

Türk Hukuk Tarihçiliği

M. Akif AYDIN*

SONRADAN İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne dönüşecek olan ve kuruluşu 1870'li yılların sonlarına kadar uzanan Mekteb-i Hukuk'un ilk ders programında hukuk tarihinin mevcut oluşu,¹ bu ilmî disiplinin hukuk fakülteleri tarihinde ilk kuruluş yıllarına kadar giden bir geçmişi bulunduğunu ortaya koymaktadır. Ancak bu disiplin Osmanlı devletinde Türk ve İslam hukuk tarihini de içine alan genel bir tarih olarak ele alınmışken, sonraki dönemlerde -yazılan ders kitaplarından da anlaşılacağı üzere- İslam hukuku ve İslamî dönem Türk hukuku bu disiplinden dışlanmıştı. Bunun sebepleri ve sonuçları ayrıca tahlille muhtaçtır. Belki bundan Ankara Hukuk Fakültesi'ni istisna etmek gerekir.² Hukuk fakültelerinin ve hukukçuların bu alana yönelik ilgi azlığını, bir ölçüde tarihçilerin ve ilahiyatçıların gösterdikleri ilgi telafi etmiştir.

Modern dönemde bu alanda ilk eser veren kimsenin Seydişehirli Mahmud Esad Efendi olduğunu söyleyebiliriz. Onun *Tarih-i İlm-i Hukuk*'u bu alanda tespit edebildiğimiz ilk çalışmadır.³ Darülfünun Hukuk Fakültesi hukuk tarihi ders takrirlerinden ibaret olan eser, genel hukuk tarihi tarzında yazılmış olup Mısır, Babil, Çin, Japon, Türk ve Moğol, Eski İran, Brahman, Yahudi ve İslam

* Prof. Dr. Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi.

1 Osman Nuri, *Türkiye Maarif Tarihi*, İstanbul, 1977, c. III-IV, s. 1104. Hukuk tarihi derslerine 1909'da resmen ve fiilen Darülfünun'a bağlanan Hukuk Şubesi'nin 1913'den itibaren ders programında da rastlamaktayız. Bkz. Ali Arslan, *Darülfünundan Üniversiteye*, İstanbul, 1995, s. 60. Keza, 1932'de Darülfünun Hukuk Fakültesi ders programında da bu ders mevcuttur. Bkz. Arslan, *a.g.e.*, s. 129.

2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ders programında, fakültenin kuruluşundan itibaren, hem genel hukuk tarihinin, hem de Türk hukuk tarihinin ağırlıklı bir yeri vardır. Geniş bilgi için bkz. Ahmet Mumcu, *Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne (1925-1975)*, Ankara, 1977, s. 126, 135-140 ve 237. Hukuk tarihi disiplinin, bu fakülte'deki yerini göstermesi bakımından fakültenin kuruluş yılında, kurucu profesörlerin ilk toplantısında zamanın başbakanı İsmet İnönü'ye, hukuk tarihi fahri profesörlüğünün verilmiş olması dikkat çekicidir. Bkz. *A.g.e.*, s. 245.

3 İstanbul, 1331.

hukukları hakkında bilgi verir. Muhtemelen Roma hukuku, Hukuk Mektebi'nde aynı bir ders olarak okutulduğundan Mahmud Esad Efendi'nin eserinde yer almamıştır. Onu Ağaoğlu Ahmed'in aynı mahiyetteki *Hukuk Tarihi*⁴ izler. Bu eser de Ağaoğlu'nun ders takrirlerinden ibaret olup geçmiş hukuk sistemleri teker teker ele alınmamış, tematik bir genel hukuk tarihi anlatımı tercih edilmiş, ancak bu anlatım sırasında da İslam hukukunun konulara yaklaşımı hakkında bilgi vermektense kaçınılmıştır. Bu dönemlerde hazırlanan diğer üç önemli hukuk tarihi çalışması Sadri Maksudi Arsal'a ait *İkinci Sene Hukuk Tarihi Dersleri*,⁵ *Umumi Hukuk Tarihi*⁶ ve *Türk Tarihi ve Hukuk*⁷ isimli eserlerdir. Bunlardan ilk ikisi genel hukuk tarihine, üçüncüsü İslamiyet öncesi Türk devletlerinin hukukuna aittir. Arsal; genel hukuk tarihine ayırdığı eserlerinde Hind, İran, Eski Yunan, Isparta, Roma ve Cermen hukukları hakkında bilgi vermiş fakat İslam hukukuna temas etmemiştir. Son eserinde ise İslamiyet öncesi Türk hukuk tarihi hakkında bilgi vermiş, İslami dönemde kaleme alınan bazı eser ve kanunlardan bahsetmişse de bunu İslamiyet öncesi dönemin bir devamı olarak takdim etmiştir.

Bu dönemde tarihçiler arasında Osmanlı hukuk tarihine ait yapılan en dikkate değer çalışma, Fuat Köprülü tarafından gerçekleştirilmiştir. Onun Türk amme hukukunun tarihî kökeni⁸ ve Bizans hukukunun bu hukuk üzerindeki etkisi⁹ ve vakıflara hasrettiği çalışmaları¹⁰ Türk hukuk tarihçiliği alanındaki ilk önemli çalışmalardandır. Bu dönemde çıkarılan *Tarih-i Osmanî Encümeni Mecmuası* ile *Milli Tetebbular Mecmuası*'nı ayrıca anmak gerekir. *Tarih-i Osmanî Encümeni Mecmuası*'nda birisi Fatih, diğer Kanuni dönemine ait olduğu söylenen¹¹ iki kanunname, *Milli Tetebbular Mecmuası*'nda da Kanuni dönemine ait olduğu belirtilen bir kanunname ile Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi neşredilmiştir. Sahalarında ilklere olan bu neşirler, Osmanlı örfi hukuk tarihinde önemli bir yeri olan kanunnamelere ulaşmamızı kolaylaştırması açısından önemlidir.¹² Yine bu dönemde Fuat Köprülü'nün çabalarıyla yayımla-

4 İstanbul, 1931-1932.

5 Basıldığı yer belirtilmemiş, 1926-1927.

6 İstanbul, 1948.

7 İstanbul, 1947.

8 "İslam Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok mudur?", *Belleten*, 1938, c. II, sy. 5-6, s. 39-72.

9 "Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine Tesiri Hakkında Bazı Mülâhazalar", *Türk Hukuk ve İktisat Tarihi Mecmuası*, 1931, sy. 1, s. 165-313.

10 "Vakıf Müessesesinin Menşei ve Tarihi Tekamülü", *Vakıflar Dergisi*, 1942, sy. 2, s. 1-35

11 Ahmet Akgündüz, bu kanunnâmenin Kanuni değil, II. Bayezid döneminin ürünü olduğunu söylemektedir. Bkz. *Osmanlı Kanunnâmeleri*, İstanbul, 1990, c. II, s. 34

12 Kanunnâme neşirleri hakkında geniş bilgiyi Macit Kenanoğlu'nun, elinizdeki dergide yayımlanan "Osmanlı Kanunnâmeleri Neşriyatı Üzerine Bir Tahlil" başlıklı makalesinde (s. 141-186) bulabilirsiniz.

nan iki sayılı *Türk Hukuk ve İktisat Tarihi Mecmuası* (1931, 1939) ve tek sayılı *Türk Hukuk Tarihi Tarihi Dergisi* (1944); gerek İslamiyet öncesi, gerekse İslamiyet sonrası Türk hukuk tarihine ait kıymetli araştırmaları içermesi açısından dikkate değer. Ne var ki, bu iki dergi de ancak toplam üç sayı yayımlanabilmiştir.

