

*Ahmed ed-Dâur*

# Medenî Kanunun Çürütülmesi



Bu Kitap **Hizb-ut Tahrir** Yayınıdır

Basım - Yayın - Dağıtım  
**Dâr-ul Ummah**  
P.K. 135190  
Beyrut - Lübnan

Birinci Baskı  
H. 1374 - M. 1955  
Üçüncü Baskı  
H. 1410 - M. 1990

**“Yoksa onlar hala C hiliyye yönetimini mi istiyorlar? Oysa akleden bir toplum için hükmü (yönetimi) Allah’tan daha güzel olan kim vardır?” [el-Mâide 49-50]**

## **Birinci Baskının Mukaddimesi**

Bu konuşmayı, H. 30 Cumâde'l Ulâ 1374 el-muvâfık M. 24 Ocak 1955 tarihinde, Ürdün Parlamentosu'nda, Tulkerîm bölgesi Milletvekili Ahmed ed-Dâur yaptı ve konuşmasında medenî kanunu ele aldı. Ürdün Parlamentosu zabıtlarına geçen bu konuşma, H. 22 Cumâde'l Âhir 1374 el-muvâfık M. 15 Şubat 1955 tarihli, 55 sayılı resmî gazetede yayınlandı.

Bu konuşma, esasî bakımından medenî kanunun ele alınmasıdır. Bu nedenle Mısır, Suriye, Fransa, Alman medenî kanunlarını da kapsar. Hem esasî bakımından iltizam teorisinin, hem de esasî bakımından medenî kanunun ele alınmasıdır. Dolayısıyla o, medenî kanunun çürütülmesidir.

## Üçüncü Baskının Mukaddimesi

Allah insanı yaratıp bu yeryüzüne koymasından beri ona, içgüdüleri ve zorunlu doyurulmaya muhtaç uzvî ihtiyaçları yerleştirmiştir. Bu doyurulma ise, onu düzenleyecek bir nizâma muhtaçtır. Çünkü o, düzenlenmeksizin bırakılırsa, insanın mutsuzluğuna sebep olacak şâz veya hatalı doyuma yol açar.

İnsanın toplumda var olmasından bu yana, içgüdülerini ve uzvî ihtiyaçlarını doyurması yüzünden kendisi ile içerisinde yaşadığı toplumun fertleri arasında ilişkiler doğmuştur. İşte bu ilişkiler, onları düzenleyecek bir nizâma muhtaçtır.

O, içgüdülerini ve uzvî ihtiyaçlarını doyururken, menfaati celbetmeyi ve mazarratı defetmeyi amaçlar. Bu nedenle insan için, maslahatın celbini ve mefsedetini defini garanti edecek şekilde, ilişkilerini düzenleyecek bir nizâmın olması kaçınılmazdır.

Ancak celbedilecek maslahat ve defedilecek mefsedet nedir? Onun sevdiği ve kerih gördüğü bir şey midir? Yoksa ona faydalı veya zararlı olan bir şey midir? İnsan, toplumda diğer insanoğulları ile birlikte yaşar. Neyin seveceği ve neyin kerih görüleceği veya neyin faydalı ve neyin zararlı olduğu hususunda aralarında anlaşmazlık çıkabilir. Dolayısıyla onların hepsi için, maslahatın celbedilmesi ve onların hepsinden mazarratın defedilmesi, onlar açısından imkânsızlaşır. O halde celbedilecek maslahatın ve defedilecek mefsedetini ne olduğunu onlara belirleyecek bir cihetin olması kaçınılmazdır.

Bu nedenle insanlar, maslahat ile mefsedeti belirleyecek ve insanları bu belirlemeye icbar edecek birinin olması zarureti üzerinde ittifak etmişlerdir ki ilişkileri, ona göre seyretsin. Dolayısıyla kimileri, maslahatı ve mefsedeti belirleyecek olanı, beşerin koyduğu kanun kılarken, kimileri de maslahatı ve mefsedeti belirleyecek olanı, şeriat kılmıştır. Ancak aklen kesin olan bir şey var ki o da celbedilecek maslahatın ve defedilecek mefsedetini ne olduğunu belirleyecek birinin olması zaruretidir.

İslâm öncesindeki Âsur, Bâbil, Fars gibi Rasullerin rısâletlerine imân etmeyen toplumlar ile eski Mısırlılar ve Romalılar; toplumlarındaki ilişkilerin düzenlenmesi amacıyla kendileri için yasalar koydular. Ancak Roma kanunu dışında onların yasaları yok olup gitmiştir. Böylece Batılı devletler; yasaları, kanunî düzenlemeleri ve medenî kanunları için onu esas edindiler.

Kendilerine Rasullerin gönderildiği ve onlara imân eden toplumlara gelince; Rasullerin getirdiği şeriatları almışlar ve İslâm'ın dışında hepsi tahrif olmuştur. Zîra Allah Subhanehu, onu tahriften korumuş, Allah'ın arzı ve üstündekileri kendine döndürene kadar onu, tüm beşer için rısâletlerin sonuncusu kılmış ve Kıyamet Günü'ne kadar onu koruyacağına söz vermiştir.

İslâm hükümleri ve yasaları, on üç asır tatbik ve infâz konumunda kalmış ve bu sırada – maruz kaldıkları onca sıkıntılara ve savaşımlara rağmen- Müslümanların onu başkası ile değiştirecekleri akıllarına bile gelmemiştir. Çünkü onlar, onun tatbik ve infaz edilmesini, ona göre amel edilmesini Allah'ın kendilerine emrettiğine, onunla amelin terk edilmesini veya onun dışındaki yasaların ve kanunların alınmasını kendilerine haram kıldığına imân etmekteydiler. Çünkü bunun yanı sıra onlar, sadece onun sahîh ve onun dışındakilerin bâtil ve bozuk olduğunu görmekteydiler.

Bu durum, zayıf olduğu halde iken bile Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde, İslâm'ın fehminde ve topluma tatbikinde Müslümanların zihinlerine şiddetli bir zafiyet arız olana kadar bu şekilde devam etti. Bu sırada Avrupa'daki devrim başarılı oldu ve Avrupa kralları ile imparatorlarının; otoritelerini Allah'tan aldıklarını, Allah'ın kendilerine yasama ve insanları yönetme hakkı verdiğini iddia ettikleri ilâhî görevlendirme teorisini kaldırmayı

başardı. Böylece devrimin başarısı, bu teoriyi ortadan kaldırdı ve şu iki fikre dayanan demokratik fikri çıkardı: Egemenlik halka aittir fikri ve otoritenin kaynağı halktır fikri.

Egemenlik halka aittir fikrine göre; halk kitlelerinin genel iradesini yansıtan çoğunluğa göre nizamların ve kanunların konulmasında, kendilerine vekil olmaları için seçtikleri milletvekilleri aracılığıyla nizâmları, yasaları ve kanunları koyan halktır.

Otoritenin kaynağı halktır fikrine göre; milletvekillerinin çıkarttığı nizamların, yasaların ve kanunların infazında kendisine vekil olmaları için halk, kendi içinden yöneticiler seçer ve bu yöneticiler otoriteyi, otoritelerin kaynağı olması itibarıyla halktan alırlar.

Baskı veya zorlama olmaksızın tamamen özgür bir şekilde halkın egemenliğini kullanabilmesi, nizâmlarını ve kanunlarını çıkarabilmesi, vekillerini ve yöneticilerini seçebilmesi için, fertlerinden her bir ferdin genel özgürlüklerden faydalanması kaçınılmazdır.

Avrupa devletleri; Avrupa'daki devrimin zaferinden ve ilâhî hak teorisini kaldırmasından sonra modern kanunî düzenlemelerini koyunca, -fertlerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen kanunların olduğu- medenî kanunların konulmasında, iltizam teorisine dayanan Roma kanununa itimat ettiler. İltizam teorisi ise, "Bir ya da birden fazla kişiyi, başka bir veya birden fazla kişiye karşı bir şeyi vermekle veya bir işi yapmakla veya bir işi yapmamakla yükümlü kılan anlaşmadır". Bu da "alacaklıya; borçludan bir şeyi vermesini veya bir işi yapmasını veya bir işi yapmamasını talep etme hakkını veren, alacaklı ve borçlunun olduğu iki kişi arasındaki bağ" olan şahsî haktır.

İltizamın üzerine dayandığı bu bağ, borçlunun malı üzerinde değil, bedeni üzerinde alacaklıya verilen bir yetkidir ve aynı hak ile şahsî hak arasını ayıran da budur. Zira aynı hak, kişiye bir şey üzerinde verilen yetkidir. Şahsî hak ise, kişiye başka bir kişi üzerinde verilen yetkidir.

Buna binaen alacaklının borçlu üzerindeki yetkisi, idam hakkının, köle edinme hakkının ve tasarruf hakkının girdiği geniş bir yetkidir. Daha sonra bu teorinin bozukluğu ortaya çıkınca, borçlunun hapsedilmesi gibi medenî kanunun belirttiği uygulama ile sınırlı kalacak derecede yetkinin daraltılması yoluna gittiler. Ardından bu uygulama, haciz gibi borçlunun şahsına değil, malına indirgenmiştir.

Romalılar döneminden bu yana iltizamın iki tezahürü olmuştur: Alacaklı ile borçlu arasındaki şahsî bağ olması itibarıyla tezahürü ve borçlunun zimmetine terettüp ettiği halde, alacaklının zimmetine hak olarak geçen mâlî unsur olması itibarıyla tezahürüdür.

Bunun üzerine iltizam teorisinin bozukluğu ortaya çıkınca hem şahsî, hem de mâlî yönü olması için böyle bir yorum yapılmıştır. Bu da iltizamda ihtilafın doğmasına yol açmıştır. Böylece iki ekol ortaya çıkmıştır: Birincisi; Roma kanununun temel görüşünü korumak için şahsî yönü ön plana çıkarmaktadır ki bu da Latin kanunî düzenlemelerinin takip ettiği ekoldür. Diğeri ise; mâlî yönü ön plana çıkararak onu, hem şahsî yönden, hem de Roma kanunundan kurtarmaktadır ki bu da Germen kanunî düzenlemelerinin takip ettiği ekoldür. Böylelikle iltizam teorisi, Latinlilere göre, şahsî bir anlayış ile anlaşılmaya başlamış, bu anlayışa malın ilhak edilmemesi, kişi ile sınırlı kalınması terettüp etmiş, bu nedenle borcun havalesine cevaz vermemişler, iltizamda bâtını irade teorisini almışlar ve ondaki kasta itibar etmişlerdir.

İltizam teorisi, Germenlilere göre maddî bir anlayış ile anlaşılmaya başlamış, bu anlayışa kişinin değil malın ilhak edilmesi terettüp etmiş ve bu nedenle borcun havalesine cevaz vermişlerdir. Böylece iltizamda iki ekol oluşmuştur: Şahsî ekol, iltizamda esas olanın, alacaklı ile borçlunun arasındaki şahsî bağ olarak görmektedir. Maddî ekol, iltizamda önemli olanın, kişilerin değil mahalli oluşunu ve şahsî bağın esas olmadığını görmektedir. Böylece iltizamda zâhiri irade teorisini aldılar ve akdin lafızlarına itibar ettiler.

İltizam teorisi, Batılı kanunî düzenlemelerin tamamında en önemli hukukî teori olarak itibar edilir. Zira o, onların nezdinde medenî kanuna, hatta genel kanuna göre vücudun bel kemiği mesabesindedir. Zira o, onların nazarında, düşünme sahası olarak kanuni teorilerin en elverişlisi, genelleştirme alanı olarak en geniş olanı ve genel kaidelerin filizlenmesi için toprak olarak en verimlisidir ve onu farklı milletlerin yasalarını birleştirebilen teorilerin en iyisi olarak görmektedirler.

Batılı Kâfir devletler, Müslümanları İslâmlarından uzaklaştırmak, Hilâfet Devleti'ni ve İslâm yönetimini yok etmek amacıyla, Müslümanların beldelerine yönelik misyonerlik istilasına ve kültürel istilaya başlayınca, İslâm fikirlerine, nizâmlarına ve hükümlerine saldırmaya, bu fikirleri, nizâmları ve hükümleri çarpıtmaya başladılar. Yine İslâmî şeriata saldırılmasına, hükümlerinin çarpıtılmasına ve bunların, yeni çıkan sorunları çözmeye muktedir olamamakla itham edilmesine yol açtılar. Nitekim Müslümanların evlatlarından bazı yöneticiler, ajanlar, Batılı kültürle kültürleneler, Batılı fikirlerle, Batılı nizâmlarla ve Batılı yasalarla sırtlanışanlar bundan etkilendiler. Bunun sonucunda da Sultan Abdulmecid döneminden itibaren bazı Batılı kanunlar alındı, Hilâfet Devleti'ne sokuldu, infaz konumuna konuldu ve bunların alınmasının cevazına dair âlimler tarafından fetvalar yayınlanmasıyla hâkimler bunlara göre hükmeder oldular.

Ancak medenî kanun, Osmanlı Devleti'nde alınmamıştır. Çünkü âlimler, onun alınmasına cevaz vermemiştir. Zira onun yerine İslâm'daki muamelat hükümlerinden alınmış olan mecelle konulmuş ve medenî kanun uzaklaştırıldı. Ancak Mısır, 1883 yılında Fransızca metni ile eski Fransız medenî kanununu alarak, daha sonra onu Arapça diline tercüme etmiştir.

Batılı devletler, Hilâfet Devleti ile İslâm nizâmlarına ve kanunlarına göre yönetimi kaldırıncaya, Müslümanlara tatbik edilsin diye bunların yerine medenî kanun da dâhil kendi nizâmlarını ve kanunlarını koydular.

Böylece Arap devletleri, mahkemelerde Batılı kanunlardan alınan ve iltizam teorisine dayanan medenî kanunu tatbik eder oldular. Oysa bu teori ve onun üzerine bina edilen medenî kanunlar, cümleten ve tafsilen esasî bakımından bozuktur.

Üstâz Ahmed ed-Dâur'un -ki Allah ona uzun ömürler, güç ve kuvvet versin- Ürdün Parlamentosu'na sunduğu ebadı küçük çok değerli bu kitapçıkta, özelde Ürdün medenî kanununu, genelde ise medenî kanunu, bunların çürütülmesini ve tüm medenî kanunların esasî üzerine dayandığı iltizam teorisinin çürütülmesini ele almıştır.

Bu değerli kitapçıkta; iltizam teorisi, hakkın manası, şahsî ve aynı olarak taksim edilmesi, bâtını iradeyi alan ve akit taraflarının kastına itibar eden psikolojik eğilim, zâhiri iradeyi alan ve iradenin ifadesine bağlı kalan materyalist eğilim incelenmiştir. Bu teorisinin bozukluğuna, vakıya ve insanî bakışa aykırılığına, dolayısıyla bunun üzerine bina edilen kanunların bozukluğuna açık bir şekilde parmak basmak için, herkesçe doğruluğu kabul edilmiş hisse ve vakıya dayalı derin ve titiz bir araştırmadır.

