

**TÜRK HUKUK TARİHİ
ARAŞTIRMALARI**

Journal of Turkish Legal History

ISSN: 1306-6889

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 16, 2013 (Güz)

Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü

Fethi Gedikli (İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü)

Kurucular

M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit
Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Mürteza Bedir

Yayın Kurulu

M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M.
Macit Kenanoğlu, Mürteza Bedir, Sami Erdem, Ayhan Ceylan, Cihan
Osmanağaoğlu Karahasanoğlu

Danışma Kurulu

İdris Bostan (İstanbul Ü.), Feridun Emecen (İstanbul 29 Mayıs Üni.),
Mehmet İpşirli (İstanbul Medipol Üni.), İsmail E. Erünsal (İstanbul
29 Mayıs Üni.), M. Emin Artuk (İstanbul Medipol Üni.), İbrahim Kâfi
Dönmez (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Kemal Beydilli (İstanbul 29 Mayıs Üni.),
Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üni.), Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara
Hacı Bayram Veli Üni.), Mustafa Avcı (Ankara Sosyal Bilimler Üni.), Yusuf
Karakoç (Dokuz Eylül Üni.), Nevin Ünal Özkorkut (Ankara Üni.)

Editör

Fethi Gedikli

Editör Yardımcısı

Ali Adem Yörük

Sekreterlik

Furkan Şahan

Baskı

Baskı Tarihi

Haziran 2019

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir.
Dergide yer alan yazıların ilmi ve fikri sorumluluğu yazarlarına aittir.

Yönetim

İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Bina
Oda 58 Beyazıt/İstanbul/Türkiye
e-posta: hukuktarihimerkezi@istanbul.edu.tr



SİNEMA TV

SİNEMA 2

SİNEMA 1001

SİNEMA 1002

SİNEMA AKSIYON

SİNEMA AKSIYON 2

SİNEMA AİLE

SİNEMA AİLE 2

SİNEMA KOMEDI

SİNEMA KOMEDI 2

SİNEMA YERLİ

SİNEMA YERLİ 2

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 16 • 2013 (Güz)

İçindekiler

Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunlarından 1840 ve 1851 Tarihli Kanunların İncelenmesi <i>Mehmet Emin Artuk</i>	5
18. Yüzyıl Şer'îye Sicili Örneklerinde Arazi Üzerinde Mülkiyet ve Tasarruf Haklarını Tanımlayan Terimler <i>Fatma Gül Karagöz</i>	21
Tarihçi Hukuk Okulunda Germenci Yaklaşımlar <i>Serhan Yıldırım</i>	63

Belgeler/Notlar

Mekteb-i Tarihî ve Osmanlı Hukukunun Menbaları <i>Veliyüddin [Veli Saltıkçı]</i> <i>Haz. Serhan Yıldırım</i>	93
--	----

TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI CEZA KANUNLARINDAN 1840 VE 1851 TARİHLİ KANUNLARIN İNCELENMESİ

EXAMINATION OF THE OTTOMAN CRIMINAL CODES DATED 1840 AND 1851 IN TANZİMAT ERA

Mehmet Emin Artuk*

ÖZ

Bu makalede Tanzimat devri ceza kanunlarından 1840 (1256) tarihli Ceza Kanunnamesi ve bu kanunun eksikliklerini ortadan kaldırmak gayesiyle çıkarılan 1851 (1267) tarihli Kanunu Cedit incelenmektedir. Sistemleri aynı olan her iki kanundan 1840 tarihli Ceza Kanunnamesinde suç genel teorisine ait hiçbir hükme rastlanılmamasına rağmen Kanunu Cedit'te (1267) sınırlı da olsa suç genel teorisine ilişkin bazı hükümlere yer verilmiştir. İncelenen bu iki kanun her ne kadar bugünün ceza kanunlarıyla mukayese edildiğinde gerek suç sayısının azlığı, gerek cezaya ilişkin hükümlerin noksanlığı ve gerek suç teorisine ilişkin hükümlerin yetersizliği nedenleriyle ihtiyaçları tatmin etmekten uzak olmakla birlikte, yine de ülkemizde suç ve cezaların kanuniliği, şahsiliği ve cezaların eşitliği prensiplerine yer vermişlerdir.

Anahtar kelimeler: Ceza Kanunnamesi, Kanunu Cedit, Tanzimat Devri Ceza Kanunları

ABSTRACT

In this article, criminal codes of Tanzimat Era, "Ceza Kanunnamesi" (Criminal Code) dated 1840 (1256), and "Kanunu Cedit" dated 1851 (1267) which was enacted in order to eliminate the deficiencies of this code are examined. These two codes have the same systematics however "Ceza Kanunnamesi" (Criminal Code) dated 1840 does not contain any provision about general theory of crime whereas some provisions of general theory of crime, albeit limited, are included in "Kanunu Cedit". Although these two codes are far from satisfying the needs due to the lack of provisions related to the criminal theory, the lack of provisions related to the criminal theory and the limited quantity of crimes

* Prof. Dr., Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

when compared to today's criminal law, the codes include the principle of legality and personality.

Keywords: Ceza Kanunnamesi (Criminal Code), Kanunu Cedit, Criminal Codes in Tanzimat Era

*

Giriş

Tanzimat Fermanında (Gülhane Hattı)nda (3 Kasım 1839) yüz elli seneden beri şeriata ve kanunlara saygı gösterilmediği için Osmanlı Devleti'nin gerilediği, halkın fakirleştiği ifade edildikten sonra, memleketin iyi idare edilmesi için yeni kanunların yapılması gerektiği belirtilmiştir. Çıkarılacak olan bu kanunların amacı, bütün tebaanın can ve mal güvenliğinin, ırz ve namusunun korunmasını, vergi ve askerlikle ilgili birtakım düzenlemelerin yapılmasını sağlamaktır. Bu temel hakların teminat altına alınması, kanunda bulunmayan cezalara hiç kimsenin çarptırılmaması (cezaların kanuniliği prensibi) ve tatbik olunacak cezaların hakimın hükmüne dayanması suretiyle gerçekleşecektir. Fermana ayrıca, bu temel hakların güvence altına alınabilmesi için, çıkarılacak kanunlara padişah dahil herkesin uyması, yargılamaların da aleni olması lüzumu vurgulanmaktadır.

