

MECELLE'DE HUKUKUN KAYNAĞI OLARAK TOPLUM

Society as a Source of Law in the Majalla

Ahmet Selim KADIOĞLU*

Öz

Sosyal bir kurum ve olgu olarak hukuk, ana kaynağı ne kabul edilirse edilsin toplumsal nitelik taşımaktadır. Bu nedenle her hukuk sisteminin temel ilkeleri arasında onun toplumsal temelini ve yönünü ortaya koyan prensipler bulunmaktadır. Tüm çağlarda ve toplumlar insanları ihtiyaçlarını gidermek ve sorunlarını çözmek vaadini dile getiren İslam hukuku özellikle bu vaadinin sonucu olarak toplumsal gerçekliği hep dikkate alagelmıştır. İslam hukuk geleneği ve birikiminin bir özeti mahiyetinde olan Mecelle-i Ahkam-ı Adliye de hukukun toplumsal karakterini yansıtan normlar vaz etmiştir. Meydana çıkışı ve hazırlanışı esasen değişen toplumsal koşullar sonucu olan Mecelle, içeriğiyle de hukuk ve toplum ilişkisine dair çok şey söyler. Özellikle Mukaddeme kısmındaki külli kaideler olarak anılan maddeler hukuk ve toplum ilişkisi konusunda doğrudan ve dolaylı hükümler içermektedir. Çalışmamızda ele aldığımız 36 ila 45'nci maddeler bilhassa örf, adet, teamül, değişim, yaygınlık, süreklilik gibi kavramlar üzerinden hukuk ve toplum ilişkisini açık biçimde gözler önüne sermektedir. Bu maddelerde; belli koşullara bağlı olarak, örf ve adet kurallarının gerek somut hukuki anlaşmazlıklarda gerek soyut norm üretiminde gerekse sözleşmesel ilişkilerde hakem ve hakim rollerini üstlenebileceği, insanların yerleşik uygulamalarının bağlayıcı olabileceği, çağların veya toplumların değişimiyle bunlara bağlı hükümlerin de değişebileceği, hukuki ilişki ve olaylarda bir şeyin gerçek varlık veya anlamının örf ve adet kurallarına göre belirlenebileceği, örf ve adet kurallarının yaygınlık ve süreklilik gibi niteliklerle geniş toplumsal kabul görmelerinin gerektiği, örf ve adet kurallarının hukuki iş ve işlemler ile sözleşmelerde zikredilmeler bile şart kılınmış gibi sayılabilecekleri, gerekli şartlar altında örfün İslam hukukunun iki ana kaynağı olan Kur'an ve hadislerle benzer biçimde belirleyici bir kaynak olabileceği gibi hususlar yer almaktadır. Bu külli kaideleri çerçevesinde -diğer pek çok hükmüyle beraber- Mecelle, hukuk ve toplum ilişkisini açık biçimde ortaya koyan tarihi bir kodifikasyon örneği olarak önemini korumaya devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, Hukuk Sosyolojisi, Hükümlerin Değişmesi, Örf ve Adet, Toplumsal Değişim, Külli Kaideler

Abstract

Law, as a social institution and phenomenon, possesses a social nature regardless of what is considered to be its primary source. For this reason, among the fundamental principles of every legal system are those that reveal its social foundation and orientation. Islamic law, which in all eras and societies has expressed the promise of meeting human needs and resolving their problems, has consistently taken social reality into account, particularly as a result of this promise. The Majalla-i Ahkam-ı Adliyya, which represents a summary of the tradition and heritage of Islamic

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 15.4.2026

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 17.7.2026

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye,
E-posta: dr.askadioglu@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-0877-4513>.



legal thought, has also established norms reflecting the social character of law. The advent and drafting of the Majalla, which were essentially the result of changing social conditions, provide significant insights into the relationship between law and society through its content. In particular, the articles known as legal maxims in its introduction contain both direct and indirect provisions regarding the relationship between law and society. The articles numbered 36 to 45, which are examined in this study, clearly demonstrate the relationship between law and society, especially through concepts such as custom, tradition, practice, change, prevalence, and continuity. In these articles, it is established that, under certain conditions, customary rules may assume the roles of arbitrator and judge in both concrete legal disputes and the formation of abstract norms, as well as in contractual relations; that established practices of people may be binding; that, with changes in eras or societies, the rulings dependent on them may also change; that the true existence or meaning of something in legal relations and events may be determined according to rules of custom and usage; that such rules must gain broad social acceptance through qualities such as prevalence and continuity; that even if not explicitly mentioned in legal acts, transactions, or contracts, they may be regarded as if stipulated; and that, under necessary conditions, custom may serve as a decisive source similar to the Qur'an and Hadith, the two main sources of Islamic law. Within the framework of these legal maxims—and together with many of its other provisions—the Mecelle remains a landmark codification that clearly illustrates the relationship between law and society.

Keywords: Majalla, Sociology of Law, Change of Rulings, Custom and Tradition, Social Change, Legal Maxims

GİRİŞ

İslam hukukuna ilişkin ilk modern kodifikasyon çalışması olan Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye) Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki bir komisyon tarafından 1868-1876 yılları arasında hazırlanmıştır. İlk bölümü 1869 yılında yürürlüğe giren Mecelle, diğer bölümleri 1876 yılına kadar kademeli olarak yürürlüğe girmiş ve 1926 yılında Türk Kanunu Medenisi ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Mecelle'nin hazırlanması, özellikle Fransız İhtilalinden sonra Batılı ülkelerde ortaya çıkmaya başlayan modern anlamda kanunlaştırma faaliyetlerinin Osmanlı Devleti'ne bir yansıması olarak değerlendirilebilir. Ancak bu yansımanın, Tanzimat Fermanı ile başlayan ve yalnızca dış baskılarla yapıldığı ifade edilen politik nitelikli bir hukuksal modernleşme çabası anlamına geldiğini söylemek çok doğru olmayacaktır.

Gerçekten de o döneme bakıldığında Fransa'nın öncülük ettiği modern kodifikasyon faaliyeti diğer Avrupa devletlerini de etkilemiştir. Mesela Almanya'da yapılan tartışmalarda ünlü Alman Hukukçularından Thibaut, Fransız Medeni Kanununun (Code Civil) tercüme edilerek resepsiyon yoluyla alınmasını savunurken, Savigny bunun yanlış olduğunu söylemiştir.¹ Aynı tartışma birbirine yakın zamanlarda Osmanlı Devleti'nde de yaşanmıştır.

Sadrazam Ali Paşa 1867 yılında padişaha sunduğu layihada Mısır'da yapıldığı gibi Osmanlı Devleti'nde de Code Civil'in tercüme ettirilip yürürlüğe konulmasının zorunlu olduğunu belirtir. Sadrazam, aynı yıl Fransız Medeni Kanununun,

¹ Gonca Kuru, 'Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri' (2017) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 201, 225–226.

Mısır'da hazırlanan Arapça çevirisinden Türkçeye çevrilmesini emrederek, bu görevi ileride sadrazam olacak yardımcılarında Küçük Said Paşa'ya verir.² Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, Cevdet Paşa da esasen çeviri yoluyla kanun yapma usulüne prensip olarak karşı değildi. Onun bu konudaki eleştirisi, çeviri yaparken tercüme hatası yapacak derecede aceleci davranmak, memleketin durum ve koşullarına uyumluluğu sağlamak için uzun ve derin müzakereler etmemek, özellikle geçiş sürecinin iyi şekilde yönetimi için gerekli insan kaynağını hazırlamamak gibi noktalar ve tabii ki en önemlisi çeviri yoluyla kanun hazırlamanın her alanda yapılmaması üzerine yoğunlaşır.³

Diğer yandan Cevdet Paşa'nın da bizzat ifade ettiği üzere, gerek dönemin Yargıtay'ı mesabesindeki Divan-ı Ahkam-ı Adliye'de gerekse ticaret ve nizamiye mahkemelerinde kullanılacak kanunların yapılması gerekliliği herkes tarafından kabul ediliyordu. Bu kanunların doğal olarak her devletin temel kanunu olan Medeni Kanununa uygun olması gerekiyordu. Osmanlı Devleti'nin hukuk sistemi ise esas olarak İslam hukukuna dayandığı için hazırlanacak kanunların İslam hukukunu dayanak alması öteden beri dile getiriliyordu. Bu bakımdan bakanlar kurulu konuya ilişkin olarak iki gruba ayrılmıştı. Birinci grup, fıkıhın muamelat kısmından çağın gereklerine uygun olan (*icabat-ı zamaneye muvafık*) kuralları bir araya getirilerek Müslüman tebaaya göre şeriat, gayrimüslim tebaaya göre kanun sayılmak üzere bir kanun kitabı hazırlamanın uygun olacağını savunuyordu. Aslında bu konuda zaten Metn-i Metin adıyla bir fıkıh kitabı yazılmaya başlanmış ama neticelenmemişti. İkinci grup ise Fransız Medeni Kanununun tercüme edilerek nizamiye mahkemelerinde uygulanmasını savunuyordu. O dönemde başkentin en nüfuzlu elçisi Fransız elçisi olduğu için Fransa politikasından yana olanlar bu fikirde idiler. Ancak Cevdet Paşa ile birlikte bu ikinci gruba muhalefet edenlerin görüşü ağır basmış ve Mecelle Cemiyetinin kurulması kararlaştırılmıştır.⁴

Burada Cevdet Paşa'nın Osmanlıcılık siyasetine yönelik mesafeli tutumunun Mecelle gibi bir kanun projesini ortaya atmasına neden olabileceği de belirtilmelidir. Toplumsal yapının ne üzerine bina edileceği ve bu bağlamda Müslümanlar ile gayrimüslimler arasındaki eşitlik gibi konularda Tanzimat ricali arasında tam bir fikir birliği yoktu. Osmanlıcılık siyaseti din temelli cemaatler üzerine bina olan toplumsal yapı yerine, cemaatler arası ayrımın kalktığı ve tebaanın dinin dışında bir ortak sadakat noktası üzerinde birleştiği bir toplum tasavvur ediyordu. Bu tasavvurdaki, İslam'ın toplumsal kimliği teşkil etme işlevinin kalkmasını veya en azından azalmasını içeren imadan Cevdet Paşa'nın hoşlanmayaca-

² Şerif Mardin, *Türk Modernleşmesi* (İletişim Yayınları 2004) 137–138.

³ Ahmet Cevdet Paşa, *19. Yüzyılda Osmanlı Devlet Yönetimi: Tezakir*, vol 4 (1. baskı, Yeditepe Yayınevi 2019) 231.

⁴ Cevdet Paşa, *Tezakir 1-12*, vol 1 (Türk Tarih Kurumu Yayınları 1953) 62–64; Ebu'l-ulâ Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa* (İkinci baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları 2009) 63–64.



ğı açıktır. Fransız Medeni Kanununun tercüme edilerek tüm tebaa için geçerli olacak aynı kanunun kabul edilmesiyle, bu tasavvurun tahakkuk aşamasına geçirilmek istendiğini anlayan Cevdet Paşa, tercüme girişiminin boşa çıkarılarak Mecelle’nin hazırlanması gerekliliğini hükümete kabul ettirdi. Böylece laik bir medeni kanunun, Osmanlılık siyasetinin hedeflediği, dinlerine bakılmaksızın tüm tebaayı birleştirecek Osmanlıcı bir bütünlüğü oluşturma ihtimali önlenmiş oldu.⁵ Cevdet Paşa belki de bu yönde gelecek eleştirilere karşı, tüm vatandaşlar için geçerli olacak Mecelle’nin aynı anda Müslüman tebaa için şeriat, gayrimüslim tebaa için kanun mesabesinde olacağını vurguluyordu.⁶

Bununla birlikte Neumann, paradoksal biçimde Mecelle gibi bir projenin hayata geçirilmesinin, Fransız Medeni Kanununu Türkçeye çevirerek Osmanlı Medeni Kanunu haline getirmek isteyen Tanzimatçıların isteklerine ne kadar karşıt ise, asırlardır süregelen geleneksel fıkıh anlayışına da o kadar aykırı olduğunu ileri sürer. Zira şer’i hükümleri Müslümanlar gibi gayrimüslimler için de geçerli kılan ve bilhassa şahitlikte eşitlik gibi alışılmamış düzenlemeleri içeren bir yasal düzenleme olarak Mecelle, sultanın fermanıyla ilan edilir. “*Bu bakımdan geçerliliğinin kaynağı artık Allah’ın yerine, prensipte başka bir kanun da koymak kudretinde olan devletin kanun koyucusudur.*”⁷

Mecelle’ye giden yolda Osmanlı toplumunun hukuk algısındaki dönüşümün etkisine de temas etmek uygun olacaktır. Bilindiği gibi şer’i mahkemelerde yargılama bir kişinin diğer bir kişiye açtığı dava üzerinden yürürdü. Tanzimat’ın ilanından sonra kurulan nizamiye mahkemeleri ile birlikte savcılık mercii kuruldu. Savcılığın koruduğu ve gözettiği kamu yararı ile aslında muhafaza ve müdafaa edilen devletin menfaatiydi. Böylece hukuk anlayışında ve hukukun algılanışında önemli bir dönüşüm başladı. Müslümanların kognitif dünyasında daha önce kişilerin kendi alanlarına ait bir olgu olarak anlaşılan hukuk artık devletin kontrolüne giren bir “araç” haline gelmeye başladı. Bu gelişmelerde en ciddi rolü olan bürokratlardan biri kuşkusuz Cevdet Paşa idi. Tanzimat’ın mimarı sayılan Mustafa Reşit Paşa’nın himayesindeki Cevdet Paşa, hukukun devletleşmesini İslami referanslarla sağlayabilecek en uygun Tanzimat ricalinden biriydi. Şer’i mahkemeler dışında “dindışı” mahkemelerin kurulmasının fıkha aykırı olmadığını, bilakis o dönemde bunun lüzumlu olduğunu savunan Cevdet Paşa, gelenekle modern arasında uyumu arayan ve savunan anlayışının en büyük neticesini Mecelle komisyonunun teşkiliyle alacaktı.⁸

⁵ Selçuk Akşın Somel, ‘Osmanlı Reform Çağında Osmanlılık Düşüncesi (1839-1913)’ *Tanzimat ve Meşrutiyet’in Birikimi* 100–102.

