

Türk Tarihi ve Hukuk

Prof. Dr. Halil CİN *

I - TARİH VE HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Hukuk, toplum hayatının zorunlu bir sonucudur. Toplum hayatı düzen ve disiplin sayesinde mümkündür. Tarih ise mazideki sosyal hayatı bütün müesseseleri ile çeşitli açılardan inceler. Bir noktada hukuk ile tarih birbirini tamamlayan ilimlerdir. Tarih, toplum veya devlet hayatında vukua gelen hadiseleri zaman ve mekân çerçevesi içinde sebep ve sonuçları ile inceler; hukuk ise, vukua gelen hadiseleri yönlendiren normları konu edinir. Hukukun genel amacı, toplum hayatında adaleti gerçekleştirmek, fertler ve toplum arasında hak ve borçlar dengesini sağlamak; koyduğu hukuk kaideleri ile şahısların ve toplumun yararlarını korumaktır. Tarihsiz hukuk bilgisi temelsiz, hukukî çerçeveye oturmayan tarihi bilgiler, tarihî gelişim ve değişimlerin gerçek sebeplerini izahtan uzak kalır (1). Tarih ile hukuk arasındaki bağ, Osmanlı Hukukunun en meşhur kodu olan Mecelle'de bir hukuk genel kuralı olarak: "Ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tebeddülü inkâr olunamaz." şeklinde ifade edilmiştir (2). Yani zamanların değişmesi ile hukukî hükümler de değişecektir. Tarih, değişen zamanları ve bu zaman içindeki olayları konu edinmektedir. Hukuk ise tarihin konusunu teşkil eden olayların zaman ve mekân içindeki çerçevesini çizebilir.

Zamanımızda revaçta olan tarih ilmi neden-nasılıcı metotla yazılmıştır. Tarih, rivayetçi pragmatik, içtimaî metotlarla da yazılabilir. Neden-nasılıcı tarih yazımı, tahlil ve sentez safhalarından oluşur (2a). Hukukî etütlerde ise genellikle mutlaka bir tahlil ve sentez zorunludur. Ancak tarih, meşgul olanların kendi temayülleri vardıkları senteze karıştırmak tehlikesiyle karşıkarşıyadır. Bu tehlike, yapılan işi tarih olmaktan çıkarır. Hukukta ise tahlil ve sentezde kişisel görüş ve katkıların bulunması araştırma veya çalışmanın değerini arttırabilir. Tarihte gerçek tektir. Hukukta ise mutlak bir gerçek yoktur. Gerçek olarak kabul edilen çözüm zamana ve şartlara göre değişebilir.

* Ankara ve Dicle Üniversiteleri Öğretim Üyesi

1- Zerkâ Ahmed, El-Fihkul-İslami Fi Sevbihil-Cedid, I-III, Dimaşk, 1969, C.1. sh. 26 vd. Zeydan, Abdulkerim, El-Medhal, Bağdat, 1969, sh. 4-5, Toğan, Z.V., Tarihte Usul, İstanbul, sh. 73-74

2- Mecelle, md. 39.

(2a) Tarih metodolojisi konusunda Bk. TOĞAN, A.Z.V; Tarihte Usul. İst. 1969. 2 nci Bası

Sosyal şartlardan doğan hukukun Leibniz'e göre iki türlü tarihi vardır. Hukukun dahilî tarihi, hukukun haricî tarihi, Hukukun dahilî tarihi, mevzu kanunların tarihinden ibarettir. Harici tarihi ise hukukun değişmesini, gelişmesini mucip olan sosyal, siyasi, iktisadî, ruhî amilleri tesbit ve izah eden tarihtir.

Bir hukuk sistemini anlamak için hukuk kurallarının öğrenilmesi yetmez. Hukuk kurallarını doğuran sosyal çevreyi ve bu çevrenin tarihini de bilmek gerekir. Zira milletlerin hukuk sistemiyle tarihleri arasında sıkı bir ilişki mevcuttur.

Hukuk kuralları, onların rol ve menşei ancak tarihi durumun tetkiki sayesinde anlaşılabilir. Bir milletin hukukunu tam olarak anlayabilmek için tarihini ve hatta hukuku doğuran çevrenin edebiyatını da bilmek gerekir.

Avrupa'da hukukun menşei araştırarak görüşlerden biri olan Tarihçi ekolün düşüncesi bu merkezdedir. Buna karşılık tabii hukuk ekolü hukukun menşe'ni insan aklında bulur. Hukuk elbette akıl ve muhakeme mahsulüdür. Fakat insan aklını belli kurallar koymaya sevkeden sâik ihtiyaçlardır. İhtiyaçlar da sosyal, ekonomik ve siyasi çevrenin mahsulüdür. Tarih ise bu farklı çevrede cereyan eden olaylar arasında illiyet bağı kurarak senteze varır. Görülüyor ki, tarih ilmi ve hukuk birbirini tamamlayıcı nitelikte iki ilimdir.

Tarihin konusunu teşkil eden her sosyal hadise mutlaka bir hukukî nizamı, âmir nitelikli bir düzenlemeyi icabettirir. Hukuk, tıpkı iktisat, sosyoloji ve edebiyat gibi, yaşanan sosyal hayatın çeşitli yönlerini ve cemiyetteki iktisadî durumun kompozisyonunu çizer ve her ikisi de toplum hayatının ulaştığı merhaleyi ve toplumun sosyal anlayışını yansıtır. Değişik toplumlardaki hukuk sistemlerinin de ayrı ayrı olması, o toplumlardaki sosyal ve iktisadî hayattaki farklılıkların hukuka yansımından başka bir şey değildir (3). Hukuk muayyen devirlerde yaşayan toplumların sosyal bünyelerinin bir cephesini ifade etmektedir.

Bütün sosyal müesseseleri tarihî metodla inceleyen tarih bilimi, hale ve geleceğe ışık tutar. Geleceği sağlam temeller üzerine kurmaya yardım eder. Bu bakımdan tarih, hukukun tetkikinde büyük fayda görmekte olmalıdır (4).

