunu göstermektedir. Aynı maddenin yedinci fıkrasında ise Şurayı Devlet “*...vilayet nizamı iktizasınca beher sene merakiz-i vilayette ictima Mecalis-i Umumiyye’nin ıslahata dair tezekkür edeceği mevaddın mazbatasını ... karşılaştırmaya memurdur*” demektedir. Buna göre; Şûra-yı Devletin Vilayet Nizamnamesi gereğince vilayetlerde bulunan umumi meclisler tarafından ıslahata dair çıkartılan maddeleri her sene bu meclisten gelen üyelerle beraber müzakere etmesi gerekmektedir.

Şûra-yı Devlet’in ilgili nizamnamelerde belirtilen faaliyetlerinin tümü, yasama fonksiyonuyla alakalıdır. Ancak; Şûra-yı Devlet bu faaliyetleri yaparken son sözü söyleyememekte, aldığı kararların işlerlik kazanması için sadaretin ve padişahın onayına ihtiyaç duymaktaydı. Bu nedenle Şûra-yı Devlet’in gerçek bir yasama faaliyeti yürütüp

⁶⁶⁰ Nutukta padişah; Şûra-yı Devlet’in kurulduğunu şu sözlerle duyurmuştur: “*İşte şu emrin te’lif ve ıslâhı ve bu münaza’âtın indifâ’ u izâlesi niyetiyle ve mücerred te’mîn-i hukûk-ı tebaa ve ahâlîmiz için, a’zâsı bilâ-istisnâ her sınıf tebaadan olarak Şûrâ-yı Devlet nâmıyla mücedded ve muntazam bir meclis tertîb ve teşkîl olunmuştur*”. COA, Nutk-ı Hümayün, HH.d..., 16425, 07/03/1289.

⁶⁶¹ Düstur, I. Tertip, C:1, s.703-706.

⁶⁶² **Gedikli**, s.427.

⁶⁶³ Tefsir (*interpretation, construction / explanatio*): Kanun, nizamname, kararname ve her türlü mukavele-namedeki mevcut ibarelerin manalarının izah edilmesidir. Türk Hukuk Lügati, s.329-30.

yürütmediği yazarlarca tartışılmıştır. Bazıları, Şûra-yı Devlet üyelerinin atanan kimseler olmasının bir başka deyişle seçimle gelmemelerinin ve en önemlisi hazırlanan layihaların Meclis-i Ayan ve Mebusan’da görüşülüp⁶⁶⁴ son halini aldıktan sonra padişahın onayı ile yürürlüğe girmesinin, Şûra-yı Devlet’in yasama faaliyeti icra etmediğini gösterdiğini⁶⁶⁵ söylerken bazıları da daha ileri giderek bu durumun Şûra’yı yürütmenin bir parçası haline getirdiğini söylemektedir⁶⁶⁶. Binaenaleyh Okandan’a göre; Şurayı Devlet tıpkı Meclis-i Vala gibi bağımsız bir yasa yapma kabiliyeti olmayan ve teknik bir komisyon mahiyetindedir⁶⁶⁷. Ona göre; Şûra-yı Devlet’in yalnızca kanun tasarıları hazırlama yetkisi olması ve kanunun teşekkül ve faaliyet tarzını belirlemesi; Şûra’ya yasama organı mahiyeti kazandırmamakta ve onu istişari bir organ olmaktan öteye götürememektedir⁶⁶⁸. Ancak Gedikli’ye göre; Şûra-yı Devlet’in hazırladığı ve tetkik ettiği kanun taslaklarının aynen kanunlaştırılması onun yaptığı işin yasama faaliyeti olarak adlandırılmasına neden olmuştur⁶⁶⁹.

Şurayı Devlet Ana Tüzüğü’nün 3. maddesine göre; Şûra-yı Devlet; “Mülkiye (ve Zabıta ve Harbiye) Dairesi”, “Maarif Dairesi”, “Maliye ve Evkaf Dairesi”, “Adliye Dairesi” ve “Nafia ve Ticaret ve Ziraat Dairesi” olarak her biri onar üyeli beş daireye taksim edilmiş idi. Bu dairelerin üzerinde ise dairelerden alınan kararların tekrar görüşüldüğü bir üst kurul olan Heyet-i Umumiye var idi. Şûra-yı Devlet dairelerinin her biri kendisinin görev alanına giren konularda kanun ve nizamname tesis etme ve kendisine havale olunan kanun ve nizamnameleri tefsir ve ta’dil etmekle görevli idi⁶⁷⁰. Şûra-yı Devlet’in yasama faaliyeti bakanlıklar eliyle başlatılırdı. Bakanlıklar hazırladıkları kanun ve nizamname taslaklarını sadarete, sadaret ise; Şûra-yı Devlet’in ilgili dairesine gönderir ve taslaklar burada tetkik edilirdi. Bir daireye havale edilmiş meselelerden etraflıca müzakeresi gerekenler için komisyon teşkil olunurdu⁶⁷¹. Her dairede görüşülen taslak en sonunda Heyet-i Umumiye’de

⁶⁶⁴ Kanun-i Esasi 54. Maddesi gereği Şûra-yı Devlet kararlarının yürürlüğe girmesi için padişah onayından önce Heyeti Mebusan ve Heyet-i Ayan’da tetkik ve kabul olunması gerekmektedir.

⁶⁶⁵ Konan (2013), s.97. Muta, Abdülmecit (1997) ‘Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şûra-yı Devlet (1868-1922)/(1284-1341)’ (Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.33.

⁶⁶⁶ Karahaoğulları, Onur (2005) ‘Türkiye’de İdari Yargı Tarihi’ (Doçentlik Tezi), Ankara, İnternet Paylaşımı, s.149. < <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/turkiyedeidariyargitarihi.pdf> > s.e.t:18.05.2022.

⁶⁶⁷ Okandan, Recai G. (1948) Umumi Amme Hukukumuzun Ana Hatları, İstanbul, s.106.

⁶⁶⁸ Okandan, s.107.

⁶⁶⁹ Gedikli, s.431-432.

⁶⁷⁰ İç Tüzük madde 14-16.

⁶⁷¹ İç Tüzük madde 32. Bakanlıklardan ve diğer dairelerden kaleme alınıp Şûra-yı Devlet’e havale edilen nizamname layihaları aynıyla kabul ve tasdik olunacak ise kabulünü icap eden esbab mazbatada belirtilir ve layihanın eki şeklinde tasdik olunur (İç Tüzük madde 39).

görüştürmeden tekrar sadarete arz olunmazdı⁶⁷². Sadarete arz olan kanun taslakları ise sadaret tarafından padişaha arz olunur ve padişah tarafından onaylanan taslak kanun olarak yürürlüğe girerdi. 1872 yılında yapılan değişiklikle Şûra-yı Devlet'in daire sayısı; *Tanzimat*, *Dahiliye* ve *Muhakemat* olmak üzere üç daireye indirilmiştir. Tanzimat Dairesi'nin görevi sadece kanun, yönetmelik ve mukavele düzenlemek olarak belirlenmiş ve ilk başta tüm dairelere verilen yasama görevleri 1872 yılındaki bu değişiklikle yeni kurulan Tanzimat Dairesi'ne devredilmiştir. Bu daire kendisine verilen bu görevi meşrutiyetin ilanı olan 1876 yılına kadar çok iyi şekilde yapmıştır⁶⁷³.

Kanun-i Esasi'nin yürürlüğe girdiği 1876 yılından itibaren ise Şûra-yı Devlet'in yasama fonksiyonu ivme kaybetmiştir. Şöyle ki; 1876 Kanun-i Esasi'nin 53. maddesi⁶⁷⁴ ile yeni bir kanun yapılması veya kanunun değiştirilmesi (ta'dili) yetkisi padişahın izin vermesi şartıyla *Heyet-i Vukela*'ya, *Meclis-i Ayan* ve -kendi vazifeleriyle alakalı olmak şartıyla- *Meclis-i Mebusan* 'a bırakılmış idi. Böylece Şûra-yı Devlet'in yasama yetkisi sadece mezkûr meclislerden gelen kanun taslaklarını incelemekle sınırlı hale gelmişti⁶⁷⁵. Kanun-i Esasinin 54. maddesine⁶⁷⁶ göre ise; Şûra-yı Devlet tarafından incelenip tanzim edilen kanun layihalarının yürürlüğe girebilmesi için yine en sonunda padişah onayı olmak şartıyla önce *Heyet-i Mebusan* sonra *Heyet-i Ayan* tarafından incelenip kabul olunması gerekmekte idi. Bu madde ile de Şûra-yı Devlet'ten çıkan kanun layihalarının yürürlüğe girişinin zorlaştırıldığı söylenebilir⁶⁷⁷.

1876 yılında açılan ve kanun yapımında önemli bir rolü olan *Meclis-i Mebusan* açılışından kısa süre sonra 1878 yılında kapatılmıştı. *Meclis-i Mebusan*, kapatılmasına kadar

⁶⁷² Ana Tüzük m.5. (Düstur, I. Tertip, C:1, s.705.)

⁶⁷³ Tanzimat Dairesi, varlığını Şûra-yı Devlet'in sona erdiği 1922 yılına kadar devam ettirmiştir. **Gedikli**, s.428.

⁶⁷⁴ MADDE 53: “Müceddeden kanun tanzimi veya kavanini mevcudeden birinin tadili teklifi Heyet-i Vükelâya ait olduğu gibi Heyet-i Âyan ve Heyet-i Mebusanın dahi kendi vazife-i muayyeneleri dairesinde bulunan mevad için kanun tanzimini veyahut kavanin-i mevcudeden birinin tadilini istidaya salâhiyetleri olmakla evvelce makam-ı sadaret vasıtası ile taraf-ı Şahaneden istizan olunarak irade-i seniye müteallik buyrulur ise ait olduğu dairelerden verilecek izahat ve tafsilat üzerine layihalarının tanzimi Şûra-yı Devlete havale olunur.” Düstur, I. Tertip, C:4, s.10.

⁶⁷⁵ **Gedikli**, s.427; **Konan**, s.97.

⁶⁷⁶ MADDE 54: “Şûra-yı Devlette bi-l'müzakere tanzim olunacak kavanin layihaları Heyet-i Mebusan'da badehu Heyet-i Ayan'da tetkik ve kabul olunduktan sonra icra-yı ahkamına irade-i seniye hazreti padişahi müteallik buyrulur ise düsturu'l-amel olur ve işbu heyetlerin birinde katiyen reddolunan kanun layihası o senenin müddet-i içtimaiyesinde tekrar mevki-i müzakereye konulamaz.” Düstur, I. Tertip, C:4, s.10-11.

⁶⁷⁷ Şûra-yı Devlet üyelerinin seçilmiş kimseler olması ve Şûra-yı Devlet'ten çıkan kanun taslağının 1876'ya kadar *Meclis-i Vukela*'da 1876'dan kapatılıncaya kadar *Meclis-i Mebusan*'da görüşülüp son şeklini alması ve akabinde ancak padişah onayıyla yürürlüğe girebilmesi Şûra-yı Devlet'in sınırlı bir yasama faaliyeti yaptığını göstermektedir. **Mutaf**, s.33. Şûra-yı Devlet, sınırlı bir yasama meclisidir. **Cin / Akgündüz** (2017), s.205.

geçen süreçte (1876-1878) her ne kadar güçlü bir yasama işlevi icra edemese de Şûra-yı Devlet, kanun ve yönetmelikleri yorumlamak ve özerk vilayetlerin hazırladığı kanun ve nizamname layihalarının Osmanlı kanunlarına ve hukuka uygun olup olmadığını belirlemek gibi yasama benzeri faaliyetlerini sürdürmüştü⁶⁷⁸.

Şûra-yı Devlet'in Osmanlı yasama faaliyetindeki güçlü konumuna Meclis-i Mebusan'ın kapatılmasıyla tekrar kavuştuğu söylenebilir⁶⁷⁹. Her ne kadar Mebusan Meclisi'nin kapatılmasıyla artık kanun çıkarılması mümkün olmasa da meclislerin tekrar açıldığı tarih olan 1908 yılına kadar Osmanlı'da yasama faaliyeti tebliğname, kararname ve nizamnameler aracılığıyla icra edilmişti. Nizamnameler ise; meclislerin onayına gerek olmaksızın Şûra-yı Devlet tarafından incelendikten sonra padişahın onayıyla yürürlük kazanabilen düzenleyici işlemlerdendi⁶⁸⁰. Bu durum, 1908'e kadar pek çok konuda nizamname çıkarmak zorunda kalan Osmanlı Devleti'nde Şûra-yı Devletin değerini arttırmıştır.

Her ne kadar 1908 yılında meclisler tekrar açılrsa da 1909 değişiklikleri ile 53 ve 54. maddeler tadil edilerek kanunların Şûra-yı devletten geçirilmesi mecburiyeti kaldırılmış ve böylece kanunların Şûra-yı Devlet'çe incelenmesi istisari ve yürütme organının takdirine bırakılan bir konu olmuştur⁶⁸¹. Böylece Şûra-yı Devlet'in yasama fonksiyonu iyice zayıflamıştır.

4.2.5. Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan

Meclis-i Mebusan ve Ayan, 23 Aralık 1876 tarihinde yürürlüğe giren Kanun-i Esasi'nin öngördüğü Meclis-i Umumi adlı Osmanlı parlamentosunu oluşturan iki meclistir⁶⁸². Meclislerden biri açık olmadığında diğeri toplanıp faaliyette bulunamazdı⁶⁸³.

Meclis-i Mebusan'ın asıl görevi kanun yapmak ve yıllık bütçe kanunu çıkarmak ve kendi vazifesi ile sınırlı olmak üzere kanun teklifinde bulunmak iken Meclis-i Ayan'ın başlıca görevi; Meclis-i Mebusan'ın verdiği kanun ve bütçe tasarılarını ilerde değinileceği

⁶⁷⁸ Konan, s.97.

⁶⁷⁹ Mutf, s.34.

⁶⁸⁰ Dinçer, Güven (1968) Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, TTK, s.742.

⁶⁸¹ Dinçer, s.742-43.

⁶⁸² Akyıldız, Ali (2003d) 'Meclis-i Meb'usan', TDVİA, C:28, s.245-47.

⁶⁸³ Akyıldız, Ali (2003e) 'Meclis-i A'yan', TDVİA, C:28, s.243-44.

üzere Kanun-i Esasi'nin 64. maddesi gereği; dini değerler, özgürlükler, Kanun-i Esasi hükümleri, devletin bütünlüğü ve genel ahlak açılarından incelemektir⁶⁸⁴. Meclis-i Ayan'ın diğer görevleri ise; kabul ettiği kanun tasarılarını onayladıktan sonra padişahın onayına sunulmak üzere sadarete göndermek, Kanun-i Esasi'yi yorumlamak, kendisine sunulan arzuhallerden önemli gördüklerini mütalaasını da ekleyerek sadarete göndermek ve görev sınırları içerisindeki bir konuyla ilgili yeni bir kanun teklifi verebilmek idi⁶⁸⁵.

Kanun-i Esasi'nin ilanı ile; Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan merkezli hale gelen Osmanlı hukuku yasama faaliyeti, üçüncü bölümde daha tafsilatlı şekilde ele alınacağından mezkûr meclislerle ilgili bu kadar bilgi vermekle yetinilmiştir.

⁶⁸⁴ Bkz. Düstur, II. Tertip, C:4, s.12. Mezkûr denetimden geçemeyen kanun tasarıları reddedilir ya da düzeltilmesi için Meclis-i Mebusan'a gönderilirdi.

⁶⁸⁵ Akyıldız (2003e), s.244.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YASAMA FAALİYETİ BAĞLAMINDA HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ’NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu bölümde İslam ve Osmanlı hukuku yasama faaliyeti hakkında ilk iki bölümde elde edilen veriler ışığında Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin yasama faaliyetindeki yeri tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu amaca matuf olmak üzere; ilk başta Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin Kanun-i Esasi’ye göre nasıl bir usul izlenerek hazırlandığı üzerinde durulacaktır. Ardından bir kısım Hukuk-ı Aile Kararnamesi hükümlerinin ne oranda İslam hukuku kurallarına uygun olarak hazırlandığı belirlenmeye çalışılacaktır.

Bu bölümün ana hedefine geçmeden önce Hukuk-ı Aile Kararnamesi hükümlerine önemli oranda tesiri olan Kararname’nin hazırlanma nedenleri genel hatlarıyla ele alınması ve akabinde ise Kararname’nin içeriği hakkında bilgiler verilmesi gerekmektedir.

1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin Hazırlanma Nedenleri

Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin hazırlanmasında pek çok sebep etkili olmuştur. Bunların başında Osmanlı hukuk mevzuatının medeni hukuk alanındaki eksikliktir. Daha önce bahsi geçtiği üzere; Mecelle’nin içerisinde aile, şahıs ve miras hukuku gibi medeni hukuka ait hükümler yok idi. Bu durum bazı yazarlarca eleştirilmiş ve başlarda medeni hukuk alanındaki mezkûr eksikliklerin; Mecelle’ye yeni eklemeler yapılarak doldurulması düşünülmüştür⁶⁸⁶. İlerleyen yıllarda Mecelle’den ayrı müstakil şekilde aile hukukuna dair Hukuk-ı Aile Kararnamesi adında bir düzenleme tanzim edilmiştir.

Tanzimat devrinde çeşitli nedenlerden dolayı sadece aile hukuku alanında değil her alanda dava miktarı ve çeşidi artmıştı. Kadıların özellikle tedvin edilmemiş aile hukuku alanındaki sayısı artan davalar ve yeni çıkan durumlara karşı fıkıh kitaplarından ve fetva mecmualarından Hanefi mezhebinin sınırları içerisinde kalarak en uygun içtihatları tercih etmeleri gerekiyordu. O dönemdeki hâkimler bu kabiliyete sahip olmaktan bir hayli uzak

⁶⁸⁶ “Şu taksimat nokta-i nazarından Kanun-ı Medenimiz tam değildir, nakıstır. Bir defa eşhasa ait ahkam yoktur. Münakahat için ayrıca Kitabü’n-nikah vardır. Fakat mecelle halinde değildir. İleride münakahat için Mecelle’ye ayrıca bir fasıl ilave edilecektir. Sonra hukuk-ı aile yani veraset, vesaya ve feraize ait kanunumuz yoktur. Bab-ı meşihat bu hususta fukaha-yı kiramın içtihadatına riayet ederek hükmediyor.” Ahmed Şuayb (1326-1328), Hukuk-ı İdare, Birinci Kısım, Dersaadet, Hürriyet Matbaası, s.17.

olduğundan Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin gerekçesinde de belirtildiği üzere; devrin ihtiyacına cevap verecek içtihatların uzman bir ekip tarafından kanunlaştırılıp kadıların önüne hazır bir halde sunulması icap ediyordu. Nitekim Kararname'nin gerekçesinde bu duruma işaret eden şu ifadeler yer verilmiştir.

“...medâr-ı hükm olacak (hükümde esas alınacak) mesele-i şer’iyyeyi kütüb-i fıkhiyyeden (hukuki meseleleri, fıkıh kitaplarından) istinbat ve istihraç (hüküm çıkarmak) ve müftabih olan (kendisiyle fetva verilen) müteaddid (çok sayıda) akvâl-i fukahâdan (fakihlerin görüşlerinden) birini diğerine tercih için muktezî olan (gerekten) ihtisas (uzmanlık) ve fazl u irfanın (liyakat ve yetkinliğin) bütün hükkamda (hâkimlerde) vücudunu (varlığını) temin etmek müşkil (sıkıntılı) ... bulunması sebebiyle...”⁶⁸⁷

Kararname'nin hazırlanmasının diğer bir nedeni olarak ülkede adli birliğin sağlanmak istenmesi gösterilebilir. Osmanlı Devleti, Kararname'nin yürürlüğe girdiği tarihe kadar gayrimüslim halkı ahvali şahsiye ile ilgili davalarında hangi mahkemeye gidecekleri hususunda serbest bırakmıştı⁶⁸⁸. Örneğin bir gayrimüslim boşanma davasını ister kendi Cemaat Mahkemesine isterse Osmanlı Şer’iyye Mahkemesi’ne götürebiliyordu. Bu durumdan hoşnut olmayan İttihat ve Terakki Hükümeti adli sahada birliği sağlamak istemiş ve bu durumu değiştiren Kararnameyi yürürlüğe koymuştu⁶⁸⁹. Kararname'nin 156. maddesi gereği Cemaat Mahkemeleri ilga edilmiş 157. madde ile de bu Kararname'nin icrası için Adliye Nazırlığı; dolayısıyla Osmanlı Mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Ancak Kararname'nin gerekçesinde; “Asırlardan beri aile umurunu (aile işlerini) ahkâm-ı diniyeye (dini hükümlere) tevfiğ eden (uygun yapan) bir kavmin bütün an’ânâtını (geleneklerini) bir anda ve hiçbir usûl-i tedric ve istifâya (kademe kademe değiştirme ve onların hukukuna saygı gösterme usulüne) riâyet etmeksizin tebdîl etmek (değiştirmek) kânûnu her türlü nüfûz-ı ma’nevîden (manevi etkiden) mahrum ve kabiliyet-i tatbikiyyesini (uygulanma yeteneğini)

⁶⁸⁷ Akgündüz (2012a), s.1672; Çeker, Orhan (2017) Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 5. Baskı, Konya, Mehîr Vakfı Yayınları, s.65-66. Ansay, Sabri Şakir (1952b) Eski Aile Hukukumuz Bir Nazar, Ankara, AÜHF Yayınları, s.18.

⁶⁸⁸ Gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının, yani zimmîlerin -İslam hukukunun tanıdığı hak gereği- kendi dinlerinin hukukî hükümlerine ve ruhanî meclislerine gidebilme imkânları vardı. Ancak Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile cemaat mahkemelerinin elinden yargılama yetkisi alınmak suretiyle yargılamada birliğin sağlanması hedeflenmiştir. Ekinci, E. Buğra (1997) ‘Akim Kalan Bir Teşebbüs: Osmanlı Aile Kanunu’, Tarih ve Medeniyet Dergisi, S:43, s.50-52.

⁶⁸⁹ Aydın, M. Akif (2018) Osmanlı Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Klasik Yayınları, s.161; Osmanlı aynı zamanda tedvin edilmemiş gayrimüslimlerin kendi hukukunu tedvin ederek gayrimüslimlere uygulanacak hukuku da belirgin hale getirmiştir.

pek esaslı bir surette rahnedâr eder (yaralar.)”⁶⁹⁰ şeklinde belirtildiği üzere; gayrimüslimlerin hukukunu bir anda değiştirmenin uygun olmayacağı düşünülmüş ve bu Kararnamenin uygulanma yeteneğini arttırmak amacıyla gayrimüslimlerin aile hukukunda kendi dini hukuk kurallarına göre yargılanma serbestisine dokunulmamıştır.

Osmanlı Devleti, 1876’daki Ruslarla tutuştuğu doksan üç harbinden 1917’ye gelinceye kadar pek çok savaşa girmişti. Bu savaşlarda Osmanlı toplumundaki erkek nüfus hatırı sayılır ölçüde azalmıştı. Bu durumun birçok yansıması olmuştur. Örneğin; resmi mezhep olan Hanefi mezhebine göre eşleri savaştan dönemeyen kadınların evliliklerinin sona erebilmesi için; ya kesin olarak eşinin ölüm haberi gelmesi gerekiyor ya da eşten haber alınamıyorsa çok uzun bir sürenin geçmesi gerekiyordu. Özellikle savaşa giden eşinden haber alamayan kadınların evliliklerinin durumundaki bu belirsizlik, eşi savaştan dönemeyen kadınlar için çekilmez bir duruma dönüşebiliyordu. Çok sayıda kadının bu durumda olması, hükümete bu konuda Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerden istifade edilmesi yönünde baskı oluşturmuştur⁶⁹¹.

Tanzimat devriyle birlikte 1858’de ilk kız rüştiyesi, 1870’de ilk kız öğretmen okulu açılmış ve ikinci meşrutiyet sonrası ise kızlara üniversite eğitimi sağlanmıştı⁶⁹². İlerleyen yıllardaki savaşlar neticesinde azalan erkek nüfusu, fabrikalarda erkekler yerine azımsanamayacak sayıda kadının çalışmasına neden olmuştu⁶⁹³. Hem kadınlara okullarda eğitim verilmesi hem de kadınların iş hayatına atılması yeni canlanan kadın hareketinin (*feminizm*) kuvvet bulmasına yol açmıştır. Kadınlık hareketinin gelişmesi ise *Mecelle* zamanından beri arzu edilen hem aile kanununun yapılmasını hızlandırmış hem de yapılacak olan bu kanunun içeriğini etkilemiştir⁶⁹⁴.

Yirminci yüzyıl kadınlar açısından yeniliklerle dolu bir asır olmuştur. Bu dönemde birçok kız eğitim kurumunun ve kadın derneklerinin açıldığı görülmektedir. Osmanlı’nın batılılaşma isteği sosyal hayata da yansımış İstanbul, İzmir ve Selanik başta olmak üzere gelişen ve genişleyen Osmanlı şehirlerinde kıyafet ve yaşam tarzında gözle görülür

⁶⁹⁰ Akgündüz (2012a), s.1672; Çeker, s.66. Ansay (1952b), s.18.

⁶⁹¹ Kayabaş, Ebru (2009) Hukuk-ı Aile Kararnamesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.27.

⁶⁹² Gayretli, s.232.

⁶⁹³ Lewis, s.237.

⁶⁹⁴ Aydın (2018), s.162; Berkes, Niyazi (1973) Türkiye’de Çağdaşlaşma, Ankara, Bilgi Yayınevi, s. 437. Mehmet, Ünal (1977) ‘Medeni Kanun’un kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi’, AÜHFD, C:34, S:1-2, s.215.

değişmeler yaşanmıştır⁶⁹⁵. Bu değişim, aile yapısını ataerkil yapıdan kadının daha fazla söz sahibi olduğu bir aile yapısına dönüştürmeye başlamıştır⁶⁹⁶. Tüm bu gelişmelerin doğal bir sonucu olarak kadınlar, yeni konumlarına uygun bir şekilde hukuk kurallarının değişmesi yönündeki taleplerini arttırmışlardır.

Bir yandan genç entelektüeller ve ulema içtihat kapsamının kapalı olup olmadığını tartışırken diğer yandan Fransız sosyoloji anlayışından etkilenen Osmanlı mütefekkirleri; şer'i hukukun özel hukuka ait kısmının yasama faaliyeti yoluyla değiştirilip toplum ihtiyaçlarına uygun bir hale getirilebileceğini savunuyorlardı⁶⁹⁷. O dönemin önde gelen *İslamcılık*, *Batıcılık* ve *Türkçülük* akımlarının önemli yazarlarının farklı cihetten de olsa yazılarında Osmanlı toplumunda kadın ve aile problemi olduğu tezini işlemeleri, 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hazırlanmasında güçlü bir etki oluşturmuştur⁶⁹⁸. Kararname hükümleri oluşturulurken her ne kadar üç fikir akımından da etkilenildiği görülsün⁶⁹⁹ de ileride üzerinde durulacağı üzere; Kararname hükümlerinin genel olarak şer-i şerife uygun olduğu düşünüldüğünde, Kararname'nin mezkûr üç fikir akımından İslamcıların düşüncelerine daha uygun hazırlandığı söylenebilir⁷⁰⁰.

2. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin İçeriği

Komisyon, Osmanlı Devleti'nde yaşayan üç dine mensup insanların hukukunu dikkate alarak Müslümanlar, Hristiyanlar ve Museviler için ayrı ayrı hükümlerin tespitini

⁶⁹⁵ **Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri** (1958) *İçtimaiyat-Hukuk Sosyolojisi*, C:3, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s.241, 242.

⁶⁹⁶ **Kayabaş**, s.26; **Aydın** (2018), s.163.

⁶⁹⁷ **İnalçık** (2001a), s.326.

⁶⁹⁸ **Aydın** (2018), s.163.

⁶⁹⁹ Kararname oluşturulurken başta İslamcılık olmak üzere dönemin üç fikir akımından da etkilenilmiştir. **Fındıkoğlu**, s.249, 261; Örneğin Kararname'nin 7. maddesinde evlenme yaşı için asgari sınır getirilmesi batıcı bir mütefekkir olan Celal Nuri'nin fikirlerinden etkilenildiğini göstermektedir. Bakınız. **Koyuncu, Nuran / Yılmaz, Yasin** (2019) 'Celal Nuri'nin Aile Hukukuna Dair Görüşlerinin Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yansımaları', *SÜHFD*, S:3, C:27, s.473; Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 38. maddesinde kadına evlilik akdinde tek eşlilik şartı koşabilme hakkının verilmesi Türkçülerden Ziya Gökalp'in kadın ve erkek eşitliği düşüncesinin kısmen de olsa gerçekleştiğini göstermektedir. **Kurnaz, Şefika** (1991) *Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını*, 2. Baskı, Ankara, Aile Araştırma Kurumu, s.70; Türkçülerden Mansurizade Said'in çok eşliliğin sınırlandırılması gerektiği yönündeki görüşü Kararname'nin 38. maddesinin birden fazla evliliği sınırlayıcı şekilde düzenlenmesine yol açmıştır. **Aydın** (2018), s.175; Teaddüd-i Zevcatın kaldırılmasına yol açan mukavele imkanı ve aile meclisi hakkındaki münferit hükümlerde Ziya Gökalp'in fikir izleri görülmektedir. **Jaeschke, Gotthard** (1952) 'Türk Hukukunda Evlenme Aktinin Şekli', *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S:3-4, C:18, s.1137.

⁷⁰⁰ **Cin, Halil** (1988a) *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.291-292.

kararlaştırmıştır⁷⁰¹. Kararname'deki 157 maddeden 13'ü yalnız Musevilere, 27'si yalnız Hristiyanlara ve 5 madde ise ortaklaşa her iki dini cemaate ait konuları düzenlemiştir. Geriye kalan 112 madde ise Müslümanlarla ilgili hükümlerden oluşmaktadır. Ayrıca “*İşbu Kararname gayrimüslimler hakkında istisnaen beyan olunan ahkama muhalif olmayan mevad, sarahati mahsusa olmadıkça onlar hakkında dahi caridir.*” diyen 155. madde gereğince Kararname'nin 115 maddesi Müslümanlarla İseviler arasında, 134 maddesi Müslümanlarla Museviler arasında, 97 maddesi her üç dini grup arasında ortaktır⁷⁰².

Kararname, iki kitap içerisinde dokuz bölüm ve yirmi bir fasıldan oluşmaktadır. Birinci kitap evlenme (*münâkehat*), ikinci kitap boşanma (*müfârakât*) hakkındadır. Velayet⁷⁰³ (m.10-11) ve nafakaya (m.92-101 ve 150-154)⁷⁰⁴ dair hükümler istisna edilirse, kanunda karı-koca hukukunun tamamı değil sadece evlenme⁷⁰⁵, boşanma ve evliliğin genel hükümlerine dair konular düzenlenmektedir⁷⁰⁶. Ancak şu da bilinmelidir ki Kararname'yi hazırlayan komisyon birtakım sebeplerden dolayı hazırlamış olduğu kısmı bir an önce yürürlüğe koymak istediği için Kararname'de oldukça az sayıda konuya yer verilebilmiştir. Komisyon, Kararname'nin yürürlüğe girişinden sonra da aile hukukunun nesep, vasiyet ve hidane gibi bölümlerini de tedvin etmek için çalışmaya devam etmiştir. Zira komisyon üyelerinden birisi Kararname'nin yürürlüğe girişinin beşinci ayında bir gazeteye verdiği beyanatta şöyle demektedir: “*Hukuk-ı Aile Kanununu henüz bitirmedik. Evvelce münakahat ve müfarakat mebahisini (konularını) tanzim etmiştik. Komisyonumuz bu mebâhisi arîz ve amik (enine boyuna) tetkik eyledikten sonra mevadd-ı kanuniyesini (kanun maddelerini) tanzim eylemiştir. Şimdi nesep, nafaka ve müfarakat vukuundan sonra hidane yani çocuk büyütme, vasiyet ve miras mesail-i mühimmesini tetkik ediyoruz.*”⁷⁰⁷ Osmanlı Devleti'nin Birinci Dünya Savaşı'ndan yenik çıkması ve akabinde 1918 Mondros Mütarekesi'ne maruz kalması, devam eden bu çalışmaların yürürlüğe girmesini engellediği söylenebilir⁷⁰⁸.

⁷⁰¹ Kararname'nin gerekçesinde Müslüman ve Gayrimüslim vatandaşların ayrı hükümlere tabi olmalarının sakıncaları anlatılarak her üç grubu da ilgilendirecek bir kanun hazırlanmasının uygun görüldüğü belirtilmiştir.

⁷⁰² Kayabaş, s.39.

⁷⁰³ Eksik ehliyetlilerin evlenmelerinde velinin rolünden bahsedilmiş ancak yetkili veli, velide bulunması gereken şartlar ve velinin görev ve yetkileri düzenlenmemiştir.

⁷⁰⁴ Mezkûr maddelerde sadece evlilik nafakası düzenlenmiş, usul-furu ve akrabalık nafakaları düzenlenmemiştir.

⁷⁰⁵ İslam hukukunda var olan mektup göndermek suretiyle nikah akdedilmesi ve fuzûlinin (yetkisiz temsilcinin) üçüncü şahsı evlendirmesi müesseseleri düzenlenmemiştir.

⁷⁰⁶ Kayabaş, s.37.

⁷⁰⁷ Fındıkoğlu, s.263.

⁷⁰⁸ Ünal, s.210.

3. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Tanzim Edilme Usulü

Hukuk-ı Aile Kararnamesi Kanun-i Esaside belirtilen yasama faaliyeti esaslarına göre oluşturulmuştur. Kararname'nin nasıl bir yöntemle tanzim edildiğinin anlaşılabilmesi için Kanun-i Esasi'deki yasama usulünün incelenmesi icap etmektedir.

3.1. 1876 Kanun-i Esasi'de Yasama Faaliyeti⁷⁰⁹

Osmanlı yasama faaliyeti Tanzimat devrine kadar son söz padişahta olmak üzere Divan-ı Hümayunda icra edilmekte idi. Divan-ı Hümayun'un önemini yitirmesinden sonra yasama faaliyeti yine padişahın onayı şartı ile bir takım teknik meclis ve komisyonlar aracılığıyla icra edilmiştir. Ancak Osmanlı hukukunda yasama faaliyetinin nasıl yapılacağı hakkında Kanun-i Esasi'ye kadar geniş kapsamlı bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Kanaatimizce Kanun-i Esasi'de üç farklı yolla yasama faaliyeti icra edilebilir.

3.1.1. Kanun Yapma Yoluyla

1876 yılında yürürlüğe giren Kanun-i Esasi Osmanlı hukukunda kanun yapma usulünün nasıl icra edileceğini genel hatlarıyla açıklayıp ayrıntılarını ise yasama faaliyetinde görevli kurumların tüzüklerine havale etmiştir.

Kanun-i Esasi'nin 53. maddesine⁷¹⁰ göre bir kanunun yapılması ya da değiştirilmesi teklifini vermek suretiyle yasama faaliyetini; Heyet-i Vükela, Ayan⁷¹¹ ve Mebusan meclisleri başlatabilirdi⁷¹². Ayan ve Mebusan meclislerinin kanun teklifleri ancak kendi

⁷⁰⁹ Detaylı bilgi için bakınız. **Yıldız, Abdulkadir** (2010) 'Kanuni Esasi'de Yasama Yetkisi' (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. **Mengüç, Yaşar Fatih** (2014) '1909 Osmanlı Kanuni Esasi Tadilleri Çerçevesinde Kanun Yapma Usulü' (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

⁷¹⁰ Kanun-i Esasi madde 53: “Müceddeden kanun tanzimi veya kavanin-i mevcudedden birinin tadili teklifi Heyet-i Vükelâya ait olduğu gibi Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan dahi kendi vazife-i muayyeneleri dairesinde bulunan mevad için kanun tanzimi veyahut kavanin-i mevcudedden birinin tadilini istidaya salâhiyetleri olmakla evvelce makam-ı sadaret vasıtası ile taraf-ı şahaneden istizan olunarak irade-i seniye müteallik buyrulur ise ait olduğu dairelerden verilecek izahat ve tafsilât üzerine lâyhaların tanzimi Şûra-yı Devlete havale olunur.” Düstur, II. Tertip, C:4, s.10.

⁷¹¹ Ayan azasından Ali Galip Bey'in Ayan Meclisi'nin 1 Kasım 1325 tarihinde başlayan I. Döneminde “Münasip Görülecek Ormanlardan Gerek Kurâ-yı Mütecavire ve Gerek Ticarete Mahsus Olmak Üzere Kömür ve Odun İçin Kat'iyat İcrasına Dair Kanun Teklifi”, Ayan Meclisi üyelerinin verdiği kanun tekliflerinden birine örnektir: Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi, C: 3, Dönem 1, İctima 3, s. 377.

⁷¹² Meclislerin kanun yapma hususundaki salahiyeti, meclise getirilen kanun tasarılarını müzakere edip red, kabul ya da tashih etmekten ibarettir. **Abadan**, s.28.

vazifeleri ile sınırlı olup mezkûr meclis üyelerinin kanun teklifi verebilmeleri için her şeyden önce Ayan Meclisi Dahili Nizamnamesi⁷¹³ ve Mebusan Meclisi Dahili Nizamnamesindeki⁷¹⁴ usullerin tamamlanması gerekmektedir.

Meclis-i Mebusan Dahili Nizamnamesi 27. maddesine⁷¹⁵ göre; Meclis-i Mebusan üyeleri bir kanun teklifi vermek istediklerinde gerekçeleri içinde olacak şekilde kanun önergesini meclis başkanına iletmeleri gerekmektedir⁷¹⁶. Bu teklif Ayan ve Mebusan Meclisi üyelerinden oluşan genel kurulda (heyet-i umumi) okunarak üyelerin onayına sunulur ve eğer mezkûr önerge üyeler tarafından onaylanırsa özel komisyona (encümen-i hassa) gönderilirdi. Komisyon kendisine gönderilen önerge ile ilgili bir mazbata hazırlardı. Hazırlanan bu mazbata yine genel kurula getirilip üzerinde müzakereler yapılır ve en sonunda oylamaya sunulurdu. Eğer kanun önergesi Heyet-i Umumi üyelerinin çoğunluğunun oylarıyla onaylanırsa mezkûr önerge hakkında bir kanun layihası düzenlenmek üzere Şûra-yı Devlet'e gönderilmesi istemiyle sadarete havale edilirdi⁷¹⁷.

