

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# BATILI DEVLETLERİN KARMA TİCARET MAHKEMELERİNDE MECELLE'NİN UYGULANMASINA YÖNELİK ELEŞTİRİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

## EVALUATION OF WESTERN STATES' CRITICISM ON IMPLEMENTATION OF MAJALLA IN MIXED COMMERCIAL COURTS

Doç. Dr. Ahmet Kılınc\*

Harun Karakaya\*

### ÖZ

Şer'i ve örfi hukukun birlikte yürürlükte bulunduğu Osmanlı Devleti, Tanzimat ile birlikte hızlı bir Batılılaşma sürecine girmiş ve bu kapsamda başta Ticaret Kanunnamesi olmak üzere pek çok Batılı kanunu iç hukukuna aktarmıştır. Bunların dışında yerli çabalarla oluşturulmuş Mecelle gibi bazı kanunlar da yürürlükte olmuştur. Batılı devletler Mecelle'nin Muhtelit Mahkemelerde uygulanmasından rahatsız olmuşlar ve pek çok fırsatta bu rahatsızlıklarını dile getirmişlerdir. Çalışmada Batılı devletlerin bu rahatsızlıklarını konu edinen resmi belge incelenmiştir. Bu bağlamda çalışmada öncelikle Osmanlı Hukuku'nun ilgili dönemdeki genel bir manzarasına yer verilmiş; ardından ilgili belgenin özeti kısaca aktarılmıştır. Bunu takiben Karma Ticaret Mahkemelerinde Mecelle'nin uygulanması meselesine değinilmiş, daha sonra da çalışma konusu belgede değinilen bazı temel hukuki sorunlara temas edilmiştir. Belgede Mecelle'nin günün sosyal ve ticari koşullarına uygun olmadığından yakınılmış ve Mecelle'nin tadili tavsiye edilmiştir. Ancak belgede zikredilen somut normlar tahlil edildiğinde, bu eleştirilerin sağlam temellere dayanmadığı görülmektedir. Ayrıca örfi hukuk vasıtası ile farklı hukuk anlayışları, toplumsal ve ticari hayatta yaşanan gelişmeler normatif hale getirilmiştir. Keza belgeye imza atan ülkelerin kendi iç hukuklarında da Mecelle'ye paralel hükümlere sahip olması, tenkitlerin bilimsel olmadığını ortaya koymaktadır. Çalışma, Batılı devletlerin, hukukumuzun gelişmesi konusunda rasyonel olmadıklarını ortaya koymaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Mecelle, Ticaret Kanunnamesi, Muhtelit Mahkemeler, Batılılaşma, Dualist Hukuk Yapısı

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

0000-0002-8977-9588 [akilinc@ybu.edu.tr](mailto:akilinc@ybu.edu.tr)

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı.

0000-0003-2626-1842 [iur.harun@gmail.com](mailto:iur.harun@gmail.com)



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

The Ottoman State, in which shariah and orfi law in force together, entered a rapid Westernization with the Tanzimat period and in this context many Western laws notably the Commercial Code were accepted to the domestic law. Apart from that some codes created with local efforts are also encountered. Majalla is the most important and most comprehensive of them. However Western states disturbed by the implementation of Majalla in the Mixed Commercial Courts and expressed their disturbance on many occasions. In this study, an official document dealing with the disturbance of the Western states is examined. In this context, first of all, a general view of Ottoman Law in the Tanzimat period was given, after that the summary of the mentioned document was given briefly in the study. Following this, the issue of the implementation of the Majalla in the Mixed Commercial Courts was mentioned, and then the basic problems mentioned in the document that was the subject of the study was touched upon. In the document, it was complained that the Majalla is not suitable for the social and commercial conditions and amendment of Majalla was recommended. However, concrete norms mentioned in the document was analyzed, it is seen that these criticisms were not well grounded. In addition, different legal conceptions, developments in social and commercial life were made normative by means of orfi law. Likewise, the fact that the authorities of Western states, which contains parallel norms to Majalla, signed the document, is meaningful in terms of revealing the basic aims of Western countries. The study reveals that Western states are not objective about the development of our law.

**Keywords:** Majalla, Commercial Code, Fixed Commercial Courts, Westernization, Dualist Legal Structure

## GİRİŞ

Klasik dönem Osmanlı Hukuku şer'î hukuk ile örfî hukukun kendine özgü bir şekilde birlikte uygulandığı bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>1</sup>. Bu dönemde şer'î hukuk sahasına ilişkin olarak Hanefî hukukçular tarafından kaleme alınan fıkıh kitapları ile fetva mecmualarından istifade edilmiş<sup>2</sup>; bu sahanın dışında kalan meseleler ise başta kanunnameler olmak üzere padişahın iradesini yansıtan belgelerle şekillenmiştir<sup>3</sup>.

Tanzimat'ın ilanıyla birlikte Osmanlı Devleti'nde batının etkisi açıkça görülmeye başlanmıştır. Hukuk sahası da bu batılılaşmadan nasibini almış, batıdan alınan pek çok hukuki kurum Osmanlı Hukuku'nda kendisini göstermeye başlamıştır<sup>4</sup>. Ancak bu dönemde, eski düzenlemelerden tamamen kopulmamış, şer'î hukukun kurum ve kavramları kullanılarak modern anlamda kodifiye edilmiş hukuk kuralları da oluşturulmuştur. Şu hâlde hukukun pek çok alanında aynı anda hem batı menşeli hem de yerli normlar ve müesseseler yürürlükte kalmıştır<sup>5</sup>. Bu durum ise düalist bir hukuki yapının ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>6</sup>.

Öğretide Ceza Hukuku sahasında yürürlüğe konulan 1848 ve 1851 seneli Ceza Kanunnamelerinin yerli kanunlar olduğu, ancak 1858 Ceza Kanunnamesi'nin karma bir usulle yazıldığı ifade edilmektedir<sup>7</sup>. Ceza Muhakemeleri Hukuku sahasında yürürlüğe konulan 1879 seneli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu ise çok büyük ölçüde 1808 seneli Fransız Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndan iktibas yoluyla iç hukuka aktarılmıştır<sup>8</sup>. Aynı sene yürürlüğe

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Beta, 2017, s.73; Sobia Bashir ve Amen Imran (2012) "Legal System of the Ottoman Empire", *Journal of Law and Society Law College*, C: 42, S: 59 (2012), s. 101; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, Ankara: Yetkin, 2021, s. 145; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Atlas, 2019, s. 91; Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, "Ömer Lütfi Barkan ve Türk Hukuk Tarihi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:70, S: 1 (2012), s. 421; M. Âkif Aydın, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukukunun İşleyişindeki Yeri", *Osmanlı Araştırmaları*, C: 24 (2004), s. 40; Gülnihal Bozkurt, "Review of the Ottoman Legal System", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S: 3 (1992), s.117.

<sup>2</sup> Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, İstanbul: Arı Sanat, 2017, s.182-183.

<sup>3</sup> Ahmet Kılıç, *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara: Adalet, 2022, s.16.

<sup>4</sup> Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci, (1839-1939)*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2020, s.52 vd.

<sup>5</sup> Bozkurt, *Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi*, s.51.

<sup>6</sup> Düalist hukuk yapısı, aynı konu hakkında aynı anda hem yerli hem batılı normatif düzenlemelerinin olduğu bununla birlikte yerli hukuk kuralları ile batılı hukuk kurallarını uygulayacak farklı yargı organizasyonlarının olduğu bir yapıdır; Ahmet Kılıç, Davut Yıldırım, "Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması", *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Kamu Hukuku*, Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınevi, 2021, s.176,177.

<sup>7</sup> Mustafa Şentop, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (TALİD) Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı*, C.3, S.5 (2005), s.652-653, 657; TDV İslam Ansiklopedisi, Mehmet Akif Aydın, İstanbul: İSAM, 1993, "Ceza" maddesi. Ancak bu noktada kimi yazarların 1858 Ceza Kanunnamesi'nin 1810 Fransız Ceza Kanunnamesi'nin "hemen hemen tercümesinden ibaret olduğunu" savunan yazarların olduğunu da belirtmek gerekir. (Bozkurt, *Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi*, s. 100.) Bunun karşısında Akgündüz, 1858 Ceza Kanunnamesi'nin kaynaklarını şu şekilde sıralamaktadır: "(1) 1855 seneli Men'i İrtikab Kanunnamesi, (2) Eski Ceza Kanunları, (3) Şeyhülislamlığın teklif ettiği maddeler ve (4) Diğer Kaynaklar" (Ahmet Akgündüz, "1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesi'nin Hukuki Kaynakları", *Belleten*, C.51, S.199 (1987) s.158.). Konuyla ilgili tartışmalar için ayrıca bk. Seda Örsten Esirgen, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", *Adalet Dergisi*, C: 1-2, S: 62-3 (2019), s. 438; Betül Kayar, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları*. Ankara: Adalet, 2021, s. 96.

<sup>8</sup> Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Turhan, 2011, s.345; Kayar, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları*, s. 147.

konulan Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı ise yine Fransız Usul Kanunu'ndan hareketle hazırlanmışsa da yerli unsurların da olduğu, bir başka deyişle kanunun karma bir usulle hazırlandığı söylenebilir<sup>9</sup>. Ticaret Hukuku sahasında yürürlüğe konulan 1850 seneli Kanunname-i Ticaret, 1863 seneli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi ile 1861 seneli Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunları ise Fransız yasalarından iktibas suretiyle Osmanlı Hukuku'nda yürürlüğe konulan yasalardır<sup>10</sup>. 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, 1917 seneli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile yine aynı sene yürürlüğe konulan Usul-ü Muhakemat-ı Şer'iyye Nizamnamesi ise tamamen yerli bir üslupla hazırlanmış kanunlar olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>11</sup>. Kısacası ilgili dönemde kanunlaştırma açısından tek bir tarz benimsenmemiş, kimi kanunlar Batı'dan, özellikle de Fransa'dan iktibas yoluyla iç hukuka aktarılmış, kimi kanunlar batılı bir sistematikte ancak yerli katkılar da sunularak yürürlüğe konulmuş, kimi kanunlar ise tamamen yerli çabalarla ve İslam Hukuku kavramlarıyla kaleme alınmıştır.

Millî ve yabancı kanunların birlikte yürürlükte bulunması hem kanun yapma tekniği açısından hem de uygulama açısından muhtelif karışıklıklara ve mücadelelere yol açmıştır. İşbu çalışmada bu mücadele ve sorun Devlet Arşivleri'nde yer alan bir vesika merkezli olarak ele alınacaktır. Belge, Osmanlı hakimlerinin, 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret yerine Mecelle hükümlerini uygulamalarının Batı dünyasındaki yansımalarını açıklar. 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'ndan iktibas yoluyla iç hukuka aktarılan 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret batılı bir bakış açısını ortaya koyarken, uzun bir mücadelenin sonucunda<sup>12</sup> Ahmet Cevdet Paşa önderliğindeki Mecelle Komisyonu tarafından peyderpey yürürlüğe konulan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ise genelde İslam Hukuku, özelde Hanefi hukuk doktrininin bakış açısını yansıtmaktadır. Bu bakış açısı farklılığı Osmanlı Devleti'ndeki batıcıların ötesinde, uluslararası camianın da dikkatini çekmiştir. Batılı ülkeler, kendi kanunlarının tercümesi olan normatif düzenlemeler yerine Mecelle gibi yerli bir kanunun tercih edilmesine ilişkin tenkit ve eleştirilerde

<sup>9</sup> Şentop, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", s.659; Kayar, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları* s. 149.

<sup>10</sup> M. Macit Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, Ankara: Lotus, 2005, s.75,114; Seda Örsten Esirgen, *Osmanlı Devleti'nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları*, Ankara: Turhan, 2017, s.25; Kayar, s. 143.

<sup>11</sup> Enver Ziya Karal, *Osmanlı Tarihi*, C.7, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1988, s.173-174; Mehmet Akif Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", *Journal of Ottoman Studies*, C:9 (1989), s.48-49; Siddık Sami Onar, "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u Mecelle", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.20, S.1-4 (1954), s.62; Halil Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, Ankara: Berikan, 2016, s.36-37; Mehmet Akif Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul: Klasik, 2018, s.157-176; Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974, s.292; Ahmet Akman, "1917 Tarihli Usul-i Muhakeme-i Şer'iyye Kararnamesi ve Tahlili", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1985, s.51 vd.

<sup>12</sup> Bu mücadele hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Örsten Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle Mi, Fransız Medeni Kanunu Mu?" *OTAM*, S.26 (2011); A. Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, İstanbul: Sebil, 1993, s.36; Karal, *Osmanlı Tarihi*, C:7, s.172-173; Hulusi Yavuz, "Events Leading to the Compilation of First Ottoman Civil Code," *İslam Tetkikleri Dergisi*, C:8, S:1-4 (1984), s.92; Onar, "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u Mecelle", s.62; Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s.46-48. Bu bağlamda Fransız Medeni Kanunu'nun iç hukuka aktarılması gerektiğini düşünen devlet adamlarının temel motivasyonlarının, yabancı devlet yetkililerinin müdahale ve baskılarından kurtulabilmek olduğu ifade edilmektedir. (Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s.46 vd.)

bulunmuşlardır. Bu çalışma, anılan tenkitlerin, dönemin hukukuyla ne derece bağdaştığını ve eleştirilerin objektifliğini inceler.

Çalışmanın merkezinde yer alan belge, Devlet Arşivlerinin Hariciye Nezareti'nin İdare Fonunda yer almaktadır. İlgili fonda Hariciye Nezareti'nin, askeriye, maliye, ziraat, eğitim, basın, nüfus meseleleri başta olmak üzere anlaşmalar, konferanslar ve kongreler gibi muhtelif konularda elçiliklerle yaptığı yazışmalar yer almaktadır<sup>13</sup>. Çalışmanın odağını teşkil eden belge bu fonun 2037 dosya 66 gömlek numarasıyla yer almaktadır. Rika ile kaleme alınan belge, yabancı sefaretlerce kaleme alınan yazının tercümesinden ibarettir.

İlgili belge, Mecelle'nin teorik çerçevesinden ziyade özellikle ticari uyumsuzluklarda uygulamaya nasıl yansındığını ortaya koyması, batılı devletlerin Osmanlı Devleti'nin iç hukukuna "nasıl" ve "hangi gerekçelerle" müdahale ettiğini göstermesi ve yabancı-millî kanunlar arasındaki mücadeleye işaret etmesi, bunun yanı sıra millî kanunlar ile yabancı kanunların hukuk anlayışı arasındaki temel paradigma farkını ortaya koyması bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

Çalışmada öncelikle ilgili belgenin bir özetine yer verilecek ardından Mecelle'nin Karma Ticaret Mahkemelerinde uygulanmasına temas edilecektir. Daha sonra ilgili belgede temas edilen bazı temel somut hukuki sorunlar ele alınacak ve sonuç bölümünde tüm bu veriler birlikte değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## I. BELGENİN ÖZETİ

Çalışmanın odağını teşkil eden 15.03.1907 tarih ve 2037/66 numaralı belge, Almanya, Rusya, İngiltere, Fransa, Avusturya ve Macaristan büyükelçileri ile İtalya büyükelçiliği maslahatgüzarı tarafından kaleme alınan ortak bir takririn<sup>14</sup> tercümesinden ibarettir ve çalışmada ilgili takririn Osmanlı Türkçesine yapılan bu resmi çevirisi tahlil edilecektir. İsmi geçen ülkelerin diplomatik temsilcileri bu takrirlerinde genel olarak Ticaret Kanunname-i Hümayunu'ndaki eksiklikler ile Mecelle'nin Karma Ticaret Mahkemelerinde uygulanmasından kaynaklandığını ileri sürdükleri sorunları ele almışlardır.

Ticaret Kanunname-i Hümayunu ve Mecelle'nin yürürlüğe konuluş süreci ile başlayan metinde Ticaret Kanunnamesi'nin düzenlenmesine ilişkin padişah iradesinin, Mehakim-i Muhtelita Nizamnamesi'nin yabancı elçiliklere tebliğinden birkaç ay kadar sonra ilan edildiği; takriben iki sene kadar sonra ise bahsi geçen Ticaret Kanunnamesi'nin yürürlüğe konduğu vurgulanmıştır. Belgede bu kanunun neşrinden takriben on iki sene kadar sonra ise Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunnamesi'nin yabancı elçilikler tarafından kabul edildiği ifade edilmiştir. Belgeyi kaleme alanların ifadesine göre bu metinlerin pek çoğu Fransız kanunlarının eksik birer tercümesinden ibarettir. Ayrıca bu kanunnamelerde içerik açısından da ciddi

<sup>13</sup> İskender Türe ve Salim Kaynar (Yayına Hazırlayanlar), *Osmanlı Arşivi Rehberi*, İstanbul: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, 2017, s.231.