Üzerine bina edildiği esasî bakımından iltizam teorisinin çürütülmesi ve medenî kanunun çürütülmesi hakkındaki bu araştırma, bozuk akidelerin ve fikirlerin hissedilen vakıya aykırılığını, bu akidelerin ve fikirlerin sahiplerine göstererek çürüten Kur'an-il Kerîm'in üslubu üzerine gelmiştir. İsâ Aleyhi's Selâmı ilah edinenlere verilen cevap hakkındaki Allahu Te'alâ'nın şu kavli gibi:

**"Meryem oğlu Mesîh ancak bir Rasuldür. Ondan önce de (birçok) Rasuller gelip geçmiştir. Anası da dosdoğru bir kadındır. Her ikisi de yemek yerlerdi."** [el-Mâide 75]

Zira Allahu Subhânehu, İsâ'nın ve annesinin de diğer insanlar gibi yemek yediğini ve def'i hâcet yaptığını onlara beyan etmiştir. Necasete dönüşmüş yemeğin def'i haceti ise, ne ilahlık sıfatındandır, ne de ilahlığa yakışır. Şu kavli gibi:

**"Eğer o ikisinde (yerde ve gökte) Allah'tan başka ilahlar bulunsaydı, elbette o ikisi (yer ve gök) ifsat olurdu."** [el-Enbiyâ 22]

Ancak o ikisi, fesada uğramadan dakik bir nizâma göre seyretmektedir. Ortağı olduğunu söyleyen bir kimse, ortaklar arasında anlaşmazlık çıkması ihtimalini inkar edemez. Dolayısıyla da birden fazla ilah olması halinde yer ve gök ifsat olacaktır. Şu kavli gibi:

**"Kendisine nisbet ettikleri şahsın dili Acemcedir.**

**Halbuki bu (Kur'an) apaçık bir Arapçadır."** [en-Nahl 103]

Rasul'e Kur'an'ı öğretenin Cebir olduğunu iddia edenlere verilmiş bir cevaptır. Zira Allahu Subhânehu, onların dikkatlerini, Arapça konuşmasını iyi bilmeyen ve Acem olan -ki onlar, onu tanıyorlardı- bu şahsa çekmiştir. Oysa Rasul onu, kusursuz apaçık bir Arapça dili ile getirmiştir. Nitekim bir benzerini getirmeleri için onlara -ki onlar, Arapların en belîğ ve en fasihi olanlarıdır- meydan okuyunca aciz kalmışlardır.

Kitapçık, iltizam teorisinin, hakkın ve tarifinin, şahsî ve aynî olarak taksiminin çürütülmesinde bu üslubu takip etmiştir. Bunların her birinin zatındaki bozukluğunu, birbiriyle çelişmesini, vakiyla çelişmelerini, asıldan uzaklaşmalarını ve kanuna konulmuş iltizam ile çelişen yeni kaideler getirilmesini, bu hile için tevil ve tefsir getirmelerini açıklamıştır. Böylece vâzih bir şekilde açığa çıkmıştır ki iltizam teorisi, kanuna konulmuş iltizam teorisiyle çelişen teorilerin ve kaidelerin bulunması deliline binaen, övündükleri gibi ne düşünenin sahası olmaya uygundur, ne genelleştirmenin alanı olmaya uygundur, ne de genel kaidelerin filizlenmesine uygundur. Aynı zamanda Komünizm'in ortaya çıkması ve sanayinin gelişmesi ile ortaya çıkan kusurunun deliline binaen, milletlerin yasalarını birleştirme kabiliyeti de yoktur. Böylelikle hem bu teorinin bozukluğu, hem de onun üzerine bina edilen medenî kanunların ve yasaların bozukluğu cümleten ve tafsîlen ortaya çıkmıştır.

Batılı yasaya ve İslami yasaya bakan bir kimse Batılı yasanın; esasının bâtil, çözümlerinin bozuk, esasî terk etmediği ve ondan uzaklaşmadığı sürece yeni sorunlara çözüm getirmekten aciz olduğunu ve esasla ilgisi olmayıp onunla çelişen çözüm getirdiğini görür. Oysa İslamî yasaya bakan bir kimse ise; esasının sahîh ve zannî olmayıp katî, çözümlerinin vakiyaya ve Allah'ın insanları üzerine yarattığı fitrata mutabik hak olduğunu, dayandığı esastan veya kendisinden istinbat edilen genel hatlardan hiç uzaklaşmadan her türlü soruna dönük çözüm istinbat etmeye muktedir olduğunu görür.

Gerek İslâm'ın hayat, devlet ve toplum vakıasına geri dönmesine dair Müslümanlara bir umut doğmuşken, gerekse Allah Subhânehu ve Te'alâ'nın emrine icabet edip İslâm'ın, içerisinde yaşadıkları kötü vakiadan kurtuluşlarına yegâne ümitleri olduğuna imân ederek İslamî beldelerinin tamamında açık görünür bir şekilde İslâm'a teveccüh etmişlerken, Hilâfetin ikâmesine ve Allah'ın inzal ettikleriyle yönetimin geri dönmesine yönelik zafer alametleri görünmeye başlamışken, medenî kanunun bel kemiğinin rükünlerini yıkan bu değerli kitapçığın Parlamente'ye sunulmasının ve ilk baskısının üzerinden otuz beş sene geçmesinin ardından yeniden basılması, elbette oldukça önemlidir.

Bu kitapçık; akılları ile kalplerindeki perdenin kalkması, hatta -özellikle onlar nezdinde övünç ve gurur kaynağı iken- Batı fikirlerinin, nizamlarının, yasalarının bozukluğunu ve kokuşmuşluğunu, bunların İslâm'ın hükümlerine ve yasalarına tamamen zıt olan küfür fikirleri, küfür nizamları, küfür yasaları olduğunu idrak etmeleri için kendilerini -gerçek vakıası ifşa olmasına rağmen- Batının fikirlerine, nizamlarına ve yasalarına esir edip onun kültürüyle kültürlenmiş, fikirleriyle beslenen, ona büyük bir hayranlıkla bakmaya devam edegelen kimseler açısından elbette oldukça önemlidir.

Yine bu değerli kitapçık; hem Batı yasalarının ve nizamlarının ne kadar bozuk olduğunu, hem de İslâm'ın ne kadar azametli, yasalarının ve nizamlarının ne kadar yüce olduğunu idrak etmeleri, İslâm'ı ve hükümlerini tatbik ve infaz konumuna koymaya tamamen hazır

olmaları için siyasîler, hâkimler, avukatlar, hukukî ve kanunî yönle ilişkisi olan herkes açısından da oldukça önemlidir.

Bu kitapçığı, her türlü hayra vesile kılmasını, İslâm'ın ve Müslümanların yeryüzünde güçlenmesini hızlandırmasını Allah'tan temennî ederiz ki bir an evvel Müslümanların beldelerinden, dahası tüm dünyadan küfür fikirlerini, nizamlarını ve yasalarını yok etmeye, Allah'ın inzal ettikleriyle yönetimi hayatta, devlette ve toplumda yeniden başlatsınlar. Bu, Aziz olan Allah'a hiç de zor değildir.

Abdulkadîm Zellûm

H. 09 Zilhicce 1410

M. 02 Haziran 1990



*Sayın Meclis Başkanı,*

*Sayın Milletvekilleri,*

Hükümet, bu saygın meclise, bir medenî kanun tasarısı sundu. Ben de sizlere, bu tasarıya ilişkin olarak aşağıdaki araştırmayı sunuyorum.

-Sayın milletvekilleri- bildiğiniz üzere bizler, kanun çıkarma konumunda olup kanunu okuma konumunda değiliz. Yani bizler, yasama konumundayız, yargı konumunda değiliz. Hâkimin kanunu anlaması için, kanunun kaynağı olan hukuka müracaat etmesi zorunlu olduğuna göre, kanun çıkarıcının da kanunun alındığı hukuka müracaat etmesi kaçınılmazdır ki böylece kanunu çıkarması, hidayet ve beyyine üzerine olsun. Dolayısıyla bu hukukun -ki o, kanunun aslıdır- bozuk olduğu ortaya çıkarsa, aslının bozuk olmasından dolayı onun kanunu reddetmesi kaçınılmaz olur. Bu nedenle hem kanunun hükümlerini aldığı kaynaklara müracaat etmemizin, hem de genel şekliyle hukuka müracaat etmemizin bizler için -ki bizler yasama konumundayız- elzem olduğunu görüyorum. Bundan dolayı bu kanuna, yasama açısından değineceğim ve bu da kanunun alındığı hukuka müracaat edilmesini kaçınılmaz kılmaktadır ki böylece kanunun gerçek yüzü açığa çıkmış olsun. İşaret etmek isterim ki kanuna ilişkin hukukî yön hakkındaki konuşmam, ne bir ilmî konuşmadır, ne de bir akademik konuşmadır. Bilakis bir kanun tasarısına dönüşen, sonra da yasama aşaması tamamlanıp kanun olarak konulacak olan yasama metinlerinin maksatlarına ilişkin hukukî bir konuşmadır. Bu nedenle kendimi; tasarının dayandığı bakışa, medenî kanunların hukukî aslına ve İslâmî şeriata ilişkin pek çok nokta hakkında konuşmak zorunda kaldığımı görmekteyim.

### **1. Sunulan Tasarı**

Bu tasarıdan ortaya çıkmaktadır ki biçimsel ve nesnel olmak üzere onda pek çok kusur vardır ve özetle aşağıdaki kusurlar şeklinde açığa çıkar:

a-Bu kanuna, "medenî kanun" ismi verilmesi, hatalı bir isimlendirmedir. Çünkü o, insanların ilişkilerini düzenleyen bir kanundur -ki o da muamelat kanunudur- ve medenî lafzı ile muamelat arasında hiç bir ilişki yoktur. Dolayısıyla kanunun, medenî olarak vasıflanması, aslına intibak etmeyen bir vasıflandırmadır. Çünkü aslında o, insanların ilişkilerini -ki bu muameleatlardır- düzenlemektedir ve hangi mana kast edilirse edilsin kanunun medeniyet ile bir ilişkisi yoktur. Zira medeniyetle, (gerilemenin zıttı) gelişmek manası kastedilmiş olsa bile kanun, ilişkileri düzenleyen olarak vasıflanır. Dolayısıyla o, muameleatlar kanunudur, gelişmiş de olabilir, gelişmemiş de olabilir. Nitekim Napolyon döneminde konan Fransız kanununun bozukluğu ve geri kalmışlığı Fransızlar indinde ortaya çıkmış ve onun yerine yeni bir medenî kanun konulmuştur. Bununla birlikte medenî kanun olarak isimlendirilmeye devam edilmiştir. Yine Roma kanunundaki teorilerin bozukluğu ortaya çıkmış ve bununla birlikte ona medenî kanun denilmeye devam edilmiştir. Oysa kanunun, medenî olarak vasıflandırılmasından murat, gelişmiş ya da gelişmemiş olmasının beyanı değildir. Bilakis murat, aslında onun muameleatları düzenlemesi için konulduğunun beyan edilmesidir. Bu nedenle medeniyet ile muameleatlar arasında kesinlikle bir ilişki yoktur. Medeniyetle şehre nispet edilmesi kastedilmiş olsa bile, kanun sadece şehir için konulmaz. Bilakis şehir, köy ve bedevî çadırları için de konulur. Dolayısıyla şehre tahsis edilmesinin, kesinlikle hiç bir anlamı yoktur. Medeniyetle, somut maddî şekiller kastedilmiş olsa bile, bu evrenseldir ve alakaları düzenleyen değildir. Dolayısıyla kanunun, şekillerle ve sanayilerle ilişkisi yoktur. Binaenaleyh kanunun, medenî kanun olarak isimlendirilmesinin ve medenî olarak vasıflanmasının hiç bir anlamı yoktur. Bilakis o, muameleatlar kanunudur.

b- Bu kanun, evlilik ve boşanma gibi aile hukukunu kapsamamaktadır ve onu, ahvâl-i şahsîyye diye isimlendirilen başka bir kanuna bırakmaktadır. Oysa evlilik ve boşanma, insan ilişkilerinin merkezine oturmaktadır. Bu nedenle ne bunların onda zikredilmemesinin bir anlamı vardır, ne de ondan koparılmasının bir anlamı vardır. Çünkü bunlar birer ilişki olup şahsî haller değildir. Bununla birlikte bu kanun, bazı aile hükümlerini, aile hükümlerinden olmasına rağmen muameleatlar olması itibarıyla zikretmiştir. Zîra çocuk hükümlerini zikretmiş, vasiyet hükümlerini ele almış ve miras dağılımını fasletmiştir. Böylelikle aile hükümlerini parçalayarak, ahvâl-i şahsîyye olarak isimlendirilen tek kanun altında bir bölüm oluşturmuş ve bunu mezhepçi mahkemelere bırakmıştır. Yine medenî kanun olarak isimlendirilen başka bir bölüm oluşturmuş ve bunu da nizâmî mahkemelere bırakmıştır. Böylece aile hükümlerini, muameleatları parçalayacak şekilde parçalanmaya terk etmiştir. Oysa evlilik hükümlerinden tutun alış-veriş hükümlerine, boşanma hükümlerine ve icâra hükümlerine kadar muameleatların hepsi tektir ve tek bir kanunun altında tasnif edilmesi gerekir.

c- Bu kanun; muamelatta olan maddeler, usulü muhakemede olan maddeler ile beyyinat kanununda olan maddeleri birbirine karıştırmıştır. Örneğin, doğum tespitini açıklayan 32. maddenin bu kanunda yer aldığını görürüz. Oysa bu maddenin yeri, beyyinat kanunudur. 34. maddedeki gerçek kişilik bahsinde tüzel kişiliği zikretmiştir. Oysa bunun yeri, tüzel kişilik bahsidir ve onun, kanun içerisinde hükümlerini açıklayan özel bir bölüm altında özel bir bahsi olması gerekir. Ürdün vatandaşlığı hakkındaki 35. maddeyi zikretmiştir. Oysa bu madde anayasa mahallinde olup kanun değildir. Yine 42., 43., 44., ve 45. maddeleri, gerçek kişilik bahsinde zikretmiştir. Oysa bunlar, ikamet mahalli ile alakalı olup bunların yeri usul muhakemeleridir, muamelat kanunu değildir. Yine 46., 47., 48., 49. ve 50. maddelerini ilk bâbta zikretmiştir. Oysa bu maddelerin yeri, tasarruf yetkisi bahsidir ve bu da özel bir bahistir. Böylece bu kanundaki maddeler, aynı kanuna göre mahalli dışında zikredildiği gibi, hem anayasa mahallinde olan maddeler bu kanunda zikredilmiştir, hem de başka bir kanun mahallinde olan maddeler bu kanunda zikredilmiştir. Bu nedenle gerek tasniflendirmedeki, gerekse maddelerdeki karışıklık bu kanunda açık ve nettir.

d- Bu kanun maddelerinin düzenlenmesinde takip edilen üslup, tutarsız bir üsluptur. Çünkü o, bunların düzenlenmesinde, müteaddit kanunlara itimat etmiştir. Kanun hükümlerinin düzenlenmesinde birden fazla kanunî düzenlemeden yardım alınması ise, hem tutarsızlığa, hem de zıtlıkların ve çelişiklerin bir araya toplanmasına yol açar. Bu nedenle hukukî düzenleme açısından bu kanunda; ne materyalist eğilimin, ne psikolojik eğilimin, ne mantukun, ne mefhumun gözetildiğini, onu koyanların; koyarken ne eğilimi, ne de metinde makullüğü düşündüklerini görürüz. Onların tek derdi, müteaddit kanunlardan lafızları bir araya toplamaktır. Bu nedenle hâkim; mutat örfe göre hükmetmek ile, ki böylece kanunu kendince yorumlayacak ve bâtını niyet ile iradeyi araştırarak bunları gözetecektir, ve tamamen metne bağlı kalmak ile, ki böylece bunun dışına çıkmayacaktır, muvafakat ve muhalefet mefhumuna göre metnin lafzının delalet ettiği manaları tatbik etmek arasında kalarak kendisini şaşkınlık içerisinde bulacaktır. Çünkü bu kanun, müteaddit kanunlardan bir grup metinleri alıntılararak bunları, tezatları ile birlikte tek bir kanunun parçası haline getirmiştir. Dolayısıyla metinlerin mefhumunda, karışıklık ortaya çıkmıştır. Bu da metinlerin alıntılındığı müteaddit kanunî düzenlemeler arasında, asılda, itibarda, hukukî düzenleme esasında ve benzerlerinde, çelişki ve ihtilaf olmasından ötürüdür. Bu nedenle hâkim kendisini, tamamen imkânsız olmasa da tatbik edilmesi zor bir kanun karşısında bulacaktır.