Günümüze daha yakın olan tarihi araştırmak, bize Türk Hukuk Tarihinin en büyük dönemeçlerinden biri olan İslamiyetin kabulü hadisesinden önce ve sonra Türk Hukuku hakkında ilginç bilgiler vermektedir. Selçuklu ve Osmanlı Devletlerinde uygulanan hukuk, Türk-İslam Hukuk sistemi ve bir çok sahada tamamen İslam Hukuku olduğundan konuyla ilgili misâlimizi İslam Hukukundan verelim. Hukukî vesikalar, mahkeme sicilleri, kanunnameler, iradeler, fıkıh kitapları, ticarî

3- Zerkâ, age, c.1. 26-27, Zeydan, age. 4-5

4- Kavakçı, Yusuf Ziya, XI ve XII. Asırlarda Karahanlılar Devrinde Mâvare-al-Nahr İslâm Hukukçuları, A.Ü. Yayınları, Ankara, 1976, sh. 301

muamelât evrakları, mektep kayıtları ve talebelere ait talimatlar gibi şeyler tarihe kaynaklık teşkil etmektedirler. Yalnız bunlardan hiç biri tarihe kaynak olmak amacıyla vücuda getirilmiş değildir. Bunlar eski toplumlardan sosyal hayatın bazı cepheleri ve onların parçaları sıfatıyla bize kalmış vesikalardır. Hukuk kitaplarından özellikle günlük hadiseleri konu alarak fetva şeklinde yazılanları çok mühimdir. Meselâ, zekât, sarraflık (Kitab al-Sarf) ve ticaret (K.al-Bey) bölümlerinde verilen bilgilerin yardımlarıyla muhtelif ülkelerin ölçülerini, metrolojisini, ticaret geleneklerini tesbit etmek mümkün olduğu gibi, ziraat sulama ve saireye ait bablardan bu kitapların yazıldığı ülkelerin iktisadî ve içtimâî hayatını öğrenmek mümkün olabilir. Meselâ Horezm, Fergana, Semerkand, Buhara ve Belh taraflarında yazılan fıkıh eserlerindeki haram şeyler (k.al-muharremat) ve mekruh şeyler (K.al-Kerahiyeh) bahislerinde İslam Hukukuna uymayan bir çok yerli adetler sayılıyor. Bunlar Horezm ve Suğd kavimlerinin ve Ortaasya Türklerinin İslamiyetten önceki örf ve adetlerinin bakiyelerini tebarüz ettirmekte ve dolayısıyla Türklerin İslamiyetten önceki hukuku hakkında bazı ipuçları vermektedir (5).

İstanbul kütüphanelerinde değeri biçilemeyen, manevi bir hazine olan 13. asra ait fıkıh kitapları, 13. asırdan sonra ölmüş olan Horezm dilinden bir çok numuneleri taşımaktadır. Bu itibarla bu eserler ortadan kaybolmuş bir eski kültürün ve bir lisanın hazinesidir. Bunların içinde, yerli ziraat hayatına ve iktisadi hayata, halkın örf ve adetlerine dolayısıyla hukukî nizama ait bir çok bilgiler vardır. Bu eserler aslında 13. asırda Horezmdede yaşayan kültürü öğrenmek için en kıymetli bir kaynaktır (6).

Hukukun tarih ile mevcut olan bu sıkı ilişkisini belirttiikten sonra, mevcudiyet ve meşruiyetini sosyal ihtiyaçlardan almış ve Türk Tarihinde dönüm noktası teşkil etmiş bazı hukukî faaliyetleri, kısa da olsa, yine tarihi perspektif içinde açıklamak istiyoruz.

II- TÜRK TARİHİNDE TARİH VE HUKUKUN BİRBİRLERİNE ETKİLERİNİ GÖSTEREN ÖNEMLİ BAZI TARİHİ OLAYLAR VE HUKUKİ FAALİYETLER :

Bazı tarihçiler Türk Tarihini, 26 Ağustos 1071 Malazgirt Meydan Savaşından önceki ve sonraki dönem olmak üzere ikiye ayırırlar. Bazı tarihçiler de Türklerin İslamiyeti kabul etmelerini esas alarak Türk Tarihini 1) İslamdan önceki Türk Tarihi 2) İslamdan sonraki Türk Tarihi şeklinde ikiye ayırırlar. Bizce de ma,kul

5- Togan, age. sh. 73-73, Kavakçı, age, 301-302

6- Kavakçı, age. 302, Togan, Z.V. Karahanlılar Tarihine Ait Bazı Kaynaklar, Türk Yurdu c.5. sh./11, sh. 7-10 (Kasım, 1969)

olan ayırım budur. Zira İslamiyetin kabulü, tarihi olaylarla hukukun karşılıklı ilişkisini çarpıcı biçimde gösteren çok önemli bir olaydır. İslamiyetin kabulü, Türkler için yeni bir hukuk nizamı doğurmuştur. Şimdi bu büyük tarihi olayların hukuki tarihini biraz yakından görelim :

A) İslâmdan Önceki Türk Tarihi ve Hukuk :

İslâmiyetten önce Ortaasya'da Devletler kurmuş olan Türkler'in ileri bir hukuk anlayışına sahip oldukları epigrafik, arkeolojik kaynaklarla, ele geçen yazılı vesikalardan anlaşılmaktadır. Son zamanlarda özellikle Japonlar, Ortaasya Türklerinin tarihi ve hukuku ile ilgili yayınlar yapmaktadırlar.

a) Hun Devleti :

Eski Türk Devleti diyebileceğimiz Hun Devletinde Kamu Hukuku ve Özel Hukuk konusunda bazı bilgiler mevcuttur. Hukuk nizamı, kaynağını ve meşruiyetini Tanrı-kurt'un hâkimiyet yetkisinden alır. Toplumun ekonomik, siyasi, sosyal, ve kültürel ihtiyaçlarının sonucu olarak ceza hukukuna, devlet idaresine ve aile hukukuna ait bir takım hukuki esasların mevcudiyetini görüyoruz (7).

b) Göktürk Devleti :.