⁶ Sami Zubaida, *İslam Dünyasında Hukuk ve İktidar* (Burcu Koçoğlu Birinci and Hasan Hacak trs, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 209.

⁷ Christoph K Neumann, ‘Tanzimat Bağlamında Ahmet Cevdet Paşa’nın Siyasî Düşünceleri’ *Tanzimat ve Meşrutiyet’in Birikimi* 84.

⁸ Zubaida (n 6) 208.

Gerçekten de Mecelle'nin ortaya çıkmasında Cevdet Paşa'nın kişiliği başat konuma sahip etkenlerden biriydi. Nitekim Berkes'e göre, Tanzimat döneminin en büyük devlet adamlarından biri olmasının yanı sıra, devrin özellikle hukuksal ikiliğinin de en dikkat çekici sembollerinden biri olan Cevdet Paşa, İslam bilimlerine ve özellikle İslam hukukuna dair geniş malumatıyla bunları sadece teknik bir tavırla değerlendirmiyordu. Cevdet Paşa, şeriat yanlılarının da batılılaştırma yanlılarının da tutumunu aşırılık ve dogmatiklik olarak niteliyor, bu nedenle İslam hukukunun ulema ve kadılar elinde işlevsizleşmesine de Tanzimat devri Batıcılarının istediği gibi Fransız Medeni Kanunu'nun olduğu gibi çevrilerek kabul edilmesine de razı olmuyordu. Özellikle İslam hukukunun özünü ve kapsamını tam anlamıyla kavrayan bir düşünür olarak, Türk çağdaşlaşmasının yolunu ve yönünü de hakiki manada anlamış bulunuyordu: “*Bu açık düşünlü adam bizim bugünkü açımıza göre şeriatçılara kıyasla ilerici, sınırsız batılılaştırma yanlılarına kıyasla gelenekçi olarak gözüktür.*”⁹

Cevdet Paşa'nın Mecelle gibi İslam geleneğinde o zamana kadar teşebbüs edilmemiş bir çalışma yapabilmesindeki dayanaklarından bir diğeri de Osmanlı hukuk pratiğine ve nosyonuna ilişkin ayrımsal bakış açılarıydı. O, Roma geleneğine benzer şekilde Osmanlı'da da hukukun *ius naturale*, *ius gentium* ve *ius civile* olarak üçe ayrıldığını kabul ediyordu. Buna göre tüm varlık dünyasında adaleti sağlama işlevini *ius naturale* (tabii/ilahi hukuk, *natural law*) olarak şeriat üstleniyordu. İnsanlar arasında hakkaniyeti gerçekleştirme görevini *ius gentium* (müşterek hukuk, *common law*) olarak *fıkıh* yerine getiriyordu. Memleket içerisinde düzeni temin edecek olan ise *ius civile* (pozitif hukuk, *civil law*) olarak *kanun* idi.¹⁰ Böyle bir ayırım doğrultusunda Mecelle'nin hazırlanması işinin makul ve zaruri gerekçeleri elde edebilmesi pek de zor olmayacaktı.

Mecelle'nin hazırlanmasını ve hukuk sisteminin modernleştirilmesini gerektiren çok daha temel başka bir nedenin bulunduğu da ileri sürülmektedir. Buna göre İslam hukuku artık, Müslüman toplumlarda hayatın tüm ihtiyaçlarına cevap verebilme kabiliyetini günden güne kaybediyordu. Gerek doktrinel ve yasama açılarından hukukun üretilmesi anlamında içtihat ve fetva kurumları gerekse hukukun uygulanması anlamında kaza (yargı) kurumu hızla değişen toplumsal kurumlara ayak uyduramıyor, yeni yeni ortaya çıkan sosyal ve bireysel ihtiyaçları karşılayamıyordu. Nitekim bundan dolayı bu alanlarda ulema sınıfının tekeli kırılıyor, idarenin yetkisi gittikçe genişliyor, karma mahkemeler kuruluyor, Batılı ülkelerden kanunlar tercüme veya iktibas yoluyla alınıyordu.¹¹

⁹ Niyazi Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma* (Yapı Kredi Yayınları 2003) 224.

¹⁰ Bedri Gencer, ‘Son Osmanlı Düşüncesinde Adalet’ in Halil İnalcık, Bülent Arı and Selim Aslantaş (eds), *Adalet Kitabı* (Kadim Yayınları 2012) 235. *Ius gentium* ifadesinin bu şekilde kullanımı Gencer'e aittir. Bununla birlikte *ius gentium* kavramını “kavimler/gent’ler arası müşterek -kavimlerarası-hukuk” şeklinde ifade etmenin daha uygun olduğu belirtilmelidir. Zira *common law*’un spesifik bir anlamı bulunmaktadır; İngiliz geleneksel hukukunu imler.

¹¹ Taha Akyol, *Medine'den Lozan'a* (Milliyet Yayınları 1998) 49; Mardin (n 2) 124–125.



Esbab-ı Mucibe Mazbatasında Mecelle'nin hazırlanmasının sebeplerinden biri olarak kadı ve hakimlerin yetersizlikleri şöyle ifade ediliyordu: “*Şimdi ise her tarafta ulûm-i şer'iyede maharetli zevata nedret geldiğinden mehâkim-i nizamiyede lede'l-icâb kitâb-ı fıkhiyeye müracaatla hall-i şübhe edebilecek a'zâ bulundurmamak şöyle dursun Memâlik-i Mahrusa'da kâin bu kadar mehâkim-i şer'iyeye kâfi kudât bulmak müşkül olmuştur.*” Yani Mecelle Komisyonuna göre, o dönemde İslam hukukunda bilgili kişiler azaldığından nizamiye mahkemelerinde gerektiğinde fıkhi kitaplara başvurarak sorun çözebilecek mahkeme üyesi bulundurmamak şöyle dursun, memlekette bulunan şer'i mahkemelerde yeterli kadı bulmak bile sorun olmaktaydı. Bundan dolayı da Komisyona göre ihtilaflı görüşlerden arındırılmış, sadece seçilmiş görüşleri içermek üzere fikhın ibadet ve ceza konuları dışındaki muamelata dair kolayca ulaşılabilecek bir kanun hazırlanması gerekiyordu. Böylece insanlar bu kanunu kolaylıkla anlayarak iş ve işlemlerini buna uygun hale getirebilecekleri gibi yargı makamlarında görevli kişilerin de yararlanacakları bir kitap ortaya konulmuş olacaktı.¹²

Aslında yargı mensuplarının sözü edilen yetersizlikleri uzunca bir süredir dile getirilen bir durumdu. Nitekim 17. yüzyılda Nâzırzâde tarafından kaleme alınan Tertibü'l-leâli fi-Silki'l-Emâli adlı eserde dönemin yargı mensuplarının temel fıkhi kaynaklara ulaşmada ve onları anlayıp uygulamada zorluklar yaşadıklarından bahsedilir. Daha o zamanlarda bu zorlukların giderilmesine yönelik çalışmalar yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla Mecelle'nin hazırlanmasına giden yolda önemli bir etken olarak sunulan bu durum en azından iki yüzyıldır söz konusuydu.¹³

Diğer yandan Mecelle her ne kadar Hanefî mezhebi içerisinde kalarak hazırlanmış olsa dahi bu konuda esasen büyük bir yenilik getirmiştir. Bu yenilik, mezhep içerisinde yer alan görüşler arasındaki hiyerarşinin terk edilmesidir. Maslahat gerektiriyorsa fıkhi gelenek içinde zayıf olarak kabul edile gelen görüşle amel edilebilmesi Mecelle'nin başardığı bir yeniliktir. Mecelle'nin getirdiği bu yeniliği daha ileri götürerek mezhepler arası tercih yapmak, Hanefilik dışındaki mezhep veya müçtehitlerden görüşler almak Mecelle Tadil Komisyonu ve daha da açık biçimde Hukuk-i Aile Kararnamesi tarafından gerçekleştirilecekti.¹⁴ Bununla birlikte Mecelle'nin getirdiği bu yeniliğin, sayıları az da olsa geleneksel fıkha dair geniş bilgisi olan kadı ve hakimlerin sahip olduğu bir tür fikir/karar serbestliğinin kaldırılmasına da neden olduğu belirtilmektedir. Zira Mecelle ile kanun haline getirilip uyulması zorunlu hale gelen hükümler, mezhep içerisinde-

¹² Mardin (n 4) 273; *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye* (Seçkin Yayınları 2023) 37.

¹³ Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Külli Kaideler* (Litera Yayıncılık 2018) 280.

¹⁴ Mehmet Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi* (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları 1994) 149–150.

ki farklı görüşler arasında sınırlı da olsa var olan seçim yapma hakkını ortadan kaldırmıştı.¹⁵

Netice itibariyle, Berkes'in ifade ettiği üzere, bir kanunlaştırma faaliyeti olarak Mecelle, esasen geleneği koruma iradesinden çok çağdaşlaşma isteğinin ürünüydü. Tanzimat ile birlikte düzenlenen eğitim, askeriye, adliye gibi kurumlarda yeni getirilen kurallarla yapılmak istenen şey, yüzyıllardır yapılageldiği gibi geleneği muhafaza etmek ve olanı tanzim etmek değil, olması gerekeni gerçekleştirmektir. Bu açıdan bakıldığında Osmanlı toplumunda yeni ihtiyaçlara cevap verme kabiliyeti yok olan veya azalan geleneklere karşılık yeni kurallar koyma anlamıyla kanunlaştırma, Türk çağdaşlaşmasının en önemli yanını teşkil eder: *“Daha doğrusu, İslâm ve Osmanlı geleneklerinin doğrultusu açısından kanunlaştırma süreci, çağdaşlaşma sürecinin özüdür.”*¹⁶

Şerif Mardin'e göre de Mecelle aslında Türk hukukunun modernleştirilmesinin üç önemli unsurundan birinin sonucu. Bu üç önemli unsurdan ilki, ticaret mahkemelerinin kurulmasına yol açan etkilerdi. Osmanlı ticaret mahkemeleri, hem dünya genelinde değişen ticaret algısının Osmanlı toplumuna yansımalarının hem de Avrupalı diplomatların baskılarının etkisiyle kurulmuştu. İkincisi, yeni ceza yasalarının ve hukukunun benimsenmesini isteyen farklı güçlerdi. Burada Avrupa ülkelerinin baskıları ilkinde göre daha dolaylıydı, ancak uzun sürerdi yapılmaya devam edilen reformların etkisi daha baskın idi. Üçüncüsü ise Mecelle'nin ortaya konulmasıyla sonuçlanan eğilimdi. Bu eğilim Avrupalıların müdahalesi, yerli reformist politikalar ve bunlara yönelik muhafazakâr tepkiler arasında söz konusu olan çatışmayı ve aynı zamanda uzlaşmayı harmanlayan bir niteliğe sahipti.¹⁷

Öyleyse Mecelle, esasen bütün maddeleri ve kitaplarıyla birlikte hukukun, nihayetinde toplumsal bir olgu olması ve tüm hukuk sistemleri gibi İslam hukukunun da özellikle toplumsal veçhesinin oldukça baskın olması nedeniyle olduğu kadar, bir fikir olarak ortaya çıkma ve hazırlanma süreçleri itibariyle de toplumsal temeli güçlü bir düzenlemedir. Bununla birlikte Mecelle'nin ilk yüz maddesinden oluşan mukaddime kısmındaki külli kaideler ise somut hukuki olaylara uygulanan pozitif normlar olmaktan ziyade hukuk uygulayıcılarına genel nosyon sunan mahiyeti gereği bu noktada bilhassa incelemeye değerdir.