e- Yasama siyaseti açısından bu tasarıda, hukukî metni anlaması için hakime, ne anlama ile istinbat etmede içtihat alanı, ne de teşriî metinlerine veya aslî kaynaklara müracaat etme alanı bıraktığı mülahaza edilir. Bilakis hâkimi, metinleri daraltan bir şekilde düzenlenmiş maddelere konulan donuk metinler karşısında bırakmıştır. Bu yüzden bu metinler, hâkimin elini kolunu bağlayacak, dolayısıyla da adaleti sağlayacak şekilde kanunu tatbik

edemeyecektir. Bundan dolayı birçok hâkimin, bu kanuna benzer kanunlara göre davalara hükmettiklerini, hükmün adil olmadığını bizzat kendilerinin de gördüklerini, ancak kanunun, bu hükmle hükmettiğini görmekteyiz. Bu nedenle hâkim, adaleti gerçekleştirmek ve kanunu tatbik etmek arasına sıkışarak şaşkınlık içerisinde kalmaktadır. Hâkime içtihat alanı bırakmayacak şekilde kanunun metinlerini daraltan ise, teşrii kaideleri ve tafsili meseleleri içermiş olmasıdır. Böylelikle de hâkimlerin içtihadı, sınırlandırılmıştır. Çünkü teşrii kaide, teşrii yönlerinden bir yönün beyanını kapsamaktadır ve onun altında pek çok hükmün tasnif edilmesi mümkündür. Şu kaide gibi: [ ] "**Eşyada asıl olan**

**ibâhattır.**" Mesele ise; mahsulünün beşte biri karşılığında toprağın kiraya verilmesinin yasaklanması gibi bir cüze ilişkin şer'î hükmün beyanıdır. Dolayısıyla kanunun teşrii kaideleri kapsamı, hâkimi bunların sınırları içerisindeki bir içtihatla sınırlandırmaktadır. Oysa bunlar, müçtehidin kendisinden hüküm istinbat edeceği şer'î delillerden değildir. Bu nedenle onun kaidelerle sınırlandırılması, içtihadının sınırlandırılmasıdır. Yine kanunun, meseleleri kapsamı da bunların sınırlarıyla hâkimi sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla kanunun belirtmediği bir dava geldiğinde hâkim, kanunun metnine bağlı kalacaktır ve bu da onu sınırlandırmaktadır. Çünkü cüzî meseleler, son bulmaz ve her gün yenilenir. Bu nedenle kanuna, teşrii kaidelerin konulması caiz değildir. Bilakis hukuka konulur ve anayasaya konulur. Hukukta bulunmalarına gelince; çünkü bunlar, kanunların çıkarılmasının ve kanun yapılmasının kaynağıdır. Anayasada bulunmalarına gelince; hem devletin kanunlarla çelişmemesi, hem de devletin ne ile hükmettiğini insanların doğrudan görmesi için devletin benimsediği önemli teşrii yönleri beyan etmek içindir. Bu nedenle devletin temel yasası olmasından dolayı anayasa, teşrii kaideleri içermektedir. Kanunlara gelince; pratik sorunların çözümleri ve yeni çıkacak tafsili meselelerin hükümleri olup husumetleri fasletmek için konulur. Bu kanunların içerisinde olanlar ise, yargı hükümleri olup teşrii kaideler değildir ve cârî meselelerin tamamının altında tasnif edilmesi için kendisine umum sıfatı kazandıran hukukî düzenlenmesiyle, hukukî kitaplardaki mevcut hükümlerden farklılık arz eder. Hâkimin görevi, sadece anlaşmazlıkları fasletmek veya üzerinde anlaşmazlık olan mesele hakkında hükmün bağlayıcılığını tebliğ etmektir. Yoksa hâkimin görevi, teşrii kaideler içeren kararlar çıkarmak değildir. Çünkü hâkimin görevi, başka bir hâkimin müracaat edeceği hüccet değildir. Bu nedenle ideolojik davalar diye bir şey yoktur. Zira kaynak, istinbat edilen şer'î hükümlerdir, hâkimlerin kararları değildir.

Bu nedenle kanunun, teşrii kaideleri ve tafsili meseleleri kapsamı hatadır ve cârî meselelerin tamamının altında tasnif edildiği hükümlerin dışındakileri kapsamı da caiz değildir. Zira hüküm, ibahat ve haram gibi [ ] "**Şâri'nin, kulların fillerine ilişkin hitabıdır**" ve hüküm, faizin yasaklanması gibi pek çok meseleler için genel olur. Zira faizin yasaklanması, hem ribâ-il fadlı, hem de ribâ-in nesîeyi kapsar.

f- Bu tasarı, hükümlerini müteaddit kaynaklardan almıştır. Zira hem farklı yabancı kanunî düzenlemelerden almış, hem de İslâmî hukuktan almıştır. Oysa bu kaynaklardan her bir kaynağın, kanunî düzenleme hukukunda kendi ekolü ve muayyen fikrî bir tasviri temsil eden bakıştan hükümlerini çıkarma yöntemleri vardır. Bu ekollerin hepsine birden, kanunî düzenlemelerin içerdiği pratik çözümleri bir araya toplayan tek bir asıl olarak itibar edilmesi imkânsızdır. Bunun yanı sıra bu çözümlerden her bir çözümün gerekçesi, konulmasını gerektiren gereksinimdir ve gereksinim ise, insanların hayata bakış açıları hasebiyle farklılık arz eder. Zira bir belde, faizin (riba) yasaklanması için -örneğin Sosyalizm Nizamında olduğu gibi- bir yasanın konulmasına gereksinim duyarken, Kapitalizm Nizamına göre gereksinim, faizin serbest bırakılmasını gerektirir, onun yasaklanmasını uygun görmez ve yasaklanmasına, mâlî işlerin durması olarak itibar eder. O halde kanunun, birbirine zıt olan bu iki itibar üzerinden alınması nasıl mümkün olabilir? Ne var ki bu tasarı, bu zıtlıklardan almıştır. Zira bu tasarı, yabancı kanunî düzenlemeleri temel kaynak kılmış, ona önemli bir unsur olarak itibar etmiş ve ondan tafsili hükümler ile genel kaideler iktibas etmiştir.

Tasarının, yabancı kanunî düzenlemelere başvurduğu hüküm örneklerinden biri, kanunların uyumsuzluğu meseleleridir ki bunlar, eski İtalyan kanunundan alınmıştır. Tasarı, aile mülkiyetini -ki yaygın mülkiyet görüntülerinden bir görüntüdür- düzenlemiş ve bu hususta İsviçre kanunî düzenlemesi ile İtalyan kanunî düzenlemesine başvurmuştur. Yine tasarı, aralarında sendika oluşturmak istediklerinde, Fransız hukukundan bütün mamullerinin düzenlenmesine ilişkin özel hükümler almıştır.

Tasarı, İslâmî şeriat olması itibari ile değil, bir kanun olması itibarıyla İslâmî hukuktan alınan hükümleri de ihtiva etmiştir. Bu nedenle hükmün ifadesine dikkat etmesine rağmen, bunların üzerinden hukukî ifadesini kaldırmış, cılız ve silik bir üslupla koymuştur. Ölüm döşegindeki hastanın alış-verişi, şuf'a ve hibe, mirasın varise intikal etmesinden önce borcun ödenmesi, vakfın kiralınması, ihtikâr, kiralaayanın ölümü ile kiranın sona ermesi ve benzerleri bu hükümlerdendir. Borcun havalesine gelince; onu, İslâmî şeriatından değil, modern kanunlardan almıştır. Bundan dolayı kanunun ihtiva ettiği hükümlerin, oradan-buradan derlenerek bir araya toplandığını görürsünüz. Bu nedenle de onun, çelişkili ve tutarsız olduğunu görürüz.

## 2- Tasarının Kaynakları

Bu tasarıda, müteaddit kanunlardan hükümlerin nakledilmesiyle sınırlı kalınmadığı mülahaza edilir. Bilakis bu kanunların kaynağını -ki bu müteaddit hukuktur-, muteber asıl kılmıştır. Bu nedenle bu asılların arasını uzlaştırmaya çalıştığını görürüz. Yine bu tasarıda, Fransız kanununa itimat etmiş olmasına rağmen Alman kanununa başvurduğu ve şer'î hükümlerden yardım aldığı da mülahaza edilir. Ancak bunu, bir din olması itibarıyla değil, bilakis bir kanun veya en çok bir hukuk olması itibarıyla almıştır. Bu kanunun esbâbı mücibesinde, onun (Mısır medenî kanununa benzer şekilde çıkartılmış olan Suriye medenî kanunu esasına dayandığı) geçmiştir. Bu kanunun alındığı Mısır medenî kanunu ile Suriye medenî kanununa müracaat edildiğinde, bu tasarının, üç kaynağı olduğu ortaya çıkar. Bunlar şunlardır: Birincisi: Eski Mısır medenî kanunî düzenleme metinleri ile birlikte bunlarla amel ettikleri sırada Mısırlı hâkimlerin verdiği hükümlerdir. İkincisi: Modern kanunî düzenlemelerdir. Üçüncüsü: İslâmî hukuktur.

### a- Eski Mısır Medenî Kanunu:

Eski Fransız medenî kanunundan alınmış, 1883 yılında Fransız dili ile konulmuş, sonra Arapça diline tercüme edilmiştir. Oysa onun alınması; bozukluğu insanlar tarafından ortaya çıkmış ve kesinlikle elverişsiz hale gelmiş olan eski Fransız kanununun sırf taklidiidir. Dolayısıyla taklit edilen kanunî düzenleme elverişsizdir. Bunun yanı sıra Mısır medenî kanunu; aslından kopuk meseleleri, İtalyan hukukundan ve şer'î hükümlerden çıkararak bunları parça parça almıştır. Böylece kanun, hem tercüme edilen eski Fransız kanununun kusurlarını, hem de parça parça çıkarılan meselelerin kusurlarını ihtiva etmiştir. Bu nedenle Mısır yargısı, onun tatbikinde bocalamış ve maddelerinin yorumunda zorlanmıştır. Böylesi bir kanun, ne kanunî düzenleme kaynaklarından bir kaynak olmaya, ne de kanunî düzenlemeye esas olarak konulmaya elverişlidir. Nitekim yeni Mısır medenî kanun tasarısı, bunu mülahaza etmiş olmalı ki, kaynak yapılmasına imkân sağlamak amacıyla, onun tatbiki sırasında Mısır yargısının verdiği hükümleri ona ilhak etmişlerdir. Ancak bu da çamuru balçığa çevirmiştir. Çünkü Mısır yargısı, eski medenî kanuna göre hareket ediyordu. Zira Mısır yargısı, onun maddelerini tatbik ediyordu. Hâkimler de onun, karışık mahkemelerin kanunundan alındığını biliyorlardı. Dolayısıyla kanunun anlaşılmasında ve tatbikinde karışık mahkemelerin hükümlerinden yardım alıyorlardı. Oysa Hâkimler, İslâmî hukuk hakkında hukukî çalışmalara sahip olmalarına ve İslâmî çevrede yaşamalarına rağmen, Müslüman olan ve on iki asır boyunca hukuken İslâm ile yönetilen Mısır'daki insanların

ihtiyaçlarıyla çatışınca, Mısırlı hâkimler, hem vakıyı kanunla ya da kanunu vakıyla uzlaştırmak hem de Fransız kanunu olan Mısır medenî kanunu ile İslâmî çevredeki meselelere hükmetmek zorunda kaldılar. Bu nedenle kanun, kendisiyle çelişen vakıya, vakıacı bir yorumla yorumlanmaya başlandı. Dolayısıyla bu, yargı ile yargının tatbik ettiği kanun arasında bir çelişkidir. Böylece Mısır kanunî düzenlemesi; Fransız medenî kanun düzenlemesinden, Mısır'da tatbik edilen hukukî hükümlerden ve vakıa ile kanunu uzlaştırmaya yönelik hâkimlerin içtihatlarından oluşan bir karışım olmuştur. Dolayısıyla kusurların ve noksanlıkların ortaya çıktığı tutarsız bir kanunî düzenlemedir. Dolayısıyla da kanuna kaynak olarak almak doğru değildir.

#### **b- Modern Kanunî Düzenlemeler:**

Modern kanunî düzenlemeler, şu üç gruba dayanır:

**1. Latin Kanunî Düzenlemesi:** Roma kanunî düzenlemesinden alınmıştır ve Latin kanunlarından onu ilk koyan, Fransız kanunudur. Sonra onu, müteaddit kanunlar taklit etmiştir. Nitekim İspanya kanunu, İtalyan hukuku ve Güney Amerika kanunları bu kanunî düzenlemelerdendir.

**2. Germen Kanunî Düzenlemesi:** Roma teorilerinden kurtulmuş, temel Germen teorilerini ön plana çıkarmış ve o, temel bakışında Latin kanunî düzenlemesi ile çelişir. Nitekim Almanya, Avusturya ve İsviçre kanunu, Germen kanunî düzenlemesindedir.

**3. Tercihli-Seçmeli Kanunî Düzenlemeler:** Latin ve Germen ekollerinden alınmış ve bunların iyi yönlerini almaya gayret etmiş kanunî düzenlemelerdir. Nitekim Polonya kanunu ve Brezilya kanunu, bu kanunî düzenlemelerdendir.

Elimizdeki tasarının incelenmesiyle onun en çok müracaat ettiği kanunî düzenlemeler arasında, Fransız-İtalyan kanunî düzenlemesinin, İsviçre kanunî düzenlemesinin, Alman kanunî düzenlemesinin ve Polonya kanunî düzenlemesinin olduğunu görürüz. Dolayısıyla Latin kanunî düzenlemeleri, Germen kanunî düzenlemeleri ile tercihli kanunî düzenlemeleri bir araya toplamaya teşebbüs etmiş olmaktadır. Bu kanunî düzenlemelerin dayandığı bazı esaslara üstünkörü bir bakışla, bunların hepsinden alınmasının imkânsız olduğunu görürüz. Çünkü her bir kanunî düzenlemenin kendi metodu, kendi yasası, kendi hukuku, kendi yargısı vardır ve çoğu zaman bunlar arasında çelişki ve ihtilaf vukuu bulur. Bunların hepsinden almak imkânsızdır; çünkü aslına dönülüp onun yönüyle sınırlı kalınmadıkça kanunî düzenlemenin yorumu imkânsızdır. Modern kanunî düzenlemeler ise, kendi yönlerinde şu iki temel şeyde ihtilaf ederler. Birincisi; irade yetkisine ilişkin olan boyuttur. İkincisi; bunun içerdiği kişisel eğilim ile nesnel eğilim oranıdır. Zira Latin kanunları, akitte şahsî ekolü benimser, batinî irade teorisini alır ve ona göre önemli olan akit taraflarının vicdanlarında gizlediği iradesidir. Bu iradenin maddî ifadesi, ondan açığa çıkan soyut bir delilden başka bir şey değildir. Dolayısıyla bu ifade, gerçek irade ile ittifak ederse, o alınır. Aksi takdirde önemli olan, maksatlar ve manalardır, lafızlar ve terkipler değildir. Dolayısıyla o, iltizamın şahsî bir bağ olduğuna ve ondaki kasta itibar eder. Germen kanunları ise, iltizama malî bir kıymet olarak itibar eder, zâhiri iradeyi alır, iradenin ifadesine bağlı kalır ve onun gerçek irade ile bir ilgisi yoktur. Dolayısıyla iradenin maddî ifadesi, onun üzerindeki soyut bir delil olmayıp iradenin kendisidir. Bu nedenle kanun, toplumdaki bağları düzenlerken nefsin içerdiği iradeyi önemsemez. Bilakis maddî ifadeye itibar eder ve onun sınırına bağlı kalır.