Cezaların kanuniliği ve uygulanacak cezaların hakimın hükmüne dayanması prensibi yanında, Fermanın üzerinde durduğu prensiplerden biri de, “cezaların şahsiliği” yani cezanın sadece suçu işleyene tatbiki kaidesidir. Gerçekten özellikle son yıllarda, mala karşı cezalardan müsadere cezasının uygulanması çok yaygınlaşmıştı. İdam cezasına müteakip suçlunun mallarının müsaderesi, varisleri mirastan bir hisse alamadıklarından, suçla ilgileri bulunmayan mirasçıların da cezalandırılmaları anlamına geliyordu. İşte Ferman bu hususa değinerek, bir kimsenin bütün malları üzerindeki mülkiyet hakkını yok eden müsadere usulünün tamamen kaldırıldığını şu ibareyi kullanmak suretiyle belirtmiştir: “... faraza birinin töhmet ve kabahati vukuunda anın veresesi ol töhmet ve kabahatten beriyüzzimme olacaklarından anın malını musadere ile veresesi hukuku irsiyelerinden mahrum kılınmamak...”. Böylece Ferman, cezanın ancak suçu doğrudan doğruya işleyenler veya işlenmesine iştirak edenler hakkında tatbik olunacağını belirten “cezaların şahsiliği” prensibine işaret etmek suretiyle, suçla ilgileri bulunmayanların cezalandırılmalarını engellemiş olmaktadır.

Yukarıda zikredilen prensiplerden başka Fermenda, kanun önünde eşitlik konusuna da değinilmiştir. Bütün bu esasların ihlâlî durumunda gereken cezaların verilmesi için Gülhane Hattında bir ceza kanununun hazırlanması gereğinden şu ifadenin kullanılması suretiyle söz edilmektedir: “...ulema ve vüzeradan velhasıl her kim olur ise olsun kavanini şer’iye muhalif hareket edenlerin kabahati sabitelerine göre tedibatı lâıykalarının hiç rütbeye ve hatır ve gönüle bakılmayarak icrası zımnında mahsusen ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilsün...”.

Fermenda yukarıda belirtilen esasların hemen uygulanmasıyla ilgili olan hükümlere de yer verilmiştir. Buna göre, Meclis-i Ahkam-ı Adliye üye sayısı gereksinime göre artırılacak, vezirler ve devlet ricali belirli günlerde toplanıp kanun metinleri üzerinde tartışarak karara varacaklar ve hazırlanan metinler padişaha sunulacaktır. Padişah ve vezirler, kanun hükümlerine aykırı hareket etmeyeceklerine dair yemin edeceklerdir.

A. 1256 (1840) Tarihli Ceza Kanunnamesi

1256 Ceza Kanunu, Tanzimat Fermanındaki “...ulema ve vüzeradan velhasıl her kim olur ise olsun kavanini şer’iye muhalif hareket edenlerin kabahati sabitelerine göre tedibatı lâıykalarının hiç rütbeye ve hatır ve gönüle bakılmayarak icrası zımnında mahsusen ceza kanunnamesi dahi tanzim ettirilsün...” kaydına dayanılarak meydana getirilmiştir. Fermanın okunmasından 7 ay sonra, 3 Mayıs 1840 tarihinde yürürlüğe giren bu ceza kanununun özelliği, Osmanlı Ceza Hukukunda yer almış şer’i ve örfi kuralları birleştirmesidir¹. Osmanlı Ceza Hukukundan sadece şer’i veya örfi ceza hukuku değil, bu ikisinin bütünü anlaşılmaktadır².

Kanun hazırlanırken Avrupa mevzuatından ziyade Avrupa fikriyatından istifade edilmiştir³.

Tanzimat döneminin bu ilk ceza kanunu; giriş (mukaddime), on üç fasılda kırk bir madde ve bir de son sözden (hatime) meydana gelmiştir. Kanunun baş-

¹ Şentop, Mustafa, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku*, İstanbul, 2004, s. 27; Kuran, Ercüment, “Tanzimat Döneminde Osmanlı Devleti’nde Adli İslahat”, *Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı*, Y: 2, S. 10, Ankara 1996, s. 992.

² Aydın, M. Akif, “Osmanlı Ceza Hukuku”, *Osmanlı Devleti’nde Hukuk ve Adalet*, İstanbul, 2. Baskı, 2014, s. 149.

³ [Velidedeoğlu], Hıfzı Veldet, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, in: *Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s. 139-209, 176; Karşılaştırınız, Şentop, s. 28.

lıkları bulunmayan her faslında madde numaraları birden başlamaktadır. Diğer bir anlatımla, madde numaraları birbirini takip etmemektedir. Kanunun bir maddesine atıf için, o maddenin numarasının zikredilmesi kâfi olmayıp, fasıl numarasının da belirtilmesi lazımdır. Fasıl başlıkları bulunmadığından, bir fasılın konusu maddelerin okunmasıyla anlaşılmaktadır. Bununla beraber kanunda, birbiriyle ilişkisi olmayan maddelerin aynı fasılda toplandıkları (9. Fasıl) veya bazı maddelerde aynı zamanda gerekçe bulunması da (örneğin, 5. fasıl, 1. madde) gözlenmektedir. Her fasılda iki, üç, dört, beş ve hatta yedi madde mevcuttur. Sadece on üçüncü fasılda numarasız bir madde bulunmaktadır⁴.

Girişte (mukaddime), bütün tebaanın istisnasız olarak can ve mal güvenliği ile ırz ve namusunun korunması haklarına sahip oldukları belirtilmiş, herkesin kanun ve şeriat önünde ve hukuki her konuda eşit olduğu söylenerek her bireyin kendi hukukunu bilip ondan vazgeçmemesi, başkalarının kendi hukukuna tecavüzü halinde dava açmaya yetkili olduğu ve kanunlara aykırı hareket edenlerin hangi rütbeden olursa olsunlar ceza görecekları belirtilmiştir. Böylece mukaddime, temel haklar, kişilerin bu haklarından vazgeçmemeleri ve gereğinde dava yoluyla haklarını korumaları vurgulanmakta, kanuna muhalif hareket edenlerin kim olursa olsunlar cezalandırılacakları ifade edilmek suretiyle Tanzimat'ın eşitlik ilkesi çarpıcı biçimde ortaya konulmaktadır⁵.

Kanunda şer'i hükümler evvelce olduğu gibi mevcuttur. Örneğin, fasıl 1, m. 1; fasıl 9, m. 3; fasıl 10, m. 2; fasıl 11, m. 3.

