

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

1913-1928 SÖZLEŞME SERBESTİSİ TARTIŞMALARI
BAĞLAMINDA OSMANLI'DAN CUMHURİYET'E
HUKUK VE İKTİSAT ETKİLEŞİMİ

MEMDUH ERDOĞAN

2501190387

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. NECMETTİN KIZILKAYA

İSTANBUL – 2023

ÖZ

1913-1928 SÖZLEŞME SERBESTİSİ TARTIŞMALARI BAĞLAMINDA OSMANLI'DAN CUMHURİYET'E HUKUK VE İKTİSAT ETKİLEŞİMİ

MEMDUH ERDOĞAN

Sözleşme serbestisi kavramı günümüz hukukunun temel ilkelerinden biri sayılır. Sözleşme serbestisinin meri hukuktaki bu önemli yeri 19. yüzyıl Batı hukuku düşüncesinde ilk defa kavram olarak ortaya çıkışıyla beraber düşünüldüğünde, kavramın Batı dışındaki hukuk ekollerıyla olan etkileşiminin keyfiyeti irdelenmesi gereken bir konudur. Bu çalışmanın amacı bu etkileşim sürecini Mecelle ve sonrası için Osmanlı-Cumhuriyet bağlamında ele almak, kavramın uygulamaya giriş sürecindeki hukuk ve iktisat temelinde yürütülen tartışmaları ortaya koymaktır. Bir şemsiye kavram olarak “*serbestî*” (liberalizm) iktisadi, siyasi ve hukuki yansımaları olan bir anlamsal bütünlüğe sahiptir. Bu kavramın hukuki veçhesini ifade eden sözleşme serbestisinin (*serbestî-i mukavelât*) ise Batı hukuku ve kapitalist ekonomi modeli çerçevesinde üretilen bir kavram olduğu ve iktisadi yayılım sürecinde Osmanlı dünyasına girdiği görülür. Mecelle’de “Bey‘ bi’ş-Şart” başlığında ele alınan şartlar konusunun Hanefi mezhebine göre düzenlenmesi dönemin serbest ticaret ve sözleşme anlayışıyla uyuşmadığı bizzat Mecelle Cemiyeti tarafından tespit edilmiş ve örfe yapılan atıfla çözülmeye çalışılmıştır. Bu teklifin uygulamada yeterli olmaması sebebiyle özellikle II. Meşrutiyet ve sonrasında görülen eleştirilere karşılık olarak Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu ve Mecelle’de yapılan tadil çalışmalarıyla ticari ilişkilerdeki ihtiyaçlar giderilmeye çalışılmıştır. Bu süreçte fıkıh birikiminin sözleşme serbestisi kavramına imkân verecek şekilde yeniden okunduğu, ilk başta *telfik* usulünce mezhepler arası bir yaklaşım benimsenirken daha sonra mezheplerle sınırlı olmadan uygun bir ictihadın tercihiyle kavrama meşruiyet sağlandığı görülmüştür. Son olarak, çalışma dâhilinde sözleşme serbestisi ilkesinin yürürlüğe girdiği ilk düzenlemenin 1914 Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu olduğu tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Sözleşme Serbestisi, Serbesti-i Mukavelat, Fasid Şart, Mecelle, Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu, Tadil Komisyonu, Borçlar Kanunu.

ABSTRACT

THE INTERACTION OF LAW AND ECONOMICS FROM THE OTTOMAN PERIOD TO THE REPUBLIC IN THE CONTEXT OF THE DEBATES ON THE FREEDOM OF CONTRACT 1913-1928

MEMDUH ERDOĞAN

The concept of freedom of contract has a dominant position as one of the fundamental principles of contemporary law. Considering this vital place of freedom of contract in the law, together with its first emergence as a concept within Western legal thought during the nineteenth century, the nature of the interaction of the concept with non-Western law schools is an issue that needs to be analyzed. This study aims to examine this interaction process in the Ottoman-Republican context for the *Mecelle* and its aftermath, revealing the debates on the basis of law and economics during the implementation of the concept. The notion of “*serbestî*” (liberalism) as an umbrella concept has a conceptual totality with economic, political, and legal aspects. The study argues that the freedom of contract (*serbestî-i mukavelât*), which expresses the legal aspect of this notion, was a concept produced within the framework of Western law and the capitalist economic model and entered the Ottoman world during the expansion process of capitalist European economies. It was determined by the *Mecelle Cemiyeti* itself that the regulation of the stipulations, covered under the heading “*Bay‘ bi’l-Shar‘*” in the *Mecelle* in accordance with the *Ḥanafî* school, was incompatible with the free trade and contract understanding of the period. Thus, the *Cemiyet* suggested that the existing transactions could be justified within customary practice (*‘urf*). Since this suggestion was not efficient enough in practice, in response to the criticisms seen especially during and after the Second Constitutional Era, amendments were made to the *Uşûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiye Kânûnu* and the *Mecelle* in order to meet the needs in commercial relations. In this process, the *fiqh* literature has been reinterpreted in a way to allow the concept of freedom of contract, and while an *inter-madhab* approach was initially adopted through the method of *talfîq*, the concept was later legitimized by choosing from *ijtihâds* that was not limited to any particular *madhab*. Finally, the study reveals that the first regulation in which the principle of freedom of contract was enacted was the 1914 *Uşûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiye Kânûnu*.

Keywords: Islamic Law, Freedom of Contract, Serbesti-i Mukavelat, al-Shart al-Fasid, Hanafi Madhhab, Mecelle, Amendment Commission, Code of Obligations.



ÖN SÖZ

19. ve 20. yüzyıllar Osmanlı'nın Avrupa'daki düşünce ve uygulamayla çeşitli şekillerde yüzleştiği bir dönem olması sebebiyle dikkat gerektiren bir tecrübeyi ifade etmektedir. Bu dönem, bir yandan düşünce tarihi açısından bugüne en yakını olması sebebiyle intibak edilmesinin kolay olduğu, diğer yandan düşünce ve kurumların hiç olmadığı kadar hızlı değişimi ve kompleks yapısı sebebiyle bir iddiada bulunmanın çok riskli olduğu bir mahiyete sahiptir. Üstüne üstlük Osmanlı'nın bu tecrübesi yine aynı dönemde hem kırılma hem de devamlılığı ifade edebilecek Türkiye Cumhuriyeti'ne taşınmıştır. Bu çalışma dâhilinde bütün bu çok-katmanlı yapısıyla dönemin iktisadi, siyasi, fikrî ve elbette hukuki yönlerini kendisinde gösterdiği temsili bir kavram olarak “serbestî-i mukavelât”ın tarihsel ve fikrî takibi yapılmıştır.

Tez çalışmamı hazırlamam şüphesiz pek çok kişinin katkıları ve destekleriyle mümkün olmuştur. Yoğun gündeminde dahi tez görüşmesi için her zaman vakit ayıran çok kıymetli hocam ve danışmanım Prof. Dr. Necmettin KIZILKAYA'ya teşekkürü kendime borç bilirim. Ders ve birebir yaptığımız toplantılardaki ilmî ve ufuk açıcı yönlendirmeleri sadece çalışmamın değil, akademik anlayışımın gelişmesinde de çok değerli katkılar sunmuştur. Tezimi dikkatli bir şekilde okuyarak değerli eleştiriler ve katkılarda bulunan kıymetli jüri üyelerim Dr. Öğr. Üyesi Batuhan Buğra AKARTEPE ve Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Bedrettin TOPRAK'a teşekkür ederim.

Tezimin planlanması ve yazım sürecinde değerli ilmi müzakerelerde bulunduğum ve bu sayede zihnimi netleştirme imkânı bulduğum Prof. Dr. Sami ERDEM, Doç. Dr. Eyyüp Said KAYA, Dr. Öğr. Üyesi Ali Adem YÖRÜK, Mustafa TAŞ, Mustafa İNCE, Hüseyin SAĞLAM ve M. Taha KARA'ya müteşekkirim. Yazdığım tez bölümlerini tekrar okuyacak gücü kendimde bulamadığımda metni ikinci bir gözle okuyup kıymetli katkılar sunan Rıdvan Talha YÜCEDAĞ, Faruk MERGEN ve Zeki NACAR'a şükranlarımı iletiyorum. Osmanlı fıkıh birikimine ve ulemasına olan büyük merakı benim için ilham kaynağı olan, tezimi tamamlamam konusunda sıkça bana moral veren ve son bir yılda İslam Tetkikleri Enstitüsü'ne hizmette bize müdür ve ağabeylik yapan merhum Prof. Dr. Ahmet Hamdi FURAT hocamı minnet ve şükranla anıyorum.

Beni büyük emek ve fedakârlıklarla yetiştiren, maddi ve manevi desteklerini her zaman hissettiğim ve beni ısrarla ilme yönlendiren muhterem babam ve anneme

minnettarım. Bana her konuda yardımcı olan ve arkamda duran değerli abim ve ablama şükranlarımı sunarım. Son olarak, tez sürecimin dert arkadaşı ve en büyük destekçisi çok değerli eşime ne kadar teşekkür etsem azdır. Her ikimizin de tezlerimizi bitirmek için birbirimizi teşvik ederek katlandığımız uzun gece çalışmaları bu sürecin en değerli anıları oldu.

Memduh ERDOĞAN

Fatih, 2023



İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	II
ABSTRACT.....	III
ÖN SÖZ	V
TABLolar LİSTESİ	IX
KISALTMALAR LİSTESİ.....	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AKİTLERDE ÖNE SÜRÜLEN TAKYİDÎ ŞARTLAR

I. Takyidî Şartlar	12
A. Sahih Şart	12
B. Fâsid Şart.....	17
C. Batıl Şart.....	26

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA'DA SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

I. Avrupa'da Sözleşme Serbestisi Kavramını Üreten <i>Zeitgeist</i>	30
A. 19. Yüzyıl Öncesi Hukuki Yapı: Roma Hukukunun Aristotelesçi Düşünceyle Sentezi	30
B. Sözleşmenin Yeniden Kurgulanması: Sözleşme Serbestisinin Yükselişi	35
II. Sözleşme Serbestisi ve Kapitalist Piyasa Ekonomisi.....	39
A. Piyasa Ekonomisinin Hukuku: Hesaplanabilirlik ve Öngörülebilirlik.....	40
III. Osmanlı'da İktisadi <i>Serbestî</i> Kavramının Gelişimi	43
A. Klasik Ekonomik Çerçevenin Dönüşümü ve <i>Serbestî</i> Fikri.....	47

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1913-1928 *SERBESTÎ-İ MUKAVELÂTA* DAİR YÜRÜTÜLEN TARTIŞMALAR VE MEVZUATTAKİ DÖNÜŞÜM

I.	II. Meşrutiyet Öncesi Sözleşme Serbestisi.....	53
A.	Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ve Şerhleri	53
1.	Mecelle'nin Hazırlanışı ve Yapısı.....	53
2.	Şartla Bey': Mecelle ve Şerhlerine Göre Takyidî Şartlar	58
3.	Mecelle'den Tadil Çalışmalarına	68
B.	1879 Usul-i Muhakemât-i Hukukiye Kanunu	73
II.	Serbestiye Doğru: Kanun ve Hukuk Fikriyatı	74
A.	1914 Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu Tadili	74
B.	Mecelle Tadilleri	79
1.	<i>Serbestînin Fikrî Altyapısının Kuruluşu: Fıkıh ve Batı Üzerinden</i> <i>Temellendirme</i>	79
2.	1916 Mecelle Tadil Komisyonu	91
3.	1923 Ukûd ve Vâcibât Komisyonu	98
4.	1924 Ukûd ve Vâcibât Komisyonu	99
C.	1926 Borçlar Kanunu	105
SONUÇ.....		108
KAYNAKÇA.....		112

TABLÖLAR LİSTESİ

Tablo 1: Furû-ı Fıkıhta Şartların Türleri

Tablo 2: Aristoteles Geleneğine Göre Adalet Taksimi

Tablo 3: Mecelle Tadil Komisyonu Tarafından Kitâbu'l-Buyû'da Yapılan
Değişiklikler



KISALTMALAR LİSTESİ

b.	: ibn, bin
BK	: 1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
çev.	: çeviren
der.	: derleyen
ed.	: editör
haz.	: hazırlayan
Ktp.	: Kütüphanesi
md.	: madde
ö.	: ölüm tarihi
s.	: sayfa
sy.	: sayı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
t.y.	: tarih yok
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
thk.	: tahkik eden
UMHK	: Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
Yay.	: Yayınevi, Yayınları

GİRİŞ

I. Çalışmanın Konusu

Hukukun temel ilkelerinden olan sözleşme serbestisi liberal hukuk felsefesinin borçlar hukukundaki bir yansıması olarak ortaya çıkar. Buna göre taraflar hukuk düzeninin sınırları dâhilinde¹ irade beyanlarına dayanarak özgürce hukuki sonuçlar meydana getirebilmektedir. Sözleşme serbestisi ile kişiler mutabık kaldıkları sözleşmelerde üçüncü tarafların, özellikle devletin, baskısından korunmuşlardır. Bir kavram olarak sözleşme serbestisi; sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin şekli, konusu ile içeriğini düzenleme, tarafların anlaşması sonucu sözleşmeyi değiştirme ya da ortadan kaldırma konularında tarafların özgür/serbest olduğu anlamına gelmektedir.² Bu çalışmada sözleşme serbestisi kavramının 19. yüzyılda Avrupa'daki felsefi, ekonomik ve hukuki dönüşümler sürecinde ortaya çıkışı ve Mecelle'den başlamak üzere önce bir ihtiyaç, ardından kavramsal bir ilke olarak Osmanlı dünyasına girişi ele alınmaktadır. Bu süreci ele almak için çalışma üç bölüm olarak planlanmıştır.

Tezin ilk bölümünde klasik fıkıh eserleri üzerinden takyidî şartlar ele alınmıştır. Osmanlı tecrübesi ve Mecelle'yi yansıtmaları açısından merkeze Hanefi eserleri alınmış olup gerekli yerlerde diğer mezhep fakihlerinin görüşlerine de değinilmiştir. Tezin ana konusu “sözleşme serbestisi” olmakla birlikte ilk bölümde takyidî şartların ele alınması, tezin sınırlarıyla ilgilidir. Zira Osmanlı son dönemi bağlamında sözleşme serbestisinin kabulü konusunda tartışmaları doğuran mesele Hanefi mezhebindeki takyidî şartlara dair hükümler olmuştur. Böylece tezin ilk bölümünde bu bağlama uygun olarak ilgili hükümler detaylandırılmıştır. Bu açıdan birinci bölüm, üçüncü bölümdeki tartışmaların anlaşılması için gerekli teorik altyapıyı sunmaktadır.

¹ 19. yüzyıldan günümüze kadar sözleşme serbestisinin hukuk içerisindeki sınırları değişiklik göstermiştir. Ancak belirli sınırlamalara rağmen sözleşme serbestisinde “irade özerkliği asıl, sınırlama ise istisna” olarak yer almıştır. (Fikret Eren, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 16.)

² Hüseyin Hatemi - K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 60-62; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), I/503; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015), I/73-75; Eren, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 17; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), I/24; Yavuz Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2014), 14-18.

Sözleşme serbestisi kavramının Batı hukukundaki gelişimini ele alan ikinci bölümde, ilk olarak 19. yüzyıl sözleşme teorisi öncesi hâkim olan Geç Skolastikler'in görüşleri ele alınmıştır. Roma hukuk geleneğini Aristoteles felsefesi üzerinden yeniden kurgulayan bu ekolün oluşturduğu hukuk anlayışının sözleşme ve şartlara dair yaklaşımları değerlendirilmiştir. Geç Skolastikler'in görüşlerinin değerlendirilmesi ise "sözleşme" fikrine dair 19. yüzyıldaki dönüşümü daha açık tespit edebilmek içindir. Buna ilaveten, sözleşme serbestisiyle Osmanlı bağlamında Hanefi geleneğinden yaşanan kopuşun aslında 18-19. yüzyıllarda Batı hukuku içerisinde de yaşandığı ortaya konulmuştur. Daha sonrasında Kara Avrupası ve Anglosakson hukuk sistemlerindeki sözleşmenin liberalizm ve kapitalizm ekseninde yeniden kurgulanışı incelenmiştir. Böylece üçüncü bölümde Osmanlı'daki müelliflerin sözleşme serbestisinin meşrulaştırılmasında kullandığı argümanların kaynakları tespit edilmiş ve söylemlerdeki paralelliklere işaret edilmiştir. Son olarak sözleşme serbestisi kavramının iktisadi ayağını oluşturan klasik iktisat düşüncesinin, Osmanlı'daki ifadesiyle *serbestî* düşüncesinin, Osmanlı fikrî hayatına girişine temas edilmiştir. Bu süreçte Avrupalı devletlerle Osmanlı'nın büyüyen ticari hacmine işaret edilmiş ve kapitalizm ekseninde Osmanlı iktisadi hayatının nasıl şekillendiği açıklanmıştır. Böylece *serbestî-i mukavelât* düşüncesine uzanacak iktisadi fikriyatın ve uygulamaların temelleri ortaya konulmuştur.

Sözleşme serbestisinin Osmanlı hukuk düşüncesi ve mevzuatına girişinin ele alındığı üçüncü bölüm, iki kısım olarak planlanmıştır. Batı hukukundakine benzer şekilde dönüşümün öncesi ve sonrasının tespiti sebebiyle ilk kısımda değişim emarelerinin başladığı nokta olarak Mecelle ele alınmıştır. Konuya dair Mecelle maddelerinin değerlendirilmesi şerh çalışmaları üzerinden detaylandırılmıştır. Yine Mecelle'nin şartlara dair hükümlerinin meriyeti hakkında düzenleme yapması sebebiyle Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu bu bölüm altında incelenmiştir. İkinci kısım ise dergi yazıları, kanun tasarıları, tadil komisyonu tutanakları ve raporları üzerinden sözleşme serbestisinin uygulamaya girişini ele alır. Böylece kanundaki serbestiyi tesis eden maddelerin yanı sıra Osmanlı ana hukuk yapısını oluşturan Hanefi mezhebinin görüşünden kopuşun nasıl delillendirildiği ve meşrulaştırıldığı ortaya konulmuştur.

II. Çalışmanın Amacı ve Önemi

Bu çalışmanın temel amacı günümüz hukukunda merkezî bir konuma sahip olan “sözleşme serbestisi” esasına dair Osmanlı’dan Cumhuriyet’e geçişte hukuk ve iktisat temelinde yürütülen tartışmaları ortaya koymaktır. Böylece birkaç noktanın izah edilmesi amaçlanmaktadır. Bunlardan ilki sözleşme serbestisi kavramının Batı hukuku ve kapitalist ekonomi modeli çerçevesinde üretilen bir kavram olduğunu ve iktisadi yayılım sürecinde Müslüman toplumların gündemine bir esas olarak dâhil olduğunu Osmanlı bağlamında ortaya koymaktır. Böylece tez, İslam hukukunun ikincil literatüründeki sözleşme serbestisine dair yaklaşımı da eleştirmektedir. Zira mevcut bazı çalışmalar; akitler ve şartlar konusunu bu kavram ekseninde ele almak suretiyle fıkhi birikime bir yandan apolojetik yaklaşılrken diğer yandan anakronizm hatasına düşmektedir. Böylece mevcut İslam hukuku çalışmalarında görülebilen fıkhi, Batı hukuku temelli kavramsal şablona göre okuma ve yorumlama hatasının sözleşme serbestisi için de geçerli olduğu, kavramın fikrî ve pratik kaynaklarının tespitiyle ortaya konulmuştur.

İkinci olarak sözleşme serbestisi kavramının meri Türk hukukundaki başat konumu dikkate alındığında kavramın tarihî dönüşümünün tespiti hukuk tarihi çalışmaları için önem arz etmektedir. Ancak ikincil literatürdeki çalışmaların 1926 Borçlar Kanunu öncesindeki sözleşme serbestisi kavramına dair yürütülen zengin tartışmaları tespit etmediği görülmektedir. Dahası çalışmalar sözleşme serbestisinin ilk defa 1926 Borçlar Kanunu ile hukuk gündemimize girdiğini iddia etmektedir. Tezde ise Mişon Ventura ve Temistokli Zembulidis gibi Cumhuriyet’in erken dönem hukukçularına yapılan atıflarla ilkenin yürürlüğe girdiği ilk düzenleme, 1914 Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu olarak tespit edilmiştir. Böylece sözleşme serbestisinin mevzuata giriş tarihi on iki sene daha öncesine çekilirken iki kanun arasındaki süreçte hukukçular ve komisyonlar tarafından yürütülen tartışmalar da ortaya konulmuştur. Aynı zamanda Osmanlı son dönemindeki hukuki birikimin ve tartışmaların zenginliği gösterilmiştir.

Üçüncü olarak tezin başlığından da anlaşılacağı üzere sözleşme serbestisi kavramı üzerinden yaşanan değişim sadece hukuki değil iktisadi saikler ve talepler üzerinden de değerlendirilmiştir. Zira sözleşme serbestisi kavramı teze göre dönemin mali ve siyasi bağımlılıklarının bir sonucu olarak ortaya çıkan hukuki bağımlılığın bir

ürünü olmuştur. Aynı zamanda Osmanlı'nın son dönemine dair mevcut literatürde iktisat tarihi ve hukuk tarihi çalışmalarının yaşanan dönüşümleri kendi disiplinleri dâhilinde ele aldıkları görülür. Bu tezde ise sözleşme serbestisi gibi farklı alanlarda, özellikle liberalizm/serbestî bağlamında, yansıması olan bir kavramın örnekliğinde yaşanan tecrübenin çok-katmanlı yapısına dikkat çekmek amaçlanmıştır. Son olarak çalışmada, Osmanlı 19 ve 20. yüzyıllarında hukuk birikimine sahip kişilerin Batılı kavram ve fikirlere olan aşinalığı ile bunlar üzerinden fıkıh ve Batı hukuk birikimi arasında yaptıkları müzakerelere örnek verilmesi amaçlanmıştır. Zira Mecelle'den başlamak üzere şart serbestisinin bir problem olarak ele alındığı görülmektedir.

III. Çalışmanın Kapsamı

Çalışmanın ana konusunu teşkil eden “sözleşme serbestisi”; bölge, dönem ve kaynaklar olmak üzere üç açıdan sınırlandırılmıştır. 19. yüzyılda liberalizm ve kapitalizm ekseninde Batı'da ortaya çıkan sözleşme serbestisi kavramı daha sonrasında gerek modernleşme çabaları gerekse küreselleşme dâhilinde diğer ülkelerin hukuk düşüncesi ve mevzuatlarında yer edinmiştir. Böylece kavramın etkili olduğu geniş bir coğrafya ortaya çıkmıştır. Bu çalışma ise Osmanlı ve Cumhuriyet yönetimlerinin merkezleri olan İstanbul ve Ankara ile sınırlandırılmıştır. Böylece Osmanlı dışındaki Müslüman coğrafya konu dışında bırakıldığı gibi Osmanlı dâhilindeki Mısır Hidivliği bağlamı da ele alınmamıştır.

Tartışmalara dair zamansal sınırlandırma ise başlıkta da ifade edildiği gibi 1913-1928 tarihleri arası olarak tespit edilmiştir. Aslında çalışma Mecelle'den 1926 Borçlar Kanunu'na kadarki süreci konu almaktadır. Ancak Mecelle sonrasında konuya dair ilk yayınların Celal Nuri ve Mustafa Asım'ın 1913 tarihli dergi yazıları olması sebebiyle başlangıç olarak bu tarih tespit edilmiştir. Benzer şekilde 1926 Borçlar Kanunu'na dair değerlendirmeleri içermesi sebebiyle Temistokli Zembulidis'in 1928 tarihindeki dergi yazısı zamansal olarak çalışmanın sonu olarak tespit edilmiştir. Böylece 1913 ile 1928 yılları arasındaki on beş yıllık dönemde yer alan tartışmalar çalışmanın zamansal sınırını oluşturmuştur. Aslında bölgesel ve dönemsel sınırlandırmanın bir sonucu da konudaki sınırlandırma olmuştur. Zira şemsiye kavram olarak sözleşme serbestisinin ilgili bağlamdaki tartışma alanı özellikle takyidî şartlar dâhilinde gerçekleşmiştir.

Son olarak sözleşme serbestisine dair tartışmalar, dönemin hukuk alanındaki yayınları ve kanunda yapılan değişiklikler üzerinden takip edilmiştir. Hukuk alanındaki

yayınlar dergi yazıları ve ders kitaplarını içermektedir. Kanun dâhilindeki kaynaklar ise kanun şerhleri ve tadil mazbatalarıyla beraber tadillere dair değerlendirmelerin yapıldığı tadil komisyonu ve meclis zabıtlarını içermektedir. Böylece kanundaki değişimlerin arka planı bireysel çalışmaların yanı sıra bizzat zabıtlar üzerinden de takip edilmiştir. Sözleşme serbestisine dair düşünsel ve mevzuattaki dönüşümü böylece takip etmek mümkün olmuşken uygulamadaki değişiklikleri gösteren mahkeme kayıtlarının çalışmanın sınırlılıkları sebebiyle ele alınmadığı ifade edilmelidir.

IV. Literatür Değerlendirmesi

Çalışmanın konusu sözleşme serbestisi kavramı olmakla beraber Osmanlı ve fıkıh bağlamında kavrama dair tartışmaların çoğunlukla takyidî şartlar üzerinden gerçekleştiği görülür. Bu sebeple ikincil literatürde sözleşme serbestisi ve takyidî şartlara dair yapılan çalışmaların çoğu zaman birlikte ele alındığı görülmektedir.³ Konuya dair bu çalışmaları iki başlık altında toplamak mümkündür: Sözleşme serbestisi bağlamında fıkıhtaki takyidî şartları ele alan çalışmalar ve Osmanlı bağlamında takyidî şartlara dair düzenlemeleri değerlendiren çalışmalar.

Dönemsel bir kısıtlama yapmadan takyidî şartları ele alan çalışmaların literatürde azımsanamayacak miktarda olduğunu söylemek mümkündür. Bu çalışmaların çoğunlukla sözleşme serbestisine de atıf yapmak suretiyle mezheplerin görüşlerini ele aldığı görülür. Aslında bizzat “sözleşme serbestisi” kavramına göre İslam hukukunun değerlendirilmesi tıpkı kavram gibi Batılı bir üründür. Zira meseleye dair erken bir değerlendirmeyi, Joseph Schacht’ın 1964 tarihli *An Introduction to Islamic Law* adlı eserinde İslam hukukunun sözleşme serbestisini (*liberty of contract*) tanımadığına dair iddiasıyla görmek mümkündür.⁴ Bunun bir sonucu olarak yapılan çalışmaların bazıları akitlerde öne sürülen şartları doktrinsel bağlamda bir fıkıh tartışması olarak değerlendirirken⁵ çoğunluğunun da “sözleşme serbestisi” ekseninde

³ Örneğin bkz. Ali Bardakoğlu, “İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1 (1983), 9-30. Yine Abdurrahman Haçkalı’nın yüksek lisans çalışması asıl olarak satım sözleşmesinde öne sürülen şartları konu edinmekle beraber sözleşme serbestisini de tez dâhilinde ele almıştır. Bkz. Abdurrahman Haçkalı, *İslâm Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar* (Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Yüksek Lisans, 1995).

⁴ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (Oxford, New York: Oxford University Press, 1982), 144.

⁵ Örneğin bkz. Mahmut Samar, “İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyidî Şartlar”, *Marife: Dini Araştırmalar Dergisi* XVIII/2 (2018), 501-526.

ele aldığı görülür.⁶ Bu bağlamda hazırlanan ilk Türkçe çalışma Ali Bardakoğlu'nun "İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı" adlı makalesidir.⁷ Bardakoğlu bu çalışmada sözleşme serbestisi kavramının⁸ düşünsel ve tarihî arka planına kısaca değinmiş, Kur'an ve sünnetteki delilleri değerlendirmiş ve mezheplerin takyidî şartlara dair görüşlerini ele almıştır. Bunun gibi hazırlanan bir diğer çalışma ise Abdurrahman Haçkalı'nın "İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi" adlı makalesidir.⁹ Haçkalı makalede sözleşme serbestisi kavramını yine takyidî şartlar bağlamında ele alıp fıkıh mezheplerini "Daraltıcılar", "Orta Yolu Takip Edenler" ve "Genişlik Taraftarları" şeklinde tasnif etmiştir. Bu isimlendirmelerde özellikle Arap İslam hukukçularından istifade eden Haçkalı, Zahiri mezhebi ile Hanbeli mezhebi arasında oluşturduğu serbestlik spektrumunda Hanefî mezhebini ortada konumlandırmıştır.

Hususen takyidî şartlara dair ilk tez çalışması ise 1995 yılında Abdurrahman Haçkalı tarafından hazırlanan "İslam Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar" isimli yüksek lisans tezidir.¹⁰ Tez konuya dair erken çalışmalardan olması sebebiyle dört mezhebi takyidî, ta'likî ve izâfî şartlar üzerinden kıyaslayan geniş bir içeriğe sahiptir. Yine dönemindeki cari 1926 tarihli Borçlar Kanunu'na sözleşme serbestisi bağlamında değinmiş ancak bu kısım ilgili maddelerin aktarılmasıyla sınırlı olmuştur. Böylece tez, klasik fıkıh eserlerindeki görüşlerin özetlendiği bir çalışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu minvaldeki bir diğer çalışma Mahmut Samar tarafından "İslam Borçlar Hukukunda Akitlerde Ca'li Şartlar" adıyla hazırlanan yüksek lisans tezidir.¹¹ Samar tezinde akitlerde öne sürülen şartlara dair görüşleri farklı mezhepler ekseninde incelemiştir. Yine bu tezi üzerinden hazırladığı "İslam Borçlar Hukukunda Akitlere

⁶ Örneğin bkz. Bardakoğlu, "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı"; Abdurrahman Haçkalı, "İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi", *Dinî Araştırmalar* V/13 (2002), 119-136; Recep Özdirek, *İslâm Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar* (Marmara Üniversitesi, Doktora, 2004); Halit Çalı, "İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", *Dinî Araştırmalar* VII/19 (2004), 269-295; Mahmut Samar, *Akitlerde Şart Hürriyeti* (Kahramanmaraş: SAMER, 2020); Hüseyin Karayaka, "Akit Hürriyetinin Kur'ânî Dayanakları", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 36 (2020), 227-253. Özellikle Recep Özdirek'in doktora çalışması İslam hukukundaki görüşlerin sözleşme serbestisinin alt türlerine göre tasnif edilip değerlendirildiği bir çalışmadır.

⁷ Bardakoğlu, "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı".

⁸ Sözleşme serbestisi kavramı literatürde farklı ifadelerle yer alabilmektedir. Bunlardan bazıları şunlardır: akit serbestisi, akit hürriyeti, sözleşme özgürlüğü ve sözleşme hürriyeti.

⁹ Haçkalı, "İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi".

¹⁰ Haçkalı, *İslâm Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar*.

¹¹ Mahmut Samar, *İslam Borçlar Hukukunda Akitlerde Ca'li Şartlar* (Necmettin Erbakan Üniversitesi, Yüksek Lisans, 2015).

Etkisi Bakımından Takyidî Şartlar”¹² adlı bir makale ve *Akitlerde Şart Hürriyeti*¹³ başlıklı kitap çalışması mevcuttur. İlgili çalışmalar dikkate alındığında çoğunlukla mezheplerdeki görüşlerin karşılaştırılması ve bunun üzerinden hangisinin daha sınırlayıcı veya “serbestiye uygun” olduğunun tespit edildiği görülür. Bardakoğlu sınırlandırıcıdan serbestliğe doğru dönüşümü “tarihi tekâmül” olarak değerlendirirken¹⁴ diğer çalışmalarda da günümüz iktisadi ihtiyaçların sonucu olarak akit ve bir unsuru olarak şart serbestisinin gerekliliğinden bahsedilmiştir. Genelde ca‘lî şartlar özelde ise takyidî şartları “serbesti” üzerinden yorumlayan ve tasnif eden bu çalışmaların serbestinin bir kıstas olarak değerlendirilmesine sebep olan altyapıyı ise yeterince dikkate almadığı görülmektedir. Böylece kavramın modernleşme bağlamındaki yeri ilgili çalışmalarda araştırma sorunsalı olarak görülmemiştir.

Benzer şekilde Noor Mohammed¹⁵, Atikullah Abdullah¹⁶, Mohammad Akram Laldin¹⁷ ve Hafas Furqani çalışmalarında akitler ve şartlar bağlamında İslam hukukunun görüşünü; Kur’an ayetleri ve hadisler üzerinden serbestliğe en uygun şekilde tespit etmişlerdir. Bu amaçla çalışmalarını mezhepler üzerinden kurgulamadıkları gibi İbn Teymiye ve İbn Kayyim el-Cevziye’ye serbestliğe en uygun görüşlere sahip olmaları sebebiyle hususen atıflar¹⁸ yapmışlardır. Bu açılardan “sözleşme serbestisi” kavramını farklı derecelerde “amaç” olarak tespit eden çalışmaların en kritik örneği ise Hüseyin Karakaya’nın doktora tezinden hazırladığı “Akit Hürriyetinin Kur’ânî Dayanakları” adlı makalesidir.¹⁹ Sözleşme serbestisini borçlar hukukunun bir esası olarak tespit eden çalışma Kur’an ayetleri üzerinden kavrama ait zihnî temellerin kurulduğunu iddia etmiştir.²⁰

¹² Samar, “İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyidî Şartlar”.

¹³ Samar, *Akitlerde Şart Hürriyeti*.

¹⁴ Bardakoğlu, “İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, 22.

¹⁵ Noor Mohammed, “Principles of Islamic Contract Law”, *Journal of Law and Religion* 6/1 (1988), 115-130.

¹⁶ Atikullah Abdullah, “The Doctrine of the Freedom of Contract (Hurriyyat al-Ta‘âqud) in Islamic Mu‘âmalât: An Exposition on the Concept and Rules of the Contract of Muqâwalah in the Construction Industry”, *Islamic Studies* 50 iii-iv (2011), 365-381.

¹⁷ Mohamad Laldin - Hafas Furqani, “Maqâşid Al-Sharî ‘ah and Stipulation of Conditions (Shurût) in Contracts”, *ISRA International Journal of Islamic Finance* 6 (2014), 173-182.

¹⁸ Örnekler için bkz. Mohammed, “Principles of Islamic Contract Law”, 127; Atikullah Abdullah, “The Doctrine of the Freedom of Contract (Hurriyyat al-Ta‘âqud) in Islamic Mu‘âmalât”, *Islamic Studies* 50/3/4 (2011), 367.

¹⁹ Karayaka, “Akit Hürriyetinin Kur’ânî Dayanakları”.

²⁰ “Şunu ifade edebiliriz ki örneklerini verdiğimiz ahde/akde bağlılığı emreden bu ayetler akit hürriyetinin zihni temellerini oluşturmaktadır.” (Karayaka, “Akit Hürriyetinin Kur’ânî Dayanakları”, 235.)

Akitlerde öne sürülen şartlara dair hazırlanan en geniş çalışma ise Hüseyin Ali eş-Şâzelî'nin *Nazariyetü's-Şart fî'l-Fıkhi'l-İslamî* adlı eseridir. Kitapta ta'likî, izâfî ve takyidî şartlar, hem Sünnî hem de Şîî fıkıh mezheplerine göre müstakil başlıklar altında ele alınmıştır. Kitap şartların hükümlerini sadece satış sözleşmesi üzerinden değil diğer akit türlerine göre de tespit etmiştir. Şâzelî ortaya koyduğu görüşlerin Mısır mevzuatındaki hükümlerle kıyaslamasını da yapmıştır.

Sözleşme serbestisi ve takyidî şartlara Osmanlı bağlamında değinen çalışmalar ise çok sınırlıdır. Bunlardan ilki Osman Kaşıkçı'nın 1997 tarihinde yayımladığı *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle* adlı eseridir.²¹ Çalışma, sözleşme serbestisi özelinde olmamakla beraber gerek Mecelle maddeleri gerekse tadil komisyonlarının tartışma gündemleri hakkında kısa değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu sebeple Kaşıkçı, diğer meselelerle beraber takyidî şartlar bahsini de Mecelle'deki maddeler ve 1916 Mecelle Tadil Komisyonu bağlamında ele almıştır. Ancak eserin geniş içeriği dikkate alındığında ilgili değerlendirmeler sınırlı ve tasvirî bir nitelikte olmuştur. Konuya dair hususi bir çalışma ise 1997 yılında çıkan Oussama Arabi'nin "Contract Stipulations (Shurût) in Islamic Law, The Ottoman Majalla" adlı makalesidir.²² Arabi bu çalışmasında Mecelle'deki Hanefî görüşünün dönemin ihtiyaçları sonucunda 1916 tarihli tadil komisyonlarında Hanbelî mezhebinin erken görüşüne göre tadil edilme sürecini işlemiştir. Böylece şartlara dair serbestlik sağlama çabasında olan komisyonun Hanbelî mezhebinin görüşünü nasıl pratik koşullar için ikame etmeye çalıştığını tespit etmiştir.

Her iki çalışmanın önemi takyidî şartlara dair Mecelle sonrasındaki 1916 tarihli Mecelle Tadil Komisyonu'nun yaptığı düzenlemeye değinmiş olmasıdır. Zira meseleyi klasik fıkıh eserleri bağlamında ele alan önceki çalışmalardan bazıları²³ Mecelle'ye değinmekle beraber bunu Hanefî mezhebinin örnek bir uzantısı olarak yapmışlardır. Bu açıdan takyidî şartlara dair Osmanlı bağlamındaki tartışma literatürüne değinilmemekteydi. Kaşıkçı ve özellikle Arabi'nin çalışmaları ise buna hukuki düzenlemeler bağlamında dikkat çekmişlerdir. Ancak Kaşıkçı'nın çalışması sunduğu

²¹ Osman Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1997).

²² Oussama Arabi, "Contract Stipulations (Shurut) in Islamic Law: The Ottoman Majalla and Ibn Taymiyya", *International Journal of Middle East Studies* 30/1 (1998), 29-50.

²³ Bardakoğlu, "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı"; Haçkalı, "İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi"; Çalış, "İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları"; Samar, *Akitlerde Şart Hürriyeti*.

içerik açısından sınırlıyken, Arabi'nin çalışması da salt olarak taddille beraber tercih edilen hukuki görüşteki değışime odaklanmaktaydı. Nitekim Arabi, sadece 1916 Tadil Komisyonu bağlamında Hanefi görüşünden Hanbeli görüşüne geçişı değerlendirmiştir. Dahası Arabi'nin ifadelerinden 1926 Borçlar Kanunu öncesinde kurulan 1923 ve 1924 tarihli Mecelle tadil komisyonlarını literatürde görmediğı anlaşılmaktadır.²⁴

Konumuza usul ve yaklaşım açısından en yakın çalışma ise Abdunentor Musliu'nun "Akit Hürriyeti Bağlamında Modern Dönem İslâm Hukukçularının Satım Akdi Çerçevesinde Takyidi Şartlara Yaklaşımları" başlıklı yüksek lisans tezidir.²⁵ Musliu bu çalışmasında mezheplerdeki takyidî şartlara dair görüşleri ele aldıktan sonra çağdaş Arap İslam hukukçularının sözleşme serbestisi kavramı ekseninde bu görüşleri nasıl değerlendirdiklerini ve serbesti ekseninde çözümler aradıklarını ele almıştır. Bu açıdan Musliu sözleşme serbestisi ekseninde fıkhi birikime karşı seçici yaklaşımı eleştirel bir şekilde değerlendirmiştir. Musliu'nun çalışmasının tezimizin bıraktığı yerden dönemsel olarak sonraki süreci konu edindiğı söylenebilir. Zira fıkıh ekseninde sözleşme serbestisine dair tartışmaların, tezimizin zamansal olarak mevzuattaki son noktasını oluşturan 1926 Borçlar Kanunu ile Osmanlı-Türkiye bağlamında sona erdiği görülür. Ancak özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısıyla benzer tartışmaların İslam hukukunun meri olmaya devam ettiği Arap dünyasında tartışılmaya başladığı görölmektedir. Diğer taraftan çalışma Arap İslam hukukçularına odaklanması sebebiyle kavramın Batılı kökenleri ve işlevine dair tartışmalara girmemiştir.

²⁴ Arabi, "Contract Stipulations (Shurut) in Islamic Law: The Ottoman Majalla and Ibn Taymiyya", 44.

²⁵ Abdunentor Musliu, *Akit Hürriyeti Bağlamında Modern Dönem İslâm Hukukçularının Satım Akdi Çerçevesinde Takyidi Şartlara Yaklaşımları* (Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans, 2019).

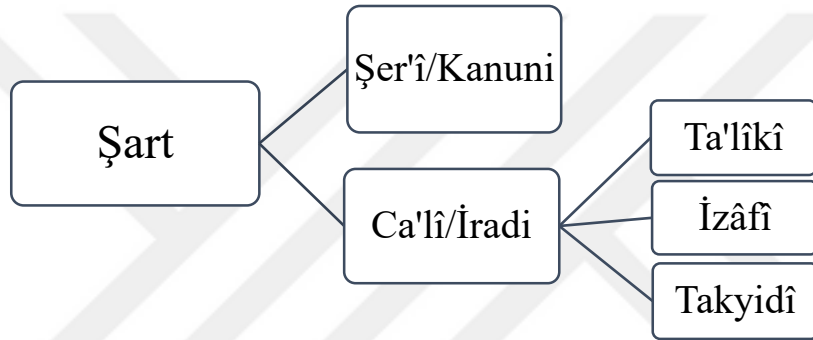


BİRİNCİ BÖLÜM

AKİTLERDE ÖNE SÜRÜLEN TAKYİDÎ ŞARTLAR

Temel düzeyde insanların yiyecek, giyecek, ulaşım vb. ihtiyaçlarının temininden; daha kurumsal olarak üretim ve dağıtım gibi çeşitli faaliyetlerin sürdürülmesine kadar insanlar arası ilişkiler akitler vasıtasıyla güvenceye alınır ve sürdürülür. Bu anlamda bir ihtiyacın giderilmesini veya bir zararın engellenmesini sağlayan akitlerin başlaması veya sona ermesinin belirli bir zaman veya olaya bağlanması yahut sonuçlarının düzenlenmesi şartlar ile gerçekleştirilir.²⁶ Şart kelimesi sözlükte “kayıt, koşul ve sınırlama” anlamlarına gelmektedir. Fürû-i fıkıh kavramı olarak şart, öne süren kaynak açısından ikiye ayrılmaktadır: şer’î/kanuni şart ve ca’lî/iradi şart.

Tablo 1: Furû-ı Fıkıhta Şartların Türleri



Şer’î şartlar, kanun koyucu (Şâri’) tarafından tayin edilmiş olup bir hükmün geçerli olabilmesi için gerekli şartlardır. Akdin varlık kazanması (*in ‘ikâd*) ve bağlayıcı olmasına (*lüzûm*) dair gerekli şartlar bunlara örnek verilebilir. Ca’lî şartlar ise tarafların kendi iradeleriyle ortaya koydukları ve akdin işleyişi ile sonuçlarına dair hükümleri düzenleyen şartlardır. “Akdi şartlar” veya “akde mukârin şartlar” olarak da isimlendirilen ca’lî şartlar; (i) ta’likî şartlar, (ii) izâfî şartlar ve (iii) takyidî şartlar olmak üzere üç kısma ayrılır. Ta’likî şartlar, bir hukuki işlemin kurulması veya sona ermesini gelecekte gerçekleşecek bir olaya bağlayan şartlardır. Bu tür şartlarla talep edilen koşul vuku bulmadıkça akdin hukuki varlık kazanması mümkün olmaz. İzâfî şartlar ise bir hukuki işlemin hükümlerinin işlerlik kazanmasını gelecekteki bir vakte bağlayan şartlardır. Dolayısıyla karşılıklı rızayla akit meydana gelmiş ancak akdin hükümlerinin geçerli olması ileri bir zamana ertelenmiştir. Son olarak, takyidî şartlar akitle beraber ortaya çıkan hak ve borçları, gerek sınırlamak gerekse artırmak suretiyle düzenleyen

²⁶ Osman Kaşıkçı, “Şart (Furû-i Fıkıh)”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 38/365.

şartlara denir.²⁷ Böylece, ilgili hukuki işlem belirli kayıtlarla sınırlandırılır ve işlemin mutlak formuna eklemeler yapılır.

Akdin işleyişini ve sonuçlarını doğrudan etkileyen takyidî şartların sözleşme serbestisi tartışmalarında ana gövdeyi oluşturması sebebiyle; bu bölümde, Hanefî mezhebini merkeze alarak kavramın fıkıh geleneğindeki konumu tartışılacaktır. Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerindeki farklılıklara ise gerekli yerlerde işaret edilecektir. Ayrıca Osmanlı son dönem tartışmalarındaki hususi konumları sebebiyle İbn Şübrüme (ö. 144/761) ve İbn Ebî Leylâ'nın (ö. 148/765) görüşleri de ilgili yerlerde aktarılacaktır.

I. Takyidî Şartlar

Belirli bir fıkıh mezhebi içerisinde bilgi üreten fakihlerin zaman ve mekân çeşitliliğini dikkate aldığımızda, bu kişilerin fıkhi meselelere dair farklı görüşlere sahip olmaları kaçınılmazdır. Ancak mezhep kavramının gereği olarak belirli görüşlerin mezhep içerisinde tercih edildiği görülmektedir. Bu bölümde Hanefî mezhebinin görüşünden kasıt da takyidî şartlar konusunda mezhepte çoğunluk tarafından tercih edilen görüşlerdir.²⁸ Buna göre, akde etkisi bakımından takyidî şartlar; (i) sahih, (ii) fâsid ve (iii) batıl olmak üzere üç bölümde değerlendirilir.

A. Sahih Şart

Akitle birlikte geçerli olan şart, sahih şart olarak isimlendirilir. Bu şartları en temelde dört başlık altında toplamak mümkündür: (i) akdin muktezâsı olan, (ii) akdin gereğine uygun (mülâ'im), (iii) kanun koyucu tarafından câiz kılınan ve (iv) örf hâline gelmiş şartlar.

Her akit ile elde edilmek istenen hukuki sonuçlar *akdin muktezâsı* olarak isimlendirilir. Diğer bir ifadeyle, akdin muktezâsı kural gereği akdin taraflara yüklediği hak ve borçlardır. Tanımı gereği akdin özüne ait olan bu şartlar tarafların ayrıca beyan etmesine gerek olmadan akitle beraber sabit olmaktadır. Bu şartların ayrıca öne sürülmesi ise sadece pekiştirme görevini yerine getirmektedir. Bundan dolayı, bunların şart olarak değerlendirilmeleri mecazidir. Bu şartların asli konumundan dolayı tarafların genel kural gereği bunları ortadan kaldıran beyanları akdi ifsad eder. Örneğin,

²⁷ Kaşıkçı, “Şart”, 38/365-367.

²⁸ Nitekim Seyyid Nesib Efendi İbn Hümmam'ın farklı tercihiine dikkat çekerek Hanefî mezhebini temsilen bu görüşün tatbik edilmesini önermiştir. Detaylar için bkz. Üçüncü Bölüm: 1913-1928 Serbestî-i Mukâvelâta Dair Yürütülen Tartışmalar ve Mevzuattaki Dönüşüm.

satım akdinin gereği olarak satıcının malı müşteriye teslim etmesi ve müşterinin buna karşılık malın bedelini satıcıya vermesi gerekmektedir.²⁹ Bu nedenle satıcının, satıma konu evi bir sonraki aya kadar teslim etmeyeceğini şart koşması akdin muktezâsına aykırı olup akdin fâsid olmasına sebep olur.³⁰ Zira malın tesliminde vade asıl olarak caiz olmayıp bedellerin karşılıklı teslimi gereklidir.³¹ Satış işleminin gayesi olan bu şartlar tarafların özellikle beyanına gerek kalmadan sabit olmaktadır. Benzer şekilde, satıcının sattığı maldaki ayıptan sorumlu olması veya müşterinin satın aldığı mal üzerindeki tasarruf hakkı bu tür şartlara örnek verilebilir.³² Akitlerin temelini oluşturan bu şartlar hakkında diğer mezhepler de aynı görüştedir.³³

İkinci olarak akdin gereğine uygun olan şartlar, doğrudan akdin muktezâsından olmamakla beraber onu teyit eden şartlardır. Bu tür şartlar akdin muktezâsına ait şartları kuvvetlendirdiği ve desteklediği için sahih kabul edilmiştir. Örneğin, rehin vermek veya kefil göstermek tarafların akdin gereklerini yerine getireceğine dair bir güvence işlevi görmektedir. Yine de belirtmek gerekir ki bu tür şartlar kural gereği akdin zorunlu bir şartı olmayıp tarafların sözleşmeye ilave ettikleri bir taleptir. Bu sebeple, bu şartlar aslen değil, istihsanen geçerli kabul edilmiştir.³⁴ Daha açık bir ifadeyle, taraflardan birine fayda sağlayan şartlar aslen fâsid olmasına³⁵ rağmen akdin gereğine uygun ve akdin gereklerini destekleyen şartlar olmaları durumunda caiz görülmüştür.

²⁹ Ebû Bekr Şemsü'l-e'imme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *el-Mebşu't* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1993), 13/14; Ebû Bekir b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i' fî tertibi's-şerâ'i'* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1986), 5/171; Ebû'l-Hasen Burhânüddîn 'Alî b. Ebî Bekr b. 'Abdîlcelîl el-Mergînânî, *el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti'l-mübtedî*, thk. Tallal el-Yusuf (Beyrut: Daru'l-İhyâ'î Tûrâşî'l-'Arabî, ts.), 3/48; Burhâneddîn Maḥmûd b. Ahmed el-Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭu'l-Burhânî fî'l-fikhi'n-Nu'mânî*, thk. 'Abdulkerim Sâmi el-Cundî (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2004), 6/389; Ebû'l-Fazl Meccüddîn 'Abdullâh b. Maḥmûd b. Mevdûd el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr li ta'alili'l-Muhtâr* (Beyrut: Matba'atü'l-Halebî, 1937), 2/25; İbrâhîm el-Halebî, *Multekâ'l-ebḥur*, thk. Ḥalîl 'Imrân el-Manşûr (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1998), 90; 'Abdülḡanî b. Tâlib b. Hammâde el-Meydânî, *el-Lübâb fî şerhi'l-Kitâb*, thk. Muhammed Muḥyiddin el-'Abdülḡamid (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, ts.), 2/26.

³⁰ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/49; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, 2/24.

³¹ Bedelin tesliminde vade, borçluya kolaylık sağlaması ve parayı temin edebilme imkânı vermesi sebebiyle borçlar için geçerlidir, mallarda ise kıyas gereği caiz değildir. (Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/49; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, 2/24.) Selem ve istisnâ gibi akitler ise şârî'in nassı sebebiyle istihsanen caiz görülmüştür.

³² Serahsî, *el-Mebşu't*, 13/14; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i' fî tertibi's-şerâ'i'*, 5/171; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/48; Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭ*, 6/389; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, 2/25; Halebî, *Multekâ'l-ebḥur*, 90; Meydânî, *Lübâb*, 2/26.

³³ Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed Kurtûbî Endelusî İbn Rüşd, *Bidâyetu'l-Muctehid ve Nihayetu'l-Muktesid* (Kâhire: Dâru'l-Hadîs, 2004), 3/178-179; Ebû Zekerîyya Yahya b. Şeref en-Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-muhezzeb* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1344), 9/363-364; el-Maḥdisî İbn Kudâme, *el-Kâfi fî fikhi'l-İmâm Ahmed* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994), 2/22.

³⁴ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i' fî tertibi's-şerâ'i'*, 5/171; Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭ*, 6/389.

³⁵ Serahsî, *el-Mebşu't*, 13/15; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i' fî tertibi's-şerâ'i'*, 5/169; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/48; Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭ*, 6/391; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, 2/25; Halebî, *Multekâ'l-ebḥur*, 90.

Bu şartların geçerli olması için bazı unsurların da gerçekleşmesi gereklidir. Örneğin kefilin ismen belirtilse de akit meclisinde mevcut olması gerekmektedir. Aksi hâlde kefilin bu akde razı olup olmadığı tespit edilemeyeceği için kefalet şartı akitle beraber fâsid olur. Kefalet onayının daha sonra yapılmasının şart koşulması ya da kefil olan kişinin akit meclisi dağıldıktan sonra bunu kabul etmesinin de bir farkı yoktur. Bu şekilde kurulan kefalet şartı akdin fâsid olmasına sebep olur. Ancak kefil akit meclisinde hazır bulunur veya akit meclisi dağılmadan yetişip kefalet yükümlülüğünü kabul ederse istihsanen bu akit geçerli görülmüştür. Hanefî mezhebindeki genel kurala göre ise bu akit fâsiddir. Nitekim kefalet, satıştan farklı olarak ikinci bir akit olarak bulunmaktadır. Satış sözleşmesinin doğurduğu hukuki sonuçlardan olmaması ve satıcıya bedelin güvencesi açısından menfaat sağlaması sebebiyle bu şekilde öne sürülen kefalet şartı fâsiddir. Genel kural gereği olarak kabul edilen bu hüküm aynı zamanda Züfer b. Hüzeyl'in (ö. 158/775) görüşüdür.³⁶ Mezhebin çoğunluğu ve diğer kurucu imamlar ise istihsan üzerine hükmetmişlerdir. İstihsan görüşünün kaynağı ise kefalet şartının akdin muktezâsından olan bedelin teslimini güvenceye alan bir mahiyete sahip olmasıdır. Bu açıdan kefalet, akdin dışından kabul edilebilecek bir ek menfaat değildir. Kefaletle ortaya çıkabilecek cehalet ve belirsizlik sorunu da kefil olacak kişinin akit meclisinde bu yükümlülüğü onaylanmasıyla ortadan kalkacaktır. Benzer durum rehin şartı için de geçerlidir.³⁷

Hanefî mezhebindeki genel kurala göre satıcı alıcıya kendisine belirli bir malı rehin olarak vermesini şart koşarsa bu akit şartla beraber fâsid olur.³⁸ İstihsanla verilen ve mezhepte *müftâ-bih* olan görüşe göre ise bu akit sahihtir.³⁹ Nitekim rehin ile elde edilmek istenen şey akdin muktezâsı olan bedelin teslimidir. Rehin sayesinde satıcı, alacağı tahsil edebilme zilyetliğini kazanır. Böylece akdin muktezâsını güçlendiren bir işleve sahiptir.⁴⁰ Bununla beraber rehin şartının akitte bir bilinmezliğe sebep olmaması gerekmektedir.⁴¹ Eğer rehin şartı mutlak olarak öne sürülüp rehinin ne olduğu ve özellikleri belirlenmezse bu cehalet durumu akdi de fâsid kılar. Nitekim şart olarak öne

³⁶ Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/18; Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-šanâ'î 'fî tertibi's-şerâ'î*, 5/171-172; Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭ*, 6/389.

³⁷ Akitte havale şart koştak da kefil şartı gibidir. Zira akitle beraber borç önce müşterinin zimmetinde doğup daha sonrasında havale şartıyla bu borcun nakli (tahvîl) gerçekleşir. Diğer taraftan, akdin başından müşteri haricinde birinin borçla yükümlü olmasını şart koştak akdin fâsid olmasına sebep olur. (Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/18.)

³⁸ Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/19; Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-šanâ'î 'fî tertibi's-şerâ'î*, 5/171-172.

³⁹ Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-šanâ'î 'fî tertibi's-şerâ'î*, 5/171; Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭ*, 6/389.

⁴⁰ Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/19; Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-šanâ'î 'fî tertibi's-şerâ'î*, 5/172.