Bundan dolayı Latin kanunî düzenlemeler ile Germen kanunî düzenlemeler arasında çelişki olduğu ortaya çıkar. O halde nasıl olurda bu, asıl olarak alınır ve ona müracaat edilir? Oysa bu çelişkiler üzerine bina edilenler de kesinlikle çelişkili olacaktır.

#### **c- İslâmî Şeriat:**

Kitâb ve Sünnet'te belirginleşir. Müçtehitler, bu ikisinden on üç asır boyunca muazzam bir fikhî servet ortaya çıkaran hükümler istinbat etmiştir. Hem şer'î hükümlerin istinbat

edildiği metotta, hem de bizzat bu hükümlerde ihtilaf vardır. Dolayısıyla alınmaları amacıyla şer'î hükümlere müracaat edildiğinde, sadece hükümler mi alınır ve hangi esas üzere alınır? Veya hem hükümler, hem de metotları mı alınır? Muzâraa, hangi esas üzerine alınmıştır? Delilin kuvveti ve sübutu esası üzerine mi? Yoksa delilin, soruna intibakı esası üzerine mi? Yoksa genellikle medenî kanunda asıl olan Latin kanunlarına muvafıklığı esası üzerine mi alınmıştır? Şayet birinci esas -ki o delilin kuvveti, soruna intibakı ve bunlarla birlikte hükümlerin istinbat metodunun alınmasıdır- üzere alınmışsa, şeriattan alınmayan maddelerin tamamının kanunlardan atılması kaçınılmazdır. Çünkü o, belirttiğimiz yön açısından, irade yetkisinde Latinliler ve Germenliler ile çalışmaktadır. Çünkü o, ne materyaldir ne de psikolojiktir. Zîra İslâmî şeriat, teşrii metni alır, lafzın ihtiva ettiği manalara bağlı kalır, lafzın sübutuna ve delaletine itibar eder. Eğer sübutu sahîh ise, katî veya zannî olmasına bakar. Yok, eğer sübutu sahîh değilse, kendisine delalet eden manayı, lafzın taşıyıp taşımadığına bakar, nassın sübutunun ve delaletinin sıhhatine bağlı kalır ve bunun dışındakileri nefyeder. Bundan dolayı ne niyete, ne psikolojik batınî iradeye, ne de mutata örfeye göre olan manalara itibar eder. Bilakis lafzın taşıdığı manalarla sınırlı kalır.

Buna göre kendisine bağlı kalınan manalar, vicdanlarda gizli niyetlerden ve mutata örften değil, lafızlardan çıkartılan manalarla sınırlıdır ve onda önemli olan, kat'î yada zannî olarak sübut bulmasından sonra nassın kendisine delalet ettiği delalettir. Bu nedenle fakihlerin, lafızların manalarının tahdidinde titizlik gösterdiklerini ve hükümdeki ihtilafı da bunların ihtilafına göre düzenlediklerini görürüz. Bunlarda önemli olan ise, subûti katî ve delâleti katî veya subûti zannî ve delaleti zannî olması bakımından nasstır. Kesinlikle bunların dışındakilere itibar edilmez. Mısır kanunu ve modern kanunî düzenlemeleri ile İslâmî Şeriat arasındaki bu çelişki, uzlaştırılması imkansız bir çelişki olduğuna göre, nasıl olur da bunların hepsinden tatbik elverişli olmasının yanı sıra insanların sorunlarını çözmeye elverişli olan bir kanun alınabilir?!

Bununla birlikte aslına müracaat edilmedikçe ve ona göre yorumlanmadıkça bu kanunun, tatbik edilmesi imkânsızdır. Kaynaklarından koparılması da imkânsız olup kaynaklarına müracaat edilmesi gerekir. Yani Fransız-İtalyan yasasından alınan kanunun yorumlanmasında, Fransız-İtalyan yasasına, yani Latin kanunlarına müracaat edilmesi gerekir. Alman yasasından alınan kanunun yorumlanmasında da Germen kanunlarına müracaat edilmesi ve onun asıllarına ve kaidelerine göre yorumlanması gerekir. Hem yorumlanmadan tatbikinin yürütülmesi imkânsızdır, hem de kaynaklarına müracaat edilmeden tatbik edilmesi ve yorumlanması imkânsızdır. Aynı anda bunların hepsinin kaynaklarına müracaat etmek ise, mevcut vakıalara tatbik edilmelerinin imkânsız olmasından ve aralarında çelişki bulunmasından dolayı imkânsızdır. Zîra bu kanunî düzenlemelerden her birinin kendi metodu, kendi yasası, kendi hukuku, kendi yargısı, kendi yönü ve kendi itibarı olduğu sabit olmuştur. O halde tek bir kanunun yorumlanmasında çelişkiler toplamına müracaat etmek nasıl mümkün olabilir? Bu nedenle kanunun; hem tutarlılığını ve ahenkliğini yitirdiğini, hem yorumlanmasının zor olduğunu ve muayyen bir metnin mefhumuna vakıf olmak için, hâkimin birbirine zıt olan müteaddit hukuka müracaat etmek zorunda kaldığını, hem de kapalı olan metinlerin yorumlanmasında ve eksik hükümlerinin tamamlanmasında kendisine müracaat edilecek bir ahenk birliği bulunmadığını görürüz. Kanunun asıl kaynağı -ki o, Latin kanunudur-, eski ve modern Latin kanunî düzenlemelerde belirgin olmasına rağmen, hem Germen kanunî düzenlemesinin, hem de İslâmî hukuktan hükümlerin alınmaya gayret edilmesi onu, ne Latin, ne Germen, ne İslâmî, ne de başka bir şey yapmıştır. Bilakis onu, hükümler topluluğu içeren tasniften ibaret bir karmaşa haline getirmiştir. Tatbik edilecek bir kanun değil.

### 3. Tasarının Dayandığı Bakış

Bu tasarı, Kapitalizm ideolojisinin baktığı bakış esasına dayanmaktadır. Bu nedenle bu tasarı, şu üç esasa dayanır: Demokrasi, özgürlükler ve toplumun fertlerden müteşekkil olmasıdır. Dolayısıyla o, halkın egemenliği esasına, özgürlüklerin güvence altına alınması esasına ve toplumdaki ilişkinin ferdin fertle ilişkisi esasına dayanır. Bu nedenle ferdin özgürlüğünü kutsallaştırır ve toplumun ihtiyaçlarının gözetilmesini, başkalarının özgürlüklerinin güvence altına alınmasına bağlı kılar. Dolayısıyla o, ferdin özgürlüğü ile toplumun maslahatını uzlaştırmayı amaçlar. Bu üç teori de bozuktur. Halka, kendi kanunlarını çıkarma hakkı veren demokrasi açısından olana gelince; bu hatalıdır ve pratiği de yoktur. Hatalı olmasına gelince; çünkü insan, ne insanın yenilenen müteaddit ihtiyaçlarına vakıf olabilir, ne de insanoğlunda bulunan ilişkilere vakıf olabilir. Bu nedenle hem insanın sorunlarını çözmekten aciz, hem de ilişkilerini düzenlemekten aciz bir nizam koyar ki böylece insanın mutsuzluğuna yol açan ihtilafı ve çelişkili bir nizam olur. Nitekim pratik vakıa; akıllarından kendi kanunlarını koyan herkesin sahip olduğu beşerî kanunlardaki bu bozukluğu ortaya çıkarınca, bunları değiştirmek ve yeniden düzenlemek zorunda kalmışlardır. Bu nedenle köklü ve kalıcı bir rol üstlenememiş, konulup değiştirilen bir kanun olarak devam edegelmiş ve kanunların konulması fikrinin ortaya çıkmasından günümüze kadar bu şekilde olmuştur.

Bu nedenle insanın, ihtiyaçlarını çözen ve ilişkilerini düzenleyen kanunu kendisinin koyması caiz değildir. Bilakis onun, insanın yaratıcısından -ki o, Allahu Te'alâ'dır- gelmiş olması kaçınılmazdır. Bu nedenle kanunun, halkın dışındaki biri tarafından olması elzemdir ki böylece demokrasi teorisinin bozukluğu ortaya çıkar. Pratiği olmamasına gelince; bir şeyin akla göre konulması üzerinde birden fazla aklın ittifak etmesinin imkânsız olmasından dolayı, çok sayılı bir cemaatin ne cins olursa olsun kanun koyması imkânsızdır. Bu nedenle demokratik teori davetçileri, parlamentoda hukukî bir komisyon oluşturmak ve komisyon için de bir raportör belirlemek zorunda kalmışlardır. Ki böylece hem tek bir elden düzenli bir rapor gelmiş, hem eleştirmek ve hatasını açıklamak için sınırlı kişiler tarafından tartışılmış, hem de konulması için değil, onaylanması için parlamentoya sunulmuş olsun. İşte o zaman bazı kişiler tarafından eleştirilmiş ve kanun yapılmak üzere parlamentoya sevk edilmiş olacaktır. Aslında onu bir kişi koymuş ve sınırlı sayıda kişilerce de tartışılmıştır. Dolayısıyla kanunu çıkarmış olan bir kaç kişi olup ne halktır, ne de parlamentodur. (Otoritelerin kaynağı halktır) sözü, hayat sahasında, hatta demokratlar nezdinde bile vakıası olmayan ütöpik terkipsel sözden öte bir şey değildir. Zîra teşrii otoritesi, ancak hukuklar ile hukukçular tarafından temsil edilmekte ve hukukî komisyon ile komisyon raportörü tarafından üstlenilmektedir. Yargı otoritesi ise, ancak hükümetin elindedir, halkın elinde değildir ve halkın eline verilmiş olsa, kesinlikle fesada uğrardı. Halkın elinde, kendisine hükmedecek yöneticiyi seçmekten başka bir şey yoktur. Buna binaen demokrasi, hayat vakıasında bulunmamaktadır. Ancak o, sırf soyut bir teoridir. Bundan dolayı onun bakış açısını, kanunların çıkarılmasına esas olarak benimsememiz doğru olmaz. Özgürlüklere gelince; aynı şekilde o da hatalıdır ve pratiği yoktur. Hatalı olmasına gelince; insan yaratılmıştır ve onunla birlikte içgüdüleri ve uzvî ihtiyaçları da yaratılmıştır. Bunların doyurulması, kendisi için çalışacağı maslahattır ve bu doyumda hata ise, defedeceği mefsedettir. Maslahatın celbi ve mefsedetin def'i ise, kendisi ile diğer insanoğlu arasındaki ilişki olmaktadır. İşte bu ilişki, düzenlenmeye muhtaçtır. Çünkü düzenlenmeden bırakılması, kaosa ve düzensizliğe yol açar. Bu nedenle bu ilişkinin düzenlenmesi, onun sınırlandırılmasıdır. Özgürlüğü ise, serbest bırakılmasıdır ve serbest bırakılması; hayatı insanoğlu arasındaki bir kaosa çevirir. Bu nedenle özgürlükler fikri, esas bakımından hatalı bir fikirdir. Çünkü o dakik bir manasıyla insanların ilişkilerini; diledikleri gibi maslahatlarını celbedecekleri ve mefsedetleri defedecekleri bir düzensizliğe terk etmektir. Bu da insan açısından son derece tehlikelidir.

Özgürlüklerin pratiğinin olmamasına gelince; hayatın vakıası, zayıfların güçlülere karşı himayesini ve hayata göğüs germede acizlere yardım edilmesini zorunlu kılmaktadır.

İnsanlar için mutlak özgürlüğün olması ise, kesinlikle ötekilerin maslahatları aleyhine olmaktan başka bir şey doğurmayacaktır. Bu da hayatı, güçlülerin tahakküm ettiği ve zayıfların istismar edildiği vahşî bir hale dönüştürmek demektir. Bu nedenle pratik olarak insan hayatında özgürlükler bulunmaz. Dolayısıyla özgürlük davetçileri, özgürlükler; başkalarının özgürlüklerine tecavüz etmeyecek şekilde sınırlıdır demek zorunda kalmışlardır. Bu da özgürlüklerin olmadığı anlamına gelmektedir.

Topluma gelince; bu kanun; topluma fertlerden müteşekkil bir varlık olarak itibar eder ve fertlerin ilişkilerini düzenlemeyi amaçlar. Bu şekilde o, topluma fertlerden müteşekkil bir varlık olarak itibar eden Kapitalizm ideolojisini takip etmektedir. Gerçekte ise toplum, fertlerden müteşekkil değildir. Çünkü sayıları ne kadar çok olursa olsun fertler, aralarında ilişkiler doğmadıkça bir toplumu oluşturmazlar. Bilakis cemaat olurlar. Zîra fertler, sadece cemaati oluştururlar. Şayet aralarında ilişki doğarsa, artık bu kişiler, doğan ilişkiler sayesinde bir toplum haline gelirler. Bu ilişkiler ise, kendilerinden maslahatların celbedilmesinden ve kendilerinden mefsetetlerin defedilmesinden doğmuştur. Zîra insan, başka bir insan ile birlikte yaşayınca, maslahatı celbedip mefsetedi defederek maslahatlarını gidermeye çalışır ki bundan da ilişki doğar. İşte bu ilişki, hayat hakkında mefhumlar veren fikirler, insanın öfkelendiği veya hoşnut olduğu duygular ve bunları düzenleyen nizâm ile temayüz eder. Dolayısıyla bu insanlarda; hayat hakkında ortak fikirler ve ortak duygular oluşursa ve sorunlarını ortak çözümlerle düzenlerlerse, onlardan muayyen bir toplum oluşur. Buna binaen insanlardan oluşan bir cemaati toplum yapan, ilişkileridir, bu toplumu başkalarından seçkin kılıp onu muayyen bir toplum yapan ise, fikirler, duygular ve nizamlardır. Binaenaleyh -görüldüğü üzere- toplum; insandan, fikirlerden, duygulardan ve nizamlardan müteşekkilidir. Sırf -fertlerden değil- insanlardan dedik; çünkü ortak fikirler ve ortak duygular, bu insanlardaki insan vasıflarından dolayıdır. Halit, Muhammed ve Hüseyin vasıflarından dolayı değildir. Bu nedenle ferdî vasıfları sayesinde değil, insanî vasıfları sayesinde toplum oldular. Binaenaleyh kanun, ancak insanların ilişkilerini düzenler, fertlerin ilişkilerini değil. Bu nedenle Batı hukukçuları, medenî kanunu fertlerin ilişkilerini düzenleyendir şeklinde tarif etmekle hata etmişlerdir.

Madem ki bu tasarı, tamamıyla bu hatalı bakışa -ki o, demokrasi, özgürlükler ve toplumun fertlerden müteşekkil olmasıdır- binâ edilmiştir ki edilmiştir, o halde bozukluğu ortaya çıkmıştır. Bu nedenle kanun, üzerine bina edildiği bakışın bozukluğundan ötürü tamamıyla bozuktur.