M.S.VI. yüzyılda kurulmuş olan bu devletin hukuku ile ilgili en önemli belge Orhun yazıtlarıdır. Kül-tegin yazıtı, Bilge Han yazıtı ve Tonyokuk yazıtlarından oluşan Orhun Yazıtlarında Devlet idaresi, ceza hukuku ve özel hukuk ile ilgili önemli bilgiler mevcuttur (8).

c) Uygurlar :

Hukukları hakkında elimizde bir çok belgeler bulunan Uygurların sosyal, kültürel ve hukuki hayatları, Yusuf Has Hacıp tarafından 1069-70 M. yılında Kaşgar'da yazılan Kutadgu Biligde anlatılmakta veya tefsir edilmeye çalışılmaktadır. Özellikle Doğu Türkistan'da bulunmuş olan hukuki belgeler incelendiğinde Uygurların ileri bir hukuk anlayışı ve uygulamasına sahip oldukları görülür (9).

B) İslâmdan Sonra Türk Tarihi ve Hukuk.

Bu başlık umumidir. Zira Türkler Müslüman olduktan sonra bir çok devletler kurmuşlardır. Biz, Türkler'in Müslüman olduktan sonra tarih ve hukukun

7- Arsal, S.M. Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul, 1947, sh. 220 vd.

8- Arsal, age, sh. 273 vd.

9- Üçok/Mumcu, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 1982, sh. 25 vd.

karşılıklı tesirlerini bâriz olarak ortaya koyan bazı önemli hukukî faaliyetlerini zikredeceğiz. İslamiyetin kabulü Türkler'in bütün hayatlarını baştan başa etkileyen çok önemli tarihi bir olaydır. Türkler Müslüman olmadan önce genellikle göçebe hayatı yaşarken, müslüman olduktan sonra İslam Hukukunun gerçek sahibi ve uygulayıcısı haline gelmişler ve bu konuda tarihin seyrine uygun olarak, ölmez eserler vermişlerdir. Şimdi biz sırasıyla bazı önemli tarihi ve hukukî olayları kısaca açıklayalım.

İslâm Hukuku, ilâhî ve beşerî nitelikleri birlikte bünyesinde taşıyan bir hukuktur. İhtiyaçlar değiştikçe, İslâm Hukukunun beşerî hayatı düzenleyen kuralları da değişebilir. İslam Hukukunun asli kaynakları kitap, sünnet ve icma olmakla beraber, fıkihta kıyas, içtihat veya akıl gibi isimlerle ifade edilen bir hukuk kaynağı daha vardır ki, bu islâm hukukunun dinamizmini sağlamaktadır. Ayrıca İslâm Hukukunun bazı tali kaynakları mevcuttur. Bunlar arasında örf ve adet kurallarını, istishabı, istihsanı (10). geçmiş ilâhî hukuk sistemlerini, sedd-i zerâyî sayabiliriz. Bunlar Kur'an veya Hadisin başvurulması için emir buyurduğu hukukî kaynaklar olduğu için, bunlarla sabit olan hükümlere ayrı bir hukuk sisteminin mahsulleri gibi bakmak hakikate aykırıdır.

Zamanın ve muhitin icaplarını karşılayabilmek için, re'y ve kıyasa, yani hukukî muhakeme ve istidlale kıymet vererek, istihsan ve istishab prensipleri ile ve içtihadıyoluyla hayatın dinamizmine uymak, bütün hukukî münasebetleri tanzim gayesini güden İslam Hukuku için gerekli bir amelîyedir. Bunu fıkıh dışı ve örfî bir hukuk sistemi olarak kabul etmek, İslâm Hukukunu tanımamak olur. Çünkü örfî hukuk da İslâmî Hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla İslâm Hukukunun bir parçasıdır. Keza örfî kaza, şeri kazanın bir parçası ve şerî tekâlif de Kur'an ve Hadisin emrine müstenit bir vakıydı (11).

10- İstihsan, daha kuvvetli bir delil bulunması veya kamu yararı için kıyas kaidelerini kullanmaktan vazgeçmek ve külli kıyas karşısında menfaati gözetmek için diğer bir içtihadın gereği ile amel etmek demektir. Mesela emanet denilen vedfa emanet edilen kimsenin elinde ve fakat kusuru olmadan, telef olursa, tazminle mükellef değildir. Boyacı, fırıncı gibi muayyen bir zanaatla emeğini satan herkes, elinde bulundurduğu şeyi kıyas kaidelerine göre telef olursa tazmin etmemesi gerekir. Ancak böylesi san'atkarların işini ihmal etmemesi ve dikkatsiz davranmaması için, tazminle mükellef kılınmıştır ki bu hükmün kaynağı istihsandır. (Mecelle, 611 Armağan, Servet, İslam Hukukunda İctihadi Kaynaklar, Ümit Doğanay Armağanı, İÜSBF, 1902, c.1, sh. 439 vd.)

İstishab, bir şeyin daha önce bulunduğu durum değişmedikçe, durumun olduğu gibi baki kalmasına hükmetmektir. Yahut geçmişte sabit olan bir hükmü, değiştiğine delil olmadıkça olduğu gibi ibka etmektir. (Mecelle, 5,6,10)
Sedd-i zerâyi, Hârama vesile olan şeylerin haram, helala vesile olan şeylerin de helal kabul edilmesi ilkesidir. (Armağan, agm. 2/649-651)

11- Ebu Said, Hadimî Şerhu Mecamiül-Hakâik, İstanbul, H.1309, sh. 13 vd.

Ayrıca "Allah'a, Resulüne ve sizden olan ulül-emre itaat ediniz." ayetinin gereği olarak, bütün İslâm hukukçuları; yapılıp yapılmaması caiz olan konularda Ulül-emrin (hükümdarın, devlet başkanının veya yasama meclisinin) emir ve yasak şeklindeki tasarufunun şer'an geçerli ve itaat edilmesinin gerekli olduğunda ittifak etmişlerdir. Yani câiz olan hususlarda maslahat ve kamu yararını amaç ediren konularda yasama meclisinin veya hükümdarın, yasama yetkisinin bulunduğu inkâr edilmemekte bilakis yasama gücünün kaynağı bu âyete dayanmaktadır (12). Bu sebeple devlet tarafından konan vergileri (tekâlif-i örfiye), ayrıca kurulan mahkemeleri (örfi kaza) ve amme hukuku ile ilgili yasama faaliyetlerini ve düzenlemeleri fikhîdan ayrı saymak, İslâm Hukukuna ters düşer. Başka bir deyimle, örfi hukuk da meşruiyet temelini İslâm hukukuna aykırı olmamakta bulur (13). Devlet Başkanı veya Padişahın şeriat'e aykırı olmamak üzere kaide koyması ve içtihat müessesesi İslâm Hukukuna dinanizm kazandırmıştır.

