

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ**  
**AKARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ (İSLÂM HUKUKU)**  
**ANABİLİM DALI**

**MÂLİKÎ FIKHİNİN FRANSIZ MEDENİ HUKUKU**  
**ÜZERİNDEKİ TESİRİ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Ahmed BABALLA**

**ANKARA – 2021**

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ**  
**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ (İSLÂM HUKUKU)**  
**ANABİLİM DALI**

**MÂLİKÎ FIKHİNİN FRANSIZ MEDENİ HUKUKU**  
**ÜZERİNDEKİ TESİRİ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Ahmed BABALLA**

**Tez Danışmanı**

**Prof. Dr. Şamil DAĞCI**

**ANKARA – 2021**

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ**  
**ANKARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**TEMEL İSLÂM BİLİMLER (İSLÂM HUKUKU)**  
**ANABİLİM DALI**

**MÂLİKİ FIKHİNİN FRANSIZ MEDENİ HUKUKU**  
**ÜZERİNDEKİ TESİRİ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Şamil DAĞCI**

**TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ**

**Adı ve Soyadı**

**İmzası**

Prof. Dr. Şamil DAĞCI

.....

Prod. Dr. Mustafa AVCI

.....

Prof. Dr. Kamil ÇAKIN

.....

Tez Savunma Tarihi: 03.08.2021

# ANKARA ÜNİVERSİTESİ

## Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Şamil DAĞCI'nın danışmanlığında hazırladığım “Mâlikî Fıkhının Fransız Medeni Hukuku Üzerindeki Tesiri (Ankara.2021) ” adlı yüksek lisans tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve SOYADI

Ahmed BABALLA

İmzası

.....

## ÖNSÖZ

Tüm kâinatı adem-i mutlaktan var edip bütün hükümlerini yedinde tutan hakîm, insana bilmediğini kalemlerle öğreten alîm olan Allah Teala'ya hamd, alemlere rahmet olarak gönderilen Hz. Muhammed (s.a.v)'e salat ve selam olsun.

Mukayese, ilmî hakikatlerin inkişaf etmesine vesile olan son derece önemli bir yöntemdir. Yüce kitabımız Kur'an-ı Kerim'de mukayese üslubuna sıklıkla başvurmuştur. Zira Kur'an-ı Kerim, çeşitli inanç, düşünce ve davranışları yan yana getirerek karşılaştırmış, insanların görerek bilerek gerçekleri kabul etmelerini istemiştir.<sup>1</sup> Günümüzde de yapılan birçok akademik çalışmada mukayese metodu kullanılmaktadır. Kanaatimizce de başta hukuk alanı olmak üzere birçok alanda mukayese metoduna başvurulması, ilmî hakikatlerin ve sahih bilginin inkişafı için son derece gerekli bir hal almıştır.

İslam Hukuku ile Batı Hukuk sistemleri arasındaki münasebet ve etkileşim hususu, eskiden beri sıkça tartışılan bir mesele olup hakkında son derece önemli çalışmalar bulunmaktadır. Mukayese metodunun bu ehemmiyeti hasebiyle, yüksek lisans tez konusu olarak bu metodu esas alacağımız bir konu seçmek istedik. Memleketimiz Fas'ta uzun yıllar Mâlikî fikhini talim etmiş olmamız ve memleketimizi uzun yıllardır sömüren Fransa'nın hukukunu ve ahvâlini de yakından bildiğimizden ötürü tez konusu olarak; *'Maliki Fikhinin Fransız Medeni Hukuku Üzerindeki Etkisi'* konusunu tercih ettik.

Başlarken şu hususu da belirtmek yerinde olacaktır; tez çalışması olarak *'Mâlikî Fikhinin Fransız Medeni Hukuku Üzerindeki Tesiri'* konusunu seçtiğimiz, hiç düşünmeden alınan anî bir karar olmayıp bilakis uzun bir süre tefekkürle bu alanda çalışmamız

---

<sup>1</sup> Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İz Yayınları, İstanbul, 9. Baskı, 2016, c. 1, s. 13.

neticesinde meydana gelen bir rağbetin neticesidir. Şöyle ki; Mezunu olduğumuz Şeriat ve Hukuk Fakóltesindeki eğitimimiz sırasında, günümüzde Fas'ta yürürlükte bulunan kanunlarla Mâlikî fikhının mukayeseli bir surette ele alındığı dersler okuduk. Fransa'nın topraklarımızda yapmış olduğu malum sömürge faaliyetlerinden ötürü günümüzde Fas yasalarının ekseriyeti Fransız hukuku'ndan iktibas edilmiştir. Fas yasalarının çoğunluğu Fransız Hukuk'undan iktibas edilmiş olduğundan, bu derslerde Fas Hukuku'nun gerek özel ve gerekse de kamu hukuku alanlarına dair temel esas ve hükümlerini öğrenme imkanını elde ettik. Üniversite de almış olduğumuz bu mukayeseli dersler, İslam Hukuku ve Batı Hukuku sistemleri arasında mukayese çalışmalar yapmak hususunda benim için teşvik edici ve yol gösterici oldu. Bundan dolayıdır ki yüksek lisans çalışmam *'Mâlikî Fikhının Fransız Medeni hukuku üzerindeki tesiri'* konusunu araştırmayı tercih ettik.

Son olarak, çok değerli danışman hocam Prof. Dr. Şamil DAĞCI'ya, tez çalışmanın hazırlama sürecinde bana yardım eden kıymetli arkadaşım OĖuzhan ORHAN'a ve manevî olarak beni destekleyen aileme teşekkürlerimi sunarım.

Ahmed BABALLA

Ankara-2021

## KISALTMALAR LİSTESİ

(a.s.v) : sallallâhu aleyhi ve sellem

(a.s.) : aleyhis Selam

Hz. : hazret-i

bkz. : bakınız

c. : cilt

Çev. : çeviren

DİA. : Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi

ed. : editör

ö. : ölüm tarihi

s. : sayfa

ss. : sayfalar

sy. : sayı

thk. : tahkik

v.b. : ve benzer

et. : erişim tarihi

t.y. : basıldığı tarihi yok

y.y. : basıldığı yer yok

b. : İbn/bin

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ .....	I
KISALTMALAR LİSTESİ .....	III
İÇİNDEKİLER.....	IV

### ÇALIŞMA İLE İLGİLİ TEKNİK BİLGİLER

#### GİRİŞ

A.1 Araştırmanın Amacı.....	3
A.2 Araştırmanın Yöntemi .....	4
A.3 Araştırmanın Ana Problemi .....	5
A.4 Araştırmanın Kapsamı ve Sınırlandırılması.....	6
A.5 Kavramsal Çerçeve.....	6
1- Hukuk Kavramı.....	6
a- Sözlük Anlamı .....	8
b- İstilah Anlamı.....	8
2- Medeni Hukuk Kavramı.....	10

### BİRİCİ BÖLÜM

#### MÂLİKÎ MEZHEBİNİN TEMEL İLKELERİ

1.1. MÂLİKÎ MEZHEBİNİN TEŞEKKÜLÜ VE GELİŞİMİ.....	12
1.1.1. Mâlikî Mezhebinin Teşekkülü .....	14
1.1.2. Mâlikî Mezhebinin Gelişimi.....	15
1.2. MÂLİKÎ MEZHEBİ İÇERİSİNDEKİ YER ALAN FIKİH EKOLLERİ .....	17
1.1.2. Ekol Kavramı .....	17
1.1.3. Mâlikî Mezhebinin Muhtelif Ekollere Ayrılmasının Sebepleri .....	18
1.1.3.1. Metot Farklılığı.....	19

1.1.3.2. Bir Mesele Hakkında İmam Malik'ten Birden Çok Görüş Rivayet Edilmesi.....	20
1.1.3.3. Çevresel Faktörler.....	21
1.1.4. Mâlikî Mezhebi İçerisindeki Fıkıh Ekolleri .....	21
1.1.4.1. Medine Mâlikî Ekolü .....	22
1.1.4.2. Mısır Mâlikî Ekolü .....	23
1.1.4.3. Kayravan Mâlikî Ekolü .....	24
1.3. MÂLİKÎ MEZHEBİNİN TEMEL İCTİHAD USULLERİ.....	26
1.3.1. İctihad ve İctihad Usulü Kavramları .....	26
1.3.2. Mâlikî Mezhebinin Temel İctihad Usülleri .....	28
1.3.2.1. Kur'an-ı Kerim.....	30
1.3.2.2. Sünnet-i Nebeviyye.....	31
1.3.2.3. Amel-i Ehl-i Medîne.....	33
1.3.2.4. Sedd-i Zeraîf.....	35
1.3.2.5. Mesalih-i Mürsele (İstislâh).....	37

## İKİNCİ BÖLÜM

### FRANSIZ MEDENİ HUKUKUNUN TARİHÇESİ VE GENEL ESASLARI

Genel Olarak.....	39
2.1. FRANSIZ MEDENİ HUKUKUNUN TARİHİ AŞAMALARI .....	41
2.1.1. Eski Hukuk Dönemi.....	42
2.1.2. Geçiş Hukuku Dönemi.....	44
2.1.3. Kodifikasyon Dönemi (1804 Tarihli Fransız Medeni Yasası).....	45
2.1.3.1. Kanunlaştırma Kavramı.....	47
2.1.3.2. Avrupa Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri .....	48
2.2. FRANSIZ MEDENİ HUKUKUNUN GENEL YAPISI VE ÖZELLİKLERİ .....	50

2.2.1. Fransız Medeni Hukukunun Genel Yapısı.....	50
2.2.2. Fransız Medeni Hukukunun Özellikleri.....	51
2.3. FRANSIZ MEDENİ HUKUKUNUN TEMEL KAYNAKLARI .....	53
2.3.1. Anayasal Normlar.....	54
2.3.2. Kanun (loi).....	55
2.3.3. Tüzük (Réglement) .....	56
2.3.4. Örf ve Adet Hukuku (Coutume).....	56

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### MÂLİKÎ FIKHİNİN FRANSIZ MEDENİ HUKUKUNA ETKİSİNE İLİŞKİN DELİLLER

Genel Olarak.....	58
3.1. MÂLİKÎ FIKHİNİN BATI DÜNYASI İLE TARİHİ İLİŞKİSİ .....	63
3.1.1. Endülüs Üzerinden İslam Medeniyetinin Batı Dünyasıyla İlişkileri.....	64
3.1.1.1. Medeniyet Kavramı.....	65
3.1.1.2. Endülüs İslam Medeniyetinin Oluşumu.....	66
3.1.1.3. Endülüs Fethi Öncesi İspanya'nın Dinî ve Sosyal Durumu .....	66
3.1.1.4. İspanya'ya İlk İslamî Fetih Hareketleri.....	68
3.1.1.5. Endülüs'ün Fethi ve Akabinde Yaşanan Gelişmeler .....	69
3.1.2. Endülüs İslam Medeniyeti'nin Avrupa Üzerindeki Tesirleri.....	71
3.1.2.1. Batılı Bilim Adamlarının Gözünden İslam Medeniyetinin Avrupa'ya Etkileri.....	72
3.1.2.2. Endülüs İslam Hukukunun (Mâlikî fıkhı) Avrupa'ya Etkisi.....	73
3.1.2.3. Mâlikî Mezhebinin Endülüs'te Mevcudiyeti.....	74
3.1.2.4. Endülüs'teki Avrupalı öğrenciler vasıtasıyla Mâlikî Mezhebi ile Batının Etkileşimi.....	75
3.1.2.5. Maliki Fıkhının Fransız Hukukuna Etkisinde Tercüme Hareketleri .....	77

<b>3.2. MÂLİKÎ FIKHİ İLE FRANSIZ MEDENİ HUKUKUNUN BENZERLİĞİ.....</b>	<b>83</b>
<b>3.2.1. Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî Fıkından Etkilendiği Bazı Hukuki Meseleler .....</b>	<b>85</b>
<b>3.2.1.1. Teâkud (akidleşme) Sistemi.....</b>	<b>86</b>
<b>3.2.1.2. Sözleşmelerde Lafızlara Değil, Tarafların Maksatlarına İtibar Edilmesi Meselesi .....</b>	<b>88</b>
<b>3.2.1.3. Şirket Tanımı ve Türleri.....</b>	<b>89</b>
<b>3.2.1.4. Nişanı Bozmak ve Bunun Sonuçları .....</b>	<b>90</b>
<b>3.2.1. 5. Fransız Medeni Kanununun Aile Arabuluculuğu İle İlgili Başlıca Hükümleri .....</b>	<b>92</b>
<b>3.2.1.6. Mefkûd İle İlgili Bazı Hükümler.....</b>	<b>93</b>
<b>SONUÇ .....</b>	<b>96</b>
<b>BİBLİYOGRAFYA .....</b>	<b>101</b>
<b>ÖZET .....</b>	<b>112</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>113</b>

# ÇALIŞMA İLE İLGİLİ TEKNİK BİLGİLER

## GİRİŞ

Son zamanlarda özellikle İslam Hukuku ve Batı Hukuku alanlarında yapılan akademik çalışmaların ekseriyetini, mukayeseli çalışmalar teşkil etmektedir. Yapılan bu çalışmalara bakıldığında bu çalışmalarda genel olarak; farklı hukuk sistemleri arasındaki ilişkileri, benzerlikleri ve farklılıkları inceleyip her bir hukuk sisteminin menşeyini, temel esaslarını ve daha da önemlisi hukuk sistemlerinin birbirinden ne derece etkilendiğini belirlemek gibi hususların hedeflendiği görülmektedir.

“*Mâlikî Fıkhının Fransız Medeni Hukuku Üzerindeki Tesirleri*” başlıklı çalışmamızda da genel manada mukayese uslûbu esas alınmıştır. Çalışmamızın temel gayesi; Malikî Fıkhı ile Fransız Medeni Hukuku -özellikle 1804 senesinde ortaya çıkan Napolyon Kanunları- arasındaki münasebetleri inceleyip akabinde Malikî Fıkhının, Fransız Medeni Kanunu üzerinde bir tesiri bulunup bulunmadığını, eğer tesiri bulunmuş ise bunun hangi alanlarda ve ne surette olduğunu ortaya koymaktır.

İslam Hukuku, dünyada var olan hukuk sistemleri arasında önemli bir yere sahiptir. İslam Hukukunun orijinal ve müstakil olduğu gerçeği, her ne kadar bazı müsteşrikler tarafından kabul edilse de Goldziher, Von Kremer Sceldon Amos gibi bazı müsteşrikler, İslam Hukukunun Roma Hukukunun bir kopyasından ibaret olduğu şeklinde mesnetsiz bir iddiada bulunmaktadırlar. Biz ise bu çalışmamızda, Malikî Fıkhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki etkilerini inceleyerek; İslam Hukukunun Roma Hukukundan etkilenmiş olması bir yana dursun, kaynağını Roma Hukukundan alan Fransız Medeni

Hukukunun İslam Hukukunun bir ekolü olan Malikî fıkından birçok hususta ziyadesiyle etkilendiğini ortaya koyarak bu iddiayı aksiyle çürütmeyi hedefledik.

Hukuk tarihi kaynaklarında ifade edildiğine göre; tarihte tedvin edilmiş ilk medeni kânun, 1804 yılında yani XIX'inci asrın başında neşredilmiş olan Fransız Medenî Kanunudur.<sup>2</sup> Mâlikî mezhebi ise, İslam fıkıh ekollerinin en önemlilerinden birisidir. Mâlikî mezhebi, Afrika kıtasının büyük bölümünde, Asya kıtasının bazı bölgelerinde ve Avrupa kıtasında da Endülüs'te (Bugünkü İspanya ve Portekiz) etkin olmuştur. Mâlikî Fıkı ve Fransız Hukuku arasında bazı farklılıklar olmakla beraber her iki hukuk sistemi de dünyada en çok tanınan meşhur hukuk sistemlerindedir. Biz bu çalışmamızda -yukarıda bahsi geçtiği üzere-; tüm dünyada mükemmel bir hukuk sistemi olarak kabul edilen ve bazı Müslüman ülkeler de dahil olmak üzere dünyada birkaç ülkede tatbik edilen Fransız Medeni Hukukunun vaz'ında İslam Hukukundan ve hususen Mâlikî fıkından istifade edilip edilmediği, eğer istifade edildiyse hangi hususlarda ve ne nisbette istifade edildiğini tayin etmeyi hedeflemekteyiz.

Hukukun evrensel bir olgu olması hasebiyle hukuk sistemleri arasında bazı benzerliklerin var olması tabîidir. Bununla beraber iki hukuk sistemi arasındaki benzerliklerin, hukukun bu evrensellik olgusundan mı kaynaklandığı yoksa bir hukuk sisteminin diğerinden etkilenmesi suretiyle mi olduğu araştırılmalıdır. İslam hukukunun diğer hukuk sistemlerinden etkilenip etkilenmediğini konu edinen birçok çalışma bulunmakla birlikte İslâm hukukunun diğer hukuk sistemlerine olan etkisi hususunda fazla çalışma mevcut değildir.<sup>3</sup> Bu nedenle, bu çalışmada, Mâlikî fıkının, Napolyon kanunları

---

<sup>2</sup> Vasfi Raşit Sevig, Hukuk Mukayesesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, t.y, y.y, ss. 168 – 261.

<sup>3</sup> Abdulazîz b. Abdillâh Çev.: Dr. Recep Özdemir, Mâlikî Fıkının Batılı Hukuk Sistemlerine Etkileri, İ.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2015, Cilt 6 , Sayı 1, S, 277 – 290.

(Code Civil/Code Napoléon) üzerindeki etkisini incelemeyi amaçladık. Ta ki bu alandaki eksikliği gidermek hususunda bir nebze olsun bir katkı sunmuş olalım.

### **A.1 Araştırmanın Amacı**

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, çalışmamızın temel gayesi; Malikî Fıkhı ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki münasebetleri inceleyip akabinde Malikî Fıkhının, Fransız Medeni Kanunu üzerinde bir tesiri bulunup bulunmadığını tesbit etmektir. Bununla beraber, çalışmamızda bu temel gayenin yanında birtakım başka amaçları da hedeflemekteyiz:

- 1- Modern dünyaya kuş bakışı olarak bakarsak; Batı dünyası tarafından başta İslam Hukukunun istiklâliyeti ve değeri olmak üzere birçok alanda İslam Medeniyetinin hedef alındığı bir mücadelenin olduğu görülecektir. Bu durumda bir İslam Hukukçusu olarak bize düşen vazife ise, İslam Hukukunun genel manada hiçbir hukuk sisteminden etkilenmemiş, müstakil ve orjinal olduğunu ve İslam fıkhının hayatın her yönünü kapsayan muazzam bir hukuk sistemi öngördüğünü ortaya koymaktır. Bu ise, ancak İslam Hukuku ve Batı Hukuku arasında mukayese metodu kullanılarak yapılan çalışmalarla mümkündür. Bu yönde yapılacak çalışmalar neticesinde, İslam Hukuku'na dair olan menfi ön yargıların kırılacağını düşünüyorum.
- 2- Fransız Medeni Hukukunun Malikî Fıkhından etkilenmiş olduğunu ikna edici delillerle ispt etmek. Bunu husus delillerle sabit olduğunda da; İslam Hukukunun Batı Hukukundan etkilendiği iddiaları da çürütülmüş olacaktır.
- 3- İslam Hukuku evrensel olup hükümlerinin her zaman ve mekanda tatbik edilmeye elverişli olduğunu ve İslam Hukukunun modern hayatın şartlarına uymayacağı iddiasının doğru

olmadığını izhar etmek. Zira bir Avrupa devleti olan Fransa'nın halen yürürlükte olan medeni kanununda İslam Hukukunun tesiri olduğu ispatlanırsa buradan açıkca anlaşılır ki; İslam Hukuku, bu çağda ve her asırda tatbik edilmeye münasib bir hukuk sistemidir.

## **A.2 Araştırmanın Yöntemi**

Araştırmamda esas olarak izleyeceğim yöntemin tafsilatına geçmeden evvel bir hususa değinmekte faide görmekteyim ki o da şudur: Mukayeseli akademik çalışmalar, sahih bilginin inkişâfı noktasında çok büyük ehemmiyet arz etmekle beraber; ziyadesiyle hassas, ciddi, önemli ve mesuliyeti büyük bir özellik taşımaktadır. Hususen de İslam Hukuku ile Batı Hukuku arasında genel olarak veya muayyen bir konuya dair bir mukayese yapıldığında konunun hassasiyet ve mesuliyeti daha da artmaktadır. Zira, burada böyle bir çalışma yapan kişinin yapmış olduğu çalışmadan maksadı, bir tez ortaya koyup diploma elde etmekten ziyade ilmin namusuna riayet ederek ulaşılmış olduğu neticenin İslam Hukuku'nun ya da Batı Hukuku'nun hangisinin lehine veya aleyhine olduğuna bakmaksızın objektif bir şekilde ulaşılan veri ve neticeleri ortaya koymak olmalıdır. Binaenaleyh; bahsi geçen sorumluluğun gereği olarak bu tür mukayeseli çalışmalarda mesele, mümkün mertebe titiz, dakik, objektif bir şekilde ele alınmalıdır.

Çalışmamız esas alacağımız yöntemlere kısaca değinecek olursak; takip edeceğimiz temel araştırma yöntemleri, mukayese, analiz, sentez ve sonuç çıkarma yöntemleri olacaktır. Ayrıca konuyla alakalı muhtevanın analizi neticesinde elde edilen bilgiler, konuyla ilgisi nisbetinde değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeler ışığında da bir neticeye varılmaya çalışılacaktır. Daha sonra da elde edilen bu neticeler ışığı altında; çalışmamızın esas gayesi olan Malikî fikhının Fransız medeni hukuku üzerine bir etkisi

olup olmadığı hususu, objektif ve ilmî bir surette değerlendirilmeye tabi tutulmaya çalışılacaktır.

### **A.3 Araştırmanın Ana Problemi**

İslam Hukuku ve Batı Hukuku alanlarında yapılan mukayeseli çalışmalar incelendiğinde bu çalışmaların ekserisini; İslam Hukuku ve Batı Hukukunun birbirinden etkilenmiş olup olmadığı konusunun teşkil ettiği görülecektir. İki hukuk sistemi arasındaki etkileşimin konu edinildiği bu mukayeseli çalışmaların en mühimlerinden birisi de İslam Hukuku ile Fransız Hukuku arasındaki etkileşimin ele alındığı çalışmalardır. Zira; Fransız Medeni Kanununun (Code Napolyon), İslam Hukukundan, hususen de Malikî fihkindan etkilenmiş olup olmadığı hususu, hukukçuları bir hayli meşgul etmiştir. Fakat bu konuyu inceleyen çalışmaların ekseriyetinin meseleyi daha ziyade tarihsel bakımından ele aldıkları görülmektedir. Bu hususta konuyu kapsamlı ve detaylı bir şekilde ele alan iki çalışma mevcuttur: İlki; Mahluf el-Minyavi'nin *el-Mukarenatü't-teşriyye Tatbiku'l-Kanuni'l-Medeni Ala Mezhebi'l-İmam Malik* adlı çalışmasıdır ki 1924 senesinde neşredilmiştir. İkinci çalışma ise, Seyyid Abdullah Ali Hüseyin'in *el-Mukarenatü't-teşriyye beyne'l-kavanin el-vaz'iyye, medeniyye ve't-teşri'i'l-İslâmî mukarenetü beyne fikhî'l-kanuni'l-Fransiyyi ve Mezhebi'l-İmam Malik bin Enes*, isimli çalışmasıdır ki bu da 1947 senesinde yayınlanmıştır.

Biz ise bu çalışmamızda konuyu daha has bir surette ele alacağız. 1804 yılında tedvin edilen Fransız Medeni Kanununun vaz'ında Malikî Fihkindan istifade edilip edilmediği, eğer istifade edildiyse hangi hususlarda ve ne nisbette istifade edildiği hususunu inceleyeceğiz.

#### **A.4 Araştırmanın Kapsamı ve Sınırlandırılması**

Çalışmamızda incelediğimiz ana konu, Mâlikî fikhının Fransız medeni hukuku üzerindeki etkileridir. Bu bağlamda birinci bölümde; Mâlikî fıkıh ekoünün teşekkülü, kendi içerisindeki yer alan fıkıh ekolleri, usulü ve temel özellikleri ele alınmıştır. İkinci bölümde ise, Fransız medeni hukukunun menşei, tarihsel gelişimi ve temel esasları konu edilmiştir. Üçüncü bölümde ise Mâlikî fikhı ve Fransız medeni hukuku arasındaki ilişkiler incelenerek bu iki hukuk sistemlerinin birbirinden ne derece etkilendiği ortaya koyulmuştur. Aynı bölüm içerisinde Fransız medeni hukukunun Mâlikî fikhından etkilenmiş olduğunu gösteren bazı somut deliller serd edilmiştir.

#### **A.5 Kavramsal Çerçeve**

Malum olduğu üzere, bir konuya dair kavramsal çerçevenin tayin edilip izah edilmesi bilimsel araştırmanın başarılı bir sonuca ulaşması cihetinden büyük bir rol oynamaktadır. Tez çalışmamızın başlığına ilk bakıldığında oldukça önemli birtakım temel kavramları ihtiva ettiği görülmektedir. Bu kavramların bazıları -mezhep, fıkıh gibi- Mâlikî Fıkıh ekolünün temelleri ele alırken incelenecektir. Burada ise, Hukuk ve Medeni Hukuk terimleri ele alınacaktır.

#### **1- Hukuk Kavramı**

İnsan medenî bir varlık olduğundan diğer tüm hayvanât gibi tek başına yaşayamayıp medeniyetin sunduğu imkanlar ile birbiriyle yardımlaşma ve dayanışmaya

muhtaçtır.<sup>4</sup> İnsanların toplumda muntazaman ve huzur içerisinde yaşayabilmelerini sağlayabilmek için ise sosyal hayatı tanzim edecek kurallara ihtiyaç duyulmaktadır. Hukukun toplumdaki işlevi ile insanın medeniyün bi't-tab' olması arasında yakın bir münasebet mevcuttur. İnsan, toplum olarak bilinen sosyal bir muhit içerisinde doğar, muayyen bir süre yaşar ve ölür. Bu toplu halde yaşamak, modern hayatın doğurmuş olduğu zaruretlerin bir neticesi olmayıp, bilakis “insan fitratının” bir gereğidir. Nitekim, Aristoteles (M.Ö. 384-322) dahi kendi döneminde insanın sosyal bir yaratık olduğu gerçeğini dile getirmiştir.<sup>5</sup> Aristoteles'den sonra da insanların ancak toplum halinde yaşayabilecekleri ve insanın toplumun haricinde münferit olarak yaşayamacağı hususuna bir çok fikir adamı eserinde değinmiştir.<sup>6</sup> Kur'ân-ı Kerim'de de Allah Teâlâ, insanların birbirleri ile tanışmaları maksadıyla kabilelere ayrıldığını beyan buyurmuştur.<sup>7</sup> Bu ayet-i kerimeden de anlaşılıyor ki insan, fitratı itibariyle toplum halinde yaşamaya ihtiyaç duyar.

İnsanların toplum halinde bir arada yaşamalarının en tabî neticesi, insanların birbirleriyle çeşitli münasebetler içerisinde girmeleridir. Sözelimi insan, bir aile içerisinde doğup büyüdüğünden öncelikle anası, babası, kardeşleri ve tüm akrabasıyla muhtelif hukukî ilişkilere sahip olmak durumundadır. Aynı şekilde mesleğini icra ederken de diğer insanlarla geçici veya sürekli ilişkiler kurmak durumundadır. İnsanın başkalarıyla kurduğu bu tür ilişkilere "**toplumsal ilişki**" denilmektedir. Bu toplumsal ilişkilerin huzur ve sükün içerisinde sürdürülmesi ise toplum hayatı bakımından büyük önem taşımaktadır.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atif Bey, *Mecelle Küllî Kaideler Şerhi*, çev. Veysel K. Bilgiç v.d, Hikmetevi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2020. s. 36.

<sup>5</sup> Halil Kalabalık, *Temel Hukuk Bilgisi*, Değişim Yayınları, Sakarya, 3. Baskı, 2003, s. 1.

<sup>6</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, 16. Baskı, 2014, s. 1.

<sup>7</sup> “Ey insanlar! Şüphesiz sizi bir erkek ile bir diğiden yarattık, tanışasınız diye sizi kavim ve kabilelere ayırdık” (Hucurat/13.)

<sup>8</sup> Halil Kalabalık, *Temel Hukuk Bilgisi*, s. 1.

Toplumsal hayatı düzenli ve muntazam hale getiren kurallar; din kuralları, ahlâk kuralları, edeb-i muâşeret kuralları, örf ve âdet kuralları ve hukuk kuralları olmak üzere genel olarak bu kategoride incelenmektedir. Biz burada yalnız hukukun mahiyetini izah etmeye çalışacağız.

#### **a- Sözlük Anlamı**

Arapça kökenli bir kelime olan ‘hukuk’ kelimesi, Arapça ‘hak’ kelimesinin çoğuludur. Hak kelimesi de muhtelif itibarlarla çeşitli manalara gelmektedir ki bunların bir kısmı şunlardır:

*–“Hak; esasen mutabakât ve muvafakât demek olup bir şeyi muktezay-ı hikmete göre icât eden zata ve muktezayı hikmete göre yaratılmış olan herhangi bir şeye itlâk olunur. Hak; adalet, vacip ve lâzım olmak, bir şeyi sabit, vacip kılmak mânasına geldiği gibi aynı zamanda mal, mülk, bir akarın merâfıkına da itlâk olunur”.*<sup>9</sup>

#### **b- İstilah Anlamı**

Hukuk, -daha önce de geçtiği üzere- sosyal bir yapıyı ifade etmektedir. bir toplumda hukuk disiplininin zuhur etmesi, o toplumda sistematik bir sosyal kontrol mekanizmasının ortaya çıktığını göstermektedir.<sup>10</sup>

Hukuk kavramının mahiyeti konusunda standart bir tarif bulunmamakla beraber çeşitli ve farklı manaları ifade etmektedir. Nitekim, Alman filozof Kant, “*Saf Aklın*

---

<sup>9</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, Öz Ensar Yayınları, İstanbul. 1999, c.1, s. 12.

<sup>10</sup> Leslie Green, *The Concept of Law Revisited*, Michigan Law Review. Volume 94, Number 6 (1996), p. 1687-1757.

*Eleştirisi*” adlı kitabında şöyle demektedir: “*Hukukçular hukuk kavramına standart bir tarif koymak için hala çaba harcamaktadır.*” 1989 yılında, hukuk kavramı için yapılan farklı tarifleri inceleyip bunları birkaç standart tarifte toplamak gayesiyle elli kadar hukukçu bir araya gelmiştir. Ancak bunda muvaffak olamayıp bir neticeye varamamışlardır.<sup>11</sup>

Hukuk kavramı için yapılan tarifler birbirini tutmamakla beraber hepsinde müşterek bir nokta olarak; “*cemiyeti nizam altına alan kurallar*” ifadesi yer almaktadır. Bu itibarla hukuk -genel olarak- şöyle tarif edilmiştir: “*Hukuk, cemiyeti nizamlayan ve devlet müeyyidesi ile kuvvetlendirilmiş bulunan kaidelerin bütünüdür.*”<sup>12</sup> Bülent Nuri Esen ise; “... *toplum hayatında kendi hürriyetimizle bizden başkalarının hürriyetini bir muvazene halinde tutmak zarurîdir. İşte, bunu temine uğraşan sistemleşmeye “Hukuk” deniyor...*”<sup>13</sup> ifadesiyle hukuk kavramını tanımlamaktadır. Hıfzı Veldet ise, hukuk kavramını “*Bir devlette salâhiyet sahibi bir makam (mesela Millet Meclisi, yahut kral, imparator,diktatör) tarafından bütün millet için mer’î olmak üzere konulan ve belli müeyyidelelere bağlanmış kaideler*”<sup>14</sup> şeklinde tanımlamaktadır.

Görüldüğü üzere hukukun temel özelliklerinden biri; devlet tarafından konulmuş olması ve cebrî müeyyideye sahip olmasıdır. Ancak bir kanunun aslî müeyyidesinin kaynağı devlet otoritesi değil, içtimâî vicdan olmalıdır.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Rémy Cabrillac, *Întradiction Générale Au Droit*, Université Montpellier Faculté d’Economie, s. 2.

<sup>12</sup> Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c.1, s. 26.

<sup>13</sup> Bülent Nuri Esen, *Anayasa Hukuku ve Siyasi Hukuk*, Nebioğlu Yayınevi, y.y, 1957, s. 12.

<sup>14</sup> Hıfzı Veldet, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s. 5.

<sup>15</sup> Hıfzı Veldet, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s. 6.