#### **4- Medenî Kanunların Hukukî Temeli:**

Esası bakımından medenî kanun, -Latin, Germen ve Tercihli kanunî düzenlemelerin hepsinde- iltizam teorisine dayanır. Bu tasarı -ki o, bir medenî kanun tasarısıdır- aynı şekilde iltizam teorisine dayanır, icmalen ve tafsilen tamamıyla ona bina edilmiştir. Madem ki bu teori, esası bakımından bozuktur; bu nedenle bu kanun da tamamen bozuktur. İşte size bunun açıklaması:

Medenî kanun, "fertlerin birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen kanun" olarak tanımlanmış ve iki ana bölüme taksim edilmiştir: Ahvâli şahsiyye bölümü ve muamelatlar bölümü. Buna göre ahvâli şahsiyye kaideleri; ferдин ailesi olan ilişkilerini düzenlemekte, muamelat kaideleri ise; mal bakımından ferдин diğer fertler ile olan ilişkisini düzenlemektedir.

Muamelattaki hak ise, "kanunun fert için onayladığı malî kıymeti olan bir maslahat" olarak tanımlanmış ve hak, iki ana bölüme taksim edilmiştir: Kişinin ilişkisine müteallik olan hak olup şahsî hak olarak isimlendirilir ve kişinin ilişkisi ile malına müteallik hak olup aynı hak olarak isimlendirilir.



Onlar nazarında şahsî hak; alacaklı ve borçlunun olduğu iki kişinin arasındaki bağıdır. Şahsî hak ise; iltizamdır. Havale, alış-veriş, mübadele, şirket, hibe, sulh, icâra, ariye, vekalet, vedâ, rehin ve kefalet gibi şahsî muameleler, onun esasî üzerine çözüldür.

Aynî hak ise; onlar nazarında ilişki değildir, bilakis kanunun, muayyen bir kişiye, muayyen bir şey üzerinde verdiği yetkidir, mülkiyet hakkı, mülkiyetin kazanım gerekçeleri, taşınabilir mülkiyetlerin ipotek edilmesi, mortgage (emlak rehini), hayatın sigorta edilmesi ve imtiyaz hakları gibi aynî muameleler onun esasî üzerine çözüldür.

Hem medenî kanunun, hem de bu tasarının üzerine dayandığı esas işte budur. Bu esas ise pek çok yönden bozuktur:

a- Muamelatta hak, malî kıymeti olan bir maslahat değildir. Bilakis o, mutlak bir maslahattır. Bazen malî bir kıymeti olur, bazen de malî bir kıymeti olmayabilir. Dolayısıyla hakkın, malî bir kıymeti olan bir maslahata tahsis edilmesi şu iki şeye yol açar:

**Birincisi:** Onur ve şeref gibi manevî kıymeti olan maslahatları kapsamamasıdır. Çünkü bunların malî kıymetleri yoktur ve kesinlikle malî bir kıymetle takdir edilmeleri imkânsızdır. Bu nedenle iltizamın tazmin edilmesi teorisi hatalıdır.

**İkincisi:** Şeylerin malî kıymetle takdir edilmesi, takdire esas olacak bir birliği gerektirir. Oysa bizzat hakkın kendisi esastır ve kıymetini takdir etmek için bir birlik oluşturmak imkânsızdır. Bu nedenle hakkın bu şekilde tanımlanması bozuktur.

b- Hakkın; aynî hak ve şahsî hak olmak üzere iki bölüme taksim edilmesinin hiç bir anlamı yoktur ve şahsî hak olarak isimlendirmeleri ile aynî hak olarak isimlendirmeleri arasında bir fark yoktur. Yine bu ikisine göre, ferilere ayırdıkları muameleler arasında da fark yoktur. Dolayısıyla icâra ile mortgage arasında da fark yoktur. O halde nasıl olur da icâra, şahsî haktan addedilirken, mortgage aynî haktan addedilmiştir. Bununla birlikte bizzat tanım, soyuttur ve somut değildir. Zira aynî hakkı; kanunun muayyen bir kişiye, muayyen bir şey üzerinde verdiği muayyen bir yetki olarak tanımlarlarken, kesinlikle bu tariften ilişkinin kişi ile bir şey arasında doğduğu anlaşılmaz. Bilakis o, kişi ile kişi arasında ortaya çıkmış bir ilişki olup ve şey onun mevzusudur. Dolayısıyla iki kişi arasındaki ilişki, aynî hakta mevcuttur. Şahsî hakkı, - alacaklıya, borçludan bir şeyi vermesini veya bir işi yapmasını veya bir işi yapmamasını talep etme hakkı veren alacaklı ile borçlunun- olduğu iki kişi arasındaki bağ olarak tanımlarlarken, bu tanımdan kişi ile şey arasındaki ilişkinin varlığının nefyedildiği anlaşılmaz. Çünkü ilişkinin mevzusu, iki kişi arasındaki bağdan dolayı ortaya çıkan şeydir. Dolayısıyla şahsî hakta, kişi ile şey arasında bağ vardır ve aynî hak gibi o, sahibinin alış-verişte ve rehinde eşit olarak tasarrufta bulunacağı malî zimmet unsurlarından bir unsurdur. Bu nedenle bu taksim, imkânsızdır ve vakiya aykırıdır.

### **İltizam:**

Şahsî hak, yani iltizam, alacaklı-borçlu arasındaki hukukî bağa dayanır. İltizamın üzerine dayandığı bu bağ, borçlunun malî üzerinde değil, bedeni üzerinde alacaklıya verilmiş bir yetkidir. Aynî hak ile şahsî hak arasını ayırt eden de budur. Zira birincisi; kişiye bir şey üzerinde verilen yetkidir ve ikincisi; kişiye başka bir kişi üzerinde verilen yetkidir. Buna binaen alacaklının borçlu üzerindeki yetkisi, idam hakkının, köle edinme hakkının ve tasarruf hakkının girdiği geniş bir yetkidir. Daha sonra bu teorinin bozukluğu ortaya çıkınca, borçlunun hapsedilmesi gibi medenî kanunun belirttiği uygulama ile sınırlı olacak derecede yetkinin daraltılmasına başvurdular. Ardından bu uygulama, haciz gibi borçlunun şahsına değil, malına indirgenmiştir. Romalılar döneminden bu yana iltizamın iki tezahürü olmuştur: Alacaklı ile borçlu arasındaki şahsî bağ olması itibarıyla tezahürü ve borçlunun zimmetine terettüp ettiği halde, alacaklının zimmetine hak olarak geçen malî unsur olması itibarıyla tezahürüdür.

Bunun üzerine iltizam teorisinin bozukluğu ortaya çıkınca hem şahsî, hem de mâlî yönü olması için böyle bir yorum yapılmıştır. Bu da iltizamda ihtilafın çıkmasına yol açmıştır. Böylece iki ekol ortaya çıkmıştır: Birincisi; Roma hukukunun temel görüşünü korumak için şahsî yönü ön plana çıkarmaktadır ki bu da Latin kanunlarının takip ettiği ekoldür. Diğeri ise; mâlî yönü ön plana çıkararak onu hem şahsî yönden, hem de Roma hukukundan kurtarmaktadır ki bu da Germen kanunî düzenlemelerinin takip ettiği ekoldür. Böylelikle iltizam teorisi, Latinlilere göre; şahsî bir anlayış ile anlaşılmaya başlamış, bu anlayışa malın ilhak edilmemesi, kişi ile sınırlı kalınması terettüp etmiş, bu nedenle borcun havalesine cevaz vermemişler ve bu suretle eski Fransız kanunu alınmıştır. İltizam teorisi Germenlilere göre maddî bir anlayış ile anlaşılmaya başlamış, bu anlayışa kişinin değil malın ilhak edilmesi terettüp etmiş ve bu nedenle borcun havalesine cevaz vermişlerdir. Böylece iltizamda şahsî ve maddî ekol olmak üzere iki ekol oluşmuştur ve her birinin diğeri ile ihtilaf eden bakış açısı vardır. Şahsî ekol; iltizamda esas olanın, alacaklı ile borçlu arasındaki şahsî bağ olduğunu görür ve buna da pek çok muameleatın girmemesi terettüp eder. Nitekim kefaletin, mükâfat vaadinin ve benzeri muameleatların buna girmemesi bunlardandır. Dolayısıyla dar bir ekoldür. Çünkü o, tek taraflı ortaya çıkan muameleatı kapsamamaktadır. Maddî ekol ise, iltizamda önemli olanı, kişilerin değil mahalli olduğunu ve şahsî bağın esas olmadığını görmektedir. Buna da onun, kişi olmaksızın sadece mal olduğunda muameleatın olmasına cevaz verdiği ve şahsî ilişkiyi zorunlu kılmadığı terettüp eder. Bu ise caiz değildir. Zira kefalet, mükâfat vaat etmek, başkasının maslahatı için sigorta akdetmek ve hamiline senet düzenlemekte dâhil başka bir kişi olmaksızın herhangi bir muameleatın meydana gelmesi tasavvur edilemez. Çünkü bunların hepsi iki kişi arasındaki ilişkidir. Bu nedenle birinci ekol; bir araya toplayıcı değil, ikinci ekol ise; vakıası yoktur.

Bu, iltizam fikrinin doğuşu açısından olana gelince; onun pek çok tanımı ortaya çıkmış ve hepsi de iltizam mahallinin bir şey vermesinin veya bir işi yapmasının veya bir işi yapmamasının ekseninde dönmektedir. Zira iltizam, "bir ya da birden fazla kişinin, başka bir ya da birden fazla kişiye karşı, bir şeyi vermekle veya bir işi yapmakla veya bir işi yapmamakla yükümlü kıldığı anlaşma" olarak tanımlanmıştır. Bu da iltizamın, bir anlaşma yapılması demektir ve bu tanım, anlaşmanın olmadığı muameleatları kapsamamaktadır. Yine iltizam, "kişinin aynî bir hakkı nakletmesini veya bir işi yapmasını veya bir işi yapmamasını gerektiren hukukî bir durum" olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, iltizamı hukukî bir durum yapmaktadır. Oysa gerçekte bu, kanunun onayladığı bir ilişkidir. Dolayısıyla hukukî bir durum olarak tanımlanması; iltizam ile bir ilişkisi bulunmayan hukukî durumların girmesine mani olmayacak şekilde onu genişletmektedir.

İşte bu, genel şekliyle iltizamın özetidir ve hepsi de kesinlikle hatalıdır. Zira mevzunun ne şahsî manasında ne de maddî manasında iltizam vardır. Çünkü mesele; alacaklı-borçlu arasındaki bağ değildir, kesinlikle bu bağ bulunmamaktadır ve mesele; kesinlikle kişi ile mal arasındaki bağ veya kişinin mal üzerindeki yetkisi de değildir. Bilakis mevzuu, mevzusu maslahat olan, iki kişi arasındaki ilişkinin olması olarak özetlenir. Bu, mal da olabilir, maldan başka bir şey de olabilir. Yine ilişki, inşa esnasında da olabilir, uygulama esnasında da olabilir. Bu ilişkiyi ortaya çıkaran ise, insan tarafından maslahatın celbedilmesi veya mefsedetin defedilmesidir ve bunu kanun düzenler. Dolayısıyla alış-veriş; mevzusu mal olup inşa sırasında iki kişi arasındaki ilişkidir, kaybolan bir kimseyi bulana mükâfat verilmesinin vaat edilmesi, mevzusu mal olup uygulama sırasında iki kişi arasındaki ilişkidir. Evlilik ise, mevzusu maslahat olup iki kişi arasındaki ilişkidir ve o, burada mal değildir. Buna binaen medenî kanunun belirttiği mefhumu ile iltizam, ne şahsî ekolde, ne de maddî ekolde bulunmaktadır. Kastettikleri manası bakımından -ki şahsî haklardır- iltizam, aynı şekilde bulunmamaktadır. Buna binaen muameleatlar, ne kişinin mal üzerindeki yetkisidir, ne de iki kişi arasındaki bağdır. Bilakis bunlar, mevzusu kanunun onayladığı maslahat olup iki kişi arasındaki ilişkidir. Bu da icâra gibi inşa sırasında iki kişi arasında

veya görevini yapan kimseye mükâfat vaat etmek gibi uygulama sırasında iki kişi arasında meydana gelen muamelelere da intibak eder. Mesele bu şekilde olduğuna göre, iltizam bir bütün olarak bulunmamasının yanı sıra, belirttikleri manada olması da ne şahsî ekolde ne de maddi ekolde varit olduğu şekliyle sahîh değıldir. Bu nedenle iltizam üzerine terettüp eden ve onun üzerine bina edilen medenî kanun, sahîh olmayan bir kanundur.

### **İltizam Teorisi:**

İltizam teorisi, Batılı kanunî düzenlemelerin tamamında, hukukî teorilerin en önemlisi olarak itibar edilir. Gerek Batı hukukuna, gerekse tüm kanunî düzenlemelerine etraflıca bakan bir kimse, son derece önemli ve tehlikeli olduğu sonucuna varır. Zîra o, onlar nezdinde medenî kanuna, hatta genel kanuna göre vücudun bel kemiğı mesabesinde. Zira o, onlar nazarında, düşünme sahası olarak hukukî teorilerin en elverişlisi, genelleştirmenin sahası olarak en geniş ve genel kaidelerin filizlenmesi için toprak olarak en verimlisidir. Dolayısıyla onun, milletlerin yasalarını birleştirme kabiliyetine sahip teorilerin en iyisi olduğunu görmekteler. Bu nedenle onu, medenî kanunun dallandığı asıl yapmışlardır. Dolayısıyla onun bozukluğu ve elverişsizliği ortaya çıktığında, açık bir şekilde onun üzerine bina edilen tüm kanunî düzenlemelerin bozukluğu ortaya çıkacak ve ondan dallanan kanunların tamamı, özellikle aslında iltizam teorisi ve dalları olan medenî kanunun bozukluğu ortaya çıkacaktır. Bu teoriye bakan bir kimse, onun Roma döneminden beri olduğunu ve ilk etapta kayda değer bir değışim olmaksızın uygulandığını görür. Ancak hayatın sorunları yenilenmeye başlayıp onu alanlar tarafından bu teorinin bozukluğu ortaya çıkınca ve onlar açısından elverişsizliği barizleşince, bu bozukluğu sorunlara vakıf olmaktan aciz kalmak olarak itibar ettiler ve gelişim olduğunu iddia ederek onu değıştirmeye başladılar. Gerçekte ise, teorinin bozukluğunu barizleştiren ve bir hayli değıştirecek ve farklı asırlara göre dönüştürecek derecede onu etkileyen müteaddit faktörler vardır. Zira Kominizm ideolojisinin ortaya çıkmasından önce Avrupa'da ortaya çıkan Sosyalizm teorileri, iltizam teorisinin elverişsizliğini ortaya çıkarınca hukukçular, iltizama bakışlarını değıştirmek zorunda kalmışlardır. Mesela çalışma kontratına; toplanma özgürlüğü, sendikalar oluşturma hakkı, grev hakkı gibi işçileri korumayı ve daha önce onlara verilmemiş hakların verilmesini hedefleyen kaideler ve hükümler soktular. Oysa Roma iltizam teorisi, ne bunun gibi kaidelerin, ne de bunun gibi hakların ortaya çıkarılmasına izin verilmemesini belirtmiştir. Hatta bizzat akit teorisi; kişinin iradesi üzerine bina edilen ondaki iltizam gücü olan bizzat akit teorisi bile ferdin iradesine dayanmaktan daha ziyade, cemaat dayanışmasına bina edilir olmuştur.