<sup>14</sup> Takrir, diplomatik bakımdan bir hususu ilgili merciye yazılı olarak bildiren belgeleri ifade etmektedir. Bu merci, padişah, sadrazam veya daha alt kademede yer alan görevlilerdir. (Mübahat S.Kütükoğlu, *Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik)*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2018, s.214.) Çalışma konumuzu teşkil eden belge ise sefaretlerce takdim edilen ve siyasi mahiyeti haiz bir takrirdir. (Kütükoğlu, *Osmanlı Belgelerinin Dili*, s.215-216.)

eksiklikler mevcuttur. Nitekim Ticaret Kanunnamesi'nde satış, cari hesap, ticari vekalet, sigorta sözleşmesi, ticari rehin, anbar şehadetnamesi hakkında herhangi bir hüküm mevcut değildir. Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunnamesi'nde ise poliçelere ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bunun dışında Karma Mahkemelerin yetki sahasının bin kuruluşun üzerindeki hukuki uyumsuzluklar ile kısıtlanması, bu mahkemelerin yetki sahasını büyük ölçüde kısıtlamakta, bunun sonucunda ise Ticaret Kanunnamesi'ni ticarete ilişkin hukuki uyumsuzluklar bakımından neredeyse uygulanamaz bir hale sokmaktadır. Belgeyi kaleme alanlar, 1868'e, yani Mecelle'nin yürürlüğe konuluşuna değin, Ticaret Kanunu'nun eksikliğinden kaynaklanan uyumsuzluklar için Osmanlı hakimlerinin mehz Fransız kanunlarına müracaat ettiklerini ileri sürmekte ve bunu gayet tutarlı bulmaktadırlar. Ne var ki Mecelle'nin yürürlüğe konması ile beraber -maalesef (!)- Osmanlı hâkimleri eski uygulamayı bırakmayı gerekli görmüşlerdir. İlk başlarda Mecelle'ye nadir durumlarda başvurulmakla beraber, bu uygulama daha sonra yaygınlık kazanmaya başlamış ve belgenin yazıldığı dönemde Mecelle ile Ticaret Kanunnamesi'ndeki boşlukların doldurulması artık genel bir uygulama olarak kabul edilmiştir. O kadar ki Osmanlı uygulayıcısı zamanla Ticaret Kanunnamesi'ndeki boşlukları doldurmanın ötesinde, Mecelle'nin Ticaret Kanunnamesi'nin kesin hükümleri ile bağdaşmayan hükümlerini dahi tatbik etmeye başlamıştır.

İsmi geçen devletlerin diplomatik temsilcileri Ticaret mevzuatı yerine Mecelle hükümlerinin uygulanma gerekçesini iki temel nedene dayanarak ve somut örnekler vererek izah etmeye çalışmışlardır: (1) Karma Mahkemelerin Ticaret ve Usul-ü Muhakemat-ı Ticaret Kanunnamelerinde hüküm bulunmaması sebebiyle Mecelle'ye başvurduğu haller, (2) Zikredilen mahkemelerin Ticaret ve Usul-ü Muhakemat-ı Ticaret Kanunnamesi hükümlerine aykırı olarak Mecelle'ye başvurduğu haller. Birinci kategori kapsamında, mevcut ve hazır olmayan bir şeyin satışı, ortak borcun kabzdan evvel taksimi, bizzat hâkim huzurunda bulunmanın zamanlaşımına etkisi, satılanın vasfından kaynaklanan bir hatadan dolayı ortaya çıkan seçim hakkı, emanetin iadesinin nasıl ispat edileceği, rehin akdinin tamamlanması ile satış sözleşmesinde hasarın geçtiği ana ilişkin örnek olaylar taraf isimleri ve tarih belirtilerek değerlendirilmiştir. İkinci kategori kapsamında ise, şuf'a hakkı, kârdan mahrumiyetin tazmin edilip edilemeyeceği, menfaatin borç teşkil edip etmediği gibi hususlara ilişkin somut hadiseler Mecelle maddelerine de atıf yapılmak suretiyle ele alınmıştır. Özellikle menfaatin borç kapsamında değerlendirilemeyeceği meselesi üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuş ve bu doğrultuda birtakım ispat sorunlarına da ayrıntılı bir şekilde temas edilmiştir.

İlgili belgeyi kaleme alan diplomatik temsilciler, kendi bakış açılarıyla tespit etmiş oldukları sorunların yalnız yabancı ülke vatandaşları için değil, bütün Osmanlı vatandaşları için de ciddi sonuçlar doğurduğuna işaret ederek, işbu sorunların giderilmesi için alınması gereken tedbirlerden bahsetmişlerdir. Bu doğrultuda ilk olarak Ticaret ve Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunnamelerinin karma mahkemelerin önüne konan her türlü dava için mümkün olduğu kadar uygulanması, bir başka deyişle bu kanunnamelerin kapsamının mümkün olduğunca -ve Mecelle'nin aleyhine olarak- genişletilmesi; ikinci olarak, ihmal ettikleri ticari teammüllere uymaları için karma mahkemelere hitaben genel bir talimatnamenin hazırlanması, son

olarak ise günün ihtiyaçlarına cevap verme kabiliyetinden mahrum olduğu ileri sürülen Mecelle'nin gözden geçirilerek tadil edilmesi tavsiye edilmektedir.

Görüldüğü üzere ilgili belgede, Mecelle ile Ticaret Kanunnamesi arasında cereyan eden bir uygulama sorunundan bahsedilmekte ve bu sorun bazı uyuşmazlıklar üzerinden somutlaştırılmaktadır. İlgili iddiaların tarihsel süreç içinde ait olduğu konuma oturtulması ve doğru bir şekilde anlaşılabilmesi için öncelikle Karma Ticaret Mahkemeleri'nin Osmanlı yargı teşkilatında işgal ettiği mevkiye ve Mecelle'nin bu mahkemelerde tatbiki konusuna temas etmek gerekmektedir.

## II. KARMA TİCARET MAHKEMELERİ VE MECELLE'NİN BU MAHKEMELERDE UYGULANMASI

Özetini verdiğimiz belge esas olarak Mecelle'nin Karma Ticaret Mahkemelerinde uygulanmasından kaynaklı sorunlara temas etmektedir. Bu bağlamda öncelikle Mecelle ile Ticaret Kanunnamesi'nin karşılıklı konumlarına ve Mecelle Öncesinde Fransız Hukuk Kurallarına Atf Yapılması konularına değinmek gereklidir.

### A. TEMEL KANUN (MECELLE) İSTİSNAİ KANUN (TİCARET MEVZUATI) İKİLEMİ

Klasik dönem Osmanlı yargı teşkilatının çekirdeğini, her kaza merkezinde teşkilatlanan ve hukuki ihtilafları herhangi bir alt kategorizasyona (hukuki veya cezai uyuşmazlıklar gibi) gitmeden bir bütün olarak çözmekle mükellef olan kadı mahkemeleri oluşturmaktadır<sup>15</sup>. Bunun dışında gayrimüslim tebaanın kendi aralarındaki kimi uyuşmazlıkları cemaat mahkemeleri, Divan-ı Hümayun, İkinci Divanı, Cuma Divanı, Çarşamba Divanı, Paşa Divanları, Kazasker ve Defterdar divanı, Ağa Divanı, Kaptan Paşa Divanı, Paşa Divanı gibi bazı örgütlenmelerin de yargısal bazı görevleri ifa ettikleri ifade edilmektedir<sup>16</sup>.

16. yüzyılda çeşitli nedenlerle yabancı ülke tüccarlarına verilmeye başlanan kapitülasyonlarda, bu ülke tüccarlarının kendi aralarındaki uyuşmazlıklarının konsolos mahkemeleri tarafından<sup>17</sup>, yabancı tüccar ile Osmanlı tebaası arasındaki ihtilafların ise tercüman hazır bulunmak kaydıyla Osmanlı mahkemelerinde çözümleneceği belirtilmiştir<sup>18</sup>. 19.yüzyıl ile birlikte ise yabancı tüccarlar ile Osmanlı tüccarları arasındaki uyuşmazlıklar karma komisyonlarca çözülmeye başlanmıştır<sup>19</sup>. Gümrük emininin başkanlığında toplanan bu komisyonlarda ticari örf ve adetlere vukûfiyetlerinden ötürü yabancı tüccarlar da dahil edilmiştir. Bu uyuşmazlıkları çözüme görevi 1840 senesinde Ticaret Nezareti bünyesinde oluşturulan Ticaret Meclislerine<sup>20</sup>,

<sup>15</sup> TDV İslam Ansiklopedisi, İlber Ortaylı, İstanbul: İSAM, 2001, "Kadı" maddesi; Halil Cin ve Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, C:1, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1995, s.391.

<sup>16</sup> Ahmet Kılınc, "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri C:II*, İstanbul: Onikilevha, 2016, s. 18; Ahmet Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, Ankara: Phoenix, 2017, s.67-89; Abdullah Vefa Karataş, *Divan-ı Hümayun ile Paşa Divanının Karşılaştırılması -Manisa Şehzade Sarayı Defteri Örneği-*, *Adalet Dergisi*, S.62-63 (2020), s.256; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, s.246.

<sup>17</sup> Nevin Ünal Özkorkut, *Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargılama Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:53, S:2 (2004), s.84.

<sup>18</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.57.

<sup>19</sup> Belkis Konan, *Osmanlı Devleti'nde Yabancıların Hukuki Statüsü*, Ankara: Statü, 2013, s.179.

<sup>20</sup> Ekrem Buğra Ekinci, *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*, İstanbul: Arı, 2004, s.102-103.



1860 seneli Zeyl-i Kanun-u Ticaret ile birlikte ise Ticaret Mahkemelerine bırakılmıştır<sup>21</sup>. İlgili zeylin ikinci maddesinde Dersaadet ve sair mahallerde teşkil olunacak mahkemelerin iki meclisten oluşacağı ve bunlardan birinin kara ticaret uyuşmazlıklarına, diğerinin ise deniz ticareti uyuşmazlıklarına bakacağı ifade edilmiştir<sup>22</sup>. Her ne kadar bu kanunda mahkeme üyeleri arasında yabancı üye bulundurulacağı şeklinde bir açıklık mevcut değilse de uygulamada (önceki tecrübelerin bir uzantısı olarak) bu mahkemelerde yabancı üyelere de yer verildiği ifade edilmektedir<sup>23</sup>.

1861 senesinde yayınlanan Usul-ü Muhakemat-ı Ticaret ile birlikte bu mahkemelere ilişkin yargılama usulleri de açıklığa kavuşturulmuş, 1870 senesinde ise İstanbul Ticaret Mahkemesi'nin birinci meclisinin görev sahası karma nitelikli uyuşmazlıklarla sınırlandırılmıştır<sup>24</sup>.

1879 senesine gelindiğinde, İstanbul Ticaret Mahkemesi'nin iki olan meclis sayısı üçe çıkarılmış, birinci meclisin görevi yine karma nitelikli uyuşmazlıklarla sınırlandırılmıştır<sup>25</sup>. Bu meclislerde iki Osmanlı hâkimi bulunacak, ayrıca taraflardan biri Osmanlı, diğeri yabancı ise ilgili sefaretçe görevlendirilen iki üye ile bir de tercüman yargılamaya iştirak edecektir<sup>26</sup>. Şayet farklı tabiiyette iki tüccar arasında gerçekleşen bir uyuşmazlık söz konusu ise, yani muzaafen muhtelit bir uyuşmazlıktan bahsediliyorsa, en fazla alakadar olan iki vatandaşın sefaretince atanan birer üye ile tarafların tercümanları hazır bulunacaktır<sup>27</sup>. Bunun dışında birinci meclis, kara ticareti uyuşmazlıklarının yanı sıra, Osmanlı vatandaşı ile yabancı arasında cereyan eden emlak ile kiraya ilişkin uyuşmazlıkları ve belgede değinilen bin kuruşun üzerindeki her türlü hukuki uyuşmazlığı da çözümlenmekle görevli olacaktır<sup>28</sup>.

Bu aşamada çalışmamız kapsamında değerlendirilmesi gereken nokta, Karma Mahkemelerde hangi kanunların uygulandığı hususudur. Nitekim belgeyi kaleme alanlar da bu konudan muzdarip olduklarını ifade etmektedirler. Doktrinde bu mahkemelerde de Osmanlı kanunlarının uygulanması gerektiği, zira aksi yönde bir kabulün devletin egemenliği ve bağımsızlığı ile uyuşmayacağı ifade edilmiştir<sup>29</sup>. Kenanoğlu, bu doğrultuda, Ticaret-i Berriye Kanunnamesi, Zeyl-i Kanun-u Ticaret, Usul-ü Muhakeme-i Ticaret ve Ticaret-i Bahriye Kanunnamelerini zikretmiştir<sup>30</sup>. Ayrıca usul hukuku açısından bakıldığında, 1879 senesine değin tüm Ticaret Mahkemelerinde uygulanmış olan Usul-ü Muhakeme-i Ticaret'in bazı maddeleri bu sene içinde yürürlüğe konulan Usul-ü Muhakeme-i Hukukiye Kanunu ile lağvedilmiş, ayrıca Usul-ü Muhakeme-i Ticaret'in Usul-ü Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'na aykırı hükümleri de yine bu kanunla yürürlükten kaldırılmış, ancak karma davalarda Usul-ü Muhakeme-i Ticaret'in uygulanmasına devam edilmiştir<sup>31</sup>. Bu bağlamda, Usul-i Muhakeme-i Hukukiye

<sup>21</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.183.

<sup>22</sup> BOA., İ.MMS., 18/780, 07/08/1276.

<sup>23</sup> Hasan Fehmi, *Telhis-i Hukuk-u Düvel*, İstanbul: Mahmut Bey Matbaası, 1328, s.202-203.

<sup>24</sup> Konan, *Osmanlı Devlet'inde Yabancıların Hukuki Statüsü*, s.184-185.

<sup>25</sup> Konan, *Osmanlı Devlet'inde Yabancıların Hukuki Statüsü*, s.185-186.

<sup>26</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.60.

<sup>27</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.60-61.

<sup>28</sup> Konan, *Osmanlı Devlet'inde Yabancıların Hukuki Statüsü*, s.186.

<sup>29</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.62.

<sup>30</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.62.

<sup>31</sup> Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, C.I, s.420.



Kanunu'nun Karma Ticaret Mahkemelerinde uygulanmasını konu alan iki arşiv vesikası dikkat çekicidir. İlk belgede karar-ı karinenin, kesin hükmün verilmesinden evvel istinaf edilmeyeceğine ilişkin Usul-ü Muhakemat-i Hukukiye Kanunu'nda yapılan bir değişikliğin Karma Mahkemelerde de uygulanacağı ifade edilmiştir.<sup>32</sup> 1906 senesini taşıyan diğer belgede ise karma mahkemelerde kararların daha süratli alınması için Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'nun 118.maddesinin uygulanacağı ifade edilmiştir<sup>33</sup>. Her iki belgede de dikkat çekici olan husus, bu maddelerin karma mahkemelerde uygulanması için sefaretlerin muvafakat vermiş olmalarıdır<sup>34</sup>. Bu durum da karma mahkemelerdeki temel usul kanunun Usul-ü Muhakemat-i Ticaret Kanunu olduğunu, aksi düzenlemeler için ise sefaretlerin **onayına** ihtiyaç duyulduğunu ortaya koymaktadır.

Bu aşamada çalışmada incelenen belgelerin üzerinde durduğu ve hem usul hukuku hem de maddi hukuka ilişkin hükümler içeren Mecelle'nin karma mahkemelerde tatbikinün mümkün olup olmadığına odaklanmak lazımdır. Bu bağlamda öncelikle Mecelle ile diğer kanunlar arasındaki münasebeti araştırmak gerekir. Bu araştırma, karma mahkemelerde cari olan usuli düzenlemelerin yanı sıra, maddi hukuk düzleminde çalışmanın ilerleyen sayfalarında ele alınacak tartışmalar için de büyük bir önem taşımaktadır. Söz konusu tartışmaya, Mecelle Cemiyeti<sup>35</sup> tarafından hazırlanan mazbatada<sup>36</sup> rastlanılmaktadır:

Fakat bu asırlarda muamelât-ı ticariye pek ziyade tevsi' eylemiş olduğundan poliçe ve iflas gibi pek çok hususlarda kanun-i esâsiden istisna olunmuş ve bu mesâil-i istisnâiyeyi hâvi başkaca bir de Ticaret Kanunnâmesi tanzim kılınmıştır ki, hususiyât-ı ticariyede mamulün-bih olup cihât-ı sâirede yine Kanunu Medeniye müracaat kılınıyor. Mesela bir mahkeme-i ticarete Ticaret Kanunu hükmünce rüyet olunan

<sup>32</sup> BOA., HR.İD., 2036/100, 25/10/1905.

<sup>33</sup> BOA., HR.İD., 2037/62, 22/09/1906.