Külli kaidelerin doğrudan delil olarak kullanılmasına ilişkin İslam hukukunda farklı görüşler olmakla birlikte¹⁸ Mecelle'nin esbab-ı mucibe mazbatasında konuya dair aynen şöyle denmektedir: *“Mukaddemenin ikinci makalesi, İbn Nüceym ile*

¹⁵ Neumann (n 7) 84.

¹⁶ Berkes (n 9) 220–221.

¹⁷ Mardin (n 2) 124.

¹⁸ İhsan Akay, 'Kavâid-i Fıkhiyyenin Müstakil Delil Olma Problemi' [2018] İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 89, 90.



onun mesleğine salık olan fukahanın cem eyledikleri kavaid-i fıkhîye olup hükâm-ı şer’ bir nakl-i sarîh bulmadıkça yalnız bunlarla hükmedemez. Lakin mesa-il-i fıkhîyenin inzibatına külli faydaları olarak erbab-ı mütalaa mesaili edillesiyle zabt etmiş olurlar ve memurin-i saireye her hususta merci olabilir ve bunlarla bir adam muamelatını mehma-emken şer’a tevfiğ ve takrip edebilir.”¹⁹ (Girişin ikinci bölümü, İbn Nüceym ile onun görüşüne bağlı olan İslam hukukçularının topladıkları hukuki ilkeler olup hakimler açık bir delil bulmadıkça yalnız bunlarla hükmedemez. Ancak hukuki meselelerin düzene konulmasında büyük faydaları vardır. Şöyle ki, araştırmacılar bu meseleleri delilleriyle kavramış oldukları gibi diğer memurlara da her konuda başvuru kaynağı olabilir. Ayrıca bu ilkelerle bir kişi iş ve işlemlerini mümkün olduğu kadar dine uygun ve yakın hale getirebilir.)²⁰

Mecelle’nin bizzat gerekçesinde külli kaidelere dair bu şekilde izahat getirilmesi aslında bu kaidelerin hiyerarşik olarak pozitif normların üstünde bulunduğunu, dolayısıyla pozitif normlardan daha üst ve kapsamlı ilkeler olarak anlaşılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan külli kaidelerin, bir kodifikasyon olarak Mecelle’nin kendi karakterini ve ana prensiplerini yansıttığı gibi, İslam hukukunun da esaslarını ortaya koyduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İşte Mecelle’nin ve tabii ki İslam hukukunun hukuk ve toplum ilişkisi bağlamında genel karakteristik yapısının incelemesinde bu külli kaidelere bakılması gerekliliği bu itibarla önem arz etmektedir.

Mecelle’de külli kaidelerin sıralamasında bazı maddelerin uygun sıralamaya konulmadığı eleştirileri bulunmakla birlikte yine de genel itibarıyla bir konu sıralamasının yapıldığı söylenebilir. Özellikle araştırmamızda ele aldığımız maddelere ilişkin olarak insicamlı bir sıralama yapılmış, konuya dair maddeler bir arada toplanmıştır.²¹ Biz de bu çalışmamızda araştırma konumuz kapsamında bulunan, Mecelle’nin Mukaddeme kitabının İkinci Bölümünde yer alan 36 ila 45 arasındaki toplam on maddeyi incelemiş bulunmaktayız. Dolayısıyla araştırmanın sınırları söz konusu bu on maddeden oluşmaktadır.

Çalışmamız, konunun tarihsel ve teorik zeminini oluşturan temel metinler ile birincil ve ikincil kaynakların literatür taraması yöntemiyle ele alındığı nitel bir

¹⁹ *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye* (Matbaa-i Osmaniye 1300) 8–9.

²⁰ Mecelle’nin her kitabının başında mukaddeme kısmı yer almakla birlikte Mecelle’nin ana mukaddemesi, sıklıkla külli kaideler biçiminde anılan toplam 100 maddeyi içermektedir. Bu mukaddeme de iki makaleye (bölüm) ayrılır. Birinci bölüm, fıkıh ilminin tarif ve taksimi hakkında olan tek maddeden oluşur. İkinci bölüm ise “*Kavaid-i Fıkhîye Beyanındadır*” başlığıyla 99 adet külli kaideden oluşur. Bu külli kaidelerin bazı yerlerde 99 adet olarak zikredilmesinin sebebi de budur. Ancak madde sıralamasında İkinci Makale’deki ilk madde 1 numarayla başlamaz. Birinci Makale’de yer alan tek maddenin numarası 1 ile başlayıp, İkinci Makale’nin ilk maddesi 2. madde olarak sıralama devam eder. Ayrıca Mecelle’de bu temel ilkelere Kavaid-i Külliye değil “Kavaid-i Fıkhîye” denildiğini de vurgulamak gerekir.

²¹ Bosnalı Ali Ulvi, *Mecelle’nin Külli Kaideler Şerhi: Telhis* (Süleyman Tepe ed, Adalet Yayınevi 2024) 35.

araştırmadır. Analitik ve tümevarımsal bir yaklaşımın benimsendiği çalışmamız kapsamında ilgili literatür derinlemesine incelenerek, verilerden hareketle genel sonuçlara ulaşılması hedeflenmiştir. Örfün İslam hukukunda bir kaynak olduğu, genelde hukukun özelde İslam hukukunun toplumsal kurum ve olgu olduğu, hukukta kutsallık ve insanilik/toplumsallık niteliklerinin bir arada bulunduğu hususları birer sayıltı olarak kabul edilmiş, bu konuda tartışmalara girilmemiştir.

1. ADET MUHAKKEMDİR (madde 36)

Madde metni, Mecelle'nin ana kaynakları olan İbn Nüceym'in el-Eşbah isimli eserinde, Nâzırzâde'nin Tertîbü'l-leâlî isimli eserinde ve Hâdimî'nin Mecâmi isimli eserinde aynı lafızlarla doğrudan yer almaktadır.²² Mecelle metninde bu maddenin şu şekilde açıklaması yapılmıştır: “*Yani hükm-i şer’iyi ispat için örf-adet hakem kılınır; gerek âm olsun gerek hâs olsun.*”²³ Genel ve özel hukuki hükümleri ispat için örf-adete bakılır şeklinde çevrilebilecek olan bu açıklamaya istinaden, madde metninde her ne kadar yalnızca adet kelimesi geçmiş ise de adet ile kastın sadece ve özellikle adet olmadığı, örfün de kastedildiği söylenmelidir.

Örf-adet kavramları sıklıkla bir arada kullanılmakla birlikte bu iki kavramın aynı anlama geldiğini kabul edenler olduğu gibi farklı anlamlara geldiğini söyleyenler de bulunmaktadır. Ülken, örf-adet kelimelerinin birlikte ve eşanlamlı kullanıldığını belirtir ve bunu onaylar. Fakat örfün daha kuvvetli ve yaptırıcı güce sahip, adetin ise daha yumuşak ve gevşek olduğunu ifade eder.²⁴ İki terim arasında farklılık bulunduğunu ileri süren hukukçulara göre adet kavramı örften daha geniştir. Buna göre örf akli/iradi kaynaklı nitelik taşıırken adet hem bu nitelikli hem de bu nitelikte olmayan tutum ve davranış kalıplarını içine almaktadır. Ancak bu ayrım, hukukta örf-adetin hukuki birer kaynak olarak aralarında bir fark olmadığını gerçeğini değiştirmemektedir.²⁵

Her ikisi de Arapça kökenli olan örf-adet kelimelerinin köken anlamlarına baktığımızda bu anlam farklılığını destekleyen hususlar olduğunu da söylemeliyiz. Nitekim köken olarak örf bilinen, tanınan gibi anlamlara gelirken; adet tekrarlanarak sıradanlaşan, alışkanlık haline gelen gibi anlamlara gelmektedir. Bilme, tanıma fiilleri söz konusu olduğunda aklın ve iradenin işe karışmak durumunda olduğu açıktır.²⁶

²² Necmettin Azak, ‘Mecelle Esbâb-ı Mücibe Mazbatası Bağlamında Mecelle’nin Külli Kâidelerinin Kaynaklarının Tespiti Meselesi: Kronolojik ve Analitik Bir İnceleme’ (2023) 59 Diyanet İlmi Dergi 1073, 1083 <<https://doi.org/10.61304/did.1349156>>.

²³ *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye* (n 19) 28.

²⁴ Hilmi Ziya Ülken, *Sosyoloji Sözlüğü* (Milli Eğitim Basımevi 1969) 225–226.

²⁵ Hayreddin Karaman, ‘Âdet’ *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 1988) 369 370.

²⁶ Şemsettin Sami, *Kamus-i Türkî* (İkdam Matbaası 1317) 921, 933.



Örf-adet kavramlarının hem bu kök anlamlarına hem de Kur'an'da geçtiği şekillerine istinaden, adetin iyi veya kötü tüm alışkanlıkları kapsadığı, örfün ise aklen ve dinen iyi bilinen alışkanlıkları kapsadığı ve bu itibarla “kötü örf” olmayacağı da söylenmiştir.²⁷ Kur'an'da örf kelimesi bu kalıbıyla iki yerde (Araf 7/199 ve Murselat 77/1) geçmekte iken aynı kökten türetilen ve hukuken aynı anlamda kullanılan maruf kelimesi ise çok fazla geçmektedir. Kur'an'daki anlamına baktığımızda örf/maruf iyilik ve doğruluk anlamına gelen bir terim olarak tam zıddı anlam taşıyan *münker* kavramının karşısı olarak konumlandırılmıştır. İslam hukukunda da bu doğrultuda örf aklın ve dinin iyi ve hoş gördüğü uygulamalar bütünü olarak anlaşılmıştır. Benzer anlayışı Roma Hukukunda da görmekteyiz. “*Consuetudo, contra rationem introducta, potius usurpatio quam consuetudo appellari debet.*”²⁸ Akla aykırı olan bir örf-adet kuralına örf-adet değil, haksızlık (hukuksuzluk, gasp) denilmesi gerektiğini ifade eden bu genel ilke, hukuka kaynaklık etme niteliğini taşıyan örf-adet kurallarının akla aykırı olamayacağını ortaya koymaktadır.

Maddenin naslardaki temeli olarak “*Müslümanların iyi/güzel/doğru (hasen) gördükleri şeyler, Allah'a göre de hasendir*” şeklindeki hadis olarak gösterilmekteyse de²⁹ bu hadisin, sadece bu maddenin değil, toplumun ve toplumsal uygulamaların hukukun kaynağı olduğuna ilişkin daha genel ilkenin bir dayanağı olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Nitekim bu hadis aşağıda yer alan diğer bazı maddelerin dayanağı olarak da gösterilmektedir.

Diğer yandan Kur'an'da yer alan, “*Allah, bütün bunları size beyan etmek, sizi sizden öncekilerin hayat tarzlarına yöneltmek ve günahlarınızı affetmek istiyor. Allah, her şeyi bilen ve doğru karar verendir.*” (Nisa, 26) mealindeki ayet de toplumsal uygulamaların temelde iyi/doğru olduğunu ve bu doğrultuda bunların hukukun kaynağı olarak değerlendirilebileceğine yönelik bir karine veya delil kabul edilebilir. Ayette geçen ve burada olduğu gibi birçok mealde de “*hayat tarzları*” olarak çevrilen³⁰ “*sünen*” kelimesi sünnet kelimesinin çoğuludur. Sünnet kelimesi ise sözlükte “izlenen yol, yöntem, örnek alınan uygulama, örf ve gelenek” anlamlarına gelir³¹ ki Allah'ın, Müslümanları buna yöneltmek istediğini belirtmesi dikkat çekicidir. Bu itibarla toplumların belli çoğunlukla uygulayagel-

²⁷ Celal Yıldırım, *Kur'an Ahkamı ve Mezhep İmamlarının Görüş Farkları* (Bahar Yayınevi 1972) 409.

²⁸ SS Peloubet, *A Collection of Legal Maxims in Law and Equity* (George S Diossy 1880) 37; Peter Halkerton, *A Collection of Latin Maxims & Rules in Law and Equity* (John Anderson and Co 1823) 27.

²⁹ Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, vol 1 (A Asaduryan Şirket-i Mürettebiye Matbaası 1317) 158.

³⁰ ‘Nisâ Suresi 26. Ayet’ <<https://www.kuranmeali.com/AyetKarsilastirma.php?sure=4&ayet=26>> accessed 24 March 2026.