⁴¹ Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/18; Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-šanâ'î 'fî tertibi's-şerâ'î*, 5/171.

sürülen şeyin geçerli olması karşı tarafın rızasına bağlıdır. Belirsiz olan şey üzerine kişinin kabulü ise geçerli değildir. Yine belirsiz olan rehin, şart olarak geçerli olmasına imkân veren “alacağın tahsili” işlevini de kaybedecektir. Bütün bunlara dayanarak, rehin olarak verilecek malın geçerli olması için ya akit meclisinde bulunup ona işaret edilmesi ya da niteliklerinin sayılması (tesmiye) suretiyle belirlenmesi gerekmektedir. Aksi durumda akit rehin şartıyla beraber fâsid olur. Ancak müşteri rehin yerine satış bedelini satıcıya verirse bu durumda akit geçerli olur. Nitekim akdin fesadına sebep olan durum ortadan kalkmış ve rehnin de ana gayesi olan “alacağın tahsili” gerçekleşmiş olur. Rehlinde şart koşulan malın satıcıya teslimiyle ilgili ise iki durum vardır. Eğer müşteri rehni satıcıya teslim ederse rehin şartı bağlayıcı olarak gerçekleşmiş olur.⁴² Ancak müşteri rehni vermekten kaçınırsa bu durumda *Zâhirü’r-Rivâye*’ye göre müşteri rehni teslim zorlanamaz. Zira rehin “teslim” koşuluyla bağlayıcılık kazanan teberru akitlerindendir ve satıcının tahsil hakkını (*yedü’l-istifâ*) elde etmesi bu koşula bağlıdır. Teslim alınmadığı durumda karşı tarafın akdin gereğini talep etmesi de mümkün olmayacaktır. Bu aşamada satıcının kabul ettiği akit koşullarının gerçekleşmemesi ve rızasında sakatlık sebebiyle kendisine akdi fesih hakkı verilir. Diğer taraftan Züfer’e göre ise rehin akdi tarafların rızasıyla bağlayıcı hâle gelir. Buna göre taraflar hak ve sorumluluklarının gereğini yerine getirmek zorundadır. Rehlin akdinden sonra müşterinin rehni vermekten kaçınması geçerli olmaz, satıcı bu malın kendisine cebren teslim edilmesini sağlayabilir. İbn Ebî Leylâ da Züfer gibi rehnin tarafların rızasıyla bağlayıcı olduğunu kabul eder.⁴³

Diğer üç mezhep, Hanefî mezhebine benzer şekilde bu tür şartları geçerli kabul etmişlerdir.⁴⁴ Ancak Hanefî mezhebinin aksine diğer mezheplere göre bu tür şartlar asıl olarak sahih vassafına sahiptir. Hanefî mezhebine kıyasen diğer mezhepler akde mülâ’im olan şartların çerçevesini daha geniş tutmuştur. Çalışmada Hanefî mezhebinin konuları tasnifi dikkate alındığı için diğer mezheplerin bu farklılıkları fâsid şartlar altında detaylandırılacaktır.

Akdi muktezâsı olan veya onları kuvvetlendiren şartların dışında kalmasına rağmen birtakım şartlar, Şâri‘ tarafından özel hükümle câiz kılınmıştır. Bu şartlar genelde taraflardan birine sağladığı özel fayda sebebiyle fâsid şartlar arasında yer

⁴² Serahsî, *el-Mebşut*, 13/19; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-şanâ’i’ fî tertibi’ş-şerâ’i’*, 5/171; Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭ*, 6/389.

⁴³ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/19; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-şanâ’i’ fî tertibi’ş-şerâ’i’*, 5/171.

⁴⁴ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Muctehid*, 3/178-179; Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/363-364; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, 2/22.

alması gerekirken genel kurala aykırı olarak nassın hususi hükmü sebebiyle istihsanen geçerli kabul edilmiştir.⁴⁵ Örneğin, akdin bağlayıcı olmasını engellemesi ve *garar*⁴⁶ ifade etmesi sebebiyle kural gereği şart muhayyerliğinin⁴⁷ fâsid şart olarak akdi ifsâd etmesi gerekmektedir.⁴⁸ Züfer de mezhepteki bu kıyasa göre hükmetmiştir. Ancak, şart muhayyerliğinin cevâzına dair hadis⁴⁹ sebebiyle bu muhayyerlik şartı Ebû Hanîfe (ö. 150/767), Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî (ö. 189/805) ve Ebû Yûsuf (ö. 182/798) tarafından istihsanen caiz görülmüştür. Yine İbn Ömer'in (ö. 73/693) bu şekilde satış yapılabileceğine dair rivayeti ve uygulamasına dayanarak bu muhayyerlik türü caiz görülmüştür. Zira Hanefî mezhebine göre fakih bir sahabinin kıyasa aykırı sözü, Hz. Peygamber'den duymuş olabileceğine dair güçlü ihtimal sebebiyle esas alınmaktadır.⁵⁰ Şart muhayyerliği dışındaki bir başka örnek ise vade şartıdır. Satım akdi sonucu olarak para ve malın akit sırasında karşılıklı olarak değiştirilmesi esas kural olmasına rağmen vade şartının câiz olduğuna dair Şâri' özel hüküm beyan etmiştir. Bu sebeple, istihsanen vade şartı geçerli kabul edilmiştir.⁵¹

Yukarıda açıklanan üç tür şarta dâhil olmayan ancak insanlar tarafından yaygın olarak bilinen ve uygulanan şartlar örf kategorisinde değerlendirilir. Hakkında hususi şer'î bir delil bulunmayan veya akdin muktezâsına dâhil olmayan bu şartlar, örfün kıyas karşısında tercihi sebebiyle sahih kabul edilir.⁵² Nitekim örf dâhilindeki şartlar çoğunlukla taraflardan birine karşılıksız fayda sağlayan şartlardır. Bu tür şartların ise kural gereği fâsid olarak değerlendirilmesi gerekir. Ancak bir uygulamanın örf hâline gelmesi, şartı fâsid kılan faiz şüphesi veya taraflar arası anlaşmazlığa yol açmak gibi sebepleri ortadan kaldırmaktadır. Zira bu durumlar tarafların karşılıklı edimlerinin eşit veya dengeli olmamasından kaynaklanır. Örf ise toplumsal olanın, diğer bir ifadeyle rızanın yansıması olması sebebiyle anlaşmazlığı önleyici bir niteliğe sahiptir. Bu

⁴⁵ Seraḥsî, *el-Mebṣut*, 13/17.

⁴⁶ “Akdin haksız kazanca yol açacak ölçüde kapalılık taşınmasını ifade eden fıkıh terimi.” Detaylar için bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, “Garar”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1996).

⁴⁷ Şart muhayyerliği; satım ve kiralama gibi karşılıklı bedellerin değişimini esas alan akitlerde taraflara belirli bir süre içinde akdi feshetme veya onaylama hakkının verilmesidir. Detaylı bilgi için bkz. H. Yunus Apaydın, “Muhayyerlik”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006).

⁴⁸ Seraḥsî, *el-Mebṣut*, 13/17; Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-šanâ'î 'fi tertibi's-şerâ'î*, 5/174.

⁴⁹ “إذا بايعت فقل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة أيام.” [Alışveriş yaptığında şöyle de: Aldatma yok, benim üç gün muhayyerliğim var.] (Seraḥsî, *el-Mebṣut*, 13/17.)

⁵⁰ Seraḥsî, *el-Mebṣut*, 13/17.

⁵¹ Haçkalı, “İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”, 127.

⁵² Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/49; Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭ*, 6/391.

nedenle de örf hâline gelen şartlar sahih olarak değerlendirilmiştir. Örneğin, satıcının malın nakliyesi veya belirli bir süre için tamir sorumluluğunu üstlenmesi günümüzde örf hâline gelmiş şartlardan sayılabilir. Diğer mezheplerde de örf olan şartlar câiz kabul edilmektedir; ancak ayrı bir tasnife sahip olmayıp bu şartlar da akde mülâ'im ve akdin maslahatına uygun olan şartlardan sayılmıştır.⁵³

B. Fâsid Şart

Akdin muktezâsına ait veya buna uygun olmayan, cevâzına dair Şâri'in hususi bir hükmü ve toplumun örfü bulunmayan şartlar; taraflardan birine karşılıksız fayda sağlaması ya da garar veya cehalet içermesi durumunda fâsid olarak değerlendirilir.⁵⁴ Fâsid şartlar ilişik olduğu akdi de fâsid kılar. Bu durumda fesâda neden olan şart kaldırılmadığı sürece asıl olarak akit hukuki sonuç doğurmaz. Diğer taraftan, fâsid akit batıl akitten farklı olarak hukuki bir varlığa sahip olup akdin konusu olan malın kabzı durumunda mülkiyetin nakli gibi bazı sonuçları doğurmaya elverişlidir.⁵⁵

Akdin konusu olan malın temini ile ilgili belirsizliği ifade eden garar ve vasıflarındaki bilinmezliği ifade eden cehâlet, taraflar arasında aldatma ve anlaşmazlığa sebep olacağı için akitlerde fesâd sebebi olarak değerlendirilmiştir.⁵⁶ Bu vasıfları içeren şartlar böylece kendisiyle beraber ilişik olduğu akdi de fâsid kılmaktadır. Örneğin, ikinci el satan bir bayide aynı model telefonlardan birini rastgele seçmesi şartıyla yapılan satış akdi fâsiddir. Nitekim hafızası ve temizliği gibi çeşitli özelliklerine göre her telefonun değeri değişmektedir. Böylece, satılacak olan telefonun hangisi olacağına dair bilinmezlik durumu taraflardan birinin aldanmasına ve dolayısıyla anlaşmazlığa sebep olacaktır. Bu şekildeki bir cehalet ise ürünlerin her birindeki değer farkı sebebiyle tarafları anlaşmazlığa götürebilir. Diğer taraftan hamile bir hayvanın satışında karnındaki yavrusunun istisna tutulmasının şart koşulması da fâsid görülmüştür.⁵⁷ Bu

⁵³ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/364.

⁵⁴ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/15; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ' i' fî tertibi's-şerâ' i'*, 5/169; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/48; Buhârî İbn Mâze, *el-Muhît*, 6/391; Mevşilî, *el-İhtiyâr*, 2/25; Halebî, *Multekâ'l-ebhur*, 90.

⁵⁵ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/51; Mevşilî, *el-İhtiyâr*, 2/22-23.

⁵⁶ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/15; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ' i' fî tertibi's-şerâ' i'*, 5/169; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/48; Buhârî İbn Mâze, *el-Muhît*, 6/391; Mevşilî, *el-İhtiyâr*, 2/25; Halebî, *Multekâ'l-ebhur*, 90.

⁵⁷ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/19; Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Ebi Bekr Muhammed el-Kudûrî, *Muhtaşaru'l-Kudûrî* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997), 83; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/49; Mevşilî, *el-İhtiyâr*, 2/24; Halebî, *Multekâ'l-ebhur*, 92. Bu durumun tersi olarak örneğin bir hayvanın gebe olması şartıyla alınması cehalet içermesi açısından benzer sebeplerle fâsid olarak görülmüştür. Nitekim hayvanın karnındaki şişliğin gebelik sebebiyle olduğu kesin olarak bilinmediği gibi taraflar doğacak yavrunun cinsiyeti ve sayısına dair de bilgi sahibi değildir. Cehalet içeren bir şey ise eklendiği konuyu fâsid kılar. (Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ' i' fî tertibi's-şerâ' i'*, 5/168; Buhârî İbn Mâze, *el-Muhît*, 6/396.)

hükümdeki sebep ise karındaki yavrunun gebe hayvana bağlı bir uzuv olarak görülmesidir. Nitekim bir ev satışında da evin kapı, pencere veya dolapları gibi bölümlerinin satıştan istisna tutulması caiz değildir. Buna bağlı olarak evin alt birim ve parçaları hurdaya çıkıp evden ayrılınca ondan kopmaktadır. Yine evin alt birimlerinin belirsizlik ifade etmesi akdi fâsid kılar. Zira bunların fiyatının ne olacağına dair net bir bilgi ancak bunların evden ayrılıp hurdaya çıkmasıyla elde edilebilir. Bu durumda istisna edilenin belirsiz olması akdin konusunun da belirsiz ve böylece hükmünün fâsid olmasına sebep olur.

Fâsid şartlara dair fıkıh eserlerinde geçen bir başka konu ise satılan hayvanın süt vermesiyle ilgilidir. Buna göre satışa konu inek veya koyunun günlük belirli bir miktarda süt vermesi şartıyla satılması fâsid görülmüştür.⁵⁸ Zira bu şart hayvanın memesinde belirli bir miktarda sütün varlığını şart koşturmak anlamına gelmektedir. Tarafların ise bu miktarı kesin olarak bilebilmesi mümkün değildir. Benzeri bir örnek ise kilo başına belirli bir miktarda yağ çıkacağı şartıyla zeytin veya susam alınması, ya da öğütülünce belirli bir miktar kilo un çıkacağı şartıyla buğday satın alınmasıdır. Bu miktarların net olarak bilinmesinin mümkün olmaması ve satıcının da bu miktarı karşılamaya yönelik bir etkisinin bulunmaması sebebiyle bu şartlar akdi fâsid kılmaktadır. Hayvanların belirli miktar süt vermesi örneğindeki gibi belirli miktar mahsul vermesi şartıyla tarla satın almak da ilgili şartın karşılığının olup olmadığı hakkındaki belirsizlik sebebiyle fâsid hükmündedir.⁵⁹ Bununla beraber hayvanın sütlü veya sağılır olması şartıyla satımı hakkında mezhepte çeşitli görüşler bulunmaktadır.⁶⁰ Meseleye dair *Zâhirü'r-Rivâye*'de bir görüş bulunmamakla beraber İbn Semâ'a (ö. 233/848) ve Ebu'l-Hasan el-Kerhî'ye (ö. 340/952) göre hayvanın sütlü olarak şart koşulması belirli bir miktarda süt vermesi şartıyla aynı mahiyettedir. Zira onlara göre süt, hayvandan müstakil olan bir fazlalık olup hayvan bu sütün kendisine eklenmesiyle "sütlü" vafına sahip olur. Bu durumda az önce geçtiği üzere süte dair oluşan cehalet hükmünün hayvana eklenmesiyle ilgili satış da fâsid olur. Diğer taraftan Ebû Ca'fer et-Tahâvî (ö. 321/933) ve Serahsî'ye göre hayvanın "sütlü" olması koşuluyla satımı, bir şart öne sürülmesiyle ilgili olmayıp hayvanın niteliklerinin beyanı içindir. Diğer bir

⁵⁸ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/19; Kudûrî, *Muhtaşaru'l-Kudûrî*, 83; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i' fî tertibi's-şerâ'i'*, 5/169; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/49; Buhârî İbn Mâze, *el-Muhtâ*, 6/396; Mevşilî, *el-İhtiyâr*, 2/24; Halebî, *Multekâ'l-ebhur*, 92.

⁵⁹ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/19-20.

⁶⁰ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/20; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i' fî tertibi's-şerâ'i'*, 5/169; Buhârî İbn Mâze, *el-Muhtâ*, 6/369.

ifadeyle süt verebilen hayvanlarda istenilen bir nitelik olması sebebiyle satıma konu olan hayvanın bu niteliği açıklanmış olur. Bu ise avcılık yapabilmesi koşuluyla bir köpek satın alınmasına benzemektedir.⁶¹ Böyle bir durumda da satış caiz görülmüştür. Hasan b. Ziyâd'dan (ö. 204/819) gelen rivayete göre Ebû Hanife'nin görüşü de bu şekildedir. Maliki mezhebinde ise bu tür şartların derecesine göre hüküm tayin edilmiştir.⁶² Bu vasıfların akitte aşırı miktarda olması durumunda akit ve şart batıl, aksi durumda her ikisi de sahih görülmüştür.

Kesin olmayan vakitlere dair vade şartı da akdın fâsid olmasına sebep olur. Fıkıh eserlerinde geçen bu türden meşhur vadeler hasat, harman, *atânın*⁶³ dağıtımı⁶⁴ ve hacıların dönüşüdür.⁶⁵ Buna göre müşterinin ödemeyi bu vakitlerden birinde yapması üzerine koşulan şart kendisiyle beraber akdi ifsâd eder. Zira bu vadeler “kulların fiilleri” olarak değerlendirilmiş ve bu tür vadelerin duruma göre daha erken vakte alınması veya daha geç vakte ertelenmesi mümkün görülmüştür. Akitte öne sürülen vade şartında kural ise zamansal olarak kaymanın yaşanmadığı vakitler üzerine kurulmasıdır. Örneğin hasat vakti iklime ve havaların sıcaklığına göre bazı yıllarda daha erkene alınabileceği gibi bazen de daha geç vakte kalabilir. Diğer taraftan bu şartların kullanılması satım akdinde caiz olmasa da kefalet akdinde caizdir. Nitekim kefalet akdi belirsiz olan bir borç üzerine kurulabildiği gibi vadelerde de belirsizliğe elverişlidir. Ancak bu belirsizliğin telafî edilebilir miktarda olması gereklidir. Satım akdinde ise bedellerin belirli olması şart olduğu gibi niteliklerinin de belirli olması gereklidir.

⁶¹ Şeybânî'den gelen bir rivayete göre bu akit fâsiddir. İlgili rivayete göre köpeğin avcılık eğitimi olduğunun kesin olarak bilinmesi mümkün değildir. Nitekim bu özelliği ancak avlanma sırasında ortaya çıkabilir. Bu yüzden avcı olması şartı akitle beraber fâsiddir. Ancak Ebû Yûsuf ve Şeybânî'den gelen diğer rivayete göre bu şart geçerlidir. Eğitilmiş köpek örneğinin aksine nizami yürüyüş için eğitilmiş olması şartıyla atın satılması ittifakla caizdir. Nitekim bu niteliğin kolayca anlaşılması mümkün olup akitte belirsizlik ve garara sebep olmaz. (Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-şanâ'î 'fi tertibi's-şerâ'î*, 5/169.)

⁶² İbn Rüşd, *Bidâyetu'l-Muctehid*, 3/178-179.

⁶³ “Hz. Ömer'in (ö. 23/644) kurduğu divan teşkilâtında feyden müslümanlara yılda bir defa dağıtılan paraya, Emevî ve Abbâsîler zamanında ise askerlerin maaşlarına verilen ad.” Detaylı bilgi için bkz. Mustafa Fayda, “Atâ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1991).

⁶⁴ “Atâ”nın dağıtımının vade şartı olarak kullanılması Hanefî mezhebine göre İbn Abbas'dan (ö. 68/687-88) gelen görüşe dayanarak fâsid olarak görülmüştür. Nitekim atânın dağıtım zamanının diğer ifade edilen vadeler gibi kulların fiillerinden olup vaktinde erkene veya geçe kaymalar mümkündür. Bu ise alacağın tahsiline dair cehalet ve bilinmezliğe yol açar ve akdi fâsid kılar. Diğer taraftan Hz. Âişe (ö. 58/678) bu uygulamanın örfen bilinen bir zamanda gerçekleştiğini ve vaktinde çok kayma yaşanmadığını, bu sebeple de bu vakte şart koşulan vadenin caiz olduğunu söylemiştir. İbn Ebî Leyla ise konuya dair genel yaklaşımına uygun olarak akdın geçerli ancak vade şartının geçersiz olduğuna hükmeder. (Serahsî, *el-Mebşut*, 13/26-27.)

⁶⁵ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/26; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/50; Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭ*, 6/404; Halebî, *Multekâ'l-ebhur*, 92-93.

Akdi taraflarının aşına olmadığı bir vaktin vade olarak şart koşulması da akdi fâsid kılar. Örneğin Mecusilerin kutladığı Nevruz⁶⁶ ve Mihrican⁶⁷ gibi bayramların vaktinin Müslümanlar tarafından net olarak bilinmemesi ve örfen meşhur olmamaları sebebiyle Müslümanlar arasında vade olarak kullanılması klasik fıkıh eserlerinde fâsid şart olarak görülmüştür.⁶⁸ Diğer taraftan Hz. İsa'nın doğumunun (milat) şart koşulması Müslümanların bu takvime ve güne aşına olmamaları sebebiyle cehalet ve muğlaklığa sebep olacağı, bunun da akdi fâsid kılacağına hükmedilmiştir.⁶⁹ Günümüzü dikkate aldığımızda ise Hindu takvimine göre Ashvin ayının 13. gününe denk gelen Divali kutlamaları⁷⁰ Türkiye'de yaşayanlar için vadeye dair benzeri bir bilinmezliği ifade edebilir. Vadeye dair belirsizlik hangi vadenin esas alındığının kesinleşmemesi durumunda da gerçekleşir. Örneğin, bir akitte iki vadenin belirlenmesiyle yapılan satış fâsid olarak değerlendirilmiştir.⁷¹ Müşterinin iki vade üzerine bir mal satın alıp akit meclisinden ayrılması durumunda satış fâsid hükmündedir. Eğer sözleşmenin tarafları bu vadelere göre pazarlık yaptıktan sonra biri üzerine karar kılarlarsa bu satış geçerlidir. Sonuç olarak, bu tür vadelerin geçerli olmasında genel kural tarafların şart koşulan zamana dair ortak bir kabule sahip olmalarıdır. Diğer taraftan, akitle beraber öne sürülen fâsid vade şartının akit meclisinde veya daha sonrasında iptal edilip bedelin peşin olarak ödenmesi durumunda *müftâ-bih* görüşe göre akit istihsanen caiz kabul edilmiştir.⁷² Bunun sebebi ise akdi fâsid kılan şeyin vade şartının kendisi değil vade ile belirlenen zamanın cehalet ve belirsizliğe sebep olmasıdır. Buna göre akit meclisi dağıldıktan sonra yapılacak peşin ödeme vadeden önce gerçekleşmiş olmalıdır. Böylece akdi fâsid kılan şartın vadesi sabit olmadan önce ortadan kalkmış olur. Ancak Züfer ve Şâfi'ye (ö. 204/820) göre akit fâsid olarak kurulmuş olup bunun üzerine bakidir.

Akitler meşru gayelerin elde edilmesi amacıyla yapılan hukuki işlemlerdir. Bunun sonucu olarak, Şâri' tarafından yasaklanan şeylerin akde ilişkisi durumunda bu

⁶⁶ Mecusilerin 21 Mart'ta başlayıp iki hafta boyunca kutladıkları yılbaşı bayramı. Detaylı bilgi için bkz. Şinasi Gündüz, "Nevruz", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007).

⁶⁷ "İran'ın sonbahar ekinoksu günlerinde kutlanan ikinci büyük bayramı." Detaylı bilgi için bkz. Nebi Bozkurt, "Mihrican", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2005).

⁶⁸ Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/28; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/50; Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭ*, 6/405; Halebî, *Multekâ'l-ebḥur*, 92; Meydânî, *Lübâb*, 2/28.

⁶⁹ Günümüz dikkate alındığında Mihrican bayramı ve Hz. İsa'nın doğumu anlamında yılbaşı vakti arasındaki toplumun tarihsel farkındalığının nasıl değiştiğinin anlaşılması zor değildir. Bu açıdan toplumsal bilgideki dönüşüm ilgili şartların hükümlerinde de değişikliklere sebep olmuştur.

⁷⁰ "Diwali", *Encyclopedia Britannica*, ts.

⁷¹ Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/28.

⁷² Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/27; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/50; Halebî, *Multekâ'l-ebḥur*, 93; Meydânî, *Lübâb*, 2/28.

ögeler akdi fâsid kılar. Benzer şekilde, yasak bir unsur içeren şartlar akdin sıhhatine zarar verir ve akdi ifsâd eder.⁷³ Örneğin, şarap üretmek üzere üzüm ve bir insana zarar vermek üzere silah satmak veya almak fâsid bir işlemdir. Nitekim bu işlemlerdeki şartlar hukuken yasak amaçlar içermektedir. Benzer şekilde dövüşçü olması şartıyla horoz, çokça toslayan olması şartıyla koç veya yırtıcı olması şartıyla köpek alışverişi bu hayvanların satışı açısından meşru gayeler değildir.⁷⁴ Gayeleri açısından meşru olmayan bu şartlar da akdi kendisiyle beraber fâsid kılmaktadır. Ancak bu şartlar hayvandan beklenen özellikleri değil de hayvana ait kusur ve ayıpları belirtmek için beyan edilmişse geçerli kabul edilmiştir.

Akdi muktezâsını teyit etmeyen ve örfte de karşılığı olmayan şartlar taraflardan birine ilave fayda sağlayan şartlar olarak değerlendirilmiştir.⁷⁵ Bu ilave fayda, akdin bir gereği olmayıp sözleşme hükümlerindeki özelleştirmeyi ifade eder. Sözleşme ise kısıtlama ve sınırlandırmayı değil serbest tasarrufu gerektirmektedir.⁷⁶ Daha açık bir ifadeyle akitlere dair serbestlik bu anlamda mutlak hâllerinin korunması olarak görülmüştür. Şartlar ise akitlerde ek bir hakkı ifade etmekte olup bu suretle akdin hukukunu kayıtlamaktadır. Böylece taraflara ek fayda sağlayan şartlar fâsid olarak görülmüştür. Bu tür şartlar akdin konusuyla ilişkili olabileceği gibi ondan ayrı bir konuya dair de olabilir. Örneğin, evini satan kişinin belirli bir süre daha evde oturacağına, tarlasını satan kişinin belirli bir süre daha mahsulleri toparlayacağına veya müşterinin satın aldığı malın kendisine nakledilmesine⁷⁷ dair öne sürdüğü şart akdin konusuyla ilişkili şartlardandır.⁷⁸ Yine kumaş satın alan kişinin satıcıya bu kumaşı dikip elbise hâline getirmesini aynı akitte şart koşması bu şekildedir.⁷⁹ Diğer taraftan, müşterinin satıcıya borç vermesi, bir malını ödünç vermesi veya başka bir malı daha satın alması şartıyla gerçekleştirdiği işlemde ilgili şart akdin konusundan ayrı bir

⁷³ Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ' i ' fi tertibi 'ş-şerâ' i* , 5/172.

⁷⁴ Buhârî İbn Mâze, *el-Muhtâ*, 6/397.

⁷⁵ Serahsî, *el-Mebşû*, 13/15; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ' i ' fi tertibi 'ş-şerâ' i* , 5/169; Halebî, *Multekâ'l-ebhur*, 90.

⁷⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/49; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ' i ' fi tertibi 'ş-şerâ' i* , 5/171.

⁷⁷ Şeybânî'ye göre teslimin yeri fark etmeksizin bu şart müşteriye sağladığı ek menfaat sebebiyle kıyasen fâsidtir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre ise teslim adresinin aynı şehir içerisinde olması durumunda bu şart toplumdaki yaygın örf ve teamül sebebiyle istihsanen geçerlidir. Ancak müşterinin farklı bir şehirde bulunması durumunda ittifakla şart fâsidir. (Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ' i ' fi tertibi 'ş-şerâ' i* , 5/171.)

⁷⁸ Kudûrî, *Muhtaşaru'l-Kudûrî*, 83; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ' i ' fi tertibi 'ş-şerâ' i* , 5/169; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/49; Ebû'l-Berekât Hâfızüddîn 'Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd Nesefî, *Kenzü'd-Değâik* (b.y.: Daru'l-Beşâ'iri'l-İslamiyye, 2011), 422; Halebî, *Multekâ'l-ebhur*, 91; Meydânî, *Lübâb*, 2/27.

⁷⁹ Kudûrî, *Muhtaşaru'l-Kudûrî*, 83; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ' i ' fi tertibi 'ş-şerâ' i* , 5/169; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/50; Mevşîlî, *el-İhtiyâr*, 2/24; Nesefî, *Kenzü'd-Değâik*, 422; Halebî, *Multekâ'l-ebhur*, 91; Meydânî, *Lübâb*, 2/27.

menfaati ifade eder. Bütün bu şartlar akitlerde fâsid kabul edilmiştir. Ancak ek menfaate sebep olan bu şartların toplumda örf hâline gelmesi durumunda bunlar sahih görülmüştür.⁸⁰ Örneğin kalıba sokması şartıyla ayakkabı ve elbise olarak dikmesi için kumaş satımı kıyasa göre fâsid kabul edilirken toplumdaki yaygın örf ve teamül sebebiyle caiz görülmüştür.⁸¹

Bu tür şartların hükmünün fâsid olmasının gerekçesi olarak çeşitli deliller öne sürülmüştür. Bunlardan iki tanesi genel olarak tarafların akitlerde şart koşmasını yasaklayan delillerken, iki tanesi de özellikle şartın taraflardan birine karşılıksız menfaat sağlaması sebebiyle fâsid olduğunu ortaya koyan delillerdir. İlk delil “Rasûlullah şartlı satışı yasakladı.” hadisidir.⁸² Hanefi mezhebine göre bu hadis mutlak anlama sahip olup her türlü şartı içerir mahiyettedir. Ancak, sahih şart olarak değerlendirilen kategoriler akdin muktezâsına uygunluğu sebebiyle istihsanen kabul edilmiş ve bu genel kuraldan istisna edilmiştir.⁸³ Diğer taraftan, fâsid şartlar çoğu zaman akdin muktezâsına aykırı şekilde mülkiyeti sınırlamaktadır.⁸⁴ Örneğin, satıcı tarafından bir yıl daha kullanmak suretiyle satılan bir aracın mülkiyetinde alıcı açısından eksiklik mevcuttur. Oysaki satış akdinin muktezâsı mülkiyetin mutlak olarak satıcıdan alıcıya devridir.

İkinci delil ise *safkateyn* hadisi olarak da bilinen “Rasûlullah bir *safka*/akit içinde iki *safka*/akit yapılmasını yasakladı.”⁸⁵ rivayetidir. Bu rivayetin yorumlanmasıyla ilgili iki görüş ortaya çıkmıştır. İlk görüşe göre hadisin koyduğu yasak, tek bir akit içerisinde birden fazla fiyat seçeneğinin belirlenmesine dairdir. Buna göre, tek bir işlemde peşin ve vadeli olmak üzere farklı fiyatların sunulduğu durumda hangi fiyatın peşin hangi fiyatın vadeli ödeme türü için konulduğuna dair oluşan belirsizlik yasaktır. İkinci görüşe göre ise hadiste konu edilen durum akit içerisinde taraflardan birine menfaat sağlayacak şart bulunmasıdır.⁸⁶ *Safkateyn* hadisi bağlamında bu şart, akdin konusuyla ilgili ek bir işlemi içerebileceği gibi taraflardan birinin talebi

⁸⁰ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/14-15; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ' i' fî tertibi's-şerâ' i'*, 5/17; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/49; Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭ*, 6/391.

⁸¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/50; Halebî, *Multekâ'l-ebḥur*, 91; Meydânî, *Lübâb*, 2/28.

⁸² Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme b. 'Abdûlmelik b. el-Taḥâvî, *Şerhu Meâni 'i'l-âşâr* (Kahire: 'Âlemü'l-Kütüb, 1994), 4/46. Hukuki değerlendirmesi için bkz. Meydânî, *Lübâb*, 2/26.

⁸³ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/15; Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ' i' fî tertibi's-şerâ' i'*, 5/169; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/48; Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭ*, 6/391; Mevşîlî, *el-İhtiyâr*, 2/25; Halebî, *Multekâ'l-ebḥur*, 90.

⁸⁴ Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ' i' fî tertibi's-şerâ' i'*, 5/171.

⁸⁵ Tirmîzî, *Buyû'*, 18.

⁸⁶ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/16; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/123; Meydânî, *Lübâb*, 2/26.

olan ikinci bir akit işleminin kurulması için teminat rolüne de sahip olabilir. Satım akdine konu olan bir malın kurulum ve taşıma hizmetlerinin de şart olarak talep edilmesi ilk duruma örnektir. Alıcının satıcıya ayrıca belirli bir malı kiralaması ya da ödünç vermesi şartıyla tamamlanacak bir satım akdi ise ikinci duruma örnek olarak sayılabilir. İkinci görüşteki ek menfaatin literal olarak ikinci bir akit olarak anlaşılması da mümkündür. Nitekim kişinin bir süre daha kalması şartıyla gerçekleştirdiği ev satışında kaldığı süreye karşılık bir bedelin bulunması satış sözleşmesiyle beraber ikinci bir akdin (icâre/kiralama) bulunduğu anlamına gelir.⁸⁷ Eğer bu kullanımın bedelde bir karşılığı bulunmuyorsa da bu, satış sözleşmesiyle beraber âriyet (ödünç) akdinin kurulduğu anlamına gelir. Böylece her iki durumda da Hz. Peygamber'in iki akdin tek akit içerisinde gerçekleştirilmesine dair yasağı gerçekleşecektir. Bu sebeple her iki şekilde de akdin fâsid olduğuna hükmedilir.

Üçüncü delile göre bu tür şartların taraflardan birine sağladığı ek menfaat aslında karşılığı olmayan bir işlem statüsündedir. Alıcı veya satıcı lehine sabit olan bu karşılıksız menfaat ise Hanefî mezhebine göre faiz şüphesini doğurur.⁸⁸ Faiz şüphesi ise aslı gibi akdi fâsid kılmaktadır. Hz. Peygamber'in borç verilmesi şartıyla yapılan satışın yasak olduğuna dair hadisi de buna işaret etmektedir.⁸⁹ Dördüncü delile göre ise bu tür şartların bir tarafa kazandırdığı fazlalık taraflar arasında anlaşmazlığa neden olabilir.⁹⁰ Nitekim taraflar arasındaki dengeyi temin edemeyen bir sözleşme zararda olan tarafın rızasının sakatlanmasına neden olur. Taraflar arası anlaşmazlığa neden olan sebepler ise akdin fesadına yol açmaktadır. Örneğin zeytinyağı satımı sırasında yağın kendi kabıyla tartılması sebebiyle her seferinde kabın ağırlığından bağımsız miktarda belirli bir kilonun toplamdan düşürülmesinin şart koşulması fâsiddir.⁹¹ Nitekim bu miktar kabın gerçek kilosuna göre ya satıcı ya da müşteriye haksız bir fayda sağlayacak olup akdin gereği olan “bedelin aslına uygunluk” vafına sahip değildir. Bu durumda zarar eden taraf akde razı olmayacak ve anlaşmazlık ortaya çıkacaktır. Ancak kabın ağırlığınca toplam kilodan eksiltilmesi şartı üzerine tarafların anlaşması durumunda bu şart akdin muktezâsına uygun şekilde geçerli görülmüştür.

⁸⁷ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/49.

⁸⁸ Kâsânî, *Bedâ'i 'u's-şanâ'î 'fî tertibi's-şerâ'î*, 5/169; Meydânî, *Lübâb*, 2/26.

⁸⁹ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/49.

⁹⁰ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/48-49.

⁹¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/48.

Taraflara hususi menfaat sağlayan şartlar, mezhepler arasındaki nasları yorumlamada ve bunun sonucu olarak uygulamadaki çeşitliliğin en bariz örneğini teşkil etmiştir. Hanefî mezhebinin görüşüne en yakın tavır olarak Şafîi fakihlerden Nevevî'ye göre de bu tür şartlar fâsîd olarak değerlendirilmiştir.⁹² Maliki fakihlerden İbn Rüşd'e göre ise şart ile elde edilen menfaatin derecesine göre hüküm belirlenmiş, akit sonucu olan haklarda kalıcı ve aşırı sınırlamalara sebep olmayan makul şartlar geçerli kabul edilmiştir.⁹³ Diğer bir ifadeyle, alıcının mal üzerindeki tasarruf hakkını mutlak olarak engelleyen şartlar geçersiz olmakla beraber belirli bir süreyle mukayyet sınırlamalar caiz görülmüştür. Satıcının belirli bir süre daha sattığı evde kalmayı şart koşması buna örnek verilebilir. Hanbeli fakihlerden Muvaffakuddin İbn Kudâme'ye (ö. 620/1223) göre ise naslara ve akdin muktezâsına aykırı olmadığı sürece taraflara menfaat sağlayan şartlar akitle beraber sahih kabul edilmiştir.⁹⁴ Buna göre, şart meşru daireye ait bir konu ve gayeyi içerdiği sürece geçerli görülmüştür. Ancak Hanbeli mezhebinde taraflara fayda sağlayan bu şartların adediyle ilgili Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855) ve İbn Kudâme gibi âlimlerin savunduğu görüş ile Takıyüddin İbn Teymiyye'nin (ö. 728/1328) görüşü arasında farklılık vardır. İlk görüşe göre tek akit için bu tür şartlar birle sınırlandırılmış, taraflara menfaat sağlayan birden fazla şartın bulunması akdin batıl olmasına sebep kabul edilmiştir.⁹⁵ Diğer taraftan, İbn Teymiyye ve İbn Kayyim el-Cevziyye'nin (ö. 751/1350) savunduğu görüşe göre tarafların rızasının bulunduğu şartlar herhangi bir sayı sınırlaması olmadan geçerlidir.⁹⁶ Klasik ve Osmanlı son dönemine ait çalışmalarda bu mesele hakkında dört mezhep dışında İbn Şübrüme ve İbn Ebî Leylâ'nın görüşlerine değinilmiştir. Bu iki fakihten İbn Şübrüme'ye göre, İbn Teymiyye'nin görüşüne benzer şekilde, sözleşmede tarafların öne sürdüğü şartlar geçerlidir.⁹⁷ İbn Ebî Leylâ ise tarafların öne sürdüğü şartların geçersiz, akdin ise tek başına geçerli olduğunu savunmuştur.⁹⁸

⁹² Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/367.

⁹³ İbn Rüşd, *Bidâyetu'l-Muctehid*, 3/179.

⁹⁴ İbn Kudâme, *el-Kâfî*, 2/22.

⁹⁵ İbn Kudâme, *el-Kâfî*, 2/24; İbn Rüşd, *Bidâyetu'l-Muctehid*, 3/178.

⁹⁶ Abdullah Çolak, *İslam Borçlar Hukuku* (İstanbul: Ensar Yayınları, 2020), 111-112; Çalış, "İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", 288; Hüseyin Karayaka, *İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti* (Erzurum Atatürk Üniversitesi, 2019), 173; Osman Kaşıkçı, "Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler", *EBYÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (1997), 210.

⁹⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetu'l-Muctehid*, 3/178.

⁹⁸ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/13-14. Şartlara dair mezhepler ve fakih imamlar arasındaki ihtilaflı üç yaklaşımı yansıtmaları açısından Abdülvâris b. Saîd'in rivayeti sembolik bir öneme sahiptir:

وَحَكِي عَنْ عَبْدِ الْوَارِثِ بْنِ سَعِيدٍ قَالَ حَجَّجْتُ فَدَخَلْتُ بِمَكَّةَ عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ وَسَلَّيْتُ عَنْ الْبَيْعِ بِالشَّرْطِ فَقَالَ: بَاطِلٌ فَخَرَجْتُ مِنْ عِنْدِهِ وَدَخَلْتُ عَلَى ابْنِ أَبِي لَيْلَى وَسَلَّيْتُ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: الْبَيْعُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ فَدَخَلْتُ عَلَى ابْنِ سِيرِينَ وَسَلَّيْتُ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: الْبَيْعُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ جَائِزٌ،

Fâsid şart sebebiyle fâsid olan akitte aslolan fesat sebebinin kaldırılması ya da akdin feshedilmesidir.⁹⁹ Ancak *Zâhirü'r-Rivâye*'ye göre alıcının fâsid akdin konusu olan malı teslim alması belirli hukuki sonuçlar doğurmaktadır.¹⁰⁰ Buna göre fâsid akdin konusu olan malın müşteri tarafından teslim alınması (*kabz*) mülkiyet sonucunu doğurur.¹⁰¹ Zira fâsid akitte nehyedilen (yasaklanan) şey akdin temel unsurlarına değil, onun vasıflarına dairdir. Bu durumda nehiy, akdi meşru olmaktan çıkarmaz.¹⁰² Diğer bir ifadeyle, satım akdi ehliyet sahibi tarafların icap ve kabulüyle tamamlanır. Fâsid şartlar ise bu gibi akdin asli unsurlarını değil niteliklerini değiştiren şartlardır.¹⁰³ Niteliklerin eksikliği ise aslın eksikliğine sebep olmaz. Tam tersine niteliklerin yokluğu ile asıl sabit olur. Zira nitelik nitelenenin varlığını ortaya koyar. Böylece fâsid akdin sonucu akdin hukuken yokluğu değildir. Bu durumda Hanefilere göre akit kurulmuş olmakla beraber yasak bir nitelik de içerir. Böylece fâsid akit zayıf bir mülkiyet ilişkisi doğurmaya elverişlidir. Bu ise akdi güçlendiren “teslim”in gerçekleşmesiyle meydana gelir. Teslim öncesinde fâsid akdin sonuç doğurması için hibe akdi gibi teslim şartının gerçekleşmesi gerekir.¹⁰⁴ Nitekim teslim öncesinde akit fâsid hükmünde olup taraflara

قُلْتُ: هُوَ لَا مِنْ فُقَهَاءِ الْكُوفَةِ وَقَدْ اخْتَلَفُوا عَلَيَّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ كُلِّ الْاِخْتِلَافِ فَعَجَزَنِي أَنْ أَسْأَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَنْ حُجَّتِهِ فَدَخَلْتُ عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ فَأَعَدْتُ السُّؤَالَ عَلَيْهِ فَأَعَادَ جَوَابَهُ فَقُلْتُ: إِنَّ صَاحِبِيكَ يُخَالِفَانِكَ فَقَالَ لَا أَدْرِي مَا قَالَا حَدَّثَنِي عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرَطٍ فَدَخَلْتُ عَلَى ابْنِ أَبِي لَيْلَى فَقُلْتُ لَهُ مِثْلَ ذَلِكَ فَقَالَ: لَا أَدْرِي مَا قَالَ حَدَّثَنِي هِشَامُ بْنُ غُرَّةٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّهَا «لَمَّا أَرَادَتْ أَنْ تَشْتَرِيَ بَرِيرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَبِي مَوَالِيهَا إِلَّا بِشَرَطٍ أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَسَلَامُهُ اشْتَرِيَ واشترطي لَهُمُ الْوَلَاءَ فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ ثُمَّ خَطَبَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ: مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ كُلُّ شَرَطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرَطُ اللَّهِ أَوْثَقُ وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» فَدَخَلْتُ عَلَى ابْنِ سِيرِينَ وَقُلْتُ لَهُ مِثْلَ ذَلِكَ فَقَالَ: لَا أَدْرِي مَا قَالَا حَدَّثَنِي مُحَارِبُ بْنُ دَثَارٍ عَنْ أَبِي الرَّبِيعِ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ - «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اشْتَرَى مِنْهُ نَاقَةً فِي بَعْضِ الْغَزَوَاتِ وَشَرَطَ لَهُ ظَهْرَهَا إِلَى الْمَدِينَةِ.

⁹⁹ Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/18; Merḡinânî, *el-Hidâye*, 3/52; Mevṣilî, *el-İhtiyâr*, 2/22; Neseḫî, *Kenzü'd-Deḡâik*, 424; Halebî, *Multekâ'l-ebḫur*, 95; Meydânî, *Lübâb*, 2/29.

¹⁰⁰ Fâsid akit doğurduğu sınırlı sonuçlarla batıl akitten ayrılır. Nitekim batıl akit ile mülkiyet ilişkisi kurulmaz. Batıl satış akdine konu olan mal, müşterinin elinde “vedîa” (emanet) statüsünde bulunmaktadır. Buna bağlı olarak kendi kusuru olmadan malın yok olması durumunda Ebû Hanîfe'nin görüşüne göre müşterinin malı tazmin etmesi gerekmez. Zira satıcı akde konu olması yasak olan bir malı satıp müşteriye teslim etmesiyle aslında bedel olmadan malın karşı tarafa verilmesine razı olmuştur. Bu ise emanet işlemini ifade etmektedir. Böylece emanetçi gibi telef olan malın tazminine sorumlu değildir. Diğer taraftan Ebû Yûsuf ve Şeybânî'ye göre müşterinin telef olan mal için tazmin sorumluluğu vardır. Zira onlara göre satıcının malı teslim etmesi karşılıksız devrine razı olduğu anlamına gelmemektedir. Bu durumda mülkiyet oluşmadığı gibi müşterinin malı iadeden önce tazmin sorumluluğu da bulunur. (Mevṣilî, *el-İhtiyâr*, 2/23; Halebî, *Multekâ'l-ebḫur*, 94.)

¹⁰¹ Merḡinânî, *el-Hidâye*, 3/51; Mevṣilî, *el-İhtiyâr*, 2/22-23.

¹⁰² Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/23; Meydânî, *Lübâb*, 2/24.

¹⁰³ Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/24; Merḡinânî, *el-Hidâye*, 3/51.

¹⁰⁴ Bu durum muhayyerlik şartıyla gerçekleştirilen akitlere benzer. Zira muhayyerlik hakkı içeren akit hukuki sonuç doğurmak üzere kurulmuş olmakla beraber bu sonucun doğması muhayyerliğin sona ermesine bağlıdır. Bu koşulun gerçekleşmesiyle akit hukuki sonuçlarını doğurarak tamamlanır. (Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/24.)

herhangi bir borç doğurmaz.¹⁰⁵ Teslimin hukuki sonuçlarını doğurması için satıcının izniyle gerçekleşmiş olması da gereklidir.¹⁰⁶ Ancak bu izin sözlü bir beyanla gerçekleşebileceği gibi satıcının onayına işaret eden tavrı ve karineler vesilesiyle de sabit olabilir. Akit meclisinde alıcının malı teslim alması buna örnektir. Zira satış işleminin asıl gayesi satıcının elindeki malı müşteriye bedel karşılığı teslim etmesidir. Bu yüzden de akit meclisi dağılmadan yapılacak sözsüz teslim işlemi rızaya delalet etmektedir. Akdin konusunun müşteriye teslimi sonrasında ise sadece alınan mala karşılık ödeme sorumluluğu doğar. Bu ise tarafların belirlediği satış bedeli değil malın piyasa değeridir (kıymet). Daha detaylı bir ifadeyle, fâsid akde ait bir malın teslim sonrasında müşteri elinde kaybolması, zarar görmesi, yok olması veya başkasına satılması durumunda malın piyasa değerinin tazmini alıcıya borç olarak doğar.¹⁰⁷ Zira akdin feshedilebilmesi için akdin konusunun mevcut olması gereklidir.¹⁰⁸ Malın yokluğunda ise fesih kabiliyeti yok olmuş ve tazmin etme borcu doğmuştur. Satışta asli ödeme de malın piyasa değerinin ödenmesidir. Fakat mülkiyetin; bağlayıcı ve sahih bir akitle nakli durumunda borç olarak malın değeri değil, tarafların pazarlık sonucu kararlaştırdıkları fiyat (müsemma) kabul edilir.¹⁰⁹ Akdin sıhhatinin fâsid şartla zarar görmesi durumunda ise asıl olan ödeme, yani malın piyasa değeri dikkate alınır. Şafii mezhebine göre ise fâsid akitlerde teslim olsun veya olmasın mülkiyetin devri gerçekleşmez.¹¹⁰ Nitekim akit yasaklanmış bir unsur içermek suretiyle meşruiyetini kaybetmiştir. Meşru olmayan bir akit ise herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Malın iade edilmeden telef olması durumunda ise kıymeti satıcıya tazmin edilir.

C. Batıl Şart

Akdin birincil tarafları açısından zarara veya üçüncü şahıslar için gerek fayda gerekse zarara sebep olan şartlar batıl şartlar olarak görülmüştür.¹¹¹ Bu tür şartlar, fâsid şartlardan farklı olarak bağlı olduğu akdin sıhhatine zarar vermez. Diğer bir ifadeyle,

¹⁰⁵ Eğer fâsid akitte teslim öncesinde mülkiyetin doğduğu kabul edilseydi bu mülkiyet karşılıksız bir bedel olurdu. Nitekim fesat durumunda akit taraflara borç yüklemeyiz. Böylece teslim öncesi doğacak mülkiyet tek taraflı bir fazlalık olurdu. (Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/24.)

¹⁰⁶ Merḡinânî, *el-Hidâye*, 3/51-52; Nesefî, *Kenzü'd-Deḡâik*, 424; Halebî, *Multekâ'l-ebḡur*, 94-95.

¹⁰⁷ Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/16; Merḡinânî, *el-Hidâye*, 3/52; Mevṣilî, *el-İḡtiyâr*, 2/23; Nesefî, *Kenzü'd-Deḡâik*, 424; Halebî, *Multekâ'l-ebḡur*, 95, 98; Meydânî, *Lübâb*, 2/28.

¹⁰⁸ Mevṣilî, *el-İḡtiyâr*, 2/22.

¹⁰⁹ Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/17.

¹¹⁰ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/367.

¹¹¹ Seraḥsî, *el-Mebṣuṭ*, 13/15; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-šanâ'i' fî tertibi's-şerâ'i'*, 5/170; Merḡinânî, *el-Hidâye*, 3/49; Buhârî İbn Mâze, *el-Muḡîṭ*, 6/392; Mevṣilî, *el-İḡtiyâr*, 2/25; Halebî, *Multekâ'l-ebḡur*, 90; Meydânî, *Lübâb*, 2/27.

akitte tarafların öne sürdüğü batıl şartlar hukuken geçersiz (*lağv*) olup akde herhangi bir şekilde tesir etmez. Bir tarafa sebep olduğu zararın akdin diğer tarafı için herhangi bir menfaate sebep olmaması nedeniyle batıl şartlarda tarafların hak iddiasında bulunması ve böylece anlaşmazlığa sebep olması durumu da gerçekleşmez. Örneğin, akdin konusu olan malın başkasına satılmaması veya kullanılmaması şartıyla satılması durumunda ilgili şart geçersiz olup satım akdi geçerlidir. Nitekim bu şartlar akdin alıcıya kazandırdığı mülkiyet ve tasarruf hakkında eksikliğe sebep olmaktadır. Alıcı açısından oluşan bu zarar ayrıca satıcıya da bir fayda sağlamamaktadır. Sonuç olarak bu şartların varlığı taraflar için sadece zarara sebebiyet verdiği için batıl sayılmıştır. Her iki tarafa da bir fayda sağlamayan şartlar da bu kabîlden görülmüştür.¹¹² Diğer taraftan Ebû Yûsuf'tan gelen bir rivayete göre bu şartlar da fâsid hükmündedir.¹¹³ Zira bu şartlar, taraflardan birinin mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunma hakkını kısıtlar. Taraflardan biri için oluşan zarar ise diğer taraf için ek fayda sağlayan şartlara mukabildir. Serahsî ise hükmün şartların etkisine göre değil, tarafların şarta dair hak talebine göre belirlendiği, bu talebin ise zarar değil fayda için gerçekleştiğini ifade eder. Benzer şekilde Alâuddîn el-Kâsânî'ye (ö. 587/1191) göre akdin fâsid olması şartın faiz şüphesi içermesiyle mümkün olup bu da taraflardan birine bedelde karşılığı bulunmayan bir menfaat sağlayan şartın varlığıyla gerçekleşir.

Akitlerde üçüncü şahısların lehine ve aleyhine olarak eklenen şartlar da akde etkisi olmayan batıl şartlardandır.¹¹⁴ Akdin taraflarının, üçüncü şahsa zarar verecek bir şart belirlemesi zaten akdin muktezâsıyla uyuşmamaktadır. Örneğin akdin tarafları dışındaki bir kişinin satıcıya bir miktar borç vermesi şartıyla yapılan bir satış sözleşmesinde şart batıldır. Diğer taraftan, üçüncü şahsın lehine olan şart aslında dolaylı olarak alıcının mutlak tasarrufunda eksikliğe sebebiyet vermesi açısından yine taraflar için zarar olarak değerlendirilmiş ve batıl olarak kabul edilmiştir. Örneğin, bir daire satışında bir başkasının kalmasına dair öne sürülen şart ilgili üçüncü şahsa fayda sağlamakla beraber alıcının tasarruf hakkında eksikliğe neden olacaktır. Benzer şekilde akdin tarafları haricindeki üçüncü bir kişiye müşterinin borç vermesi üzerine öne sürülen şart batıl olup geçersiz sayılır.

¹¹² Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-şanâ'î fî tertibi's-şerâ'î*, 5/170; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/49; Meydânî, *Lübâb*, 2/27.

¹¹³ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/15; Kâsânî, *Bedâ'î 'u's-şanâ'î fî tertibi's-şerâ'î*, 5/170.

¹¹⁴ Buhârî İbn Mâze, *el-Muhtâ*, 6/392; Mevşilî, *el-İhtiyâr*, 2/25; Halebî, *Multekâ'l-ebhur*, 90.

Diğer mezheplerin fâsid şartları; (i) akdi geçersiz kılan ve (ii) akdi geçersiz kılmayan şartlar olarak ikiye ayırdıkları daha öncesinde belirtilmişti. Bu taksime göre, akitte doğurduğu sonuçlar açısından Hanefilerin batıl şart olarak ifade ettiği alanın diğer mezheplerin akdi geçersiz kılmayan fâsid şartlara tekabül ettiği söylenebilir. Ancak, Hanefi mezhebindeki batıl şartların kapsamıyla diğer mezheplerdeki arasında benzerlik ve farklılıklar mevcuttur. İlk olarak, taraflara fayda sağlamayan veya zarara sebep olan şartlar konusunda diğer mezheplerin görüşü Hanefi mezhebiyle benzerdir.¹¹⁵ Dolayısıyla bu tür şartlar geçersiz, akit geçerli sayılmıştır. Böylece, şartların akde tesiri olmamaktadır. Diğer taraftan, üçüncü kişilere fayda veya zarara sebep olan şartlar konusunda mezhepler arasında farklı görüşler mevcuttur.¹¹⁶ Şafii mezhebine göre bu tür şartlar akdi ifsâd eden şartlardan görülmüştür. Ancak bu kuraldan hayır amacıyla öne sürülen şartlar istisna edilmiştir. Hanbeli mezhebine göre ise bu tür şartlar sahih şartlardan olup akitle beraber geçerlidir.

Takyidî şartlara dair Osmanlı'daki uygulamanın Mecelle sonrası yaşadığı dönüşümün anlaşılmasında Batı hukuki ve iktisadi modernleşmesinin bir kavramı olan “sözleşme serbestisi” önemli bir role sahiptir. Zira bu kavram sözleşmeye dair yeni bir düşünsel altyapı oluşturmuş ve Batılı devletlerin ticari yayılımıyla beraber çevre devletlerde de hukuki modernleşmenin başat ilkelerinden biri olmuştur. Batı iktisadi yayılımında çevre bir devlet olan Osmanlı'nın bu kavram ekseninde yaşadığı dönüşümü de takyidî şartlar bağlamında takip etmek mümkündür. Ancak takyidî şartlara dair mevzuatta yaşanan bu dönüşümü anlamak kaynak kavram olan sözleşme serbestisinin öncelikle Batı'daki tarihi ve rolünü takip etmeyi gerektirmektedir. Bu sebeple ikinci bölümde sözleşme serbestisinin 20. yüzyılda Osmanlı literatürüne girmeden önce Batı hukukundaki gelişimi ele alınacaktır.

¹¹⁵ İbn Kudâme, *el-Kâfi*, 2/22-23.

¹¹⁶ Samar, “İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyidî Şartlar”, 522.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA’DA SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

Tezin ana konusu sözleşme serbestisinin 20. yüzyıl Osmanlı dünyasındaki durumu olmakla beraber kavrama dair teorik ve pratik temeller Avrupa fikrî yapısında şekillenmiştir. İlk bakışta salt bir hukuk kavramı olarak görülen sözleşme serbestisi; Avrupa'daki felsefi, siyasi ve iktisadi meselelerle olan içkin mahiyeti sebebiyle çok katmanlı bir yapıya sahip olmuştur. Bu özelliği sebebiyle kavrama dair yapılacak tartışmaların bu anlam katmanlarından biriyle sınırlandırılması kavramın idrakinde eksikliğe neden olacaktır. Bu indirgemeci tavrı aşabilmek için bu bölümde ilk olarak Avrupa'da kavramın oluşumunun zihinsel arka planını ifade eden *zeitgeist*¹¹⁷ ele alınacaktır. Nitekim Avrupa'da oluşan bu yapının anlaşılması, aynı zamanda Osmanlı metinlerindeki ifadelerin anlaşılmasına ve bu hukuki uygulamanın Osmanlı'da cari olmasına yönelik Avrupa devletlerinin neden baskı yaptığını tespit etmemize yardımcı olacaktır. Daha sonra *serbestî* düşüncesinin iktisadi uzantısı olarak liberal ekonominin Osmanlı'nın düşünce dünyasına girişi işlenecektir. Böylece, 20. yüzyılın başında Osmanlı'da yoğunlaşan sözleşme serbestisi tartışmalarının kurucu ekonomik saikleri açıklanmaya çalışılacaktır.