Yine Gabin teorisi daha önce yoktu hatta iltizam teorisi ona cevaz vermemiştir. Zîra bireysel teoriler, ne kadar gabine maruz kalırsa kalsın, dilediğı ile yükümlü kalmak üzere ferdin akitlerinde özgür bırakılması zorunluluğunu gerektirir. Bu teorilerin bozukluğu ortaya çıkınca, bazı akitlere gabin teorisi sokuldu, ardından da tüm akitlere intibak eden modern kanunlarda genel bir teori olacak derecede genişletilmeye başlandı. İltizam teorisinin bozukluğunun açıklanmasının akabinde, eski fikirlerle çelişen hayat hakkındaki fikirlerin doğması işte bu şekilde olmuştur. Mesele bununla sınırlı kalmamıştır. Bilakis farklı mekanik araçların kullanılması, sanayinin gelişmesi ve dünya savaşlarının çıkması, iltizam teorisinin bozukluğunu barizleştiren pratik meseleleri ortaya çıkarmıştır. Zîra araçların kullanılması, insanları hedef alan pek çok tehlikeleri devreye sokmuş ve iltizam teorisi; sorumluluğu kişiden başkasına yüklemeyince, elverişsizliği ortaya çıkmıştır. Böylece sorumluluk, olası hataya yüklenmiş ve çalışanın herhangi bir zarara maruz kalması, işvereni tazminatla yükümlü kılmıştır. Bu da iltizam teorisinin, öngörmediğı bir şeydir. Sigorta akdinin, bir kişi ile sınırlı olmayıp başkasını da kapsayınca, başkasının maslahatının şart koşulması teorisi ortaya çıkmıştır. Ayrıca ister sigorta anından evlatları olsun, isterse sigorta anından evlatları olmasın kişi, evlatlarının maslahatı için hayatını sigorta ettirdiğinde, bu da

iki kiři arasındaki baęa olan iltizam teorisi ile çelişmektedir. Oysa ortada olmayan evlatlar, bu akdin onları dâhil etmesine rağmen, bu baęa dahil edilmezler. Bunun yanı sıra fiyatı dūřen paraya, emtianın zorunlu fiyatlandırılmasına, ücretin zorunlu takdirine ve kamu alanlarına bağlı kalma akitlerine vefa teorisi, iltizam teorisi ile çelişmektedir. Buna rağmen modern kanunlara dâhil edilmiştir. Bu da iltizam teorisinin bozukluğunu ve elverişsizliğini gösterir. Buna ilaveten hilenin, akdi ifsat ettiğini öngören teori, adaba ve kamu düzenine muhalefet edenler üzerine yapılan anlaşmaya cevaz vermemeyi ifade eden kaide, haksız şekilde başkasına zarar verilmesinden imtina edilmesi zorunluluğuna bağlı kalmak ve kişinin başkasının hesabından faydalanmasını yasaklayan haksız kazanç elde edilmesi, iřte tüm bunlar iltizam teorisi ile çelişmektedir ve bozukluğunu göstermektedir. Çünkü bunlar, sınırlamadır, özgürlük değildir. Bu da sınırsız mutlak hak olması itibarı bakımından şahsî hak ile çelişmektedir ve onu çürütmektedir. Bununla birlikte alacaklı-borçlu arasındaki hukukî baęa dayanan bir şahsî hak ve bir aynı hak olması bakımından iltizam, kişinin hakkı intikal ettirmesini zorunlu kılar. Bu da hem hakkın havalesiyle kendisine havale edilecek kişinin rızası olmaksızın havaledede rıza şartının koşulmaması, hem de borcun havalesinde alacaklının rıza şartının koşulmaması demektir. Çünkü iltizamda hukukî durum, aynı veya borç olarak hakkın intikali ile kişiyi yükümlü kılar. Bu da adaletin tahakkukunu garanti etmemektedir. Bu nedenle onun bozukluğu ortaya çıkmıştır. Zira sırf ödemenin tebliğ edilmesi yeterli değildir. Bilakis kabul edilmesi kaçınılmazdır. Çünkü -diğerlerinde olduğu gibi- havaledede akit, akit taraflarının rızası ile olması gerekir.

İşte bu, iltizam teorisinin özetidir ve bundan da onun, dūřünmenin sahası olmaya elverişli olmadığı ortaya çıkar. Çünkü insanoğlu arasındaki pek çok ilişki türünün, ondan istinbat edilmesi imkânsızdır. Aksine o, hilenin, akdi ifsat etmiş olması gibi, bunların istinbat edilmesini engellemektedir. Yine o, genelleştirmenin sahası olmaya da elverişli değildir. Çünkü olası hata üzerindeki sorumluluk, borcun havalesi, başkasının maslahatı için şart koşulması, bireysel irade ve bunların benzerlerini, ne mantuken, ne de mefhumen kapsamı mümkündür. Bu nedenle o, kısırdır. Yine o, adaba ve kamu düzenine aykırı olanlar üzerine anlaşma yapılmasına izin verilmemesi kaidesi ve akitlerdeki gabin teorisi gibi kendisi ile çelişen teorilerin ve kaidelerin bulunması deliline binaen genel kaidelerin filizlenmesine elverişli değildir. Yine Komünizm teorilerinin ortaya çıkması ve sanayinin gelişmesiyle kusurlarının ortaya çıkması deliline binaen, milletlerin yasalarını birleştirme gücü de yoktur. Yine o, esası bakımından da hatalıdır. Çünkü mülkiyet özgürlüğü ve şahsî özgürlüğe dayanmaktadır. Kiřideki ve mülkiyetteki bu özgürlük, hem insanlar arasında fesada yol açmaktadır, hem de istismar ve sömürü fırsatı vermektedir. Çünkü mülk edinme özgürlüğünün ve şahsî özgürlüğün verilmesi iltizam teorisine bina edildiğinde, kanunen korunmaktadır. Bunda da fesat ve mutsuzluk vardır.

### **İltizamın Kaynağının Tanımı:**

Yine iltizam teorisinin bozukluğunu barizleştiren, modern ve eski kanunî düzenlemelerin belirttiği iltizamın kaynağının tanımı ve iltizam kaynaklarının tertibidir. Zira iltizamın kaynağı, "iltizamı doğuran hukukî gerekçe" olarak tanımlanmıştır. Buna göre müşterinin, fiyatı ödemekle yükümlü olmasının kaynağı, alış-veriş akdidir, zarara yol açanın tazminle yükümlü olmasının kaynağı meşruu olmayan ameldir ve babanın, evladının nafakası ile yükümlü olmasının kaynağı, kanundaki nasıtır ve hakeza. Bu tarife dakik bir şekilde baktığımızda, sahih olmadığını görürüz. Çünkü iltizamları doğuran hukukî gerekçeler, şahsî haklar dairesi ile sınırlı değildir. Bilakis bunlar, hem aynı hakları, hem aile hukukunu, hem de tüm ilişkileri kapsar. Aynı şekilde hukukî gerekçe, hukukî ilişkiyi doğuran veya ona etki eden gerekçedir. Dolayısıyla inşa ile sınırlı kalmayıp alış-verişte ayıbın muhayyerliği gibi ortaya çıkan akde de etki eder. Bununla birlikte hukukî ilişkiyi doğuran gerekçe, meydana gelmiş ilişkilerin sınırına bağlı kalmaya hasredilmemiştir. Bilakis o, ortaya çıkan ve

yenilenen bir durumdur. Dolayısıyla mevcut olmayan gerekçelerin ortaya çıkması, mevcut hukukî ilişkilerdeki düzenlemeleri de ortaya çıkarır. Üstelik önceden olmayan hukukî ilişkileri de zorunlu kılar. Bu nedenle iltizamın kaynağını, tarife göre sınırlandırmak elverişli değildir. Bundan dolayı iltizamın kaynağının tarifi, sahîh değildir.

### **İltizamın Kaynaklarının Tertibi:**

Tasarı, ilk kitabın birinci bâbında, iltizamın kaynaklarını ve bunların sayısını beş olarak zikretmiştir. Bunlar şunlardır: Akit, bireysel irade, meşruu olmayan amel, haksız kazanç ve kanundur. Öncelikle iltizamın kaynaklarının tertibinin ele alınması, iltizamın kaynaklarının bunlar olup olmadığını, -tasarının belirttiği üzere- sadece beş tane mi, yoksa daha çok veya daha az mı olduğunun açıklanması kaçınılmazdır. İltizamın kaynaklarının tertibi açısından olana gelince; Roma döneminden şu ana kadar bunu inceleyen bir kimse, muamelelere göre tertibinde bocalandığını görür. Zira Roma hukuku, iltizamları iki tür kaynağa dayandırmıştır ki bunlar: Cürüm ve akit. Onun nazarında cürüm; ayrıntılı olarak açıkladığı belli cürümlerle sınırlıdır. Akit ise; ayrıntılı olarak belirlediği muayyen akitlerle sınırlıdır. Ardından cürümün ve akdin dışında kaynakların olduğunu görmesine rağmen ne tertiplemeye, ne de saymaya teşebbüs etmiş ve bunları, muhtelif gerekçeler olarak isimlendirmiştir. Dolayısıyla iltizamın kaynaklarının sayılmasının bozukluğu, esastan mevcuttur. Bu nedenle Romalı meşhur hukukçular hareket geçtiler ve başka iltizamlar buldular. Ardından Fransız hukukçuları gelerek, bu diğer iltizamları ele aldılar. Nihayet iltizamın kaynaklarının beş yapılması -ki bunlar, akit, şibhi akit, cürüm, şibhi cürüm ve kanundur- üzerinde karar kılındı. Bu beş kaynağın üzerinde karar kılındı ve Napolyon kanunu da iltizamın kaynaklarını bunlar yaptı. Fransız medenî kanun hukukçuları, bu tertibi kabul ettiler ve onu, yorumları ile şerhlerine esas yaptılar. Nitekim eski Latin kanunlarının hepsi, bu beş kaynağı zikretmişler ve bunları şerh etmişlerdir. Buna göre;

**Akit:** Alış-veriş akdi gibi iltizamın inşasında iki iradenin muvafakatidir. Zira buna göre satıcı ve alıcı, iltizamların inşasında ittifak ederler. Mülkiyetin nakli yükümlülüğü gibi satıcı tarafına düşmesi ve fiyatın ödenmesi yükümlülüğü gibi alıcı tarafına düşmesi bunlardandır.

**Şibhi Akd:** Kendisinden başkası yönünde iltizamın doğduğu, meşruu ihtiyari ameldir. Fuzuli gibi. Zira o, kendisi ile akit yapmaksızın başkasının maslahatını isteyerek, ihtiyari olarak bir amel işlemektedir. Tıpkı başkasının arazisi üzerine bina inşa eden ve olmayan bir borcu ödeyen kimse gibi.

**Cürüm:** Başkasına zarar vermek kastıyla, failinin gerçekleştirdiği zararlı ameldir. Tıpkı kişinin, başkasının mülkü olan bir malı kasten itlaf etmesi gibi. Zira bu zarar veren amelden, itlaf ettiği malı tazmin etmesi şeklinde failin tarafında bir iltizam ortaya çıkar.

**Şibhi Cürüm:** Cürüm gibi başkasını zarara maruz bırakan ameldir. Ancak o, kasıtsız olmasından dolayı ondan farklılık arz eder. Bilakis faili onu, ihmali ve dalgınlığı sonucunda işlemektedir. Dolayısıyla cürümde olduğu gibi zarar tazmin etmekle yükümlüdür. Bunun örneği, sahibinin ihmali sebebiyle hayvanın başkasının ekininden otlandığında hayvan sahibi, ekin sahibine bunu tazmin eder.

**Kanun:** Bazen kanun, iltizamın kaynağı olarak muayyen durumlarda onu doğurur. Tıpkı aile fertlerinin, nafaka, emzirme ve terbiye gibi birbirlerine yükümlülüklerinde olduğu gibi.

Fransız kanunu ve diğer Latin kanunları, yakın zamana kadar bu tertibi takip etmiştir. Mısır medenî kanunu; 19. asırda Mısır'da yürürlüğe konulduğunda ve şer'i hükümlerle mukayyet kalmasıyla birlikte şeklen Fransız kanununu taklit eden Mecelle konulduğunda iltizamın kaynakları, bizzat bu kaynaklardı. Bununla birlikte Batılı hukukçular, sadece kendi ellerindeki kanunî düzenlemeleri araştırırlarken bu tertibi ele aldılar, bunların sahîh olmadığını, iltizamın akit ve kanun olmak üzere iki kaynağı olduğunu, şibhi akit, cürüm ve şiphi cürüme gelince ise, bunların tamamının kanuna döndüğünü gördüler. Bunu da bu üç

kaynaktan doğan iltizamların, hukukî iltizamların ihlali sonucunda ortaya çıkan ceza iltizamlarından başka bir şey olmadığı şeklinde yorumladılar. Buna göre şibhi akitte, kişi başkasının hesabından kazanç elde ederek hukukî iltizamı ihlal etmektedir. Oysa o, başkasının hesabından haksız kazanç elde etmemelidir. Cürüm ile şibhi cürümde ise, kişi kasıtlı ya da kasıtsız hataen başkasına zarar vererek hukukî iltizamı ihlal etmektedir. Oysa o, hata ile başkasına zarar vermemelidir. Ancak bu bahis, hukukî bir bahis olup teşrii bir bahis değildir. Bu nedenle iltizamın kaynaklarına yönelik Latin kanunlarının takip ettiği tertip değişmektedir. Ancak buna nazaran teşrii bir bahis olarak ele almıştır. Latin, Germen ve Tercihli modern kanunî düzenlemeler, iltizam kaynakları için başka bir tertip benimsemişlerdir. Zira iltizamın kaynaklarını beş olarak kararlaştırmışlardır ki bunlar: Akit, bireysel irade, meşruu olmayan amel, haksız kazanç ve kanundur. Dolayısıyla eski Latin tertibinden iki kaynağı onaylamışlardır ki bunlar: Akit ile kanundur. Cürüm ile şibhi cürüm ise, "meşruu olmayan amelde" toplanmaktadır. Şibhi akde gelince; onun yerine haksız kazanç elde etmek konuldu ve yeni tertibe bireysel irade eklendi. Nitekim bu tertip üzerinde karar kılındı ve onu, modern asırdaki pek çok kanun hukukçuları aldı. Modern kanunları taklit eden tasarının takip ettiği tertip de budur.

Bu kaynaklara dikkatle bakıldığında, iltizamın kaynakları bahsinde, kanun hukukçularının düştüğü hatanın, iltizam teorisini esas almış ve iltizamı bu esas üzerine araştırmış olmaları olduğu ortaya çıkar. Zira araştırmalarını, hatalı bir esasa yoğunlaştırdılar. Dolayısıyla araştırmaların tamamı hatalıdır. Araştırmadaki bu hatalarına, bir de Roma teorisini, kaynakların tertibinin esası yapmalarını eklediler. Böylece iltizamın kaynaklarının varlığını kabul ettiler ve ihtilaf, ne bunların varlığında, ne de bunların yokluğunda olmayıp bilakis ihtilaf, bunların sayısında oldu. İnsan olması vasfıyla, insan hayatının vakiasının delalet ettiği hakikat ise; iltizamın olmamasıdır ve mesele; mevzusunun kanunun ikrar ettiği maslahat olup insan ile insan arasındaki ilişkinin olmasıdır. Bu ilişkiyi ise, kanun düzenler ve insandan sadır olan vakıalar veya meseleler veya sorunlar bu ilişkinin kaynağıdır. Kanun ise, bu ilişkinin itibarını ikrar edendir ve kesinlikle bunun dışında başka bir şey yoktur. Bundan dolayı iltizamın kaynaklarının bahsi diye bir şey yoktur. Tabiatıyla kaynakların tertibi ve bunların sayılması diye bir şey de yoktur. Bu da bizzat hakikati itibarıyla iltizamın kaynaklarının tertibinin mevzusu açısından dır.