³¹ Murteza Bedir, ‘Sünnet’ *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 2010) 150 150.

dikleri pratiklerinin esasen Kur'an tarafından da ilke olarak iyi ve doğru kabul edildiği, dolayısıyla hukukun kaynağı olarak kabul edilebileceği ifade edilebilir.

Madde metninde geçen “muhakkem” kelimesi Arapça tahkim kelimesinden türetilmiş olup hakem kılınan, tahkim edilen, sağlamlaştırılan anlamlarına gelmektedir. Terim olarak anlamı bizzat Mecelle’de açıklanmaktadır. Buna göre Mecelle’nin 16’ncı kitabı olan Kaza (Yargılama) Kitabının “*Bazı ıstılahat-ı fıkhiye beyanındadır*” (bazı hukuki terimler hakkındadır) başlıklı Mukaddeme kısmında yer alan 1790’ıncı maddesi şöyledir:

*“Tahkim: Hasmeynin husumet ve davalarını fasl için rızalarıyla ahar kimseyi hakim itti haz etmelerinden ibarettir. Ol kimseye fethateyn ile hakem ve mim’in zammı ve ha’nın fethi ve kaf-i müşeddede-i meftuha ile muhakkem denilir.”*³²

Maddeyi günümüz Türkçesine şu şekilde çevirebiliriz: Tahkim iki hasmın husumet ve davalarını çözmek için rızalarıyla üçüncü kişiyi hakim kabul etmeleri demektir. Bu kişiye iki üstünle, yani a ve e sesleriyle “hakem” veya m harfinin u sesiyle, h harfinin a sesiyle, k harfinin ikili ve e sesiyle okunmasıyla “muhakkem” denilir. Muhtemelen okuyanlarda karışıklığa meydan verilmemesi amacıyla kelimesinin okunuşu açık olarak yazılmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak incelediğimiz maddede örf-adetin hakim ve hakem niteliğinde olduğunun ifade edildiğini söyleyebiliriz.

Bu hakemliğin mahiyeti ve işlevi ise yukarıda değindiğimiz üzere bizzat Mecelle’nin resmi nüshasında açıklanmaktadır: Şer’i hükmü ispat için. Peki, ispat kavramı ne anlama gelmektedir? Burada örf-adetin şer’i/dini/hukuki normu kanıtlama fonksiyonundan bahsedilmemektedir. Bu nedenle maddedeki “ispat” kelimesini bazı araştırmacıların yaptığı gibi³³ “kanıtlamak” şeklinde çevirmek uygun değildir. Zira böyle çevrildiğinde herhangi bir örf-adet kuralının, mevcut bir hukuki normun kanıtlanması için delil olarak kullanılması imkânı veya gerekliliği anlaşılmaktadır. Bu itibarla maddedeki ispat kelimesi Ali Haydar Efendi’nin izah ettiği gibi, hakkında nass (Kur’an veya sünnetin açık lafzı) bulunmayan hukuki hükmü ortaya koymak ve “istihraç” (çıkarmak) için örf ve âdete başvurulur.³⁴ Dolayısıyla burada örf-adet, mevcut olan bir normun kanıtlanması için değil, mevcut olmayan bir normun çıkarılıp ortaya konulması için kullanılmaktadır.

Görüldüğü üzere Mecelle’nin bu maddesiyle, örf-adet kurallarının ister genel isterse özel veya yerel olsun (*gerek âmm olsun ve gerek hâss olsun*), hukuki hüküm ortaya koymak üzere hakim (hüküm verici) ve hakem kılınabileceği,

³² *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye* (n 19) 637.

³³ Cengiz İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi* (Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı 2010) 38.

³⁴ Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi (n 29) 159.



böylece de İslam hukukunda toplumun bir hukuk kaynağı olarak konumu ortaya konulmaktadır. Öyleyse herhangi bir toplumun bütününde veya bir kısmında ya da bir toplumsal grup içerisinde var olan örf-adet kuralları, gerektiğinde doğrudan hukukun kaynağı olabilirler. Kaldı ki insanlık tarihine genel olarak bakıldığında hukukun en eski tarihi prototipinin örf-adet (custom) olduğu ve örf-adet hukukunun (customary law) pozitif hukukun atası olduğu ifade edilir.³⁵ Diğer yandan Cumhuriyet dönemi Türk hukukunda ise, kaynak kanun İsviçre Medeni Kanununun örf ve adet hukukunun temel bir kaynak olduğunu açıkça hükme bağlayan 5'inci maddesinin Türk Medeni Kanununa alınmaması, örf ve adet hukukunun önemli bir kaynak olmadığı veya ikincil bir kaynak olarak ele alındığı sanısı doğurabilir. Ancak bu doğru değildir. Zira gerek Türk Medeni Kanununun aşağıda değineceğimiz 1'inci maddesinin mantığı gerekse İsviçre Hukukunun özellikleri dikkate alındığında örf ve adet hukukunun kanun hukuku ile aynı düzeyde olduğunun kabulü gerekir.³⁶

2. NÂSIN İSTİ'MALİ BİR HÜCCETTİR Kİ ANINLA AMEL VACİB OLUR (madde 37)

Madde metni Hadimi'de aynı lafızlarla doğrudan yer almaktadır.³⁷ Madde metninde geçen "isti'mal" kelimesi eylem, pratik, ibadet gibi anlamlara gelen Arapça "amel" kelimesinden türetilmiş olup uygulama, pratik şeklinde çevrilebilir. "Nâs" ise insan kelimesinin çoğuludur. Ancak bu tamlamayı burada "insanların uygulamaları" şeklinde çevirmek yanlış anlamalara neden olabilir zira tek tek insanların uygulamaları olarak algılanabilir. Burada kast edilen, fert fert insanlar değil, toplu halde insanlardır yani insan topluluğudur. Öyleyse "nasın istimali" ibaresini toplumun uygulaması veya toplumsal pratikler şeklinde çevirmek daha uygun olacaktır. Hatta tamlama şeklinde değil de doğrudan "toplum" diyerek maddeyi "*toplum, başvurulması kaçınılmaz bir hukuk kaynağıdır*" şeklinde çevirmek³⁸ bize göre de hatalı değildir. Aksine maddenin vaz edilme amacını ve hükmün ruhunu daha anlaşılır kılmaktadır.

Bununla birlikte lafzı daha çok dikkate alan bir çeviri istenirse maddeyi günümüz Türkçesiyle şöyle ifade edebiliriz: "Toplumsal uygulama (veya teamül³⁹), kendisine uyulması zorunlu delil niteliğindedir." Teamül ile istimal aynı kökten gelmekte olup anlam itibarıyla yakınlıkları nedeniyle "nâsın istimali" ibaresi doğrudan teamül diye çevrilebilirse de teamül teriminin günümüz hukuk ter-

³⁵ Ferdinand Courtney French, *The Concept of Law in Ethics* (Preston & Rounds 1892) 2.

³⁶ Yasemin Işıktaç, 'Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku' (1991) 9 *Argumentum* 133, 134.

³⁷ Ebû Said Hâdimî, *Levâmi 'u'd-Dekâik fi Tercemeti Mecâmi 'i'l-Hakâik: Mecâmi 'u'l-Hakâik Tercümesi* (Hüseyin Örs and Seher Erdem Örs eds, Şirvanlı Ahmed Hamdi Efendi tr, 1. baskı, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı 2017) 291.

³⁸ İlhan (n 33) 40.

³⁹ Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi (n 29) 167.

minolojisiinde taşıdığı özel anlamı nedeniyle tercih edilmemesi daha uygun görünmektedir. Teamül yerine toplumsal uygulama ifadesi hukukun toplumsallığı bağlamında daha kullanışlı görünmektedir.

Bu maddenin bir önceki maddeyle yakınlığı açık olmakla birlikte anlam itibarıyla aynı olduklarını⁴⁰ veya adet ile istimal kelimelerinin eşanlamlı olduklarını⁴¹ ifade etmek çok doğru görünmemektedir. Ayrıca külli kaidelerin sıralandığı bir kodifikasyon metnine iki aynı veya eş anlamlı kuralın konulması da pek olası değildir. Bu itibarla iki madde arasında küçük de olsa bir farkın söz konusu olduğu ifade edilmelidir.

Örf-adet daha ziyade ne zaman vaz olunduğu bilinmeyen ve toplum içinde nesiller boyu uygulana uygulana varlığına ve/veya doğruluğuna kesin olarak inanılmış kuralları içerir. Yani burada bir “kadim” olma mevzubahistir. Bu maddede ise “nâsın istimali” ibaresiyle nesiller boyu devam eden pratiklerden ziyade, halihazırdaki toplumun uygulamalarının ima edildiği izlenimi uyanmaktadır. Yani içinde yaşanan dönemde örf-adet kuralları gibi kadim olmasa da insanların çoğunluğunun kabul ettiği ve uyguladığı pratikler de delil olarak kullanılmalıdır.

Önceki madde ile bu madde arasında ince bir ayrım olduğuna işaret eden hususlardan bir diğeri de örf-adetin “muhakkem” olarak nitelendirilirken, toplumsal uygulamanın “hüccet” olarak nitelendirilmesidir. Yukarıda temas ettiğimiz üzere muhakkem sıfatında hakim veya hakemlik anlamında bir belirleyicilik söz konusudur. Hüccette ise delil anlamında bir belirleyicilik söz konusudur. Nitekim hüccet sözcüğü beyyine, burhan, senet gibi kelimelerle birlikte delil anlamında kullanılan bir terimdir ve Osmanlı hukuk terminolojisiinde iki anlama sahiptir. Özellikle erken dönemlerde hüküm içersin veya içermesin kadılar tarafından düzenlenen özel belge anlamına gelir. Geç dönemde hüküm içermeyen belge ve senetler anlamında kullanılmaya başlanmıştır. Görüldüğü gibi burada ispat hukuku kapsamında özel surette tanzim olunan yazılı belge olarak delil özelliği bulunmaktadır. İkinci olarak ise gerçeğin ortaya çıkmasını ve ihtilafların bertaraf edilmesini sağlayacak tanıklık, ikrar, yemin gibi deliller anlamına gelmektedir.⁴² Bununla birlikte bu maddede hüccetin delil anlamında bir ispat hukuku terimi olarak kullanıldığını söylemek istemiyoruz.

⁴⁰ Bosnalı Ali Ulvi (n 21) 104; Ahmed Ziya Efendi, *İslâm Hukukunun Genel İlkeleri (Kavâid-i Külliyye Şerhi)* (Esra Yayınları 1996) 72; Hilmi Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kaideleri* (Yenilik Basımevi 1965) 62.

⁴¹ Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi (n 29) 167.

⁴² *Türk Hukuk Lûgatı* (Başbakanlık Basımevi 1991) 134; Mustafa Oğuz and Ahmet Akgündüz, ‘Hüccet’ *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 1998) 446 446; Ahmet Akman, ‘Mecelle’de İspat Hukuku’ (2024) 32 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 355, 363 <<https://doi.org/10.15337/suhfd.1425643>>.



3. ADETEN MÜMTENİ OLAN ŞEY HAKİKATEN MÜMTENİ GİBİDİR (madde 38)

Madde metni Nâzırzâde ve Hadimi'de aynı lafızlarla doğrudan yer almaktadır.⁴³ Maddede geçen ve sözlükte imkânsız, muhal gibi anlamlara gelen mümteni kelimesi fıkhi bir terim değil, aslında kelim ve mantık ilimlerinde yer alan bir terimdir. Buna göre var oluşa ilişkin olarak aklın verdiği üç hüküm vardır: Vacip, mümkün, mümteni. Vacip; varlığı zorunlu olan, yokluğu muhal olanıdır. Böyle bir var oluşa sahip tek varlık ise Allah'tır. Mümkün; varlığı veya yokluğu zorunlu olmayan, var olmasında kendisinden başka bir nedene zorunlu olarak ihtiyaç duyar. Allah dışındaki tüm varlıklar esasen bu kategoriye girer. Mümteni ise varlığı muhal, imkânsız olanıdır.⁴⁴

Bununla birlikte mümteni kavramı, esasen yine temelde kelimla ilgili olmak üzere fıkıh ile kelim ilimlerinin kesişim noktasında yer almaktadır. Klasik terminolojide “teklîf-i mâ lâ-yutâk” denilen, güç yetiremeyeceği şeyle kulun mükellef kılınmaması anlamına gelen konu mümteni kavramıyla ilişkilidir. Buna göre teklîf-i mâ lâ-yutâk üç kısımdır. İlki, aklen ve hakikaten bizzat kendisi itibariyle mümteni olduğu için Allah'ın emretmediği şeylerdir. İkincisi, Allah'ın ilmi veya iradesi gereği teklîf-i mâ lâ-yutâk olan şeylerdir. Üçüncüsü ise haddizatında mümteni olmadığı halde kulun gücü yetişmediği için teklîf-i mâ lâ-yutâk olanlardır. Üçüncü kısımda tartışma bulunmakta olup, Hanefi hukukçulara göre bu kısma giren şeylerle emrolunmak mümteni iken Eş'arilere göre caizdir.⁴⁵

Mümteni kavramına dair bu açıklamalardan sonra madde metnini, “adet olarak imkânsız olarak kabul edilen şey, hakiki olarak da imkânsız sayılır” şeklinde çevirebiliriz. Anlaşıldığı kadarıyla madde metninde mümteni kelimesi, yukarıda temas edilen terim anlamı ile kullanılmamıştır. Bununla beraber temelde akli/kelami/felsefi terim olan mümteni kavramına ilişkin olarak sanki ayrı bir kategori daha oluşturulmuştur. Kavramın sosyolojik/hukuki bir mahiyet taşıdığını söyleyebileceğimiz bu kategoride, bir şeyin imkânsız olduğunu tespit eden merci örf-adet, yani toplum olmaktadır.