Köprülü'nün çalışmalarını daha çok iktisat tarihini araştırma alanı olarak seçmekle birlikte hukuk tarihi alanında da dikkate değer çalışmaları gerçekleştiren Ömer Lütfi Barkan'ın izler. Barkan; hem sancak kanunlarını ilk defa neşretmesiyle,¹³ hem de arazi, vakıf ve malî hukuk alanındaki çalışmaları ve özellikle Osmanlı hukukunun genel yapısı ve örfî-şer'î hukuk ayırımı konusundaki değerlendirmeleriyle dikkati çeker. Kabul etmek gerekir ki, onun görüşleri sonraki tarihçileri ve hukuk tarihçilerini önemli ölçüde etkilemiştir.¹⁴

Osmanlı tarihçiliğinde çok önemli bir yeri olan İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Türk hukuk tarihi alanında da önemli çalışmalara imza atmıştır. Uzunçarşılı sadece Osmanlı hukuk tarihiyle değil, Osmanlı öncesi hukuk tarihiyle de ilgilenmiş olması sebebiyle dikkat çeker. Onun *Osmanlı Devleti Teşkilatına Met-hal*¹⁵ isimli eseri; Büyük Selçuklu, Anadolu Selçuklu, İlhanlılar, Karakoyunlu ve Akkoyunlular ve Memlûkler devlet teşkilatındaki hukuk kurumlarına ışık tutmaktadır ki divan, mahkeme, kadı, kadıasker, müftü, ikta gibi birçok Osmanlı kurumunun tarihi kökenlerinin bilinmesi açısından bu bilgiler önemlidir. Uzunçarşılı'nın *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*¹⁶ bu teşkilat içinde değerlendirilen kadılık, kazaskerlik, müftülük, şeyhülislamlık gibi Osmanlı hukuk tarihinin önemli kurumları hakkında bilgiler vermektedir. Yine Uzunçarşılı'nın *Osmanlı Devletinin Saray Teşkilatı*¹⁷ adlı çalışması Osmanlı devlet yapısı ve özellikle padişahlık kurumu, *Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilatı*¹⁸ başlıklı eseri ise -Divân-ı Hümayun başta olmak üzere- Osmanlı merkez teşkilatı hakkında verdiği değerli bilgilerle kendi alanlarındaki önemli eksiklikleri gidermektedirler. Yazılmalarının üzerinden seneler geçmesine rağmen, hala bir çok alanda Uzunçarşılı'nın çalışmaları eskimemiştir. Birinci el bilgi kaynaklarını, özellikle arşiv malzemelerini çok yaygın bir biçimde kullanması Uzunçarşılı'nın verdiği bilgileri kıymetli ve uzun ömürlü kılmaktadır.¹⁹

13 *XV. ve XVI. Asırlarda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları: Kanunlar*, İstanbul, 1943.

14 Barkan'ın *XV. ve XVI. Asırlarda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları: Kanunlar* kitabıyla ilgili bir değerlendirmeyi Coşkun Çakır'ın, elinizdeki derginin "Barkan'ın *Kanunlar*'ı: Osmanlı-Türk Hukuk Tarihçiliğinde Bir Klasik" başlıklı yazısında (s. 781-790) bulabilirsiniz.

15 Ankara, 1984.

16 Ankara, 1984.

17 Ankara, 1984.

18 Ankara, 1984.

19 Uzunçarşılı'nın çalışmaları hakkında geniş bilgi için bkz. Adnan Sadık Erzi, "Ord. Prof. İsmail Hakkı Uzunçarşılı'nın Yayınları", *Ord. Prof. İsmail Hakkı Uzunçarşılı'ya Armağan*, Ankara, 1976, s. xxi-xliv.

Cumhuriyet dönemi Türk hukuk tarihi çalışmalarında tarihçilerin katkılardan bahsederken Halil İnalıcık'a da ayrı bir bahis açmak gerekir. İnalıcık gerek metin neşirleriyle, gerek makaleleri ve Türkçe ve İngilizce İslam ansiklopedilerine yazmış olduğu maddeleri ve monografileriyle Türk hukuk tarihine çok ciddi katkılarda bulunmuş bir bilim adamıdır. Bu çalışmalarında Halil İnalıcık, Osmanlı hukuk tarihinin bütün dönemleri hakkında çok dikkatli ve isabetli değerlendirmeler yapmasıyla dikkati çekmektedir.²⁰ İsimlerini zikrettiğimiz bu tarihçilere ilaveten, kendilerinden bu kısa yazı çerçevesinde bahsedemediğimiz diğer tarihçilerimizin de; gerek kanunname, siyasetname, mühimme defterleri, tahrir defterleri üzerine yaptıkları neşirlerle ve gerekse de Osmanlı hukuk tarihinin kurumlarına yönelik araştırmalarıyla bu alanın zenginleşmesine önemli katkılar sağlamış olduklarını belirtmeliyiz. Aynı şekilde, arşivcilerin belge tasnifi ve neşri konusundaki katkıları da hatırlanmalıdır.²¹

80'li yılların başında üniversitelerdeki yeniden yapılanmanın ardından iki önemli gelişme yaşanmıştır. Birincisi; hukuk fakültelerinde, hukuk tarihi ana bilim dalı ve Türk hukuk tarihi bilim dalının etkin bir şekilde hukuk disiplinleri arasında yer almasıdır. İkincisi ise, Yüksek İslam Enstitülerinin İslam hukuku/fıkıh ilim disiplininin ağırlıklı olarak yer aldığı ilahiyat fakültelerine dönüşmesidir. Hukuk fakülteleri bu yapılanmadan sonra Türk hukuk tarihi çalışmalarına gittikçe artan bir oranda yönelmişlerdir. İlahiyat fakültelerinde ise, İslam hukukçuları İslam hukuk tarihinin bir parçası olarak Türk hukuk tarihine, özellikle de Osmanlı hukuk tarihine yönelmişlerdir. Bugün gerek hukuk ve gerekse de ilahiyat fakültelerinde, Türk hukuk tarihi alanında dikkate değer araştırmalar yapılmaktadır. Bu araştırmaların önemli bir kısmı *Türkiye Araştırmaları Literatürü Dergisi*'nin "Türk Hukuk Tarihi"ne ayrılmış elinizdeki sayısında yer alan muhtelif makalelerde değerlendirilmiştir. Bunlara, son olarak, İktisat ve İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültelerinin iktisat tarihi kürsülerinde yapılan ve önemli bir kısmı Osmanlı hukuk tarihçiliği alanına da giren çalışmaları eklemek gerekir. Tahrir, vakıf tahrir, temettuat ve tereke defterleri üzerine yapılan çalışmalar ve neşirler bunlara örnek gösterilebilir.²²

20 Halil İnalıcık'ın Türk hukuk tarihiyle ilgili çalışmaları hakkında geniş bilgiyi, Bülent Arı'nın, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* (TALİD)'in elinizdeki sayısında yer alan "Halil İnalıcık ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları" başlıklı makalesinde (s. 791-803) bulabilirsiniz.

21 Bu alandaki çalışmalara yönelik ayrıntılı değerlendirmeler için, elinizdeki sayıda yer alan Feridun Emecen'in "Osmanlı Divanının Ana Defter Serileri: Ahkâm-ı Mirî, Ahkâm-ı Kuyûd-ı Mühimme ve Ahkâm-ı Şikâyet" (s. 107-139), Fethi Gedikli'nin "Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Şer'iyye Sicilleri" (s. 187-213), Ekrem Buğra Ekinci'nin "Osmanlı Devletinde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü" (s. 417-439) ve Macit Kenanoğlu'nun "Osmanlı Kanunnâmeleri Neşriyatı Üzerine Bir Tahlil" (s. 141-186) başlıklı makalelerine bakılmalıdır.