Kanunda çok az suça yer verilmiştir. Fasıllarda yer alan suçlar şunlardır: Padişaha ihanet, devlet aleyhine fitne çıkarma, adam öldürme (1. Fasıl); Devlet-i Aliyye ve onun kanun ve nizamlarına aykırı hareket edilmesi konusunda kışkırtıcı tarzda sözler söyleme, başkalarını isyana davet edip onlara silah ve barut sağlama (2. Fasıl); zaptiye memurları ile askeri şahısların, tebaaya veya birbirlerine karşı işledikleri dövme ve sövme, bu fiillerin halk arasında işlenmesi, bu konularda iftira edilmesi (3. Fasıl); haksız yere kişilerin mal ve emlakine dokunulması (4. Fasıl); rüşvet alma ve verme (5. Fasıl); devletin maliye işlerinde çalışanların yani tahsilat, imâlat ve masârifat hususlarına memur olanların, sirkat veya irtikap fiilleri (6. Fasıl); tahsilat, imâlat ve masârifat memurlarının yolsuzlukları, memurun

⁴ Taner, Tahir, "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", in: *Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s. 221-232, 226-227; Gökçen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989, s. 19.

⁵ Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, 2. Baskı (Tıpkıbasım), Ankara, 2010, s. 98.

gereksiz şeylere ve yerlere para vererek devlet malını ziyan etmesi (7. Fasil); ülke yöneticileri olan hâkim, askeri erkân ve maliye görevlilerinin birbirlerinin işlerine karışmaları (8. Fasil); kendi adına tahakkuk eden vergiyi ödememe, asayiş ve kanunları tatbikle görevli kişilerce davet edilip de bir mazereti olmaksızın gelmeme, zaptiye memurlarının alıp götürdükleri kimseleri onların ellerinden almaya çalışma, zaptiye memurlarına silah çekme, boşaltma, onları yaralama veya öldürme (9. Fasil); birinin diğerine silah çekmesi, yaralaması, yaralama sonucu ölümün gerçekleşmesi (10. Fasil); yol keserek adam soyma veya öldürme (11. Fasil); görev dışında hareket etme (12. Fasil); vergi toplayanların, hâkimlerin, asayiş ve inzibat memurlarının kendilerine verilen emirlere aykırı hareketleri (13. Fasil).

Hatimedede, bu kanunun Devlet-i Aliyye'nin bütün tebaası hakkında istisnasız ve tarafsız olarak tatbik edileceği, herkesin bu kanunun uygulanmasını gözetmeye, uygulamayanları Devlet-i Aliyye'ye ihbara yetkili olduğu, mahalli meclisin de mütâlaasıyla kanuna gerekli bazı ilavelerin yapılabileceği belirtilmiştir.

Yukarıdaki suçlar karşılığı verilecek cezalar, kısas, siyaseten katl, kürek, hapis, nefy, tağrip, takdir ve tevbih, rütbelerin hat ve tenzili ve memuriyetten azildir.

1256 tarihli “Ceza Kanunnamesinde”, “suç genel teorisi’yle” ilgili hiçbir hükme rastlanmamaktadır.

Yasak ve emir hükümlerine yer veren kanunun bazı maddeleri, bunlara uyulmaması halinde yaptırımını belirtmemiştir. Örneğin, rüşvetle ilgili 5’inci faslın 1, 6 ve 7’nci maddeleri. Müeyyidelerin belirtilmediği faslın 1’inci maddesinde, yasak hükmünün gerekçesi de bulunmaktadır. Kanunun 8’inci faslının 1 ve 2’nci maddelerinde, idarecilerin birbirlerinin görevlerine müdahalede bulunmaları halinde cezalandırılacakları öngörülmüş ve fakat hangi tür cezanın uygulanacağı belirtilmediği gibi miktarından da bahsedilmemiştir. Aynı şekilde, 9’uncu faslın 1’inci maddesinde, mali gücüne göre vergi vermeyenin hapsedileceği öngörülmüş, ancak bu emir hükmüne aykırı hareket eden hakkında hükmedilecek hapsin müddeti belirtilmemiştir. Genellikle kanunda her suça ilişkin sabit tek ceza öngörülmüştür. Örneğin, 10’uncu faslın 1’inci maddesinde 3 sene ve 11’inci faslın 1’inci maddesinde 7 sene müddetle kürek cezasının yer alması gibi. Ancak istisnai olarak kanunda aralıklı (mütevafit)

cezalara da rastlanmaktadır. Örneğin 2'nci fasıl, m. 1/1; 3'üncü fasıl, m. 1, m. 3, m. 5; 9'uncu fasıl, m. 2⁶.

Suçların kanuniliği prensibine yer veren, kanun önünde eşitlik esasını getiren, keyfi olarak ceza vermeyi engelleyici hükümler ihtiva eden 1256 (1840) tarihli Ceza Kanunnamesi, kanunu çıkaranların buna, öncelikle kendilerinin uymamaları sonucu, beklenen neticeleri sağlayamamıştır. Nitekim Cevdet Paşa, kanunun çıktığı dönemde görev yapan devlet adamlarından bahsederken “bunların çok güzel ömür geçirdiklerini, çok irat ve akar elde ettiklerini”, “halk arasında irtikâp ve rüşvet iddialarından kurtulamadıklarını” belirtmektedir. Ayrıca bu dönemde sadrazamlık yapan Mustafa Reşit Paşanın da, iltizam usulünden dolayı yakınlarına haksız kazançlar sağladığı ileri sürülmüştür⁷.

Kanunun uygulanması da sorunlu olmuştur. Gerçekten ceza kanunlarının geçmişe yürürlü olmaması kuralı ihlâl edilerek, kanunun yayınlanmasından önce işlenmiş bazı suçların faillerine kanun uygulandığı gibi, bazı kimselere de işledikleri suç karşılığı kanunda öngörülen cezalardan başka cezalar tatbik edilmiştir. Bu suretle herkesin kanun önünde eşit olduğuna ilişkin hükme muhalefet edilmiştir⁸.

11 yıl yürürlükte kalan kanun yerini, 7 yıl yürürlükte kalacak olan 1267 (1851) tarihli “Kanunu Cedit”e bırakmıştır.

B. 1267 (1851) tarihli “Kanunu Cedit”

1840 Ceza Kanunnamesi'ne göre şer'i hükümlerin daha fazla olduğu Kanunu Cedit, bir mukaddime (giriş) ile üç fasılda 43 maddeden ibarettir. Evvelki fasıl (fasl-ı evvel) 17, fasl-ı sâni 7 ve fasl-ı sâlis ise, 19 maddeden oluşmaktadır.