I. Avrupa'da Sözleşme Serbestisi Kavramını Üreten *Zeitgeist*

A. 19. Yüzyıl Öncesi Hukuki Yapı: Roma Hukukunun Aristotelesçi Düşünceyle Sentezi

Sözleşme serbestisinin neden olduğu sözleşme mefhumundaki hukuki dönüşümü daha net görmek için bu mefhumun öncesine ait anlayışla karşılaştırılması gereklidir. Nitekim sözleşme serbestisi sadece yeni ortaya çıkan bir kavram değil, aynı zamanda mevcut sözleşme fikrini kendisine göre tekrardan kurgulayan bir ilkedir. 19. yüzyılda hâkim olan sözleşme serbestisi düşüncesinden önce baskın olan hukuki düşünce Geç Skolastikler ve Kuzey Doğal Hukuk Okulu tarafından şekillendirilmiştir.¹¹⁸ 11. yüzyılda *Corpus Iuris Civilis* külliyatıyla Roma hukuk geleneği Avrupa'da incelenmeye başlanmış ve hukuk uygulamalarında dikkate

¹¹⁷ Genelde Türkçeye “zamanın ruhu” olarak tercüme edilen kavram, belirli bir dönemde baskınlık kazanan düşüncenin eşzamanlı olarak birey, toplum ve devleti siyasi, hukuki ve felsefi olarak biçimlendirmesini; böylece ideolojik bir şekilde sosyal ve epistemolojik katmanlara tahakküm etmesini ifade eder. Bu çalışmada ise modern rasyonalite bağlamında bireyin mutlak otonomisi ve liberalizmin zamanın ruhu olarak hukuki, sosyal ve ekonomik düzlemlerde serbesti temelli bir anlayışı nasıl kurduğu ele alınmıştır. “Zeitgeist”a dair detaylı analiz için bkz. Ertuğrul İbrahim Kızılkaya, “Zeitgeist ve Michel Foucault’nun Tarihsel A Priori Kavramı”, *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi* 25 (01 Nisan 2018), 109-130.

¹¹⁸ James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Oxford: Clarendon Press, 1991), 69-111.

alınmıştır.¹¹⁹ 16. ve 17. yüzyıllara gelindiğinde Katolik Kilise'nin, özellikle Thomas Aquinas'ın (ö. 1274) çalışmalarıyla, teolojik arka planını oluşturan Aristotelesçi düşünce “Geç Skolastikler” olarak adlandırılan teologlar tarafından hukukun da alt yapısı hâline getirilmiştir.¹²⁰ Aslında Ortaçağ Avrupa hukukçuları gerekli elemeleri yapmak suretiyle uzun bir süre Roma hukukuna bağlı kalmışlardı. Ancak Geç Skolastiklerle beraber Aristotelesçi felsefeyle Kara Avrupası'nda cari olan Roma hukukunun yeniden kurgulanması ve düşünsel altyapısının inşası sağlanmıştır. Domingo de Soto (ö. 1560), Luis de Molina (ö. 1600) ve Leonard Lessius (ö. 1623) gibi hukukçu din adamlarının öncü olduğu bu çalışmayla Roma hukukuna teorik bir arka plan ve sistematik yapı sağlanmıştır.¹²¹

Roma hukukunda çeşitli sözleşme türleri bulunmakla beraber genel bir sözleşme teorisi veya sözleşmelerin neden bağlayıcı olduğuyla ilgili düşünsel bir alt yapı bulunmamaktaydı.¹²² Sözleşmelerin irade beyanları üzerine kurulduğunu kabul etmekle beraber geçerli olması için bazı sözleşmelerde irade beyanı tek başına yeterli olurken bazılarında bir malın borç, emanet ve rehin verilmesi veya benzeri bir formalitenin gerçekleşmesi (*obligatus*) gerekiyordu.¹²³ Ek bir formalitenin karşılanması sözleşmenin bağlayıcılık kazanması için gerekli yan bir şart değil, geçerlilik unsuruydu. I. Justinianus'un *Institutes*'ına göre ilk tür sözleşmelere satış, kiralama, ortaklık ve vekâlet; ikinci tür sözleşmelere ise borç, emanet ve rehin örnek olarak verilebilir.¹²⁴

Aristoteles geleneğine göre, özellikle Aquinas'ın yorumuyla, her insan kendi varlığını tamamlamak için gerekli akli melekeye sahiptir ve bunu kullanmak suretiyle mutlak gayesini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu süreçte yerine getirdiği fiiller bu gayeye destek olduğu takdirde doğru, bundan uzaklaştığı durumda yanlış ifade etmektedir. Hayvanlardan farklı olarak insanların sahip olduğu “basiret/pratik bilgelik”¹²⁵ (*phronesis-prudence*) doğru ve yanlış olan edimleri birbirinden ayırma

¹¹⁹ Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 3.

¹²⁰ James Gordley, *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment* (Oxford, New York: Oxford University Press, 2007), 9.

¹²¹ Gordley, *Foundations of Private Law*, 290.

¹²² Gordley, *Foundations of Private Law*, 290.

¹²³ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Juta, 1992), 82-83; Gordley, *Foundations of Private Law*, 287.

¹²⁴ Gordley, *Foundations of Private Law*, 291.

¹²⁵ Kavramın tercümesine dair detaylı bir analiz için bkz. Tufan Çötök, *Aristoteles Ahlakının Kurucu Erdemi Olarak Phronesis* (Sakarya Üniversitesi, 2011), 13-23.

becerisini ifade eder.¹²⁶ Böylece sahip olduğu beceri ve akli meleke ölçüsünce kişilerin kendisini tamamlayacak hayat şeklini önsezilemesi gerekmektedir. Aynı zamanda toplumsal bir canlı (*homo politicus*) olan insanın bireysel erdemler dışında topluma katkı sağlayacak erdemlere de sahip olması gerekmektedir. Bireysel erdemlerinde dengeyi gözetmek suretiyle “adalet” erdemine ulaşan her insan dışa yönelik fiilleriyle de toplumsal adaletin oluşmasına katkı sağlayacaktır. Bu aşamada Aristotelesçi geleneğe göre toplumsal adaletin iki alt kategorisi vardır: dağıtıcı adalet (*distributive justice*) ve denkleştirici adalet (*commutative justice*).¹²⁷ Dağıtıcı adalet, kaynakların toplumdaki bireylere adil bir şekilde dağıtılmasını ifade etmektedir. Buna göre her birey ihtiyacı olan kaynağa erişmek suretiyle bireysel ve toplumsal tekâmülünü gerçekleştirecek öncül imkânlarla sahip olacaktır.¹²⁸ Diğer taraftan bu dağıtım oranı kişiler arasındaki beceri ve akli melekedeki farklılıklara göre şekillenecek olup böylece her birey adil bir şekilde gerekli kaynağa ulaşacaktır.¹²⁹ Nitekim Aristoteles’e göre eşitlik, ancak denkleştirici adaletle paylaşımda eşitliği gerektirmektedir. İkinci olarak denkleştirici adalet ise tikel bireyler arasında kaynakların mübadelesi sırasında karşılıklı edimlerin birbirine denk olmasını ifade eder.¹³⁰ Böylece toplumdaki bireylerin, ihtiyacı olan bir malı temininde karşı tarafa da değer ve kaynak açısından zarar vermemesi hedeflenir.¹³¹

¹²⁶ Zihnin bütünlüğünde pratik akıl ile yakın ilişkiye sahip bir diğer kavram teorik akıldır. Bu kavram Aristoteles’te *nous*, Thomas Aquinas’da ise *intellectus* olarak geçer. Teorik akılda üretilen tümel ilkeler pratik akıl tarafından sosyal zeminde tikel uygulamalara tatbik edilir. (Gordley, *Foundations of Private Law*, 7.)

¹²⁷ Bu iki kavram Aristoteles tarafından ortaya konulmakla beraber detaylı ve sistematik hukuki analizi kendisinden sonra gelen şarihler tarafından yapılmıştır. (Anton-Hermann Chroust - David Osborn, “Aristotle’s Conception of Justice”, *Notre Dame Law Review* 17/2 (01 Ocak 1942), 135.) Thomas Aquinas’a göre bu iki tür adalet arasındaki irtibat; dağıtıcı adaletle toplumdan bireylere kaynakların adil dağıtılması ve denkleştirici adaletle de dağılan kaynakların bireyler arasındaki eşit mübadelelerle toplumsala geri dönmesiyle gerçekleşir. (Thomas Aquinas, *Summa Theologiae: Volume 37, Justice: 2a2ae*. 57-62, ed. Thomas Gilby (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 89.)

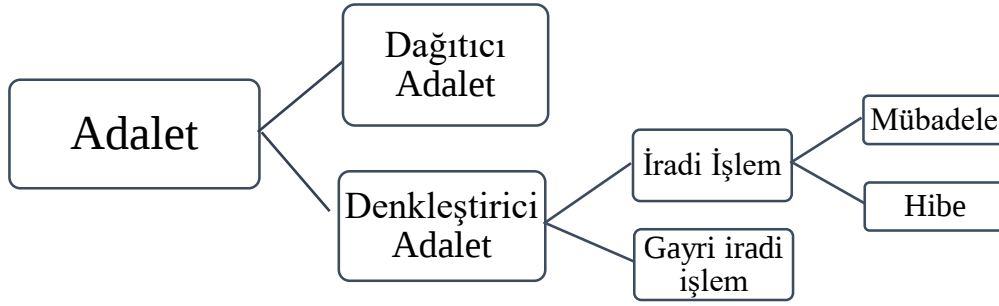
¹²⁸ Gordley, *Foundations of Private Law*, 8.

¹²⁹ Chroust - Osborn, “Aristotle’s Conception of Justice”, 135-136.

¹³⁰ Chroust - Osborn, “Aristotle’s Conception of Justice”, 136.

¹³¹ Gordley, *Foundations of Private Law*, 8.

Tablo 2: Aristoteles Geleneğine Göre Adalet Taksimi



Denkleştirici adalet iki türlü gerçekleşir: gayri iradi ve iradi işlem. Gayri iradi işlemlerde bir kişi diğerinin kaynaklarına onun iradesinin aleyhine el koymaktadır. Bu tür işlemlerde denkleştirici adalet haksız fiili gerçekleştiren kişinin ilgili malı iade etmesini ya da onun maddi karşılığını ödemesini gerektirmektedir. İradi işlemler ise iki türlü gerçekleşmektedir: hibe sözleşmesi (*gift*) ve mübadele sözleşmesi (*exchange*). İradi işlemlerin ilkinin oluşturan hibe, cömertlik (*liberality*) erdeminin bir tezahürü olarak bir kişinin kendi aleyhine başkasını zenginleştirmesini ifade eder.¹³² Ancak Aristoteles’e göre cömertlik basit bir ifadeyle “para verme”yi değil; “diğer bütün erdemlerle beraber bağışın doğru kişiye, doğru miktarda, doğru zamanda yapılmasını” ifade eder.¹³³ Diğer taraftan, mübadele sözleşmelerinde taraflar, talep ettikleri belirli kaynaklar karşılığında ona eşit başka bir kaynak aktarımı yaparlar.¹³⁴ Burada denkleştirici adalet gereği taraflardan birinin diğerinin aksine zenginleşmemesi esastır.¹³⁵ Mübadele sözleşmelerindeki “eşitlik şartı” ise mutlak olmayıp sözleşmenin gerçekleştiği andaki bedellerin değerine göre belirlenir.¹³⁶ Diğer bir ifadeyle denkleştirici adalet bedeller arasındaki eşitliği malların piyasa değerine göre belirliyordu.¹³⁷ Nitekim Geç Skolastikler modern iktisattaki gibi fiyatların günden güne ve bölgeden bölgeye değişebileceğini kabul ediyordu. Fiyat değişikliklerinin ihtiyaç, kıtlık ve üretim maliyetleri gibi etkenlere göre değiştiği ve bunun da arz ile talebi etkilediği öngörülüyordu. Ancak bu arz-talep ilişkisi ve ortaya çıkan denge fiyatı

¹³² Gordley, *Foundations of Private Law*, 287.

¹³³ Aristotle, *Aristotle: Nicomachean Ethics*, çev. Roger Crisp (Cambridge, U.K. ; New York: Cambridge University Press, 2000), 59.

¹³⁴ Aristotelesçi toplumsal yapıda bu adil dağıtımın çok önceden gerçekleştiği ve denkleştirici adaletin gereği olarak bireyler arasındaki kaynak farklarının dondurulduğunu düşünmek hatalı olacaktır. Nitekim toplum devam eden bir mekanizmadır ve eşit değerler üzerine kurulan sözleşmelerle elde edilen malların daha sonraki fiyat dalgalanmaları nedeniyle yaşanan değer değişimi bu adalet yapılarına aykırı değildir. (Gordley, *Foundations of Private Law*, 12-13.)

¹³⁵ Geç Skolastikler “sebepsiz zenginleşme” ilkesini de denkleştirici adalete dayandırmışlardır. (Gordley, *Foundations of Private Law*, 12.)

¹³⁶ Gordley, *Foundations of Private Law*, 287.

¹³⁷ Gordley, *Foundations of Private Law*, 362.

modern iktisattaki gibi kompleks çizelgeler üzerinden tespit edileni değil, pazarda bir araya gelen alıcı ve satıcıların arasında oluşan müşterek kıymeti (Roma hukukundaki ifadeyle ‘*communis aestimatio*’) ifade ediyordu. Serbest piyasa şartlarında “adil fiyatı” ifade eden müşterek kıymet, çeşitli etkenlerden dolayı gerektiğinden fazla ya da düşük de olabiliyordu. Bu durumda Geç Skolastikler fiyatın yönetim organı tarafından düzenlenmesi gerektiğini kabul etmekteydi. Yönetimin fiyat düzenlemesi yapmadığı durumda ise ideal olmamakla beraber fiyat nihayetinde alıcı ve satıcılar tarafından oluşturulduğu için tolere ediliyordu. Ancak taraflardan birinin cehaleti veya gereksinimi sebebiyle piyasa fiyatından yukarı yapılan satışlar tarafların iradelerinin aksine geçersiz sayılmıştır.¹³⁸ Mübadele sözleşmelerinde aranan eşitliğe rağmen tarafların teslim aldıkları malların değerinde sözleşme sonrasında artış ve düşüşler kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle tüccarın satın aldığı mal daha sonrasında kendisine zenginlik getirebileceği gibi zararına da sebep olması muhtemel görülmüştür. Aksi halde tüccar yaptığı işle kaybetmeyeceği gibi daha fazla çalışmasına teşvik edecek bir kazanç ihtimaline de sahip olamayacaktır.¹³⁹

Geç Skolastikler Roma hukuku içerisindeki sözleşme türlerini Aristotelesçi geleneğe uygun olarak iradi işlemlerin altında tasnif etmiştir. Buna göre Roma hukukundaki hibe sözleşmelerinde tam rızanın gerçekleşmesi, mübadele sözleşmelerinde ise bedellerin eşit olması şartları aranmıştır. Diğer bir ifadeyle Roma hukukundaki içerik Aristotelesçi teorik alt yapıya göre süzgeçten geçirilmek suretiyle yeniden kurgulanmıştır. Örneğin Roma hukukundaki hibe sözleşmelerinde bir formalite olarak *insinuatio* Aristotelesçi düşüncedeki rızanın gerçekleşmesi olarak değerlendirilmiştir. Benzer şekilde Roma hukukundaki bir malın değerinin yarısından aşağı satılmasının geçersiz olduğu hükmü, mübadele sözleşmelerindeki eşitlik şartının bir sonucu olarak görülmüş ve genelleştirilmiştir. Son olarak, Roma hukukunda sözleşmelerde dürüstlüğün (*good faith*) bir göstergesi olarak bulunan zımni şartlar (*implied terms*, bugünkü uygulamasıyla kanunun emredici hükümleri) bedellerin eşitliğini koruyan ilke olarak yeniden kurgulanmıştır.¹⁴⁰ Geç Skolastiklerin Aristoteles düşüncesine uygunluğuna göre Roma hukukuna seçici bir üslupla yaklaşımları mutlak olarak da anlaşılmamalıdır. Nitekim bu düşünürlerin Aristoteles felsefesiyle teorik olarak direkt uyuşmasa da pratik olarak daha uygun gördükleri için zaman zaman Roma

¹³⁸ Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 94-102.

¹³⁹ Gordley, *Foundations of Private Law*, 362.

¹⁴⁰ Gordley, *Foundations of Private Law*, 292.

hukukundaki uygulamayı esas aldıkları durumlar mevcuttur. Örneğin Roma hukukunda kazara mal kaybı durumunda kişinin kendisinin zararı üstlenmesi gerektiğini ifade eden “*res perit domino*” ilkesi Geç Skolastikler tarafından da kabul edilmiştir.¹⁴¹ Nitekim yapılan işin mahiyeti ile kaynağın türüne göre risk oranları çeşitlenmekteydi ve her kaza sonucu yaşanan kaybın tazmin edilmesi insanları daha riskli işler yapmaya teşvik edebilirdi. Teorik olarak ilk bakışta dağıtıcı adaletin bireylere ait kaynakların korunması düşüncesine aykırı gözükse de bu ilke aslında pratik ile uyumlu görülmüştür. Zira bu tür kayıpların tazmini aynı zamanda topluma ait kaynakların riskli işlerle uğraşanlara doğru kayması problemini doğurabilirdi.¹⁴²

Geç Skolastikler tarafından Aristotelesçi felsefe ve Roma hukuku arasında yapılan sentez birikim 17. yüzyılda Kuzey Doğal Hukukçuları (*Northern Natural Lawyers*) tarafından devralınmıştır. Hugo Grotius (ö. 1645) ve Samuel von Pufendorf (ö. 1694) gibi kişilerin etkili olduğu bu ekol 17. ve 18. yüzyıllardaki Avrupa hukuk düşüncesini şekillendirmiştir. Geç Skolastiklerden aldıkları Aristotelesçi felsefe ve Roma hukuku üzerine devam eden bu yeni düşünce mal, fiyat, bedel ve kaynakların dağıtımını gibi konularda benzer yaklaşımlara sahip olmuştur.¹⁴³

B. Sözleşmenin Yeniden Kurgulanması: Sözleşme Serbestisinin Yükselişi

Hukuk tarihçileri tarafından 19. yüzyıl yaygın olarak sözleşme serbestisi düşüncesinin “altın çağı” olarak görülmüştür.¹⁴⁴ Diğer coğrafya ve dönemlere ait hukuk ekolleri incelendiğinde bu iddianın aslında Avrupa-merkezci bir zihin yapısının ürünü olduğunu söylemek zor olmayacaktır. Nitekim söz konusu serbestlik; seviyesi ve muhatap olduğu özel hükümlerdeki çeşitlilikle beraber, fıkıh geleneği de dâhil olmak üzere diğer hukuk okullarında da mevcut olmuştur.¹⁴⁵ Ancak klasik liberalizm ve kapitalizmin yükselişiyle sözleşme serbestisi, Avrupa hukuk düşüncesinde daha öncesinde sahip olmadığı bir felsefî altyapı ve önemle ilkeleşmiştir.¹⁴⁶ İlk olarak; 17. ve 18. yüzyıllarda Batı’da ortaya çıkan Aydınlanma düşüncesi ve bunun uzantısı olarak

¹⁴¹ Gordley, *Foundations of Private Law*, 10.

¹⁴² Gordley, *Foundations of Private Law*, 11.

¹⁴³ Gordley, *Foundations of Private Law*, 9-10.

¹⁴⁴ Patrick S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford: Oxford University Press, 1985).

¹⁴⁵ Sözleşme serbestisinin tarihteki farklı tezahürlerine dair bkz. Arthur Chrenkoff, “Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea”, *Australian Journal of Legal Philosophy* 21 (1996), 40-43.

¹⁴⁶ Chrenkoff, “Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea”, 38; Julian S. Webb, “Contract, Capitalism and the Free Market: The Changing Face of Contractual Freedom”, *The Law Teacher* 21/1 (1987), 23.

hümanizm, bilginin merkezine bireyi yerleştirmiştir.¹⁴⁷ Bu düşünsel altyapı; toplumsal ve siyasi tezahürlerini ise Fransız Devrimi ile sembolleştirmiştir. Adam Smith, David Ricardo, John Stuart Mill ve Jeremy Bentham gibi ekonomistlerin savunduğu serbest ticaret odaklı klasik iktisat modeli 19. yüzyıla girilirken Batı'daki ekonomik fikriyatın temellerini oluşturmuş ve *laissez-faire* pazar ekonomisinin ortaya çıkışına katkı sağlamıştır. Benzer şekilde, Sanayi Devrimi sayesinde daha öncesinde görülmeyen bir seviyede büyüyen üretimin doğurduğu kapitalist pazar “bireysel kazanç” motivasyonu ile hareket eden aktörler üretmiştir. Bu ekonomik aktörlerin ilişki biçimi ise “sözleşme” üzerinden formüle edilmiş ve korunmuştur.¹⁴⁸ “Sözleşme toplumu”nun doğuşuna sebep olan bu yapıda “söz”; devlet ve hukuk tarafından sınırsız olarak korunması gereken bir kutsal ilke (*pacta sunt servanda*) hâline gelmiştir. Oliver Wendell Holmes’ın ifadesiyle “Sözleşme teorisi modern dönemin ihtiyaçlarını karşılamak üzere derinlemesine bir şekilde yeniden yapılandırılmıştır.”¹⁴⁹ Bu dönüşümün son basamağı, başka bir ifadeyle zaten zihinlerde mevcut olan bir mefhumun kavramsallaşması ise *sözleşme serbestisinin* ilkeleşmesi olmuştur. Böylece bireysel otonomi büyürken adli müdahaleler sınırlandırılmıştır.¹⁵⁰ Sir George Jessel’in şu ifadeleri 19. yüzyıldaki sözleşme serbestisi kavramına dair düşünce yapısını gösteren güzel bir örnektir:¹⁵¹

Unutulmamalıdır ki kamu düzenine aykırı olması sebebiyle sözleşmeyi geçersiz kılan kuralları siz keyfi bir şekilde uygulayamazsınız. Aksine kamu düzeninin korunması için gereken en önemli şey; rüşd ve ehliyet sahibi bireylerin en serbest şekilde sözleşme yapabilmesi ve bu sözleşmenin kutsal sayılarak mahkeme tarafından tatbik edilmesidir. Bu sebeple, sizin en hafif şekilde bile sözleşme serbestisine müdahale etmemek üzere çok mühim bir kamu politikanız var.

Özel olarak Kara Avrupası hukukundaki kırılma 19. yüzyılda “irade teorisi”nin (*will theories*) yükselişiyle yaşanmıştır.¹⁵² İrade üzerine kurulu bu yeni düşüncenin farkı

¹⁴⁷ Arzu Küçükyalçın, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53/4 (2004), 105; Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 214.

¹⁴⁸ Samuel Williston’a göre birey-merkezci ve liberalist felsefi altyapının bir “doğal sonucu” olarak hukuk, tarafların özgürce sözleşme yapmalarını sağlayacak şekilde dönüşüm yaşamış ve bu sözleşmelerin kesin olarak gereklerinin yerine getirilmesi için yaptırımlarda bulunmuştur. (Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 214.)

¹⁴⁹ Oliver Wendell Holmes, “Contract: I. History”, *The Common Law* (The Belknap Press of Harvard University Press, 2009), 223.

¹⁵⁰ Daniel Song, “From Status to Contract (and Back?): A Historiography of Contract Law and the Transition to Capitalism”, *Ex Post Facto* 12/Spring (2013), 132.

¹⁵¹ *Printing and Numerical Registering Company v. Sampson*, 19 EQ 462 (Printing and Numerical Registering Company v. Sampson, 19 EQ 462) (1875), 465.

¹⁵² Gordley, *Foundations of Private Law*, 287.

sözleşmenin tarafların iradesiyle kurulduğu fikri değildi. 19. yüzyıldan önce Roma hukuku ve Geç Skolastikler de zaten sözleşmeyi öncelikli olarak irade ve bunun bağlayıcılığı üzerine inşa etmişlerdi.¹⁵³ Ancak tarafların sözleşme ile hedefledikleri borç-hak ilişkisi eşitlik ve adalet ilkeleriyle kısıtlanmıştı. Bunun en açık örneği sözleşmeye konu olan edimler arasında değer açısından eşitliğin aranmasıdır.¹⁵⁴ Böylece taraflardan birinin sahip olduğu gücü kullanmak suretiyle kendi lehine açık bir şekilde fazladan fayda sağlaması faiz (*usurious*) olarak değerlendirilmişti.¹⁵⁵ Benzer şekilde, bireysel çıkar odaklı bir fiil, adil bir toplumun sürekliliğine zararlı olarak görülmüştü. Sonuç olarak, eşitlik ve adaletin sağlanmadığı sözleşmeler, tarafların irade beyanlarının aksine, gerektiği durumda mahkemede geçersiz sayılmıştı.¹⁵⁶ Diğer taraftan yeni yaklaşımla beraber, başta sözleşme hukuku olmak üzere, hukuki düşünce bireyin “iradesi” üzerine inşa edilmiştir. Modern felsefenin yükselişiyle Aristotelesçi felsefe gittikçe daha da zayıflamış, Aristotelesçi adalet taksimleri ve mübadele sözleşmelerinde aranan eşitlik şartı gibi uygulamalar da bu dönemde meşruiyetini kaybetmiştir.¹⁵⁷ 18. yüzyılın sonlarına gelindiğinde Christian Thomasius (ö. 1728) eşitliği merkeze alan sözleşme fikrini eleştirmiştir. Thomasius sözleşmelerdeki eşitliğin, üçüncü kişiler tarafından tespit edilemeyeceğini ve ivazlara içkin bir değer olmadığını düşünür. Aksine eşitliği, tarafların iradelerinin mutabık olduğu şey olarak değerlendirmiştir.¹⁵⁸ Benzer şekilde Jean-Guillaume Locré (ö. 1840); herhangi bir şeyin hak ettiği münasip bir ücretinin olmadığını ve bunun her kişiye göre farklılık göstereceğini, bu durumda malın değerine dair doğru kararın ancak tarafların rızalarının mutabakatıyla bilinebileceğini söylemiştir.¹⁵⁹ Sözleşmenin meşruiyetini taraflar arası eşit edimlerin aktarılması olarak gören skolastik hukuk anlayışının aksine yeni ortaya

¹⁵³ Geç Skolastiklere göre “söz” kişinin bir işi yapacağına dair sadece bir onamayı değil aynı zamanda kendisini başkasına karşı borçlu ve sorumlu kılmayı ifade eder. Böylece söz veren karşı tarafa ait bir hakkı teslim borçlu olur. Leonard Lessius icbarı açısından sözlerin, denkleştirici adaletin konusu olduğunu ifade eder. Daha detaylı bir inceleme için bkz. Gordley, *Foundations of Private Law*, 293.

¹⁵⁴ Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 201.

¹⁵⁵ Lee Boldeman, “The Doctrine of Freedom of Contract”, *The Cult of The Market: Economic Fundamentalism and Its Discontents* (The Australian National University E Press, 2007), 246.

¹⁵⁶ Chrenkoff, “Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea”, 34; Song, “From Status to Contract (and Back?): A Historiography of Contract Law and the Transition to Capitalism”, 134.

¹⁵⁷ Burada istisnai olarak hibe sözleşmelerinin geçerli olması için aranan formalite şartının devam etmiştir. (Gordley, *Foundations of Private Law*, 288.)

¹⁵⁸ Thomasius’tan sonra iki yargı sözleşme serbestisine giden yolda pek çok kez tekrarlanmıştır: 1. Değer yargısı öznel, 2. Satım işleminde adil bir ücret üzerine ısrar etmek tarafların iradelerine müdahale etmektir. (Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 201.)

¹⁵⁹ Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 202.

çıkan liberal sözleşme teorisi “sözleşme ile kararlaştırılan her zaman adildir”¹⁶⁰ anlayışını hâkim kılmıştır.¹⁶¹ Morton Horwitz bu dönüşümü şu ifadelerle açıklamıştır:¹⁶²

19. yüzyıla gelindiğinde, sözleşmeden doğan yükümlülüğün kaynağının yine sözleşmenin adil ve eşit bir mübadeleyi temin etmesiyle ilgili olduğuna dair düşüncüyü hukukçular kesin olarak reddetmişlerdir. Onun yerine, ilk defa sözleşmenin meşruiyet kaynağının yalnızca tarafların iradelerinin mutabakatı olduğunu ortaya koymuşlardır.

Anglosakson hukukundaki dönüşüm ise Kara Avrupası’na göre biraz daha farklı yaşanmıştır. Nitekim Anglosakson bölgesi Roma hukuku değil daha çok emsal kararları merkeze alan gelenek temelli bir hukuk anlayışına sahipti. 19. yüzyıl öncesinde Anglosakson hukuk anlayışında genel bir sözleşme teorisi bulunmadığı gibi hukuk “sözleşme”ler üzerinden de anlaşılmıyordu.¹⁶³ Bu dönemde hukuk *writ* denilen dava formları üzerinden işlemekte olup kişiler kendi yaşadığı tikel olaya uygun *writ* bulunması durumunda mahkemeye başvuruyordu. Örneğin kişi taraflara ait mühürlerle belgelenmiş taahhüdü, “anlaşma *writ*”ini (*writ of covenant*) doldurup mahkemeye konu edebilirdi. Diğer taraftan taahhüde ait bir formalite bulunmadığı durumda davacı *assumpsit* başvurusunda bulunabilirdi. Ancak bu tür anlaşmalarda “bedel” bulunması gerekmekteydi. Bedel kavramı Anglosakson hukukunda genel bir teoriye de sahip değildi. Mübadelelerde mala karşılık bir bedel bulunması bekleniyordu ancak ödünç anlaşmasında ya da müstakbel damada verilen sözlerde de dava konusu alabilmesi için bedel şartı aranıyordu. Yine hata veya sözleşme konusuyla ilgili dış koşulların aşırı değişmesi durumunda bunların verilen sözü nasıl etkileyeceğine dair teorik bir yapı bulunmuyordu. 19. yüzyıla gelindiğinde ise Anglosakson hukuku Kara Avrupası hukukundaki değişiklikleri dikkate alarak yeniden yapılandı. “Bedel” kavramı alışveriş ve sözleşme üzerinden yeniden kurgulandı. Ancak en önemlisi tıpkı Kara Avrupası’ndaki gibi tarafların “irade”si hukukun temelini oluşturan “*grundnorm*” (temel norm) hâline geldi.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Küçükyalçın, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, 105.

¹⁶¹ Bu dönüşümün bir örneği olarak 1804 Fransız Medeni Kanunu’nun 1118. maddesi verilebilir. Bu maddeye göre, genel kural olarak gabin, sözleşmeyi geçersiz kılmamaktadır (Spenceri George, *The Code Napoleon, Or, The French Civil Code* (London: William Benning, Law Bookseller, 1827), 306.)

¹⁶² Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law: 1780-1860* (Cambridge: Harvard University Press, 1977), 160.

¹⁶³ Gordley, *Foundations of Private Law*, 288.

¹⁶⁴ A. W. B. Simpson, “Innovation in nineteenth century contract law”, *The Law quarterly review* 91 (1975), 247.

Sözleşme serbestisi ilkesi Batı'daki kodifikasyon hareketleri sürecinde kanun metinlerinde yerini almıştır.¹⁶⁵ Sözleşme serbestisi hükmü öncelikle 1804 Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinde ortaya konmuştur.¹⁶⁶ Bu maddeyle beraber hukuka uygun olarak düzenlenmiş sözleşmeler “kanun” statüsünde değerlendirilmiştir.¹⁶⁷ Benzer şekilde, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 305. maddesi, İtalya Medeni Kanunu'nun 1372. maddesi, İspanyol Medeni Kanunu'nun 1255. maddesi¹⁶⁸ ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 19. maddesiyle sözleşme serbestisi hukuken kabul edilmiştir. Bunun dışında, Anglosakson hukuku altındaki davalarda sözleşme serbestisi hâkimlerin kararında belirleyici unsur olarak yer almıştır.¹⁶⁹

II. Sözleşme Serbestisi ve Kapitalist Piyasa Ekonomisi

Yeni oluşan sözleşmenin niteliğini temsil eden sözleşme serbestisi kavramı aynı zamanda piyasa ekonomisinin verimli bir şekilde çalışması için gereken hukuki zemini sağlamıştır. Nitekim gittikçe artan ve kompleks hâle gelen ticari ilişkilere dair sözleşmeler, sözleşme serbestisi ilkesine dayanarak yürürlüğe girip hukuki yaptırımlarla korunmak suretiyle var olabilmıştır.¹⁷⁰ Piyasa ekonomisi ile arasındaki himaye ilişkisi sebebiyle Patrick S. Atiyah; sözleşme serbestisini sadece hukuki kavram değil, aynı zamanda bir “ekonomik slogan” olarak değerlendirmiştir.¹⁷¹ Zira kavramın ekonomik temellerini klasik iktisat doktrininde görmek mümkündür.¹⁷² Adam Smith, ticari sözleşmelerin haricî müdahaleden uzak şekilde tarafların serbest iradeleriyle kurulması gerektiğini iddia etmiştir.¹⁷³ Ayrıca Smith, taraflara ait bu iradelerin sadece bireysel çıkar odaklı olmasının problem olmadığını, hatta pazarın bu şekilde en verimli

¹⁶⁵ Almanya, Fransa ve İngiltere hukukunda sözleşme serbestisi kavramının ortaya çıkışındaki düşünsel ve uygulamadaki farklılıklar için bkz. Hans-W. Micklitz, “On the Intellectual History of Freedom of Contract and Regulation”, *Penn State Journal of Law & International Aggairs* 4/1 (2015), 1-32.

¹⁶⁶ George, *The Code Napoleon, Or, The French Civil Code*, 310.

¹⁶⁷ Küçükyalçın, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, 106.

¹⁶⁸ Francisco Cabrillo, “The Rise and Fall of Freedom of Contract in Western Economies: A Common Experience”, *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse*, ed. Thomas Eger vd. (Wiesbaden: Gabler Edition Wissenschaft, 2008), 256; Andreas B. Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948), 326.

¹⁶⁹ Bunlardan özellikle *Lochner v. New York* davası (1905) sözleşme serbestisinin güçlü tarafın lehine nasıl hukuki koruma sağladığını gösteren önemli bir örnektir. Detaylı bilgi için bkz. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (Lochner v. New York, 198 U.S. 45) (1905).

¹⁷⁰ Friedrich Kessler, “Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract”, *Columbia Law Review* 43/5 (1943), 41.

¹⁷¹ Randall McGowen, “The Rise and Fall of Freedom of Contract by P. S. Atiyah”, ed. P S Atiyah, *Victorian Studies* 25/3 (Mayıs 1982), 386.

¹⁷² Boldeman, “The Doctrine of Freedom of Contract”, 249.

¹⁷³ Webb, “Contract, Capitalism and the Free Market: The Changing Face of Contractual Freedom”, 23.

seviyede işleyeceğini savunmuştur.¹⁷⁴ Adam Smith tarafından öne sürülen bu iki şart birbirlerini besleyecek şekilde kapitalist pazarın doğuşuna imkân tanımıştır. Nitekim bireysel kazancını artırmaya çalışan bir aktör, ekonomik yatırım planlarını en verimli şekilde sadece sözleşme serbestisi sayesinde gerçekleştirdiği sözleşmelerin tüm şartlarının mahkemede hukukten korunması suretiyle tamamlayabilir.¹⁷⁵ Bu aşamada “kapitalizm” ve bir hukuk terimi olarak “sözleşme serbestisi” birbirini besleyen iki düzlem olarak yeniden şekillenip John Chamberlain’in “Kapitalizm söz/sözleşmedir.”¹⁷⁶ ifadesindeki gibi birbirinin tanımlayıcısı hâline gelecektir. Diğer bir ifadeyle, kapitalist aktörlerin ekonomik faaliyetlerinin hukuki düzlemi olarak sözleşme, sözleşme serbestisi ilkesine göre tam bir serbestiyet üzere inşa edilecek ve hukukten korunacaktır.¹⁷⁷

A. Piyasa Ekonomisinin Hukuku: Hesaplanabilirlik ve Öngörülebilirlik

Sözleşme serbestisinin kapitalizm ile kurduğu işlevsel bağın keyfiyetini tespit etmek reel olarak kavramın rolünün anlaşılması için gereklidir. Bu pragmatik ilişkideki öncelik ve sonralık ilişkisi ya da aralarındaki hiyerarşiye dair literatürde farklı görüşler

¹⁷⁴ Adam Smith, *The Wealth of Nations: An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Chicago: University Of Chicago Press, 1977), 593-594. Adam Smith’e göre alıcı ve satıcı arasındaki serbest ve bireysel çıkar odaklı bu ilişki pazarın en iyi şekilde çalışmasını sağlayacaktır, nitekim taraflar kendi zararlarına olan bir sözleşmeyi tamamlamayacaklardır. Bu durum “pareto verimliliği” olarak adlandırılmıştır. (Webb, “Contract, Capitalism and the Free Market: The Changing Face of Contractual Freedom”, 23.) Aynı zamanda, bu şekilde kurulan sözleşmeler sadece tarafların değil, toplumun da bir bütün olarak refahına imkân sağlayacaktır. (Cabrillo, “The Rise and Fall of Freedom of Contract in Western Economies: A Common Experience”, 253.) Benzeri bir başka çalışma için bkz. John Dalzell, “Duress by Economic Pressure I”, *North Carolina Law Review* 20/3 (1942), 237. Ancak bu düşünce tarafların pazarlıkta eşit güç, beceri ve bilgiye sahip olduğu ön kabulü üzerine kurulmuştur. Bu teorik kabul ise 19. yüzyılın gerçek şartlarıyla uyum sağlamamıştır. (Carolyn Edwards, “Freedom of Contract and Fundamental Fairness for Individual Parties: The Tug of War Continues”, *UMKC Law Review* 77/3 (2009), 647-648.) Smith’in ifadesiyle sözleşmede “taraflardan hangisinin kendi şartlarını kabul ettireceğini öngörmek çok zor olmayacaktır.” (Smith, *The Wealth of Nations: An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 98.) Dolayısıyla normal şartlarda sözleşmelerdeki özgürlük taraflardan güçlü lehine işleyip diğer tarafın aslen kullanmadığı ironik bir mahiyete sahip olmuştur. (Kessler, “Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract”, 632.) P. S. Atiyah bu özgürlüğün ironik yapısına şu cümlelerle değinmiştir: “Aç kalma özgürlüğü özgürlük değildir; karısı ve çok sayıda küçük çocuğu olan adamın iş arama özgürlüğü özgürlük değildir; işçilerin sözleşme özgürlüğü özgürlük değildir, nitekim çoğu işverenin şartlarını kabul etmek zorundadırlar.” (Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 527-528.)

¹⁷⁵ Cabrillo, “The Rise and Fall of Freedom of Contract in Western Economies: A Common Experience”, 253.

¹⁷⁶ John Chamberlain, *The Roots of Capitalism* (Indianapolis: Liberty Press, 1976), 87.

¹⁷⁷ Chrenkoff, “Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea”, 39.

bulunmaktadır.¹⁷⁸ Ancak bu iki düşüncenin modern dönemde birbirini besleyen düzlemlere dönüştüğü söylenebilir. Kapitalist bir zihnin sözleşme serbestisi ile olan ilişkisini Max Weber'in çalışmalarında sistematik olarak takip etmek mümkündür.¹⁷⁹ Weber'e göre kapitalist eylem, değiş-tokuş ile hukuken meşru şekilde kâr üretme amacını güden davranışlardır.¹⁸⁰ Diğer bir ifadeyle; kapitalist eylem, insan fiilinin temel işlevini kişisel çıkar olarak gören ve bu isteği "yasal bir sözleşme formunda"¹⁸¹ gerçekleştiren eylemlerdir.¹⁸² Weber, kapitalist aktörlerin pazarda verimli ve sürdürülebilir şekilde işlem yapmaları için birtakım ön koşulların mevcut olması gerektiğini düşünür.¹⁸³ Bunlardan özellikle "sözleşme serbestisinin kabulü" ve bununla ilişkili olarak "hesaplanabilir bir hukuk düzeninin varlığı"¹⁸⁴ şartları konumuzla ilgili olması açısından önemlidir.¹⁸⁵ İlk olarak, sözleşme serbestisi sınırlı sözleşme formlarını ve hukuki müdahaleleri kaldırarak kapitalist aktörlerin sözleşmenin konusu ve şartlarına dair serbestçe düzenleme yapmalarına imkân tanımaktadır.¹⁸⁶ Karmaşıklaşan ticari ilişkiler ağında aktörlerin sofistike sözleşme kurma ihtiyaçları yine sözleşme serbestisi ilkesiyle karşılanmıştır. İkinci şart olarak hesaplanabilir hukuk yapısı, sözleşme serbestisinin bir uzantısı olarak devlet organlarının ve mahkeme yapılarının tarafların iradeleriyle kurulmuş sözleşmelere olan "keyfî müdahalelerin" engellenmesi

¹⁷⁸ Aralarında Oliver Wendell Holmes, Robert Lee Hale ve John R. Commons gibi hukukçuların olduğu bir grup; kapitalizm ve hukuki dönüşüm arasındaki etkileşimin direkt ve karşılıklı olmadığını, hukukun sadece piyasa ekonomisinin eşit olmayan yapısının yansıttığını iddia etmektedir. Diğer taraftan Willard Hurst, Morton Horwitz ve Duncan Kennedy gibi hukukçular 19. yüzyıldaki hukuki dönüşümün hukukçular tarafından bilinçli olarak kapitalizmin gelişmesine imkân verecek şekilde yürütüldüğünü kabul ederler. (Song, "From Status to Contract (and Back?): A Historiography of Contract Law and the Transition to Capitalism", 131.)

¹⁷⁹ Weber'in hukuk sosyolojisine dair yaptığı çalışmalarda Batı'yı merkeze alması "öteki"ni, yani Batı dışındaki hukuk yapılarını, indirgemeci şablonlara yerleştirmesine neden olmuştur. Bunun bir örneği olarak Müslüman dünyaya dair yaptığı çalışmalarda hukuki yapıyı "kadijustiz" olarak kavramsallaştırdığı hatalı bir okumaya tabi tutar. Bu çalışmada ise Weber'in İslam hukukuna dair fikirlerinin farkında olarak Batı hukukuna dair değerlendirmeleri dikkate alınmıştır.

¹⁸⁰ Max Weber, *The Protestant Ethic & The Spirit of Capitalism* (New York: Routledge, 2012), 152.

¹⁸¹ Richard Swedberg, *Max Weber ve İktisat Sosyolojisi Düşüncesi* (İstanbul: Dergâh Yayınları, 2019), 165.

¹⁸² Chrenkoff, "Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea", 38.

¹⁸³ Weber'e göre pazarda maksimum verimin sağlanması için gereken yedi şart için bkz. Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (Berkeley: University of California Press, 1978), 161-162.

¹⁸⁴ Weber'in kapitalist ekonominin varlığı için iddia ettiği bu önkoşulun İngiltere hukuki yapısı dikkate alındığında literatürde eleştirilere sebep olmuştur. Bu eleştiriler ve konuya dair değerlendirme için bkz. A. Javier Trevino, "The Weberian Perspective", *The Sociology of Law: Classical and Contemporary Perspectives* (New York: Routledge, 2017), 195-198.; David M. Trubek, "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism", *The Sociology of Law: Classical and Contemporary Perspectives* (New York: Routledge, 2008), 229-231.

¹⁸⁵ Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, 162; Trubek, "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism", 227.

¹⁸⁶ Trevino, "The Weberian Perspective", 201.

demektir.¹⁸⁷ Weber, kapitalist pazarın ihtiyaç duyduğu bu hukuki yapıyı “irrasyonel idari keyfiyet ve somut ayrıcalıklara irrasyonel müdahaleden azade, yasal olarak bağlayıcı sözleşme doğasını sıkıca garanti altına alan ve tüm bu özelliklerin sonucu olarak hesaplanabilir şekilde işleyen anlamı açık ve net bir hukuk sistemi” olarak tanımlamıştır.¹⁸⁸ Weber’in ifade ettiği bu yapıda hukuki kurallar rasyonel ve açık şekilde belirlenmiş olup öngörülebilir şekilde tatbik edilmelidir. Bu sayede, kapitalist aktör ekonomik özerkliğe sahip olup ekonomik planlarında herhangi bir engelle karşılaşmayacaktır. Taraflar haricindeki üçüncü kişi ve kurumların müdahalesine dair hesaplanabilirlik aynı zamanda taraflar arasındaki ihtilaf durumunda sözleşmenin şartlarının hukuken yaptırma konu edilmesiyle ilişkilidir. Bu açıdan sözleşme serbestisi; devlet ve hukuk yapısını sözleşmeye asgari oranda müdahale etmek, buna karşın aynı sözleşmeyi azami oranda korumakla sorumlu kılmıştır. Nitekim kapitalist bir aktörün kâr sürekliliği ancak gerçekleştirdiği bir sözleşmenin edimlerinin eksik veya fazla olmadan kesin surette bütün unsurlarıyla ve gereken zamanda yerine getirilmesiyle sağlanabilir. Böylece aktör karşı tarafın sözünü yerine getirmemesi durumunda hukuken yaptırım gücüne sahip olduğunun güvencesinde hareket edebilecektir.¹⁸⁹

19. yüzyılda özelde sözleşme serbestisinin genelde ise sözleşme hukukunun ekonomi ve piyasa yapısıyla olan yakın ilişkisi çeşitli hukukçular tarafından da tespit ve beyan edilmiştir.¹⁹⁰ Oliver Wendell Holmes, 19. yüzyıl sonrası oluşan hukuk yapısının özerk olmadığını ve hukukun yeni ekonomik yapıya uygun araçsal bir işleve sahip olduğunu ifade etmiştir.¹⁹¹ Bununla beraber, Holmes hukukun sadece piyasa

¹⁸⁷ Swedberg, *Max Weber ve İktisat Sosyolojisi Düşüncesi*, 172.

¹⁸⁸ Swedberg, *Max Weber ve İktisat Sosyolojisi Düşüncesi*, 172.

¹⁸⁹ Trubek, “Max Weber on Law and the Rise of Capitalism”, 229; Trevino, “The Weberian Perspective”, 182, 199.

¹⁹⁰ Benzeri bir ilişki iddiası dönemin felsefi düşüncesi ve hukuk arasında yapılmıştır. Bazı hukukçular Aydınlanma felsefesiyle ön plana çıkan “birey” ve “irade” kavramlarının hukukun teorik zeminini yeniden yapılandırıldığını düşünür. James Gordley bu etkileşimin çok zayıf olduğunu düşünür. Nitekim hukukçular; Bentham, Kant ve Hegel gibi filozoflar arasındaki “irade”ye dair farklı felsefi yaklaşımları dikkate almadığı gibi net bir irade tanımına da sahip olmamışlardır. Gordley’e göre “irade” kavramı modern felsefeyle yıkılan Aristotelesçi anlayışın yerine hukukçuların güvenli buldukları tek liman olmuştur. Ancak “irade teorisi” üzerinden ilerleyen bu hukukçuların Aristotelesçi düşüncedeki felsefi alt yapının alternatifini inşa edememişlerdir. En temelde “irade”nin neden bir sözleşmede bağlayıcı olduğu teorik olarak ortaya konulamamıştır. Sözleşme iradeler üzerinden tanımlanmakla beraber sözleşmede zımnen ima edilen şartların “irade edilmemesine rağmen” uygulanırken irade edilen şartların piyasadaki aşırı değişiklikler sebebiyle gerektiğinde neden ortadan kaldırıldığını bu hukukçular tutarlı şekilde açıklayamamaktadır. Tartışmaya dair ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 224-229.

¹⁹¹ Holmes, “Contract: I. History”, 223.

ekonomisinin eşitsizliğe açık yapısını yansıttığını düşünür.¹⁹² Diğer taraftan, Morton Horwitz'e göre irade serbestisi temelli bu yeni hukuki yapı,¹⁹³ hukukçular ve tüccarlar arasındaki bilinçli bir ortaklığın sonucudur.¹⁹⁴ Nitekim sözleşme serbestisi öncesindeki taraflar arası adil mübadeleyi gözeten hukuki yapı, tüccar sınıfının çıkarlarına muhalif bir konumdaydı. Aynı zamanda, bu yapı sözleşmelerin kesin surette uygulanacağına, aksi hâlde diğer tarafın aleyhine yaptırıma konu olacağına dair güvenceyi vermemişti.¹⁹⁵ Ancak sözleşme serbestisi sayesinde tüccarlar içeriğini istediği şekilde inşa edebildiği ve her türlü dış müdahaleye karşı hukuk tarafından korunan bir sözleşme yapısına sahip olmuştur. Harvard Hukuk Okulundan Duncan Kennedy, Horwitz'le benzer bir kanaate sahiptir. Kennedy'ye göre 19. yüzyıl hukukçuları kapitalist sınıfın istek ve menfaatlerine uygun olarak yeni sözleşme doktrinini öne çıkarmış ve bu uygulamaların içeriğini “serbestlik” ve “özgürlük” kavramları altında gizlemişlerdir.¹⁹⁶

III. Osmanlı'da İktisadi Serbestî Kavramının Gelişimi

*Her idarenin esası, serbestî ve hürriyet üzerine mebnî olmazsa adâlet-i tâm icrâ olunamaz.*¹⁹⁷

Batı'daki hukuk düşüncesinde olgunlaşan sözleşme serbestisi ilkesine dair çalışmaların en önemli eksiklerinden birisi, bu ilkenin kapitalistler tarafından Batı içinde nasıl istismar edildiğine dair (ör. işçi-işveren arasında) çok sayıdaki çalışmaya¹⁹⁸ rağmen bu ilkenin Batı'yla yoğun ticari ilişkilere sahip Batı dışı ülkelerde nasıl tatbik edildiğinin yeterince tespit edilmemiş olmasıdır. Kavramın Batı hukukunun dönüşümü içerisinde kapitalist aktörler tarafından ihtiyaç duyulan hukuki altyapıyı nasıl karşıladığı bir önceki başlıkta detaylı olarak anlatılmıştı. Ancak dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta ise sözleşme serbestisi ve genel olarak *laissez-faire* sözleşme

¹⁹² Song, “From Status to Contract (and Back?): A Historiography of Contract Law and the Transition to Capitalism”, 131.

¹⁹³ Tarafların sözleşmenin içeriğine dair serbestilerini ifade eden bu yeni doktrin “will theory” olarak isimlendirilmiştir. Diğer taraftan skolastik hukuk düşüncesinin taraflar arası adalet ve eşit edim mübadelesini savunan doktrini “consideration theory” olarak adlandırılır.

¹⁹⁴ Song, “From Status to Contract (and Back?): A Historiography of Contract Law and the Transition to Capitalism”, 133. Horwitz'in hukukçular ve tüccarlar arasında öngördüğü ortaklık ilişkisine dair yeterli kanıtın olmadığına dair eleştiriler de mevcuttur. bkz. Song, “From Status to Contract (and Back?): A Historiography of Contract Law and the Transition to Capitalism”, 135.

¹⁹⁵ Horwitz, *The Transformation of American Law: 1780-1860*, 167.

¹⁹⁶ Song, “From Status to Contract (and Back?): A Historiography of Contract Law and the Transition to Capitalism”, 136.

¹⁹⁷ “Memleketimizde Tabakatü'l-Efkâr”, *Terakki* 118 (1286): 1 akt. Ahmed Güner Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması* (İstanbul: Ötüken Yayınları, 2013), 370.

¹⁹⁸ Bu tür örnek çalışmalar için bkz. Betty Mensch, “Freedom of Contract as Ideology”, *Stanford Law Review* 33/6 (1981), 753-772; Kessler, “Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract”.

hukuku ile kolonyal hareketler arasındaki tarihî korelasyondur. Nitekim bu aktörlerin Batı haricindeki devlet ve ekonomik yapılarla olan irtibatı da benzer şekilde pazar ilişkisi üzerinden kurulmuş olup gerektiğinde siyasi ve hukuki yaptırımlarla korunmuştur. Bu bölümde, dönüşümün öncelikle ticari faaliyetler üzerinden nasıl yaşandığı ve Osmanlı Devleti'yle olan ilişkilerle hukuki ve siyasi olarak nasıl muhafaza edildiği açıklanacaktır.

Batı'da 17. yüzyılda ortaya çıkan kapitalist düşünce öncelikle Avrupa'yı kuşatmış ve üretim biçimlerinden hukuki yapıya kadar dönüşümlere yol açmıştır. Avrupa'da hâkim olan bu ekonomik düzen ilerleyen yüzyıllarda çevre devlet ve ekonomik yapılara genişlemiş; onları da içine alarak büyüyen bir sisteme dönüşmüştür. Wallerstein'in "kapitalist dünya ekonomisi"¹⁹⁹ olarak isimlendirdiği bu sistem, kendisini merkeze almak suretiyle çevre yapıları kendi üretim ve pazar ihtiyacına göre konumlandırmıştır.²⁰⁰ 18. yüzyılda Avrupa'da yaşanan Sanayi Devrimi üretimde makineleşmeyi ve büyük üretim zincirlerinin kurulmasını sağlarken, aynı zamanda kapitalist ekonomi anlayışı işçilerin çalışma hızı ve yoğunluğunu arttırarak en düşük maliyetle mal üretimine imkân vermiştir.²⁰¹ Durmadan büyüyen fabrika yapılarına paralel olarak büyüyen sermaye ihtiyacı yeni pazarlara açılmayı da gerektirmiştir. 18. yüzyıl sonu ve 19. yüzyıl başında başlayan benzeri bir genişleme süreci Osmanlı ekonomisini kendi yapısına bir çevre birimi olarak dâhil etmiştir.²⁰² Bu süreçte Osmanlı toprakları ucuz hammadde tedarik eden ve geriye pahalı mamullerin satıldığı potansiyel bir pazar olarak değerlendirilmiştir. Bu dönemde *Ceride-i Havadis* gazetesinin kurucusu İngiliz diplomat William Churchill, Osmanlı'nın ancak zirai üretimi teşvik etmek ve serbest ticaret ile bu malları pazarlamak suretiyle ekonomik olarak kalkınabileceğini iddia etmiştir.²⁰³ Churchill'in bu önerisi Avrupa'nın zihninde Osmanlı Devleti'nin rolünü göstermesi açısından dikkat çekicidir.

Osmanlı'nın Batı ticari sistemine entegrasyonunu Avrupa devletleriyle arasındaki ticaret hacmindeki değişimden takip etmek de mümkündür. Şevket Pamuk,

¹⁹⁹ Immanuel Wallerstein, "The Ottoman Empire and the Capitalist World-Economy: Some Questions for Research", *Review (Fernand Braudel Center)* 2/3 (1979), 390.

²⁰⁰ Wallerstein, "The Ottoman Empire and the Capitalist World-Economy: Some Questions for Research", 392.

²⁰¹ Donald Quataert, "Tanzimat Döneminde Ekonominin Temel Problemleri", *Tanzimat/Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006), 448.

²⁰² Şevket Pamuk, *Osmanlı Ekonomisinde Bağımlılık ve Büyüme (1820-1913)* (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017), 1.

²⁰³ Quataert, "Tanzimat Döneminde Ekonominin Temel Problemleri", 449.