22 Bu alanda yapılan çalışmaların geniş bir listesi ve değerlendirmesi için bkz. Coşkun Çakır, "Türkiye İktisat Tarihi Çalışmalarının Tarihi Üzerine Bir Deneme", *TALİD*, 2003, c. I, sy. 1, s. 7-63; Murat Koraltürk, "Cumhuriyet Dönemi Türkiye İktisat Tarihi Çalışmaları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", *TALİD*, 2003, c. I, sy. 1, s. 65-80; Süleyman Kaya, "Para Vakıf- 2

Aslında Osmanlı hukuk tarihçiliğiyle muhtelif dallardaki ilim adamlarının, tarihçilerin, hukukçuların ve ilahiyatçıların ilgilenmesi sebepsiz değildir. Bu alan en az üç bilim dalıyla yakın ilişkisi olan disiplinler-arası bir alandır. Tarihî belgelerin ve kaynakların doğru okunması, anlaşılabilmesi ve değerlendirilmesi için tarih, kurallarının ve uygulamalarının normatif değerlendirmesi için hukuk, İslam dini ve hukukuyla iç içe olan Osmanlı hukukunun ve medeniyetinin doğru kavranabilmesi için de ilahiyat formasyonuna ihtiyaç vardır. Türk hukuk tarihi çalışmalarının farklı fakülteler bünyesinde yürütülmesi sevindirici olmakla birlikte, bu çalışmaların adı geçen fakültelerin bünyesinden ve/veya genel havasından kaynaklanan problemleri de yok değildir.

Cumhuriyetin ilk yıllarında Osmanlı hukuk tarihi çalışmalarının iki elin parmaklarını geçmeyecek sayıda olmasında ve genel hukuk tarihi eserlerinde İslam hukukunun görmezden gelinmesinde dönemin siyasî ve hukukî şartlarının önemli ölçüde rolü bulunmaktadır. Osmanlı devletinin yerine kurulan genç Türkiye Cumhuriyeti, özellikle İslamiyet sonrası Türk hukuk tarihi çalışmalarını teşvik etmemiştir. Bunda yeni Türk devletinin Batı menşeli bir hukuk sistemini kabul etmesinin ve eski kültür ve hukukla bağımlı koparmak istemesinin rolü olmalıdır. Bu sebeple hukuk fakültelerinde Türk hukuk tarihi -ki büyük kısmını İslamiyet sonrası hukuk tarihi oluşturmaktaydı- uzun zaman üvey evlat muamelesi görmüş, ilk yıllarda daha çok genel hukuk tarihi okutulmuştur. Arsal ve Ağaoğlu tarafından yazılmış bulunan hukuk tarihi kitaplarında İslam hukukundan hiç bahsedilmemiş olması bunun kanıtıdır. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Ömer Lütfi Barkan'ın ferdi gayretleri son derece önemli olmakla birlikte, bu fakültede hukuk tarihi disiplinini canlandırmaya yetmemiştir. Barkan'dan sonra Türk hukuk tarihi ise hemen hiç okutulmamıştır. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ise Türk hukuk tarihi araştırmalarında bir sürekliliğin olduğu, Ahmet Ağaoğlu ve Sadri Maksudi Arsal'dan sonra Coşkun Üçok'un bu ilgiyi devam ettirdiği²³ ve daha sonra bu alanda yapılan çalış-

ları Üzerine", *TALİD*, 2003, c. I, sy. 1, s. 189-203; Mehmet Bulut, "Erken Modern Dönem Osmanlı Ticaret Literatürüne Genel Bir Bakış", *TALİD*, 2003, c. I, sy. 1, s. 219-244; Erhan Afyoncu, "Türkiye'de Tahrir Defterlerine Dayalı Olarak Hazırlanmış Çalışmalar Hakkında Bazı Görüşler", *TALİD*, 2003, c. I, sy. 1, s. 267-286; Yunus Uğur, "Mahkeme Kayıtları (Şer'iyye Sicilleri): Literatür Değerlendirmesi ve Bibliyografya", *TALİD*, 2003, c. I, sy. 1, s. 305-344. Ayrıca tereke defterleriyle ilgili çalışmalara örnek olarak bkz. Hüseyin Özdeğer, *1463-1640 Yılları Bursa Şehri Tereke Defterleri*, İstanbul, 1988; Yvonn J. Seng, "The Uskudar Estates (Tereke) as Records of Everyday Life in an Ottoman Town", Doktora Tezi, Chicago Üniversitesi, 1991; Said Öztürk, *İstanbul Tereke Defterleri*, İstanbul, 1995; Zeynep Altuntaş, "XIX. Yüzyılın İlk Yarısında Kadın Terekelerine Göre Osmanlı İktisadi ve İctimai Hayatı", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.

23 Coşkun Üçok'un sahasında bir ilk olması bakımından, önce müstakilen (Ankara, 1972), daha sonra da Ahmet Mumcu ile müştereken kaleme aldığı (Ankara, 1976) *Türk Hukuk Tarihi* isimli ders kitabı, özellikle zikredilmelidir. Kitabın sonraki baskılarına Gülnihal Bozkurt da katkıda bulunmuştur.

malar için zemin oluşturduğu görülmektedir. Ne var ki, Türk hukuk tarihi derslerine hukuk fakülteleri programlarında sınırlı sayıda saat ayrılması, kaçınılmaz olarak bu dersin içine aldığı konuların genişliğini etkilemekte, bu disiplinin bütün Türk coğrafyasını ve tarihini içine alacak bir genişlikte ele alınmasına izin vermemektedir. Netice olarak, bu fakültelerde sadece Selçuklu ve Osmanlı hukuk tarihi -o da ancak sınırlı bir şekilde- incelenebilmektedir.

Türk hukuk tarihini İslamiyet öncesi ve İslam sonrası Türk hukuk tarihi olarak iki ana bölüme ayırarak incelemek gerekir. İslamiyet'in kabulü Türk hukuk tarihinde önemli bir dönüm noktasıdır. Türk devletleri İslamiyet'i kabulden sonra, önceki hukuk mirasından kısmen yararlanmışlarsa da hukuklarını esas itibarıyla İslam hukukuna göre düzenlemişlerdir. Gerek bu köklü değişiklik, gerekse İslamiyet öncesi döneme ait yazılı eserlerin, arkeolojik ve epigrafik buluntuların vb. gibi bilgi kaynaklarının ve söz konusu döneme ait bilgilerimizin sınırlı olması sonucunu doğurmaktadır. Bu döneme ait en eski epigrafik bilgi kaynakları olan Orhun kitabelerinin 730-734 yılları arasında dikilmiş olmaları, Doğu Türkistan'da bulunan Uygur hukuk belgelerinin²⁴ daha sonraki bir dönemin ürünü olması bilgi kaynaklarımızın ne kadar geç bir dönemin ürünü olduğunu göstermesi bakımından dikkat çekicidir. İlk dönem Türk hukuk tarihine ait bilgilerimiz, daha çok, başta Çin tarihleri olmak üzere yabancı kaynaklara dayanmaktadır. Bu durum, sözü edilen kaynakların verdiği bilgileri dikkatle kullanmamızı gerektirmektedir. Bu dönemle ilgilenen araştırmacılar içinde Hüseyin Namık Orkun,²⁵ İbrahim Kafesoğlu²⁶ ve Bahattin Ögel'in²⁷ isimleri özellikle anılmalıdır.

İslamiyet sonrası dönemde Türk devletlerinin Orta Asya'dan İran ve Hindistan'a, oradan Anadolu ve Mısır'a kadar uzanan çok geniş bir coğrafyaya yayıldıkları bilinmektedir. Bu devletlerin diğer İslam devletlerinden farklı olarak Osmanlı örfi hukuku benzeri düzenleme ve uygulamalara sahip oldukları da bilinmektedir. Memluklu, Safevi, Akkoyunlu, Babürlü devletlerinde de gözlemlediğimiz bu düzenlemeler müşterek bir tarihin hukukî mirası olarak düşünülebilir. Ne var ki, bu uygulamaları izlemek ve aralarındaki irtibatları daha kesin bir biçimde tesbit etmek çok ciddi zorluklar taşımaktadır. O nedenle, maalesef günümüze kadar bu noktalar araştırmacıların ilgisini çekmemiş ve yeteri kadar aydınlatılamamıştır. Türkiye'de bulunan hukuk tarihçilerinin en fazla ilgilen-

24 Bu belgeler için bkz. Özkan İzgi, *Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)*, Ankara, 1987, s. 51-107

25 Hüseyin Namık Orkun'un çalışmaları, *TALİD*'in elinizdeki sayısında Salih Okur Gümrükçüoğlu tarafından "Hukuk Tarihi Açısından Hüseyin Namık Orkun ve *Fasikülleri*" başlıklı makalede (s. 805-822) değerlendirilmiştir.