Sadaret, hazırlanan önergeye izin vermesi için padişaha gönderirdi. Padişahın izin vermesi üzerine mezkûr teklif ait olduğu meclise gönderilir ve burada böyle bir kanun yapılmasına ihtiyaç olduğuna karar verilirse sonunda Şûra-yı Devlete gönderilirdi⁷¹⁸. Şûra-yı Devlet gerekli gördüğü değişiklikleri yapmak suretiyle adı geçen önerge ile ilgili bir kanun

⁷¹³ Düstur, II. Tertip, C:4, s.20.

⁷¹⁴ Düstur, II. Tertip, C:4, s.36.

⁷¹⁵ Mebusan Meclisi Dahili Nizamnamesi'nin 27. maddesi: “Müceddeden bir kanun tanzimine veya kavanin-i mevcudedden birinin tadiline dair Hükümet-i seniyyeye istid'aname takdimini mebuslardan bir veya birkaç zat teklif etmek murad eyledikleri halde Reis'e esbab-ı mucibeyi havi bir takrir takdim eylemek lazım gelir. Bu takrir Heyet-i Umumiyyede kıraat olunduktan sonra teklifin nazar-ı mütalaaya alınıp alınmaması hakkında re'ye müracaat olunur. Nazar-ı mütalaaya alınmaya değer verilir ise; 20. maddede beyan olunan encümen-i mahsusuna havale edilir. Havale olunan teklif hakkında Encümenin tanzim eylediği mazbata Heyet-i Umumiye'ye gelip kıraat olunduktan ve heyetçe müzakere cerayan eyledikten sonra re'ye müracaat olunur. Ekseriyet-i âra ile kabule makrun olur ise iktiza eden layihanın tanzimi hususunun Şûra-yı Devlet'e havalesini müisted'i makam-ı sadarete bir mazbata takdim olunur.” Düstur, II. Tertip, C:4, s.41.

⁷¹⁶ Mebuslar tarafından verilen kanun tekliflerine Şarki Karahisar Mebusu Şevki Bey'in, “Bi'l-cümle Müessesat-ı Sinaîyye, Taş ve Meadin Ocaklarında Müstahdemlerin Suret-i İstihdamı Hakkında Teklif-i Kanunîsi” ve İstanbul mebusu Kirkor Zöhrap Efendi'nin, “Sûreti Aleniyede Vuku Bulan Sarhoşluk Hakkında Kanun Teklifi” örnek olarak verilebilir. Bkz. Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi, C:1, Dönem 1, İçtima 3, s.511 ve s.702.

⁷¹⁷ Meclis-i Mebusan üyelerinin kanun teklifinde yaşanan usulün benzeri Meclis-i Ayan'da yaşanmaktadır. Meclis-i Ayan İç tüzüğü 13. madde için bakınız. İba, Şeref (2001) Türkiye'de Meclis Başkanlığı ve Başkanlık Divanı, Ankara, Nobel Yayınevi, s.36.

⁷¹⁸ Olgun, Kenan (2014) 1908-1912 Osmanlı Meclis-i Mebusan'ın Faaliyetleri ve Demokrasi Tarihimizdeki Yeri, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, s.166.

layihası tanzim ederdi⁷¹⁹. Sonra bu layiha Kanun-i Esasi'nin 54. maddesine⁷²⁰ göre önce Meclis-i Mebusan'a gelir, burada müzakere edilir ve madde madde oylamaya sunulup kabul edildikten sonra tamamı üzerinden de bir oylama yapılır⁷²¹ ve bu şekilde kabulünden⁷²² sonra Meclis-i Ayan'a gönderilirdi⁷²³.

Padişahın kayd-ı hayat şartıyla ve tecrübeli şahıslar arasından seçtiği ve sayıları Meclis-i Mebusân'ın üçte birini geçmeyen üyelerden oluşan Ayan Meclisi⁷²⁴, Mebusan Meclisi'nin kabul ettiği herhangi bir kanun layihasını Kanun-i Esasi'nin 64. maddesindeki⁷²⁵ esaslara göre denetlerdi. Buna göre: Ayan Meclisi mezkûr layihayı dini esaslara, hükümdarın hak ve yetkilerine, fertlerin hürriyetlerine, yurdun müdafaa ve muhafazasına, Kanun-i Esasi'nin hükümlerine, devletin mülki tamamiyetine, memleketin iç güvenliğine ve genel adaba aykırı olup olmadığı cihetlerine göre inceleyip bir aykırılık görürse ya gereken değişikliklerin icrası hususunda layihayı Mebusan Meclisi'ne iade eyler veya onu doğrudan doğruya reddederdi⁷²⁶. Mezkûr önerge Ayan Meclisi kontrolünden geçerse; sadarete oradan da padişahın kabulüne arz olunur ve padişah da kabul ederse o vakit mezkûr kanun layihası

⁷¹⁹ Dolayısıyla Mebusan Meclis'inin hiçbir kanun teklifi padişah izni olmadan Şûra-yı Devlet'e ulaşamaz ve ulaşsa dahi Şûra-yı Devlet, Meclis'in teklif ettiğinden farklı bir düzenleme yapabiliirdi. **Olgun**, s.165.

⁷²⁰ MADDE 54.- “Şûra-yı Devlet'te bi'l-müzakere tanzim olunacak kavanin layihaları Heyet-i Mebusan'da badehu Heyet-i Ayanda tetkik ve kabul olunduktan sonra icra-yı ahkamına irade-i seniye hazreti padişahi müteallik buyrulur ise düştürü'l-amel olur ve işbu heyetlerin birinde katiyen reddolunan kanun layihası o senenin müddet-i içtimaiyesinde tekrar mevki-i müzakereye konulamaz.” Düstur, II. Tertip, C:4, s.10,11.

⁷²¹ Oylamalarda kanun taslaklarının tasdik olunması için üyelerin ekseriyet-i arasının (çoğunluğunun) kanun tekliflerini onaylaması gerekir. (m.55). Düstur, II. Tertip, C:4, s.11.

⁷²² Hiç kuşkusuz Meclis-i Mebusan kendisine gelen kanun layihalarını kabul edebildiği gibi red ya da tadil edebilirdi. Kanun-i Esasi madde 80: “Heyet-i Mebusan kendiye havale olunacak kavanin lâyiha-larını müzakere ile bunlardan umur-ı maliyeye ve Kanun-i Esasiye taalûk eder maddeleri red veya kabul veyahut tâdil eder” Düstur, II. Tertip, C:4, s.14.

⁷²³ **Arsel, İlhan** (1953) ‘Birinci Ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinde Çift Meclis Tecrübesi’, AÜHFD, S:1–4, C:10, s.195,196; Meclis-i Mebusan'dan gelen yasa teklifinin bazı maddelerinde değişiklik yapılmak istenir ve bu maddelerin birlikte görüşülmesi meclis-i mebusanca arzu edilirse Meclis-i Ayan üyeleri özel bir encümen oluşturur ve bu encümenin oluşturduğu ortak taslak ise her iki meclise de sunulurdu. **Güneş, İhsan** (1996) Türk Parlamento Tarihi, Meşrutiyete Geçiş Süreci: I. ve II. Meşrutiyet, TBMM Vakfı Yayınları, C:1, s.91.

⁷²⁴ Kanun-i Esasi madde 60-63 için bkz. Düstur, II. Tertip, C:4, s.11,12.

⁷²⁵ MADDE 64.- “Heyet-i Âyan, Heyet-i Mebusandan verilen kavanin ve muvazene lâyiha-larını tetkik ile eğer bunlarda esasen umur-i diniyeye ve zat-ı padişahinin hukuk-ı seniyesine ve hürriyete ve Kanun-i Esasi ahkâmına ve devletin tamamiyet-i mülkiyesine ve memleketin emniyet-i dahiliyesine ve vatanın esbab-ı müdafaa ve muhafazasına ve adab-ı umumiyyeye hâlel verir bir şey görür ise mütalâasını ilâvesiyle ya kat'iyen red veyahut tadil ve tashih olunmak üzere Heyet-i Mebusana iade eder ve kabul ettiği lâyiha-ları tasdik ile makam-ı sadarete arzeyler ve heyete takdim olunan arzu-halleri bi't-tetkik lüzum görür ise ilâve-i mütalâa ile beraber makam-ı sadarete takdim eder.” Düstur, II. Tertip, C:4, s.12.

⁷²⁶ **Okandan**, s.160-61. Bu günümüz tabiriyle Meclis-i Ayana tanınmış veto hakkıdır. Veto padişahın da haiz olduğu bir haktır. Ancak padişah hem Meclis-i Mebusan hem de Meclis-i Umumiye kabul edilmiş bir kanunu veto edip tepkileri üzerinde toplamaktansa tamamen kendi tercihiyle oluşturduğu dolayısıyla kendisinin sözünden dışarı çıkamayan Heyet-i Ayan aracılığıyla bu layihayı veto ettirmeyi tercih etmekteydi. **Arsel**, s.197.

yürürlüğe girerdi. Padişah, mutlak veto yetkisine sahip olduğundan padişahın onaylamadığı yasa teklifleri ise kanunlaşamazdı⁷²⁷.

Osmanlı’da kanun yapma usulü 1909 yılında Kanun-i Esasi üzerinde yapılan tadilatla önemli oranda değiştirilmiştir. Öncelikle; padişahın izin alınarak başlatılan kanun yapma süreci değiştirilerek padişahın izin alma zorunluluğu ortadan kaldırılmış ve artık Heyet-i Vükela, Heyet-i Âyân ve Heyet-i Mebusan izin almaksızın kanun tasarı ya da teklifi sunma yetkisine kavuşmuştu (muaddel m.53)⁷²⁸. Ayrıca 53. maddeden “*kendi vazife-i muayyeneleri*” ibaresi çıkarılarak Meclis-i Mebusan ve Ayan üyelerinin serbestçe kanun teklifi verebilmelerinin önü açılmıştı. Yine aynı madde ile Şûra-yı Devlet’in kanun layihaları hazırlama yetkisi de kaldırılmıştı⁷²⁹. Böylelikle Şûra-yı Devlet yasama faaliyetinin tamamen dışına çıkartılmıştı⁷³⁰.

1909 yılında Kanun-i Esasi’nin 54. maddesinde yapılan değişiklikle padişahın mutlak veto yetkisi, geciktirici vetoya dönüştürülmüştü. Şöyle ki; padişah, önüne gelen kanun tasarı ya da teklifini iki ay içinde ya onaylamak ya da tekrar görüşülmek üzere Meclis-i Umûmi’ye geri göndermek durumundaydı. Geri gönderilen kanun teklifi Heyet-i Mebusan tarafından üçte iki çoğunlukla kabulü halinde tekrar padişaha gönderilir ve padişah bu kanunu artık onaylamak zorundaydı⁷³¹. Padişahın irade-i seniyesi ile onaylanan kanunlar Takvim-i Vekayi’de yayınlanarak yürürlüğe girerdi.

3.1.2. Muvakkat Kanun Yapma Yoluyla

Kanun-i Esasinin 36. maddesi, kanun çıkarmada çok önemli bir yere sahip olan padişaha “Kararname” şeklinde isimlendirilen muvakkat kanunlar çıkarma yetkisi vermekte idi⁷³². Bu yetki Meclis-i Mebusan’ın kapalı olduğu 1878-1908 arasındaki dönemde çok sık

⁷²⁷ Tanör, s.140.

⁷²⁸ Bir yandan meclislere padişaha bağlı kalmadan kanun teklifi verme yetkisi verilirken diğer yandan 7. maddenin değiştirilmesi ile padişaha her türlü kanun teklifi verme yetkisi tanınmıştır: “...her nevi kavanin teklifi... hukuk-ı mukaddese-i padişahîdendir.” (Kanun-i Esasi muaddel m.7)

⁷²⁹ 1909 değişikliği ile padişahın kontrolü altında olan Şûra-yı Devlet’in yasama fonksiyonu kaldırılırken diğer yandan padişahın mutlak veto yetkisi elinden alınmıştır. Mengüç, s.134.

⁷³⁰ Tanör, s.194.

⁷³¹ Mengüç, s.109.

⁷³² Kanun-ı Muvakkatlar hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Örsten Esirgen, Seda (2022), Türk Hukuk Tarihinde Kanun-ı Muvakkat Kavramı ve Uygulaması, AÜHFD, S:1, C:71.

kullanılmıştır⁷³³. Kanun-i Esasi'nin 36. maddesine göre; meclisin toplanması mümkün olmadığında zaruri ihtiyaçlar meydana gelmiş ise, devleti tehlikelerden ve genel güvenliği bozucu şeylerden korumak için Kanun-i Esasi hükümlerine aykırı olmayacak şekilde Heyet-i Vükela (Bakanlar Kurulu) tarafından alınan kararlar, meclisin toplanıp vereceği karara kadar padişahın onayıyla kanun hüküm ve kuvvetinde olacaktır. 1909 yılında anayasada yapılan değişiklikle meclisin toplantıda olmadığı zamanlarda çıkarılan geçici kanunların meclisin ilk toplantısında Mebusan Meclisi'ne sunulması zorunluluğu getirilmiştir (muaddel m.36)⁷³⁴.

Kanun-i Esasi'nin 36. maddesinde düzenlenen muvakkat kanun usulünün Osmanlı Devleti'nde bilhassa ikinci meşrutiyetin ilanından sonra güçlenen İttihat ve Terakki hükümeti tarafından yoğun bir şekilde ve suiistimal edilerek kullanıldığı söylenmektedir. Zira Celal Nuri, muvakkat kanun çıkarılabilmesi için 36. maddeye göre; devletin savaş halinde ve milli güvenliğin tehdit altında olması gerektiğini ayrıca kanun çıkarmaya yönelik acil bir durumun olması nedeniyle Meclis'in toplanmaya müsait olmaması gerektiğini belirtmiş ve böyle bir durumun oluşup oluşmadığına karar verecek bir mercinin olmaması nedeniyle 36. maddede boşluğun olduğundan bahsetmiş ve bu boşluğu çok sık şekilde İttihat ve Terakki'nin kötüye kullandığını söylemiştir⁷³⁵. Onar da Osmanlı hükümetlerinin bakanlar kurulu aracılığıyla bu usulü suiistimal ettiklerini ve yasama organının fonksiyon ve yetki sahasına fiilen tecavüz ettiklerini söylemektedir⁷³⁶.

II. Abdülhamid'i müstebid olmakla suçlayan ve sonrasında hem iç hem de dış politikada sert bir tutum sergileyip 1918'e kadar ülkeyi istibdat idaresi ile yöneten⁷³⁷ İttihat ve Terakki hükümeti, II. Abdulhamid'in yerine tahta çıkan Sultan Mehmed Reşad'ı elinde oyuncak haline getirmişti⁷³⁸. Dolayısıyla düzenlemek isteği meseleleri Meclis-i Mebusan'a havale etmeden kendi kontrolünde olan padişahın onayıyla muvakkat kanun olarak

⁷³³ Zira bu dönemde kanunla tanzim edilmesi gereken hususlar nizamnameler, talimatnameler ve kararnamele ile tanzim edilmiştir. **Başgil**, s.185-186; **Akyılmaz, Hatice Cemre** (2019) 'Yasama Yetkisi' (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.69.

⁷³⁴ **Akyılmaz** (2019), s.70.

⁷³⁵ **Celal Nuri** (1331b) *Havâic-i Kanuniyyemiz*, İstanbul, Kitaphâne-i İctihad, s.99-103.

⁷³⁶ **Onar**, s.398.

⁷³⁷ **Mengüç**, 88; İttihat ve Terakki Cemiyeti şahıs istibdatı yerine zümre istibdatının oluşmasına sebep olmuştur. **Elöve, Mustafa Emil** (1952) 'İkinci Meşrutiyet Devrinin Siyasi Olaylarına Bir Bakış', AÜHFD, S:1, C:9, s.186-187.

⁷³⁸ **Lewis**, s.216,217.

çıkarttırabiliyordu⁷³⁹. İttihat ve Terakki hükümetinin çıkartılmasında etkili olduğu muvakkat kanunların başında ise Hukuk-ı Aile Kararnamesi gelmekteydi⁷⁴⁰.

Kanun-i Esasi'nin 36. maddesindeki imkan kullanılarak çıkarılan muvakkat kanunlara Hukuk-ı Aile Kararnamesi dışında da pek çok örnek verilebilir: Evkaf Ormanlarının Suret-i İdaresine Dair Kararname (1876)⁷⁴¹, Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanun-ı Muvakkati⁷⁴², Patent Vergisi Hakkında Kararname (1879)⁷⁴³, Divan-ı Muhasebat Kararname-i Muvakkati (1879)⁷⁴⁴, Emlak Vergisiyle Ağnam ve Aşar Kararnamesi (1880)⁷⁴⁵, Memurin-i Mülkiye ve Tekaüd Kararnamesi (1881)⁷⁴⁶, Tasfiye-i Düyun Kararnamesi (1885)⁷⁴⁷, Eytam Sandıklarına Dair Kararname (1887)⁷⁴⁸, Tanzifat Kararnamesi (1889)⁷⁴⁹, Şûra-yı Devlet'in Islah-ı Teşkilatı Hakkında Kararname (1896)⁷⁵⁰, Tahvilat-ı Mümtazenin Mübadelesi Hakkında Kararname (1906)⁷⁵¹. Bazı örnekleri verilen muvakkat kanunların Meşrutiyet dönemi boyunca 1500 adet civarında çıkarıldığı belirtilmektedir⁷⁵².

3.1.3. İdare-yi Örfiye Yapma Yoluyla

Kanun-i Esasi'nin padişaha verdiği diğer bir yasama yetkisi ise geçici olarak idare-yi örfiye adında özel düzenlemeler yapabilme yetkisi idi⁷⁵³. Kanun-i Esasi'nin 113. maddesine göre; padişah bu özel düzenlemeler ile bir yandan örfi idare altında bulunan yerlerin idaresini diğer yandan hükümetin güvenliğini ihlal edenleri ilgili belleden uzaklaştırabilirdi (Kanun-i Esasi m. 113)⁷⁵⁴.

⁷³⁹ İstedikleri düzenlemeleri yapmak isteyen İttihat ve Terakki kanun çıkarmadaki anayasal usule uymak istemeyip muvakkat kanun çıkarmak suretiyle çeşitli oldubittilere sebep olmuştu. **Yıldız**, s.62.

⁷⁴⁰ **Tunaya, Tarık Zafer** (1997) 'İkinci Meşrutiyetin Siyasal Hayatımızdaki Yeri', Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976, s.113.

⁷⁴¹ Düstur, I. Tertip, C:4, s.423.

⁷⁴² Düstur, I. Tertip, C:4, s.257.

⁷⁴³ Düstur, I. Tertip, C:4, s.392.

⁷⁴⁴ Düstur, I. Tertip, C:4, s.602.

⁷⁴⁵ Düstur, I. Tertip, C:4, s.810.

⁷⁴⁶ Düstur, I. Tertip, C:4, s.773.

⁷⁴⁷ Düstur, I. Tertip, C:5, s.338

⁷⁴⁸ Düstur, I. Tertip, C:5, s.767.

⁷⁴⁹ Düstur, I. Tertip, C:6, s.321.

⁷⁵⁰ Düstur, I. Tertip, C:7, s.146.

⁷⁵¹ Düstur, I. Tertip, C:8, s.566.

⁷⁵² **Örsten Esirgen**, s.490.

⁷⁵³ **Yıldız**, s.50.

⁷⁵⁴ 113. maddenin 3. fıkrası devlet başkanına devletin emniyetini ihlal edenleri kayıtsız şartsız olarak sürgüne gönderme yetkisini tanımaktadır. **Abadan**, s.21,22.

3.2. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Tanzim Usulü

Osmanlı Devleti'nde Mecelle zamanından beri aile hukuku alanında kapsamlı bir yasama faaliyeti yapılması düşünülmekteydi. Buna ilk başta 1913 yılında çıkarılan Fetvahâne'nin “*Hey'et-i İftâiyyesi Hakkındaki Nizamname*”⁷⁵⁵ gereği⁷⁵⁶ Fetvahane'de toplanan başkanlığını Mecelle'yi şerh eden Ali Haydar Efendi'nin yaptığı ve içerisinde Ömer Nasuhi Bilmen gibi yetkin hukukçuların da olduğu Heyet-i İftaiyye'nin çalışmaları örnek gösterilebilir. Bu heyet öncelikli olarak nafaka, nikah ve boşanma konularında “*Fetava-yı Hindiyye*”yi örnek alarak Hanefi mezhebinin tercih edilen görüşlerini içine alan sistemli bir eser ortaya koymaya çalışmıştı⁷⁵⁷. Bu heyetin ilk eseri Ali Haydar Efendi tarafından yazılan “*Kitabü'n-Nafakat*” olarak ortaya konsa da heyette yapılan diğer çalışmalar şeyhülislam Hayri Bey'in görevden alınmasıyla yarıda kalmıştı⁷⁵⁸.

Kararname'nin yürürlüğe girmesi öncesinde yasama faaliyeti olarak yapılan diğer bir çalışma ise yine Fetvahane'nin Hanefi mezhebi dışındaki klasik fıkıh mezheplerini baz alarak hazırladığı şeyhülislam Hayri Efendi'nin arzı, padişahın onayıyla 5 ve 23 Mart 1916 yılında kanunlaşan düzenlemelerdir⁷⁵⁹. Bu düzenlemeler Kanun-i Esasi'nin 1909 değişikliğiyle 29. maddeye eklenen “*Şeyhülislâm muhtac-ı müzakere olmayan mevaddı doğrudan doğruya arz eder.*” ifadesine dayanmaktaydı⁷⁶⁰. Mezkûr düzenlemeler Kanun-i Esasi'de belirtilen Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan gibi yasama meclislerine uğramadan doğrudan padişah onayıyla yürürlüğe girmesi dolayısıyla Hükümet tarafından tepkiyle karşılanmıştır⁷⁶¹.

23 Mart 1916 yılında irade-i seniyye ile yapılan mezkur düzenlemeleme “*Zevc gaib olarak nafakanın tahsili müteazzir olduğu takdirde zevcenin talebiyle kadı nikahı fesh eder*”⁷⁶² şeklindedir. Burada eşinin kaybolmasıyla nafakasız kalan kadınlara nikahı feshetme

⁷⁵⁵ Düstur, II. Tertip, C:6, s.948-950.

⁷⁵⁶ Bu nizamname gereği yapılan çalışmaların Hanefi mezhebi dışındaki diğer üç mezhebi de içine alması gerekiyordu. Bakınız. **Koca, Ferhat** (1995) ‘Fetvahane’, TDVİA, C:12, s.499. Ancak Ali Haydar Efendi'nin başkanlığında toplanan Heyet-i İftaiyye Hanefi mezhebi ağırlıklı bir çalışma yapmıştır.

⁷⁵⁷ Bu çalışmanın tek eseri Kararname'nin yürürlüğe girmesinden iki sene önce Heyet-i İftaiyye başkanı Ali Haydar Efendi tarafından hazırlanan “*Kitabu'n-Nafakat*” isimli eserdir. **Durmuş, Ensar / Yargı, Mehmet Ali** (2019) ‘1917 Tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ne Yöneltilen Eleştiriler’, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:15, s.320.

⁷⁵⁸ **Bilmen** (1967), C:1, s.3-4.

⁷⁵⁹ **İpşirli, Mehmet** (1998) ‘Hayri Efendi, Mustafa’, TDVİA, C:17, s.64.

⁷⁶⁰ **Ebul'ula Mardin**, s.107.

⁷⁶¹ **Ebul'ula Mardin**, s.110; **İpşirli** (1998), s.64.

⁷⁶² Ceride-i İlmiye (1916), S: 20, C:2, s.353.

yetkisi tanınmıştır. Bu düzenlemede Hanbeli mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Zira bu durum Fetvahane-i Âli mazbatasında şöyle ifade edilmiştir: “...*madde-i maruza Hanbeli mezhebine tamamıyla muvafık idüğüne mebni derdest-i ikmal bulunan kitabü't-talakın münasib bir faslına ilave edilmek ve bu mesele ile alakadar olan mevadd-ı saire ona göre tanzim kılınmak üzere takdim kılınan madde hakkında irade-i seniyyenin istihsali muvafık-ı mütalaa olunmuş...*”⁷⁶³. Bu ifadelerden anlaşıldığı üzere; burada ülülemr tarafından mevcut içtihatlardan birinin tercih edilmesi şeklinde olan ikinci tür yasama faaliyetinin icra edildiği söylenebilir.

İttihat ve Terakki, şeyhülislamlığın yukarıda bahsi geçen yasama vb. faaliyetlerinden rahatsız olduğu için Şer’iyye Mahkemelerini şeyhülislamlıktan alıp Adliye Nezaretine bağlamış⁷⁶⁴ ve 1916 yılında şeyhülislam Hayri Efendi’nin istifa etmesine sebep olmuştu⁷⁶⁵. Şeyhülislamlığın yasama faaliyetini engellemek ve kendi arzusuna göre kanunlar oluşturmak için hükümet, 1917 yılında gerek aile kanunu hazırlamak gerekse Mecelle’de yapılması düşünülen değişiklikleri gerçekleştirmek için birtakım komisyonlar kurmuştu. Bu komisyonlardan sadece “*Hukuk-ı Aile Komisyonu*” görevini tamamlayabilmiş idi⁷⁶⁶. 157 maddeden oluşan Kararname’yi hazırlayan bu komisyon; Isparta mebusu Seydişehir Mahmud Esad Efendi’nin⁷⁶⁷ başkanlığında Manisalı Hafız Mustafa Şevket Efendi⁷⁶⁸,

⁷⁶³ Ceride-i İlmiye (1916), S: 20, C:2, s.353.

⁷⁶⁴ Kararname yayınlanmadan kısa süre önce 25 Mart 1917 tarihinde Şer’iyye Mahkemeleri şeyhülislamlık bünyesinden alınıp Adliye Nezaretine bağlanmıssa da tepkiler sebebiyle bu mahkemeler 1919 yılında tekrar Şeyhülislamlık bünyesine alınmıştır. Aydın, M. Akif (2003b) ‘Mahkeme’, TDVİA, C:27, s.344.

⁷⁶⁵ Sağlık sebeplerini öne sürüp istifa eden Hayri Efendi’nin istifasının gerçek sebebi İttihat ve Terakki’nin birtakım uygulamaları dolayısıyla duyduğu rahatsızlıktır. İpşirli (1998), s.63.

⁷⁶⁶ Aydın (2018), s.165.

⁷⁶⁷ Cumhuriyet Dönemi hukuk inkılabının baş aktörü olan Mahmud Esad Bozkurt’tan farklı bir kişi olan Mahmud Esad Efendi, zamanın en tanınmış hukukçularındandır. Tapu mevzuatının hazırlanmasında da rolü olmuştur. Dönemin önde gelen İslamcı düşünürlerinden olan ve Aile hukuku alanında “*Kitab-ı Nikah ve Talak*” isminde bir eseri olan Mahmud Esad Efendi, Kararname hükümlerinin genelinde etkili olmuştur. Aydın (2018) s.175.

⁷⁶⁸ Mustafa Şevket Efendi, 1908’de Mekteb-i Mülkiye’ye Mecelle muallimi, 1910’da Mekteb-i Hukuk’a Ahkam-ı Vesâyâ ve Ferâiz muallimi olarak atanmıştır. Tevcih-i Cihat Nizamnamesi’nin tanzimi, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye’nin tadili, Kanun-ı Medenî’nin tercüme edilmesi, Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin tedvini ve Ahkam-ı Şahsiyye komisyonlarında üye olarak görev yapmıştır. Halife Abdülmecid’in imamlığı ve Fatih Camii’nde hatiplik görevlerinde bulunmuş, 1916’da huzur derslerine muhatap olarak atanmıştır. 1951’de İstanbul’da vefat etmiştir. Çalışkan, Muhammed Selman (2010) ‘Darülfünun İlahiyat Fakültesi Tefsir ve Tefsir Tarihi Müderrislerinden Manisalizade Hafız Mustafa Şevket Efendi’nin Hayatı Ve Eserleri’, Dârülfünun İlahiyat Sempozyumu, İstanbul, s.287-306.

Mahkeme-i Evkaf Kadısı Akhisarlı Mustafa Fevzi Efendi⁷⁶⁹, Mansurizade Said Bey⁷⁷⁰ ve Ali Başı Hampa Efendi gibi şahıslardan oluşmaktaydı.

Komisyon üyeleri aynı fikir ve ideolojide olmayıp aile hukuku ile ilgili farklı görüşleri var idi. Örneğin Komisyon başkanı Mahmud Esad Efendi çok evliliğin yasaklanmasına karşı çıkmakta iken Mansurizade Said Efendi çok evliliğin umur-ı caizeden (mübah işlerden) olduğunu ve bu alanda tasarruf yetkisine sahip olan ülûlemin çok evliliği yasaklayabileceğini savunmakta idi⁷⁷¹. İleride de görüleceği üzere; Kararname hem İslamcı, hem Türkçü hem de Batıcı fikirlerin etkisi altında hazırlanmıştı. Kararname ayrıca gayrimüslimlerin yargılama yetkisini Adliye Nezareti uhdesindeki mahkemelere devrediyordu. Bu durumun gayrimüslim milletvekillerinin tepkisini çekmesi bekleniyordu⁷⁷². Hazırlanan kanun taslağının gerek farklı fikir akımlarından etkilenmesi ve gerekse gayrimüslimlerin kendi mahkemelerinde yargılanma yetkisini elinden alması gibi özellikleri dolayısıyla; muhtemelen büyük tartışmalara yol açacağı ve bu nedenle kanunlaşması engelleneceği için Meclis-i Mebusân'a sevk edilmeyip 8 Muharrem 1336 (25 Teşrin-i Evvel 1333 / 25 Ekim 1917) tarihinde Sultan Reşad tarafından; “*Meclis-i umûmiyenin ictimaında kânûniyeti teklif olunmak üzere işbu kararnâmenin mevki-i tatbiki vaz'ını irâde eyledim*”⁷⁷³ şeklindeki beyanıyla tasdik edilerek 31 Ekim 1917'de Takvim-i Vekayi'de yayınlanarak “muvakkat kanun” olarak yürürlüğe girmişti⁷⁷⁴.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, çok önemli hükümler içermesi nedeniyle Kanun-ı Esasi'nin 53 ve 54. maddelerinde izah edilen usule göre Meclis-i Mebusan ve Ayan'da uzun

⁷⁶⁹ Mustafa Fevzi Efendi, Kendisi Osmanlı ilim adamlarından olmasına rağmen laik kanunların iktibasında kayda değer emeği olan şahıslardandır. Mustafa Kemal'in sevdiği biri olan Mustafa Fevzi Efendi milletvekilliği ve bakanlık yapmıştır. **Ekinci** (1997), 2.

⁷⁷⁰ Mansurizade, Hatuniye Medresesinde hocalık yapmış, İstanbul Üniversitesinde Fıkıh Tarihi dersi vermiş ve İzmir İstinaf Mahkemesi üyeliği yapmıştır. “Tatbikat-ı Mecelle”, “Hakikat-i İslam”, “Usul-i İctihat” gibi eserler yazan Mansurizade'nin, “Taaddüd-i Zevcat Münasebetiyle”, “Tatbikat-ı Mecellenin Kitabı'l-İcareye Aid Olan Kısım”, “Cevazın Ahkâm-ı Şer'iyyeden Olmadığına Dair”, “İctihad Hataları”, “Tatbik ve İctihat Yahut Fetva ve Kaza”, “Tenkit ve Takriz”, “Şeriat ve Kanun” gibi İslam hukuku ile alakalı makaleleri vardır. **Yılmaz, Yasin / Atasoy, Samet** (2021) ‘Mansurizade Said’in Tatbikat-ı Mecelle’indeki Kavaid Merkezli Şerh Usulü’, Koyuncu, Nuran (Editör), Uluslararası Necmeddin Erbakan Hukuk Kongresi, 10-12 Nisan 2021, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Konya, s.118,119.

⁷⁷¹ **Mansurizade Said** (h.1330) ‘Teadüd-i Zevcat İslamiyet’te Men Olunabilir’, İslam Mecmuası, S:8, s.233-238.

⁷⁷² **Gayretli**, s.233.

⁷⁷³ Takvim-i Vekayi, 31 Teşrinievvel 1333, s.10.

⁷⁷⁴ “Hukuk-ı Aile Kararnamesi 3046 numaralı 14 Muharrem 1336 ve 31 Teşrin-i evvel 1333 tarihli Takvim-i Vekaide derc olunduktan sonra tab' olunmuştur.” COA, Nikah-ı Medeni ve Talak Hakkında Hukuk-ı Aile Kararnamesi, YB.021, 52-7, 31 Aralık 1920, s.1; Takvim-i Vekayi, “Hukuk-ı Aile Kararnamesi” (1917) İstanbul, 31 Teşrin-i Evvel, s.3-10.

uzudayı müzakere edilip kanun şeklinde yürürlüğe girmesi beklenirken Kanun-i Esasi'nin 36. maddesinde düzenlenen muvakkat kanun usulüne göre hazırlanmıştı⁷⁷⁵. Daha önce de anlatıldığı üzere; pek çok düzenlemeye olduğu gibi Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde de muvakkat kanun usulünün suiistimal edildiği söylenmektedir. Kararname, meclise geldiğinde Aydın mebusu Emanuel Emanuelidi, yürütme organı tarafından oluşturulan bir kararnamenin meclis onayı olmadan senelerce yürürlükte kalabildiğini bunun ise doğru bir şey olmadığını söylemiştir⁷⁷⁶. Mahmut Paşa, Meclis-i Ayan'da yapmış olduğu konuşmada muvakkat kanun usulünün belli sınırları olmasına rağmen; hükümetin birçok muvakkat kanunu bu sınırlara aykırı şekilde çıkardığını bunlardan bir tanesinin de Hukuk-ı Aile Kararnamesi olduğunu belirtmiştir⁷⁷⁷. Ahmed Rıza Bey⁷⁷⁸ ve Sadreddin Efendi de burada hükümetin suiistimalinin olduğunu ve Kanun-i Esasi'ye aykırı bir usulün varlığından bahsetmektedir⁷⁷⁹. Mehmet Akif Aydın da Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin tanzim usulünde hukukun zorlandığını söylemektedir⁷⁸⁰.

Kanaatimizce Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin muvakkat kanun olarak çıkarılması 36. maddeye aykırıdır. Zira her ne kadar ülke savaş halinde bulunsada; aile hukukuyla ilgili bir kararname yapmada devleti bir muhataradan ya da genel güvenliği bozucu bir durumdan koruma amacının olmadığı açıktır. Ayrıca meclisin bu düzenlemeyi yapmak için toplanmaya müsait olmadığı şartının gerçekleşmediği kanaatindeyiz. Zira Kararname resmi gazete yayınlamasından bir gün sonra meclis 1 Kasım 1917 tarihinde toplanmış ve 4. içtima dönemi

⁷⁷⁵ Aydın, M. Akif (1998) 'Hukuk-ı Aile Kararnamesi', TDVİA, C:18, s.315; Aydın (2018), s.164.

⁷⁷⁶ Emanuelidi, Emanuel (1917) 'Aydın Mebusu Emanuel Emanuelidi Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesi Layihası İçin Bir Encümen-i Mahsus Teşkiline Dair Tavriri', Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi, 3. Devre, 4. İçtima, 5. İn'ikad, C:1, s.30-31.

⁷⁷⁷ Mahmut Paşa (1918) 'Ahmed Rıza Bey'in Muvakkat Kanun ve Kararnameler Hakkındaki Teklifi', Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi, 3. Devre, 4. İçtima, 23. İn'ikad, C:1, s.336

⁷⁷⁸ Ahmed Rıza Bey, Beylerbeyi Rüşdiyesi, Meclis-i Aklam ve Galatasaray Mektebi Sultanisini bitirmiştir. Memuriyete Babialı tercüme odasında başlayan Ahmed Rıza, Jön Türklerin kurduğu cemiyetin isminin "Osmanlı İttihat ve Terakki Cemiyeti" olmasını savundu ve mezkûr cemiyet kurulduktan sonra 1896 yılına kadar başkanlığını yaptı. Bir dönem Meclis-i Mebusan'ın başkanlığını yapan Ahmed Rıza, Abdulhamid tarafından Meclis-i Ayan üyeliğine de seçilmiştir. Ebüzziya, Ziyad (1989) 'Ahmed Rıza', TDVİA, C:2, s.124-127.

⁷⁷⁹ Ahmed Rıza (1918) 'Kanun-i Esasi'nin 36. Maddesine Bir Fıkra Tezyiline Dair Ahmed Rıza Bey'in Tavriri', Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi, 3. Devre, 4. İçtima, 18. İn'ikad, C:1, 235. Sadreddin Efendi (1918a) 'Hukuk-ı Aile ve Usul-i Muhakemât-ı Şer'iyeye Kararnâmeleri Hakkında', Sebilürreşâd, S:382, C:15, s.321.

⁷⁸⁰ Aydın, s.166.

olan Kasım-Mart arasında 79 defa toplanmıştır⁷⁸¹. Bu da savaş şartlarına rağmen meclisin toplanabildiğini göstermektedir.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi Anayasaya aykırı şekilde çıkarılmasının yanında Anayasa'ya aykırı şekilde yürürlükte kalmıştır. Zira 1909 yılında tadil edilen Kanun-i Esasi'nin 36. maddesine göre; hükümet tarafından hazırlanıp padişah onayıyla yürürlüğe giren bir muvakkat kanunun çıkarılmasından sonraki ilk toplantısında Mebusan Meclisi'ne havale edilmesi gerekiyordu. Ayrıca Kararname metninin en sonunda padişahın “*Meclis-i umûmiyenin ictimaında kânûniyeti teklif olunmak üzere işbu kararnâmenin mevki-i tatbika vaz'ını irâde eyledim.*”⁷⁸² demesi Kararname'nin “kanun” mertebesine çıkması için mutlaka Meclis-i Mebusan ardından Meclis-i Ayan ve akabinde her ikisinin üyelerinden oluşan Meclis-i Umumi tarafından onaylanması gerektiğine işaret etmektedir. Kararname, Meclis-i Mebusan'ın ilk toplantısında değil ancak 5. toplantısında Meclis'te görüşülmeye başlanmıştır⁷⁸³. Mebusan Meclisi mezkûr toplantısında Kararname hükümlerini oylamadan önce tetkik edilmesi için Kararname'nin Adliye Encümenine gönderilmesi kararı almıştır⁷⁸⁴. Burada Kanun-i Esasi'ye göre yapılması gereken şey; Adliye Encümeninin Kararname üzerinde çalışıp gerekli ekleme ve düzeltmeleri yaptıktan sonra Kararname'nin son halini önce Mebusan sonra Ayan Meclisi'ne ve oradan da Meclis-i Umumi'ye sunması ve mezkûr meclislerin de Kararname'nin her maddesini ayrı ayrı oylayıp “kanun” olarak yürürlüğe girmesi için padişahın onayına sunulmasıdır. Ancak Kararname yürürlükten kalkana kadar geçen süreçte mezkûr encümenin konuyla ilgili herhangi bir faaliyette bulunduğu bilinmemektedir⁷⁸⁵. Sonuç olarak Hukuk-ı Aile Kararnamesi, mer'i olduğu zaman aralığında “kanun” halini alamamış “kararname” olarak kalmıştır.