1267 tarihli kanunun sistemi, önceki kanunun (1256) sisteminin aynısıdır. Gerçekten her fasılda birden başlayan madde numaraları, kanunun bütünü

⁶ Bozkurt, s. 99.

⁷ Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, s. 12-13, 19.

⁸ Rüşvet aldığı iddiasıyla yargılanan ve rüşvet yanında diğer suçları da işlediği sabit olan Hüsrev Paşaya, bu fiillerinin karşılığı olması gereken cezalar değil, üzerinden vezirliğinin alınarak emekliliğe sevk edilmesi, maaşının kesilmesi, “karakol altında tutulması” ve “Tekfür Dağı'na sürülmesi” hükümleri uygulanmıştır. Bkz. Kantar, Baha, *Ceza Hukuku, Başlangıç*, Ankara, 1937, s. 72 ve aynı sayfa dn. 2

içinde birbirini takip etmemektedir. Her fasıl adeta ayrı bir kanun görünümündedir. 1256 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde olduğu gibi bu kanunun bir maddesine atıf için, o maddenin numarasının zikredilmesi yeterli olmayıp, fasıl numarasının da belirtilmesi lazımdır.

Kanunu Cedit, 1256 Kanununun noksanlarını ortadan kaldırmak amacıyla yayınlanmıştır⁹. Üç faslın can ve mal emniyeti, ırz ve namusun her türlü tecavüzden korunması çerçevesinde düzenlendiği ifade edilen mukaddimede, yeni kanunun yapılmasını gerekli kılan nedenlerden söz edilmiştir. Bu nedenler: 1) Ceza Kanunlarının ara sıra değişikliklerinin gerekli olduğu, 2) 1840 Ceza Kanunnamesi'nde yer alan bazı suçların cezalarının bulunmaması ve cezalarından bazılarının uygulanmasında zorluk çekildiği, 3) Çeşitli zamanlarda önceki kanuna yapılan eklerin ayrı ayrı yerlerde bulunmalarından dolayı bunların birleştirilmesi gerektiği hususlarıdır¹⁰.

1256 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin tekrarı niteliğinde olmasına rağmen 1267 tarihli Kanunu Cedit, eski kanundan bazı farklılıklar arz etmektedir. Gerçekten, her iki kanunun birbirleriyle karşılaştırılması sonucunda aralarındaki başlıca farkların şunlardan ibaret olduğu görülmektedir:

1- 1256 Ceza Kanunnamesi'nde yazılı suçların hemen hepsini hatta cümleleri de aynen nakil yoluyla alan Kanunu Cedit¹¹, ayrıca ilk kanunda yer almayan bazı suçlara yer vermiştir. Nitekim katlin neveleri (hataen öldürme, evvelki fasıl, m. 13; insan öldürme suçuna azmettirme, yardım etme, evvelki fasıl, m. 14; kadınların insan öldürme filleri, insan öldürme fiiline kadının yardım etmesi, evvelki fasıl, m. 15), sarkıntılık eden sarhoşlar, sokakta nara atan edepsizler, suçüstü yakalanan kumarbazlar (fasl-ı sâni, m. 5), kız kaçırma (fasl-ı sâni, m. 6), resmi evrak ve senet ve sair belgelerde sahtekarlık, kalp para basma, piyasaya kalp para sürme (fasl-ı sâlis, m. 12), vergi vermemek için tarladan aldığı mahsulü gizleme (fasl-ı sâlis, m. 14), tarlalarda amelelik yapanların tohum çalmaları (fasl-ı sâlis, m. 18); bakkal, kasap, fırıncı ve benzer esnafın noksan dirhem kullanması veya narhdan ziyade bir ücretle satış yapmaları,

⁹ Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, s. 23; Dönmezer, Sulhi – Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt I, 11. Bası, İstanbul, 1994, n. 192, s. 125.

¹⁰ Kantar, s. 72-73; Şentop, s. 33; Gökçen, s. 24.

¹¹ Örneğin, faslı evvelin 5'inci maddesi, önceki kanunun (1840) ikinci faslının birinci maddesini, fasl-ı sâlisin 1'inci maddesi ise, 1840 Kanununun 4'üncü faslının 1 ve 2'nci maddelerini karşılamaktadır.

köle ve cariyelerin işleyebilecekleri suçlar (fasl-ı sâlis, m. 19) ilk defa Kanunu Cedit'te yer almıştır.

2- 1267 (1851) tarihli Kanunu Cedit'te yer alan cezalar şunlardır: Kisas ve diyet, idam, kürek, pranga, had cezası, hapis, tazir, nefy ve tağrip, tekdir ve tevbih, dayak, memuriyetten tard ve tedib. Yeni kanun, 1256 (1840) tarihli Ceza Kanunnamesi'nde bulunmayan pranga¹² ve dayak¹³ cezalarını getirmiştir. Ancak kanun, ayrı ayrı birer ceza olarak kabul edilen kürek ve pranga cezaları arasındaki farklara ve bunların infaz şekillerine değinmemiştir¹⁴. Bununla beraber, eski kanunda da bulunan kürek cezasının, ağır suçlar (örneğin katl, şekavet=soygunculuk) hakkında öngörüldüğü, pranga cezasının, "silah çekme, silah boşaltma ve yaralama" (örneğin, fasl-ı evvel, m. 17) gibi nispeten daha hafif suçlar hakkında uygulandığı ve alt sınırının 1 ay (fasl-ı evvel, m. 17), üst sınırının ise 5 sene olduğu (fasl-ı evvel, m. 14) belirtilmekle, kürek cezasından ayrı (fasl-ı evvel, m. 13) ve daha hafif bir ceza niteliğini taşıdığı sonucuna varılmaktadır¹⁵. Dayak cezası¹⁶, 3'ten 79 değneğe kadar, değnek darbıyla (dövme) infaz edilmektedir. Yeni kanun bazen, dayağı hapse tercih etmektedir. Gerçekten Kanunu Cedit'in 3'üncü faslının 19'uncu maddesinde, bakkal, kasap, fırıncı ve benzer esnafın noksan dirhem kullanmaları veya narhdan ziyade bir ücretle satış yapmaları karşılığı hapsedilmelerinin, dükkanlarının kapanmasına ve maddi yönden sıkıntıya düşmelerine sebep olacağından, hapsin yerini almak üzere, üçten yetmiş dokuza kadar hapishane önünde değnekle cezalandırılacakları belirtilmiştir.

3- Bu kanunda hakimın takdir hakkını kullanmasına imkan veren aralıklı cezalara önceki kanuna (1840) kıyasla daha fazla yer verildiği gözlenmektedir: fasl-ı evvel, m.5, 11, 14, 16, 17; fasl-ı sâni, m. 2, 5, 7; fasl-ı sâlis, m. 11, 12, 19.