## 2- Medeni Hukuk Kavramı

Medeni Hukukun asıl kökenleri -Justinianus tarafından hazırlatılan Corpus Juris Civilis'te belirtildiği üzere- Roma hukukuna dayanmaktadır. Sonraki müteakip dönemlerde de Kıta Avrupasının ve dünyada birçok ülkenin medeni hukuku Roma Hukukundan etkilenecek geliştirilmiştir. Fransız Medeni Kanunu başta olmak üzere diğer Medeni kanunların ekseriyeti on dokuzuncu ve yirminci yüzyıllar içerisinde kabul edilmiştir. Dünyada bulunan medeni kanunlar arasında bazı önemli farklılıklar var olmakla beraber bunlar genellikle Roman ve Germen hukuku ailelerinde gruplandırılmışlardır. Medeni hukuk büyük ölçüde düzenli bir şekilde sınıflandırılmış bir sistematige sahiptir. Çok sayıda genel kural ve ilkeleri ihtiva etmekle birlikte genellikle bu ilkeler tafsîlâta ve yorumlanmaya muhtaçtır.<sup>16</sup>

Medeni hukuk terim olarak, '*hukuk açısından eşit olan (gerçek ve tüzel) kişilerin, hukuken önemli olan her türlü içtimâî ve iktisâdi münasebetlerini ihtiva eden hususî hukuk dalı olup şahıs, aile, eşya ve borç münasebetlerini tanzim eder*' şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>17</sup>

Medeni hukukun özel hukukun en muhim ve en geniş alanı olması hasebiyle günümüzde medeni hukuk ve özel hukuk kavramları bazen eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Medeni Hukuk kavramının yabancı dillerinde, İngilizce "civil law" Fransızca "droit civil" İtalyanca "diritto civile" ve Almanca da "bürgerliches Recht" terimleriyle tabir edilmektedir. Ancak bu deyimlerin ifade ettikleri anlam 'medeni hukuk' kavramını tam olarak kapsamamaktadır. Zira, yukarıdaki geçen bütün tabirler asıl

---

<sup>16</sup> Caslav Pejovic, *Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal*, Poredbeno Pomorsko Pravo · July 2001, <https://www.researchgate.net/publication/265244573>

<sup>17</sup> Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c.1, s. 40.

ittibariyle "**jus civile**" deyiminden alınmış olup "**Jus civile**" kavramı ise ilk olarak yalnız Roma vatandaşlarına mahsus olan hukuku ifade etmek için kullanılmaktaydı. Daha sonra, orta çağdan başlayarak bütün Roma hukukuna "Jus civile" denildi. VI. asırda Justinianus tarafından hazırlattılan Roma hukukuna "**Corpus Juris Civilis**" ismi verildi. Roma hukukunun ihtiva ettiği hususları bakımından sadece özel hukuktan ibaret olmadığından ötürü özel hukukun ağırlıklı olduğu bir yapıya sahipti. Bundan ötürüdür ki, medeni hukuk için kullanılan "droit civil, bürgerliches Recht, jus civile" gibi kelimeleri özel hukuka egemen oldu. Buna uygun olarak da modern özel hukuk yasalarına **Medenî Hukuk** adı verildi.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Erhan Adal, *Hukukun Temel İlkeleri*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul, 2004, s. 114.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## MÂLİKÎ MEZHEBİNİN TEMEL İLKELERİ

### 1.1. MÂLİKÎ MEZHEBİNİN TEŞEKKÜLÜ VE GELİŞİMİ

Bilindiği üzere, İslam Hukukunun tarihsel dönemlerinden birisi de fikhî mezheplerin teşekkül etmeye başladığı devirdir. Fıkhın kurumsal bir yapıya kavuştuğu bu dönem, genel itibariyle Emevî döneminin sonu ile Abbasîler döneminin başlarına tekabül etmektedir. Hz. Peygamber (s.a.v), sahabe ve tâbiûn dönemlerinde oluşan birikimle fıkıh olgunluk çağına ulaşmış ve mezhepler ortaya çıkmıştır.<sup>19</sup>

Bazı araştırmacılar, fıkıh mezheplerinin teşekkülünün Roma Hukukunun teşekkülüne benzediğini söylemektedir. Şöyle ki, Roma'da nasıl Sabinus ve Proculus ile Labeo birer hukuk ekolleri kurmuş ve bu ekoller onların adlarına nispet edilerek, sabinliler (sabiani) ve proculular (proeuliani) diye anılan hukukçular ortaya çıkmış ise, aynı şekilde İslam dünyasında da bir kısım meşhur hukukçular tarafından fikhî mezhepler, yani hukuk ekolleri kurulmuş ve onların adlarına nisbet edilerek, Hanefiler, Malikîler, Şafiiler ve Hanbeliler gibi adlarla anılan İslam hukukçuları yetişmiştir.<sup>20</sup>

Kanaatimize göre, İslam Fıkhı ile Roma Hukuku arasında yapılan bu benzetme tam olarak örtüşmemektedir. Zira, mezhep imamlarının asrında teşekkül eden muhtelif fıkıh mezhepler, Asr-ı Saâdette meydana gelen usul ve fıkıh kaideleri üzerine bina edilmiştir. Daha sonra mezhep imamlarının döneminde, asr-ı saâdette teşekkül eden İslam fıkhının temelleri ve içtihad metotları alimler tarafından tedvin edilmiştir. Böylece İslam fıkhının

---

<sup>19</sup> Saffet Köşe, *İslam Hukukuna Giriş*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 3. Baskı, 2013, s. 170.

<sup>20</sup> Mahmud Es'ad, *Tarihi İlmî Hukuk*, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1332, s. 225.

teşri' silsilesi tamamlanmış ve daha yerleşik hale gelmiştir.<sup>21</sup> Daha sonra bu mezhepler farklı metodolojik yaklaşımları sebebiyle birbirinden ayrılmaya başlamıştır. Bu metodolojik farklılıklar, teorik ve pratik düzlemde farklı görüşlerin ve ihtilafların ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu bağlamda her bir fıkıh ekolü kendine özgü bir fikhî metod tercih etmiştir.<sup>22</sup>

Bu çalışmamızın temel konusu, iki ayrı hukuk sisteminin mahsulü olan Mâlikî Fıkıhı ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki tarihi münasebetleri inceleyip Fransız Medeni Hukuku'nun Mâlikî Fıkıhından etkilenip etkilenmediğini ortaya koymaktır. Ancak, bir hukuk sisteminin başka bir hukuk sistemiyle arasındaki ilişkileri incelenmek istendiğinde, evvela bu iki hukuk sisteminden her birinin tarihini, genel ilke ve esaslarını genel bir bakışla incelemek gerektiği kanaatindeyiz.

Binaenaleyh, çalışmamızı bu doğrultuda hazırlayarak Mâlikî fikhî ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki münasebet ve etkileşimi incelemeye başlamadan önce, mukayeseye konu olan her iki hukuk sisteminin icmali surette tarihini ve genel esaslarını ele alacağız. Bundan maksadımız ise, her iki hukuk sistemi hakkında genel bir tasavvur oluşturmaktır. Dolayısıyla, çalışmamızın ilk bölümünde, Mâlikî mezhebinin tarihçesini ve temel ilkelerini kısaca inceleyeceğiz.

---

<sup>21</sup> Bu konuya dair daha tafsilatlı bilgi almak için bkz: *Tak'id el fikh el malikî ve takninuhu, Dokuzuncu Uluslararası Mâlikî Fıkı Forumu, Dâru's-Sakafa, 2013. s. 19.*

<sup>22</sup> Hafsa Kesgin, Mâlikî Mezhebinde Mezhep İçi İhtilâf, *Diyanet İlmî Dergi*, c. 56 , sy 1, Ankara, 2020, ss. 13-38.

### 1.1.1. Mâlikî Mezhebinin Teşekkülü

Hicaz veya Medine mezhebi unvanıyla bilinen Mâlikî mezhebinin asıl müessisi, İmam Malik b. Enes el-Asbahi'dir. Mâlikî mezhebi esas itibariyle Hz. Ömer, Hz. Abdullah b. Ömer, Hz. Zeyd b. Sabit, Hz. Aişe gibi sahabîlerin, Said b. el-Museyyeb, Urve b. ez-Zubeyr, Kasım b. Muhammed, Ebu Bekr b. Abdurrahman, Süleyman b. Yesar ve Harice b. Zeyd gibi tâbîlerin içtihad ve fetvalarına dayanmaktadır.<sup>23</sup>

Mâlikî mezhebi, İslam dünyasında meşhur olan dört büyük Sünnî fıkıh mezhebi içerisinde tarihi olarak ikinci sırada yer almaktadır.<sup>24</sup> Malikî mezhebi, ilk olarak Medine-i Münevvere'de neşet etmiş ve daha sonra da bütün Hicaz bölgesinde kabul görmüştür. Maliki mezhebi, intişarını İslam dünyasının Batısına doğru sürdürmüştür. Öyle ki Mağrib ve Endülüs bölgelerinde hakim mezhep haline gelmiştir.<sup>25</sup> Mâlikî mezhebinin bu bölgelerde kabul edilmesinin temel sebebini İbn Haldûn el-Mukaddime adlı kitabında şöyle açıklamaktadır: “Kuzey Afrikalı ve Endülüslü birçok ilim talebesi ve alim, ilim tahsili için Hicaz bölgesine seyahat ediyordu. Zira o devrin ilim merkezi Medine-i Münevvereydi. Irak bölgesi ise Kuzey Afrika'ya bir hayli uzaktı ve yollarına ters düşüyordu. Bundan ötürü Medine'ye gelerek buradaki Malikî ulemasından ders almayı tercih ediyorlardı. Ayrıca Mağrib ve Endülüs'te genel olarak bedevi hayatı hakimdi. Iraklılar gibi medenî ve yerleşik bir hayat sürmüyorlardı. Bu sebepten ötürü kendileri gibi bedevi hayatı yaşayan Hicazlılara daha fazla meylediyorlardı.”<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Abdulkadir Şener, *İslam'da Mezhepler ve Hukuk Ekolleri*, y.y, t.y, s. 385.

<sup>24</sup> Saliha Okur Gümrükçüoğlu, Erken Dönem İslam Hukuk Tarihindeki Hukuk Ekollerinin Oluşumunda Coğrafya, Kültür ve Sosyal Şartların Etkisi, *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, c. 7, sy. 13, 2017, ss. 205-220.

<sup>25</sup> Bedrân Ebü'l-Ayneyn Bedrân, *Tarihu' el-fikhi'l-İslâmî*, dâru en-Nehzeti'l-Arabiyye, Beyrut, t.y, s. 136.

<sup>26</sup> İbn Haldûn, *el-Mukaddime*, Dâru Nahzati' Misr, 1. Baskı, 2004, s. 392.

### 1.1.2. Mâlikî Mezhebinin Gelişimi

Yukarıda beyan ettiğimiz üzere Mâlikî mezhebinin ilk neşet ettiği yer Medine-i Münevvere olmuş ve daha sonra Hicaz bölgesinde hâkim mezhep haline gelmiştir. Normal şartlarda Mâlikî mezhebinin uzun yıllar karar kılacağı yerin Hicaz bölgesi olması beklenirdi. Fakat zaman geçtikçe Hicaz bölgesinin siyasî durumları değişti. Bu durum Mâlikî mezhebinin bu bölgedeki mevcudiyetini de etkiledi. Hatta rivayet edildiğine göre, Medine’de uzunca bir süre Mâlikî mezhebinin adı dahi anılmaz olmuştu. Ancak daha sonra hicri 793 senesinde Medine’de kadı olarak görevlendiren İbn Ferhûn bu bölgede Mâlikî mezhebini yeniden canlandırmıştır.<sup>27</sup>

Mâlikî mezhebinin Hicaz bölgesinden sonra ilk intikal ettiği yer Mısır’dır.<sup>28</sup> Mâlikî Mezhebinin Mısır’da intişarını sağlayan, İmam Malik’in Mısır’a yerleşen talebeleri Abdurrahman bin Al-Kasem, İbnü’l-Hakem Abdurrahman bin Halid ve Eşheb gibi isimler olmuştur. Mâlikî mezhebi bir süre Mısır’da hakim olmuştur. Ancak İmam Şafii Mısır’a geldikten sonra Şafii mezhebi de Mısır’da intişara başlamış ve neticede iki mezhep arasında bir süre hakimiyet mücadelesi cereyan etmiştir.<sup>29</sup>

Malikî mezhebi, başta bugün Tunus’un ve civarındaki komşu ülkelerin yer aldığı bölgeler olmak üzere Kuzey Afrika’nın diğer bölgelerinde de hâkim mezhep haline gelmiştir. Sadece Esed bin el-Furat’ın egemen ve nüfuzlu olduğu dönemde Hanefi mezhebi de bölgede etkin bir hale gelmiştir. Esed bin el-Furat aslında Mâlikî mezhebine mensuptu. Ancak daha sonra Irak’a giderek İmam Muhammed eş-Şeybani’den Hanefi

<sup>27</sup> Muhammed Ebu Zehra, *Tarihu'l- Mezahibi'l-Islamiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, t.y, s. 405.

<sup>28</sup> Kâdî İyâz, *Tertibu'l-Medarik ve Takribü'l-Mesâlik li-ma'rifeti a'lâmi mezâhibi Malik*, Fas Diyanet İşleri bakanlığı, 2. Baskı, 1983, c.1, s. 25.

<sup>29</sup> Muhammed Ebu Zehra, *İslam'da Siyâsi, İtikadî ve Fikhî mezhepler tarihi*, çev, Abdulkadir Şener, Kerim Aytekin, Hisar Neşriyatı, İstanbul, t.y. s. 412.

fikhını öğrenmiş ve İmam Muhammed'in etkisiyle Hanefî mezhebine geçmiştir. Daha sonra da el-Muizz bin Badis isimli Malîkî aliminin vasıtasıyla Mâlîkî mezhebi Tunus ve çevresinde yeniden hakim bir hale gelmiştir. Bugün dahi Kuzey Afrika bölgesinde halk tarafından kabul gören mezhep Mâlîkî mezhebidir.<sup>30</sup>

Endülüs'e bakıldığında; önceleri bu bölgede Şam fakihlerinden İmam el-Evzaî'nin mezhebi hâkim idi. Ancak daha sonra Endülüs emiri Hakem b. Hişam'ın katında büyük bir mevkii olan Mâlîkî alimi Yahya bin Yahya kadılık makamına getirilmiş ve Mâlîkî mezhebi devletin otoritesinden de faydalanarak bölgede hâkimiyet kazanmıştır.<sup>31</sup>

Hulasa; Maliki mezhebi, İslam coğrafyasının batısında intişar etmiş ve birçok bölgede hâkim mezhep haline gelmiştir. Irak ve civarındaki bölgelerde ise (yukarıda zikrettiğimiz bazı sebeplere binaen) Maliki mezhebi fazla bir etkinlik gösterememiştir.

---

<sup>30</sup> Muhammed Ebu Zehra, *İslam'da Siyasi, İtikadî ve Fikhî mezhepler tarihi*, s. 413.

<sup>31</sup> Muhammed Ebu Zehra, çev. Abdulkadir Şener, *İslam'da Fikhi Mezhepler Tarihi*, Hisar Neşriyatı, 2. Baskı, İstanbul, s. 417.

## 1.2. MÂLİKÎ MEZHEBİ İÇERİSİNDEKİ YER ALAN FIKİH EKOLLERİ

Mâlikî Mezhebî'nin teşekkül döneminde, coğrafi ve bölgesel farklılıklar ile fikhî anlayış ve istidlâl metodundaki ihtilaflar, mezhep içinde farklı ekollerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Farklı bölgelerden gelip İmam Mâlik'in derslerine iştirak eden talebeler, memleketlerine döndüklerinde tahsil etmiş oldukları bu ilmi kendi anlayış ve bakış açıları doğrultusunda aktarmışlardır. Bunun neticesinde muhtelif bölgelerde birbirinden farklı fikhî ekoller neşet etmiştir.<sup>32</sup> Malikî mezhebi tarihine ilişkin olarak Arap dilinde yazılmış eserlerde, Mâlikî mezhebi içindeki bu ekoller, Kadı İyâz ve Mahlûf'un tabakât kitaplarındaki coğrafi tasnif esas alınarak belirlenmiştir. Yani mezhep içi ekoller, tabakât kaynaklarındaki tasnife esas olan bölgelere nispet edilmiştir.<sup>33</sup> Bizim kanaatimize göre de Kadı İyâz ve Mahlûf tarafından yapılan bu tasnif, yerinde bir tasniftir. Bu sebeple biz de konuyu ele alırken bu tasnifi kullanacağız.

Konuya başlamadan evvel, ekol kavramı ile ne ifade edilmek istendiğini ve Mâlikî mezhebinin içerisinde muhtelif ekollerin neşet etmesinin bazı sebeplerini ele alacağız.

### 1.2.1 Ekol Kavramı

Ekol kelimesi sözlükte; “eğitim ve öğretimin yapıldığı okuma, öğrenme ve ders görme yeri” ve ‘ortak bir görüşü dile getiren veya belirli bir yola bağlı olan araştırmacılar, düşünürler veya filozoflar topluluğu” manalarına gelmektedir.<sup>34</sup>

“‘Ekol/ school’ terimi, hususen Batılı araştırmacılar tarafından evvela tâbiûn döneminde İslam dünyasının belirli merkezlerinde (emsâr) ortaya çıkan fikhî çevrelerini

<sup>32</sup> Hafsa Kesgin, *Mâlikî Fıkıhı Geleneğinde Nevâzil: Endülüs Örneği*, Sakarya Üniversitesi, Doktora Tezi, 2013, s. 14.

<sup>33</sup> Ali Hakan Çavuşoğlu, *Irak Mâlikî Ekolü (III-V./IX.-XI. yy.)*, doktora tezi, Marmara Üniversitesi, 2004. s. 17.

<sup>34</sup> İbrahim Mustafa v.d. *el-Mu'cemü'l-Vasıt*, thk, Mecmeu'l-Lugatu'l-Arabiyye, Dâru'd-Da've, c.1, s. 280.

(Hicaz/ Medine, Irak/ Kûfe gibi) ifade etmek üzere kullanılmıştır. Daha sonra ortaya çıkan ve daha ziyade metodolojik farklılıklara dayanan ehl-i hadis ve ehl-i rey gruplaşmaları da yine ‘ekol’ kavramıyla ifade edilmiştir. Nihayet aynı kavramın belirli merkezlerde oluşan fıkıh geleneklerinin temsilcisi durumundaki belirli şahıslar ve onların halkları etrafında şekillenen yeni oluşumları (mezhep) ifade etmek üzere kullanıldığı da görülmektedir.”<sup>35</sup>

Mâlikî fikhının tarihine dair Arapça olarak ele alınan eserlerde de genel olarak ekol terimi yerine; ‘medrese (çoğulu: medâris)’ ifadesi kullanılmaktadır.<sup>36</sup>

Diğer fikhî mezheplerde olduğu gibi; önce belirli merkezlerde İmam Mâlik’in talebeleri etrafında tedris halkaları oluşmuş, zamanla her bölgede aralarında rivayet ve metod farklılıkları bulunan öğrencilerinden birisi öne çıkmış ve o bölgedeki Malikî tedris halkasının temsilcisi olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte her bölgede farklı anlayışlar varlığını sürdürmüştür. Dolayısıyla, Maliki mezhebi içinde de farklı bölgesel ve şahsî ekoller ortaya çıkmıştır.<sup>37</sup>

### **1.2.2. Mâlikî Mezhebinin Muhtelif Ekollere Ayrılmasının Sebepleri**

Daha önce de ifade edildiği üzere; İmam Malik’in vefatından sonra, İslam coğrafyasının farklı bölgelerinde Mâlikî mezhebine ait muhtelif ekoller zuhur etmiştir. Aşağıda Mâlikî mezhebi içerisinde farklı ekollerin ortaya çıkmasının bazı sebeplerini ele alacağız.

---

<sup>35</sup> Ali Hakan Çavuşoğlu, *Irak Mâlikî Ekol*, s. 15.

<sup>36</sup> İbrahim Ali Muhammed, *İstilahu’l-mezheb inde’l-mâlikîyye*, Dübey, 2000, s. 57-81.

<sup>37</sup> Ali Hakan Çavuşoğlu, *Irak Mâlikî Ekölü*, s.16.

### 1.2.2.1. Metot Farklılığı

Bilindiği gibi İmam Mâlik, bir fakih olmasının yanında aynı zamanda da bir muhaddisti. İmam Mâlik, fıkıh alanında içtihat ehliyetini haiz bir müçtehit olduğu gibi hadis alanında da ‘İmam’ mertebesindeydi. Öyle ki İmam Malik’in fıkıhta kendine has bir istinbat metodu dahi vardı. Hadis ve fıkıh ilimleri her ne kadar birbirleriyle alakadar olsalar da her iki ilmin İmam Malik’in rahle-i tedrisatından geçen talebeler üzerindeki etkisi farklı olmuştur. Bazı talebeler hadis alanında Muvatta’yı hıfz edip talim etmekle beraber İmam’ın fıkhi birikiminden daha fazla etkilenmişlerdir. Diğer bazıları ise İmam’ın fıkhi melekesinden istifade etmekle beraber hadis ilmine dair birikiminden daha fazla etkilenmişlerdir. Böylelikle İmam Malik’in talebelerinden bazıları fikhî istinbatlarında ehl-i hadis ekolünün menhecini esas alırken diğerleri ise ehl-i rey ekolünün menhecine yakın bir tutum sergilemişlerdir. Netice itibarıyla Maliki mezhebi içerisinde istinbat usulleri birbirinden farklı olan iki muhtelif fıkıh ekolü teşekkül etmiştir.<sup>38</sup>

Bu hususta İmam Yahya b. Yahya el-Leysî şöyle demektedir: " (Ehl-i rey ekolünden olan) Abdurrahman b. el-Kasım'a her gittiğimde bana, "Nereden geliyorsun ya Eba Muhammed?" diye sorardı. Ben de, Abdullah b. Vehb’in meclisinden geliyorum diye cevap verirdim. O da; "Allahtan kork! (Abdullah b. Vehb’in fıkhi istinbatta istidlal ettiği) Bu hadislerin ekseriyeti (sıhhat açısından) kendileriyle amel etmeye elverişli değil" derdi. Sonra onun yanında ayrılıp (Ehl-i hadis ekolünden olan) Abdullah b. Vehb’in yanına gittiğimde, oda bana nerden geliyorsun? diye sorardı. Ona; Abdullah b. el-Kasım’in meclisinden geldiğimi söyledim. O da; “Allahtan kork! (Abdurrahman b. el Kasım’ın içtihat ettiği) bu meseleler, onun kendi görüşlerinden ibarettir’ derdi. Yahya b. Yahya el-Leysî bu anısını zikrettikten sonra şöyle dedi: ‘Allah onlara rahmetiyle muamele buyursun,

<sup>38</sup> İbrahim Ali Muhammed, *İstilahu'l-mezheb Inde'l-Mâlikiyye*, s. 57.

her ikisi de görüşlerinde isabet etmiştir. Zira, İbnu'l-Kasım'ın maksadı, beni kendileriyle amel edilmeye elverişli olmayan hadisleri fikhî istinbatta kullanmaktan men etmektir. İbn Vehb'in maksadı ise, beni, hakkında hadis-i şerif bulunan meselelerde hadis-i şerifleri göz ardı ederek yalnızca kendi aklî reyimi kullanmaktan men etmektir. Binaenaleyh her ikisi de doğruyu söylemiştir.<sup>39</sup>

### **1.2.2.2. Bir Mesele Hakkında İmam Malik'ten Birden Çok Görüş Rivayet Edilmesi**

Mezhep imamlarından aynı meseleye dair muhtelif görüşler nakledilmesi sık karşılaşılan bir durumdur. Bu husus tüm fıkıh mezheplerinde yaygın olarak müşâhede edilmektedir. Mezhep imamlarından bir mesele hakkında farklı görüşlerin rivayet edilmesinin temel sebebi ise mezhep imamlarının yapmış oldukları içtihatları sonradan değiştirmeleridir.<sup>40</sup> İmam Mâlik de diğer mezhep imamları gibi bazı konularda yapmış olduğu içtihatlarını daha sonradan değiştirmiştir. İmam Mâlik'in meclisinde bulunan talebelerden bazıları bir meseledeki ilk içtihatını duymuş, İmam Mâlik mesele hakkındaki içtihadını değiştirdikten sonra meclisine katılan diğer bazı talebeler ise aynı mesele hakkındaki farklı içtihadını duymuşlardır. Daha sonra bir mesele hakkında İmam Mâlik'in birbirinden farklı içtihatlarını duyan bu talebeler memleketlerine döndüklerinde kendi duydukları içtihatı göre amel etmişlerdir. Böylece, bazı fıkhi hususlarda İmam Mâlik'ten alınan farklı görüşler, farklı bölgelerde yer alan Müslümanlarca tatbik edilmiştir. Bu da Mâlikî mezhebi içerisinde muhtelif ekollerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Kâdî İyâz, *Tertibü'l-medarik*, c.3, s. 387.

<sup>40</sup> İbrahim Ali Muhammed, *İstilahu'l-mezheb Inde'l-Mâlikiyye*, s. 59.

<sup>41</sup> İbrahim Ali Muhammed, *İstilahu'l-mezheb Inde'l-Mâlikiyye*, s. 60.

### 1.2.2.3. Çevresel Faktörler

Çevresel faktörlerin de Mâlikî mezhebinin farklı ekollere ayrılmasında önemli bir etkisi olmuştur. Buna verilebilecek en zahir örnek, Mâlikî mezhebinin Irak ekolüdür. Irak bölgesi, İslam tarihi boyunca, ilmî tartışmaların ve farklı fikir akımlarının merkezi idi. Irak'ta ve hususen de Bağdat beldesinde birçok farklı mezhep bir arada bulunmaktaydı. Irak'ta bulunan Mâlikî ulemâsı, mezheplerinin esas ve görüşlerini diğer mezhep ulemasına karşı müdafaa etmek için diğer bölgelerdeki Mâlikî ulemasından daha farklı bir üslup ve yöntemi benimsemek zorunda kaldı. Binaenaleyh; Mâlikî mezhebinin Irak ekolü, içinde bulunduğu bu çevresel şart ve faktörler sebebiyle usul bakımından Mâlikî mezhebinin diğer ekollerden ayrılmaktadır.<sup>42</sup>

İbn Haldun Mâlikî mezhebi hakkında şöyle der: “Mağrip ve Endülüs halkları kendilerine usul bilgisi ulaşmadığı halde Mâlikî mezhebini taklit edebilmişlerdir. Çünkü Mağrip ve Endülüs'te hâkim olan yaşam tarzı bedeviliktir. Irak halkı gibi medeniyetin getirdiği problemlerle uğraşmak zorunda kalmamışlardır. Hicaz bölgesi de medeniyetten bedeviliğe daha yakındır. Bu nedenle Maliki mezhebi onların arasında kabul görmeye devam etti. Diğer mezheplerde olduğu gibi medeniyetin sorunları bu mezhebin gündeminde olmamıştır.”<sup>43</sup>

### 1.2.3. Mâlikî Mezhebi İçerisindeki Fıkıh Ekolleri

Daha evvelki fasılda, İslam coğrafyasının farklı bölgelerinde Mâlikî mezhebine ait farklı fıkıh ekollerinin zuhur ettiğini, Mâlikî mezhebi içerisinde bu muhtelif ekollerin

---

<sup>42</sup> Alhasan Ambarek Eshteivi Ahmed, *Mâlikî Usulündeki İhtilafların Furudaki Sonuçları*, Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 2019, s. 16.

<sup>43</sup> İbn Haldun, *el-Mukaddime*, s. 258.

ortaya çıkmasında önemli rol oynayan bazı sebeplerin ne olduğunu beyan etmiştik. Bu fasılda ise, Mâlikî mezhebinin ekollerini ayrı ayrı ele alacağız.

### 1.2.3.1. Medine Mâlikî Ekolü

Mâlikî mezhebi, ilk Medine-i Münevvere’de teşekkül etmiş ve daha sonra da İmam Malik’in rahle-i tedrisatında yetişen talebeleri vasıtasıyla buradan dünyanın muhtelif bölgelerine aktarılmıştır.<sup>44</sup>

İmam Mâlik, Medine’de doğmuş, büyümüş ve fikhî faaliyetlerini Medine’de sürdürmüştür. Dolayısıyla onun ilim halkasının ilk talebeleri, yakın çevresinde bulunan Medineli talebeler olmuştur. Onun vefatından sonra İmam Mâlik’in yürütmekte olduğu bu tedris faaliyetini de bu talebeler devam ettirmişlerdir. Ayrıca bu talebelerin İmam Mâlik’in görüşlerinin nakledilmesinde de önemli katkıları olmuştur. Ancak III./IX. yüzyıl ortalarından itibaren Medine ekolünün önemini yitirmeye başlaması ve Fâtımî hakimiyetinin başladığı IV./X. yüzyıldan itibaren de tamamen etkinliğini yitirmesi nedeniyle, Medineli Mâlikî ulehasının mezhebe olan katkısı daha ziyade İmam Mâlik’in fikhî görüşlerinin rivayeti ile sınırlı kalmıştır. Mezhebin gelişip teşekkülünü ikmal etmesi hususunda fazlaca bir katkıları olmamıştır.<sup>45</sup>

İmam Mâlik’in Medineli talebelerinin önde gelenlerinden bazıları şunlardır: Muhammed b. Dînâr (ö. 182/798), Osman b. Kinâne (ö. 185/801), Abdülaziz b. Ebî Hâzim (ö. 185/801), Muğîre b. Abdurrahman el-Mahzûmî (ö. 188/804), Abdullah b. Nâfi’ es-Sâîğ

<sup>44</sup> Kâdi İyâz, *Tertibü'l-medarik*, s. 32.

<sup>45</sup> Ali Hakan Çavuşoğlu, *Irak Mâlikî Ekolü*, s. 24.

(ö. 206/821) Abdülmelik b. el-Mâcişûn (ö. 212/827) Muhammed b. Mesleme (ö. 216/831), Mutarrif b. Abdullah (ö.220/835) ve Ebû Mus'ab ez-Zührî (ö. 242/856).<sup>46</sup>

### 1.2.3.2. Mısır Mâlikî Ekolü

Hicaz (Mekke ve Medine), Irak (Kûfe ve Basra), ve Suriye (Şam), ilk dönemlerden itibaren fikhî faaliyetlerin yürütüldüğü ve kendine has fikhî usul ve gelenekleri olan üç önemli merkezdi. Bu merkezlerin dışında kalan Mısır ise, İmam Mâlik'in çağdaşı Leys b. Sa'd (ö.175/791) gibi müçtehid fakihler yetiştirmiş olmakla birlikte, muhtemelen kendine özgü bir fıkıh geleneği oluşturamamıştır. Daha ziyade Medine fikhının etkisinde kalmıştır. İmam Malik'in görüşlerinin, Medine dışında ilk defa Mısır'a ulaştığını ve burada hakim olduğunu söyleyen Kadı İyâz, İmam Şafî'nin Mısır'a gidip kendi fıkıh çevresini oluşturmasına kadar Mısırlıların yalnızca Medine ekolüne ve İmam Malik'e bağlı kaldıklarını belirtir.<sup>47</sup>

İmam İbn'ul Kâsim'in etkisiyle Mısır Mâlikî Ekolü, Maliki mezhebine mensup diğer ekoller arasında önemli bir yer elde etmiştir. İmam İbn'ul Kasım, telif ettiği 'Müdevvene' isimli eserinde İmam Malik'in içtihatlarını nakletmenin yanında kendi görüşlerini de zikretmiştir. Mâlikî mezhebinin diğer ekollerine mensup fukahâ da İmam İbn'ul Kasım'ın bu kitabına büyük ehemmiyet vermiş ve birçok fikhî meselede bu esere itimad etmişlerdir.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Ali Hakan Çavuşoğlu, *Irak Mâlikî Ekolü*, s. 24

<sup>47</sup> Ali Hakan Çavuşoğlu, *Irak Mâlikî Ekolü*, s. 34.

<sup>48</sup> İbrahim Ali Muhammed, *İstilahu'l-mezheb Inde'l-Mâlikîyye*, s. 70.

Mâlikî mezhebi Mısır'a İmam Mâlik'in henüz hayatta iken girmiş olmakla beraber, Mısır ve Kuzey Afrika, Fâtimîlerin eline geçince Mâlikî mezhebi büyük ihmale uğramıştır. Ondan sonra yeniden ihya edilmiştir.<sup>49</sup>

### 1.2.3.3. Kayravan Mâlikî Ekolü

Mısır'ın batısında yer alan Kuzey Afrika bölgesinde, Maliki mezhebinin tarihinde önemli yeri olan üç merkez bulunmaktadır: Tunus, Kayravan ve Fas. Bu merkezlerde yürütülen fikhî faaliyetlerde İmam Malik'in rivayet ve görüşlerinin yanı sıra İmam Malik'in Mısırlı talebeleri İbnü'l-Kasim ve Eşheb'in görüşleri de esas alınmıştır. Bu faaliyetler, süreklilik ve mezhep içinde belirleyicilik bakımından Mısır'dan sonra en önemli tedris halkalarının, diğer bir ifadeyle mezhep içi muhtelif ekollerin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.<sup>50</sup>

Fıkıh tarihi kaynaklarında zikredildiğine göre, Kuzey Afrika'da yer alan bölgelerde (Tunus, Kayravan Fas) ilk başlarda Küfelilerin mezhebi (Hanefî mezhebi) etkin olmuştur. Ancak daha sonra Ali b. Zîâd, Bahlûl b. Râşit ve Esad b. Furât gibi Mâlikî fakihlerin bu bölgeye gelmesiyle bölgede Mâlikî mezhebi intişar etmeye başlamıştır. İmam Sehnûn dönemine kadar devam eden bu intişar, onun zamanında mezhebin bölgede tamamen hakim hale gelmesiyle neticelenmiştir.<sup>51</sup>

Mâlikî tabakât kitaplarında, Kuzey Afrika bölgesinde iki farklı fıkıh ekolünün mevcudiyetinden söz edilmektedir: İfrîkiye (Tunus-Kayravan) ekolü ve Fas-el-Mağribü'l-

<sup>49</sup> İbn Ferhûn, *Şeceretü'n-nûri'z-zekiyye fî şabakâti'l-Mâlikiyye*. Dâru'l Kütübil İlmîyye, Beyrut, 1. Baskı, 2003, s. 445-450

<sup>50</sup> Ali Hakan Çavuşoğlu, *İrak Malikî Ekolü*, s. 65.