Konunun bu aşamasında Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin yürütme organı olan hükümet aracılığıyla hazırlatılması ve “Kararname” olarak yürürlüğe girip sonradan da “kanun” haline getirilememesi yasama faaliyeti açısından değerlendirilmesi gereken bir

⁷⁸¹Bkz:

https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_dergisi_pdfler_mmb.meclis_donemleri?v_meclisdonem=0
s.e.t:03.07.2022.

⁷⁸² COA, YB.021, 52-7, 31 Aralık 1920, s.31.

⁷⁸³ “*Vakıa arzu edilirdi ki, Hukuk-ı Aile Kararnamesi bir layiha-yı kanuniye şeklinde Heyet-i Celilelerine gelsin ve müzakeresi uzun uzadıya icra edildikten sonra kesb-i kanuniyet eylesin. Halbuki böyle olmadı. Kabine, meselede bir mübremiyet görmüş ve ihtizar eylediği layiha-yı kanuniyeyi kanun-ı muvakkat şeklinde neşrettikten sonra Meclis-i Âliye göndermiştir.*” Emanuelidi, s.30.

⁷⁸⁴ Emanuelidi, s.32.

⁷⁸⁵ Aydın (1998), s.315.

husustur. Tezin ilk bölümünde değinildiği üzere düzenleyici bir işlemin yasama faaliyeti olarak değerlendirilmesinde maddi ve şekli olarak iki ölçüt vardır. Burada maddi ölçütün baz alınması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin oluşturulmasında her ne kadar Kanun-i Esasi'ye göre birtakım şekli eksiklikler mevcutsa da; Kararname hükümlerinin genel ve soyut olması ayrıca padişah tarafından onaylanıp resmi gazete olan Takvim-i Vekayi'de yayımlanmasıyla⁷⁸⁶ tüm ülke vatandaşlarını bağlayıcı hale gelmesi Kararname'nin maddi anlamda bir yasama faaliyeti ürünü olduğunu ve bir "kanun" fonksiyonu icra ettiğini göstermektedir⁷⁸⁷. Zira yirmi ay gibi kısa bir süre yürürlükte kalmasına rağmen Kararname'nin mahkemelerde hukuki problemlerin çözümünde kullanılması⁷⁸⁸ onun yasama faaliyeti ürünü olduğunu ve kanun değerine sahip olduğunu göstermektedir. Tüm bunların yanı sıra Hukuk-ı Aile Kararnamesi hükümlerinin aile hukukunun temel mevzularını içermesi onun ilk el işlem vasfını taşıdığı ve bu özelliği dolayısıyla da Kararnamenin yasama işlemi olduğu söylenebilir. Ancak mezkur yasama işlemi gerek çıkarılırken ve gerekse çıkarıldıktan sonra Kanun-i Esasi'deki esaslara uygun olmaması nedeniyle Osmanlı Anayasa'sına aykırı bir işlem olarak değerlendirilmelidir.

İslam hukukuna göre; birinci bölümde izah edildiği üzere; yasama yetkisi ülülemre aitti. Dolayısıyla İslam hukuku perspektifinden bakıldığında da Kararname'nin ülülemr makamında olan padişah tarafından onaylanması Kanun-i Esasi'den bağımsız olarak düşünüldüğünde ortaya çıkan Kararname'nin bir İslam hukuku yasama faaliyeti ürünü olduğunu göstermektedir.

4. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Yürürlükten Kaldırılma Sebepleri

25 Ekim 1917 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk-ı Aile Kararnamesi, yaklaşık yirmi ay yürürlükte kaldıktan sonra İttihat ve Terakki'nin hükümetten düşmesi akabinde içte

⁷⁸⁶ Hukuk-ı Aile Kararnamesi 3046 numaralı 14 Muharrem 1336 ve 31 Teşrin-i evvel 1333 tarihli Takvim-i Vekayide yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bakınız.

<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/67456/0266.pdf?sequence=266&isAllowed=y>.

⁷⁸⁷ **Tüfekçi, İbrahim** (2016) Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler Sadreddin Efendi Örneği, İstanbul, Pasifik Ofset, s.46, 51.

⁷⁸⁸ Hukuk-ı Aile Kararnamesi hükümlerinin uygulama örnekleri için bakınız. **Durgun, Hatice** (2022) 'Antalya'da Evlilik ve Boşanma', Genel Türk Tarihi Araştırmaları Dergisi, C:4, S:7; **Bingöl, Ayşe** (2019) 'Osmanlıdan Cumhuriyete Antalya'da Aile Kurumu (1908-1945)' (Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü; **Demirci, Miray** (2019) '77 Numaralı Antalya Şer'iyye Sicilinin Tarnskripsiyonu ve Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi), Kütahya Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Hürriyet ve İtilaf Fırkasının etkisi, dışta ise işgal devletleri yüksek komiserliğinin müdahalesiyle⁷⁸⁹ 19 Haziran 1919 tarihinde 7 maddelik “*Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin Lağvı Hakkında Kararname*” ile ilga edilmiş ve İlga Kararnamesi’nin 2. maddesinde; ilgasından sonra Kararname’den önceki hükümlerin yürürlükte olduğu belirtilmiştir⁷⁹⁰.

Bir kaynakta Kararnamenin geçerliliğinin İstanbul hükümetinin işgalden sonra aldığı kararları meşru kabul etmeyen Anadolu hükümetine bağlı yerlerde 1926’ya, yani İsviçre medenî kanununun iktibasına kadar sürdüğü⁷⁹¹ aynı şekilde başka bir kaynakta da TBMM’nin kabul ettiği 1920 tarih ve 7 sayılı Kanun gereğince Anadolu’da Medeni Kanun kabul edilinceye kadar Kararname’nin yürürlükte kaldığı iddia edilmektedir⁷⁹². Ancak yaptığımız araştırmalarda ilga karnamesi sonrasında Kararname hükümlerinin uygulandığına dair bir veriye ulaşamadığımızı belirtmek isteriz⁷⁹³.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin yürürlükten kaldırılmasının altında pek çok etkenin olduğu tahmin edilmektedir.

4.1. Kararname’nin Aile Hukukuna Dair Önemli Konuları İçermemesi

Kararname’nin yürürlükten kalkması etkenlerinden birisi içerisinde aile nafakası, nesep ve hıdane, mal rejimi gibi aile hukukunun mühim mevzularının düzenlenmemiş olması gelmekteydi. Zira Şûra-yı Devlet Tanzimat Dairesi tarafından çıkarılan bir mazbatada “*Hukuk-ı Aile Kararnamesinin devam-ı meriyyeti münderecatındaki bazı nekais sebebiyle dai-yi mehazir olduğu anlaşılmasına binaen mezkûr kararnamenin lağvıyla bundan evvelki usul ve ahkâmın iade-yi mer’iyyeti...*”⁷⁹⁴ ifadesi bu duruma işaret etmektedir.

⁷⁸⁹ Cin, Halil (1988b) Eski Hukukumuzda Boşanma, 2. Baskı, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.125.

⁷⁹⁰ Düstur, II. Tertip, C:11, 299-301.

⁷⁹¹ Ekinci (1997), s.5.

⁷⁹² Cin / Akgündüz, s.493

⁷⁹³ Mezkur iddiaların geçersiz olduğuna dair görüşler de vardır. Bkz. Kalıpcı, Mahmut Esat (2016) ‘Hukuk-ı Aile Kararnamesinin İlgası İşlemi Keenlemyekun sayıldı mı?’, Gedikli, Faethi (Editör), II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, 13-14 Mayıs 2016, On İki Levha, s.353-365.

⁷⁹⁴ COA, MV., 251/24, 19 Ramazan 1337 / 18 Haziran 1919.

4.2. Bazı Kararname Hükümlerinin “Kanun” Tekniğine Aykırı Olması

Kararname’yi yürürlükten kaldırılmasına sebep olan etmenlerden birisinin de bazı kanun maddelerinin kanun tekniğine uygun hazırlanmamış olması olduğu belirtilmektedir. Kararnamede genel hükümlerin olmadığı, batıl-fasit nikah ayrımının sıhhatli bir şekilde yapılmadığı, evlenmede akdinde şahitlerin ikisinin de erkek olmasının şart koşulup koşulmadığı, mektuplaşma yoluyla nikah, yetkisiz temsilcinin (fuzulinin) yaptığı nikah, muhalea, lian ve hata ile yapılan boşanma gibi mevzulardaki kanun maddelerinin yeterli ve açık bir şekilde düzenlenmediği belirtilmektedir⁷⁹⁵.

Kararnamede pek çok hükmün emredici mahiyette olmadığı belirtilmektedir. Örneğin ilansız kıyılan bir nikah hakkında hiçbir hüküm bulunmamaktadır⁷⁹⁶. Kararnamede devletler özel hukukuna dair pek çok hüküm eksik bırakılmıştır⁷⁹⁷. Ancak 11 Kanunisanı 1917 Alman-Türk Konsolosluk Muahedenamesinin 16’ncı maddesine bağlı olan 31 Kanunievvel 1917 tarihli Tatbikat Nizamnamesine göre kanunun yabancıların hepsi için ihtiyari ve bir taraf Osmanlı tabiiyetine mensup olduğu takdirde mecburi olarak uygulanması gerektiği kabul edilmiştir⁷⁹⁸.

Sadreddin Efendi, Müslümanlar arasındaki nikah akdinin sıhhati için şahitlerin ehl-i kitaptan, hür, iki erkek veya bir erkek iki kadından olması gerektiğini ancak Kararname’nin 34. maddesinde “*Akd-i nikâh esnasında mükellef iki şahidin huzuru nikâhın sıhhatinde şarttır*” ifadesiyle “*iki şahit*” ifadesinin mutlak getirilmek suretiyle şahitlerin bir erkek bir kadından oluşabileceği izlenimi verdiğini dolayısıyla 34. maddenin eksik ve hatalı düzenlendiğini söylemektedir⁷⁹⁹. Yine Sadreddin Efendi, Kararnamenin 128. maddesinde “*Mevâdd-ı sâbika hükmünce tefrikine hükmolunan kadın, âhar bir şahısla tezevvüc ettikten sonra zevc-i evvelin zuhuru, nikâh-ı ahîrin infisahını mûcip olmaz*” ifadesinde kadın iddet beklerken veya iddetin sona ermesinden sonra henüz başka biriyle evlenmeden önce ilk eşin

⁷⁹⁵ Durmuş / Yargı, s.353. Bazıları Kararnamede nikah akdinin fuzuli ve mektup aracılığıyla yapılması hususunun düzenlenmemesinin bilinçli bir tercih olduğunu ve bu tür nikahların Kararnameye göre geçersiz olacağını söylemektedir. Sarıtepe, Erdoğan / Aydemir, Ramazan (2020) ‘Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nde Hanefiler Dışındaki Mezheplerin Görüşlerine Dayanan Maddelerin Değerlendirilmesi’, Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:25, s.44,45.

⁷⁹⁶ Jaeschke, s.1142.

⁷⁹⁷ Jaeschke, s.1143.

⁷⁹⁸ Jaeschke, s.1143.

⁷⁹⁹ Sadreddin Efendi (1918d) ‘Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer‘iyye Kararnâmeleri Hakkında’, Sebilürreşâd, S:386, C:15, İstanbul, s.387.

ortaya çıkması halinde tefrik (boşama) kararının geçerli olup olmayacağı meselesinin muğlak bırakıldığını belirtmiştir⁸⁰⁰.

4.3. Kararname'nin Toplum Hassasiyetlerini Gözardı Ettiği İddiası

Bazı mütefekkirler, Kararnamenin toplumun hassasiyetlerine dikkat edilmeden yapıldığı yönünde eleştirileri olmuştur. Örneğin Ahmed Şirani bu konuda şunları söylemektedir: “*Kararnamenin bazı maddeleri maslahat-ı nâsa muvafık görülebilir. Fakat ahalinin gerek menafi’i ve gerek temayülât-ı ruhiyyesiyle taban tabana zıt olan birçok maddeleri heyet-i mecmuasının kabiliyet-i tatbikiyesini selb etmeye kafidir. Sarhoşun talakını muteber tutmak, hürmet-i rıda’ ve mesahireyi kaldırmak, akd-i nikahın icrası için kız ve kadınları mahkeme huzuruna çıkarmak ve izdivaca mani bir hastalığı olmadığına dair rapor almak için erkek doktorlara muayene ettirmek gibi ahkam mevaddı muhtevi bulunan bir kararname hiçbir zaman ahali-i İslamiye’nin hüsn-i kabul ve telakkisine mazhar olamaz.*”⁸⁰¹ Osmanlı mütefekkirlerinden Alaaddin Ruhi de Kararname’nin kaldırılması akabinde yazdığı makalede aile hukukuna ilişkin bir kanunun toplumun hassasiyetlerini gözetmesi gerektiğini aksi halde daha önce yapıp kaldırılan kanunlar gibi kaldırılmak durumunda kalacağını söylemektedir⁸⁰².

4.4. Ulemanın Kararname’nin Şer-i Şerife Aykırı Olduğu İddiası

Kararname’nin kaldırılmasında devrin bazı Osmanlı ulemasının Kararname’yi çeşitli yönlerden eleştirmesi etkili olmuştur. Örneğin Darülfünun müderrislerinden Sadreddin Efendi’nin Sebilürreşad’da yayınlanan⁸⁰³ daha çok Kararname’deki Hanefi mezhebi haricindeki müçtehitlerin içtihatlarının esas alındığı maddeleri eleştiren yirmi kadar makalesi⁸⁰⁴ ve o dönem sadrazam vekili olan şeyhülislam Mustafa Sabri Efendi’nin

⁸⁰⁰ **Sadreddin Efendi** (1919d) ‘Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer’iyye Kararnâmeleri Hakkında’, Sebilürreşad, S:439, C:17, İstanbul, s.182.

⁸⁰¹ **Şirânî, Ahmed** (1919) ‘Hukûk-ı Âile Kararnâmesi’, İ’tisâm, S:40, s.417-418.

⁸⁰² **Ruhi, Alaaddin** (1919) ‘Hukûk-ı Âile Kararnâmesi’nin Lağvı Münasebetiyle’, İ’tisâm, S:36, s.362.

⁸⁰³ Sadreddin Efendi’nin Kararname hakkındaki makaleleri için bkz. <https://drive.google.com/file/d/1-vjcS81PA2-FB9EcwGwJg8Qp5x18exE6/view?usp=sharing>, s.e.t: 19.05.2022.

⁸⁰⁴ Detaylı bir inceleme için bakınız. **Küçükçitiray, Ahmet Yasin** (2017) Osmanlı Aile Hukuku-Gelenek ve Modern Arasında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Sadreddin Efendi’nin Eleştirileri, İstanbul, İz Yayıncılık. **Yazıcı, Abdurrahman** (2015) ‘Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi’nin Eleştirileri’, EKEV Akademi Dergisi, S: 62, s.567-584; **Tüfekçi, İbrahim** (2016) Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ne Yöneltilen Eleştiriler Sadreddin Efendi Örneği, İstanbul, Pasifik Ofset.

Kararname'yi ortadan kaldıran İlga Kararnamesi'ni bizzat imzalaması, bir kısım ulemanın Kararname'nin şer-i şerife aykırı olduğu şeklindeki muhalefetine işaret etmektedir⁸⁰⁵. Binaenaleyh Babanzade Ahmed Naim'in Kararname'nin hem genel hem de özelde bazı maddelerinin şeriata aykırı olduğunu düşünmesi, Hukuk Fakültesi müderrislerinden Abdullah Münib'in: *"İşbu Kararname'de Müslümanlara ait mesailin bir kısmının bazılarının iddiasına rağmen ekseriyetinin hülafe-i şer-i şerif olduğu fîruhtesi işbu ilga için sebep-i müessir olmuştur"*⁸⁰⁶ sözü; ve ayrıca daha çok şer'i meselelerin olduğu bir düzenlemede Fetvahaneden görüş alınmadan tanzim edilmesi⁸⁰⁷ Kararname'nin ilgasına neden olan etkenlerden bir tanesinin de Kararname'nin şer-i şerife aykırılık taşıdığı yönündeki eleştiriler olduğunu göstermektedir. Ancak bu Kararname'nin şer-i şerife aykırı olduğu iddiasına peşinen katılmadığımızı belirtmek isteriz. Kararname'nin Birinci Dünya Savaşı'nın sıkıntılı günlerinde aceleye getirilerek hazırlanmış olması, Ahmed Cevdet Paşa, Ali Haydar Efendi ve Ömer Nasuhi Bilmen gibi şer'i hukuk sahasında yetkin hukukçuların komisyonda bulunmaması ve aile hukukunun nafaka, nesep ve hıdane gibi bazı mühim mevzularını ihtiva etmemesi, Kararname'nin şekil ve esas yönünden eksik kalmasına neden olmuştur. Bu nedenle biz, bu Kararname'nin ilgasının asıl sebebinin Kararname'nin şer-i şerife aykırılığı dolayısıyla değil; az önce saydığımız birtakım eksiklikleri dolayısıyla olduğu kanaatindeyiz.

5. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Tanzimi Esnasında İcra Edilen Yasama Faaliyetinin Şer-i Şerife Uygunluğu

Daha önce de anlatıldığı üzere İslam hukukunda yasama faaliyeti üç şekilde icra edilmekteydi. Hiç kuşkusuz hukuk mevzuatını İslam hukukuna münasip bir şekilde oluşturmaya gayret eden Osmanlı Devleti'nde de yasama faaliyeti bu üç usul üzerine bina edilecektir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi incelendiğinde Kararname hükümleri oluşturulurken her üç tür yasama faaliyeti usulünün de kullanıldığı görülmüştür.

⁸⁰⁵ Aydın (2018), s.200.

⁸⁰⁶ Münib Abdurrahman (1340-41) 'Hukuk-ı Medeniye', S:5-6, C:9, İstanbul, Darülfünun Matbaası. Akt. Aydın (2018), s.200.

⁸⁰⁷ "En salahiyyattar bir makam olan Fetvahane-i Âliyenin re'yi bile alınmaksızın tanzim olunmuş bulunan mezkûr kararname artık mahzen evraka ilka ve mahkeme-i şer'iyye de iade edilmelidir. Çünkü kanunlar memnun etmek için yapılır." Ahmed Şirânî, s.421.

5.1. Birinci Tür Yasama Faaliyetinin Şer-i Şerife Uygunluğu

Tezin İslam hukuku yasama faaliyeti başlığı altında açıklandığı üzere; ülûlemin ilk yasama yetkisi türü; bağlayıcı ve içtihata kapalı olan doğrudan ve açıkça Kur'an ve sünnetle belirlenen şer'i hükümlerin veya hakkında icma olan hususların uygulanmasını temin etmek amacıyla bir kanun biçiminde tanzim edilmesi şeklindeydi. Bu tür yasama faaliyeti ile İslam hukukunda tartışmaya kapalı hususlar tanzim edildiği için buradaki düzenlemelerin meşru olduğunda şüphe yoktur. Hukuk-ı Aile Kararnamesine bakıldığında bu tür hükümlere rastlamak mümkündür.

5.1.1. Evli ve İddet Bekleyen Kadınla Evlenmenin Yasaklanması

Madde 13: “*Başkasının menkûhe ve mu'teddesiyle izdivac memnudur.*”

Bu maddede başkasıyla evli veya iddet bekleyen kadınla evlenmenin yasaklanmıştır. Evli kadınla evlenmenin yasak oluşu Nisa suresi 24. ayette: “...evli kadınlar da size haram kılındı...” ve iddet bekleyen kadınla evlenmenin yasak oluşu ise Bakara suresi 235. ayette: “*Bekleme müddeti bitinceye kadar da nikâh yapmaya kalkışmayın...*” şeklinde açıkça beyan buyrulmuştur.

5.1.2. Erkeğin Aynı Anda Dörtten Fazla Kadınla Evlenmesinin Yasaklanması

Madde 14: “*Menkûhe veya mu'tedde olarak dört zevcesi bulunan kimsenin diğer bir kadın ile izdivacı memnûdur.*”

Bu madde ile; dört eşi olan veya iddet süresi devam eden eşiyle birlikte dört eşi hukuki uhdesinde bulunduran kocanın başka bir kadınla evliliği yasaklamıştır. Nisa suresi 3. ayette “*beğendiğiniz kadınlardan ikişer, üçer, dörder nikâhlayın...*” şeklindeki ifade ile evlilik dört kadınla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla İslam hukukuna göre aynı anda beş veya daha fazla kadınla evli olmak yasaktır⁸⁰⁸.

⁸⁰⁸ Bilmen (1967), C:2, s.112.

5.1.3. Üç Talak İle Boşanan Kadının Başka Biriyle Evlenip Boşanmadan Eski Kocasıyla Evlenmesinin Yasaklanması

Madde 15: “Bir kimse üç talak ile tatlik eylediği kadını beynûnet-i kat’iyye bâki oldukça tezevvüc edemez.”

Bu madde ile üç talak ile meydana gelen ayrılık sonrasında eşlerin kesin ayrılığa son verici bir neden oluşmadan bir araya gelemeyecekleri düzenlemiştir. Bu husus Bakara suresi 230. ayette: “İkinciden sonra koca eşini bir daha boşarsa, bundan sonra kadın, boşayandan başka bir koca ile evlenmedikçe ona helâl olmaz. İkinci koca da onu boşarsa, birinci kocası ile bu kadının, Allah’ın kurallarına riayet edecekleri kanaatine varırlarsa, tekrar evlilik hayatına dönmelerinde bir sakınca yoktur...” şeklinde açıkça izah edilmiştir⁸⁰⁹.

5.1.4. Müslüman Kadınların Gayrimüslim Erkeklerle Evlenmesinin Yasaklanması

Madde 58: “Gayrimüslimin bir müslimeyi tezevvücü bâtıldır.”

Bu maddeye göre Müslüman bir kızın gayrimüslim bir erkekle evlenmesi batıldır. Bu tür nikahların dinen yasak oluşu nasslarda açıkça düzenlenmiştir. Kadınların müşriklerle evlenemeyeceği Bakara suresi 221. ayette: “İman etmedikleri sürece, Allah’a ortak koşan erkeklerle, kadınlarınızı evlendirmeyin...” ve “Biz ehl-i kitabın kadınlarıyla evlenebiliriz fakat onlar bizim kadınlarımızla evlenemez”⁸¹⁰ şeklindeki hadis-i şerifte açıkça belirtilmiştir. Ayrıca İslam âlimleri, Mekke’den Medine’ye hicret edip gelen kadınlar hakkında nazıl olan Mümtehine suresinin 10. ayetinden hareketle, Müslüman bir kadının, gayrimüslim erkekle evlenemeyeceğini ifade etmişlerdir⁸¹¹. Tüm bu şer’i delillerin yanında

⁸⁰⁹ Kur’an-ı Kerim’in açıkça izah ettiği usul Hz. Peygamber tarafından da beyan buyrulmuştur. Şöyle ki; “Rifaa’nın eşi Allah Rasûlüne gelerek ‘Rifaa beni üç talak ile boşadı. Bende Abdurrahman b. Zübeyr el-Kurazî ile evlendim. Fakat Abdurrahmanın erkekliği (elbisesinin eteğine işaret ederek) şu elbise saçağı kadar gibi (gevşek)dir, (erkeklik vazifesini yapamıyor)’ demiş. Bunun üzerine Allah’ın Resulü: ‘Sen onun balcağazından, o da senin balcağazından tatmadıkça bu olmaz’ buyurmuşlardır.” (“Balcağız” tabiri cinsi birleşmeden kinayedir.) Bkz. **Buhari**, Kitabû’s-salat, Mir’atü’l-Usûl, 45.

⁸¹⁰ **İbn Cerir, Ebi Ca’fer Muhammed Taberi** (2000), Camiü’l-Beyan fi Te’vili’l-Kur’an, (Muhakkik: Ahmed Muhammed Şakir), C:4, Müessesetü’r-Risale, s.367.

⁸¹¹ Bkz. **Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî** (1405b) Ahkâmü’l-Kur’ân, (Muhakkik: Muhammed Sadık Kamhavi), C:5, Beyrut, Daru İhyâü’t-Turasi’l-Arabi, s.328-331.

Müslüman kadınların gayrimüslim erkeklerle evlemesinin yasak oluşu icma-yı ümmet ile sabit olmuştur⁸¹².

Sonuç olarak; yukarıdaki açıklamalara bakıldığında birinci tür yasama faaliyeti ile oluşturulan Kararname hükümlerinin şer-i şerife uygun hazırlandığı dolayısıyla buradaki birinci tür yasama faaliyetinin İslam hukuku kurallarına uygun bir şekilde icra edildiği söylenebilir.

5.2. İkinci Tür Yasama Faaliyetinin Şer-i Şerife Uygunluğu

Hukuk-ı Aile Kararnamesi incelendiğinde, maddelerinin ekserisinin içtihadî hükümlerin tercihi şeklinde oluşturulduğu görülecektir. İlk bölümde İslam hukuku yasama faaliyeti başlığı altında izah edildiği üzere; hakkında birden çok muhtelif içtihat bulunan meselelerde yasama faaliyeti adı altında ülülemr denilen kamu otoritesi, mevcut içtihatlardan birini tercih ederek tüm halkın o hükme uymasını sağlayabilir. Ancak bu tür bir yasama faaliyeti icra edilirken bir takım şer’i sınırlara riayet edilmesi gerekmektedir. Zira bu husus tanzim edilen hükmün meşruluğu açısından çok önemlidir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin pek çok hükmünde Hanefî içtihatlarının terk edildiği görülmektedir. Alimlerin eleştirileri daha çok bu şekilde düzenlenen hükümler üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu eleştirilerin odaklandığı nokta kararnamenin telfik yapılarak oluşturulduğu iddiasıdır⁸¹³.

Telfik, sözlükte bir kumaş parçasını diğerine eklemleyip dikmek anlamına gelmektedir⁸¹⁴. Fıkıh ıstılahında ise birden fazla mezhebin birbirine zıt olan görüşlerini belirli bir vakıada birleştirmek demektir⁸¹⁵. Telfik temelde ikiye ayrılabilir: İlki icmaya aykırı olandır. Bu tür telfik neticesinde hiçbir müçtehitten sadır olmayan ve hiçbir mezhepte olmayan yeni bir görüş ortaya çıkmaktadır. Örneğin; Hanefî mezhebinde buluğa ermiş bir

⁸¹² **Bilmen** (1967), C:2, s.26; Diyanet Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı <https://kurul.diyaret.gov.tr/Cevap-Ara/800/muslumankadingayrimuslimbirerkekleevlenebilirmi?enc=QisAbR4bAkZg1HImMxXRn5PJ8DgFEAoa2xtNuyterRk%3d>. S.e.t.: 19.05.2022.

⁸¹³ “Emr-i nikahta hil ve hürmet ahkamı telfik-i mezahip vadisinden yok yere teşviş edilmiştir.” **Sadreddin Efendi** (1919d), S:439, s.183; Burada Kararname gerekçesinde “gayrimüslimler hakkında da anların ahkâm-ı mezhebiyesinden kavaid-i lâzimeyi istihrac ve telfik ile müşterek mesâilin cümleye âmm ve şâmil olacak bir sûrette tedvini...” (**Çeker**, s.66) şeklinde geçen telfik ibaresi ve bazı yazarların Kararname’nin telfik yapılarak oluşturulduğu söylemi (**Aydın** (2018), s.191.) ile aşağıda izah edeceğimiz teknik anlamdaki telfik ameliyesi ile aynı şey olmasa gerektir. Zira bu tür telfik şer’i açıdan problemlidir. Dolayısıyla mezkûr kaynaklarda geçen telfiğin teknik anlamdaki telfik değil Kararname’de birbirinden bağımsız mevzuların farklı mezheplerden istifade edilerek oluşturulması anlamında kullanıldığı söylenebilir.

⁸¹⁴ **İbni Manzûr** (1414a) Lisanü’l-Arabi, C:10, 3. Baskı, Beyrut, Dar-ı Sadır, s.330.

⁸¹⁵ Türk Hukuk Lügati, s.332.

kadının nikahında velisinin izni şart değilken diğer mezheplerde şarttır. Maliki mezhebinde nikah akdinde şahitlerin bulunması gerekmez, diğer üç mezhepte gereklidir. Şafii mezhebinde nikah sırasında mehrin belirlenmesi şart değilken Maliki mezhebinde ise şarttır. Evlenmek isteyen taraflar bu üç mezhebin görüşünü cem ederek veliden izinsiz, şahitsiz ve mehirsiz nikah akdedecek olsalar mezheplerin birbirine muhtelif görüşlerini birleştirip hiçbir müçtehitin kabul etmediği bir görüş ortaya çıkarmış olurlar. Bu şekilde yapılan bir nikah akdi icmaya⁸¹⁶ aykırıdır⁸¹⁷. Yapılan bu telfik ameliyesi, Kasım b. Kutlubuga, İbn Hacer Heytemi, Remli, Ömer b. Nüceym ve İbn Abidin'in de aralarında bulunduğu çok sayıda muhakkik fakih tarafından mutlak olarak haram kabul edilmekte ve bu konuda icmanın olduğu söylenmektedir⁸¹⁸.

Telfikin ikinci türü ise icmaya aykırı olmayan telfiktir. Bu tür telfikte bir meselede iki mezhebin farklı görüşleri tercih edilse de ortaya çıkan görüş başka bir mezhep veya müçtehitin görüşüyle örtüşmektedir. Örneğin; Maliki mezhebinde abdestin sıhhati için yıkanan azaların ovulması şartken Şafiilere göre şart değildir. Şafii mezhebine göre erkeğin kadına dokunması abdesti bozarken Malikilere göre bozmaz. Bir kişi bu iki mezhebin muhtelif görüşlerini cem ederek azaları ovmadan abdest alsa ve şehvet olmadan kadına dokunup namaz kılsa bu iki mezhebe göre namazı sahih değildir. Ancak abdest alırken azaların ovulmasını şart koşmayan ve kadına dokunmayı abdesti bozan şeylerden görmeyen Hanefi mezhebine göre; bu kişinin namazı sahihtir. Burada bir konuda mezheplerin muhtelif içtihatları sonucu ortaya çıkan görüş; diğer muteber bir mezhep tarafından kabul edilmiştir.

⁸¹⁶ Burada velisiz, şahitsiz ve mehirsiz akdedilen nikah; ne Hanefi ne Şafii ne Maliki ne de herhangi bir müçtehitte göre sahih değildir. Demek ki bu tür bir nikahın sahih olmadığı hususunda icma vardır. İcmaen sahih olmayan bir akde sahihtir demek icmaya aykırı bir tutumdur ve caiz değildir. **Seyyid Bey**, s.298; **Atar**, **Fahrettin** (2002) Fıkıh Usulü, 5. Baskı, İstanbul, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, s.325; Başka bir açıdan buradaki icmadan kastedilen mana şöyle açıklanabilir: Molla Hüsrev ve el-Mahalli'ye göre: Bir konuda iki sahabe ihtilaf etse o konuda üçüncü bir söz söylemek caiz değildir. Çünkü o meselenin çözümü o iki sahabe görüşü çerçevesi içerisinde olacağı kesindir, burada icma vardır. Buna kıyasla aynı asırda yaşamış müçtehitlerin bir konuda farklı da olsa serdettikleri görüşler o meselenin çözümü için icma oluşturur. Sonraki dönemlerde aynı konuda bu müçtehitlerden farklı bir görüş ihdas etmek icmaya aykırı olduğu için caiz değildir. (**En-Nablusi**, **Abdulgani** (1998) 'Taklid ve Telfik Hususunda Bir İnceleme' (Çeviren: Ahmet Yaşar), Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Dergisi, S:11, İzmir, s.215.) Ancak Senhuri bu tür bir icmayı kabul etmemektedir. Senhuri, bir konu hakkında o asırda yaşamış tüm müçtehitlerin görüş serdetmesinin özellikle sonraki dönemlerde imkansız olduğunu dolayısıyla o konu hakkında sadece serdedilen görüşler içinde kalınması gerektiğini ve o görüşlerin dışında bir görüş beyan etmenin icmayı bozacağını söyleyenlerin hatalı bir tutum sergilediklerini söylemektedir. **Senhuri**, **Ahmed Ferec**, Mezheplerin Hükümleri Arasında Telfik, (Çeviri: Hayreddin Karaman), <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/dortisale/0181.htm> s.e.t. 19.05.2022.

⁸¹⁷ **Atar** (2002), s.325; **Karaman** (2013), s.61.

⁸¹⁸ **Karaman**, **Hayreddin** (2015) İslam Hukukunda İctihad, 5. Baskı, İstanbul, Ensar Neşriyat, s.226; **Hafnâvî**, **Muhammed İbrahim** (1995) Tabsirü'n-Nüceba bi Hakikati'l-İctihad ve't-Taklid ve't-Telfik ve'l-İftâ, Kahire, Darü'l-Hadis, s.270. Akt. **İhsan Şenocak** 'Telfik' <https://ihsansenocak.com/telfik-haram-midir/> son erişim tarihi: 19.05.2022.

Burada yapılan ameliye caizdir. Bu tür ameliyeler dini oyuncak haline getirmekten (*telaub*'tan) uzak, maslahata binaen güçlüğü giderme ve amelleri tashih gibi dinde meşru olan amaçlarla yapıldığından; Şafiilerden İbn Dakîkî'l-îyd, İzzüddin b. Abdusselam, Malikilerden Karafî, Hanefilerden İbn Hümmam gibi büyük muhakkik alimlere göre caizdir⁸¹⁹.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin izlediği usul; mezheplerin farklı görüşlerini bir yerde cem edip İslam hukukunda hiç olmayan bir sonuca ulaşmak değil sadece o devrin zaruri sosyal ihtiyaçlarına uygun olan görüş hangi mezhebe aitse o mezhep ekolünü tercih etmekten ibarettir. Dolayısıyla Kararnamenin telfik yöntemi kullanılarak oluşturulduğu iddiası yerinde değildir. Nitekim Seyyid Bey de hükümetçe tanzimine lüzum görülen kanun tasarısında başka başka mezheplerin hükümlerinin tercih edilmiş olduğunun görülmesi üzerine bunu telfik zannederek caiz olmadığını iddia edenlerin fahiş hata yaptığını söylemektedir⁸²⁰. Bu görüşü destekleyen Senhuri ise; içtimai hayatın değiştiğini, maslahat ve ihtiyaçların çapraşık bir hal aldığını ve yeni ortaya çıkan durumlardan birçok problemlerin doğduğunu; tüm bunların üstesinden gelmenin tek yolunun muteber mezheplerin hükümleri arasından seçim yapmak olduğunu; mezhepler arasından seçim yapma yönteminin ise ne bir içtihat faaliyeti ne de haram kabul edilen bir telfik ameliyesi olduğunu belirtmektedir⁸²¹. Akgündüz de amme maslahatı gerektiriyorsa mutad mezhep dışındaki mezheplerin içtihatlarının da kanunlaştırılabileceğini belirtmektedir⁸²². Çok daha geniş düşünen Zekiyüddin Şaban; Allah'ın kimseyi bizatihi bir müçtehte veya belirli bir mezhebe uymakla mükellef tutmadığını “*Eğer bilmiyorsanız bilgi sahibi olanlara sorun.*” (Nahl/43) ayeti gereğince insanlara şu veya bu fakihle sınırlı tutmaksızın ilim ehline başvurmaya emrettiğini söylemektedir⁸²³. Bu nedenle Zekiyüddin Şaban; yasama organının belirli bir mezhep ile bağlı kalmamasının caiz olduğunu hatta yasama organının “*Allah sizin*

⁸¹⁹ Karaman (2013), 62.

⁸²⁰ Seyyid Bey, s.300. Devlet başkanının insanlar arası ilişkilere ve çağın maslahatına en uygun olan içtihatı tercih etmeye dinen ve fıkhen yetkili olduğunu söyleyen Seyyid Bey daha da ileri giderek; hükümet diğer ilim ve sanatlarda olduğu gibi devlet ve millet menfaatleri için faydalı ve zaruri bir gereksinim varsa Batı hukukundan da istifade edebileceğini zira “*Hikmet, Müslümanların zayi edip de aramakta oldukları öz mahıdır, nerede bulurlarsa onu almaya diğer milletlerden daha layık ve müstehaktır*” hadisi gereği bu usulün şer'an bir sakıncası olmadığını ifade etmektedir. Seyyid Bey, s.154.

⁸²¹ Senhuri bu tür bir usulün; belki çok az yerde çoğu alim tarafından caiz kabul edilen; hüküm vazedilirken kastedilmemiş bazı telfik çeşitlerine yol açabileceğini bunun da toplumun ve fertlerin büyük menfaatleri olan yerde haramdan uzak, kast edilmeksizin oluşan telfikin caiz görülebileceğini söylemektedir. Senhuri, <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/dortrisale/0181.htm> s.e.t. 19.05.2022.

⁸²² Akgündüz (1990), C:1, s.61.

⁸²³ Şaban, Zekiyüddin (2017) İslam Hukuk İlminin Esasları, 28. Baskı, Ankara, TDV Yayınları, s.581.

için kolaylık ister zorluk istemez” (Bakara/185) ayeti gereğince müçtehitlerin görüşleri arasından insanların hayrına olan şeyi gerçekleştirecek, ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde onları sıkıntı ve zorluğa sokmayacak ve zamanın ve çevrenin şartlarına en uygun hükmü seçmesi gerektiğini söylemektedir⁸²⁴.

Yukarıda da belirtildiği üzere Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ne yönelik yapılan şer’i hukuka aykırı olduğu eleştirileri daha çok Hanefi içtihatlarının bırakılıp başka mezhep ve müçtehitlerin görüşlerinin tercih edildiği meseleler üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu aşamada Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin Hanefi mezhebi dışındaki hükümleri tek tek ele alınıp İslam hukuku yasama faaliyeti bağlamında meşruluk incelemesi yapılması gerekmektedir.