26 Mesela bkz. *Türk Milli Kültürü*, İstanbul, 1984.

27 Bahattin Ögel'in bu alandaki iki önemli eseri şunlardır: *Türk Kültürünün Gelişme Çağları*, İstanbul, 1988 ve *Türklerde Devlet Anlayışı*, Ankara, 1982.

dikleri dönem Osmanlı dönemi, özellikle XV. asır sonrasındır. Hem bu döneme ait mahkeme defterlerinin önemli bir kısmı günümüze kadar gelmiştir, hem de Osmanlı merkez bürokrasisinin belgeleri önemli ölçüde korunmuştur. Öte yandan Arapların meskûn oldukları bölgelerde bulunan mahkeme defterleri Arapça olmakla birlikte, diğer mahkeme defterleri ve merkez bürokrasideki belgelerin çok önemli bir bölümü Türkçe'dir. Bütün bunlar, bu dönemin araştırılmasını kolaylaştırmaktadır. Osmanlı coğrafyası dışında kalan Türk devletlerindeki mahkeme defterleri ve uygulamaya yönelik diğer belgeler ise; hem aynı titizlikle korunmuş değildirler, hem de bu belgelerde kullanılan dil yerine göre Arapça, Farsça, Urduca veya Çağatay Türkçesi'dir. İslamiyet sonrası dönem Türk hukuk tarihini bütün olarak ele alan bir kitabın henüz yazılmamış olması biraz da bu zorluklar sebebiyledir.²⁸

Osmanlı dönemi Türk hukuk tarihi çalışmalarına gelince... Bu dönemi de kendi içinde ikiye ayırmak gerekir. Kuruluştan 1839'a kadar olan -tabir caizse- klasik dönem ve 1839'dan Cumhuriyet'e kadar olan batılılaşma/modernleşme dönemi. İlk dönem; hem hukuk kurumları, hem de kuralları itibariyle kendi içinde önemli ölçüde bir bütünlük ve yeknesaklık arz eder. Bu, beş buçuk asırlık uzun dönemin hiç değişim geçirmemiş olduğu anlamına gelmez. Elbette bu uzun zaman dilimi içinde belli bir değişim seyri izlenmiştir. Söz gelişi adli yapıda tek hâkimli klasik Osmanlı mahkemesinin yapısı bu süre içinde değişiklik geçirmemiştir, ama bir üst mahkeme konumunda olan mahkemelerin etkinlikleri zaman içinde değişiklik göstermiştir. XVI. yüzyıla kadar bir üst mahkeme olarak Divan-ı Hümayun ön planda gözüktürken bu asırdan sonra Divan toplantılarının önceki döneme nisbetle azalması sebebiyle, Cuma ve Çarşamba divanları Divan-ı Hümayun'un yerini almaya başlamışlardır. Keza Anadolu ve Rumeli'deki resmi mezhep uygulaması Osmanlı tarihi boyunca farklı şekillerde olmuştur. İlk dönemlerde diğer mezheplere karşı daha toleranslı davranılırken, XVI. asır sonrasında bu tolerans kaybolmuştur. Bu örnekleri çoğaltabiliriz. Ancak Osmanlı hukukunun çeşitli alanlarında gözlemlenen bu değişim batılılaşma/modernleşme döneminde olduğu gibi köklü ve mevcut yapının adeta toptan değişmesi şeklinde değildir. Bu bakımdan beş buçuk asırlık bu dönemi, tek bir dönem olarak değerlendirmek mümkündür.

Osmanlı hukukunun klasik dönemini esas itibariyle İslam hukuku şekillendirmiştir. Ancak bu hukukun Osmanlı uygulaması çağdaşı veya öncesi diğer İslam devletleriyle bire bir aynı değildir. Her ne kadar mahkemelerin yapısı, hukukun çeşitli alanlarında uygulanan kurallar açısından diğer İslam devletleriyle önemli aynilikler taşımaktaysa da, devletin temel yapısı ve siyasî-hukukî ku-

28 Osmanlı coğrafyası dışındaki Türk hukuk tarihinin belli bir bölümü Murteza Bedir tarafından, *TALİD*'in elinizdeki sayısında yer alan "Osmanlı Öncesi Türk Hukuk Tarihi Yazıcılığı" başlıklı makalede (s. 27-84) değerlendirilmiştir.

rumları, arazi, ceza ve vergi hukuku alanında özgün Osmanlı uygulaması dikkati çekmekte ve bu alanlar padişahların koymuş olduğu kurallar ve kanunlarla düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemeler zamanla Osmanlı hukuku içinde ayrı bir isimlendirmeye konu olmuş ve örfi hukuk diye anılmıştır. XV. asır kroniklerinde ilk defa izleyebildiğimiz bu ikili yapı, resmi belgelerde de sürekli “şer ve kanun” şeklinde ifadesini bulmuş ve birlikte zikredilmiştir.²⁹ Burada birbirleriyle çelişen ve çatışan bir hukuk ikiliği değil, birbirleriyle paralel yürüyen ve destekleyen bir yapı söz konusudur.

Klasik dönem dediğimiz devrede Osmanlı hukukunun şekillenmesinde Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin önemli bir yerinin olduğu belirtilmelidir. Özellikle örfî arazi uygulamalarının şer'î-hukukî bir kalıba dökülmesinde Ebussuud Efendi'nin rolü önemlidir. Bir il yazıcısı olarak Budin tahririni gerçekleştiren Ebussuud Efendi, bu sancakla ilgili kanunun girişine yazdığı mukaddime ile mirî arazi sistemini İslam hukukunca düzenlenmiş bulunan kira akdi çerçevesinde değerlendirmiş ve devleti toprak sahibi-kiraya veren, araziyi kullanan mutasarrıfı da kiracı olarak kabul etmiştir.³⁰ Bu kira ilişkisi uzun süreli, daha doğrusu süresiz olarak kurulduğu için de fasit bir kira olarak kabul edilmiştir. Mirî arazi mutasarrıfı ile devlet arasındaki ilişkinin bir kira ilişkisi olarak nitelenmesi, Osmanlı toprak hukukunun temelini oluşturmuştur. Kira akdiyle doğan kullanma hakkı zamanla kendi özgü bir tasarruf hakkı haline dönüşmüş ve önemli ölçüde mülkiyet hakkına yaklaşmıştır.

Ebussuud Efendi'nin bir şeyhülislam olarak İslam hukukunun uygulamasında da önemli yenilikleri başlatmış olduğu söylenebilir. Osmanlı Devleti'nin başlangıcından itibaren oldukça esnek bir biçimde uygulanan resmi mezhep anlayışı, yukarıda da ifade edildiği üzere Kanuni döneminde -ayrıca tahlil edilmesi gereken sosyal, siyasal ve hukukî şartlar sonucu- katı bir uygulamaya dönüşmüş ve Anadolu ve Rumeli'de kadılar Hanefî mezhebinin dışındaki bir mezhep görüşüyle hüküm vermekten men edilmişlerdir. Bu yasaktan sonra, başka mezheplerden veya Hanefî mezhebi içindeki farklı bir görüşten yararlanılması gerektiğinde; bu, kadıların ferdi tercihleri ile olmamış, padişahın açıkça izin vermesiyle gerçekleşmiştir.³¹ Bu noktada Ebussuud Efendi'nin bir sistem geliştirmeye çalıştığı söylenebilir. O farklı görüşlerinin uygulanmasının gerektiği durumlarda bunu bir fetva ile doğrudan padişaha arz etmiş ve padişahın “mucebince amel oluna” tarzındaki fetvası, bütün kadıları bağlayıcı bir hukuk kuralı haline dönüşmüştür. Ebussuud Efendi'nin bu şekilde doğrudan padişaha sunduğu fetvalar daha sonra *Maruzat* adı altında toplanmıştır.³² Sonra-

29 Bu konuda geniş bilgi için bkz. M. Akif Aydın, “Osmanlı'da Hukuk”, Ekmeleddin İhsanoğlu (ed.), *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi*, İstanbul, 1994, s. 384-390.