<sup>51</sup> Kâdi İyâz, *Tertibü'l-medârik*, s. 25.

Aksâ ekolu. İfrîkiye ekolü, İmam Mâlik'in ilk talebelerinin bu bölgeye geldiği tarihten itibaren mevcuttu. Daha sonra hicri dördüncü yüzyılın ortalarından itibaren Fas ekolü teşekkül etti ve her iki ekol birbirinden ayrı olarak bölgede mevcudiyetini sürdürmeye başladı. Mâlikî mezhebi içinde dört ayrı tedaris silsilesi (tarîk) olduğunu ifade eden İbn Haldûn ise, kuzey Afrika'daki bu üç merkezi 'Kayravan Tarîki' başlığı altında toplar ve Sahnûn b. Said'e nispet eder.<sup>52</sup>

Mâlikî mezhebinin tarihine yönelik yapılan muasır araştırma ve çalışmalarda birbirinden farklı tasnifler ve tesmiyeler yer almaktadır. Bazı araştırmacılar, Kuzey Afrika bölgesinde iki farklı ekolün yer aldığını söylemektedir. Bazıları ise bu bölgede faaliyet gösteren Malikî ulemasını bir bütün olarak kabul etmekte ve bunların hepsinin Kayravan Ekolü'ne (el-medresetü'l-Kayravâniyye) mensup olduğunu söylemektedir. Bu alanda çalışma yapan muasır araştırmacıların içerisinde meseleyi en kapsamlı şekilde ele alan araştırmacılardan birisi olan Muhammed İbrahim, eserinde Tunus Kayravan ve Fas'taki Malikî tedaris halklarına ayrı ayrı işaret etmekle birlikte, Fas ekolünün Tunus/Kayravan Ekolünün bir kolu olduğunu belirlemek ve bu üç merkezi 'Mağrib ekolü (el-medresetü'l-Mağribiyye)' başlığı altında ele almaktadır.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Ali Hakan Çavuşoğlu, *İrak Malikî Ekolu*, s. 65.

<sup>53</sup> Ali Hakan Çavuşoğlu, *İrak Malikî Ekolü*, s. 66.

### 1.3. MÂLİKÎ MEZHEBİNİN TEMEL İCTİHAD USULLERİ

Mâlikî mezhebinin temel hususiyetlerinden birisi, fevkalâde şümullü bir takım ictihad usulü ve kaidelerine sahip olmasıdır. Mâlikî mezhebi, ictihad usulü cihetinden diğer fıkıh mezhepleri arasında en geniş ve kapsamlı olanlardandır. Bu durum, Mâlikî mezhebinin nevâzil denilen yeni ortaya çıkan fikhî meselelere kolayca hüküm vermesini sağlamıştır. İmam Mâlik, şerî hükümlerin istinbatında esas aldığı usul ve kaideleri her ne kadar kendisi sarahaten belirtmemiş olsa da fikhî meselelere dair vermiş olduğu hükümler, yapmış olduğu içtihatlar ve fetvâları onun esas aldığı usul kaidelerine delâlet etmektedir. Sonra da İmam Mâlik'den fıkıh ilmini tahsil eden talebeleri, onun el-Muvâtât' gibi eserlerinde yer alan içtihad ve fetvâlarına itimad ederek İmam Malik'in içtihadta esas aldığı usul ve kaideleri tespit etmişlerdir.

Mâlikî mezhebinin ictihad usulünün tafsilatına geçmeden evvel ictihad ve ictihad usulü kavramlarını ele almamız yerinde olacaktır.

#### 1.3.1. İctihad ve İctihad Usulü Kavramları

Sözlükte; “çaba göstermek, bütün gücünü kullanmak, ısrarlı olmak, zahmet çekmek” manalarına gelen ‘cehd’ kökünden türeyen ‘ictihâd’ kelimesi, sözlükte; “bir konuda elden gelen çabayı sarfetmek, bir şeyi elde edebilmek için olanca gücü harcamak” anlamlarına gelmektedir. Terim olarak ise, ictihadın, fukahânın muhtelif görüş açılarını ve içtihad kavramının zaman içerisinde görülen genişlemesi beyan edilecek şekilde birçok tanımlı yapılmış ve bunların arasındaki ortak noktasıyı, “fakihin herhangi bir şer’î hüküm hakkında zannî bilgiye ulaşabilmek için bütün gücünü harcaması” fikri teşkil etmiştir.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> H. Yunus Apaydın, "İctihad", TDV İslâm Ansiklopedisi, (e.t:28.02.2021).

Diğer bir ifadeyle, *'ictihad: fer'iyata, yani ibadet ve muamalâta müteallik bir hükmü şer'iyi delilinden istinbat (çekip çıkarmak) için tam tâkati sarfetmektir.'* Bu gibi fer'i hükümleri delillerinden istinbat eden eden zata da '**müctehid**' denilmektedir.<sup>55</sup>

'İctihad usulü' ise, günümüzde 'İslam Hukukunun kaynakları' ifadesine tekâbül etmektedir. İslam hukukunun kaynakları da, usul-u fıkıh kitaplarında '**edille-i şer'iyeye**' başlığı altında ele alınmaktadır. Ömer Nasuhi Bilmen edille-i şer'iyeye'i şu şekilde tanımlamaktadır: *'Kendisine sahih surette nazar edilmesi ve bilinmesi matlup olan bir hükme insanı kavuşturan, nazmı Kur'anîden veya Sünnet-i Nebevîyeden veya icma ile kıyastan herhangi biridir.'*<sup>56</sup>

Burada bir hususa değinmeyi faydalı görmekteyiz ki o da şudur: Fukahânın esas aldığı ictihad usullerinin menşei müctehid (Kur'an-ı Kerîm ve Sünnet-i Nebeviyye) olmasına rağmen ictihad usulleri birbirinden farklılık göstermektedir. Bunun birçok nedeni vardır ki sadece bu konu dahi ayrı bir çalışma yapılmasını gerektirir. Esasen, farklı fıkıh mezheplerinin teşekkül etmesi de bu sebepten kaynaklanmaktadır. Fikhî mezheplerin mahiyetine bakıldığında da her müctehidin kendisine has bir ictihad usulünün olması, mezheplerin teşekkülündeki temel esaslardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Binaenaleyh 'mezhep' kavramı; *"bir müctehidin, dinin ayrıntılarına ilişkin kendine özgü kural ve yöntemlerle oluşturduğu inanç ya da hukuk sistemini ifade etmektedir. Yani dinin inanç esaslarını veya ameli hükümlerini anlama ve yorumlama konusunda kendine özgü yaklaşımlara sahip düşünce sistemi; bu yaklaşımlar etrafında meydana gelen ekolleşmenin ürünü olan ilmi ve fikri birikime mezhep denilmektedir."*<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Istılahatı Fkhiyye Kamusu*, c. 2, s. 17.

<sup>56</sup> Nasuhi Bilmen, *Istılahatı Fkhiyye Kamusu*, c. 2, s. 39.

<sup>57</sup> Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, Atlas Akademi Yayınevi, Konya, 9. Baskı, 2020, s. 80.

### 1.3.2. Mâlikî Mezhebinin Temel İctihad Usülleri

İmam Mâlik'in temel icthad usulünü ele almadan önce önemli bir hususa değinmek yerinde olacaktır ki o da şudur ki: Fıkıh usulü eserlerinde bir mezhebin icthad ve istinbat usulü olarak zikredilen külli kaidelerin hepsi, mezhep imamlarının sarîh olarak ifade ettiği kaideler değildir. Bu kitaplarda, imamların fetva ve içtihadlarıyla bilinen kaideleri esas alınarak daha sonra gelen talebeleri tarafından tedvin edilen içtihat usulü ve kaideleri yer almaktadır.<sup>58</sup> Bu bağlamda İmâm Mâlik'in de gerek genel usûl icthadları gerekse de kendine has usûlüne dair bir eser kaleme almadığı bilinmektedir.<sup>59</sup> Ancak, İmam Mâlik'in el-Muvâtta' adlı eseri, usûl ilminin ilke ve esaslarını her ne kadar belirtmemiş olsa da İmâm Mâlik'in kendi icthad usulünü ve ilkelerini yansıtan yorumları ihtivâ etmektedir.<sup>60</sup>

İmam Mâlik'den fıkıh ilmini öğrenen talebeleri, onun el-Muvâtta' adlı eserinde yer alan içtihad ve fetvâlarına itimad ederek İmam Malik'in icthadta esas aldığı usul ve kaideleri tespit etmişlerdir. Akabinde ise onlardan sonra gelen Mâlikî fakihleri, bu tespit edilen usul ve kaideleri bir araya getiren eserler telif etmişlerdir. Böylelikle Mâlikî mezhebinin hem usul hem de furû' fikhî müdevven hale gelmiştir. Bu hususta Ebû Zehrâ şöyle demektedir “İmam Mâlik, mezhebini üzerine binâ ettiği, meselelerin hükmünü verirken bağlı kaldığı usûlün kaidelerini ihtiva eden bir eser telif etmemiştir. Bu konuda muasırı İmam Ebu Hanîfe gibi davranmıştır. Fikhî ahkâmın istinbatında ve tespit edilmesinde esas aldığı usulü tedvin eden ve meselelere dair delil getirirken esas aldığı ilkeleri bir kitapta bir araya getiren talebesi İmam Şafî gibi hareket etmemiştir. Ancak

<sup>58</sup> Hayrettin Karaman, *İslam Hukukunda İctihad*, DİB yayınları, Ankara, 1985, s. 135.

<sup>59</sup> Hafsa Kesgin, Mâlikî Fıkıh Usulünün Tarihsel Süreci, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy 48, Samsun, 2020, ss. 505-535.

<sup>60</sup> Muhammed Ebû Zehrâ, *Târihu'l-mezâhibu'l-islâmî*, s. 430; Hayrettin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2009, s. 207.

İmam Mâlik, hükümlerin istinbatında esas aldığı usul ve kaideleri sarahaten belirtmemiş olsa da fikhî meselelere dair vermiş olduğu hükümler, yapmış olduğu içtihatlar ve fetvâları onun esas aldığı usul kaidelerine delâlet etmektedir.”<sup>61</sup>

İmâm Mâlik’in ictihâd ederken esas aldığı şer’î delillerin sayısı hususunda ihtilaf vardır. İmam Kadi İyaz, İmam-ı Malik'in usulünü şu şekilde beyan etmektedir: ‘Mezhep imamlarının ictihatta kullanmış oldukları usul ve delillere bakıldığında, İmam Mâlik’in içtihad ederken esas aldığı usulün kendisine has ve mürettep bir usul olduğu görülür. Şöyle ki, İmam Mâlik, bir mesele hakkında hüküm verirken evvela Kur’an-ı Kerimi esas almaktadır. Kur’ân-ı Kerîm’de meseleye dair bir nas bulamazsa sünnet-i seniyyeye müracaat etmektedir. Öyle ki bir mesele hakkında hadis-i şerif vârid olmuşsa bunu kıyasla takdim etmektedir. Ancak İmam Mâlik, sika raviler tarafından rivayet olunmayan, ravileri muhaddisler tarafından bilinmeyen ve Medine ehlinin ameline muhâlif olan hadis-i şerifleri delil olarak almamıştır.’<sup>62</sup> Kâdi İyaz, burada imam Mâlik’in ictihatta esas aldığı delillerden yalnızca Kitap, Sünnet, kıyas ve amel-i ehl-i Medine’yi zikretmiştir. Bunların dışında İcma, İstishâb, Mesâlih-i Mürsele, Seddi’z-Zerâ’i ve Örf de İmam Mâlik’in esas aldığı şer’î deliller arasındadır.

İmam Mâlik’in ictihatta esas aldığı edille-i şer’iyyeyi en cami’ ve dakik bir şekilde beyan edenlerden birisi de İmam Karâfi’dir. Şerh-u Tenkihu'l-Fusul adlı eserinde şöyle demektedir: “Malikî mezhebinde şer’î hükümlerin istinbatında esas alınan deliller şunlardır: Kitap, Sünnet, İcma, İcma-i Ehl-i Medîne, Kıyas, İstihsan, Sahâbî Kavli, Şer’u

<sup>61</sup> Muhammed, Ebû Zehrâ, *Mâlik: Hayâtuhû, ‘asruhû, arâuhû ve fikhuhû*, Dâru’l-Fikri’l-‘Arabî, s. 271-272.

<sup>62</sup> Kâdi İyâz, *Tertibu’l-Medarik*, s. 25.

men kablenâ, İstishâb, İstislâh (Mesâih-i mürsele), Seddi'z-zerâ'i, Örf, İstikrâ, el-Ahzu bi'l-ehâf, Mürââtü'l-hilâf, Berâet-i Asliyye, ve İstidlâl.'''<sup>63</sup>

Bu genel mukaddimeden sonra, İmam Mâlik'in ve talebelerinin, ahkâm-ı şer'iyye'nin istinbatında esas aldıkları en önemli edille-i şer'iyyeyi ele alacağız. Fakat çalışmamızın asıl konusu bu olmadığından tafsilata girmeyip icmâlî ve mucez bir surette esas noktalara değinmekle iktifâ edeceğiz.

### 1.3.2.1. Kur'an-ı Kerim

Kur'an-ı Kerim; İslam Şeriat'ının esası, temel umdesi, hikmet kaynağı, Hz. Muhammed'in risaletinin hakkaniyetini ispat eden en esaslı mucizesi ve hakikate vâsıl olmak isteyenlerin yollarını aydınlatan bir nurdur. Allah Teâlâ'nın rızasına nâil olmak ve kurtuluşa erişmek ancak onunla mümkündür. Kur'ân-ı Kerim'e muhalif olan bir şeye temessük ve itimad edilemez. Tüm bu zikrettiklerimiz, malum kâbilinden olduklarından delile ve ispata hacet duymazlar. Kur'ân-ı Kerim'in İslam Şeriatı nazarındaki bu ehemmiyetinden ötürü İslam Şeriat'ının esaslarına, maksatlarına ve hükümlerinin hikmetlerine muttali' olmak isteyen birisi hem amelî hem de nazarî cihetten Kur'ân-ı Kerim'i kendisine rehber edinmelidir.<sup>64</sup>

Şâtîbî'nin bu ifadeleri, aynı zamanda İmam Mâlik'in Kur'ân-ı Kerim'e olan bakışını dile getirmektedir. Zira İmam Mâlik, hayatı boyunca Kur'ân-ı Kerimi kendisine rehber edinmiş ve vermiş olduğu fetvalarda, ictihatlarında ve şer'î hükümlerin istinbatında

<sup>63</sup> Karâfî, *Şerhu Tenkihu'l-Fusul*, thk: Tâha Abdurraûf Sa'd, Şerikatu' et-Tibâ'a, 1. Baskı, 1938. S. 445.

<sup>64</sup> eş-Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, thk: Meşhûr bin Hüsiyn ÂL Selmân, Dâru' İbn 'affân, 1. Baskı 1997. c, 3, s. 346.

Kur'ân-ı Kerimi ve Sünnet-i Seniyyeyi esas almıştır. Kendisinden ders almak için dünyanın dört taraftan gelen talebeleri, onun bu haline şahitlik etmişlerdir.<sup>65</sup>

Kur'an-ı Kerim'de geçen “*Ey iman edenler! Allah’a itaat edin, peygambere itaat edin, sizden olan ülü’l-emre de. Eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz -Allah’a ve âhirete gerçekten inanıyorsanız- onu, Allah’a ve peygambere götürün. Bu, elde edilecek sonuç bakımından hem hayırlıdır hem de en güzeldir.*”<sup>66</sup> ayet-i kerimesinden istidlalle tüm İslam alimleri Kur’ân-ı Kerim’i edilliyeye şeriyye arasında en üstümertebede tutmuşlardır. İmam Mâlik de icihad usulünün hiyerarşisinde Kur’ân-ı Kerim’i Sünnet-i Nebeviyye’ye ve diğer şer’i delillere takdim etmiştir.

İmâm Mâlik, Kur’ân-ı Kerimi ilk sırada delil olarak kabul etmesine karşın mütevâtir olmayan kıraatlarla amel etmemiştir.<sup>67</sup> Bunun yanı sıra İmam Mâlik, öncelikle Kur’ân-ı Kerim’in tevil kabul etmeyen zahir naslarını esas almıştır. Öyle ki zahir bir nassın tevil edilmesi gerektiği başka bir nasla kesinlik kazanmadığı sürece nasların zahirine itibar etmiştir. Öte yandan İmam Mâlik, mefhum-ı muvafaka, mefhum-ı muhalefe ve hükümün illetine yapılan tenbih (işaret) metotlarını da hükümlerin istinbatında esas almıştır.<sup>68</sup>

### 1.3.2.2. Sünnet-i Nebeviyye

Mâlikî mezhebinin istinbat usulünde ikinci derecede Sünnet-i Nebeviyye yer almaktadır. İmam Malik’in aynı zamanda hadis ilminde emîrû’l-mü’minîn unvanıyla anılan muhaddisler arasında yer alması, sünnet-i seniyyenin Mâlikî mezhebinde ayrı bir

<sup>65</sup> Muhammed Ebu Zehra, *İmam Mâlik*, s. 286.

<sup>66</sup> (Nisa, 4/59)

<sup>67</sup> Ebû’l-Kasım Muhammed b. Ahmed b. Cuzey, *Takrîbu’l-Vusûl ila İlmi’l-Usûl*, Darul Kütübîl İlmiyye, Beyrut, 1. Baskı, 2003, s.268-270.

<sup>68</sup> Muhammed Ebu Zehra, *İslam’da Fikhi Mezhepler Tarihi*, s. 201.

konumda olmasına yol açmıştır. Hadis ilmindeki derinlik ve ihatası İmam Mâlik'in mümeyyiz vasıflarından birisi olmuş aynı zamanda İmam Mâlik'in kendisine has bir ichtihad yöntemiye sahip olmasını sağlamıştır. Nitekim İmam Mâlik'in meşhur eseri Muvatta, hadîs ve fıkıh alanlarında telif edilen ilk kitaplardan sayılır. Bu kitapta bin kadar hadîs-i şerif, sahabe ve tâbiîn kavli, Medine-i Münevvere halkının amelleri ve İmam Malik'in kendi içtihad ve fetvaları yer almaktadır. Hadis ilminde içtihad derecesine vasil olan İmam Mâlik'in şerî hükümlerin istinbatında esas aldığı usul ve kaideleri arasında içtihad, kıyas, maslahatta yer almaktadır. Ayrıca İmam, hacet-i nası gözeterek fetva vermeye son derece önem vermiştir.<sup>69</sup>

“Mâlikî mezhebinde sünnet, sened ve isnâd cihetinden mütevâtir ve âhâd olarak ikiye ayrılmaktadır. Mütevâtir sünnetin kesin bilgi ihtivâ ettiği ve hem itikad hem amel bakımından kesin bir delil olduğunda ittifak vardır. Âhâd haber ise bazı Mâlikî müellifleri tarafından müstefiz olan ve olmayan şeklinde tasnif edilir. Âhâd haberin kabul şartları hakkındaki ayrıntılı tartışma, Mâlikî fıkıh usulünde âhâd haberin amel-i ehl-i Medîne ve kıyasla teâruzu noktasında yoğunlaşır. Amel-i ehl-i Medîne, mütevâtir haber hükmünde kabul edildiği için kural olarak âhâd habere tercih edilir. Âhâd haberle çatışması halinde amel-i ehl-i Medîne'nin kaynak ve türlerine göre farklı tercihler ve görüşler vardır”<sup>70</sup>

Haber-i Vâhidle kıyas tearuz ettiğinde Kadi iyaz ve İbn Rüşt gibi bazı önemli Mâlikî imamları, bu hususta Mâlikî mezhebinde iki görüşün var olduğunu söylemektedir.<sup>71</sup> Bâkılânî ve Bâcî gibi diğer Mâlikî fakihlerinin kanaatlerinin aksine Mâlikî fakihlerinin çoğunluğu kıyasın tercih edilmesi gerektiği görüşündedir<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Ebu Zehra, *İmam Mâlik*, s. 303. Ekrem Buğra İkinci, *İslam Hukuku Tarihi*, arı Sanat Yayınevi, 2015, s, 102

<sup>70</sup> Eyyüp Said Kaya, "Mâlikî Mezhebi", TDV İslâm Ansiklopedisi, (e.t: 09.04.2021).

<sup>71</sup> Karâfî, *Şerhu Tenkîhu'l-fusûl*, s. 422.

<sup>72</sup> Eyyüp Said Kaya, "mâlikî mezhebi", TDV İslâm Ansiklopedisi, (e.t: 09.04.2021).

İmam Mâlik, İmam Ebu Hanife, Hasan el-Basrî, Sufyan b, Uyayne gibi büyük fakihler mürsel haberi delil olarak kabul etmiştir. Nitekim, İmam Mâlik mürsel habere istinad ederek muayyen şartlarda mahkemenin bir yemin ve bir şahitle hüküm verebilmesi ve hayvanların verdiği zararların tazmini gibi konularda hüküm vermiştir.<sup>73</sup>

### 1.3.2.3. Amel-i Ehl-i Medîne

Fıkıh usulü literatüründe, ‘Amel-i Ehl-i Medîne’ istilahi, asıl itibariyle Mâlikî mezhebine ait bir terim olarak kabul edilmektedir. Zira, Amel-i Ehl-i Medîne’den bahsederken mutlaka onun yanında İmâm Mâlik’in adı da geçmektedir.<sup>74</sup> Nitekim İmam Mâlik, Leys b. Sa’d’a gönderdiği mektupta Amel-i Ehl-i Medine’yi delil olarak kabul ettiğini sarahaten ifade etmiştir.<sup>75</sup>

İmam Mâlik, Amel-i Ehl-i Medîneyi şer’î bir delil olarak kabul ederek özellikle tevkîfî fikhî meselelerde yapmış olduğu icthatları ona istinad etmiştir. Bundan ötürü İmam Mâlik, bir mesele hakkında fetva verirken çoğu zaman Amel-i Ehl-i Medîneye istinad ettiğine delalet eden bazı tabirler kullanırdı. Mesela şöyle derdi: “Bizim nezdimizde bu meselede mucmaun aleyh olan budur.”, “Bu meselenin hükmüne dair beldemizdeki (Medine) alimler bu şekilde fetva vermektedirler”. Buna benzer ifadeler İmâm Mâlik Muvatta adlı kitabında sıkça kullanmaktadır.

İmam Mâlik’in Amel-i Ehl-i Medîneyi şer’î bir delil olarak kabul etmesinin bazı gerekçeleri şunlardır: Medine-i Münevvere’nin vahy-i ilahînin nüzûl ettiği yer olması, Medine’deki sahabelerin İslam’ın ibadât, muamalat ve ukûbât gibi tafsilî hükümlerinin

<sup>73</sup> Ebu Zehra, *İmam Mâlik*, s. 315.

<sup>74</sup> Ahmet Keleş, *Sünnet*, İnsan Yayınları, İstanbul, 2001, s.56.

<sup>75</sup> Ebu Zehra, *İmam Mâlik*, s. 353.

nüzulüne ve Hz. Peygamber tarafından uygulanmasına şahit olmaları ve Medine-i Münevvere'deki sahabeler Hz. Peygamber (s.a.v)'in yanında uzun yıllar kaldıklarından, O'nun sünnetinin tüm tafsilatına vakıf olup sahih bir şekilde tatbik ederek nakletmiş olmaları. İmam Mâlik, Amel-i Ehl-i Medîne'yi ictihadî olmayan hususlarda mütevâtir hadis derecesinde bir delil olarak kabul etmektedir.<sup>76</sup>

Bu bağlamda, önemli bir hususa daha değinmek gerekir ki o da şudur: Bacî, Kâdî Abdulvahâb ve Kâdî İyâz gibi önemli Mâlikî imamları, Amel-i Ehl-i Medîne'yi hücciyeti bakımından iki kısma ayırmışlardır. Birinci kısım, rivayet ve hadislere dayanan, ikincisi ise, ictihada dayanan Amel-i Ehl-i Medîne'dir.<sup>77</sup>

Amel-i Ehl-i Medîne'nin ilk kısmı, tüm Mâlikî imamlar arasında delil olarak kabul edilmektedir. Kâdî İyâz bu hususta şöyle demektedir: “Nakle dayanan Amel-i Ehl-i Medîne kat'î bir hüccet olup onunla amel etmek lazım gelir. Ayrıca ona muhalif olan haber-i vâhid veya kıyas terk edilmelidir. Zira, Amel-i Ehl-i Medîne'nin bu nev'i, mütevatir haber derecesinde bir kat'iyeti ifade etmektedir.<sup>78</sup>” Kâdî Abdulvahab ise; rivayete istinad eden Amel-i Ehl-i Medîne'nin tüm Mâlikî imamlar arasında şer'î delil olduğunu, Şâfi fakihlerin de bu hususta aynı kanaatte olduğunu' söylemektedir.<sup>79</sup> İmam Bâcî ise, İmam Mâlik'in şer'î delil olarak kabul ettiği Amel-i Ehl-i Medîne'nin sadece nakle istinad eden kısım olduğunu söylemektedir ki ezan,<sup>80</sup> namazda besmelenin sessiz okunması, sebze ve meyvelerde zekatın olmaması gibi meseleler buna misal olarak

<sup>76</sup> Ebu Zehra, *İmam Mâlik*, s. 354.

<sup>77</sup> Ali b. el-Habîb didî, *Muzakkire fî Usul'i-Lfikh el-Mâlikî*, Dâru'l-'Avvâdî, Cezayir, 2010, s. 73.

<sup>78</sup> Kâdî İyâz, *Tertîbu'l-Madârik*, c.2, s. 332

<sup>79</sup> Kâdî İyâz, *Tertîbu'l-Madârik*, c.2, s. 332

<sup>80</sup> Ezan'daki ilk tekbir, İmam Mâlik dışındaki üç mezhep imamına göre dört kez okunmaktadır. Mâlikî mezhebinde ise, Amel-i Ehl-i Medîne'ye istinaden yalnız iki kez okunmaktadır. Daha tafsilatlı bilgi için Bkz, Kâdî Ebdulvahab, *el-İşrâf alâ Nukati Mesâile'l-Hilâf*, thk: el-Habîb b. Tâhir, Daru İbn Hazm, 1. Baskı, 1999, c.1, s. 214.

zikredilebilir. Bahsi geçen meselelerin tamamı, Hz Peygamberden gelen rivayetlere dayanan ve hafi olmayacak şekilde sahebeler arasında intişar eden meselelerdir.<sup>81</sup>

Amel-i Ehl-i Medîne'nin ikinci kısmı da kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır: Sahabe-i kiram döneminde vâki' olan ictihatlara dayanan meseleler ve sahabe döneminden sonra meydana gelen icthatlara dayanan meseleler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Birinci kısım, rivayete dayanan Amel-i Ehl-i Medîne hükmündedir. İkinci kısım ise, Bâcî, Karâfî, Kâdî İyâz gibi Mâlikî imamlarına göre hüccet değildir. Kâdî Abdulvahab, İbn Rüşd, Kurtubî gibi diğer bazı Mâlikî imamlar ise, bu kısmın kat'î şer'î delil olmamakla beraber diğer fakihlerin ictihaından evlâ olduğu kanaatindedirler.<sup>82</sup>

#### 1.3.2.4. Sedd-i Zeraî

İmam Mâlik'in şer'î hükümlerin istinbatında esas aldığı şer'î delillerden biri de sedd-i zerâi'dir.<sup>83</sup> Sözlükte “kapatmak, engellemek” anlamındaki ‘sedd’ kelimesi ile “vesile, sebep, vasıta” anlamındaki ‘zerî‘a’ kelimesinin çoğulu olan ‘zerâi‘ kelimelerinden mürekkeptir ve “yolların kapatılması, vasıtaların engellenmesi ve mefsedeye ulaştıran yolların tıkanması” gibi mânalara gelmektedir. İstilahî manasına ilişkin ise mezheplerin bakış açısına göre pek çok tarif yapılmıştır. Ancak tercih edilen meşhur tarife göre sedd-i zeraî; “*kendi başına mubah olan bir fiilin şer‘an sakıncalı bir sonuca götüreceğinden emin olunması veya bunun kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle yasaklanmasını*” ifade etmektedir.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Bâcî, *İhkâmu'l-Fusûl*, Darü'l-Garbi'l-İslami, 2. baskı, 1995, c. 1, s. 486.

<sup>82</sup> Ali b. el-Habîb didî, *Muzakkire fî Usul'i-Lfikih el-Mâlikî*, s. 76-79.

<sup>83</sup> Ebu Zehra, *İmâm Mâlik*, s. 431.

<sup>84</sup> İbrahim Kâfi Dönmez, "Sedd-i Zerâi", TDV İslâm Ansiklopedisi, (e.t: 28.04.2021).

Sedd-i Zeraî'nin şer'î bir delil olarak kabul edilmesinin temel gerekçesi, mükelleflerin yapmış oldukları fiiller üzerine terettüb edecek olan neticelerin göz önüne alınmasıdır. Şöyle ki; eğer bir mükellefin fiili şer'an muteber bir maslahata (insanlar arasında yapılan hukuki muamelelerin elde edilmesinden beklenen maksadlar ve gayeler) vesile oluyorsa, bu maslahatın gerçekleşmesi ne kadar gerekirse ona vesile olan mükellifin fiili de o nisbette gerekli kabul edilir. Aynı şekilde eğer bir mükellefin fiili de mefsedete götürüyorsa, bu fiil üzerine terettüb edecek mefsedet nisbetinde bu fiilin nehyedilmesi gerekir.<sup>85</sup>

Sedd-i Zerâî'nin şer'î ahkâmın istinbatında kesretle istimalinden ötürü Mâlikî mezhebi "zerâî" mezhebi" olarak anılmaya başlamıştır. Usûl ve furu'da ihtiyatlı davranma prensibi esas alınmış olsa da hükümlerin vakıya tatbik ve tenzilinde esneklik ve genişlik gösterilmesinden ötürü Mâlikî mezhebi, diğer mezheplerden bu özelliğiyle temayüz etmiştir. Bununla beraber Şehâbeddin el-Karâfî (ö. 684/1285), İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350) ve İbrâhim b. Mûsâ eş-Şâtıbî (ö. 790/1388) gibi âlimler, sedd-i zerainin şer'î ahkâmın istinbatında istimalinin yalnızca Mâlikî mezhebine özgü olduğu yönündeki yaygın kanaati eleştirerek diğer mezheplerin bu husustaki yaklaşımının sahih bir şekilde tespiti için evvelâ nelerin önlenmesi gerektiğine dair görüşlerinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedirler.<sup>86</sup>

Mâlikî fakihlerinden İbnu'l-Arabî (ö.543), A'raf süresinin 163. Ayetine<sup>87</sup> dayanarak sedd-i zerâî'yi şer'î bir delil olarak ilk kabul edenin İmam Mâlik olduğunu,

<sup>85</sup> Muhammed Ebu Zehra, *İmam Mâlik*, S. 433

<sup>86</sup> İbrahim Kâfi Dönmez, "Sedd-i Zerâî", TDV İslâm Ansiklopedisi, (e.t: 28.04.2021).