5.2.1. Akıl Hastalarının Evlendirilmesi

İslam hukukuna göre bir evlenme akdinin kurulabilmesi yani in’ikad etmesi için tarafların evlenme ehliyetine sahip olması ve icap-kabul iradelerinin usulüne uygun olarak açıklanması gerekmektedir. Akıl hastalarının evlenme ehliyeti yoktur. Dolayısıyla akıl hastalarının kendi başlarına evlenmeleri mümkün değildir. Hanefi mezhebinin de içinde bulunduğu İslam hukukçularının çoğuna göre; akıl hastalarının velileri tarafından evlendirilmeleri sahihtir⁸²⁵. İmam Züfer ise hastalığın buluşdan sonra oluşması halinde akıl hastalarının kimse tarafından evlendirilemeyeceğini söylemektedir⁸²⁶. İmam Şafii, akıl hastası kız ise; evlilik şifaya vesile olacaksa baba veya dede bunlar yoksa hâkim tarafından evlendirilebileceğini, akıl hastası erkek ise; ancak ihtiyaca göre hâkimin evliliğe izin verebileceğini söylemektedir⁸²⁷.

Kararname gerekçesinde; Şafii mezhebinden yararlanılarak akıl hastalarının ancak zaruret halinde ve hâkimler tarafından evlendirilebilmesi esası getirildiği (m.9) ve bunun böyle tercih edilmesinde zamanın efkâr-ı hukukiye ve ictimaiyesinin etkili olduğu belirtilmektedir⁸²⁸. Kararname bu tercih ile akıl hastalarının velileri tarafından herhangi bir şart koşulmaksızın evlenmelerine imkân veren Hanefi görüşünü⁸²⁹ terk etmiş, onun yerine

⁸²⁴ Şaban, s.582.

⁸²⁵ Dönmez, İ. Kâfi (1993) ‘Cünûn’, TDVİA, C:8, s.129; Karaman, Hayreddin (2016) Mukayeseli İslam Hukuku, 9. Baskı, C:1, İstanbul, İz Yayıncılık, s.312.

⁸²⁶ Atar, Fahrettin (2007) ‘Nikah’, TDVİA, C:33, İstanbul, s.115.

⁸²⁷ Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatûb el-Kâhirî (1994) Muğni'l-Muhtac ila Marifeti Meani Elfazi'l-Minhac, C:4, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, s.285; Karaman (2016), C:1, s.312.

⁸²⁸ Çeker, s.79.

⁸²⁹ Bilmen (1967), C:2, s.53.

Şafii görüşünü tercih etmiştir. Dolayısıyla burada bir konuda birden fazla mezhep veya müçtehitin farklı görüşlerinin bir araya getirilerek İslam hukuk literatüründe hiç olmayan bir görüşün ortaya çıkarılması yöntemi olan telfik ameliyesinin yapılmadığı anlaşılmış ve zamanın sosyal şartlarına ve hukuk anlayışına göre Şafii mezhebi görüşünün tercih edildiği görülmüştür. Bu nedenle akıl hastalarının evlendirilmesi ile ilgili düzenlemenin şer‘i hukuka aykırı olduğu söylenemez.

5.2.2. Zinanın Hürmet-i Musahere Oluşturmaması

İslam hukukunda belli dereceye kadar sıhri hısımlık, kan ve süt hısımlığında olduğu gibi evlenme engeli oluşturmaktadır. Sıhri hısımlık sebebiyle evlenilmesi ebediyen haram olan kadınlar dört başlık altında toplanmıştır. Bunlar; ilk olarak üvey anne ve üvey nine, sonra oğul ve erkek torunların eşleri, sonra kayınvalide ile eşin baba ve anne tarafından nineleri son olarak da eşin başka kocadan olan kızları ile kız torunlarıdır⁸³⁰. Sıhriyet hısımlığı ile oluşan ebedi olmayan evlenme engeli ise kişinin belirli yakınlıktaki kadınları aynı anda nikahı altında bulunduramamasıdır⁸³¹.

Sahih nikahla sıhriyet bağının kurulacağı hususunda tüm mezhepler görüş birliği içerisinde iken zina ile sıhriyet bağı kurabilmesi konusunda mezhepler arasında görüş farklılıkları vardır. Hanefi mezhebine göre sahîh veya fasit nikahla ortaya çıkan sıhriyet haramlığı aynı şekilde zina sebebiyle de ortaya çıkmaktadır⁸³². Şafii mezhebi ise “*Haram şeyler helal şeyleri haram kılmaz*”⁸³³ hadis-i şerifine binaen haram olan zinanın ilahi nimetlerden olan sıhriyet hısımlığına engel oluşturmayacağı görüşünü benimsemiştir⁸³⁴.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi 13 ve 19. maddeleri arasında evlenilmesi yasak olanları düzenlemiştir. Kararname, 19. maddede sıhriyeti bir evlenme engeli olarak almış ancak zina sebebiyle oluşan sıhriyetten bahsetmemiştir. Kararname, esbab-ı mucibe layihasında zinanın

⁸³⁰ Aktan, Hamza (2009) ‘Sıhriyet’, TDVİA, C:37, İstanbul, s.111-112.

⁸³¹ Nisa Suresi 23. ayetiyle bir erkeğin iki kız kardeşi aynı anda nikahı altında bulundurması yasaklanmıştır. Ayrıca bir kadın halası ve teyzesiyle aynı nikah altında bulunamayacağı hadislerle sabittir. Buhari, “Nikah”, 28; Müslim, “Nikah”, 33-40.

⁸³² Serahsî, C:10, s.276. Hanefiler sadece cinsel ilişkiyi değil şehvetle öpme, dokunma ve tenasül uzvuna bakmanın da birer hürmeti musahare oluşturacağını söylemişlerdir. Aktan (2009), s.112.

⁸³³ İbni Mace, “Nikah”, 63.

⁸³⁴ Eş-Şirbini, C:4, s.292; Merginâni, Burhanüddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebu Bekir (1967) Delilleriyle Hanefi Fıkhı el-Hidaye (Mütercim: Ahmed Meylani), C:2, İstanbul, Karaman Neşriyat, s.11.

ispatının güç olduğunu ve bu güçlük dolayısıyla sıhriyetin tespitinin zorlaşacağını ve bunun da aileler arasında gereksiz dava ve husumetlere sebep olacağını belirtmiştir⁸³⁵.

Kararname'nin 19. maddesinde evlenme engelleri sayılırken mezkûr gerekçelerden dolayı zina sebebiyle oluşan sıhriyetten bahsedilmemesi, Hanefî görüşünün⁸³⁶ terk edilip Şafîi kavlinin tercih edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla bu hususta da telif yapılmamış sadece mezhep tercihinde bulunulmuştur. İctihatlardan birini seçerek mezhep tercihinde bulunmak ise şer'î hukuka aykırı bir durum olarak değerlendirilemez.

5.2.3. Evlenme Akdinin Kinayeli Lafızlarla Kurulamaması

İslam hukukunda evliliğin mün'akid olabilmesi (kurulabilmesi) için rükünlerinin mevcut olması gerekmektedir. Hanefî mezhebine göre evlilik akdinin rükünleri icab ve kabulden ibarettir⁸³⁷. Hanefî görüşüne göre nikah akdinde icab ve kabul lafızları; “tenkih”, “tezvic” ve bunlara benzer sarîh ifadelerle olabileceği gibi “satış”, “temlik”, “hibe”, “sadaka” gibi derhal bir şeyin aynına malikiyeti ifade eden⁸³⁸ kinayeli lafızlarla da olabilir⁸³⁹. Hanefîlere göre; temlik ifade etmeyen “kira”, “rehin”, “ibra”, “vedia” gibi lafızlarla nikah akdedilemez⁸⁴⁰. Malikiler de Hanefîler gibi temlik gerektiren her lafızla nikah akdinin kurulabileceğini söylemektedir⁸⁴¹. Şafîî⁸⁴² ve Hanbelîler⁸⁴³ ise nikahın yalnızca sarîh lafızlarla kurulabileceği görüşünü benimsemişlerdir⁸⁴⁴.

Kararname'nin 36. maddesinde nikâhın “tenkih” ve “tezvic” gibi sarîh ifadelerle akdedilebileceğinden bahsedilmektedir. Buradan Kararname'nin nikah akdinin kurulmasını sadece sarîh lafızlara özgü kıldığı anlaşılmaktadır. Bu durum, Hanefîlerin kabul ettiği kinayeli sözcüklerle nikâh akdedilmesi görüşünün Kararname'ce terk edilerek nikah akdinin

⁸³⁵ Çeker, s.81.

⁸³⁶ Bilmen (1967), C:2, s.94.

⁸³⁷ Döndüren, Hamdi (2016) Delilleriyle Aile İlmihali, İstanbul, Erkam Yayınları, s.156.

⁸³⁸ Halebi, İbrahim (1968) İzahlı Mülteka el Ebhur, (Çeviren: Mustafa Uysal) C:1, İstanbul, Dizerkonca Matbaası, s.328; Serahsi, C:5, s.91-96.

⁸³⁹ Serahsi, C:5, s.91. Bilmen (1967), C:2, s.16.

⁸⁴⁰ Döndüren, s.157; Bilmen (1967), C:2, s.16.

⁸⁴¹ Kurtubî, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed (2004) Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid, C:3, Kahire, Darü'l-Hadis, s.32; Bilmen (1967), C:2, s.19.

⁸⁴² Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî (2005) Minhacüt-Talibin ve Umdetül-Müftin fi'l-Fıkıh, Darü'l-Fıkr, s.205.

⁸⁴³ İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed (1968) el-Muğni, C:7, Mektebetü'l-Kahire, s.78.

⁸⁴⁴ Merginâni, C:2, s.5; Bilmen (1967), C:2, s.19.

kurulmasını sadece sarih lafızlara bağlayan Şafii ve Hanbeli kavillerinin tercih edildiğini göstermektedir. Kararname gerekçesinde; kinayeli lafızlarla nikah akdinin kurulması neticesinde taraflar arasında birtakım ihtilaflar oluşabileceği, nikahın “tenkih” ve “tezvic” lafızlarının yerine diğer dillerdeki -herkesin anlayabileceği- karşılıkları ile kurulabileceği ve bu yöntemle nikahın her türlü şüpheden uzak kalmasının sağlanabileceği belirtilmiştir⁸⁴⁵.

Kararname burada da bir konuda mezheplerin muhtelif görüşlerinin bir araya getirilmesi yöntemi olan telfik usulünü kullanmamış, sadece günün şartları gereği insanlara daha yararlı gördüğü iki müçtehitin ortak görüşünü yasalaştırmıştır. Dolayısıyla Hanefi mezhebinin terkedilmesi Kararname’nin mezkûr hükmünün meşruluğunu zedelememektedir.

5.2.4. Evlenme Akdinde Takyidi Şartlar Koşulabilmesi

Kararname’nin 38. maddesinde “Üzerine evlenmemek veya evlendiği takdirde kendisi veya ikinci karısı boş olmak şartıyla evlenmek geçerli ve şart muteberdir” demek suretiyle Hanefi mezhebinde olmayan nikâh akdinin bir takyidi şarta bağlanma meselesi Maliki mezhebinden⁸⁴⁶ alınarak düzenlemiştir. Hanefi mezhebine göre böyle bir takyidi şart geçersiz iken evlilik geçerlidir⁸⁴⁷. Maliki mezhebine göre; karı evlenmeden önce kendisini hanesinden veya beldesinden çıkarmamayı veya üzerine evlenmemeyi, çıkardığı ve evlendiği takdirde boşama salahiyetini kendi eline almayı veya üzerine alınacak diğer kadının boş olmasını şart koşabilir⁸⁴⁸. Hanbeli mezhebinde de kadın nikah akdinden evvel kocanın ikinci bir hanımla evlenmemesini şart koşabilir ancak kocanın ikinci bir hanımla evlenmesi halinde yapılan nikah sahih olur⁸⁴⁹. Bu durumda ilk eş kendi nikahı feshettirebilir⁸⁵⁰. Kararnamenin 38. maddesinde düzenlenen bu husus Maliki mezhebinin tercihi olan evlenildiği takdirde kadının kendi nikahını feshetme veya ikinci evliliği feshettirme yetkisine dayanmaktadır.

38. maddenin gerekçesi; teaddüd-i zevcat’ın (çok kadınla evliliğin) vacibattan değil umur-i caizeden olduğunu dolayısıyla umur-i caizde tasarruf yetkisi olan veliyyü’l-emrin

⁸⁴⁵ Çeker, s.83.

⁸⁴⁶ İbn Kudame, C:7, s.92-93

⁸⁴⁷ Bilmen (1967), C:2, s.38.

⁸⁴⁸ Bilmen (1967), C:2, s.39-40.

⁸⁴⁹ Ali, Kevser Kâmil / Ögüt, Salim (1993) ‘Çok Evlilik’, TDVİA, s.366

⁸⁵⁰ Ali / Ögüt, s.366.

çok evliliği yasaklayabileceğini⁸⁵¹ veya diğer nikahlanmalarda ilk karıdan izin alma şartını getirebilme salahiyetinin olduğunu ancak şer-i şerifin çok evliliğe birtakım maslahatlardan dolayı cevaz vermesi ve kadın sayısının erkeklerden fazla olması nedeniyle çok evliliği yasaklamaktan ve karının iznine bağlamaktan vazgeçildiğini söylemektedir⁸⁵². Teaddüd-i zevcâtın yasaklanmasını caiz gören bu anlayış Sadreddin Efendi tarafından eleştirilmiştir. Sadreddin Efendi, “*Ezmanın teğayyürü ile ahkamın tağayyürü inkâr olunamaz*”⁸⁵³ kaidesinin Komisyonca yanlış anlaşıldığını ve Allah’ın helal kıldığı çok eşlilik hakkının Hz. Peygamber tarafından bile haram kılınmamışken Kararname tarafından hiçbir şekilde kısıtlanamayacağını söylemiştir⁸⁵⁴. Celal Nuri⁸⁵⁵ ise; Nisa suresinin 3. ayetinin çok evlilik için kocanın mutlak surette adil olmasını emrettiğini, bunun mümkün olamaması nedeniyle asıl emrin bir eş ile yetinmek olduğunu ve bu nedenle yasama yetkisini elinde bulunduran devlet başkanının çok evliliği yasaklayabileceğini belirtmektedir⁸⁵⁶.

İlerleyen dönemde 1923 yılında hazırlanan aile hukukuna dair layihada çok evlilik daha sıkı şartlara bağlanmıştı. Layihanın 12. maddesine göre birden fazla evlenmek isteyen kocanın bu evliliğin zaruri olduğunu ve eşler arasında adaletli davranacağını ispat etmesi şartıyla hâkimin izniyle evlenebilecekti⁸⁵⁷. Ayrıca mezkûr layihanın 84. maddesine göre;

⁸⁵¹ Bu ifadelerin komisyon üyesi Mansurizade Said Bey’e ait olma olasılığı kuvvetle muhtemeldir. Zira Mansurizade’ye göre; şer-i şerifin men ettiğini emretmek ya da emrettiğini men etmek şeriata aykırı iken şer-i şerifin men etmediğini men etmek ya da emretmediğini emretmek ise şeriata aykırı bir hareket olmayacaktır. Böyle şer-i şerifin caiz gördüğü hususlarda ülûlümün emrine veya yasağına uymak vaciptir. Teaddüd-i zevcat hususunda Allah Teala emir ya da nehiy buyurmamış sadece çok evli olmayı şartları sağlanmışsa serbest bırakmıştır. Yani çok evlilik hakkında emir ve yasak olmadığı için caiz olan bir iştir. Bu nedenle devlet başkanı çok evliliği yasaklayabilir, arzu ettiği gibi kayıt ve şart altına alabilir. **Mansurizade Said**, s.236, 237; Babanzade Ahmed Naim, Mansurizade Said Bey’e cevap yazdığı makalesinde; çok evliliğin yasaklanmasını isteyenlerin çok evliliğe Frenklerin itiraz edeceği korkusu olduğunu söylemektedir. **Babanzade Ahmed Naim** (h.1332) ‘Teaddüd-i Zevcat İslamiyette Men Olunabilir mi?’, Sebülürreşad, S.298, s.217.

⁸⁵² Gerekçe devamında, çok evliliğin menedilmesine lüzum olmadığını zira 38. maddede karıya tanınan; üzerine evlenmemek veya evlendiği takdirde kendisi veya ikinci karısı boş olmak şartını getirme imkânı zaten darraya (kumaya) tahammülü olmayan kadınlar tarafından sıkı bir şekilde kullanılacağını ayrıca çok evliliğin şartı olan kocanın karılarına âdil davranması bu zamanda mümkün olamayacağını söylemektedir. **Çeker**, s.89.

⁸⁵³ Mecelle madde 39 için bakınız. **Kuyucaklızade**, s.121-123.

⁸⁵⁴ Sadreddin Efendi, çok evliliğin vacibattan değil caiz işlerden olması hasebiyle devletin bu hususlara müdahale imkanı olduğunu söyleyen görüşü reddetmektedir. **Sadreddin Efendi** (1919a) ‘Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer’iyye Kararnâmeleri Hakkında’, S:388, C:15, s.318,319.

⁸⁵⁵ 1882 yılında Gelibolu’da doğan orta öğrenimini Galatasaray Mekteb-i Sultanisi’nde tamalayan Celal Nuri, II. Meşrutiyet öncesi Mekteb-i Hukuk’tan mezun olmuştur. Her ne kadar avukatlık mesleğiyle çalışma hayatına atılsa da asıl mesleği gazetecilik olan Celal Nuri, Batıcı mütefekkirlerin önde gelen yazarlarından. “Taç Giyen Millet”, “Türk İnkılâbı”, “Târih-i Tedenniyât-ı Osmâniyye, Mukadderât-ı Târîhiyye”, “İttihâd-ı İslâm”, “Kadınlarımız”, “Kendi Nokta-i Nazarımızdan Hukuk-ı Düvel”, “Havaic-i Kanuniyyemiz” gibi mühim eserleri vardır. **Duymaz, Recep** (1993) ‘Celal Nuri İleri’, TDVİA, C:7, s.242-245.

⁸⁵⁶ **Celal Nuri** (1331a) Havaic-i Kanuniyyemiz, Matbaa-i İctihad, İstanbul, s.128-131.

⁸⁵⁷ 1923 yılında Ahval-i Şahsiye Komisyonu tarafından hazırlanan ancak yürürlüğe giremeyen layihanın 12. maddesi: “*İzdivaçta zevcenin vahdeti asıldır. Binâenaleyh ikinci bir kadınla izdivaç etmek isteyen kimse için*

üzerine evlenilen karının bu evliliğe rızası yoksa sırf bu sebebe dayanarak boşanma davası açabilecekti⁸⁵⁸.

Kararname'nin gerekçesinde çok evliliğin yasaklanabileceğinden ama yasaklanma cihetine lüzum görülmediğinden bahsedilmektedir. Nitekim Kararnamenin 14. maddesinde “*Menkûhe ve mu'tedde olarak dört zevcesi bulunan kimsenin diğer bir kadın ile izdivacı memnudur*” ifadesi de çok evliliğin Kararname'de yasaklanmadığını göstermektedir. Gerekçede; çok evliliğin veliyyü'l-emr tarafından yasaklanabileceğinin belirtilmesi, dönemin sosyal ve siyasi şartları sebebiyle olduğu söylenebilir.

Kararnamenin 38. maddesinde düzenlenen şartlı evlenme müessesesi gerçek hayatta nadiren de olsa kullanılmıştır. Antalya münakehat ve müfarekat defterinde Molla Ahmet ile nikahı kıyılan Durkadın, evlilik akdine kocasının eski karısı olan Ayşe'yi tekrar nikahlamamasını şart koşmuştu⁸⁵⁹. Başka bir örnekte ise Melek Hanım'ın nikah akdinde Hasan Tahsin Efendi'nin kendisini rızası olmadan başka bir memlekete götürmesi ve altı aydan fazla eve gelmemesi halinde bir talakla boşanmayı şart koşmuştu⁸⁶⁰.

Son tahlilde Komisyon çok evliliği men etmemiş sadece kendisine göre çok evliliğin ortadan kalkmasına yol açacak bir uygulama getirdiğini sadece iddia etmiştir. Dolayısıyla Sadreddin Efendi'nin çok evliliğin yasaklandığı yönündeki endişelerinin yersiz olduğu kanaatindeyiz. Burada mezkûr maddenin gerekçesinden bağımsız olarak düşünüldüğünde Kararnamenin 38. maddesinde evlenme akdinde takyidi şartların getirilebileceği hükmünün düzenlenmesi birçok hususta da izlenilen yöntem olan Hanefi içtihatının terk edilip diğer

zaruretini ve zevceler beyrinde adâlete ehliyetini ispat ve hâkimin müsaadesini istihsal etmedikçe taaddüd-i zevcât memnudur.” şeklindedir. **Akgündüz** (2012a), s.1756.

⁸⁵⁸ 83. madde: “12'nci maddeye tevfikân ikinci bir zevce almak üzere nikâhlanan kadının, zevcinin kendisinden evvel başka bir zevce-i menkuhesi mevcut bulunduğuna esnâ-yı akidde ilmi ve ikinci zevce olarak izdivaca sarahaten rızası lâhık olduğu zevç tarafından ispat edilemez ve zevce tefrikini talep ederse hâkim beyinlerini tefrik eder.” 84. madde: “Taht-ı nikahında bir zevcesi bulunan şahsın 12'inci madde mucebince ikinci bir zevce ile izdivacı halinde birinci zevce mücerred bu sebeple tefrik davası ikame edebilir.” **Akgündüz** (2012a), s.1762.

⁸⁵⁹ “...muhtarın şuhuduyla beş yüz kuruş mehr-i müeccel ve yediyüz kuruşluk takım altını mehri muaccel müstevfi tesmiyeleri ve zevce-i mütellaka Ali kızı Aişe'yi bir daha tezviç etmemek şartıyla...” COA. MŞH.ŞSC.d., 1215, 36/56, s. 19.

⁸⁶⁰ “...İki bin kuruş mehr-i müeccel ve iki bin beş yüz kuruş altın akçe ile bir çift elmas küpe ile bir adet madalya mehr-i muaccel müstevfi tesmiyesi ile bade'l-akid zevc-i mezbur her ne suretle olursa olsun zevcenin bulunduğu beldesinden gaib olur da altı mah zarfında gelip de ispat-ı vücut etmediği taktirde mezbure talak-ı vahide ile mutallaka olacağı gibi rızası olmaksızın mezbureyi memleketinden diyar-ı ahara götürmemek şartlarıyla bilvekele tezviç ve mezbur Hasan Tahsin Efendinin vekili Recep ağa oğlu İsmail dahi mezbure Melek hanımı ol mikdar mehrin tesmiyesiyle şerait-i muharrere-i mezkûre...” COA. MŞH.ŞSC.d., 1215, 106, 6 Recep 1337, s. 132.

muteber içtihatların tercih edilmesinden ibarettir. Dolayısıyla 38. maddede ne bir telfik ameliyesinin ne de İslam usul ve esaslarına aykırı sonuç doğurucu bir durumun olduğu söylenemez.

5.2.5. İkrahtan Altında Yapılan Nikah ve Talakın Geçersizliği

İslam hukukunda evlenme akdinin tam bir şekilde gerçekleşebilmesi için in'ikad, sıhhat, lüzum ve nefaz şartlarının yerinde olması gerekmektedir. Evlenme beyanının ikrah altında geçerli olup olmadığı hususu evliliğin sıhhat şartlarıyla ilgilidir. Hukuk-ı Aile Karamnamesi, hem evlenme hem de boşanma sırasında mükrehin (zorlanan, tehdit altında olan kişinin) yaptığı sözlü tasarrufları geçerli saymamıştır. Bu konu mezhepler arasında ihtilafıdır.

Hanefi mezhebine göre ikrah altında yapılan nikah, kefaet (denklik) gibi bir sebep bulunmadıkça feshedilemez⁸⁶¹. Hanefiler “rıza” ile “ihtiyar”ın birbirinden farklı olduğunu mükrehin o sözlerin anlamına rıza göstermese de sözleri söylemeyi irade ettiğini belirtmektedir⁸⁶². Dolayısıyla; Hanefi mezhebine göre, ikrah altında her ne kadar söylenilen lafzın manası kastedilmese de sözün ihtiyaren (tercihen) söylendiği ve kullanılan lafzın iradenin yerine geçtiği belirtilmekte; bu aşamada mükrehin yaptığı sözlü tasarruflar hâzilin (şaka kaydıyla tasarrufta bulunan kişinin) yaptığı sözlü işlemlere benzetilerek geçerli sayılmaktadır⁸⁶³. Zira hâzil de söylediği şeyi kastetmese de kendi ihtiyarıyla o lafzı beyan etmektedir. Hâzilin yaptığı sözlü tasarruflar “*üç şeyin ciddisi de ciddi şakası da ciddidir; nikah, talak ve ric'at*”⁸⁶⁴ hadisine dayandırılarak üç yerde geçerli sayılmaktadır⁸⁶⁵.

Şafii mezhebine bakıldığında ikrah altında yapılan evlenme ve boşanma gibi sözlü tasarrufları geçerli saymadığı görülecektir. Şafiiler, sözlü tasarrufun gerçekleşmesi için kastın varlığını şart koşmakta⁸⁶⁶, bir tehlike altında yapılan nikah ve talak gibi sözlü

⁸⁶¹ Bilmen (1967), C:2, s.23.

⁸⁶² Bardakoğlu, Ali (2000) ‘İkrahtan, TDVİA, C:22, İstanbul, s.30-37.

⁸⁶³ Zeydan, s.128.

⁸⁶⁴ Ebu Davud, 2194; Tirmizi, 122; İbni Mace, 2039.

⁸⁶⁵ Hanefiler bu delile ek olarak şu ayet-i kerimeyi de delil olarak getirmektedirler: “*Böylece (kocasını) onu (iki hakkını da kullandıktan sonra üçüncü defa) boşarsa, artık bundan sonra (o kadın) ondan başka bir koca ile evlenmedikçe ona helâl olmaz.*” (Bakara 230). Ayette kocanın boşamasının ikrah ayrımı yapılmaksızın mutlak geldiği dolayısıyla ister ikrah altında olunsun ister olunmasın boşamanın geçerli olacağı söylenmektedir: Döndüren, s.366.

⁸⁶⁶ Bilmen (1967), C:2, s.24.

tasarruflarda ise kast olamayacağını ve bu durumda beyan edilen nikah veya talak ile ilgili sözlerin tehlikeyi savuşturmak için yapıldığını söylemektedir⁸⁶⁷. Şafiiler, bu konuda ilk olarak; “Şüphesiz Allah, ümmetinden hata, unutmaya ve yapmaya zorlandıkları şeyin hükmünü kaldırmıştır”⁸⁶⁸ ve “İkrah altında (iğlakta) talak yoktur”⁸⁶⁹ hadis-i şeriflerine dayanmaktadır⁸⁷⁰. Şafiilerin mükrehin sözlü tasarruflarının geçersizliğine dair diğer delili ise; “kalbi imanla dolu olduğu halde zorlanan kimse hariç, inandıktan sonra Allah’ı inkâr eden ... için büyük bir azap vardır” (Nahl 106) şeklindeki ayet-i kerimedir. Bu ayet-i kerimeye göre; ikrah altında serdedilen küfür sözler geçerli sayılmamıştır⁸⁷¹. İslam hukukunda küfre düşen kimse eşinden ayrılır, mallarına el koyulur ve şartları gerçekleşmişse katledilir. Görüldüğü üzere İslam hukukunda küfre girmenin ağır sonuçları vardır. İmam Şafii, boşamanın ise mehir ve nafaka gibi küfre girmeye nispetle daha hafif sonuçlar doğuracağını dolayısıyla mükrehin küfür sözleri geçerli sayılmamışken daha hafif sonuçları olan talaka dair sözlerinin de geçerli sayılmayacağını söylemektedir⁸⁷².

Malikiler de ikrah altında yapılan sözlü tasarrufların tıpkı Şafiiler gibi geçersiz olduğunu söylemektedir. Buna göre Malikiler de ikrah altında kast unsuru oluşmayacağını ve nasıl ki ikrah altında küfür söz bir anlam ifade etmiyorsa aynı şekilde mükrehin talaka yönelik sözlerinin de bir anlam ifade etmeyeceğini söylemektedir⁸⁷³.

Hukuk-ı Aile Kararnamesinde; Hanefî görüşünden ayrılıp Şafii görüşü tercih edilerek mükrehin nikâhının fâsit olduğu kabul edilmiştir (m.57). Bu görüşün; birçok namuslu kadının kaçırılıp cebir ve şiddet altında kötü kimselerle nikahlandırılması ve bunun neticesinde büyük zararların ortaya çıkmasını engellemek için tercih edildiği Kararname’nin esbab-ı mucibe layihasında belirtilmiştir⁸⁷⁴.

Kararnamede, evlenmede (m.57) olduğu gibi boşanmada da ikrah altında yapılan boşamaların geçerli olmayacağı görüşü tercih edilmiştir (m.105). Mükrehin boşaması kabul edilirse toplumda güçlü bulunan kimselerin zayıfların iradelerini tahakküm altına alma yolu

⁸⁶⁷ Zeydan, s.129.

⁸⁶⁸ Buhârî, Talâk, II, İlmi, 44; İbn Mâce, Talâk, 16-20

⁸⁶⁹ İbni Mace, 2046; Ahmed b. Hanbel, Müsned, 26360.

⁸⁷⁰ Eş-Şirbini, C:4, s.470.

⁸⁷¹ Eş-Şirbini, C:4, s.470.

⁸⁷² Zeydan, s.128.

⁸⁷³ Zurkani, Muhammed Abdülazim (2003) Şerhü’z-Zurkani Ale’l-Muvatta’, C:3, Kahire, Mektebetü’l-Sekafeti’l-Diniyye, s.330; Kurtubî (2004) C:3, s.101.

⁸⁷⁴ Bilmen (1967), C:2, s.23-24; Çeker, s.89.

açılacak bu da toplumda kargaşa ve çekişmelere neden olup sosyal rahatsızlıklar oluşturacaktır⁸⁷⁵. Bu maddenin gerekçesinde; günün şartlarına daha uygun olduğu için Malik'i görüşünün tercih edildiği belirtilmiştir⁸⁷⁶.

Görüldüğü üzere mükrehin nikahı ve talakı hususunda da Hukuk-ı Aile Kararnamesi mezheplerin farklı görüşlerini bir yerde toplamak yerine günün ihtiyaçlarına en iyi şekilde cevap vereceğini düşündüğü mezhebin görüşünü yasalaştırmıştır. Kararname burada da bir telifik ameliyesi yapmamış uygun gördüğü mezhebin görüşünü tercih etmiştir. Dolayısıyla Kararname'nin bu maddelerinin de meşru bir biçimde tanzim edildiği görülmektedir.

5.2.6. Mehrin Alt Sınırının Belirlenmemesi⁸⁷⁷

Kararname, mehir için alt ve üst sınır belirlememiştir (m.80-90). Mehr için üst bir sınırın olmadığı hususunda İslam hukukçularının icması vardır⁸⁷⁸. Mehrin asgari ölçüsünün olup olmadığı hususunda ise farklı görüşler mevcuttur. Hanefilere göre mehrin asgari sınırı Peygamber Efendimiz (s.a.s.) zamanında yaklaşık iki koyun değerine tekabül eden on dirhem gümüşdür⁸⁷⁹. Malikilere göre mehrin alt sınırı; saf altından bir dinarın dörtte biri veya saf gümüşten üç dirhem veya bunların kıymetlerine muadil bir maldır⁸⁸⁰. İmam Şafii'ye göre ise; mehrin alt sınırı olmayıp satım akdinde bedel olmaya elverişli olan her şey nikah akdinde de mehir olmaya elverişlidir⁸⁸¹.

Hanefilerdeki mehrin asgari ölçüsü; on dirhem gümüş gibi çok az bir değere tekabül ettiğinden Kararnamede mehrin alt sınırı olarak belirlenmemiştir⁸⁸² (m.80-90). Burada, mehrin alt sınırını belirlemeyen ancak on dirhemden az olmamasını da müstehab kabul eden İmam Ahmed b. Hanbel'in görüşüne⁸⁸³ ve mehrin en azı diye bir şey yoktur alım satımlarda

⁸⁷⁵ Yıldız, Rıfat (2021) 'Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nde Hanefî Mezhebinin Görüşü Dışında Kanunlaştırılan Fıkhî Görüşlerin Analizi', Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:17, s.224.

⁸⁷⁶ Çeker, s.95.

⁸⁷⁷ 1872 yılında gençlerin evlenmesini kolaylaştırmak için mehre alt ve üst sınır getiren bir ferman dikkat çekicidir. Bu fermana göre halk servet durumuna göre dört sınıfa taksim edilmiş. İlk sınıfta olanların izdivaçlarında mehri müeccel en fazla 10 adet mecidiye yüzük altın değerini, ikinci sınıfta olanların mehri müeccel 5 adet mecidiye yüzük altın değerini, üçüncü sınıfta bulunanlar 3 adet mecidiye yüzük altın kıymetini geçemeyecek dördüncü sınıfta olanlar ise en az 30 en fazla 100 kuruş mehri müeccel tayin edebileceklerdir. Düstur, I. Tertip, C:1, s.736.

⁸⁷⁸ Aydın, M. Akif (2003c) 'Mehir', TDVİA, C:28, s.389-391.

⁸⁷⁹ Serahsi, C:5, s.124.

⁸⁸⁰ Kurtubî, C:3, s.45; Bilmen (1967), C:3, s.116.

⁸⁸¹ Serahsi, C:5, s.124; Cin, Halil (1972) 'İslam Hukukunda Mehr' AÜHFD, S:1, C:29, s.206.

⁸⁸² Aydın (2018), s.183.

⁸⁸³ Bilmen (1967), C:3, s.116.

satın alınan mala karşılık olarak verilebilen her şey mehir olabilir, diyen İmamı Şafii'nin kavline⁸⁸⁴ itibar edildiği söylenebilir.

Kararnamenin yürürlükte olduğu dönemde Antalyada yapılan nikah akitlerini inceleyen bir araştırmaya göre; istisnasız her nikah akdinde mehrin tayin edildiği, kıyılan nikahlarda mehrin para olarak belirlenebildiği gibi eşya cinsinden de belirlenebildiği; para olarak belirlenen mehr-i müeccelin %57'sinin 101-1000 kuruş, %37'sinin 1001-5000 kuruş, %6'sının ise 5000 kuruş üzerinde olduğu tespit edilmiştir⁸⁸⁵. Tutulan bir sicilde mehrin tayini şöyle yapılmıştır:

“...Halil Hilmi Efendi ammisî Antalya zirâ'at bank müdîri Osman Nuri Efendi mahzarında bi'l-vekâle îcâb-ı akd edip müvekkilem gâibe-i ani'l-meclis Sıdika Hanım ibneti'l-müteveffâ Yüzbaşı Abdullah Efendi nâm seyyibeyi yedi yüz bir gurus mehr-i müeccel tesmiyesiyle Antalya muhâsebe-i livâ merkez kâtibi Halil Hilmi Efendi'ye bi'l-vekâle tezvîc ve tenkîh eyledim dedikde Halil Hilmi Efendi vekîli mûmâ ileyh Osman Nuri Efendi dahi ben de mezbûre Sıdika Hanım ibneti'l-müteveffâ Yüzbaşı Abdullah Efendi'yi yedi yüz bir gurus mehr-i müeccel tesmiyesiyle müvekkilem gâibe-i ani'l-meclis birâderzâde Halil Hilmi Efendi'ye bi'l-vekâle tezevvûc ve tenekkuh ve kabûl eyledim dedikde...”⁸⁸⁶.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi yukarıda anlatılan mehrin alt sınırıyla ilgili meselede Hanefi mezhebi görüşünü terk ederek başka müçtehitlerin ortak görüşünü tercih etmiştir. Dolayısıyla Kararname'nin bu hükmünde de haram telakki edilen mezheplerin bir konudaki muhtelif görüşlerinin cem edilip ortaya hiçbir mezhep veya müçtehitin kabul etmediği bir sonuç ortaya çıkmasına sebep olan telfik ameliyesinin işletildiği söylenemez.

5.2.7. Tefrik (Mahkeme Kararıyla Boşama) Sebeplerinin Genişletilmesi

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, karının hâkimden tefrik isteme (*hıyar-ı tefrik*) haklarını oldukça sınırlı tutmuş olan Hanefi mezhebi görüşünü terk etmiştir. Lügatte birbirinden ayırmak manasına gelen tefrik⁸⁸⁷, kazai olarak eşleri boşamak demektir. İslam hukuku, boşama yetkisini kocaya vermiştir. Boşama yetkisine sahip olmayan kadınların belirli şartlar

⁸⁸⁴ Merginâni, C:2, s.29.

⁸⁸⁵ Durgun, s.307.

⁸⁸⁶ 77 Numaralı Şer'iyye Sicil Defteri, Sicil Numarası 18/17, 12 Cemaziyelevvel 1336 /23 Şubat 1918. Aktaran: Demirci, s.33.

⁸⁸⁷ Yazır, C:5, s.286.

dahilinde mahkemeye gidip hâkim kararıyla boşanma imkânı vardır. Kadının hangi durumlarda mahkemeye başvurarak boşanma talep edebileceği hususunda mezheplerin ihtilafı görüşleri vardır. Hanefî mezhebine göre kendisinde birleşmeye engel bir hastalık olmayan kadın, nikahtan sonra kocasının cüb⁸⁸⁸ ve innet⁸⁸⁹ gibi cimaya mâni bir ayıbın olduğunu öğrendiğinde daha önce birleşme vaki olmamak şartıyla hâkime başvurarak tefrik talep edebilir⁸⁹⁰. Hanefî mezhebinin hâkim görüşüne göre kadın mezkûr iki ayıp dışında başka bir sebepten dolayı tefrik talep edemez⁸⁹¹.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, inneti bir tefrik sebebi olarak almıştır (m.119-121). Buna göre birleşmeye mâni bir ayıbı olmayan kadın⁸⁹² daha önce cima olmamak şartıyla kocasındaki innet hastalığından dolayı hâkimden tefrik talebinde bulunur, hâkim innetin zail olacağını düşünüyorsa duruşma gününden itibaren tefriki bir yıl erteler, bu müddet zarfında hastalık zail olmaz, koca boşamaya yanaşmaz ve karı tefrik talebini hâlâ sürdürürse hâkim tarafları tefrik eder (m.121). Hukuk-ı Aile Kararnamesi, innet hastalığıyla yetinmemiş; bu sebebe ek olarak İmam Muhammed'in görüşü olan; zarar dokunmadan birleşmenin mümkün olmadığı cüzzam, baras ve illet-i zühreviye gibi bulaşıcı rahatsızlıkları da (m.119-122) kazai boşama sebebi olarak kabul etmiştir⁸⁹³. Kararname'ye göre; kendisinde birleşmeye engel bir hastalık olmayan karı (m.119); cüzzam, baras ve illet-i zühreviye gibi zararı dokunmadan birlikteliğin imkansız olduğu hastalıkların kocada olduğunu öğrendikten sonra hâkimden tefrik talebinde bulunabilecektir (m.122). Ancak karının bu ayıbı nikahtan önce bilmiyor ve nikahtan sonra bu hastalıklara rıza göstermemiş olması gerekmektedir (m.120). Eğer bu hastalığın yok olacağı düşünülüyorsa hâkim tefriki bir yıl erteler. Bu müddet içerisinde hastalık zail olmaz, boşama yetkisi olan koca bu hakkını kullanmaya yanaşmaz ve karı tefrik talebinde hâlâ ısrarcı olursa hâkim tefrike hükmeder.