4- Kanunu Cedit'te (1851) cezaların infazına ilişkin bazı hükümlere rastlanılmaktadır. Gerçekten fasl-ı sâlisin 16'ncı maddesinde, ağır hasta mahkûmların kuvvetli kefil göstermeleri halinde iyileşmelerine kadar tedavi edilmek üzere evlerine gitmelerine izin verileceği ve buralarda geçen sürenin mahkûmiyet

¹² Pranga cezası, fasl-ı evvel'in 5, 11, 13, 14, 16, 17, fasl-ı sâlisin 11, 12 ve 19'uncu maddelerinde yer almıştır.

¹³ Dayak cezası (değnek darbı) kanunun 2'nci faslının 5 ve 7'nci ve 3'üncü faslının 19'uncu maddesinde öngörülmüştür.

¹⁴ Kantar, s. 74.

¹⁵ Şentop, s. 34

¹⁶ Bu ceza kanunun 2'nci faslının 5 ve 7'nci, 3'üncü faslının ise, 19'uncu maddesinde yer almaktadır.

müddetlerinden mahsup edileceği belirtilmiştir. Bu şekilde kendisine evinde tedavi görmesi hususunda izin verilen mahkûmun iyileşip iyileşmediği her on beş günde bir, o yerin mülkiye memurunca kontrol edilecektir. Aynı faslın 17'nci maddesinde, maddi durumu iyi olmayan mahkûmun hapsi süresince beslenme ve giyecek ihtiyacının sağlanmasına veli ve akrabalarının mecbur tutulacağı, bunların yoklukları halinde, söz konusu ihtiyaçların, mahpusun bulunduğu yerin miri mallarından (devlet malı) karşılanacağı öngörülmüştür.

Önceki kanundan farklı olarak Kanunu Cedit'te tekerrüre¹⁷ ilişkin bazı hükümler bulunmaktadır. Fasl-ı sâninin 5'inci maddesi, şuna buna sarkıntılık eden sarhoşların had, sokakta nara atan edepsizlerin ve suçüstü yakalanan kumarbazların, taziren üç değnekten, yetmiş dokuz değneğe kadar değnek cezasına çarptırılacaklarını öngörmektedir. Bu kimselerin fiillerini tekrar etmeleri halinde aynı ceza uygulanır. Ondan sonra bu fiillerin tekrarı, ısrar anlamına geleceğinden, ıslahın sağlanmasına kadar suçu Dersaadet'te (İstanbul) işleyenler kürek, taşrada gerçekleştirenler ise, pranga cezasına çarptırılırlar. Fasl-ı sâlisin yukarıda kısaca zikrettiğimiz 19'uncu maddesinde, bakkal, kasap, fırıncı ve benzer esnafın noksan dirhem kullanmaları veya narhdan ziyade bir ücretle satış yapmaları halinde suçlarının derecesine göre hapsin yerini almak üzere, üçten yetmiş dokuz değneğe kadar hapishane önünde değnekle cezalandırılacakları belirtilmektedir. Suçu işlemekte ısrar etmeleri halinde hapsedilecekleri öngörülmektedir. Suçu üç defa işleyip hapis ve dayakla ceza-

¹⁷ Yeni Türk Ceza Kanunu (YTCK)'nın, 5377 sayılı kanunun 2'nci maddesiyle değiştirilen "zaman bakımından uygulama" başlığı altındaki 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, "Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır". Fıkraya göre, infaz hukukuna ilişkin hükümlerde "derhal uygulanırlık" kuralı geçerlidir. Bu kuralın istisnaları ise, hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürdür. Diğer bir anlatımla, hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar dışında, infaz rejimine ilişkin kanun değişiklikleri, yürürlüğe girdikleri andan itibaren failin lehinde veya aleyhinde olduklarına bakılmaksızın derhal uygulanırlar. Hapis cezasının ertelenmesi koşullu salıverilme ve tekerrür hakkında ise, derhal uygulanırlık kuralı değil, lehe kanunun uygulanması ilkesi (m. 7/1,2) geçerli olacaktır. Nitekim 5377 sayılı kanunun gerekçesinde, "...kanunun sisteminde bir ceza infaz rejimi olarak kabul edilen hapis cezasının ertelenmesi ile koşullu salıverilme ve mükerrirlere özgü infaz rejimi bakımından birinci ve ikinci fıkralardaki zaman bakımından uygulama kuralları uygulanacaktır" denmekle hemen yukarıda belirttiğimiz husus vurgulanmıştır. Şayet YTCK'nın 7/3. maddesi, 5377 sayılı kanunla bir değişikliğe uğramasaydı, bir ceza infaz kurumu olan erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrür hükümleri derhal uygulanacaktı. Bkz. Yaşar, Osman - Gökcan, Hasan Tahsin - Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, 1. Cilt (Md. 1-44), Ankara, 2014, s. 248-249.

landırılan esnafın, dördüncü kez yine bu fiili ika etmesi durumunda, alacak ve vereceklerine İhtisap Nezareti ve esnaf kethüdalığı tarafından el konulur. Bundan böyle esnaflık yapmasına izin verilmeyen bu kimse memleketine gönderilir.

5- Kanunu Cedit'te, önceki kanunda (1840) bulunmayan iştirak¹⁸ ile ilgili hükümlere sınırlı da olsa (kanunda iştirakle ilgili genel bir hüküm bulunmamaktadır) rastlanmaktadır. Gerçekten Kanunu Cedit'in evvelki faslının 14 ve 15'inci maddeleri iştirakle ilgili hükümlere yer vermektedir. İnsan öldürme suçunu işleyene, bu suça azmettirene ve bu fiilin işlenmesi sırasında faile yardımcı olanlara ne şekilde ceza verileceğini açıklayan 14'üncü madde, cinsiyet ayrımı yapmadan azmettirene, bir seneden beş seneye, katil suçuna yardım eden erkeğe, bir seneden üç seneye kadar kürek ve pranga cezası hükmedileceğini belirtmektedir. İnsan öldürme suçunu işleyene ise, şer'an ve kanunen gereken hüküm tatbik edilecektir. Faslın 15'inci maddesinde, kadınların insan öldürme suçunu işlemeleri halinde bunlar hakkında diyet ve kısas uygulanacağı belirtildikten sonra, bu suça yardımla ilgili olarak kadın-erkek ayrımı yapılmaktadır. Katil suçuna yardımcı olan erkekler bir seneden üç seneye kadar kürek ve pranga cezasına çarptırıldıkları halde (m. 14), aynı suça yardım eden kadınların, kendilerine mahsus hapishanede ıslah-ı nefis edinceye kadar (müddetsiz hüküm usulü) hapsedilmeleri (m. 15) öngörülmüştür. Bu

¹⁸ YTCK'nda suça iştirak, faillik (m. 37) ve şeriklik (m. 38, 39) olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir.