<sup>87</sup> "Onlara, deniz kıyısında bulunan şehir halkının durumunu sor. Onlar, cumartesi tatili yaptıkları gün, avlayacakları balıklar sürüler halinde suyun yüzüne çıkarak onlara doğru gelirken, tatil yapmadıkları günde ortalığa çıkmıyorlar diye cumartesi yasaklarını çiğniyorlardı. Yoldan çıkmaları sebebiyle onları işte böyle sınıyorduk."

akabinde İmam Ahmed b. Hanbel'den naklolunan bazı rivayetlere göre İmam Ahmed b. Hanbel tarafından da kabul edildiğini belirtir. Ancak ona göre İmâm Ebû Hanife ve İmâm Şafî, İslamî ilimlerdeki vukufiyet ve derinliklerine rağmen ayet-i celilenin delalet ettiği bu dâkik manayı fark edememişlerdir.<sup>88</sup>

Netice itibariyle, İmâm Mâlik'in fikhî içtihatlarında mefsedete sevk eden yolları sedd-i zerâi' deliline istinaden kapatmaya yöneldiği müşahede edilmektedir. İmam Mâlik, şer'î ahkâmın istinbatında insanların ve toplumun genel maslahat ve menfaatini esas aldığından ötürü mefsedetlerin illa muayyen bir nas ile kaldırılmış olması şartını aramaz. Zira o neticeye bakar ve eğer vesileler fesada götürüyorsa bunların izalesini vacip görür. Buna mukâbil bu vesileler maslahata götürüyorsa yapılması gerektiğini ifade eder. Çünkü fesadın aksine maslahatlara ulaşılacak matlubtur. Dolayısıyla ona götüren vesilelerin de yapılması talep edilir.<sup>89</sup>

### **1.3.2.5. Mesalih-i Mürsele (İstislâh)**

Maslahat-ı mürsele, Mâlikî mezhebinde furû' fıkıh ictihadında çokça kullanılan bir usul kaidesidir. Maslahat-ı Mürsele aynı zamanda 'istislah' 'el-münasibu'l-mürsele' 'el-istidlalu'l-mürsele' gibi kavramlarla da ifade edilmektedir. Sözlükte, "düzeltme, iyileştirme, bir şeyi iyi bulma" anlamına gelen ve sulh, ıslâh, maslahat kelimeleriyle kök birliğine sahip bulunan istislâh, fıkıh usulünde "kaynaklardan hüküm çıkarmada izlenen yöntem" mânasında şer'î delillerden birinin adı olup nasların kapsamına girmeyen ya da kıyas yoluyla nasta düzenlenmiş bir olaya bağlanamayan fikhî bir meselenin

<sup>88</sup> Ebu Bekr b. el-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'an*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 3. Baskı, 2003, c.2, s.331.

<sup>89</sup> İbrahim Kâfi Dönmez, "Sedd-i Zerâi", TDV İslâm Ansiklopedisi, (e.t: 28.04.2021).

hükümünü şer'an itibar edilebilir maslahatlara ve İslâm fikhının genel ilkelerine göre belirleme yöntemini ifade eder.<sup>90</sup>

Genel itibariyle, İslam şeriatının temel gayesi, insanların menfaatlerini sağlamaktır. Binaenaleyh İslam şeriatı, insanlara yapılmasını emrettiği bütün hususlarda insanların maslahat ve menfaatini esas almaktadır. Aynı şekilde zararlı olan veya zarara vesile olacak her şeyi de nehyetmektedir. Bu, bütün İslam alimlerinin müttefik olduğu mücmaun aleyh bir meseledir. Bununla beraber her ne kadar İslam şeriatının bütün hükümlerinin insanların maslahatına binaen va'z edildiği hususunda fukâha beyninde ittifak olsa da bu maslahatın takdirinde ihtilaflar vaki olmuştur.<sup>91</sup>

Mâlikî fakihlerinden İmam Karâfi, istislah kaidesinin sadece Maliki mezhebine ait bir icthad usulü olmadığını ve tüm fikh mezhepleri tarafından şer'î bir delil olarak kabul edildiğini söylemektedir.<sup>92</sup> Diğer bazı Mâlikî âlimleri ise İstislah kaidesinin İmam Mâlik'e has olduğunu söylemiştir.<sup>93</sup> Ancak, her halükarda, İstislâh delilini şer'î hükümlerin istinbatında ilk ve en çok tatbik eden, bunu aslî bir delil olarak değerlendiren kişinin, İmâm Mâlik olduğu belirtilmektedir.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> Şükrü Özen, "İstislâh", TDV İslâm Ansiklopedisi, (e.t: 03.04.2021).

<sup>91</sup> Ebu Zehra, *İmâm Mâlik*, s. 392

<sup>92</sup> Karâfi, *Nefaisü'l-Usul fi Şerhi'l-Mahsul*, thk: Adil ahmed Muavviz, Mektebetü Nizar Mustafa el-Baz, 1. Baskı, 1995, c.9, s.4090.

<sup>93</sup> Ebu Bekr b. el-Arabi, *el-Kabs fi Şerhi Muvatta Mâlik b. Enes*, thk: Muhammed Abdullah Veled Kerim, Dâru'l-Mağrib el-İslami, 1. baskı, 1992, c.1, s.683.

<sup>94</sup> Özdemir, *İmâm Mâlik ve Metodolojisi*, Hiperlink Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2017, s. 169.

## İKİNCİ BÖLÜM

### FRANSIZ MEDENİ HUKUKUNUN TARİHÇESİ VE TEMEL ESASLARI

#### Genel Olarak

Dünyada bulunan her hukuk sistemi, kaideler şeklinde teşekkül etmiş ve bir medeniyetin yansımasıdır. Diğer bir ifadeyle her hukuk sistemi muayyen bir asırda muayyen bir beşerî toplumda hâkim olan içtimaî, ruhî ve iktisadî şartların mahsulüdür.<sup>95</sup> Tarih boyunca dünyada birçok hukuk sistemi var olmuştur. Bu hukuk sistemlerinden bazıları günümüze kadar mevcudiyetini sürdürmüş, bazıları ise mevcudiyetini muhafaza edemeyip yürürlükten kalkmış ve hukuk tarihi araştırmalarının bir konusu haline gelmiştir.<sup>96</sup> Dünyadaki bu hukuk sistemleri, farklı açılardan tasnif ve taksim edilmiştir. Bununla beraber genel olarak kabul edilen ve halen etkili olan görüşe göre; İslam Hukuk Sistemi, Roma-Germen Hukuk Sistemi, Anglo-Sakson (Camon Law) Hukuk Sistemi ve Sosyalist Hukuk sistemi olmak üzere dört temel hukuk sistemi bulunmaktadır.<sup>97</sup>

Daha önce de belirttiğimiz üzere; çalışmamızın esas konusu, iki ayrı hukuk sisteminin mahsulü olan Mâlikî Fıkhî ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki tarihi münasebetleri inceleyip Fransız Medeni Hukuku'nun Mâlikî Fıkhının tesiri altında kalıp kalmadığını ortaya koymaktır. Ancak, bir hukuk sisteminin başka bir hukuk sistemiyle arasındaki ilişkileri genel olarak incelemek veya muayyen bir konu üzerine mukayese yapılmak istendiğinde, evvelâ bu iki hukuk sisteminden her birinin tarihini, genel ilke ve

---

<sup>95</sup> Sadri Maksudi Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, İstanbul Üniversitesi yayınları, 3 tabı, 1948, S. 3

<sup>96</sup> Haluk Songur, *İslam Hukuku ve İngiliz Hukuku Mukayesesi Üzerine -Hukuk Tarihi Bakımından Bir Deneme-* Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri. y.y, t.y.

<sup>97</sup> Ahmet Yaman, Halit Çalış, *İslam Hukuku*, Bilimsel Araştırma Yayınları, 2. Baskı, 2018, s. 46. Ali Şafak, Veysel K. Bilgiç, *Hukuka giriş*, Salmat Basım Yayıncılık, Ankara, 8. Baskı, 2016, s.

esaslarını umumî bir surette incelemek gerekmektedir. Zira, hukukî müesseselerin tarihi süreçte nasıl ve hangi sosyal ve ekonomik şartlarda doğduklarını ve ne gibi değişikliklere uğradıklarını inceleyen hukuk tarihinin bilinmesi, hukuk kurallarının meydana gelmesinde, gelişmesinde veya değişmesinde rol oynayan prensiplerin bilinmesi imkanı sağlamaktadır. Bunun haricinde de, günümüzde hala yaşayan hukuk müesseselerinin bugünkü şeklini alıncaya kadar zaman içinde izlediği seyri göstererek yürürlükteki hukukun anlaşılmasına ve yorumlanmasına hizmet etmektedir.<sup>98</sup> Hülâsa, kendi hukukuyla diğer hukuk sistemleri arasında mukayese yapacak bir hukukçu, sadece kendi pozitif hukukunu değil, mukayese yapacağı diğer hukuk sistemlerinin hukuk tarihini de iyi bilmelidir.

Biz de çalışmamızı bu doğrultuda hazırlayarak Mâlikî fikhî ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki münasebet ve etkileşimi incelemeye başlamadan evvel, mukayeseye konu olan her iki hukuk sisteminin icmâli surette tarihini ve genel esaslarını ele aldık ve çalışmamızın ilk bölümünde, Mâlikî mezhebinin tarihçesini ve genel esaslarını icmâli ve muhtasar bir surette inceledik. Çalışmamızın bu ikinci bölümünde ise, birinci bölümdeki yöntem izlenerek, Fransız Medeni Hukukunun tarihi gelişimini ve temel esaslarını ele alacağız.

---

<sup>98</sup> Selâhattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, Fakülteler Matbası, İstanbul, 1970. S. 11

## 2.1. FRANSIZ MEDENİ HUKUKUNUN TARİHİ AŞAMALARI

Fransız Hukuk çevresi, her ne kadar ayrı bir hukuk çevresi olarak ele alınmış olsa da kıta Avrupası hukuk sistemi üst başlığı altında değerlendirilmektedir.<sup>99</sup> Fransız İhtilâlinde önce, Fransa’da hukuk alanında büyük bir düzensizlik hüküm sürmekteydi. Bu durum bazı Fransız aydınlarını bir hayli düşündürmekteydi. On beşinci yüzyılda, tüm Fransa’da tek bir kanunun tedvin edilmesi Kral Louis XI’in de bir hayalidir. Onun bu hayali yaklaşık dört yüzyıl sonra Napolyon tarafından gerçekleştirildi.<sup>100</sup>

“Fransız hukukunun Fransız Medeni Kanunu yapıncaya kadar süren dönemdeki en büyük özelliği, parçalanmış bir durumda olmasıdır. Gerçi, hukukun parçalanmış görünümü, kodifikasyonlar dönemine kadar pek çok ülkede (Almanya, İtalya) söz konusu olmuştur. Ancak örneğin Almanya’da, Roma hukukunun yanı sıra, Germen hukuku olmak üzere yerel hukuklar da geçerli iken, Fransa’nın güney bölgesinde, tümüyle Roma hukuku geçerliliğini sürdürmekteydi. Galya’nın Romalılar tarafından fethedilmesinden sonra Avrupa’nın her yanında Roma hukuku uygulanmaya başlanmıştır. M.S.476 yılında Batı Roma İmparatorluğu’nun sona ermesinden sonra da, Roma hukuku diğer germen devletlerinde kesintisiz uygulanmıştır.”<sup>101</sup>

Fransız Medeni kanununun ruhunu daha iyi anlayabilmek için Fransız hukukunun Fransız devrimine kadar geçirdiği evreleri de incelemek gerekmektedir.

Fransız Medeni Hukuku’nun yürürlüğe girmesinden evvelki dönemde mer’î olan Fransız Hukuk’unu başlıca iki döneme taksim edebiliriz: 1789’dan önceki ‘eski hukuk

<sup>99</sup> Arzu Oğuz, Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, 2003, Ankara, s. 119.

<sup>100</sup> Paul S. Teague, *The Enlightenment and the Code Napoleon*, American Public University System, 9 May 2015.

<sup>101</sup> Seda Örsen Esirgen, Osmanlı Devleti’nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu? *Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, OTAM, Yıl: 2011, Sayı: 29, S. 31 – 47.

dönemi' (ancien droit) ve bu dönemle 'Code Civil' arasında yer alan 'geçici hukuk dönemi' (droit intermediaire).<sup>102</sup>

### 2.1.1. Eski Hukuk Dönemi

Eski Fransız hukukunun bilinmesi hukukçular ve hukuk tarihi araştırmacıları için birçok açıdan önem arz etmektedir. Halen ülkenin hukukî hayatının temellerini teşkil eden ve Napolyon zamanında çıkartılmış olan kanun kitaplarında Fransa'nın şimdiki mevzuatı, ana hatları ile tesbit edilmişlerdir.<sup>103</sup>

“Fransız hukukunu tam olarak anlamak için, eski Fransız hukukunu ve bazı noktalarda da kilise hukukunu incelemek gerekmektedir. Bundan başka, bu eski hukukun bilinmesi tarihçiler için ne kadar lüzumlu ise hukukçular için de o kadar lüzumludur; zira her an, siyasî vakaların incelenmesinden doğan sayısız meseleleri çözmek, ancak bu suretle mümkün olabilir; her devirde insanları idare meselelerine, idarenin, içtimaî hayatın ve maliyenin teşkilâtlanmasına bulunmuş olan çareleri bilmeksizin eski Fransız cemiyetinin tarihini yazmak mümkün olamaz; bir cemiyetin üyeleri arasındaki münasebetleri tanzim eden hukukî ve idarî kaideler tarihçinin meçhulü kalamaz.”<sup>104</sup>

Fransız Devriminden önce, Fransa'da yürürlükte bulunan kanunlar ile örf ve âdet hukuklarının tümüne “*eski hukuk*” (ancien droit) deniyordu. Bu dönemde Fransa'da

---

<sup>102</sup> Ergun Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 115.

<sup>103</sup> R. Besnier (Paris) Çev. Coşkun Üçok, Fransa'da Fransız Hukuku Tarihi Kürsüsünün gelişmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 3. s.y.

<sup>104</sup> R. Besnier (Paris) Çev. Coşkun Üçok, a.g.e.

başlıca iki büyük hukuk alanı mevcuttu: *Örf ve âdet hukuku bölgesi* (pays de coutumse) ve *yazılı hukuk bölgesi*'dir (pays de driot écrit).<sup>105</sup>

Eski hukuk döneminde *Galya*'da, '*yazılı hukuk*' adı altında Roma hukuku tatbik edilmekteydi. Germanler'in *Galya*'yı istilasından sonra ise Frankların örf ve âdet hukuku (lex Salica) Roma Hukuku'nun üst tabakasını oluşturmaya başlamıştır.<sup>106</sup>

"*Örf ve âdet hukuku*" (droit coutumier) bölgesinde ise büyük bir intizamsızlık baş göstermekteydi. Ülkede 60 *genel örf ve âdet hukuku*, 13 *yazılı hukuk bölgesi örf ve âdet hukuku* ve 284 *yöresel örf ve âdet hukuku* bulunuyordu. *Voltaire*'in ifadesiyle, o sıralarda Fransa'da seyahat eden bir kimse, atları değiştirdiği kadar tâbi olacağı kanunları da değiştirmektedir. *Yazılı örf ve âdet hukukları* içinde en iyileri "*Paris örf ve âdet hukuku*" (Coutume de Paris) ile "*Orléans örf ve âdet hukuku*" idi. Bunlardan birincisi 362 ikincisi ise 492 maddeden oluşuyordu.<sup>107</sup>

"Bu dağınıklığı ve intizamsızlığı gidermek için, çok eskiden beri bazı çarelere başvurulmuştu. Örneğin, daha XV. yüzyılda VII. Charles, ülkede mevcut tüm örf ve âdet kuralları ile teamüllerin saptanmasını emretmişti. XI. Louis, tüm Fransa için tek bir kanun hazırlanmasını tasarlamış, ne var ki bu bir hayal olmaktan öteye gidememişti. Aynı şekilde, *Charles Dumoulin*'in tüm Fransa için tek bir kanun yapma fikri de neticeye ulaşamamıştır. Bu alanda, *Brisson*'un çalışmaları ilgi toplayamamış, XV. *Louis* zamanında *Colbert*'in girişimleri de, başarıya ulaşamamıştır. Sadece *Colbert*'in çabasıyla, yargılama hukuku, su ve ormanlar ve deniz hukuku alanlarında bazı "*ordonnance*"lar (kral emirnameleri) çıkarılmıştır (1667-1681). Sonradan, baş nazır *Daguesseau* tarafından hazırlanan bazı

---

<sup>105</sup> Ergun Özsunay, a.g.e, s. 115.

<sup>106</sup> Erhan Adal, *Hukukun Temel İlkeleri*, 8 baskı, İstanbul, 2004, S. 127.

<sup>107</sup> Ergun Özsunay, a.g.e, s. 117.

ordonnances tasarıları (1731-1747), Code Civil'in tasarılarını etkilemişse de; *Daguesseau*'nun eksiksiz bir kanun hayali tam istediği seviyeye erişememişti.”<sup>108</sup>

### 2.1.2. Geçiş Hukuku Dönemi

Fransız Devrimi, yirminci yüzyıldaki dünya savaşlarına kadar Avrupa tarihindeki en etkili hadiselerden biridir. Fransız Devrimi, Aydınlanma fikirlerini toplumda gündeme getirerek on dokuzuncu yüzyılda vuku bulacak önemli gelişmelerin yolunu açmıştır. Fransız Devriminin tarihi ve o dönemde yaşanan olaylar genellikle iyi bilinmekle birlikte, bu dönemdeki hukuki gelişmeler fazla bilinmemektedir.<sup>109</sup>

"*Etats généraux*"nun "*Kurucu Meclis*" durumuna geldiği 17 Haziran 1789 tarihinden, Code Civil'in kanunlaştığı 21 Mart 1804 tarihine kadar Fransa'da yürürlükte olan hukuka, "*geçiş dönemi hukuku*" adı verilmiştir. Bu dönem boyunca, medeni hukukun kanunlaştırılması yönünden, başlıca aşağıdaki aşamalardan geçilmiştir: <sup>110</sup>

"**Devrim**"den hemen sonra **Kurucu Meclis**, tüm Fransa için bir kanunun hazırlanmasına karar vermişti. 5 Ekim 1790'da genel bir kanunun hazırlanması kabul edilmiş ve bu karar 1791 tarihli Anayasa'da da tekrarlanmıştı. Ne var ki, Kurucu Meclis, siyasal olaylar nedeniyle bu işi ikmal edemedi. Bu devreden sonra gelen, **Yasama Meclisi**'de başarılı olamadı.<sup>111</sup>

"**Convention** (1792 - 1795) döneminde ise, hukukun birleştirilmesi bakımından önemli bir çaba gösterildi. Convention, bir yasama komitesine bir ay içinde bir medeni

<sup>108</sup> Ergun Özsunay, a.g.e. S. 117.

<sup>109</sup> Antoine Vialard, çvr Durmuş Tezcan, *Fransız Devrimi Ara Dönem Hukuku*, Paul S. Teague, *The Enlightenment and the Code Napoleon*, American Public University System, 9 May 2015

<sup>110</sup> Ergun Özsunay, a.g.e. S. 117.

<sup>111</sup> Ergun Özsunay, a.g.e. s. 117.

kanun tasarısı hazırlama görevini vermiş (25 Haziran 1793) ve 1793 Ağustosun'da tamamlanan bu tasarı, **Cambacérès** tarafından, **Convention'a** sunulmuştur. Bu tasarının en ilginç yönü, çok kısa oluşudur. Örneğin tasarıda "konut" ile ilgili olarak sadece bir tek hüküm bulunmaktaydı. 695 maddeden oluşan bu tasarı, **Convention** tarafından benimsenmedi. Roma Hukuku ile örf ve âdet hukuklarından esinlenen tasarımı **Convention**, devrim'in amaçlarına uygun bulmamaktaydı. **Cambacérès**, günün devrimci düşüncesinden fazlasıyla esinlendiği halde, **Convention** daha yalın, daha demokratik ve herkesin anlayabileceği bir tasarı hazırlamak üzere bu tasarımı reddetti. Daha sonra devrimin amaçlarını ve ruhunu yansıtacak bir tasarı hazırlamak üzere, dönemin en gelen fikir adamlarından kurulu bir komite görevlendirildi. (3 Kasım 1793). Ne var ki, bu arada ortaya çıkan çeşitli olaylar, **Convention'un** dikkatini başka taraflara çekmişti. **Robespierre'in** devrilmesinden sonra, **Convention'un** ikinci döneminde, **Cambacérès** ikinci bir tasarı daha sundu (23 Fructidor, Yıl II, 1793). İkinci tasarı, birincisinden de kısaydı. Tasarının tümü 297 maddeden oluşuyordu. **Convention**, bu tasarımı fazla kısa ve yalın buldu ve birkaç maddenin görüşülmesinden sonra tasarının görüşülmesine son verildi.”<sup>112</sup>

### **2.1.3. Kodifikasyon Dönemi (1804 Tarihli Fransız Medeni Yasası)**

Fransız Hukukunun son aşaması, 1804 tarihli Fransız Medeni Yasası yürürlüğe girdiği dönemdir. Yasanın hazırlanmasını sağlayan Napolyon Bonapart olmuştur. Bu nedenle diğer bir adı da ‘Napolyon Yasası’dır. Yasa; 2281 maddeden müteşekkildir ve maddeler genel olarak açık bir üslup ile kaleme alınmıştır. Yasa Fransız Devrimi’nin temel

---

<sup>112</sup> Ergun Özsunay, a,g,e. s. 117.

ruhunu her yönüyle in'ikas ettirmektedir. Eşitlik, bireysel özgürlük, özel mülkiyet gibi ilkeleri esas alan ve genel manada dinden soyutlanmış karakterde bir yasadır. Fransız Medeni kanununun hazırlanmasında o dönemde Fransa'da etkili olan tabii hukuk düşüncesi etkin bir rol oynamıştır. Yaklaşık 180 sene önce yürürlüğe giren yasanın hala daha geçerliliğini muhafaza etmesinde Fransız hakimlerinin büyük payı vardır.<sup>113</sup>

Kodifikasyon, -Anglo-Sakson ülkelerinin yasalarına kıyasen- Fransız Medeni Hukukunun temel özelliklerinden biridir. Zira, tarihte tam olarak tedvin edilmiş ilk medeni kânun, 1804 yılında yani XIX'inci asrın başında Napolyon'un emriyle neşredilen Fransız medenî kanunudur. Fransız Medeni Kanununun tedvin edilmesi, Fransa'da diğer hukuk alanlarında da yeni kanunların tedvin edilmesine ön ayak olmuştur. Fransız Medeni Kanunu'nun etkisiyle tedvin edilen bazı kanunlara; Medeni Usul Kanunu (1806), Ticaret Kanunu (1807), Ceza Kanunu (1810) misal olarak zikredilebilir. Bununla beraber bahsi geçenler kanunların tamamı değişikliğe uğraken Medeni Kanun bu zamana kadar olduğu gibi kalmıştır.<sup>114</sup>

Fransız Medeni Hukuku tarihte ilk tedvin edilen medeni kanun olduğundan kökenini ve kapsamını daha iyi anlayabilmek için, öncelikle kanunlaştırma kavramından ve Avrupa ülkelerinde kanunlaştırma hareketlerinden icmalî bir suretle bahsetmek gerekmektedir.

---

<sup>113</sup> Erhan Adal, *Hukukun Temel İlkeleri*, s. 129,130

<sup>114</sup> Rémy Cabrillac, *Intradiction générale ou driot*, s. 20.

### 2.1.3.1. Kanunlaştırma Kavramı

Kanunlaştırma veya kodifikasyon kavramı, “herhangi bir hususa müteallik hareket tarzını kanun haline koyma, kanun vaz’etme”<sup>115</sup>, “yazılı olmayan hukuka karşı, yazılı hukukun biçimlendirilmesine ilişkin yöntem”<sup>116</sup>, “dünya hukuklarının pozitif hükümlerle yalınlaştırılması, sistemleştirilmesi ve sentez haline getirilmesi çabası”<sup>117</sup>, “önceden mevcut ve birbirleriyle bağdaşmayan örf ve âdet kuralları ile geleneklerin yerini almak üzere, toplumsal yaşamın belirli bir bölümünün tek tip hukuk kurallarıyla düzenlenmesi”<sup>118</sup> olarak tanımlanmaktadır. Medeni Hukuk cihetinden kanunlaştırmanın anlamı ise medeni hukuk kurallarının yetkili organ tarafından yazılı hale getirilmesi, yani bir kanunla düzenlemesidir.<sup>119</sup>

Bu tariflerden, kanunlaştırmanın iki temel fonksiyonu olduğu anlaşılmaktadır. Birincisi, yazılı hukuk kurallarını bir araya getirilmesi, ikincisi ise farklı hukuk alanlarının düzenlenmesidir.<sup>120</sup>

Kanunlaştırma hareketleri, çok eski zamanlarda başlamıştır.<sup>121</sup> Hamurabi kanunları, Oniki Levha Kanunu ve Corpus Luris tarihteki kanunlaştırma hareketlerinin en meşhur misalleridir. Ancak bunlar her ne kadar yazılı hukuk belgeleri iseler de bunlar için bugünkü anlamda kanun tabirini kullanmak güçtür.<sup>122</sup>

---

<sup>115</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s. 142.

<sup>116</sup> Ergun Özsunay, *a,g,e*, s. 103.

<sup>117</sup> Ergun Özsunay, *a,g,e*, s. 104.

<sup>118</sup> Jale Akipek, *Türk Medeni Hukuku*, Ankara 1966, c. I, s. 25’ten aktaran; Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 5.

<sup>119</sup> Mustafa Dural, Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, s. 20.

<sup>120</sup> Jean Louis Bergel, *Principal Features and Methods of codification*, Volume 48, Number 5, May 1988.

<https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol48/iss5/3>

<sup>121</sup> Jean Louis Bergel, *Principal Features and Methods of codification*.

<sup>122</sup> Mustafa Dural, Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, s. 20.

### 2.1.3.2. Avrupa Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri

Kanunlaştırma hareketlerinde Avrupa ülkeleri arasında Fransa başta gelmektedir. Zira Fransa’da yapılmış olan orijinal kanunların ekserisi, bilhassa hususî hukuk kanunları, İtalya, İspanya, Belçika ve bazı Güney Amerika devletlerinde aynen veya tadilen kabul edilmiştir. Bundan ötürü Avrupa devletlerindeki kanunlaştırma hareketlerinin temel özelliklerini anlamak için Fransa’daki kanunlaştırma hareketlerini incelemek kâfi gelecektir.

Diğer birçok batı ülkesinde olduğu gibi, Fransız hukukunda da 18. asrın sonuna kadar hukukta birlik sağlanamamıştır. Fransa’nın güney taraflarında Roma hukuku, kuzey taraflarında ise mahallî örf ve adet tatbik ediliyordu. Fransız hukukundaki bu dağınıklık yalnız arazi bakımından değil şahıs bakımından da mevcuttu. Zadeğân (soylular) ayrı hukuka çiftçiler ve avâm ayrı hukuka tabi idiler.<sup>123</sup>

“Fransız kralları arazi bakımından olan hukuk farkını kaldırarak memlekette hukuku tevhit ve tedvin etmek arzusunda idiler. Bu suretle XIV. Louis döneminde hukukun bazı sahaları kanunlaştırıldı ve (Ordonnances) yani emirnameler halinde tatbik mevkiine konuldu. Fakat bunlar medeni hukuk sahasından ziyade, hukuk usulü muhakemeleri, ceza hukuku, idare hukuku ve bilhassa ticaret hukuku sahalarına ait bulunuyordu. Bilâhare XV. Louis devrinde tanzim ve neşrolunan emirnameler daha ziyade medeni hukuk sahasının bir kısmının tanzim etti ve daha sonra, Fransız medeni kanununun hazırlanmasında mühim malzeme hizmetini gördü.” Fransa’da medeni hukuk sahasının bir bütün halinde kanunlaştırılması fikri ilk defa Büyük İnkılapta yer tuttu ve bu fikir 3 Eylül 1791 tarihli kanunu esasının başlangıcında raptolundu. Fakat buna rağmen bu husustaki mesai verimli olmadı ve hazırlanan müteaddit projeler, siyâst ve idarî bazı sebepler dolayısıyla kanun

<sup>123</sup> Erhan Adal, *Hukukun Temel İlkeleri*, s. 140.

haline gelemedi. Nihayet meşhur hukukçu Pourtalıs'in idare ve nüfuzu altında bir heyet tarafından gösterildiği son proje Napolyon zamanında kanun haline geldi. Bazen Napolyon kanunu da denilen 1804 tarihli Fransız medeni kanunu muasir kanunlaştırma cereyanının ilk orijinal eseridir. Onun orijinalliği bilhassa hükümlerinin mücerretliğinde ve ifadelerinin vuzuh ve sarahatinde tebarüz etmektedir. Bu kanunun esbabı mucibesinde, vazî kanunların her türlü beşerî münasebetleri önceden derpiş edip ona göre kaideler koymayacağı, binaenaleyh mücerret kaideler koymanın lüzüm ve zaruretini tebarüz ettirmişlerdir. Napolyon'un hukukî ve idarî sahadaki ıslahat arzusu kanunlaştırma hareketinin Fransa'daki seyrine çok müsait bir zemin teşkil etti ve arka arkaya 1806 yılında hukuk muhakemeleri usulü kanunu, 1807 yılında ticaret kanunu, 1808 yılında ceza muhamemeleri usulü kanunu ve 1810 yılında da ceza kanunu kabul olundu. Günümüze kadar müteaddit tadilât görmüş olan bu kanunlar Fransa'da hâlâ mer'idir."<sup>124</sup>

---

<sup>124</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, s. 14,15

## 2.2. FRANSIZ MEDENİ HUKUKUNUN GENEL YAPISI VE ÖZELLİKLERİ

Bu başlık altında Fransız Medeni Hukukunun genel yapısı ve özellikleri ele alınacaktır.

### 2.2.1. Fransız Medeni Hukukunun Genel Yapısı

Fransız Medeni Hukuku 2281 maddeden müteşekkil olup, bir başlangıç bölümü ile üç kitaptan oluşmaktadır.<sup>125</sup>

Başlangıç: Genel Olarak Yasaların Neşrine, Hükümlerine ve Uygulamasına İlişkindir. (madde 1-6)

Birinci Kitap, şahıs hukukunu ihtiva etmektedir (madde 7-515). Bu kitapta medenî haklar konu edilmektedir. Kişilerin hukuki ehliyeti, evlenme, boşanma, soybağı, evlat edinme, erginlik, kısıtlılık halleri ve vesayet kurumuna dair hükümler yer almaktadır.<sup>126</sup>

İkinci Kitap eşya hukukuna müteallik hükümleri ihtiva etmektedir (mad 516-710). Bu kitapta; eşyanın taksimi yapılmış ve mülkiyet, irtifak hakları ve taşınmaz yükümlüğü hakkı gibi konular düzenlenmiştir.<sup>127</sup>

Bu kitapta sözleşme yoluyla mülkiyetin kazanılmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Zira Fransız Hukukuna göre mülkiyet, ancak bağış, satış veya trampa gibi borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşmenin neticesinde karşı tarafa intikal etmektedir. Binaenaleyh bu husus, eşya hukukunun değil borçlar hukukunun konusudur.

<sup>125</sup> Ergun Özsunan, a.g.e, s. 112.

<sup>126</sup> Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, s. 127. Erhan Adal, *Hukukun Temel İlkeleri*, s. 130.

<sup>127</sup> Erhan Adal, *Hukukun Temel İlkeleri*, s. 130.

Üçüncü kitap, mülkiyetin kazanılmasının çeşitli biçimleri hakkındadır. (mad 711-2281). Mirasa ve bununla sıkı bir bağlantı içinde görülen hibeye dair hükümler bu kitapta yer almaktadır. Sözleşme hukuku da bu kitapta düzenlenmiştir. Bu kitapta ayrıca şu konular yer almaktadır: Hukukî işlem ehliyeti, sözleşmelerin yorumlanması, ifadan doğan sorumluluk, müteselsil sorumluluk, akitlerin şekil şartları, ispat, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, haksız fiil benzerleri, evlilik malları, özel borç ilişkileri, alım-satım, trampa, kira- istisna- hizmet sözleşmeleri (Roma hukukunda olduğu gibi birlikte ele alınmıştır), şirket, ödünç, vedia, vekalet, kefalet, sulh, rehin, ipotek ve hapis hakkı.<sup>128</sup>

### **2.2.2. Fransız Medeni Hukukunun Özellikleri**

Fransız Medeni Kanunu, kendine has birçok özelliğe sahiptir. 18. yüzyıldan 19. yüzyıla girerken Orta ve Batı Avrupa'da yapılan kodifikasyonlar içinde kendine has hususiyetleriyle temayüz etmektedir. Fransız Medeni Kanunu da 1794 tarihli Prusya Medeni Kanunu ve 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu gibi aydınlanma çağının ve pozitivist hukukun felsefi temellerine dayanmaktadır. Ancak Fransız Code Civil'i aydınlanma çağının etkisinde kalan bir iktidar tarafından yapılmamış, aksine sosyal olarak eskimiş kurumların halk tarafından devrim yoluyla değiştirilmesi, insanların hukuk önündeki eşitliği ilkesine uygun yeni bir devlet kurulması neticesinde doğmuştur. Fransız Medeni Kanunu, özgürlükçü ve eşitlikçi bir temel üzerine oturmaktaydı. 19. yüzyılın önemli kodifikasyonları içinde sadece Fransız Medeni Kanunu devrimci bir karakter taşımaktadır.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, s. 127

<sup>129</sup> Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, s. 124

Bu temel özelliklerin dışında, Fransız Medeni Hukukunun bazı hususiyetleri şunlardır:

i) **Lâiklik**

Fransız Medeni Kanunu, lâik nitelikte bir kanundur. Bu kanunla, kilisenin (din) Medeni Hukuk alanına el atması önlenmiştir. Kanunun lâik karakteri kendisini özellikle evlenmeye ve şahsın hukukuna (état civil) dair hükümlerinde belli etmektedir.<sup>130</sup>

ii) **Bireysellik**

Fransız Medeni Hukuku, ayrıca bireyci (individualiste) bir kanundur. 1789 ‘*Haklar Bildirisi*’ndeki ilkeler, bu kanuna olduğu gibi yansımıştır. Bu bakımdan code civil, eşitlik ve özgürlük ilkelerini esas almaktadır. Code civilde sadece insanlar arasında hukukî eşitliği tesis edecek hükümler değil toplumda bireyler arasındaki ekonomik adaletsizliği izale edecek hükümlerde yer almıştır. Aynı eğilim, hürriyet bakımından da gözlenebilir. Code Civil, hem vatandaşların haklarının başkaları tarafından tecavüz edilmesini önleyici hükümler getirmiş hem de birey için aile içi baskılardan kurtuluş olanakları tanımıştır. (örneğin boşanma, erginlik ile velayetin sona ermesi vb.).<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Ergun Özsunan, a.g.e, s. 115

<sup>131</sup> Ergun Özsunan, a.g.e, s. 118

### 2.3. FRANSIZ MEDENİ HUKUKUNUN TEMEL KAYNAKLARI

Fransız Medeni Hukuku'nun kaynaklarının sahih bir şekilde tespit ve tayin edilmesi, tezimizde ele aldığımız konu açısından büyük önem arz etmektedir. Zira çalışmamızın temel gayesi, Mâlikî fikhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki tesirini ortaya koymaktır. Bu açıdan bizim esas tezimize göre, Mâlikî fikhı Fransız Medeni Hukuku'nun kaynaklarından birisidir. Bununla beraber Fransız Medeni Hukukunun kaynaklarından bahseden kaynaklara bakıldığında genel olarak İslam Hukukunun veya Mâlikî fikhının Fransız Medeni Hukukunun bir kaynağı olarak zikredilmediği görülmektedir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde serd edeceğimiz deliller ile Mâlikî fikhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki tesiri ispat edildiğinde, Mâlikî fikhının da Fransız Medeni Hukuku'nun kaynaklarından birisini teşkil ettiği hususu vuzuha kavuşmuş olacaktır.