<sup>34</sup> "...maarru'z-zikr fıkra-i muaddelenin Mehakim-i Muhtelita-i Ticariye tarafından tatbiki lazıme-i adaletin temin-i hüsn-i cereyanı maksadına müstenid olduğunu nazar-ı dikkat ve itibara alarak karar-ı mezkura muvafakat etmiş..." BOA., HR.İD., 2036/100, 25/10/1905. "...Mehakim-i Ticarete muhavvel deavinin temin-i sürat ve intizamı için Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'nun yüz on sekizinci maddesinin Mehakim-i Muhtelita-i Ticaret tarafından tatbiki hususuna sefaretçe muvafakat olunması Nezaret-i Hariciye'nin 10 Teşrinisani 906 ve yüz otuz dokuz numarolu müzekkire-i şifahiyesiyle iltimas buyrulmuştur..." BOA., HR.İD., 2037/62, 22/09/1906.

<sup>35</sup> Mecelle Cemiyeti, merhum Ahmet Cevdet Paşa'nın kendi ifadesiyle "...kütüb-i fihhiyyeden muamelata dair icabat-ı zamaneye muvafık olan meseleler cem'i ile Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin..." yazılması için Paşa'nın riyasetinde "...fuhul-i fukahadan mürekkep..." bir cemiyettir. (Ahmet Cevdet Paşa, *Tezahir*, C:1, (haz.) Cavid Baysun, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1953, s.63-64.) Ahmet Hilmi Efendi, Seyfettin İsmail Efendi, Filibeli Halil Efendi, Ahmet Hulusi Efendi, Kara Halil Efendi, Ahmet Halit Efendi, İbn-i Abidin-zade Alaaddin Efendi, Ömer Hilmi Efendi, Muhammed Emin Efendi, Ömer Hulusi Efendi, Yunus Vehbi Efendi, Abdüssettar Efendi, İsa Ruhi Efendi gibi dönemin önde gelen fıkıhçıları Mecelle'nin farklı kitaplarının hazırlanmasında rol oynamışlar ve bu Cemiyet'in üyeliğinde bulunmuşlardır. (Cemiyet üyeleri hakkında daha ayrıntılı malumat için bkz. Osman Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı, 1973, s. 23-31.) Cemiyet'in işlevini yitirmesi üzerine, 28 Ocak 1889 tarihli bir irade-i seniyye ile Mecelle Cemiyeti Sultan II. Abdülhamid tarafından lağvedilmiştir. (Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, s. 92.)

<sup>36</sup> Mecelle Cemiyeti tarafından kaleme alınan ve 29 Mart 1869 tarihinde Meclis-i Vükela'ya sunulan "Esbab-ı Mucibe Mazbatası"nda (Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, s. 33.) dönemin hukuki yaşamının kısa bir panoramasına yer verilmekte ve Mecelle'nin hazırlanmasına yol açan amillere işaret edilmektedir. Mazbatada Mecelle hazırlanırken Hanefi mezhebinin dışına çıkılmadığı vurgulanmaktadır. Ayrıca niçin külli kaidelere ihtiyaç duyulduğu hususu aydınlatılmakta ve mezhep içinde tercih edilen görüşler bazı örnekler ışığında izah edilmektedir. Bu tercihlerde temel olarak örf, adet ve ticari teamüllere işaret edilmesi dikkat çekicidir ve çalışmamızın ilerleyen sayfalarında "ma'dumun bey'ine" ilişkin Mazbata'da yer alan hususlara ayrıca temas edilecektir.

bir davanın rehn ve kefalet ve vekalet gibi bazı hususât-ı müteferriasında kanun-i asliye müracaat olunuyor. Cerâimden neşet eden hukuk-u âdiye davalarında dahi bu minval üzere muamele ediliyor...<sup>37</sup>

Aktarılan satırlardan anlaşıldığı üzere, kanun koyucu Mecelle'yi genel nitelikli bir kanun olmak üzere yürürlüğe koymuştur. Bu kapsamda Ticaret Kanunnamesi gibi bazı özel nitelikli kanunlar, uygulandıkları uyumsuzluklarda ancak sonraki tarihli genel bir kanun olan Mecelle'de bir hüküm bulunmadığı takdirde uygulanabilir. Bir başka deyişle bu tür özel nitelikli kanunların Mecelle'ye aykırı hükümler içermesi halinde uygulama önceliği Mecelle'dedir. Mazbatada verilen örneklerin tamamına yakını maddi hukuk boyutuna ilişkin olsa da usuli hükümler bağlamında da Mecelle'nin sonraki tarihli genel bir kanun olduğu Osmanlı hukukçuları tarafından ifade edilmektedir<sup>38</sup>. Özetle gerek maddi gerekse usuli bağlamda Mecelle'nin sonraki tarihli genel bir kanun olması hasebiyle uygulamada öncelendiği, bir başka deyişle ancak Mecelle'de hüküm bulunmayan hallerde özel nitelikli kanunlara müracaat edileceği ifade edilebilir. Bu bağlamda Adliye Nezareti tarafından gönderilen bir tahriratta, komisyon mazbatasına atıf yapıldıktan sonra, Ticaret Kanunu'nun ticari işleri kolaylaştırmak maksadını taşıyan özel nitelikli bir kanun olduğuna işaret edilerek, "Ticaret Mahkemelerinde" özel bir kanun ile belirtilmemiş hallerde Mecelle'ye müracaat edilmesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>39</sup>. Belgede ticaret mahkemeleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bu kapsamda kendisi de bir ticaret mahkemesi olan muhtelit ticaret mahkemelerinin bu kapsamda değerlendirileceğinde kuşku yoktur.

## B. MECELLE ÖNCESİNDE FRANSIZ HUKUK KURALLARINA ATIF YAPILMASI

1907 seneli belgenin hemen başında daha önce de ifade edildiği üzere Osmanlı Hukuku'nda Ticaret Hukuku sahasında yaşanan gelişmelere kısaca temas edilmiştir. Bu kapsamda ilgili kanunların Fransız Hukuku'ndan iktibas suretiyle iç hukuka aktarılmasından hareketle, Mecelle'nin yürürlüğe girmesine kadar geçen süre zarfında bu kanunlardan kaynaklanan boşlukların mehz Fransız hukukunda yer alan hükümlerle doldurulduğu ve bunun da "*pek makul*" olduğu "*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin neşirinden (1868) evvel Mehâkim-i Muhtelita tâtîk ettikleri kanunlardaki nevâkısı itmâm için Fransa kavânîn-i ticâriye ve hukûkiyesine müracaat ederler idi ki zaten bahsolunan kanunnameler bunlardan muktebes olduğu cihetle müracaat-ı vâkıa pek makul ve becâ idi.*" denilerek vurgulanmıştır. Aslında ilgili ifadeler dahi tek başına yabancı ülkelerin bu metni kaleme almalarının altında yatan temel rahatsızlığı ve bu ifadelerle varmak istedikleri amacı ortaya koymaya yetmektedir. Bu sorunu biraz daha netleştirmek için sorunun temelini, yani Muhtelit Mahkemelerin temel felsefesine temas etmek gerekmektedir. Bu bağlamda, Mardinizade Ebulûlâ Bey'in 23 Teşrinisani 1324 tarihli Sırat-ı Müstakim dergisinde kaleme aldığı bir makale oldukça aydınlatıcıdır.

İlgili makale, Ali Kemal Bey'in Tanin gazetesinde birtakım hukuki sorunların çözümü maksadıyla kaleme aldığı makalesinde yer alan bir fıkrayı tenkit maksadıyla yazılmıştır. İlgili fıkrada Ali Kemal Bey, istinaf mahkemelerine Hollanda, Belçika, İsviçre gibi tarafsız ülkelerin vatandaşı olan hakimler tayin edildiği takdirde, bir başka deyişle karma nitelikli mahkemelerin istinaf düzeyinde de kurulması halinde, büyük devletlerin imtiyazlarından vazgeçmek zorunda

<sup>37</sup> Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, İstanbul, 1300, s.2.

<sup>38</sup> Kahveciyan Haçık, Müruruzaman-ı Şer'i ve Müruruzaman-ı Nizami, *Ceride-i Adliye*, S.76 (1913), s.3602.

<sup>39</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.139.

kalacağını ifade etmiştir<sup>40</sup>. Bu öneriyi devletin hukuki bağımsızlığına aykırı gören Ebulûlâ, yazısının bir bölümünde Karma Mahkemelerin kuruluş sürecini anlatmakta ve bu kapsamda şu ifadelere yer vermektedir:

Vaktiyle şimdiki tensikât-ı adliye yoktu. Hukuk ve ceza deâvisi bir mahkemede görülürdü. Ticaret işleri için de tüccarın muteber kısmından mürekkep meclisler vardı. Ecnebler hukuk işlerinin dahi killetinden bahisle bu meclislerde hall u fasl olunmasını istirham ettiler. Muvafakat olundu. Fakat dostlarımız bu kadarla iktifâ ederler mi ya! Bu meclislerde ecnebi tacirler de bulunsun, bulunsun da heyet-i hükmiyenin vazifesini teshil etsin dediler ve yerli tacirlerimizin bu yoldaki kavâide layıkıyla adem-i vukûfları belki ecneblerin ziya'-ı hukukunu müeddî olur mülâhazasıyla konsoloshaneler cânibinden müntehab ikişer zat berâ-yı muâvenet meclise devama başladılar. Vazife-i teshîliye re'y vermek suretiyle neticelendi. Artık teamül sözü ağızlarda vird-i zebân oldu. Acaba ilmen kâideten teamül hâsıl olmuş mu idi? Ne gezer. Tezkire-i sâmiyede bu tarz kabul olunmamış, devletçe işin bir karara rabtına değin bu halin bir müsaadeden ibaret olduğu ilan edilmiş idi. Yani tabir-i âherle bu tezkire teamülü kat' etmişti. Fakat devri- i istibdâtta ecnebilere hakkı kabul ettirmek kâbil miydi?<sup>41</sup>

Özetle yazara göre karma mahkemelerde yabancı üyelerin görev almaya başlaması, yabancı devletlerin imtiyazlarını genişletmek maksadıyla başvurdukları bir “oldu bitti” den ibarettir. Gerçekten de yukarıda ifade edildiği üzere, yabancı azaların bu mahkemelerde görev alması herhangi bir yasal zemine dayandırılmamıştır. Yine yazarın isabetle belirttiği üzere, yabancı ülke vatandaşlarına verilen bu müsaade geçici nitelikte ve istisnai bir izinden ibarettir. Bu kapsamda yabancı azaların yer aldığı karma mahkemeler, yasal bir zemine dayanmayan, de facto bir imtiyazın neticesidir.

Bu noktada, Mecelle'nin ifa ettiği rolün belirlenmesi gerekmektedir. Mardinizade Ebulûlâ'nın bu doğrultuda aynı makalesinde yer verdiği ifadeler ehemmiyetine binaen aşağıya aktarılacaktır:

Zira tatbik edilecek kanunların en mühimmi hukuk-u medeniyemizi ihtivâ eden Mecelle'dir. Bu kanun-u celîlin menâbi'i ise müdevvenât-ı ecnebiye değildir, ahkâm-ı fikiyedir. O ahkâm-ı fikihiye ki Avrupa hukuk-u medenîsine de kısmen menba' olmuştur. Bugün ve ilâmâşâallah ihtiyâcâtımızı temine bâliğan mâ belâğ kifâyet eder. Ahkâm-ı istisnâiyeden olan kavânin-i ticâriye ile teşkilât-ı mehâkim ve usûl-ü muhâkemeye ta'alluk eden nizâmât bununla nisbetle bir cüz'dür. Öğrenmek lazım geliyorsa elbette cüz'ü elde etmek küllü tedarikten esheldir...<sup>42</sup>

Mecelle'nin kaynağının yabancı bir hukuk sistemi olmadığını, kaynağının İslam hukuku olduğunu, Mecelle'nin uyumsuzlukların çözümü hususunda yeterli olduğunu, esas uygulanacak hükümlerin Mecelle olduğunu, ticaret mevzuatının istisnai olduğunu vurgulayan yazar, makalenin ilerleyen sayfalarında karma mahkeme usulünü “*kavmin izzet-i nefsi ve haysiyet ve hubbu millisi*” ne de muhalif kabul etmektedir<sup>43</sup>. Buradan hareketle Osmanlı kanunlarının (ki bunlardan en önemlisinin Mecelle olduğu ifade edilmişti) Osmanlı hakimleri tarafından uygulanmasının, Osmanlı milletinin ve hukukunun haysiyeti için mecburi olduğu sonucuna varılabilir. Nitekim bu uygulama hukuki bağımsızlığın zorunlu bir neticesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>40</sup> Ebulula Mardin, “Muhtelit Mahkemeler”, *Sırat-ı Müstakim*, S:11 (1324), s.165.

<sup>41</sup> Ebulula Mardin, “Muhtelit Mahkemeler”, s.167.

<sup>42</sup> Ebulula Mardin, “Muhtelit Mahkemeler”, s.166.

<sup>43</sup> Ebulula Mardin, “Muhtelit Mahkemeler”, s.167.

Kısacası yabancı devletler öncelikle karma mahkeme usulünü, herhangi bir yasal zemini olmaksızın Osmanlı yargı teşkilatına sokarak sahip oldukları ayrıcalıkları arttırmışlar, bu istisnai ve de facto mahkemelerde de Osmanlı kanunlarının değil, kendi hukuklarından iktibas suretiyle alınan kanunların uygulanması konusunda ısrarcı davranmışlardır. O kadar ki, bu kanunlarda boşluk bulunan durumlarda bu boşlukların Fransız yasalarında yer alan düzenlemeler ile doldurulmasını makul görmüşlerdir. 2037/66 sayılı belgeden, Osmanlı uygulamacısının boşlukları doldurma noktasında zaman zaman mehz Fransız kanununa müracaat ettiği anlaşılmaktadır. İlk bakışta Mecelle'nin yürürlüğe konmasına değin geçici olarak ortaya çıkan boşlukları doldurmak ve kurulan mahkemelerin hususi yapısı ve nihayete erdirdiği uyuşmazlık konusu ve tarafları bağlamında, bu uygulama makul gibi görünse de meselenin biraz daha ayırntısına inildiğinde bu uygulamanın farklı ve derin sonuçlarının olacağı görülmektedir. Bu bağlamda Nazaret Hilmi Bey'in kaleme aldığı şu satırlar oldukça önemlidir:

Mesela “Kod Sivil”in makâle-i sâlisesi, kitâb-ı hâmisıyla 2095<sup>44</sup> ve 2102<sup>nci</sup><sup>45</sup> maddeleri mütalaa olunmadıkça Kanunnâme-i Ticaret'te isti'mâl olunan “nikah mukavelenâmesi” ve “hakk-ı imtiyaz” ve “eşyâ-yı menküleden icâr tahsili” misillü tabirler kolay kolay anlaşılamayacağı gibi yine kanunnâme-i

<sup>44</sup> “Sıfat-ı deynden münbais olup rehinerde dahil olduğu halde sair alacaklardan akdem istifa-yı matlub etmek üzere dainin hazi olduğu hakka imtiyaz tesmiye olunur.” Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, İstanbul: Digran Karabetyan Matbaası, 1303, s.547.

<sup>45</sup> “Bazı menkulat üzerine terettüp eden imtiyazlı duyun fikarat-ı seb'a-i atiyede beyan olunur: Evvelen; icare senedi resmi olur yahut adi olmakla beraber malum bir tarihi bulunur ise mesakin ve arazinin hulul etmiş ve edecek olan müddet icare bedelatı sene-i mezbure hasılatı ve ve me'curda tefrişat ve tezyinat ve hırsat için mevcut olan emtia ve alat ve edevat-ı ziraiyye üzerine imtiyazlı deyn addolunur ve ala külli't-takdirin diğer dainlerin mülk veya arz sahibinin matlubunu ifâ ederek müddet-i bakiye için me'curu kendileri isticar ve istimal edebilirler.

Sened resmi olmadığı veyahut adi sened olup malum bir tarihi bulunmadığı halde ashab-ı duyun sene-i carie inkızasından itibaren yalnız bir sene için isticar edebilirler.

Müstecire ait olan tamirat-ı cüz'iyeye ile icarenin tanfizi için vuku bulan mesarif dahi mümtaze dahilindedir. Fakat imtiyaz sahibi olan mucir üzerine takdimen tahattum semeni ve hasat ücreti sene-i mezbure hasılatından ve edevat-ı ziraiyye dahi edevat-ı mezbure semeninden ahz olunur. Mucir kendi rızası munzam olmaksızın arazi ve hanesinden naklolunan edevat ve emtiayı zabt edebilir ve emval-i mezbure üzerine hakk-ı imtiyazı baki kalır. Fakat edevat-ı ziraiyenin kırk ve eşya-i beytiyyenin on gün zarfında red ve teslimini talep etmeye mecburdur.

Saniyen; dain sair guremadan ehak olarak yedinde bulunan rehinden istifa-yı deyn eder.

Salisen; bir malın semeninden evvel-be-evvel malın muhafazası için vukubukan mesarif alınır.

Rabian; peşin veya veresiye olarak iştira olunup fi'l-hal medyunun taht-ı tasarrufunda olan menkulden mal-ı mezburun ifâ edilmiş olan semeni takdimen ahz olunur. Ahd-i mutlak ile satılan eşya müşterinin yedine geçmiş olsa bile bayi' reddini talep ve aher kimesneye fûruht olunmasını men' edebilir, fakat ba'de't-teslim sekiz gün zarfında talep edilmiş olmak ve eşya dahi hin-i teslimdeki hali üzere bulunmak lazımdır.