Osmanlı Devleti'nin üretime oranla dış ticaret hacminin 18. yüzyılın sonlarında %2-3 arasında olduğunu tespit etmiştir.²⁰⁴ Bu dönemde Balkanlar, Suriye, Mısır ve Anadolu gibi Osmanlı'nın kendi merkezleri arasında devam eden iç ticaretinin aksine dış ticaret, özellikle ihracat, yaygın olmayan ve hatta sınırlandırılan bir uygulama olmuştur. Mehmet Genç'in "provizyonizm" olarak adlandırdığı bu ekonomik politikaya göre üretim faaliyetinin amacı ticaret ve kâr realizasyonu değil, "ülke içindeki mal ve hizmet arzının mümkün olduğu kadar bol ve ucuz olmasını sağlamaktır."²⁰⁵ Diğer taraftan, dış bölgelerle yapılan ticarete dahi Yakın Doğu ve Doğu Avrupa ülkeleri Batı Avrupa ülkelerine göre daha baskın konuma sahip olmuştur.²⁰⁶ Ancak, Napolyon Savaşları'nı (1803-1815) takiben Birinci Dünya Savaşı'na kadarki bir asırlık sürede Osmanlı Devleti'nin Avrupa ile olan ticareti daha öncesinde olmayan oranlarda büyümüştür.

1830'lu yıllarda Batılı devletlerin sanayileşmeye paralel olarak ekonomik büyüme ihtiyacı, Osmanlı topraklarını ticari faaliyetleri için "daha güvenli ve istikrarlı" bir pazara dönüştürme gereksinimini doğurmuştur.²⁰⁷ Bu ekonomik büyümenin kritik bir katalizörü ise 16 Ağustos 1838 yılında Osmanlı yönetiminin İngiltere²⁰⁸ ile imzaladığı Balta Limanı Antlaşması olmuştur.²⁰⁹ Balta Limanı Antlaşması'nın ilk sonucu Osmanlı Devleti'nin belirli hammaddeler ve gıda ürünleri üzerinde sahip olduğu *yed-i vâhid* (tekel) hakkından feragat etmesidir. Böylece, Osmanlı yönetimi tekel hakkına sahip olduğu mallara yüksek oranda vergi ve dış ticaret kotası koyma gücünü kaybetmiştir.²¹⁰ Bu değişikliklerle beraber Osmanlı Devleti, Kırım Savaşı gibi mali kaynak ihtiyacı olduğu ileriki dönemlerde dış ticarete ek vergilendirme

²⁰⁴ Pamuk, *Osmanlı Ekonomisinde Bağımlılık ve Büyüme (1820-1913)*, 15.

²⁰⁵ Mehmet Genç, "19. Yüzyılda Osmanlı İktisadî Dünya Görüşünün Klasik Prensiplerindeki Değişmeler", *Dîvân: Disiplinlerarası Çalışmalar Dergisi* 4/6 (1999), 2.

²⁰⁶ Pamuk, *Osmanlı Ekonomisinde Bağımlılık ve Büyüme (1820-1913)*, 15.

²⁰⁷ Halil İnalçık, "Osmanlı'nın Avrupa ile Barışıklığı: Kapitülasyonlar ve Ticaret", *Doğu Batı* 24 (2003), 74.

²⁰⁸ Özellikle, Sanayi Devrimi ile endüstriyel arka planını kuran İngiltere, Napolyon Savaşları sonrasında siyasi olarak edindiği üstünlüğü sayesinde dünya pazarında ön plana çıkmıştı. 1820-1840 arasında İngiltere, pazar ihtiyacını karşılamak için dünyanın çeşitli bölgelerindeki devletlerle yaptırım gücünü de kullanmak suretiyle serbest ticaret antlaşmaları imzalamıştır. İngiltere önemli pazarlarından biri de Osmanlı toprakları olmuştur. İngiliz tüccarların Osmanlı Devleti'ndeki serbest ve verimli ticari faaliyetler sürdürmesi için yapılan benzeri bir antlaşma da 1838 Balta Limanı Serbest Ticaret Antlaşması olmuştur. Bu dönemde Osmanlı merkez yönetiminin Kavalalı Mehmed Ali Paşa karşısında yaşadığı askeri zayıflık sebebiyle İngiltere'nin desteği alınmıştı. Bunun karşılığında İngiltere, Osmanlı Devleti'yle imzaladığı Balta Limanı Antlaşması'yla iktisadi imtiyazlar edinmiştir. (Şevket Pamuk, *Osmanlıdan Cumhuriyete Küreselleşme, İktisat Politikaları ve Büyüme* (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2008), 31-32.)

²⁰⁹ Yapılan bu antlaşmanın Osmanlı yönetimi açısından meşruiyetinin aslında yine devletin klasik ekonomik modelinden (provizyonizm ve fiskalizm) temin edildiğine dair Mehmet Genç'in iddiası için bkz. Genç, "19. Yüzyılda Osmanlı İktisadî Dünya Görüşünün Klasik Prensiplerindeki Değişmeler", 6-7.

²¹⁰ Pamuk, *Osmanlı Ekonomisinde Bağımlılık ve Büyüme (1820-1913)*, 16-17.

getiremeyecek ve Avrupalı devletlere borçlanmak suretiyle daha da bağımlı hâle gelecektir. Antlaşmayla yapılan ikinci önemli değişiklik ise gümrük vergilerinde yapılan değişiklikler olmuştur. İhracat ve ithalat için antlaşma öncesindeki %3 vergi oranı; ihracat için %12, ithalat için ise %5 olarak değiştirilmişti.²¹¹ Ayrıca, hem yerli hem de yabancı tüccarların Osmanlı toprakları içerisinde ödediği %8 oranındaki iç gümrük vergisi, yerli tüccarlar için geçerli olmaya devam ederken yabancı tüccarlar için kaldırılmıştı. Yapılan bu değişiklik Osmanlı yerli esnafını korumasız bırakmış, Batılı tüccarların ise bölgede dolaşma serbestisini teyit etmiş ve ekonomik varlığını güçlendirmiştir.²¹² Antlaşmanın son bir önemli sonucu ise daha önceki kapitülasyonları süresiz olarak teyit etmesidir.²¹³ Nitekim Osmanlı ile ticari ilişkilerde yasal güvence ihtiyacının ilk nüveleri kapitülasyonlar olmuştur. Avrupalı devletler önceki dönemlerde de kapitülasyon haklarını korumak veya genişletmek için gerektiğinde Osmanlı yönetimini boykot ve benzeri yöntemlerle tehdit etmiştir.²¹⁴

Balta Limanı Antlaşması'nın içeriğine benzer antlaşmalar ilk olarak aynı sene Fransa'yla, daha sonra kısa sürede diğer Avrupa ülkeleriyle de imzalanacaktır.²¹⁵ Serbest ticarete dair imzalanan bu antlaşmaların sonucunda Osmanlı yönetimi gümrük ve tekel kontrolünü kaybetmiş, Batılı tüccarlar ise ticari faaliyetlerine “kesinlik ve verim güvencesi” sağlayan yasal altyapıya sahip olmuştur. Bunun bir sonucu olarak, 1840'ta cari fiyatlarla 4.7 milyon İngiliz sterlini olan ihracat hacmi, 1913'e gelindiğinde 28.4 milyon sterline ulaşmıştır.²¹⁶ Benzer şekilde, 1840'ta 5.2 milyon sterlin olan ithalat hacmi, 1913'te 39.4 milyona çıkmıştır. Böylece, 18. yüzyıl boyunca dış ticaret hacmi

²¹¹ Osmanlı ekonomisinin 1860-1861 yıllarında yaşadığı mali ve siyasi darboğaz sebebiyle İstanbul yönetimi 1861'de imzaladığı yeni bir ticaret antlaşmasıyla ithal gümrüklerini %5'ten %8'e yükseltirken ihracat gümrüklerini %12'den %8'e düşürecektir. Daha sonra ihracat vergilerini her yıl %1 düşürmek suretiyle 1869 yılında %1 olarak sabitleyecektir. (Genç, “19. Yüzyılda Osmanlı İktisadî Dünya Görüşünün Klasik Prensiplerindeki Değişmeler”; Pamuk, *Osmanlı Ekonomisinde Bağımlılık ve Büyüme (1820-1913)*, 18.)

²¹² İnalçık, “Osmanlı'nın Avrupa ile Barışıklığı: Kapitülasyonlar ve Ticaret”, 74. Osmanlı tüccarının bu aşamada tamamen korumasız ve edilgen durumda olduğunu iddia etmek hatalı olacaktır. Zira artan ticari faaliyetlerin farkında olan Osmanlı yönetimi de bu aşamada “Avrupa Tüccarı” olarak isimlendirdiği tebaasındaki gayr-ı Müslim tüccarlar üzerinden kontrol ve etkinlik kazanmaya çalışmıştır. Detaylar için bkz. Said Salih Kaymakçı, *The Sultan's Entrepreneurs, the Entrepreneurs' Sultan: Beratlı Avrupa Tüccarı and Institutional Change in the Nineteenth Century Ottoman Empire (1835-1868)* (Boğaziçi Üniversitesi, 2013).

²¹³ İnalçık, “Osmanlı'nın Avrupa ile Barışıklığı: Kapitülasyonlar ve Ticaret”, 74.

²¹⁴ Osmanlı ekonomisine ciddi oranda yük bindiren kapitülasyonlar 1. Dünya Savaşının başlamasıyla 8 Eylül 1914 tarihli bir fermanla tek taraflı olarak lağvedilmiştir. Ancak, savaşın kaybedilmesinden sonra İstanbul yönetimi Sevr Antlaşmasında kapitülasyonları tekrardan tanımayı kabul etmiştir. Son olarak, Kurtuluş Savaşı sonrasında imzalanan Lozan Antlaşmasında kapitülasyonlar kesin olarak kaldırılmıştır. (İnalçık, “Osmanlı'nın Avrupa ile Barışıklığı: Kapitülasyonlar ve Ticaret”, 76.)

²¹⁵ Pamuk, *Osmanlıdan Cumhuriyete Küreselleşme, İktisat Politikaları ve Büyüme*, 29.

²¹⁶ Pamuk, *Osmanlı Ekonomisinde Bağımlılık ve Büyüme (1820-1913)*, 25.

cari fiyatlar üzerinden iki katına çıkarken,²¹⁷ sadece 1840-1914 arasında ihracat yaklaşık olarak altı katına, ithalat ise yedi buçuk katına çıkmıştır.²¹⁸ Osmanlı dış ticaret hacmine ait bu yükseliş oranları aynı zamanda Avrupa ülkelerindeki oranlara yakın bir seviyedir.

18. yüzyılın sonunda üretime oranla dış ticaret oranının %2-3'ü aşmayacak miktarlarda ve bu hacmin de çoğunlukla Yakın Doğu ve Doğu Avrupa bölgesine olduğu daha öncesinde belirtilmişti. 1913 yılına gelindiğinde ise dış ticaret, Osmanlı Devleti gayrisafi millî hasılası içerisinde %35'e yakın bir orana denk hâle gelmiştir.²¹⁹ Ayrıca tarımsal üretimin ortalama %26.5'u diğer devletlere ihraç edilmiştir. Bütün bu veriler Osmanlı ekonomisinin 19. yüzyıl boyunca ve 20. yüzyılın başında, iniş ve çıkışlara rağmen, Avrupa sermayesine ve müdahalesine adım adım daha açık hâle geldiğini ve kapitalist dünya ekonomisine eklemlendiğini göstermektedir.²²⁰ Bu süreç ise yine ticari imtiyaz ve serbestiyetin yasal yöntemlerle korumaya alınması sayesinde "istikrarlı" ve "verimli" hâle getirilmiştir.

A. Klasik Ekonomik Çerçevenin Dönüşümü ve Serbestî Fikri

Osmanlı ekonomisinin açık bir pazara dönüşmesinde yapılan antlaşmalarla beraber dönüşen iktisadi zihniyet de etkili olmuştur. 19. yüzyılda Osmanlı düşünürleri dışında devlet adamları arasında da yaygınlaşmaya başlayan liberalizm düşüncesi, diğer bir ifadeyle *laizzes-faire*, tıpkı bir paket program şeklinde iktisat, siyaset ve son olarak hukuku etkileyecektir. Liberal düşüncenin çok boyutlu yapısına dair Münif Mehmed Paşa'nın şu ifadesi güzel bir örnektir: " 'Bırak yapsın, bırak geçsin' kelâm-ı meşhûru hürriyet-i sanâyi ve hürriyet-i mübâdele cihetlerini tazmîn eder."²²¹ Liberalizm düşüncesine dair dikkat çekici bir husus ise Osmanlı metinlerinde bu ideolojinin "serbestî, usûl-i serbestî, kâide-i serbestî" gibi ifadelerle karşılanmasıdır. Bu açıdan *serbestî* ibaresinin geçtiği yerlerde modern bir ideoloji olarak liberal düşünceyle

²¹⁷ Pamuk, *Osmanlıdan Cumhuriyete Küreselleşme, İktisat Politikaları ve Büyüme*, 20.

²¹⁸ 19. yüzyıl boyunca fiyatlardaki düşüş dikkate alındığında sabit fiyatla yapılacak bir hesaplamada ticari hacimdeki yükseliş daha da fazla olacaktır. Örneğin 1880 fiyatları esas alındığında, Şevket Pamuk'un tespit ettiği üzere, ihracattaki hacim on bir katına, ithalattaki ise on üç katına çıkmıştır. (Pamuk, *Osmanlı Ekonomisinde Bağımlılık ve Büyüme (1820-1913)*, 25.)

²¹⁹ Vedat Eldem, *Osmanlı İmparatorluğu'nun İktisadi Şartları Hakkında Bir Tetkik* (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1970), 280-309.

²²⁰ Wallerstein, "The Ottoman Empire and the Capitalist World-Economy: Some Questions for Research", 391; Pamuk, *Osmanlı Ekonomisinde Bağımlılık ve Büyüme (1820-1913)*, 26.

²²¹ Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, 317.

kavramın yakın teması akılda tutulmalıdır.²²² Bu bölümde de Osmanlı müelliflerinin kullanımına uygun olarak iktisadi liberalizm *serbestî düşüncesi* olarak ifade edilecektir.

1838 Balta Limanı Antlaşması ve ardından 1839 Tanzimat Fermanı'yla beraber idari ve yasal altyapısı kurulmuş olan serbestî fikrinin Osmanlı fikri iklimine girişi pek çok boyuttan takip edilebilir.²²³ Bu düşünceyle Osmanlı bürokratlarının ilk temasları Tercüme Odası ve elçilikler üzerinden olmuştur. Daha sonrasında, William Churchill'in 1840 yılında kurduğu *Cerîde-i Havâdis* gazetesi bu düşüncüyü İngiliz diplomat David Urquhart'ın yazılarıyla Osmanlı zihin dünyasına pompalamaya başlamıştır. Yine 1860 yılında kurulan *Tercümân-ı Ahvâl* gazetesi ve 1862 yılında kurulan *Mecmû'a-i Fünûn* dergisinde Sakızlı Ohannes Paşa, Münif Paşa, Mehmed Şerif Efendi ve Mehmed Said Efendi gibi kişilerin iktisadi hayata dair yazılarıyla serbestî fikri yaygınlık kazanmıştır. Dergi ve gazete dışındaki bir diğer alan ise eğitim olmuştur. Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane'de hocalık yapan Serandi Arşizen ilk defa iktisat dersi açmış ve Pellegrino Rossi'nin *Cours d'économie politique* adlı eserini okutmuştur.²²⁴ Eğitim alanındaki en önemli kurumsal gelişme ise 1858'de açılan Mekteb-i Mülkiyye olmuştur.²²⁵ Böylece iktisat alanına dair çalışmalar hem çoğalmış hem de istikrar kazanmıştır. Sakızlı Ohannes Paşa, Mehmed Şerif Efendi, Mikail Paşa ve Macar Emin Efendi gibi hocalar gazete ve dergilerdeki yazıları haricinde bu kurum altında iktisat dersleri vermiş ve ders metinleri hazırlamıştır.²²⁶ Osmanlı'da modern iktisada dair hazırlanan ilk eserler Batı'dan yapılan tercüme olmuştur. Bunlardan ilki 1803 yılında Jean-Baptiste Say tarafından kaleme alınan *Traité d'économie politique* isimli eserin

²²² Serbestî kelimesinin birbirini destekleyen yakın bir kullanımı ise “hürriyet” olmuştur. Namık Kemal'in “hürriyet”e dair yaptığı tanımlama liberalizme benzer şekilde her alanı kuşatacak bir serbestî fikrini içermektedir: “Hürriyet ki ruhun kâffe-i evzak ve temâyülâtını istikmâle ve ömrün envâ-ı âfât ve ihtiyâcâtına bedel-i tesliyettir. Her ferdin ef'âlinde (efkârında), neşriyâtında, ictimâ'ında kat'ıyyü't-te'sir bir hükmi-i şâhâne...” (Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, 349.) Yine Ziya Paşa'nın ifadesiyle “hürriyet ne güzel nimet-i ilahiyyedir.” (Ziya Paşa, “Hürriyet'in Neşri Dolayısıyla”, *Hürriyet* (1868), Yeni Osmanlılar Cemiyeti Basım, 2.)

²²³ Ahmed Güner Sayar, “Yenileşmeden Cumhuriyet'e Osmanlı İktisat Düşüncesi”, *Türkler*, ed. Hasan Celal Güzel vd. (Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 2002), 567.

²²⁴ Bu eser daha sonrasında Aleko Şuco tarafından *Tasarrufât-ı Mülkiyye* adıyla tercüme edilmiştir. (Sayar, “Yenileşmeden Cumhuriyet'e Osmanlı İktisat Düşüncesi”, 568.)

²²⁵ Sayar, “Yenileşmeden Cumhuriyet'e Osmanlı İktisat Düşüncesi”, 568.

²²⁶ Ahmed Midhat Efendi 1890'larda mekteplerdeki serbestî düşüncesinin baskın konumunu şu ifadeleriyle eleştirmiştir: “Bizim yüksek mekteplerimizde Adam Smith ekonomisinin güya bir yasa, gereğince uygulanacak bir düstür şeklinde kabul edilmesi büyük bir üzüntüyü gerektirir.” (Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, 386.) Yine başka bir yerde Mülkiye mektebi hocalarını eleştirmiştir: “Baksanıza, mekâtib-i 'âliyemizde ikmâl-i tadrîs eyleyen müntehîler hala bizde serbestî-i mübâdeleyi düstûru'l-amel yolunda olanca fedakârlığımızı malûmât-ı dâhiliyyeye hasreylemek hususundaki arzu ve hayalimizi de men'e kalkışarak ‘siz ekonomi bilmiyorsunuz’ diye bize de ders vermek istiyorlar.” (Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, 386.)

İlm-i Tedbîr-i Menzil adıyla Sehak Abru Efendi tarafından yapılan tercümesidir.²²⁷ Ancak kısa süre içerisinde iktisat alanına dair eserler telif edilmeye başlamış ve literatür büyüyerek devam etmiştir.²²⁸

Modern iktisat biliminin 19. yüzyıl boyunca gerek bürokratlar gerekse entelektüeller arasındaki yayılışı özellikle Say ve Rossi'nin klasik iktisat düşüncesi çizgisi üzerinden olmuştur. Serbestî düşüncesi üzerine kurulu bu yorum ticari ve ekonomik faaliyetlerin müdahaleden uzak olarak işlemlerini savunmuştur. Batı'yla olan ticari faaliyetlerin benzeri görülmemiş bir şekilde katlanarak yükseldiği 19. yüzyılın ikinci yarısında Osmanlı iktisadi düşüncesinin de klasik formundan koparak ticari faaliyetleri destekleyen serbestî temelinde tekrar kurulması bu açıdan tesadüf değildir. Kurulan yeni ekonomi modeli, Osmanlı'nın içinde bulunduğu ekonomik ve siyasi darboğazda kurtarıcı olarak sunulmuştur. Daha açık bir ifadeyle, Batı'dan alınan serbestî fikrinin kabulü sayesinde Batı tarafından talep edilen serbest ticaret politikası Osmanlı bürokratları tarafından itibar görmüştür. Bu dönemde gerek bürokratlar gerekse mülkiye hocaları serbestî fikrini dergi, gazete ve eserlerde ele almış ve savunmuştur.²²⁹ Münif Paşa'nın ifadesiyle "Serbest mübâdele usûlü pek sade ve pek nâfi' ve pek mahsûldar" görülmüştür.²³⁰ Bir diğer ifadesinde Münif Paşa şöyle demiştir: "Serbest mübâdeleyi tahdîd etmek abes olur... En âlâ çare mübâdeleyi serbest bırakmaktır."²³¹ Sakızlı Ohannes Paşa da serbestî düşüncesini desteklemiş, Osmanlı ekonomisi ve sanayisinin bu şekilde kalkınabileceğini düşünmüştür: "Usûl-i serbestîde erbâb-ı sanâyiin himmet ve ikdâmları himaye usulünden ziyade müessir ve müsemmir olduğunu vukuat dahi ispat etmiştir."²³² Ancak bütün bu süreç, çeşitli yerel unsurlarıyla beraber Osmanlı ekonomisini Avrupa karşısında tüketmiştir. Nihayet 1876 yılında Osmanlı Devleti borçlarını dahi ödeyemeyecek hâle gelecek ve ekonomik olarak

²²⁷ Sehak Abru Efendi tarafından tercüme edilen bu eser 1852 yılında basılmıştır.

²²⁸ 19. yüzyılın ikinci yarısında kaleme alınan bazı eserler şunlardır: *İlm-i Emvâl-i Milliye* (Mehmed Şerif, 1863), *İlm-i Tedbîr-i Servet* (Ahmed Hilmi, 1869), *Ekonomi Politik* (Ahmed Midhat, 1879), *İlm-i Servet-i Milel* (Sakızlı Ohannes Paşa, 1881), *Mebahis-i İlm-i Servet* (Nuri, 1881), *İlm-i Servet* (Münif Paşa, 1886), *İlm-i Servet* (Ahmet İhsan, 1885), *İktisat yahut İlm-i Servet* (Akyiğitzade Musa, 1896) ve *İlm-i İktisat* (Cavid Bey, 1897).

²²⁹ Sayar, "Yenileşmeden Cumhuriyet'e Osmanlı İktisat Düşüncesi", 569-570.

²³⁰ Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, 318.

²³¹ Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, 318.

²³² Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, 367.

iflasını ilan edecektir.²³³ Ziya Bey serbestî ideolojisinin sebep olduğu ekonomik çöküşü şu şekilde ifade etmiştir:²³⁴

İşte bunların hepsi [yerli tüccar ve esnaf] mahiv ve mün‘adim oldu. Zira ticaret-i dâhiliyemiz bütün Avrupalıların eline geçti ve emti‘a-ı dâhiliye revâçtan kalkıp Avrupa metâ‘ı itibar buldu. Büyüyecek muâmelât-ı ticarete girişen tebâmızı dahi imtiyâz-ı ecnebiye ile hükümetimizin müttehazı olan muâmele-i zulmiye ezdi bitirdi.

Ziya Bey’e göre bu sürecin kazananı belliydi. Nitekim; Batılı tüccarlar, elçilikler eliyle ihtiyaç duydukları yasal altyapıyı ve güvenceyi, hukuki imtiyazlar sayesinde edinmişti. Ziya Bey’in ifadesiyle bu gruplar böylece “Her işlerini istedikleri yolda yürütüp milyonlar kazandılar.”²³⁵ Bütün bu gelişmelere rağmen serbestî düşüncesi ilk süreçte iktisadi krizin suçlusu olarak değerlendirilmediği de görülür. Ahmed Güner Sayar serbestî düşüncesinin bu dönemde Osmanlı dönüşümündeki gerekli “itici bir güç” olarak görüldüğü ve yeniyi temsil ettiği için “korunması gereken bir ilke” olarak değerlendirildiğini düşünür: “Zira siyasi hayatta yaşanan çalkantılar meşruti monarşiye yol açtığı için liberalizmin her türlü –siyasi, iktisadi, bu arada asri yaşama üslubu- bir kesim için çok revaçtaydı.”²³⁶ Yine de yaşanan bu iktisadi buhranlar belli bir süre sonra Osmanlı yöneticileri ve entellektüelleri arasında serbestî karşısında iktisadi korumacılık/himaye düşüncesinin güç kazanmasına neden olmuştur.²³⁷ Özellikle Sultan II. Abdülhamit’in siyasi liberalizme karşı konumu iktisadi serbestî fikrinin de zayıflamasına neden olmuştur.²³⁸ Ancak bu süreçte iktisadi serbestî zayıflasa bile genel olarak “serbestî düşüncesi” Osmanlı dünyasında var olmaya devam etmiştir. Nitekim üçüncü bölümde ele alanıcağı üzere, bu fikrin hukuki yansıması olarak

²³³ Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, 370.

²³⁴ *Hürriyet* (03 Mayıs 1869), Yeni Osmanlılar Cemiyeti Basım, 8. Yine başka bir yerde Ziya Bey şöyle demiştir: “Kemâl-i cehlimizden nâşi Avrupa fabrikaları ma‘mûlâtını kendi mülkümüz mahsûlâtına tercih ettiğimizden ve hükümet dahi mebzûl tuttuğu imtiyâzât ve müsâadât-ı ecnebiyye ile bu hali tervîç ettiğinden ma‘mûlât-ı mülkiyemize inkırâz geldi. Tüccarımız iflâsa çıktı. Ol ma‘mûlât ile müteayyîş olan erbâb-ı sanâyi‘ perişan oldu. Mukaddema mülkümüzde tedâvül eden akçemiz memâlik-i ecnebiyyeye gidip hazinemize müzâyeka geldi.” (Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, 339.)

²³⁵ Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, 340.

²³⁶ Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, 370.

²³⁷ Mizancı Murat Bey serbestî usulünün bilimsel ve tecrübi olarak faydalı olduğunu ancak Osmanlı gibi yabancı rekabetine karşı dirençli olmayan ülkelerde yabancı pazarına dönüşme riskini içerdiğini söyler. Detaylar için bkz. Ömer Karaoğlu, *Osmanlı İktisat Tasavvuru ve Modernleşme: 19. Yüzyıldan Portreler-Olaylar-Belgeler* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2018), 126-127. Ahmed Midhat Efendi serbestî düşüncesinin Osmanlı’nın ekonomisini zayıflattığını düşünür. Onun ifadeleriyle “hürriyet-i mübâdele kapısını açacak olur isek sanayi ve ticâret-i dâhiliyemizi canlandırmak kat‘iyyen muhaldir.” (Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, 385.)

²³⁸ Sultan II. Abdülhamit döneminde serbestî düşüncesini savunan Ohannes Paşa ve Mikail Paşa’nın Mekteb-i Mülkiyye’deki görevinden azledilmesini sultanın liberalizm karşısındaki duruşunun bir sonucu olarak görmek yanlış olmayacaktır. (Sayar, “Yenileşmeden Cumhuriyet’e Osmanlı İktisat Düşüncesi”, 569.)

sözleşme serbestisi kavramı Osmanlı hukuk düşüncesine yine aynı dönemde giriş yapacak ve kanun tadilleri sırasında sıkça tartışılan bir gündem haline gelecektir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1913-1928 *SERBESTÎ-İ MUKAVELÂTA* DAİR YÜRÜTÜLEN TARTIŞMALAR VE MEVZUATTAKİ DÖNÜŞÜM

I. II. Meşrutiyet Öncesi Sözleşme Serbestisi

Zamanımızda muamelât-ı medeniyyenin üssülesasını *serbestî-i mukavelât* kaidesi teşkil ediyor.²³⁹

Seyyid Bey

Gülhane Hatt-ı Hümayunu (1839) ile başlayan Tanzimat Devri, Osmanlı Devleti'nin siyasi, askerî, sosyo-ekonomik ve hukuki dönüşümlerin giderek hızlandığı bir değişim ve arayış süreci olmuştur. Ferman'da “bundan böyle Devlet-i Aliye ve memâlik-i mahrûsemizin hüsn-i idaresi zımnında bazı kavânîn-i cedide vaz' u tesisi lazım ve mühim...”²⁴⁰ görüldüğüne işaret edilmiş ve bu amaçla yapılan hukuki ıslahat çalışmalarının en önemli nüvesi bu dönemde hazırlanan çok sayıda kanun olmuştur.²⁴¹ Batı hukuku ve fıkıh birikiminden farklı nispetlerde istifade edilmek suretiyle yapılan bu değişim *resepsiyon* ve *fıkıhın kodifikasyonu* sonuçlarını doğurmuştur. Aslında bu iki sonuç aynı zamanda Osmanlı Devleti'nin 19. ve 20. yüzyıllarda yaşadığı hukuki dönüşümde takip edilen iki farklı usuldür. Bu iki usul arasında yönetim erki arasında yaşanan çatışma sonucu ortaya çıkan kanunlardan birisi de “Mecelle-i Ahkam-ı Adliye”dir.

A. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ve Şerhleri

1. Mecelle'nin Hazırlanışı ve Yapısı

Mecelle Mazbatası'nda Mecelle'nin hazırlanmasına sebep olan çeşitli ihtiyaç ve saiklere işaret edilmiştir. Öncelikle Mecelle'nin dönemin hâlihazırda dönüşen adli yapısına uygun bir kanun ihtiyacına karşılık hazırlandığı görülür. Nitekim Tanzimat sonrası Şer'îye Mahkemesi temelli adli yapıya ticaret, usul ve ceza mahkemelerini içeren Nizamiye Mahkemeleri eklenmiştir. Bu yeni mahkeme yapısına uygun olarak ihtiyaç duyulan hâkimlerin yetiştirilmesi için daha öncesinde hukuk eğitiminin merkezi olan “medreseler”e alternatif olarak “hukuk mektepleri” açılmıştır.²⁴² Ancak

²³⁹ Mehmed Seyyid Bey, *Usul-i Fıkıh: Medhal* (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1333), 149.

²⁴⁰ “Gülhane Hatt-ı Hümayunu”, ts. (Devlet Arşivleri Başkanlığı, Osmanlı Arşivi, 48).

²⁴¹ Bu kanunlardan bazıları şunlardır: 1850 Ticaret Kanunnamesi, 1858 Arazi Kanunnamesi, 1858 Ceza Kanunnamesi, 1861 Usul-i Muhakeme-i Ticaret Kanunnamesi, 1863 Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi, 1879 Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunnamesi ve Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunnamesi. Detaylar için bkz. Mehmet Akif Aydın, *Türk hukuk tarihi* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2017), 424-430.

²⁴² “Tanzimat döneminde gerek duyulan hukukçu ihtiyacını karşılamak için klasik medreselerin yanı sıra 1854 yılında Muallimhâne-i Nüvvâb adıyla bir hukuk mektebi açılmış, Galatasaray Mekteb-i Sultânisi'nde de 1869'da bir hukuk şubesi kurulmuştur.” (Mehmet Âkif Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231.) Mekteb-i Hukuk'un idaresi, müfredatı, hocaları ve öğrencileri hakkında detaylı inceleme için bkz. Ali Adem Yörük, *Mekteb-i Hukukun Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Yüksek

bu mekteplerin yeterli hukukçuyu yetiştirmesinin alacağı vakit düşünüldüğünde Nizamiye Mahkemeleri'nde görev alacak hâkimler gerek nicelik gerekse nitelik olarak yetersiz kalmıştır. Böylece fıkhi birikime nüfuz edebilme becerisi açısından *kaht-ı ricâl* durumu meydana gelmiştir. Mecelle Mazbatasında bu duruma şu ifadelerle işaret edilmiştir.²⁴³

Şimdi ise her tarafa ulûm-i şer'iyede maharetli zevâta nedret geldiğinden mehâkim-i Nizamiye'de lede'l-îcâb kütüb-i fikhiyeye müracaatla hall-i şüphe edebilecek aza bulundurmak şöyle dursun memalik-i mahrusede kâin bu kadar mehâkim-i şer'iyeye kudât bulmak müşkil olmuştur.

Mahkemelerde hizmet verecek fakih kişilerin yeterli sayıda olmaması hâkimlerin karar verme süreçlerinde yardımcı olacak muhtasar ve açık ibareli bir kaynak ihtiyacına yol açmıştır. Böylece Mazbata'daki ifadesiyle “ihtilafâtan ârî yalnız akvâl-i muhtârayı havi olmak üzere muamelât-ı fıkha dair sehlü'l-me'haz bir kitap yapılsa herkes kolaylıkla mütalaa ederek muamelâtına ana tatbik” edebileceği bir çalışma hazırlanması planlanmıştır.²⁴⁴ Aynı zamanda hazırlanacak bu çalışmanın Türkçe olması medrese eğitiminden geçmemiş hâkimlerin de metne nüfuz etmesine imkân vermiştir.²⁴⁵

Mevcut teknik ihtiyaçlar haricinde konjonktürel talep ve şartlar da hukukta değişimi gerektirmiştir. 19. yüzyıl itibarıyla Osmanlı'nın Avrupa ülkeleriyle sahip olduğu ticaret hacminin en yükseğe çıkması bu ülkeler arasındaki siyasi ve askerî ilişkilerin haricinde iktisadi ilişkilere de politika üretiminde merkezî rol vermiştir. Cevdet Paşa bu ticari ilişkilerin Kırım Savaşı'yla arttığına *Tezâkîr*'de şu şekilde değinir: “Günden güne Avrupalıların memalik-i mahruseye tevarüdü ziyadeleşip ale'l-husus Kırım Muharebesi münasebetiyle fevkalade çoğaldı ve bu cihetle daire-i ahz ü

Lisans, 2008). Mürteza Bedir hukuk mekteplerinin hukuk bilgisinin kurumsal olarak medreselerden devralınması, böylece ulemanın otoritesinin zayıflatılması olarak bir modernleşme projesi olduğunu düşünür. Zira bu okullar aynı zamanda Şer'iy Mahkemelerine alternatif olarak kurulan Nizamiye Mahkemelerine hâkim yetiştirilmesi için kurulmuş ve modern hukuk dallarının da öğretildiği eğitim kurumları olmuştur. (Murteza Bedir, “Fikih to Law: Secularization Through Curriculum”, *Islamic Law and Society* 11/3 (2004), 382-384.) Diğer taraftan Jun Akiba ve Abdulhamit Kırmızı'ya göre Nizamiye Mahkemeleri ve hukuk mektepleri ulemanın aleyhine değil, bizzat ulemanın desteklediği ve içinde yer aldığı kurumlardır. Dahası bu kurumların “sekülerleşme” düzleminde bir okumaya tabi tutulması hatalı modern bir tavidir. (Jun Akiba, “Sharî'a Judges in the Ottoman Nizâmiye Courts, 1864-1908”, *Osmanlı Araştırmaları* 51/51 (2018), 209-237; Abdulhamit Kırmızı, “Şer'an Olamadığı Halde Kanunen ve Nizamen: Osmanlı Uleması ve Tanzimat”, *Sahn-ı Semân'dan Dârülfünûn'a: XIX. Yüzyıl Osmanlı'da İlim ve Fikir Dünyası* (İstanbul: Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2021), 31-71.)

²⁴³ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (İstanbul, ts.), 24.

²⁴⁴ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 24.

²⁴⁵ Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, 28/231.

îta vüs‘at buldu.”²⁴⁶ Osmanlı’nın Batı ile olan yakın ilişkileri, bir yandan Avrupalı elçilerin Osmanlı’yı kendi iktisadi ihtiyaçlarına göre şekillendirme girişimlerini diğer yandan da Osmanlı’nın kendi ticari ve sınai kalkınmasını başarabilmek için takip ettiği politikaları doğurmuştur. İlkini örneğini bizzat Mecelle tartışmalarında Medeni Kanun olarak Fransız *Code Civil*’inin kabulünün ısrarında görmek mümkündür. İkinci ise bizzat Mazbata’da ifade edildiği üzere Mecelle’nin “asrın ihtiyacına göre rûz-merre zuhura gelen muamelâtın tatbikine kâfi olabilecek” bir kanun olarak planlanmasında görülür.

Aslında fıkha dayalı bir medeni kanun çalışması olarak Mecelle, ikinci bir girişimdir. Nitekim Mecelle’den yaklaşık on beş yıl önce 1272/1855 tarihinde *Metn-i Metîn* adlı bir kanun çalışması yapılmıştır.²⁴⁷ İlgili Kanun’un hazırlanması için Meclis-i Tanzimât bünyesinde aralarında Ahmed Cevdet Paşa’nın da bulunduğu beş kişilik hususi bir cemiyet kurulmuştur.²⁴⁸ Cevdet Paşa’ya göre Tahir Efendi haricindeki üç üyenin zaten fıkıh birikimine hâkim olmayışları ve kendisinin de o vakitlerde yeterli donanıma sahip olmaması sebebiyle Cemiyet yeterli yetkinliğe sahip olmamıştır.²⁴⁹ Zira yaptığı çalışmalar sonucu Cemiyet sadece Kanun’un ilk kısmı olan “Kitâbu’l-Buyû”u hazırlamış ve bu çalışmanın da yetersiz bulunması sebebiyle lağvedilmiştir. *Metn-i Metîn*’in tamamlanamaması fıkıh temelli bir kanun ihtimaline zarar vermiş ve Fransız Medeni Kanunu’nun tercümesi usulüyle uygulamaya sokulması yönündeki görüşü güçlendirmiştir.²⁵⁰ Böylece dönemin Fransız Büyükelçisi De Bourre’nin ısrar ve teşvikleri üzerine Sadrazam Âli Paşa, Fransız Medeni Kanunu’nun kabulü konusunu 1284/1876 yılında Sultan Abdülaziz’e arz etmiştir.²⁵¹ Nitekim daha öncesinde Fransa’dan Ticaret Kanunnamesi 1850 tarihinde tercüme yoluyla alınmış ve buna uyumlu olacak bir medeni kanun ihtiyacının da benzer şekilde resepsiyon yoluyla

²⁴⁶ Ahmed Cevdet Paşa, *Tezakir* : 1-12 (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1953), 62.

²⁴⁷ Ahmed Cevdet Paşa, *Tezakir*, 63.

²⁴⁸ Cemiyet şu kişilerden oluşmaktadır: Rüşdü Molla Efendi (başkan, Meclis-i Tanzimat üyesi), Tahir Efendi (İstanbul kadısı), Hüsam Efendi (Meclis-i Maarif azası), Ali Ratib Bey ve Ahmed Cevdet Paşa. (Ahmed Cevdet Paşa, *Tezakir*, 63.)

²⁴⁹ Ahmed Cevdet Paşa, *Tezakir*, 63.

²⁵⁰ Ahmed Cevdet Paşa, *Ma’ruzat* (İstanbul: Çağrı Yayınları, 1980), 200.

²⁵¹ Ahmed Cevdet Paşa bu girişimi *Maruzât* adlı eserinde şu şekilde ele almıştır: “Diğer bir kısmı dahi Fransa Kanunnamesi’ni tercüme ile mehâkim-i Nizamiye’de düstûru’l-amel tutulması fikrindeydi. O zaman elçilerin Dersaadet’çe en nüfuzlusu Fransa Elçisi Mösyö Bouree olduğundan Fransa kanunlarının mehâkim-i Devlet-i Aliye’de mamulun-bih olması emelinde bulunmağla Fransız politikasına hâdim olanlar hep bu fikir-i sakimdeydiler. Ticaret Nazırı Kabûlî Paşa ise bu fikirde musır olup hatta mukaddemce Fransız Code Civil’ini Türkçeye tercüme ettirerek vükelâya tasdik ettirmeye çalışıyordu.” (Ahmed Cevdet Paşa, *Ma’ruzat*, 200.)

sağlanabileceği düşünülmüştür. Ancak tercüme yoluyla alınacak bu yabancı kökenli kanuna Ahmed Cevdet Paşa gibi bazı vekiller muhalefet etmiştir.²⁵² Konu daha sonra yönetim erkinin bulunduğu bir encümen-i mahsûsta tartışılmıştır. Ahmed Cevdet Paşa'nın teklifi ve Fuad Paşa ile Şirvanizade Rüşdü Paşa'nın destekleriyle Fransız Kanun-ı Medeni'si yerine ülkenin kendi kimliğine uygun şekilde fıkıh birikimine dayalı bir kanun hazırlanması fikri baskın gelmiştir.²⁵³ Ahmed Cevdet Paşa'nın ifadesiyle bu kanun “ilm-i fikhın muamelât kısmından icabât-ı zamaniyeye muvafık olan mesail-i şer'îye cem' olunarak ehl-i İslam'a göre ahkam-ı şer'îye olup tebaa-i gayr-i müslimeye göre dahi kanun itibar olunmak üzere bir kitap” olarak teklif edilmiştir.²⁵⁴ Böylece 1284/1868 yılında Mecelle Cemiyeti kurulmuştur.²⁵⁵ Projenin savunucusu ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye nazırı olarak Ahmed Cevdet Paşa Cemiyet'in başkanlığına seçilmiştir.²⁵⁶ Cemiyet, öncelikle Kanun'un ilk 100 maddesinden oluşan “Mukaddime” ile “Kitâbu'l-Buyû” ciltlerini tamamlamıştır.²⁵⁷ Şeyhülislamlık ve âlimlerin değerlendirmelerine göre revize edilen çalışma Sadaret'e arz olunmuş ve 8 Muharrem 1286/19 Nisan 1869 tarihinde padişahın iradesiyle yürürlüğe girmiştir. Bundan sonraki on beş bölüm²⁵⁸ de benzer şekilde hazır oldukça yürürlüğe girmek suretiyle yedi yıl boyunca tedvin edilmiş ve nihayet 1293/1876 yılında “Kitâbu'l-kaza” ile beraber

²⁵² Cevdet Paşa bu kişileri “Fransız politikasına hâdim” olarak değerlendirmiştir. (Ahmed Cevdet Paşa, *Ma'rûzat*, 200.) Zira ona göre “bir milletin kavanin-i esasiyesini böyle kalb-u tahvil etmek o milleti imha hükmünde” olacaktır. (Ahmed Cevdet Paşa, *Tezakir*, 63.) Dahası Sadrazam Âlî Paşa ve Ticaret Nâzırı Kabuli Paşa'nın bu yöndeki çabalarını yanındaki paşalarla beraber durdurduğuna Maruzât'ında şu şekilde değinir: “Lakin bizim muhalefetimize mebni icra-ı garaza zaferyab olamıyordu.” (Ahmed Cevdet Paşa, *Tezakir*, 63.)

²⁵³ Bu durum Fransız Medeni Kanunu'nun kabulünü savunan kişiler arasında Mecelle'ye muhalefet tavrını doğurmuştur. Cevdet Paşa Fransa kanunu yanlısı olan kişilerin süreç içerisinde Mecelle'ye yönelik saldırılarda bulunduğu *Maruzât*'ında da değinir: “Lakin ibtidalarında muhalifin güruhu bunu yarım bıraktırmak için çok çalışmışlar ve çok entrikalar çevirmişlerdir.” (Ahmed Cevdet Paşa, *Ma'rûzat*, 201.) Paşaların muhalefeti dışında âlimler ve özellikle Şeyhülislam Kezûbî Hasan Fehmi Efendi ve onunla beraber ziyî-i ulema da bulunan nice cühela dahi böyle bir fıkıh kitabının daire-i ilmiyede yapılmayıp da daire-i adliyede yapılmasından dolayı aleyjime kıyam etmişlerdi.”

²⁵⁴ Ahmed Cevdet Paşa, *Ma'rûzat*, 200.

²⁵⁵ Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 72.

²⁵⁶ Cemiyet'in üyelerinin kimler olduğunu her kitabın sonundaki isimlerden takip etmek mümkündür. İlk kuruluşunda Filibeli Seyyid Halil Efendi (Evkaf-ı Hümayun müfettişi), Seyfeddin İsmail Efendi (Şura-ı Devlet üyesi), Mehmed Emin Efendi (Şura-ı Devlet üyesi), Şirvanizade Ahmet Hulusi Efendi (Divan-ı Ahkam-ı Adliye üyesi), Ahmed Hilmi Efendi ve İbn Abidinze Alaeddin Efendi yer almakla beraber süreç içerisinde Ömer Hulusi Efendi, Kara Halil Efendi, İsa Ruhi Efendi, Yunus Vehbi Efendi, Abdüllatîh Şükrü Efendi, Ahmed Halid Efendi, Ömer Hilmi Efendi ve Abdüssettar Efendi farklı kitap çalışmalarında yer almıştır. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 29, 24, 86, 20, 32, 35, 28, 43.

²⁵⁷ Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, 28/232.

²⁵⁸ Mecelle şu bölümlerden (kitâb) oluşmaktadır: Buyû', İcârât, Kefâle, Havâle, Rehin, Emanât, Hibe, Gasb-İtlafl, Hacr-İkrah-Şüf'a, Şirket, Vekâlet, Sulh-İbra, İkrar, Dava, Beyyinât-Tahlif, Kaza.

“Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye” tamamlanmıştır. Böylece Mecelle 19. yüzyıldaki fıkıh birikimine dayalı kanunlaştırma çabalarının bir muhassalası olarak ortaya çıkmıştır.

Mecelle bir mukaddime ve on altı kitaptan oluşmaktadır.²⁵⁹ Kanun’da toplam 1851 madde mevcut olup ilk 100 maddenin birincisi fıkıhın tanımı iken kalan 99 maddesi²⁶⁰ ise Hanefî mezhebindeki kavâid literatüründen alınan külli kaidelerdir. Fransız Medeni Kanunu yerine kaim olarak planlanan Mecelle, Batı’daki medeni kanun yapısı ve içeriğiyle birebir uyuşmayan çeşitli farklılıklara sahiptir. Öncelikle Mecelle; borçlar, eşya ve yargılama hukukuna ait konuları kapsamaktadır.²⁶¹ Buna göre medeni kanunda bulunması gereken aile ve miras hukukuna Mecelle’de yer verilmezken yargılama hukukunun konuları arasında olan sulh, ibra, dava, ikrar ve beyyînât bahislerinin Mecelle’de hususi kitaplar olarak yer aldığı görülür. İçeriğe dair bu ayrımın en önemli sebebi Mecelle’nin bizzat Nizamiye Mahkemeleri’nde görev alan hâkimler için hazırlanmasıdır. Zira aile ve miras hukukuna dair meseleler Osmanlı adli sistemi içerisinde Şer’iye Mahkemeleri’nde görülmekte olup bu mahkemeler de Şeyhülislam’lığın yetki alanında yer almaktadır. Mecelle ise Adliye Nezareti altında hazırlanmakta olup yine Adliye Nezareti’ne bağlı Nizamiye Mahkemeleri’nde tatbik edilmek üzere tasarlanmıştır. Dahası, aile hukukuna ait alanlar Müslüman ve gayrimüslim toplum arasında ayrım gözetmeyen tek tip bir uygulamaya müsait değildir. Yargılama hukukuna dair bölümlerin Mecelle’de yer alması ise Mecelle’nin fıkıh birikimi esas alınarak hazırlanmasının bir sonucudur. Nitekim medeni kanunun karşılığı fıkıhtaki konu ve mesele tasnifi açısından muamelât alanı olarak tespit edilmiştir. Bu ise borçlar ve eşya hukuku haricinde yargılama hukukunu da içermektedir. Böylece Mecelle, Batı’daki kodifikasyon hareketleriyle uyumlu bir şekilde hazırlanmakla beraber usul ve tasnif açısından fıkıh birikiminden de istifade etmiştir.²⁶² Daha önemlisi Mecelle’de Osmanlı hukuk anlayışıyla uyumlu olarak Hanefî

²⁵⁹ Aydın, *Türk hukuk tarihi*, 427.

²⁶⁰ Mecelle’deki kaidelerin niteliği ve kaynakları hakkında bkz. Necmettin Kızılkaya, *Legal Maxims in Islamic Law: Concept, History and Application of Axioms of Juristic Accumulation* (Leiden: Brill, 2021), 178-181.

²⁶¹ Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye”, 28/233.

²⁶² Mecelle’nin içeriği fıkıh birikimi üzerine kurulu olsa da usul ve “kanun” metodu açısından gelenekten kopuşu ifade ettiğine dair literatürde çeşitli değerlendirmeler mevcuttur. Mecelle’nin “nâsa erfak” üzerine tercihlerde bulunması, şerh-haşiyeler üzerinden “organik” bir fıkıh anlayışının aksine “donmuş” bir kanun olması, hukuk otoritesini ulemadan (*jurist law*) merkezî yönetime (*statutory law*) kaydırması, beraberinde kurulan Nizamiye Mahkemeleri ve Mekteb-i Hukuk’un hukuktaki modernleşmenin parçaları olması vb. sebepler fıkıh geleneğinden kopuşu ve modernleşmeyi temsil ettiğine dair iddialardandır. Örneğin bkz. Kızılkaya, *Legal Maxims in Islamic Law*, 179-181; Rudolph Peters, “From Jurists’ Law to Statute Law or What Happens When the Shari’a is Codified”, *Mediterranean Politics* 7/3 (2002), 82-95;

mezhebinin *müftâ-bih* görüşleri esas alınmış olup sadece “Kitâbu’l-Havâle”deki 692. maddede²⁶³ istisna olarak mezhebin asıl görüşüne aykırı olarak Züfer’in içtihadı kabul edilmiştir. Son olarak, Kanun’un Nizamiye Mahkemeleri’ndeki hâkimler için hazırlanması maddelerin sade bir dile sahip olmasında etkili olmuştur.²⁶⁴ Zira bölüm içerikleri de fıkıh birikimine hâkim olmayan kişilere uygun olarak hazırlanmış ve maddelerin anlaşılmasını kolaylaştıracak şekilde kavram tarifleri ile somut örneklerle yer verilmiştir.

2. Şartla Bey‘: Mecelle ve Şerhlerine Göre Takyidî Şartlar

Sözleşme serbestisi tartışmalarının Osmanlı’daki bağlamını oluşturan akitlerde öne sürülen takyidî şartların hükmü meselesi Mecelle’de gerek ilk 100 maddedeki kaideler arasında gerekse tikel hükümler bağlamında 186-189. maddelerde yer alır. Ancak bundan önce bizzat Mecelle’nin mazbatasında konunun hususi olarak ele alındığı görülür. Zira Mazbata’da cemiyet üyeleri Mecelle’nin neden hazırlandığına dair bir nevi “esbâb-ı mûcibe”sini anlatan kısımdan sonra şartlar meselesini konu edinmiştir. Hususi bir mesele olarak Mazbata’da en büyük hacme sahip bu konu “Kitâbu’l-Buyû”un “en önemli mebhası” olarak değerlendirilmiştir.²⁶⁵ Dahası konunun önemine istinaden üyeler arasında uzun tartışma ve müzakerelere sebep olduğu ifade edilmiştir. Mazbata’da konunun detaylarıyla ilgili olarak şartlara dair ulema arasındaki ihtilafların çokluğuna değinilmiş ve Hanefî mezhebinin bu farklı görüşler arasında özellikle iki ucu temsil eden İbn Şübrüme ve İbn Ebî Leylâ arasında “mutavassıt” (orta) yolu temsil ettiği izah edilmiştir.²⁶⁶ Zira İbn Şübrüme sözleşmelerdeki şartları genel

Aharon Layish, “The Transformation of the Sharī‘a from Jurists’ Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World”, *Die Welt des Islams* 44/1 (2004), 85-113; Bedir, “Fikih to Law”; Wael B. Hallaq, *Sharī‘a: Theory, Practice, Transformations* (Cambridge University Press, 2009), 411-412. Diğer taraftan Samy Ayoub Mecelle’nin, İbn Nüceym’in *el-Eşbâh ve’n-Nezâir* eseri ekseninde düşünülmüş ve böylece müteahhirin Hanefî geleneğinin uzantısı olan çağdaş bir çalışma olduğunu iddia eder. Hukuk üretimi açısından ise benzer şekilde Ebussuud’un *el-Maruzât*’ına benzediğini ve Osmanlı merkez ulemasının düşüncesine uygun olarak sultan ve ulema arasındaki birlikteliği temsil ettiğini iddia eder. Detaylı inceleme için bkz. Samy Ayoub, *Law, Empire and the Sultan: Ottoman Imperial Authority and Late Hanafî Jurisprudence* (New York: Oxford University Press, 2020); Samy Ayoub, “‘The Sultān Says’: State Authority in the Late Hanafî Tradition”, *Islamic Law and Society* 23/3 (2016), 239-278.

²⁶³ “Madde 692: Havale-i mukayyede muhîlin muhâl-bihten dolayı hakk-ı mutâlebesi munkatı‘ olur ve muhâlun-aleyh artık onu muhîle veremez. Ve verirse dâmin olur. Ve ba‘de’z-zaman muhîle rücu eder ve kable’l-eda muhîl duyûnu terekesinden ezyed olduğu halde fevt olsa sâir dâinleri muhâlun-bihe müdahale edemezler.” (*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 124.)

²⁶⁴ Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, 28/233.

²⁶⁵ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 26.

²⁶⁶ Seyyid Nesib Efendi Mazbata’da Hanefî mezhebinin orta görüş olduğu iddiasını ve ithaf edilen üçlü taksimin hatalı olduğunu düşünür. Zira İbn Ebî Leylâ’ya göre fâsid şartlar geçersiz olmakla beraber sözleşme sahihtir. Ancak Hanefî görüşüne göre hem sözleşme hem de şart fâsiddir. Bu ise İbn Şübrüme’ye göre olan hem sözleşmenin hem de şartın geçerli olduğu hükmünün zıttı olan görüştür.

olarak caiz görürken İbn Ebî Leylâ ise bu şartları fâsid olarak değerlendirmiştir. Böylece Hanefî mezhebi mutlak cevaz ve fesad değerlendirmesi arasında şartların hükmüne dair üçlü bir taksime sahip olmuştur: caiz, müfsid ve lağv.²⁶⁷ Bu taksim dâhilinde taraflardan birine karşılıksız fayda sağlayan şartlar da Mazbata'da fâsid olarak tespit edilmiştir. Ancak bu şartların ticari ilişkiler dâhilinde olması durumunda örfü ifade edeceğinden sahih olacağı öngörülmüştür. Nitekim “örf-i târî dahi muteber olduğuna nazaran” Mazbata çağdaş ticari uygulamaların örf kapsamında değerlendirilebileceğine ve buna istinaden geçerli olacağına hükmetmiştir.²⁶⁸ Cemiyet böylece Hanefî mezhebi dâhilinde ihtiyacı karşılamayı amaçlamış ve İbn Şübrûme'nin serbestlik görüşünü esas almayı gerekli görmemiştir.²⁶⁹

Tikel sözleşmeler bağlamındaki şartlara dair maddeler Mecelle'nin çeşitli bölümlerinde yer almakla beraber²⁷⁰ özellikle bu çalışmanın konusu olan takyidi şartlara dair genel kurallar iki bölümde yer alır. İlki Mecelle'nin mukaddemesinde yer alan “Makâle-i Sâniye”nin altındaki 83. kaidedir: “Bi-kaderi'l-imkân şarta mürâ'at olunmak lâzım gelir.”²⁷¹ Mecelle şerhlerinden *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm* müellifi Ali Haydar Efendi bu kaidenin Ebû Saîd el-Hâdimî'nin (ö. 1176/1762) *Mecâmi'u'l-hakâik* adlı eserindeki yer alan “Yelzimu mürâ'ati's-şart bi-kadri'l-imkân.” şeklindeki ibarenin tercümesi olarak yazıldığını ifade eder.²⁷² Mecelle'nin başındaki 99

İkinci olarak Hanefî *müftâ-bih* görüşüne göre şartlar aslen caiz olmayıp Mazbata'da bahsi geçtiği üzere “caiz, fâsid ve lağv” şeklinde taksim olunduğu görüşü Nesib Efendi'ye göre doğru değildir. Buna göre doğru taksim şartların aslen fâsid olduğu ancak bazı şart türlerinin istisna olarak caiz olduğudur. (Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, *Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1/4 (Eylül 1332), 410, 414.)

²⁶⁷ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 27.