Bunun yanı sıra aynı şekilde zikrettikleri kaynaklar, kaynaklar olarak varsayılsa bile, iki veya dört veya beş olarak sayılmasının bir anlamı yoktur. Oysa tüm mesele; Batı hukukçuların araştırmalarına göre bile tek bir kaynağa dönmektedir ki o da kanundur. Zira onların araştırmalarının hepsine dikkatle bakıldığında, iltizamın tek kaynağının kanun olduğu ve tüm meselenin de kanunun, küllî kaideler ile cüzî hükümlerin iltizamın kaynakları olduğunu belirttiği müşahede edilir. Şayet kanun belirlememiş olsaydı, ne bu küllî kaidelere, ne de cüzî meselelere, iltizamın kaynağı olarak itibar edilirdi. Bilakis bunları kaynak kılan, kanunun bunları belirtmiş olmasıdır. Ancak Batı hukukçuları, kanunun belirttiği küllî kaideler getirdiler, bunları dört grup altında topladılar, bunlara iltizamın kaynağı olarak itibar ettiler ve kanunu unuttular. Yine kanunun belirttiği cüzî meseleleri getirdiler, bunlara kaynak olarak itibar etmediler ve kanunu kaynak yaptılar. Gerçekte ise kanun, hem küllî kaidenin "hangi bahis altında olursa olsun" doğrudan muamelenin yönünü onayladığı, hem de cüzî meselenin "hangi mevzu olursa olsun" doğrudan muamelenin yönünü onayladığı iki durumda da doğrudan kaynaktır. Şayet bunların hukukî olduğunu kararlaştırmanın kanun olduğuna itibar edilirse, ikisinde de kaynak doğrudan kanundur. Şayet doğrudan olana -ki o, kanun belirttiği şeydir- küllî kaide veya cüzî mesele olarak itibar edilirse, iki durumda da dolaylı kaynaktır. Buna binaen kanun; bazı hallerde doğrudan kaynak ve bazı hallerde ise dolaylı kaynaktır denilmez. Bilakis hakikat onun, iltizamın doğrudan tek kaynağı olmasıdır. Çünkü her iltizamın kaynağı kanundur. Zira akde terettüp eden iltizam, meşruu olmayan amele terettüp eden iltizam, haksız kazanca terettüp eden

iltizam, bireysel iradeye terettüp eden iltizam... İşte bu iltizamların tamamının kaynağı kanundur. Çünkü bunların kaynaklarından doğmasını sağlayan, rükünlerini tahdit eden ve hükümlerini açıklayan kanundur. Ancak bu iltizamların doğrudan kaynağı vardır ki o, bunların inşasını kanunun düzenlediği şeydir. Zira kanun, iltizamın beş kaynaktan doğduğunu belirtmiştir ki küllî kaideler ile cüzî meseleler bunlardandır. Küllî kaideleri ise, dört olarak tanımladıkları şeye hasretmişleridir. Bunlar ise:

1. İki iradenin mutabıklığı: Kanunun açıkladığı sınırlara göre iltizamın inşası üzerinde borçlu ile alacaklı, "yani iki kişi" arasındaki her anlaşma, bu iltizamı doğurur ve bu da akittir.
2. Başkasını zarara maruz bırakan, meşruu olmayan amel: Bir kişiden kaynaklanan ve başka bir kişiyi zarara maruz bırakan her hata, hatayı işleyen herkesi zararın tazmini ile yükümlü kılar. Aynı şekilde başkasından kaynaklanan her amel veya şeylerden kaynaklananlar, olası bir hata olur ve başka bir kişiyi zarara maruz bırakırsa, hatayı işlediği sanılan kimseyi zararı tazmin etmekle yükümlü kılar. İşte bu iki amel, meşruu olmayan bir ameldir.
3. Haksız kazanç elde edilmesi: Bir kişinin elde ettiği her kazanç, başka bir kişinin fakirleşmesinin doğrudan bir sonucudur ve kazançların kendisine istinat ettiği bir hukukî kaynağı yoktur ki kazanç elde eden, fakirleşenin tazmini ile yükümlü olsun. Bu da haksız kazanç elde etmektir.
4. Bireysel irade: Mükâfat vaat etmek ve vasiyet etmek gibi kendi tarafından, bir kamuoyuna veya başka bir şahsa karşı bir işle yükümlü olan her kişi, kanun bu iltizamı belirtmiş ise, bu vaat eden veya vasiyet eden kimse için bağlayıcı olarak itibar edilir. Bu da bireysel iradedir.
5. Cüzî meseleler ve kanunu, buna kaynak kılmışlardır ve bunlar: Vasiyet gibi hukukî bir amele, nafaka ve terbiye şeklinde aile iltizamları gibi maddî bir vakiya istinat eden kanunun, iltizam terettüp ettirdiği özel durumlardan her bir durumdur. İşte bu durum, iltizamı doğuran olarak itibar edilir ve bu da kanundur.

Bundan da ilk dört durumun, iltizamın kaynakları olmadığı ortaya çıkar. Bilakis bunlar, kanunun metnine göre iltizamı doğuran, kanunun belirttiği küllî kaidelerdir. Beşinci durum ise, kanunun belirttiği cüzî meselelerdir. Dolayısıyla kanunun metnine göre iltizamı doğurmuştur. Bu nedenle esas bakımından iltizamın kaynaklarının bahsi, esastan hatalıdır. Zira iltizamın kaynakları diye bir şey yoktur ve bunların sayılması da hatadır. Dolayısıyla iltizamın kaynağı var sayılsa bile, onun tek kaynağı kanundur, başkası değildir.

İşte bu, genel şekliyle iltizam teorisi ki o, hem Batılı medenî hukukun iskeleti üzerine dayandığı, hem de medenî kanun hükümlerinin istinat ettiği tüm esasları bir araya toplayan teoridir. Onun esaslarına dayanan bu kaynaklar ise, esas bakımından medenî kanunun dallarının toplamıdır. Bundan dolayı elimizdeki bu tasarının; genel teorisine göre hasredilen iltizamın kaynakları olan bu beş gerekçeden birine istinat etmeksizin, bir sorunun çözümüne yönelik hükmü veya onların tabiriyle insan için iltizamı ortaya çıkarması imkânsızdır. Oysa bunun bozukluğu ortaya çıkmıştır. Çünkü bu; muamelatta hakkın manasını, kanunun fert için onayladığı mâlî kıymeti olan bir maslahat olduğu esasına dayanmaktadır. Oysa bunun hatalı olduğu ortaya çıkmıştır. Çünkü bu, evlilik, boşanma, evlilik haklarını ve aile haklarının tamamını garantileyen benzerleri gibi malî kıymeti olmayan maslahatı kapsamamaktadır. Aynı şekilde hem insanın hakkı olan şeref ve onurun korunmasını, hem de fert için denildiğinde insanoğlunun hepsini de kapsamamaktadır. Bu nedenle iltizamlar teorisi üzerine bina edilen şey, hak değildir. Bilakis o, maslahatın celbedilmesi ve mefseletin defedilmesidir. Yine onun bozukluğu, iltizam için konulan alacaklı ile borçlu arasındaki hukukî bağ şeklindeki mananın kendisinden de ortaya çıkar. İster ona şahsî bağ denilsin, isterse maddî bağ denilsin bu yanlıştır. Çünkü o, bağ değildir. Bilakis o, hem uzvî ihtiyaçları ile içgüdülerini doyurma teşebbüsü yüzünden, hem de diğer insanoğlu ile birlikte yaşaması yüzünden ortaya çıkan insanın ilişkisidir. Bu nedenle mevzusu maslahat olan iki kişi arasındaki bir ilişki olabileceği gibi, boşanmanın, vasiyetin ve vakfın inşası gibi, tek kişinin

ilişkisi de olabilir. Dolayısıyla maksat, ne iki kişinin olmasıdır, ne de bir kişinin ve bir şeyin olmasıdır. Bilakis maksat, insanın sorununu; hem içgüdülerini düzenleyen, hem de ilişkilerini düzenleyen bir çözümle çözmektir. Binaenaleyh iltizam teorisi, hatalı bir teoridir ve kaynakları da hatalıdır. Buna binaen ne kadar dallanıp çeşitlense de onun esası üzerine bina edilen tüm hukukî içtihatlar da hatalıdır. Çünkü bunların hepsi, bozuk bir esasın dallarıdır. Buna göre de hem esas bakımından Batı dünyasındaki medenî kanun hatalı bir kanundur, hem de Mısır medenî kanunu ile Suriye medenî kanunu hatalı kanunlardır. Dolayısıyla medenî kanuna ilişkin bu tasarı, esasından bozuktur.

Bununla birlikte medenî kanuna ilişkin bir tasarı olması vasfıyla bu tasarı, hem medenî kanunun tanımı, hem de hakkın taksimi bakımından da bozuktur. Tanıma gelince; Medenî kanun hukukçuları medenî kanunu; fertlerin birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen kanun şeklinde tanımladılar. Bu tanım hatalıdır. Çünkü kanun, fertlerin ilişkilerini düzenlemez, ancak insanın ilişkilerini düzenler. Yani Muhammed'in, Hasan'ın, Hâlid'in, Ömer'in, Sa'd'ın ve benzerlerinin... ilişkilerini, bunların her birinin sahip olduğu vasfın, fert olmaları vasfıyla düzenlemez. Ancak insanın ilişkilerini düzenler ve onlar buna fert olmaları vasfıyla değil, insan olmaları vasfıyla girerler. Aralarında düzenli ilişkilerin doğmasıyla da onların ferdiyetçilikleri sona erer ve toplum haline gelirler. Dolayısıyla ilişki, insanların arasında ortaya çıkmasıyla onları toplum yapar ve kanun gelerek toplumun işlerini, insanoğlunun ilişkilerinin düzenlenmesine göre düzenler. Bu nedenle medenî kanun olarak isimlendirilen, insanların muamelelerini düzenleyen kanunun, fertlerin ilişkilerini düzenleyendir şeklindeki tanımı, belirtilenlerden dolayı hatalı bir tanımdır. Çünkü düzenleme, insanın ilişkileri içindir, sadece ilişkiler için değildir. Yani ilişkilerin birbiri ile olan ilişkilerini değil, insanoğlunun birbirleri ile olan ilişkilerini düzenler.

Bu, tanım açınsındandır. Hak açısından olana gelince; hakkın şahsî ve aynî olarak taksim edilmesinin bir anlamı yoktur. Çünkü mesele; evlilik ve alış-veriş gibi ister başka bir kişi ve beraberinde bir şey ile olsun, hibe ve malın kefaleti gibi ister bir şey ve beraberinde bir kişi ile olsun, hayır vakfı gibi isterse sadece bir şey ile olsun kişinin ilişkisiyle alakalıdır. Bu nedenle iltizamlar olarak isimlendirilenlere ilişkin kanundaki birinci kısım ile aynî haklar olarak isimlendirilenlere ilişkin ikinci kısım arasında fark yoktur. Zîra ikincisi kısımda zikredilen rehin, imtiyaz hakları, mülkiyet hakkı ve benzerleri ile birinci kısımda zikredilen havale, alış-veriş, ortaklık, icâre, vekâlet ve benzerleri arasında fark yoktur. Çünkü mevzu, ya mevzusu mal olan bir kişiyle, ya bir kişinin yanı sıra mal ile, ya da sadece mal ile olan insanın ilişkisidir. Bunların üçü de aynı şeydir ve o, insanın ilişkisinin düzenlenmesidir.

## 5. İslâmî Şeriat

İnsan amellerinin tamamını, uzvî ihtiyaçlarını gidermek ve içgüdülerini doyurmak için gerçekleştirir. Böylece onda, kendisi ile, uzvî ihtiyaçların giderilmesi ve içgüdülerin doyurulmasıyla ilişkisi olan her şey arasında ilişkiler ortaya çıkar. İster bu, muameleler ve ukubatlarla olduğu gibi kendisi ile diğer insanoğulları arasında olsun, ister akîdeler ve ibadetlerde olduğu gibi kendisi ile yaratıcısı arasında olsun, isterse de ahlakta olduğu gibi başkasıyla irtibatını veya irtibatsızlığını göz ardı ederek sadece kendisi ile ilişkili olsun fark etmez. Onun amellerini gerçekleştirmesi, ancak kendisi için maslahatın celbedilmesi veya kendisinden mefsedetini defedilmesi içindir ki böylece ilişkiler, maslahatın celbedilmesi ve mefsedetini defedilmesi üzerine bina edilmiş olur. Bu nedenle insan için; maslahatın celbedilmesini ve mefsedetini defedilmesini garantileyecek şekilde, ilişkilerini düzenleyen bir nizâmın olması kaçınılmazdır. İşte bu ikisi, tüm nizamların ve kanunların üzerine dayanması gerekli olan esastır.