Fail, kanunda tanımlanan suçu icra eden, gerçekleştiren kişidir (m. 37).

Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, ceza normunda yasaklanan haksızlığı gerçekleştirmeyen diğer suç ortakları, şerik olarak nitelendirilmektedir. Şeriklik, azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılmaktadır. Azmettirme, ceza hukuku terminolojisinde "suç işleme düşünce ve kararı bulunmayan bir kimseye, suç işleme kararı verdirme" anlamına gelmektedir. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun azmettirme başlıklı 38'inci maddesinin gerekçesinde, "azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Başkasının kasten işlemekte olduğu bir suçun icrasının kasten desteklenmesini ifade eden yardım etme (m. 39) maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Maddi yardım etme halleri, suçun işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında maddi yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmaktır. Manevi yardım etme ise, suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek ve suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek (m. 39/2) şeklinde gerçekleşebilir. Suçun özel görünüş şekillerinden biri olan iştirak hakkında geniş bilgi için bkz. Artuk, M. Emin - Gökçen, Ahmet - Alşahin, M. Emin - Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 12. Baskı, 2018, s. 662 vd.

suretle Kanunu Cedit, katl suçuna yardımcılık konusunda kadın ve erkeğin cezalarında bir ayırım yapmaktadır.

6- Kanunu Cedit'te, 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde bulunmayan süresi belirsiz hapis cezası (süresi önceden belirli olmayan hüküm, süresiz hüküm, müddetsiz hüküm) öngörülmüştür. Bu tür yaptırım Kanunu Cedit'te genellikle suç işlemeyi itiyad edinen ve toplum için tehlikeli sayılan kimselere uygulanmaktadır. Gerçekten Kanunu Cedit'in fasl-ı evvelinin 15'inci maddesinde, insan öldürme suçunu işleyen faile, bir kadının yardımcı olması halinde onun kadınlara mahsus hapisanede ıslah-ı nefis edinceye kadar hapsedileceği (ıslah-ı nefis edinceye kadar hapsoluna) öngörülmüştür. Fasl-ı sâninin 5'inci maddesinde ise, sarkıntılık eden sarhoşlarla, nara atan edepsizlerin ve suçüstü yakalanan kumarbazların suçlarına göre öldüresiye olmamak üzere üç değnekten yetmiş dokuz değneğe kadar dövülecekleri belirtilmiştir. Bu edepsiz ve kumarbazlar bir iki defaya kadar suçlarını tekrar işlerlerse aynı ceza ile cezalandırılırlar. Bu kimselerin fiillerini tekrarlamaları ısrar anlamına geleceğinden uslanmalarına kadar (nedamet ve tevbe-i sahiha hasıl oluncaya kadar) Dersaadette kürek, taşrada ise pranga cezasına çarptırılırlar. Fasl-ı sâlisin 13'üncü maddesine göre, halkın güvenini tamamen kaybeden mütecaviz (saldırgan) suçluların (şerir), yani toplum bakımından tehlikeli şahısların, haklarında hükmedilen cezaların (bir sene müddetle sürgün¹⁹ ve pranga cezası) infazlarına müteakip ıslah olmadıkları anlaşılırsa, iyi halleri ortaya çıkıncaya kadar (bu suretle salâhı zahir olmadığı takdirde salâhı zahir oluncaya kadar müddeti temdid kılına) cezaları uzatılır.

Bugünkü kadar geliştirilmiş olmamakla beraber, yukarıda belirtildiği gibi "müddetsiz hüküm usulü"²⁰ 1851 tarihli Kanunu Cedit'te bulunmaktaydı.

¹⁹ 1851 Kanununun bazı maddelerinde, "nefy" (sürgün) cezası için, belli bir süre öngörülmemiştir. Örneğin, fasl-ı sâni m. 2, fasl-ı sâlis m. 19.

²⁰ Pozitivist İtalyan Okulunun ceza sisteminde önemli bir yer tutan "müddetsiz hüküm usulü"nin 1847 tarihinde Bonneville de Marsangy tarafından önerildiğini ileri süren Bouzat, müessesenin sonraları birçok kongrede görüşüldüğünü belirtmektedir. Bkz. Bouzat, Pierre – Pinatel, Jean, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome I. Droit pénal général par Pierre Bouzat, 2. Edition, Paris, 1970, n. 335, s. 409. Müddetsiz hüküm sistemini Amerika Birleşik Devletleri'nde tatbik eden müesseselerin ilki 1876'da New York Devletinde Elmira'da açılan reformatory (ıslah evi)dir. Amerika Birleşik Devletleri'nde 1942 yılında, söz konusu sistemi uygulamayan on bir devletin kaldığından bahsedilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nin ıslah müesseselerinde iyi sonuçlar vermesine rağmen (ancak belirtmek gerekir ki, Amerika'da dahi sistemin mutlak olarak uygulanmasının sakıncaları kısa zamanda görüldüğünden, bu ülkede nisbi müddetsiz hüküm usulüne geçilmiştir.

“Süresiz hüküm”, mahkûmiyet süresinin suçlunun ıslanacağı, ıslah olacağı veya tehlikeli halinin ortadan kalkacağı ana kadar devam etmesini, yani sürenin önceden mahkeme tarafından gösterilmemesini ifade etmektedir. Diğer bir anlatımla, müddetsiz hüküm usulünde, ceza veya tedbirin süresiyle ilgili önceden tayin edilen bir müddet bulunmamaktadır (mutlak müddetsiz hüküm). Bu usule göre mahkeme, sadece kişinin suç işleyip işlemediğini tespit etmekle yetinmektedir. Kişinin suçu işlediğinin tespiti halinde, hakkında uygulanacak ceza veya tedbirin türü ve süresini tâyin etmeyen mahkeme, bu işi idareye, yani ceza veya tedbiri infazla vazifeli olan müesseselere bırakmaktadır. Uzmanları aracılığıyla mahkûm üzerinde gerçekleştirdikleri tetkik ve gözlemler sonucu yetkililer onlar hakkında en uygun görülecek ceza veya tedbiri uygularlar. Ceza veya tedbirin uygulanması sırasında da (örneğin, her üç veya altı ayda bir) mahkûmun hal ve gidişini tetkik eden çeşitli komisyonlar, edindikleri kanaate göre ceza veya tedbirin süresini belirlerler. Kararların olumsuz çıkması halinde mahkûmların salıverilmeleri söz konusu değildir. Müddetsiz hüküm usulünde belirleyici olan suç işlediği sabit olan kişinin fiilinin ağırlığı değil, ceza veya tedbirin uygulandığı süre zarfında onun ıslah olup olmadığıdır. Bu bakımdan hafif bir suç işleyen mahkûmun pek uzun bir müddet ve hatta belki de, müebbeden cezaevinde kalması olasılığı olduğu gibi, ağır bir suç işleyen birinin aksine kısa bir süre sonra cezaevinden salıverilmesi ihtimal dahilindedir.