²⁶⁸ Mazbata'da izah edilen bu hükme rağmen çağdaş ticari faaliyetlerde neşet eden bu şartların mahkemelerde fâsid olarak hükmedildiğine istinaden örf olarak değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. Bu sebeple ileride Mecelle tadil komisyonları ve Usul-i Muhakemât Kanunun'daki 64. maddeye yapılan tadil ile fâsid hükmünün ilgası yönünde çalışmalar yapılacaktır.

²⁶⁹ Cemiyet “taraflardan birine fayda sağlayan şart”ın ticari faaliyetler kapsamında artan ihtiyacına böylece Hanefî mezhebi dâhilinde cevap verme ihtiyacı özellikle Şeyhülislamlık ve genel olarak Osmanlı merkez ulehasının uygulamada Hanefî mezhebinin *müftâ-bih* görüşlerini esas alınmasına dair gösterdikleri ihtimamdır. Zira Mecelle'nin 692. maddesinin Hanefî mezhebine göre olmasına rağmen *müftâ-bih* görüşünün dışında İmam Züfer'in görüşünü esas alması dahi Mecelle'nin Şeyhülislamlık tarafından eleştirilmesine sebep olmuştur.

²⁷⁰ Mecelle içerisinde takyidi şartların kira, sulh, vakıf gibi akitler bağlamındaki durumları çalışmanın ana konusunu satış sözleşmesi teşkil etmesi sebebiyle burada ele alınmamıştır. Takyidi şartlarla ilgili olmakla beraber diğer akitleri konu edinen Mecelle maddeleri için bkz. md. 287, 300, 397, 468, 505, 605, 637, 696, 855, 1349, 1367, 1370, 1380, 1390, 1420, 1467, 1667. (Mehmed Ziyaeddin, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi* (İstanbul: Kasbar Matbaası, 1894), 50; Mehmed Ali, *Rehber-i Tâlibîn-i Mecelle* (İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, 1305), 35; Reşid Paşa, *Ruhü'l-Mecelle* (İstanbul: Matbaa-i Hayriye, 1326), 1/186.)

²⁷¹ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 36.

²⁷² Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (İstanbul: Matbaa-i Tevsi'-i Tıbbât, 1330), 1/168.

fıkhi kaideden biri olan bu maddeye göre akitlerde öne sürülen şartlara uygun muamele edilmesi ilke olarak kabul edilmiştir. Ancak maddenin başındaki “bi-kaderi’l-imkân” ifadesi bu kabulün sınırlarını Hanefi mezhebini esas almak suretiyle kısıtlamıştır. Aslında ilgili ifade mutlak olarak değerlendirildiğinde geniş bir yorum skalasına sahiptir. Nitekim bu genişliği sebebiyle II. Meşrutiyet sonrasındaki tartışmalarda madde Hanefi bağlamından kopartılarak şart serbestliğinin meşruiyet kaynağı olarak kullanılacaktır. Ancak Mecelle şerhleri bu ifadenin açıklamasını “şer’e muvafık olması” olarak vermişlerdir.²⁷³ Bu ise yine şerhlere göre Hanefi mezhebinin şart tasnifindeki “sahih şartlar”a tekabül etmektedir.²⁷⁴ Böylece madde, sadece Hanefi mezhebindeki sahih şartların esas olarak geçerli ve yaptırıma konu olduğunu kabul etmiştir. Fâsid ve batıl şartlar ise yine Hanefi mezhebine göre geçerli görülmemiştir.²⁷⁵ Akitle öne sürülen şartın fâsid olması hâlinde ilgili akit de fâsid hükmünde olur.²⁷⁶ Bu şekildeki bir akit şer’e uygun olmayan bir vasıf içermesi sebebiyle sahih akit gibi sonuçlarını tam olarak doğuramayacaktır. Bu sebeple ya ilgili şartın kaldırılması suretiyle akitteki kusur yok edilir ve akit sahih kılınır ya da akit tümünden feshedilir. Batıl şart ise fâsidden farklı olarak akde herhangi bir tesiri olmadan geçersiz/lağvolur. Böylece akit sahih hükmünde geçerli olur ve sonuçlarını doğurur.

Kaidenin şerhi bağlamında şartların geçerli olmasının diğer koşulu ise şartın uygulanmasıyla arzulanan faydanın sağlanmasıdır (*müfid*). Örneğin emanetçinin evinde muhafaza edilmesi şartıyla emanet edilen bir malın evde oluşacak bir yangın durumunda başka bir yere nakli caizdir.²⁷⁷ Bu durumda şarta riayet etmek gerekli değildir. Nitekim şartla ulaşılmak istenen amaç emanete konu olan malın muhafazasıdır. Yangın durumunda ise şarta riayet etmek kendi amacıyla çelişmektedir. Böylece şartın maksadına uygun olarak emanet malın yangından korunmak için başka

²⁷³ Ömer Hilmi Efendi, *Mir’atü’l-Mecelle* (İstanbul: Matbaa-i Mekteb-i Sanayi-i Şâhâne, 1298), 77; Ziyaeddin, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*, 50; Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’den Kavaid-i Külliye Şerhi* (İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, 1327), 93; Reşid Paşa, *Ruhü’l-Mecelle*, 1/185; Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam*, 1/168.

²⁷⁴ Hanefi mezhebine göre takyid şartların tasnifi ve içerikleriyle ilgili detaylı bilgi için bkz. “BİRİNCİ BÖLÜM: AKİTLERDE ÖNE SÜRÜLEN TAKYİDİ ŞARTLAR”

²⁷⁵ Mehmed Ziyaeddin fâsid şartla beraber fâsid olan akitleri şu şekilde sıralamıştır: “bey’, kısmet, icâzet, maldan mal mukâbilinde an ikrâr veya an sükût sulh, ibrâ ani’d-deyn, müzâra’a, müsâkât ve vakıf.” (Ziyaeddin, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*, 50.) Diğer taraftan, çalışmanın esas aldığı akdin bey’ akdi, yani alım-satım sözleşmesi olması sebebiyle bu çalışma dâhilinde her akit türüne dair şartlar açısından tafsilata girilmemiştir.

²⁷⁶ Reşid Paşa, *Ruhü’l-Mecelle*, 1/185.

²⁷⁷ Reşid Paşa, *Ruhü’l-Mecelle*, 1/185-186; Mes’ûd Efendi, *Mir’at-ı Mecelle* (İstanbul: Matbaa-i Osmaniye, 1302), 35.

bir yere taşınması gereklidir. Böylece taşıma sürecinde veya sonrasında malın zarar görmesi ya da yok olması, kusur ve kasıt bulunmadığı sürece emanetçiye tazmin yükümlülüğü doğurmaz. Zira şarta riayet etme sorumluluğu bulunmamaktadır. Benzer şekilde şartla talep edilene muadil olan koşulların gerçekleşmesi durumunda şartın lafzına riayet gerekli değildir.²⁷⁸ Örneğin emanet malın belirli bir kasada korunması şart koşulduğunda ona muadil konum ve güvenliğe sahip bitişik bir kasada tutulması geçerlidir. Şartın lafzı burada lağvolmakla beraber amacı yerine getirilmiş olur. Bu sebeple de malın zarara uğraması veya telef olması durumunda kusur ve kasıt olmadığı sürece emanetçiye tazmin yükümlülüğü doğmaz.

Takyidî şartlarla ilgili satış sözleşmesine ait hükümler “Kitâbu’l-Buyû”nun “Bâb-ı Evvel”inin dördüncü faslında yer almaktadır. Dört maddeden oluşan bu fasıl satış sözleşmesinde öne sürülen şartlara dairdir. Bu sebeple bölüm numarasından sonra “Şartla bey’ hakkındadır.” şeklinde bir açıklama yer almıştır. *Rûhu’l-Mecelle*’de bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “ ‘Şartla bey’den maksat şart-ı takyîdîdir.”²⁷⁹ Zira bölüm altındaki maddeler özellikle takyidî şartlara dairdir. 186, 187, 188 ve 189. maddelerden oluşan bölüm altında sahih ve batıl şart türleri ele alınmıştır. Buna göre 186. madde şu şekildedir: “Akd-i bey’in muktezâsından olan şartla bey’ sahîh ve şart muteber olur. Mesela bâyi’ kabz-ı semen edinceye dek mebi’i hapsetmek şartıyla sattıkta bu şart bey’e zarar vermeyip belki muktezâ-ı akdi beyandır.”²⁸⁰ İlgili madde sahih şart kategorilerinden akdin muktezâsı olan şartları konu etmektedir. Buna göre Mecelle, akdin muktezâsını ifade eden şartları Hanefi mezhebine uygun olarak akitle beraber geçerli saymıştır.

Mecelle şerhleri bu tür şartların hâlihazırda akdin gereği olan bir konu olduğu için ayrıca beyanının aslen gerekli olmadığını ifade eder.²⁸¹ Dahası Mecelle’nin 251. maddesi²⁸² gereği aksi bir örf bulunmadığı sürece mutlak olarak yapılan satış

²⁷⁸ Reşid Paşa, *Ruhü’l-Mecelle*, 1/186.

²⁷⁹ Reşid Paşa, *Ruhü’l-Mecelle*, 1/65. Bu açıklamaya uygun olarak 1916 Mecelle Tadil Komisyonu bölüm başlığını “Bey’in Şart ile Takyidi Hakkındadır” olarak tadil edecektir. 1916, 1923 ve 1924 yıllarında yapılacak Mecelle tadil çalışmalarında da konuya dair yapılacak düzenlemeler bu fasıl altında gerçekleştirilecektir.

²⁸⁰ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 46.

²⁸¹ Abdüssettar, *Mecelle Şerhi Teshrih* (İstanbul: Mihran Matbaası, 1296), 70; Ziyaeddin, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*, 85; Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: Şerh-i Kitâbu’l-Buyû* (İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, 1318), 48; Reşid Paşa, *Ruhü’l-Mecelle*, 1/66; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam*, 1/291.

²⁸² “251. Madde: Bey-i mutlak peşin olmak üzere mün’akid olur. Fakat bey-i mutlak bir müddet-i ma’lûme ile muvakkat ve mukassat olmak üzere örf ve adet olan yerde o müddete masrûf olur.” (*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 56.)

sözleşmesinde bedellerin peşin teslimi esas görülmüştür.²⁸³ Yine 278. maddeye²⁸⁴ göre peşin satışta müşteri semeni ödeyene kadar satıcının malı teslim etmeme hakkı vardır. Bu iki madde aynı zamanda 186. maddede verilen örneği delillendirmektedir. Nitekim 186. maddede ifade edilen örnek akdin muktezâsını tekrar etmektedir ve bunlar da akdin hukuku gereği diğer maddelerde tespit edilmiştir. Böylece bu tür şartların, tarafların şart koşmasına gerek kalmadan sabit olduğu anlaşılmaktadır.

Sahih şartlardan akdin muktezâsını teyit eden şartlar ise 187. maddede ele alınmıştır.²⁸⁵

Muktezâ-ı akdi teyit eden şartla bey' sahîh ve şart muteberdir. Mesela falan şeyi terhin etmek ya da şu adamı kefil vermek şartıyla bir şey satmak sahîh ve şart muteberdir. Hatta müşteri bu şartlara riayet etmez ise bâyi' bey'i feshedebilir. Zira bu şartlar muktezâ-ı akd olan teslim-i semeni teyit eder.

İlgili madde gereği akdin muktezâsını ele alan şartlar gibi bu muktezâyı teyit eden şartlar da sahîh şartlardan görülmüş ve akitlerde geçerli olarak kabul edilmiştir.²⁸⁶ Ancak bu şartların caiz oluşu aslen değil, istihsan gereğidir.²⁸⁷ Diğer bir ifadeyle bu şartlar akdin bizzat muktezâsını ifade etmedikleri için ek bir şart mahiyetine sahiptirler.²⁸⁸ Ancak muktezâyı teyit etmek ve kuvvetlendirmek amacıyla öne sürüldükleri için buna istinaden caiz kabul edilmiştir. Fıkıh eserlerindeki benzer şekilde Mecelle ve şerhlerinde bu şartlara dair verilen örnekler de kefalet ve rehin sözleşmelerinde ileri sürülen şartlardır.²⁸⁹ Yine bu şartların geçerli olması için gereken *malumiyet* vasfı şerhlerde detaylandırılmıştır. Buna göre malumiyet vasfı kefil akit meclisinde ise kendisine işaret edilmesi suretiyle, akit meclisinde bulunmuyorsa isim ve vasıflarının beyan edilmesiyle gerçekleşir. Dahası kefil şartının onayı için kefilin rızasının olması gerekir. Bu ise kefil olarak işaret edilen kişinin kefaleti kabul ettiğini beyan etmesiyle gerçekleşir. Bu sebeple kefil akit meclisinde bulunmazsa tarafların meclisten ayrılmasından önce gelip kefaleti onaylaması gereklidir. Zira akit meclisinde

²⁸³ Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: Şerh-i Kitâbu'l-Buyû*, 48; Reşid Paşa, *Ruhû'l-Mecelle*, 1/66.

²⁸⁴ 278. Madde: "Peşin satışta müşteri semeni tamamen te'diye edinceye dek bâyi'in mebi'i hapis ve tevkif etmek hakkı vardır." (*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 60.)

²⁸⁵ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 46.

²⁸⁶ Abdüssettar, *Mecelle Şerhi Teşrih*, 70; Ziyaeddin, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*, 85; Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: Şerh-i Kitâbu'l-Buyû*, 49; Reşid Paşa, *Ruhû'l-Mecelle*, 1/66; Mes'ûd Efendi, *Mir'at-ı Mecelle*, 52-53; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/293.

²⁸⁷ Ziyaeddin, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*, 87; Mes'ûd Efendi, *Mir'at-ı Mecelle*, 53.

²⁸⁸ Taraflara ek menfaat sağlayan şartlar karşılığı olmayan bedel olarak değerlendirilmiş ve fâsid görülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. "Birinci Bölüm: Akitlerde Öne Sürülen Takyidî Şartlar"

²⁸⁹ Abdüssettar, *Mecelle Şerhi Teşrih*, 70; Ziyaeddin, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*, 85; Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: Şerh-i Kitâbu'l-Buyû*, 49; Mes'ûd Efendi, *Mir'at-ı Mecelle*, 53; Reşid Paşa, *Ruhû'l-Mecelle*, 1/66-67; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/293-294.

bulunup kefilliği kabul etmemekle akit meclisi dağıldıktan sonra kefaleti onaylamak hüküm açısından eşit görülmüştür. Böylece rızanın eksikliği şartın ve dolayısıyla akdin fâsid olmasına sebep olmaktadır. Şartın geçerli olmasını sağlayan malumiyet vasfı rehin için de gereklidir. Buna göre rehin olarak verilecek mal akit meclisinde bulunuyorsa gösterilerek, bulunmuyorsa malın ne olduğu ve vasıflarının açıklanması suretiyle netleştirilmesi gereklidir. Aksi hâlde rehin hakkında oluşan bilinmezlik (*mechuliyet*) durumu tarafları anlaşmazlığa (*nizâ'*) götürecektir ve bu da tarafların rızasında sakatlanmaya sebep olacaktır. Fâsid kefalet ve rehin şartı sebebiyle akitte oluşan fesâd hükmünün kaldırılması için tarafların akdi feshetmesi ya da ilgili şartı kaldırması gerekmektedir. Şartın kaldırılması ise müşterinin satış bedelini peşinen vermesiyle gerçekleşir.²⁹⁰ Nitekim bedelin alınacağına dair güvence sağlayan kefalet ve rehin şartlarına bedelin bizzat kendisinin teslimiyle ihtiyaç kalmamaktadır. Diğer taraftan rehin şartının sahih olarak kurulmasına rağmen müşterinin malı teslimden kaçınması mümkündür. Bu durumda ise müşterinin ya rehinin kıymetini ya da doğrudan ödemeyi yapması istenir. Müşterinin bütün bu seçenekleri yerine getirmemesi durumunda akitte razı olunan koşulların bozulması sebebiyle satıcıya akdi feshetme hakkı (*muhayyerlik*) tanınır.

Akdin muktezâsıyla ilgili olan şartlar dışında örfen toplumda yaygın olarak bilinen şartlar Mecelle'nin 188. maddesiyle geçerli görülmüştür: "Müte'âref yani örf ve âdet-i beldede cari olan şartla bey' dahi sahih ve şart muteberdir. Mesela kürkü kaplamak ve kilidi yerine mıhlamak ve yırtık elbiseyi yamamak şartıyla satmak sahîh olup bu şarta dahi bâyi'in riayet etmesi lazım gelir."²⁹¹ *Dürerü'l-hükkâm*'da müte'âref kavramı "ekser-i nâs onun üzerine olan şey" olarak tanımlanır.²⁹² Buna göre akdin muktezâsından olmasa bile bazı şartlar toplumun örfünde yer alması durumunda caiz görülmüştür.²⁹³ Ancak şerhlerde detaylandırıldığı üzere bu cevaz bir önceki maddede ele alındığı gibi istihsan deliliyle sabit olmuştur.²⁹⁴ Zira kıyas gereği taraflara ek fayda sağlayan şartlar fâsid hükmündedir. Ancak toplumda yer alan yaygın uygulama

²⁹⁰ Abdüssettar, *Mecelle Şerhi Teşrih*, 70-71; Ziyaeddin, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*, 85; Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: Şerh-i Kitâbu'l-Buyû*, 49; Mes'ûd Efendi, *Mir'at-ı Mecelle*, 53; Reşid Paşa, *Ruhü'l-Mecelle*, 1/66-67; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/293.

²⁹¹ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 46.

²⁹² Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/295.

²⁹³ Ziyaeddin, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*, 86; Reşid Paşa, *Ruhü'l-Mecelle*, 1/68; Mes'ûd Efendi, *Mir'at-ı Mecelle*, 53; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/295-296.

²⁹⁴ Mes'ûd Efendi, *Mir'at-ı Mecelle*, 53; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/295.

sebebiyle bu şartlar anlaşmazlık ve bedeller arası dengesizlikten ari görülmüştür. Maddede yer alan “örf ve âdet” ifadesinin kapsamı ise kelimeye gelen izafetle bölgesel olarak sınırlandırılmıştır.²⁹⁵ Buna göre her bölgede yer alan uygulama orayla sınırlı olmak şartıyla geçerli görülmüştür.

Fıkıh eserlerinde *Şâri*‘ (kanun koyucu) tarafından hususi olarak caiz kılınan belirli şart türleri de sahih şartlar altında sayılmaktadır.²⁹⁶ Ancak Mecelle’de bu tür şartların ayrıca bu bölümde madde olarak beyan edilmediği görülür. Diğer taraftan Mecelle şerhleri ilgili konuyu örfle beraber 188. madde altında ele almışlardır.²⁹⁷ Böylece şart, nakit, tayin ve ayıp muhayyerliği gibi caiz olduğuna dair hakkında hususi nas bulunan şartlar, sahih şartların son kısmı olarak 188. maddenin şerhinde detaylandırılmıştır.

Sahih şartlar dışındaki bir diğer tür olan batıl şartlar 189. maddede ele alınmıştır: “Ehad-i âkideyne nef’i olmayan şartla bey’ sahih olup ancak şart fâsiddir. Mesela âhara satmamak yahut meraya salıvermek şartıyla bir hayvanı satmak sahih olup fakat şart lağvıdır.”²⁹⁸ İlgili maddeye göre taraflara herhangi bir fayda sağlamayan şartlar geçersiz görülmüştür.²⁹⁹ Ancak fâsid şartlardan farklı olarak batıl şartlarda ilgili akit sahih olmak suretiyle sonuçlarını doğurmaktadır. Bu özelliği sebebiyle *şart-ı lağv* olarak da isimlendirilmiştir. Zira taraflara herhangi bir fayda sağlamadığı için bu tür şartlar anlaşmazlığa sebep olacak bir konuyu barındırmaz ve bu da akdin sıhhatine zarar vermez. Ancak bu şartlar akdin hukuku haricindeki ek şartlardır ve bu yüzden batıl şartlar olarak sonuç doğurmazlar.

Akdin taraflarına fayda sağlamayan şartlar dışındaki iki tür batıl şarta Mecelle’de yer verilmemiştir. Ancak bu iki tür şartın Mecelle şerhlerinde detaylandırıldığı görülür. Bu şartlardan birincisi tarafların haklarında zarara sebep olan şartlardır.³⁰⁰ Taraflardan birinin aleyhine olarak öne sürülen bu tür şartlar batıl olarak değerlendirilmiş ve akde tesiri olmadan hükümsüz sayılmıştır. Örneğin satıcının

²⁹⁵ Ziyaeddin, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*, 86; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam*, 1/295-296.

²⁹⁶ Serahsî, *el-Mebşut*, 13/17.

²⁹⁷ Reşid Paşa, *Ruhü’l-Mecelle*, 1/68-69; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam*, 1/296; Mes’ûd Efendi, *Mir’at-ı Mecelle*, 53.

²⁹⁸ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 46.

²⁹⁹ Ziyaeddin, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*, 86; Mes’ûd Efendi, *Mir’at-ı Mecelle*, 53; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam*, 1/297.

³⁰⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam*, 1/298.

müşteriden başkasının kalmaması şartıyla evini satması durumunda ilgili şart batıl olarak değerlendirilir. Nitekim satış işleminin gereği olan mülkiyet hakları bu akitte müşteri aleyhine sınırlandırılmıştır. İkinci tür ise üçüncü tarafların lehine ve aleyhine öne sürülen şartlardır.³⁰¹ Akdın tarafları haricinde üçüncü bir tarafa borç veya hak yükleyen bu şartlar akdın asıl tarafları olan alıcı ve satıcı açısından da hak veya borcun eklenmesi anlamına gelmektedir. Bu ise borçlu olan taraf için akdın hukukuyla ilgili olmayan sorumlulukların doğması anlamına gelmektedir. Üçüncü taraf lehine öne sürülen şarta örnek olarak bir satış sözleşmesinde müşterinin üçüncü bir kişiye borç para vermesi veya hibede bulunması verilebilir. Taraflar haricindeki bir kişi lehine öne sürülen bu şart müşterinin içinde bulunduğu satış işleminden bağımsız bir zarar olarak sabit olduğu görülür. Diğer taraftan bu şart ribâyâ sebep olacak şekilde satıcı lehine de kurulmamıştır. Bu sebeple şart fâsid olarak değil batıl olarak değerlendirilir ve akde tesir etmeden lağvedilir.³⁰² Yine satışa konu evde üçüncü bir kişinin kalacağına dair şart batıl olarak değerlendirilir. Dahası şartın sağladığı fayda taraflardan birinin lehine ve üçüncü bir kişi aleyhine kurulabilir.³⁰³ Örneğin satış işleminde üçüncü bir kişinin müşteriye belli miktar borç vermesinin şart koşulması geçerli değildir. Benzer şekilde üçüncü bir kişinin kendisine borç para vermesi şartıyla kişinin evini satması durumunda şart geçersizdir. Taraflar haricindeki kişiler aleyhine kurulan borç ilişkileri içermesi sebebiyle bütün bu şartlar akitlerde hükümsüzdür. Böylece bu şartları içeren akitler şartlardan ayrı olarak kurulmuş olur.

Takyidî şartların ele alındığı bu fasıl hakkında genel bir gözlem yaptığımızda 186, 187 ve 188. maddelerde sahih şartlar ele alınırken 189. maddede ise batıl şartların ele alındığı görülür. Yukarıda incelediğimiz üzere bu şartların belirli alt türleri Mecelle’de bulunmamakla beraber şerh çalışmalarında Hanefî mezhebindeki *müftâ-bih* görüşe göre ilave edilmiştir. Ancak fâsid şartların bu başlık altında ele alınmadığı görülür. Dahası fâsid şartlara dair malumat sadece *Rûhu’l-Mecelle* veya *Dürerü’l-Hükkâm* gibi görece daha tafsilatlı şerhlerde yer almıştır.³⁰⁴

³⁰¹ Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: Şerh-i Kitâbu’l-Buyû*, 48; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/298-299.

³⁰² Hanefî mezhebindeki zayıf bir görüşe göre üçüncü bir kişiye fayda sağlayan şartlar da fâsiddir. (Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: Şerh-i Kitâbu’l-Buyû*, 48.)

³⁰³ Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: Şerh-i Kitâbu’l-Buyû*, 48; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/298.

³⁰⁴ Reşid Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, 1/69; Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, 1/299-302.

Bu iki şerhteki içerik dikkate alındığında, sahih şartlardaki koşulları karşılamayıp taraflardan birine karşılıksız fayda sağlayan şartların akitlerde fâsid olarak kabul edildiği görülmektedir.³⁰⁵ Satış akdiyle en temelde amaçlanan tarafların bedelleri karşılıklı rızayla temlik etmeleridir. Taraflardan birine ek fayda sağlayan şartlar ise bu bedeller arası dengeyi bozan ve böylece taraflar arası anlaşmazlığa sebebiyet veren şartlar olarak görülmüştür. *Dürerü'l-Hükkâm*'ın ifadesiyle “Bir tarafa nâfi‘ olan şartın icrasını o taraf tâlib ve taraf-ı âhar ondan hârib olarak münâza‘aya müeddî olur.”³⁰⁶ Böylece ilgili fâsid şart taraflar arası talep ve ret konusu olacaktır. Diğer taraftan taraflardan birine karşılıksız fayda sağlamasına rağmen her fâsid şartın anlaşmazlığa sebep olacağı iddia edilemez. Bazı fâsid şartlar hakkında taraflar ortak rızalarını beyan edip icra edilmesini talep edebilir. Ancak tarafların mutabakatı fâsid şartın cevazı için yeterli görülmemiştir. Ali Haydar Efendi bunun sebebini şu ifadesiyle açıklar: “Zira hikmetler cinsde muteber olur, yoksa efrâdda değil.”³⁰⁷ Buna göre tarafların belirli bir akitte fâsid şart üzerine rıza göstermeleri geçerli olmayıp mutlak olarak fâsid şartın anlaşmazlığa sebep olma niteliği ve ihtimali istisnai örnekler için de aynı hükmü doğurmuştur. Örneğin ev satışında satıcının, müşterinin kendisine borç vermesi veya başka bir malı ödünç vermesi gibi lehine olan şartları öne sürmesi fâsiddir.³⁰⁸ Dahası akitle beraber ek bir hizmetin veya hakkın şart koşulması da fâsiddir. Örneğin evini satan kişinin ölene kadar evde kalma hakkını saklı tutması veya müşterinin kendisiyle ilgilenmesini şart koşması fâsiddir. Yine müşterinin satın aldığı malı belirli bir bedelin üstünde başkasına satacak olduğunda bu fazlalığı ilk satıcıya vermesi şartıyla satış işleminde bulunması fâsid bir işlemdir. Bu örnekler aynı zamanda mutlak olarak mülkiyetin naklini ifade eden satış işleminin hukukunda kısıtlamayı ifade etmesi sebebiyle fâsiddir. Nitekim satış işleminde aslolan müşterinin satın aldığı mal üzerinde herhangi bir kısıtlamaya ve hak eksilmesine maruz kalmadan mülkiyet haklarını edinmesidir. İlgili şartlar ise bu ilkeye aksi bir şekilde bu haklarda kısıtlamayı ifade etmektedir.

Taraflara fayda sağlayan şartlar haricinde akitlerde garar ve cehalete sebep olan şartlar da fâsid şartlardan sayılmıştır.³⁰⁹ Buna göre gebeliğine dair kesin bilgi olmayan

³⁰⁵ Reşid Paşa, *Ruhü'l-Mecelle*, 1/69; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/299.

³⁰⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/299.

³⁰⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/299.

³⁰⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/300.

³⁰⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/302.

bir hayvanın gebe olması şartıyla satışı akdin konusunda garara sebep olur. Diğer taraftan belirsiz bir vade üzerine bir malın satışı vakte dair oluşan bilinmezlik sebebiyle cehalet içerir. Bu tür şartların bulunduğu akitler şartlarla beraber fâsid hükmünde olurlar. Böylece bu akitlerde fesâda sebep olan şartın kaldırılması ya da akdin feshedilmesi gereklidir.

Mecelle şerhlerinde ele alınan son bir konu ise akit kurulduktan sonra akde yeni bir şartın eklenmesinin caiz olup olmadığıdır. Şartların öne sürülmesinde zaman olarak genel kural *Rûhu'l-Mecelle*'nin ifadesiyle “Şart esnâ-ı akitte zikrolunmak lâzım.” olduğu şeklindedir.³¹⁰ Buna göre şartların akdin kuruluş esnasında beyanı gerekli olup daha sonrasında tarafların rızasıyla akde eklenen şartlar ancak sahih olmaları durumunda geçerlidir. Fâsid ve batıl şartın ise akit tamamlandıktan sonra eklenmesi caiz olmayıp her iki tür şart da akde tesir etmeyip hükümsüz sayılır.³¹¹ Böylece sonradan eklenen şartlarda akitler her üç durumda da sahih ve sonuçlarını doğururken sadece sahih şartın akde tesiri bulunur. Diğer taraftan akit öncesinde taraflar akdi fâsid bir şartla tasarlar ancak akdin kuruluşu sırasında bu şartı beyan etmezlerse iki durum ortaya çıkar. İlkine göre taraflar şartın olduğuna ittifak etmezlerse bu şart geçersizdir. Ancak tarafların her ikisi de akdin bu şart ile beraber kurulduğuna ittifak ederse şart sabit olur. Bu durumda ise akit fâsid bir şart üzerine kurulmuş olacaktır. Böylece akit şartla beraber fâsid olur. Örneğin bir ev satışında taraflar akdi vefâ şartıyla (*bey' bi'l-vefâ*)³¹² gerçekleştirmeye niyet edip akit anında bunu beyan etmezlerse normal şartlarda akit vefâ şartı geçerli olmadan mutlak bir satış olarak sabit olacaktır.³¹³ Ancak taraflar vefâ şartının akdin kuruluşunda mevcut olduğu üzerine ortak beyanda bulunmaları durumunda bu şartın akdin başından beri varlığına hükmedilir. Mecelle şerhleri bu konuda istisna olarak vefâen ferâğ³¹⁴ uygulamasını saymıştır.³¹⁵ Diğer şartlardan farklı olarak vefâ şartıyla yapılan ferağlarda sahteciliğe engel olmak için vefâyı ortaya koyan

³¹⁰ Reşid Paşa, *Ruhü'l-Mecelle*, 1/67.

³¹¹ Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: Şerh-i Kitâbu'l-Buyû*, 49; Reşid Paşa, *Ruhü'l-Mecelle*, 1/67; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, 1/299.

³¹² “Bedeli iade edildiğinde geri alınmak üzere bir malın satılmasını konu edinen satış akdi.” Detaylar için bkz. Abdülaziz Bayındır, “Bey' Bi'l-Vefâ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992).

³¹³ Reşid Paşa, *Ruhü'l-Mecelle*, 1/67-68.

³¹⁴ Mirî arsalar ve icareteynli vakıfların alım satımı ilke gereği caiz olmadığı için Osmanlı'da arazi üzerinde tasarruf hakkına sahip olan kişi (mutasarrıf) bu haklarını vefâ şartıyla satabilmekteydi. Vefâen ferâğ denilen bu uygulamada ise vakıf üzerindeki tasarruf hakkı teminat olarak kullanılmaktaydı. Daha detaylı bilgi için bkz. Ali Bardakoğlu, “Ferâğ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995).

³¹⁵ Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: Şerh-i Kitâbu'l-Buyû*, 49; Reşid Paşa, *Ruhü'l-Mecelle*, 1/68.

bir senet bulunmadığı sürece tarafların beyanlarına itibar edilmemekte ve senet yokluğunda açılan davalar kabul edilmemektedir.

Mecelle’de takyidî şartlara dair tikel maddeler dikkate alındığında aslında Hanefi mezhebinin *müftâ-bih* görüşlerinin aktarıldığı ve birinci bölümde ele alınan muhtevayla paralel olduğu görülür. Ancak Mazbata’da konuya dair ifade edilenler mevcut ticari şartlara atıf yaparak şartlar konusunda ortaya çıkan yeni bir ihtiyaca işaret etmektedir.³¹⁶ Zira dönemin ticari ilişkilerinin çoğunlukla ca’li şartlarla yapıldığı ve hususen fâsid şartların yer aldığı Cemiyet tarafından tespit edilir. Cemiyet tarafından işaret edilen bu fasid şartların ilerideki tadil çalışmaları ve eleştiri literatürü dikkate alındığında özellikle “taraflardan birine karşılıksız fayda sağlayan şartlar” olduğu ortaya çıkmaktadır.³¹⁷ Hanefi mezhebi dâhilinde normalde fasid olarak değerlendirilecek bu şartlara Cemiyet’in sunduğu çözüm ise mevcut şartların tüccarın artık örfü olduğu ve bu bağlamda ilgili şartların örf deliliyle caiz olacağıdır. Dahası Cemiyet bu şartların örf delili ile çözülebileceğini öne sürerek fasid şartların ayrıca tikel maddelerde ele alınmasının gerekli olmadığını düşünmüştür. Cemiyet’in örfeye yönelik bu vurgusu Hanefi birikimi kullanmak suretiyle mevcut ticari işlemlerde şartların geçerliliğini ve böylece serbestliğini sağlayan bir çözüm önerisi olarak görmek mümkündür. Ancak ileriki başlıklarda ele alınacağı üzere Cemiyet’in “örf”ün akitlerdeki fasid şartlara dair bir çözüm olacağı fikrinin mahkemelerdeki uygulamada yeterli karşılık bulmadığı anlaşılmaktadır.³¹⁸ Zira II. Meşrutiyet sonrasında Mecelle ve Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu’nda (UMHK) yapılacak tadiller ile fasid şartların ve özellikle taraflardan birine fayda sağlayan şartların geçerli olması için örfeye yönlendirmek yerine bizzat madde tesisi yoluna gidilecektir.

3. Mecelle’den Tadil Çalışmalarına

1286/1869 tarihinde “Kitâbu’l-Buyû”un kabulüyle başlayan Mecelle, 1293/1876 yılında en son on altıncı kitap olan “Kitâbu’l-Kazâ” ile tamamlanmıştır. Vazifesi Mecelle’nin hazırlanması olan Mecelle Cemiyeti ise Kanun’un

³¹⁶ “Fî zamanına cereyan eden ahz u i’ta ekseriya bazı şeraite merbû olup mezheb-i Hanefide ise, sulb-i akidde dermeyan olunan enva-i şeraitin ekseri bey-i müfsid olduğu cihetle Kitâb’ül-Buyû’un en mühim mebhâsı bey’ bi’şart faslı olarak cemiyet-i acizanemizce pek çok bahs ve münazarayı mücib olduğundan...” (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, 26.)

³¹⁷ Detaylar için bkz. “II. Serbestiye Doğru: Kanun ve Hukuk Fikriyatı”

³¹⁸ Cemiyet’in önerdiği üzere mevcut ticari işlemlerde öne sürülen şartların örfeye atıfla çözülmemesinin sebepleri hâkimlerin ilgili şartları Cemiyet’in varsaydığı gibi örf olarak değerlendirmemesi veya örf delilinin muğlak yapısı sebebiyle dönemin uygulamalarında işletilememesi olabilir.

tamamlanmasından sonra hemen ilga edilmemiştir. Kanun'daki eksiklerin giderilmesi için çalışmalara devam eden bu heyet, gelen eleştirileri toplamış ve alternatif çözümler için değerlendirmelerde bulunmuştur. Böylece senet, vakıf, kasame uygulaması, gıyabi yargılama ve istihkak konularında tadil önerilerinde bulunan Cemiyet, 1889 yılında II. Abdülhamid tarafından ilga edilmiştir.³¹⁹ Cemiyet'in yaptığı çalışmalar haricinde Cevdet Paşa'nın tadil edilebilecek maddelere dair aldığı notlar,³²⁰ Mecelle'nin kabulünden itibaren eleştiri ve tartışmalara konu olduğunu ortaya koymaktadır. Resmî olarak bir düzenlemeye tabi tutulmayan bu konular on iki maddede toplanmış olup bunların ilki şartlı satışlara dairedir: “Bey‘ bi‘ş-şart bahsinde İbn Şübrüme mezhebinin ihtiyarı. Kadı Şüreyh mezhebi bundan daha e‘amdır (geniştir). Ona göre herhangi bir zorlama olmaksızın kendisine bir şeyi şart koşan kimsenin aleyhinedir, yani onu bağlar.”³²¹ Cevdet Paşa'nın ilgili notu konuya dair ilk tadil teklifi olup bundan sonraki çalışma ve yazılarda çeşitli önerilerle tekrarlanacaktır. Böylece Hanefi mezhebinin esas alınan görüşü yavaş yavaş serbesti yönünde terk edilecektir.

Mecelle'ye dair yapılan eleştiri ve değerlendirmeleri özellikle II. Meşrutiyet'in ilanından sonra gazete ve dergi gibi basın çalışmalarının artışıyla takip etmek mümkündür.³²² Zira resmî belgelerin aksine cari mevzuata karşı olan kişilerin fikirlerinin görünürlüğü bu tür yayınlarla artmıştır. Bunlardan özellikle 1916 Mecelle Tadil Komisyonları öncesi konumuzla ilgili olarak değerlendirmelerde bulunan kişiler Celal Nuri ve Mustafa Asım'dır. 2 Mayıs 1329/15 Mayıs 1913 tarihli “Havâic-i Kanuniyemiz: Mecelle Meselesi” başlıklı yazısında Celal Nuri konuya şu iki cümleyle başlamıştır: “Fi'l-vâkı‘ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye nâkıstır. Serbestî-i mukavelâta nâ-müsâiddir.”³²³ Buna göre Celal Nuri Mecelle'yi eksik ve yetersiz olarak değerlendirmiş,

³¹⁹ Tadil çalışması yapılan bu konuların hepsi yürürlüğe girmemiştir. Cemiyetin tadil çalışmalarıyla ilgili detaylar için bkz. Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 314-342.

³²⁰ Notların Cevdet Paşa'ya aidiyeti hakkında değerlendirme için bkz. Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 307-308.

³²¹ Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 310.

³²² Mecelle'ye dair gerek içerik gerekse usul açısından birincil ve ikincil kaynaklarda geniş bir eleştiri literatürü oluşmuştur. Bu eleştirilere dair toplu çalışmalar için bkz. Şahban Yıldırım, “Mecelle'ye Yöneltilen Tenkitler ve Bu Tenkitlerin Değerlendirmesi”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* XVI/2 (2012), 417-445; Zeki Koçak, “Hukuk Tekniği Açısından Mecelle'ye Yapılan Eleştiriler ve Değerlendirilmesi”, *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 19/2 (2015), 27-48.

³²³ Celal Nuri, “Havâic-i Kanuniyemiz: Mecelle Meselesi”, *İctihad* 4/64 (02 Mayıs 1329), 1385. Serbesti kavramının iktisadî bağlamda 19. yüzyılın sonlarında sıkça kullanıldığına geçen bölümde işaret etmiştik. Ancak hukuk bağlamında şartlı satışlara dair serbestliğin ifadesi olarak “serbestî-i mukavelât” kavramının tespit edebildiğimiz ilk kullanımı Celal Nuri'nin bu Mecelle eleştirisidir. Kavramın ilk defa ne zaman kullanıldığına dair kesin bir yargı mümkün olmamakla beraber bu dönemde olgunlaştığını söylemek mümkündür. Zira Celal Nuri'nin yazısından sonra kavram, şartlı satışlar bağlamında sıkça referans yapılmıştır.

bunun sebebini de genelde sözleşme serbestisine uygun olmayışı, özelde ise sözleşmelerdeki şartlara serbestlik vermeyişi olarak tespit etmiştir.

Celal Nuri'ye göre Mecelle'nin sözleşmelerde öne sürülen şartları sahih, fâsid ve batıl şeklinde tasnif etmesi hatalı ve zararlıdır.³²⁴ Dahası 1879 tarihli UMHK'nin de bu konuda faydası yoktur. Zira ilgili Kanun'un 64. maddesinde³²⁵ “her mukavelenin mamulün-bih” olacağı ifade edilmekle beraber buna “kanuna, adab-ı umumiyye, asayişe muvafık olmak üzere” kaydı eklenmiştir. Bu kayıtlardan özellikle “kanuna muvafık” ifadesi hâlihazırda meri olan Mecelle'yi de içermekte olduğu için serbestî-i mukavelât açısından engel doğurmaktadır. Böylece Celal Nuri'nin ifadesiyle “Bir mukaveleye itiraz olundukta, onun adab ve asayıştan mâ-adâ ahkam-ı fâsideyi ihtiva edip etmediği de nazar-i dikkate alınıyor[du].” Taraflardan birine ek fayda sağlayan şartların sözleşmeyi de fâsid kılması şüphesiz dönemin piyasa ekonomisi ve kapitalist ticari ilişkilerine, özellikle Batılı tüccarlar açısından, uyumlu bir hukuki altyapıyı sağlamamaktaydı. Zira Mecelle'deki uygulamanın zarara konu hedef kitlesini Celal Nuri'nin de işaret ettiği üzere yabancı tüccarlar oluşturmuyordu: “Ecânib burada kat'iyet ile işe girişemiyorlar.” Dönemin Osmanlı ticari ilişkilerinin büyüyen hacmi ve bunun özellikle Batılı devletler lehine gelişmesi bölgede “kapitalist hukuki altyapı”nın kurulması yönünde bir talebi doğurmuş olması muhtemeldir. Zira Weber'in kapitalist hukuk yapısında işaret ettiği detaylı olarak şekillendirilmiş ve adli müdahalelerden korunmuş sözleşme şekli Osmanlı ticari hayatında yeterince mevcut değildi: “Her hâlde, her fıkra hatta her kelime bir vesile-i dava oluyor.” Celal Nuri'nin açıklamalarından karşı tarafın konuyu mahkemeye taşıması durumunda yabancı tüccarların kendi lehlerine düzenledikleri sözleşme şartlarına fâsid olarak hükmedildiği anlaşılmaktadır. Celal Nuri'ye göre serbestî-i mukavelât anlayışına uygun olmayan bu hukuk yapısı yabancı tüccarlara zarar vermesi suretiyle ülkeye de zarar vermekteydi. Zira bu tüccarların belirli kâr planıyla giriştikleri ve çeşitli şartlarla kendi haklarını korumaya aldıkları sözleşmeler Osmanlı adli yapısı dâhilinde yeterli verimliliği sağlamamaktaydı. Bu da Avrupalı tüccarların Osmanlı hukuk yapısına yabancı kalmalarına ve güvenli faaliyet yürütememelerine sebep olmaktadır. Nitekim

³²⁴ Celal Nuri, “Havâic-i Kanuniyemiz: Mecelle Meselesi”, 1385.

³²⁵ “Madde 64: Kanunen ve nizamen memnu ve adab-ı umumiyye mugayir ve asayiş-i umumiyyeyi muhil olmayan ve şerâit-i kanuniye ve nizamiyyeye muvafık olan mukavele senedlerinin ahkâmı meri ve muteber addolunur. Fakat bu misillü mukavelât yalnız akdi imza edenler hakkında muteber olup imzası olmayanlara şumûlu olamaz ve âharın hukuk ve menâfi'ine tecavüz etmez.” (*Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu ve Zeyli* (İstanbul: Kader Matbaası, 1329), 26.)

Mecelle'nin fâsid şartlar hakkındaki maddeleri Celal Nuri'nin ifadeleriyle “Bizden mâ-adâ her devletin kavânî-i umumiye ve ahkâm-ı mevzuasına mugayirdir.”³²⁶ Böylece yabancı tüccarların sözleşmelerin tam olarak icra edileceğine dair büyüyen risk karşısında kullandıkları sermaye hacmini düşürüyor olmaları ihtimal dâhilindedir. Celal Nuri bu şekildeki sözleşmeleri dava konusu yapmak suretiyle iptaline giden kişileri ise “dolandırıcılar” olarak nitelemektedir: “Bundan dolandırıcılar fevkalade müstefid oluyorsa da maalesef memleket zarar görüyor.”³²⁷

Celal Nuri serbestî-i mukavelât ekseninde başka bir kanun hazırlığı yerine Mecelle'nin tadilinin öncelenmesi gerektiğini düşünür. Bunun usulünü ise şer'î kaynak olarak külli kaideleri esas alıp mevcut taleplere uygun şekilde Kanun'un revize edilmesi olarak tespit eder.³²⁸ Aslında Celal Nuri Mecelle'nin tadil edilmesi suretiyle devamını desteklese de Kanun'un dönüşmesini istediği suretin Batı kanunlarına benzer olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Mecelle öncesinde Batı'dan alınan kanunları başarılı hukuki girişimler olarak değerlendirirken³²⁹ Mecelle Cemiyeti'ni de fıkıh geleneğinde boğulmak ve etrafındaki dünyaya yabancı kalmakla suçlamıştır. Ona göre “Cevdet Paşalar kıl ü kavline tenezzül edeceklerine akıllarına, muamelât-ı nâssa müracaat etselerdi elbette daha faydalı bir iş yapmış olurlardı.”³³⁰ Bunun en önemli adımı ise fâsid şartlara dair yasağın kaldırılmasıdır. Nitekim sözleşmelerdeki hareket alanını en çok kısıtlayan şartlar bunlardır. Celal Nuri Mecelle'deki fâsid şartlara dair yasağın UMHK'deki “kanuna muvafakat” kaydının kaldırılması suretiyle ilgası için bir girişimin olduğundan da bahsetmektedir.³³¹ Kendisi de bu çabaların devamını ve böylece Osmanlı hukuk yapısının ıslahını desteklemektedir: “Eğer bu şart ortadan kalkar ve fâsid şart üzerine akdedilmiş mukavelâtın mamulun-bih olacağına dair Adliye

³²⁶ Dönemin Batılı yazarları da Mecelle'nin büyüyen ticari ilişkilere uygun olmadığına dair eleştirilerde bulunmuşlardır. Bunlardan özellikle Frederic M. Goadby'nin Mecelle'yi modern ticari ve endüstriyel dünyanın hukuki altyapısını sağlayacak mahiyete sahip olmadığına dair değerlendirmeleri dikkat çekicidir. (Frederic Maurice Goadby, *Introduction to the Study of Law* (London: Butterworth, 1910); F. M. Goadby, “The Moslem Law of Civil Delict as Illustrated by the Mejlle”, *Journal of Comparative Legislation and International Law* 21/1 (1939), 62-74.) Dönemin Batılı literatüründeki Mecelle algısına dair detaylı bir çalışma için bkz. Sami Erdem, “Oryantalizmden Anlamaya: İngilizce Literatürde Mecelle Algısı”, *Dîvân XXIV/48* (Ocak 2020), 1-35.

³²⁷ Celal Nuri, “Havâic-i Kanuniyemiz: Mecelle Meselesi”, 1385.

³²⁸ “O halde kavâid-i külliyye ibtinaen Mecelle'yi istediğimiz gibi, ahvâl ve ihtiyacât-ı asriyye son derece muvafık bir surette tadil ve tashih edebilir isek pek âlâ olur.” (Celal Nuri, “Havâic-i Kanuniyemiz: Mecelle Meselesi”, 1386.)

³²⁹ “Halbuki Cevdet Paşa'dan evvel gelenler ihtiyacâtı daha başka bir gözle gördüklerinden ahkam-ı garbiyeden müstenbit bir yeni Kanun-ı Ceza, bir yeni Kanun-ı Ticaret meydana getirmişlerdir. Bu gibi ictihadâta biz beyan-ı takdir ederiz.” (Celal Nuri, “Havâic-i Kanuniyemiz: Mecelle Meselesi”, 1386.)

³³⁰ Celal Nuri, “Havâic-i Kanuniyemiz: Mecelle Meselesi”, 1387.

³³¹ Celal Nuri, “Havâic-i Kanuniyemiz: Mecelle Meselesi”, 1385.

Nezareti canibinden bir umum tastir edilirse zannederim ki ıslah-ı kavanin emrinde pek büyük bir hutve atmış oluruz.” Kanun’daki bu değişiklik için girişimde bulunan kişilerin kim olduğuna dair Celal Nuri’den ismen bilgi edinemesek de kendisinden sonra düzenli olarak bu değişiklik çabasının gerek yazılarla gerekse kanun tadiliyle görevli komisyonlar tarafından tekrarlanması açısından bunun yaygın bir kanaati temsil etmeye başladığını söylemek mümkündür.³³²

Benzer şekilde Mustafa Asım Mecelle’yi dönemin ticari ilişkilerine uygun olmaması nedeniyle eksik bulur.³³³ Ona göre “ihtiyacı” merkeze almak suretiyle Mecelle maddelerinin tadil edilmesi gerekmektedir.³³⁴ İhtiyacı karşılamak üzere hazırlanan yeni maddelerin hangi mezhepten olduğuna dair bir kaygı olmamakla beraber Batı hukukuna da uyumlu olmalıdır. Mustafa Asım bu aşamada fıkhi bir temellendirme ihtiyacı görmemekte ve hatta bu usulün dinen meşruiyeti için “Ezmânın teğayyuruyla ahkâmın teğayyuru inkâr olunamaz.” kaidesini³³⁵ yeterli görmektedir.³³⁶ Böylece Avrupalı tüccarlar ile olan ticari ilişkilerdeki kolaylığın sağlanması için gerekli olan sözleşme serbestisi Mustafa Asım’a göre bir ihtiyacı ifade etmektedir. Bu yüzden Mecelle bu ihtiyaca göre herhangi bir fıkhi kaygı olmaksızın tadil edilmelidir: “Hâlbuki reyimce, şart ile bey‘ caizdir çünkü ihtiyac-ı nâs bunu müeddidir.”³³⁷ Dahası Mustafa Asım tadiller sırasında “ihtiyaç” haricinde bir fıkhi kaygının gözetilmesini gereksiz görmektedir.³³⁸ Böylece her iki yazar dikkate alındığında Mecelle sözleşme serbestisi ve bunun bir unsuru olarak şart serbestisi açısından eksik görülmüştür. Bu yüzden Adliye Nezareti’nin serbestiyi temin edecek şekilde kanunda bir ıslah politikası başlatması talep edilmiştir.

³³² Zira yazının yayımlanmasından bir yıl sonra Usul-i Muhakemât Kanunu’nun 64. maddesinde bu şekilde tadil yapılacaktır.

³³³ “Bi’l-husûs muâmelât-ı ticâriyye de mer’î olan âdâta Mecelle’nin ekser-i ahkâmı pek mütenâkızdır.” (Mustafa Asım, “Mecelle Meselesi”, *İctihad* 4/65 (09 Mayıs 1329), 1417.)

³³⁴ Mustafa Asım, “Mecelle Meselesi”, 1417.

³³⁵ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 33.

³³⁶ Mustafa Asım, “Mecelle Meselesi”, 1418.

³³⁷ Mustafa Asım, “Mecelle Meselesi”, 1417.

³³⁸ Zira bu tür kaygıları olan kişilere tadil sürecinde bir rol verilmemesi gerektiğini ancak tadil sonrasında eğer isterlerse etkisi olmayacak surette çalışmalarına devam etmeleri gerektiğini düşünür: “Bu suretle arzumuzu istihsâl eyledikten sonra vaz‘ olunan kaidenin hangi fıkha temas eylediğini yahut şimdiye kadar takip edilen esastan ne derece inhirâf olunduğunu araştırmak isteyenlerde bulunursa yine tedkikâtlarına devam eylesinler, onlara da şüphesiz bir mani yoktur.” (Mustafa Asım, “Mecelle Meselesi”, 1418.)

B. 1879 Usul-i Muhakemât-i Hukukiye Kanunu

Tanzimat dönemiyle beraber yeni kurulan Nizamiye Mahkemeleri'nde takip edilecek kanun ihtiyacına binaen hazırlanan bir diğer kanun ise UMHK'dir. Yargılama usulü alanında hazırlanan bu kanun 9 Haziran 1295/21 Haziran 1879 tarihinde kabul edilmiştir.³³⁹ Mecelle Cemiyeti tarafından hazırlanan 301 maddelik tasarı ile 1807 tarihli Fransız Yargılama Kanunu esas alınarak hazırlanan Kanun; bir mukaddime, dokuz bölüm ve toplam 297 maddeden oluşmaktadır.³⁴⁰

UMHK'nin 64. maddesi ise sözleşmelerin geçerli olması için gerekli şartları tanzim etmesi ve böylece serbesti seviyesini tespit etmesi açısından önemlidir. Kanun'un ilgili maddesi şu şekildedir:³⁴¹

Madde 64: Kanunen ve nizamen memnu ve adab-ı umumiyye mugayir ve asayiş-i umumiyyeyi muhil olmayan ve şerâit-i kanuniye ve nizamiyyeye muvafık olan mukavele senedlerinin ahkâmı meri ve muteber addolunur. Fakat bu misillü mukavelât yalnız akdi imza edenler hakkında muteber olup imzası olmayanlara şumûlu olamaz ve âharın hukuk ve menâfi'ine tecavüz etmez.

Maddeye göre bir sözleşmenin geçerli olması için, (i) kanunen ve nizamen memnu (kanunun yasaklayıcı hükümlerinden) olmamak, (ii) adab-ı umumiye (toplumsal ahlaka) aykırı olmamak, (iii) intizam-ı umumi (kamu düzenine) aykırı olmamak ve (iv) şerâit-i kanuniye ve nizamiyyeye uygun olmak şartlarını karşılaması gerekmektedir. İlk olarak “kanunen ve nizamen memnu olmamak” koşulu gereği meri olan kanunların genel ve özel hükümlerine mutlak surette aykırı unsur içeren her türlü sözleşme geçersiz kabul edilmiştir.³⁴² Bunun sonucu olarak örneğin; kumar, rüşvet ve hırsızlık gibi cezaya konu suçlar ile Galata borsasında işlem yapılan “hava oyunu”³⁴³ ve Murabaha Nizamnamesi gereğince tespit edilen %9 faiz sınırının aşılması gibi finansal işlemleri konu edinen sözleşmeler geçerli değildir.³⁴⁴ Maddede en çok ihtilafa sebep

³³⁹ “Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı”, *Düstur*, Tertib 1, 1295, 317.

³⁴⁰ Gülnihal Bozkurt, *Batı hukukunun Türkiye’de benimsenmesi: Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne resepsiyon süreci (1839-1939)*. (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2020), 104.

³⁴¹ *Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu ve Zeyli*, 26.

³⁴² Temistokli Zembulidis, “Madeni ve Ticari Hukuk: Serbesti Ukud ve Mukavelat”, *Hukuki Bilgiler Mecmuası* II/17-5 (Kanunusani 1928), 300-301.

³⁴³ Kâmus-ı Osmanî’de “Borsa Oyunu” şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir nev’ kumar, eshâm-ı devliye ve tahvilât-ı sâire üzerine hava ile yani ‘aynen mübadele suretiyle olmayarak vuku bulan alım, satım.” (Mehmed Salahi, *Kamus-ı Osmani* (İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, 1313), 1/285.) Buna göre “hava oyunu” olarak ifade edilen işlemler özellikle Galata Borsası’nda alınıp satılan türev tipi sözleşmelerdir. Detaylı bilgi için bkz. Abidin Paşa, *Borsa Risalesi: Hava Oyunları* (İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları, 2019).