Bayi' bir hane veya arazide bulunan eşya ve edevat müste'cirin olmadığına mucirin ilmi lahık olduğu ispat edemez ise merkumun hakk-ı imtiyazı kendi hakk-ı imtiyazı üzerine tercih olunur.

Bejne't-tüccar istirdad hususunda cari olan kavanin ve adat işbu ahkam ile tebdil ve tağyir olunmamıştır..

Hamisen; hancının taamiye ve sair ücreti yolcunun nakl ve vaz' ettiği eşyadan bi't-tercih istihsal olunur.

Sadisen; Araba ücretiyle mesarif-i tebe'iyesi eşya-i mahmule üzerinden takdimen ahz olunur.

Sabian; Memurinin vaz' etmiş oldukları kefalet akçesi ve hasıl olan güzesteşi ile evvel-be-evvel merkumanın esnayı memuriyetindeki su-i istimalat ve hiyanetinden neşet eden duyun tesviye olunur.” Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, s.548-551.

mezbûrun 735'inci<sup>46</sup> ve 736'nci<sup>47</sup> ve 737'nci<sup>48</sup> ve 738'inci<sup>49</sup> maddeleri gözden geçirilmedikçe Usul-ü Muhâkemât-ı Hukukiye'nin 62'nci maddesinde<sup>50</sup> zikrolunan karâbet ve sıhriyeti tayin etmek pek müşkül olur...<sup>51</sup>

Dolayısıyla Fransız Ticaret Kanunu'nu uygulamak aslında tek başında Ticaret Kanunu'nun uygulanması anlamına gelmemekte, bu kanundaki boşlukları doldurmak için Fransız yargıcının müracaat ettiği Fransız Medeni Kanunu'nun tatbikini de zorunlu kılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında Ticaret Kanunnamesi'nde yer alan boşlukların mehaz kanuna müracaatla doldurulmasının makul görülmesi, sadece Ticaret Hukuku sahasını değil, aynı zamanda Medeni Hukuk sahasını da ilgilendiren bir meseledir. Bu istikamette bir uygulamanın yerleşmesi, henüz Mecelle'nin yürürlüğe girmediği, bir başka deyişle Osmanlı mevzuatında tedvin edilmiş modern tarzda bir Medeni Kanun'un olmadığı bir dönemde, Fransız Medeni Kanunu'nun tatbiki anlamını taşımaktadır, ki bu durumun hukuki bağımsızlıkla ne denli örtüşeceği ortadadır. Nitekim Ticaret Kanunnamesi bağımsız bir kanundur ve mehaz kanun ancak bu yasanın yorumlanmasında gündeme gelebilir<sup>52</sup>.

Karma Ticaret mahkemelerinde uygulanacak hukukun belirlenmesi ve Fransız hukuk kurallarına dayanma gerekliliği konusunda yerli bir kanun olan ve medeni hukuk sahasında kendisine geniş bir uygulama alanı bulan Mecelle, devletin hukuki bağımsızlığı ile taban tabana zıt olan bu uygulamayı net bir şekilde ortadan kaldırmış, bir başka deyişle Osmanlı hukukunun sarsılan itibarını yeniden temine vesile olmuştur. Böylece yabancı devletlerin imtiyazlarını genişletme hedeflerinin önüne ket vurmuş ve bu anlamda hukuki bağımsızlığın temini ile hukuki ayrıcalıkların sınırlandırılmasında önemli bir rol oynamıştır. Yabancı devletlerin duydukları rahatsızlıkların temelinde kendi hukuk kurallarını gerek hukuki gerekse fiili olarak uygulatma

<sup>46</sup> “Karabet aded-i butun üzerine takdir olunup her batna bir derece ıtlak olunur.” Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, s.202.

<sup>47</sup> “Tevali-i derecat ile cihet teşekkül eder. Biri diğerinden mütevellid iki kimesne beynindeki tevali-i derecata cihetü'l-silsile tabir olunur ve biri diğerinden tevellüd etmiş olmayıp asl-ı vahidden müteferri' kimseler arasındaki tevali-i derecata cihetü'l-kelele ıtlak olunur.” Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, s.202.  
Cihetü's-silsile asliye ve fer'iye isimleriyle iki kısma taksim olunup kısım-ı evvelde asıl fûru'a ve kısım-ı sanide fer'usule raptedilir.”

<sup>48</sup> “Cihetü's-silsilede derecat butun-ı mevcudeye göre hesap olunur. Binaenaleyh yedine nispetle veled, derece-i ula ve hafid derece-i saniyededir. Kezalik veledine nispetle peder derece-i ula ve hafidine nispetle ced derece-i saniyededir.” Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, s.202.

<sup>49</sup> “Cihetü'l-kelelede derecat ehad-i ekaribden asl-ı vahide kadar ve asl-ı vahid dahil-i hesap olmak üzere ondan diğer akrabaya kadar mevcut olan butun üzerine hesap olunur. Binaen-ala-zalik müteveffanın iki nefer biraderi derece-i saniye ve amca ve dayı ve yeğeni derece-i salise ve öz amca ve dayı ve hala ve teyzesinin evlatları derece-i rabiadadırlar.” Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, s.203.

<sup>50</sup> “Esbab-ı erbaa-i atiyeden biri mevcut olur ise müddei veyahut müdde-aleyh mahkeme azasından birini reddedebilir yani onun mahkemede bulunmamasını talebe hak ve salahiyeti olur. Birincisi ol azanın dava-yı vakada doğrudan doğruya veyahut dolayısıyla menfaat-i maliyesi olması, ikincisi hasmeynden birinin usul ve fûruundan yani aba ve ecdad ve ebna ve ahfadından biriyle karındaş ve amca ve dayı ve damat ve kayınpeder ve damadın babası gibi ikinci ve üçüncü ve dördüncü dereceye kadar karabet ve sıhriyeti bulunması, ve üçüncüsü tarafeynden biriyle adavet-i dünyeviyesi bulunması, dördüncüsü tarafeynden biriyle derdest-i muhakeme bir davası olduğu halde ol esnada diğer tarafın muhakeme-i davasına mübâseret edilmiş olmasıdır. Davanın hükmüne kadar redd-i aza istid'ası makbul olup vukuu anda bi't-tedkik sıhhati tebeyyün eylediği halde ol azanın muhakemede bulunmamasına ve sıhhati tebeyyün eylemediği takdirde müsted'iden yüz kuruştan beş yüz kuruşa kadar ceza-yı nakdi alınmasına karar verilir.”

<sup>51</sup> Nazaret Hilmi, *Kod Sivil*, s.v

<sup>52</sup> Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, s.138.

girişimi ve bu girişimin önündeki engelleri kaldırma arzusu yatmaktadır. O kadar ki ilgili belgede Ticaret Kanunnamesi'nin kapsamlı bir şekilde düzenlenerek, Karma Mahkemelerdeki her türlü uyumsuzluğu kapsayacak bir hale getirilmesi, ayrıca “*yabancı ülke vatandaşlarının yanı sıra Osmanlı vatandaşlarının da menfaatlerine aykırı birçok hüküm içerdiği*” iddia edilen Mecelle'nin, “*zamanın değişmesi ile hükümlerin değişmesi inkâr olunamaz.*” genel kuralına istinaden tadili tavsiye edilmiştir. Mecelle'nin karma mahkemelerde uygulanmaması anlamına gelen ilk tavsiye, kendi vatandaşlarını ilgilendiren bir husus olması hasebiyle anlaşılır (!) bir talep olmakla birlikte, Mecelle'nin tümüyle tadiline yönelik ve tamamen Osmanlı vatandaşlarını ilgilendiren bir tavsiyenin Osmanlı yetkililerine iletilmesi, yabancı ülkelerin, Osmanlı'nın iç işlerine müdahalesinin boyutlarını ortaya koymasından dolayı dikkat çekicidir.

Netice itibarıyla Mecelle'nin temel norm, ticaret mevzuatının istisnai kural olduğu, Mecelle'de hüküm olmaması halinde ticaret mevzuatına bakılacağı, çelişki olması halinde Mecelle'nin uygulanacağı hem çağdaş hukukçular hem de Osmanlı hukukçuları tarafından kabul edilmektedir. Teorinin bu yaklaşımı, Mecelle mazbatasını dikkate alındığında hukuki ve meşru durmaktadır. Öte yandan ticari ihtilaflarda Mecelle öncesinde Fransız hukuk kurallarının uygulanması sadece Ticaret Hukuku ile sınırlı olmamakta Medeni Hukuku da kapsamaktadır ki, bu husus devletin egemenliğini tartışmaya açmakla birlikte hukuki itibarını da zedelemektedir. Bu yaklaşımlara ket vuran Mecelle'nin döneminde ses getiren bir düzenleme olması, kendisinin tadili için dahi kendi hükümlerine atıf yapılması ile sabittir. Mecelle'nin ticaret mahkemelerinde uygulanması ile ilgili izahattan sonra, belgelerde yer alan somut örnekler üzerinden tahlilde bulunmakta yarar vardır.

### III. BELGELERDE DEĞİNİLEN BAZI “HUKUKİ SORUNLAR”

Çalışmamızın bu kısmında ilgili belgelerde temas edilen bazı somut örneklerden yola çıkılarak, var olduğu ileri sürülen hukuki sorunlar açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda 2037/66 numaralı belgede yer alan hukuki sorunların tamamını incelemek çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Bundan ötürü Osmanlı Hukuku'nda da tartışma konusu yapılmış bazı hukuki meselelerin izahıyla yetinilecektir. Bu başlıkta, mevcut olmayan malın satışı, hasarın geçişi, menfaatin mal sayılıp sayılmaması, kardan mahrumiyetin tazminata konu olup olmaması ve ikrarın tecezzisi meseleleri üzerinde sırasıyla durulacaktır.

#### A. MEVCUT OLMAYAN MALIN SATIŞI

2037/66 numaralı belgede İstanbul Karma Ticaret Mahkemesinin 19 Teşrinievvel 1318 tarihli Danyadis ve İrânî Ali Asgar davası hakkında verdiği karara atıf yapılmakta, “*Mecelle'nin 205. maddesi mücebince hîn-i bey'de mevcut olmayan bir malın bey'i batıldır....Halbuki ale'l-ekser buyû'-ı ticâriyede mebî' hîn-i akitte mevcut değildir...*” denilerek ticari satışta malın satım anında mevcut olmamasının genel bir durum olduğuna değinilmektedir. Bu noktada itiraz edilen husus, mevcut olmayan malın (ma'dumun) satışidir. Satım konusu malda bulunması gereken özellikler Mecelle'nin 197 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda 197.maddede “*mebî'in mevcut olması lazımdır.*” hükmüne yer verilmiştir. 205.maddede ise “*ma'dûmun bey'i batıldır.*” demek suretiyle, mevcut olmayan bir şeyin satışının batıl olacağı ifade edilmiştir. İlgili belgede bu noktada ileri sürülen itiraz, ticari akitlerde çoğunlukla ortada



bir mal olmadığı, dolayısıyla bu hükmün kabulünün ticaret hayatını büyük ölçüde etkileyeceği istikametindedir. Bu bağlamda bu hükmün gerçekten ticari akitleri olumsuz etkileyip etkilemeyeceğinin üzerinde durmak gerekmektedir.

Bu kapsamda öncelikle ma'dumun satışının İslam hukukunca tamamen yasaklanıp yasaklanmadığı incelenmelidir. Belgede de geçtiği üzere Mecelle'nin 205'inci maddesine göre mevcut olmayan malın satımı geçersizdir. Mecelle bu hüküm için bir ağacın hiç belirmemiş olan meyvesini satmanın geçersiz olacağı örneğini vermiştir. İslam hukukçularına göre bu yasaklamanın temelinde tarafların uyuşmazlık içine düşmesine mâni olunması ile taraflardan birinin zararına bir neticenin, İslam Hukuku'ndaki kavramsal karşılığı ile "garar"ın önüne geçilmesi yatmaktadır<sup>53</sup>. Bu yasağın varlığı ile, ileride ortaya çıkması muhtemel hukuki sorunların baştan engellenmesi hedeflenmektedir. Nitekim, Mecelle'nin 30.maddesinde ifadesini bulan "*def-i mefasid celb-i menâfi'den evlâdır*" ilkesinin somut yansımalarından birisi de ma'dumun satışı meselesinde karşımıza çıkmaktadır. Bu ilke menfaat elde etmeyi önceleyen Batı hukuku ile zararın vukuunu engellemeyi hedef olarak belirleyen İslam-Osmanlı Hukuku'nun temel farklarından birini teşkil etmektedir<sup>54</sup>.

Öte yandan her ne kadar akdin konusunun sözleşme anında mevcut olması akdin geçerlilik şartları arasında zikredilmişse de bazı akit türleri için bu şartlar aranmamaktadır. Bunlar: ıstına<sup>55</sup> ve selem akitleridir<sup>56</sup>. Her iki akit türü de ticari hayatta karşılaşılabilen uygulanabilen akitler olmakla beraber, selem akdini ticari ilişkilerde daha sık görme ihtimali vardır. Ayrıca, selem, belge yazarlarının 205'inci maddeye atıf yaptıkları satış kitabı içerisinde yer almaktadır. Mecelle'nin 123.maddesinde tanımlanan selem akdi "*müecceli, muaccele satmak, yani peşin para ile veresiye mal almaktır.*" Bu akitte ortada henüz bir mal yoktur ve akdin konusu aslında bir ayn değil bir deyn (borç)'dir<sup>57</sup>. Ancak misli mallar bakımından söz konusu olan selem akdi, bir ihtiyaca binaen İslam Hukuku'na izin verilen bir müessese olarak ifade edilmektedir<sup>58</sup>. O ihtiyaç da kredi teminidir<sup>59</sup>. Nitekim kredi ihtiyacı duyan bir çiftçi, ipotek İslam Hukuku'na tanınmadığından bu yola başvuramayacak, ma'dumun satışı yasak olduğu için henüz ortada olmayan mahsulü üzerinden bir satış akdi de kuramayacaktır<sup>60</sup>. Rehin için de kabz şart olarak koşulduğundan, bu yöntemle de çiftçinin peşin paraya ulaşması mümkün olmayacaktır<sup>61</sup>. Bu durumda tek çare çiftçinin tarlasını satması olacaktır ki bu bunun da bir "çare" olarak nitelenemeyeceği malumdur. İktisadi hayatın mecburiyeti karşısında, İslam

<sup>53</sup> İsmail Bilgili, "İslam Hukuku'da Ma'dumun Satışı", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S:8 (2006) s.215.

<sup>54</sup> Ebulula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara: Adalet Bakanlığı, 2021, s.203-204.

<sup>55</sup> İstına, Mecelle'nin 124.maddesinde "bir şeyi yapmak üzere ehl-i sanat ile akd-i mukavele etmektir." şeklinde tanımlanmıştır. Ancak ticari hayatta daha ziyade selem akitleriyle karşılaşıldığından, çalışma kapsamında sadece selem akdinin kısa bir izahıyla yetinilecektir.

<sup>56</sup> Bilgili, "İslam Hukuku'da Ma'dumun Satışı", s.231.

<sup>57</sup> İrfan Yazman, "Mecelle Hukukunda Selem Akdi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:21, S:1 (1964), s.283.

<sup>58</sup> Abdullah b. Mahmud b. Mevdud Mavsılı, *el-İhtiyar li-Ta'lili'l Muhtar*, çev: Mehmet Keskin, C:1, İstanbul: Hikmet, 2013, s.420.

<sup>59</sup> Yazman, "Mecelle Hukukunda Selem Akdi", s.287.

<sup>60</sup> Üçok, Mumcu ve Bozkurt, s.159.

<sup>61</sup> Üçok, Mumcu ve Bozkurt, s.159.



hukukçuları, bu akdin istihsan ile kabul edildiğini ifade etmişlerdir<sup>62</sup>. Ancak bu akdin de bir tarafın aleyhine olmaması için, sözleşmede satım konusu misli malın cinsinin, miktarının, teslim yerinin ve zamanının açık bir şekilde belirtilmesini şart koşulmuş, bunun yanı sıra semenin miktarının belirtilmesi ve bunun sözleşme anında satıcıya verilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>63</sup>. Görüldüğü üzere Mecelle, iktisadi gelişmelere ayak uyduracak şekilde mevcut olmayan malın satımı ile ilgili alternatifli hükümler yürürlüğe sokmuştur. Belge yazarlarının 123'üncü maddesi yok sayıp sadece 205'inci madde üzerinden Mecelle'nin ticari ilişkilere uygulanmasının sakıncalı olduğu yorumu rasyonel durmamaktadır<sup>64</sup>.