Fransız Hukuku, genel itibariyle diğer kıta Avrupası kanunları gibi yazılı kanunlardan oluşmaktadır. Bununla beraber Fransız Medeni Hukuku, bu yazılı kaynakların haricinde başka kaynaklara da istinad etmektedir. Nitekim, Fransız Medeni Hukukunun dayanmış olduğu kaynaklar içerisinde yazılı ve yazılı olmayan kaynaklar ve ayrıca doğrudan ve dolaylı kaynaklar da mevcuttur.<sup>132</sup>

Yazılı veya doğrudan hukuk kaynakları; kanunlar, tüzükler, antlaşmalar ve kararnameler gibi, ulusal veya uluslararası bir kurumdan kaynaklanmış olup bağlayıcılık özelliği taşıyan kaynaklardır. Bunun aksine yazılı olmayan veya dolaylı hukuk kaynakları; içtihatlar, doktrin, örf ve gelenekler gibi genellikle mevcut olan hukukî metinlerin uygulanmasına müdahale ederler veya yeni mevzuatlara ilham kaynağı olurlar. Bu

---

<sup>132</sup> Lulia Lavernhe, Juriste, Les sources du droit français: ce qui influence quotidiennement le droit en France. <https://www.village-justice.com/articles/les-sources-droit-francais-qui-influence-quotidiennement-droit-france,34254.html>.

kaynaklar esas olarak hukukun şekillenmesine yardımcı olan sosyal fenomenlerden türetilmiştir.<sup>133</sup>

Bu çalışmamızda Fransız Medeni Hukukunun şu şekilde incelenecektir.

### 2.3.1. Anayasal Normlar

Anayasal normlar, Fransız Medeni hukukunun temel kaynağı olarak kabul edilmektedir.<sup>134</sup> Aynı zamanda anayasa, yazılı kaynaklar arasında en üst sırada yer almaktadır.<sup>135</sup> Başka bir ifadeyle, Fransız Medeni hukukunun hiyerarşisinin tepesinde anayasa yer almaktadır. Anayasa, genel manada kamu kurumlarının işleyişini ve yetkilerin devlet yetkilileri arasında dağılımını düzenleyen normları ihtiva etmektedir. Şu anda Fransa'da yürürlükte bulunan Anayasa, 4 Ekim 1958'de kabul edilen ve 1946'da yapılan eski anayasanın yerini alan Anayasa'dır.<sup>136</sup>

Anayasa en yüksek düzeydeki norm olmakla birlikte, Fransa'da sahip olduğu öneme uygun olmayan bir şekilde, çok soyut ve değişken bir hukuk kaynağı olarak görülmektedir. Bunun sebebi ise Fransız tarihinde bir çok anayasa yapılmış olmasıdır. Anayasanın dokunulmazlığı, tarihsel ve politik gelişmeler sonucunda biraz zedelenmiştir.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> Iulia Lavernhe, Juriste, *Les sources du droit français: ce qui influence quotidiennement le droit en France*.

<sup>134</sup> Steiner Eva, *Legislation and the Constitutional Framework*. 1. Oxford University Press.

<sup>135</sup> Michel SoigneT, *Les Sources de Droit*, 21 juillet 2021, s. 7.

<sup>136</sup> Iuliiia Lavernhe, Juriste, *Les sources du droit français: ce qui influence quotidiennement le droit en France*.

<sup>137</sup> Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, s. 130.

### 2.3.2. Kanun (loi)

Fransız Medeni Hukukunun ikinci yazılı kaynağı kanundur. Kanunun anayasaya uygunluğu Anayasa Konseyi tarafından değerlendirilir.<sup>138</sup> Kanun, genel olarak parlâmento tarafından çıkarılan soyut ve gayri şahsî bir norm olarak tanımlanmaktaydı. 1958 tarihli anayasanın 34. Maddesi ise bu tarifi değiştirmiştir. Anayasa 80. maddesinde tarihi deneyimlere dayanarak tüzük çıkarma yetkisine kısıtlamalar getirirken, 1958 tarihli anayasa, parlamentonun neredeyse hiçbir işlevinin kalmadığı, IV. Cumhuriyetin daha farklı nitelikteki deneyimlerinden ötürü, kanun koyucuya, bu konuda, baştan beri çok kısıtlı bir yetki vermiştir. Parlâmento, sadece, devlet için çok önemli görünen ve vatandaşların özel yaşamını özellikle ilgilendiren alanlarda yetkilidir. Bunlardan arta kalan alanlarda tamamen yürütme yetkilidir. Idarenin bu yetkisini kullanırken çıkardığı tüzükler, uygulamayı gösteren tüzüklerden tamamen farklı olarak, "bağımsız tüzükler (Règlements autonomes)" dir.<sup>139</sup>

“Kanun kavramının bu gelişiminin yanı sıra, 1958 tarihli Anayasa'nın 38. Maddesinin kanun koyucuya, kanun koyma yetkisini idareye devretmesi olanağını vermesiyle bir yenilik daha yapılmıştır. Böyle bir yetkilendirme ile hükümet, kanun hükmünde kararname çıkarabilir (Ordonnances). Bu tüzükler, bunları tanıyan bir kanun çıkarılıncaya kadar geçerlidir.”<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Michel Soignet, *Les Sources de Droit*, s. 12.

<sup>139</sup> Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, s. 131.

<sup>140</sup> Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, s. 131.

### 2.3.3. Tüzük (Réglement)

Tabii olarak, kanun, ulusal düzeyde her şeyi ayrıntılı olarak tanzim edemez. Bundan ötürü, hükümet ve idare daha detaylı tüzükler ve yönetmelikler çıkarmakla mükelleftirler.<sup>141</sup>

Tüzükler, çıkarıldıkları makama göre ikiye ayrılır. Cumhurbaşkanı ya da başbakan tarafından çıkarılan tüzükler, "*Décret*", bakanlar, vali veya belediye başkanı tarafından çıkarılan tüzükler ise, "*Arrêté*" olarak adlandırılır. Burada dikkat edilmesi gereken, *Décret* ve *Arrêté*'lerin her zaman tüzük olmadıkları, aksine münferit bir tasarruf olduklarıdır. Ancak Fransız anlayışına göre, bunların hepsi idari bir tasarruf (*actes administratifs*) olarak iptal edilebilir.<sup>142</sup>

### 2.3.4. Örf ve Adet Hukuku (Coutume)

“Kodifikasyon yapıldıktan sonra doğrudan örf ve adet hukukunun varlığını reddeden Fransız hukuk teorisi, bugün örf ve adet hukukunu en az diğer hukuk sistemlerinde olduğu kadar kabul edilmektedir. *Consuetudo secundum legem* (kanuna aykırılık oluşturmeyen, kanunla örtüşen örf ve adet kuralı) kanunda kullanılan kavramların yorumlanmasına hizmet eder. Buna karşılık, *consuetudo praeter legem* (kanun tarafından düzenlenmeyen bir alanda yer alan ve kanunlara aykırı olmayan örf ve adet kuralı), boşlukların doldurulmasına hizmet eder. Örneğin, kadının evlendiği zaman eşinin soyadını taşıması kanunda düzenlenmiş bir husus olmamakla birlikte, orta çağdan beri süregelen bir gelenek hukukudur. *Consuetudo adversum legem* (kanuna aykırı olan örf ve adet kuralı),

---

<sup>141</sup> Jean-Pierre Plavinet, *Introduction Générale au Droit*, Principale applications ou Domaine du Vivant, Département des Sciences Economiques, Sociales & de Gestion U.F.R. de Sociologie, Cours de tronc commun de 2ème Année, 2012/2013, s. 27.

<sup>142</sup> Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, s. 132.

genellikle reddedilmesine rağmen, bazı münferit olaylarda gündeme gelebilmektedir. Örneğin, banka hesaplarında faize faiz yürütme yasağının geçerli olmaması (Art. 1154 CC). Fransız hukukunda bir görüş ticari teamülleri, örf ve adet hukukunun kapsamında görürken, diğer bir görüş, ticari teamülleri, örf ve adet hukukunun alt basamağı olarak görmektedir. Netice itibariyle, Fransa'da orta çağda birincil hukuk kaynaklarından biri olan örf ve adet hukukunun, bugün ikincil bir rol oynadığı söylenebilir.”<sup>143</sup>

---

<sup>143</sup> Arzu Oğuz, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 135.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### MÂLİKÎ FIKHİ’NİN FRANSIZ MEDENİ HUKUKUNA ETKİSİNE İLİŞKİN DELİLLER

#### Genel Olarak

Araştırma, bir problemi çözmek veya bir soruyu cevaplamak için yapılan bilgi toplama faaliyetidir.<sup>144</sup> Akademik çalışmalar için yapılan bu tanıma binaen, günümüzde yapılan akademik çalışmaların da -hangi alanda olursa olsun- hakîkî manada bilimsel bir çalışma olabilmesi için birtakım önemli unsurları haiz olması gerekir. Bu unsurlardan en önemlisi, çalışmanın bir problemi çözmesi ve yeni bir şeyler ortaya koyabilmesidir. Aksi takdirde, bir konu hakkında mücerred bilgi toplamak bilimsel çalışma sayılmaz. Bizim çalışmamızın ana problemi ise, daha önce de beyan ettiğimiz üzere; 1804 yılında tedvin edilen Fransız Medeni Hukuku’nun Mâlikî Fıkhından etkilenip etkilenmediğini, eğer etkilendiyse hangi hususlarda ve ne nisbette etkilendiği hususunu incelemek ve meseleyi mümkün merteye delilleriyle ortaya koymaktır.

Daha önce belirttiğimiz üzere; İslam Hukuku ve Batı Hukuku alanlarında yapılan mukayeseli çalışmalar incelendiği zaman bu çalışmaların ekserisini; İslam Hukuku ve Batı Hukukunun birbirinden etkilenmiş olup olmadığı konusunun teşkil ettiği görülmektedir. İki hukuk sistemi arasındaki etkileşimin konu edinildiği bu mukayeseli çalışmaların en mühimlerinden birisi de İslam Hukuku ile Fransız Hukuku arasındaki etkileşimin ele alındığı çalışmalardır. Bu konuda yapılan çalışmalar incelendiğinde görülecektir ki;

---

<sup>144</sup> William T. Fitz Gerald, v.d, *The Craft of Research*, “Araştırma sanatı” çev. Necati Kayaalp, Nobel Akademik Yayıncılık, s. 9.

Fransız Medeni Hukuku'nun İslam Hukukundan ve hususen de Malîkî fihkindan etkilenmiş olup olmadığına dair literatürde farklı görüşler bulunmaktadır.

İslam Medeniyeti'nin gerileyip Batı medeniyetinin bütün kurumlarıyla ilerleme sağladığı 19. yüzyıldan itibaren Müslüman âlimler ve mütefekkirler tarafından Batı'nın ulaştığı seviyeye ulaşmak için teknik ve teorik düzeyde bazı öneriler ileri sürüldü. Bir taraftan Batı medeniyetinin mahiyeti incelenirken, diğer taraftan İslâm medeniyeti bütün kurumlarıyla eleştiriye ve incelemeye tâbi tutuldu. İslam hukuku da bu süreçte eleştirilerden nasibini aldı. Sonuç olarak, Batılı hukuk sistemleriyle İslâm hukuku arasında yapılan mukayeseler, İslâm hukukunun Batılı hukuk sistemlerini etkilediği yönündeki tezinin daha yoğun bir şekilde ele alınmasını sağladı.<sup>145</sup>

Fransız Medeni Hukuku'nun Mâlîkî Fihkindan etkilenmiş olduğu fikrini savunan birçok akademik çalışma ve müstakil eser mevcuttur. Ancak bu konuyu kapsamlı ve detaylı bir şekilde ele alan iki önemli çalışma mevcuttur. Söz konusu olan çalışmaların ilki, Mahluf el-Minyavi'nin *el-Mukarenatü't-teşriyye Tatbiku'l-Kanuni'l-Medeni Ala Mezhebi'l-İmam Malik* adlı çalışmasıdır. İkinci çalışma ise, Seyyid Abdullah Ali Hüseyin'in *el-Mukarenatü't-teşriyye beyne'l-kavanin el-vaz'iyye, medeniyye ve't-teşri'l-İslâmî mukarenatü beyne fihki'l-kanuni'l Feransiyyi ve Mezhebi'l-İmam Malik bin Enes (r.a)* isimli çalışmasıdır. Fransız Medeni Hukukunun Mâlîkî Fihkindan tesiri altında kaldığını savunan bu iki çalışma, meseleyi objektif ve somut verilere dayandırmaktadır. Yapılan bu iki çalışma neticesinde Mâlîkî fihki ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki benzerlik nispeti % 90' olarak tespit edilmiştir.<sup>146</sup>

<sup>145</sup> Köse Saffet, *Çağdaş İhtiyaçlar ve İslâm Hukuku*, Rağbet Yay., İstanbul 2004, s. 101.

<sup>146</sup> Aid Umeyre, Hafsa Cude, *el'Fikhu'l-İslâmî ve Tesîruhu fi et-Teşrîât el'Urûpiyye*, 03/07/2018.

Yine bu alanda çalışma yapanlardan birisi olan Abdulazîz b. Abdullah, “*Ma’lemetü’l-Fıkhî’l Mâlikî*” adlı eserinde “Eseru Fıkhî’l-Mâlikî fi’-Teşrîâtî’l-Garbiyye” başlığı altında İslâm hukukunun Batılı hukuk sistemlerini etkilediğine dair müşahhas örnekler sunmaktadır.<sup>147</sup>

Aynı şekilde, Emîr Şekîb Arslân, “*Hâdiru’l Âlemi’l-İslâmî*” adlı eserinde, Napolyon kanunlarının vaz’i sırasında birçok hususta -özellikle genel hükümler, akitler ve borçlar hukuku alanlarında- Mâlikî Fıkhından iktibaslar yapıldığını ortaya koyan misallere yer vermiştir. Nitekim bunlar, birinci dünya savaşından itibaren Mâlikî fikhının modern hukuk düşüncesi üzerindeki geniş etkisini gösteren örneklerden sadece birkaçıdır.<sup>148</sup>

Fransız medeni kanunuyla Mecelle’yi mukayese eden Mekteb-i Hukûk’un Mecelle muallimlerinden Cemaleddin Efendi, bu konuda şöyle demektir: “*Cümlenin ma’lûmudur ki, Cod Napolyon (olarak) tesmiye edilen Fransa Kanûn-ı Medenîsi, Napolyon Mısır’a girdiği zaman Mısır kütübhânelerinde mevcûd mü’ellefât-ı İslâmiyeden, kütüb-i fıkhiyyeden tercüme ve iktibâs edilmiştir.*”<sup>149</sup>

Diğer bazı araştırmacılar ise, Fransız Medeni Kanun’unun sadece İslam Hukukundan değil Roma Hukukundan da etkilendiği tezini ortaya atmışlardır. Şöyle ki; Napolyon Mısır’ı işgal ettiği sırada, bölgede yaygın olan Şâfiî Mezhebine dair kaynaklardan ve bunun yanında İmam Mâlik’in Muvatta adlı eserinden faydalanmıştır. Malikî mezhebine ait bazı temel kitapları tercüme ettirmiştir. İşgal sırasında Napolyon Mısır’da bulunan pek çok İslâm alimin eserlerini toplattırmıştır. Bunun yanı sıra İslâm

<sup>147</sup> Daha tefsilatlı bilgi için bkz, Abdulazîz b. Abdillâh “*Ma’lemetü’l-Fıkhî’l Mâlikî*”, s. 39-51.

<sup>148</sup> Abdulazîz b. Abdillâh, Çev.: Dr. Recep Özdemir, Mâlikî Fıkhının Batılı Hukuk Sistemlerine Etkileri, *İ.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Bahar 2015/6(1) 277-290.

<sup>149</sup> Mekteb-i Hukûk Mecelle Muallimlerinden Cemaleddin, Mukayese-i Kavânîn-i Medeniyye Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye-Fransa Kanûn-ı Medenîsi Kitâb’ül-Büyû’, çev: Seda Örsen Esirgen, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 61. sy. 2, Ankara, 2012, ss. 809 – 818.

adliye teşkilatından da etkilenen Napolyon, Fransız mahkemelerinin teşkilatını, İslâm adliye teşkilatına uyarlamıştır. Nihayetinde Napolyon, 1798-1801 yıllar arasındaki üç yıllık Mısır işgalinden kısa bir süre sonra Code Civili yürürlüğe sokmuştur.<sup>150</sup>

Biz de başta bahsi geçen bu mühim eserleri ve konuya müteallik diğer malumatı incelememiz neticesinde Fransız Medeni Hukuku'nun Mâlikî Fıkhdan etkilenmiş olduğu kanaatine ulaştık. Bundan dolayı, 1804 yılında tedvin edilen Fransız Medeni Hukukunun vaz'ında Malikî Fıkhdan hangi hususlarda ve ne nisbette istifade edildiği hususunu ispatlamak için bu konuyu yüksek lisans çalışması olarak ele aldık.

Bu çalışmanın hazırlanması sürecinde yapmış olduğumuz okuma ve araştırmalar neticesinde, Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî fikhının tesiri altında kaldığı kanaatini en şiddetle savunan Profesör Seyyid Abdullah Ali Hüseyin'in olduğunu tespit ettik.

Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî fikhından etkilendiğini dile getiren Profesör Seyyid Abdullah Ali Hüseyin'in bu konu hakkındaki kanaatinin gerekçesini ve delillerini genel olarak iki genel başlık altında değerlendirmek mümkündür. Bunlardan birincisi, **Mâlikî Fıkhı ile Batı dünyası arasındaki tarihi münasebet**, ikincisi ise, **Mâlikî Fıkhdan ve Fransız Medeni Hukuku'nun ihtiva ettiği meselelerin ve hukukî ilkelerin ekseriyeti arasındaki benzerliktir**. Ancak, Profesör Seyyid Abdullahın Mâlikî fikhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki tesirlerini daha çok ikinci yönden delillendirmeye çalıştığı görülmektedir.

Mâlikî Fıkhdan Fransız Medeni Hukuku üzerindeki etkilerini ispatlamak için Profesör Seyyid Abdullah'ın getirdiği bu iki delilin kafi olduğunu düşünmekteyiz. Dolayısıyla, bu çalışmamızda, Profesör Seyyid Abdullah zikrettiği bu iki kaziyeye

---

<sup>150</sup> Bedri Gencer, *İslâm'da Modernleşme*, Doğu Batı Yayınları., İstanbul, 2012, s. 413

çerçevesinde Mâlikî Fıkhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki tesirlerini değerlendirmeye çalışacağız.



### 3.1. MÂLİKÎ FIKHİNİN BATI DÜNYASI İLE TARİHİ İLİŞKİSİ

İslâm Medeniyeti'nin Batı dünyasıyla olan tarihi münasebetlerinin ve Batı dünyasına olan muhtelif tesirlerinin kısa bir çalışmada anlatılması elbette mümkün değildir. Zira İslam ve Batı toplumları arasındaki tarihi ilişkiler ve etkileşim, oldukça kâdim bir zamana dayanmaktadır ki bu konunun müstakil birkaç çalışmada ele alınması gerekir. Ancak, çalışmamızda Mâlikî Fıkhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki tesirini konu edindiğimizden evvela İslam ve Batı toplumları arasındaki tarihi münasebetten icmalen bahsedilmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Zira, iki medeniyet arasındaki tarihi ilişkilerin sahih bir şekilde ortaya konulması, iki hukuk sistemi arasındaki etkileşimin varlığını ispatlamada büyük rol oynamaktadır. Bu bağlamda Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, iki medeniyet arasındaki tarihi ilişkilerin mahiyeti gereği gibi ortaya koyulmadan iki hukuk sistemi arasındaki etkileşimin varlığının ispatlanmasının da mümkün olmadığını vurgulamaktadır.<sup>151</sup>

Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî fihından etkilenmiş olduğu kanaatinde bulunan Prof. Dr. Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, Mâlikî fikhının yaklaşık sekiz yüzyıl Endülüs'te tatbik edildiğini ve Avrupa'nın bu dönemde İslam hukukunun ve hususen de Mâlikî fikhının ilke ve hükümlerini öğrenip daha sonra tedvin etmiş oldukları kanunları bu hükümlerin tesirini altında hazırladıklarını belirtmiştir. Dr. Seyyid bu hususu kitabında şöyle ifade etmektedir: “Avrupalılar nihayet derecede bir cehalet ve geri kalmışlık halindeyken, Müslümanlar Endülüse girerek burayı her yönüyle muazzam bir medeniyetin merkezi haline getirdiler. İslam'dan iktibas ettikleri âdil ve hakkaniyetli kâide ve esaslar

---

<sup>151</sup> Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, *el-Mukarenatü't-teşriyye*, Dâru's-Selâm, Kahire, 1. Baskı, 2001, c.1, s. 18.

üzerine Endülüs İslam Medeniyetini tesis ettiler. Akabinde Avrupalılar, Müslümanların ilmî ve fikrî birikimlerinden istifade etmek için fevc fevc Endülüs'e akın ettiler."<sup>152</sup>

Hülasa; Müslümanların Endülüste, Avrupalıların yanibaşında sekiz yüzyıl boyunca mevcutlukları-, Mâlikî Fıkhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki tesirinin ispatı hususunda çok büyük rol oynamaktadır. Dolayısıyla, çalışmamızın temel problemi olan Mâlikî Fıkhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki tesirini ispatlamak için serdedeceğimiz ilk delil, İslam kültür ve medeniyetinin bu dönemde Avrupa toplumu üzerindeki etkisidir. Endülüs'teki İslam Medeniyetinin Avrupa toplumu üzerindeki tesirlerinin daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle İslam Medeniyetinin Endülüs'teki varlığının, gelişmesinin ve İslam medeniyetinin Avrupa halkı üzerindeki tesirlerinin ayrıntılı olarak ele alınması gerekmektedir.

### **3.1.1. Endülüs Üzerinden İslam Medeniyetinin Batı Dünyasıyla İlişkileri**

Şüphesiz ki dünya tarihinin en değerli, en muazzam ve en güçlü medeniyetlerinden birisi Endülüs İslam Medeniyetidir. İslam ve Avrupa'nın bir parçası olarak gelişip büyüyen ve medeniyet tarihine yapmış olduğu katkılarla ebedileşen bu köklü medeniyetin, Doğu ile Batı medeniyetlerinin buluştuğu Akdeniz coğrafyasında; İslam, Afrika ve Avrupa kıtalarının batısında 780 yıllık özel bir tarihi bulunmaktadır.<sup>153</sup>

İbtidaen şu hususu bilmek lazım ki, Avrupa uygarlığının gelişmesi hususunda İslam medeniyetinin büyük bir etkisinin olduğu, bugün pek çok insafli tarihçi ve sosyolog tarafından kabul edilmektedir. Bu hususa dair oldukça önemli çalışmalar bulunmaktadır.

<sup>152</sup> Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, a.g.e, c.1, s. 18.

<sup>153</sup> Lütfi Şeyban, *Endülüs*, Albaraka Türk Yayınları, İstanbul 2014 1. Baskı, s. 2.

Mâlikî fıkı ile Avrupa toplumu arasındaki ilişkileri değerlendirmek için, İslam Medeniyetinin Endülüs bölgesindeki varlığı, gelişimi ve İslam Medeniyetinin Avrupa üzerindeki etkilerini ele almak gerekmektedir.

### 3.1.1.1. Medeniyet Kavramı

Medeniyet kavramının nerdeyse tüm batı dillerindeki mukabili “**civilization**” kelimesidir. Sözlükte ‘**civilization**’ terimi, “*uzanmak ve bir yerde bulunmak, yeri belli edilmiş olmak*” manalarına gelmektedir.<sup>154</sup> Medeniyet kelimesi, Batı’da ilk defa Fransızca olarak ‘civilisation’ kelimesi, Marquis de Mirabeau tarafından 1757 yılında kullanılmış ve kısa sürede diğer Avrupa dillerine yayılmıştır.<sup>155</sup>

Günümüzde medeniyet kavramı esas itibariyle üç ayrı manada kullanılmaktadır. “Birinci mana, gündelik dildeki “medenî insan” deyiminde olduğu gibi başkalarına karşı görgülü davranma konusunda insana kendini kontrol etme yeteneği veren kural ve değerler bütünüdür. İkinci mana ise, gelişmiş olarak kabul edilen toplumu gelişmemiş sayılan toplumlardan ayıran özelliklerdir. Son olarak, medeniyet kavramı ortak özellikler gösteren sosyal gruplar veya bunların bütünü anlamında da kullanılmaktadır.”<sup>156</sup>

İbrahim Kalın, ‘Ben Öteki ve Ötesi’ adlı eserinde medeniyet kavramını tarif ederken daha câmi’ ve kapsamlı bir ifade kullanarak şöyle ifade etmiştir: “*Medeniyet, bir “dünya görüşünün’(Weltanschauung) zaman ve mekan yani tarih ve coğrafya boyutunda tezahür ve tecessüm etmiş halidir. Bu geniş anlamıyla medeniyet, insan hayatına ilişkin maddi ve manevi bütün temel unsurları kapsar: Düşünce, bilim, sanat, mimari, yönetim, ekonomik*

<sup>154</sup> Tuncer Baykara, *Osmanlılarda Medeniyet Kavramı*, İzmir 1992, s. 20-22.

<sup>155</sup> Tahsin Görgün, "MEDENİYET", TDV İslâm Ansiklopedisi, (e.t: 06.04.2021).

<sup>156</sup> Tahsin Görgün, "MEDENİYET", TDV İslâm Ansiklopedisi, (e.t: 06.04.2021).

*üretim ve paylaşım, adetler, inançlar, vb. İnsanlık, bütün bireylerin katıldığı ortak payda iken, medeniyetler farklı kimlik ve aidiyet çerçeveleri sunarlar. Bu manada İslam ve Batı gibi birbirinden farklı ve eş-zamanlı medeniyet tecrübelerinden bahsedebiliriz.”<sup>157</sup>*

### **3.1.1.2. Endülüs İslam Medeniyetinin Oluşumu**

Bu başlık altında Endülüs İslam Medeniyetinin oluşumuna ve Avrupa üzerinde bırakmış olduğu etkilere değineceğiz. Endülüs İslam Medeniyetinin oluşumunu ele alırken evvalâ, Endülüs bölgesine İslam’ın girişi, gelişimi ve daha sonra da o bölgede kazanmış olduğu hakimiyeti hususlarını ele almamız yerinde olacaktır. Zira bir bölgede bir medeniyetin kurulmasından bahsedilmek için öncelikle o bölgedeki hakimiyetin medeniyeti kuracak olanın elinde olması gerekmektedir. Bundan ötürü, Müslümanların Endülüs’te kurmuş oldukları muazzam medeniyetten bahse geçmeden önce, ilk olarak İslam’ın bu bölgeye girişinden bahsedeceğiz. Bununla beraber, İslam Medeniyetinin Avrupa üzerindeki tesirlerinin daha açık bir şekilde anlaşılabilmesi için, İslam fethi öncesinde Avrupa’nın dini ve sosyal durumunu kısaca beyan etmemiz gerektiği kanaatindeyiz.

### **3.1.1.3 Endülüs Fethi Öncesi İspanya’nın Dinî ve Sosyal Durumu**

İslam fethi öncesinde Avrupa’nın dini ve sosyal genel durumunun ne olduğunun ve bunun İslam’ın bölgede hakim olmasıyla nasıl değiştiğinin ortaya konulması, İslam Medeniyetinin Avrupa halkı üzerinde tesirlerini anlayabilmek hususunda büyük bir önem arz etmektedir.

---

<sup>157</sup> İbrahim Kalın, *Ben, Öteki ve ötesi -İslam Batı İlişkileri Tarihine Giriş-*, İnsan Yayınları, 21. Baskı, 2020, s. 73.

Tarih kaynaklarda yaygın biçimde zikredildiği üzere İspanya (Endülüs) Müslümanlar tarafından hicri 92 (711) senesinde yani Emeviler Döneminde ve tam olarak Emevi halifesi olan Velid bin Abdülmelik döneminde fethedilmiştir. Bu dönemde Avrupalılar nihayet derecede bir cehalet ve geri kalmışlık içerisinde yaşamaktaydılar. İdareciler halka zulmediyor, adaletle hükmetmiyorlardı. Birçok insan eziyet ve işkencelere maruz kalmaktaydı. İspanya'daki hükümdar ve yöneticiler, halkın elindeki her şeyi gasp edip insanları temel haklarından dahi mahrum bırakıyorlardı. Bununla birlikte Avrupa toplumu, ahlak ve değerler bakımından da oldukça yozlaşmıştı. Ezcümle; İslam fethi öncesinde, Avrupa'da medeniyetin tüm unsurları yok denecek kadar az bir haldeydi.<sup>158</sup> Bu bağlamda, Sâid el-Endelüsî, İslam fethi öncesinde Endülüs'te ilim namına hiç bir şey olmadığını, ilmiyle temayüz etmiş her hangi bir ilim adamına rastlanmadığını ancak bazı bölgelerde kadim tılsım kültürünün var olduğunu ve bu durumun Endülüs bölgesi Müslümanlar tarafından fethedilene kadar devam ettiğini dile getirmiştir.<sup>159</sup>

Diğer taraftan, “İslam fethi öncesinde, İspanya'daki Vizigotlar, Roma döneminin tabakalaşmış toplumsal yapısını aynen aldılar. Dolayısıyla insanlar, imtiyazlılar, imtiyazsız hürler ve köleler şeklinde sınıflara ayrıldılar. Soy, güç ve servet, tabakalardan her hangi birinde yer almayı belirleyen temel faktörlerdi.”<sup>160</sup>

İslam fethi öncesinde Endülüs'teki dini duruma gelince, Endülüs halkı önce Sâbiîlik dinine mensuptu. Sonra da Müslümanlar burayı fethedene kadar Hıristiyanlık dininde kaldılar.<sup>161</sup> MS. II. yüzyılda ülkeye giren Hıristiyanlık hızlı bir şekilde yayıldı.

---

<sup>158</sup> Ragıb es-Sercani, *kıssatul-Endülüs*, Müessasatu İkra', Kahire, 1. Baskı, 2011, s. 16.

<sup>159</sup> Sâid el-Endelüsî, *Tabakâtü'l-ümem, Milletlerin Bilim Tarihi*, terc. Ramazan Şeşen, İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2014.

<sup>160</sup> Nizamettin Parlak, *Endülüs'ün Fethine Giden Süreç: Fetih Öncesi Endülüs*, s. 9.  
<https://hdl.handle.net/20.500.12432/3752>

<sup>161</sup> Sâid el-Endelüsî, *Tabakâtü'l-ümem, Milletlerin Bilim Tarihi*, terc. Ramazan Şeşen, s. 166.