⁸⁸⁸ Cüb: Erkeklik uzvuyla beraber erkeklik yumurtalığının beraber kesilmiş bulunması halidir. **Bilmen** (1967), C:2, s.345.

⁸⁸⁹ İnnet: Erkeğin iktidarsız olma halidir. İnnin yani iktidarsız erkek; erkeklik organı olduğu halde cinsel ilişkiyi gerçekleştiremeyen kişidir. **Yazır**, C:2, s.513.

⁸⁹⁰ **Bilmen** (1967), C:2, s.349.

⁸⁹¹ **Merginâni**, C:2, s.135.

⁸⁹² Sadreddin Efendi, Kararnamenin mezkûr maddeleri dolayısıyla frengi gibi bulaşıcı hastalıkların önlenmesi maksadıyla hakimlerin evlilik öncesinde kızların erkek doktorların muayenesinden geçirilmeden evlenmelerine izin verilmediğinden bahsetmekte bu durumun ise toplumun değer ve inançlarına aykırı olduğunu savunmaktadır. **Sadreddin Efendi** (1919c) 'Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer'iyeye Kararnâmeleri Hakkında', S:414, C:15, s.216-218. Benzer şekilde Ahmed Şirani, erkek doktorların kızları zaruret olmadıkça muayene edemeyeceklerini, izdivacın ise zaruret olmadığını dolayısıyla izdivaç sebebiyle erkek doktorların kızları muayenesinin doğru olmadığını söylemektedir. **Ahmed Şirânî**, s.420.

⁸⁹³ **Acar, H. İbrahim** (2011) 'Tefrik', TDVİA, C:40, s.277-279.

Kararname yukarıdaki durumların yanında akıl hastalığı halini de tefrik sebebi olarak düzenlemiştir. Kararnamenin 123. maddesine göre; nikah akdinden sonra koca akıl hastası (cünun) olsa ve karı bu duruma rıza göstermeyip hâkimden tefrik talebinde bulunsa hâkim tefriki bir yıl erteler. Bu süre zarfında akıl hastalığı zail olmaz ve karı tefrik talebinde hâlâ ısrarcı olursa hâkim tefrike hükmeder⁸⁹⁴. 123. maddede Hanefi mezhebinde tercih edilen görüş olmayan İmam Muhammed ve cumhurun görüşünün alındığı görülmektedir⁸⁹⁵.

İnnet gibi cinsel hastalık dışında hem bulaşıcı hastalıkların hem de akıl hastalığının tefrik sebebi kabul edilmesi meselesi şer-i şerife aykırı bir düzenleme değildir. Zira mezkûr tercih İmam Muhammed gibi büyük bir müçtehit ile cumhurun ortak görüşüdür. Dolayısıyla burada aynı konuda muhtelif içtihatların birleştirilmesi usulü olan telfik ameliyesi olmayıp muteber içtihatlardan birinin tercihi söz konusudur. Dolayısıyla bu konuda Kararnamenin meşru sınırlar içerisinde hareket ettiği söylenmelidir.

Kararname bir sonraki tefrik sebebi olarak kocanın mefkud⁸⁹⁶ olması hususunu düzenlemiştir. 126. maddeye göre; koca, nafaka bırakmadan mefkud olursa tefrik kararı verilebilmesi için karının tefrik talebinde bulunması ve nafaka tahsilinin imkânsız olması yeterlidir. Burada, karıya tefrik hakkı vermeyen Hanefi içtihatı bırakılıp tefrik hakkı tanıyan Maliki ve Hanbeli⁸⁹⁷ mezheplerinin görüşü tercih edilmiştir⁸⁹⁸. 127. maddeye göre; karı, nafaka bıraktığı halde kaybolan kocadan ayrılmak için mahkemeye tefrik müracaatında bulunur. Mahkeme kocanın nerede olduğu ve yaşayıp yaşamadığına dair haber alınma ümidinin kesilmesi tarihinden itibaren tefriki dört yıl erteler. Dört yıl sonunda karı hala tefrik talebinde ısrarcı ise mahkeme tefrik kararı verir. Bu hüküm Maliki mezhebi esaslarına göre⁸⁹⁹ belirlenmiştir. Eğer Hanefi görüşü alınmış olsaydı kadının bir başkasıyla

⁸⁹⁴ Kararnamede madde 119-123 arasında düzenlenen kadına erkeğin hangi hastalıklarında hıyar-ı tefrik hakkı verileceği hususunda, tıpkı “Maruzat”ta olduğu gibi Hanefi mezhebinin hâkim görüşü terk edilmiş ve daha az tercih edilen İmam Muhammed’in görüşü tercih edilmiştir.

⁸⁹⁵ **Mâverdî, Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib** (1994) *El-Hâviyu’l-Kebîr*, Beyrut, Dâru Kütubi’l-‘İlmiyye, C:9, s.338; **Tennûhî, Sahnûn b. Said** (1994) *El-Müdevvenetü’l-Kübrâ*, Beyrut, Dâru Kütubi’l-‘İlmiyye, C:2, s.144-145.

⁸⁹⁶ Mefkud; lügatte kaybolan şey demektir. **Yazır**, C:3, s.397; İstılahta ise mekânı, yaşadığı ve öldüğü bilinmeyen gaptir. *Türk Hukuk Lügati*, s.223.

⁸⁹⁷ Hanbeli mezhebine göre; mefkudun malvarlığından karının nafakasının temini mümkün değilse karı nikahın feshini talep edebilir. **İbn Kudame**, C:8, s.130-131.

⁸⁹⁸ **Acar** (2011), s.277-279.

⁸⁹⁹ Maliki mezhebinde hükmi ölüm kararının alınması için geçmesi gereken dört yıllık süre karının bu istemini mahkemeye götürme tarihinden itibaren başlar. Dört yıllık süre dolduğunda mahkeme hükmi ölüm kararı verir ve karının 4 ay 10 günlük ölüm iddeti başlar ve iddetin sona ermesiyle beraber evlilik birliği sona erer. **Kurtubî**, C:3, s.75.

evlenebilmesi için mefkudun hükmen ölü kabul edilinceye kadar yani yaşıtlarından hiç kimse hayatta kalmayınca kadar beklemesi gerekecekti⁹⁰⁰. Hanefi mezhebinin fetvaya layık görülen diğer görüşüne göre ise hükmî ölüm kararı için mefkudun 90 yaşını doldurması gerekecekti⁹⁰¹. Savaş gibi büyük ölüm riskinin olduğu yerlerde kaybolan kocanın durumuna gelince; Kararnamenin bu meseleyi de Maliki mezhebi görüşünü⁹⁰² baz alarak düzenlediği görülmektedir. Şöyle ki; eğer koca muharebede gaybubet etmişse hâkim tarafların ve esirlerin evlerine dönüşünden itibaren bir sene geçtikten sonra tefrike hükmedebilecektir (m.127). Burada eğer Hanefi mezhebinin içtihatı esas alınsaydı; mefkudun hükmen ölü kabul edilebilmesi için bu durumda kaybolan kişinin ölümüne galibü’z-zan olması gerekecekti⁹⁰³.

Kararnamenin 127. maddesinde tertip edilen mefkudun karısının tefriki meselesinde Hanefi görüşleri terk edilmiş Maliki görüşleri tercih edilmiştir⁹⁰⁴. Kararname gerekçesinde⁹⁰⁵ Maliki mezhebinin tercih edilmesindeki etken; bu mezhebin görüşlerinin zamanın efkar ve icabâtına muvafık yani konjonktüre daha uygun olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Diğer meselelerde olduğu gibi burada da mezheplerin birbirine tezat görüşlerinin birleştirilmesi yöntemi olan telfik değil Osmanlı Devleti’nin hâkim mezhebi olan Hanefi mezhebinin bırakılıp zamanın ihtiyaçlarına binaen Maliki mezhebi görüşlerinin tercih edilmesi söz konusudur. Bu ise Kararnamenin mezkûr maddelerinin şer-i şerife uygun olarak tanzim edildiğini göstermektedir. Kaldı ki burada yapılan tercihin daha önce bahsi geçen 1916 yılında şeyhülislam Hayri Efendi tarafından padişaha arz edilerek yürürlüğe koyulan iki irade-i seniyye ile benzer olması buradaki düzenlemenin şer-i şerife uygun olduğuna bir karine teşkil etmektedir⁹⁰⁶.

Kararnamede düzenlenen diğer bir tefrik sebebi eşler arasındaki niza ve şikak halinin meydana gelmesidir. 130. maddede ele alınan bu hususta Maliki mezhebi baz alınarak

⁹⁰⁰ **Serahsi**, C:11, s.57.

⁹⁰¹ **Bilmen** (1967), C:7, s.221.

⁹⁰² **Kurtubî**, C:3, s.75.

⁹⁰³ **Bilmen** (1967), C:7, s.221.

⁹⁰⁴ Osmanlı Devleti’nde bu konuda 16. asra kadar Şafii görüşü tatbik edilmişse de o dönemden sonra Hanefi mezhebinin ilkeleri uygulanmıştır. **Konan, Belkis** (2016) ‘Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nde Kadının Hukuki Durumu İle İlgili Düzenlemeler’ Gedikli, Fetki (Editör), II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, C:1, 13-14 Mayıs 2016, On İki Levha, s.346; 1917 yılında ise bu konuda Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Maliki görüşüne geçilmiştir.

⁹⁰⁵ “*Müşarun ileyhin (İmam Malik’in) zevcât hakkındaki re’yi zamanın efkâr ve icâbâtına muvafık olduğundan 127. madde o esas üzerine tanzim edilmiştir*”. **Çeker**, s.98.

⁹⁰⁶ **İpşirli** (1998), s.64.

Hakemlere boşama yetkisi verilmiştir. Hem tefrik sebeplerini genişleten hem de hakemlere kesin boşama yetkisi veren bu önemli düzenleme ayrı bir başlık altında incelenecektir.

5.2.8. Hakemlere Kesin Boşama Salahiyeti Verilmesi

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, eşlerin şikak⁹⁰⁷ ve nüşuz⁹⁰⁸ sebebiyle aralarında sui imtizaçın (geçimsizlik-anlaşmazlık) meydana gelmesi halini bir tefrik sebebi olarak düzenlemiştir. Eşlerin nüşuz veya şikakı halinde taraflar boşanmak için mahkemeye başvurduğunda, geçimsizlik (*sui muaşeret*) ispatlanamaz veya kusurun kimde olduğu belirlenemezse mahkeme, tarafları her iki taraftan birer kişinin tayiniyle oluşturulan aile meclisine (hakemlere) gönderir. Aile meclisinin yetkileri mezhepler arasında ihtilaflı bir konudur. Hanefi mezhebine göre nüşuz ve şikak sebebiyle ne mahkemenin ne de aile meclisinin tefrik (boşama) yetkisi vardır. Hanefilere göre aile meclisine boşamaya dair vekalet verilmediği sürece sadece karı-kocanın arasında ıslah (arabuluculuk⁹⁰⁹) çalışması yapmaya yetkilidir. Maliki mezhebine göre ise tevkil edilmesine bakılmaksızın aile meclisinin tarafları boşama salahiyeti vardır⁹¹⁰. Malikilere göre; aile meclisi, eğer kadın kusurluysa kariya uygun bir bedel tayin ederek eşlerin arasını muhalea⁹¹¹ usulüyle ayırır; erkek kusurlu ise karıdan bir bedel almaksızın tefrike hükmeder. Hukuk-ı Aile Kararnamesi, bu meselede de Hanefi içtihatını terk etmiştir. Kararnamenin 130. maddesinde; Hanefi mezhebinde olmayan Hanbeli mezhebinin bir kavline⁹¹² ve Maliki mezhebine göre kabul edilen belirli şartlarda Aile Meclisi'ne tarafları boşama yetkisi verilmiştir. Bu maddenin

⁹⁰⁷ Şikak, lügatte araları açılmak, birinin bir şıkta diğerinin diğer şıkta bulunması manasındadır. **Yazır**, C:5, s.95.

Şikak, eşlerin karşılıklı geçimsizliği ve anlaşmazlığı anlamı gelmektedir. **Atar, Fahrettin** (2005) 'Muhâlea', TDVİA, C:30, İstanbul, s.399-402.

⁹⁰⁸ Nüşuz, karının kocasına karşı gelip sözünü dinlememesi anlamına geldiği gibi kocanın karısından hoşlanmayıp surat asması, geçimsizlik ederek yanına yaklaşmaması ve hakkını men etmesi manasında da kullanılır. **Yazır**, C:3, s.106-107; Nüşuz lügatte, karının kocasından nefret edip ondan uzaklaşmasıdır. Terim anlamı ise karının müstakil meskeninin olmaması veya fena muameleye maruz kalması gibi haklı bir sebebi olmadığı halde evden çıkması, kocasına itaat etmemesidir. **Türk Hukuk Lügati**, s.267.

⁹⁰⁹ "Aile Arabuluculuğu" kavramı için bakınız. **Avcı, Mustafa** 'Osmanlıda Aile Arabuluculuğu', II. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu Ailenin Korunması Hakkı Bildiriler Kitabı, s.471-494; https://www.tih.gov.tr/prof-dr-mustafa-avci/#_ftn49 s.e.t:20.05.2022.

⁹¹⁰ **Kurtubî**, C:3, s.117.

⁹¹¹ Hal veya hulu' köklerinden alınmış olan muhalea lafzı nikah bağınyı yok etmek anlamında kullanılır. Muhalea boşama hakkının bir kayda bağlanması, başka bir deyişle erkeğin nikahla elde ettiği mülkiyet hakkını hanımının kabulüne bağlaması ile nikah ile bağlantısının kopmasıdır. **Yazır**, C:3, s.428.

⁹¹² Ahmed b. Hanbel'den iki rivayet varid olmuştur. İlk rivayete göre hakemler tarafları ancak tarafların rızası olursa boşayabilir. İkinci rivayete göre; taraflar rıza göstermese de hakemler evlilik ya da boşama hangisi hayırlısı ise o yönde karar verirler ve hakemlerin hükmü burada kadı hükmü gibidir. **İbn Kudame**, C:7, s.320; **Bilmen** (1967), C:2, s.363.

gerekçesinde; Maliki mezhebi görüşünün tercihiyle boşama yetkisini elinde tutan kocanın haricinde hakem heyetine boşama yetkisi verilerek kocaların eşlerine zulüm ve haksızlıklarının sona erdirilmesinin ve memleketteki aileler içinde var olan uygunsuzlukların giderilmesinin⁹¹³ hedeflendiği belirtilmiştir.

Kararname'nin 130. maddesi gereği mahkemeler aile meclisinin verdiği kararı tanıyarak sicil defterine kaydetmiştir. Örneğin; Üsküdar Kadılığına intikal eden bir vakıada; Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 130. maddesine binaen iki taraf arasında zuhur eden niza ve şikâk sebebiyle usulüne uygun olarak Hakemler tarafından verilen boşama kararının mahkeme tarafından kabul ve tescil edildiği görülmüştür. Bu karar metninin ilgili kısmı şöyledir: "...74 Kadı Karyesi'nde Hasan Paşa Mahallesi'nde yirmi altı numaralı hânedâ sâkine Elmas Hanım ibnet-i Osman'ın zevci mahalle-i mezkûrede posta hamallarından Bitlisli Mustafa Ağa bin Mehmed beylerinde öteden beri ve beynlerinde nizâ' ve şikâk bulunduğundan bi'l-bahs mezbûrenin Üsküdar Mahkeme-i Şer'iyyesi'nde ikâme eylediği fesh-i nihak davasının muhâkemesi neticesinde Hukûk-ı Aile Kararnamesi'nin 130. maddesine tevfi'kan ifâ-yı mu'âmeleye mezûnen mahkeme-i müşârun-ileyhâdan bâtezkire hakem tayin ve intihâb olunduklarından işbu bin üç yüz otuz beş senesi Mayısın on yedinci Cumartesi günü tarafeyn huzuruyla ifâ-yı vazifeye mübâderetle telîf-i beynlerine çalışılmış ve tarafeyne nesâyih-i lâzimedâ bulunmuş ise de ıslâh-ı beyn kâbil olamamış ve fi'l-hakîka zevcân-ı mezbûrân beynlerinde üç seneden beri nizâ' ve şikâk kâim olduğu ve huzûrun zevci mezbûr Mustafa Ağa'da bulunduğu gerek tarafeynin ifâdâtından ve gerek mahallen icrâ kılınan tahkîkâtta anlaşılmış olmağla mâru'z-zikr 130. madde ahkâmına tevfi'kan mezbûre Elmas Hanım'ın zevci mezbûr Mustafa Ağa'dan tefrîkine müttefekan tarih-i mezkûrda karar vermiş olduklarını mübeyyen bulunmuştur. Mezkûr kararnameye bi't-tevfîk usûlüne muvâfık görülerek taraf-ı şer'den dahi kabul ve infâz olunup ol vechile zevcân-ı mezbûrân beynlerinin tefrîk ve nikâh-ı mezkûrun fesh edildiğinin tarafeyne tefhim olunduğu tescîl ve i'lâm olundu"⁹¹⁴.

⁹¹³ Esbab-ı Mucibe layihasında bu durum şöyle izah edilmektedir. "Bu babda mezheb-i Malikînin kabulü memleketimizde aileler içinde mevcut pek uygunsuzlukların ref'i ve izalesine hâdim olacağı ve ale'l-husus zevcelerine zulüm ve i'tisaf ettikleri halde talâk kendi ellerinde olmak hasebiyle haklarında nafaka takdirinden başka bir muamele icrası mümkün olmayan zevlerin muamele-i itisafkârânelerine nihayet vereceği mütâlaasıyla kavî-i mezkûr kabul ve 130. madde ol esasa göre tanzim edilmiştir" Çeker, s.100.

⁹¹⁴ İstanbul Müftülüğü Ş.S. Arşivi, Üsküdar Kadılığı, Sicil nu. 791, s. 68-69, Karar nu. 9. Akt. Muteber, Gülsefa Uygur (2015) İslam Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu, (Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.76-78.

Maliki mezhebinin mezkûr görüşü üzerine bina edilecek olan *Usul-i Muhakemat-ı Şer'iyye Kararnamesi*'nin 12. maddesi için yazdığı gerekçede Ömer Nasuhi Bilmen, aralarında niza ve şikak olan eşlerin evliliklerinin çekilmez bir hal aldığını, geçimsizlik halinde; kocanın boşama yetkisi olduğunu, buna mukabil karının boşama yetkisinin olmadığını, bu nedenle karının bu müşkül durumdan çıkmak için bir takım gayri meşru yollara başvurmak zorunda kaldığını, dolayısıyla kadınları bu çekilmez durumdan kurtarmak için Maliki görüşü tercih edilerek aile meclisine boşama salahiyeti tanındığını söylemiş ve bu tercihin zamanın toplum düzenine, hikmet ve maslahata daha uygun olduğunu belirtmiştir⁹¹⁵. Kararnamenin pek çok hükmünü eleştiren Alaaddin Ruhi bu mevzudaki düzenlemeyi desteklemiştir. Ona göre; hakem usulünün Kur'an-ı Kerim'de açıkça beyan olunduğu bu nedenle birtakım sebep ve endişelerle Allah Teala'nın emirlerinin gerektirdilerini sınırlandırmanın doğru olmadığını beyan etmiştir⁹¹⁶. Bu hususta Sadreddin Efendi ise; hakem kararıyla Kararnamenin 130. maddesine göre boşanmış sayılan kadının iddet bekleyip başka bir kocayla evlenmesi halinde; Maliki mezhebi dışındaki diğer üç mezhebe göre kadının evvelki kocasının nikahı altında kalacağı varsayılacağını ve bu nedenle ikinci evliliğinin sahih kabul edilmeyeceğini söylemektedir⁹¹⁷. Dolayısıyla Sadreddin Efendi; neredeyse hiç Maliki mezhebine müntesib kişinin bulunmadığı memleketimizde aile meclisine boşama salahiyeti verilmesiyle oluşan durumun hukuk sistematığına aykırılık oluşturduğuna işaret etmiş ve bu nedenle mezkûr durumun birçok probleme yol açacağını iddia etmiştir.

Öncelikle Kararname'nin 130. maddesinde Maliki mezhebi tercih edilerek düzenlenen husus yukarıda birçok yerde açıklandığı üzere bir konuda iki farklı görüşü birleştirmede için caiz olmayan bir telif ameliyesi oluşturmamaktadır. Aile meclisi kararı ile boşanıp Maliki mezhebine müntesip olmayan biriyle evlenen kadının evliliğinin sahih olmayacağı görüşüne gelince; Kararname tarafından kendisine kesin kaza yetkisi verilen aile meclisinin aldığı boşama kararının o ülkede yaşayan herkes için bağlayıcı olacağı kanaatindeyiz. Zira içtihat açık (*müçtehedün-fih*) olan bir konuda devlet otoritesi tarafından yasama faaliyeti sonucunda bu görüşlerden birinin tercih edilmesi halinde insanlar artık o içtihat ile amel etmek durumundadırlar⁹¹⁸. Kamu otoritesi aynı mevzudaki farklı

⁹¹⁵ Bilmen (1967), C:2, s.368.

⁹¹⁶ Ruhi, s.361.

⁹¹⁷ Sadreddin Efendi, S:439, s.181-183.

⁹¹⁸ Apaydın, s.432-445; Vural (2011), s.192; Erdoğan, s.409. Kâsânî, C:7, s.100.

içtihatlardan birini tercih ettikten sonra şer-i şerife aykırı olmadığı sürece; “*Hâkimin hükmü ihtilafları ortadan kaldırır*”⁹¹⁹ kaidesi mucebince ihtilaflar ortadan kalkacak ve “*Ey İman edenler Allah’a, Peygamber’e ve sizden olan ulülemre itaat edin*” (Nisa/59) ayetinin hükmü gereğince tercih edilen bu görüşe uyulması zorunlu hale gelecektir⁹²⁰. Bu husus tezin ilk bölümünde “*İslam Hukukunda Yasama Faaliyetinin Bağlayıcılığı*” başlığı altında da bahsedildiği üzere; Kararnameyi düzenleyen komisyonun tertip ettiği mazbatada⁹²¹, Mecelle’nin esbab-ı mucibe layihasında⁹²² ve 1801. maddesinde⁹²³ ve 1916 tarihli Fetva-yı Âli mazbatasında⁹²⁴ da açıkça belirtilmiştir. Bu aşamada artık bireylerin mezheplerinin görüşleri değil devletin tercih edip yasalaştırdığı fıkhi görüş muteber olacaktır. Dolayısıyla Kararnamenin 130. maddesine binaen aile meclisinin vermiş olduğu boşama kararı Mezhep farklılığı gözetilmeksizin tüm insanlar nezdinde geçerli olacaktır.

5.2.9. İddet Bekleyen Kadının Hayızdan Kesilmesi Meselesi

Kararname, iddet esnasında hastalık sebebiyle âdet görmeyen veya bir iki defa görüp üçüncüsünü göremeyen kadının beklemesi gereken süre konusunda Hanefî görüşünü terk ederek Malikilerin içtihatını⁹²⁵ tercih etmiştir. Kararnamenin 139. maddesinde belirtildiği üzere; sahih akid ile evlenip cimadan sonra talak, fesih veya mahkeme kararıyla boşanan ve hamile olmayıp da menopoz yaşına (*sinn-i iyasa*) ulaşmamış kadınların iddet süresi üç hayız dönemidir. Ancak bu 3 hayız dönemi içerisinde kadının hayızı kesilmişse bakılır; kadın menopoz yaşına ulaşmışsa, ulaşma tarihinden itibaren 3 ay, menopoz yaşına ulaşmamışsa; iddetin lüzumu tarihinden itibaren 9 ay iddet beklemesi gerekir (m.140). Hanefi ekolünde bu

⁹¹⁹ **İbn Abidin, Muhammed Emin** (1992) Reddû’l-Muhtar Ala’d-Dürri’l-Muhtar, C:3, Beyrut, Darü’l-Fikr, s.412.

⁹²⁰ **Yılmaz** (2020), s.343.

⁹²¹ “*Filhakika umur-ı caizede maslahatı tazammun eden emr-i veliyyü’l-emre itaatın vücubu münker değildir*” **Akgündüz** (2012a), s.1670.

⁹²² “*Mesâil-i müctehedün-fihâda imâmü’l-müslimîn herhangi kavil ile amel olunmak üzere emrederse mucebince amel olunmak vâcib olduğundan...*” **Ali Haydar Efendi**, s.18.

⁹²³ “*Ve keزالik bir müctehitin bir hususta bir re’yi nâsa erfak ve maslahatı asra evkaf olduğuna binaen ânın re’yi ile amel olunmak üzere emr-i sultani sadır olsa ol hususta hakim ol müctehitin emrine münafi diğer bir müctehitin re’yi ile amel edemez, ederse hüküm nâfiz olmaz.*” **Ali Haydar Efendi**, C:4, s.3260.

⁹²⁴ “*İhtilaf-ı müctehidin ibad için bais-i rahmet bir mezhebe salik bulunan zatın indel ıztırar diğer mezhebe göre olan bir mesele ile amel veya ifta etmesi tecviz-kerde-i şeriat (şeriatın caiz gördüğü) olduğu gibi mesail-i müctehedün fihada emirü’l-müminin hazretleri hangi kavil ile amel olunmasıyla emr ü ferman buyurur ise onunla amel edilmesi muktazi idüğü kütüb-i fikihiyyede musarrah bulunduğuna...*” Ceride-i İlmiye (1916), S: 20, C:2, s.353.

⁹²⁵ **Kurtubî**, C:3, s.110-112.

durumdaki kadınlar hayız görünceye kadar veya hayız göremeyeceği yaş olan 55 yaşına kadar bekleyip; akabinde 3 ay daha beklemek durumunda kalacaklardır⁹²⁶.

Kararnamenin 140. maddesinin gerekçesinde; Hanefi görüşü tercih edilseydi, bu kadar uzun bir süre hem başka bir kocayla evlenmek isteyen kadına hem de bu kadar uzun bir süre boşadığı kadının nafakasını temin etmek zorunda kalacak olan erkeğe zarar verici bir durumun oluşacağı ifade edilmiş ve bu nedenle 140. maddede Maliki kavlinin tercih edildiği belirtilmiştir⁹²⁷. Görüldüğü üzere burada da mezheplerin bir konudaki farklı görüşleri meczedilmemiş sadece mezkûr konu hakkında bir takım maslahatlara binaen Maliki görüşü tercih edilmiştir. Dolayısıyla bu konuda da telifik usulünün işletilmediği ve şer-i şerife aykırı bir durumun oluşmadığı rahatça söylenebilir.

5.2.10. Sarhoşun Talakının Mutlak Olarak Geçersiz Sayılması

Kararnamede; sarhoşun talakı (*talak-ı sekran*) meselesi mübah ve memnu yolla sarhoş olma hususları ayırt edilmeksizin “*Sarhoşun talakı muteber değildir*” (m.104) şeklinde mutlak bir ifadeyle düzenlenmiştir. Kararnamede sarhoşluk hali geçici akıl hastalığı haline benzetilerek nasıl ki mecnun kimsenin talakı geçerli değilse aynı şekilde; sarhoşluğun haram veya mübah yolla olunmasına bakılmaksızın sekranın talakının da geçersiz olması gerektiği belirtilmiş ve ayrıca fiske yaygın olduğu bir zamanda haram yolla sarhoş olanın talakının geçerli sayılması halinde ailelerin mahvına yol açılacağı vurgulanmıştır⁹²⁸. Memnu yolla sarhoş olanın talakının geçersiz olacağı görüşü -Kararname’nin esbab-ı mücibesinde de belirtildiği üzere⁹²⁹- bir takım ulemaya⁹³⁰, İmam Şafii’nin bir kavline⁹³¹ ve Hz. Osman’dan bir rivayete dayandırılmak suretiyle tercih edilmiştir. Sarhoş kimseyi akıl hastası

⁹²⁶ **Acar, H. İbrahim** (2000) ‘İddet’, TDVİA, C:21, İstanbul, s.466-471; **Bilmen** (1967), C:2, s.373.

⁹²⁷ “İmam Malik’e göre öyle bir zevce için iddetin lüzumu zamanından itibaren dokuz ay bekleddikten sonra üç ay iddet beklemek kâfidir. Eâzîm-i müteahhirîn-i Hanefîyye bu meselede İmam Malik kavliyle fetvayı tecvîz etmişlerdir. İş bu layihada dahi kavî-i mezkûr kabul edilerek 140. madde o esas üzere kaleme alınmıştır”. **Çeker**, s.101.

⁹²⁸ 104. maddenin gerekçesi bu hususu şu cümlelerle anlatmaktadır: “...zamanımız gibi fiske şuyı bulduğu bir zamanda ailelerin sebat ve devamını sarhoşluğun haram yolla veya tarik-i mubah ile (mubah yolla) olması beyindeki (arasındaki) farka bina etmek onları pek çürük bir temele isnat ettirmek demek olacağı derkar bulunmuştur (aşıkardır)”. **Çeker**, s.93.

⁹²⁹ **Çeker**, s.93-94; Malikiler sarhoşun tamamen temyiz kudretini yitirmesi halinde talakının geçerli olmayacağı görüşünü benimsemiştir. Hanbelilerden, sarhoşun talakının hem geçerli hem de geçerli olmayacağı yönünde iki farklı görüşün geldiği belirtilmektedir. **Dönmez, İ. Kâfi** (2009) ‘Sarhoşluk’, TDVİA, C:36, s.141-145.

⁹³⁰ Ulema takımından gerekçede ismi geçen Muhammed b. Sellam, Kerhi ve Tahavi gibi alim kimseler kastedilmektedir. **Çeker**, s.93.

⁹³¹ Şafii mezhebinde genel kanı sarhoşun talakının geçerli olmasıdır ancak Müzeni ve Ebû Sevr’in aksi yöndeki görüşü benimsediği belirtilmektedir. **Dönmez** (2009), s.141-145.

ve küçükle kıyaslayan İmamı Şafii'den gelen bir rivayete göre; sarhoş, tıpkı küçük ve akıl hastası gibi akledemediğinden tasarruf ehliyeti yoktur. Bu tür kimselerin dinden irtidatı geçerli değilken talakı ise evleviyetle geçerli olmayacaktır⁹³².

Memnu yolla sarhoş olan kimsenin talâkı, cumhur-ı ulema ve sahabelerin geneline göre muteber kabul edilmiştir⁹³³. Sarhoşun talakını geçerli sayanlar ilk başta; talak ile ilgili ayetlerin⁹³⁴ mutlak gelmesi ve bu mutlaklığı kayıtlayıcı yani sarhoşun talakının geçersiz olduğuna dair başka bir delilin olmaması sebebiyle sarhoşun talakının geçerli olduğunu söylemektedir⁹³⁵. Diğer yandan mezkûr görüşte olanlara göre; günah olan sarhoşluk halinde nasıl ki bir suç işlense ceza veriliyor ya da birinin malına zarar verilse tazmin ettiriliyorsa memnu yolla sarhoş olanın boşamasının da geçerli kabul edilmesi gerekir⁹³⁶. Yine bu görüş sahiplerine göre; sarhoşluk iradi bir davranış iken mecnun olmak hali iradi değildir. Bu nedenle sarhoş, mecnun ya da uyku halindeki birine kıyas edilip boşaması geçersiz sayılmamalıdır; zira sarhoşluk iradi bir davranış neticesinde oluşmuştur⁹³⁷.

Bu hükümde; cumhur-ı ulema ve dolayısıyla Hanefî görüşünün terk edilmesinde Kararname gerekçesinden anlaşıldığı üzere yine zamanın sosyolojik ve toplumsal şartlarının etkili olduğu görülmektedir. Dolayısıyla burada da toplumun maslahatının gözetilerek müçtehitlerin bir konudaki görüşleri arasından birinin seçilmesi yolu izlenmiştir. Devlet otoritesinin, Kararnamenin 104. maddesini birtakım menfaatler dolayısıyla mevcut içtihatlardan birini tercih ederek oluşturması ise; meşru bir yasama faaliyeti olarak değerlendirilmelidir.

5.2.11. Mehr-i Müsemması, Mehr-i Mislinden Az Olduğu Halde Velisinden İzinsiz Evlenen Kızın Nikah Akdinin Lazım Olması

Hanefi mezhebine göre; hür, âkile ve bâliğa olmuş bir kız, kâmil bir ehliyetle haiz olduğundan velisinin izin ve icazeti olmasa da küfüv ve mehr-i misil şartlarını sağlamak

⁹³² **Kâsâni**, C:3, s.99.

⁹³³ **Bilmen** (1967), C:2, s.195-196; **Kâsâni**, C:3, s.99.

⁹³⁴ “Boşama iki defadır...” Bakara/229, “İkinciden sonra koca eşini bir daha boşarsa, bundan sonra kadın, boşayandan başka bir koca ile evlenmedikçe ona helâl olmaz...” Bakara/230

⁹³⁵ **Kâsâni**, C:3, s.99.

⁹³⁶ **Saritepe / Aydemir**, s.48.

⁹³⁷ **Saritepe / Aydemir**, s.48.

koşuluyla kendi kendine yapmış olduğu nikah sahih ve lazım olur⁹³⁸. Maliki ve Şafiilere göre ise veli izni nikahın rûknü olduğundan bu tür nikah batıldır⁹³⁹. Hanefilere göre; veli izni olmadan kızın dengi olmayan bir kimseyle veya mehr-i mislin altında olan mehirle yapılan nikah sahih ise de lazım değildir⁹⁴⁰. Ebu Hanife'ye göre mehr-i mislin altında yapılan bu tür nikahlar veli tarafından hâkime müracaat edilerek feshettirilebilir⁹⁴¹. İmameyne (Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e) göre ise mehr-i misil olmasa dahi velinin nikahı feshettirme hakkı yoktur⁹⁴².

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 47. maddesine göre; reşid ve balığ kız, velisinin rızası olmadan küfüv şartını sağlayan bir erkekle mehr-i misil şartı sağlanmasa da evlenebilir ve bu evlilik lazım olduğundan veli bu evliliği feshettiremez. Kararnamenin gerekçesine göre; mehrin⁹⁴³ miktarındaki noksanlıktan dolayı mevcut bir akdin feshini istemek nikahı bir mali muamele seviyesine indirmektir. Gerekçede; mehr-i mislin noksanlığı hasebiyle velinin itiraz hakkı olmadığına kabul edildiği ve 47. maddenin bu esas üzerine düzenlendiği belirtilmektedir⁹⁴⁴. Yapılan bir araştırmada Kararname'nin yürürlükte olduğu süre içerisinde Antalya'da kayıtlara geçen 358 nikahtan 204'ünde veli izni alınıp alınmadığı belirtilmemişken 153'ünde veli izni alındığı 1'inde ise veli iznine ihtiyaç duyulmadığı ortaya konulmuştur⁹⁴⁵.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi burada birtakım sebepleri öne sürerek İmam Ebu Hanife'nin içtihatını almayıp İmameynin içtihatını tercih etmiştir. Burada da yukarıdaki düzenlemelerde olduğu gibi bir telfik ameliyesi değil mevcut içtihatlardan birinin tercihi söz konusudur. Dolayısıyla devlet otoritesi tarafından yapılan bu tercihin de İslam yasama faaliyeti kurallarına bariz bir şekilde uygun olduğu görülmektedir.

⁹³⁸ **Bilmen** (1967), C:2, s.55; **Karaman** (2016), C:1, s.316; Veli izni olmadan yapılan bu tür nikahları İmam Muhammed, veli izin verene kadar askıda geçersiz yani mevkuf olarak görmüştür. **Merginâni**, C:2, s.16; Veli izni olmadan yapılan bu tür nikahı Ebu Yusuf başlarda geçersiz olarak görse de en son görüşüne göre sahih kabul etmektedir. **Serahsi**, C:5, s.15.

⁹³⁹ **Bilmen** (1967), C:2, s.57-58.

⁹⁴⁰ **Bilmen** (1967), C:2, s.55.

⁹⁴¹ Burada Ebu Hanife; kadının emsal mehirden daha düşüğüne evlenmekle velilere zarar verdiğini ve tıpkı dengi olmayan birisi ile evlenmesi halinde olduğu gibi burada da velinin itiraz hakkının olduğunu söylemektedir. **Serahsi**, C:5, s.21.

⁹⁴² **Serahsi**, C:5, s.20.

⁹⁴³ Türk Pozitif hukukunda mehrin hukuki mahiyeti hakkında yapılan bir çalışma için bkz. **Kılınç, Ayşe Nur / Kılınç, Ahmet** (2019) 'Mehr'in Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliği', İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:10, S:1, s.103-118.

⁹⁴⁴ **Çeker**, s.86.

⁹⁴⁵ **Durgun**, s.288.

5.2.12. Kinayeli Boşamada Her Halde Kocanın Niyetinin Esas Alınması

İslam hukukuna göre boşama işlemi sarîh sözcüklerle olabileceği gibi kinayeli sözcüklerle de olabilmektedir. Sarîh sözcüklerle talak, boşama iradesi açıkça anlaşılan ve örfe bu anlamda kullanılan sözlerle olur ve böyle bir boşamada kocanın niyeti veya halin delaleti (karine) araştırmasına gerek kalmaz⁹⁴⁶. Ancak kinayeli lafızlar, hem boşama hem de başka anlamlara gelebileceğinden kocanın iradesinin açığa çıkarılması gerekmektedir. Hanefî mezhebine göre her ne kadar kinayeli lafız kullanılmış olsa da bazı hallerde kocaya kullandığı lafızla boşamayı kast edip etmediği sorulmadan durumun açık hali gereği boşamaya hükmedilir⁹⁴⁷. Şafîî mezhebinde kinayeli lafızlarla boşamada karinelere hareket edilmeyip her halde kocanın niyeti esas alınır. Kocanın boşama niyeti yoksa talak gerçekleşmez⁹⁴⁸.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi 109. maddesinde “*Talâk elfâz-ı sarîha ile vâki olur. Müteâref olan elfâz-ı kineviyye dahi sarîh hükmündedir. Âmma müteâref olmayan elfâz-ı kineviyye ile talâkın vukûu ancak zevcin niyyetine mütevakkıftır. Zevcin talâka niyet edip etmediği hakkında tarafeyn ihtilâf etseler zevc yeminiyle tasdik olunur.*” denmektedir. Buna göre; kinayeli lafzın kullanıldığı durumlarda talak, ancak koca boşamayı niyet etmişse gerçekleşir. Burada Kararname, Hanefî mezhebi görüşünü bırakmış Şafîîlerin görüşünü tercih etmiştir. Dolayısıyla bu hususta da haram olan telfik ameliyesi yapılmamış muteber fıkıh ekollerinin birinin görüşü tercih edilmiştir.