Her ne kadar İslam/Osmanlı Hukuku'nda madumun satışının katı bir şekilde uygulanmasının doğuracağı olumsuz sonuçların bertaraf edilmesi maksadıyla istihsanen bazı istisnalar kabul edilmişse de selem akdinin sıhhati için de bazı şartların aranması (akdin sadece misli mallara ilişkin olması, satım konusu malın inikaddan, teslim anına dek piyasada mevcut olması vs. gibi), Mecelle'de tartışma konusu yapılan yasağın, Batılı ticaret anlayışıyla tamamen örtüşmesine engel teşkil etmektedir. Bu da yukarıda değinildiği üzere def-i mefasidi, celb-i menafiye önceleyen İslam hukuk anlayışının tabii ve zorunlu bir neticesidir. Mardin, bu hükmü ele aldıktan sonra bu yasağın muasır hukukta kabul olunduğu derecede hafifletilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir<sup>65</sup>. Ona göre “*Mecelle Cemiyeti bu ciheti nazara almış olsaydı samimi olmayan itirazlara, tenkitlere iptidaen sed çekmiş olurdu.*”<sup>66</sup>

Nitekim 30 Nisan 1914 tarihinde Usul-i Muhakeme-i Hukukiye'nin 64.maddesinde yapılan bir değişiklik ile “...*Âtiyen mevcut olacak eşya üzerinde akdedilecek mukavelât dahi muteberdir*” demek suretiyle madumun satışı mümkün hale gelmiştir. Söz konusu değişiklik Ahmet Ziya Bey'in ifadesiyle “*ihtiyacat-ı zamane ve şerait-i hazıra-i iktisadiye ve içtimaiye*” dikkate alınarak gerçekleştirilmiştir<sup>67</sup>. Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nda gerçekleştirilen bu tadilatın sonraki tarihe ait olması dolayısıyla bu tarihten sonra “ma'dumun satışı”nın Osmanlı Hukuku'nda mümkün hale geldiği ifade edilebilir. Bu noktada Hanefi fikhinin görüşünden ayrı bir görüşün benimsenmesi, örfi hukukun zamanın ihtiyaçları doğrultusunda resmi mezhep anlayışını esnetici bir fonksiyon icra etmesini bakımından oldukça dikkat çekicidir. Bu durum ise Osmanlı Hukuku'nun kendi içinde örfi düzenlemeler yoluyla birtakım eksiklikleri giderebildiğini ortaya koymaktadır. Bir başka deyişle İslam-Osmanlı Hukuku zamanın ihtiyaçları ve halkın maslahatı doğrultusunda mezhepsel sınırları esnetici bir iç dinamizme sahiptir. 2037/66 numaralı belgenin kaleme alındığı tarih itibarıyla yaklaşık otuz sekiz senedir uygulanmakta olan bir kanunun, bunun ötesinde senelerdir Mahkemelerde uygulanan bir hukuk sisteminin topyekun lağvının getireceği hukuki karmaşa dikkate alındığında, örfi hukuka başvurularak mevcut sistemin esnetilmesinin daha makul ve pratik bir

<sup>62</sup> Mavsili, *el-İhtiyar li-Ta'lil'l Muhtar*, C:1, s.420.

<sup>63</sup> Mavsili, *el-İhtiyar li-Ta'lil'l Muhtar*, C:1, s.420-426.

<sup>64</sup> Bu noktada belge yazarlarının atıfta bulunduğu kararın tamamı metinde yer almadığı için karar veren İstanbul Karma Ticaret Mahkemesinin anılan maddelerin tamamını sorgulayıp sorgulamadığı ile ilgili tahlilde bulunulamamaktadır.

<sup>65</sup> Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s.203.

<sup>66</sup> Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s.203.

<sup>67</sup> Ahmet Ziya, *Yeni ve Mufassal Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Şerhi*, İstanbul: Matbaa ve Kitaphane-i Cihan Sahibi Mihran, 1923, s.267.

çözüm olduğunda kuşku yoktur. Osmanlı Hukuku bu örnek özelinde de görüldüğü üzere bunun için gerekli enstrümanlara sahiptir. Bu enstrümanlara sahip olduktan sonra da Osmanlı yargı teşkilatının bir parçası olan Karma Ticaret Mahkemelerinde, Mecelle'nin tatbik sahasını daraltıcı istisnai uygulamalara gidilmesine gerek kalmayacağı aşikardır.

Özetle, bir yandan sözleşmenin taraflarının hileli bir durumla karşılaşmamasını amaçlayan İslam Hukuku, öte yandan iktisadi gerekliliklerden hareketle birtakım hukuki müesseselerin varlığına cevaz vermiştir. Bunun dışında örfi hukukun resmi mezhep anlayışını esnetici, hukuka dinamizm katıcı fonksiyonu “madumun satışı” meselesi bağlamında karşımıza çıkmaktadır ve bu enstrümanın tatbiki hukuk sistemi açısından daha verimli ve daha az masraflı bir çözüm olarak daha makul gözükmektedir. Kanımızca belgeyi tanzim eden yabancı devlet temsilcileri, bu noktada Osmanlı Hukuku'nun dinamizmini görmezden gelmekte, yüzeysel değerlendirmeler ile Osmanlı Hukuku'nu tenkit etmektedirler.

## B. HASARIN GEÇİŞİ

Satış akdi bağlamında Ticaret Kanunu'nda bir hüküm olmadığından Mecelle'ye atıf yapıldığı ifade edilen hususlardan biri de hasarın geçtiği ana ilişkindir. Hasarın alıcıya geçtiği anın tespiti, sözleşmenin kurulmasından sonra satıcıdan kaynaklanmayan sebeplerle satılarda gerçekleşen zararın borcun ifasına engel olması halinde, buna kimin katlanacağını ortaya koymaktadır<sup>68</sup>. Bu anın tespiti noktasında farklı hukuk sistemlerinde farklı görüşlere rastlamak mümkündür. Mesela, Roma Hukuku'nda menkul malların mülkiyetinin geçişi için teslim şart koşulmuşsa da akdin kurulmasıyla birlikte, hasar alıcıya ait olacaktır<sup>69</sup>. Dolayısıyla Roma Hukuku'nda mülkiyetin geçiş anı ile hasarın geçiş anı arasında bir farklılığın yaratıldığı ifade edilebilir. Alman Hukuku'nda bu farklılık kaldırılmış, menkul mülkiyetinin teslimle geçeceği ifade edildikten sonra, hasarın da teslimle geçeceği ilkesi kabul edilmiştir<sup>70</sup>. Fransız Hukuku'nda ise, menkul malların mülkiyetinin sözleşme ile geçeceği prensibi kabul edilmiş ve mülkiyetin devri ile hasarın geçtiği an arasında bir paralellik kurulmak suretiyle, hasarın sözleşmenin kuruluşuyla birlikte alıcıya ait olacağı belirtilmiştir<sup>71</sup>.

Mecelle'deki durum ise daha farklıdır. Nitekim İslam Hukuku'nda rızai bir akit olarak kabul edilen satım akdinin tamamlanması için “teslim” şart değildir. Akdin kuruluşu ile birlikte satım akdi gerçekleşmiş olur<sup>72</sup>. Ancak akdin sahih, fasid, nafiz yahut mevkuf olmasına göre mülkiyetin intikali değişiklik arz etmektedir. Sahih ve nafiz akdin söz konusu olduğu

<sup>68</sup> Turgut Akıntürk, *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1966, s.24.

<sup>69</sup> Sabri Şakir Ansay, “Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.1-4 (1953), s.454,455; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1983, s.233.

<sup>70</sup> Andreas B. Shwarz, “Satış Akdinde Hasarın İntikali” (Tercüme Eden: Kudret Ayiter) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:1-4 (1947), s.162.

<sup>71</sup> Kudret Ayiter, “Roma Hukukunda Alım Satım Aktinde Hasarın İntikali”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:14, S:1 (1957), s.124.

<sup>72</sup> Talip Türkan, “İslam ve Türk Borçlar Hukukuna Göre Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş Sorunu”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, C:1, S:1 (2003), s.171.

durumlarda akdin kuruluşu ile mülkiyet intikal etmiş olmaktadır<sup>73</sup>. Fasit akdin bahis mevzuu olduğu durumlarda ise salt akid, mülkiyetin intikali için yeterli olmamakla birlikte, fasit nitelikteki bu akdin feshedilmemesi ve satış konusu malın teslimi halinde mülkiyet intikal etmiş sayılmaktadır<sup>74</sup>. Mecelle'nin 262.maddesinde bu kapsamda “*Bey'de kabz şart değildir.*” ifadesine yer verilmektedir. Ayrıca Mecelle'nin hasarın geçiş anını düzenleyen 293.maddesinde “*Mebî' kable'l kabz bâyi'in yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüb etmeyip zararı bâyi'e ait olur.*” hükmü, 294.maddesinde ise, “*Mebî' ba'de'l kabz telef olsa bâyi' hakkında bir şey terettüb etmeyip zararı müşteriye ait olur.*” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla Mecelle'de mülkiyetin geçiş anı ile hasarın geçiş anının birbirinden ayırt edildiği, sahih ve nazif bir akdin bahis mevzuu olduğu durumlarda akdin kuruluşuyla birlikte mülkiyet geçerken, hasarın geçişinde kabzın (teslimin) esas alındığı ifade edilebilir. Bu açıdan bakıldığında İslam Hukuku'nun alıcı lehine bir düzenleme içerdiğinden bahsedilebilir. Nitekim 236.maddede “*Ba'de'l akd ve kable'l kabz mebi'de hâsıl olan semere ve ziyade müşteriye ait olur.*” hükmüne yer verilmiştir. Sonuç olarak akdin kuruluşuyla birlikte mülkiyet geçmekte, ancak akdin kuruluşu ile satım konusu şeyin teslimi arasında gerçekleşen hasar satıcıya, semere ve ziyade ise alıcıya aittir, ki bu durum Mecelle'nin alıcı lehine yarattığı hukuki statüyü net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Bu aşamada akdin, mülkiyetin intikali için yeterli görülmesi ile, hasarın mülkiyetin intikalinden sonra fakat malın alıcıya tesliminden önce satıcıya ait olması bir çelişki midir sorusu hatıra gelmektedir. Nitekim Ebulûlâ Mardin'in aktardığına göre, bir dönem İstanbul Rus sefaretinde tercüman olarak görev yapan Mandelstam da benzer mülahazalarla Mecelle'yi eleştirmiştir<sup>75</sup>. Ancak Sıddık Sami Onar'ın isabetle belirttiği üzere burada bir tenakuz değil bilakis mantıklı bir tutarlılık söz konusudur. Zira, akdin kuruluşu ile birlikte her ne kadar satıcı, satım konusu eşyanın mülkiyetini kaybetse de, Mecelle'nin 278.maddesinde ifade edildiği üzere, peşin satışta alıcı bedelin tamamını kendisine verinceye dek, satıcının ilgili eşya üzerinde hapis hakkı söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda satılan malın satıcının elinde bulunması satıcının menfaatini temin maksadını taşımaktadır ve bu halde hasarın bir nevi mürtehin konumunda olan satıcıya yüklenmesinde herhangi bir sorun yoktur. Ancak alıcı, satım konusu eşyanın bedelinin tamamını satıcıya vermişse, bu halde satıcı ilgili eşyayı derhal alıcıya teslim etmek zorundadır. Satıcı bu durumda bile satım konusu malı elinde bulunduruyorsa, kusurlu bir harekette bulunmuştur, bir başka tabirle temerrüde düşmüştür, ki bu durumda da hasara katlanmasında herhangi bir adaletsizlik bulunmamaktadır<sup>76</sup>. Dolayısıyla Mecelle, satıcıya ait olan teslim borcunun bir an önce yerine getirilmesini teşvik etmektedir.

Belgede bu noktada ilginç olan nokta “Eşya ve emtia zarar tehlikesi müşteriye ait olarak sevk edilir” hükmünün “umum tarafından kabul edilmiş” bir kaide olarak aktarılmasıdır. Oysa yukarıda kısaca temas ettiğimiz üzere bu kaide genel bir prensip değildir. Nitekim Alman

<sup>73</sup> Ahmet Akman, *İslam Hukuku'nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat (Türk Borçlar Hukuku Mukayeseli)*, Ankara: Adalet, 2019, s.218-219.

<sup>74</sup> Akman, *İslam Hukuku'nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, s.219.

<sup>75</sup> Ebulula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s.201.

<sup>76</sup> Sıddık Sami Onar'ın notlarından akt. Halil Arslanlı, “Mecelle'de Hasar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.14, S.1-2 (1948), s.265.

Hukuku'nda bunun tam tersinin kabul edildiği yukarıda ifade edilmiştir. Ebulula Mardin de, medeni devletlerin kanunlarının tamamında bu prensibin kabul edilmediğini, hatta Fransız Medeni Kanunu'ndan daha sonra yürürlüğe giren 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu'nda da Alman Hukuku'na paralel düzenlemelerin yer aldığını ve Mecelle'yi hazırlayan komisyonun daha sonra yürürlüğe giren bu kanunu nazar-ı dikkate almasının mümkün olduğunu ifade etmiştir<sup>77</sup>. Ancak ilgili belgede yer alan imzalardan birinin de Avusturya temsilcisine ait olması bu açıdan oldukça ilginç ve ironiktir.

Netice itibarıyla hasarın geçişi noktasında, evrensel bir ilkenin mevcut olmadığı, İslam hukukunun, zararın satıcıda olmasını gerekli kılan hükümlerin kendi sistematığı içerisinde tutarlılığı olduğu, nitekim benzer yaklaşıma batılı bazı ülkelerinden de sahip olduğu görülmektedir. Öte yandan, akit kurulduktan sonra, malın tesliminden önce zararın satıcıda kalacağı anlayışını eleştiren Avusturya diplomatının kendi ülkesinde de aynı düzenlemenin yer alması, tenkitlerin objektif olmadığını ortaya koymaktadır.

### C. MENFAATİN MAL SAYILMAMASINA VE KARDAN MAHRUMİYETİN TAZMİNİNE İLİŞKİN YÖNELTİLEN İTİRAZLAR

2037/66 numaralı belgede itiraz olunan noktalardan bir diğeri Mecelle'nin 126. ve 127.maddelerine ilişkindir. Bu kapsamda belgede “*teşebbüs-i ticari ve sınaide bir şerikin hisse-i menfaati Mecelle ahkâmınca (madde 126-127) emval-i mütekavvime adden deyne dahil değildir. Binaenaleyh tefriğ ve teferruğ edilemez... Yalnız emval-i maddiyenin bey'i caiz olduğu kaidesini iltizam demek olan bu karar Ticaret Kanunu'nun şirketler hakkındaki ahkâmına açıktan açığa mübayindir.*” ifadeleri yer almakta ve hemen ardından ahkam-ı fikhienin tatbikinin yerli ve yabancı tüccarların ticaretini büyük bir tehlikeye sokacağı belirtilmektedir.

Mecelle'nin tenkit konusu yapılan 126. ve 127.maddeleri şu şekildedir:

Madde 126: “Mal tab'-ı insani mail olup da vakt-i hacet için iddihar olunabilen şeydir ki menkule ve gayr-i menkule şamil olur.”

Madde 127: “Mal-ı mütekavvim iki manaya istimal olunur. Biri intifa mübah olan şeydir, diğeri muhrez demektir. Mesela denizde iken bakıl gayr-i mütekavvim olup istiyad ile ihraz olundukta mal-ı mütekavvim olur.”

126.maddede geçen iddihar (biriktirme) kavramı, menfaatlerin mal tanımının dışında kalmasına yol açmaktadır<sup>78</sup>. Zira Hanefi hukukçulara göre bir şeyin mal sıfatına sahip olabilmesi ancak temevvül ile sabit olur, yani ihtiyaç zamanında korunup biriktirilebilmesiyle mümkün olur<sup>79</sup>. Menfaatler ise iki vakit arasında baki kalmaz ve böyle bir şeyde temevvülü düşünmek olanaksızdır<sup>80</sup>. Ayrıca menfaatler mütekavvim de olamazlar, zira bir şeyin mütekavvim olarak nitelendirilmesi için öncelikle “var olması” gerekmektedir. Ayrıca bu “şey”, mevcut olduktan sonra muhrez olmalıdır ve bunun için de yine iki vakit arasında o şeyin baki olması

<sup>77</sup> Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s.103.

<sup>78</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerh-i Mecelleti'l-Ahkam*, C:1, İstanbul: Matbaa-i Tevsi'-i Tıbaat, 1330, s. 228.

<sup>79</sup> Osman, “Menafi-i Mağsubun Damanına Dair”, *Ceride-i Adliye*, S:144 (1331), s.6126.