Burada imkânsızlığın (imtina) adi ve hakiki şeklinde ikili ayrımı olduğu görülmektedir. Hakiki imkânsızlık bir şeyin yokluğunun aklen zorunlu olması, varlığının tasavvur olunamamasıdır. Adi imkânsızlık ise, adi kelimesinin adet kelimesi ile aynı kökten gelmesinden de anlaşılacağı üzere, bir şeyin varlığının adet gereği imkânsız olmasıdır. İşte adet gereği imkânsız olan şey, hukuki açıdan da gerçekten imkânsız gibi kabul edilir.

⁴³ Azak (n 22) 1083.

⁴⁴ İlyas Üzümlü, ‘Hüküm’ *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 1998) 464 465–466.

⁴⁵ Hâdimî (n 37) 185.



Diğer yandan maddenin doğrudan bir çıkarımı niteliğinde olmak üzere hukuki bakımdan örf-adet ile gerçek özdeş olarak kabul edilmektedir.⁴⁶ Dolayısıyla bu madde gereğince Mecelle'ye göre örf-adet hükümlerinin birer gerçeklik olduğu ifade edilebilir. Örf-adet hükümleri yukarıdaki maddeler gereğince var olanı belirlerken, bu madde gereğince de yok veya imkânsız olanı belirleme konumunda kabul edilmektedir. Bu itibarla bu maddenin diğer iki maddeyle benzer ve birbirini destekleyici bir anlam taşıdığı söylenebilir.

4. EZMANIN TEGAYYÜRÜYLE AHKAMIN TEGAYYÜRÜ İNKÂR OLUNAMAZ (madde 39)

Madde metni Hadimi'de aynı lafızlarla doğrudan yer almaktadır.⁴⁷ “Ezman” zaman kelimesinin, “ahkam” ise hüküm kelimesinin çoğuludur. Tagayyür ise değişmek anlamına gelir. Böylece madde günümüz Türkçesine “Zamanların/çağların değişmesiyle hükümlerin de değişmesi inkâr olunamaz” şeklinde çevrilebilir. Mecelle'nin külli kaideleri arasında en fazla dile getirilen maddelerinden biri olan bu madde, fıkıh/hukuk ve toplum ilişkisi konusunda ise üzerinde en çok durulan maddedir. Zira madde, normun muhatabı olan insanların İslam dini açısından norm üretmelerinin imkânı ve sınırı gibi oldukça netameli bir konuya temas etmektedir.

Öncelikle madde metninin yazımı oldukça dikkat çekicidir. Bilindiği gibi hukuki normlar emredici, tamamlayıcı, yorumlayıcı, tanımlayıcı olmak üzere türlere ayrılır. Bunlara yetki verici ve ilga edici norm türleri de eklenebilir. Madde metnine baktığımızda “inkâr olunamaz” yüklemiyle maddenin bu norm türlerine girmediği görülmektedir. Yükleme, her ne kadar emredici bir kiple kullanılmış olsa da açıkça anlaşıldığı üzere maddede somut bir şeyi inkâr etmek yasaklanmamaktadır. Tartışmalı bir mevzunun (hükümlerin zamana göre değişmesinin) aklın inkâr edilemeyeceği ifade edilmektedir.

Kodifikasyon tekniği açısından normun aslında “ezmanın tagayyürüyle ahkam tagayyür eder” gibi sarıh hüküm ifade edici bir tarzda yazılması gerekirdi. Ancak burada, hükmü bir norm gibi dermeyan eden Hadimi'nin de bu ifadeyi aynen alan Mecelle Komisyonunun da oldukça tartışmalı bir konuyu ele aldıkları hissedilmektedir. Çünkü norm koyucunun, bu vasfıyla sahip olduğu buyurucu niteliğine aykırı olarak bir hususun inkâr edilemeyeceği söylenmektedir. Halbuki norm koyucu, bu vasfıyla, “inkâr olunamaz” şeklinde muğlak ve muhatabı sanki ikna etmeye çabalayan bir ifadeyi kullanmaz, buyuruculuğunun veya hiç değilse kesin açıklayıcılığının hissedildiği bir hüküm beyan ederdi. Ayrıca belirtilmelidir ki, gerek Hadimi'nin Mecâmî‘u'l-Hakâik’inde gerekse Mecelle’de bu maddeden başka “inkâr olunamaz” ifadesiyle düzenlenmiş olan bir madde bulunmamaktadır.

⁴⁶ İlhan (n 33) 41.

⁴⁷ Hâdimî (n 37) 313.



Mecelle'nin veya Hadimi'nin orijinal metinlerinde hükmün içeriğini daraltan açıklamalar bulunmamakla birlikte Mecelle'ye dair şerhlerin veya açıklamalı eserlerin çoğunluğunda tagayyürün kapsamının sadece örf-adete dayalı hükümler olduğunun özellikle vurgulandığı görülmektedir.⁴⁸ Diğer yandan hükmün bu daraltıcı yorumuna katılmayanlar da bulunmaktadır.⁴⁹

Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi madde metnini şöyle ifade eder: Ezmanın tebeddül ve tagayyürüyle örf-adete mübteni bulunan ahkâmın, yani ahkâm-ı cüz'iyenin tebeddül ve tagayyürü inkâr olunamaz. Dolayısıyla ona göre burada bahsedilen, yani değişime konu olabilecek hükümler sadece örf-adete veya kıyasa dayalı olan ve fer'i nitelikli hükümlerdir.⁵⁰ Naslara dayalı olan külli hükümler ise değişmeden muafıdır.⁵¹ Ali Haydar Efendi buradaki ahkâm kelimesini daraltmakla birlikte ezman kelimesini biraz genişletir. Hadimi'nin Mecâmi'inin şerhinde yer alan açıklamayı kabul ederek ezmanın emkine (bölgeler, yerler) ve örf anlamlarını taşıdığını ifade eder.⁵² Bu görüşte olanlar Ali Haydar Efendi'nin açıklamalarına benzer açıklamalarla görüşlerini ortaya koyarlar.

Bu görüşe katılmakla birlikte nassın niteliğine göre bu ilişkinin değişeceğini ileri sürenler de bulunmaktadır. Buna göre örf eğer hususi nass ile çelişirse örfün terk edileceği tartışmasızdır. Ancak örfün umumi nass ile, yani genel hüküm ifade eden ayet veya hadisle çelişmesi durumunda örfün niteliğine bakılır. Şayet örf de umumi ise terk edilir. Şayet örf hususi ise bu halde örfün nassı tahsis etme durumu söz konusu olabilir. Ayrıca genel kural olarak örf, nassdan sonra ortaya çıkmışsa kabul edilmez. Fakat Hanefî fıkhnın önde gelenlerinden olan Ebu Yusuf, eğer nassın kaynağı örf ise, örfün değişmesi halinde hükmün de değişeceği fikrindedir.⁵³

Diğer görüşte olanlar ise sadece örf-adete veya kıyasa dayalı hükümlerin değil, nassa dayalı hükümlerin de değişebileceğini ifade ederler. Nitekim Hz. Ömer zamanında atların zekâta tabi kılınması, müellefe-i kulubun zekât verilecekler arasından çıkarılması, gayrimenkullerin ganimetten sayılmaması, diyet ödemesinin katilin yakın akrabası yerine divana bırakılması gibi değişikliklerle küçük çocukların velileri tarafından evlendirilebilmesinin kaldırılması gibi daha erken tarihlerde yapılan değişiklikler nassa dayalı hükümlerde de zamanın icabı gereği

⁴⁸ Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi (n 29) 173; Atıf Bey, *Mecelle'nin Külli Kaideleri* (SD Yayınevi 2017) 108; Yıldırım (n 27) 411; Abdullah Demir, *Mecelle ve Külli Kaideler* (Işık Akademi Yayınları 2011) 252; Ahmed Ziya Efendi (n 40) 75; Ergüney (n 40) 63–64; Ahmet Şimşirgil and Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle* (Ktb Yayınları 2009) 119.

⁴⁹ Mustafa Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kaideleri* (İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları 2009) 112–114; İlhan (n 33) 42–43.

⁵⁰ Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi (n 29) 173; Şimşirgil and Ekinci (n 48) 119.

⁵¹ Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi (n 29) 176.

⁵² ibid 174.

⁵³ Şimşirgil and Ekinci (n 48) 120.

değişiklik imkânın var olduğunu göstermektedir. Özellikle toplumsal hayatta baş döndürücü hızla değişimlerin yaşandığı günümüzde, İslâm dininin temel ilkeleri ve nassların amaçları doğrultusunda olaylara bu şekilde yaklaşmak bir seçimden öte zorunluluk olarak görünmektedir. İslâm hukuku, ilâhî nitelikli hukuk normlarının yanında ve en az onlar kadar değerli toplumsal hukuk kurallarını da kabul etmektedir. Çünkü değişim, Allah'ın “sünnetullah” olarak adlandırılan kanunun bir gereğidir. İnanç esaslarında bir değişiklik olmamasına karşılık, insanın Allah'a ve topluma karşı amelî yükümlülükleri, değişen zaman ve şartlara göre farklılık gösterir. Bu itibarla örf-adet ve maslahat gibi toplumsal kaynaklı kuralları uyulması gerekli bir norm olarak ilâhî kaynaklı kurallara eşdeğer gören İslami ilkeler, İslâm hukukuna yönelik yukarıdakine benzer daraltıcı yorumları doğrulamaz. Zaten zamanın değişmesiyle artık ihtiyaçlara uygunluğunu kaybeden bir norm değişmese bile uygulanma imkânını, yani var oluş amacını kaybeder.⁵⁴

Tüm bu tartışmaların ötesinde bu maddenin İslam hukuku bakımından hukuk ve toplum ilişkisine dair çok önemli bir gerçeği ifade ettiği ortadadır. Kaynağı ne olursa olsun nihayetinde hukukun toplumsal bir olgu olarak toplum için var olduğu, değişimin ise toplumun ve toplumsalın en başat niteliklerinden biri olduğu, öyleyse hukuki normlarda değişimin de kaçınılmaz olduğu gibi hususlar bu maddenin içerdiği hukuksal/toplumsal/dinsel gerçekler arasında yer almaktadır.

5. ADETİN DELALETİYLE MANA-İ HAKİKİ TERK OLUNUR (madde 40)

Madde, “Bir sözün gerçek/sözlük anlamı örf-adetin yönlendirmesiyle/belirlenmesiyle (örf-adette yer alan başka bir anlam nedeniyle) terk olunabilir.” şeklinde günümüz Türkçesine çevrilebilir. Madde metni İbn Nüceym, Nâzirzâde ve Hadimi'de aynı lafızlarla doğrudan yer almaktadır.⁵⁵ Üç ana kaynağın üçünde de yer alan bu kuralın esasen daha eski çağlara kadar uzandığı, evrensel bir hukuksal/toplumsal gerçekliğe dayandığı söylenebilir. Nitekim Roma Hukukunda da şöyle yer alır: “*Consuetudo est optima interpret legum.*”⁵⁶ Yani örf-adet, kanunların en iyi tercümanıdır. Başka bir kaynakta aynı kuralın Latincesi “*Optima est legum interpret consuetudo*”⁵⁷ olarak zikredilmiş olmakla birlikte her iki kaynakta da kuralın İngilizce çevirisi “*Custom is the best interpreter of the laws*” şeklinde yapılmıştır.

Geleneksel öğretilerde maddenin ağırlıklı olarak gramer eksensli bir şekilde ele alınıp açıklandığı görülmektedir. Buna göre lafızlar delaletleri itibariyle temelde iki anlam taşırlar: hakiki anlam ve mecazi anlam. Dilbilimcilerin ifade ettikleri diğer bir üçüncüsü ise kinayedir. Fakat kinaye, hukukçular nezdinde duruma göre bazen hakiki anlam bazen de mecazi anlam olur. Lafızların hakiki anlamlarına

⁵⁴ Yıldırım (n 49) 113–114; İlhan (n 33) 42.