O halde, "İslâm devletlerinde çok eskiden beri fikhin dışında ve hatta onunla hiç bağılı olmayarak, geniş bir legislation faaliyeti, bilhassa amme hukukunda daima mevcut olmuştur" (14). ifadesi hem doğru hem yanlış hükümleri ihtiva etmektedir. Böyle bir faaliyet vardır, ancak bu faaliyet ulül-emre tanınan yasama yetkisi alanı içindedir. Şimdi bu kısa girişten sonra Türk Devletlerindeki bazı hukukî faaliyetleri zikredebiliriz.

a) Karahanlılar Devleti (940-1040)

Karahanlılar Devleti, bugün Türkistan dediğimiz bölgede kurulan ilk İslâm-Türk Devletidir. Sünnî, Hanefî olan Karahanlılar, İslâmiyetin yayılmasını milli siyaset edinmişler, bütün Türkleri İslâmlaştırmak için gayret sarfetmişlerdir (15). Karahanlılar kısa bir zaman içinde İslâm'a ve özellikle İslâm Hukukuna intibak etmişler ve 300'e varan İslâm Hukukçusu yetiştirmişler ve 350'den fazla İslâm Hukuku ile ilgili eser bırakmışlardır (16).

12- Hukuk-u Aile Kararnamesi Layihası, Komisyon Mazbata, Ceride-i Adliye, yıl 2, sh. 950-951

13- Alîşî, Mahmud, Ruh'ul Maani, Beyrut, ç. 28, sh. 20-22, Aksi fikir için bkz. Köprülü, M. Fuad, İslâm Medeniyet Tarihi Eki, Ankara, 1977 sh. 303-311

14- Köprülü, a.g.e. sh. 305 vd.

15- Açıközgöçlü, Mehmed, İslâm Devletleri Tarihi, İstanbul, 1975 sh. 93-96

16- Kavakçı, a.g.e. sh. 305

Fetva kitaplarının sayısı 20 ye ulaşmakta ve fıkıh kitaplarının %98'i Hanefi fıkıhına dairdir. Aslında Mâvârâ ün Nehr, Hanefi mezhebinin kal'ası olmuştur. Bu mezhep özellikle şarka doğru yayılarak, Horasan ve Maveraünnehir'de en büyük inkişafına ermiştir. XI. asırdan Moğollar devrine kadar Buhara'da İbn Maza ailesinden gelen Hanefi reisleri, verâset yolu ile ve Sadr ünvanı altında, şehrin siyasi idaresine de hakim olmuşlardır (17).

Karahanlılar devrinde Maveraünnehir'deki hukukçular İmam A'zam'ın talebesi olan ve Hanefi mezhebinin, özellikle Hanefi Fıkıhının ilmi doktrin halinde bize intikalinde büyük-hissesi bulunan İmam Muhammed'in "El-Cami'üs-Sağir" "Es-Siyer'üs-Sağir" "El-Camiül-Kebir" "Es-Siyerül-Kebir" "Ziyâdât" "Mebcut" gibi eserlerine bol bol şerh yazmışlardır. Bu şerhlerin sayısı 25 rakamının üzerindedir. Bunlardan büyük hukukçu Serahsi'ye ait olanı El Mebcut adını taşımakta, otuz ciltten oluşmakta ve şu anda elimizde bulunmaktadır (18).

Ayrıca büyük hukukçu Serahsi'nin (H. 483) Devletler Hukuku ile ilgili meşhur bir eserinden de söz etmeden geçemeyeceğiz. 17. asırda yetişen ve Devletler Hukukunun babası olarak bilinen Hollanda'lı hukukçu Grotious (1583-1645 M.) dan 400 sene önce yaşayan bu hukukçu "Şerhu Kitabı-Siyeril-Kebir" adı altında beş ciltlik ve ortalama 1750 sayfalık Devletler Hukukuna ait eserin sahibidir. Eserin metni İmam Muhammed'e aittir ve bizden önce manevi eserlerimize ve kültürümüze sahip çıkan Avrupalılar, "Devletler Hukuku Şeybani Cemiyeti" adı altında Almanya'da bir cemiyet de kurmuşlardır. Bu, Türk İslam Dünyası için bir iftihar vesilesidir (19).

b) Selçuklular (1040-1157)

Selçukluların Bağdattaki Nizamiye Üniversitesini kuran kimseler olduğunu söylemek bu konuda çok şey ifade eder. Gerçekten İmam Gazali'ler, İmam Cüveyni'ler gibi büyük İslâm hukukçu ve idarecilerini yetiştiren bu üniversite tarihte benzeri az olan bir ilim ve kültür yuvası olmuştur (20).

Ayrıca siyasi sebeplerin de tahrikiyle şii ve batını cereyanlarına karşı şiddetli bir sünnlük siyaseti takip eden büyük Selçuklu Hükümdarlarından Melikşah (1072-

17- Kavakçı, age, sh. 306, İslam Ansiklopedisi, Hanefiler Maddesi

18- Kavakçı, age, sh. 306, Ayrıca daha geniş bilgi için bkz. Laknavi, Muhammed Abdülhayy, El-Fevâidü-Behiyye, Kahire, 1324 H.

19- Serahsi, Ahmed, Şerhus-Siyeril-Kebir, Mısır, 1971, I-V cilt

20- Açıkgözoğlu, age. sh. 98 vd.

1092), vezir Nizamül-Mülk'ün tavsiyesiyle devrin ileri gelen fakihlerini toplayarak, osırada büyük ihtilaflara yol açmış bir takım hukukî meseleler hakkında açık ve kesin hükümleri içine alan bir mecelle tertip ettirerek, imparatorluğa bağlı bütün memleketlerde bunun tatbikini emretmiştir (21). "Mesâil-i Melikşahi" diye meşhur olan bu ahkâm mecmuası uzun zaman yürürlükte kalmıştır.