³⁴⁴ Ahmed Ziya, *Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Şerhi ve Zeyli* (İstanbul: Cihan Matbaası, 1329), 302.

olan konu ise “meri kanunlar” arasında yer alması sebebiyle Mecelle’nin de özel ve genel hükümlerinin sözleşmelerin geçerliğinde dikkate alınmasıdır.³⁴⁵ Zira Mecelle’nin maddelerine aykırı olarak düzenlenen bir ticari işlem UMHK gereği geçersiz kabul edilecektir. Örneğin Mecelle’nin 1428. maddesi³⁴⁶ gereği mudarabe sözleşmelerinde meydana gelen zarardan sermayedar (*rabbü’l-mâl*) sorumlu kabul edilmiştir. Bu durumda emek sahibinin (*mudârib*) zarara ortak olduğu ya da zararı tazminle sorumlu olduğuna dair şartlar ilgili madde gereğince geçersiz görülmüştür. UMHK’nin 64. maddesi ise getirdiği “kanunen memnu olmamak” kaydıyla bu durumu teyit etmiştir.³⁴⁷

İkinci olarak “şerâit-i kanuniye ve nizamiyeye muvafık olan” kaydı gereği kanunda tespit edilen şartlara aykırı yapılan sözleşmeler geçersiz olarak görülmüştür. Örneğin Mecelle’nin 197 ve 199. maddeleri³⁴⁸ gereği satıma konu olan malın sözleşme sırasında mevcut ve mütekavvim³⁴⁹ olması gerekmektedir. İlgili şartlara uygun olmayan bir malın satışı durumunda ise sözleşme geçersiz kabul edilmektedir.³⁵⁰ Diğer taraftan, ilgili koşulları sağlasa dahi sözleşmeler imzalarının bulunması şartıyla sadece taraflar için hukuki sonuçlar doğurabilmektedir. Buna göre sözleşmenin bizzat tarafı olmayan üçüncü taraflar açısından geçerliliği yoktur. Böylece UMHK’nin Mecelle’deki hükümleri -özellikle “kanunen ve nizamen memnu olmamak” kaydını koyması sebebiyle- teyit etmiş ve sözleşme şartlarındaki serbestliğin sağlanmasına yönelik bir katkıda bulunmamıştır.

II. Serbestiye Doğru: Kanun ve Hukuk Fikriyatı

A. 1914 Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu Tadili

1879 tarihli UMHK’nin 64. maddesinin sözleşmelere yeterli serbestliği tanınamaması ve özellikle takyidî şartlar konusunda Mecelle’yi muteber kabul etmesi sözleşme serbestisinin uygulanması açısından problemlere sebep olmuştur. II. Meşrutiyet Dönemi’ne gelindiğinde konuya dair artan eleştiriler ve genel eğilimler sonucu hukukta ıslah düşüncesi sözleşme serbestisinin tesisine dair talebi de

³⁴⁵ Nitekim ileride ele alınacağı üzere Kanun’un ilgili ibaresi bu sebeple tadil edilecektir.

³⁴⁶ “Madde 1428: Zarar ve ziyan her halde rabbü’l-mâla ait olur ve mudârib ile beynlerinde müşterek olması şart edilirse o şarta itibar olunmaz.” (*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 83.)

³⁴⁷ Zembulidis, “Medeni ve Ticari Hukuk: Serbesti Ukud ve Mukavelat”, 301-302.

³⁴⁸ “197. Madde: Mebî’in mevcut olması lazımdır.” “199. Madde: Mebî’in mâl-i mütekavvim olması lazımdır.” (*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 47.)

³⁴⁹ Fıkhen kendisinden faydalanılması caiz olan mallara mütekavvim mal denir. Detaylı bilgi için bkz. Hasan Hacak, “Mal”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003).

³⁵⁰ Zembulidis, “Medeni ve Ticari Hukuk: Serbesti Ukud ve Mukavelat”, 302.

güçlendirmiştir. Özellikle yönetimin hedeflediği iktisadi ve ticari faaliyetlerdeki büyüme çabasının başarısı hukuki açıdan sözleşme serbestisi ile mümkün görülüyordu.³⁵¹ Böylece UMHK'nin 64. maddesi 1914 yılında tadil edilmek suretiyle şartlara dair mevzuat *serbestî-i mukavelât* kaidesine daha uygun bir hale getirilmiştir. Maddenin tadil edilmiş şekli şu şekildedir:

1- Kavânîn ve nizamât-ı mahsusa ile memnu ve adab ve intizam-ı umumiye muhil olmayan ve ehliyet-i âkideyn gibi ahvâl-i şahsiyeye vâris ve intikâle ve nukûd ve akarât-ı mevkûfenin ve ahvâl-i gayr-i menkûlenin tasarrufuna müteallik kavâid ve ahkâma muhalif bulunmayan bilcümle mukavelât ve taahhüdât ahkâmı âkidler haklarında meri ve muteberdir. Şu kadar ki ma'kûd-aleyh mümkinî'l-husûl değilse butlân iddiası mesmû'dur.

2- Mal-i mütekavvim olan her şey ma'kûd-aleyh olabilir. Ala'l-ıtlâk tedavülü mütearef olan a'yân ve menâfi' ve hukuk mal-i mütekavvim hükmündedir. Âtiyen mevcut olacak eşya üzerine akdedilecek mukavelât dahi muteberdir.

3- Mukavelenin nukât-ı esasiyesi hakkında âkideynin muvafakatları hâsıl olduğu takdirde nukât-ı fer'iyyesi meskût-anh kalmış olsa bile akit tamam olmuş addolunur. Nukât-ı fer'iyye hakkında muvafakat-ı tarafeyn hâsıl olmadığı surette mahkeme işin mahiyetini nazar-ı dikkate alarak nukât-ı mezkûreyi tayin eder.

İlgili maddenin birinci fıkrasına göre “adâb-ı umumi” ve “asayiş-i umumi”ye uygunluk şartları tekrar edilmiş olup “kanunen memnu olmama” ve “şerâit-i kavanîne muvafık olma” koşulları kaldırılmıştır. Yerine ise “kavânîn ve nizamât-ı mahsûsa ile memnu olmayan” kaydı maddeye eklenmiştir. Böylece kanunlardaki genel hükümlerin sözleşmenin geçerliliğine etkisi ortadan kalkmıştır. Dahası “ehliyet-i âkideyn gibi ahvâl-i şahsiyeye vâris ve intikâle ve nukûd ve akarât-ı mevkûfenin ve ahvâl-i gayr-i menkûlenin tasarrufuna müteallik kavâid ve ahkâma muhalif bulunmayan” şeklindeki kayıt bir üstteki koşulu detaylandırmış olup ek bir sınırlandırmayı ifade etmemiştir.³⁵²

Maddenin tadil sebebine dair Meclis-i Mebusan'da açıklama yapan Dâhiliye Nazırı Talat Paşa (ö. 1921) Mecelle'nin sözleşmelerdeki şartları fâsid ve batıl olarak hükmetmesi sebebiyle sözleşme serbestisinin mümkün olmadığını ve bunun da

³⁵¹ Temistokli'nin ifadesiyle bu dönemde “Umûr-ı ticariyenin tevessü, tekessür ve tenevvü'ü için serbestî-i mukavelât kaidesinin vaz-u teşri'ine ihtiyac-ı mübrem hâsıl olmuştu.” (Zembulidis, “Medeni ve Ticari Hukuk: Serbesti Ukud ve Mukavelat”, 301.)

³⁵² Temistokli'ye göre bu kayıt anlamı netleştirmek ve hâkimlerin farklı uygulamalarının önüne geçmek için hususen vazedilmiştir: “Fikr-i âcizâneme kalırsa madde-i muaddilenin ‘kavânîn ve nizamât-ı mahsûsa ile memnû olmayan’ ibârâtını hâvî olan ilk fıkrası gayet câmi'alı ve şümûllu bir ibâre ve cümle olduğu gibi ‘ehliyet-i âkideyn vâris ve intikâl ve nukûd ve akarât-ı mevkûfenin ve emvâl-i gayr-i menkûlenin tasarrufu’ hakkındaki kavânînin kâffesi kavânîn ve nizamât-ı mahsûsadan ma'dûd olmakla işbu birinci fıkradaki mana tahtinde müstetir addolunabilir idi. Fakat madde-i kânûniyenin iltibâs ve iştibâha ve mütenevvi' telakkîye mütehammil olması ihtimaline binaen teşrih-i madde sadedinde zikr-u ityân edilmiş olmakla kâideden hâlî değildir.” (Zembulidis, “Medeni ve Ticari Hukuk: Serbesti Ukud ve Mukavelat”, 303.)

“tekemmülât-ı iktisadiye” engel olduğunu ifade eder. Zira Talat Paşa’ya göre sözleşme serbestisi ile iktisadi gelişme arasında pozitif bir nedensellik mevcuttur.³⁵³ Mecelle’nin şartlara dair hükümleri ise sözleşme serbestisine engel olmak suretiyle “iktisadın terakkisine” de mâni olmaktadır. Böylece İttihat ve Terakki yönetimi 64. maddeyi tadil etmek suretiyle genel hükümleri itibardan kaldırmıştır. Bu ise Mecelle ve Hanefi şart teorisinin Nizamiye Mahkemeleri’nde dikkate alınmayacağını ifade etmektedir. Düzenlemenin pratik sonucu ise “taraplardan birine ek fayda sağlayan şartlar”ın fâsid olduğuna dair Hanefi hükmünün uygulamadan kalkması ve böylece bu tip şartlarla kurulan sözleşmelerin geçerliliğinin temini olmuştur. Böylece ilgili sözleşmelerdeki şartların karşılanmasına dair yaşanan bir aksaklıkta adli yaptırım hakkı sağlanmıştır. Aslında maddede yapılan değişiklik yerine bizzat Mecelle’de konuya dair tadilin yapılması da mümkündür. Ancak yönetimin Mecelle’ye yapılacak tadil planını ileri zamanda ve tamamını kuşatacak şekilde olduğu; bu sebeple ilgili ihtiyacı “mümkün mertebe temin edecek” daha basit bir ön çalışmayı UMHK üzerinden yaptığını söylemek mümkündür. Zira ilgili *esbâb-ı mûcibe* konuşmasında Talat Paşa, Mecelle’nin tadilini bir “teşebbüs-i azîm” olarak değerlendirmiştir.

Diğer taraftan, ilgili madde ile sözleşmenin geçerliğine dair Mecelle’nin hükümleri tamamen ilga olmamıştır. Yeni durumda Mecelle’nin hükümleri “ahkâm-ı mecburiye”den³⁵⁴ (kanunun emredici hükümleri) “ahkâm-ı müfessire”³⁵⁵ (tamamlayıcı hukuk kuralları) hâline gelmiştir.³⁵⁶ Böylece taraflar sözleşme ile Mecelle’nin hükümlerinin aksine düzenleme yapabilir hale gelmişlerdir. Ancak tarafların özel olarak kararlaştırmadığı ikincil noktalar hakkında hüküm öncelikle bulunması durumunda örfe, aksi durumda Mecelle’ye göre verilmektedir. Böylece Mecelle

³⁵³ Talat Paşa bu ilişkiyi şu şekilde izah eder: “Ukûd ve mukavelâtın serbesti ve istikrarı hukuk-ı tasarrufiye’nin serbestisi derecesinde terakkiyât-ı iktisadiye üzerinde müessirdir.” (“Müzakere Edilen Mevâd: Hükümet Beyannamesinin Kıraatı”, 06 Temmuz 1330, 415.)

³⁵⁴ *Ahkâm-ı mecburiye*, diğer bir kullanımla *ahkâm-ı âmire*, tarafların uymak zorunda oldukları ve aksine sözleşme gerçekleştiremedikleri kurallara denir. Günümüz hukukunda “kanunun emredici hükümleri” olarak ifade edilir. Kavramın Batı hukukundaki karşılıkları için bkz. Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 333.

³⁵⁵ *Ahkâm-ı müfessire*, tarafların sözleşmede kararlaştırmadığı noktalarda açıklayıcı ve tamamlayıcı vazifesini gören kurallara denir. Günümüz hukukunda “tamamlayıcı hukuk kuralları” olarak ifade edilen bu kurallar, tarafların sözleşmede aleyhine düzenleme yapmaması durumunda meriyet kazanır. Bu açıdan *ahkâm-ı mecburiye* gibi kesin ve zaruri değildir. (Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 333.) Mişon Ventura bu kuralları şu şekilde tanımlar: “Tarafeynin mukavelede meskûnun-anh geçirdikleri nukât hakkında mâ bihi’t-tatbîk ittihâz edilmek ve tarafeynin mezkûr nukât hakkındaki maksadını müfessir olmak üzere mevzu olan *ahkâm*dir ki bu nev’ *ahkâm* hilafına olarak akd-i mukavelenin caiz olduğu bedihidir.” (Mişon Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, *Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1/1 (Mart 1332), 61.)

³⁵⁶ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 61-62.

sözleşmede düzenlenmeyen noktalarda *tamamlayıcı* görevini temin edecektir. Örneğin, Mecelle'nin 293. maddesi³⁵⁷ gereği müşteri malı teslim almadan önce mala gelen zararlar satıcıya aittir. Dolayısıyla 64. maddenin tadili öncesinde teslim öncesi zarardan müşterinin sorumlu olduğuna dair şartla kurulan bir sözleşme geçerli değildi. Ancak tadil sonrasında sözleşme ile karar verilenin öncelikli olması ve Mecelle'nin ilgili hükümlerinin aksine düzenleme yapılabilir olması sebebiyle bu sözleşme geçerli kabul edilmiştir. Yine de tarafların teslim öncesi sorumluluğun kime ait olduğuna dair sözleşme sırasında bir karar vermemeleri durumunda Mecelle'nin 293. maddesi hükümde esas alınacaktır. Böylece sözleşmenin dava konusu olması durumunda da hâkim Mecelle'ye göre hükmedecektir. Sonuç olarak, şartlarla ilgili olarak "sözleşme" esas alınmış ve Mecelle'ye göre fâsid olan şartlar 64. madde gereğince sözleşmeyle beraber geçerli kabul edilmiştir. Yine de bu düzenleme ikinci bir kanun üzerinden yapılmış olup Mecelle'deki hüküm bizzat tadil edilmemiştir. Bu ise Mecelle'nin ahkâm-ı müfessire olarak ya da özel hükümleri açısından muhatap olduğu meseleleri şekillendirmeye devam ettiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla Mecelle'nin bizzat tadili konusu bir ıslah gündemi olarak yönetimin ajandasında yer alacak ve 1332/1916 yılında faaliyete geçirilecektir.

Dârülfünun Hukuk Fakültesi'nde Roma hukuku ve karşılaştırmalı hukuk hocası olan Mişon Ventura, serbestî-i mukavelâtın tesisi için Kanun-ı Muvakkat'ın önemli bir başarı olduğunu düşünmekle beraber bu ilkeye getirilen sınırlandırmalar hakkında eleştirilerde bulunmuştur. Buna göre Kanun'da geçen "intizâm-ı umûmîyi muhil olmayan" kaydının gerekli olduğunu ancak kapsamının yine Kanun'da tespit edilmesi gerektiğini düşünür.³⁵⁸ Zira Ventura'ya göre bu kapsamın tayininin hâkimlere tevdi edilmesi "mahkemenin menâfi-i âmmeyi ne yolda tayin edeceklerine vâkıf olmadığı cihetiyle mukavele-i vâkıalarının iptal tehlikesine maruz" bırakacaktır. Bu ise nihai olarak korunmak istenen "serbesti ve istikrar-ı mukavelâta" zarar verecektir. Ventura, Talat Paşa'nın beyannamesinde geçen "Ukûd ve mukavelâtın tabi olması icab eden bilcümle şerâiti derpiş eylemek vâzı'-ı kanun için adîmü'l-imbkândır ve tarafeynin menâfi-i hususiyelerini daha iyi takdir eyleyecekleri de şüphesizdir." iddiasının hatalı olduğunu düşünür. Nitekim bu iddia Ventura'ya göre ancak "terakkiyât-ı hâzıra-ı iktisadiye'nin icabâtından" olan yeni ortaya çıkmış akitler için geçerli olup mevcut

³⁵⁷ "293. Madde: Mebî' kable'l-kabz bâyi'in yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüb etmeyip zararı bâyi'e ait olur." (*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 62.)

³⁵⁸ Ventura, "Serbestî-i Mukavelât", 63.

isimli akitlerin her birinde ilgili kayıt doğrultusunda düzenlenme yapılması gereklidir.³⁵⁹ Ventura bu noktada iddiasını temellendirmek için Avrupa'daki düzenlemeyi örnek gösterir: "Nitekim ecnebi kavanîn-i medeniyesinin kâffesinde ukûd ve muamelâtın şerâit u ahkâm-ı umumiyesi mestûr olmakla beraber meşhur olan ukûddan birine mahsus olan şerâit ve ahkâm-ı mecburiye ayrıca tasrih olunmuştur."³⁶⁰ Dahası Ventura, Alman Medeni Kanunu'nun 138. maddesinin aslında yer alan "menfaat-i umumi" kaydının daha sonrasında Reichstag Meclisi'nde değerlendirildiğini ve ibarenin "muhtelif ve indî tefsirâta" müsait olduğu, bunun ise "selamet ve istikrar-ı muamelât"a zarar vereceği ihtimaliyle ilga edilmesine karar verildiğini aktarır.³⁶¹ Ventura'nın ifadesiyle "Her hâkim menfaat-i âmmeyi kendi meslek-i ilmîsine göre tefsire kıyam edebilir." olup Almanya bağlamında bu durumu sosyalist temsilcilerde görmek mümkündür. Zira "menfaat-i âmme" kaydının kaldırılmasına Meclis'te en çok karşı çıkan sosyalist vekiller olmuştur.³⁶² Bunun en basit örneğini Ventura şu şekilde aktarır:³⁶³

Sosyalist nazariyatının isabet-i mutlakasına kani olan bir hâkim kendisine arz olunan dava, patronla amele beyninde tanzim olunan bir mukaveleden münbais olduğu surette amelenin hukuku kâfi derecede vikaye olunmadığını görerek mezkûr mukavelenin menfaat-i âmmeye mugayir olmak noktasında iptali cihetine gidebilir.

Ventura'nın da bu minvalde Osmanlı hâkimleri tarafından yapılacak farklı yorumlamalardan çekindiği dikkate alındığında serbestî-i mukavelâta zarar verebilecek şekilde "meslek-i ilmiye" sahip kişilerin fıkıh arka planına sahip kadıların olması muhtemeldir. Nitekim Osmanlı bağlamı dikkate alındığında serbesti ilkesine tezatlık oluşturması sebebiyle hedef alınan taraf Hanefî mezhebi uygulamasını esas alan hukukçular olmuştur. Bu sebeple Ventura "intizam-ı umumiye muhil olmayan" kaydı yerine her akit türü için ilgili şartların belirlenmesini önerir.³⁶⁴ Nitekim bu uygulama akitlerin menfaat-i âmmeye uygun olmadığı içtihadıyla yapılacak iptalleri sınırlandırırken diğer taraftan serbestî-i mukavelâta ise güvenilir ve geniş bir alan

³⁵⁹ Ventura, "Serbestî-i Mukavelât", 63.

³⁶⁰ Ventura, "Serbestî-i Mukavelât", 64.

³⁶¹ Ventura, "Serbestî-i Mukavelât", 65.

³⁶² Ventura, "Serbestî-i Mukavelât", 66.

³⁶³ Ventura, "Serbestî-i Mukavelât", 65.

³⁶⁴ Benzeri bir önerinin "adab ve ahlaka muhil olmayan" kaydı için düşünebileceğini söyleyen Ventura yine de bu kayıtların kapsamının örfen daha belirli olduğu sebebiyle müdahaleye gerek olmadığını düşünür: "Mahkemenin takdiri herkesin takdirine muvafık düşmek ihtimali galiptir." (Ventura, "Serbestî-i Mukavelât", 67.) Nitekim Fransız Medeni Kanunu'nun hazırlığında benzer şekilde ilgili kayıtlar müzakere edilmiş ancak en son mahkemelere bu alanda takdir yetkisi verilmiştir.

sağlayacaktır. Ventura akitlerde yapılacak bu kayıtların gerek dört mezhep arasından gerekse Avrupa kanunlarından istifade etmek suretiyle “ihtiyacât-ı hâzıraya evfak” şekilde tespit edilmesi gerektiğini düşünür. Zira bu usul üzere düzenlemelerin yapılmaması durumunda “Kanun-ı Muvakkat’ın neşrinden maksut olan serbesti ve istikrar-ı muamelatın temini” tam anlamıyla gerçekleşmemiş olacaktır.

Ventura’nın bir diğer eleştirisi ise Kanun-ı Muvakkat’ın serbestî-i mukavelât ilkesinin tesisi için yürürlüğe girmesine rağmen bu serbestliğin sözleşmenin taraflarıyla sınırlı olup üçüncü tarafların lehine ve aleyhine koşulan şartları içermemesidir.³⁶⁵ Kanun’un ilgili kısmında geçen “... bi’l-cümle mukavelât ve taahüdât ahkâmı âkidler haklarında meri ve muteberdir.”³⁶⁶ ibaresi gereği taraflardan birine ek fayda sağlayan şartlar gibi Hanefî mezhebinde fâsid olan şartlar geçerli hâle gelmiş, ancak üçüncü taraflara yönelik şartlar hakkında Hanefî mezhebinin butlan görüşü tadil edilmemiştir.³⁶⁷ Ventura bu durumun uygulama ve hukuk arasında bir kopuşa sebep olduğunu düşünmektedir. Zira diğer şartlar gibi üçüncü tarafların lehine koşulan şartlar da yeni gelişen pek çok sözleşmede hâlihazırda tatbik edilmektedir. Buna rağmen meri kanunlar bu hakları muhafaza edememektedir. Ventura bu duruma örnek olarak hayat sigortalarını verir. Nitekim bu sigorta türü kişinin vefatından sonra yakınları gibi üçüncü kişilere verilecek tazminat şartını içermektedir. Bu şart ise gerek Mecelle gerekse Kanun-ı Muvakkat tarafından muteber görülmemekteydi. Bu durumu serbestî-i mukavelât kaidesine açıkça aykırı gören Ventura’ya göre bu sözleşmeler “ifrat derecesinde kanun-perest olan bir hâkim” tarafından iptal edilme tehlikesine maruzdur.³⁶⁸

B. Mecelle Tadilleri

1. Serbestînin Fikrî Altyapısının Kuruluşu: Fıkıh ve Batı Üzerinden Temellendirme

Mecelle Tadil Komisyonu’nun kurulduğu 1332/1916 yılında Mişon Ventura ve Seyyid Mehmed Nesib Efendi akitlerde öne sürülen şartlara dair *Darulfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*’nda iki yazı yayımlamıştır. Her ikisi de Hukuk Fakültesi hocası olan bu yazarların yazıları mevcut tadil komisyonlarına yol gösteren eleştirel niteliğe

³⁶⁵ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 60.

³⁶⁶ *Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı* (İstanbul: Cihan Matbaası, 1337), 45.

³⁶⁷ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 60.

³⁶⁸ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 60.

sahiptir. Zira 1916 Tadil Komisyonlarında yer almasalar da her iki yazarın tadil çalışmalarına yakın olduğu bilinmektedir. Öncelikle Mişon Ventura'nın 1916 Kanun-ı Medeni Komisyonu'nda kâtip, 1923 Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu'nda üye olarak vazife aldığı görülür. Nesib Efendi ise tadil komisyonlarında bizzat yer almamış olsa da Darulfünun Hukuk Fakültesi'nde kendisiyle beraber medeni hukuk hocaları olan Ebulula Efendi ve Abdurrahman Münib Efendi Mecelle Tadil Komisyonu'nda yer almıştır. Nesib Efendi ve Mişon Ventura'nın tadil çalışmalarıyla olan bu yakın irtibatı ve yazılarını *Fakülte Mecmuası*'nda yayımlamaları komisyon üyelerinin de bu çalışmalara olan vukufunu muhtemel kılmaktadır. Nitekim Mişon Ventura tarafından meselenin tarihî ve hukuki meşruiyeti Avrupa devletleriyle mukayeseli olarak tespit edilirken Nesib Efendi tarafından fıkhi altyapısı oluşturulmuştur.

Nesib Efendi yazısına Mecelle Cemiyeti'nin mazbatada gerçekleştirmeyi taahhüt ettikleri gibi günün şartlarını dikkate alan bir usulü takip etmediklerini iddia ederek başlar. Nesib Efendi Mazbata'daki özellikle iki cümleye vurgu yapar:³⁶⁹ “ilm-i fıkihtan asrın ihtiyacâtına göre rûz-merre zuhura gelen muamelâtın tatbikine kâfi gelebilecek öyle bir eser-i hayrın vücuda getirilmesi” ve “fıkhın muamelât kısmından kesîru'l-vuku ve muamelât-ı asra göre bedîhiyü'l-lüzum olan mevâd hakkında sâdât-ı Hanefiyyenin akvâl-ı muteberesi cem edilerek...” Bu ifadelere dayanarak Nesib Efendi Mecelle Cemiyeti'nin asıl gayesinin fıkhi birikimin “Türkçeye nakl ve terceme”si olmayıp “asrın ihtiyacâtına göre rûz-merre zuhura gelen muamelâtın tatbikine kâfi olabilecek” bir eser meydana getirmek olduğunu tespit eder. Diğer bir ifadeyle cemiyetin merkez noktasını fıkıh kitapları değil mevcut siyasi ve sosyo-ekonomik şartlar oluşturmaktaydı. Ancak gerek Mecelle Cemiyeti gerekse daha sonrakiler Mazbata'daki ifadelerin gereklerine yeterince riayet etmemiştir.³⁷⁰ *Dönemin ihtiyaçlarına* uygun olmayan mevzuat Nesib Efendi'ye göre Mazbata'daki ifadelere uygun olarak “ihtiyacât ve muamelât-ı nâssa göre tahvil ve tebdil edilmesi” gerekliydi. Sonuç olarak Mazbata'ya aykırı olarak Mecelle'de şart serbestisini tekit edecek bir mevzuat yerine Hanefi mezhebinin *müftâ-bih* görüşlerinin yer alması Nesib Efendi'nin yazısında ele aldığı temel problemidir.³⁷¹

Mecelle mazbatasının ihtiyacât-ı asra ve örf ü âdât-ı nâssa riayet kazıyyesi esas olarak kabul edildiği hâlde bey' bi'-ş-şart meselesi hakkında icra kılınan mebahis

³⁶⁹ Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 404.

³⁷⁰ Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 405.

³⁷¹ Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 408.

neticesinde yine kütüb-i fıkhiyede menkul olan zahir mezhebden tebâ'ud edilmemiş[tir].

Bunun başari lamamasının sebebi Nesib Efendi'ye göre fıkıh bilgisi ve dönemin şartlarına dair vukuf arasındaki ayırmadır.³⁷²

Îcâbât-ı medeniyete ve muamelât ve âdât-ı nâsa vukuf ile mündericât-ı mütûnu hıfz ile muhteviyât-ı şurûhu fehm ü idrak ve bütün mevâşiye nüfuz, tabir-i sahih ile ale'l-ıtlâk ulûm ve fûnûnun tefâsıl-ı nazariyâtına ve bu nazariyâtın her türlü muhâkemât ve münâkeşâtına ittıla başka başka meziyetlerdir.

Aslında Mecelle hazırlandıktan sonra eksiklerinin tamamlanması için Şeyhülislamlık da dâhil olmak üzere dönemin meşhur fakihlerine değerlendirme ve onay için gönderilmiştir. Ancak Nesib Efendi'ye göre Mecelle'nin sadece bu gibi fıkhi birikime sahip âlimler tarafından değil "ihtiyacât-ı asra ve medeniyet-i hâzırânın tevliid eylediği eşkal ve malumata ve âdât-ı nâsa vâkıf ve âlim olan" kişiler tarafından da kontrol edilmesi gerekirdi. Nesib Efendi'nin yaptığı bu ayırım fıkıhın o günün dünyasına hitap etmediğinin, diğer bir ifadeyle fıkıh bilgisinin bundan ayrı bir tarih bilgisi olduğuna dair iddianın meşruiyet temellerini kuran düşüncenin erken örneklerinden olması açısından önemlidir. İslamiyet'in erken dönemlerinden itibaren sadece bir hukuk disiplini olması dışında siyaset, iktisat ve sosyal bilimleri de kuşatan fıkıh ilminin "modernite" ve "Batı medeniyeti"yle ortaya çıkan yeni düşünceyle beraber güncelle dair yetersiz kaldığı iddia edilmiştir. Nesib Efendi'nin kullandığı "medeniyet-i hâzıra" ifadesinden de anlaşılacağı üzere bu yetersizlik yaygın olarak iddia edildiği gibi kendi toplumlarındaki örf, âdet ve ihtiyaçlara dair bir yetersizliği değil, Batı'nın ürettiği kavram ve uygulamalar karşısındaki tenakuzu ifade etmektedir. Bunun tikel bir örneği ise Nesib Efendi'nin sözleşme serbestisini medeniyet-i hâzırânın bir gerekliliği olarak fıkhen temellendirmeye çalışmasıdır.³⁷³

Nesib Efendi "medeniyet-i hâzıra" ve "ihtiyacât-ı asr" gibi kavramları fıkhi müzakere kısmına geçtiğinde örf ve âdet gibi kavramlarla değiştirmiş, böylece konuya dair delillendirme sürecini fıkıhın kendi kavramları üzerinden yürütmüştür.³⁷⁴ Şüphesiz bu yöntem dönemin yazılarında sıkça karşılaştığımız "fıkıh dilinin araçsallaştırılması" veya Nurullah Ardiç'in ifadesiyle "fıkıh mühendisliği"³⁷⁵ olarak görülebilir. Benzer

³⁷² Seyyid Nesib, "Mecellenin Islahına Doğru", 405.

³⁷³ Zira kavram Avrupa'da kapitalizm ve liberalizm düşünceleri altında ortaya çıkmış ve pragmatik ticari ilişkiler için işlevsel bir hukuki altyapı sağlamıştır.

³⁷⁴ Seyyid Nesib, "Mecellenin Islahına Doğru", 406.

³⁷⁵ Nurullah Ardiç, *Islam and the Politics of Secularism: The Caliphate and Middle Eastern Modernization in the Early 20th Century* (London: Routledge, 2012), 158.

şekilde fıkıh eserlerine dair bilgiyi kanun hazırlığı için yeterli görmeyen Nesib Efendi, şart serbestisine dair delillendirmeyi yine dönemin fukahası tarafından kaynak olarak kullanılan fıkıh eserleri üzerinden yaptığı görülür. Böylece örfün hükümlerin tespitinde muteber olduğunu *el-Mebsût*, *el-Hidâye*, *el-Fetâvâ 'l-Hâniyye*, *el-Fetâvâ 's-Sirâciyye*, *el-Kunye*, *Fusûlu 'l-İmâdî*, *el-Eşbâh ve 'n-Nezâir* ve *el-Fetâvâ 'l-Bezzâziyye* gibi meşhur Hanefi eserleri üzerinden ortaya koyar.³⁷⁶ İkinci olarak Nesib Efendi; Amr b. Şuayb (ö. 118/736)³⁷⁷, Berîre (ö. 60/680)³⁷⁸ ve Câbir b. Abdullah'ın (ö. 78/697)³⁷⁹ rivayetleri üzerinden satış sözleşmesinde öne sürülen şartlara dair mezhepler arasında mukayeselerde bulunur.³⁸⁰ Buna göre Ebû Hanîfe'nin Amr b. Şuayb'ın rivayetiyle amel ettiğini, bunun sebebini de diğer rivayetlerin aksine ilgili rivayetin âm lafız ve nehyeden bir hüküm olması şeklinde tespit eder.³⁸¹

Nesib Efendi Mazbata'da Cemiyet'in konuya dair açıklamalarında da hatalar bulunduğunu iddia eder. İlk olarak, Mazbata'da satış sözleşmelerinde öne sürülen şartların hükmüne dair İbn Şübrûme ve İbn Ebî Leylâ birbirinin zıttı, Ebû Hanîfe ise bu

³⁷⁶ Seyyid Nesib, "Mecellenin Islahına Doğru", 406-408.

³⁷⁷ "Rasulullah sallallahu aleyhi ve sellem, alışveriş ile birlikte borç (şartı koşulmasını) ve bir alışverişte iki şart koşulmasını yasakladı." (Taḥâvî, *Şerhu Meâni 'i 'l-âşâr*, 4/46.) Tercüme için bkz. Ebu Ca'fer Ahmed b Muhammed et-Tahavi, *Hadislerle İslam Fıkhi: Şerhu Meanil Asar* (İstanbul: Kitabı Yayınevi, 2008), 6/16.

³⁷⁸ "Yahya b. Said'den, o Abdurrahman'ın kızı Amre'den rivayet ettiğine göre, Berîre gelip Aîşe'den yardım istedi. Aîşe ona: Eğer senin sahiplerin isterlerse onlara senin bedelini bir defada peşin olarak öderim, azat etmemi isterlerse bunu yapabilirim, dedi. Berîre bunu sahiplerine aktarınca onlar da 'Senin vela hakkın bize ait olmadıkça olmaz' dediler. Aîşe bunu Rasulullah sallallahu aleyhi ve sellem'e söyleyince Allah Rasulü: 'Sen onu satın al ve hürriyetine kavuştur. Çünkü vela hakkı ancak köleyi hürriyetine kavuşturana aittir' buyurmuştur." (Taḥâvî, *Şerhu Meâni 'i 'l-âşâr*, 4/42-43.) Tercüme için bkz. et-Tahavi, *Hadislerle İslam Fıkhi: Şerhu Meanil Asar*, 6/8-9.

³⁷⁹ "eş-Şa'bî'den, onun Cabir b. Abdullah'tan rivayet ettiğine göre o, Rasulullah sallallahu aleyhi ve sellem ile birlikte devesi üzerinde yol alıyordu. Ancak devesi bitkin düştü. Rasulullah sallallahu aleyhi ve sellem ona yetişip: 'Bu halin ne ey Cabir?' sordu. Cabir: 'Ey Allah'ın Rasulü! Devem bitkin düştü' dedi. Allah Rasulü: 'Yanında bir şey var mı?' sordu. Ona ince bir değnek ya da sopa verdi. Allah Rasulü onunla deveyi dürttü. Bunun üzerine deve önceden hiç gitmediği şekilde yol almaya başladı. Bu sefer Rasulullah sallallahu aleyhi ve sellem bana: 'Bu deveyi bana bir ukiyyeye sat' dedi. (Cabir) dedi ki: 'Ey Allah'ın Rasulü! O, senin devendir' dedim. (Cabir) dedi ki: Deveyi ona bir ukiyyeye sattım. Ancak ailemin yanına varıncaya kadar beni taşımasını istisna ettim (şart koştum). Ben ailemin yanına varınca deveyi ona götürüp: Ey Allah'ın Rasulü! İşte senin deven, dedim. O: 'Galiba sen, deveni almam için benim seni bu şekilde engellediğimi (senden deveyi satın aldığımı) düşünüyorsun. Ey Bilal! Sen ona torbadan bir ukiyye ver' dedi. Sonra da: 'Deveni al git, her ikisi de senindir' buyurdu." (Taḥâvî, *Şerhu Meâni 'i 'l-âşâr*, 4/41-42.) Tercümesi için bkz. et-Tahavi, *Hadislerle İslam Fıkhi: Şerhu Meanil Asar*, 6/6.

³⁸⁰ Seyyid Nesib, "Mecellenin Islahına Doğru", 410-412.

³⁸¹ Nesib Efendi konuyu Hanefi usulü üzerinden ele alır. Buna göre Amr b. Şuayb'ın hadisi âm (genel) hüküm ifade ederken, Cabir ve Berîre'nin hadisleri hâs (özel) hükümdür. Hanefi usulüne göre âm ve hâs hükümlerin birbirleriyle tenakuz halinde olmaları durumunda tarihsel olarak sonra gelen önceki hükmü neshettiği kabul edilir. Ancak şart serbestisine dair ilgili hadislerde olduğu gibi rivayetlerin zamansal sıralaması bilinmediği takdirde âm ve hâs lafız arasında tercih sebebi aranır. Nesib Efendi bu aşamada Hanefi fakihleri tarafından ilgili rivayetlerden Amr b. Şuayb'ın hadisinin nehyeden (yasaklayıcı) hüküm olması sebebiyle ihtiyaten tercih edildiğini ortaya koyar. (Seyyid Nesib, "Mecellenin Islahına Doğru", 411.)

görüşlerin ortası olarak tasvir edilmiştir.³⁸² Nesib Efendi, bu sıralamanın doğru olmadığını İbn Şübrüme ile zıtlık içeren görüşün İbn Ebî Leylâ değil Ebû Hanife'nin olduğunu iddia eder.³⁸³ Nitekim İbn Ebî Leylâ şartı geçersiz, akdi geçerli görürken Ebû Hanife her ikisini de fâsid olarak değerlendirmektedir. Bu durumda hem şart hem de akdin kendisi açısından tam zıtlık İbn Şübrüme ve Ebû Hanife arasında gerçekleşmektedir. Bu eleştiriyse Nesib Efendi'nin Mecelle Cemiyeti'yle aynı maksatlara sahip olduğu söylenebilir. Nitekim Mecelle Cemiyeti Mazbata'da Hanefî mezhebinin hâlihazırda zaten şartlara gerekli miktarda serbestlik verdiğini temellendirmek için Ebû Hanife'yi iki zıt görüş arasında konumlandırırken Nesib Efendi Hanefî mezhebinin şartlar konusunda en sıkı ve sınırlayıcı olduğunu ispat etmek için ilgili eleştirisi üzerine yoğunlaşmaktadır. İkinci olarak Nesib Efendi, Cemiyet'in Hanefî mezhebinin şartların hükümlerine dair üçlü (caiz, fâsid ve batıl) taksimini yanıltıcı bulur.³⁸⁴ Zira mezhebin şartlara olan bakışında esas olan üçlü taksim değil, şartların aslen caiz olmayıp çeşitli delil ve sebeplerle bundan bazı şartların istisna edilmesi şeklindedir. Bu eleştirisi de benzer şekilde Nesib Efendi'nin Hanefî mezhebindeki şartlara dair kısıtlayıcı tavrı ön plana çıkarmak içindir. Üçüncü olarak Mecelle'nin 189. maddesine göre taraflara fayda sağlamayan şartlar geçersiz, akitler ise geçerli sayılmıştır.³⁸⁵ Nesib Efendi'ye göre bu durum tezatlık içermektedir. Nitekim Hanefî mezhebinde kıyasa aykırı olarak taraflara fayda vermeyen şartlar fâsid görülmediği gibi geçerli de sayılmamaktadır.³⁸⁶ Nesib Efendi böylece şartlara dair hukuki altyapının tutarsızlığını ortaya koymaya çalışır.

³⁸² “İbn Ebî Leylâ ile İbn-i Şübrüme hazretini dahi bu husûsda yekdiğere zıdd-ı tâm olarak birer re'ye bulunmuşlardır. Şöyle ki, İbn-i Ebî Leylâ indinde ale'l-umûm bey' ve şart fâsid, İbn-i Şübrüme indinde ale'l-ıtlâk hem bey' hem de şart câizdir. Binâen alâ zâlik, mezheb-i Hanefî de bir tarîk-i mütevassıt ittihâz olunarak, bey'in şerâiti câiz ve müfsid ve lağv diye üç kısma taksim olunmuştur.” (*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 26.)

³⁸³ Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 414.

³⁸⁴ Nesib Efendi'nin ifadesiyle “... bey' ile şartın ale'l-ıtlâk adem-i cevâzı kaziyesi esas-ı mezhep olarak temhid edildikten sonra aksâm-ı selase-i mezkurenin başka esbâb ve hikmetlere binaen kabul edilmiş[tir].” (Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 414.)

³⁸⁵ “Madde 189: Ahad-i âkideyne nef'i olmayan şartla bey' sahîh olup ancak şart fâsiddir. Mesela âhara satmamak yahut meraya salıvermek şartıyla bir hayvanı satmak sahîh olup fakat şart lağvıdır.” (*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 46.)

³⁸⁶ “Hanefiyye sâlifü'z-zikr nehy hadîsine temessükle ânî şiddetle müdâfa'a ederken bazı şart hakkında icmâm ve bazı şart hakkında teâmülün muârazasını görünce mezkur şartlar hakkında hadîs-i mezkuru terk ediyorlar müşar-ileyhim ahad-i âkideyne nâfi olmayan şartı kıyasen fesâdı mücib olan illetin fukdânına binaen müfsid addetmiyorlar. Hâlbuki temessük edip katiyyü'd-delale âm olduğunu beyan ettikleri nehy hadîsi şurût-ı sâir misillü bu şartı dahi tecvîz etmiyor... Bir de şart-ı mezkûru bir taraftan müfsid addetmedikleri hâlde diğer taraftan lağv addediyorlar. Şart ahad-i 'âkideyne nâfi' olmaz ve binâen aleyh mücib-i münâza'a ve ribâ olmaz ise neden dolayı muteber olmuyor ve ona riayet lazım gelmiyor.” (Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 418.)

Nesib Efendi'nin son eleştirisi ise bizzat taraflardan birine karşılıksız fayda sağlayan şartların fâsid olması üzerinedir. “Taraflar arasında anlaşmazlığa ve çekişmeye sebebiyet” verdiği iddiasıyla şartların fâsid kılınması Nesib Efendi'ye göre yeterince temellendirilmiş değildir. Aksine şart koşulan şey taraflar arasında mutabık kalınan bir meseledir ve bu sebeple sözleşmeye dair bilinmezliğin oluşmasını engeller:³⁸⁷

Meşrût olan bir şey hiçbir vakit mûcib-i münâzaa olmaz, bilakis meşrût olmayan ve mechûl kalan bir şey mûcib-i münâzaa olur. Münâzaa daima cehaletten tahaddüs eder yoksa şart u tansîs hiçbir vakit münâzaa tahaddüs edemez.

Nesib Efendi'nin sözleşmelerde şarta riayet edilmesine dair ifadeleri dönemin “serbestî-i mukavelât” düşüncesine yakınlık göstermektedir. Ona göre şartlar tarafların karşılıklı rızalarıyla tekit edilmiştir ve bu sebeple Batı kanunlarındaki³⁸⁸ gibi taraflar arasında “kanun” hükmünde görülmelidir:³⁸⁹

... şart u tansîs mûcib-i nizâ' olmak şöyle dursun bilakis örften daha ziyade vâcibu'l-ittibâ ve kâti'-ı nizâ'dır. Tarafeynin şart ve mukâvelesi hükmü kendilerine münhasır bir kanun-i hususi kuvvetindedir, mûcib-i nizâ' olması nasıl mesmû' olur. Bilakis şarta bi-kadri'l-inkân ri'âyet olunur.

Taraflara fayda sağlayan şartların fâsid olmasına sebep olan bir diğer illet ise “ribâ” vasfının bulunmasıdır. Nitekim Hanefî mezhebinde taraflardan biri lehine sözleşmenin gereklerinden olmayan ek bir menfaat sağlayan şart, fazlalık niteliği sebebiyle “riba benzeri” veya “hükmen riba” olarak değerlendirilmiştir.³⁹⁰ *ed-Dürrü'l-Muhtâr*'da bu hüküm şu şekilde açıklanmıştır: “Velev ‘hükmen ziyade’ olan dahi ribadır. Binaen aleyh bunda ribe'n-nesîe ile buyû'-ı fâside dâhil olmuştur. Çünkü buyû'-ı fâsidenin cümlesi ribadan ma'dûddur.”³⁹¹ Nesib Efendi'ye göre ise sözleşmelerde öne sürülen şartların riba olarak değerlendirilmesi hatalıdır. Zira bu şartlar ribanın iki türü olan *nesîe* ve *fadl*ın illetlerine uygun değildir. *Ribe'n-nesîenin* bulunması için gereken vade bu şartlarda bulunmadığı gibi *ribe'l-fadl* için gerekli olan cins ve miktar denkliğinin aranacağı kıstaslar da mevcut değildir. Dahası *bey' bi'l-murâbahada* satıcının maliyeti üzerine eklediği ziyade ücrete “kâr” denilirken

³⁸⁷ Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 418.

³⁸⁸ Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesine göre “Kanun dairesinde teşekkül eden sözleşmeler, taraflar hakkında kanun hükmündedir.” Benzer şekilde İtalyan Medeni Kanunu 1372. maddeye göre “Sözleşme taraflar arasında kanun kuvvetindedir.” Konuya dair detaylar için bkz. Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 326.

³⁸⁹ Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 418.

³⁹⁰ Kâsânî, *Bedâ'i' u's-şanâ'i' fî tertibi's-şerâ'i'*, 5/169; Meydânî, *Lübâb*, 2/26.

³⁹¹ Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 420.

sözleşmelerdeki ek bir şartın “riba” olarak değerlendirilmesi Nesib Efendi’ye göre tezatlık ifade etmektedir.³⁹² Bu noktada Nesib Efendi, İbnü’l-Hümâm’ın *Fethu’l-Kadîr* adlı eserinden yaptığı atıfla bu görüşünün Hanefî mezhebindeki temellendirmesini yapmaya çalışır. Ancak İbnü’l-Hümâm’dan yaptığı atfın murâbaha satışının cevazıyla ilgili olmasına rağmen Nesib Efendi bu hükmün şartlara nasıl kıyas edilebileceğine dair bir açıklamada bulunmamaktadır.³⁹³

Sonuç olarak Nesib Efendi günün ticari ilişkilerinin muhafazası ve sözleşme anlayışına uyum açısından en doğru görüşün İbn Şübrüme’nin olduğunu iddia eder: “Mecelleyi yazan zevât-ı kirâm bu cihetleri mutalaa etmemişler ve bunca tevessü ve tenevvü etmiş olan muamelât ve ihtiyacât-ı nâsa evfak olan İbn Şübrüme mezhebini sathî esbâb-ı mûcibe serd ile tercih etmediklerini beyan etmişler.”³⁹⁴ Böylece Nesib Efendi’ye göre Mecelle Cemiyeti çağdaş ticari ilişkilere dair yeterli değerlendirmelerde bulunamayıp Hanefî mezhebi temelli fıkıh düşüncesinin dışına çıkamamıştır. Bu sebeple murâbaha satışıyla şartlı satış arasında yaptığı kıyasa istinaden gerekirse İbnü’l-Hümâm’ın görüşünün kullanılabileceğini düşünür.³⁹⁵ Böylece Nesib Efendi’nin kendisi mezhep dışı bir uygulamanın tercih edilmesinde sorun görmemekle beraber Cemiyet için Hanefî mezhebi içerisinde bir çözüm önerisinde bulunur.³⁹⁶ Nesib Efendi’nin bu tercihinin medeniyet-i hâzıra ve ihtiyacât-ı asr kavramlarının maksadı olan “serbestî-i mukâvelât” fikrinin fıkıh diliyle ifade edilmesi olarak da görmek mümkündür.

Mişon Ventura ise alanının karşılaştırmalı hukuk olması münasebetiyle yazısında sözleşme serbestisini bizzat Batı kökeni üzerinden ele alır. Nitekim yazıya *serbestî-i mukavelâtı* tanımlayarak başlamaktadır: “Serbestî-i mukavelât tarafeynin icra

³⁹² “Şâyân-ı dikkatdir ki bey’-i murâbahada meb’î’in semen-i mislinden ziyade olan miktar ivazdan hâli bir fazla demek olduğu aşikâr iken Hanefiye ona ribâ demeyerek tecvîz ettikleri hâlde bey’ bi’ş-şartta ahad-i âkideyne nef’i olan şartın ivazdan hâli bir fazla olduğundan bahisle ribâ olduğunu iddi’â ediyorlar.” (Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 422.)

³⁹³ İbnü’l-Hümâm’ın eserinden yaptığı atıf şu şekildedir:

لِجَوَازِ الْبَيْعِ مُطْلَقًا بِمَا تَرَاصَبًا عَلَيْهِ بَعْدَ أَنْ لَا يُحِلُّ بِمَا عَلِمَ شَرْطُ الْمُتَبَيَّنِّ الدَّلِيلَ بَعْدَ وَلَا يَحْفَى أَنَّهُ لَا يَخْتِاجُ إِلَى دَلِيلٍ خَاصٍّ لِجَوَازِهِمَا لِلصَّحَّةِ، بَلْ دَلِيلٌ شَرْعِيٌّ الْبَيْعِ مُطْلَقًا بِشُرُوطِهِ الْمَعْلُومَةِ هُوَ دَلِيلٌ جَوَازُهُمَا، إِذْ لَا زِيَادَةَ فِيهِمَا إِلَّا اقْتِرَانُهُمَا بِإِخْبَارٍ خَاصٍّ، إِذْ حَاصِلُهُ أَنَّهُ يَبِيعُهُ بِثَمَنٍ كَذَا مُخْبِرًا بِأَنَّ ذَلِكَ الثَّمَنَ الَّذِي اشْتَرَيْتَ بِهِ أَوْ مَعَ زِيَادَةٍ لَا أَرْضَى بِثَوْنِهَا.

(Kemāluddin Muhammed b. ‘Abdu’l Vāhid es-Sivāsi İbn Humām, *Fethu’l-kadir* (Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1970), 6/497.)

³⁹⁴ Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 422.

³⁹⁵ Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 423.

³⁹⁶ “Binâen ‘aleyh Mecelle Cemiyetince ihtiyacât-ı asrı tevsi’ için şu hadîs-i şerîfe müstenid olan İbn Şübrüme mezhebinin ihtiyâr edilmesinde hiçbir mahzur yok idi ve bi’t-tab’ bu mezhep şer’an memnû ve harâm olan şartla bey’in cevâzını tazammun etmezdi. Veyahut müctehidîn-i hanefiyeden İbnü’l-Hümâm’ın yukarıda zikrelediğim bahs-i müctehidânesi nazar-ı dikkate alınmalı idi. Müşâr ileyh mezâhib-i selâseyi muhâkeme ettiği sırada bi’l-münâsebe şer’an memnû ve haram olan şarttan mâ-’adâ her türlü şart ile bey’ sahih olur denilse mümkündür.” (Seyyid Nesib, “Mecellenin Islahına Doğru”, 423.)

etmiş olduğu herhangi bir mukavelede kanunen muayyen bazı hudûd ve kuyûd dâhilinde rızalarının hâkim olabilmesi demektir.”³⁹⁷ Buna göre herhangi bir akit türüyle kayıtlı kalmadan sözleşmelerin serbestisi esas ve bunu kurucu ilke olarak tarafların rızası merkeze alınmıştır. Ventura ilkeye dair bu özellikleri ileride detaylandırmıştır:³⁹⁸

Serbestî-i mukavelât kaidesince tarafeyn mukavele ile biri diğerine veya yek-diğerine karşı her türlü vecâibi tahammül ve işbu vecâibin husûlünü veya sükûtunu diledikleri şarta talik edebilir. Yani mezkur vecâib ve şurûtin kâffesi kanunen muteber tutulur. Kezalik tarafeyn rızalarını diledikleri şekil ve surette izhar edebilir. Binaenaleyh serbestî-i mukavelât yalnız mukavelenin ahkâm ve şurûtunda cari olmayıp rızanın suret-i izhârında dahi tecelli eder.

Bu ilkenin Avrupa ekonomik sistemindeki pragmatik işlevinin ifadesi benzer şekilde Ventura tarafından tekrarlanmaktadır. Ona göre ekonomik gelişmenin sağlanması “tarafeynin her istedikleri mukaveleyi akde salahiyettar” ve “akdettikleri mukavelenin kanunen muteber tutulacağından emin olmaları” şartlarını gerektirmektedir. İkinci bölümde ele alındığı üzere Max Weber tarafından serbestiyet ve hesaplanabilirlik-öngörülebilirlik olarak ifade edilen bu şartlar kapitalist ekonomi sisteminin hukuki gereklerindendir. Ventura tarafından serbestî-i mukavelâta dair bu işlevlerin ifade edilmesi, bu kavramın Avrupa’daki “*freedom of contract*”la olan organik ilişkiyi ortaya koyması açısından önemlidir. Dahası sözleşme serbestisinin Avrupa’da 20. yüzyılda süreç içerisinde “toplumsal fayda” ve “örf-ahlak”a aykırı olmamak şartlarıyla sınırlandırılmasının benzerini Ventura’da görmek mümkündür: “... serbestî-i mukavelât kaidesi mutlak olmayıp menfaat-i âmme ve ahlaka mugayir olmamakla mukayyedir.”³⁹⁹ Ayrıca Ventura bu sınırlandırmanın sosyo-ekonomik illetlerini metinde tespit etmektedir:⁴⁰⁰

Bu cümleden olarak Avrupa’da esasât-ı iktisadiyeyi izale etmek, yani ahad-i âkideynin haiz bulunduğu mevki-i iktisadîden istifade ederek âkid-i diğere istediği şerâiti tahmil etmesine müsaade eylememek üzere bazı mukavelât şerâit-i akdi dilediği gibi münakaşa edemeyecek bir mevki-i iktisadide bulunan tarafı, taraf-ı diğere karşı himaye edecek veçhile muayyen bazı şurûta tabi tutulmuş ve âkideynin akd-i mukavele hususundaki serbestisi işbu şurût ile takyîd olunmuştur.

Ventura bu açıdan meseleyi salt bir hukuk problemi olarak değil sosyolojik olarak da işlemiştir. Ventura kapitalist ekonomik yapının ürettiği toplumsal sınıflar

³⁹⁷ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 50.

³⁹⁸ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 52-53.

³⁹⁹ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 50. Patrick S. Atiyah bu dönüşümü alandaki meşhur eseri “The Rise and Fall of Freedom of Contract”ta “Fall of Freedom of Contract” olarak yani “sözleşme serbestisinin düşüşü” olarak ifade etmiştir. bkz. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*.

⁴⁰⁰ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 54.

arası çatışmanın sosyal eleştirel teoriyle tenkit edildiği ve toplumsal eşitlik ile yardımlaşmayı esas alan yaklaşımın yükseldiğini söyler. Bu sürecin bir parçası olarak serbestî-i mukavelât ilkesi de yukarıda bahsi geçen genel ilkelerle sınırlandırılacaktır.⁴⁰¹ Ayrıca diğer müelliflerde gördüğümüz dönemin ihtiyacı, ticari ilişkilerin gereği ve şer‘an uygun olduğu söylemleri haricinde Ventura reel anlamda ilkenin taraflara verdiği serbestliğin eşit olmayan yapısını Batı’daki eleştiri literatürünü dikkate alarak değerlendirmektedir. Zira işçi ve işveren arasındaki sözleşme ilişkisindeki tarafların “serbest” olmakla beraber eşit olmayan konumlarına Ventura işaret etmiş ve bu durumun işçinin “şerâit-i mukaveleyi istediği gibi patronla münakaşa edemeyecek bir mevki-i iktisadide bulunmasından” kaynaklandığını tespit etmiştir. Bunun daha net örneğini ise dönemin belki de en büyük sermayeli şirketlerinden sayılabilecek tren şirketlerinin sözleşmelerdeki baskın taraf olduğuna dair Ventura’nın şu ifadelerinde görmek mümkündür:⁴⁰²

Şimendifer kumpanyaları gibi fiili veya kanuni bir inhisara mâlik bulunan şirketlerle efrad-ı ahali beyrinde akdolan mukavelâtta şirketlerin mahza hukuk ve menafi-i zatiyelerini nazar-ı itibara alarak istedikleri her nev‘ şerâiti vaz edecekleri ve âkid-i diğer olan efrad-ı ahalinin işbu şerâiti kabulde muztar kalacakları bedihidir.

Ventura, serbestî-i mukavelât ilkesinin sözleşmede güçlü olan tarafın hâkim olduğu ilişkiden kaynaklanan suistimalin kanunda belirtilen “menfaat-i âmme” ve “ahlaka” uygunluk şartlarıyla sınırlandığını ifade eder. Yine de Ventura bu kayıtların tatbikinin hâkimlerin içtihatlarına bırakılmasını uygun görmez. Ona göre bu kayıtların uygulamadaki sınırları bizzat kanun tarafından açıklanmalıdır.⁴⁰³ Böylece tarafların

⁴⁰¹ “El-yevm oldukça taammüm eden teavün-i ictimai kaidesi muhtelif sunûf-ı ictimaiyeden birinin diğeri üzerindenki tahakkümünü terk ederek birbirine müzâhir olmasını müstelzim olduğundan serbestî-i mukavelât bu esasın icabâtı dairesinde peyderpey tahdîdâta dâçar olmaktadır.” (Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 54.)

⁴⁰² Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 54. Ventura demiryolu şirketlerine dair Avrupa kanunlarında yapılan bazı düzenlemelerden de bahseder. Buna göre, Fransa’da 1905 yılında hazırlanan hususi bir kanuna göre memurların hatası sonucu müşterilerin mallarında meydana gelen zararlardan şirketin sorumlu olmayacağı şeklindeki bir şart geçersiz sayılmıştır. Benzer şekilde İsviçre Medeni Kanunu’nun 100. maddesinde sorumluluğu reddedici şartın tarafların rızalarının aksine mahkemece iptal olunabileceği söylenmiştir. Detay için bkz. Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 54-55.