5.2.13. Yetkisiz Temsilci (Fuzulî) ve Mektup Aracılığıyla Nikah Akdinin Düzenlenmemesi

Hanefî mezhebinde nikah akdinin kurucu şartlarından biri icap ve kabuldür. Taraflar icap ve kabul iradelerini bir vekil aracılığı ile beyan edebilirler. Vekile akid öncesinde yetki verilebildiği gibi akid sonrasında da yetki verilebilir. Baştan nikah akdi için yetki verilmeyen

⁹⁴⁶ Acar, H. İbrahim (2010) ‘Talak’, TDVİA, C:39, s.497.

⁹⁴⁷ Hanefî mezhebine göre kişi gazap halinde iken yalnızca talaka elverişli olan ve redde ihtimali bulunmayan “iddet bekle”, “rahmini temizle” gibi tabirleri kullanırsa bu halde kişiye boşama niyeti olup olmadığı sorulmayıp kelâmın zahirinden talak anlamı tercih edilir. Koca, bunun aksini iddia etse de zahir-i hal kendisini yalanlayacağından kocanın beyanı dinlenmez. Yine Hanefî mezhebine göre kişi eşiyile müzakere halinde “iddet bekle”, “rahmini temizle” gibi akla ilk boşanmanın geleceği lafızlar ve “sen bainsin” gibi hem “nikahtan uzaksın” hem de “hayırdan berisin” anlamlarına gelen ifadeyi kullandığında da kocanın niyeti araştırılmaksızın boşamaya hükmedilir zira zahir-i hal buna işaret etmektedir. Bilmen (1967), C:2, s.185.

⁹⁴⁸ Bilmen (1967), C:2, s.190.

vekile yetkisiz temsilci (*fuzuli*) denmektedir. Taraflar fuzulinin yaptığı işlemi onaylayıncaya kadar yapılan işlem askıda geçersiz (*mevkuf*) haldedir⁹⁴⁹. Nikah akdi için veli izni gerekiyorsa fuzulinin yaptığı nikah akdini velinin onaylaması gerekir. İmamı Şafii'ye göre; fuzulinin yaptığı nikah akdi batıldır⁹⁵⁰. Hanefi mezhebine göre akdin tarafları icap-kabul iradelerini yazılı şekilde bir mektup aracılığı ile beyan edebilirler. Bir erkek kadına hitaben “*seni tezevvüç ettim*” diye bir mektup gönderse nikah akdinin meydana gelebilmesi için en az iki erkek şahit huzurunda kadının mektubu okuyup kabul iradesini açıklaması gerekmektedir⁹⁵¹.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hiçbir maddesinde Hanefi mezhebinin muteber kabul ettiği yetkisiz temsilci ve mektup aracılığıyla nikah akdi müessesesi düzenlenmemiştir. Burada bazılarına göre Kararname bu tür nikahları düzenlemeyerek fuzuli aracılığıyla yapılan nikahı geçerli saymadığını söylemektedir. Uygulama örnekleri de incelendiğinde bu tür nikahlara rastlanmaması bu görüşü güçlendirmektedir. Dolayısıyla bu konuda da devlet otoritesinin Kararname aracılığıyla Hanefi mezhebi görüşünü bıraktığı ve muteber bir mezheb olan Şafii mezhebi içtihatını yasalaştırdığı söylenebilir. Dolayısıyla bu mevzuda da Kararnamenin şer-i şerifin sınırları içerisinde kaldığı söylenebilir.

5.2.14. Evlenme İçin Asgari Yaş Sınırı Getirilmesi

İslam Fıkıh ekollerinin önde gelen dört mezhebine göre; küçükler hangi yaşta olursa olsun velileri tarafından evlendirilebilir. Ancak Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde bu yerleşik uygulamadan vazgeçilmiş, İbn Şübrüme ve Ebû Bekr el-Esam'ın görüşü kabul edilerek ergenlik çağına gelmeyen küçüklerin evlendirilmesi yasaklanmıştır⁹⁵². Osman el-Betti de bu iki âlim gibi düşünmektedir⁹⁵³. Bu alimlere göre; nikahtan maksat, nefsanî ihtiyaçları tatmin etmek ve neslin devamını sağlamaktır. Çocukluk hali ise bunlara elverişli değildir⁹⁵⁴. Ayrıca Nisa suresi 6. ayette “*evlilik çağına gelinceye kadar yetimleri (gözetip) deneyin...*” şeklinde buyrulduğunu ve şayet çocuk ergenliğe ulaşmadan önce onu evlendirmek caiz olsaydı bu ayetin bir anlamı olmayacağını zira küçüklerin cinsel ilişkiye girmesinin

⁹⁴⁹ Serahsi, C:5, s.28. Bilmen (1967), C:2, s.61.

⁹⁵⁰ Kasani, C:2, s.252.

⁹⁵¹ Bilmen (1967), C:2, s.18.

⁹⁵² Cin (1988a), s.294.

⁹⁵³ Karaman (2016), C:1, s.311. Osman el-Betti hakkında malumat için bakınız. Bedir, Murtaza (2007) ‘Osman el-Betti’, TDVİA, C:33, s.459-460.

⁹⁵⁴ Bilmen (1967), C:2, s.54.

düşünülemeyeceğini söylemişlerdir⁹⁵⁵. Din İşleri Yüksek Kurulu, günümüz şartlarında küçüklerin evlendirilmelerinde onların genelde ekonomik, biyolojik ve psikolojik açılardan kaldıramayacakları bir yükün altına sokmak olacağını ve ayrıca çocukluklarını yaşayamama, gerekli eğitimden mahrum kalma gibi birçok temel hakların ihlaline de yol açabileceği gerekçelerine bağlı olarak küçüklerin evlendirilmesinin uygun görülemeyeceğini mütalaa etmiştir⁹⁵⁶. Yaman, bazı maslahatlara binaen -ileride belirtileceği üzere- küçüklerin evlendirilebileceği hakkında var olan sahabe icmâının böyle bir nikahın cevazı yönünde olduğunu; cevaz yani mübah alanda ise devlet otoritesinin kısıtlama yetkisinin olabileceğini söylemektedir⁹⁵⁷. Bu görüşe paralel olarak Nebhan, devlet başkanının maslahat gereği, caiz olan bazı işlem ve akitleri dahi kanunen yasaklayabileceğini söylemektedir⁹⁵⁸.

Çocukların velileri tarafından evlendirebileceğini söyleyenlerin delilleri ise şöyledir: Talak suresinin 4. ayetinde⁹⁵⁹ henüz âdet görmeyenlerin iddetlerinden bahsedilmektedir. İddet ancak evlilikle söz konusu olacağından bu durum küçük kızların da nikahlanabileceğine delalet etmektedir⁹⁶⁰. Nisa suresinin 4. ve 127. ayetlerinde yetim kızların evlendirilmesinden bahsetmektedir. Buluğdan sonra yetimliğin kalmayacağı hadislerle⁹⁶¹ sabit olduğundan mezkûr ayetler henüz baliğ olmamış yetim kızların evlendirilebileceğine işaret etmektedir⁹⁶². Bundan başka Peygamberimiz, Aişe annemizle henüz altı yaşında iken evlilik akdi yapmıştır⁹⁶³. Ayrıca birçok sahabe küçük yaşta olan kızlarını velayet haklarını kullanarak nikahlamıştır. Örneğin Hz. Ali, küçük kızı Ümmü Gülsüm'ü Hz. Ömer ile; Abdullah İbn Ömer, küçük kızını Urve b. Zübeyr ile; Urve b.

⁹⁵⁵ **Karaman** (2016), C:1, s.311; **Serahsi**, C:4, s.396; Çocukların evlendirilemeyeceğine dair diğer deliller için bakınız. **Yaman, Ahmet** (2019) 'Doktrin ve Olgu Bağlamında Küçüklerin Evlendirilmesi', Eskiye, S:38, s.21,22.

⁹⁵⁶ Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu; <https://kurul.diyanet.gov.tr/Cevap-Ara/4372/kucuklerin-evlendirilmesi?enc=QisAbR4bAkZg1HlmMxXRn2t8ij%2beDtMkJdRGirgyeb8%3d>

⁹⁵⁷ **Yaman** (2019), s.28.

⁹⁵⁸ **En-Nebhân**, s.148-149.

⁹⁵⁹ "Kadınlarınızdan âdetten kesilmiş olanlar ile âdet görmeyenler hakkında tereddüt ederseniz onların bekleme süresi üç aydır..." Talak/4.

⁹⁶⁰ **Serahsi**, C:4, s.396; Talak Suresi 4. Ayete atıf yaparak çocuk evliliğini destekleyen fakihlerin zorlama yorumunda bulunmaktadır. **Tan, Oğuzhan** (2018) 'İslam Hukukunda Çocukluk ve Çocuk Evliliği', Cumhuriyet İlahiyat Dergisi, C:22, S:2, s.783-805; Bu ayette geçen "lem" edatının "lemma" olarak değerlendirilmiş bu ise yanlıştır, Talak suresi 4. ayet Ahzab Suresi 49. ayetle birlikte düşünüldüğünde ise ayetin küçüklere değil adeti birkaç ay uzayabilen (mümteddetü't-tuhr) kadınlara işaret ettiği görülecektir. **Orum, Fatih** (2009) 'Kur'an Işığında Küçüklerin Evlendiril(eme)mesi Meselesi', İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:19, s.149.

⁹⁶¹ "Buluğdan sonra yetimlik kalmaz." **Ebû Davûd**, 'Vesâyâ', 9.

⁹⁶² Çocukların evlendirilebileceğine dair diğer deliller için bakınız. **Yaman** (2019), s.19-21.

⁹⁶³ **Serahsi**, C:4, s.396. "Aişe validemizin küçük yaşta evlendirilmiş olduğunu kabul edenler en azından bu evliliğin evlilikle ilgili âyetlerin inmesinden önce gerçekleştiğini dikkate almalıydılar." **Orum**, s.158.

Zübeyr ise erkek kardeşinin kızıyla kız kardeşinin oğlunu her ikisi küçük haldeyken nikahlamıştır⁹⁶⁴.

Çocukların evlendirilebileceğini söyleyenler yukarıdaki delillere ek olarak şunları da söylemektedir: Çocuklarının yararını düşünmek vazifesi olan veli, evlendirmede mühim maslahat gördüğünde çocuklarını evlendirmeyi tercih edebilir. Evlilik tarafların ancak denkliğinde mümkün olabilir. Denklik ise kolay bulunan bir durum olmadığından veli çocuğuna denk birini bulduğunda çocuğunu evlendirebilir⁹⁶⁵. Kaldı ki; babası veya dedesi dışında bir veli tarafından evlendirilen çocuk buluğa erince bu evlilikten razı olmazsa fesih davası açabilir⁹⁶⁶. Çocuğun bu hakkına “*hıyar-ı buluğ*” ya da “*hıyar-ı idrak*” ismi verilmektedir⁹⁶⁷. Ayrıca; baba ve dede dışındaki veliler, mehri misli olmadan veya çocuğu dengi dışında biriyle evlendirirse nikah asla sahih olmayacaktır⁹⁶⁸.

Küçüklerin nikahlandırılmasını caiz görmeyen alimlere bakıldığında İslam hukuk tarihinde muteber şahsiyetler olduğu görülmektedir. Örneğin; Basra Mutezilesine bağlı olmasına rağmen yer yer mutezile fikirlerinden ayrılıp ehli sünnet görüşlerini tercih eden Ebû Bekr el-Esam, özellikle kalam ve fıkıh alanında kendine has düşünceleriyle meşhur olan bir alimdir⁹⁶⁹. Bazı kaynaklar bu âlimin zamanının fıkıh en iyi bilen fakihisi olarak göstermektedir⁹⁷⁰. Ebu Hanife ile aynı dönemde yaşayan Kufe’nin büyük fakihlerinden olan İbn Şübrüme de Ebû Bekr el-Esam ve Osman el-Betti gibi buluğdan önce hem sağır hem de sağirenin evlenmesini yasaklayan az sayıdaki fakihlerdendir⁹⁷¹.

İbn Şübrüme, İslam ilim merkezlerinin önde gelen fakihlerini niteleyen “*Fukahâü’l-Emsâr*” arasında zikredilen müçtehit imamlardan biridir⁹⁷². İctihat derecesinde birikime sahip olan İbn Şübrüme’nin fıkıh bilgisini, Hammad b. Zeyd, Süfyan es-Sevri gibi alimler

⁹⁶⁴ **Bilmen** (1967), C:2, s.54; **Serahsi**, C:4, s.396.

⁹⁶⁵ **Serahsi**, C:4, s.397; **Bilmen** (1967), C:2, s.55.

⁹⁶⁶ **Karaman** (2016), C:1, s.335.

⁹⁶⁷ Ancak çocuğu evlendiren veli, suihal ile tanınmayan baba veya dedesi ise çocuğun hıyar-ı buluğ hakkı olmayacaktır. *Türk Hukuk Lügati*, s.126.

⁹⁶⁸ **Bilmen** (1967), C:2, s.50.

⁹⁶⁹ **Yavuz, Yusuf Şevki** (1995) ‘Esam Ebu Bekir’, TDVİA, C:11, s.353-355.

⁹⁷⁰ **İbnü’l-Murtazâ** (1316), *El-Münye Ve’l-Emel*, (Neşreden: T. W. Arnold), Haydarâbâd, s.33. Akt: **Yavuz**, s.353-355.

⁹⁷¹ **Muhammed Reşid b. Ali Rıza**, *Mecelletü’l-Menar*, C:25, s.125. <https://app.turath.io/book/6947> s.e.t:20.05.2022; **Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî** (1405a) *Ahkâmü’l-Kur’ân*, (Muhakkik: Muhammed Sadık Kamhavi), C:2, Beyrut, Dâr İhyâü’t-Türâsi’l-Arabî, s.346; **Tahâvî, Ebû Ca’fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacrî el-Mısırî** (1417) *Muhtasaru İhtilafî’l-Ulema*, (Muhakkik: Abdullah Nezir Ahmed), C:5, 2. Baskı, Beyrut, Daru’l-Beşairi’l-İslamiye, s.257; **Kurtubî**, C:3, s.34.

⁹⁷² **Özen, Şükrü** (2020) *Tarihte Müslümanlar* (Editör: Mehmet Özdemir), Ankara, Otto Yayınları, s.361-363.

övmüşlerdir.⁹⁷³ İbn Şübrüme, ihtilafü'l-fukaha türü kitaplarda görüşlerine yer verilen önemli müçtehit alimlerden olmasına rağmen fıkhi tercihleri etrafında bir mezhep oluşmamıştır⁹⁷⁴. İctihatlarında sosyal gerçekliğe önem veren İbn Şübrüme, küçükler üzerindeki velayetin onların menfaatini muhafaza etmek gayesiyle var olduğunu bu nedenle buluğa ermemiş çocuklar üzerinde böyle bir fayda olmadığı için evlendirilemeyeceğini söylemiştir.⁹⁷⁵

Kararnamenin yedinci maddesinde; “12 yaşını itmam etmemiş olan sağır ile 9 yaşını itmam etmemiş olan sağire hiçbir kimse tarafından tezviç edilemez.” denilmek suretiyle evlenme yaşı -Mecelle'nin 986. maddesinde⁹⁷⁶ ergenliğin alt sınırı kabul edilen- erkeklerde on iki; kızlarda dokuz olarak belirlenmiş ve bu yaşları tamamlamamış çocukların hiç kimse tarafından evlendirilemeyeceği belirtilmiştir⁹⁷⁷. Kararnamenin esbab-ı mûcibe layihasında aile hayatında görülen bazı problemlerin sebeplerinin bu küçük yaşta yapılan evlilikler olduğuna işaret edilmekte ve bu nedenden dolayı bu tür evliliklerin engellendiği söylenmektedir⁹⁷⁸. Kararnamenin yürürlükte olduğu dönemde tutulan Antalya münakahat ve müfarekat sicil defterinde kayıtlı olan evliliklere bakıldığında evlenen kişilerden bakire olanların yaş ortalaması 21'5 iken dulların yaş ortalaması 27 olup hiç 16 yaşından aşağıda evlenen kimselere rastlanmamıştır⁹⁷⁹.

Sadreddin Efendi, bu hükmü tercih eden Ebû Bekr el-Esam'ın komisyonun zannettiği gibi bir müçtehit olmadığını ayrıca mezkûr hükmün İbn Şübrüme'den rivayetinin *Bidayetü'l-Müctehid* kitabına göre zayıf olduğunu ve ayrıca böyle bir hükmün Kur'an nassına, mütevatir sünnete ve sahabe icmainsine aykırı olduğunu söylemektedir⁹⁸⁰. Ömer

⁹⁷³ Köse, Saffet (2013) İslam Hukukuna Giriş, 3. Baskı, İstanbul, Hikmetevi Yayınları, s.193; Süfyan es-Sevri, fakihlerimiz İbn Şübrüme ve İbn Ebi Leyla'dır demiş; Hammad b. Zeyd ise ondan daha fakih bir Kufeli görmedim demiştir. Samar, Mahmut (2020) 'İbn Şübrüme ile Ebû Hanîfe Arasındaki İhtilafın Analizi', Sosyal Bilimler Dergisi, S:4, s.119.

⁹⁷⁴ Özen, Şükrü (1999) 'İbn Şübrüme', TDVİA, C:20, s.379-381.

⁹⁷⁵ Özen (1999), s.379-381.

⁹⁷⁶ Mecelle'nin 986. maddesi: “Sinn-i bulugun mebd-i erkekte tam on iki ve kızda tam dokuz ve müntehası ikisinde dahi on beş yaştır”. Ali Haydar Efendi, s.1826.

⁹⁷⁷ 1923 tarihli Ahval-i Şahsiye Komisyonunun hazırladığı layihada; kızın da on iki yaşını doldurması öngörülmüştür. 4. madde: “On iki yaşını itmam etmemiş olan sağır ve sağire hiçbir kimse tarafından tezviç edilemez.” Akgündüz (2012a), s.1756.

⁹⁷⁸ Mezkûr esbab-ı mûcibe layihası şöyledir: “Hiçbir mekteb yüzü görmeyen ve lisânını okuyup yazmaktan kat'ı nazar, emr-i dine dâir bir kelimeye bile muttali olmayan bu türlü çocukların teşkil edegeldikleri ailelerden çoğu cenin-i mürde-zâd (ölü doğmuş cenin) gibi zıfaflarının daha ilk aylarında infisâha mahkûm olmuştur. Memleketimizde ailelerin temelsizliğini mucip olan esbattan biri de budur.” Çeker, s.76.

⁹⁷⁹ Durgun tarafından yapılan araştırmada kararnamenin 4. maddesinde belirtilen kızlarda evlenme ehliyet yaşı olan 17'in altında bir kişi; erkeklerdeki evlenme ehliyet yaşı olan 18'in altında ise 3 kişinin olduğu tespit edilmiştir. Durgun, s.297, 298.

⁹⁸⁰ Sadreddin Efendi (1918c) 'Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer'îyye Kararnâmeleri Hakkında', S:384, C:15, s.355-356.

Nasuhi Bilmen, çocukların velileri tarafından evlendirilebilmelerinin cevazı hakkında en büyük müçtehitlerin ittifak ettiğini ve buna muhalefet edenlerin ise sahabe icmainsine karşı geldiklerini söylemektedir⁹⁸¹.

Burada İbn Şübrüme'nin mezkûr içtihatının gerek senet yönünden zayıflığı ve gerekse ulemanın ittifakına ve icmaya aykırılık dolayısıyla şaz⁹⁸² bir içtihat olabileceğini akla getirmektedir. Senet yönünden incelendiğinde mezkûr görüşün İbni Rüşd'ün Bidayetü'l-Müctehid adlı kitabına dayandırılarak İbn Şübrüme'ye ait olmadığı iddiası yerinde değildir. Zira hem *Bidayetü'l-Müctehid* isimli eserde⁹⁸³ hem de pek çok kaynağın teyit ettiği şekilde mezkûr görüş İbni Şübrüme'ye aittir⁹⁸⁴. Ulemanın ittifakına aykırılık dolayısıyla şaz içtihat olduğu görüşüne gelince; İbn Şübrüme, bu görüşünde tek kalmamakta mezkûr görüş Ebu Bekr el-Esam ve Osman el-Betti gibi alimlerce de tercih edilmektedir. Kaldı ki; alimlerin çoğu aynı görüşte ittifak etse de çoğunluğun ittifak ettiği görüşün hatalı olması mümkün olduğundan⁹⁸⁵ İbni Şübrüme'nin görüşünün kesin surette meşru olmadığı iddia edilemez. Bahsi geçen içtihatın Sahabe icmainsine aykırı olduğu için şaz olduğu görüşüne gelince; gerçekten de pek çok alime göre küçüklerin velileri tarafından evlendirilebileceği ve buna karşı çıkanların ise icmaya muhalefet ettiği belirtilmektedir⁹⁸⁶. Her ne kadar farklı görüşlerin varlığı icmanın oluşmasına engel olacağını akla getirirse de burada tevatür yoluyla tespit edilen sahabe icmai kat'î bir delil olarak değerlendirilmekte ve bu tür icmaya aykırı görüşlerin küfür olduğu belirtilmektedir⁹⁸⁷. Ancak yaptığımız araştırmalarda bu konuda sahabeden sadır olan içtihatın tevatür ile sabit olduğu hususunda bir bilgiye ulaşamadık.

Kararname'nin 7. maddesinde İbn Şübrüme, Ebu Bekr el-Esam ve Osman el-Betti'nin içtihatının tercih edildiği görülmektedir. Dolayısıyla Kararname'nin diğer hükümlerinde olduğu gibi burada da; farklı içtihatların bir noktada toplanması ameliyesi olan telifikten bahsedilemez. Hukuk-ı Aile Kararnamesi incelendiğinde içtihatla açık meselelerin

⁹⁸¹ Bilmen (1967), C:2, s.55.

⁹⁸² Şaz: Kural dışı, kurala uymayan demektir. Erdoğan, s.521; Şaz içtihat, genel manada tek başına kalan içtihat demek olmakla birlikte üzerinde farklı mülahazaların olduğu bir konudur. Bir inceleme için bakınız: Güleğül, Esra / Erdem, Mehmet (2018) 'İslam Hukuk Literatüründe Şaz İctihatların Fıkhi Değeri', İlahiyat Bilimlerinde Güncel Akademik Gelişmeler, (Editör: Veli Atmaca).

⁹⁸³ Bkz. Kurtubî, C:3, s.34.

⁹⁸⁴ Bkz. Heyet, (2012) Mevsuatü'l-İcmai Fi'l-Fıkhi'l-İslami, C:3, Darü'l-Fazileti li'n-Neşri ve't-Tevzi'i, s.147.

⁹⁸⁵ Güleğül / Erdem, s.32.

⁹⁸⁶ İbn Manzur, Cevri, İbn Abdu'l-Berr, İbn Rüşd, Nevevi, İbn Hacer gibi alimler küçüğün velisi tarafından evlendirilebileceği hususunda icma olduğunu söylemektedir. Bakınız. Mevsuatü'l-İcmai Fi'l-Fıkhi'l-İslami, s.144-146.

⁹⁸⁷ Güleğül / Erdem, s.37.

tanziminde sadece bu maddede birtakım yaşanan sosyal problemlere binaen İslam hukukunun klasik dört mezhebi imamlarının içtihatları dışına çıkıldığı görülmektedir⁹⁸⁸. Burada İslam hukukunun yerleşik bir uygulamasının yasaklanmasıyla şer'i hukukun zorlandığı görülmektedir. Ancak; muhalefet edilen sahabe icmainın sübutunun tevatür seviyesine ulaşıldığının tespit edilememesi ve mezkûr görüşün İbn Şübrüme gibi güçlü bir müçtehit tarafından sadır olması ve ayrıca Yaman ve Nebhan'ın belirttiği üzere; cevaz alanın kamu otoritesi tarafından sınırlandırılabilceği görüşü Kararname'nin 7. maddesinin bir meşruluk zeminine sahip olduğunu göstermektedir.

Ayrıca Kanunlaştırma döneminin özelliklerinden birisi de toplumun içinde bulunduğu koşullara uygun hukuk kuralları oluşturmak idi. Sosyal, ekonomik, hukuki birçok neden hukukta nispeten köklü değişiklik yapılmasını gerekli kılmış idi. Bu değişiklik ihtiyacı, İslam hukukçularının içtihatları ile de sağlanabilmiştir. Bu nedenle İbn Şübrüme'nin içtihadından yararlanma yönteminin dönemin kanunlaştırma anlayışıyla da uyumlu bir tavır olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak; ikinci tür yasama usulü izlenerek oluşturulan Kararname hükümlerinin İslam hukuku kurallarını uygun olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum aynı zamanda Osmanlı Devleti'nde Hukuk-ı Aile Kararnamesi oluşturulurken ikinci tür yasama faaliyetinin şer-i şerife uygun bir şekilde kullanıldığını göstermektedir.

5.3. Üçüncü Tür Yasama Faaliyetinin Şer-i Şerife Uygunluğu

Yetkili yasama organı olan ülülemr, İslâm hukukunun boşluk bıraktığı hususlarda İslâm hukukuna aykırı olmamak üzere hukuk kuralı koyabilir. Tezin ilk bölümünde örfi hukuk kurallarının hakkında içtihat yapılmayan daha çok devlet otoritesine bırakılan alanla ilgili olduğu görülmüştü. Dolayısıyla buradaki kuralların da örfi hukuku temsil ettiği söylenebilir.

İslam hukukçuları içtihatlarıyla evlenme ve boşanma ile ilgili mevzuları detaylı olarak ele aldığından bu alanda içerik anlamında bir boşluğun varlığından bahsetmek pek mümkün gözükmemektedir. İslam Aile hukuku her ne kadar sıkı bir şekilde müçtehitler

⁹⁸⁸ Batıcı mütefekkirlerden biri olan Celal Nuri, her ileri ve medeni memleketlerde olduğu gibi bizde de evlilik yaşı için asgari bir sınır konulması gerektiğini savunmakta idi. Dolayısıyla Kararnamenin bu mevzuda Celal Nuri'nin görüşleri paralelinde bir düzenleme yaptığı söylenebilir. **Celal Nuri** (1331a), s.166.

aracılığıyla oluşturulsa da aile hukukunun düzenli bir şekilde işlenmesini temin etmek ve uygulamada ortaya çıkan sıkıntılara çözüm bulmak amacıyla Osmanlı Devleti bu alanda birtakım örfi düzenlemeler yapmıştır⁹⁸⁹.

Örneğin nikahların gelişigüzel yapılmasının önüne geçmek ve aile kuruluşunda İslam hukuk kurallarının uygulanmasını temin etmek amacıyla Klasik devirde nikahların mahkemelerde kadılar tarafından⁹⁹⁰ ya da kadıların verdiği izinname ile mahalle imamları tarafından kısılması kuralı getirilmişti⁹⁹¹. Bu usul Tanzimat devrinde de devam etmişti. 1881 tarihli Sicil-i Nüfus Nizamnamesi 23. maddesinde; Müslümanlar arasındaki nikahlar için kadılar, gayrimüslimler arasındaki nikahlar içinse ruhani reislerden izinname alınması ve nikah akdinden itibaren 8 gün içerisinde nikahı akdeden imam veya ruhani reisin nikahın akdedildiğine dair nüfus idaresine bir ilmühaber vermesi gerekmektedir⁹⁹². Sicil-i Nüfus Nizamnamesi yerine kaim olan 1900 tarihli nizamnamenin 36. maddesine göre; boşanma meydana geldiğinde ise mahalle imam veya ruhani reisinin 15 gün içerisinde nüfus idaresine ilmühaber ile bildirmesi gerekmekte, 15 gün içinde bildirilmezse imam ve ruhani reislerden para cezası olarak yarım altın alınacaktı⁹⁹³. Bu usul 1902 yılında tadil edilen Sicil Nizamnamesinde de devam etmişti (madde 33 ve 36)⁹⁹⁴. 1913 yılında Ceza kanununa bir madde eklenerek izinnamesiz nikah akdedenler hakkında 3 aydan 2 seneye kadar hapis cezası, nikahlı bir kadınla evlenen ve bu nikahı kıyan kimselere ise 6 aydan 3 seneye kadar hapis cezası öngörülmüştü (madde 200)⁹⁹⁵. Burada devlet otoritesinin evlenme ve boşanma işlemlerini kontrol altına alarak birtakım maduriyetlerin önüne geçmek istediği görülmektedir. Kanunda belirtilen hususların ihlali halinde birtakım cezalar öngörülse de şer-i şerife uygun akdedilen nikah veya boşama işlemleri şer'an geçerli kabul edilmekteydi.

⁹⁸⁹ Aydın (2020), s.96; Aydın (2018), s.60.

⁹⁹⁰ 1543 Tarihli bir fermanla “... bundan sonra nisadan bakire ve seyyibelerin yakın akrabaları ve kadı marifeti olmadan emr-i şerife muhalif kimse nikahlamaya...” denilmiştir. Kurt, Abdurrahman (2013) Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi (1839-1876), 2. Baskı, Ankara, Sentez Yayıncılık, s.43.

⁹⁹¹ Bunlar, kadıların sürekli gelir kaynaklarından birisi nikah kıyarken veya izinname verirken aldıkları harçlardır. Örneğin Fatihe ait bir Kanunnamenin 49. maddesinde “Kudat ... nikahtan bıkır ise otuz iki akçe, seyyibe ise on beş akçe alalar” denmiştir. İmamların bölgenin en önemli adli ve idari yetkilisi olan kadıyı önemsemeden ve kadıların önemli gelir elde etmesine yarayan izinnamesiz nikah kıyması düşünülemez. Aydın (2018), s.71.

⁹⁹² Bildirim yükümlülüğü sonradan yapılan değişiklikle nikah akdinden itibaren 8 günden 15 güne çıkarılmıştır (madde 33). Düstur, I. Tertip, C:7, s.441

⁹⁹³ Düstur, I. Tertip, C:7, s.442.

⁹⁹⁴ Düstur, I. Tertip, C:7, s.872, 873.

⁹⁹⁵ Düstur, II. Tertip, C:5, s.629.

Osmanlı Devleti'nde geçmişte kullanılan mezkûr usul Hukuk-ı Aile Kararnamesi hükümlerinde de rastlanmaktadır. Bu tür ile ilgili aşağıdaki hükümler örnek verilebilir.

5.3.1. Nikah Akdinin Özel İzinname ile Resmi Görevli Huzurunda Yapılması ve Tescil Edilmesi

Madde 37: “*Esna-yı akidde hâtip ve mahtûbeden birinin ikâmetgâhı bulunan kazâ hâkimi veya bunun izinnâme-i mahsus ile me’zun kıldığı nâib hazır bulunup akidnâme-yi tanzim ve tescil eder.*” Kararname’nin bu maddesine göre; akid esnasında nişanlılardan birinin ikametgahında bulunan kaza hâkimi veya naibin hazır bulunup akdi düzenlemesi ve tescil etmesi gerekmektedir. Kararname gerekçesinde; iki şahit huzurunda bizzat karı ve koca arasında kıyılan nikahın İslam hukukuna göre geçerli olduğu ancak bu tür intizamsız nikahlar neticesinde birçok yolsuzluklar meydana geldiği belirtilmiştir. Yine gerekçe; getirilen tescil usulü ile, nikah akdinin tevsiki, tarafların zina töhmetinden kurtarılması, ehil bir kişi tarafından nikah akitnâmesinin tanzim ve tescil edilmesiyle akdin varlığı, mehrin miktarı ve buna benzer birçok meselede zuhur edebilecek ihtilafların engellenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir⁹⁹⁶. Kararname, tescil usulünü gayrimüslimlerin nikah akidlerinde de aramaktaydı (madde 40-44).

Sadreddin Efendi, kızın velisi dururken izinname almak için hâkim huzuruna çıkarılmasının milli ahlaka ve islami adaba uygun olmadığını belirtmiştir⁹⁹⁷. Ahmed Şirani de Müslüman kadınların haya ve terbiyesinin resmi bir makamın huzuruna çıkarılıp nikahının kıyılmasına müsaade etmeyeceğini söylemiştir⁹⁹⁸. Hukuk-ı Aile Kararnamesinin mahkemelerde nasıl tatbik edildiğine bakıldığında mezkûr yazarların endişelerinin yerinde olmadığı görülmektedir. Zira yapılan bir araştırmada Antalya’da Kararnamede belirtilen tescil usulüyle yapılan 359 nikahtan sadece 4’üne kadınların bizzat katıldığı çoğuna ise kadınların bizzat katılmadığı ve nikah esnasında bir vekil tarafından temsil edildikleri belirtilmektedir⁹⁹⁹. Örneğin¹⁰⁰⁰ Antalya’da gerçekleşen bir nikah esnasında kızın değil müvekkilinin hazır bulunduğunu görülmektedir. Nikah akdinde; Saadet Hanım’ın vekili olarak

⁹⁹⁶ Çeker, s.84-85.

⁹⁹⁷ Sadreddin Efendi (1918b) ‘Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer’iyye Kararnâmeleri Hakkında’, S:383, C:15, s.338.

⁹⁹⁸ Ahmed Şirânî, s.420.

⁹⁹⁹ Durgun, s.289.

¹⁰⁰⁰ COA. MŞH. ŞSC. d., 1215, 16/36, s.8.

Antalya Sultani müdürü Fikri Efendi bulunmakta idi. Fikri efendi müvekkilini belirlenen miktarda mehir ile Nazif Efendi'ye tevziç ettiğini damadın vekili olarak Ali Haydar Efendi de gelini kendisine verilen vekalet ile tezevvüç ve tenaküh ve kabul eylediğini belirtmekteydi. Bu nikah izinname-i mahsus ile yetkilendirilen Antalya Müderrisi Hacı Hüseyin Hüsnü Efendi huzurunda tescil edilmişti. Kaldı ki aynı araştırmada Kararname hükümlerine göre Antalyada kıyılan 359 nikahın sadece 12'si Mahkeme-i şer'iyye odasında kıyılmış 155 tanesi gelinin hanesinde diğerlerinin ise genelde camilerde kıyıldığı görülmektedir¹⁰⁰¹. Ancak o dönemdeki Antalya'da resmi olarak yapılan nikah akidlerinin çoğunun şehirli kimselerin nikahı olması köylü kimselerin şehirliyle göre resmi nikaha daha az rağbet ettiğini göstermektedir¹⁰⁰². Bu da izinname almak yoluyla tatbik edilen tescil usulünün kırsal kesimde uygulanmasının zorluğunu göstermektedir.

Kararnamede geçen nikah esnasında izinname-i mahsus ile görevlendirilen bir naibin hazır bulunması ve nikah akdini tescil edeceğinden bahsedilmektedir. Yukarıda bahsi geçen araştırmaya göre Kararnamenin yürürlükte olduğu süre zarfında Antalyada kıyılan ve tescil edilen 359 nikahın çoğunda imamlar, geriye kalan nikahların; 66'sında Antalya Müderrisi Hacı Hüseyin Hüsnü Efendi, 32'sinde Şer'iyye Mahkemesinin başkatibi Yusuf Behcet Efendi'nin, 21'inde nüfus katibi Ahmed Efendi'nin, 18'inde Mahkeme-i Şer'iyye Zabıt Katibi Yahya Efendi'nin görevli olduğu görülmektedir¹⁰⁰³. Örneğin resmi görevli olarak bir imamın tayin edildiği bir nikah akdinin kaydedildiği sicil kaydı şöyledir: *"Akidnâme-i âti'l-beyânın mahallinde zabt ve tanzîmi için bâ izinnâme cânib-i şer'den me'zûnen mürsel Takyeci Mustafa mahallesi imâmı Mehmed Cemal Efendi ibni Abdülaziz Efendi Arab Mescidi mahallesinde Hacı Hasan oğlu Hafız İbrahim menziline varup zîrde isimleri muharrer kesân hâzır oldukları hâlde akd-i meclis eylediğinde..."*¹⁰⁰⁴

Kararnamenin 37. maddesi ile birtakım zararların engellenmesi ve bazı faydaların elde edilmesi hedeflenmekte idi¹⁰⁰⁵. Ayrıca 37. maddeye uygun yapılmayan evlilikler icap-

¹⁰⁰¹ **Durgun**, s.295; Yapılan başka bir araştırmada bu durumu teyit etmektedir. Bu çalışmaya göre incelenen 46 evliliğin 39'unda nikah yeri belirtilmiş, belirtilen nikah yerlerinden 16'sı kızın, 8'i damadın, 4'ü Antalya Mahkemesinde 4'ü de camiide kıyılmıştır. Bingöl, s.62-68.

¹⁰⁰² Bu araştırmaya göre Kararnamenin yürürlükte olduğu süreçte münakehat ve müfarekat defterine kaydedilen nikahların %64 şehirde oturanlardan iken %24'ü köylülerdendir. **Durgun**, 294.

¹⁰⁰³ **Durgun**, s.287.

¹⁰⁰⁴ 77 Numaralı Şer'iyye Sicil Defteri, Sicil Numarası 16/15, 7 Cemaziyelevvel 1336 /18 Şubat 1918. Akt: **Demirci**, s.30-31.

¹⁰⁰⁵ Şakir Ansay, Hz. Peygamber'in *"Bu nikahı ilan edin, onu (topluma açık olan) mescitlerde yapın..."* (**Tirmizi**, Nikâh, 6) hadis-i şerifinin işaret ettiği üzere nikahların aleni olması gerektiğini zira aleni olmayan nikahlarda yalan şahitlerle gerçekte olmayan evlenmelerin uydurulabileceğini bu nedenle neseb, mehir, nafaka

kabul ve iki şahidin varlığı halinde kanuna aykırı olsa da şer'an geçerli kabul edilmektedir. Dolayısıyla birtakım maslahatlara binaen oluşturulan ve şer'î hakları ortadan kaldırmayan bu kanun maddesinin kanaatimizce meşru sınırlar içersinde kaldığı söylenebilir.

5.3.2. Boşama Kararının Hâkime Bildirilmesi ve Tescil Edilmesi

Madde 110: “Zevcesini tatlîk eden zevc keyfiyeti hâkime beyan etmeye mecburdur.”

Bu madde ile boşanan taraflara belirli bir süre içinde boşanma kararlarını mahkemeye bildirme yükümlülüğü getirilmiştir¹⁰⁰⁶.