Selçuklular her zaman ve her yerde bütün ilim hareketlerini desteklemişler, maddi ve manevi yardımlarını esirgememişlerdir.

c) Çağatay Devleti :

Sonradan müslüman olan Moğol Devletlerinden birisi olan Çağatay Devleti zamanında, büyük bir islâm hukuku kodu hazırlanmıştır. Tarihinin büyüklüğü diğer şeylere de yansıyan bu büyük devletin (1227-1414) hükümdarları ilme, hukuka ve yeniliklere sadece taraftar değil aynı zamanda onların teşvikçisi olmuşlardır. İslâmiyet ancak Alaaddin Tarmaşirin (1322-1324) zamanında devlet dini haline gelmiştir, ama devletin desteğini alan İslâm hukukçuları kıymetli eserler vücuda getirmişlerdir. Bunlar da daha önce müslüman olan Altınordu ve İlhanlılar gibi Hanefi mezhebini kabul etmişlerdir.

İslâm dünyasında Tatarlar diye bilinen müslüman Moğolların bu büyük devleti, Tatarların adını çok meşhur bir islâm hukuku kodu hazırlatarak tarihe altın harflerle geçirmişlerdir.

Çağatay Devleti hanlarından Muhammed II. Tuğlak (Tuğluk Timur Han, 726/1324-742/1351) ın sarayında bir asilzade olan Tatarhan, İbn El-Hanefi adındaki büyük Türk Hukukçusunu saraya davet etmiş ve ona bütün meseleleri havi bir İslâm hukuku kodu hazırlaması için emir vermiştir. Bu zat da 3000 küsur sayfalık Fetâvây-ı Tatarhâniye adıyla meşhur hukuk eserini hazırlatmıştır. Tatarhan'a ithaf ettiği için isim koymamış ve islâm hukuku literatüründe bu ad ile şöhrat kazanmıştır. Eser sistematik bir hukuk kitabıdır. Bildiğimiz fetva kitapları gibi değildir. İstanbul kütüphanelerinde yazmaları mevcuttur.

Başta ilmin değerini anlatan bir bölüm mevcuttur. Sonra ise hukukun bütün konuları sistematik olarak incelenmiştir. Sadece miras hukukuna ait bilgiler 300 sayfadan fazla tutmaktadır. Eserin sistemi itibarıyla 1900'lerde hazırlanan Kadri Paşa Kodundan geri kalmayacağını söylersek hukukî değeri daha da iyi anlaşılacaktır (22).

21- Köprülü, a.g.e sh. 306

22- Kâtip Çelebi, Keşfüz-Zünûn. İstanbul, 1971, c. 1. sh. 268, Açıkgözoğlu, Mehmed, İslam Devletleri Tarihi İstanbul, 1975. sh. 138-140, Taşköprüzade. Ahmet b. Mustafa Miftâhüs-Saadeh, Mısır, c. 2. sh. 155.160.

d) Hind Timurluları (Babur İmparatorluğu) (1526-1540, 1555-1858)

Türkistan'dan Özbek Türkleri tarafından çıkarıldıktan sonra, Hindistan'da Babur Mirza'nın gayretiyle 1426'da bir imparatorluk kuran Timuroğulları 1858'e kadar buraya hakim olmuşlardır. Yalnız 1440 ile 1555 yılları arasında burada Sûrîlerin hakimiyetini görmekteyiz.

Bu Türk devletinin tarih açısından bizi ilgilendiren en önemli ciheti, İslâm Hukukunda hatta genel Hukuk alanında da değeri olan bir İslâm Hukuku kodu hazırlamış olmalarıdır. 1546 da ikinci defa Babur İmparatorluğunu kuran Ekber Mirza'dan (1546) sonra üçüncü hükümdar olan Alemgir Şah I. (Ebül-Muzaffer Muhyiddin Muhammed Evrengzib Bahadır Alemgir Padişah, 1658-1707) bir İslâm Hukuku Kodunun hazırlanmasını istemiştir. Bu, İslâm Hukukunun bütününe tatbik etme hususundaki önemli bir teşebbüstür. Bu eserde Hanefi doktrini takip edilmiş ve yalnız fetvalardan değil, aynı zamanda mezhebin muteber metinlerinden seçilmiş parçalardan meydana gelen ve Fetâvây-ı Alemgiriye veya Fetavây-ı Hindiye diye anılan muazzam bir eser, adını taşıdığı bu imparatorun emriyle yazılmıştır. Tatbikatta Alemgir tarafından başlatılan İslâm Hukukunun bu hâkimiyeti, Hindistan'da İngiliz idaresi zamanında da uzun süre devam etmiştir (23).

Eserin önsözünden anladığımıza göre, Alemgir I, en güzel şekilde tertip edilmiş, sahasında doruk noktaya ulaşmış, muteber görüşlere yer verilen, zayıf görüşlerden arındırılmış bir fıkıh eseri hazırlanması için emir vermiş, bu emir üzerine İslâm Hukukçuları Heyeti böyle bir eseri yazmaya başlamışlardır. Yazarken takip ettikleri metod ise şudur :

1- Önce Hanefi mezhebinin kurucusu olan Ebu Hanife'den nakledilen kesin rivayetleri sonra bütün Hanefi hukukçularının kabul ettiği muteber görüşleri (Zahirür-rivâyât) almışlardır. Bunlar bir çeşit kanun metinleridir.

2- İkinci olarak Ebu Hanife'den nakli kesin olmayan rivayetler tetkik ve mukayese sonucu eserde yer almıştır. (Mesâil-ül Nevâdir.)

3- Üçüncü olarak da yukarıda zikredilen rivayet ve görüşleri açıklayan doktrin eserleri incelenmiştir. Ayrıca bir çeşit ilmi ve kaza içtihatlar gibi telakki edilebilen fetvalar da gözden geçirilmiştir (24).

Bu şekilde derlenen bu muazzam İslâm Hukuku kodu, 52 kitap, 515 bab ve yüzlerce fasıllardan meydana gelmektedir. Mısır'da H. 1310'da basılan eser 6 cilt olup toplamı 3500 sayfadır.