Arian mezhebine mensup Vizigotlar, İberya'ya hâkim olduklarında yerli halkın çoğu katolikti. Katolikler, Arius'un fikirlerini benimsemiş olan bu insanları 'sapkın' olarak görüyorlardı. Başlangıçta bu iki inanç kesimi arasında pek sorun çıkmasa da daha sonra keskin tabakalaşmadan kaynaklanan sosyal gerginlikler ve ayaklanmalar meydana geldi. M. 589'da Vizigotlu idareciler ülkenin birliği için radikal bir karar alarak topluca mezhep değiştirip Katolik oldular. Böylece Katolikler daha da güçlendi, Arianizm ülkede yasaklandı, kiliseleri kapatıldı.<sup>162</sup>

Görüldüğü üzere, İslam fethi öncesi Avrupa kıtası aşırı derecede karışık ve gayr-i nizami bir vaziyetteydi. Avrupa bu halet içerisindeyken onu bu karanlıktan kurtarıp daha sonra da İslam dünyasının en önemli merkezlerinden birisi haline getirecek olan Müslümanlar, İspanya'yı fetih hazırlıkları yapıyorlardı. Bu fethine dair malumat aşağıdaki başlık altında ele alınacaktır.

#### **3.1.1.4. İspanya'ya İlk İslamî Fetih Hareketleri**

Hız. Peygamber (s.a.v) zamanından itibaren gelişmekte bulunan İslam fetih hareketleri, zamanla güçlenmiş ve genel olarak üç koldan yayılan bir hâl almıştır. Sınırlar Doğu istikametinde Sasani İmparatorluğu'na son verilmesiyle Çin'e kadar ulaşırken; fetihler, Anadolu'da İstanbul hedef alınarak Bizans üzerine gidilmesiyle, batıda ise Hız. Ömer zamanında Mısır'ın fethedilmesiyle ve tüm kuzey Afrika'nın yani Yakın, Orta ve Uzak Mağrib'in fethiyle devam etmiştir.<sup>163</sup>

<sup>162</sup> Sâid el-Endelüsî, a.g.e, s. 167.

<sup>163</sup> Mehmet Özdemir, "Endülüs", TDV İslâm Ansiklopedisi, (e.t: 01.05.2021).

Tarihî kaynaklarda geçtiği üzere İslam, Endülüs'ün fethinden daha yedi sene evvel yani (22/644) senesinde Kuzey Afrika'ya girdi, o vakitte Kuzey Afrika bölgeleri, Amazigh veya Berberiler olarak adlandırılan güçlü kabilelerin hakimiyeti altında bulunuyordu. İlk başlarda bu kabileler İslam davetini kabul etmeyip Müslümanlara karşı uzun zaman savaştılar. Ancak nihayetinde (56,58/704,705) yıllarında Kuzey Afrika'nın genel valisi olan Musa b. Nusayr'ın eliyle bu bölgelerin tamamını fethedildi ve İslamiyet bu bölgede yerleşti.<sup>164</sup>

Kuzey Afrika bölgelerinde İslamiyet istikrar kazanınca Afrika'nın genel valisi olan Musa b. Nusayr, İslam'ı henüz ulaşmadığı bölgelere de tebliğ etmenin yollarını düşünmeye başladı ki önünde iki yol vardı: Birinci yol kuzey tarafına doğru dönüp Cebelitarık Boğazı'ndan İberyaya Yarımadası'na geçmek, ikinci yol ise Afrika'nın güney tarafına doğru gitmekti. Ancak İslam fetih hareketleri felsefesinde yer alan malum genel idealler mucebince birinci yolu seçmiş ve bu şekilde harekete geçmek için ilk hazırlıkları yapmaya başlamıştır.<sup>165</sup>

### **3.1.1.5. Endülüs'ün Fethi ve Akabinde Yaşanan Gelişmeler**

Çalışmamızın asıl konusundan sapmamak adına Endülüs'ün fethinde yaşananlara dair tarihi tafsilata girilmeyip yalnızca gerekli bazı bilgilere yer verilecektir. Kuzey Afrika fetihlerini tamamlandıktan sonra Mûsâ b. Nusayr, halife Velid b. Abdulmelik'ten izin alarak Endülüs'ün fethine yöneldi. Ancak, fethine geçmeden evvel, 91/710 yılında Tarîf b. Mâlik adındaki komutanını küçük bir süvari birliğiyle İspanya'nın güneyine gönderdi.

---

<sup>164</sup> Rağib es-Sercanî, *Kıssatu'l-Endülüs*, s. 28.

<sup>165</sup> Rağib es-Sercanî, *Kıssatu'l-Endülüs*, s. 33-44

Ertesi yıl (92/711) Şaban ayında Târik b. Ziyâd 7.000 kişilik bir orduyla İspanya'nın fethi için harekete geçmiştir.<sup>166</sup>

Tarihi kaynaklarda zikrolunduğu üzere, Müslüman ordusu ile Rodrigo'nun ordusu Vadi Lekku denilen yerde 19 Temmuz 711'de karşı karşıya gelmiştir. Savaş tüm şiddetiyle devam ederken, Musa b. Nusayr'ı İspanya'ya girmesi için teşvik eden eski kral Witiza'nın oğulları (Sisbert ve Oppa), kendilerine bağlı birlikler ile savaştan çekilmiştir. Sağ ve sol kanatları boşa çıkan Rodrigo'nun ordusu, İslam ordusunun bu kanatlara yönelmesiyle büyük bir hezimet yaşadı. Kral Rodrigo ise kayıplara karışmış ya da öldürüldü.<sup>167</sup>

Lekke Vadisi'nde kazanılan bu zaferle, artık İspanya'nın kapıları İslam ordusuna sonuna kadar açılmıştır. Tarık b. Ziyad, Vizigotların tekrar toparlanmasına müsaade etmemek için ordusunu üç kola ayırmıştır. Bu kollardan bir Kurtuba'nın (Cordoba), diğeri İlbire'nin (Elvira) fethini gerçekleştirirken, Tarık b. Ziyad üçüncü kolun başında Vizigotların ünlü başkenti Tuleytula (Toledo) şehrine ulaşmıştır. Böylece Endülüs bölgesi fethedilmiştir.<sup>168</sup>

Endülüs'ün fethinden sonra oldukça önemli gelişmeler yaşanmıştır. Müslümanlar yapmış oldukları düzenlemelerle bölgeyi adeta en baştan inşa etmişlerdir. Bu gerçekleştirilen düzenlemelerle bu coğrafyada sosyal, siyasi ve ekonomik istikrar yeniden sağlanmış, daha önceleri kaynakları ihmal edilmiş, bilimsel üretkenliği donmuş, şehirleri

---

<sup>166</sup> Ragıb es-Sercani, *Kıssatu'l-Endülüs*, s. 46. İsmail Hakkı Atçeken, *Endülüs Fâtihlerinden Mûsâ b. Nusayr'ın Akibeti, İnanç, Kültür ve Mitoloji, Araştırmaları Dergisi*, c. 12, sy. 1, 2015. ss. 10-34.

<sup>167</sup> İsmail Hakkı Atçeken, a.g.e, s. 19.

<sup>168</sup> İsmail Hakkı Atçeken, a.g.e, s. 19.

bakımsız kalmış olan Endülüs; Müslümanlar tarafından Batı'nın kültür ve medeniyet alanında tartışmasız en ileri ve güçlü bir ülkesi haline getirilmiştir.<sup>169</sup>

Fetih sonrasında İspanya'da İslamiyet hızla yayılırken,<sup>170</sup> Avrupa kültürü de buna paralel olarak çökmeye başlamış, Hıristiyanlardan birçoğu ihtida ederek Müslüman olmuştur.<sup>171</sup> Müslümanların egemenliği altında bulunan ve kendi dinlerini muhafaza eden Hıristiyanlar ise, bir taraftan inanç olarak Hıristiyanlığa bağlı kalmış, diğer taraftan da İslam medeniyetine duydukları hayranlıkla Arapça konuşmak ve Araplar gibi yaşamaya başlamak suretiyle büyük ölçüde Araplaşmışlardır.<sup>172</sup>

### **3.1.2. Endülüs İslam Medeniyeti'nin Avrupa Üzerindeki Tesirleri**

Daha önce geçen fasılda ifade ettiğimiz üzere, Müslümanlar Endülüs bölgesini fethettiklerinde Avrupalılar nihayet derecede bir cehalet ve geri kalmışlık halinde yaşamaktaydılar. Müslümanlar, Endülüs bölgesini fethettikleri andan itibaren burayı her yönüyle muazzam bir medeniyetin merkezi haline getirdiler. Müslümanlar, burada İslam'ın temel esaslarından iktibas etmiş oldukları âdil ve hakkaniyetli kâideler üzerine Endülüs İslam Medeniyetini tesis ettiler. Endülüs İslam Medeniyeti, her yönüyle Avrupa üzerinde büyük tesirler bıraktı.

Bu başlık altında, Endülüs'te Müslümanlar tarafından inşa edilen İslam medeniyetinin Avrupa üzerindeki etkilerini ve hususen de hukuk alanındaki tesirlerini ele

---

<sup>169</sup> Özdemir, *Endülüs Müslümanları (Kültür ve Medeniyet)*, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2016, s. 11.

<sup>170</sup> Endülüs'teki İslamlaşma hareketi hakkında tafsilatlı bilgi almak için bkz; Ragıb es-Sercani, *Kıssatu'l-Endülüs*, s. 46.

<sup>171</sup> Ali Erbaş, Müslüman Hıristiyan Münasebetleri Sürecinde Hıristiyanların İslam'a ve Müslümanlara Bakışı, *İLAM Araştırma Dergisi*, c. 3, sy 1, 1998, ss. 118-150.

<sup>172</sup> İlhami Ayrancı, W. Montgomery Watt'a Göre Endülüs İslam Medeniyetinin Batı Avrupa'ya Etkisi, *Amasya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 11, 2018, ss. 529 – 542.

alacağız. Ancak bu konuya başlamadan evvel, ilk olarak İslam Medeniyetinin Avrupa üzerindeki etkilerine dair bazı insaflı Batılı bilim adamlarının ifadelerine yer vermekte fayda mülahaza etmekteyiz.

### **3.1.2.1. Batılı Bilim Adamlarının Gözünden İslam Medeniyetinin Avrupa'ya Etkileri**

Modern Avrupa medeniyeti üzerinde İslam Medeniyetinin büyük bir etki ve katkısının olduğunu pek çok insaflı Batılı tarihçi ve sosyolog kabul etmektedir. Aşağıda bu hususa dair birkaç Batılı bilim adamının sözlerini zikredeceğiz.

- 1- Alman felsefeci ve yazar **Sigrid Hunke** (ö1999) Avrupa medeniyetinin gelişmesinde İslam medeniyetinden etkilendiğine dair '*Şemsullah Teşruku ala'l-Ğarb*' adında bir çalışma kaleme almıştır. Müellif, bu çalışmanın bir yerinde şöyle demektedir: "Modern medeniyetin kaynağı olarak sadece Avrupa'nın görülmesi kesinlikle yanlış bir düşüncedir. Bugünkü modern medeniyetin ulaştığı yüksek seviyede dünyada bulunan tüm medeniyetlerin katkısı vardır. Avrupa medeniyetinin de İslam medeniyetinden etkilendiğini ve ona borçlu olduğunu itiraf etmek gerekmektedir."<sup>173</sup>
- 2- Amerikan tarihçi **Robert Prevolit** bu hususta şöyle demektedir: 'Avrupa Uygarlığı üzerinde İslam medeniyetinin her alanda kat'i surette katkısı olmuştur.'<sup>174</sup>
- 3- **Max Vantigou** bu konu ile ilgili şöyle demektir: 'Bütün deliller gösteriyor ki, Batı, ilmî sahadaki gelişmesini İslam Medeniyetine borçludur. Zira Avrupalı bilim adamları,

---

<sup>173</sup> Sigrid Hunke, *Şemsullah Taşruku ala'l-Garb*, Çev, Fuad Hüsiyen Ali, Daru'l-alam el-Arabi, Kahere, 1.Baskı, 2008.

<sup>174</sup> Rağib es-Serjanî, *Mezâ Keddeme'l-Müslimûne li'l-Âlem*, Müessasatu İkra', Kahire, 2. Baskı, 2009. s. 725.

kullanmış oldukları ilmî menheci aslı itibariyle İslam alimlerinden Endülüs aracılığıyla iktibas etmişlerdir.<sup>175</sup>

- 4- Yine konuya dair; İskoç tarihçi ve oryantalist **William Montgomery Watt**'ın “*A History of Islamic Spain* (Müslüman İspanya'nın Tarihi)” ve “*Influence of Islam on Medieval Europe* (İslam'ın Avrupa'ya Tesiri)” adlı iki kapsamlı çalışması bulunmaktadır. William Watt'a göre Müslümanlar her ne kadar Avrupa'ya ‘davetsiz bir misafir’ olarak girmiş olsalar da, dünyanın büyük bir kısmında muazzam menfaatleri görülen ve etkileri Fransa ve civarındaki ülkelere kadar ulaşan büyük bir medeniyetin temsilcileri olmuşlardır.<sup>176</sup>

### 3.1.2.2. Endülüs İslam Hukukunun (Mâlikî fikhî) Avrupa'ya Etkisi

Endülüs İslam Medeniyetinin Avrupa üzerindeki tesirleri, Avrupalıların hayatının birkaç yönünde tezahür etmektedir. Nitekim, William Watt, *Influence of Islam on Medieval Europe* (İslam'ın Avrupa'ya Tesiri) isimli eserinde, “*Müslümanların Matematik, Geometri, Cebir, Uzay Bilimleri, Felsefe ve Tıp başta olmak üzere birçok bilim dalında yaptıkları öncü çalışmaları uzun uzadıya anlatmakta, İslam tıbbının tesirinden önce Avrupa'da tebâbetin çok ibtidâi olduğunu, 1200'lü yıllarda dahi Avrupa hastanelerinin Müslüman hastane standartlarının çok gerisinde bulunduğunu ifade etmektedir.*”<sup>177</sup> Ancak, Batılı araştırmacılar arasında dahi; Matematik, Fizik, Tıp, Astronomi ve Coğrafya gibi birçok bilim alanında İslam medeniyetinin Avrupa üzerine etkili olduğu her ne kadar kabul edilen bir husus olsa da İslam Hukuku ile Batı kanunları arasındaki münasebet ve etkileşime çok fazla değinilmemektedir.<sup>178</sup>

<sup>175</sup> Rağib es-Serjanî, *Mezâ Keddeme'l-Müslimûne li'l-Âlem*, Müessasatu İkra', Kahire, 2. Baskı, 2009. s.727.

<sup>176</sup> İlhami Ayrancı, *W. Montgomery Watt'a Göre Endülüs İslam Medeniyetinin Batı Avrupa'ya Etkisi*.

<sup>177</sup> İlhami Ayrancı, *W. Montgomery Watt'a Göre Endülüs İslam Medeniyetinin Batı Avrupa'ya Etkisi*.

<sup>178</sup> Vegu Abdussalam Ahmed, *Eseru Fikh'i-l İmâm Mâlik fi'l-Kânûni'l-Medeni el'Feransî*, er-Râbitatü'l-Muhammediyye, c.2, 2012, Rabat, s. 639-666.

Çalışmamızın bu bölümünde, Endülüs İslam Medeniyetinin Avrupa üzerindeki etkilerinin hukuk alanındaki boyutu ele alınacaktır. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Mâlikî Fıkhı'nın Fransız Medeni Hukuku üzerindeki tesirlerini belirleyebilmek için evvalâ Mâlikî Fıkhı ile Avrupa toplumu arasındaki tarihi münasebetlerin incelenmesi gerekir. Bu tarihi münasebetin mahiyeti gereği gibi ortaya koyulmadan bu iki hukuk sistemi arasındaki etkileşimin varlığının ispatlanması da mümkün olmayacaktır.

Mâlikî fikhı, yaklaşık sekiz yüzyıl Endülüs'te hüküm sürmüştür. Avrupalıların bu uzun süre boyunca Mâlikî fikhının ilke ve hükümlerini öğrenip daha sonra tedvin etmiş oldukları kanunları bu hükümlerin tesirini altında hazırladıkları kanaatindeyiz. Mâlikî fikhı ile Avrupa toplumu arasındaki tarihi münasebet ve etkileşimi ortaya koyabilmek için öncelikle Mâlikî fikhının Endülüs bölgesine girişi, bölgede hüküm sahibi oluşu ve Endülüs'teki Avrupalı öğrenciler vasıtasıyla Mâlikî fikhı ile Batının etkileşimi konusunu ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

### **3.1.2.3. Mâlikî Mezhebinin Endülüs'te Mevcudiyeti**

Endülüs'ün fethi sonrasında, Suriye bölgesinde hakim olan İmam Evzaî'nin görüşleri Valiler dönemi boyunca Suriye'de olduğu gibi Endülüs'te de hakim olmuştur. Ancak Endülüs Emevî Devleti'nin kurulmasından sonra, Doğuya doğru ilim yolculuğuna çıkan Endülüslü talebeler, öncelikle Hicaz'ın yolunu tutuyorlardı. Bu talebelerin bir kısmı Kabe'yi ziyaret ettikten sonra hemen Medine'deki Hz. Peygamber'in mescid-i nebevîsine geliyor ve Medine'deki büyük alim Mâlik b. Enes'in ders halkasına katılıyorlardı.<sup>179</sup>

---

<sup>179</sup> Özdemir, *Endülüs Müslümanları Siyasî Tarih*, Türkiye Diyanet Vakfı, 1. Baskı, Ankara, 2012, s. 173. Musatafa *el-Harrus, el-Medrasatu'l-Mâlikîyyetu'l-Endülüsiyye*, Fas Diyanet İşleri Bakanlığı, Fas, 1997, s. 37.

İmam Mâlik'in ilim halkasında bulunup onun görüşleri istikametinde yetişen Endülüslü talebeler, özellikle I. Hişam zamanında birer ikişer ülkelerine rücu etmeye başladılar. Bu talebeler memleketlerine döner dönmez, adı geçen hükümdarın kendilerine gösterdiği yakınlıktan istifade ederek, Mâlikî fıkhnın esaslarını yaymaya koyuldular.<sup>180</sup>

İmam Mâlik'in mezhebinin ve görüşlerinin Endülüs'te kök salmasında rolü bulunan fakihler arasında el-Gazî b. Kays, İsa b. Dinar (ö.212), Yahya b. yahya el-Leysî (ö.234) İbn Habib (ö.238) ve el-Utbî (ö.254) gibi isimler yer almaktadır.<sup>181</sup>

Netice itibariyle; Mâlikî mezhebi, gerek bu yukardaki adı geçen alimlerin gerekse de onların talebelerinin göstermiş oldukarı çaba ve gayretle Endülüs'ün hakim mezhebi haline geldi. Bu vaziyet, Endülüs'te İslam hakimiyetinin son temsilcisine kadar aynen devam etti.<sup>182</sup>

#### **3.1.2.4. Endülüs'teki Avrupalı öğrenciler vasıtasıyla Mâlikî Mezhebi ile Batının Etkileşimi**

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, iki hukuk sistemi arasında bir etkileşimin varlığından söz edebilmek için, ilk olarak bu iki hukuk sistemi arasında tarihi açıdan bir bağ olması gerekir. Mâlikî Fıkhnı ile Fransız Medeni Hukuku arasında sıkı bir tarihi münasebetin var olduğunu yukarıda delilleriyle ortaya koymuştuk. Burada ise, Mâlikî fıkhnın Endülüs'te hakim olduğu dönemde Avrupa halkını nasıl ve hangi yönden etkilediğini izah etmeye çalışacağız.

<sup>180</sup> Özdemir, *Endülüs Müslümanları Siyasî Tarih*, s. 174.

<sup>181</sup> Musatafa el-Harrus, *el-Medrasatu'l-Mâlikîyyetu'l-Endülüsiyye*, Fas Diyanet İşleri Bakanlığı, Fas, 1997, s. 37.

<sup>182</sup> Özdemir, *Endülüs Müslümanları Siyasî Tarih*, s. 176.

İslam fethi öncesinde İspanya'nın genel durumundan bahsederken şu mühim noktaya işaret etmiştik: “Avrupalılar nihayet derecede bir cehalet ve geri kalmışlık içerisindeyken, Müslümanlar Endülüse girerek burayı her yönüyle muazzam bir medeniyetin merkezi haline getirdiler. İslam'dan iktibas ettikleri âdil ve hakkaniyetli kâide ve esaslar üzerine Endülüs İslam Medeniyetini tesis ettiler. Akabinde Avrupalılar, Müslümanların ilmî ve fikrî birikimlerinden istifade etmek için fevc fevc Endülüs'e akın ettiler.”<sup>183</sup>

Mâlikî mezhebi ile Avrupa halkı arasındaki ilişkiler hususunu ele alırken Müslümanların ilmi birikimlerinden istifade etmek için Endülüs'e gelen Avrupalı öğrencilerin Endülüs İslam Medeniyetinin ve hususi olarak İslam Hukukunun ilke ve hükümlerinin umum Avrupalılara aktarılmasında oldukça büyük rol oynadıkları bilinmelidir.<sup>184</sup>

711 yılından 1086 tarihine kadar İslam hâkimiyeti altında kalmış olan Tuleytula, Endülüs'teki ilmi merkezlerinden en önemlisi idi ve Hıristiyanların eline geçerek VI.Alfonso'nun yeni başşehri olduktan sonra, bu medeni birikimi sayesinde zamanla İspanya devletleri ve diğer Avrupa ülkelerinden gelen öğrencilere hizmet veren bir bilim merkezi haline gelmişti.<sup>185</sup>

Endülüs devletinin başşehri ve kültür merkezi olan Kurtuba'ya ise, Tuleytula'dan evvel Avrupalı öğrenciler gelmeye başlamışlardı. Kastayalı, Leonlu, Aragonlu ve Navarlı zeki gençler Endülüs'e gelerek Arapça öğreniyorlardı. Aynı zamanda farklı alanlarda

---

<sup>183</sup> Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, a,g,e, c.1, s. 18.

<sup>184</sup> Lütfi Şeyban, *Endülüs'te Murabıtlar ve Muvahhidler Dönemlerinde Müslüman-Hıristiyan İlişkileri*, s. 230.

<sup>185</sup> Lütfi Şeyban, *Endülüs'te Murabıtlar ve Muvahhidler Dönemlerinde Müslüman-Hıristiyan İlişkileri*, s. 231.

mütehasşis alimlerden ders alıyorlardı. Bu sırada Müslümanların adetlerini benimsiyor ve birer Musta'rib haline gelerek âdetâ Endülüs'lüleşiyorlardı.<sup>186</sup>

İslam İspanya'ya girmeden evvel, o bölgelerde Roma hukuku ve German Hukuku hakim idi. İslam, Endülüs'e girdiği andan itibaren Avrupa'daki yerel kanunlar üzerinde etkili olmaya başladı. Neticede Avrupalılar, borçlar hukuku gibi alanlarda tatbik edegeldikleri genel kural ve esasları bırakıp Mâlikî fihından iktibas edilmiş yeni ilke ve kaideler tatbik etmeye başladılar. Örneğin; bey akdinin icab ve kabul ile mün'akit olması ve bey' akdi tüm şartları sağlanarak vuku bulduğunda akdin tüm neticelerinin terettüp edip mülkiyetin karşı tarafa intikal etmesi, İslam Hukuk'undan Avrupa Hukukuna geçen kaidelerdendir.<sup>187</sup>

Hulasa; Mâlikî fihının yaklaşık sekiz yüzyıl Endülüs'te tatbik edilmesi ve Avrupalı öğrencilerin bu dönemde Müslümanların ilmî ve fikrî birikimlerinden istifade etmek için Endülüs'e gelmeleri, Mâlikî Fihının Avrupa halkını başta olmak üzere daha sonra da Avrupa kanun ve yasalarını etkilemesi neticesini doğurmuştur.

### **3.1.2.5. Maliki Fihının Fransız Hukukuna Etkisinde Tercüme Hareketleri**

'Tercüme hareketleri' muhtelif medeniyetlerin arasındaki etkileşimde büyük bir rol oynamıştır. Tarihi seyre bakıldığında, dünyadaki birçok kültür ve medeniyetin birbiri ile olan etkileşimi tercüme hareketleri vesilesiyle olmuştur. Diğer bir ifadeyle, medeniyetler arasındaki ilişkileri temin eden ve her yeni inşa edilen medeniyeti insanlığın müşterek

---

<sup>186</sup> Lütfi Şeyban, *Endülüs'te Murabıtlar ve Muvahhidler Dönemlerinde Müslüman-Hıristyan İlişkileri*, s. 232.

<sup>187</sup> *Said er-Rahmânî*, el-Madrastu'l-Mâlikiyye ve esaruha fi'l-Kânûn el-Medenî el-Faransî, *İslam Bilimleri fakütesi dergesi*, c. 5, sy, 10, 2004, s. 6.

medeniyetine bağlayan en önemli köprü çeviri faaliyetidir.<sup>188</sup> Hulasa; medeniyetler tarihine bakıldığında bütün önemli düşünce sistemlerinin birer büyük tercüme hareketi ile başladığı görülmektedir. Örneğin, Eski Yunan düşünce sistemine Sümerler-Anadolu, Fenike ve Mısır tercümelerinin; İslâm düşünce sistemine ise kendi bilgi kaynaklarının yanı sıra Yunan, İran, Hint tercümelerinin büyük katkıları olmuştur.<sup>189</sup> Bu hakikata binaen, bizim de Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî Fıkhından etkilenmiş olduğu tezini savunan bu çalışmamızda tezimizin doğruluğuna dair istinad ettiğimiz en önemli delillerden birisi Mâlikî fıkhının temel eserlerinin Fransızca'ya tecüme edilmiş olmasıdır.

Mâlikî Fıkhının temel eserlerinin Fransızca'ya tercüme edilmesi hususuna geçmeden evvel Avrupa'daki tecüme faaliyetlerini muhtasar bir şekilde ele almamız yerinde olacaktır.

İslam tarihindeki tercüme hareketlerinden bahsederken, ilk olarak, Abbâsîler'in Bağdat'ı ile Endülüs aklı gelmektedir. Bağdat'ta başlayan her türlü ilim alanlarındaki tercüme faaliyeti, Endülüs'te daha da yoğun şekilde sürdürülmüştür. Böylece, Endülüs'te başlayan tercüme hareketleri vasıtasıyla Avrupalılar İslam medeniyetini yakından tanıma fırsatı bulup İslam medeniyetinin gelişmişliğine de hayran kalmışlardır. Müslümanlar gibi zengin ve daha medenî bir şekilde yaşamak isyeten Avrupalılar, bilim ve felsefe alanlarında onların eserlerini inceleyip ve bu çerçevede Arapça olarak yazılmış eserleri Lâtince'ye tercüme etmeye başladılar.<sup>190</sup>

Endülüs'te tercüme hareketleri IV./X. yüzyılda başlamış olmasına rağmen, son dönemde daha sistemli ve yoğun bir şekilde yürünmüştü. Kurtuba ve Tuleytula, Endülüs'teki

---

<sup>188</sup> Yıldız Şevket, Avrupa'da İlk Çeviri Hareketleri, *Uludağ Üniversitesi dergesi*, 2015, s. 1973-1978

<sup>189</sup> Mustafa Necati Barış, İslam Bilim Tarihi'nde İlk Tercüme Faaliyetleri ve Bilgi Üretimine Katkısı, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, c. 21, sy. 3, 2017, ss. 1873-1904.

<sup>190</sup> Lütfi Şeyban, *Endülüs'te Murabıtlar ve Muvahhidler Dönemlerinde Müslüman-Hıristyan İlişkileri*, s. 232.

en büyük tercüme merkezlerindendi. Tuleytula'da Müslümanlar tarafından kurulmuş olan büyük kütüphaneler şehrin kaybindan sonra da Müslüman, Yahudi ve Hıristiyan alimlerin uğrak mekanları olmaya devam etmiştir.<sup>191</sup>

Yıllar önce Müslüman alimleri tarafından Yunanca ve Lâtinçe'den Arapça'ya aktarılan felsefî ve bilimsel eserler, V/XI. yüzyılın sonlarından itibaren Müslüman alimlerin elinde olgunlaşmış ve yenilenmiş halleriyle Arapça'dan Lâtinçe ve İspanyolca gibi diğer dillere tercüme edilmeye başlanmıştır. Böylece, İslam medeniyetinin bilim ve felsefe alanlarındaki birikimleri batılılara hazır ve münakkah bir halde aktarılmıştır.<sup>192</sup>

Yukarıda aktarılan malumata binaen şöyle bir mülahazada bulunabiliriz; İslam'ın Endülüs topraklarına ilk girdiği günden itibaren İslam medeniyeti ve kültürü, tercüme faaliyetleri kanalıyla Endülüs bölgesinde intişar etmeye başlamıştır. Avrupalılar ise, Endülüs'te gerçekleştirilen bu tercüme faaliyetleri vasıtasıyla İslam medeniyetini tanıyıp ondan etkilenmiş ve İslam medeniyetinin tecelliyâtını yansıtmaya başlamışlardır.

Bu genel mukaddimeden sonra, Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî Fıkından etkilendiğine dair bir delil olarak serd edeceğimiz Mâlikî fıkının temel eserlerinin Fransızca'ya tercüme edilmesi hususunu tafsilatlı bir şekilde ele alacağız. Bu meseleyi daha iyi anlayabilmek için, 1798 yılında Napolyon'un Mısır'da yapmış olduğu sömürge faaliyetlerinden bahsetmek yerinde olacaktır.

18. yüzyılın nihayetinden itibaren Fransa emperyalist politikaların peşine düşmüştür. Mısır'a saldırmakla görevlendirilen Napolyon, beraberinde birçok bilim

---

<sup>191</sup> Lütfi Şeyban, *Endülüs'te Murabıtlar ve Muvahhidler Dönemlerinde Müslüman-Hıristiyan İlişkileri*, s. 233.

<sup>192</sup> Lütfi Şeyban, *Endülüs'te Murabıtlar ve Muvahhidler Dönemlerinde Müslüman-Hıristiyan İlişkileri*, s. 231.

adamıyla birlikte İskenderiye'ye 1798 yılında çıkarma yapmıştır.<sup>193</sup> Birçok tarihi kaynağa zikrediliyor ki, Napolyon'un Mısır üzerine yapmış olduğu bu hamlenin ilmî ve kültürel alanındaki en önemli neticeleri Malîkî Fıkhnın temel eserleri ve hususen Halîl b. İshak el-Cündî'nin Mâlîkî fikhına dair el-Muhtaşar adlı eserini Fransızca'ya tercüme edilmiş olmasıdır.<sup>194</sup>

Daha evvel Mekteb-i Hukûk'un Mecelle muallimlerinden Cemaleddin Efendi'den bu hakikatı destekleyen bir atıfta bulunmuştuk. Cemaleddin Efendi Fransız Medeni Hukukunun Mâlîkî fikhından etkilendiğine dair şöyle demiştir: “*Cümlelerin ma'lûmudur ki, Kod Napolyon (olarak) tescim edilen Fransa Kanûn-ı Medenîsi, Napolyon Mısır'a girdiği zaman Mısır kütübhânelerinde mevcûd mü'ellesât-ı İslâmiyeden, kütüb-i fıkhiyeden tercüme ve iktibâs edilmiştir.*”<sup>195</sup>

Aynı bağlamda Fransız müsteşrik, bilim ve matematik tarihçisi **Louis-Pierre-Eugène Sédillot**, o dönemde Fransız hükümetinin Mâlîkî Fıkhn eserlerinin çevrilmesi talimatını verdiğini ifade etmiştir.<sup>196</sup> Nitekim **SEDİLLOT**, bu hususta şöyle demektedir: “Afrika bölgeleri ile aramızdaki tarihi bağlardan ötürü Mâlîkî Mezhebi bizim için ayrı bir önem arz etmektedir. Fransız hükümeti Dr. Nikkola Byron isminde bir kişiye Mâlîkî Fıkhn eserlerinden Halil b. İshak'ın Muhtasarını Fransızca'ya çevirmesinin görevini tevdi etmiştir.”<sup>197</sup>

<sup>193</sup> Yaşar Demir, XIX. Asır Türk-Fransız İlişkilerinde Dönüm Noktası: Napolyon'un Mısır'ı İşgali ve Sonrası Oluşan Diplomatik Durum, 21. Yüzyılda Eğitim Ve Toplum Eğitim Bilimleri Ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl 2013, Cilt 2, Sayı 5, s. 130 – 146.

<sup>194</sup> Fevzi Adham, Eseru Fikhi'l-İmâmi Mâlîk fi'l-Kânûni'l-Medeni el-Faransî, Hukuk gergesi, sayı, 14, 2013. S. 16-34.

<sup>195</sup> Mekteb-i Hukûk Mecelle Muallimlerinden Cemaleddin, Mukayese-i Kavânîn-i Medeniyye Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye-Fransa Kanûn-ı Medenisi Kitâb'ül-Büyû', Çev: Seda Örsten Esirgen, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 61. sy. 2, Ankara, 2012, ss. 809 – 818.

<sup>196</sup> Fevzi Adham, Esaru Fikhi'l-İmâmi Mâlîk fi'l-Kânuni'l-Madani el-Faransî. Vegu Abdussalam Ahmed, Eser'u fikh'i-l-İmam Mâlîk fi'l- Kanuni'l-Medeni el'Feransî, er-Râbitatü'l-Muhammediyye, C.2, 2012, Rabat, S. 639-666.