Madde: 131: “Mevadd-ı sâlife mücebince tefrike dair sâdır olan hüküm talâk-ı bâini tazammun eder ve keyfiyet ale'l-usul tescîl edilir.”

Bu maddede ise önceki maddeler mucebince tefrike dair sâdır olan hükmün talak-ı baini içereceği ve bu durumun tescil edileceği düzenlenmiştir. Hem 110 hem de 131. maddede getirilen boşamanın tescili işlemi ile gerek boşama işleminin ispatı gerek boşama neticesinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin tayini açısından birtakım faydaların gözetildiği söylenebilir. Kararname'nin yürürlükte olduğu süreçte 14 aylık kayıtları içeren Antalya münakehat ve müfarekat defterinde kayıtlı 338 evlilikten 10 tanesi boşama ile sonuçlanmış ve bu boşmadan kaynaklı mehir, nafaka ve iddetle ilgili haklar aynı yere kaydedilmişti¹⁰⁰⁷. Örneğin; bir olayda Ahmet mahkemeye gelip karısı Hasibe Hatun'u talak-ı selase yani aynı anda üç kez boşadığını beyan etmişti. Boşama işlemi 19 Mayıs 1918 tarihinde Rüştü Efendi huzurunda mahkemede kayıt ve tescil edilmiş ve akabinde nüfusa kaydolunması istenmişti¹⁰⁰⁸. Başka bir örnekte ise 3 Nisan 1918 tarihinde Mustafa Onbaşı ile evlenen Fatma Hatun, kocasının kendisini 6 ay önce şahitler huzurunda üç talak ile

ve miras gibi birtakım hakların ortadan kalkabileceğini söylemektedir. Bu nedenle de bu tür yolsuzluk ve kötü yolları kapamak için evlenmelerin resmi kayıt altına alınmasının olmazsa olmaz bir usul olduğunu belirtmektedir. **Ansay, Sabri Şakir** (1952a) 'Aile Hukuku', Ankara İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:2-3, s.22.

¹⁰⁰⁶ Avrupa'dan getirilen bu tescil usulünün İslam hukukunda gereksiz olduğuna işaret eden Sadreddin Efendi; eşini boşayan kocanın bu durumu hâkime bildirmesi yükümlülüğünde; dava-yı sahiha vuku bulmadıkça şer'an hiçbir mecburiyetin olmaması gerektiğini söylemektedir. **Sadreddin Efendi** (1919b) 'Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer'îyye Kararnâmeleri Hakkında', S:403, C:16, s.115.

¹⁰⁰⁷ **Durgun**, s.310.

¹⁰⁰⁸ Antalya Şer'îyye Sicilleri, 68/49-99. Akt. **Bingöl**, s.93.

boşadığını iddia etmiş ve mahkemeye çağrılan Mustafa'nın olayı ikrar etmesi üzerine 5 Nisan 1919 tarihinde boşanma işlemi müfarekat defterine kaydolunmuştu¹⁰⁰⁹.

Boşamanın tescilinde de nikahın tescili usulünde (m.37) olduğu gibi talak tescil edilse de geçerli olacak idi. Dolayısıyla burada da şer'i hukuku ortadan kaldırıcı veya sınırlandırıcı bir durumdan bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla burada icra edilen yasama faaliyetinin şer-i şerife aykırı olduğu söylenemez.

Evliliği veya boşanmayı Kararname'de belirtildiği şekilde usulüne uygun yapmayan ve tescil ettirmeyenlerin nikahları ve talakları şer'an geçerli idi. Ancak tescil usulüne uygun davranmayanlar hakkında Ceza Kanunnamesinde birtakım cezalar düzenlenmiştir. Buna göre nikah akdinin tertibinde usule uymayan koca ve varsa taraf vekillerine 1 aydan 6 aya, şahitlere 1 haftadan 1 aya, karısını boşayıp on beş gün¹⁰¹⁰ içerisinde durumu hâkime bildirmeyen kocanın 1 haftadan 1 aya kadar hapsedileceği hükmü getirilmiştir¹⁰¹¹. Osmanlı Devleti'nde hem Kararname hem de Ceza Kanunu'nda tertip edilen bu sistem evlenme ve boşanma usulünün dönemin ihtiyaçlarına binaen devlet başkanına tanınan sınırlı yasama faaliyeti ile şer-i şerife aykırılık oluşturulmadan düzenlendiğini göstermektedir¹⁰¹².

5.3.3. Nikahın Keyfiyetinin İlan Edilmesi

İslam hukukunda; karı ve koca için bazı hak ve görevlerin kaynağı olması ve eşler arasındaki ilişkinin meşru olabilmesi için evlenme akdinin gizli kalmayıp topluma ilan edilmesi gerekli görülmüştür¹⁰¹³. Hanefilere göre nikah esnasında iki erkek mükellef şahidin

¹⁰⁰⁹ “Mezbura Fatıma Hatun Mahkeme-i Şer’iyye’ye ba-istida müracaatla mütezevvici merkum Musatafa Onbaşı kendisini tarih-i ilamdı altı mah mukaddem mahzar-ı şuhudda talak-ı selase ile tatlik eylediğini bi’l-müzekkire celb olunan merkum Mustafa Onbaşı muvacehesinde iddia ve tâyia infırar etmekle mezbure Fatıma Hatuna tarih-i ilan olan 5 Nisan 1335 tarihinden altı mah mukaddem talak-ı selase ile mutallaka olduğu cihetle olbabda ikrarı, sicilin 331’inci sahıfesi 277/160 numarasına? kayd ve tescil olunmuştur” COA. MŞH. ŞSC. d., 1215, 8/28, s.5.

¹⁰¹⁰ Sadreddin Efendi, Ceza Kanununda düzenlenen on beş gün içerisinde bildirim yükümlülüğün az olduğunu en azından iddetin bitmesine kadar beklenmesi gerektiğini söylemektedir. Sonradan yapılan bir düzenleme ile ric’i talak ile yapılan boşamalarda “on beş gün” olan bildirim süresi “iddet müddeti” olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklikten memnun olan Sadreddin Efendi; bir bain talak ile boşanan eşlerin de ric’i talakta olduğu gibi nikahlarını yenilemeleri ile evliliğe tekrar dönebileceğini dolayısıyla tıpkı ric’i talakta olduğu gibi boşamadan sonra bildirim yükümlülüğü süresinin on beş gün değil iddet müddeti olması gerektiğini söylemektedir. **Sadreddin Efendi**, S:403, s.115.

¹⁰¹¹ Kanunu Cezanın 200. maddesinin 19 Rebiu’l-ahir 1332 Tarihli Zeyl-i Sanisinin Muaddil Kararname, Madde 1. Akt. **Çeker**, s.14 ve 104.

¹⁰¹² **Aydın** (2018), s.194.

¹⁰¹³ **Atar** (2007), s.116.

hazır bulunması ilan için yeterlidir¹⁰¹⁴. Malikilere göre nikahın aleni bir şekilde akdedilmesi mendup olup cinsel birliktelikten önce ilanı ise nikahın şartlarındandır¹⁰¹⁵.

Hukuk-ı Aile Kararnamesinin 34. maddesinde “*Âkd-i nikâh esnasında mükellef iki şahidin huzuru, nikâhın sıhhatında şarttır...*” demek suretiyle nikahın sıhhat şartı olarak iki şahidin olması gerekli sayılarak Hanefi mezhebi görüşü tercih olunmuştur. Kararname’nin 33. maddesinde ise; “*Âkd-i nikâhın icrasından evvel keyfiyyet ilan olunur*” denmiştir. Bu hükümle şer-i şerifin istediği nikahın aleniliğini kuvvetlendirilmesi ve evlenme engeli gibi bazı ortaya çıkabilecek olumsuz durumların önüne geçilmesi hedeflenmiştir¹⁰¹⁶. Zira mezkûr maddenin gerekçesinde; nikah akdi öncesinde yapılan ilanın evlenen kişilerin evliçe rızalarını izhar etmesi neticesinde ilanın nikah akdinden meydana gelebilecek fenalıkların önünü almak gibi pek çok yararı olduğundan bu nedenle 33. maddede böyle bir düzenleme yapıldığından bahsedilmektedir¹⁰¹⁷.

Kararnamenin 33. maddesinde “*ilan*” lafzıyla kastedilen; nikahın gerçekleştiğinin ilanı değil; nikah öncesinde nikahın nasıl, nerede, ne zaman olacağı gibi özelliklerinin ilan edilmesidir. Zira nikah henüz akdedilmemiştir. Dolayısıyla Kararnamenin düzenlediği bu mevzuda; hem Hanefi hem de Maliki mezhebi görüşünün telif yapılarak birleştirildiği yorumunu yapmak yerinde olmayacaktır. Kanaatimizce burada olan şer-i şerifin şart koştuğu nikahın aleniyetinin bir örfi hukuk kuralı ile güçlendirilmesidir. Bu örfi hukuk kuralı ise şer-i şerife aykırı değil tam tersi onun destekleyicisidir. Bu nedenle devlet otoritesinin yasama faaliyeti icra ederken, 33. maddenin tanziminde şer’i sınırları aştığı söylemek doğru olmayacaktır.

5.3.4. Başlık ve Kalın Parası Usulünün Yasaklanması

Madde 90: “*Bir kızı tezvîc veya teslim için ebeveyn veya akrabasının zevcden akçe ve eşya-yı saire almaları memnudur.*” Burada eski Türk geleneğinin bir örneği olan ve İslam hukukunda yeri olmayan “başlık” ve “kalın” parası olarak değerlendirebilecek¹⁰¹⁸ kocadan düğün karşılığında alınan para ve mallar yasaklanmıştır. Bu düzenlemenin şer-i şerife aykırı

¹⁰¹⁴ Atar (2007), s.116; Hanefilere göre nikah akdi sırasında hür, âkil, balığ vb. şer’i sıfatları haiz en az iki şahidin bulunması şart olup nikahın ilanı ise sünnettir. Bilmen (1967), C:2, s.13, 28.

¹⁰¹⁵ Sahnûn, C:2, s.128-129; Bilmen (1967), C:2, s.13.

¹⁰¹⁶ Cin / Akgündüz, s.492.

¹⁰¹⁷ Çeker, s.82.

¹⁰¹⁸ Aydın (2018), s.183.

olduğu söylenemez. Bilakis şer'i bir müessese olan mehrin önüne geçme potansiyeli olan uygulamaları önleyeceğinden bu maddenin şer'i hukuka hizmet ettiği söylenebilir.

5.3.5. Gayrimüslimlerin Hukukunun Tanzim Edilmesi

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Osmanlı vatandaşı olan gayrimüslimlerin aile hukukuyla ilgili bir kısım hükümleri resmi şekilde düzenlemiştir. Yukarıda da bahsi geçtiği üzere Kararname'deki 157 maddeden 13'ü yalnız Musevilere, 27'si yalnız Hristiyanlara ve 5 madde ise ortaklaşa her iki dini cemaate ait konuları düzenlemiştir.

Bu uygulama ikinci bölümde bahsi geçen Osmanlı'nın Klasik devrinde görülen fethedilen gayrimüslim topraklarındaki mevcut hukuk kurallarının olduğu gibi şer'iyye sicillerine kaydedilmek suretiyle tekrardan yürürlüğe konulması usulüne benzemektedir. Dolayısıyla şer-i şerif dışındaki bu tür düzenlemelerin de örfi hukuka ait yasama faaliyeti ürünü olarak görmek gerekmektedir.

Sonuç olarak; yukarıda belirtilen üçüncü tür yasama faaliyeti sonucu oluşan Hukuk-ı Aile Kararnamesi hükümleri kanaatimizce şer'i sınırlara riayet edilerek tanzim edilmiştir. Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde Kararname oluşturulurken kullanılan üçüncü tür yasama faaliyetinin şer-i şerife uygun bir şekilde icra edildiği söylenebilir.

SONUÇ

Bu tez çalışmasında Hukuk-ı Aile Kararnamesi oluşturulurken icra edilen yasama faaliyetinin ne oranda Osmanlı Anayasasına (Kanun-i Esasi) ve şer’i hukuk kurallarına uygun şekilde icra edildiği belirlenmeye çalışılmış ve birtakım sonuçlara ulaşılmıştır.

Yasama, devlet otoritesi aracılığıyla genel, soyut, sürekli nitelikte müeyyideye tabi tutulan bağlayıcıyı hukuk kuralları oluşturulması demektir. Yasama faaliyeti sonucu yalnızca “kanun” tanzim edilmemekte maddi anlamda kanun sayılan “yönetmelik”, “tüzük” ve “kararname” gibi objektif nitelikteki yürütme erki işlemleri olan düzenlemeler de oluşturulabilmektedir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi de Kanun-i Esasi’nin 36. maddesinde düzenlenen muvakkat kanun usulüyle yani yürütme erki tarafından kararname biçiminde tanzim edilmiştir. İçerdiği hükümlerin soyut, genel, sürekli ve kişilik dışı olması nedeniyle Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin de maddi anlamda yasama işlemi olduğu söylenebilir.

İslam hukuku kuralları devlet otoritesi dışında genel anlamda müçtehitler tarafından “içtihat” faaliyeti aracılığıyla oluşturulmuştur. İslam hukuku kurallarının devlet erki dışında oluşturulması nedeniyle; içtihat yapmak bir yasama faaliyeti olarak değil bir doktrin oluşturma faaliyeti olarak değerlendirilmelidir. İslam hukukunun bu nev’i şahsına münhasır vasfı nedeniyle şer’i hukuk sahasında bazı girişimler dışında ilk dönem İslam devletlerinde yasama faaliyeti pek işletilememiştir. Ancak sonraki dönemlerde -başta Osmanlı Devleti tarafından- İslam hukuku yasama faaliyeti daha yoğun bir şekilde icra edilmiştir.

İslam hukukunda yasama faaliyeti egemen irade ve kamu gücünün en yetkili görevlisi olan ülüemr denilen devlet başkanı tarafından yerine getirilmektedir. Bu faaliyet, nihayi karar devlet başkanına ait olmak üzere; genelde şûra meclisleri yardımıyla icra edilmiştir. Osmanlı Devleti’nde yasama faaliyeti Klasik devirde; son söz padişaha ait olmak üzere daha çok Divan-ı Hümayun aracılığıyla, Tanzimat devrinde ise; 1876’ya kadar yine son söz padişahıta olmak üzere Meşveret Meclisleri, Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye, Mecis-i Âli-yi Tanzimat ve Şûra-yı Devlet gibi şûra meclisleri yardımıyla icra edilmiştir. 1876 sonrasında ise Kanun-i Esasi’nin ilanı ile birlikte; merkezinde Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan gibi yasama meclislerinin olduğu bir yasama faaliyeti söz konusu olmuştur. Ancak 1878-1908 arası dönemde meclislerin kapalı olması ve 1908 yılı sonrası dönemde hükümetin yasamada meclis denetimine tabi olmak istememesi sebebiyle; mezkûr

zamanlarda yasama faaliyeti daha çok nizamname ve Kanun-i Esasi'nin 36. maddesinde düzenlenen muvakkat kanun yapma usulüyle yerine getirilmiştir.

Anayasa'nın 36. maddesi; zaruri ihtiyaçlar hasıl olması ve meclisin toplanma imkanının olmaması durumunda devleti birtakım tehlikelerden ve kamu düzenini bozucu şeylerden korumak amacıyla muvakkat kanun çıkartılabileceğini belirtmekte ve ayrıca tanzim edilen geçici kanunun, Kanun-i Esasiye aykırı olmaması ve “kanun” haline getirilmek üzere meclisin ilk toplantısında müzakere edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne bakıldığında Kanun-i Esasi'de düzenlenen muvakkat kanun usulüne riayet edilmediği görölmüştür. Zira birçok yazar, 36. maddede belirtilen acil ve zaruri bir durumun oluşmadığını ve aile hukuku gibi çok mühim bir konunun mecliste tartışılıp “kanun” şeklinde çıkarılması gerekirken böyle yapılmayıp hükümet tarafından “kararname” şeklinde tanzim edildiğini söylemektedir. Ayrıca yürürlüğe girdikten sonra meclisin ilk toplantısında Kararname'nin kanun haline getirilmesi için hakkında müzakerelerde bulunulması ve nihayetinde kanuna dönüştürölmesi ya da yürürlükten kaldırılması gerekirken; Kararname'nin meclisin beşinci toplantısında gündeme geldiği ve her ne kadar adliye encümenine sevk edilse de yürürlükten kalkana kadar “kanun” seviyesine çıkarılamadığı görölmüştür. Sonuç olarak Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Kanun-i Esasi'nin 36. maddesindeki şekli şartlara aykırı olarak tanzim edildiği ve kanuna dönüştürölmeden hukuka aykırı olarak “kararname” şeklinde yürürlükte kaldığı söylenebilir.

Osmanlı Hukuku, İslam hukuku temelli bir hukuk sitemidir. Bu nedenle Osmanlı Devleti'ndeki yasama faaliyetinin anlaşılması için İslam hukuku yasama faaliyeti türlerinin ve mahiyetinin ne olduğunun bilinmesi icap etmektedir.

İslam hukukunda yasama faaliyeti üç şekilde gerçekleştirilebilir. Yasama faaliyetinin ilk türü, bağlayıcı ve içtihat kapalı olan, doğrudan ve açıkça nasslarla tayin edilen şer'i hükümlerin ülölüm (devlet otoritesi) tarafından bir kanun biçiminde tanzim edilmesidir. Yasama faaliyetinin ikinci türü, ülölümün mevcut içtihat görüşlerden birini toplumun maslahatını esas alarak tercih etmesi veyahut hakkında içtihat olarak da olsa bir hüküm olmayan meselelerde uzman hukukçuları toplayarak o meselede içtihat yapılmasını temin etmesi şeklindedir. Üçüncü tür yasama faaliyeti ise; şer'i hukukun boş bıraktığı hususlarda devlet eliyle hukuk kurallarının tanzim edilmesidir.

İslam hukukunda yasama faaliyeti hangi türde yapılırsa yapılsın ülülemler denilen kamu otoritesi tarafından şer’i sınırlar muhafaza edilerek icra edilmesi koşuluyla tüm halkı ve kamu görevlilerini bağlayıcı bir hal alacaktır. Zira “*Ey İman edenler Allah’a, Peygamber’e ve sizden olan ülülemlere itaat edin*” (Nisa/59) ayeti, “*Allah’ın hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla ana, baba, devlet gibi başka otoriteler de yükümlülük yükleyebilirler ve bunlara itaat gerekir*” hadis-i şerifi ve “*Hâkimin hükmü ihtilafları ortadan kaldırır*” kaidesi bu duruma işaret etmektedir.

Osmanlı hukuku incelendiğinde Klasik dönemde daha çok üçüncü tür yasama faaliyeti icra edildiği görülmüştür. Zira bu dönemde Ebussuud Efendi’nin bazı fetvalarının kanunlaştırılması ve ara ara şer’i hukukla ilgili çıkarılan kanunname hükümleri istisna edilirse; hukuk kuralları ağırlıklı olarak şer’i hukukun boş bıraktığı alanda oluşturulmuştur. Tanzimat devrine gelindiğinde ise; yasama faaliyetinin Mecelle ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi gibi düzenlemelerle şer’i hukuk sahasında da ağırlık kazandığı görülmüştür. Osmanlı hukukundaki yasama faaliyetinin şer’i hukuka uygunluğu gerek yasama faaliyeti esnasında gerekse yasama faaliyeti sonrasında şeyhülislam ve nişancılar aracılığıyla kontrol edilmiştir.

Osmanlı Devleti Hukuk-ı Aile Komisyonu aracılığıyla Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ni tanzim ederken İslam hukuku yasama faaliyetinin her üç türünü de kullanmıştır.

Hukuk-ı Aile Komisyonu tarafından Kararnamenin dört maddesindeki (m.13,14,15,58) içtihata kapalı kesin şer’i delillerle sabit hükümler birinci tür yasama faaliyeti aracılığıyla tanzim edilmiştir. Mezkûr maddelerdeki şer’i hükümler, herhangi bir değişiklik ya da tahrifata uğramadan olduğu gibi resmi hukuk kuralı haline dönüştürülmüştür. Birinci tür yasama faaliyeti ile oluşturulan Kararname maddelerinin naslarda açıkça beyan edilen şer’i hükümlerin olduğu gibi tanzim edilmesi şeklinde olması buradaki birinci tür yasama faaliyetinin İslam hukuku kurallarına uygun bir şekilde icra edildiğini göstermektedir.

Kararname hükümlerinin ekserisinin ikinci tür yasama faaliyeti olan mevcut içtihatlardan birisinin tercihi suretiyle oluşturulduğu görülmüştür. Bu hükümlerin en dikkat çekici özelliği Osmanlı Devleti’nin mutad mezhebi olan Hanefî mezhebi görüşlerinin pek çok Kararname maddesinde terk edilmesidir. Hukuk-ı Aile Komisyonu bu şekilde tanzim edilen maddelere; çocukların velileleri tarafından nikahlandırılmasının yasaklanması

mevzusu hariç Hanefi mezhebi dışında yer alan Şafii, Maliki ve Hanbeli mezhebi görüşlerini almıştır. Çocukların velileri aracılığı ile evlendirilmesinin yasaklandığı Kararnamenin 7. maddesi ise muteber bir müçtehit olan İbn Şübrüme'nin içtihatı tercih edilerek tanzim edilmiştir. Burada Osmanlı'nın adeta resmi mezhebi haline gelen Hanefi mezhebi hükümlerinin bazı Kararname maddelerinde maslahata binaen terk edildiği ve şer'i sınırlar açıkça ihlal edilmeden başka muteber içtihatların tercih edildiği görülmektedir.

Komisyonun izlediği ikinci tür yasama faaliyeti sonucu oluşan hükümler bazı çevreler tarafından eleştirilmiş ve yapılan mezkûr yasama faaliyetinin şer'i hukuka aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Yapılan ilk eleştiri Hanefi mezhebi görüşleri dışında oluşturulan Kararname maddelerinin Hukuk-ı Aile Komisyonu tarafından haram kabul edilen telfik ameliyesi işleterek oluşturulduğu yönündedir. Haram kabul edilen telfik, bir konuda mevcut olan içtihatların bir araya getirilmesiyle hiçbir müçtehitin görüşü olmayan yeni bir görüşe ulaşılması demektir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi incelendiğinde hiçbir hükmünün telfik ameliyesi işletilerek oluşturulmadığı görülmüştür. Dolayısıyla burada icra edilen yasama faaliyetinin şer'i hukuka aykırı olduğu söylenemez.

İkinci tür yasama faaliyetinin telfik yapılarak icra edildiği eleştirisinden başka bazı Kararname maddelerinin ülüemrin caiz alanı sınırlandırması yöntemi ile oluşturulduğu ve bu nedenle şer-i şerife aykırı olduğu eleştirisi yapılmıştır. Bu iddia bilhassa çok evliliğin sınırlandırılması (m.38) ve çocukların velileri tarafından nikahlandırılmasının yasaklanması (m.7) hususunda yoğunlaşmaktadır. Gerekli araştırmalar yapıldığında her ne kadar 38. maddenin gerekçesinde çok evliliğin sınırlandırılmasının caiz olduğu söylene de gerçekte böyle bir düzenleme yapılmadığı ve bu maddede Maliki ve Hanbeli mezhebinin içtihatı olan şartlı evlilik müessesesinin tercih edildiği tespit edilmiştir. Çocukların evlendirilmesinin yasaklanması mevzusunda ise; doğrudan şer-i şerife uygun bir düzenleme yapıldığı görülme de; İbn Şübrüme gibi güçlü bir müçtehitin içtihatının tercihi söz konusu olduğu için mezkur düzenlemenin bir meşruluk zemini kazandığı kanaati hasıl olmuştur.

İkinci tür yasama faaliyeti ile ilgili yapılan diğer eleştiri ise; ülkede yaşayan insanların mensup olduğu mezhebin içtihatı dışında tercih edilen içtihatın bağlayıcı olmayacağı yönündedir. Yasama faaliyeti ülüemr tarafından kamu yararı gözetilerek şer-i şerife uygun bir şekilde icra edilmişse tercih edilen fıkhi görüşler ülkede yaşayan herkesi

bağlayıcı olacaktır. Hukuk-ı Aile Kararnamesi hükümlerinin genel anlamda toplum ihtiyaçlarına göre ve şer'i hukuka uygun bir biçimde oluşturulduğu düşünüldüğünde Kararnamenin tüm maddelerinin bağlayıcı olduğu söylenebilir. Bu nedenle Sadreddin Efendi'nin; Kararnamenin 130. maddesinde Maliki mezhebi görüşüne göre tanzim edilen aile meclisinin verdiği boşama kararının diğer üç mezhep mensubu kimseler nezdinde geçerli olmayacağı görüşü kanaatimizce yerinde değildir.

Osmanlı Devleti Hukuk-ı Aile Komisyonu aracılığıyla Kararnameyi tanzim ederken üçüncü tür yasama faaliyeti ile şer'i hukuk tarafından düzenlenmeyen mevzuları da ele almıştır. İlgili maddeler incelendiğinde şer-i şerife aykırı bir şekilde tanzim edilen bir hususa rastlanmamıştır. Bilakis bazı hükümlerin şer'i hukuk kurallarının uygulanmasını kolaylaştırdığı ve şer'i hükümleri koruma altına aldığı görülmüştür. Bu durum da Hukuk-ı Aile Kararnamesi oluşturulurken icra edilen üçüncü tür yasama faaliyetinin şer'i hukuka uygun bir şekilde icra edildiğini göstermektedir.

Sonuç olarak; Hukuk-ı Aile Kararnamesi her ne kadar Kanun-i Esasi'de belirtilen esaslara aykırı bir şekilde oluşturulmuş ve yürürlükte kalmışsa da Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin İslam hukuku yasama faaliyeti kurallarına uygun bir şekilde oluşturulduğu söylenebilir. Osmanlı Devleti'ndeki Hukuk-ı Aile Kararnamesi tecrübesi; gerek farklı mezhep ve müçtehitlerin görüşlerinin resmi hukuk kuralı haline getirilebileceğini ve gerekse şer'i hukukta boş bırakılan hususların kamu menfaati gözetilerek şer-i şerife aykırı olmadan doldurulabileceğini göstermektedir. Bu ise İslam hukukunun her yer ve zamanda uygulanma kabiliyetini ve evrensel olma vasfını göstermektedir.

KAYNAKLAR

Abadan, Yavuz (1957) ‘Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri’, AÜHFD, C:14, S:1, s.3-37.

Abdurrrahman Abdi Paşa (2012) Abdurrrahman Abdi Paşa Kanunnamesi (Hazırlayan: H. Ahmet Arslantürk), İstanbul, Onur Kitaplığı.

Acar, H. İbrahim (2010) ‘Talak’, TDVİA, C:39.

Acar, H. İbrahim (2000) ‘İddet’, TDVİA, C:21, İstanbul.

Acar, H. İbrahim (2011) ‘Tefrik’, TDVİA, C:40.

Ahmed bin Faris (1929), Mu’cemü Makayisü’l-Lugati, (Muhakkik: Abdusselem Muhammed Harun), C:3, Darü’l-Fikr.

Ahmed Muhtar Abdullah Hamid Ömer (2007) Mecmeu’l-Lügati’l-Arabiyyeti’l-Muâsarati, İlmü’l-Kütüb, C:2.

Ahmed Rıza (1918) ‘Kanun-i Esasi’nin 36. Maddesine Bir Fıkra Tenziline Dair Ahmed Rıza Bey’in Tahriri’, Meclis-i A’yân Zabıt Ceridesi, 3. Devre, 4. İhtima, 18. İn’ikad, C:1.

Ahmed Şuayb (1326-1328), Hukuk-ı İdare, Birinci Kısım, Dersaadet, Hürriyet Matbaası.

Ahmet Cevdet Paşa (1980) Maruzat (Hazırlayan: Yusuf Halaçoğlu), İstanbul, Çağrı Yayınları.

Ahmet Cevdet Paşa (1991) Tezakir 40-Tetimme (Hazırlayan: Cevdet Baysun) 3. Baskı, Ankara, TTK.

Akgündüz, Ahmed (1986) Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Akgündüz, Ahmed (1988) İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Ankara, TTK.

Akgündüz, Ahmed (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:1,2 İstanbul, OSAV.

Akgündüz, Ahmed (1991) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:3, İstanbul, OSAV.

Akgündüz, Ahmed (1992) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:4,5 İstanbul, OSAV.

Akgündüz, Ahmed (1993) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:6, İstanbul, OSAV.

Akgündüz, Ahmed (1994) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:7, İstanbul, OSAV.

Akgündüz, Ahmed (1995) ‘Ahmet Cevdet Paşa ve Kanunlaştırma Hareketleri’, Ahmet Cevdet Paşa Sempozyumu, TDV Yayınları, Ankara.

Akgündüz, Ahmed (1996) ‘Gedik’, TDVİA, C:13.

Akgündüz, Ahmed (1997) Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası, 5. Baskı, İstanbul, OSAV.

Akgündüz, Ahmed (1999a) ‘Osmanlı Kanunnamelerinin Şer‘i Sınırları’, Kuruluşunun 700. Yılında Osmanlı (Editör: Güler Eren), Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, C:6.

Akgündüz, Ahmed (1999b) ‘Osmanlı Hukukunda Şer‘i Hukuk Örfi Hukuk İkilemi’, İslami Araştırma Dergisi, C:12, S:2, s.117-121.

Akgündüz, Ahmed (2002) ‘Osmanlı Kanunnameleri (Doğuşu, Çeşitleri ve Tarihi Seyri)’, Türkler Ansiklopedisi, C:10, s.21-42.

Akgündüz, Ahmed (2012a) İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyesi Özel Hukuk-I, C:2, İstanbul, OSAV.

Akgündüz, Ahmed (2012b) İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyesi Özel Hukuk-II, C:3, İstanbul, OSAV.

- Akman, Mehmet** (1997) Osmanlı Devletinde Kardeş Katli, İstanbul, Eren.
- Akman, Mehmet** (2007) ‘Örf’, TDVİA, C:34.
- Aktan, Hamza** (2002) ‘Kefaet’, TDVİA, C:25.
- Aktan, Hamza** (2009) ‘Sıhriyet’, TDVİA, C:37.
- Akyıldız, Ali** (1998) ‘Sened-i İttifak’ın İlk Tam Metni’, İslam Araştırmaları Dergisi, S:2, s.209-222.
- Akyıldız, Ali** (2003a) ‘Meclis-i Meşveret’, TDVİA, C:28.
- Akyıldız, Ali** (2003b) ‘Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye’, TDVİA, C:28.
- Akyıldız, Ali** (2003c) ‘Meclis-i Vükela’, TDVİA, C:28.
- Akyıldız, Ali** (2003d) ‘Meclis-i Meb’usan’, TDVİA, C:28.
- Akyıldız, Ali** (2003e) ‘Meclis-i A’yan’, TDVİA, C:28.
- Akyılmaz, Gül** (2018) Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.
- Akyılmaz, Hatice Cemre** (2019) ‘Yasama Yetkisi’ (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Ali Haydar Efendi** (2017) Dürerü’l-Hukkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm, (Hazırlayan: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem), 2. Baskı, İstanbul, DİB.
- Ali, Kevser Kâmil / Öğüt, Salim** (1993) ‘Çok Evlilik’, TDVİA, C:8.
- Ansay, Sabri Şakir** (1952a) ‘Aile Hukuku’, Ankara İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:2-3, s.20-32.
- Ansay, Sabri Şakir** (1952b) Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar, Ankara, AÜHF Yayınları.
- Apaydın, H. Yunus** (2000) ‘İctihad’, TDVİA, C:21.
- Apaydın, H. Yunus** (2009) ‘Siyâset-i Şer’iyye’, TDVİA, C:37.

Arsal, Sadri Maksudi (1947) Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.

Arsel, İlhan (1953) ‘Birinci Ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinde Çift Meclis Tecrübesi’, AÜHFD, C:10, S:1–4, s.194-211.

Aşık Paşazade (2003) Osmanoğullarının Tarihi, (Çeviren: Kemal Yavuz-Yekta Saraç), İstanbul, K Kitaplığı.

Atar, Fahrettin (1995) ‘Fetva’, TDVİA, C:12.

Atar, Fahrettin (2002) Fıkıh Usulü, 5. Baskı, İstanbul, İFAV.

Atar, Fahrettin (2005) ‘Muhâlea’, TDVİA, C:30.

Atar, Fahrettin (2007) ‘Nikah’, TDVİA, C:33.

Atasoy, Samed (2020) ‘Tanzimat Dönemi Osmanlı Kanunlaştırma Usulü ve Meclislerin Rolü (1838-1876)’, SÜHFD, S:2, C:10.

Avcı, Mustafa (2018), Osmanlı Ceza Hukuku -II- Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Avcı, Mustafa (2021), Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Konya, Atlas Akademi.

Avcı, Mustafa ‘Osmanlıda Aile Arabuluculuğu’, II. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu Ailenin Korunması Hakkı Bildiriler Kitabı, 471-494; https://www.tihek.gov.tr/prof-dr-mustafa-avci/#_ftn49 s.e.t:20.05.2022.

Ayan, Altan (2015) ‘Orhon Abidelerindeki Liderlik ve Yönetim Anlayışının Değerlendirilmesi’, Akademik Bakış Dergisi, S:49, s.305-317.

Aybars, Pamir (2009) ‘Orta-Asya Türk Hukukunda Töre Kavramı’, AÜHFD, S:2, s.359-375.

Aydın, M. Akif (1988) ‘el-Ahkamü’ş-Şer’iyye fi’l-Ahvali’ş-Şahsiyye’, TDVİA, C:1

Aydın, M. Akif (1991) ‘Anayasa’, TDVİA, C:3.

Aydın, M. Akif (1991) ‘Arazi Kanunnamesi’, TDVİA, C:3

Aydın, M. Akif (1993) ‘Ceza’, TDVİA, C:7.

Aydın, M. Akif (1998) ‘Hukuk-ı Aile Kararnamesi’, TDVİA, C:18.

Aydın, M. Akif (1999) Türk Hukuk Tarihi, 3. Baskı, İstanbul, Beta.

Aydın, M. Akif (2003a) ‘Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’, TDVİA, C: 28.

Aydın, M. Akif (2003b) ‘Mahkeme’, TDVİA, C:27.

Aydın, M. Akif (2003c) ‘Mehir’, TDVİA, C:28.

Aydın, M. Akif (2004) ‘Kanunnameler ve Osmanlı Hukukunun İşleyişindeki Yeri’, Osmanlı Araştırmaları, C:24, s.37-46.

Aydın, M. Akif (2005) ‘Muhammed Kadri Paşa’, TDVİA, C: 30.

Aydın, M. Akif (2018) Osmanlı Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Klasik Yayınları.

Aydın, M. Akif (2019) Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, İstanbul, Beta.

Aydın, M. Akif (2020) Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye’nin Temeli, Ankara, İsam Yayınları.

Babanzade Ahmed Naim (h.1332) ‘Teaddüd-i Zevcat İslamiyette Men Olunabilir mi?’, Sebilürreşad, S.298.

Babaoğlu, Orhan Münir (1936) Türk Hukukunda Devlet Fikri, İstanbul, Burhaneddin Matbaası.

Bardakoğlu, Ali (1989) ‘İslam Hukuku Araştırmalarında Gelenekçilik’, Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu.

Bardakoğlu, Ali (1999) ‘Teorik Açından İslam ve Demokrasi: Yasama, İslam ve Demokrasi’, Kutlu Doğum Sempozyumu, Ankara, TDV.

Bardakoğlu, Ali (2000) ‘İkrah’, TDVİA, C:22.

Barkan, Ömer Lütfi (1946) XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları: Kanunlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

Barkan, Ömer Lütfi (1977) ‘Kanunname’, İslam Ansiklopedisi, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi.

Barthold, Wilhelm / Köprülü, Fuat (1984) İslam Medeniyeti Tarihi, 6. Baskı, Ankara, DİB.

Başgil, Ali Fuad (2008) Hukukun Ana Meseleleri ve Müesseseleri-Konferanslar, İstanbul, Yağmur Yayınevi.

Bedir, Murtaza (2007) ‘Osman el-Betti’, TDVİA, C:33.

Berkes, Niyazi (1973) Türkiye’de Çağdaşlaşma, Ankara, Bilgi Yayınevi.

Bilge, Necip (1999) Hukuk Başlangıcı, 13. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Bilmen, Ömer Nasuhi (2016), Fıkıh İlmi & İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü (Hazırlayan: Abdullah Kahraman), İstanbul, Nizamiye Akademi.

Bilmen, Ömer Nasuhi (1951) ‘Tarih-i Fıkhın Mahiyeti Ve Faideleri’, İslamın Nuru, C:1 S:7, s.9-11.

Bilmen, Ömer Nasuhi (1967) Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, Bilmen Yayınevi.

Bingöl, Ayşe (2019) ‘Osmanlıdan Cumhuriyete Antalya’da Aile Kurumu (1908-1945)’ (Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Bozkurt, Gülnihal (2010) Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, 2. Baskı, Ankara, TTK.

Canan, İbrahim (1993) Hadis Ansiklopedisi Kütüb-i Sitte, Akçağ Yayınevi, C:3.

Celal Nuri (1331a) Havaic-i Kanuniyemiz, Matbaa-i İctihad.

Celal Nuri (1331b) Havâic-i Kanuniyyemiz, İstanbul, Kitaphâne-i İctihad.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî (1405a) Ahkâmü’l-Kur’ân, (Muhakkik: Muhammed Sadık Kamhavi), C:2, Beyrut, Dâr İhyâü’t-Türâsi’l-Arabî.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî (1405b) Ahkâmü'l-Kur'ân, (Muhakkik: Muhammed Sadık Kamhavi), C:5, Beyrut, Daru İhyâü't-Turasi'l-Arabi.

Cevziyye, İbnü'l-Kayyim (1991) İ'lamü-l-Muvakkı'in an-Rabbi'l-Alemîn (Muhakkik: Muhammed Abdüsselam İbrahim), C:4, Beyrut, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye.

Ceylan, Ayhan (1997) 'İslam Öncesi Türk Hukukunda Danışma Meclisi', EBYÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:1, s.1-12.

Ceylan, Ayhan (2003) 'İslam'da Siyasal İktidar (Velâyet-i Âmme)', EBYÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:1-2, s.89-104.

Cin, Halil (1972) 'İslam Hukukunda Mehr' AÜHFD, C:29, S:1, s.199-254.

Cin, Halil (1988a) İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Cin, Halil (1988b) Eski Hukukumuzda Boşanma, 2. Baskı, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Cin, Halil / Akgündüz, Ahmed (2017) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, OSAV.

Cin, Halil / Akyılmaz, Gül (2018) Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.