Bu şekilde kısaca belirttiğimiz “müddetsiz hüküm usulü” eleştirilere uğramaktan kurtulamamıştır.

Denmiştir ki süresiz hüküm usulü, bizi cezanın tek amacının suçlunun ıslah edilmesi olduğu düşüncesine götürür. Oysa, cezanın ıslah amacı yanında ödetme, kefaret gayesi de vardır. Süresi önceden belirli olmayan hükme getirilen en büyük eleştiri müessesenin, kişi hürriyeti bakımından tehlike oluşturmasıdır. Gerçekten bir hükümlünün iyileştiğini ve bundan böyle suç işlemeyeceğini belirtmeye imkan veren usul ve araçlar bulunmamaktadır. Bu hususların yokluğu mahkûmların ya vaktinden önce salıverilmelerini ya

Bkz. Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Basım, İstanbul, 1953, n. 453, s. 573, dn. 3). Sistem, hemen hemen bütün ceza kongreleri tarafından reddedilmiştir. Sistemin uygulanması şiddetli tartışmalara müteakip ihtirazi kayıtlar altında sadece 1910 Vaşington ve 1925 Londra Kongrelerinde kabul edilmiştir. Vidal, Georges – Magnol, Joseph, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Tome I, *Droit pénal général-Science pénitentiaire*, 9. Edition, Paris, 1949, n. 456, s. 631.

da gereğinden fazla cezaevlerinde kalmalarını sonuçlamaktadır. Müddetsiz hüküm usulü, suçluyu cezaevi personeline karşı kişiliksiz ve bağımlı bir hale de sokmaktadır. Kötü niyetli ve tecrübesiz gardiyanların verdikleri yanlış bilgiler ve raporlara dayanan yetkili merciler ne kadar iyi niyetli olurlarsa olsunlar – gardiyanların verdikleri malûmatlara göre hareket edeceklerinden – uslanmadıkları halde ya mahkûmların vaktinden önce salıverilmelerine ya da ıslah oldukları halde, gereğinden fazla ve belki de hayatlarının sonuna kadar cezaevlerinde kalmalarına neden olabilirler. Her iki olasılığın da, fert hak ve hürriyetleri bakımından büyük bir tehlike oluşturduğu ortadadır.

Mutlak müddetsiz hüküm usulüne, yani hakim ceza süresini hiç tespit etmemesine yönelik yukarıda yapılan eleştirileri ortadan kaldırmak gayesiyle “nisbi müddetsiz hüküm usulü” getirilmiştir. Böylece müddetsiz hüküm, mutlak ve nisbi olmak üzere iki türlü uygulanmıştır. Nisbi müddetsiz hüküm usulünde hakim, hükmettiği cezanın bir aşağı ve bir de yukarı miktarını gösterir. Cezasının aşağı miktarını çekmeyen mahkûm serbest bırakılamayacağı gibi, yukarı miktarından fazla bir süre de cezaevinde alıkonulamayacaktır²¹. Karşılaştırmalı hukukta müddetsiz hüküm usulünün özellikle genç suçlular, ısrarlı mükerrirler, itiyadi ve anormal suçlular hakkında uygulandığı müşahade edilmektedir. Literatürde eğilimin genellikle nisbi usule yöneldiği belirtilmektedir²².

²¹ Müddetsiz hüküm usulüne ilişkin geniş bilgi için bkz. Constant, Jean, *Traité élémentaire de droit pénal. Principes généraux du droit pénal positif belge*, Tome II, Les peines et les mesures de sureté, Liège, 1966, n. 567-568, s. 627 vd; Bouzat – Pinatel, a.g.e., Tome I, n. 335 vd., s. 409 vd.; Vidal – Magnol, a.g.e., Tome I, n. 456 vd., s. 640 vd., Merle, Roger – Vitu, André, *Traité de droit criminel*, Tome I, 7. Edition, Paris, 1997, n. 663, s. 834-835; Taner, a.g.e., n. 452 vd., s. 572 vd.; Dönmezer – Erman, a.g.e., c. II, 10. Bası, İstanbul, 1994, n. 1359 vd., s. 582 vd.

²² Nisbi müddetsiz hüküm usulü birçok devletin kanununa girmiştir. Örneğin, 1902 Norveç CK., § 65; 1930 İtalyan CK; mükerrirler hakkındaki 09.04.1930 Belçika Kanunu; 1993 Danimarka CK; Toksikoman ve sarhoşlara ilişkin 24.11.1933 tarihli Alman Kanunu; Alkolik ve toksikomanların tedavileriyle ilgili 1937 İsviçre CK. m. 44. Bkz. H. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3. Edition, Paris, 1947, n. 752 dn. 1, s. 428.

Sonuç

Tanzimat devri ceza kanunlarından 1840 (1256) tarihli Ceza Kanunnamesi ve bu kanunun eksikliklerini ortadan kaldırmak gayesiyle çıkarılan ve 1840 Kanunu'nun tekrarı mahiyetinde olan 1851 (1267) tarihli Kanunu Cedit'in bugünkü ceza kanunlarıyla mukayesesi, her iki kanunun da noksan olduğunu ortaya koymaktadır.

Belirtelim ki her iki kanunun sistemi hemen hemen aynıdır. Gerçekten 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi, mukaddime, on üç fasıl (bölüm) ve bir de hatimeden oluşmaktadır. Kanunu Cedit ise, mukaddime ve üç büyük fasıl'dan meydana gelmiştir.

Her iki kanunun fasıllarında, fasıl başlıkları bulunmamaktadır. Fasıllardaki maddeler birden başlamak suretiyle numaralandırılmakta, yani madde numaraları kanun içinde birbirini takip etmemektedir.