<sup>197</sup> Mustafa es-Sibâ'î, Min ravâi' Hazâratinâ, Daru's-Selâm, Kahire, 1. Baskı, 1998, s. 54.

Bu bağlamda en çok dikkat çeken husus ise, Fransız hükümetinin Nikola Byron'a tevdi etmiş olduğu görevin fiilen yerine getirilmiş olduğuna dair resmi bir bilginin mevcut olmasıdır. Şöyle ki; 1855 yılında Fransa'da tab' edilmiş olan Halil b. İshak'ın muhtasarının Arapça nüshasında bu husus yer almaktadır. 1855'te Fransa'da neşredilen Halil b. İshak'ın muhtasarı Arapça olarak, '*el-Muhtasar fi'l-Fikh alâ Mezhebi'l-İmam Mâlik ibn Enes li'Halîl bin İshâk el-Mâlikî*', Fransızca Olarak ise, '*Précis de jurisprudence musulmane suivant le rite malékite par sidi khalil*' unvanını taşımaktadır.<sup>198</sup>

Netice itibariyle, Napolyon'un Mısır üzerindeki hamlesinin beraberinde gerçekleştirilen tercüme faaliyetleri ve hususi olarak Mâlikî fikhının en önemli eserlerinden biri olan Halil b. İshak'ın Muhtasarının Fransızca'ya tercüme edilmesinden istidlalle bazı araştırmacılar şu kanaate varmışlardır: 1804 senesinde Napolyon tarafından vaz' edilen Fransız Medeni Kanununun temel esası ve ilham kaynağı Halil b. İshak Muhtasarı ve özellikle Ahmed ed-Dirdir'in eş-Şerhu'l-Kebir adlı şerhidir.<sup>199</sup>

Endülüs İslam Medeniyetinin Avrupa üzerindeki etkisini ve Napolyon'un Mısır'da gerçekleştirmiş olduğu tercüme faaliyetlerini incelemek suretiyle Mâlikî Fikhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki tesirlerinin tarihi cihetini ele almış olduk.

Hülasa; Avrupalı öğrenciler, Endülüs'ün İslam bilim merkezlerinde uzun yıllar eğitim görmüş ve İslam Şeriat'ının temel ilke ve hükümlerini kendi dillerine aktarmışlardır. Böylelikle İslam Hukukunun Avrupa'daki teşri' ve yasama faaliyetleri üzerinde büyük bir tesiri olmuştur. Ayrıca o dönemde Avrupa'da belirli bir hukuk sisteminin olmaması, bu tesirin daha hızlı ve etkili bir şekilde gerçekleşmesini sağlamıştır.

---

<sup>198</sup> Hamza Bin Hude, *Esaru Fikhi'l-İmâmi Mâlik fi'l-Kânuni'l-Madani el-Faransi*, Abû Bekir Belkaid Üniversitesi, Doktora Tezi, 2017. s. 17.

<sup>199</sup> Hamza Bin Hude, *Esaru Fikhi'l-İmâmi Mâlik fi'l-Kânuni'l-Madani el-Faransi*, s. 17.

Napolyon döneminde ise onun Mısır'da yapmış olduğu malum sömürge faaliyetleri dolayısıyla, Mâlikî fikhının önde gelen eserleri Fransızca'ya çevrilmiştir. Mâlikî Fikhının Fransızca'ya çevrilen ilk eseri de Halil b. İshak'ın el-Muhtasarı'dır. 1804 yılında vaz' edilen Cod Civil büyük ölçüde Mâlikî Fikhının esas ilke ve hükümlerine benzemektedir.<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> Mustafa es-Sibâ'î, a,g,e, s. 90.

### 3.2. MÂLİKÎ FIKHİ İLE FRANSIZ MEDENİ HUKUKUNUN BENZERLİĞİ

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu çalışmamızda Fransız Medeni Hukuk'unun Mâlikî fihından etkilendiğini iki yönden ispatlamayı hedefledik. Bunlardan birincisi, Mâlikî Fıkhı ile Avrupa toplumu arasındaki tarihi ilişkidir ki bu konuyu yukarıda tafsilatlı bir şekilde ele aldık. İkinci yön ise, Mâlikî Fıkhının ve Fransız Medeni Hukuku'nun ihtiva ettiği kanunların ve hukukî ilkelerin ekseriyeti arasında bulunan benzerliklerdir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünün ilk kısmında Mâlikî Fıkhı ile Avrupa toplumu arasındaki tarihi münasebetleri inceleyerek Müslümanların Endülüste, Avrupalıların yanbaşındaki sekiz yüzyıl boyuncaki mevcudiyetlerinin Mâlikî Fıkhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki tesirinin ispatı hususunda çok büyük rol oynadığı, Avrupa'nın bu dönemde İslam hukukunun ve hususen de Mâlikî fıkhının ilke ve hükümlerini öğrenip daha sonra tedvin etmiş oldukları kanunları bu hükümlerin tesirini altında hazırladıkları sonucuna ulaşmıştık.

Ulaşmış olduğumuz bu neticenin teoride kalmaması ve meselenin daha mufassal bir surette ortaya konulması için, Mâlikî Fıkhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki etkilerini Mâlikî Fıkhının ve Fransız Medeni Hukuku'nun ihtiva ettiği kanunların ve hukukî ilkelerin ekseriyeti arasındaki benzerliği inceleyerek ispatlamaya çalışacağız. Bunun da ilk kısımda vâsıl olduğum neticeyi daha da pekiştireceği kanaatindeyim.

Bilindiği üzere, bir hukuk sisteminin diğer bir hukuk sisteminden etkilendiğine delalet edebilecek en kuvvetli delillerden birisi bu iki hukuk sisteminin genel ilke ve teferruatı arasındaki benzerliktir.

Fransız Medeni Hukuku'nun Mâlikî Fıkhından etkilenmiş olduğu hususunda birçok akademik çalışma ve müstakil eser bulunmaktadır. Ancak, Mahluf el-Minyavi'nin

*el-Mukarenatü't-teşriyye Tatbiku'l-Kanuni'l-Medeni Ala Mezhebi'l-İmam Malik* adlı çalışması ve Seyyid Abdullah Ali Hüseyin'in *el-Mukarenatü't-teşriyye beyne'l-kavanin el-vaz'iyye, medeniyye ve't-teşrî'l-İslâmî mukarenetü beyne fikhü'l-kanuni'l Feransiyyi ve Mezhebi'l-İmam Malik bin Enes (r.a)* isimli çalışmaları bu konuyu objektif ve somut verilere dayandıran en önemli çalışmalardır. Bu iki çalışmanın her ikisi de Fransız Medeni Hukukundaki bütün maddeleri inceleyerek netice olarak da Mâlikî fikhî ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki benzerlik nispetini % 90' olarak tespit etmişlerdir.<sup>201</sup>

Mâlikî fikhî ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki benzerlik oranının bu kadar yüksek olması da Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî fikhînden etkilendiğini göstermektedir. Ancak bu hususa birileri şöyle bir itirazda bulunabilir: Hukuk'un genel maksat ve gayeleri evrensel olduğundan sadece iki hukuk sistemi değil dünyada bulunan bütün hukuk sistemleri arasında benzerliklerin olması tabiidir. Dolayısıyla eğer Mâlikî fikhî ile Fransız Medeni Hukuku arasında bir benzerlik varsa bu, hukuk sistemlerinin birbirinden etkilenmesinden ötürü değil hukuk düşüncesinde riayet edilen ilke ve esasların müttehid ve evrensel olmasındandır.

Kanaatimize göre, bu itiraza karşı şöyle bir cevap vermek mümkündür: Birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi Fransa'da da uzun yıllar boyunca Roma Hukuku tatbik edilmiştir. Roma Hukukunun genel yapısının da İslam Hukukunun ilke ve esaslarından tamamen farklı olduğu bilinmektedir.<sup>202</sup> Dolayısıyla, 1804 yılında Fransa'da vaz' edilen Fransız Medeni Hukukunun Roma Hukukundan farklı olup İslam Hukukuna (Mâlikî fikhî) bu nispette mutabık olması bir tesadüfün eseri olamaz. Binaenaleyh; Mâlikî Fikhî ile

<sup>201</sup> Aid Umeyre, Hafsa Cude, *el'Fikhu'l-İslâmî ve Tesîruhu fi et-Teşrîât el'Urûpiyye*, 03/07/2018.

<sup>202</sup> Mâlikî fikhî ile Roma Hukuk'unun birbirlerinden tamamen farklı olduğuna dair bkz. Muhammed es-Serrâc, *el-Fikhu'l-İslâmî beyne en-Nezariyyeti ve'tatbik*, İskandariyye, 1997, s. 204.

Fransız Medeni Hukuku arasındaki benzerlik nispetinin muhakkik araştırmacılar tarafından % 90' olarak tespit edilmesi, Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî Fıkından etkilendiğini açık surette ortaya koymaktadır.

Mâlikî Fıkhı ve Fransız Medeni Hukuku arasındaki benzerliğin ayrıntılı olarak incelenmesi için uzun ve müstakil bir çalışma gerekmektedir. Ayrıca Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî Fıkından etkilendiği hususunun bu iki hukuk sistemi arasındaki benzerlik yönüyle delillendirilmesi, birkaç hukuki meseleyi incelemekle yapılamaz, bunun için çok daha kapsamlı ve şümlü çalışmalara ihtiyaç vardır. Şöyle ki; Fransız Medeni Hukuk'unun ihtiva ettiği 2281 madde, tek tek Mâlikî Fıkhının hükümleriyle mukayese edilmelidir. Eğer neticede Fransız Medeni Hukukunun 2281 maddesinin ekseriyetinin Mâlikî fıkhının hükümlerine tevafuk ettiği görülürse; bu durumda Fransız Medeni Hukuk'unun Mâlikî Fıkından etkilenmiş olduğu sonucuna varılabilir. Nitekim, bu mukayese yöntemi izlenerek Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî fıkhından etkilendiğini ortaya koyan iki muazzam çalışmadan giriş bölümünde bahsetmiştik. Tezimizde böylesi geniş ve kapsamlı bir mukayese yapma imkanımız olmadığından yalnızca Borçlar Hukuk'una müteallik bazı meseleler arasında mukayese yaparak Mâlikî fıkhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki etkilerini icmalî bir surette değerlendirmeye çalışacağız.

### **3.2.1. Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî Fıkından Etkilendiği Bazı**

#### **Hukuki Meseleler**

Daha önce ifade edildiği gibi Mâlikî Fıkhının Batı hukuku sistemleri ve hususen de Code Napolyon üzerindeki etkilerine ilişkin oldukça değerli çalışmalar bulunmaktadır. Şekib Arslan, “*Hâziru'l-Âlem-i İslâmî*” adlı eserinde, Fransız Borçlar Hukuk'unun

ekseriyetinin Mâlikî fıkından iktibas edildiğini söylemektedir.<sup>203</sup> Fransız Borçlar Hukuk'unun özellikle akit nazariyesine ilişkin geçtiğimiz dönemde Hamza bin Hude, “*Eseru'l-Fikhi'l-Mâlikî fi'l-Kânûn el-Medenî el-Fransî el' Akdu Namuzecen*” adında değerli bir doktora çalışması ele almıştır. Bu çalışma neticesinde, Fransız Medeni Hukuk'unun akit nazariyesinin Mâlikî fıkının akit nazariyesinden –aralarında bazı farklılıklar olmakla birlikte- genel itibariyle etkilendiğini tespit etmiştir.<sup>204</sup>

Biz ise çalışmamızda, Fransız Borçlar ve Aile Hukukunun Mâlikî Fıkından etkilendiğini belli bazı meseleleri incelemek suretiyle ortaya koyacağız.

### 3.2.1.1. Teâkud (akidleşme) Sistemi

Daha evvel ifade edildiği gibi insan medenî bir varlık olduğundan diğer hayvanât gibi münferid halde yaşayamayıp medeniyetin sunduğu imkanlarla birbiriyle yardımlaşma ve dayanışmaya muhtaçtır.<sup>205</sup> İnsanlar toplum halinde hayatını sürdürür iken birbirleriyle çeşitli ilişkiler içerisine girmektedirler. Buna binaen insanlar arasında gerçekleşen ilişkilerden muhtelif hukukî olaylar meydana gelmektedir. Bu hukukî olayları düzenlemek için insanlar kadim zamandan biri teâkud veya sözleşme gibi birtakım sistemler ve sosyal kurallar icat etmek zorunda kalmıştır.

İnsanlar arasında gerçekleşen bu sözleşmelerin hükümleri, İslam Hukukunda ayrıntılarıyla düzenlendiği gibi Roma Hukukunda da düzenlenmiştir. Ancak, İslam Hukuku ile Roma Hukuku arasında akitlerin temel ilke ve hükümleri bakımından ciddi

<sup>203</sup> Said er-Rahmânî, el-Madrastu'l-Mâlikîyye ve esaruha fi'l-Kânûn el-Medenî el-Fransî, *İslam Bilimleri fakütesi dergesi*, 5/10, 2004, s. 7.

<sup>204</sup> Konunun tafsilatına vakıf olmak için söz konusu olan çalışmanın neticelerine müracaat edilebilir. Hamza Hude bin, *eseru'l-Fikhi'l-Mâlikî fi'l-Kânûn el-Medenî el-Fransî, el' Akdu Namuzacen*, s. 353-360.

<sup>205</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atıf Bey, *Mecelle Külli Kaideler Şerhi*, çev. Veysel K. Bilgiç v.d, s. 36.

farklılıklar mevcuttur. Örneğin; İslam Hukukunda, -günümüzdeki modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi- sözleşme teorisi irade özgürlüğü ilkesi gibi birtakım şekli olmayan genel ilkeler üzerine bina edilmektedir. İslam ve günümüz modern hukuk sistemlerinde, yapılan sözleşmeler –istisnaî bazı akitler haricinde- yalnızca karşılıklı rıza ile –herhangi bir şekil şartına bağlı kalmaksızın- her iki taraf için de bağlayıcı hale gelmektedir. Roma hukukunda ise durum böyle değildir.<sup>206</sup> Şöyle ki; Roma hukukuna göre, bey’ akdi yalnız icab ve kabul ile mün’akit olmayıp, bâyi’in üç muayyen işlemden birisini yapmasına kadar mebi’ onun zimmetinde kalmaktadır. Bâyi’ tarafından yapılması gereken bu üç işlem ise şunlardır: Birincisi, **işhad**, yani satıcının mebi’ in teslim edildiğini alenî bir şekilde beyan etmesi, ikincisi **terk**, yani bâyi’ in satılan malı hakim önünde bırakması, üçüncüsü ise; satıcının satılmış malın bir parçasını alıp müşteriye vermesidir.<sup>207</sup>

Fransız Medeni Hukukunun akitlere dair hükümleri Roma Hukukuyla değil İslam Hukukuyla, daha özelde ise Mâlikî fihkî ile örtüşmektedir. Zira Fransız Medeni Hukuku, Mâlikî fihkî gibi bey akdinin taraflar arasındaki **karşılıklı rıza ile** münakit olacağını ifade etmektedir. Nitekim, bu meseleye dair Fransız Medeni Hukukununun 1583.maddesi şu şekildedir: *“Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l’acheteur à l’égard du vendeur, dès qu’on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n’ait pas encore été livrée ni le prix payé.”*<sup>208</sup> Yani: “Semen ve mebi’ hususunda bâyi ve müşteri arasında karşılıklı rıza gerçekleştikten sonra müşteri malı ve bâyi semeni kabz etmemiş olsa dahi bey’ akdi sarihen münakit olup müşterinin mebi’ üzerindeki mülkiyeti sabit olur. Fransız Medeni Hukukununun 1583. Maddesi, Mâlikî mezhebinin önde

<sup>206</sup> Seyyed ed-Dusûkî, *İstiklâlul’-Fikhi’-l-İslâmî anî’-l-Kânûn er-Românî*, Mektabatı et-Tev’iyye el-İslâmiyye, 1. Baskı, 1989, s. 61-62.

<sup>207</sup> Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, *el-Mukarenatü’t-teşriyye*, c.1, s. 133.

<sup>208</sup> *Code civil des français : éd. originale et seule officielle*, Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France. s. 390.

gelen fâkihlerinden birisi olan Halil b. İshak'ın 'el- Muhtasar' isimli eserindeki şu ifadeye münasip düşmektedir: “ينعقد البيع بكل ما يدل على الرضا وإن بمعاطاة” “mu'atat ile dahi bey' karşılığı rızaya delalet eden her vesile ile münakit olur”<sup>209</sup>

### 3.2.1.2. Sözleşmelerde Lafızlara Değil, Tarafların Maksatlarına İtibar

#### Edilmesi Meselesi

İslam Hukukuna göre akitlerde sözlere ve şekillere değil, maksat ve manalara itibar edilir. Yani sözleşmelerde önemli unsur, lafızlar değil sözleşmeyi yapan tarafların bu lafızlardan murad ettikleri maksatlardır.

İslam Hukukundaki bu esas, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de şöyle ifade edilmiştir: **“Ukudda itibar mekasıd ve meaniyedir elfaz ve mebaniye değildir”**<sup>210</sup> Mâlikî Fıkında da bu kaide esas alınmıştır. Nitekim İmam Harşî, el-Muhtasar şerhinde şöyle demektedir: **“Bir mesele, kast ile lafz arasında kaldığında evleviyetle kasta itibar edilir”**.<sup>211</sup> Buradan da anlaşılıyor ki İslam Hukukuna göre, akitlerde kullanılan lafızlar ile tarafların bu lafızlardan murad ettikleri maksatlar arasında bir hilaf olduğunda<sup>212</sup> lafızlara değil, maksatlara itibar edilir.

**“Ukudda itibar mekasıd ve meaniyedir elfaz ve mebaniye değildir”** kaidesi, Fransız Medenî Kanununun 1156. Maddesinde neredeyse aynı ifadelerle yer almaktadır. Fransız Medeni hukukunun 1156. maddesi şu şekildedir: **“On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de**

<sup>209</sup> Ahmed ed-Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kabîr*, Dâru'l-Fikr, yy, ty, c. 2. s.3.

<sup>210</sup> Kuyucaklızâde Mehmet Atıf Bey, *Mecelle Küllî Kaideler Şerhi*, s. 43.

<sup>211</sup> El-harşî, *Şerhu Muhtasar-i Halîl*, daru'l-Fikr, Beyrut, c.3 s. 248.

<sup>212</sup> Mustafa Yıldırım, *Mecelle'nin Küllî Kâideleri*, TİBYAN Yayınları, Baskı, 2015, 34.

*s'arrêter au sens littéral des termes.*"<sup>213</sup> Yani: "Akitlerin beyanı hususunda akit sözleşmesinde varit olan lafızları değil tarafların maksatlarını dikkate almak gerekmektedir.

### 3.2.1.3. Şirket Tanımı ve Türleri

Mâlikî Fıkhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki etkisinin iktisadî sahada etkili olduğu en önemli alanlardan biri, şirketlerle ilgili hükümlerdir<sup>214</sup> Mâlikî fikhı ile Fransız Medeni Hukuku şirket konusunda arasındaki benzerliği ayrıntılı olarak anlatılması için müstakil bir çalışma gerekmektedir. Biz burada Mâlikî fikhı ile Fransız Medeni Hukukunun bu husustaki benzerliğine, yalnız şirket tanımı ve şirket türleri bakımından temas etmeye çalışacağız.

Malikî mezhebinde genel anlamda şirket, şu şekilde tanımlanmaktadır: "İki veya daha fazla mâlik arasında mal olan bir şeyin sadece mülk olmak üzere tasarruf etmesi sabit olmasıdır".<sup>215</sup> İbn Arafa, şirketi umumî (eş-Şirketu'l-Ea'miyye) ve hususî (eş-Şirketu'l-Hususiyye) olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Umumî şirket, "İki mülk sahibinin ya da daha fazla kişinin sadece sermaye oranındaki ortaklığı" demektir. Hususî şirket ise, "mutlak olarak tasarruf ehliyetine sahip iki mülk sahibinin her birinin diğerinin malından tasarruf ehliyetine sahip olduğu şirket" demektir.<sup>216</sup> Fransa Medeni hukukunda ise şirketin tanımı Fransız Medeni Kanununun 1832 maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır: "*la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose*

<sup>213</sup> Code Civil des français: éd. originale et seule officielle, s. 180.

<sup>214</sup> Abdulaziz, b. Abdullah, *Ma'lemetü'l-Fikhi'l-Mâlikî*, s. 42.

<sup>215</sup> Harşî, *Şerh Muhtasar Halil*, c. 6 s. 38.

<sup>216</sup> er-Rassâ', Ebû Abdillâh Muhammed el-Ensârî, *Şerhu Hudûdi İbn Arafa*, el-Hidâyetü'l-Kâfiyetü's-Şâfiye li-Beyâni Hakâiki İbn 'Arafeti'l-Vâfiye I-II, 1. Baskı, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut 1993, II, s. 431.

*en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter*”<sup>217</sup> Yani: şirket, iki veya daha fazla kişinin mal olan bir şeyin aralarında müşterek mülk olması için ve o maldan elde edilen karı paylaşmak amacıyla yaptıkları bir akittir. Fransız Medeni Kanununda şirket akdine verilen bu tarifi Mâlikî fıkhdaki tanıma benzediği bariz bir şekilde görülmektedir.

Şirket türleri meslesi de Mâlikî mezhebinde olduğu gibi Fransız Medeni Hukukunda da genel olarak iki kısma ayrılmaktadır ki bu hususu Fransız Medeni Kanununun 1835 maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “*Les sociétés sont universelles ou particulières.*”<sup>218</sup> Yani şirketler, umumî (eş-Şirketu'l-Ea'miyye) ve hususî (eş-Şirketu'l-Hususiyye) olmak üzere iki kısımdır.

Görüldüğü üzere, Fransız Medeni Kanununun 1832 ve 1835 maddeleri Mâlikî fıkhdan hükümleriyle benzerlik göstermektedir.

#### **3.2.1.4. Nişanı Bozmak ve Bunun Sonuçları**

Nişanlanma, “evlenmeleri câiz olan iki kişinin birbiriyle evlenmeyi karşılıklı olarak vaad etmesi”<sup>219</sup> anlamına gelmektedir. Diğer bir ifade ile erkeğin kadına evlilik teklif etmesi, ona meyletmesi, muayyen bir mehir üzerinde anlaşmaları ve karşılıklı rızanın meydana gelmesi, sadece akdin bulunmamasıdır.<sup>220</sup> İslâm hukukunda nişanlanma yalnız bir evlenme vaadi olarak kabul edilir ve evlenmeye zorlayıcı bir niteliğinin bulunmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla, nişanlanma süresinde tarafların her ikisi de sebepli ya da

<sup>217</sup> Code civil des français : éd. originale et seule officielle, s. 434.

<sup>218</sup> Code civil des français : éd. originale et seule officielle, s. 31.

<sup>219</sup> Muhammed ez-Zürkânî, *Şerh ez-Zürkânî*, thk, Taha Abdurrauf, Metabaatu es-Sakâfa ed-Diniyye, Kahire, 1. Baskı, 2003, c. 3, s. 177.

<sup>220</sup> Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, s. 307, İbnu'l-Esir, *en-Nihaye fi garibi'l-hadis ve'l-eser*, Mısır, 1311 c.1 s. 302.

sebepsiz evlenmekten vazgeçme hakkına sahiptir.<sup>221</sup> Ancak genel olarak sözden dönmenin dinen hoş karşılanmaması yanında nişanı bozmanın karşı tarafa vereceği maddî ve mânevî zararın da iyice düşünülmesi ve ona göre hareket edilmesi tavsiye edilmiştir. Nişan ne şekilde sona erdirilirse erdirilsin eğer erkek mehre mahsuben bir miktar mal veya para vermişse bunu talep edebilir. Zira mehir evlilik akdinin hukukî sonucudur; evlilik olmayınca kadın mehirden bir şey hak edemez. Mâlikî mezhebine göre verilen hediyeler geri alınamaz. Bazı Mâlikî fakihleri ise bu hususta örf veya kararlaştırılmış şart varsa buna göre hareket edileceği görüşündedir. Örf veya şart yoksa nişanı bozan taraf olmamak kaydıyla hediye veren erkek bunu geri isteyebilir.<sup>222</sup>

Fransız Medeni Kanun'un 198. maddesine göre: İki taraf arasındaki evlilik vaadinin karşılıklı olarak kabul edilmesi nişanlılık durumunu meydana getirmektedir. Fransız Medeni Kanun'un 198. Maddesine göre nişanlanma kavramı şu şekilde tanımlanabilir: Bir erkek ve bir kadının evlenmek üzere iradelerinin buluşmasıdır<sup>223</sup> Bu nedendir ki, nişanlılık, sadece iki taraf arasındaki karşılıklı bir evlilik vaadi olarak kabul edilmektedir.<sup>224</sup>

Fransız Medeni Hukukunda evlilik öncesindeki yapılan nişanlanmanın taraflar için zorlayıcı bir niteliğinin bulunmadığı belirtilmektedir. Fransız Medeni hukukuna göre nişanlılık taraflara evlenme mecburiyeti getirmediğinden nişanlılar sebepli ya da sebepsiz, tek taraflı veya anlaşarak nişanı sona erdirebilirler. Bununla birlikte, nişanın bozulması durumunda Fransız Medeni Hukukunda da prensip itibariyle tazminat talebi hakkı

---

<sup>221</sup> Muhammed ez-Zürkânî, Şerh ez-Zürkânî, s. 544.

<sup>222</sup> H. İbrahim acar, "NiŞAN", TDV İslâm Ansiklopedisi, (e. t: 02.06.2021).

<sup>223</sup> Code civil des français : éd. originale et seule officielle, s. 50.

<sup>224</sup> Harold Leckat, *Que dit la loi sur les fiançailles ?* Que Dit La Loi – Premier site d'actualité juridique et politique Gabonais, 1 mai 2017.

tanınmamıştır.<sup>225</sup> Ancak, taraflardan biri eğer ciddi bir sebep olmaksızın nişanı bozarsa karşı tarafa vereceği maddî ve mânevî zararı karşılması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>226</sup>

### **3.2.1. 5. Fransız Medeni Kanununun Aile Arabuluculuğu İle İlgili Başlıca Hükümleri**

Aile arabuluculuğu, aile hukukunun ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Fransa’da aile arabuluculuğu sivil toplum örgütlerinin inisiyatifi sayesinde kurulmuştur. Aile arabuluculuğunun yasal çerçevesi 2000’li yıllarda çizilmiştir. ve bugün aile arabuluculuğu mesleği Fransız yargı sistemine tamamen entegre olmuş durumdadır.<sup>227</sup>

Fransız hukukunda kişiler aile arabuluculuğunu bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak mahkeme sürecine girmeden de kullanabilirler. Ancak bir kez aile mahkemesi önüne aile hukukunu ilgilendiren bir sorunla geldikten sonra da arabuluculuk usulüne yönelebilirler. Fransız Medeni Kanunu’nda 2002’de velayet ile ilgili uyuşmazlıklarda 2004 yılında da boşanma ile ilgili davalarda aile arabulucusuna başvuru sürecini ilgilendiren iki önemli değişiklik yapılmıştır.<sup>228</sup>

Fransız aile hukukunda evliliğin boşanma ile sonuçlanması hâlinde ortak velayetin uygulanması söz konusudur. Bu nedenle uygulamada velayet konusunda çıkacak uyuşmazlıklar bakımından Fransız Medeni Kanunu aile arabuluculuğunu da kapsayan çeşitli önlemler öngörmektedir.<sup>229</sup> Fransız Medeni Kanunu m.373-2-10 düzenlemesine

---

<sup>225</sup> Ebu Zehra, el-Ahvâlu’ş-Şehsiyye, Mısır, 1975, s. 40.

<sup>226</sup> Rifâ’a et-Tahtâvî, Ta’rîb el-Kânûn el-Medeni el-Faransî, 1. c, s. 38-42.

<sup>227</sup> Cem Özcan, *Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu*, yıl 5 Sayı 9 Haziran 2017.

<sup>228</sup> Cem Özcan, *Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu*, yıl 5 Sayı 9 Haziran 2017.

<sup>229</sup> Lienhard Claude, *Médiation familiale et contrat de coparentalité: l’histoire s’accélère*, Actualité Juridique Famille, 2014, s.360.

göre velayetle ilgili konularda taraflar arasında anlaşmazlık olduğunda hâkim onları uzlaştırmaya çalışır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre taraflar arasında anlaşmanın sağlanması amacıyla hâkim onların da görüşünü alarak bir aile arabulucusu tayin edebilir. Görüldüğü üzere aile mahkemesi hâkimi kural olarak ihtiyari bir yol olan aile arabuluculuğuna tarafları yönlendirme konusunda kanun tarafından yetkilendirilmiştir. Bununla birlikte aynı maddenin üçüncü ve son fıkrası, aile içi şiddetin söz konusu olduğu durumlar haricinde hâkimin tarafları bir aile arabulucusunu görmeye zorlayabileceğini ifade etmektedir.<sup>230</sup> Hâkimin bu zorlayıcı kararı vermesine rağmen taraflardan birinin aile arabulucusuna gitmekten imtina etmesi durumunda ona uygulanacak bir yaptırım mevcut değildir. Ancak hâkim kararını verirken bu tavrı, uzlaşmaz tutum izleyen tarafın aleyhine yorumlayabilir.<sup>231</sup>

Velayetle ilgili bu düzenleme dışında boşanma konusunda da aile mahkemesi hâkimi eşleri aile arabulucusuna yönlendirme yetkisi ile donatılmıştır. Fransız Medeni Kanunu'nun 255.maddesine göre aile mahkemesi hâkimi açılmış olan bir boşanma davasında tarafların onayını aldıktan sonra onları bir aile arabulucusuna gönderebilir. Aynı maddeye göre hâkim gerekli görürse tarafları aile arabulucusuna gitmeye zorlayabilir.<sup>232</sup>

### **3.2.1.6. Mefkûd İle İlgili Bazı Hükümler**

Mâlikî fihkî ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki benzerlik mefkûd ile ilgili hükümlerde bariz bir şekilde görülmektedir. Şöyle ki; Mâlikî mezhebinde mefkûd, kaybolmuş ve hayatta olup olmadığı hakkında bilgi bulunmayan kişiyi ifade etmektedir.

---

<sup>230</sup> "Il peut leur enjoindre, sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure".

<sup>231</sup> Cem Özcan, Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, yıl 5 Sayı 9 Haziran 2017.

<sup>232</sup> Cem Özcan, Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, yıl 5 Sayı 9 Haziran 2017.

Mâlikî mezhebinde mefkûdun eşinin müracaatı üzerine hâkim gerekli araştırmayı yapar ve mefkûdün durumuna ilişkin bilgi edinilmesinden ümit kesilmesi halinde dört yıl beklenir; bu süre bitince kadın vefat iddetini bekler ve sonra başkasıyla evlenebilir.<sup>233</sup>

Fransız Medeni Kanununun 115. maddesinde mefkut şu şekilde tanımlanmaktadır:

***“Lorsqu'une personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que depuis une année on n'en aura point eu de nouvelle, les parties intéressées pourront se pourvoir devant le tribunal du ressort afin que l'absence soit déclarée”***<sup>234</sup>

yani Bir kimse, yerleşim yerinin veya oturma yerinin bulunduğu yerde görünmeyi bıraktığında ve bir yıl boyunca kendisinden haber alınamadığında, ilgililer, 'yokluğun ilan edilmesi (gaiplik)' için ilgili mahkemeye başvurabilirler.

Fransız Medeni Hukukunun mefkûdün mirasının intikal etmesi konusunda hükmü de Mâlikî fihkî ile örtüşmektedir ki Fransız Medeni Kanununun 718 maddesi şu şekildedir: ***“les successions s'ouvrent par la mort naturelle et par la mort civile”***.<sup>235</sup> Yani: tereke, hakikî ve takdirî/itibari ölümle açılır.

Fransız Medeni Kanununun 718 maddesinin muktazası Mâlikî fihkîndaki miras paylaşımının en önemli şartlardan biri olan mûrisin hakikaten veya hükmen vefat etmiş olmasına münasib düşmektedir.<sup>236</sup>

Mefkûdün terekesinin paylaşılması hususunda da Fransız Medeni Hukuku ile Mâlikî fihkî arasındaki mutabakat açıkça görülmektedir. Nitekim, Fransız Medeni kanununun 130 maddesi mefkûdün terekesinin paylaşılması hususunu şu şekilde ifade etmektedir: ***“La***

<sup>233</sup> İbn Abdilbar, *el-Kâfi fi fihki ehli'i-Medine*, thk, Muhammed el-Muritânî, Mektebetu er-Riyâd, 2. Baskı, 1980, c.2, s. 567.

<sup>234</sup> Code civil des français : éd. originale et seule officielle, s. 50.

<sup>235</sup> Code civil des français : éd. originale et seule officielle, s. 175.