30 Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri*, c. VI, s. 268-269

31 Aydın, “Osmanlı'da Hukuk”, s. 404-411.

32 *Maruzat*'ın metni için bkz. *Millî Tetebbular Mecmuası*, sy. 2, s. 337-348; Akgündüz, *a.g.e.*, c. IV, s. 35-75.

ki dönemlerde başka şeyhülislamlarca da münferit uygulama örneklerini gördüğümüz -ancak hangi ölçüde yaygınlaştığı ayrıca tetkike muhtaç- bu uygulama, İslam hukuku alanında ilk örneklerini ancak XIX. asırda gördüğümüz kanunlaştırma hareketinin ilk mütevazı örneği sayılabilir. Çünkü bu fetvalarla, İslam hukukçularının belli bir yorumu padişahın emriyle mecburî olarak uygulanan bir kanun maddesi haline gelmiştir. Bu yönüyle Ebussuud Efendi bir taraftan örfî mirî arazi esaslarını şer'î bir kalıba dökerken, diğer taraftan şer'î hukuk alanında padişaha arz ettiği fetva uygulamasıyla bu hukuku kanunî bir kalıba dökmenin yolunu açmıştır. Osmanlı hukukunun iki önemli kısmını aynı ortak noktaya çekme yönünde başlattığı bu hareketin uzun bir süre kuvvetli bir takipçisi görünmemekle birlikte önemli olduğunu düşünüyorum.³³ Tanzimat sonrasında İslam hukukunun Mecelle ve Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nde görüldüğü gibi devlet eliyle kanunlaştırılmasına ulemadan bir muhalefet gelmemesinin köklerini Ebussuud Efendi'nin başlattığı bu harekette aramak mümkündür. Gerek bu tür bir uygulama, gerekse şer'î hukuk alanında dava zaman-aşımının kısaltılması, nikahların kadılar tarafından veya onların izniyle kısılması gibi müdahale ve düzenlemeler İslam hukuku uygulamasına Osmanlı katkısını göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

Batılılaşma/modernleşme dönemi; hem kurumları, hem de uygulanan hukuk kurallarıyla klasik dönemden önemli ölçüde ayrılır. Söz gelişi adlî kurumlar alanında her ne kadar klasik Osmanlı mahkemesi şer'îye mahkemesi olarak varlığını devam ettirmişse de, görev alanı önemli ölçüde daralmış ve klasik dönemde bu mahkemenin karara bağlamış olduğu hukukî anlaşmazlıkların önemli bir kısmını nizamiye mahkemeleri karara bağlar olmuştur. Bu mahkemeler de tek hâkimli şer'îye mahkemesinin aksine toplu hâkimli bir yapıya sahiptir. Bunun yanı sıra modernleşme döneminde gerek şer'îye, gerekse nizamiye mahkemeleri için üst mahkemeler kurulmuştur. Meclis-i Tetkikat-ı Şer'îyeye birincisinin, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ikincisinin üst mahkemesidir. Yine bu dönemde, ilk defa, Şura-yı Devlet adıyla hem adeta bir yasama organı olarak çalışan hem de idare mahkemesi olarak görev yapan bir kurumla karşı karşıyayız. Bu dönemde mahkemelerin uyguladıkları hukuk kurallarında da köklü değişiklikler yapılmıştır. Klasik İslam-Osmanlı hukukunun arazi, muamelat ve aile hukukları yeni bir şekil içinde de olsa muhafaza edilirken, ceza ve ticaret hukuku, ceza ve hukuk usulü ile ticari yargı Batı'dan alınan kanunlarla düzenlenmiştir. Bu bakımdan her iki dönem arasındaki farklılık, ayrı ayrı ele alınmayı gerektirecek ölçüde büyüktür.³⁴

33 Ebussuud Efendi'nin çalışmaları geniş bir biçimde Pehlul Düzenli tarafından, *TALİD*'in elinizdeki sayısında yer alan "Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi: Bibliyografik Bir Deneme" başlıklı makalede (s. 441-475) değerlendirilmiştir.

34 Bu ikinci dönemle ilgili çalışmalar, yine *TALİD*'in elinizdeki sayısında yer alan Mustafa Şentop'a ait "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü" (s. 647-672) ve Sami Erdem'e ait "Türkçede *Mecelle* Literatürü" (s. 673-722) başlıklı makalelerde değerlendirilmiştir.

Tanzimat sonrası Osmanlı hukukunun şekillenmesinde Ahmet Cevdet Paşa'nın özel bir yeri vardır. O sadece Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin hazırlanmasında önemli rol oynayan bir kimse olarak değil, bu kanun başta olmak üzere Arazi Kanunnâmesi, Tapu Nizamnâmesi, Ceza Kanunnâmesi gibi o dönemde yayımlanan birçok kanun ve nizamnâmenin hazırlanmasında etkin bir şekilde rol almış bir hukukçu olarak da dikkatleri çekmektedir. Cevdet Paşa'nın oynadığı rol bununla da sınırlı değildir. O; Osmanlı yargıtayı olan Divan-ı Ahkam-ı Adliyye'nin kurucusu ve ilk başkanıdır. Bu kurumun kurulmasında ve şekillenmesinde, ilgili nizamnâmelerin hazırlanmasında baş rolü o oynamıştır. *Yargıtay Dergisi*, *Yargıtay Kararları Dergisi* ve *Ceride-i Adliye/Adalet Dergisi*'nin ilk şekli sayılması lazım gelen *Ceride-i Mehakim* de onun teşebbüsüyle yayına başlamıştır. Resmi mevzuat derlemesi olan ve halen beşinci tertibi yayımlanmakta bulunan *Düstur* da onun gayretiyle yayın hayatına başlamıştır. Cevdet Paşa mutlak Batı taraftarı Tanzimat aydını karşısında, klasik Osmanlı hukuk birikimini ihtiyaca cevap veren bir şekil ve yapı içinde korumayı hedefleyen Osmanlı münevverini temsil etmektedir.

Tanzimat sonrasında başlayan kanunlaştırma hareketleri sadece Batı kökenli kanunların alınması açısından değil, İslam hukukunun ilk defa kanunlaştırılması (Mecelle örneği) ve yine ilk defa, bir kanunda -Hukuk-ı Aile Kararnâmesi örneğinde olduğu gibi- farklı mezhep hükümlerinin bir araya getirilmesi açısından da önemlidir. Bir içtihat hukuku olarak doğan ve gelişen İslam hukuku, Abbasi halifesi Mansur'un -İbn Mukaffa'nın önerisiyle- gerçekleştirdiği kanunlaştırma teşebbüsü istisna edilirse, Mecelle'ye kadar bir kanunlaştırmaya konu olmamıştır. Halife Mansur'un teşebbüsü de bilindiği üzere İmam Malik'in kitabı *Muvatta*'nın bu amaçla kullanılmasına karşı çıkması sebebiyle akim kalmıştı. Osmanlı kanunnâmeleri kanunlaştırma alanında önemli bir örnek olmakla birlikte, bunlar İslam hukukunun ayrıntılı olarak düzenlemediği arazi, vergi, ceza hukuku -özellikle de tazir suç ve cezaları- gibi alanlarda hükümler getirmişlerdir. Bunun anlamı şudur: İslam hukuk tarihi boyunca devlet başkanları, kendilerini İslam hukuku alanında kanun koyucu olarak değil, uygulayıcı olarak görmüşlerdir. Hatta kanun koyucu olarak görülmekten çekinmişlerdir. Bu çekingenliği, Mecelle'nin hazırlandığı dönemde benzer bir kanunlaştırma teşebbüsüne sahne olan Mısır'da net bir biçimde izleyebiliriz. Hidiv İsmail Paşa, Mecelle'yi, -Osmanlı devletinin bir vilayeti olmasına rağmen, merkezî yönetimle bağımlı güçlendirmemek için- Mısır'da uygulatmamıştı. Bunun yerine Mısır'ın adli yapısından sorumlu (vezirü'l-hakkaniyye) Muhammed Kadri Paşa'nın hazırladığı *Mürşidü'l-Hayrân ilâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân fi'l-Muâmelâti's-Ser'iyye alâ Mezhebi'l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân*,³⁵ *el-Ahkâmü's-Ser'iyye fi'l-Ahvâli's-Sahsiyye*³⁶ ve *Kânûnu'l-Adli ve'l-İnsâf fi'l-Kadâi alâ Müşki-*