⁴⁰³ Ventura menfaat-i âmmenin üç tür kanunda bulunduğunu ifade eder: “Ahvâl-i şahsiye ve ehliyet; hakk-ı mülk ile ahkâmına ve bilhassa emvâl-i gayrimenkulenin tasarrufuna dair olan; kayıt ve tescil ve ilanât gibi eşhâs-ı salisenin menâfiini himaye için ittihaz olunan tedâbire müteallik bulunan ahkâm-ı kanuniyedir.” (Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 51.) Bu kayıtlar aynı zamanda Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye’nin 1914 tarihli 64. madde tadiliyle uyumludur.

kurdukları sözleşmeye dair “hesaplanabilir” bir algıları olması mümkün olacaktır ve bu sayede Ventura’nın ifadesiyle “emniyet-i muamelât” sağlanabilecektir.⁴⁰⁴

Kanunda belirlenen sınırlarla ilgili olarak Ventura, isimli akitlere dair husisi düzenlemeler olmakla beraber “terakkiyat-ı iktisadiye neticesi olarak peyderpey saha-i husûle gelen ve bu sebeple mahiyet-i hususiyeleri halen tayin edilemeyen mukavelât-ı cedide”nin menfaat-i umumi gibi genel kayıtlarla sınırlandırıldığını ifade eder.⁴⁰⁵ Ancak Ventura’ya göre mahkemenin bir sözleşmenin şartlarının menfaat-i âmmeye uygun olmadığı yönündeki içtihadının “muamelâtın emniyeti ve istikrarına” verdiği zarar, sözleşmenin tikel olarak vereceği zarardan büyüktür.⁴⁰⁶ Nitekim hâkimin sözleşmenin menfaat-i âmmeye aykırı olduğu yönündeki içtihadı bireysel bir karardır ve diğer hâkimler tarafından farklı bir görüşe açıktır. Ancak doğru olması durumunda dahi bu sözleşmenin sebep olacağı zarar taraflarla sınırlıyken bu gibi sözleşmelerin ve dolaylı olarak tarafların rızalarının iptaline gidilmiş olması ticari ilişkilerin istikrar ve hesaplanabilirliğinin bozulması nedeniyle “zarar-ı âm”a sebep olur. Bu yüzden Ventura’ya göre “Menfaat-i âmmenin ihlali gibi meşkûk bir zararı def için emniyet ve istikrar-ı muamelâtın ihlaline müsaade olunmamak lazım gelir.”⁴⁰⁷ Benzer şekilde menfaat-i âmmenin zarar görmesi buna uygun olmayan sözleşmenin bir kere tatbik edilmesiyle değil, ancak bu tür sözleşmelerin tekrar edilmesiyle mümkündür.⁴⁰⁸ Ancak bir sözleşmenin üçüncü tarafların müdahalesine maruz kalması bir kere dahi olsa Ventura’ya göre menfaat-i âmmeye kesinkes zarar vermek anlamına gelmektedir.

Ventura *serbestî-i mukavelâtın* “tarafeynin her türlü eşkâlden ârî olarak inşa ettikleri mukavelenin her noktasında rızalarının hâkim olması” anlamında ilk defa 19. yüzyılda Fransa’da ortaya çıktığı ve süreç içerisinde diğer ülkelerin hukuk sistemlerine nüfuz ettiğini ifade eder.⁴⁰⁹ Sözleşmelerin kuruluşunda çeşitli oranlarda serbestliğin farklı hukuk okullarında yer almasına rağmen özellikle 19. yüzyılda ve Fransa’da ortaya çıktığını söylemesi serbestî-i mukavelât ilkesinin hususi bir kavram ve ideoloji

⁴⁰⁴ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 50.

⁴⁰⁵ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 51-52.

⁴⁰⁶ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 52. Ventura’nın bu sözleri Sir George Jessel’in kamu düzenine muhalif olduğu sebebiyle sözleşmeleri geçersiz sayan hâkimlere yönelttiği eleştiriyi anımsatır. Zira ona göre de kamu düzenini korumak bizzat sözleşmeleri korumak ile mümkündür. Detaylar için bkz. İkinci Bölüm: B. Sözleşmenin Yeniden Kurgulanması: Sözleşme Serbestisinin Yükselişi.

⁴⁰⁷ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 52.

⁴⁰⁸ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 66.

⁴⁰⁹ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 57.

olarak hukuk düşüncesinde belirginleşmesinden kaynaklanmaktadır.⁴¹⁰ Ayrıca, Ventura'nın Batı'da serbestî-i mukavelât kavramının “Avrupa'da ihtiyacâtın tekessür ve tenevvü' etmesi üzerine...” tesis edildiğini ifade etmesi dikkat çekicidir.⁴¹¹ Zira Osmanlı bağlamında konuya dair yapılan müzakerelerde benzer ibarelerle artan ihtiyaca işaret edilmesi tecrübedeki paralelliği ifade eder. Bu aşamada serbestinin tesisini gerektiren ortak kavram olarak “ihtiyacât”ın, Avrupa'da kapitalist pazar ekonomisinin büyümesi için gerekli ihtiyaçlara karşılık gelmesi, bu ihtiyaçların Osmanlı'da yine benzer hukuki değişikliklerle karşılanmaya çalışıldığını ortaya koymaktadır.

Konuya dair değerlendirmelerde bulunan bir diğer yazar ise Seyyid Bey'dir. Gerek İttihat ve Terakki Partisi gerekse Cumhuriyet'in kurucu lider kadrolarında yer alan Seyyid Bey, Mecelle tadil komisyonlarında ön planda yer almıştır. Buna göre 1916 tarihli Kanun-ı Medeni Komisyonu'nda üye olarak yer alan Seyyid Bey, 1916 Tadil Komisyonu, 1923 ve 1924 Ukûd ve Vacibât Komisyonu başkanlıklarını yürütmüştür. Bu görevleri dikkate alındığında Seyyid Bey'in Mecelle tadilinde etkili isimlerin başında geldiğini söylemek mümkündür. Bu açıdan Seyyid Bey'in ele aldığı konulardan birisi *serbestî-i mukavelât*ın tesisine engel olan fâsid şartlar olmuştur. Konuyu öncelikle zamanın değişimiyle hükümlerin de değişmesinin gerekli olduğu kaidesi üzerinden ele alan Seyyid Bey, her dönemin kendine göre gereklilikleri olduğunu ve bunların “sünnet-i ilahiyenin muktezâsı”ndan olduğunu izah eder.⁴¹² Kendi döneminin sünnet-i ilahiyesini ise “medeniyet-i hâzıra” üzerinden tanımlamış ve yeni ortaya çıkan sözleşme türlerinin ve ticari ilişkilerin Hanefî fakihlerin eski görüşleri üzerinden okumanın mümkün olmadığını tespit etmiştir. Bunun en açık örneği ise “tarafardan birine fayda sağlayan şartlar”ın mezhepte fâsid olarak görülmesidir. Zira Seyyid Bey'in ifadesiyle “Muamelât-ı medeniyenin üssülesasını ‘serbestî-i mukavelât’ kaidesi teşkil etmektedir.”⁴¹³ Buna rağmen Mecelle'nin şartlara dair hükümleri bu esasa uygun olarak düzenlenmemiş, asırlar öncesinin ticari anlayış ve ilişkilerine göre vazedilmiş hükümleri dikkate almıştır. Bu ise Seyyid Bey'in ifadesiyle “böyle nazik bir

⁴¹⁰ Bu ilkenin Osmanlı hukuk sisteminde ilk defa tesisinin Ventura, Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nun 64. Maddesine yapılan 30 Nisan 1330/13 Mayıs 1914 tarihli Kanun-ı Muvakkat ile olduğunu ifade eder.

⁴¹¹ Ventura, “Serbestî-i Mukavelât”, 60.

⁴¹² Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 148-149.

⁴¹³ Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 149.

zamanda” ticaretin artışına ve iktisadi büyümeye engel olmaktadır.⁴¹⁴ Dahası Mecelle hükümleri dikkate alındığında Seyyid Bey tıpkı diğer yazarlar gibi mevcut ticari sözleşmelerin çoğunun fâsid olarak değerlendirileceğini tespit etmiştir. Seyyid Bey’e göre serbestî-i mukavelât esasını fıkhi olarak Nesib Efendi’nin de önerdiği gibi İbn Şübrüme’nin görüşünü kabul etmek suretiyle tesis etmek mümkündür.⁴¹⁵ Dahası buna şer’i bir engel olduğunu da düşünmemektedir. Zira ona göre bu şartların caiz olduğuna dair gerek Kur’an gerekse sünnette deliller vardır.⁴¹⁶ Ayrıca nas ile yasaklanmadığı sürece sözleşmelerde aslolanın mubahlık olduğu kaidesi bu hükmü teyit etmektedir.⁴¹⁷

Seyyid Bey’e göre şartlara dair Hanefî görüşündeki bir diğer hata ise sözleşmeyi mutlak olarak caiz görürken şartlarda kayıtlar belirlemesidir.⁴¹⁸ Zira sözleşme ve şartlar arasında mahiyetleri açısından bir fark olmayıp her ikisi de taraflar arasında borç-hak ilişkisi kurmaktadır. Bu süreçte sözleşmeler gibi şartlar da nassa muhalif olmadığı gibi üçüncü kişilerin hakkına da aykırı değildir. Böylece sadece taraflar arasındaki hakları düzenleyen hukuki işlemlerde -gerek sözleşme gerekse şart olsun- dikkate alınması gereken sadece “tarafların rızası”dır. Bu açıdan sözleşme ve şart arasındaki kıyas her ikisinin de cevazını gerektirmektedir.⁴¹⁹ Buna rağmen eğer şartlar bu suretle aslen caiz olmasaydı dahi insanların duyduğu ihtiyaç sebebiyle istihsan deliliyle caiz olması gerekmektedir.⁴²⁰ Zira “Zaruretlar memnû‘ olan şeyleri mubah kılar.” kaidesi gereği şartlara olan ihtiyacın fâsid hükmünü kaldırması lazımdır. Nitekim Buhara’daki Hanefî uleması daha öncesinde *bey‘ bi’l-vefa* ve *bey‘ bi’l-istiğlâle* toplumdaki ihtiyaç sebebiyle istihsanen cevaz vermişlerdir. Bu sözleşmeler ise taraflardan birine fayda sağlayan şartlar içermektedir. Bu iki tür sözleşmedeki ihtiyacın şartları caiz kılması, farklı şekillerde tespit edilen fâsid şartların da ihtiyaç halinde geçerli olabileceğini

⁴¹⁴ Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 155.

⁴¹⁵ Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 149.

⁴¹⁶ Seyyid Bey’in kullandığı delillerden bazıları şunlardır: İlk olarak “يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ” (Ey iman edenler! Sözleşmeleri yerine getirin.) ayeti kişinin söz verdiği konuyu yerine getirmekle sorumlu olduğuna hükmetmektedir. Diğer taraftan “يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ” (Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayalı ticaret müstesna, mallarınızı aranızda haksız yollarla yemeyin.) ayeti “taraflara fayda sağlayan” şart olsun olmasın “tarafların rızasının olması durumunda” mutlak olarak sözleşmelerin geçerli olduğunu ortaya koymaktadır. Benzer şekilde meşhur hadis-i şerif “المسلمون على شروطهم.” (Müslümanlar sözleri üzerinedir.) her iki ayeti teyit edicidir. (Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 149-150.)

⁴¹⁷ Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 151.

⁴¹⁸ Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 153.

⁴¹⁹ Seyyid Bey’e göre bu kıyasın aleyhine hükmedilmesini gerektirecek ne *nass-ı sarîh* ne de *icma* mevcuttur. Zira konuya dair açık bir delil veya icma olsaydı imamlar ve mezhepler arasındaki farklı içtihatlar ortaya çıkmazdı. Son olarak insanların ihtiyacı ve maslahatı da bu kıyasa muhalif değil bilakis onu zorunlu kılacak şekildedir. (Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 154-155.)

⁴²⁰ Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 156.

ortaya koymuştur. Bu durumda Mecelle'deki “tarafalara fayda sağlayan şartlar”a dair hükmü, *bey bi'l-vefâ*daki gibi mezhep dışına dahi çıkmadan caiz olarak tespit etmek mümkündür.⁴²¹

Son olarak Seyyid Bey, taraflardan birine fayda sağlayan şartların anlaşmazlığa sebep olacağı gerekçesinden hareketle fâsid olduğuna dair önermeyi hatalı bulur.⁴²² Zira her sözleşmede haklı veya haksız anlaşmazlık çıkması olağan bir şeydir. Dahası rehin ve kefalet gibi belirli şartlarda bu ihtimali görmezden gelirken diğerlerini fâsid kabul etmek Seyyid Bey'e göre çelişkilidir. Yine örf ve âdete konu bir uygulama olması durumunda şartın geçerli olduğu görülür. Bu ise örf olan şartların tarafların rızasına delalet etmesi sebebiyle anlaşmazlığa sebep olmamasından kaynaklanmaktadır. “Sözleşme” ile mutabık kalınan ise bizzat tarafların rızasını ifade etmesine rağmen anlaşmazlık ihtimali sebebiyle fâsid görülebilmektedir. Ayrıca sözleşme ile bu rıza örfteki gibi zımnen değil sarahaten ifade edilmiştir. Böylece Seyyid Bey'e göre sözleşmede tespit edilen şart örf'e göre anlaşmazlığa engel olacak şekilde karşılıklı rızaya daha kesin surette delalet etmektedir. Bütün bunlar dikkate alındığında Seyyid Bey Mecelle'nin başta fâsid şartlara dair hükümleri⁴²³ olmak üzere mezhep kaygısı gözetmeden “ihtiyacât-ı hâzırayı tatmin edecek” şekilde tamamen tadil edilmesini önermektedir.⁴²⁴ Zira ona göre “zamanın icâbâtına tevfiğ hareket” etmek her devletin bir zorunluluğu olup bunu da hukuku ona göre şekillendirmek suretiyle yapması gerekir.

2. 1916 Mecelle Tadil Komisyonu

Mecelle'nin dönemin sosyo-ekonomik şartlarını karşılamakta yetersiz olduğuna dair kişilerin eleştirileri ve yönetimin bu yöndeki güçlenen kanaatinin sonucu olarak 1332/1916 yılında “Kanun-ı Medeni Komisyonu”⁴²⁵ adıyla bir tadil komisyonu kurulmuştur. İlk toplantısını 26 Nisan 1332/9 Mayıs 1916 tarihinde yapan komisyon

⁴²¹ Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 156-157.

⁴²² Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 158.

⁴²³ Nitekim Seyyid Bey'in ifadesiyle bu konunun “pek ziyade ehemmiyet ve nezaketi” bulunmaktadır. (Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 160.)

⁴²⁴ Seyyid Bey, *Usul-i Fıkh: Medhal*, 160.

⁴²⁵ Mehmed Necmeddin Bey (Kastamonu mebusu ve eski Adliye nazırı) başkanlığında kurulan Komisyon şu üyelerden oluşmaktadır: Ebulula Bey (Eski Meşihat-ı Ulyâ Müsteşarı), Sadeddin Bey (Şura-ı Devlet Tanzimat Dairesi Reisi), Seyyid Bey (İzmir Mebusu), Seyyid Haşim Bey (Burdur Mebusu), Âli Bey (İlamât-ı Şerriye Müdürü), Abdurrahman Münb Bey (Beyoğlu Sulh Hakimi), Mustafa Şeref Bey (Ziraat ve Ticaret Nezareti Müsteşarı), Mustafa Fevzi Efendi (Saruhan Mebusu), Muammer Raşid Bey (Şarki Karahisar Mebusu), Yusuf Ziya Bey (Ticaret-i Bahriye Mahkemesi Reisi). (“İhzâr-ı Kavanin Komisyonları”, *Ceride-i Adliye* 6/149 (Ağustos 1332), 65.)

öncelikle çalışmalar sırasında takip edilecek kararları belirlemiştir. Buna göre yapılacak tadillerde kaynak olarak fıkıh haricinde Avrupa hukuk birikiminden de istifade edilecek ve maddelerin hazırlanmasında sade bir dil tercih edilecektir.⁴²⁶ Komisyon, Mecelle maddelerinin tadili haricinde eksik olan kısımların da ilave maddelerle tekmilini içeren geniş bir çalışma alanından sorumluydu. Bu durum ise çalışma alanlarının üç kısma bölünmesi ve her bir alanın sorumlu alt komisyon tarafından detaylı müzakere edilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bunun sonucu olarak “Tadil Prensipleri Komisyonu”, “Mecelle Tadil Komisyonu” ve “Hukuk-ı Aile Komisyonu” kurulmuştur.

Mecelle tadil çalışmalarına dair bütün komisyon başkan ve üyelerinin katılımıyla 9 Mayıs 1332/22 Mayıs 1916 tarihinde gerçekleştirilen ortak toplantıda Adliye Nazır Vekili Halil Bey çalışmalarda ulaşılması gereken amaçlar ve hususiyetle dikkat edilmesi gereken konulara değinmiştir.⁴²⁷ Halil Bey’in bu konuşması Mecelle tadilinin “hukuki” bir meseleden daha çok “iktisadi” bir gayeyi taşıdığını göstermesi açısından önemlidir. Zira Halil Bey’in, konuşmasının başında hukuku iktisadi gelişmenin bir unsuru olarak tanımladığı görülür: “Hukuk, terakkiyât-ı iktisadiyenin en mühim avâmilindendir.”⁴²⁸ Halil Bey’e göre hukukun bu surette ticari işlemleri koruyucu ve kolaylaştırıcı olması gerekmektedir. Dahası bu düzenlemeler sayesinde devlet, bireylerin emek ve işlemlerini tamamıyla “memleketin terakkiyât-ı iktisadiyesine hâdim” kılmalı ve bunun aksine sebep olacak durumlara adli ve cezai müdahalelerde bulunmalıdır.⁴²⁹ Nitekim hukukun bu işlevlerini yerine getirmemesi durumunda devletin “inkişâf” ve “terakkî”si de mümkün görülmemiştir. Hukukun bu amaçla yapması zaruri olan en önemli faaliyet ise “Terakkiyât-ı hâzırânın îcâbâtına göre ihtiyacât-ı cedîde için ahkâm-ı mevzû’a vazetme[sidir].”⁴³⁰ Halil Bey’e göre “iktisadın inkişafı”nı temini için vazedilecek bu hükümlerin başında ise “usul-i serbestinin teessüs etmesi” gelmektedir.⁴³¹ Zira onun ifadesiyle “Mesâide, tasarruf ve temellükte ve akd-i mukavelede serbesti, müterakki⁴³² bir heyet-i ictimaiyenin şerâit-i umumiye-i tekemmülünü teşkil eder.” Böylece Halil Bey, bireyin mülkiyet hakkından yaptığı sözleşmelere kadar her türlü konuda “serbesti usulü”nün korunması gerektiğini

⁴²⁶ “İhzâr-ı Kavanîn Komisyonları”, 67.

⁴²⁷ “İhzâr-ı Kavanîn Komisyonları”, 65.

⁴²⁸ “İhzâr-ı Kavanîn Komisyonları”, 65.

⁴²⁹ “İhzâr-ı Kavanîn Komisyonları”, 65-66.

⁴³⁰ “İhzâr-ı Kavanîn Komisyonları”, 65.

⁴³¹ “İhzâr-ı Kavanîn Komisyonları”, 66.

⁴³² Terakki kelimesinin bu dönemde özellikle Batı medeniyeti doğrultusunda gelişmeyi ifade etmek için kullanıldığına işaret edilmelidir.

yapılacak tadil çalışmaları için şerh düşmüştür. Diğer taraftan bu ilkenin tesisinde Mecelle’de karşılaşılan en önemli engellerden birinin takyidî şartlar olduğuna işaret eder. Halil Bey bunun çözümü için daha öncesinde yapılan düzenlenmelerin yetersiz kaldığına da işaret etmektedir. Zira 1914 tarihli Kanun-ı Muvakkat bu amaçla yapılmış bir girişim olmakla beraber bizzat Mecelle’nin tadil edilmesi suretiyle mevzuatın tamamıyla bu esasa uygun olması gerekmektedir. Bütün bunlar dikkate alındığında, tadil çalışmalarındaki en merkezi konunun Mecelle Mazbatası’ndaki gibi takyidî şartlar olduğunu söylemek mümkündür.

Kanun-ı Medeni Komisyonu altında kurulan üç komisyondan ilki olan Tadil Prensipleri Komisyonu’nun⁴³³ vazifesi diğer iki komisyonun çalışmalarında takip edecekleri usule dair prensiplerin tespitidir. Diğer komisyonların takip edecekleri esasları belirlemesi açısından Tadil Prensipleri Komisyonu’nun üst bir hiyerarşide bulunduğu da söylenebilir. Bu komisyonun çalışmalarının neticesi olan 24 maddeden 4. esas, özel olarak sözleşme serbestisine dairdir:⁴³⁴

4. Esas: Kanunen men‘ edilmemek, ve ahlâk-ı ‘umûmiyeye münâfi bulunmamak, ahvâl ve ehliyet-i şahsiyyeye müte‘allik veya ‘âmmenin veyahut eşhâs-ı sâlisinin temin-i hukuku mülâhazasıyla mevzû ahkâm ile ve emvâl-i gayr-i menkulenin suret-i tasarrufuna mütedâir ahkâm-ı kanuniyeye mugayir olmamak şartlarıyla ale’l-umûm ukûd ve muamelâtta ve bilcümle teahhüdât ve mukavelâtta serbesti esası kabul edilmiştir.

Tadil Prensiplerini Tespit Komisyonu’nun temel görevinin usule dair kararları belirlemek olmasına rağmen aslen Mecelle Tadil Komisyonu’na ait hukuki kararların bu komisyonda da özel olarak gündeme alınması dikkat çekicidir. Esasları belirlemesi açısından bir üst komisyon işlevi gören bu komisyon böylece şartlarla ilgili genel olarak serbesti fikrini benimsediği söylenebilir. Zira 4. esas ile Mecelle’de genel bir kural olarak sözleşmelerde serbestinin kabulü için adım atılmıştır. Böylece Tadil Prensipleri Komisyonu’nun kabul ettiği 4. esas, Mecelle’deki maddelerin tadiliyle görevli “Mecelle Tadil Komisyonu”nun serbesti esaslı bir usul takip etmesini de zorunlu kılmıştır.

⁴³³ Seyyid Bey’in başkanlığında kurulan Komisyon’da Ebulula Bey, Seyyid Haşim Bey, Abdurrahman Münib Bey ve Muammer Raşid Bey üye olarak yer almıştır. (“Şu’ûn”, *Ceride-i Adliye* 6/150 (Eylül 1332), 128.)

⁴³⁴ “Vacibat Komisyonu Mazbataları”, *Ceride-i Adliye* 1/13-15 (Ağustos 1339), 4.

İkinci alt komisyon olan Mecelle Tadil Komisyonu⁴³⁵ ifade edildiği üzere Mecelle'nin tadili ve tekmiliyle ilgilenen ana heyettir. Zira Hukuk-ı Aile Komisyonu⁴³⁶ bir medeni kanun olmasına rağmen Mecelle'de yer almayan aile hukuku alanının kanunlaştırılmasıyla sorumludur. Bu açıdan Hukuk-ı Aile Komisyonu'nun görevi Mecelle harici yeni bir çalışmayı ifade etmektedir. Ancak Mecelle Tadil Komisyonu bizzat meri Mecelle maddelerindeki eksiklerin giderilmesi, tadil edilmesi ve gerektiği durumda mevcut maddelerin çıkarılmasıyla sorumlu tutulmuştur. Böylece Tadil Komisyonu öncelikle Tadil Prensipleri Komisyonu'nun karar verdiği esasları aynen kabul etmiş ve 1. esas gereği ihtilaflı meselelerde “ihtiyacât-ı hâzıraya tevafuk” edenin tercih edileceğine karar vermiştir.⁴³⁷

1916'da çalışmalarına başlayan Mecelle Tadil Komisyonu'nun hazırladığı tadil önerisi ancak Şubat 1922 tarihinde tamamlanmış ve *Cerîde-i Adliyye*'de “Kitâbu'l-Buyû” ve “Kitâbu'l-İcâre”yle sınırlı olmak üzere yayımlanmıştır. Komisyon bu çalışma dâhilinde Kitâbu'l-Buyû'da 33 maddenin ilavesi, 21 maddenin tadili ve 13 maddenin ilgasına; Kitâbu'l-İcâre'de ise 13 maddenin ilavesi ve 10 maddenin tadiline karar vermiştir. Bu tadil çalışmasında Kitâbu'l-Buyû'a yapılan 33 madde ilavesinden 5 tanesi sözleşmelerde öne sürülen şartlarla ilgilidir. Buna göre adet açısından Kitâbu'l-Buyû'daki en yüksek sayıda madde ilavesi bu alanda yapılmıştır. Bu durum şartlı satım sözleşmeleriyle ilgili fıkıh birikiminden ayrı bir düzenleme ihtiyacını ifade etmesi

⁴³⁵ Mustafa Necmeddin Bey (Eski Adliye Nazırı) başkanlığında kurulan komisyondaki üyeler şu kişilerdir: Mustafa Fevzi Efendi (Vekil), Hulusi Bey (Bidayet Mahkemesi Başkanı), Hasan Efendi (Üsküdar Kadısı), Ebulula Bey (Mekteb-i Hukuk müderrisi), Abdurrahman Münib Bey (Mekteb-i Hukuk müderrisi), Avramaki Efendi (Mahkeme-i Temyiz üyesi), İhsan Bey (Mahkeme-i Temyiz üyesi), Atıf Efendi (Mahkeme-i İstinaf üyesi), Hilmi Bey (Emekli Dersaadet Mahkeme-i İstinaf üyesi). Ayrıca komisyonda iki kâtib yer alır: Fuad Efendi (Eski Ümare kadısı) ve Selahaddin Efendi (Umûr-ı Cezaiye Kalemi katibi).

⁴³⁶ Diğer alt komisyonlarla beraber 1332/1916 yılında kurulan Komisyon, Mahmud Esad Efendi (Isparta Mebusu) başkanlığında kurulmuştur. Komisyonun üyeleri ise şu kişilerden oluşmaktadır: Hafız Şevket Efendi (Fetvahane Kâtibi), Said Bey (Menteşe Mebusu), Ali Baş Hampa Efendi (Şura-ı Devlet Üyesi) ve Mustafa Fevzi Efendi (Evkaf Mahkemesi Kadısı). Komisyonun çalışmaları sonucu bir yıl içerisinde aile hukukuna dair bir kanun önerisi hazırlanmıştır. İlgili kanun önerisi Sadaret'in onayı ve Padişah 5. Mehmed'in iradesiyle 1917 yılında “Hukuk-ı Aile Kararnamesi” adıyla yürürlüğe girmiştir. (Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 376-377. Ancak gerek fıkhi açıdan kabul ettiği görüşler gerekse Hristiyan ve Yahudi tebaaya dair yaptığı düzenlemeler sebebiyle çeşitli eleştirilere maruz kalan Kararname iki yıl sonra 1919 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılmasına sebep olan eleştirilere dair detaylı değerlendirme için bkz. Ensar Durmuş - Mehmet Ali Yargı, “1917 Tarihli Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne Yöneltilen Eleştiriler”, *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 15 (20 Haziran 2019), 312-363.

⁴³⁷ “Nusûs-ı kâtî'a-i şer'îye ile sabit ahkâm-ı şer'îyeye muhalif olmamak şartıyla beyne'l-fukaha muhtelif-fih olan mesail-i ictihadiyede akvâl-i fukaha bi'l-istikrâ' tetkik olunarak hangi müctehidin kavli ihtiyacât-ı hâzıraya tevafuk ediyorsa onun rey-i bi't-tercih Mecelle'nin o bâbdaki mevâd-ı mahsûsası ona göre tadil olunacaktır.” (“Vacibat Komisyonu Esbab-ı Mucibe Layihası”, *Ceride-i Adliye* 2/26 (Eylül 1340), 3.)

açısından önemlidir. Zira tadil öncesinde taraflardan birine ek fayda sağlayan şartlar hakkında Mecelle Cemiyeti ayrıca madde düzenlemesi yapmamış ve bu durum ilgili konuda kadıların Hanefî fıkhnına göre hükmedecekleri anlamına gelmiştir.

Tablo 3: Mecelle Tadil Komisyonu Tarafından Kitâbu’l-Buyû‘da Yapılan Değişiklikler

Bölüm/Fasıl	Tadil	İlave	İlga
Mukaddime	5	2	1
Rükn-i Bey‘		2	
Şartla Bey‘		5	
İkâle-i Bey‘		1	
Mebî‘in Şurût ve Evsâfı	1	2	
Bey‘i Caiz Olup Olmayan Şeyler	1	1	2
Mebî‘in Keyfiyet-i Bey‘ine Müteallik Mevâd	2		
Vade ile Satış	2		
Ba‘de’l-akd ve Kable’l-kabz Bâyi‘in Semende ve Müşterinin Mebî‘de Tasarrufları	1	1	
Helak-ı Mebî‘a Müterettip olan Mevâd	1	2	
Sevm-i Şira ve Sevm-i Nazar	1		
Hıyâr-ı Şart		2	
Hıyâr-ı Vasef		1	
Hıyâr-ı Nakd	3		
Hıyâr-ı Ta‘yîn		4	
Hıyâr-ı Ru‘yet			8
Hıyâr-ı Ayb		4	
Ğabn ve Tağrîr		4	
Enva-ı Buyû‘un Ahkâmı		1	
Selem	3	1	2
TOPLAM	20	33	13

Komisyonun yaptığı ilk düzenleme Mecelle Cemiyeti’nin “Şartla Bey‘ Hakkındadır” şeklinde isimlendirdiği bölüm başlığını “Bey‘in Şart ile Takyidi

Hakkındadır” şeklinde tadil etmesidir.⁴³⁸ Bu düzenleme ile Komisyon, bölümün içeriğine dair daha net bir başlık koymayı amaçlamıştır. Zira ilgili bölüm sözleşmelere konu olan üç tür şarttan sadece takyidî şartları içermektedir. İçeriğe dair yapılan düzenlemelerde ise ilave edilen maddelerin ilkinde Mecelle sonrası devam eden Hanefî görüşü şu şekilde tadil edilmiştir: “Madde 3: Ahad-i âkideyne nef’-i malumu olan şart ile bey’ sahih ve şart muteberdir.” Bu maddeyle taraflardan birine fayda sağlayan şart genel kural olarak geçerli kabul edilmiştir. Böylece Mecelle’nin şartlar konusundaki Hanefî kimliği ilk defa resmi olarak değişmiştir. Diğer taraftan, bir sonraki madde bu şart hakkını bir adetle sınırlandırmış ve Hanbelî mezhebinin erken dönem görüşünü esas almıştır:⁴³⁹ “Madde 4: Ahad-i ‘âkideyne nef’i olan iki şartın cem’iyle vukû’ bulan bey’ fâsiddir.” Maddelerin esbab-ı mucibelerine bakıldığında ise tadilin, toplumdaki mevcut yaygın uygulama ve bir nevi konjonktürün bu yöndeki baskın yapısına meşruiyet kazandırılması amacıyla yapıldığı görülür:

Bey’in şart ile yani “alâ” edatıyla takyîdî mezheb-i Hanefî’de nasıl gayr-ı caiz ise mezheb-i Maliki ve Şafii’de dahi öyle caiz değildir. Lakin el-hâletü hâzihi vuku bulan buyû’un hemen ekseri bu üç mezhebe muhalif olarak vuku bulduğu anlaşıyor. O halde muamelât-ı nâsı mehmâ emkan cevaza takrîb için bazı hâlâtta müsaid-i cevaz olan mezheb-i Hanbelî’ye müracaat zarurî görüldü.

Komisyonun bu ifadelerine göre mevcut ticari ilişkiler hâlihazırda Hanefî mezhebinin aksine işlemekte olup bu ise hukuk-uygulama arasındaki tezatlığı doğurmaktadır. Diğer bir ifadeyle devam etmekte olan ticari faaliyetlerin hukuk tarafından korunamadığı iddia edilebilir.⁴⁴⁰ Bu tehlike ise öncelikle fıkıh geleneği içerisinde Hanbelî mezhebine başvurmak suretiyle engellenmeye çalışılmıştır.

Tarafların lehine düzenlenen ek bir şartın geçerliliğine rağmen “bir diğer sözleşmenin kurulmasının şart koşulması” bir sonraki maddede fâsid olarak değerlendirmiştir: “Madde 5: Bir akd-i âhar şartıyla vuku bulan bey’ fâsid ve şart batıldır. Mesela müşteri bâyi’e veyahut bâyi’ müşteriye bir miktar akçe ikrâz etmek veyahut bir şey satmak gibi bir şartla vuku bulan bey’ fâsid ve şart batıldır.” Ek fayda sağlayan şartlarda tercih edilen Hanbelî görüşünün aksine bir diğer sözleşmeyi icbar eden şartlar dört mezhebe göre de fasid görülmüştür. Bu sebeple ilgili maddede şartlara dair serbesti esası yeterince tatbik edilememiştir. Bir sonraki madde ise sözleşmenin

⁴³⁸ “Mecelle-i Ahkam-ı Adliye’den Kitâbu’l-Buyû’a Tekmile Olarak İlavesi Mutalaa ve Teklif Olunan Maddeler”, *Ceride-i Adliye* 1/2 (Şubat 1338), 95.

⁴³⁹ “Mecelle-i Ahkam-ı Adliye’den Kitâbu’l-Buyû’a Tekmile Olarak İlavesi Mutalaa ve Teklif Olunan Maddeler”, 95.

⁴⁴⁰ Nitekim Mişon Ventura ve Seyyid Bey’in değerlendirmeleri de bu iddiayı doğrular niteliktedir.

kurulmasından sonra öne sürülen şartlara dair düzenlemeleri konu edinmiştir: “Madde 6: Ba‘de’l-akd irad olunan şurût-ı caize asl-ı akde iltihak eder. Lakin şurût-ı fâside asl-ı akde iltihak etmeyip lağvolur.” Bu maddeye göre sözleşmeden sonra öne sürülen sahih şartların sözleşmenin hükümlerine etkisi kurulma aşamasındaki gibi geçerli görülmüştür. Ancak kuruluş aşamasından sonra şartın fâsid olması durumunda sözleşmeye etkisi geçersiz görülmüş ve sözleşmenin şart olmadan sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir. Aslında bu madde mevcut Mecelle içerisinde de zımnen kabul edilen görüş olması açısından bir değişiklik içermemektedir. Zira 6. maddenin ilgili hükmü Hanefi mezhebindeki *müftâ-bih* görüşü ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle Mecelle Cemiyeti ilgili hükmü madde olarak vazetmese de Kanun’da boş bırakılan konuların Hanefi mezhebine göre çözümlenmesine karar verdiği için hâlihazırda kadıların verdiği hüküm de bu maddeye uygun olmaktadır.⁴⁴¹ Diğer taraftan 4. ve 5. maddelerde taraflardan birine ek fayda sağlayan şartların “fâsid şart” kategorisinden çıkarılması dolaylı olarak 6. madde içerisindeki fâsid şart ibaresi hakkında tadile sebep olmuştur. Böylece “taraflardan birine fayda sağlayan bir şart” sözleşmenin kurulmasından sonra öne sürülmek suretiyle geçerli olabilecektir. Bu açıdan, Hanefi mezhebindeki uygulamanın 6. madde ile serbestlik yönünde genişletildiği söylenebilir. Son olarak 7. maddede Tadil Komisyonu, satış sözleşmelerindeki talikî şartlara dair düzenleme yapmıştır: “Madde 7: Bey’in şarta ta‘lîki caiz değildir. Şu kadar ki müşteri ba‘de’l-akd semen-i müsemmadan bir miktarını bâyi‘e verip de mebi alırsa verilen miktar semenden mahsûb edilmek almazsa bâyi‘in olmak şartıyla talik ederse bey‘ caiz ve şart muteberdir.”⁴⁴² Maddenin ilk kısmında satış sözleşmelerinde talikî şartın öne sürülmesiyle ilgili cevaz hükmü tespit edilmiş ve bu düzenlemeyle Hanefi mezhebinin görüşü kabul edilmiştir. Maddenin devamında verilen örnek ise fıkıh literatüründe “bey‘u’l-urbun”,⁴⁴³ Osmanlı hukukunda ise “pey akçesi” olarak isimlendirilen şartlı satış şekline dair düzenlemedir. Bu tür satış ise Hanefi mezhebinde geçerli kabul edilmemektedir. Bu sebeple, Tadil Komisyonu yine Hanbeli mezhebinin görüşünü maddeye kaynak olarak göstermiştir. Hanbeli

⁴⁴¹ Bu sebeple ilgili hüküm Mecelle şerhlerinde de yer almaktadır. Örnekler için bkz. Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: Şerh-i Kitâbu’l-Buyû*, 48; Reşid Paşa, *Ruhü’l-Mecelle*, 1/67; Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam*, 1/299.

⁴⁴² “Mecelle-i Ahkam-ı Adliye’den Kitâbu’l-Buyû’a Tekmile Olarak İlavesi Mutalaa ve Teklif Olunan Maddeler”, 95.

⁴⁴³ Satış ve kira sözleşmelerinde müşterinin açık niyetini belirtmek niyetiyle ödediği paraya denir. Günümüzde “kaparo” olarak da isimlendirilen bu uygulamada müşteri sözleşmeyi tamamlamaktan cayarsa verdiği parayı kaybeder. Detaylı bilgi için bkz. Cengiz Kallek, “Kaparo”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001).

mezhebinin görüşünün esas alınması daha öncesinde değerlendirildiği üzere “yaygın uygulama”nın hükümlerde ana kıstas olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Komisyon ilgili düzenlemeye dair gerekçesini “bu muamelâtın gittikçe tevessü ve teammüm üzere bulunması” olarak açıklamıştır.

Tadil Komisyonu’nun ilave ettiği maddelerin genel yapısına bakıldığında, hükümlerin kaynağını “ticari uygulamalar” teşkil etmektedir. Bu açıdan tadil ihtiyacını doğuran uygulamalar “yeni” oluşan “ticari faaliyetler”in neticesi olup bunun da bölgede Batılı tüccarlarla yaşanan ticari ilişkilerdeki sürekli artışa paralel yaşandığı görülür. Bu durum Wallerstein’in “Dünya Sistemleri Teorisi”nin ifade ettiği, iktisadi olarak Batı ekonomi yapısına bir çevre birimi olarak katılma sürecinin aslında hukukuna uyumlu olma sürecini de barındırdığı ihtimalini güçlendirmektedir. Zira Mecelle tadil çalışmaları için daha sonra kurulan her bir komisyon “sözleşme serbestisi”ni hukukun kavramsal altyapısını oluşturacak şekilde tesis etmeye daha da yaklaşacak ve buna paralel olarak Batı kanunlarının kaynaklık değeri artacaktır.

3. 1923 Ukûd ve Vâcibât Komisyonu

1916 yılında Mecelle’nin ilk defa tadili için kurulan Kanun-ı Medeni Komisyonu’nun alt komisyonlarıyla beraber yürüttükleri çalışmaların “istenilen” sonuçları vermemesi üzerine 1339/1923 yılında komisyonların yeniden tanzim ve tayin edilmesine karar verilmiştir. Bu amaç doğrultusunda Kanun-ı Medeni Komisyonu iki alt komisyondan oluşacak şekilde planlanmıştır:⁴⁴⁴ Ukûd ve Vacibât Komisyonu⁴⁴⁵ ile Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu.⁴⁴⁶ Bu komisyonlardan Ukûd ve Vacibât Komisyonu

⁴⁴⁴ Tesis edilen iki komisyon ve çalışma konuları talimatnamede şu şekilde açıklanmıştır: “İhtiyacât-ı memleketi her nokta-i nazardan temin edecek şekilde bir kanun-ı medeni layihası tanzimi vazifesiyle mükellef olan Kanun-ı Medeni Komisyonu ikiye tefrik edilmiş olup birinci komisyon terakkiyât-ı hukukiyenin istilzam eylediği tasnif-i ilmi dairesinde kavaid-i esasiye ile emvâle ve ale’l-ittlâk hukuk-ı tasarrufiyyeye ve vacibât ve ukûda ait akşamın müzakere ve tespiti ve ikinci komisyon ahkam-ı şahsiyeye müteferri bi’l-cümle mebâhisin müzakere ve tedvini ile iştigal edecektir.” (“Tadil-i Kavanin için Muktezi Layihaları İhzara Memur Komisyonların Usul-i Mesaisine ve Vekaletle Münasebetine ve Rüesa ve Azasına İta Olunacak Mebaliğa Dair Talimatname”, *Ceride-i Adliye* 1/10 (Mayıs 1339), 463.)

⁴⁴⁵ Komisyon başkanlığına öncelikle Ali Haydar Efendi atanmış ancak hastalığı sebebiyle görevi üyelerden Seyyid Bey’e devretmiştir. Komisyonunda yer alan üyeler şu isimlerden oluşmaktadır: Osman Bey (Emekli Temyiz Mahkemesi Başkanı), Mustafa Fevzi (Hukuk Müderrisi), Ebulula Bey (Hukuk Müderrisi), Abdurrahman Münib Bey (Hukuk Müderrisi), Feyzi Daim Bey (Bidayet Mahkemesi Reisi), Seniüddin Efendi. (“Tadil-i Kavanin Komisyonlarını Teşkil Eden Zevatin İsimleri”, *Ceride-i Adliye* 1/10 (Mayıs 1339), 464.) Buna göre Mecelle Tadil Komisyonu’nda yer alıp bu komisyonunda da devam eden sadece Hukuk Fakültesi hocaları Ebulula, Abdurrahman Münib ve Mustafa Fevzi olmuştur.

⁴⁴⁶ Çalışma alanı olarak 9 Mayıs 1332/1916 tarihli Hukuk-ı Aile Komisyonu’nun bir devamı olarak kurulan Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu ilk toplantısını 3 Mayıs 1339/1923 tarihinde gerçekleştirmiştir. Komisyon Saadeddin Bey (Mülga Şûra-ı Devlet Tanzimat Dairesi Reisi) başkanlığında kurulup şu üyelerden oluşmaktadır: Muammer Reşid Bey (Hukuk Müderrisi), Hafız Şevket Efendi (Hukuk

kendisinden önceki Mecelle Tadil Komisyonu'nun yerine vazedilmiştir. Bu yeni kurulan Komisyon “muamelât-ı nâsa erfak” olma ilkesinin daha açık bir ifadesi olan ülkenin “terakkiyât-ı iktisadiyesinin inkişafına hâdim ahkam”ın tespit edilmesi vazifesini üstlenmiştir.⁴⁴⁷ Komisyonun asli gayesi olarak tespit edilen bu vazifenin gerçekleştirilebilmesi için fıkıh birikimi haricinde Batılı devletlerin hukuklarına müracaat edilmesi uygun ve gerekli görülmüştür. Böylece Komisyon 3 Mayıs 1923 tarihinde çalışmalarına başlamıştır. Öncelikle Tadil Prensiplerini Tespit Komisyonu ve Mecelle Tadil Komisyonu tarafından yapılan çalışmaları gözden geçirmiştir. Böylece Komisyon tespit ettiği usul üzerine fıkıh birikimi ile İsviçre, Almanya ve Fransa kanunlarından istifa ederek konuları tasnif etmiş, kavramsal konularda bazı mülahazalarda bulunmuş ve yeni madde önerileri hazırlamıştır. Diğer taraftan 1916 komisyonlarına göre çok daha kısa ömürlü olmuş ve yeni kurulan yönetim ve anlayışa usul açısından uyumsuzluk sebebiyle yaklaşık bir yıl sonra diğer komisyonla beraber ilga edilmiştir. Bu süreçte 41 toplantı gerçekleştiren Komisyon madde önerilerini tamamlayamamıştır. Ancak akabinde kurulan ve üyelerinin çoğunun tekrar yer alacağı 1924 tarihli Tadil Komisyonu bu çalışmaları tamamlamak suretiyle iki rapor hazırlayacaktır.

4. 1924 Ukûd ve Vâcibât Komisyonu

1923 yılında Cumhuriyet'in ilanının ardından, 1924 yılının başında Hilafet'in kaldırılması (3 Mart) ve Şer'îye Mahkemeleri'nin ilga edilmesi (8 Nisan) fıkıh birikiminin hukuk alanındaki epistemolojik değerine dair yeni yönetimin olumsuz yaklaşımının ön göstergeleri olmuştur. Bu süreçte hukuk ve yargı alanında külli bir reform süreci başlatılmış ve yeni kurulan rejime uygun olacak bir yapılanmaya gidilmiştir. Medeni kanun çalışmaları da bu şekilde şekillendirilmiş ve 1923 tarihli tadil komisyonları yeni amaçlar doğrultusunda tekrar tesis edilmiştir. Odağı Batı hukuki birikimi olarak tayin edilen bu yeni komisyonların gayesi şu şekilde ifade edilmiştir:

Tevin edilecek kavanînin tamamen asri bir devlet mehfumât ve esasât-ı âliyesiyle azami bir tetâbuku haiz olması ve memleketin ihtiyacâtı nazardan dūr

Müderresi), Mişon Ventura (Hukuk Müderresi), Kemal Âtîf Bey (Sâbık Şûra-ı Evkaf üyesi), Gönenli Mehmed Efendi. (“Tadil-i Kavanin Komisyonlarını Teşkil Eden Zevatin İsimleri”, 464.) Gönenli Mehmed Efendi hastalık sebebiyle ilk toplantıya katılamamış ve yerine komisyon üyesi olarak Erzurumlu Ömer Nasuhi Efendi geçmiştir. Komisyonun ileri toplantılarında Ahmed Samim Bey (Darulfünun hocası) ve Zileli Mustafa Rıza Bey (Mahkeme-i Temyiz-i Şer'î üyesi) de katılmıştır. (Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 379.)

⁴⁴⁷ “Tadil-i Kavanin için Muktezi Layihaları İhzaara Memur Komisyonların Usul-i Mesaisine ve Vekaletle Münasebetine ve Rüesa ve Azasına İta Olunacak Mebaliğa Dair Talimatname”, 462.

tutulmamalıdır. Bu maksadın istihsalı için gerek mevzuat-ı hâzıradan gerek bilcümle yüksek medeniyeti temsil eden garb milletleri âsâr ve kavanîn-i mütekamilesinden icab eden bilcümle esaslar ahz ve istinbat [edilmelidir].

Belirlenen bu gaye çerçevesinde Ukûd ve Vacibât Komisyonu⁴⁴⁸ 20 Mayıs 1924 tarihli bir tezkire ile çalışmalarına başlamış ve öncelikle Mecelle'nin ilk iki bölümü olan Kitâbu'l-Buyû' ve Kitâbu'l-İcâre üzerine rapor hazırlamıştır.⁴⁴⁹ Bu raporda komisyon, Mecelle'nin "ihtiyacât-ı hazıraya adem-i tevafuku" olduğunu ve bu sebeple "memleketin örf ve adetine mutabık ve terakkîyât-ı asriyeye muvafık" şekilde tadil edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Rapor dâhilinde önceki komisyonun çalışmaları değerlendirilmiş, buna göre belirli maddelerin tadili ve yeni maddelerin ilavesi teklif edilmiştir.⁴⁵⁰ Dahası Kitâbu'l-Buyû'a yapılan beş madde ilavesinden iki tanesi şartlı satış sözleşmeleriyle ilgili olmuştur. Bu maddelerden ilki " taraflardan birine fayda sağlayan şartların" malum olması şartıyla cevazını esas almıştır: "Madde 2: Ahad-i âkideyne nef'-i malumu olan şartla bey' sahih ve şart muteberdir."⁴⁵¹ Komisyon üyelerinden sadece Abdurrahman Münib Bey'in bu maddeyi onaylamadığı görülür.⁴⁵² Bu ise içeriğe karşı olmasından değil usuli bir eleştiri sebebiyledir. Zira Münib Bey'e göre hâlihazırda mevzuatta bu tür şartların fâsid olduğuna dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Komisyonun çoğunluğuna göre ise Mecelle'de bu yönde bir madde

⁴⁴⁸ Seyyid Bey başkanlığında kurulan komisyonda üye olarak Feyzi Daim, Ebulula, Abdurrahman Münib ve Osman Bey yer alır. Buna göre üyeler açısından 1923 tarihli komisyondan devam etmeyen kişiler Seniyyüddin Efendi ve Mustafa Fevzi olmuştur. ("Vacibat Komisyonu Esbab-ı Mucibe Layihası", 984.)

⁴⁴⁹ "Mecelle Tadilat Komisyonu Tarafından Kitabu'l-Buyu Tadilatına Dair Tanzim Edilen Rapor", *Ceride-i Adliye* 2/25 (Ağustos 1340), 894.

⁴⁵⁰ Komisyon Kitâbu'l-Buyû'a beş madde ve Kitâbu'l-İcâre'ye iki madde ilavesi teklif etmiştir. Detaylı inceleme için bkz. "Mecelle Tadilat Komisyonu Tarafından Kitabu'l-Buyu Tadilatına Dair Tanzim Edilen Rapor", 894-902. & "Kitâbu'l-İcâre'ye Mütcellik Tadilatı Havi Rapor", *Ceride-i Adliye* 2/25 (Ağustos 1340), 902-911.

⁴⁵¹ "Mecelle Tadilat Komisyonu Tarafından Kitabu'l-Buyu Tadilatına Dair Tanzim Edilen Rapor", 901. Maddenin kabulüne dair komisyonun temellendirmesi şu şekildedir: Akd-i bey'in şartla takyidi hakkında başlıca üç rey vardır: 1- Dermeyân olunan herhangi bir şart müfsid ve onunla meşrû olan bey' fâsiddir. 2- Akd-i beyde îrâd olunan şartlar ale'l-ittlâk muteber ve onu ihtiva eden bey' caizdir. 3- Bey'de dermeyân olunan şerâit üç kısımdır: Caiz, müfsid, lağv. Birinci rey şarta bi-kaderi'l-imkân mürâat olunmasının lüzumu hakkındaki kaide-i hukukîyeye muhalif olduğundan, ikinci rey de icrası kâbil olmayan şartların lazımı'r-riaye olmasını istilzam ettiğinden Mecelle her iki reyi şayan-ı kabul görmeyerek üçüncü reyi tercih eylemiş ise de bi'n-netice ahad-i âkideyne nef'i olan şartı müfsid ve ona mütcellik olan bey'i fâsid telakki etmek ıztırârında kalmıştır. Mecelle her ne kadar bu hususta sarîh bir madde yazmamış ise de esbâb-ı mucibe mazbatasında keyfiyeti izah ettiğinden mehâkim bu kâbil şurûtun müfsid ve bey'in de fâsid olduğuna hükmetmektedir. Fi'l-hakika âkideynden birine nef'i olan şart meçhûl ise nizâ'ı mucib olacağından akd-i bey'i ifsâd edeceği derkâr ise de eğer şart malum ise ifsâd için sebep-i kâfi mevcut değildir. Hususuyla bu kâbil şartlar ile bey' mütcellik olduğuundan komisyonumuz nef'-i malumu olan şartla bey'i kabul ederek ekseriyetle madde-i âtiyeyi tahrir eylemiştir.

⁴⁵² Abdurrahman Münib Bey'in eleştirisine dair raporda geçen ifade şu şekildedir: "Abdurrahman Münib Bey ahad-i âkideyne nef'i olan bey'in fâsid olacağına dair Mecelle'de bir hükm-i sarîh mevcut olmadığından işbu maddenin tahririne lüzum olmadığı reyinde bulunmuştur." ("Mecelle Tadilat Komisyonu Tarafından Kitabu'l-Buyu Tadilatına Dair Tanzim Edilen Rapor", 901.)

olmamasına rağmen Mazbata'nın Hanefi mezhebine itibarı gerekli kılması uygulamanın da bu şekilde gelişmesine sebep olmuştur. Bu yüzden ilgili maddenin ilavesiyle şart serbestisi uygulama açısından kapalılığa ihtimal verilmeyecek şekilde ortaya koyulmak istenmiştir. Böylece 1916 tarihli Komisyon'un tadil önerisinden farklı olarak şartların sayısı bir adetle sınırlandırılmamıştır. Dahası, öncesinde Hanbeli mezhebine göre verilen görüş bu çalışmada serbestlik esasıyla mezhep kaygısı olmadan tespit edilmiştir. Sözleşmede öne sürülen şartlara dair bir diğer madde ise talikî şartlara dairdir. Buna göre talikî şartlar satış sözleşmesinde caiz kabul edilmemekle beraber dönemin tüccarının örfüne uygun olması sebebiyle “pey akçesi” kanunen geçerli görülmüştür: “Madde 3: Bey'in şarta ta'likî caiz değildir şu kadar ki müşteri ba'de'l-akd semen-i müsemmadan bir miktarını bâyi'e verip de mebîi alır ise verilen miktar semenden mahsûb edilmek almazsa bâyi'in olmak şartıyla talikte bey' caiz şart muteberdir.”⁴⁵³ Bu maddenin talikî şartlara dair düzenlemesinin tadil komisyonunun teklifiyle ve böylece Hanefi müftâ-bih görüşüyle aynı olduğu görülmektedir. Abdurrahman Münib Bey ise bu maddeye karşı çıkmıştır. Ona göre satış sözleşmelerinde talikî şartların geçerli olması gerekmektedir.⁴⁵⁴ Pey akçesi uygulaması ise kanunda açık şekilde düzenlenmediği için maddeleştirilmiş ve Komisyon'un diğer üyeleri tarafından da ticari örf ve istisnai bir işlem olarak geçerli görülmüştür.⁴⁵⁵

Ukûd ve Vâcibât Komisyonu Mecelle üzerine hazırladığı rapordan sonra ayrıca 251 maddelik bir kanun teklifi hazırlamıştır. Hazırlanan bu kanun taslağında beş madde sözleşme serbestisi bağlamında vazedilmiş ve bu maddeler esbab-ı mucibe layihasında “Serbestî-i Mukavele Esası” başlığı altında temellendirilmiştir.⁴⁵⁶ Bu düzenleme ise içerikteki serbestiye geçişin devam etmesi haricinde konunun bizzat “serbestî-i

⁴⁵³ “Mecelle Tadilat Komisyonu Tarafından Kitabu'l-Buyu Tadilatına Dair Tanzim Edilen Rapor”, 901.

⁴⁵⁴ Raporda Münib Bey'in muhalefetine şu şekilde değinilmiştir: “Abdurrahman Münib Bey ... bey'in şarta ta'likinin adem-i tecvizi için de bir sebep bulunmadığını dermeyer ederek muhalif kalmıştır.” (“Mecelle Tadilat Komisyonu Tarafından Kitabu'l-Buyu Tadilatına Dair Tanzim Edilen Rapor”, 902.)

⁴⁵⁵ Maddenin esbab-ı mucibesinde uygulama şu şekilde açıklanmıştır: “Pey akçesi namıyla bir miktar peşin para vermek suretiyle akd-i bey' zamanımızda müteârif olup müşteri mebîi alırsa pey olarak verilen meblağ semen-i müsemmadan mahsûb edilerek muamele-i vakıa ikmal olunuyor ise de müşteri mebîi almaktan imtina ederse bâyi pey akçesini iade etmek istemediğinden aralarında tehdâd eden davanın hall-u faslı dūçâr-ı müşkilât olmaktadır. Bu hususta kavânîn-i mevcûdemizde sarîh bir hüküm olmadığı gibi mehâkimin ictihâdı da mütehâlif olduğundan komisyonumuz ekseriyetle madde-i âtiyenin ilavesine karar vermiştir.” Münib Bey'e göre pey akçesi işlemine dair yapılan açıklamalar mevcut uygulamayla uyuşmamaktadır: “Abdurrahman Münib Bey işbu maddede tespit edilen şekil pey akçeleri hakkında cari olan örfе tamamıyla mutabık olmadığı ... dermeyer ederek muhalif kalmıştır.” (“Mecelle Tadilat Komisyonu Tarafından Kitabu'l-Buyu Tadilatına Dair Tanzim Edilen Rapor”, 902.)