23- Açıközlü Mehmed, age. sh. 153-155, Schacht, Joseph, An Introduction to Islamic Law, II. Baskı, 1965, sh. 94, El-Fetavâval-Hindiye, Mısır, 1310 H.c.1 sh. 2-3

24- El-Fetâval-Hindiye, c.1., sh.2-3 İbn Abidin, Redd-ül Muhtar, Mısır, e.1. sh. 69 vd.

e) Osmanlı Devleti :

Hukuk ve tarihin birbirini karşılıklı olarak etkiledikleri gerçeği, Osmanlı tarihinde çok açık bir şekilde görülür. İslâm Hukuku (Şeriat), Padişahları hak ve adalete aykırı tasarruflarda bulunmaktan men etmiştir. Padişah, şeriat ile kendisini bağlı sayar. Hukukçu Şeyhülislamlar fetvaları ile Padişahlara dolayısıyla tarihe yön vermişlerdir. Güçlü padişahlar, âlim şeyhülislam devri bitince hukuk (fıkıh) Osmanlı Devletinde tarihi ters yönde etkilemeye ve gelişme ve terakki unsuru olan İslamiyet yenilik ve gelişmelere mani bir faktör haline dönüştürülmüştür.

Osmanlı Devletinin tarihi aynı zamanda Türk-İslâm Hukuk Tarihinin bir parçası manasına gelir. Dünyanın en uzun ömürlü ve en büyük Türk-İslâm İmparatorluğunu kurmuş ve yaşatmış olan Osmanlı Devletinin tarihini, hukuki gelişmeler açısından Tanzimattan önce ve sonra olmak üzere ikiye ayırabiliriz.

aa) Tanzimata Kadar Osmanlı Devleti :

İlim ve adalete saygıyı prensip edinmiş olan Osmanlı İmparatorluğunda ilim, adalet ve hoşgörü mefhumları en yüksek düzeyine ulaştırılmıştır. Bu sayededir ki imparatorluk bir zamanlar dünyanın gözlerini kamaştıracak bir mertebeye ulaşmış, bu yüksek prensipler bir çok milletlere örnek olmuştur. İstanbul'un fethi Roma Hukukunun son kalelerinden birini daha yıkmış, yeni hukuki düzenlemeler için çok müsait bir zemin hazırlamıştır. Her tarafa dehşet salan, her yerde adından bahsedilen, bu sebeple Yıldırım ünvanını kazanan Sultan Beyazid'in şahitliğini kabul etmeyerek o'nu mahkeme salonundan çıkararak Mevlana Şemseddin Fenârililer, Fatih Sultân Mehmed'in kollarının kesilmesine karar veren Hızır Bey'ler, Sultanın gönderdiği fermânı kanuna, şeriata aykırı olduğu için infaz etmeyerek yırtan ve onu getiren saray çavuşunun yüzüne atan Bursa Kadısı Molla Gürani'ler, azametli, gazablı Yavuz Sultan Selim'in huzur odasına girerek "Eğer şeriata, kanuna aykırı hareket edersen ben de senin haline fetva veririm." diyecek kadar cesaret gösteren Zenbilli Ali Efendi'ler Osmanlı Tarihinde, hukuk ve adaletin tarihe nasıl yön verdiğini gösteren en büyük şahitlerdir. Bunlar aynı zamanda Osmanlı Devrinde padişahların ilme, adalete ve hukuka ne kadar önem verdiklerinin çok önemli örnekleridir (25).

Öte yandan, Osmanlıların Mısır'ı fethi ile Türk siyaset ve hukuk hayatına zahiri bile olsa halifelik kurumu girmiştir. Bu kurum hukuk ve siyaset hayatına bir çok yeni problemler getirmiştir.

25- Erk, Hasan Basri, Meşhur Türk Hukukçuları, İstanbul, 1954, sh. 4 vd. Alınsu, Abdulkadir Osmanlı Şeyhülislamları, Ankara 1972, sh. 1-275 Taşköprüzâde, Eş-Şakâik'ün Nu'maniye Fi-Ulemaia-Devletil-Osmaniye, Beyrut, 1495/1975 sh. 5 vd

Osmanlıların büyük padişahlarından biri olan Kanuni Sultan Süleyman, aynı zamanda büyük bir kanun koyucudur. Şarkta Kanunî garpta muhteşem adı ile anılan bu imparator, hukuk tarihinde Justinien'in yaptığı işin aynını yapmış ve hukukun ihtiyaçlara ve zaman ile muhite intibakı konularındaki çalışmalara bizzat başkanlık etmiştir. Bu çalışmalar, İslam Hukukunun temel esaslarına dayandırılmıştır. Kanuni'nin bu konudaki en yakın yardımcısı büyük hukukçu Şeyhülislam Ebussuud Efendidir. Bu mümtaz şahsiyet, imparatorluğun dört bir tarafından gelen ve hepsi yepyeni sualleri ihtiva eden bütün sorulara fetvalarıyla cevap vermiş ve bir çok güçlükleri halletmiştir. Osmanlı toprak düzeninin hukuki esaslarının oluşturulmasında Ebussuud Efendi'nin büyük fonksiyonları olmuştur. Diğer taraftan, bu düzenin yaratılmasına amil olan tarihi ve sosyal faktörler ise gerçekleştirilen büyük fetihler ve fethedilen ülkelerdeki sosyal ve ekonomik ortamdır. Bu da tarih hukuk ilişkisi ve karşılıklı tesirlerini bize gösteren tarihi gerçeklerdir.

Kanunnâme ve bunun maddi bir sembolü olan Süleymaniye Üniversitesi bu iki zatın bizlere bıraktığı şahaser abidelerdir. Hukukçu Ortolan'ın dediği gibi; Sultan Süleyman'ın eserleri bir sıraya konulsa "En alt katta muharebeleri, onun üstünde bıraktığı âbideler, en üstte ise kurmuş olduğu ilmi ve hukuki müesseseler gelir" (26).

Meşhur Osmanlı Hukukçusu Molla Hüsrev'in Osmanlı Tarihinde tarih-hukuk ilişkisinin izahını yapan şu sözü ilginçtir. "İslâm Hukuku ilimleriyle meşguliken birdenbire kadılık belasına müptela oldum; hatta kadılıkta geçen ömrümü boşa geçmiş saydım. Ancak bu bela dönemi fayda ve hikmetten hali değildi. Bu vazife önümüze gelen hukuki olaylar sebebiyle hukukun en ince ve ayrıntılı meselelerini araştırmaya vesile olmuş, hukuk metinlerindeki ahkâmın bizzat tatbikiyle bize tecrübe ve meşke kazandırmıştı. Hattâ bu kitabımı (Dürer ve Gurer) yazmaya da bu tarihi görevim sebep olmuştu" (27).