35 Kahire, 1308/1890, 1983; Ammân, 1987.

36 Bulak, 1292/1875, 1298/1880, 1318/1900; Kahire, 1325, 1329; İstanbul, 1304.

*lâti'l-Evkâf*³⁷ başlıklı üç kanun tasarısı yürürlüğe konulmak istenmişti. Ne var ki, İsmail Paşa daha sonra İslam hukuku alanında kanun koyucu olarak suçlanmaktan ve ulemanın muhalefetinden çekindiği için, bu tasarıları yürürlüğe koyamamıştır. Bu örnek de Mecelle'yle başlayan İslam hukukunun kanunlaştırılması hareketinin sadece Türk hukuk tarihinde değil, İslam hukuk tarihinde de ne kadar köklü bir reform olduğunu göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nin başlatmış olduğu farklı mezhep görüşlerini bir araya getirme de, uzun yıllar tek mezhebe bağlı kalma uygulamasından sonra dönemine göre önemli bir yeniliktir. Fakat bu yenilik muhafazakâr Osmanlı uleması arasında büyük tepki toplamış ve söz konusu kararnâme, yürürlüğe girmesinden sadece bir buçuk sene sonra Şeyhülislam ve Sadrazam vekili Mustafa Sabri Efendi'nin inisiyatifi ve imzasıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Hem Mecelle'nin, hem de Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nin Türk ve İslam hukuk tarihinde oynadığı rolü bütün boyutlarıyla anlayabilmek için İslam hukukunun yürürlükte olduğu ülkelerde bu kanunların açmış olduğu çığı izlemek gerekir. Görülecektir ki, hem içtihat hukukunu kanun hukukuna döndürme, hem de farklı mezheplerin yorumlarından yararlanma noktasında Mecelle ve Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nin açmış olduğu yol İslam ülkelerinin önemli bir kısmı tarafından aynen izlenmiştir.³⁸

Klasik ve modernleşme dönemi Osmanlı hukuk araştırmalarının önemli bir problemi, Osmanlı arşivlerinin ve özellikle şer'îye sicil arşivlerinin yeterince tasnif edilmemiş olmasıdır. Son zamanlarda Başbakanlık Osmanlı Arşivi'nin tasnif ve yayın konusunda almış olduğu mesafe, Anadolu'da dağınık halde bulunan mahkeme defterlerinin Ankara Milli Kütüphane'de topluca kullanıma sunulmuş olması ve dahası İstanbul ve tüm Anadolu şer'îye sicil defterlerinin mikrofilm ve mikrofişlerinin Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi'nde toplanmış bulunması, araştırmacılara önemli bir kolaylık sağlamışsa da; tasnif eksikliği, araştırmacıların işlerini zorlaştırmaktadır. Bu durum, sınırlı sayıda deftere veya belgeye dayanılarak yapılan çalışmaların yanılma payını artırmaktadır. Belli bir dönem veya bölgedeki hususî şartların ve özel uygulamaların bu açıdan dikkatle değerlendirilmesi zarureti vardır. Öte yandan, bu farklılıkların dikkatle tesbiti Osmanlı hukuk uygulamasının zenginliğini ortaya koyması bakımından fevkalade önemlidir.

Bu dönemle ilgili bir başka problem, din-devlet ilişkileri ve İslam hukuku ile ilgili olarak Cumhuriyetin kuruluş yıllarına hâkim olan politik yaklaşımın, dönemin akademik çalışmalarına da etki etmiş olması ve bir tür anakronizmle

37 Bulak, 1308/1890, 1311/1893, 1312/1895, 1313/1896, 1320/1902.

38 Bu konuda geniş bilgi için bkz. G. H. Bousquet, *Du Droit Musulman et de Son Application Efective dans le Monde*, Alger, 1949; Subhî Mahmesânî, *el-Evdâu't-Teşrî'iyye fî'l-Düveli'l-Arabiyye Mâdihâ ve Hâdiruhâ*, Beyrut, 1972; J. N. P. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, Albany, 1959 ve a.mlf., *Islamic Law in Africa*, Londra, 1978.

söz konusu döneme hâkim politikanın tarihî temellerinin Osmanlı hukuk tarihinde bulunmaya çalışılmasıdır. Bunun tipik örneği, Osmanlı hukukunun genel yapısı hakkındaki değerlendirmelerde görülmektedir. Osmanlı hukuk tarihçiliğinin üzerinde en fazla durduğu konuların başında, bu hukukun genel yapısı ve şer'î ve örfî karakteri gelir. Bu konuda birçok araştırmacı bir şekilde görüş bildirmiştir. Bunlar arasında Barkan, Akdağ, İnalçık, Gibb, Heyd, Mumcu, Gerber, Repp, Akgündüz, Imber ve bu satırların yazarı zikredilebilir.

Meseleyi ilk ve en geniş biçimde tartışanlardan birisi şüphesiz Barkan'dır. İktisat ve hukuk tarihinin kendisine çok şey borçlu olduğu Ömer Lütfi Barkan; meseleyi, *XV. ve XVI. Asırlarda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları: Kanunlar* kitabında, konuyla ilgili makalelerinde³⁹ ve *İslam Ansiklopedisi*'ne yazdığı "Kanunnâme" maddesinde⁴⁰ ayrıntılı olarak tartışmaktadır. Barkan'ın Osmanlı hukukunun genel yapısı ve özellikle örfî hukukla ilgili önemli tespitleri olmakla birlikte, şer'î ve örfî hukukun düzenlemiş olduğu sahalara, birbirleriyle olan ilişkileri ve karşılıklı etkileri, örfî hukukun oluşum sürecinde Osmanlı hukukçularının rolü konusundaki kanaatlerine bütünüyle katılma imkânı yoktur. Barkan; örfî hukukun oluşum sürecini ve bu süreçte İslam hukukunun konumunu değerlendirirken, hükümdarlara İslam hukukunda verilen role gereği kadar dikkat etmediği gibi, İslam hukukçularının örfî hukuktaki etkisini de sadece şeyhülislamın hazırlanan bir kanunnâmeyi belli bir aşamada denetleme rollerinin bulunup bulunmamasıyla sınırlı kabul etmektedir. Böylece Osmanlı hukukunun temellerinin atıldığı ilk asırlarda, bu süreçte rol alan nişancı, kazasker, veziriazam hatta zaman zaman defterdar ve il yazıcısı gibi kamu görevlilerinin medrese eğitimi görmüş ve burada müderris seviyesine yükselmiş kimseler olduklarını, başka bir ifadeyle, İslam hukuku sahasında yetişmiş bulduklarını göz ardı etmektedir. Oysa bu durum dikkate alındığında, örfî hukukun oluşum sürecinde rol alan kamu görevlilerinin şer'î hukuk-örfî hukuk uyumuna daha ilk aşamadan itibaren dikkat ettikleri, dolayısıyla şeyhülislamın doğrudan müdahalesine esasen gerek olmadığı fark edilecektir. Buna ilave olarak, bu düzenlemeyi yaparken dönemin hukukçularının, devlet başkanının İslam hukukunun oluşumundaki rolünü daha gerçekçi ve bence İslam hukukunun özüne uygun bir tarzda değerlendirdiklerini söylemek de gerekir. Bazı fetvalarda "şer'an caiz değildir ve hem men olunmuştur canib-i sultandan" ifadesine yer verilmesi,⁴¹ devlet başkanının bir anlamda kanun koyucu olarak değerlendirilmesi bakımından dikkat çekicidir. Öte yandan, sırf oluşum tarzının İslam hukukunun Emeviler ve Abbasiler dönemindeki oluşum tarzından farklı

39 Mesela bkz. "Türkiye'de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihî Gelişimi", *Cumhuriyetin 50. Yıldönümü Semineri*, Ankara 1975, s. 49-97.