⁵⁵ Azak (n 22) 1083.

⁵⁶ Halkerston (n 28) 28.

⁵⁷ Peloubet (n 28) 214.



işaret ettikleri durumlarda bunun için bir delil veya karine doğal olarak aranmaz. Lafızların mecaz anlamlarına işaret ettikleri durumlarda ise delil veya karine gerekir. İşte hukuki bir olayda lafızların gerçek manalarına değil de mecaz anlamlarına geldikleri hususunda örf-adet kuralları delil veya karine teşkil ederler.⁵⁸

Bununla birlikte maddenin yalnızca dilbilgisi veya dil sanatları açısından ele alınarak daraltılması zorunlu değildir. Zaten konunun dilbilimsel tarafının daha baskın biçimde 12'nci ve 61'inci maddelerde ele alındığı söylenebilir. “*Kelamda asloian mana-i hakikidir*” (sözlerde asıl olan gerçek anlamdır) şeklindeki 12'nci madde ile “*Mana-i hakiki müteazzir oldukta mecaza gidilir*” (sözlere gerçek anlamlarını vermek zor olursa mecaz anlam verilir) şeklindeki 61'inci madde konunun dilbilgisi ve dil sanatları bağlamında ele alınmasını daha mümkün kılmaktadır. Üzerinde durduğumuz madde ise konuyu daha ziyade örf-adet üzerinden düzenlemektedir.

Bilindiği üzere dil ve o dili oluşturan kelimeler canlı organizma gibidirler ve canlı organizmalar gibi sürekli bir değişim ve gelişim süreci içerisindeyler. Kelimelerin anlamları zaman içinde başkalaşımlara ve farklılıklara uğrar. Örf-adet benzeri toplumsal dinamikler kelimelerin sahip oldukları anlamları değişim ve dönüşümlere uğrattırır. Hukuki ilişkilerin kurulduğu, hatta kimi zaman hukuki karar ve normların kurgulandığı söz, ifade, tabir ve sözcükler sözlükteki gerçek denilen anlamlarıyla değil, toplumda zaman içerisinde kazandıkları anlamlarıyla var olurlar. İşte hukuksal bakımdan dikkate alınması gereken anlamlar sözlükte geçen anlamlardan çok toplumda fiilen yaşayan anlamlar olduğu için sözlerin sözlükteki anlamları terk edilir ki, maddede bu husus beyan edilmektedir.

6. ADET ANCAK MUTTARİD YAHUT GALİP OLDUKTA MUTEBER OLUR (madde 41)

Bir örf-adet kuralının geçerliliğini o kuralın kesintisiz süregelmesi (muttarid) veya çoğunlukla uygulanmasına (galip) bağlayan maddenin metni İbn Nüceym'de aynı lafızlarla doğrudan yer almaktadır.⁵⁹ İbn Nüceym bu kuralı, sıraladığı altı temel külli kaidenin sonuncusu olan ve yukarıda ilk sırada ele aldığımız “Adet muhakemdir” kuralı altında zikreder. Bu kuralla birlikte zikrettiği birbirine yakın içerikli iki kural şudur: “Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir.”⁶⁰ ve “Lafızların hamledildiği örf, sonradan çıkan değil, öncekine yakın olan örftür.”⁶¹ İslam hukukçularının geneli tarafından da kabul edilen altı külli kaide ise şunlardır: 1)

⁵⁸ Ahmed Ziya Efendi (n 40) 76–77; Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi (n 29) 177–178.

⁵⁹ İbn Nüceym, *El-Eşbâh ve'n-Nezâiru'l-Fıkhiyye Alâ Mezhebi'l-Hanefiyye (Hanefî Fıkının Esasları)* (Osman Bayder tr, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları 2022) 290.

⁶⁰ ibid 302.

⁶¹ ibid 308.

Niyet olmaksızın sevap olmaz. 2) Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir. 3) Şek ile yakın zail olmaz. 4) Meşakkat teysiri celbeder. 5) Zarar izale olunur.⁶²

Maddede geçen muttarid kelimesi sözlükte sıralı, muntazam, tekdüze olan anlamlarına gelir.⁶³ Kelimenin mastar hali olan ittirat sözcüğü sözlükte, birbiri arkasından muntazam bir usul ve tertipte cereyan etmek anlamına gelmekte olup Osmanlıcada ittiratsız şeklinde kullanımı da vardır ki, bu da bir düzen ve üslupta gitmeyen, hiçbir kaideye tabi olmayarak tertipsiz giden, kuralsız olan anlamlarına gelir.⁶⁴

Sözlük anlamları dikkate alınarak burada bir örf-adet kuralının her zaman geçerli olması halinde, yani insanların alışverişi ve işlerinde sürekli yaşanması halinde bu kuralın muttarid olduğu söylenir. Şayet her zaman geçerli olmayıp nadiren aykırılıklar görülse bile çoğunlukla uyuluyorsa, kurala galip de denilir. Dolayısıyla bu madde ile örf-adet kurallarının maddi unsuru da denilen süreklilik unsuru ifade edilmektedir. Süreklilik, çok eski zamanlardan beri tekrarlanan bir toplumsal pratiğe işaret etmektedir ki bu, kuralın kadim olması ile de nitelendirilmektedir.⁶⁵

Bununla birlikte bir örf-adet kuralının hukuken dikkate alınabilmesi için muttarid veya galip olması yeterli değildir. Ayrıca eskiden beri devam ediyor olması ve sonradan ortaya çıkmamış olması da gerekir; yani *örf-i târî*'ye (yeni türemiş geleneğe) itibar edilmez. Şöyle ki; örf-adete dayandırılacak bir işin gerçekleştiği sırada ve o zamandan daha önce o geleneğin var olması şarttır; sonradan ortaya çıkan bir gelenek, kendisinden önce meydana gelmiş bir olayda (hükme esas olarak) dikkate alınmaz.⁶⁶

Diğer yandan örf-adet kurallarının bu niteliklere sahip olması gerekliliği esasen sadece İslam hukukunca ileri sürülmemektedir. Bu nitelikler toplumsal gerçeklik olarak belli hukuk anlayış ve sistemlerinden bağımsız biçimde söz konusu olmakta; tüm hukuk düzenlerine kendilerini kabul ettirmektedirler. Nitekim Roma hukukunun temel prensiplerinden olan bu husus şöyle ifade edilmektedir: “*Consuetudo est bonus, rationabilis, certus et communis loci alicujus usus, cui memoria hominis non currat in contrarium.*” (Örf-adet; aksine dair bir kaydın insanların hafızasında bulunmadığı kadim, iyi, makul, belli, yaygın olan ve bir bölgeye ait bulunan uygulamadır).⁶⁷

⁶² ibid 31–32.

⁶³ Şemsettin Sami (n 26) 1363.

⁶⁴ ibid 125.

⁶⁵ Yaşar Salihpaşaoğlu and Dilara Buket Didin, *Teorik ve Pratik Hukuk Sosyolojisi* (Lykeion Yayıncılık 2022) 7.

⁶⁶ Ergüney (n 40) 67.

⁶⁷ Halkerston (n 28) 28.

7. İTİBAR GALİB-İ ŞAYİA OLUP NADİRE DEĞİLDİR (madde 42)

Madde metni Hadimi'den aynı lafızlarla doğrudan⁶⁸, İbn Nüceym'den ise ilave yoluyla dolaylı alıntılanmıştır. İbn Nüceym'de cümlelerin "nâdire değildir" ibaresi bulunmamaktadır.⁶⁹ Şayi kelimesi sözlükte duyulma, herkesin mesmûu (işitilmiş) ve malumu olma, yayılma, dağılma, intişar, taammüm (genelleşme) anlamlarına gelen Arapça şüyu⁷⁰ kelimesinden gelmekte olup duyulmuş, herkesin malumu olmuş, münteşir (yayılmış) anlamlarına gelir⁷¹. Nadir ise günlük dilde de kullanılmakta olup şayi kelimesinin zıddı anlama gelir. Dolayısıyla maddeyi şu şekilde çevirmek mümkündür: Hüküm verirken veya koyulurken, toplumda yaygınlığı bulunmayan, nadir olan uygulamalar değil, baskın biçimde yaygınlık kazanmış uygulama dikkate alınır.

Bu maddenin bir yukarıdaki maddeyle ilişkili olduğu görülmektedir. Yukarıdaki maddede bir örf-adet kuralının geçerli/muteber olabilmesinin koşulunu süreklilik ve çoğunlukla benimsenmesi kurallarına bağlarken, bu maddede söz konusu sürekliliğin yaygınlık bulması da gerektiği ifade edilmektedir. Özellikle somut bir olayda hükmün kurulmak istendiği örneğin iki örf-adet kuralından her ikisi de süreklilik kuralını sağlıyorsa, itibar edilecek olanı belirlemede ikinci olarak o kuralın yaygın olmasına bakılır.

Kaynaklarda bu maddeye dayanılarak konulan iki hükme genellikle örnek olarak yer verildiği görülür.⁷² Bunlardan biri, gaipliğe ilişkin olarak, kaybolan kişinin doksan yaşına geldiği tarih itibariyle ölü olduğuna hükmedilmesidir. Doksan yaşının üzerinde yaşayanlar tabii ki bulunmaktaysa da bu nadir olup, yaygınlığı üstün olan gerçeklik, doksan yaşına kadar insanların ömürlerinin sona ermesidir. Diğer örnek ise Mecelle'nin 987'nci maddesinde belirtilen balığ olma yaşına dair hükümdür. Bu hükme göre on beş yaşına ulaşan çocuklar balığ sayılırlar. İstisnasız olarak teker teker her çocuğun bu yaşa geldiğinde mutlaka balığ olduğu ileri sürülemezse de bu yaşa kadar hemen herkesin balığ olduğu yüksek bir yaygınlık kazandığından dolayı böyle bir hüküm vaz edilmiştir ki, kuralın dayanağı "İtibar galib-i şayia olup nadire değildir" hükmüdür.

Dolayısıyla bu madde, hemen yukarıdaki maddeyle birlikte aynı zamanda doğrudan sosyolojik bir tespit yaparak bir örf-adet kuralının geçerliliğinin koşullarını belirlemektedir. Gerçekten de bir uygulama veya kuralın sosyoloji bakımından örf-adet niteliğini alması için onun uzun süredir kesintisiz olarak var olması ve belli bir yaygınlık kazanması gerekir.⁷³ Aynı şekilde bir örf-adet ku-

⁶⁸ Hâdimî (n 37) 309.

⁶⁹ İbn Nüceym (n 59) 290.

⁷⁰ Şemsettin Sami (n 26) 796.

⁷¹ ibid 768.

⁷² Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi (n 29) 184; Ergüney (n 40) 68; Atıf Bey (n 48) 112–113.

⁷³ Şeniz Anbarlı Bozatat, *Sosyoloji* (Beta Yayıncılık 2014) 64.

ralının hukuken geçerli olmasının da öncelikli koşulları onun kesintisiz, düzenli tekrarlanan, yaygın olan, çoğunlukla uygulanan bir kural olmasıdır.⁷⁴ Dolayısıyla bir kuralın örf-adet kuralı olduğu iddiasının dinlenilmesi için o kuralın toplumun çoğunluğu tarafından uzunca bir süredir yaygın biçimde uygulanması, bir diğer tabirle toplum tarafından fiili anlamda kabul edilmiş olması icap etmektedir. Bu madde ile de -tam mukabiliyle olmasa dahi- örf-adet kuralının manevi unsuruna işaret edildiği söylenebilir. Genel inanç da denilen bu manevi unsur, bir örf-adet kuralına uymanın zımni bir zorunluluk taşıdığı, daha doğru bir ifadeyle belli bir davranışın aynı şekilde yapılmasının başkalarından istenebileceği konusunda toplumun üyesi bireyler arasında ortak bir görüşün bulunduğu anlamına gelir.⁷⁵

8. ÖRFEN MA'RUF OLAN ŞEY, ŞART KILINMIŞ GİBİDİR (madde 43)

Madde metni Hadimi'den aynı lafızlarla doğrudan, İbn Nüceym'den ise benzer lafızlarla dolaylı alıntılanmıştır.⁷⁶ Ma'ruf kelimesi bilinen, alışkanlık haline gelmiş olan anlamına gelir. Madde, hukuki işlem ve ilişkiler ile sözleşmelerde, toplumda bilinen ve alışkanlık haline gelmiş uygulamaların söylenmesi veya yazılması da dahi söz ya da yazıyla şart kılınmış gibi kabul edileceğini ifade etmektedir.