Osmanlı Devletinde, Devletin hukuka bağlılığını sağlamada şer'i şerife uygun idare ilkesi büyük ölçüde etkili olmuş ve Osmanlı Devletinde 129 Şeyhülislam ve binlerce hukukçu yetişmiştir. Bu hukukçuların telif ettiği fıkıh kitapları ve fetva eserleri ise, yüzlerce kütüphaneyi doldurmaktadır. Kendisinden sonra yazılan bütün fıkıh ve usûl-ı fıkıh eserlerine kaynak teşkil eden Molla Hüsrev'in ve İbn-i Kemal'in eserleri cidden anılmaya değer eserlerdir (28). Hatta büyük hukukçu Abdülhay El-Laknavi İbn-i Kemal'in İmam Suyuti'den daha büyük bir İslâm alimi olduğunu ifade etmektedir (29).

26- Sava Paşa, İslam Hukuku Nazariyatı hakkında bir etüd, Ankara, 1955, c.1, sh. 9

27- Molla Hüsrev, Muhammed B. Feramuz, Dürer'ül Hükâm Fi-Şerh-i Gureril-Ahkâm, İstanbul, 1317 H., c.1, sh. 3

28- Altınsu, age. sh. 1 vd. Erk, age. sh. 1 vd. Taşköprüzade age. sh. 1. vd.

29- Laknavi, El-Fevâid sh. 22

bb) Tanzimattan Sonra Osmanlı Devleti :

Osmanlı Devletinde tanzimat, yeni bir sosyal ve siyasi düzen, yeni bir hukuk demektir. Tanzimat olayı Osmanlı hukukuna yeni bir yön ve veçhe kazandırmıştır. Tanzimattan sonra Osmanlı Devletindeki İslam Hukuku ile ilgili çalışmalar, çağdaş kanunlaştırma hareketlerinin tesirinde kalarak devam etmiştir. Tanzimata kadar fıkıh ve fetva kitapları ile Fatih ve Süleyman Kanunnameleri gibi mecmualar bulunmakla beraber tedvin edilmiş kodlar vücuda getirilmemiştir (30).

Tanzimattan sonra, İslami esaslara uygun olarak meydana getirilen tedvinat arasında, 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunlarını, 1858 tarihli Arazi Kanununu ve 1869-1876 yılları arasında hazırlanıp kabul edilen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyeyi zikredebiliriz. Mecelle'nin tedvininde Osmanlı Devletinin 1839 dan sonra yaşadığı olayların, sosyal, siyasal ve ekonomik gelişmelerin etkisi vardır. Mecelle'de sadece akitlere değil, bir kısım haksız fiillere, şahsın hukukuna, aynı haklar ve hukuk muhakemeleri usulüne ait olmak üzere muhtelif hükümler yer almış ve 1851 maddeden teşekkül etmiştir. Ayrıca Mecelle Fransız Medeni Kanununu aynen almak isteyen Ali ve Fuat Paşalar grubuna karşı Cevdet Paşa grubunun galebesinden doğmuştur, denilebilir (31).

Mecelle sadece Osmanlı Devletinde değil, bütün İslam Ülkelerinde o zaman büyük ilgi ve kabul görmüştür. Lübnan'da 1934 ve Suriye'de 1949 tarihinde kadar yürürlükte kalmıştır. Bugün Kuveyt'te Usûl-i Muhâkemat kısmı hâlâ yürürlüktedir (32).

Mecelle, aile ve miras hukuku gibi özel hukuk dallarını muhtevi bulunmadığından bu saha yine fıkıh ve fetva kitaplarına kalıyor, bu ise özellikle hâkimler için bazı güçlükler ve problemler doğuruyordu. Mecelle'nin tam bir özel hukuk kodu olamaması tarihin hukuka tesirinin açık bir sonucudur. Mecelle'nin bu özelliği Osmanlı Devletinin siyasi, dini ve etnik özelliklerinden doğmuştur. Mecelle'deki bu boşluğu doldurmak için bir komisyon kuruldu. Şekil bakımından çağdaş kanunlar örnek alınarak ve Hanefi Mezhebi yanında diğer mezheplerin bazı hükümleri de dahil olmak üzere fıkha dayalı olarak mezkûr komisyonun hazırladığı proje, Hukuk-u Aile Kararnamesi adıyla 25 Ekim 1917 de yürürlüğe kondu (33). Bu kararname ise ihtiyaçların zorlaması ile yeni bir hukuk düzeninin yaratılması hadisesinin güzel bir ifadesidir. Tarih-hukuk ilişkisi burada da kendisini göstermektedir.

30- Bkz. Berki, Ali Himmet, Fatih Sultan Mehmed Han ve Adli Hayati, Milli Tebebbular Mecmuası, İst. 1952, sh. 101-147, İslam Ansiklopedisi "Kararname" maddesi, Öztürk, Osman Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle

31- Geniş bilgi için Bkz: Ebül-Ülâ Mardin, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa, İstanbul, 1947

32- Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, 1947, c.1. sh, 18 geniş bilgi için Bkz. Öztürk, age.

33- Ceride-i İlimiye, sene 4, sayı 34, sh. 1004, Takvimi Vakayi, 31 Teşrin Evvel 1333, Karaman age, 1/225 vd. CİN, Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara, 1974, sh. 292 vd

19 Haziran 1919'a kadar yürürlükte kalan Kararname bu tarihte içten ve dıştan bazı baskılar sonunda yürürlükten kaldırıldı. Kararname 2 kitap, 9 bab, 16 fasıl ve 157 maddeden ibarettir (34). Kararnamenin yürürlükten kaldırılması da Devletin karşı karşıya bulunduğu tarihi ve siyasal şartların sonucu olmuştur.