⁴⁵⁶ “Tadil-i Kavânîn Faaliyetleri: Vacibât Komisyonu”, *Ceride-i Adliye* 2/27 (Teşrinievvel 1342), 1069-1071.

mukavelât” kavramı bağlamında açıklanması yönüyle önemli bir dönüşümü ifade etmektedir. Serbesti kavramının uzun zamandan beri kullanılmasına rağmen bizzat Kanun dâhilinde ortaya koyulması özellikle Batı hukuku temelinde hukuk üretiminin resepsiyon öncesi son noktası olmuştur. Komisyona göre serbestî-i mukavelât ilkesinin kabulünde en büyük engel Mecelle’deki “ale’l-umûm ahad-i âkideyne nef’i olan şart ile bey‘[in] fâsid” olmasıdır.⁴⁵⁷ Aslında Mecelle’de madde olarak düzenlenmeyen bu konuda Hanefi mezhebine göre hükmedilmesi sebebiyle sözleşmeler fâsid olmaktadır. Komisyon bu hükmün güncel ticari ilişkilerin zıttına bir düzenleme olduğunu, hatta “ukûd ve muamelâtın ekserisi[nin] kanunen gayr-ı muteber” görülmesine sebep olduğunu tespit eder. Aslında layiha bu uygulamanın “her sınıf halk” arasında gerçekleşen sözleşmelerde sorunlara neden olduğunu ifade etse de ilkenin tam olarak muhafazası konusunda gösterilen ihtimam; ihtiyacın bireysel ve küçük hacimli işlemleri aşan bir boyutta olduğunu göstermektedir. Zira bahsi geçen “ukûd ve muamelâtın” fesadına sebep olan hukuki düzenleme, komisyonun ifadesiyle “muamelât-ı nâssın tevessüüne ve umûr-ı ticariye, sinâiye, ziraiyenin bi’n-netice servet-i umumiyenin matlûb derecede inkişafına mâni” olarak görülmüştür. Benzer şekilde komisyon “servet ve mamuriyetin mümkün olduğu kadar tezayüdü” olarak tespit ettiği gayenin başarısını “serbestî-i mukavelât” ilkesinin kabulüyle mümkün görmektedir.⁴⁵⁸ Diğer bir ifadeyle iktisadi gelişme ve servet birikiminin altyapısını, komisyonun ifadesiyle “mevkûf-aleyh”ini, serbestî-i mukavelât esası oluşturmaktadır. Komisyonun “serbestî-i mukavelât”ı bir “esas” olarak değerlendirmesi de dikkat çekicidir. Zira bu kavram özelde sözleşme kavramına dair liberal bir dönüşümü ifade etmekle beraber iktisadi ve siyasi alanı da kuşatan “serbesti/liberalizm” ideolojisinin de bir parçasıdır. Böylece gerek borçlar hukukunu gerekse total bir şekilde düşünsel dönüşümü yansıtan bir ilke mahiyetine sahiptir.

Serbesti esasının fıkhi dayanağına dair kaygıların da bu dönemde artık kalmadığı görülür. Komisyona göre sözleşmelerde asıl olanın “cevaz ve mubahlık” olması artık yeterli bir şer‘i kaynaktır.⁴⁵⁹ Dahası 1916 Mecelle Tadil Komisyonu’ndaki gibi mezhepler üzerinden mukayese ve tercih usulü yerini “bazı eazım-ı müctehidîn” veya “bir kısım muhakkıkîn fukaha” ifadelerindeki gibi fıkıh birikimine dair tümüyle seçici bir yaklaşıma bırakmıştır. Daha açık bir ifadeyle, Mecelle’deki Hanefi

⁴⁵⁷ “Tadil-i Kavânîn Faaliyetleri: Vacibât Komisyonu”, 1069.

⁴⁵⁸ “Tadil-i Kavânîn Faaliyetleri: Vacibât Komisyonu”, 1069-1070.

⁴⁵⁹ “Tadil-i Kavânîn Faaliyetleri: Vacibât Komisyonu”, 1069.

mezhebine dair vurgu; 1916 ve nispeten 1923 komisyonlarında mezhepler arası telfik usulüne, 1924 komisyonuyla ise herhangi bir mezhep kaygısının olmadığı genel seçici bir yaklaşıma dönüşmüştür. Böylece serbestî-i mukavelâtın şer‘i delillendirmesine dair tartışmaların bu döneme gelindiğinde azaldığını söylemek mümkündür.

Komisyonun “serbestî-i mukavelât” esasının kabulünün hukuki açıdan somut çıktılarını madde tekliflerinde takip etmek mümkündür. Bu açıdan 43. madde sözleşmelere dair serbestiyi dönemin uygulamasına münasip şekilde belirli kayıtlarla ortaya koymuştur:⁴⁶⁰

Madde 43: Ukûd ve muamelâtta asıl olan cevazdır. Binâen-aleyh kanunen memnû veya batıl addolunmayan, adab ve ahlak-ı umûmiyeye ve ahvâl-ı şahsiye, irs, intikal, vasiyet ve emvâl-i gayr-ı menkulenin suret-i tasarrufu gibi intizâm-ı âmme mülâhazasıyla mevzû kavaid ve ahkâma münâfi veya ma‘kûd-aleyhi mümteni‘u’l-husûl bulunmayan ukûd ve taahhüdât muteberdir.

Bu madde ile sözleşmelerde asıl olarak serbestlik esasına mutabakat sağlanmıştır. Aslında bu düzenlemeyle borçlar hukuku alanındaki mevzuat UMHK’deki 64. maddenin 1914 tarihli Kanun-ı Muvakkat şeklindeki tadiliyle uyumlu hale getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle daha önceleri İttihat ve Terakki yönetiminin hukuku serbestî-i mukavelât ekseninde tadil etme çabasının Mecelle ayağı da gerçekleştirilmiştir.⁴⁶¹ Serbesti ilkesine yapılan kayıtlar ise aslında ilkenin Batı hukukundan yapılan bir resepsiyon olduğunu daha net göstermektedir. Zira sözleşmelere yapılan bu kayıtlar da bizzat dönemin Avrupa kanunlarında yer almıştır. Böylece komisyon ilave kayıtların temellendirmesini yine Batılı kanunlara atıfla ortaya koymaya çalışmıştır: “Nitekim Alman ve İsviçre kanunları gibi en yeni Avrupa kanunlarında dahi esas-ı mezkûr, bu gibi kayıtlar ile takyîd edilmiştir.”⁴⁶²

Komisyon ilgili kayıtlara tenakuz durumunda sözleşmenin hükmünü 44. maddede ele almıştır.⁴⁶³ Buna göre sözleşmede öne sürülen şartın “ahlak ve adaba aykırı olması” gibi kayıtlarla tenakuzu durumunda batıl olarak değerlendirilmiş, bu sebeple sözleşmeden ayrı olarak şart lağvedilmiştir.⁴⁶⁴ Ancak sözleşmeden elde edilmek istenen

⁴⁶⁰ “Tadil-i Kavânîn Faaliyetleri: Vacibât Komisyonu”, 1067.

⁴⁶¹ Onda mahsusa diyordu, bunda yok çünkü zaten mecelle düzeltiliyor. Bunu açıkla

⁴⁶² “Tadil-i Kavânîn Faaliyetleri: Vacibât Komisyonu”, 1070.

⁴⁶³ “Madde 44: Bir akit ve mukavele muhtevî bulunduğu ahkam ve şerâitten bazılarındaki esbâb-ı butlân akdi ibtâl etmez. Yalnız bu ahkam ve şerâit lağv olur. Fakat bu ahkam ve şerâit olmaksızın tarafeynin o mukaveleye muvafakiyet etmeyecekleri maksat-ı akitten anlaşılır ise akit dahi batıl addolunur.” (“Tadil-i Kavânîn Faaliyetleri: Vacibât Komisyonu”, 1067.)

⁴⁶⁴ Komisyon buna örnek olarak oyuncu bir kızın sahnedeki rolünü çıplak şekilde gerçekleştirmesinin şart koşulmasını verir. Buna göre ilgili şart ahlak ve adaba aykırılık teşkil etmektedir ve bu sebeple batıl

gayenin ilgili şart olması ve bu şartın eksikliğinde tarafların sözleşmeye rızalarının olmaması durumunda şartla beraber sözleşme de batıl olur. Son olarak üçüncü taraflar lehine öne sürülen şartlar da 46. madde ile geçerli görülmüştür: “Madde 46: Bir akit zımında tarafeynin bir şahs-ı sâlis lehine şart dermeyan etmesi caizdir. Bu halde meşrût-leh meşrût-aleyhe doğrudan doğruya müracaat hakkını haiz olur.”⁴⁶⁵ Mecelle ve Hanefi mezhebindeki *müftâ-bih* görüşe göre bu tür şartlar sözleşmeye muhatap olan taraflar haricindeki bir kişiye ek bir hakkı ifade etmesi sebebiyle batıl olarak değerlendirilmekteydi. Zira üçüncü şahıs lehine düzenlenen bir şart aynı zamanda alıcı veya satıcı açısından dolaylı olarak mutlak tasarruflarında bir eksilme olarak görülmüştür.⁴⁶⁶ Ukûd ve Vacibât Komisyonu ise üçüncü şahıslar açısından da serbesti ilkesine daha uygun bir yaklaşımı benimsemiştir. Komisyona göre tarafların “kendi ihtiyâr ve rızasıyla bu şartı iltizam ve taahhût” etmeleri durumunda “artık onu ifa etmesi muktezidir.”⁴⁶⁷ Böylece Mecelle’de butlana sebep olan unsurların geçerliliği için tarafların “irade” ve “rıza”sı artık yeterli koşullar haline gelmiştir.⁴⁶⁸

1916-1925 yılları arasında Mecelle’nin tadili için üç kere girişimde bulunulmuş ve borçlar hukukunu içeren melez bir kanun önerisi hazırlanmıştır. Ancak bütün bu çalışmaların az veya çok seviyede Osmanlı hukuku ve dolayısıyla fıkıh birikimiyle olan teması yapılan çalışmaların sürekli “yetersiz” veya “verimsiz” olarak görülmesine sebep olmuştur.⁴⁶⁹ Zira ilk tadil çalışmasından itibaren tekrarlanan asli amaç “hukuk-ı memalik-i saire” olarak işaret edilen Batı uygulamasına uyumlu olma çabası olmuştur. Bu amaçla yapılan çalışmalar fıkha yönelik seçici bir usulü doğurmuş, Batılı uygulamanın şer’i kaynaklarının üretildiği “fıkıh mühendisliği” süreci tatbik edilmiştir. Mahmud Esat Bey (ö. 1943), çalışmalardaki bu seçici yaklaşıma şu şekilde değinir:

olarak değerlendirilir. Böylece şart geçersiz olup sözleşme sadece oynayacağı rol üzerine kurulmuş olur. Ancak tarafların buna rıza göstermemeleri durumunda sözleşmenin tümüyle butlanına hükmedilir. (“Tadil-i Kavânîn Faaliyetleri: Vacibât Komisyonu”, 1070.)

⁴⁶⁵ “Tadil-i Kavânîn Faaliyetleri: Vacibât Komisyonu”, 1068.

⁴⁶⁶ Örneğin, bir daire satışında bir başkasının kalmasına dair öne sürülen şart ilgili üçüncü şahsa fayda sağlamakla beraber alıcının tasarruf hakkında eksikliğe neden olacaktır. Benzer şekilde akdin tarafları haricindeki üçüncü bir kişiye müşterinin borç vermesi üzerine öne sürülen şart batıl olup geçersiz sayılır. (Buhârî İbn Mâze, *el-Muḥîṭ*, 6/392; Mevṣılî, *el-İhtiyâr*, 2/25; Halebî, *Multekâ’l-ebḥur*, 90.)

⁴⁶⁷ “Tadil-i Kavânîn Faaliyetleri: Vacibât Komisyonu”, 1071.

⁴⁶⁸ Komisyona göre bu konuda şer’i bir engel de bulunmamaktadır.

⁴⁶⁹ Şüphesiz bu yaklaşımın sebebi komisyonun yapısına göre çeşitlilik göstermiştir. Zira 1916 tarihli ve 1924 tarihli komisyon arasında “Batılılaşma” ve “sekülerleşme” açısından ortak bir yaklaşımın olduğunu iddia etmek hatalı olacaktır. Özellikle 1924 yılına gelindiğinde, kurulan yeni yönetimin düşünce yapısında fıkıhın “yetersizliğini”, dönemin Adliye Vekili Mahmud Esat Bey’in şu ifadelerinde görmek mümkündür: “Türkün milli ihtiyaçlarını, İslami esaslardan mülhem olan Maliki, Hanbeli, Şafii, Hanefi kurallarla nasıl ifade edebildik?” (Mahmud Esat Bozkurt, “Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı”, *Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin*, 1944, 10.)

“Çalışma tarzlarına gelince, bu pek hazin bir şeydi. Mesela Medeni Kanun’un ... fasılları şöyle yazılmıştır: Bir hüküm Alman kanunundan, bir hüküm Hanbeli mezhebinden, bir hüküm Fransız kanunundan, bir hüküm Şafii’den, Hanefi’den, diğer bir hüküm İsviçre’den...”⁴⁷⁰ Nihayet ortaya çıkan sonucun tam anlamıyla “yeni” ve Batılı anlamda “terakki”yi ifade etmemesi ve yeni kurulan yönetimin bütün alanlarda Osmanlı tecrübesine devr-i sabık yaklaşımı ile Batı merkezli düşünce yapısı son olarak 1924 Ukûd ve Vacibât Komisyonu’nun da tekrarı olmayacak surette ilgasına sebep olmuştur. Zira Mahmud Esat Bey komisyonların ilgasını şu sözleriyle duyurmuştur:⁴⁷¹

Sayın Arkadaşlar, Türk ihtilalinin kararı Batı medeniyetini kayıtsız şartsız kendine mal etmek, benimsemektir. Bu karar o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki önüne çıkacaklar demirle, ateşle yok edilmeye mahkûmdurlar... Şimdiye kadar geçen hizmetlerinize teşekkür eder ve komisyonların vazifelerine son veririm.

C. 1926 Borçlar Kanunu

Mecelle üzerinden yapılan “tadil” çalışmalarının sonlandırılmasıyla yerine “resepsiyon” esaslı bir hukuki dönüşüm planlanmıştır. Cevdet Paşa’nın, kanunların Osmanlı hukuki birikimi üzerine inşa edilmesi gerektiği iddiası böylece geçersiz görülmüş ve bizzat tercümeyle kanunların Batı’dan alınması uygun görülmüştür. Zira yeni Medeni Kanun’un “Esbâb-ı Mûcibe”sinde yeni Türk devletinin “çağdaş medeniyet” dairesinde Batı toplumlarının bir uzantısı olduğu ve hukuki ihtiyaçlarının da bu surette temin edilmesi gerektiğine işaret edilmiştir: “Asr-ı hâzır aile-i medeniyetine mensup milletlerin ihtiyaçları arasında esaslı bir fark yoktur.”⁴⁷² Bu düşüncenin sonucu ise Tanzimat Devri’nden beri yürütülen Batı ile muhasebe ve uyum çabalarından farklı olarak edilgen bir usulle yapılan resepsiyon olmuştur. Böylece artık bir mezcetme arayışı yerine bizzat Batı’da olanın nakli gerekli görülmüştür.⁴⁷³

Şu ciheti de işaret etmek lazımdır ki, muasır medeniyeti almak ve benimsemek kararıyla yürüyen Türk milleti, muasır medeniyeti kendisine değil, kendisi muasır medeniyetin îcâbâtına her ne pahaya olursa olsun ayak uydurmak mecburiyetindedir.

⁴⁷⁰ Bozkurt, “Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı”, 8-9.

⁴⁷¹ Bozkurt, “Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı”, 11.

⁴⁷² “Türk Kanun-ı Medenisi”, *Ceride-i Adliye* 3/43-46 (Mayıs 1926), 3.

⁴⁷³ “Türk Kanun-ı Medenisi”, Mayıs 1926, 4.

Bunun somut çıktısı olarak İsviçre Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu çeşitli hukukçulardan oluşan iki heyet tarafından tercüme edilmiştir.⁴⁷⁴ Sırasıyla 17 Şubat ve 22 Nisan 1926 tarihlerinde TBMM’de kabul edilen kanunlar böylece 4 Ekim 1926 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.⁴⁷⁵ Mecelle’den Borçlar Kanunu’na yaşanan dönüşümün verimli iktisadi etkilerine Mahmud Esat Bey şu ifadeleriyle işaret etmiştir: “Mecelle Türk milletinin iktisadi, içtimai ve ticari itibarını zaafa duçar ediyordu, faaliyet-i iktisadiyemiz felce uğruyordu. Borçlar Kanunu ile bu faaliyet yeniden takviye ve tarsîn edilecektir.”⁴⁷⁶ Böylece Borçlar Kanunu’nun kabulü Batı’ya angaje olma çabalarında hem hukuki hem de iktisadi uyumun bir parçası olarak görülmüştür.

Toplamda 544 maddeyi içeren Borçlar Kanunu’nun 19. ve 20. maddeleri sözleşme serbestisine dair düzenlemeleri içermektedir. Sözleşmenin sınırlarını tespit eden 19. madde şu şekildedir:⁴⁷⁷

Bir akdin mevzuu kanunun gösterdiği hudûd dairesinde serbestçe tayin olunabilir. Kanunun kat’i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet, ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.

İlgili maddenin ilk fıkrası sözleşme serbestisini esas olarak kabul etmiş, ardından ikinci fıkrası ise bu serbestinin sınırlarını ve istisnalarını tespit etmiştir. Buna göre sözleşmenin geçerli olması için (i) hukuki kaidelere veya kanunun emredici hükümlerine, (ii) ahlaka veya kamu düzenine ve (iii) şahsi haklara aykırı olmaması gerekmektedir. İlgili hüküm ile sözleşme serbestisinin tesisi amaçlansa da bu maddenin eski UMHK’nin 64. maddesine göre daha sınırlayıcı olduğunu ifade etmek gerekir. Zira Kanun’unun 64. maddesinde “kanunun yasaklayıcı özel hükümlerine aykırı olmamak” şart koşulurken bu maddede sınır “kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak” şeklinde tespit edilmiştir. Yasaklayıcı hükümlerin emredici hükümlere göre daha az olması ve yine bunların özel hükümlerle sınırlandırılması UMHK’nin sözleşme serbestisi açısından daha geniş bir alan tanıdığı anlamına gelmektedir. Zira Temistokli

⁴⁷⁴ Heyette yer alan üyeler hakkında bkz. Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, 387. Resepsiyon için İsviçre kanunlarının tercihinin sebeplerine dair açıklamalar için bkz. Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, 190-191.

⁴⁷⁵ “Borçlar Kanunu Lâyihası (1/909) ve Adliye Encümeni Mazbatası”, *T.B.M.M. Zabıt Ceridesi* 24/89 (22 Nisan 1926), 1-56; “Türk Kanun-ı Medenisi”, *T.B.M.M. Zabıt Ceridesi* 22/57 (17 Şubat 1926), 1-87.

⁴⁷⁶ “Birinci Celse: Evrâk-ı Vâride” (*T.B.M.M. Zabıt Ceridesi*, 22 Nisan 1926), 173.

⁴⁷⁷ “Borçlar Kanunu”, *Ceride-i Adliye* 3/47-49 (Ağustos 1926), 13.

Zembulidis bu sebeple maddenin UMHK'nin meri 64. maddesindense mülga haline daha çok benzediğini iddia etmektedir.⁴⁷⁸

Kanun'un bir sonraki 20. maddesinde ise sözleşmenin konusunu batıl kılan unsurlar ve batıl şartların sözleşmeye etkisi tespit edilmiştir. Maddenin metni şu şekildedir:⁴⁷⁹

Bir akdin mevzuu gayr-i mümkün veya gayr-i muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır. Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağv olur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde akitler tamamıyla batıl addolunur.

Maddenin ilk fıkrası gereğince sözleşme, konusunun imkânsız veya ahlaka uygun olmaması durumunda resen hükümsüz görülmüştür. Bu hüküm Mecelle'nin 198. ve 209. maddelerine⁴⁸⁰ de uygundur. Ancak UMHK'nin 64. maddesinde bu tür sözleşmeler resen hükümsüz görülmeyip taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece değerlendirilmekteydi. 20. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları ise batıl şartın sözleşmeye tesiri üzerinedir. Buna göre batıl şartların sözleşmeye etkisi olmadan lağvolduğu kabul edilmiştir. Ancak üçüncü fıkra gereğince sözleşme, ilgili şartların eksikliğinde kurulmuyorsa şartlarla beraber sözleşmenin de butlanına hükmedilecektir. Zira sözleşme, bu şartlar üzerine kurulmuş olup onların eksikliğinde tarafların rızasından aridir. Batıl şartlara dair Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi Mecelle'nin 189. maddesiyle uyumlu olmakla beraber UMHK'nin 64. maddesinin konuyla ilgili açık bir hükmü yoktur.⁴⁸¹

⁴⁷⁸ Zembulidis, "Medeni ve Ticari Hukuk: Serbesti Ukud ve Mukavelat", 307. Temistokli'nin bu iddiası salt olarak iki madde kıyas edildiğinde doğru olsa da mülga 64. madde açısından Mecelle'nin meri olduğu unutulmamalıdır.

⁴⁷⁹ "Borçlar Kanunu", 13.

⁴⁸⁰ "198. Madde: Mebi'in teslimi mümkün ve makdûr olmak lazımdır." (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, 47.) "209. Madde: Teslimi mümkün ve makdûr olmayan şeyi satmak batıldır." (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, 48.)

⁴⁸¹ Temistokli'ye göre 64. madde batıl şartın sözleşmeyi de hükümsüz kılacağına zımnen hükmeder. (Zembulidis, "Medeni ve Ticari Hukuk: Serbesti Ukud ve Mukavelat", 309.)

SONUÇ

Çalışmada Avrupa’da liberalizm düşüncesi ve kapitalist ekonomi yapısı dâhilinde yaşanan sözleşme anlayışındaki dönüşümün kavramsal neticesini ifade eden “sözleşme serbestisi”nin, Mecelle’ye ve sonrasında Osmanlı dünyasına girişi ve bunun üzerinden yaşanan tartışmalar ile kanun tadilleri ele alınmıştır. Böylece Cumhuriyet öncesinde Osmanlı’da başlayan sözleşme serbestisi (*serbestî-i mukavelât*) kavramına dair tartışmalar tespit edilmiştir. Buna göre sözleşme serbestisi kavramının Osmanlı bağlamında bir problem olarak tartışılması takyidî şartlar üzerinden yaşanmıştır. Zira sözleşme serbestisinin bir unsuru da şart serbestisi olup tarafların sözleşmede öne süreceği şartlarda serbest olmasını ifade etmektedir. Osmanlı hukuk yapısını şekillendiren Hanefi mezhebindeki *müftâ-bih* görüşe göre ise bazı tür şartların fâsid olarak değerlendirildiği görülür. Özellikle “taraflardan birine ek fayda sağlayan” şartların bu fâsid şartlardan olması sözleşmelerin işlevselliği ve verimliliği açısından Batılı tüccarlara problem oluşturduğu görülmektedir. Zira Batı’da 19. yüzyılda gelişen liberal ve kapitalist düşünce üzerine kurulu hukuk yapısı, sözleşmelerin meşruiyetini tarafların rızasına bağlamıştı. Böylece sözleşmelerin adli her türlü müdahaleden muhafazası ve uygulanması hususunda yaptırıma konu olmasını dikte etmekteydi. Bu ise uygulamanın Hanefi görüşlerine göre şekillendiği Osmanlı hukuk yapısıyla çelişen bir durum olmuştur. Zira taraflar arası mübadelede eşitliği muhafaza eden Hanefi görüşünde eşitliğin bir taraf lehine bozulmasına sebep olan şartlar “faiz” gibi karşılıksız bir menfaat olarak görülüp bu ise akdin şartla beraber fâsid olmasına sebep olmaktaydı. Sonuç olarak Weber’in kapitalist aktörün hareket yapısını tanımlarken kullandığı şekildeki bir “hesaplanabilir ve öngörülebilir hukuki yapının”, Batı iktisat dünyası açısından çevre birim olan Osmanlı topraklarında bulunmadığı görülür.

Mecelle’nin 1869 tarihli *Kitâbu’l-Buyû* ‘unda Hanefi mezhebine göre tespit edilen mevzuat, ilk günden itibaren problemlere sebep olmuştur. Zira bizzat Mazbata’da takyidî şartlar konusu en önemli ve problematik bölüm olarak tespit edilmiş; bu sebeple fâsid şartlar hakkında Hanefi görüşünü delillendirme ihtiyacı hissedilmiştir. Bu durum Mecelle Cemiyeti’nin Hanefi mezhebinin hâricinde görüş bildirme konusundaki çekincesi kadar mevcut ticari uygulamalara cevapsız kalma kaygısı olduğunu gösterebilecek bir örnektir. Zira Cemiyet’in, dönemin ticari faaliyetlerinde yaygın olan şartların örf deliline istinaden caiz olacağı şeklindeki görüşüyle bir “ihtiyaca” hitap ettiği görülür. Buna ilaveten bizzat Cevdet Paşa’nın ilgili

hükümlerin tadiline yönelik teklif için aldığı notlar, konuya dair tereddütlerin devamını gösteren bir örnektir.

Mazbata'da konuya dair çözüm arayışı ve ileriki dönemde gittikçe artan eleştirilerin, dönemin ticari faaliyetleriyle paralel bir seyir izlediği de görülür. Zira 18. yüzyılın sonlarında üretime oranla %2-3 bandında olan dış ticaret hacmi, 1913'e gelindiğinde bütün Osmanlı ekonomisinin %35'ine yakın bir orana sahip olmuştur. Gittikçe artan ticaret hacminin, meri hukuk ile olan uyumsuzluğu ise şartlar bahsi üzerinden örneklendirilmiştir. Nitekim Mecelle'nin fâsid şartlara dair hükümlerinin sözleşme serbestisine uygun olmadığı fikrini 1913 yılından itibaren yayınlarda takip etmek mümkündür. Bu dönemde Celal Nuri ve Mişon Ventura gibi kişiler mevcut sözleşmelerin Osmanlı hukuk yapısı içerisinde korunmadığını, hatta mahkemeye taşınması durumunda geçersiz olacaklarını tespit etmişlerdir. Seyyid Bey ise çağdaş ticari ilişkilerin kurucu ilkesinin sözleşme serbestisi olduğunu ifade etmiştir. Bu görüşler dikkate alındığında Batılı devletlerin pazar arayışının bir sonucu olan Osmanlı dış ticaretinin hukuki problemlere rağmen ciddi bir ihtiyacı ifade ettiği söylenebilir. Ancak iktisadi ve siyasi ilişkiler üzerinden kurulan bu karşılıklı bağımlılığın Osmanlı'nın hukuki bağımlılığını doğurmaya başladığı görülür. Zira dergi yazılarında talep edilen "Mecelle tadili", 1916 yılı itibariyle fikir aşamasından uygulamaya geçmiş ve Mecelle açısından serbesti yönünde ilk resmi uyum çalışması olmuştur.

Mecelle'den başlayarak 1916, 1923 ve 1924 tadil komisyonlarının fâsid şartlara yaklaşım şekilleri aynı zamanda dönemin hukuk anlayışına dair ipuçları barındırmaktadır. Zira Mecelle'de Hanefi mezhebi dâhilinde tespit edilen hükümler her tadil komisyonuyla "sözleşme serbestisi"ne daha uygun olacak şekilde gerek hüküm gerek kaynak konusunda genişlemeyi içermektedir. Mecelle Cemiyeti'nin Mazbata'da Hanefi mezhebindeki görüşü "örf-i târî"ye yaptığı atıfla çözümleme girişimi bu açıdan mezhep temelli bir değişim çabası olmuştur. Ancak hâkimlerin taraflara ilave fayda sağlayan şartları örf dâhiline sokmamaları sebebiyle şartların geçerliliği korunamamıştır. Bunun üzerine 1916 tarihli Mecelle Tadil Komisyonu Hanbeli mezhebinin *mütekaddimîn* görüşünü tercih etmek suretiyle bir adetle sınırlı olarak şartların hükmünde değişikliğe gitmiştir. Sınırlı bir serbestlik sağlayan bu düzenleme "sözleşme serbestisi"ne geçişte ara bir form olmuştur. Zira 1923 ve 1924 Ukûd ve Vâcibât Komisyonlarında "*serbestî-i mukavelât* esası"nın da bizzat kabulü maksadıyla sayı sınırı olmadan şartların serbestliği kabul edilmiştir. Detaylarını 1924

Komisyonu'nun raporunda takip ettiğimiz bu görüş, Batı hukukuna uyum amacıyla ve iktisadi gelişmenin bir parçası olarak kabul edilmiştir. Ayrıca son iki komisyonda mezhep kaygılarının gittikçe azaldığı görülür. Özellikle 1924 Komisyonu'nda görüşlerin “muamelâtta aslolanın mubahlık olduğu” gibi kaidelerin kullanımı ve “bazı müçtehitler” şeklindeki mezhepten bağımsız olarak fakihlere yapılan atıflarla meşrulaştırıldığı görülür. Böylece Hanefi-merkezli düşünceden 1916 Komisyonu'yla telifik temelli bir eğilime doğru yaşanan değişim, 1923 ve 1924 Komisyonlarıyla fikhın tamamından içtihatların seçildiği bir usule evrilmiştir. Hüküm üretirken kullandıkları kaynaklardaki değişime rağmen komisyonların amacının ortak olduğunu söylemek mümkündür. Zira her bir komisyon şartlar konusunda mevcut ticari uygulamaları göz önünde bulundurmuş ve dönemin mezhep konusundaki esneklik seviyesine göre fâsid şartların geçerliliği yönünde hukuki çözümler aramıştır.

Mecelle ve fıkıh üzerinden yürütülen tadil çabalarının Cumhuriyet yönetimi tarafından “verimsiz” olarak değerlendirilmesi, tadil komisyonlarının Batılı kanunlarla uyum sağlama yönündeki düzenlemelerine rağmen başarısız olmasına sebep olmuştur. Bu sebeple 1924 tarihli Ukûd ve Vâcibât Komisyonu ilga edilmiş ve yerine İsviçre Borçlar Kanunu'nun tercümesiyle görevli yeni bir komisyon oluşturulmuştur. Böylece 1869 tarihinden itibaren meri olan Mecelle'nin, 1926 tarihinde Borçlar Kanunu'nun kabulüyle lağvedilmesine karar verilmiştir. Resepsiyon usulünce kabul edilen yeni Kanun'da sözleşme serbestisi kavramı Batılı bir devletten bizzat devralınmıştır. Ancak yeni mevzuatta şartlarla ilgili hükümlerin 1914 tarihli UMHK ve 1924 tarihli Ukûd ve Vâcibât Komisyonu'nun önerisinden ciddi bir farklılığı ifade etmediği görülür. Aksine 1928 tarihli yazısında Temistokli Zembulidis yeni Borçlar Kanunu'nun kısmen de olsa daha sınırlayıcı bir mahiyete sahip olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca Ventura ve Zümbülidis sözleşme serbestisinin ilk olarak 1914 UMHK'nin 64. maddesiyle tesis edildiğini ortaya koymuşlardır. Bu durum ikincil literatürde Türk hukuk tarihindeki sözleşme serbestisinin yerini 1926 Borçlar Kanunu üzerinden başlatan yaklaşımın Osmanlı tecrübesi açısından yetersiz olduğunu ortaya koymaktadır.

Sözleşme serbestisi kavramı üzerinden takip edilen süreç, 19-20. yüzyıllarda yaşanan dönüşümde hukuk ve iktisat alanlarının birbiriyle yakın iletişimini gösteren bir örnektir. Tadil komisyonlarının “zamanın ihtiyaçlarını” karşılamak üzere kurulması ve bizzat Adliye Vekili tarafından hukukun “ekonomik büyümenin” faktörü olarak değerlendirilmesi bu ilişkiye dair dikkat çekici ipuçlarıdır. Diğer taraftan, sözleşme

serbestisi üzerinden yaşanan dönüşümü takyidî şartlarla ilgili bir mevzuat değişikliği şeklinde sınırlandırmak da hatalı olacaktır. Zira Batı tecrübesine paralel olarak bu süreç aynı zamanda sözleşmenin meşruiyetine dair düşünsel bir değişimi içermiştir. Özellikle takyidî şartlara dair tartışmalarla beraber tadil komisyonlarında bizzat akıt kavramı ve akdın konusu üzerine yapılan müzakereler “sözleşme serbestisi”nin ifade ettiği yeni sözleşme anlayışının diğer veçhelerini ifade etmektedir. Her iki durum dikkate alındığında “sözleşme” ve “ticaret” mefhumları arasındaki yakın irtibat üzerinden Osmanlı son dönemindeki fıkıh ve iktisat üzerinden yaşanan çatışma ve etkileşimin tespiti için ileri çalışmalara ihtiyaç duyulduğunu söylemek mümkündür.



KAYNAKÇA

- Abdullah, Atikullah. “The Doctrine of the Freedom of Contract (Ḥurriyyat al-Ta’âqud) in Islamic Mu’âmalât”. *Islamic Studies* 50/3/4 (2011), 365-381.
- Abdüssettar. *Mecelle Şerhi Teşrih*. İstanbul: Mihran Matbaası, 1296.
- Abidin Paşa. *Borsa Risalesi: Hava Oyunları*. İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları, 2019.
- Ahmed Cevdet Paşa. *Ma’ruzat*. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1980.
- Ahmed Cevdet Paşa. *Tezakir : 1-12*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1953.
- Ahmed Ziya. *Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Şerhi ve Zeyli*. İstanbul: Cihan Matbaası, 1329.
- Akiba, Jun. “Sharī’a Judges in the Ottoman Nizāmiye Courts, 1864-1908”. *Osmanlı Araştırmaları* 51/51 (2018), 209-237.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam*. 4 Cilt. İstanbul: Matbaa-i Tevsi’-i Tıbbat, 1330.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.
- Apaydın, H. Yunus. “Muhayyerlik”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 31/25-30. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.
- Aquinas, Thomas. *Summa Theologiae: Volume 37, Justice: 2a2ae*. 57-62. ed. Thomas Gilby. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Arabi, Oussama. “Contract Stipulations (Shurut) in Islamic Law: The Ottoman Majalla and Ibn Taymiyya”. *International Journal of Middle East Studies* 30/1 (1998), 29-50.
- Ardıç, Nurullah. *Islam and the Politics of Secularism: The Caliphate and Middle Eastern Modernization in the Early 20th Century*. London: Routledge, 2012.
- Aristotle. *Aristotle: Nicomachean Ethics*. çev. Roger Crisp. Cambridge, U.K. ; New York: Cambridge University Press, 2000.
- Atıf Bey. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye: Şerh-i Kitâbu’l-Buyû*. İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, 1318.
- Atıf Bey. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’den Kavaid-i Külliye Şerhi*. İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, 1327.
- Atikullah Abdullah. “The Doctrine of the Freedom of Contract (Ḥurriyyat al-Ta’âqud) in Islamic Mu’âmalât: An Exposition on the Concept and Rules of the Contract

- of Muqāwalah in the Construction Industry”. *Islamic Studies* 50 iii-iv (2011), 365-381.
- Atiyah, Patrick S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Oxford University Press, 1985.
- Aydın, Mehmet Âkif. “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk hukuk tarihi*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 14. Basım, 2017.
- Ayoub, Samy. *Law, Empire and the Sultan: Ottoman Imperial Authority and Late Hanafi Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 2020.
- Ayoub, Samy. “‘The Sultān Says’: State Authority in the Late Hanafi Tradition”. *Islamic Law and Society* 23/3 (2016), 239-278.
- Bardakoğlu, Ali. “Ferâğ”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/351-354. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Bardakoğlu, Ali. “İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”. *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1 (1983), 9-30.
- Bayındır, Abdülaziz. “Bey‘ Bi’l-Vefâ”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 6/20-22. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
- Bedir, Murteza. “Fikih to Law: Secularization Through Curriculum”. *Islamic Law and Society* 11/3 (2004), 378-401.
- Boldeman, Lee. “The Doctrine of Freedom of Contract”. *The Cult of The Market: Economic Fundamentalism and Its Discontents*. 245-268. The Australian National University E Press, 2007.
- Bozkurt, Gülnihal. *Batı hukukunun Türkiye’de benimsenmesi : Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne resepsiyon süreci (1839-1939)*. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 3. Basım, 2020.
- Bozkurt, Mahmud Esat. “Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı”. *Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin*. 960, 1944.
- Bozkurt, Nebi. “Mihrican”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 30/38-39. İstanbul: TDV Yayınları, 2005.
- Buhârî İbn Mâze, Burhâneddîn Maḥmûd b. Aḥmed el-. *el-Muḥîṭu ’l-Burhânî fî l-fikhi ’n-Nu ’mânî*. 9 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, 2004.

- Cabrillo, Francisco. “The Rise and Fall of Freedom of Contract in Western Economies: A Common Experience”. *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse*. ed. Thomas Eger vd. 253-262. Wiesbaden: Gabler Edition Wissenschaft, 2008.
- Celal Nuri. “Havâic-i Kanuniyemiz: Mecelle Meselesi”. *İctihad* 4/64 (02 Mayıs 1329), 1384-1387.
- Cevdet, Yavuz. *Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 10. Basım, 2014.
<http://ktp2.isam.org.tr/detayzt.php?navdil=tr&idno=166275&tarama=cevdet+yavuz>
- Chamberlain, John. *The Roots of Capitalism*. Indianapolis: Liberty Press, 1976.
- Chrenkoff, Arthur. “Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea”. *Australian Journal of Legal Philosophy* 21 (1996), 36-55.
- Chroust, Anton-Hermann - Osborn, David. “Aristotle’s Conception of Justice”. *Notre Dame Law Review* 17/2 (01 Ocak 1942), 129.
- Çalış, Halit. “İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”. *Dinî Araştırmalar* VII/19 (2004), 269-295.
- Çolak, Abdullah. *İslam Borçlar Hukuku*. İstanbul: Ensar Yayınları, 2020.
- Çötök, Tufan. *Aristoteles Ahlakının Kurucu Erdemi Olarak Phronesis*. Sakarya Üniversitesi, 2011.
- Dalzell, John. “Duress by Economic Pressure I”. *North Carolina Law Review* 20/3 (1942), 237-277.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “Garar”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 13/366-371. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Durmuş, Ensar - Yargı, Mehmet Ali. “1917 Tarihli Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi’ne Yöneltilen Eleştiriler”. *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 15 (20 Haziran 2019), 312-363.
- Edwards, Carolyn. “Freedom of Contract and Fundamental Fairness for Individual Parties: The Tug of War Continues”. *UMKC Law Review* 77/3 (2009), 647-696.
- Eldem, Vedat. *Osmanlı İmparatorluğu’nun İktisadi Şartları Hakkında Bir Tetkik*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1970.
- Erdem, Sami. “Oryantalizmden Anlamaya: İngilizce Literatürde Mecelle Algısı”. *Dîvân* XXIV/48 (Ocak 2020), 1-35.

- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 24. Basım, 2019.
- Fayda, Mustafa. “Atâ”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 4/33-34. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.
- Genç, Mehmet. “19. Yüzyılda Osmanlı İktisadî Dünya Görüşünün Klasik Prensiplerindeki Değişmeler”. *Dîvân: Disiplinlerarası Çalışmalar Dergisi* 4/6 (1999), 1-8.
- George, Spenceri. *The Code Napoleon, Or, The French Civil Code*. London: William Benning, Law Bookseller, 1827.
- Goadby, F. M. “The Moslem Law of Civil Delict as Illustrated by the Mejlle”. *Journal of Comparative Legislation and International Law* 21/1 (1939), 62-74.
- Goadby, Frederic Maurice. *Introduction to the Study of Law*. London: Butterworth, 1910.
- Gordley, James. *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2007.
- Gordley, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Gündüz, Şinasi. “Nevruz”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 33/60-61. İstanbul: TDV Yayınları, 2007.
- Hacak, Hasan. “Mal”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 27/461-465. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Haçkalı, Abdurrahman. “İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”. *Dinî Araştırmalar* V/13 (2002), 119-136.
- Haçkalı, Abdurrahman. *İslâm Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar*. Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Yüksek Lisans, 1995.
- Halebî, İbrâhîm el-. *Multekâ'l-ebhur*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1998.
- Hallaq, Wael B. *Sharî'a: Theory, Practice, Transformations*. Cambridge University Press, 2009.
- Hatemi, Hüseyin - Gökyayla, K. Emre. *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. Basım, 2015.
- Holmes, Oliver Wendell. “Contract: I. History”. *The Common Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.
- Horwitz, Morton J. *The Transformation of American Law: 1780-1860*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

- İbn Humām, Kemāluddīn Muḥammed b. ‘Abdu’l Vāḥid es-Sivāsī. *Fethu’l-kadir*. 10 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Fikr, 1970.
- İbn Kudâme, el-Maḳdisî. *el-Kâfi fî fıkhi’l-İmâm Aḥmed*. 4 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, 1994.
- İbn Rüşd, Ebû’l-Velîd Muḥammed b. Aḥmed b. Muḥammed b. Aḥmed Kurtûbî Endelüsî. *Bidâyetu’l-Muctehid ve Nihayetu’l-Muktesid*. 4 Cilt. Qâhire: Dâru’l-Hadîs, 2004.
- İnalcık, Halil. “Osmanlı’nın Avrupa ile Barışıklığı: Kapitülasyonlar ve Ticaret”. *Doğu Batı* 24 (2003), 55-81.
- Kallek, Cengiz. “Kaparo”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 24/339-340. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Karaoğlu, Ömer. *Osmanlı İktisat Tasavvuru ve Modernleşme: 19. Yüzyıldan Portreler-Olaylar-Belgeler*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2018.
- Karayaka, Hüseyin. “Akit Hürriyetinin Kur’ânî Dayanakları”. *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 36 (2020), 227-253.
- Karayaka, Hüseyin. *İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti*. Erzurum Atatürk Üniversitesi, 2019.
- Kâsânî, Ebû Bekir b. Mes’ûd el-. *Bedâ’i’u’s-şanâ’i fî tertibi’ş-şerâ’i’*. Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-‘İlmiyye, 1986.
- Kaşıkcı, Osman. “Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler”. *EBYÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (1997), 207-238.
- Kaşıkcı, Osman. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1997.
- Kaşıkcı, Osman. “Şart (Fürû-i Fıkıh)”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 38/365-367. İstanbul: TDV Yayınları, 2010.
- Kaymakçı, Said Salih. *The Sultan’s Entrepreneurs, the Entrepreneurs’ Sultan: Berathl Avrupa Tüccarı and Institutional Change in the Nineteenth Century Ottoman Empire (1835-1868)*. Boğaziçi Üniversitesi, 2013.
- Kessler, Friedrich. “Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract”. *Columbia Law Review* 43/5 (1943), 629-642.
- Kırmızı, Abdulhamit. “Şer’an Olamadığı Halde Kanunen ve Nizamen: Osmanlı Uleması ve Tanzimat”. *Sahn-ı Semân’dan Dârülfünûn’a: XIX. Yüzyıl Osmanlı’da İlim ve Fikir Dünyası*. 31-71. İstanbul: Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2021.

- Kızılkaya, Ertuğrul İbrahim. “Zeitgeist ve Michel Foucault’nun Tarihsel A Priori Kavramı”. *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi* 25 (01 Nisan 2018), 109-130.
- Kızılkaya, Necmettin. *Legal Maxims in Islamic Law: Concept, History and Application of Axioms of Juristic Accumulation*. Leiden: Brill, 2021.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 6. Basım, 2014.
- Koçak, Zeki. “Hukuk Tekniği Açısından Mecelle’ye Yapılan Eleştiriler ve Değerlendirilmesi”. *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 19/2 (2015), 27-48.
- Ḳudûrî, Ebü’l-Hüseyn Aḥmed b. Ebî Bekr Muḥammed el-. *Muḥtaşaru’l-Ḳudûrî*. Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-‘İlmiyye, 1997.
- Küçükyalçın, Arzu. “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53/4 (2004), 101-124.
- Laldin, Mohamad - Furqani, Hafas. “Maqāsid Al-Sharī‘ah and Stipulation of Conditions (Shurūṭ) in Contracts”. *ISRA International Journal of Islamic Finance* 6 (2014), 173-182.
- Layish, Aharon. “The Transformation of the Sharī‘a from Jurists’ Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World”. *Die Welt des Islams* 44/1 (2004), 85-113.
- McGowen, Randall. “The Rise and Fall of Freedom of Contract by P. S. Atiyah”. ed. P S Atiyah. *Victorian Studies* 25/3 (Mayıs 1982), 386-388.
- Mehmed Ali. *Rehber-i Tâlibîn-i Mecelle*. 1 Cilt. İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, 1305.
- Mensch, Betty. “Freedom of Contract as Ideology”. *Stanford Law Review* 33/6 (1981), 753-772.
- Mergînânî, Ebü’l-Ḥasen Burhânüddîn ‘Alî b. Ebî Bekr b. ‘Abdilcelîl el-. *el-Hidâye fî Şerḥi Bidâyeti’l-mübtedî*. 4 Cilt. Beyrut: Daru’l-İḥyâ’i Tûrâşî’l-‘Arabi, ts.
- Mes’ûd Efendî. *Mir’at-ı Mecelle*. İstanbul: Matbaa-i Osmaniye, 1302.
- Mevşîlî, Ebü’l-Fazl Mecdüddîn ‘Abdullâh b. Maḥmûd b. Mevdûd el-. *el-İḥtiyâr li ta’alili’l-Muḥtâr*. 5 Cilt. Beyrut: Matba‘atü’l-Halebî, 1937.
- Meydânî, ‘Abdülḡanî b. Ṭâlib b. Ḥammâde el-. *el-Lübâb fî şerḥi’l-Kitâb*. 4 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-‘İlmiyye, ts.

- Micklitz, Hans-W. "On the Intellectual History of Freedom of Contract and Regulation". *Penn State Journal of Law & International Affairs* 4/1 (2015), 1-32.
- Mohammed, Noor. "Principles of Islamic Contract Law". *Journal of Law and Religion* 6/1 (1988), 115-130.
- Musliu, Abdulnutor. *Akit Hürriyeti Bağlamında Modern Dönem İslâm Hukukçularının Satım Akdi Çerçevesinde Takyidi Şartlara Yaklaşımları*. Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans, 2019.
- Mustafa Asım. "Mecelle Meselesi". *İctihad* 4/65 (09 Mayıs 1329), 1417-1418.
- Nesefî, Ebû'l-Berekât Hâfızüddîn 'Abdullah b. Aḥmed b. Maḥmûd. *Kenzü'd-Deḳâik*. b.y.: Daru'l-Beṣa'iri'l-İslamiyye, 2011.
- Nevevî, Ebû Zekerîyya Yahya b. Şeref en-. *el-Mecmû' şerhu'l-muhezzeb*. 20 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1344.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 11. Basım, 2013.
- Ömer Hilmi Efendi. *Mir'atü'l-Mecelle*. İstanbul: Matbaa-i Mekteb-i Sanayi-i Şâhâne, 1298.
- Özdirek, Recep. *İslâm Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar*. Marmara Üniversitesi, Doktora, 2004.
- Pamuk, Şevket. *Osmanlı Ekonomisinde Bağımlılık ve Büyüme (1820-1913)*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.
- Pamuk, Şevket. *Osmanlıdan Cumhuriyete Küreselleşme, İktisat Politikaları ve Büyüme*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2008.
- Peters, Rudolph. "From Jurists' Law to Statute Law or What Happens When the Shari'a is Codified". *Mediterranean Politics* 7/3 (2002), 82-95.
- Quataert, Donald. "Tanzimat Döneminde Ekonominin Temel Problemleri". *Tanzimat/Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*. 447-455. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2006.
- Reşid Paşa. *Ruhü'l-Mecelle*. 8 Cilt. İstanbul: Matbaa-i Hayriye, 1326.
- Salahi, Mehmed. *Kamus-ı Osmani*. 2 Cilt. İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, 1313.
- Samar, Mahmut. *Akitlerde Şart Hürriyeti*. Kahramanmaraş: SAMER, 2020.
- Samar, Mahmut. *İslam Borçlar Hukukunda Akitlerde Ca'li Şartlar*. Necmettin Erbakan Üniversitesi, Yüksek Lisans, 2015.

- Samar, Mahmut. “İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyîdî Şartlar”. *Marife: Dini Araştırmalar Dergisi* XVIII/2 (2018), 501-526.
- Sayar, Ahmed Güner. *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*. İstanbul: Ötüken Yayınları, 2013.
- Sayar, Ahmed Güner. “Yenileşmeden Cumhuriyet’e Osmanlı İktisat Düşüncesi”. *Türkler*. ed. Hasan Celal Güzel vd. 14: 567-571. Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 2002.
- Schacht, Joseph. *An Introduction to Islamic Law*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1982.
- Schwarz, Andreas B. *Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü’l-e’imme Muḥammed b. Ebî Sehl Aḥmed es-. *el-Mebṣuṭ*. 30 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, 1993.
- Seyyid Bey, Mehmed. *Usul-i Fıkh: Medhal*. İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1333.
- Seyyid Nesib. “Mecellenin Islahına Doğru”. *Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1/4 (Eylül 1332), 404-425.
- Simpson, A. W. B. “Innovation in nineteenth century contract law”. *The Law quarterly review* 91 (1975), 247-278.
- Smith, Adam. *The Wealth of Nations: An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Chicago: University Of Chicago Press, 1977.
- Song, Daniel. “From Status to Contract (and Back?): A Historiography of Contract Law and the Transition to Capitalism”. *Ex Post Facto* 12/Spring (2013), 127-138.
- Swedberg, Richard. *Max Weber ve İktisat Sosyolojisi Düşüncesi*. İstanbul: Dergâh Yayınları, 2019.
- Tahavi, Ebu Ca’fer Ahmed b Muhammed et-. *Hadislerle İslam Fıkhı: Şerhu Meanil Asar*. 6 Cilt. İstanbul: Kitabı Yayınevi, 2008.
- Ṭaḥâvî, Ebû Ca’fer Aḥmed b. Muḥammed b. Selâme b. ‘Abdûlmelik b. el-. *Şerḥu Meâni’i’l-âṣâr*. 5 Cilt. Kahire: ‘Âlemü’l-Kütüb, 1994.
- Trevino, A. Javier. “The Weberian Perspective”. *The Sociology of Law: Classical and Contemporary Perspectives*. New York: Routledge, 2017.
- Trubek, David M. “Max Weber on Law and the Rise of Capitalism”. *The Sociology of Law: Classical and Contemporary Perspectives*. 13. New York: Routledge, 2008.

- Ventura, Mişon. “Serbestî-i Mukavelât”. *Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1/1 (Mart 1332), 50-70.
- Wallerstein, Immanuel. “The Ottoman Empire and the Capitalist World-Economy: Some Questions for Research”. *Review (Fernand Braudel Center)* 2/3 (1979), 389-398.
- Webb, Julian S. “Contract, Capitalism and the Free Market: The Changing Face of Contractual Freedom”. *The Law Teacher* 21/1 (1987), 23-31.
- Weber, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Berkeley: University of California Press, 1978.
- Weber, Max. *The Protestant Ethic & The Spirit of Capitalism*. New York: Routledge, 2012.
- Yıldırım, Şahban. “Mecelle’ye Yöneltilen Tenkitler ve Bu Tenkitlerin Değerlendirmesi”. *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* XVI/2 (2012), 417-445.
- Yörük, Ali Adem. *Mekteb-i Hukukun Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans, 2008.
- Zembulidis, Temistokli. “Medeni ve Ticari Hukuk: Serbesti Ukud ve Mukavelat”. *Hukuki Bilgiler Mecmuası* II/17-5 (Kanunusani 1928), 299-323.
- Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Juta, 1992.
- Ziya Paşa. “Hürriyet’in Neşri Dolayısıyla”. *Hürriyet* (1868), Yeni Osmanlılar Cemiyeti Basım.
- Ziyaeddin, Mehmed. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi*. İstanbul: Kasbar Matbaası, 1894.
- “Birinci Celse: Evrâk-ı Vâride”. T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, 22 Nisan 1926.
- “Borçlar Kanunu”. *Ceride-i Adliye* 3/47-49 (Ağustos 1926).
- “Borçlar Kanunu Lâyihası (1/909) ve Adliye Encümeni Mazbatası”. T.B.M.M. Zabıt Ceridesi 24/89 (22 Nisan 1926), 1-56.
- “Diwali”. *Encyclopedia Britannica*, ts. <https://www.britannica.com/topic/Diwali-Hindu-festival>
- “Gülhane Hatt-ı Hümayunu”, ts. Devlet Arşivleri Başkanlığı, Osmanlı Arşivi, 48.
- “İhzâr-ı Kavanîn Komisyonları”. *Ceride-i Adliye* 6/149 (Ağustos 1332).
- “Kitâbu’l-İcare’ye Müteallik Tadilatı Havi Rapor”. *Ceride-i Adliye* 2/25 (Ağustos 1340).

Lochner v. New York, 198 U.S. 45, Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

“Mecelle Tadilat Komisyonu Tarafından Kitabu’l-Buyu Tadilatına Dair Tanzim Edilen Rapor”. *Ceride-i Adliye* 2/25 (Ağustos 1340).

“Mecelle-i Ahkam-ı Adliye’den Kitâbu’l-Buyû’a Tekmile Olarak İlavesi Mutalaa ve Teklif Olunan Maddeler”. *Ceride-i Adliye* 1/2 (Şubat 1338).

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye. İstanbul, ts.

“Müzakere Edilen Mevâd: Hükümet Beyannamesinin Kıraati”, 06 Temmuz 1330.

Printing and Numerical Registering Company v. Sampson, 19 EQ 462, Printing and Numerical Registering Company v. Sampson, 19 EQ 462 (1875).

“Şu’ûn”. *Ceride-i Adliye* 6/150 (Eylül 1332).

“Tadil-i Kavânîn Faaliyetleri: Vacibât Komisyonu”. *Ceride-i Adliye* 2/27 (Teşrinievvel 1342), 1061-1071.

“Tadil-i Kavanin için Muktezi Layihaları İhzara Memur Komisyonların Usul-i Mesaisine ve Vekaletle Münasebetine ve Rüesa ve Azasına İta Olunacak Mebaliğa Dair Talimatname”. *Ceride-i Adliye* 1/10 (Mayıs 1339).

“Tadil-i Kavanin Komisyonlarını Teşkil Eden Zevatin İsimleri”. *Ceride-i Adliye* 1/10 (Mayıs 1339).

“Türk Kanun-ı Medenisi”. *T.B.M.M. Zabıt Ceridesi* 22/57 (17 Şubat 1926), 1-87.

“Türk Kanun-ı Medenisi”. *Ceride-i Adliye* 3/43-46 (Mayıs 1926).

Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı. İstanbul: Cihan Matbaası, 1337.

Usul-i Muhakemât-ı Hukukiye Kanunu ve Zeyli. İstanbul: Kader Matbaası, 1329.

“Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı”. *Düstur*. 258-317. Tertib 1, 1295.

“Vacibat Komisyonu Esbab-ı Mucibe Layihası”. *Ceride-i Adliye* 2/26 (Eylül 1340).

“Vacibat Komisyonu Mazbataları”. *Ceride-i Adliye* 1/13-15 (Ağustos 1339).

Hürriyet (03 Mayıs 1869), Yeni Osmanlılar Cemiyeti Basım.