Önüme gelen somut olayda hakimın örfen ma'ruf olan şeyi, açıkça beyan edilmese dahi aynen bir sözleşme koşulu gibi dikkate alması gerekir. Dolayısıyla bu madde de yukarıdaki maddelerle aynı doğrultuda, örf-adet kurallarının hukuki işlem veya ilişkinin yahut da sözleşmenin içeriğini tıpkı bir mevzuat hükmü imiş gibi belirleyebildiğini ortaya koymaktadır. Öyleyse yine denilebilir ki, yaygınlık kazanmış uygulamalar yoluyla toplum, soyut ve genel normların konulmasında etkinliğini gösterdiği gibi somut ve tekil olaylarda da bireyler arası ilişki ve sözleşmelerde doğrudan ve zikredilmeye gerek duyulmaksızın hukuku belirleyici olmaktadır.

Müteakip maddeyle birlikte bu maddenin Fransız Medeni Kanunu'nda (Code Civil) neredeyse çevirisi yapılmış denecek kadar benzerlerinin bulunduğu ve bu nedenle oradan iktibas edilmiş olduğuna yönelik tartışmalar⁷⁷ konumuzun dışında olmakla birlikte bu durum örf-adet kuralları vasıtasıyla toplumsal uygulamaların ve toplumun hukuk üzerindeki etkisinin evrensel delillerinden biri olarak değerlendirilebilir. Nitekim Roma Hukukunda da "sözleşmelerde gelenek ve göreneklere ilişkin hususlar zımnen mevcuttur" anlamındaki "*In contractis tacite insunt quae sunt moris et consuetudinis*" şeklinde külli kural bulunmaktadır.⁷⁸

⁷⁴ Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı* (Gazi Kitabevi 2017) 34.

⁷⁵ Salihpaşaoğlu and Didin (n 65) 7.

⁷⁶ Hâdimî (n 37) 225; İbn Nüceym (n 59) 302.

⁷⁷ Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, 'Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin yürürlüğe girişi ve Türk hukuk tarihi bakımından önemi' (2011) 29 OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 93, 108 <https://doi.org/10.1501/OTAM_0000000568>.

⁷⁸ DrJ McQuade, 'Ancient Legal Maxims and Modern Human Rights' (1996) 18 Campbell Law Review 75, 114; Peloubet (n 28) 105.



Dolayısıyla toplumda yerleşik hale gelmiş kabul ve uygulamaların hukuki işlem, ilişki ve olaylarda bir sözleşme veya mevzuat hükmü gibi kabul edilmesi yoluyla toplum hukuk üzerindeki doğrudan etkinliğini ortaya koymaktadır.

9. BEYNE'T-TÜCCAR MA'RUF OLAN ŞEY, BEYNLERİNDE MEŞRUT GİBİDİR (madde 44)

Madde metni üç ana kaynaktan yer almamakla birlikte Burhâneddin el-Buhârî'nin el-Muḥîṭü'l-Burhânî adlı eserinden eksiltme yoluyla dolaylı alıntılanmıştır.⁷⁹ Üç ana kaynaktan doğrudan yer almamasının nedeni aslında maddenin bir yukarıdaki maddenin daha özelleştirilmiş hali olmasıdır. Madde kelime kelime doğrudan şu şekilde sadeleştirilebilir: Tacirler arasında bilinmiş/alışılmış olan şey, aralarında şart kılınmış gibidir. Görüldüğü üzere yukarıda genel olarak ifade edilen hususun, bu maddede önemine binaen tacirler arasında da aynen geçerli olduğu açıkça ve ayrıca ifade edilmiştir.⁸⁰

Bu durum, bir tekrar gibi görünse de tacirler arasında toplumun genelinde yaygın olan örf-adet kurallarının dışında ve onlardan farklı çok geniş ölçekli özel örf-adet kurallarının bulunduğu göz önüne alındığında bu özel hükmün vaz edilmesinin gerekliliği anlaşılabacaktır.⁸¹ Kaldı ki özellikle eski çağlarda yargı önüne gelen uyuşmazlıkların büyük kısmı tacirler arasında vuku bulmaktaydı. Ayrıca ticari iş ve işlemlerde örf-adet kuralları daha büyük rol oynamakta ve diğer hukuk alanlarına nispetle yargılamada çok daha fazla dikkate alınmaktadır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında şöyle denmektedir: “Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.” Kanun'un 2'inci maddesi ise “Ticari örf ve âdet” başlığı taşımakta olup şu şekilde düzenlenmiştir:

“MADDE 2- (1) Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak, irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır.

(2) Bir bölgeye veya bir ticaret dalına özgü ticari örf ve âdetler genel olanlara üstün tutulur. İlgililer aynı bölgede değillerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe, ifa yerindeki ticari örf ve âdet uygulanır.

(3) Ticari örf ve âdet, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır.”

⁷⁹ Azak (n 22) 1083, 1089.

⁸⁰ Süleyman Tepe and Veysel Kareni Bilgiç, ‘Mecelle’nin Külli Kaideleri Bağlamında Örf ve Adet Hukukunun İşlevleri’ (2025) 6 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1093, 1120 <<https://doi.org/10.47136/asbuhfd.1575198>>.

⁸¹ Demir (n 48) 253.

10. ÖRF İLE TA'YİN, NASS İLE TA'YİN GİBİDİR (madde 45)

Madde metni üç ana kaynaktan yer almaz; Şeyhizade'nin Mecmau'l-Enhur isimli eserinde aynı lafızlarla bulunmaktadır.⁸² Ali Haydar Efendi maddenin Menâfi'ü'd-Dekâyık adlı eserden dolayı olarak alındığını ifade eder.⁸³ Maddede geçen kelimeler günümüz Türkçesinde de kullanılmakla beraber, madde çok kısa bir biçimde olmak üzere şöyle özetlenebilir: “Bir şeyi nas ile ve açıkça belirlemek ne hüküm ifade ederse, örf ve âdet ile belirlemek de o hükmü ifade eder.”⁸⁴

Madde ile, örf ve âdet kurallarının, “âyet-i kerîme veya hadîs-i şerîfle emredilmiş şeyler gibi bağlayıcı” olduğu, bunun da esasen, Hz. Muhammed'in, “Ümmetimin güzel gördüğü şey, Allah katında da güzeldir” şeklindeki hadisine dayandığı ifade edilmektedir.⁸⁵ Ancak bir örf-âdet kuralının bu mertebede olması için o konuda bir nassın bulunmaması gerektiği ifade edilir.⁸⁶

Diğer yandan maddede geçen “nass” kelimesiyle şer'i delil anlamındaki nassın kastedilmediği, yani nass kelimesinin burada Kur'an ve hadisler anlamına gelmediğini söyleyenler de vardır. Buna göre nass kelimesi burada terim anlamıyla değil sözlük anlamıyla kullanılmış olup, zikir ve tasrih manalarına, yani açık bir ifadeyle belirtmek manasına gelmektedir. Böylece maddede, sözleşmelerin genellikle açık beyanlar üzerine kurulmasına binaen örf-âdet kurallarının da açık beyan hükmünde olduğunun ifade edildiği ileri sürülmektedir.⁸⁷

Bu madde de yukarıdaki bazı maddeler gibi aslında sadece Mecelle veya İslam hukuku tarafından değil, diğer hukuk sistemlerinde de rastlanabilecek bir hükmü ortaya koymaktadır. Nitekim Roma hukukunda bu ilke, “Örf-âdet ikinci bir kanundur” şeklindeki “*Consuetudo est altera lex. (Custom is a second law)*”⁸⁸ maksimiyle ifade edilmektedir. Diğer yandan Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinde yer alan “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*” fıkrası da Mecelle'nin ele aldığımız bu maddesiyle benzer biçimde konuyu düzenlemiştir.

Ziya Gökalp ise Hz. Muhammed'in yukarıda bahsi geçen “Müminlerin güzel gördüğü, Allah katında da güzeldir” hadisi ve “Örf ile amel, nass ile amel gibidir” şeklindeki hukuk kuralına istinaden -Mecelle'nin burada ele aldığımız kaidesindeki “tayin” kelimesini “amel” olarak ifade ediyor- örfün, gerektiğinde nassın yerini dahi tutabileceğini ileri sürer. Bundan dolayı “*fıkıh bir taraftan*

⁸² Azak (n 22) 1083.

⁸³ Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi (n 29) 191.

⁸⁴ Atıf Bey (n 48) 115; Demir (n 48) 253.

⁸⁵ Şimşirgil and Ekinci (n 48) 123.

⁸⁶ Yıldırım (n 27) 413; Şimşirgil and Ekinci (n 48) 123.

⁸⁷ Yıldırım (n 49) 121; Ahmed Ziya Efendi (n 40) 82.

⁸⁸ Peloubet (n 28) 37.



vahye, diğer cihetten içtimaiyata istinat eder. Yani İslam şeriatı hem ilahi hem de içtimaidir.”⁸⁹ Gökalp’e göre nassın olduğu konularda içtihadı yer olmadığı inkâr edilemez. Fakat nassın bulunmadığı meselelerde de örf ile amel, nass ile amel gibi olduğu da inkâr edilemez. Hatta bazı İslam hukukçularına göre nass örften doğmuş ise nassın olduğu konularda da içtihat edilebilir ki bu durumda örfün İslam hukukundaki sahası daha genişlemiş olur.⁹⁰

Bu itibarla Gökalp’e göre İslam hukukunun iki kaynağından birincisi nass, ikincisi ise örfdür. Gökalp bu iddiasını şöyle açıklamaya ve temellendirmeye çalışır: Her toplumun canlı hukuku, gerçek kanunları hayatının özü olan örfünden ibarettir. Kitaplarda yazılı olan ilkeleri açıklayan ve hayata tatbik eden, vicdanlarda yaşayan kurallardır. Bundan dolayıdır ki başlangıçta asli bir kaynak olarak kabul edilmeyen örf, İslam hukukçularına kendisini başka yollarla kabul ettiriyordu. İslam toplumu hukuki ihtiyaçlarını tatmin için öncelikle Kur’ân-ı Kerim’e müracaat ediyordu. Bir taraftan da bu toplum günden güne hızlı bir biçimde genişlemekte olduğundan sosyal hayatında ve dolayısıyla örf ve adetlerinde köklü değişiklikler oluyordu. Örfün sınırsız tezahürlerinin bazısına Kur’an’da uygulanabilecek bir hüküm bulunamadığı zaman sünnet ve hadise başvuruluyordu. Örfün sınırsız ihtiyaçları bu kaynaklarla da tatmin olunamadığında icma ve kıyas delillerine başvuruluyordu. Böylece Hanefi mezhebinin kurucusu İmam-ı Azam örfün bağımsız bir kaynak olarak kabul edilmesi gereğini hissederek insanların ihtiyaçlarına en uygun olanını kıyasa tercih etmekten ibaret olan “istihsan” kuralını ortaya koydu. Onun öğrencisi İmam Ebu Yusuf da “Nass ile örf çelişirse bakılır: Eğer nass örften doğmuş ise örfte itibar edilir” kuralını kabul etti.⁹¹

Gökalp buradan yola çıkarak örfün konumunu çok daha üst bir noktaya çıkarır. Bu noktaya çıkmak için Gökalp şu soruları sorar: Madem ki, toplumların kolektif vicdanları, ahlaki adetleri, hukuki teamülleri, toplu politik görüşleri bireysel iradelerden bağımsız ve onlara hâkim olan tabii kanunlara tabidir; öyleyse bu kanunları ve toplumsal yasaları ortaya koyan Allah’ın iradesinden başka ne olabilir? O halde örf de nass gibi gerçek ve açık bir biçimde olmasa bile örtülü ve mecazi bir itibarla ilahi bir kapsama sahip olmaz mı? İmam Ebu Yusuf’un “Nas örften doğmuş ise itibar örfedir” görüşünden hareketle acaba dünyevi işlerle ve toplumsal hayatla ilgili nassların hemen tamamı örften doğmuştur denilemez mi?⁹² Dolayısıyla Gökalp, örfün hukuk içindeki söz konusu konumunu, diğer bir söyleyişle İslam hukukunun böyle bir toplumsal temellendirilmesini hukukçuların bireysel görüş ve tercihlerinin ötesinde sosyolojik bir gerçekliğin yansıması ve zorlaması olarak görür.⁹³

⁸⁹ Ziya Gökalp, ‘Fıkıh ve İctimaiyat’ (1332) 1 *İslam Mecmuası* 40, 42.

⁹⁰ ibid 44.

⁹¹ Ziya Gökalp, ‘İctimai Usul-i Fıkıh’ (1332) 1 *İslam Mecmuası* 84, 85.

⁹² ibid 87.