40 *İA*, c. VI, s. 185-195.

41 Ahmet Mumcu, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katil*, Ankara, 1963, s. 42.

olduğuna bakarak; örfî hukukun, şer'î hukukun bütünüyle dışında ve ona aykırı bir hukuk olduğunun söylenemeyeceği gibi, şer'î hukukun teokratik, örfî hukukun ise laik bir hukuk olduğu söylenemez. Bunlar bütünüyle Osmanlı siyaset kültürünün ve tarihî tecrübesinin dışında oluşmuş kavramlardır.

Öte yandan Barkan, Osmanlı Devleti'nde İslam hukukunun uygulama alanını sınırlamakta ve neredeyse onu, aile ve miras hukukuna hasretmektedir.⁴² Hâlbuki son dönemlerde yapılan çalışmalar; sadece bu iki alanın değil, borçlar hukukundan ticaret hukukuna, mülkiyet hukukundan ceza hukukuna varınca kadar geniş bir alanın şer'î hukuk esaslarıyla düzenlendiğini ortaya koymaktadır.⁴³ Tabiatıyla bu düzenleme sırasında, Osmanlı hukukçularının kendilerine has yorumları olmuştur. Bu sebeple de, Barkan'ın haklı olarak belirttiği gibi, Osmanlı hukuk tarihçiliğini bütünüyle fıkıh kitaplarından takip etme imkanı yoktur. Fakat onlardan bütünüyle müstağni olmak da mümkün değildir. Netice olarak, müteveffa Barkan'ın -özellikle Osmanlı hukukunun şer'iliğiyle ilgili- değerlendirmelerinin, örfî hukuk lehine apologetik bir karakter taşıdığı ve yaşadığı dönemin siyasî ve kültürel havasının etkilerini yansıttığını söylemek gerekir.

Osmanlı hukukunun genel yapısına ilişkin olarak Uriel Heyd ve İnalçık'ın değerlendirmelerinin, bu açıdan, daha gerçekçi olduklarını belirtmek gerekir. Sayın İnalçık'ın "Osmanlı Hukukuna Giriş",⁴⁴ "Suleiman the Lawgiver and Ottoman Law"⁴⁵ isimli makaleleriyle *Encyclopedia of Islam*'ın ikinci edisyonundaki "Kanun" ve "Kanunnâme" maddeleri,⁴⁶ Osmanlı hukukunun şer'î ve örfî karakterlerini ortaya koymasından dolayı ayrı bir önemi haizdir. Öte yandan İnalçık; Osmanlıların, örfî hukuk kurallarını tanzim ederken ortaya koydukları kanun hukuku anlayışının, önceki Türk ve Moğol devletlerine kadar uzanan tarihî köklerini dikkatle tespit etmiş bulunmaktadır. Uriel Heyd'in de konuyla ilgili makalelerinde ve özellikle Osmanlı ceza hukukuna ayırdığı eserinde, Osmanlı hukukunun şer'î ve örfî yapısının enine boyuna tahlil edildiği görülmektedir.⁴⁷ Ancak Heyd, İslam hukukçularının hicri III.-V. yüzyıllarda yaptıkları yorumların, bütün dönemleri bağlayıcı bir özelliği olduğunu düşünmekte, bu ne-

42 *Kanunlar*, s. xviii.

43 Örnek olarak bkz. Fethi Gedikli, *Osmanlı Şirket Kültürü: XVI.-XVII. Yüzyıllarda Mudarebe Uygulaması*, İstanbul, 1998; a.mlf., *XVI.-XVII. Yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde İnan Şirketi*, İstanbul, 1998; Mehmet Akman "Mecelle'de Ariyet Sözleşmesi", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989; a.mlf., *Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması*, İstanbul, 2004; Ömer Menekşe, "XVII. ve XVIII. yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde Hırsızlık Suçu ve Cezası", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998; Yaşar Tekin, "Şer'iye Sicilleri Işığında Osmanlı Devleti'nde Tazir Suç ve Cezaları", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995.

44 *SBFD*, c. XIII, sy. 2, s. 102-126.

45 *Archivum Ottomanicum*, 1969, sy. 1, s. 105-138.

46 *El*², c. IV, s. 558-566.

47 Mesela bkz. "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", çev. Selahattin Eroğlu, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 26, s. 633-652; *Studies in the Old Ottoman Criminal Law*, Oxford University Press, 1973, s. 167-191.

denle de, arazi ve vergi hukukuna ait düzenlemelerin veya para cezalarının İslam hukukuna aykırı olduğunu ifade etmektedir.⁴⁸ Halbuki İslam hukukunun teşekkülünde ilk asırların önemli bir yeri olmakla birlikte, bu hukuku bütünüyle bu asırlara münhasır kılmak ve daha sonra ortaya çıkan farklı görüş ve uygulamaları sırf bu sebeple İslam hukukuna aykırı kabul etmek mümkün değildir. İslam hukukunun oluşumunu sağlayan sürecin önü açıktır ve her zaman yeni yorum ve içtihatlarla gelişim ve değişim imkanına sahiptir.

Hukuk tarihi çalışmalarının, bu çalışmaları yapan kimselerin edindikleri formasyondan kaynaklanan problemleri de bulunmaktadır. Tarih formasyonunun eksikliği, Osmanlıca ve Arapça'yı bilmeme önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk tarihinin geniş bir zaman dilimine yayılmış bulunan uygulamalarını, sanki aynı zaman diliminde meydana gelmiş olaylar ve gelişmeler olarak görmek veya bölgesel farklılıkları dikkate almamak önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Geniş Osmanlı coğrafyasında ve altı asırlık bir zaman diliminde, hukuk kurallarının ve uygulamasının tam bir yeknesaklık ortaya koyduğunu söylemek mümkün değildir. Sözcüleri, Osmanlı kanunnâmelerinde muhtelif suçlar için öngörülmuş cezalar zaman içinde değişikliğe uğradığı gibi, mirî arazide tasarruf şekilleri, ferağ ve intikal esasları ve vergiler zaman içinde muhtelif değişikliklere maruz kalmıştır. Bu bakımdan, bir belgeye veya sair bir bilgi kaynağına dayanılarak –bunlar doğru bilgiler verseler bile- sınırlı bir zaman veya belli bölge için var olan bir uygulamanın her dönem veya her bölge için var olduğunu düşünmek, hiçbir hukuk sisteminin kendini kurtaramadığı –rüşvet vb. gibi- birtakım hukuk dışı uygulama örneklerini arka arkaya sıralayarak Osmanlı hukukunu karalayıcı bir tablo ortaya koymak doğru olmasa gerek.

Tarih formasyonu gibi hukukî formasyonu eksikliği de önemli bir handikap oluşturmaktadır. Bu alandaki yapılan yanlışlıkların çoğu, araştırmacıların okudukları fetva metinlerine veya mahkeme kayıtlarına dayanarak kural çıkarmaları ve hukukî değerlendirme yapmalarından kaynaklanmaktadır. İşin kötü tarafı, bazı araştırmacılar bu değerlendirmelerini hukuk kitaplarındaki bilgilerle karşılaştırma gereği de duymamaktadırlar. Velisi tarafından evlendirilenlerin sonradan itiraz etmelerini veya etmemelerini yanlış sebebe bağlama,⁴⁹ nikah kayıtlarında her zaman mehrin zikredildiğini görünce mehrin belirlenmesinin evliliğin geçerlilik şartı olduğunu düşünme,⁵⁰ yine vakıfların sürekli şer'îye si-

48 *Studies in the Old Ottoman Criminal Law*, s. 174–175.

49 Amira el Azhary Sonbol, "Adult and Minors in Otoman Shari'a Courts and Modern Law", *Women, Family and Divorce*, Syracuse University Press, 1966, s. 243-244; Ronald C. Jennings, "Women in the Early 17th century Otoman Judicial Records the Sharia Court of Anatolian Kayseri", *JESHO*, c. XVIII, sy. 1, s. 76-77; Colin Imber *Ebu's-Su'ud the Islamic Legal Tradition*, Edinburg University Press, 1997, s. 171.