1. Meşrutiyet Türk tarihinde ilk yazılı anayasayı doğurmuş; sonraki iç ve dış tarihi olaylar da II. Meşrutiyeti doğurmuştur. II. Meşrutiyetten sonra 1876 Anayasasında yapılan değişiklikler, Türkiye'de ilk defa Parlementer sistem denemesine yol açmıştır. Trablus-garp, Balkan ve I. Dünya harbleri Osmanlı Devleti içinde ve milletlerarası düzeyde hukuki sonuçlar doğurmuş; 20. asrın başında bu yaşanan olaylar fiilen Osmanlı Devletinin tasfiyesi sonucunu doğurmuştur.

cc) Daha Sonraki Olaylar ve Cumhuriyet Dönemi :

Yukarıda zikredilen tarihi olaylar, tarihin hukuka yön verdiği gerçeğinin milletimiz için acı bir tezahürüydü. Kurtuluş hareketimiz ise Türk Tarihinin sayfalarında altın harflerle yazılmış ve hukuki sonuçları son derece önemli olaylardan biridir. Bu büyük olayın sonucu olarak Osmanlı Devleti fiilen ve hukuken sona ermiş; Türk Milleti yeni bir arayış içine girmiş ve "Yeni Devlete Yeni Hukuk" sloganı fikirlere hâkim olmuştur. Kısaca Milli Mücadelenin kazanılmasından sonra, eski kanunların ta'dil edilerek günün ihtiyaçlarına uydurulması ve "Zamanların değişmesiyle hükümlerin de değişeceği inkâr olunamaz" kuralının gereğinin yerine getirilmesi zaruret haline gelmiştir. Bu zaruretin gereği olarak 1923 yılı başlarında bir Medeni Kanun Komisyonu teşkil edildi. Bu komisyon Vacibat ve Ahval-i Şahsiye Komisyonları adı altında iki tâli komisyona ayrıldı. Ahval-i Şahsiye komisyonu 1339/1923 tarihli Hukuku Aile Kanunu tasarısını hazırladı. Bu tasarı kabul edilmeden geri çevrildi. Sonra da komisyonların çalışmalarına ara verildi. Bu arada önemli hamleler yapılmıştı: 29 Ekim 1923 te Cumhuriyet ilân edilmiş ve 3 Mart 1924 de Hilâfet kaldırılmıştı. Bu hamlelerden sonra köklü reformlar yapmak amacıyla, 19 Mayıs 1924 de Ahval-i Şahsiye ve Vâcibat Komisyonları yeniden teşkil edildi. Ahval-i Şahsiye Komisyonu 1340/1924 yılında 142 maddeden ibaret bir aile hukuku kanun tasarısı hazırladıysa da, bu da eskilerden farklı değildi (35).

Özetle ifade etmek gerekirse komisyonlar hem çabukluk ilkesini unutmuşlar hem de yeni bir eser vücuda getirmemişlerdir. Tarihi olayların zoruyla iktibas fikri ağır basmış ve Türk Milletinin hukuki geleceği modern kodlarla perçinlenmek is-

34- Cin, age. sh. 292 vd. Karaman, age. 1/225-229

35- Velidedeoğlu, H.V., Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları, İst., 1951. c.1. sh. 61-90,

Cin, age. 360 vd. 362-363

tenmiştir. Yeni olaylar yeni bir hukuk sistemini doğurmuş, değişmeyen esaslar terk edilerek modern bir hukuk sisteminin kabulüne gidilmiştir. Komisyonlar, hem Aile Hukuku hem de Borçlar Hukuku sahasında değişik çalışmalar yapmışlarsa da, batı mevzuatından birisinin, Türk Medeni Kanunu olarak iktibası fikri 1925 te iyice kuvvetlenmiş, nihayet bir gün devrin adliye vekili M. Esat Bozkurt'un komisyonlar önünde yaptığı bir konuşma ile bunların vazifelerine son verilmiş; İsviçre Medeni Kanunu bazı tadiller ile ve kül halinde tercüme ettirilerek 17 Şubat 1926 da Türk Medeni Kanunu olarak kabul edilmiş ve 6 Ekim 1926 da yürürlüğe girmiştir. Daha sonra bunu borçlar ve ceza kanunlarının kabulü takip etmiş ve Türkiye bugünkü hukuk sistemine kavuşmuştur.

Tarih, insanların devlet ve millet hayatının tümünü zaman ve mekan ve sebep ve sonuç ilişkileri içinde bütün cepheleriyle içine alan bir çerçevedir. Hukuk düzeni olmaksızın Devletten bahsetmek mümkün değildir. Devlet bir teşkilat, beşeri, sosyal, ekonomik, askeri ve kültürel nitelikli bir organizasyondur. Bu organizasyonun temel dokusunu oluşturan disiplin hukuktur. Diğer taraftan Devlet hayatında çeşitli devirlerde ve yerlerde cereyan eden, çeşitli cephe ve nitelikleri olan hadiseler, mevcut hukuki düzeni kısmen veya tamamen değiştirebilirler. Tarih birbakıma çeşitli olayların, değişikliklerin sebep ve sonuç ilişkisi içinde kronolojik izahı ve toplumların bünyesine, ihtiyaçlarına daha uygun bir hukuk düzeni yaratılmasında gerekli verileri insanlığın emrine arzeden bir sosyal laboratuvardır.

Hukuk ve tarih bu ilişki ve anlayış içinde incelenir ve yazılırsa, sanıyoruz ki hal ve gelecek daha sağlam ve insan toplumlarının ihtiyaçlarına uygun biçimde düzenlenip inşa edilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, tarihi objektif bir sentez içinde incelemek başarılmıştır, denemez. Hukukun yazılıp incelenmesinde ise tahlil ve sentezlerde, şahsi düşünce, eğilim ve öneriler yeni çözüm tarzları getirici nitelikte katkılar olarak kabul edilir. Yalnız bu, hukuki araştırma ve etütlerin belli bir objektiflik istemediği anlamına gelmez. Hukuki inceleme ve araştırmalar da daima bir asgari objektiflik ister. Objektiflik, şahsi temayül ve duygulardan uzak olmak, bilhassa hukukun yargı organlarınca uygulanmasında kaçınılmaz bir zarurettir. Şahsi düşünce ve duyguların karıştığı yargılama, hakkı ve adaleti bulamaz. Hukuk ve adalet ise "Mülkün temelidir."