⁹³ Ahmet Selim Kadioğlu, ‘Ziya Gökalp Sosyolojisinde İslam Hukukunun Toplumsal Temellendirilmesi’

SONUÇ

Hukukun bir kurum olarak en önemli görevlerinden biri, sahip olduğu normlar ve bu normlara ilişkin yaptırım gücüyle toplumsal düzeni korumaktır. Hem normları hem de normlarla örülü sistemi içeren anlamıyla hukuk, bir taraftan adalete yönelik kapsamıyla aşkın ve ideal bir mahiyet arz ederken, diğer taraftan burada açıklamaya çalıştığımız üzere toplumsal ve insani bir nitelik taşımaktadır. Öyleyse hukukun toplumsal bir olgu olduğu inkâr edilemez bir gerçekliktir.

Kimi hukuk anlayışlarında veya sistemlerinde, işlevlerini tam ve güçlü surette yerine getirebilmesi için hukuka verilen kutsallık payesine rağmen, hiçbir hukuk sisteminin toplumsal temeli yadsınamaz. Kaldı ki, ister iptidai kabile dinlerindeki gibi şef, büyücü veya rahiplerin norm üretici özelliklerini kullanırken aynı zamanda içinde bulundukları toplumun bir üyesi olarak bulundukları insani pozisyonları düşünülün, isterse semavi dinlerde kutsal metinlerin özellikle sonraki nesiller tarafından yorumlanışındaki insanilikleri düşünülün, kutsal hukuk türlerinde dahi hukukun toplumsal mahiyeti kendini mutlaka ortaya koyar.

İslam hukuku da temelde Kur'an ve hadislerle dayanmakla beraber, nassların algılanış ve yorumlanışı belli yer ve zamanda yaşayan ve içinde yaşadığı toplumun bir üyesi olan müçtehit veya fakihin algı ve kapasite süzgecinden geçmek durumundadır. Yani kutsal metinler otantik olarak muhafaza ediliyor olsalar da ona muhatap olanların kavrayış ve anlayışları sürekli değişmekte, böylece kutsal metinlerin tümü olmasa bile belli bir kısmının ne demek istediği zamana ve mekâna göre değişebilmektedir ki bu durum esasen sünnetullah denilen yasanın bir sonucudur.

Mecelle de bizzat var oluşunu, değişen toplumsal koşullara borçlu olduğu gibi içeriği itibarıyla da zamanının toplumsal koşullarını doğal olarak yansıtmaktadır. Bunun da ötesinde bir hukuk düzenlemesi olarak hukukun ontolojik mahiyeti gereği toplumsal yönü güçlü bir kodifikasyondur. Mecelle'nin Mukaddeme kısmında yer alan ve İslam hukukunda sıklıkla “Küllî Kaideler” biçiminde anılan “Kavaid-i Fıkhiye” (hukuksal ilkeler) bölümünü oluşturan 99 maddenin birçoğunda geniş bir okumayla toplumsal nitelik ortaya konulabilirse de 36 ila 45'inci maddeler arasındaki on maddenin Mecelle'nin toplumsal niteliğini daha somut olarak yansıttığı söylenebilir.

Bu maddeler sırasıyla şunlardır: *Adet muhakkemdir. Nâsın isti'mali bir hüccettir ki anınla amel vacib olur. Adeten mümteni olan şey hakikaten mümteni gibidir. Ezmanın tegayyürüyle ahkâmın tegayyürü inkar olunamaz. Adetin delaletiyle mana-i hakiki terk olunur. Adet ancak muttarid yahut galip oldukça mu-*

[2024] Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 129, 140 <<https://doi.org/10.53568/yyusbed.1539720>>; Kadir Canatan, ‘Sosyoloji-Fıkıh İlişkileri Kapsamında Ziya Gökalp’in “İçtimai Fıkıh” Tartışmalarının Değerlendirilmesi’ (2024) 26 Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 97, 106 <<https://doi.org/10.32709/akusosbil.1578451>>.



teber olur. İtibar galib-i şayia olup nadire değildir. Örfen ma'ruf olan şey, şart kılınmış gibidir. Beyne't-tüccar ma'ruf olan şey, beynlerinde meşrut gibidir. Örf ile ta'yin, nass ile ta'yin gibidir.

Mecelle'nin bu on maddesinin -maddelerin bazılarının birbirine benzer ve hatta kimi araştırmacılar tarafından aynı anlama sahip oldukları söylenmekle birlikte- hukuk ve toplum ilişkisini oldukça kuvvetli bir biçimde ifade ettiği belirtilmelidir. Bu durum, her ne kadar kutsal kaynaklara dayansa da İslam hukukunun da nihayetinde bir hukuk sistemi olarak insani ve toplumsal olandan etkilenmek zorunda kalmasından kaynaklanmaktadır. Hatta bu durum, İslami bakış açısıyla söylenirse, Allah'ın koyduğu sosyolojik bir kanun olarak esasen doğal bir zorunluluğa dayanmaktadır.

Diğer yandan, Mecelle'nin zaten bizzat bir teklif olarak ortaya çıkıp bir proje olarak hayata geçirilmesi de İslam hukukunun içsel dinamiklerinden ziyade, değişen toplumsal koşulların neticesidir. Varlığı daha ziyade değişen toplumsal koşullara bağlı olan bir metnin hazırlanış usulü gibi içerdiği esaslar ve normların da bu koşullardan etkilenmiş olması gayet doğaldır. Zaten İslam hukuk geleneğinde toplumsal ihtiyaç ve gereklilikleri dikkate alma istihsan, istislah, içtihat, maslahat, mesâlih-i mürsele, amel-i ehl-i Medine gibi farklı formüllerle hep var olan bir pratiktir. İşte Mecelle de somut hukuki olaylarda uygulanacak pozitif normlarıyla olduğu kadar, külli kaideleriyle de bu pratiği kuvvetli biçimde ortaya koymuş bir düzenlemedir. Asırlardır varlığını sürdüren İslam hukuk geleneği ve birikiminin gerçekten de ciddiyetle, titizlikle ve büyük bir emekle ortaya konan mahsulü olarak Mecelle sadece külli kaideleriyle değil, pozitif hukuk dallarındaki hükümleriyle de başta sosyoloji olmak üzere pek çok sosyal bilim disiplininin çalışma konusu olmayı hak etmekte ve beklemektedir.

KAYNAKÇA

Ahmed Ziya Efendi, *İslâm Hukukunun Genel İlkeleri (Kavâid-i Külliyye Şerhi)* (Esra Yayınları 1996)

Ahmet Cevdet Paşa, *19. Yüzyılda Osmanlı Devlet Yönetimi: Tezakir*, vol 4 (1. baskı, Yeditepe Yayınevi 2019)

Akay İ, 'Kavâid-i Fıkhiyyenin Müstakil Delil Olma Problemi' [2018] *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 89

Akman A, 'Mecelle'de İspat Hukuku' (2024) 32 *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 355 <<https://doi.org/10.15337/suhfd.1425643>>

Akyol T, *Medine'den Lozan'a* (Milliyet Yayınları 1998)

Anbarlı Bozatay Ş, *Sosyoloji* (Beta Yayıncılık 2014)

Atay EE, *Hukuk Başlangıcı* (Gazi Kitabevi 2017)

Atıf Bey, *Mecelle'nin Külli Kaideleri* (SD Yayınevi 2017)

Azak N, 'Mecelle Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası Bağlamında Mecelle'nin Külli Kâidelerinin Kaynaklarının Tespiti Meselesi: Kronolojik ve Analitik Bir İnceleme' (2023) 59 *Diyanet İlmî Dergi* 1073 <<https://doi.org/10.61304/did.1349156>>

Bedir M, 'Sünnet' *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 2010) 150

Berkes N, *Türkiye'de Çağdaşlaşma* (Yapı Kredi Yayınları 2003)

Bosnalı Ali Ulvi, *Mecelle'nin Külli Kaideler Şerhi: Telhis* (Süleyman Tepe ed, Adalet Yayınevi 2024)

Canatan K, 'Sosyoloji-Fıkıh İlişkileri Kapsamında Ziya Gökalp'in "İçtimai Fıkıh" Tartışmalarının Değerlendirilmesi' (2024) 26 *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 97 <<https://doi.org/10.32709/akusosbil.1578451>>

Cevdet Paşa, *Tezâkir 1-12*, vol 1 (Türk Tarih Kurumu Yayınları 1953)

Demir A, *Mecelle ve Külli Kaideler* (Işık Akademi Yayınları 2011)

Erdoğan M, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi* (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları 1994)

Ergüney H, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kaideleri* (Yenilik Basımevi 1965)

French FC, *The Consept of Law in Ethics* (Preston & Rounds 1892)

Gencer B, 'Son Osmanlı Düşüncesinde Adalet' in Halil İnalcık, Bülent Arı and Selim Aslantaş (eds), *Adalet Kitabı* (Kadim Yayınları 2012)

Gökalp Z, 'Fıkıh ve İçtimaiyat' (1332) 1 *İslam Mecmuası* 40

Gökalp Z, 'İçtimai Usul-i Fıkıh' (1332) 1 *İslam Mecmuası* 84

Hâdimî ES, *Levâmi 'u'd-Dekâik fî Tercemeti Mecâmi 'i'l-Hakâik: Mecâmi 'u'l-Hakâik Tercümesi* (Hüseyin Örs and Seher Erdem Örs eds, Şirvanlı Ahmed Hamdi Efendi tr, 1. baskı, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı 2017)

Halkerston P, *A Collection of Latin Maxims & Rules in Law and Equity* (John Anderson and Co 1823)

Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelle-ti'l-Ahkâm*, vol 1 (A Asaduryan Şirket-i Mürettibiye Matbaası 1317)

Işıқтаş Y, 'Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku' (1991) 9 *Argumentum* 133.

İbn Nüceym, *El-Eşbâh ve'n-Nezâiru'l-Fıkhiyye Alâ Mezhebi'l-Hanefiyye (Hanefî Fıkhnın Esasları)* (Osman Bayder tr, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları 2022)



İlhan C, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi* (Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı 2010)

Kadioğlu AS, 'Ziya Gökalp Sosyolojisinde İslam Hukukunun Toplumsal Temellendirilmesi' [2024] *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 129 <<https://doi.org/10.53568/yyusbed.1539720>>

Karahasanoğlu CO, 'Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin yürürlüğe girişi ve Türk hukuk tarihi bakımından önemi' (2011) 29 OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 93 <https://doi.org/10.1501/OTAM_0000000568>

Karaman H, 'Âdet' *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 1988) 369

Kızılkaya N, *Haneî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Külli Kaideler* (Litera Yayıncılık 2018)

Kuru G, 'Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri' (2017) 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 201

Mardin E, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa* (İkinci baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları 2009)

Mardin Ş, *Türk Modernleşmesi* (İletişim Yayınları 2004)

McQuade DrJ, 'Ancient Legal Maxims and Modern Human Rights' (1996) 18 Campbell Law Review 75

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (Matbaa-i Osmaniye 1300)

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (Seçkin Yayınları 2023)

Neumann CK, 'Tanzimat Bağlamında Ahmet Cevdet Paşa'nın Siyasî Düşünceleri' *Tanzimat ve Meşrutiyet'in Birikimi*

'Nisâ Suresi 26. Ayet' <<https://www.kuranmeali.com/AyetKarsilastirma.php?sure=4&ayet=26>> accessed 24 March 2026

Oğuz M and Akgündüz A, 'Hüccet' *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 1998) 446

Peloubet SS, *A Collection of Legal Maxims in Law and Equity* (George S Diossy 1880)

Salihpaşaoğlu Y and Didin DB, *Teorik ve Pratik Hukuk Sosyolojisi* (Lykeion Yayıncılık 2022)

Şemsettin Sami, *Kamus-i Türki* (İkdam Matbaası 1317)

Şimşirgil A and Ekinci EB, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle* (Ktb Yayınları 2009)

Somel SA, ‘Osmanlı Reform Çağında Osmanlılık Düşüncesi (1839-1913)’ *Tanzimat ve Meşrutiyet’in Birikimi*

Tepe S and Bilgiç VK, ‘Mecelle’nin Külli Kaideleri Bağlamında Örf ve Adet Hukukunun İşlevleri’ (2025) 6 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1093 <<https://doi.org/10.47136/asbuhfd.1575198>>

Türk Hukuk Lûgatı (Başbakanlık Basımevi 1991)

Ülken HZ, *Sosyoloji Sözlüğü* (Milli Eğitim Basımevi 1969)

Üzüm İ, ‘Hüküm’ *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (TDV Yayınları 1998) 464

Yıldırım C, *Kur'an Ahkamı ve Mezhep İmamlarının Görüş Farkları* (Bahar Yayınevi 1972)

Yıldırım M, *Mecelle’nin Külli Kaideleri* (İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları 2009)

Zubaida S, *İslam Dünyasında Hukuk ve İktidar* (Burcu Koçoğlu Birinci and Hasan Hacak trs, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008)