Çalışkan, Mehmet (2019) 'el-Hüseynî el-Yezdî'nin el-Urâza fi'l-Hikâyeti's-Selcûkiyye Adlı Farsça Eserinin Türkçe Tercümesi' (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü.

Çalışkan, Muhammed Selman (2010) 'Darülfünun İlahiyat Fakültesi Tefsir ve Tefsir Tarihi Müderrislerinden Manisalizade Hafız Mustafa Şevket Efendi'nin Hayatı Ve Eserleri', Dârülfünûn İlahiyat Sempozyumu, İstanbul.

Çeker, Orhan (2017) Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 5. Baskı, Konya, Mehîr Vakfı Yayınları.

Dağcı, Şamil (2002) 'Kısas', TDVİA, C:25.

Danişmend, İsmail Hami (1971) İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi, C:1, İstanbul, Türkiye Yayınevi.

Demirci, Miray (2019) ‘77 Numaralı Antalya Şer’iyye Sicilinin Tarnskripsiyonu ve Değerlendirilmesi’ (Yüksek Lisans Tezi), Kütahya Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Dinçer, Güven (1968) Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, TTK.

Diyanet Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı <https://kurul.diyanet.gov.tr/Cevap-Ara/800/musulmankadingayrimuslimbirekerkeleevlenebilirmi?enc=QisAbR4bAkZg1HImMxXRn5PJ8DgFEAoa2xtNuyterRk%3d>. S.e.t:20.05.2022.

Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu; <https://kurul.diyanet.gov.tr/Cevap-Ara/4372/kucuklerin-evlendirilmesi?enc=QisAbR4bAkZg1HImMxXRn2t8ij%2beDtMkJdRGirgyeb8%3d>s.e.t: 20.05.2022.

Döndüren, Hamdi (2016) Delilleriyle Aile İlmihali, İstanbul, Erkam Yayınları.

Dönmez, İ. Kâfi (1993) ‘Cünûn’, TDVİA, C:8.

Dönmez, İ. Kâfi (2009) ‘Sarhoşluk’, TDVİA, C:36.

Dönmez, İbrahim Kafi (1986) İslam Hukukunda Müçtehidin Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese, MÜİFD, S:4, s. 23.

Durhan, İbrahim (1999) ‘Osmanlı Hukukunun Yapısı Üzerine Bir Etüt’, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1, s.215-232.

Durmuş, Ensar / Yargı, Mehmet Ali (2019) ‘1917 Tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ne Yöneltilen Eleştiriler’, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:15, 312-363.

Duymaz, Recep (1993) ‘Celal Nuri İleri’, TDVİA, C:7.

Düzdağ, Ertuğrul (1972) Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul, Endurun Kitabevi.

Ebu Yusuf Yakub b. İbrahim (1970) Kitabü'l-Harac (Çeviren: Ali Özek), İstanbul,

Ebu'lula Mardini (2009) Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, 2. Baskı, Ankara, TDV Yayınları.

Ebüzziya, Ziyad (1989) 'Ahmed Rızâ', TDVİA, C:2.

Ed-Duri, Abdulaziz (1994) 'Divan', TDVİA, C:9.

Efendioğlu, Mehmet (2008) 'Sa'd b. Muaz', TDVİA, C:35.

Ekinci, E. Buğra (1997) 'Akim Kalan Bir Teşebbüs: Osmanlı Aile Kanunu', Tarih ve Medeniyet Dergisi, S:43, s.50-52.

Ekinci, E. Buğra (2017a) Osmanlı Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Arısanat.

Ekinci, E. Buğra (2017b) Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası, 2. Baskı, İstanbul, Arı Sanat.

Ekinci, E. Buğra (2019) 'Mecelle Hakkında Değerlendirmeler', Adalet Dergisi, S:62-63, s.335-356.

Elöve, Mustafa Emil (1952) 'İkinci Meşrutiyet Devrinin Siyasi Olaylarına Bir Bakış', AÜHFD, C:9, S:1, s.183-235.

Emanuelidi, Emanuel (1917) 'Aydın Mebusu Emanuel Emanuelidi Efendi'nin Hukuk-ı Âile Kararnâmesi Layihası İçin Bir Encümen-i Mahsus Teşkiline Dair Takriri', Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi, 3. Devre, 4. İçtima, 5. İn'ikad, C:1.

Ençakar, Orhan (2017) "Osmanlı'da Şerh-Hâşiye Geleneği Durer Haşiyeleri Örneği" Osmanlı'da İlm-i Fıkıh Alimler, Eserler, Meseleler, İstanbul, İSAR Yayınları.

Ercoskun, Tülay (2010) 'Osmanlı İmparatorluğu'nda 19. Yüzyılda Evlilik ve Nikaha Dair Düzenlemeler' (Doktora Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Erdoğan, Mehmet (2005) Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 2. Basım, İstanbul, Ensar Neşriyat.

Eren, Abdurrahman (2019) ‘Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi’, Anayasa Yargısı, C:36, S:1, s.1-72.

Serahsî, Ebû Bekr Şemsü’l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed (2008) Mebsut, (Editör: M. Cevat Akşit), C:10, İstanbul, Gümüşev Yayıncılık.

Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb el-Kâhirî (1994) Muğni’l-Muhtac ila Marifeti Meani Elfazî’l-Minhac, C:4, Darü’l-Kütübî’l-İlmiyye.

Tahâvî, Ebû Ca’fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacrî el-Mısırî (1417) Muhtasarı İhtilafî’l-Ulema, (Muhakkik: Abdullah Nezir Ahmed), C:5, 2. Baskı, Beyrut, Daru’l-Beşairi’l-İslamiye.

Tennûhî, Sahnûn b. Said (1994) El-Müdevvenetü’l-Kübrâ, Beyrut, Dâru Kütübî’l-İlmiyye, C:2.

Zurkani, Muhammed Abdülazim (2003) Şerhü’z-Zurkani Ale’l-Muvatta’, C:3, Kahire, Mektebetü’l-Sekafeti’l-Diniyye.

Fâsi, Allâl (2014) İslam Hukuk Felsefesi, İstanbul, Mana Yayınları.

Feyzullah Efendi (1266) Fetavay-ı Fevziye, İstanbul.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri (1958) İçtimaiyat-Hukuk Sosyolojisi, C:3, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.

Gayretli, Mehmet (2008) ‘Tanzimat Sonrasında Cumhuriyete Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Hareketleri’ (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Gedikli, Fethi (2018) Şûra-yı Devlet Belgeler, Biyografik bilgiler ve Örnek Kararlarıyla, 2. Baskı, İstanbul, Onikilevha.

Gindi, Kâmil Muhammed (2008) Şura ve İslam Hukukunda İnsan Hakları Demokrasinin Belirginliği (Tercüme: Ahmet Kılınç), İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S:12.

Görelî, İsmail Hakkı (1953) Devlet Şurası, Ankara, Yeni Matbaa.

Gözler, Kemal (2018) Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin.

Gülengül, Esra / Erdem, Mehmet (2018) ‘İslam Hukuk Literatüründe Şaz İctihatların Fıkhi Değeri’, İlahiyat Bilimlerinde Güncel Akademik Gelişmeler, (Editör: Veli Atmaca).

Gümüş, Musa (2013) ‘Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları’, Tarih Okulu İlk Bahar-Yaz, S:14, s.163-200.

Güneş, İhsan (1996) Türk Parlamento Tarihi, Meşrutiyete Geçiş Süreci: I. ve II. Meşrutiyet, TBMM Vakfı Yayınları, C:1.

Güngör, Erol (1995) Tarihte Türkler, İstanbul, Ötüken Neşriyat.

Hadduri, Macid (2018) İslam Hukukunda Savaş ve Barış (Tercüme: Fethi Gedikli), 2. Baskı, İstanbul, Ekin Yayınları.

Hafnâvî, Muhammed İbrahim (1995) Tabsirü’n-Nüceba bi Hakikati’l-İctihad ve’t-Taklîd ve’t-Telfik ve’l-İftâ, Kahire, Darü’l-Hadis.

Halebi, İbrahim (1968) İzahlı Mülteka el Ebhur, (Çeviren: Mustafa Uysal) C:1, İstanbul, Dizerkonca Matbaası.

Hallaf, Abdülvahhab (1970) İslam Teşrii Tarihi (Çeviren: Talat Koçyiğit), Ankara Üniversitesi Basımevi.

Hallaf, Abdülvahhab (2006) İlk Dönem İslam Hukuku Yasama, Yargı ve Yürütme, İstanbul, Pınar Yayınları.

Hamidullah, Muhammed (1954) ‘İslam Hukukunun Kaynaklarına Dair Yeni Bir Tetkik’, İslam Tedkikleri Enstitüsü Dergisi, s.63-67.

Heyd, Uriel (1973) Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford.

Heyd, Uriel (1984) ‘Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat’ (Çeviren: Selahattin Eroğlu) Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s.633-652.

Heyd, Uriel (1995) ‘Osmanlı’da Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri’ (Tercüme: Fethi Gedikli) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, C:9, S:1-3, s.287-317

Heyet (1930), Türk Tarihinin Ana Hatları, İstanbul, Devlet Matbaası.

Heyet, (2012) Mevsuatü’l-İcmai Fi’l-Fıkhi’l-İslami, C:3, Darü’l-Fazileti li’n-Neşri ve’t-Tevzi’i.

Hudari, Muhammed (1987) İslam Hukuk Tarihi (Tercüme: Haydar Hatipoğlu), 2.Baskı, İstanbul, Karaman Yayınları.

İba, Şeref (2001) Türkiye’de Meclis Başkanlığı ve Başkanlık Divanı, Ankara, Nobel Yayınevi.

İbn Abidin, Muhammed Emin (1992) Reddü’l-Muhtar Ala’d-Dürri’l-Muhtar, C:3, Beyrut, Darü’l-Fikr.

İbn Cerir, Ebi Ca’fer Muhammed Taberi (2000), Camiü’l-Beyan fi Te’vili’l-Kur’an, (Muhakkik: Ahmed Muhammed Şakir), C:4, Müessesetü’r-Risale.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed (1968) el-Muğni, C:7, Mektebetü’l-Kahire.

İbni Manzûr (1414a) Lisanü’l-Arabi, C:10, 3. Baskı, Beyrut, Dar-ı Sadır.

İbni Manzûr (1414b) Lisanu’l-Arabi, C:4, 3. Baskı, Beyrut, Dar-ı Sadır.

İbnü’l-Murtazâ (1316), El-Münye Ve’l-Emel, (Neşreden: T. W. Arnold), Haydarâbâd.

İhsan Şenocak ‘Telfik’ <https://ihsansenocak.com/telfik-haram-midir/> s.e.t: 19.05.2022.

Îmân bt. Sâlim Kabbus (2015) El-İstidrâkü’l-Usûlî Dirâseten Te’sîliyyeten Tatbîkiyye Alâ’l-Musannefâtî’l-Usûliyye Mine’l-Karnî’s-sâlis İlâ’l-Karnî’r-râbia Aşar Hicriyye, Külliyyetü’ş-Şerîa Ve’d-Dirâsâtü’l-İslâmiyye, Câmiatü Ümmi’l-Kurâ, El-Memleketü’l-Arabiyyetü’s-Suûdiyye.

İnalcık, Halil (1958) ‘Osmanlı Hukukuna Giriş Örfî-Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları’, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, s.102-126.

İnalcık, Halil (1965) ‘Adaletnameler’, Türk Tarih Kurumu Belgeler, C:2, S:3-4, s.49-145.

İnalcık, Halil (1991) ‘Dariba’, The Encyclopaedia of Islam, C:2.

İnalcık, Halil (2001a) ‘Kanun’, TDVİA, C:24.

İnalcık, Halil (2001b) ‘Kanunname’, TDVİA, C:24.

İnalcık, Halil (2016a) Türklük Müslümanlık ve Osmanlı Mirası, 3. Baskı, İstanbul, Kırmızı.

İnalcık, Halil (2016b) Osmanlı Tarihinde İslamiyet ve Devlet, İş Bankası Kültür Yayınları, 2. Baskı, İstanbul.

İnalcık, Halil (2017) Osmanlıda Devlet, Hukuk ve Adalet, 5. Baskı, İstanbul.

İnan, Abdulkadir (1964) ‘Yasa, Töre-Türe ve Şeriat’, Türk Kültürü Araştırmaları Dergisi, S:1, s.104-110.

İnan, Abdulkadir (1991) Makaleler ve İncelemeler, C:2, Ankara, TTK.

İpşirli, Mehmet (1998) ‘Hayri Efendi, Mustafa’, TDVİA, C:17.

İpşirli, Mehmet (2008) ‘Sadrazam’, TDVİA, C:35,

İsfahânî, Râgıb (h.1412) el-Müfredât, (Muhakkik: Saffan Adnan Davdi), Beyrut, Daru’l-Kalem.

Jaeschke, Gotthard (1952) ‘Türk Hukukunda Evlenme Aktinin Şekli’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:18, S:3-4, s.400-433.

Kafesoğlu, İbrahim (1997) Türk Milli Kültürü, 17. Baskı, İstanbul, Ötüken Neşriyat.

Kahraman, Seyit Ali / Galitekin, Ahmed Nezh / Dadaş, Cevdet (1998) İlmiye Salnamesi, İstanbul, İşaret Yayınları.

Kal’a-yı Sultaniyeli Türzkade Hafız Mehmed Ziyaeddin (2017) Osmanlı Hukuk Sözlüğü (Hazırlayanlar: Fethi Gedikli ve İbrahim Enes Onat), İstanbul, Onikilevha.

Kalıpçı, Mahmut Esat (2016) ‘Hukuk-ı Aile Kararnamesinin İlgaı İşlemi Keenlemyekun sayıldı mı?’, Gedikli, Faethi (Editör), II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, 13-14 Mayıs 2016, On İki Levha.

Karaaslan, Mehmet (2005) ‘Tanzimat ve Şurayı Devlet’, AÜHFD, C:54, S:3, s.341-363.

Karadağı, Ali Muhyiddin (2019) İçtihad ve Fetva (Tercüme: Mustafa Bülent Dadaş), İstanbul, Nida.

Karadavî, Yusuf (2016) İslam’da Devlet Mefhumu, (Tercüme: Hüsameddin Cemal), 2. Baskı, İstanbul, Nida Yayıncılık.

Karahaoğulları, Onur (2005) ‘Türkiye’de İdari Yargı Tarihi’ (Doçentlik Tezi), Ankara, İnternet Paylaşımı, s.149. <
<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/turkiyedeidariyargitarihi.pdf> >
s.e.t:18.05.2022.

Karakoç, Sarkis (1341/1343) Tahşiyeli Kavanin, C:1, İstanbul.

Karakoç, Serkiz ‘Kanun-ı Cedid’ Külliyyat-ı Kavanin, Dosya I, Belge No: 6092.

Karal, Enver Ziya (2003) Osmanlı Tarihi, C:7, Ankara, TTK.

Karal, Enver Ziya (2011) Osmanlı Tarihi, C:6, Ankara, TTK.

Karaman, Hayreddin (2013) Fıkıh Usulü, 11. Baskı, İstanbul, Ensar Neşriyat.

Karaman, Hayreddin (2015) İslam Hukukunda İçtihad, 5. Baskı, İstanbul, Ensar Neşriyat.

Karaman, Hayreddin (2016) Mukayeseli İslam Hukuku, 9. Baskı, C:1, İstanbul, İz Yayıncılık.

Karaman, Hayreddin (2017) İslam Hukuk Tarihi, 13. Baskı, İstanbul, İz Yayıncılık.

Karaman, Hayrettin / Dönmez, İ.Kafi / Çağrııcı, Mustafa / Gümüş, Sadrettin (2020) Kuran Yolu Tefsiri, C:1.

Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes‘ûd b. Ahmed (1986) Bedaius’s-Sanai fi Tertibi’s-Şerai‘, Darü’l-Kütübi’l-İlmiyyeti.

Kaşıkcı, Osman (2015) ‘Osmanlı Devletinde Vezir-i Azam (Sadrazam)’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi M. Akif Aydın’a Armağan, s.11-117.

Kayabaş, Ebru (2009) Hukuk-ı Aile Kararnamesi, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Kaynar, Reşat (2010) Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat, Ankara, TTK.

Kenanoğlu, M. Macit (2007) ‘Nizâmiye Mahkemeleri’, TDVİA, C:33.

Kılınç, Ahmet (2014) ‘Klasik Dönemde Osmanlı Devleti’nde İçki İçme Suçu’, Coşkun, Recai (Editör), 6. Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, C:1, 8-12 Haziran 2014.

Kılınç, Ahmet (2015) ‘Bir Meclis-i Vâlâ Hükümü ve Tahlili’, Adam Akademi, C:5, s.13-32.

Kılınç, Ahmet (2019) ‘17’inci Yüzyıl Kadı Sicillerine Göre Patrikler Bağlamında Ermenilerin Hukuki Statüsü’, Yargıtay Dergisi, C:45, S:1, s.181-230.

Kılınç, Ahmet (2019) ‘İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984’ün Mukayesesi’, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:14, S:02, s.623-662.

Kılınç, Ahmet / Karakaya, Harun (2022) ‘Batılı Devletlerin Karma Ticaret Mahkemelerinde Mecelle’nin Uygulanmasına Yönelik Eleştirilerinin Değerlendirilmesi’ KHM, C:2, S:1, s.59-89.

Kılınç, Ahmet / Yıldırım, Davut (2021) Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması, Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları “Kamu Hukuku” (Editörler: Nuran Koyuncu, Abdulkadir Yıldız), Konya, NEÜ Yayınları.

Kılınç, Ayşe Nur / Kılınç, Ahmet (2019) ‘Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği’, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:10, S:1, s.103-118.

Kınalızade Ali Çelebi (2020) Ahlak-ı Alâi (Sadeleştiren: Murat Demirkol) Ankara, Fecr Yayınları.

Koca, Ferhat (1995) ‘Fetvahane’, TDVİA, C:12.

Koca, Salim (2002) ‘İlk Müslüman Türk Devletlerinde Teşkilat’, Türkler Ansiklopedisi, C:5, s.147-162.

Koca, Salim (2012) ‘Toy’, TDVİA, C:41.

Koçak, Muhsin / Dalgın, Nihat / Şahin, Osman (2018), İslam Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Ensar Yayınları.

Konan, Belkıs (2013), Osmanlı Devleti’nde İdari Yargının Gelişimi, Ankara, Statü Yayıncılık.

Konan, Belkıs (2016) ‘Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nde Kadının Hukuki Durumu İle İlgili Düzenlemeler’ Gedikli, Fetki (Editör), II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, C:1, 13-14 Mayıs 2016, On İki Levha.

Kortel, Haluk (2012) ‘Tüzük-i Cihângîrî’, TDVİA, C:42.

Koşum, Adnan (2003) ‘İslam Hukukunda Siyaset-i Şer’iyye Kavramı’, İslami Araştırmalar Dergisi, C:16, S:3, s.350-358.

Koyuncu, Nuran (2006) İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Şûra (Doktora Tezi) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Koyuncu, Nuran / Yılmaz, Yasin (2019) ‘Celal Nuri’nin Aile Hukukuna Dair Görüşlerinin Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ne Yansımaları’, SÜHFD, C:27, S:3, s.459-477.

Köksal, Asım Cüneyd (2016) Fıkıh ve Siyaset Osmanlılarda Siyaset-i Şer’iyye, İstanbul, Klasik Yayınları.

Köprülü, Fuat (1977) ‘Fıkıh’, İslam Ansiklopedisi, C:4, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi.

Köse, Saffet (2013) İslam Hukukuna Giriş, 3. Baskı, İstanbul, Hikmetevi Yayınları.

Kurnaz, Şefika (1991) Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını, 2. Baskı, Ankara, Aile Araştırma Kurumu.

Kurt, Abdurrahman (2013) Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi (1839-1876), 2. Baskı, Ankara, Sentez Yayıncılık.

Kurtubî, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed (2004) Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid, C:3, Kahire, Daru'l-Hadis.

Kuyucaklızade Mehmed Atıf Bey (2020), Külli Kaideler Şerhi (Hazırlayanlar: Veysel K. Bilgiç, Oğuzhan Orhan, Süleyman Tepe, Ali Karakoyun), Hikmetevi Yayınları, İstanbul, s.72-73.

Küçükütiyaki, Ahmet Yasin (2017) Osmanlı Aile Hukuku-Gelenek ve Modern Arasında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri, İstanbul, İz Yayıncılık.

Kütükoğlu, Mübahat (1995) 'Ferman', TDVİA, C:12.

Kütükoğlu, Mübahat (2000) 'İrâde-i Seniyye', TDVİA, C:22

Leon, Duguit (1923) Manuél de Droit Constitutionnel, Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, 4. Baskı, Paris.

Leon, Duguit (ty.) Traité de Droit Constitutionnel, Paris, Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, 2.Baskı, C:2.

Lewis, Bernard (1993) Modern Türkiye'nin Doğuşu (Çeviren Metin Kırıatlı), Ankara, TTK.

Mahmasani, Subhi (1985) 'İslam Hukukunun Tedvini' (Tercüme: İbrahim Kafî Dönmez), MÜİFD, S:3, s.361-383.

Mahmut Paşa (1918) 'Ahmed Rıza Bey'in Muvakkat Kanun ve Kararnameler Hakkındaki Teklifi', Meclis-i Ayân Zabıt Ceridesi, 3. Devre, 4. İçtima, 23. İnıkad, C:1,

Mansurizade Said (h.1330) 'Teaddüd-i Zevcat İslamıyet'te Men Olunabilir', İslam Mecmuası, S:8, s.233-238.

Mâverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib (1994) El-Hâviyu'l-Kebîr, Beyrut, Dâru Kütubi'l-İlmıyye, C:9.

Mehmed Salahi (h.1322) Kamus-i Osmani, İstanbul, Mahmud Bey Matbaası.

Mehmet, Ünal (1977) ‘Medeni Kanun’un kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi’, AÜHFD, C:34, S:1-2, s.195-231.

Menekşe, Ömer (2020) ‘Selçuklular’da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak El-Mesâ’ilü’l-Melikşâhiyye Fi’l-Kavâ’idi’ş-Şer‘iyye’, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S: 35, s.565-598.

Mengüç, Yaşar Fatih (2014) ‘1909 Osmanlı Kanuni Esasi Tadilleri Çerçevesinde Kanun Yapma Usulü’ (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Merginâni, Burhanüddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebu Bekir (1967) Delilleriyle Hanefî Fıkhi el-Hidaye (Mütercim: Ahmed Meylani), C:2, İstanbul, Karaman Neşriyat.

Midilli, Muharrem (2020) ‘Osmanlı Taşrasında Ehl-i Örfeye Karşı Kadılar yahut Kânûn-i Kadîmin Ehl-i Şer’ Bekçileri (1453-1586)’, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C:59, s.75-103.

Midilli, Muharrem (2021) ‘Emr-i Şer’ Muteberdir; Kanunu Yoktur: Klasik Osmanlı Ceza Kanunlarının Derkenar Notlarıyla Tashihi’, Darulfunun İlahiyat, C:32, S:1, s.35-64.

Muhammed Emin İbn Abidin (1966) Reddû’l-Muhtar, Mısır.

Muhammed Emin İbn Abidin (1992) Reddû’l-Muhtar Ala’d-Dürri’l-Muhtar, C:3, Beyrut, Darü’l-Fikr.

Muhammed Reşid b. Ali Rıza, Mecelletü’l-Menar, C:25.

Muhammed Seyyid Bey (2010) Fıkıh Usulü-Giriş, (Hazırlayan: Hasan Karayiğit), İstanbul, Düşün Yayıncılık.

Muharrem, Ergin (1989) Orhun Abideleri, 13. Baskı, İstanbul, Boğaziçi Yayınları.

Mumcu, Ahmet (2017) Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl, 4. Baskı, Ankara, Phoenix Yayınevi.

Mumcu, Ahmet (2020) Divan-ı Hümayun, 5. Baskı, Ankara, Phoenix.

Mutaf, Abdulmecit (1997) ‘Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şûra-yı Devlet (1868-1922)/(1284-1341)’ (Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Muteber, Gülsefa Uygur (2015) İslam Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu, (Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Mübahat Kütükoğlu, (2020) ‘Mühimme Defterleri’, TDVİA, C:31.

Münib Abdurrahman (1340-41) ‘Hukuk-ı Medeniye’, S:5-6, C:9, İstanbul, Darülfünun Matbaası.

Mütercim Âsım Efendi (2013) El-Okyânûsu’l-Basît fî Tercemeti’l-Kâmûsi’l-Muhît Kâmûsu’l-Muhît Tercümesi (Hazırlayanlar: Mustafa Koç, Eyyüp Tanrıverdi), C:4, İstanbul, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı.

Nebhan, Muhammed Faruk (1980) İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları (Tercüme: Servet Armağan) İstanbul, Sönmez Yayıncılık.

Nesefî, Ebu’l-Berekât (1998) Tefsirün-Nesefî, Darul-Kelimit-Tayyib, 1. Cüz, Beyrut

Nevevî, Ebû Zekeriyyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî (2005) Minhacüt-Talibin ve Umdetül-Müftin fî’l-Fıkh, Darü’l-Fıkr.

Nişancızade (1987) Miratül-Kainat, C:2.

Okandan, Recai G. (1948) Umumi Amme Hukukumuzun Ana Hatları, İstanbul.

Olgun, Kenan (2014) 1908-1912 Osmanlı Meclis-i Mebusan’ın Faaliyetleri ve Demokrasi Tarihimizdeki Yeri, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları.

Onar, Sıddık Sami (1966) İdare Hukukunun Umumî Esasları, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.

Orum, Fatih (2009) ‘Kur’an Işığında Küçüklerin Evlendiril(eme)mesi Meselesi’, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:19, s.139-158.

Osman Nuri (1922) Mecelle-i Umur-ı Belediye, C:1, İstanbul.

Ögel, Bahaeddin (1982), Türklerde Devlet Anlayışı (13. Yüzyıl Sonlarına Kadar), Ankara, Başbakanlık Basımevi.

Ögel, Bahaeddin (2002) ‘Devlet Meclisi ve Kurultay’, Türkler Ansiklopedisi, C:2, s.874-887.

Öğüt, Selim (1994) ‘Ehl-i Hadis’, TDVİA, C:10.

Örsten Esirgen, Seda (2022) ‘Türk Hukuk Tarihinde Kanun-ı Muvakkat Kavramı ve Uygulaması, AÜHFD, C:71, S:1, s.478-514.

Örsten, Seda (2005) Osmanlı Hukukunda Fetvâ (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Özbilgen, Erol (2014) Bütün Yönleriyle Osmanlı Âdâb-ı Osmâniyye, 6. Baskı, İstanbul, İz Yayıncılık.

Özel, Ahmet (2013) Hanefî Fıkıh Alimleri, 3. Baskı, Ankara, TDV.

Özen, Şükrü (1999) ‘İbn Şübrüme’, TDVİA, C:20.

Özen, Şükrü (2020) Tarihte Müslümanlar (Editör: Mehmet Özdemir), Ankara, Otto Yayınları.

Raymond Carré de Malberb (1920) Contribution a la Théorie Générale de l’Etat, C:1, Paris, Sirey.

Ruhi, Alaaddin (1919) ‘Hukûk-ı Âile Kararnâmesi’nin Lağvı Münasebetiyle’, İ’tisam, C:1 S:36, s.360-363.

Sadreddin Efendi (1918a) ‘Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer’iyye Kararnâmeleri Hakkında’, S:383, C:15.

Sadreddin Efendi (1918b) ‘Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer’iyye Kararnâmeleri Hakkında’, Sebîlürreşâd, S:382, C:15.

Sadreddin Efendi (1918c) ‘Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer’iyye Kararnâmeleri Hakkında’, S:384, C:15.

Sadreddin Efendi (1918d) ‘Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer‘iyye Kararnâmeleri Hakkında’, Sebîlürreşâd, S:386, C:15.

Sadreddin Efendi (1919a) ‘Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer‘iyye Kararnâmeleri Hakkında’, S:388, C:15.

Sadreddin Efendi (1919b) ‘Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer‘iyye Kararnâmeleri Hakkında’, S:403, C:16.

Sadreddin Efendi (1919c) ‘Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer‘iyye Kararnâmeleri Hakkında’, S:414, C:15.

Sadreddin Efendi (1919d) ‘Hukûk-ı Âile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer‘iyye Kararnâmeleri Hakkında’, Sebîlürreşâd, S:439, C:17.

Samar, Mahmut (2020) ‘İbn Şübrûme ile Ebû Hanîfe Arasındaki İhtilafın Analizi’, Sosyal Bilimler Dergisi, S:4, s.115-130.

Sarıtepe, Erdoğan / Aydemir, Ramazan (2020) ‘Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nde Hanefiler Dışındaki Mezheplerin Görüşlerine Dayanan Maddelerin Değerlendirilmesi’, Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:25, s.29-64.

Seçkin, A. Recai (1967) Yargıtay Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi, 1. Baskı, Ankara, Yarı Açık Cezaevi Basımevi.

Senhuri, Ahmed Ferec, Mezheplerin Hükümleri Arasında Telfik, (Çeviri: Hayreddin Karaman), <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/dortrisale/0181.htm> s.e.t. 19.05.2022.

Seviğ, V. Raşit (1951) ‘Fıkıh ve Medeni Kanun’, AHFD, C:8, S:3, s.210-235.

Seyitdanlioğlu, Mehmet (1999) Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868) 2. Baskı, Ankara, TTK.

Seyitdanlioğlu, Mehmet (2006) ‘Divan-ı Hümayun’dan Meclis-i Mebusan’a Osmanlı İmparatorluğu’nda Yasama’ (Editör: Halil İnalcık ve Mehmet Seyitdanlioğlu) Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul.

Seyitdanhoğlu, Mehmet (2009) ‘Eski Türklerde Devlet Meclisi Toy Üzerine Düşünceler’, Tarih Araştırma Dergisi, C:28, S:45, s.1-12.

Şâban, Zekiyüddin (2017) İslam Hukuk İlminin Esasları (Mütercim: İbrahim Kâfi Dönmez), 28. Baskı, Ankara, TDV.

Şafak, Ali (1977) İslam Hukukunun Tedvini, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Basımevi.

Şemseddin Sami (h.1317) Kamus-ı Türki, Dersaadet, Akdam Matbaası.

Şentop, Mustafa (2005) ‘Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyeti Literatürü’, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C:3, S:5, s.647-672.

Şentop, Mustafa (2010) Osmanlı Ceza Hukukunda Genellik İlkesi Bağlamında Suç-İnanç (Din) İlişkisi, Dinsel ve Kültürel Farklılıkların Bir Arada Yaşanması: İstanbul Tecrübesi, (Editörler. Mehmet Fatih Arslan- Muhammed Veysel Bilici), İstanbul.

Şimşirgil, Ahmet / Ekinci, E. Buğra (2008), Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul, KTB Yayınları.

Şirânî, Ahmed (1919) ‘Hukûk-ı Âile Kararnâmesi’, İ’tisâm, S: 40, s.417-421.

Tan, Oğuzhan (2018) ‘İslam Hukukunda Çocukluk ve Çocuk Evliliği’, Cumhuriyet İlahiyat Dergisi, C:22, S:2, s.783-805.

Tanör, Bülent (2018) Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 31. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları.

Taşkesenlioğlu, M. Yasin (2018) Tanzimat Döneminde Bir Reform Meclisi Meclis-i Âlî-i Tanzimat (1854-1861) Ankara, TTK.

Telkenaroğlu, Rahmi (2009) ‘Fıkıh Usulünde Muhattie ve Musavvibe’ (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Temelkuran, Tefik (1975) ‘Divan-ı Hümayun Mühimme Kalemi’, Tarih Enstitüsü Dergisi, S:6, s.129-175.

Teziç, Erdoğan (2017) ‘Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler’, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısını 55 Makale, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları.

Thomsen (1993) Çözülmüş Orhun Yazıtları, (Çeviri: Vedat Köken), Ankara.

Togan, A. Zeki Velidi (1981) Umumi Türk Tarihine Giriş: En Eski Devirlerden 16. Asra Kadar, Enderun Kitabevi, İstanbul.

Tunaya, Tarık Zafer (1997) ‘İkinci Meşrutiyetin Siyasal Hayatımızdaki Yeri’, Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876-1976.

Tursun Bey (1977) Tarih-i Ebü’l-Feth (Derleyici: A. Mertol Tulum), İstanbul, Baha Matbaası.

Tüfekçi, İbrahim (2016) Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ne Yöneltilen Eleştiriler Sadreddin Efendi Örneği, İstanbul, Pasifik Ofset.

Türcan, Talip (1999) ‘İslam Hukukunda Devletin Egemenlik unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri’ (Doktora Tezi) Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Türcan, Talip (2004) ‘İslam Hukukunda Yasamanın Yargı Yoluyla Denetlenmesi’, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S:3.

Türcan, Talip (2007) ‘Hilafet Teorisindeki Dönüşümde Türk Siyaset Düşünürlerinin Rolü- Yasamanın Sekülerleşmesi Bağlamında Bir İnceleme’, Uluslararası Türk Dünyasının İslamiyet’e Katkıları Sempozyumu, Isparta.

Türcan, Talip (2010) ‘Şeriat’, TDVİA, C:38.

Türcan, Talip (2010) ‘Şura’, TDVİA, C:39.

Türcan, Talip (2012) ‘Ülû’l-emr’, TDVİA, C:42.

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, < <https://sozluk.gov.tr/> >, s.e.t 08.05.2022

Türk Hukuk Lügati (1991) 3. Baskı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, s.188.

Uçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal (2015), Türk Hukuk Tarihi, 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Uraler, Aynur (2012) ‘Hadislerde İstidlâl Konusunda Beyhakî’nin Cüveynî’ye Yazdığı Mektup Üzerine Bir Değerlendirme’, Hadis Tetkikleri Dergisi, C:10, S:2, s.61-82.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (1941) ‘Gazi Orhan Bey Vakfiyesi’, Belleten, C:5, S:19.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (1984) Osmanlı Devleti’nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara, TTK.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (1988a) Osmanlı’nın İlmiye Teşkilatı, Ankara, TTK.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (1988b) ‘Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal’, Ankara, TTK.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (1941) ‘Tuğra Ve Pençeler İle Ferman Ve Buyuruldulara Dair’, Belleten, C:5, S:17-18, s.101-157.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet (1940) Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, İstanbul, Maarif Matbaası.

Vural, Muammer (2011) ‘Yasama Kavramı Ve Yetkisi Açısından Pozitif Hukuk İle İslam Hukuku Arasında Bir Mukayese’, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:36, s.177-200.

Vural, Muammer (2015) ‘Dört Halife Döneminde Yasama Faaliyetinin İşleyişi ve Bazı Yasama Örnekleri (Hz. Ömer Dönemi)’, İLTED, Erzurum C:2, S: 44, s.339-363.

Yaman, Ahmet (2005) ‘Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer’iliği Tartışmalarına Eleştirel Bir Katkı’, İslamiyat Dergisi, S:1, s.113-125.

Yaman, Ahmet (2019) ‘Doktrin ve Olgu Bağlamında Küçüklerin Evlendirilmesi’, Eskiye, S:38, s.9-29.

Yaman, Ahmet / Çalış, Halit (2019), İslam Hukukuna Giriş, 19. Baskı, İstanbul, İFAV.

Yavuz, Yusuf Şevki (1995) ‘Esam Ebu Bekir’, TDVİA, C:11.

Yazıcı, Abdurrahman (2015) ‘Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi’nin Eleştirileri’, EKEV Akademi Dergisi, S:62, s.567-584.

Yazır, Elmalılı M. Hamdi (1997) Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu, İstanbul, Eser Neşriyat.

Yıldız, Abdulkadir (2010) ‘Kanuni Esasi’de Yasama Yetkisi’ (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Yıldız, Hakkı Dursun (1988) ‘Abbasiler’, TDVİA, C:1.

Yıldız, Rıfat (2021) ‘Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi’nde Hanefî Mezhebinin Görüşü Dışında Kanunlaştırılan Fıkhî Görüşlerin Analizi’, Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:17, s.214-232.

Yılmaz, Ejder (1976) Hukuk Sözlüğü, Ankara, Doruk Yayınları.

Yılmaz, İbrahim (2020) İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması, Ankara, Fecr Yayınları.

Yılmaz, Yasin / Atasoy, Samed (2021) ‘Mansurizade Said’in Tatbikat-ı Mecelle’sindeki Kavaid Merkezli Şerh Usulü’, Koyuncu, Nuran (Editör), Uluslararası Necmeddin Erbakan Hukuk Kongresi, 10-12 Nisan 2021, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Konya.

Yiğit, İsmail (1995) ‘Emeviler’, TDVİA, C:11.

Yusuf Has Hacib (2019) Kutadgu Bilig, Ankara, Gençlik Spor Yayınları.

Yücesoy, Hayrettin (2020) ‘Mihne’, TDVİA, C:30.

Zeydan, Abdü’l-Kerim (2015) el-Veciz fi Usul’il-Fıkh, Dımeşk, Risale.

ARŞİV BELGELERİ

77 Numaralı Ş.S. Defteri, Sicil Numarası 16 / 15,7 Cemaziyelevvel 1336 / 18 Şubat 1918.

77 Numaralı Ş.S. Defteri, Sicil Numarası 18 / 17,12 Cemaziyelevvel 1336 / 23 Şubat 1918.

Ayasofya Evkafı, Süleymaniye Kütüphanesi, Reşid Efendi, No:1036.

Ceride-i İlmiye (1916), S: 20, C:2, s.353.

COA, HH.d..., 16425, 7 Rabiulevvel 1289 / 19 Haziran 1872.

COA, İ.MSM 3/38, 1260 R 22, 29 Rabiulahir 1260 / 11 Mayıs 1844.

COA, MV., 251/24, 19 Ramazan 1337 / 18 Haziran 1919.

COA, YB.021, 52-7, 19 Rabiulahir 1339 / 31 Aralık 1920.

COA. MŞH. ŞSC. d., 1215, 16/36, 13 Zilhicce 1337 / 8 Eylül 1919.

COA. MŞH. ŞSC. d., 1215, 8/28, 24 Cemaziyelahir 1336 / 6 Nisan 1919.

COA. MŞH.ŞSC.d., 1215, 106, 6 Recep 1337 / 7 Nisan 1919.

Diyarbakır Şer'iyye Sicilleri, Amid Mahkemesi, Sicil Numarası 3828/92.

İstanbul Müftülüğü Ş.S. Arşivi, Üsküdar Kadılığı, Sicil Numarası 791/9.

Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi, C: 3, Dönem 1, İctima 3.

Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi, C:1, Dönem 1, İctima 3.

Takvim-i Vekayi, İstanbul, 31 Teşrîn-i Evvel 1917.