Geriye celbedilecek maslahatın ve defedilecek mefsedetini ne olduğunu tanımlamamız kaldı. İnsanın sevdiği ve kerih gördüğü bir şey midir? Yoksa ona, faydalı veya zararlı olan



bir şey midir? Yoksa bunların dışında bir şey midir? Bunun cevabı; fert, toplumda diğer insanoğulları ile birlikte yaşar. Neyin seviceği ve neyin kerih görüleceği, neyin faydalı ve neyin zararlı olduğu hususunda aralarında anlaşmazlık çıkabilir. Dolayısıyla maslahatların hepsi için celbedilmesi ve mefsedetlerin hepsinden defedilmesi onlar açısından imkânsızlaşır. O halde celbedilecek maslahatın ve defedilecek mefsedetın ne olduğunu, onlara belirleyecek onların dışında bir cihetin olması kaçınılmazdır. Bu nedenle insanlar; maslahat ile mefsedeti belirleyecek ve insanları bu belirlemeye icbar edecek bir şeyin olması zarureti üzerinde ittifak etmişlerdir ki ilişkileri, ona göre seyretsin. Dolayısıyla kimileri, maslahatı ve mefsedeti belirleyecek olanı kanun kılarken, kimileri de maslahatı ve mefsedeti belirleyecek olanı şeriat kılmıştır. Ancak aklen kesin olan bir şey var ki o da celbedilecek maslahatın ve defedilecek mefsedetın ne olduğunu belirleyecek birinin olması zaruretidir. Kanun ise; sultânın, insanların üzerinde seyretmesi için çıkarttığı emirdir. Nitekim kanun,

[ **"Sultânın, insanları uymaya zorladığı kaideler toplamıdır"** şeklinde tanımlanmıştır. Yoksa kanunun manası; ilişkilerin düzenlenmesine yönelik hükümleri içeren ne hukukî kaidelerdir, ne de yasalardır. Bilakis o, devletin emrettiği hükümler toplamıdır. Zîra hukukî hükümler, hukuk olarak kalmalıdır ki kendisinden devletin emredeceği hükümler çıkarılsın. İşte o zaman kanun olur. Görünürde o, bağlayıcı tek bir görüşte katileşip bu görüşte karar kılınana kadar zannî hükümler olarak kalır. Bu görüş ise, devletin kendisiyle amel edilmesi emridir. Bu nedenle hak; kanun onaylayana kadar bir hak olarak itibar edilmez, maslahat da kanun onaylayana kadar bir maslahat olarak itibar edilmez. Bu nedenle de eski Fransız kanunundaki borcun havalesini kanunun fert için onaylamamasından dolayı bir hak değildir. Oysa modern kanunlarda bir hak olmuştur. Çünkü kanun, onu fert için onaylamıştır. O halde kanun onaylayana kadar ona maslahat olarak itibar edilmez. Oysa borcun havalesi, aynıdır değişmemiştir. Zîra o, kanun onaylamadan önce de bir maslahattır, kanun onayladıktan sonra da bir maslahattır. Ancak maslahatın; gerek sevdiklerine ve kerih gördüklerine, gerekse faydalı olanlara ve zararlı olanlara kıyas etsin diye ferde bırakılmayacağından ötürü, başkası tarafından belirlenmesi kaçınılmazdır. Bu başkası ise; bazı insanlar tarafından kanun kılınırken, bazıları tarafından şeriat kılınmıştır. O halde artık bahis, kanunun insan için maslahatı belirlemeye elverişli olup olmadığıdır.(?) Ve maslahatı belirleyecek olanın, tek başına şeriatın olması kaçınılmaz mıdır veya başkasının olması caiz midir? Hakikat şu ki kanun, maslahatın celbedilmesini ve mefsedetın defedilmesini belirlemeye elverişli değildir. Çünkü kanun olması bakımından kanun, kaynaktan alınmıştır -yani kaynaktan yasalaştırılmıştır- bu kaynak ise, genel teoriye veya küllî teorilere binaen konulmuş hukukî kaideler veya pratik hükümler toplamıdır. İnsan ise, bu genel teoriyi veya küllî teorileri, adetlerden, deneyimlerden veya mahkemelerin hükümlerinden istinbat etmiştir. Bunları da bir esas yaparak, olayların meydana gelmesi ve yenilenmesine göre kendisinden bu hukukî kaideleri ve pratik hükümleri istinbat etmeye başlamıştır. Ve bunları da kanunî düzenlemeler yapmıştır. Devlet de bunların bir kısmını veya tamamını alarak bunlarla emretmeye başlayınca kanun olmuştur. Kanunda esas olan ise, kaynağıdır. Kaynak ise, kendisinde hata ihtimalinin bulunduğu ve değişmesinden dolayı bozukluğunun sabit olduğu zannî istinbatlardır. Bu nedenle bu zannî kaynak, insan için maslahatı celbetmeye ve mefsedeti defetmeye muktedir değildir. Çünkü bir şeyi maslahat olarak takdir edebilir, sonra onun mefsedet olduğu ortaya çıkabilir ve bir şeyi mefsedet olarak takdir edebilir, sonra onun maslahat olduğu ortaya çıkabilir. Bu nedenle kanun, maslahatın celbedilmesini ve mefsedetın defedilmesini belirlemeye elverişli değildir. Çünkü onun kaynağı, hükümlerinin değişmesinden dolayı bozukluğu ortaya çıkmış zannî bir kaynaktır. Dolayısıyla maslahatı belirleyecek olanın kanun değil, şeriat olması kaçınılmazdır. Çünkü şeriat, Allahu Te'alâ'dandır ve insanı kuşatan yalnız başına O'dur. Bu nedenle maslahatı belirleyecek olanın tek başına şeriat olması kaçınılmazdır ve başkasının olması caiz değildir. Ki böylece

insan için, bizzat hakîki maslahat olan maslahatların celbedilmesi ve bizzat hakiki mefsedet olan mefsedetlerin defedilmesi garanti edilsin. Bundan dolayı hem nizâmın İslâmî şeriat olması, hem de kanunların İslâmî şeriattan alınmış olması kaçınılmazdır.

Buna binaen mesele; ne alacaklı ve borçlunun olduğu iki kişi arasındaki bağıdır, ne de bir kişi ile bir şey arasındaki bağıdır. Bilakis mesele; maslahatı celbetmek ve mefsedeti defetmek için amelleri gerçekleştiren insan olmasıdır. Dolayısıyla bu amellerin, insan için maslahatı celbedecek ve insandan mefsedeti defedecek bir düzenleme ile düzenlenmesi kaçınılmazdır. Bu da her şeyden önce maslahatı ve mefsedeti belirleyecek olanın kim olduğuna döner. Bunu belirleyecek olanın, yalnız başına şeriat olduğu sabit olduğuna göre şeriatın, insanın amellerini çözmesi elzemdir. Şeriata dikkatle bakan bir kimse; onun, insanın sorunlarını hükümlerin istinbatında müracaat edilen küllî kaideler ile çözmediğini, bilakis bunları bundan daha kapsamlı olanlarla çözdüğünü görür. Zîra insan için, ilişkilerini düzenleyen hükme irşad edecek deliller belirlemiştir ve vakıanın - her türlü vakıanın- etüdünü, fehmini, sonra da bunun düzenlenmesini şer'î delilden, yani şeriatın beyan ettiği delilden alınmasını onun aklına terk etmiştir. Hükümlerin istinbatında, İslâmî hukukun dayandığı esas işte budur. Bu deliller ise, hükümlerin kaynakları değildir. Bilakis bunlar, ona yönelik delillerdir. Çünkü hüküm, sorunun çözümüdür. Yani sorunu düzenleyen yönün beyanıdır. Hakikatte insanın fiillerinden ortaya çıkan vakıa ise, onun hakkında görüş bildirilmesinin talep edilmesidir ve buna ilişkin içerdiği delil ise onun hükmüdür. Bu nedenle usul âlimleri, şer'î hükmü, [ ] "**Şâri'nin, kulların fiillerine ilişkin hitabıdır**" şeklinde tanımlamışlardır. Bundan dolayı insanın fiillerini düzenleyen hükümlerin, delilin olaya intibakı fehminden alındığını görürüz. Böylece kanunî düzenlemeler; insanın amellerini muayyen bir vecih ile düzenlenmesini açıklayan hükümler olur ve bunları kanun yapıp sadece bunlarla amel etmeyi zorunlu kılan da sultanın emridir. Buna binaen devletin, insanın amellerinin düzenlenmesini açıklayan şer'î hükümleri araştırması, vakıaya mutabık olarak gördüğünü emretmesi ve bunu kanun yapması elzemdir. Tüm Müslümanlar nezdinde kendisinden hükümlerin istinbat edildiği deliller ise, Kitâb ve Sünnet'tir. Yani lafzen ve manen Allah katından olan nasstır ki o da Kur'ân'dır veya lafzen olmayıp manen olandır ki o da Sünnettir. Bu ikisinin dışındaki delillere ise bakılır. Eğer onu şer'î nass belirtmişse, yani Kitâb ve Sünnet, onun bir delil olduğunu belirtmişse, bu iki delile eklenir. Yok eğer belirtmemişse, kesinlikle bir delil olarak itibar edilmez. Kur'ân nasları ve sahîh hadis incelendiğinde, bu ikisinin; sahabenin icmaasının ve kıyasın deliller olarak itibar edildiğini belirttiklerini görürsünüz. Bu ikisinin dışındakiler ise, delil olarak itibar edilmez. Çünkü bunların delillerden itibar edildiğine delalet eden şer'î bir nass bulunmamaktadır. Buna binaen önemli olan, sadece şer'î nasstır ki hem şer'î hüküm, hem de şer'î hükmün delili sadece ondan alınır.

Subutu ve delaleti olmak üzere nassın iki hali vardır. Yani bize ulaştığı kanalın ve ihtiva ettiği mananın bilinmesidir. Eğer, zannî olsa bile bize ulaştığı kanal sahîh olursa, bu nass şer'î bir nass olarak itibar edilir. Yok eğer mutlak sahîh olmazsa, bu nass şer'î olarak itibar edilmez. Zîra onun şer'î bir nass olduğu sabit olursa, bundan sonra delaletine dönülür ve lafzına bağlı kalınır. Eğer lafız, bir manaya götürüyor ve manalardan bir manaya irşat ediyorsa, zannî kanaldan olsa bile kendisinden şer'î hükmün alındığı hüküm olarak itibar edilir. Yok eğer bir manaya irşat etmiyorsa, şer'î hüküm olarak itibar edilmez. Bu nedenle lafzın, taşımadığı manalara hamledilmesi caiz değildir ve nassın lafzının delalet ettiğini taşımadığı her mana, şer'î hüküm olarak itibar edilmez. Şer'î nass ise, pek çok hükümlerin istinbat edilmesi için genişleyen genel bir hattır -yani genel bir manadır- ve bu hükümler de müteaddit meselelere intibak etmek üzere genişler. Nasstaki genişleme yönü ise, ya bir illeti kapsayan şekilde olmasıdır, ya da bir illeti kapsamamasıdır. Eğer zâninin celledilmesi, hırsızın elinin kesilmesi ve faizin haram olması gibi bir illeti kapsamıyorsa, hüküm daimi olur ve illetlendirilmez. Ancak zinâ, hırsızlık, faiz ve benzerlerine yönelik şer'î mananın

tahdidi hakkındaki âyetlerin fehmine göre ondan müteaddit hükümler istinbat edilir. Bu nass, bir illet içermemiş ve ondaki hüküm herhangi bir illete göre dönmemiş olmasına rağmen o, müteaddit hükümler istinbat etmek ve müteaddit meselelere intibak etmek üzere genişleyen bir nasstır. Bu nedenle genel bir hat ve yenilenen müteaddit vakılara yönelik bir delil olur. Eğer nass, bir illeti kapsıyorsa kendisinden istinbat edilen hüküm, illetine göre illetli olarak alınır. Dolayısıyla illetin ortaya çıkmasıyla ortaya çıkar, illetin yok olmasıyla yok olur ve bunun gibi bir hüküm; aynı illeti içeren her türlü mesele hakkındaki her hükmün üzerine kıyas edildiği bir esas olarak alınır. Bu nedenle salahtan alıkoyan alış-verişteki illetin, icârada da mevcut olmasından dolayı, alış-verişin haramlığına kıyasen Cuma nidâsı sırasındaki icara da haram kılınır. Böylece bunun için sabit olan hükmün aynısı onun için de sabit olmuştur ve bu da hükmün kıyasıdır. Bu durumda; sadece manalarını değil, bilakis içerdiği illeti de anlamak üzere, müteaddit yenilenen vakalara yönelik müteaddit hükümlerin istinbatı için genişleyen bir nass olur. Böylelikle de hükme yönelik delil, hakikatta nass olur. Ancak o, dolaylı delil iken, kıyas doğrudan delildir. Hükmün, şer'i nassın çizdiği çerçeveden çıkmaması için, maslahatın celbedilmesi ve mefseletin defedilmesi, sadece şeriatın belirlediği olmalıdır. Bu nedenle illet, şer'i illettir, akli illet değildir. Bundan dolayı şer'i nassın, delalet türlerinden herhangi bir türle ona delalet eden olması kaçınılmazdır. İllete yönelik şer'i delalet ise, sadece zenginler arasındaki tedavülünün illetinden dolayı malın insanlara dağılımının iadesi illeti gibi bazen sarîh olur. Zîra âyet, buna sarîh bir şekilde delalet etmiştir. Allahu Te'alâ şöyle buyurmuştur:

**"İçinizden yalnız zenginler arasında dolaşan bir güç olmasın**

**diye."** [el-Hasr 9]

Bazen illete yönelik şer'i delalet, zekâtın müellefe-tul kulûba verilmesi gibi bir delalet olur. Zîra gayr-i müslimlerin ve imânı zayıf olan müslümanların kalplerinin zekatla ısıdırılması devletin zayıflığına delalet eder. Dolayısıyla devlet güçlendiği zaman, ısıdırmanın illeti ortadan kalkar. Zîra bu delalet, sarîh olarak nassın lafzından değil, ancak delalet olarak nassın makulünden gelmiştir. Dolayısıyla onu şer'i illet kılan nass olur. Bazen illet, kamu alanlarından olması illetinden dolayı, bir şeyin kamu mülkiyetine dönüştürülmesi gibi istinbat yoluyla istinbat edilmiş olur. Zîra Rasulün, bazı hallerde insanların suyu, ferdi mülkiyet olarak mülk edinmesini mübah kılmasından ve bazı hallerde de onun mülk edinilmesini yasaklamasından istinbat edilmiştir. Nitekim toplumun ondan vazgeçemediği sırada suyun mülk edinilmesini yasaklamasından ve toplumun ona ihtiyaç duymadığı sırada onun mülk edinilmesini mübah kılmasından, toplumun sudan vazgeçmemesi, kamu mülkiyetinin illeti olarak, yani kamu alanlarından olması illeti istinbat edilmiştir. İşte bu illet, istinbat yoluyla istinbat edilmiştir. Bazen de illet, ne saraheten, ne delaleten, ne de istinbaten nassın içermediği bir şekilde olur. Ancak muayyen bir durumdan dolayı illet olarak itibar edilen şer'i illetler de vardır. Zîra bu durum, herhangi bir şeyde bulunduğu, nass ona delalet etmemiş olsa bile, bu şey şer'i bir illet olarak itibar edilir. Çünkü onda, nassın içerdiği şer'i illet vardır ve o da illetin kıyasıdır. Bu da öfke illetinden dolayı öfkeli iken hakimin hüküm vermekten menedilmesi gibidir. Zîra bu illeti, şer'i nass içermektedir ve o da Aleyhi's Selâm'ın şu kavlidir:

**"Kâdi (hakim), öfkeli iken hüküm vermesin."**

Dolayısıyla öfke, illet olarak itibar edilir. Kendisi için öfkenin illet olarak itibar edildiği yönün incelenmesiyle, onun aklın karışıklığı ve şaşkınlığı olduğu görülür. Bu nedenle açlık; açlık sırasında hakimin hüküm vermekten menedilmesinin illeti olarak itibar edilir. Çünkü öfkede bulunan aklın karışıklığı ve şaşkınlığı, açlıkta da bulunmaktadır. Dolayısıyla öfkeye kıyasla illet olarak itibar edilir.

Nassın üzerine delalet ettiği şer'i illetler işte bunlardır ve bunlar nassın; her ameli düzenlemek ve ne kadar yenilenir ve çoğalır çoğalsın ortaya çıkan her vakıa hakkında

hüküm vermek üzere genişleyen genel bir hat kılınması için yeterlidir. Bundan dolayı şer'î nassların, şahsî haklara ve aynı haklara değil, hükümlere yönelik deliller kılınması kaçınılmazdır. Çünkü hakkı beyan eden yalnızca bunlardır. Nitekim binlerce müçtehidin bıraktığı ve binlerce fakihin tedvin ettiği fikhî servet, dünyanın en zengin hukukî serveti olarak itibar edilir. Zira o, ortaya çıkan sorunları çözmüş ve on üç asır boyunca İslâmî yargı tarafından tatbik edilmiştir ve o, devletin; ortaya çıkan sorunların çözümüne ilişkin hükümler ve yenilenen hükümlerin istinbatı için yeterli genel hatlar benimsemesi için yeterlidir. Böylece devlet, bu istinbat edilenlerden benimseyerek, ümmete bir kanun koyar ki o da sahih bir içtihat ile istinbat edilmiş şer'î hükümlerdir.

Binaenaleyh: sunulan bu tasarı, üzerine dayandığı esasta hatalıdır ve o, şer'î hükümlerle çelişmektedir. Dolayısıyla hem bu tasarının reddedilmesi, hem de insanlara yönelik kanun yapılması için sadece şer'î hükümlere dönülmesi gerekir.