<sup>80</sup> Osman, “Menafi-i Mağsubun Damanına Dair”, s.7126.

icap etmektedir<sup>81</sup>. Menfaatler için böyle bir durum söz konusu olmadığından, menfaatlerin mütekavvim mal olarak nitelendirilmeleri de mümkün değildir. Bu kabulün en önemli sonuçlarından biri, bir malın gasp veya itlaf edilmesi durumunda menfaatinin veya zevaidinin tazmin edilip edilmeyeceği noktasında gündeme gelmektedir. Zira Hanefi hukukçularının görüşü kabul edilirse bir malın gasp edilmesi halinde o malın menfaatinin tazmini mümkün olmayacaktır. Bu durum Mecelle'nin 596.maddesinde "*Menafi-i mağsub mazmun değildir*" demek suretiyle ifade edilmiştir. Ancak Şafii hukukçular bu noktada Hanefi hukukçulardan farklı düşünmektedirler. Onlar, mal kavramını daha geniş bir şekilde ele almakta ve kişinin elinde bulunup, işlerin görülmesine yarayan her şeyi mal olarak kabul etmektedirler<sup>82</sup>. Menfaat de bu kapsamda değerlendirilebilir ve menfaatlerin gasp halinde tazmini mümkündür. Hanefi hukukundaki kabul yukarıda açıklandığı gibi olmakla birlikte, ilerleyen zamanlarda Hanefi hukukçular, insanların vakıf ve yetim mallarına karşı artan tamahlarına engel olmak maksadıyla, bu mallara ilişkin olarak Şafii mezhebinin görüşünü tercih etmişler ve bunların gasp veya itlafı halinde menfaatin de tazmin edileceği yönünde görüş bildirmişlerdir<sup>83</sup>.

Ali Haydar Efendi, Mecelle'nin 596.maddesini şerh ederken, öncelikle Hanefi ve Şafii hukukçularının görüşlerine yer vermiş ve ardından "menfaat" kavramının artan önemini vurgulayarak "...*bu zamanda bilcümle emvalin menafiinde mezheb-i Şafii kabul edilmek ve olvecihle amel olunmak üzere irade-i seniyye istihsal kılınmak münasip olup olmayacağı asrımızın fukahası müşavere ederek bir karar ittihaz etmelidirler.*" demek suretiyle Şafii fikhinin görüşünün kabul edilmesini savunmuştur<sup>84</sup>. İlerleyen dönemde Ali Haydar Efendi'nin bu temennisine paralel şekilde 30 Nisan 1914 senesinde yapılan bir düzenlemeyle Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nun 64.maddesi değiştirilerek, mal kavramı menfaatleri de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. İlgili madde şu şekildedir:

Mal-ı mütekavvim olan her şey ma'kudun-aleyh olabilir. Ale'l-ıtlak tedavülü mütearif olan a'yan ve menafi' ve hukuk mal-ı mütekavvim hükmündedir.

Ahmet Ziya Bey, mütekavvim mal kavramına ilişkin olarak Mecelle'nin yukarıya aktarılan 127.maddesine işaret ettikten sonra, kanun koyucunun 64.maddedeki bu değişikliği "*ih-tiyacat-ı zamaneyi ve şerait-i hazıra-i iktisadiye ve içtimaiyeyi*" nazar-ı dikkate alarak gerçekleştirdiğini ifade etmektedir<sup>85</sup>.

Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nda gerçekleştirilen bu değişiklikten altı yıl kadar sonra Mecelle'nin tadili kapsamında 126.madde de değiştirilmiş ve mal kavramının kapsamı Şafii fikhine uygun bir şekilde genişletilmiştir. Bu değişiklikte mal "*anda münafese ve bezl cari olan şey*" şeklinde tanımlanmıştır<sup>86</sup> ve Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu ile bir paralellik sağlanmıştır. Ayrıca bu değişikliğe paralel olarak Mecelle'nin 596.maddesi de değiştirilmiş

<sup>81</sup> Osman, "Menafi-i Mağsubun Damanına Dair", s.7126.

<sup>82</sup> Osman, "Menafi-i Mağsubun Damanına Dair", s.7125; Ahmet Akgündüz, "İslam Hukukunda Ecr-i Misil Müessesesi ve Günümüz Hukukuna Te'sirleri", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2, S:2 (1984), s. 359.

<sup>83</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam*, C:1, s.950.

<sup>84</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam*, C:1, s.950.

<sup>85</sup> Ahmet Ziya, *Yeni ve Mufassal Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Şerhi*, s.267.

<sup>86</sup> Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1986, s.386.

ve bir kimsenin bir malı, sahibinin izni olmaksızın kullanması halinde ecr-i misil gerekeceği hüküm altına alınmıştır<sup>87</sup>.

Usul-i Muhakeme-ı Hukukiye Kanunu'nun özel bir kanun olması ve ilgili düzenlemenin Mecelle'nin ilk kitabının neşrinden sonraki bir tarihe ait olması hasebiyle 1914 senesinden itibaren Osmanlı Hukuku'nda menfaatlerin de mal kapsamında değerlendirildiği ifade edilebilir. Bu noktada Şafii fikhinin görüşünün benimsenmesi, örfi hukukun -madumun satışı bağlamında da ifade edildiği üzere- zamanın ihtiyaçları doğrultusunda resmi mezhep anlayışını esnetici bir fonksiyon icra etmesini göstermesi bakımından oldukça dikkat çekicidir.

2037/66 sayılı belgede ayrıca "Mecelle'nin 74.maddesi mucebince "tevehhüme itibar olunmadığından" ikame olunan bir zarar ve ziyan davasında bu zarar ve ziyan yalnız kârdan mahrumiyetten ibaret olursa dava-yı mezkure reddedilmek lazım gelir. Bu karar Zeyl-i Kanun-ı Ticaret'in doksan beşinci maddesi ahkamına sarihane münafi olup madde-i mezkure mucebince kârdan mahrumiyet zarar ve ziyan aksamından maduddur" ifadeleri yer almaktadır.

Zeyl-i Kanun-ı Ticaret'in, yukarıya aktarılan kısımda zikredilen 95. maddesi şu şekildedir:

Müteahhidin istisaline hakkı olan tazminat kaide-i umumiye üzere etmiş olduğu zarar ve mahrum kaldığı kardan ibaret olup, ancak müstesna olan bazı tazminat hakkında mevadd-ı atiyede muharrer ahkamı muhtelif vechle hareket olunacaktır.

Bu madde açık bir şekilde mahrum kalınan kârın da tazminat sorumluluğu bağlamında değerlendirildiğini hüküm altına almaktadır. Bu bağlamda Mecelle uyarınca mahrum kalınan kârın tazmin edilip edilemeyeceği üzerinde durmak gerekmektedir. Gerçekten de Hanefi fıkhında kişinin dükkanının itlafı halinde, yeni bir dükkan buluncaya kadar uğradığı kazanç kaybının tazmininin gerekmeyeceği ifade edilmektedir<sup>88</sup>. Aydın, bu durumun temelinde, kârdan mahrumiyet bağlamında zararın hesaplanmasındaki zorluktan başka, Hanefi hukukçularının menfaati mal saymayan görüşlerinin de yattığını ifade etmektedir<sup>89</sup>. Mecelle'nin itlaf babında kârdan mahrumiyetin tazmin edilip edilmeyeceğine ilişkin açık bir hüküm mevcut değilse de, menfaatin mal kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin yukarıdaki izahat dikkate alındığında kârdan mahrumiyetin de tazmin edilemeyeceği neticesine varılabilir. Bunun dışında itlaf babında mevcut Mecelle hükümleri de tamamıyla "fiili zarar" kıstasına paralel olarak vaz' edilmiş olup, Hanefi hukukçuların görüşlerine paralel olarak şekillenmiştir. Ancak 1914 senesinde Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nda yapılan değişiklikten sonra mahrum kalınan kârın da tazminat sorumluluğu bağlamında değerlendirilebileceği ifade edilebilir. Bu noktada örfi hukukun yukarıda aktarılan fonksiyonu tekrar gündeme gelmektedir.

Bu aşamada göze çarpan bir başka nokta ise Mahkeme'nin "tevehhüme itibar olunmayacağına" ilişkin Mecelle'nin külli kaidelerinden birine istinaden hükmünü kurmuş olmasıdır. Karma Ticaret Mahkemesi'nin ilgili kararı elimizde olmadığından Mahkeme'nin sadece bu hükme dayalı olarak hükmünü tesis edip etmediğini net olarak tespit imkanından mahrumuz.

<sup>87</sup> Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, s.464.

<sup>88</sup> TDV İslam Ansiklopedisi, Mehmet Akif Aydın, İstanbul: İSAM, 2001, "İtlaf" maddesi.

<sup>89</sup> TDV İslam Ansiklopedisi, "İtlaf" maddesi, s.466.



Ancak Mecelle'nin esbab-ı mucibe mazbatasında da belirtildiği üzere Şer'îye hakimleri sahih bir nakil bulunmadıkça salt külli kaidelere istinaden hükmünü tesis edemez. Dolayısıyla ilgili Mahkeme'nin salt Mecelle'nin 78.maddesine istinaden hükmünü tesis etmesi ayrıca hatalı görünmektedir.

#### Ç. İKRARIN TECEZZİSİ MESELESİ

2037/66 sayılı belgede itiraz edilen hususlardan bir diğeri de ikrarın tecezzisi (bölünmesi) meselesidir. Bu bağlamda belgenin ilgili kısmında şu ifadeler yer almaktadır:

Mecelle'nin 1572.maddesi mehakime ikrarın inkisamını kabul salahiyeti veriyor. Bu kaide mucibince hasmın ikrarını dermeyan eden kimse işbu ikrardan ancak kendisine muvafık gelen kısmını kabul eder ve kısm-ı bakisini red ile hasmını onu ispata mecbur eyleyebilir. Bundan şu tevellüd eder ki, mahkemeye defterlerini ibraz eden bir tacir zimmetine mukayyed olan bi'l-cümle mebalighden dolayı medyun tanınmak ve aynı sahifede mukayyed matlubatını düyununa bedel ityan edememek lazım gelir.

Mecelle'nin bahsi geçen 1572.maddesinde sadece ikrarın tanımı yapılmaktadır<sup>90</sup>. 1631 ve 1632.maddelerde ikrarın tecezzisine ilişkin hükümler mevcut olup, belge yazarlarının kastettikleri maddelerin bunlar olduğu ifade edilebilir. Bu bağlamda 1631.maddede “def” kavramının tanımına yer verilmiştir. Maddeye göre “*def müddeaaaleyh tarafından müddeinin davasını def edecek bir dava dermeyan olunmaktadır.*” 1632.maddede ise ikrarın tecezzisi meselesine temas edilmektedir. Bu bağlamda “*def'i dava eden kimse def'ini ispat ettikte müddeinin davası mündefi' olur ve ispat edemediği takdirde anın talebi ile asıl müddei tahlif olunur. Müddei yeminden nükül ederse müddeaaaleyhin def'i sabit olur ve eğer müddei yemin ederse kendisinin asıl davası avdet eder.*”

Def ve ikrarın tecezzisi meselelerini anlamak için öncelikle ikrar ve onun türleri üzerinde durmak icap etmektedir. Bir hukuk kavramı olarak ikrar “*aleyhine hukuki neticeler husule getirebilen maddi veya hukuki bir vakıanın doğruluğunu tasdik*”<sup>91</sup>, “*bir kimsenin diğer bir kimsedeki hakkını haber vermesi*”<sup>92</sup> manalarına gelmektedir. İslam-Osmanlı Hukuku'nda ikrar -farklı tasnifler de olmakla birlikte- genel anlamda sarîh ve delaleten ikrar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sarîh ikrarda davalı davacının iddiasını açık bir beyanıyla kabul etmektedir<sup>93</sup>. Bu bağlamda davalı borçlunun “evet benim davacıya borcum vardır” demesi sarîh ikrardır. Delaleten ikrarda ise davalı borcunu delaleten ikrar etmektedir. Yani davacının talebine karşılık davalı direkt evet borcum vardır demek yerine, mesela borcunu ödemek için mehil talep etmekte yahut sulh talebinde bulunmaktadır<sup>94</sup>. Modern Medeni Yargılama Hukuku'nda ise ikrar basit, birleşik ve mevsuf ikrar olmak üzere üçe taksim edilmektedir. Basit ikrarda davacı davalının iddiasına herhangi bir vasıf yahut iddia eklememekte, olduğu gibi kabul etmektedir<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> “İkrar, bir kimse diğer bir kimsenin kendisinde olan hakkını haber vermektir. O kimseye mukir ve o kimseye mukarrun-leh ve o hakka mukarrun-bih denilir.”

<sup>91</sup> *Türk Hukuk Lugatı*, Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991, s.155.

<sup>92</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve İstilahat-ı Fikhiye Kamusu*, C:8, İstanbul: Bilmen, s.39; Şeyhül-İslam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir Merginani, *Delilleriyle Hanefî Fıkhi: el-Hidaye*, çev: Ahmet Meylani, C:3, İstanbul: Kahraman, s.313; Mavsîli, *el-İhtiyar li-Ta'lîli'l Muhtar*, C:2, s.197; Şeyh Nizam ve bir heyet, *Fetâvâ-yı Hindîyye (Fetâvâ-yı Alemgîriyye)*, çev: Mustafa Efe, C:8, Ankara: Akçağ, 1985, s.183.

<sup>93</sup> Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve İstilahat-ı Fikhiye Kamusu*, C:8, s.40.

<sup>94</sup> Bilmen, *Hukuk-i İslamiye ve İstilahat-ı Fikhiye Kamusu*, C:8, s.40.

<sup>95</sup> Taylan Özgür Kiraz, *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, Ankara: Bilge, 2013, s.126.



Birleşik ikrarda ise davalının davacının iddiasına, onu hükümden düşüren yahut hukuki sonuçlarını ortadan kaldıran bir olgu yahut vasıf eklemesi söz konusudur<sup>96</sup>. Bu bağlamda davalının “evet karzen aldım fakat borcumu ödedim” şeklindeki bir beyanı birleşik ikrardır. Mevsuf ikrarda ise davalı dava konusu ilişkinin aslında farklı bir hukuki nitelikte olduğunu ileri sürmektedir<sup>97</sup>. Davalının davacıdan aldığı parayı borç olarak değil de bağış olarak aldığını ileri sürmesi örneğinde olduğu gibi.

İkrarın tecezzisi ise davalının davacının iddiasına eklediği bu olgu veya vasfın kimin tarafından ispatlanacağına ilişkin bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>98</sup>. Bu bağlamda ikrar tecezzi kabul eder denirse, davalının ikrar teşkil eden beyanı bölünecek, temelde yer alan hukuki ilişki ikrar edildiğinden davacının üzerinden bu hukuki ilişkiyi ispat yükü kalkacak, davacının iddiasına eklenen olgu veya vasfı ispat yükü iddia edene yani davalıya düşecektir<sup>99</sup>. İkrar tecezzi kabul etmez denirse, bu halde davalının iddiası bir bütün olarak kabul edilecek ve ispat yükü yer değiştirecektir<sup>100</sup>. Bu bağlamda tecezzi meselesi davacının iddiasına eklenen olgu veya vasfa temas ettiğinden basit ikrarlar bakımından böyle bir tartışmaya girmek manasız olacaktır.

İslam-Osmanlı Hukuku'na bakıldığında, “beraet-i zimmet”in esas olduğu ilkesinden hareketle<sup>101</sup>, gerek mevsuf gerekse birleşik ikrarlar bakımından ikrarın tecezzisinin kabul edildiği gözlemlenmektedir<sup>102</sup>, ki Mecelle'nin tartışma konusu 1632.maddesinde bu husus açıkça

<sup>96</sup> Süha Tanrıver, “Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Meselesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:1993/2, s.225.

<sup>97</sup> Kiraz, *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, s.129.

<sup>98</sup> Tanrıver, “Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Meselesi”, s.227.

<sup>99</sup> Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin, 2011, s.521.

<sup>100</sup> Tanrıver, “Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Meselesi”, s.228.

<sup>101</sup> Yorgaki Effimianidis, “(İkrarın Tecezzi Kabul Etmemesi) Mutlak Bir Kaide Olarak Kabul ve Tatbik Olunabilir Mi?”, *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, S:4-112 (1939), s.8.