50 Colin Imber, *Studies in Ottoman History and Law*, İstanbul, 1996, s. 268; a.mlf., *Ebu's-Su'ud*, s. 174.

cillerine kaydedildiğini görüp bundan vakıfların geçerliliği için mutlaka tescil şarttır gibi bir sonuç çıkarma,⁵¹ her nikah yenilemede evliliğin hukuken bir kat daha kuvvetlendiğini düşünüp boşamalarda nikahlardan sadece birisinin sona erdiğini, keza tecdid-i nikah sebebiyle evliliğin geçerli olarak devam ettiğini zannetme,⁵² evlenmede ileri sürülen şartlarla şartlı boşanmaları aynı şey zannetme,⁵³ sıkça karşılaştığımız hukukî değerlendirme ve bilgi yanlışlarındandır.

Bu alanda altı çizilmesi gereken önemli bir problemin da, araştırmacıların zaman zaman içine düştükleri subjektiflik sorunu olduğu belirtilmelidir. Osmanlı hukukunu veya bugünkü pozitif hukuku kutsama gayretlerinin, bu alandaki çalışmaların objektifliğini etkilediği bir vakiadır. Pozitif hukuku kutsamayı görev bilenler, Osmanlı hukukuna ilişkin değerlendirmelerinde bu anlayışlarının şüphesiz etkisinde kalmaktadırlar. Tam aksine Osmanlı dönemini apologetik olarak değerlendiren örneklere de rastlamak mümkündür. Aynı subjektiflik, Osmanlı hukukunun şer'iliği ve örfiliği konusunda da mevcuttur. Araştırmacılar içinde, Osmanlı kanunnâmelerinin İslam hukukuna uymadığını her fırsatta söylemekten büyük bir zevk alan araştırmacılarımız olduğu gibi, tam tersine ondan hiç ayrılmadığını söyleyen araştırmacılarımız da vardır. Bunları tek tek örneklendirmekten, konunun aydınlatılmasına ilave bir katkı sağlamayacağı ve yanlış anlaşılmalara sebep olacağı için sarfınazar edilmiştir.

Osmanlı hukuk tarihçiliğinde önemli bir boşluk, Osmanlı hukukçularının özellikle şer'î hukuk alanındaki katkılarının yeteri kadar ortaya çıkarılmamış olmasıdır. Böyle bir katkının tesbitinde, bu dönem hukukçularının yazdığı fıkıh kitapları, fetva mecmuaları ve fıkıh risaleleri önemli bir yer tutar. Bunlar üzerinde yeterli çalışmalar henüz yapılmış değildir.⁵⁴ Burada önemle işaret edilmesi gereken nokta, Osmanlı müelliflerinin eserlerindeki görüşlerin ne ölçüde dönemin şartlarının ürünü olduğu ve ne ölçüde klasik bilgilerin tekrardan ibaret bulunduğunun tespit gereğidir.

Osmanlı hukuk tarihi araştırmalarının önemli bir problemi de, yapılan araştırmaların dar bir alana sıkışmış olmasıdır. Bu alanda yapılan çalışmalar; vakıf, gayrimüslimler, aile, köle, toprak, mahkeme ve şer'iyye sicillerinin önemi gibi konulara inhisar etmiş gibidir. Şer'iyye sicilleri temel alınarak yapılan 140 kadar hukuk tarihi çalışması üzerine yaptığım bir değerlendirmeye göre, 140 kadar hukuk tarihi çalışmasından 96 tanesi şu altı konu üzerine teksif edilmiştir: Vakıf, aile, mahkeme teşkilatı ve şer'iyye sicilleri, gayrimüslimler ve köleler. Bu tablonun oluşumunda, hukuk tarihi çalışmalarının genelde tarihçiler tara-

51 Imber, *Ebu's-suud*, s. 157.

52 Imber, *Studies in Ottoman History and Law*, s. 283.

53 Jennings, "Women", s. 87-89.

54 Bu alandaki literatür; *TALİD*'in "Türk Hukuk Tarihi"ne ayrılmış olan elinizdeki sayısında yer alan Recep Cici'ye ait "Osmanlı Klâsik Dönemi Fıkıh Kitapları" (s. 215-248) ve Şükrü Özen'e ait "Osmanlı Dönemi Fetvâ Literatürü" (s. 249-378) başlıklı makalelerde değerlendirilmiştir.

findan yapılmakta oluşunun önemli bir rolü vardır. Tarihçiler; genel olarak borç, borcun doğuşu, sonuçları, akit, şirket, haksız fiil, haksız iktisap, temerrüd, harp hukuku, suç, ceza gibi daha çok normatif yorum isteyen ve hukuk formasyonunu gerektiren alanlara haklı ve doğru olarak iltifat etmemektedirler. Bu durum; çoğu kere incelenen alan veya zaman dilimi farklı bile olsa –ki bazan öyle de olmamıştır-, yapılan araştırmaların aynı konulara dair benzer bulgularını göz önüne sermekten başka bir sonuç doğurmamaktadır. Hukuk fakültelerinin ve kısmen ilahiyat fakültelerinin hukuk tarihi çalışmalarına eğilmeye başlamış olmasının, bu alandaki kısırlığı zaman içinde gidereceği umut edilir. Bu alandaki çalışmalar, yukarda değindiğimiz üzere, İslam hukukunun uygulama alanları konusundaki yanlış değerlendirmeleri de önleyecektir.

Historiography of Turkish Law

M. Akif AYDIN

Abstract

History of Turkish law is (a discipline that involves) the study of legal rules and institutions created by the Turks since the beginning of their history. For this reason, it studies a large span of time and a vast geographical space. Due to this time-space dimension, the Turks have adapted different religious-legal identities, which is reflected in the history of Turkish law. In this context, this history can be divided in to three periods: the period of pre Islamic law and of Islamic law and the period under the impact of Western law. Each period has its own characteristics, and thus studies on each era have their own problems.

It is only at the beginnig of the 20th century that the study the history of Turkish law emerged in the Turkish academia. Today, it is increasingly studied by the scholars of law history, theology and economic history. However, despite this existing interest in this area, it is still under-studied and needs the attention of social scientists.

Keywords: Sharia, court, qadi, Şeyhulislam, qanun, codification

Türk Hukuk Tarihçiliği

M. Akif AYDIN

Özet

Türk hukuk tarihi, tarih sahnesine çıkmalarından günümüze kadar geçen dönemde Türklerin uyguladıkları hukuk kuralları ve sahip oldukları hukuk kurumları hakkında bilgi veren bir bilim dalıdır. Bunun sonucu olarak; hem incelediği zaman dilimi çok uzundur hem de Türklerin hüküm sürdükleri ülkeler dolayısıyla içine aldığı mekân boyutu çok geniştir. Bu zaman ve mekan boyutuna bağlı olarak Türkler farklı dini-hukuki aidiyetlere sahip olmuş, bu da Türk hukuk tarihine yansımıştır. Bu bağlamda üç farklı dönemin altını çizmek gerekir. İslam hukuku öncesi dönem, İslam hukuku dönemi ve Batı hukukunun etkili olmaya başladığı dönem. Her dönemin kendine has özellikleri ve bu dönemlere ait hukuk tarihi araştırmalarının kendine özgü zorlukları ve problemleri vardır.

Türk hukuk tarihi çalışmaları, yirminci asır başlarından itibaren Türk ilim muhitlerinde ilgi görmeye başlar. Bugün hukuk, ilahiyat, tarih ve iktisat tarihi alanlarında çalışanlar gittikçe artan bir oranda Türk hukuk tarihinin konularıyla ilgilenmektedirler. Gittikçe artan ilgiye rağmen bu alanın henüz bakir olduğu ve araştırmacıların ilgisine muhtaç olduğu belirtilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Şer'i hukuk, örfi hukuk, mahkeme, kadı, şeyhulislam, kanun, kanunlaştırma