<sup>236</sup> Muhammed bin Arafa ed-Dasûkî, *Hâşiyetu ed-Dasûkî ala eş-Şerhi'l-Kbîr*, Daru İhya' el-Kutubi'l-Arabiyye, c. 4. S. 487.

*succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers les plus proches à cette époque; et ceux qui auraient joui des biens de l'absent, seront tenus de les restituer, sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127*<sup>237</sup>

yani gaibin (mekûdun) mirası (terekesi), ölümünün kanıtlandığı (sabit olduğu) günden itibaren, o zamandaki en yakın mirasçılarının yararına açılacaktır; ve ayrıca gaibin malından yararlananlar, 127. maddeye göre elde ettikleri yararlarba bağılı olarak, onları geri vermekle yükümlü olacaktır.

Görüldüğü üzere, Fransız Medeni Hukukunun mefkûdun terakesinin taksim edilmesi hususunda Mâlikî mezhebi ile tamamen örtüşmektedir.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> Code civil des français : éd. originale et seule officielle, s. 35.

<sup>238</sup> Muhammed bin Arafa ed-Dasûkî, *Hâşiyetu ed-Dasûkî ala eş-Şerhi'l-Kbîr*, c. 2, s. 482. Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, *el-Mukarenatü't-teşriyye*, c.1, s. 65.

## SONUÇ

“*Mâlikî Fıkhının Fransız Medeni Hukuku Üzerindeki Tesirleri*” adlı tezimizde Mâlikî fıkhı ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki ilişkilerin mukayese şeklinde ele alınması neticesinde aşağıdaki sonuçlar elde edilmiştir:

İslam Hukuku ile Batı Hukuk sistemleri arasındaki münasebet ve etkileşimin temelleri, İslam Medeniyeti ile Batı Uygarlığı arasındaki genel münasebetlerin küçük bir parçası mesabesinde. Tarih ve sosyoloji ilminde bilinmektedir ki; iki medeniyet birbiriyle etkileşime geçtiğinde, daha zayıf olan güçlü olanın tesiri altında kalmaktadır. Meseleyi daha vâzıh bir şekilde ifade etmek gerekirse şöyle diyebiliriz: İslam Medeniyeti ile Batı Uygarlığı arasındaki münasebet ve etkileşim çok eski zamanlara dayanmaktadır. Endülüs İslam Medeniyetinin Avrupa’daki yaklaşık sekiz yüz yıl sürdürmüş olduğu hakimiyeti buna delil olarak gösterilebilir. O zamandan bu zamana İslam Medeniyeti ile Batı arasında, 15 yüzyıl değişik suretlerle devam eden bir ilişki var olagelmıştır. Bu uzun süre zarfında aralarında meydana gelen etkileşim ve münasebetler, henüz ele alınmamış bir çok araştırma konusunu ortaya çıkarmıştır. Mâlikî Fıkhı ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki münasebet ve etkileşimi ele alırken yalnız İslam Medeniyeti ile Batı Uygarlığı arasındaki genel ilişkilerin hukuk alanına mahsus olan kısmını incelemiş oluruz. Yoksa İslam-Batı ilişkileri meselesi oldukça kapsamlı ve birçok yönden üzerinde araştırma ve incelemeler yapılmaya munasiptir. Dolayısıyla; İslam ve Batı arasındaki ilişkilerin farklı yönlerden araştırılması gereken bir konu olduğu kanaatindeyiz.

Günümüzde İslam Hukuku ve Batı Hukuku alanlarında yapılan mukayeseli çalışmalar incelendiğinde bu çalışmaların çoğunu; İslam Hukuku ve Batı Hukukunun birbirinden etkilenmiş olup olmadığı konusunun teşkil ettiği görülmektedir. İki hukuk sistemi arasındaki etkileşimin konu edinildiği bu mukayeseli çalışmaların en

önemlilerinden birisi de İslam Hukuku ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki etkileşimin ele alındığı çalışmalardır.

Hususi olarak Fransız Medeni Hukuku ve Mâlikî fihkî arasındaki etkileşim ve ilişkileri ele aldığımız bu çalışmamızın mukayeseli hukuk çalışmaları alanına önemli katkıları olacağı kanaatindeyiz.

Çalışmamızda mukayese metodu kullanılmış ve öncelikle aralarında mukayese yapılan iki ayrı hukuk sisteminin her birisinin menşei, gelişimi, genel yapısı, ilkeleri, kaynakları, oluşumuna katkıda bulunan sosyal ve ekonomik faktörler incelenmiştir. Bu ön incelemeler, bu iki ayrı hukuk sisteminin birbirinden etkilenip etkilenmediği hususunun belirlenmesinde büyük rol oynamış ve önemli neticeler elde edilmiştir. Bu neticelerden birisi de şudur: Mâlikî fihkî ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki münasebet ve etkileşimler, Müslümanlar ile Avrupalılar arasındaki tarihi ilişkileri aydınlatmaktadır.

Çalışmamızın ana problemi olan Fransız Medeni Hukukunun vaz'ında Mâlikî Fıkhından etkilenmiş olup olmadığı, eğer etkilenmiş oldu ise hangi hususlarda ve ne nisbette etkilendiği hususuna dair yapmış olduğumuz okuma ve araştırmalar neticesinde, Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî fıkhından etkilenmiş olduğuna dair her ne kadar literatürde farklı görüşler bulunmuş olsa da çalışmamızda Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî Fıkhından etkilendiği kanaatinin doğru olduğunu kabul edip onu hem teorik olarak hem pratik olarak delillendirmeye çalıştık.

Mâlikî fihkının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki etkilerini değerlendirirken ilk olarak İslam Medeniyeti ile Avrupa toplumu arasındaki tarihi münasebeti inceledik. Zira, iki medeniyet arasındaki tarihi ilişkilerin mahiyeti gereği gibi ortaya koyulmadan iki hukuk sistemi arasındaki etkileşimin varlığının ispatlanmasının da mümkün olamaz.

İslam-Avrupa arasındaki ilişkileri incelendikten sonra şu neticeye vardık: İslam, Avrupa'ya girmeden evvel, Avrupalılar nihayet derecede bir cehalet ve geri kalmışlık halinde yaşamaktaydılar. Müslümanlar, Endülüs bölgesini fethettikleri andan itibaren, İslam'dan iktibas ettikleri âdil ve hakkaniyetli kâide ve esaslar üzerine sekiz yüzyıllık bir medeniyeti tesis ettiler. Bunun akabinde Avrupalılar, Müslümanların ilmî ve fikrî birikimlerinden istifade etmek için fevc fevc Endülüs'e akın ettiler. Endülüs'ün Müslümanların hakimiyeti altında kaldığı sürede İslam hukukunun ve özel olarak Mâlikî fikhının hükümleri uygulanmıştır. İncelemelerimiz neticesinde bizde zâhir olan fikre göre; Mâlikî fikhının yaklaşık sekiz yüzyıl Endülüs'te tatbik edilmesi neticesinde Avrupalılar bu dönemde Mâlikî fikhının ilke ve hükümlerini öğrenip daha sonra tedvin etmiş oldukları kanunları bu hükümlerin tesirini altında hazırlamışlardır.

Mâlikî fikhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki etkilerini ispatlamak için izlenen ikinci yöntem ise, Mâlikî Fikhının ve Fransız Medeni Hukuku'nun ihtiva ettiği kanunların ve hukukî ilkelerin ekseriyeti arasında bulunan benzerliklerdir.

Mâlikî fikhının Fransız Medeni Hukuku üzerindeki etkilerini bu cihetten ele alan en önemli çalışmalar; Mahluf el-Minyavi'nin *el-Mukarenatü't-teşriyye Tatbiku'l-Kanuni'l-Medeni Ala Mezhebi'l-İmam Malik* adlı çalışması ve Seyyid Abdullah Ali Hüseyin'in *el-Mukarenatü't-teşriyye beyne'l-kavanin el-vaz'iyye, medeniyye ve't-teşri'l-İslâmî mukarenatü beyne fikh'l-kanuni'l Feransiyyi ve Mezhebi'l-İmam Malik bin Enes (r.a)* isimli çalışmasıdır. Bu iki çalışmanın her ikisi de Fransız Medeni Hukukundaki bütün maddelerini inceleyerek netice olarak da Mâlikî fikhı ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki benzerlik nispetini % 90' olarak tespit etmişlerdir.

Mâlikî Fıkhı ile Fransız Medeni Hukuku arasındaki benzerlik nispetinin muhakkik araştırmacılar tarafından % 90' olarak tespit edilmesi, Fransız Medeni Hukuk'unun Mâlikî Fıkhından etkilendiğini açık surette ortaya koymaktadır.

Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî fıkhından etkilendiğini mümkün mertebe delillerle ispat ederek İslam Hukukunun genel manada hiçbir hukuk sisteminden etkilenmemiş, müstakil ve orjinal olduğunu ve İslam Fıkhının hayatın her yönünü kapsayan muazzam bir hukuk sistemi öngördüğünü ortaya koymuş olduk. Nitekim, 1985 yılında **Lahey**'de toplanan hukuk konferansında da katılımcılar tarafından İslam Hukukunun mukayeseli hukukun kaynağı olduğu, orijinal ve başka bir hukuk sisteminden etkilenmediği itifakla kabul edilmiştir.<sup>239</sup> Dolayısıyla Fransız Medeni Hukukunun Malikî Fıkhından etkilenmiş olduğunu ikna edici delillerle ispat etmekle İslam Hukukunun Batı Hukukundan etkilendiği iddiaları da çürütülmüştür.

Çoğu zaman, İslam Hukukunun geçmişte kalmış bir hukuk sistemi olduğunu dolayısıyla günümüzde modern hayatın şartlarına uymayacağı gibi iddialar duymaktayız. İslam Hukuku ile Batı Hukuku arasındaki mukayese çalışmalar yaparak İslam Hukuk'unun evrensel olup hükümlerinin her zaman ve mekanda tatbik edilmeye elverişli olduğunu ve İslam Hukukunun modern hayatın şartlarına uymayacağı iddiasının doğru olmadığını ispat etmiş oluyoruz. Zira bir Avrupa devleti olan Fransa'nın halen daha yürürlükte olan medeni kanununda İslam Hukukunun tesiri olduğu ispatlanırsa buradan açıkca anlaşılır ki; İslam Hukuku, bu çağda ve her asırda tatbik edilmeye münasib bir hukuk sistemidir.

Son olarak, Fransız Medeni Hukukunun Mâlikî fıkhından etkilendiğine dair daha tafsilatlı çalışmaların yapılmasını tavsiye ediyoruz. Birkaç örnek verecek olursak, "Mâlikî

---

<sup>239</sup> Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, el-Mukarenatü't-teşriyye, c.1, s. 10.

Fıkhı ve Fransız Medeni Hukuku'na Göre Şirket", 'Mâlikî Fıkhının Fransız Medeni Hukukunun Akit Nazariyesi zerindeki Etkileri' "Mâlikî Fıkhı ve Fransız Medeni Hukukunda Ehliyet Kavramı ve Onun Tatbikatı" gibi konular üzerinde müstakil çalışmalar yapılabilir.



## BİBLİYOGRAFYA

**KUR'AN YOLU MEALİ**, Komisyon, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2014.

**Abdulazîz b. Abdullah**, Çev.: Recep, Özdemir, Mâlikî Fıkhnın Batılı Hukuk Sistemlerine Etkileri, *İ.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. 6 , sy. 1, Malatya, 2015, ss. 277-290.

**ADAL**, Erhan, *Hukukun Temel İlkeleri*, Legal Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul, 2004.

**ADHAM**, Fevzi, Eseru Fikhi'l-Îmâmi Mâlik fi'l-Kânûni'l-Medeni el-Faransî, *Fas Hukuk dergesi*, sy. 14, 2013. ss. 16-34.

**ALHASAN AMBAREK ESHTÊWÎ**, *Ahmed*, Mâlikî Usulündeki İhtilafların *Furudaki Sonuçları*, Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 2019.

**ALİ B. EL-HABÎB DİDÎ**, *Muzakkire fî Usul'i-Lfikh el-Mâlikî*, daru'l-'Avvâdî, Cezayir, 2010.

**ALİ MUHAMMED** İbrahim, *İstilahu'l-mezheb Inde'l-mâlikiyye*, Dübey, 2000.

Ali Şafak, Veysel K. Bilgiç, *Hukuka giriş*, Salmat Basım Yayıncılık, Ankara, 8. Baskı, 2016.

**APAYDIN**, H. Yunus "İctihad", TDV, İstanbul, 2000, c. 21. ss. 432-445.

**ARSAL**, Sadri Maksudi, *Umumî Hukuk Tarihi*, İstanbul Üniversitesi yayınları, 3 tabı, 1948,

**ATÇEKEN**, İsmail Hakkı, Endülüs Fâtihlerinden Mûsâ b. Nusayr'ın Akibeti, *İnanç, Kültür ve Mitoloji, Araştırmaları Dergisi*, c. 12, sy. 1, 2015. ss. 10-34.

**AVCI**, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, Atlas Akademi Yayınevi, Konya, 9 baskı, 2020.

**AYRANCI**, İlhami, W. Montgomery Watt'a Göre Endülüs İslam Medinyetinin Batı Avrupa'ya Etkisi, *Amasya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c.y. sy. 11, Amasya, 2018, ss. 529 – 542.

**BÂCÎ**, *İhkâmu'l-Fusûl*, Darü'l-Garbi'l-İslami, 2 baskı, 1995, c. 1, s. 486.

**BARIŞ**, Mustafa Necati, İslam Bilim Tarihi'nde İlk Tercüme Faaliyetleri ve Bilgi Üretimine Katkısı, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, c. 21, sy. 3, 2017, ss. 1873-1904.

**BAYKARA**, Tuncer *Osmanlılarda Medeniyet Kavramı*, İzmir 1992.

**BEDRÂN EBÜ'L-AYNEYN**, Bedrân, *Tarihu'l-fıkhi'l-İslâmî*, Dâru' Nehze el-Arabiyye, Beyrut.

**EKİNCİ**, Ekrem Buğra, *İslam Hukuku Tarihi*, ARI Sanat Yayınevi, 2. Baskı, 2015.

**ESEN**, Bülent Nuri, *Anayasa Hukuku ve Siyasi Hukuk*, Nebioğlu Yayınevi, 1957.

**CABRILLAC**, Rémy, *Intradiction Générale Au Droit*, Université Montpellier Faculté d'Economie.

**ÇAVUŞOĞLU**, Ali Hakan, *Irak Mâliki Ekolü (III-V./IX.-XI. yy.)*, doktora tezi Marmara Üniversitesi, 2004.

**CIN**, Halil, **AKGÜNDÜZ**, Ahmet, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, Timaş Yayınları, İstanbul, 1990.

**CLAUDE**, Lienhard, *Médiation familiale et contrat de coparentalité: l'histoire s'accélère*, Actualité Juridique Famille, 2014,

*Code civil des français*: éd. originale et seule officielle, Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

**DEMİR**, Yaşar, XIX. Asır Türk-Fransız İlişkilerinde Dönüm Noktası: Napolyon'un Mısır'ı İşgali ve Sonrası Oluşan Diplomatik Durum, *21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum Eğitim Bilimleri ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, c. 2, sy. 5, 2013, ss. 130-146.

**DÖNMEZ**, İbrahim Kafı, "Sedd-i Zerâi", DİA, İstanbul, 2009, c.36, ss. 277-282.

**EBU ZEHRA**, Mohammed, Çvr, Abdülkadir Şener, *İslam'da Siyasî, İtikadî ve Fikhî Mezhepler Tarihi*, HİSAR Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul.

\_\_\_\_\_, İmam Mâlik: Hayâtühû ve asruhû - ârâ'ühû ve fikhuhu, Darü'l-Fikri'l-Arabi, 1 baskı. t.y.

\_\_\_\_\_, Tarihu'l- Mezahibi'l-Islamiyye, Dârü'l-Fikr'il-Arabî, Kahere. t.y.

**EBÜ'L-VELÎDEL el-BÂCÎ**, Süleyman, *İhkâmu'l-Fusûl*, Darü'l-Garbi'l-İslami, 2. baskı, 1995.

**ed-DERDİR**, Ahmed, *eş-Şerhu'l-Kabîr*, Dâru'l-Fikr, y.y, t.y.

**eL-ENDÜLÜSÎ**, Sâid, *Tabakâtü'l-ümem, Milletlerin Bilim Tarihi*, terc. Ramazan Şeşen, İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2014.

**el-HARRUS** Mustafa, *el-Medrasatu'l-Mâlikiyyetu'l-Endülüsiyye*, Fas Diyanet İşleri Bakanlığı, Fas, 1997.

**el-HARŞÎ**, *Şerh Muhtasar Halîl*, daru'l-Fikr, Beyrut,

**ERBAŞ**, Ali, Müslüman Hıristiyan Münasebetleri Sürecinde Hıristiyanların İslam'a ve Müslümanlara Bakışı, *İLAM Araştırma Dergisi*, c. 3, sy 1, 1998, ss. 118-150.

**MILLARD**, Eric, *Famille et droit*, Retour sur un malentendu, 1999, Informations sociales, Halshs-00126543, version 1 - 25 janvier 2007, 2007

**er-RAHMÂNÎ**, Said, el-Madrastu'l-Mâlikiyye ve esaruha fi'l-Kânûn el-Medenî el-Faransî, *İslam Bilmleri fakütesi dergesi*, c.5, sy. 10, 2004.

**er-RASSÂ'**, Ebû Abdillâh Muhammed el-Ensârî, *Şerhu Hudûdi İbn Arafa*, el-Hidâyetü'l-Kâfiyetü's-Şâfiye li-Beyânî Hakâiki İbn 'Arafeti'l-Vâfiye, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut, 1. Baskı, 1993.

**eŞ-ŞÂTİBÎ**, İbrahim bin Musa, el-Muvâfakât, thk: Meşhûr bin Hüsiyn âl Selmân, Dâru İbn Affân, Kahire, 1. Baskı, 1997.

**eS-SERCÂNÎ**, Râğıb, *Kıssatu'l-Endülüus*, Müessasatu İkra', Kahire, 1.Baskı, 2011.

\_\_\_\_\_, Mezâ Keddeme'l-Müslimûne li'l-Âlem, Müessasatu İkra', Kahire, 2. Baskı, 2009.

**eS-SERRÂC**, Muhammed, *el-Fikhu'l-İslâmî beyna en-Nezariyyeti ve'tatbik*, İskandariyye, 1997.

**eS-SİBÂÎ**, Mustafa, *Min Ravâi'i Hazâratinâ*, Daru's-Selâm, Kahire, 1. Baskı, 1998.

**et-TAHTÂVÎ**, Rifâ'a, *Ta'rîbu'l-Kânûn el-Medeni el-Faransî*,

**EVA**, Steiner *Legislation and the Constitutional Framework*. 1. Oxford University Press.

**GENCER**, Bedri, *İslâm'da Modernleşme*, Doğu Batı Yayınları, İstanbul, 2012.

**GÖRGÜN**, Tahsin, "Medeniyet" TDV, Ankara, 2003, c. 28, ss. 298-301.

**GREEN**, Leslie, *The Concept of Law Revisited*, Osgoode Hall Law School, York University. S. 1687.

**GÜRİZ**, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 16. baskı, 2014.

**HUNKE**, Sigrid, *Şemsu'allah Taşruku ala'l-Garb*, Çev, Fuad Hüsiyen Ali, Dâru'l-Âlem el-Araî, Kahere, 1. Baskı, 2008.

**İBN ABDİLBAR**, *el-Kâfi fi fihhi ehli'i-Medine*, thk Muhammed el-Muritânî, Mektebetu er-Riyâd, 2. Baskı, 1980.

**İBN. ABDULLAH**, Abdulazîz, *Ma'lemetü'l-Fikhi'l-Mâlikî*, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut, 1. baskı, 1983.

**İBN ARAFA ED-DASÛKÎ**, Muhammed, *Hâşiyetu ed-Dasûkî ala eş-Şerhi'l-Kbîr*,

**İBN CUZEY**, Ebû'l-Kasım Muhammed b. Ahmed b. Cuzey el-Mâlikî, *Takrîbu'l-Vusûl ila İlmi'l-Usûl*, Thkik: Muhammed Emin eş-Şankitî, Medine, 2002.

**İBN HALDÛN**, *el-Mukaddime*, Dâru Nahzati Misr, el-Mansûre, 1 baskı, 2004.

İbnu'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'an*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut. 3. Baskı, 2003.

**İBNU'L-ARABÎ**, Ebu Bekr b. el-Arabî el-Mâlikî, *el-Kabs fi Şerhi Muvatta Malik b. Enes*, Tahkik: Muhammed Abdullah Veled Kerim, Dâru'l-Mağrib el-İslami, 1. baskı, 1992.

**İBNÜ'L-ARABÎ**, Ebu Bekr, *Ahkâmu'l-Kur'an*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 3. Baskı, 2003.

**İBNÜ'L-ARABÎ**, Ebu Bekr, *el-Kabs fi Şerhi Muvatta Mâlik b. Enes*, thk: Muhammed Abdullah Veled Kerim, Daru'l-Mağrib el-İslami, 1. baskı, 1992.

**İBRAHİM**, Mustafa, v.d. *el-Mu'cemü'l-Vasıt, Tahkik, Mecmeu'l-Lugatu'l-Arabiyye*, Daru'd-Da've, t.y.

**JURISTE**, Lulia Lavernhe, *Les sources du droit français: ce qui influence quotidiennement le droit en France*. <https://www.village-justice.com/articles/les-sources-droit-francais-qui-influence-quotidiennement-droit-france,34254.html>.

**KĀDĪ ABDŪLVEHHĀB**, Ebu Muhammed b. Nasr el-Bağdādī, *el-İşrâf alâ Mesâile'l-Hilâf*, thk, el-Habib b. Tâhir, Dâru ibn Hazm, 1. Baskı, 1999.

**KĀDĪ İYÎZ**, *Tertîbu'l-Medârik ve Takribü'l-Mesâlik li-ma'rifeti a'lâmi mezâhibi Malik*, Fas Diyanet İşleri bakanlığı, 2. Baskı, 1983.

**KALABALIK** Halil, *Temel Hukuk Bilgisi*, Değişim Yayınları, İstanbul, 3. baskı, 2003.

**KALIN**, İbrahim, *Ben, Öteki ve ötesi -İslam Batı İlişkileri Tarihine Giriş-*, İnsan Yayınları, 21 baskı, 2020.

**KARĀFĪ**, Şihâbüddin Ahmed, *Nefaisü'l-Usul fi Şerhi'l-Mahsul*, Thk: Adil ahmed Muavviz, Mektebetü Nizar Mustafa el-Baz, 1. Baskı, 1995.

\_\_\_\_\_, Şerhu Tenkihu'l-Fusûl, Thk: Tâha Abdrraûf Sa'd, Şerikat et-tibâ'a, 1. Baskı, 1938.

**KARAMAN**, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İZ Yayınları, İstanbul, 9. Baskı, 2016.

\_\_\_\_\_, İslam Hukuk Tarihi, İz Yayıncılık, İstanbul, 2009.

\_\_\_\_\_, İslam Hukukunda İçtihad, DİB yayınları, Ankara, 1985.

**KAYA**, Eyyüp Said, “Mâlikî mezhebi”, DİA, Ankara, 2003, c. 27, ss. 519-535.

**KELEŞ**. Ahmet, *Sünnet/Yeni Bir Usul Denemesi*, İnsan Yayınları, İstanbul, 2001.

**KESGİN**, Hafsa, *Mâlikî Fıkıh Geleneğinde Nevâzil: Endülüs Örneği*, Sakarya Üniversitesi, Doktora Tezi, 2013.

\_\_\_\_\_, Mâlikî Fıkıh Usulünün Tarihsel Süreci, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy 48, Samsun, 2020, ss. 505-535.

**KESGİN**, Hafsa, Mâlikî Mezhebinde Mezhep İçi İhtilâf, *Diyanet İlmî Dergi*, c. 56, sy 1, Ankara, 2020, ss 13-38.

**KÖSE**, Saffet, *Çağdaş İhtiyaçlar ve İslâm Hukuku*, Rağbet Yay., İstanbul 2004, s. 101.

\_\_\_\_\_, *İslam Hukukuna Giriş*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 3. Baskı, 2013.

**KUYUCAKLIZÂDE** Mehmet Atif Bey, *Mecelle Küllî Kaideler Şerhi*,

**KUYUCAKLIZÂDE MEHMET ATIF BEY**, *Mecelle Küllî Kaideler Şerhi*, çevr, Veysel K. Bilgiç v.d, Hikmetevi Yayınları, 1. baskı, İstanbul, 2020.

**LOBINGIER**, Charles Sumner, *Napoleon and His Code*, Harvard Law Review, Vol. 32, No. 2 (Dec., 1918), pp. 114-134 (21 pages)

**MAHMUD ES'AD**, *Tarih.i İlm.i Hukuk*, İstanbul, Metbe'âmire, 1332.

**MEHLÛF**, Muhammed b. Muhammed, *Şeceretü'n-nûri'z-zekiyye fî tabakâti'l-Mâlikiyye*. Dârul Kütübil İlmîyye, Beyrut, 1. Baskı, 2003.

**MEKTEB-İ HUKÛK MECELLE MUALLİMLERİNDEN Cemaleddin**, Mukayese-i Kavânîn-i Medeniyye Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye-Fransa Kanûn-ı Medenisi

Kitâb'ül-Büyû', Çev: Seda Örsten Esirgen, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 61. sy. 2, Ankara, 2012, ss. 809 – 818.

**MUSTAFA İBRAHİM**, v.d. *el-Mu'cemü'l-Vasıt*, thk, Mecmeu'l-Lugatu'l-Arabiyye, Daru'd-Da've, t.y.

*Naissance du Code civil des Français, l'une des « masses de granit » napoléoniennes*

**NASUHI BILMEN**, Ömer, *Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fikhiyye Kamusu*, Öz Ensar Yayınları, İstanbul. 1999.

**OĞUZ**, Arzu, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

**OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Saliha, Erken Dönem İslam Hukuk Tarihindeki Hukuk Ekollerinin Oluşumunda Coğrafya, Kültür ve Sosyal Şartların Etkisi, *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, c. 7, sy. 13, 2017, ss. 205-220.

**UMEYRE**, 'âid Hafsa Cude, el'Fikhu'l-İslâmî ve Tesîruhu fi et-Teşrîfâtî' 1-Urupiyye 03/07/2018. <https://www.noonpost.com/content/22370>

**ÖZDEMİR**, Mehmet, *Endülüs Müslümanları (Kültür ve Medeniyet)*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2016.

\_\_\_\_\_, Çev. Abdulkadir Şener, *İslam'da Fikhi Mezhepler Tarihi*, Hisar Neşriyatı, 2. Baskı, İstanbul. t.y.

\_\_\_\_\_, *Endülüs Müslümanları Siyasî Tarih*, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 1. Baskı, 2012.

\_\_\_\_\_, *İmâm Mâlik ve Metodolojisi*, Hiperlink Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2017.

\_\_\_\_\_, "Endülüs", TDV, İstanbul, 1995, c. 11, ss. 211-225.

**ÖZEN**, Şükrü 'İstislâh' DİA, İstanbul, 2001, c. 23. Ss. 383-388

**PEJOVIC**, Caslav *Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal*, Poredbeno Pomorsko Pravo, July 2001.

**PLANVIET**, Jean-Pierre, *Introduction Genele au Droit, Prşncipale applications ou Domaine du Vivant*, Département des Sciences Economiques, Sociales & de Gestion U.F.R. de Sociologie, Cours de tronc commun de 2ème Année, 2012/2013.

**R. BESNIER**, Çev. Coşkun Üçok, Fransa'da Fransız Hukuku Tarihi Kürsüsünün gelişmesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 7, sy 3. Ankara, 1950, ss. 522-533.

**S. TEAGUE**, Paul *The Enlightenment and the Code Napoleon*.

**SALİH**, Fevzi Salim, *Tetavvuru'l-Fikhi'l-İslâmî ve tesîruhu alâ'l-Kavânîn el-Garbiyye*, mecelletu'l-Ulûm eş-Şer'iyye ve'l-kânûniyye, 2/2018.

**ŞENER**, Abdulkadir, İslam'da Mezhepler ve Hukuk Ekolleri, y.y, t.y.

**ŞEYBAN**, Lütfi, *Endülüs*, Albaraka Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2014.

**SEYYED ED-DUSÛKÎ**, *İstiklâlu'l-Fikhi'l-İslâmî ani'l-Kânûn er-Românî*, Mektabatu et-Tev'iyye el-İslâmiyye, 1. Baskı, 1989.

**SEYYID ALI HÛSEYİN**, Abdullah, *el-Mukarenatü't-teşriyye*, Dâru's-Selâm, Kahire, 1. Baskı, 2001.

*Tak'id el fikh el malikî ve takninuhu*, Dokuzuncu Uluslararası Mâlikî Fıkı Forumu, Daru's-Sakafa, 2013.

**SEVIG**, Raşit Vasfi, Hukuk Mukayesesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy:1, Ankara, 1947, ss. 168 – 261.

**TEKİNAY**, Selâhattin Sulhı, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, Fakülteler Matbası, İstanbul, 1970.

**VEGU**, Abdussalam Ahmed, Eser’u fikh’i-l İmam Mâlik fi’l- Kanuni’l-Medeni el’Feransî, er-Râbitatü’l-Muhammediyye, c.2, Rabat, 2012, ss. 639-666.

**WILLIAM**, T. Fitz Gerald, v.d. *The Craft of Research*, “Araştırma sanatı” çevr. Necati Kayaalp, Nobel Akademik Yayıncılık.

**YAMAN**, Ahmet, **ÇALIŞ**, Halit, *İslam Hukuku*, Bilimsel Araştırma Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2018.

**YILDIZ**, Rifat, İbnü’l-Kâsım’ın Endülüs Mâlikî Fıkıh Ekolüne etkisi, *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, sy. 17, 2016. ss. 156-171.

**YILDIRIM**, Mustafa, *Mecelle’nin Külli Kâideleri*, Tibyan Yayınları, 4. Baskı, 2015.

**YILDIZ**, Şevket, Avrupa’da İlk Çeviri Hareketleri, *Uludağ Üniversitesi dergisi*, c. 1, 2015, ss. 1973-1978.

**ZEYDAN**, Abdülkerim, *El-Medhal Li Dirâseti’ş-Şerî’ati’l-Islâmiyye*, Muessesetu’r-Risale, Beyrut, 1. Baskı, 2019.



## ÖZET

BABALLA, Ahmed, *Mâlikî Fıkhının Fransız Medeni Hukuku Üzerindeki Tesiri*, Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Prof. Dr. Şamil DAĞCI), Ankara Üniversitesi, 2021. İX+132.

Bu yüksek lisans tezimizde, Mâlikî Fıkhı ile Fransız Medeni Hukuku -özellikle 1804 senesinde ortaya çıkan Napolyon Kanunları- arasındaki münasebetleri inceleyip akabinde Malikî Fıkhının, Fransız Medeni Kanunu üzerinde bir tesiri bulunup bulunmadığını, eğer tesiri bulunmuş ise bunun hangi alanlarda ve ne surette olduğunu etmeyi hedeflemekteyiz.

Bu yüksek lisans tezi, giriş, üç bölümden oluşan bir gelişme ile sonuç bölümünden müteşekkildir:

İlk bölümde, Malikî fıkıh ekolünün teşekkülü, kendi içerisindeki yer alan fıkıh ekolleri, usulü ve temel özellikleri ele alınmıştır. İkinci bölümde ise, Fransız medeni hukukunun menşei, tarihsel gelişimi ve temel esasları konu edilmiştir. Üçüncü bölümde ise Malikî fıkıhı ve Fransız medeni hukuku arasındaki ilişkiler incelenerek bu iki hukuk sistemlerinin birbirinden ne derece etkilendiği ortaya koyulmuştur. Aynı bölüm içerisinde Fransız medeni hukukunun Malikî fıkıhından etkilenmiş olduğunu gösteren borçlar hukukuna dair bazı meseleler ele alınmıştır.

Sonuç bölümünde ise elde edilen ve tartışılan verilerin değerlendirmesi yapılmıştır

## **ABSTRACT**

BABALLA, Ahmed, The Effects of Maliki Fiqh on French Civil Law, Master Thesis, (Supervisor: Prof. Dr. Şamil DAĞCI, Ankara University, 2021. IX+ 132 pages.

In this master's thesis, we aim to examine the relations between the Maliki Fiqh and the French Civil Law - especially the Napoleonic Laws that emerged in 1804 - and then determine whether the Maliki Fiqh has any effect on the French Civil Code, and in what areas and in what way, if it has been influenced.

This thesis consists of an introduction, three chapters and a conclusion. In the first chapter, we discuss the formation of Maliki fiqh, its schools of fiqh, its procedure and its essential features. The second chapter discussed the origin, historical development, and basic principles of French civil law. In the third chapter, the relations between Maliki fiqh and French civil law were examined, and it was revealed how these two legal systems were affected by each other. In the same section, some issues related to the law of obligations, which show that French civil law was influenced by Maliki fiqh, were discussed.

In the conclusion part, the data obtained and discussed were evaluated.