<sup>102</sup> “*Rüesâ tâifesinden Hüseyin Reis b. el-Hâc Ahmed sâbikâ Trabzon anbar emîni olup hâlâ Galata voyvodası Mustafa Ağa mahzarında merkûm Mustafa Ağa Trabzon'da anbar emîni olduğu hâlde sefinem ile Trabzon'a isâl eylediğim ma'lûmü'l-keyl hinta ve şa'iri tamamen kendiyne teslim edip yedime edâ tezkiresi dahi verdikten sonra kabzını ikrâr mâ'adâyı inkâr eylediğinden gayrı medfû'u olan doksan gurusu da'vasından dahi zimmetimi ibrâ ve iskât eylemişdi deyü def'le mukâbele ve def'i isbâta havâle olundukda yirmi gün tamamına değin istimhâl etmekle mehl verilmişdi hâlâ yirmi beş günü tecâvüz edip ikâmet-i beyyineden izhâr-ı acz edip yemin dahi vermemeğin meblağ-ı mezkûr doksan gurusu müdde'î-i mezbûr[a] red ve teslime mezbûr Mustafa Ağa'ya tenbih olunup merkûm Hüseyin Reis ziyâde müdde'âsını isbâta havâle olunmuşdur.” (İstanbul Kadı Sicilleri Cilt: 65 Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (H. 1143-1144 / M. 1730-1732), haz. Mehmet Akman, Ali Coşkun ve Abdullah Sivridağ, (ed: Coşkun Yılmaz), İstanbul: İstanbul Kültür AŞ, 2019, s.590.)*

“İsbât-ı tefvîz-i dükkân Medîne-i Eyyûb-i Ensârî'de Kasım Paşa vakfına hâlâ mütevellî olan Mehmed Çelebi meclis-i şer' de zikri âtî vakıf dükkânın nisf-ı şâyi'ine vâzi' u'l-yed olduğu şer'an sâbit olan Nikola v. Andriye nâm zimmi muvâcehesinde üzerine da'vâ edip vilâyet-i Rumeli'nde Gerbeniş kazâsı kurâsından Kalarte nâm karyede sâkin mütevellîsi olduğum vakf-ı mezbûrdan medine-i mezbûrda Çömllekçiler sükunda vâki' lede'l-ahâlî ma'lûmü'l-hudûd olup icâre-i mu'accele ve müecceleli vakıf dükkânın nisf-ı şâyi'ine mutasarrif olan Yorgi nâm zimmi hâlik oldukda hissesi âdiyyen sagîr oğlu Yani'ye intikâl eyledikten sonra mezbûr Yani hisse-i mezbûreyi hâl-i sigârında mezbûr Nikola'ya ferâğ ve tefvîz ve bilâ-veled hâlik olup ferâğ-ı mezbûr mu'ter[if] olmamağla, ol hisse vakfa intikâl etmişken, mezbûr zimmi bî-vech vaz'-ı yed eder, suâl olunup kasr-ı yedine tenbih olunmak matlûbumdur dedikde gibbe's-suâl mezbûr Nikola cevâbında mezbûr Yani ol hisseyi bana ferâğ ve tefvîz eyledikde on beş yaşını tamâm eyledikten sonra ferâğ ve tefvîz ve ben dahi tefevvüz eylediğimden sonra zabta taslît etmekle ben dahi zabt için İstanbul'a gelip mezbûrdan izin taleb eylediğimde mezbûr dahi yedime iznini hâvi temessük verdi deyü def' ile mukâbele eyledikde gibbe'l-istintâk ve'l-inkâr mezbûr zimmiden def'i için beyyine taleb olundukda udûl-i müsliminden mahmiye-i merkümede Davud Paşa mahallesi ahâlîsinden Receb b. Abdullah ve Enserci mahallesi ahâlîsinden Mehmed Beşe b. Mustafa nâm kimesneler li ecli's-şehâde meclis-i şer'a hâzırân olup

belirtilmektedir. Ancak 1880 seneli Girit Vilayetine Mahsus Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'nda ikrarın “kabil-i tecezzi olmadığı açıkça belirtilmiş” ve Mecelle'deki ilkeye mekânsal anlamda bir istisna getirilmiştir. Ne var ki, Mecelle'nin bu kabulü hukuki ve ahlaki birtakım gerekçelerle dönemin hukukçuları tarafından eleştirilmiştir<sup>103</sup>. Zira ikrarın tecezzisinin kabul edilmesi halinde, ileri sürdüğü vakıyı yahut vasfı ispat yükü doğruyu olduğu gibi söyleyen, yani iyi niyetle ve ahlak ilkelerine uygun olarak hareket eden davalının üzerinde kalacaktır ve bu da bir anlamda doğruyu söyleyenin cezalandırılması demektir<sup>104</sup>. Her ne kadar İslam-Osmanlı Hukuku davalıya hasılı inkâr imkânı tanıdıysa da bu imkân da özü itibarıyla doğrunun olduğu gibi izharına engel teşkil etmektedir<sup>105</sup>. Bunun haricinde bu imkânın herkesçe bilinmemesi, hasılı inkâr imkanının uygulamadaki başarısına da gölge düşürmüştür<sup>106</sup>. Osmanlı hukukçularının ikrarın tecezzisi bağlamında ticari defterlere ayrı bir önem atfetmeleri dikkat çekicidir<sup>107</sup>. Zira tartışma konusu 2037/66 numaralı belgede de bu hususun özellikle vurgulandığı görülmektedir.

Bu aşamada Avrupa hukukunun ikrarın tecezzisi bağlamında nasıl bir pozisyona sahip olduğunu belirtmek gerekmektedir. Fransız Hukuku'nda istisnai durumlar haricinde ikrarın tecezzi kabul etmeyeceği açıkça belirtilmiştir<sup>108</sup>. Fransız Hukuku'nun tesiri altındaki Avrupa hukuk sistemlerinde de ikrarın bir bütün olarak kabul edildiği görülmektedir. Alman Hukuku'nda ise, birtakım farklılıklar olmakla birlikte, temelde ikrarın tecezzi kabul etmediği ifade

*gıbbe'l-istişhâd mezbûr Yani on beş yaşını tamâm eyledikten sonra zıkr olunan hisseyi bedel-i mezbûr mukâbelesinde mezbûr Nikola zimmiye huzûrumuzda ferâğ ve tefvîz, ol dahi tefevvüz eyledikten sonra izin ve zabtu için İstanbul'a geldikde mütevellî-i mezbûr dahi mezbûr Nikola zimmi yedine iznini hâvî temessük verdi. Biz bu husûsa bu vech üzre şahidleriz şehâdet dahi ederiz deyû her biri edâ-i şehâdet-i şer'iyye eylediklerinde ba'de't-tâ'dil ve't-tezkiyye şehâdetleri makbûle olmağın mütevellî-i mezbûr bi'vech mu'arazadan men' olunup mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu. Fi'l-yevmi's-sânî ve'l-ısrîn min Zilhiccetî's-şerîfe li sene selâse ve seb'în ve elf." (İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073-1074/M.1663-1664), haz. Hüseyin Kılıç vd. İstanbul Kadı Sicilleri C:16, İstanbul: İstanbul Kültür AŞ, 2010, s.418.)*

*"İlâm-ı mezkûr münderecâtına nazaran mezbûr Ahmed bin Muhammed el-Hûrî'nin Duma kasabasının el-Mezra'a mevki'inde kâin eşcâr-ı müsmire ve gayr-i müsmireyi muhtevî ma'lûmu'l-hudûd iki küt'a tarlaya merkûm Bekir tarafından vukû' bulan müdâhalenin men'ini hâl-i hayâtında talep ve da'vâ ve müdde'â-aleyh Bekri dahî müdde'â-bih arâzinin vâlidesine âid olduğunu ifâde ve inbâ ve şahs-ı sâlis sıfatıyla dâhil-i da'vâ edilen mezbûre Amun dahî münâzâ'un-fih arâziyi ol bâbdaki târih-i memnû'ıyyetten mukaddem müdde'âden bi'l-ıstirâ' mülkü olduğundan müdde'â merkûmun men'-i mu'arazasına karâr verilmesini müdde'ânin kabz eylediği mahsûlâtın esmânı olan bin iki yüz kuruşun tazmînini talep ve iddî'â eylemeleri üzerine li-ecli'l-muhâkeme ta'yîn kılınan yevmi muhâkeme de da'vet-i vâki'âya icâbet etmeyen müdde'â-aleyhimâdan Bekri'nin muhâfaza-i hukûku zımında vekil-i musahhar ta'yîniyle gıyâben ve şahs-ı sâlis vâlidesi mezbûre Amun huzûrunda vicâhen icrâ kılınan muhâkeme netîcesinde müdde'â-aleyhimâdan Bekri münâzâ'un-fih arâzideki mülkiyyetini nefy ile vâlidesine âid olduğunu dermeyân etmiş ve vâlidesi ol bâbdaki da'vâsını usûlen isbâtta izhâr-ı 'acze tâlip olduğu yemîni dahî müdde'â merkûm kabûl ve icrâ eylemiş olduğundan müdde'â-aleyhimâdan Amun kadın ve Bekri'nin münâzâ'un-fih arâziye vukû' bulan müdâhalelerinin men'ine..." Ceride-i Adliye, 3.Sene, S:62, s.3002.*

<sup>103</sup> Giridi Ahmed Saki, "Ahlak-ı İçtimaiye Tettebbuatından: Kanun-ı Medenimizde Şayan-ı Tedkik Bir Mesele", *Muhamat*, S:43-44 (1334), s.3 vd.; Şekip, "Kanun-ı Medenimize Ait Bir Meseleye Cevap", *Muhamat*, S:43-44 (1334), s.5 vd.; M.S. Adli, "İkrar Kabil-i Tecezzi Midir?" *Edebiyat-ı Umumiye Mecmuası*, C:4, S:86 (1336), s.1016 vd.; Salomon Adato, "İkrar Tecezzi Kabul Etmez", *İstanbul Barosu Mecmuası*, S:6 (1927), s.338 vd.

<sup>104</sup> Giridi Ahmed Saki, "Kanun-ı Medenimizde Şayan-ı Tedkik Bir Mesele", s.3.

<sup>105</sup> Giridi Ahmed Saki, "Kanun-ı Medenimizde Şayan-ı Tedkik Bir Mesele", s.4.

<sup>106</sup> Ali Himmet Berki, "İkrarın Tecezzi ve Adem-i Tecezzisi Meselesi", *Adliye Ceridesi*, S:1 (1937), s.8-9.

<sup>107</sup> Şekip, "Kanun-ı Medenimize Ait Bir Meseleye Cevap", s.6.

<sup>108</sup> Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, s.208.

edilmektedir<sup>109</sup>. Bu noktada dikkat çeken nokta, 2037/66 numaralı belgenin altında Alman sefirinin de imzasının bulunmasıdır. Bu ironik durum, Avrupa devletlerinin ticaret hayatının gerekliliklerinden öte kendi vatandaşlarına İslam Hukuku'nun tatbikinden duydukları rahatsızlığı göstermesi bakımından oldukça anlamlıdır.

Osmanlı sonrası Türk Hukuku'nda da ikrarın tecezzisine ilişkin tartışmaların devam ettiği gözlemlenmektedir. Bu tartışmaların temelinde 1926 seneli Ticaret Kanunu'nun ikrarın tecezzi kabul etmediğini açıkça hüküm altına alan 683.maddesine<sup>110</sup> karşılık, Medeni Usul Kanunu'nda bu hususa ilişkin herhangi bir açıklığın bulunmaması yatmaktadır. Bu durum her iki kanunun farklı hukuk sistemlerinden iktibas edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. O kadar ki bu tartışmalar 1931 seneli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına<sup>111</sup> da yansımış ve ilgili kararda Ticaret Kanunu'nda yer alan ilkenin tatbik sahası oldukça dar bir şekilde ele alınmıştır<sup>112</sup>. Nitekim bu karar üzerine hukuk camiasında pek çok tartışma vuku bulmuş<sup>113</sup>; 1956 seneli Ticaret Kanunu'nda ise ilgili ilkeye yer verilmemiştir.

Günümüz Medeni Yargılama Hukuku doktrininde her iki görüşün taraftarlarının olduğu gözlemlenmektedir. İkrarın tecezzi kabul etmediğini savunan yazarlar, temelde 2037/66 sayılı belgede ve Osmanlı hukukçularının da ifade ettiği ahlaki birtakım mülahazalara istinat etmektedirler. Ancak kıymetli Usul Hukukçularımızdan Tanrıver ve Umar bu mülahazalara karşı çıkmaktadırlar. Onlara göre ikrarda yer alan beyanların tamamının bir bütün olarak kabulüne ilişkin ahlaki ve mantıki bir zorunluluk bulunmamaktadır<sup>114</sup>. Bu durum yazılı deliller bağlamında da aynıyla geçerlidir. Bunun yanı sıra davalının belli miktarın üzerindeki ödemeler için yazılı bir belge hazırlanmamış olması tedbirsizlik olarak düşünülmeli ve davalı tedbirsizliğinin neticelerine katlanmalıdır<sup>115</sup>. Günümüz Yargıtay tatbikatında da büyük oranda bu son görüşün benimsendiği görülmektedir.

Özetle ifade etmek gerekirse, çalışma konusu 2037/66 numaralı belgede yabancı devlet sefirleri tarafından öne sürülen iddialar “indi” değerlendirmelerden ibarettir ve ikrarın tecezzisi özelinde de Mecelle'nin çağın ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kaldığını ileri sürmek, günümüz Türk hukukunun geldiği nokta nazar-ı dikkate alındığında hatalı olacaktır. Bu bağlamda Alman hukukçuların da kendi sistemlerinde yer alan bir ilkeyi tenkit eden ve onu hakkaniyete

<sup>109</sup> Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, s.208.

<sup>110</sup> “İkrarın heyet-i umumiyesi ya tamamen kabul edilmek veya tamamen reddolunmak lazımdır.”

<sup>111</sup> “İkrar tecezzi kabul etmez kaidesinin hususi bir kanun olan Ticaret Kanunu'nda mevzu bulunması hasebiyle ancak mevadd-ı ticariyede mabihü't-tatbik olan kaide-i mezkurenin ticari hadisat ve muamelatın istilzam eylediği hususiyetler nazarı dikkate alınarak tecezzisi mümkün olmayacak ikrarlara tatbiki ruh-u kanuna muvafık olacağı ve şu itibarla müddealeyhin davayı ikrar mahiyetinde olan ifadesinin hitamından sonra tediyenin vukuunu ispat sadedinde vaki' def'inin kendisine ispat ettirilmesi icap edeceği ekseriyetle tekarrür etmiştir.” Temyiz Mahkemesi Heyet-i Umumiyesinin 09/12/1931 tarih ve 48/45 numaralı Tevhid-i İçtihat Kararı, *Adliye Ceridesi*, S:118, s.29.

<sup>112</sup> İlhan Postacıoğlu, “Mahkeme İçtihatları Bakımından İkrarın Tecezzisi Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:12, S:2-3, 1946, s.613.

<sup>113</sup> Kazım Berker, “Borçlar ve Ticaret Kanunlarında Mükerrer ve Birbirine Uymayan Hükümlerin Mevcudiyetinden Tatbikatta Hasıl Olan Zorluklar”, *Adliye Ceridesi*, S:5 (1938), s.590 vd.; Muammer Soylu, “İkrar Tecezzi Etmediğine Dair Birkaç Söz”, *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, S:4-113 (1939), s.5993 vd.; Ali Haydar Özkent, “İkrar Parçalanmaz”, *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, C:10, S:110-2 (1938), s.5918 vd.; Ali Himmət Berki, “İkrarın Tecezzi ve Adem-i Tecezzisi Meselesi”, s.8 vd.

<sup>114</sup> Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s.523.

<sup>115</sup> Tanrıver, “Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Meselesi”, s.237.

ve ticari hayatın idamesine uygun görmeyen bir metne imza atması, belgeyi hazırlayanların gerçek kanaatlerini ortaya koyması bakımından da oldukça anlamlıdır.

## SONUÇ

Tanzimat sonrası ortaya çıkan düalist hukuk yapısı, hukukun birçok alanında kendisini göstermiştir. Kapitülasyonlar, sanayileşen Batılı devletler için Osmanlı Devleti'nin 19. yüzyıldan itibaren bir pazar haline gelmesi, batılı tüccarların Osmanlı Hukuku'na yabancı olması gibi nedenler ticaret hukuku alanında batılı normların Osmanlı iç hukukuna aktarılmasını hızlandırmıştır. Bu istikamette 1840'ta Ticaret Nezareti bünyesinde karma bir komisyon kurulmuş; ayrıca 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret, 1863 seneli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi ile 1861 seneli Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunları iktibas suretiyle Osmanlı hukukuna girmiştir. Bununla birlikte, genelde İslam Hukuku, özelde Hanefi hukuk doktrininin bakış açısını yansıtan Mecelle'nin yürürlüğe girmesi ile Osmanlı hakimleri, anılan ticaret normlarını değil, Mecelle'yi uygulamaya başlamışlardır.

Almanya, Rusya, İngiltere, Fransa, Avusturya ve Macaristan büyükelçileri ile İtalya büyükelçiliği maslahatgüzarı tarafından kaleme alınan takrirde, genel olarak Ticaret Kanunname-i Hümayunu'ndaki eksiklikler ile Mecelle'nin Karma Ticaret Mahkemelerinde uygulanmasından kaynaklandığı ileri sürülen sorunlar ele alınmıştır. Belgeyi kaleme alanlar, 1868'e, yani Mecelle'nin yürürlüğe konuluşuna değin, Ticaret Kanunnamesi'ndeki eksikliklerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için Osmanlı hakimlerinin mehz Fransız kanunlarına müracaat ettiklerini ileri sürmekte ve bunu gayet tutarlı bulmaktadırlar. Hatta, Mecelle'nin Ticaret Kanunnamesi'nin kesin hükümleri ile bağdaşmayan hükümlerinin dahi uygulanmasından duydukları rahatsızlığı dile getirmektedirler. Anılan belgede, hakimlerin iki durumda Mecelle'ye başvurduklarını belirten diplomatlar iddialarını somut vakalardan örnekler ile ispat etmeye çalışmışlardır. Buna göre Karma Mahkemeler, ya Ticaret ve Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunnamelerinde uygulanacak bir hükmün bulunmaması sebebiyle Mecelle'ye başvurmakta yahut da Ticaret ve Usul-ü Muhakemat-ı Ticariye Kanunnamesi hükümlerine aykırı olarak Mecelle'yi tatbik etmektedirler. Bunun sadece müstemenler için değil, Osmanlı tebaası için de sorun olduğunu düşünen diplomatlar, (i)anılan mahkemelerde Ticaret Kanunnamesi ve Usul-ü Muhakemat-ı Ticaret Kanunlarının her uyuşmazlık için uygulanması gerektiği yönünde bir talimat yazılmasını, (ii)Karma Mahkemelerin terk ettikleri ticari örf ve teamülleri tekrar uygulamaya başlamasını ve (iii)Mecelle'nin kendi istekleri istikametinde tadilini tavsiye etmektedirler. Diplomatların, çözüm için Mecelle'deki “zamanın değişmesi ile hükümlerin değişmesi inkâr olunamaz” maddesine dayanması bir ironi olarak karşımızda durmaktadır.

Dönemin normatif düzenlemeleri ve hukuk öğretisi incelendiğinde Osmanlı Devleti'ne ve hakimlerine yönelik eleştirilerin yerinde olmadığı ortaya çıkmaktadır. Öncelikle ticaret hukuku sahasında düalist bir yapı mevcut olsa da Mecelle Cemiyeti tarafından hazırlanan mazbatada, Mecelle hükümlerinin mi yoksa ticaret mevzuatında yer alan hükümlerin mi uygulanacağı yahut çelişki olması halinde hangisinin uygulanacağı hususunda açık ifadeler yer almaktadır. Buna göre Mecelle sonraki tarihe ait genel nitelikli, Ticaret Kanunnamesi ise önceki tarihe ait özel nitelikli bir kanundur. Adliye Nezareti tarafından gönderilen bir tahriratta,

komisyon mazbatasına atıf yapıldıktan sonra, Ticaret Kanunu'nun ticari işleri kolaylaştırmak maksadını taşıyan özel nitelikli bir kanun olduğuna işaret edilerek, "Ticaret Mahkemelerinde" özel nitelikli kanunda belirtilmemiş hallerde Mecelle'ye müracaat edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Öte yandan ticari uyuşmazlıklarda Mecelle öncesinde Fransız hukuk kurallarının uygulanmasının etkileri sadece Ticaret Hukuku sahası ile sınırlı kalmamakta, Medeni Hukuk sahasına da temas etmektedir ki, bu husus devletin egemenliğini tartışmaya açmakla birlikte hukuki itibarını da zedelemektedir. Bu duruma ket vuran Mecelle'nin döneminde ses getiren bir düzenleme olması, kendisinin tadili için dahi kendi hükümlerine atıf yapılması ile sabittir

Osmanlı Hukuku'na, hakimine ve Mecelle'ye yönelik eleştiriler, somut vakalar ile ispatlanmaya çalışılmışsa da tenkitlerin rasyonel bir zemine oturmadığı görülmektedir. Zira yapıcı bir tenkit için hukuk sisteminin bakış açısının göz önünde tutulması gerekir. Örneğin mevcut olmayan malın satışına Mecelle'nin engel olduğu yönündeki eleştiri yüzeyseldir. Nitekim, Batı hukuku "celb-i menafiyi" önelemekte iken, Osmanlı Hukuku "def-i mefasid"i önelemektedir. Normatif düzenlemelerde yer farklılık bu anlayış farkından kaynaklanmaktadır. Ayrıca bu eleştiriler bağlamında sadece 205'inci maddeden bahsedilmekte, sorunu kısmen de olsa çözmeyi hedefleyen 123'üncü madde görmezden gelinmektedir. Öte yandan 30 Nisan 1914 tarihinde Usul-i Muhakeme-i Hukukiye'nin 64'üncü maddesinde yapılan değişiklikle bu mesele tamamen halledilmiştir. Görüldüğü üzere tenkit edilen sorun örfi bir düzenleme ile nihayete erdirilmiştir. Keza menfaatin mal sayılmamasına ve kârdan mahrumiyetin tazminine ilişkin itirazlar da örfi bir düzenleme ile çözülmüştür. Bu da Osmanlı Hukuku'nun sorunları çözmek için yeterli iç enstrümanlara sahip olduğunu ve Karma Ticaret Mahkemeleri'nde Mecelle'nin tatbik sahasını daraltıcı yollara başvurunun manasız olduğunu ortaya koymaktadır.

Bir başka eleştiri konusu olan hasarın geçişi noktasında da eleştiri sahiplerinin sağlam bir temele dayanmadığı görülmektedir. Hasarın geçişi hususunda, evrensel bir ilkenin mevcut olmadığı, İslam Hukuku'nun zararın satıcıda olmasını gerekli kılan hükümlerinin kendi sistematigi içerisinde tutarlığı olduğu, nitekim benzer bir yaklaşıma batılı bazı ülkelerin de sahip olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, akit kurulduktan sonra, malın tesliminden önce zararın satıcıda kalacağı anlayışını eleştiren Avusturya diplomatının kendi ülkesinde de aynı düzenlemenin yer alması, tenkitlerin objektif olmadığını meydana çıkarır. Benzer şekilde Alman Hukuku'nda, birtakım farklılıklar olmakla birlikte, temelde ikrarın tecezzi kabul etmediği ilkesi benimsendiği halde, Alman sefirinin Mecelle'de yer alan benzer yaklaşımı eleştirmesi, Avrupa devletlerinin ticari hayatın aksamaması motivasyonu ile değil, kendi vatandaşlarına İslam Hukuku'nun tatbikinden duydukları rahatsızlıktan hareketle bu belgeyi kaleme aldıklarını göstermektedir.

Belgeler, Batılı devletlerin, hukuki değerlendirmelerinin bilimsel saiklerle yapılmadığını, eleştirilerin yüzeysel olduğunu, tek bir alana ilişkinmiş gibi gözükken bir değişiklik isteğinin esasında çok köklü bir yapının değişmesine işaret ettiğini ortaya koymaktadır. Öte yandan eleştiren ülkelerin kendi hukuk sistemlerinin de tarafımızca bilinmesinin ne derece önemli olduğu anlaşılmaktadır. Günümüzdeki tenkitleri, bu tecrübelerden istifade ederek tahlil etmekte yarar vardır.

## KAYNAKÇA

- Abdullah b. Mahmud b. Mevdud Mavsili. *el-İhtiyar li-Ta'lili'l Muhtar*. çev: Mehmet Keskin, C:1,2, İstanbul: Hikmet, 2013.
- Ahmet Cevdet Paşa. *Tezahir*. C:1, (haz.) Cavid Baysun, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1953.
- Ahmet Ziya. *Yeni ve Mufassal Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Şerhi*. İstanbul: Matbaa ve Kitaphane-i Cihan Sahibi Mihran, 1923.
- Akgündüz, Ahmet. "1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesi'nin Hukuki Kaynakları". *Belleten*, C.51, S.199 (1987): (s.153-191).
- Akgündüz, Ahmet. "İslam Hukukunda Ecr-i Misil Müessesesi ve Günümüz Hukukuna Te'sirleri". *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2, S:2 (1984): (s.339-375).
- Akgündüz, Ahmet. *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1986.
- Akıntürk, Turgut. *Satım Akdinde Hasarın İntikali*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1966.
- Akman, Ahmet. "1917 Tarihli Usul-i Muhakeme-i Şer'iyye Kararnamesi ve Tahlili". Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1985.
- Akman, Ahmet. *İslam Hukuku'nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat (Türk Borçlar Hukuku Mukayeseli)*. Ankara: Adalet, 2019.
- Ali Haydar Efendi. *Dürrü'l-Hükkam Şerh-i Mecelleti'l-Ahkam*. C:1, İstanbul: Matbaa-i Tevsi'-i Tıbaat, 1330.
- Ansay, Sabri Şakir. "Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.1-4 (1953): (s.450-456).
- Arslanlı, Halil. "Mecelle'de Hasar". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.14, S.1-2 (1948): (s.248-271).
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Atlas, 2019.
- Aydın, M. Âkif. "Kanunnâmeler ve Osmanlı Hukukunun İşleyişindeki Yeri". *Osmanlı Araştırmaları*, C: 24 (2004): (s.37-46).
- Aydın, M. Akif. "Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan'ın Oynadığı Rol". *İslami Araştırmalar*, C:8, S:3-4 (1995): (s.166-172).
- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle'nin Hazırlanışı". *Journal of Ottoman Studies*, C:9 (1989): (s.31-50).
- Aydın, Mehmet Akif. *Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Klasik, 2018.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta, 2017.
- Ayiter, Kudret. "Roma Hukukunda Alım Satım Aktinde Hasarın İntikali". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:14, S:1 (1957): (s.122-142).
- Bashir, Sobia ve Amen Imran. "Legal System of the Ottoman Empire". *Journal of Law and Society Law College*, C: 42, S: 59 (2012): (s. 101-110).
- Berker, Kazım. "Borçlar ve Ticaret Kanunlarında Mükerrer ve Birbirine Uymayan Hükümlerin Mevcudiyetinden Tatbikatta Hasıl Olan Zorluklar". *Adliye Ceridesi*, S:5 (1938): (s.587-595).
- Berki, Ali Himmet. "İkrarın Tecezzi ve Adem-i Tecezzisi Meselesi". *Adliye Ceridesi*, S:1 (1937): (s.5-11).
- Bilgili, İsmail. "İslam Hukuku'da Ma'dumun Satışı". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S:8 (2006): (s.211-238).
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-i İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiye Kamusu*. C:8, İstanbul: Bilmen.



- Bozkurt, Gülnihal. "Review of the Ottoman Legal System". *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S: 3 (1992): (s.115-128).
- Bozkurt, Gülnihal. *Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci, (1839-1939)*. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2020.
- Cin, Halil ve Ahmet Akgündüz. *Türk Hukuk Tarihi*. C:1, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1995.
- Cin, Halil. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1974.
- Cin, Halil. *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*. Ankara: Berikan, 2016.
- Effimianidis, Yorgaki. "(İkrarın Tecezzi Kabul Etmemesi) Mutlak Bir Kaide Olarak Kabul ve Tatbik Olunabilir Mi?". *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, S:4-112 (1939): (s.5984-5993).
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*. İstanbul: Arı Sanat, 2017
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri*. İstanbul: Arı Sanat, 2004.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Giridi Ahmed Saki. "Ahlak-ı İctimaiye Tetebbuatından: Kanun-ı Medenimizde Şayan-ı Tedkik Bir Mesele". *Muhammat*, S:43-44 (1334): (s.3-5).
- Gür, A. Refik. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*. İstanbul: Sebil, 1993.
- Hasan Fehmi. *Telhis-i Hukuk-u Düvel*. İstanbul: Mahmut Bey Matbaası, 1328.
- İstanbul Kadı Sicilleri Cilt: 16 İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073-1074/M.1663-1664)*. haz. Hüseyin Kılıç vd., İstanbul: İstanbul Kültür AŞ, 2010.
- İstanbul Kadı Sicilleri Cilt: 65 Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (H. 1143-1144 / M. 1730-1732)*. haz. Mehmet Akman, Ali Coşkun ve Abdullah Sivridağ, (ed: Coşkun Yılmaz), İstanbul: İstanbul Kültür AŞ, 2019.
- Kahveciyan Haçık. "Müruruzaman-ı Şer'i ve Müruruzaman-ı Nizami". *Ceride-i Adliye*, S.76 (1913): (s.3602-3608).
- Karal, Enver Ziya. *Osmanlı Tarihi*. C.7, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1988.
- Karataş, Abdullah Vefa. "Divan-ı Hümayun ile Paşa Divanının Karşılaştırılması -Manisa Şehzade Sarayı Defteri Örneği-". *Adalet Dergisi*, S.62-63 (2020): (s.153-188).
- Kayar, Betül. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları*. Ankara: Adalet, 2021.
- Kenanoğlu, M. Macit. *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*. Ankara: Lotus, 2005.
- Kılınc, Ahmet ve Davut Yıldırım. "Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansması", Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Kamu Hukuku, Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınevi, 2021.
- Kılınc, Ahmet. "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu", II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri C:II, İstanbul: Onikilevha, 2016.
- Kılınc, Ahmet. *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik*. Ankara: Adalet, 2022.
- Kiraz, Taylan Özgür. *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*. Ankara: Bilge, 2013.
- Konan, Belkis. *Osmanlı Devleti'nde Yabancıların Hukuki Statüsü*. Ankara: Statü, 2013.
- Koschaker, Paul ve Kudret Ayiter. *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1983.
- Kütükoğlu, Mübahat S. *Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik)*. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2018.
- M.S. Adli. "İkrar Kabil-i Tecezzi Midir?". *Edebiyat-ı Umumiye Mecmuası*, C:4, S:86 (1336): (s.1016-1017).



- Mardin, Ebulula. "Muhtelit Mahkemeler". *Sırat-ı Müstakim*, S:11 (1324): (s.165-170).
- Mardin, Ebulula. *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*. Ankara: Adalet Bakanlığı, 2021.
- Mumcu, Ahmet. *Divan-ı Hümayun*. Ankara: Phoenix, 2017.
- Nazaret Hilmi. *Kod Sivil*. İstanbul: Digran Karabetyan Matbaası, 1303.
- Onar, Sıddık Sami. "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u Mecelle". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.20, S.1-4 (1954): (s.57-85).
- Osman. "Menafi-i Mağsubun Damanına Dair". *Ceride-i Adliye*, S:144 (1331): (s.7125-7127).
- Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan. "Ömer Lütfi Barkan ve Türk Hukuk Tarihi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:70, S: 1 (2012): (s.413-439).
- Örsten Esirgen, Seda. "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle Mi, Fransız Medeni Kanunu Mu?". *OTAM*, S.26 (2011): (s.31-48).
- Örsten Esirgen, Seda. "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri". *Adalet Dergisi*, C: 1-2, S: 62-3 (2019): (s. 429-480).
- Örsten Esirgen, Seda. *Osmanlı Devleti'nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları*. Ankara: Turhan, 2017.
- Özkent, Ali Haydar. "İkrar Parçalanmaz". *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, C:10, S:110-2 (1938): (s.5918-5926).
- Öztürk, Osman. *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*. İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı, 1973.
- Postacıoğlu, İlhan. "Mahkeme İçtihatları Bakımından İkrarın Tecezzisi Meselesi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:12, S:2-3 (1946): (s.609-626).
- Salomon Adato. "İkrar Tecezzi Kabul Etmez". *İstanbul Barosu Mecmuası*, S:6 (1927): (s.338-341).
- Shwarz, Andreas B. "Satış Akdinde Hasarın İntikali". (Tercüme Eden: Kudret Ayiter), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:1-4 (1947): (s.159-167).
- Soylu, Muammer. "İkrar Tecezzi Etmediğine Dair Birkaç Söz". *Hukuki Bilgiler Mecmuası*, S:4-113 (1939): (s.5993-5996).
- Şekip. "Kanun-ı Medenimize Ait Bir Meseleye Cevap". *Muhamat*, S:43-44 (1334): (s.5-7).
- Şentop, Mustafa. "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü". *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (TALİD) Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı*, C.3, S.5 (2005): (s.647-672).
- Şeyh Nizam ve bir heyet. *Fetâvâ-yı Hindiyeye (Fetâvâ-yı Alemgiriyye)*. çev: Mustafa Efe, C:8, Ankara: Akçağ, 1985.
- Şeyhül-İslam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir Merginani. *Delilleriyle Hanefî Fıkhu: el-Hidaye*. çev: Ahmet Meylani, C:3, İstanbul: Kahraman.
- Tanrıver, Süha. "Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Meselesi". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:1993/2: (s.212-243).
- TDV İslam Ansiklopedisi. İlber Ortaylı. C:24, İstanbul: İSAM, 2001, "Kadı" maddesi
- TDV İslam Ansiklopedisi. Mehmet Akif Aydın. C:23, İstanbul: İSAM, 2001, "İtlaf" maddesi.
- TDV İslam Ansiklopedisi. Mehmet Akif Aydın. C:7, İstanbul: İSAM, 1993, "Ceza" maddesi.
- Türcan, Talip. "İslam ve Türk Borçlar Hukukuna Göre Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş Sorunu". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, C:1, S:1 (2003): (s.167-186).
- Türe, İskender ve Salim Kaynar (Yayına Hazırlayanlar). *Osmanlı Arşivi Rehberi*. İstanbul: Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, 2017.

*Türk Hukuk Lugati*. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991.

Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin, 2011.

Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Turhan, 2011.

Ünal Özkorkut, Nevin. "Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargılama Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:53, S:2 (2004): (s.83-94).

Yavuz, Hulusi. "Events Leading to the Compilation of First Ottoman Civil Code". *İslam Tetkikleri Dergisi*, C:8, S:1-4 (1984): (s.89-122).

Yazman, İrfan. "Mecelle Hukukunda Selem Akdi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:21, S:1 (1964): (s.281-307).