Her iki kanunda yer alan bazı emir ve yasakların yaptırımına veya yaptırımın miktarına yer verilmemiştir. Örneğin 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin 5'inci faslının 7'nci maddesinde alınıp verilmesi adetten olan hediyelerin cins ve miktarları diğer bir kanunla belirtilmiş olduğundan fazlasına hiçbir şekilde müsaade edilmeyeceği ifade edilmiştir. Bu hükme riayetsizliğin müeyyidesine yer verilmemiştir. Yine aynı kanunun 9'uncu faslının 1'inci maddesinde, mali durumuna göre vermesi gereken vergiyi vermeyenlerin hapsedileceği ifade edilmiş ve fakat hapsin müddeti belirtilmemiştir. Aynı hüküm 1851 Kanununun fasl-ı sâlisinin 7'nci maddesinde de bulunmaktadır. 1840 Kanununun 8'inci faslının 2'nci maddesine göre, hakimler, askeri erkan ve maliye görevlilerinin tartışmaları durumunda, suçlu olduğu mahkeme kararı ile tespit edilen cezalandırılacaktır. Ancak maddede cezanın türü ve miktarına değinilmemiştir. 1851 tarihli kanunun fasl-ı sânisinin 2'nci maddesinde “nefy” cezasının süresinden bahsedilmemiştir.

1840 Kanununda suçlar karşılığı yaptırım türü ve miktarının gösterildiği durumlarda genellikle sabit, tek ceza öngörülmüştür. Örneğin, 10'uncu faslın 1'inci, 11. faslın 1 ve 2'nci maddeleri gibi. Ancak istisnai olarak bu kanunda aralıklı (mütevacit) cezalara da rastlanmaktadır. Örneğin, 2. faslın 1'inci, 3'üncü faslın 1'inci, 3 ve 5'inci maddeleri. Buna karşılık 1851 tarihli Kanunu Cedit'te hakimın takdir hakkını kullanmasına imkan veren aralıklı cezaların sayısının

eski kanuna göre daha fazla olduğu müşahade edilmektedir. Örneğin, fasl-ı evvel m. 5, fasl-ı sâni m. 2, 7; fasl-ı sâlis m. 11, 12 gibi.

1840 tarihli Ceza Kanunnamesinde suç genel teorisine ait hiçbir hükme rastlanılmamaktadır. Buna karşılık Kanunu Cedit'te (1267) sınırlı da olsa, suç genel teorisiyle ilgili bazı hükümlere yer verilmiştir. Kanunda her ne kadar iştirak hakkında genel bir hüküm konulmuş değilse de, 1'inci faslın 14'üncü maddesinde katil suçuna azmettirenin ve katil yardımcısının ve aynı faslın 15'inci maddesinde bu fiile yardım eden kadının nasıl cezalandırılacakları belirtilmiştir. Ceza miktarı bakımından 14 ve 15'inci maddeler, kadın ve erkek failler arasında bir ayırım yapmaktadır. Şöyle ki, katil suçuna yardımcı olan erkekler hakkında bir seneden üç seneye kadar kürek veya pranga cezası hükmedildiği halde (m. 14) aynı suça iştirak eden katil yardımcısı kadınların ıslah-ı nefis ettiklerine kanaat getirilinceye kadar hapsedilmeleri öngörülmüştür (m. 15). 1851 tarihli kanunun, örneğin, fasl-ı sânisinin 5'inci ve fasl-ı sâlisinin 13'üncü maddelerinde tekerrür durumunda olanlarla ilgili, "müddetsiz hüküm" usulüne benzeyen hükümlere rastlanmaktadır.

Kanunu Cedit'te cezaların infazı ile ilgili hükümler de bulunmaktadır. Örneğin, fasl-ı sâlisin 16'ncı maddesine göre, ağır hasta olan hükümlüler güvenilir kefil gösterirlerse tedavilerine evlerinde devam olunur ve burada geçirdikleri süre hapis cezalarından mahsup edilir. Diğer örnekler için bkz. aynı faslın 17 ve 19'uncu maddeleri.

Yukarıda incelediğimiz bu iki kanun, her ne kadar bugünün ceza kanunlarıyla mukayese edildiğinde gerek suç sayısının azlığı, gerek cezaya ilişkin hükümlerin noksanlığı ve gerek suç teorisiyle ilgili hükümlerin yetersizliği nedenleriyle yayınlandıkları tarih itibarıyla de ihtiyaçları tatmin etmekten uzak olmakla birlikte, yine de ülkemizde ceza hukuku alanında bazı yenilikler getirmişlerdir. Gerçekten 1840 ve ondan daha ayrıntılı olan 1851 Kanunları, suç ve cezaların kanuniliği, şahsiliği ve cezaların eşitliği prensiplerine yer vermişlerdir.

KAYNAKÇA

- Artuk, M. Emin - Gökçen, Ahmet - Alşahin, M. Emin - Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2018.
- Aydın, M. Akif, “Osmanlı Ceza Hukuku”, Osmanlı Devleti’nde Hukuk ve Adalet, İstanbul, 2. Baskı, 2014.
- Bouzat, Pierre – Pinatel, Jean, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome I. Droit pénal général par Pierre Bouzat, 2. Edition, Paris, 1970.
- Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, 2. Baskı (Tıpkıbasım), Ankara, 2010.
- Constant, Jean, *Traité élémentaire de droit pénal. Principes généraux du droit pénal positif belge*, Tome II, Les peines et les mesures de sureté, Liège, 1966.
- Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt I, 11. Bası, İstanbul, 1994.
- Gökçen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989.
- H. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3. Edition, Paris 1947.
- Kantar, Baha, *Ceza hukuku, Başlangıç*, Ankara, 1937.
- Kuran, Ercüment, “Tanzimat Döneminde Osmanlı Devleti’nde Adli Islahat”, *Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı*, Y: 2, S. 10, Ankara, 1996.
- Merle, Roger – Vitu, André, *Traité de droit criminel*, Tome I, 7. Edition, Paris 1997.
- Şentop, Mustafa, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku*, İstanbul, 2004.
- Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Basım, İstanbul, 1953.
- _____, “Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku”, in: *Tanzimat I*, İstanbul, 1940.
- [Velidedeoğlu], Hıfzı Veldet: “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, in: *Tanzimat I*, İstanbul, 1940.
- Vidal, Georges - Magnol, Joseph, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Tome I, Droit pénal général-Science pénitentiaire, 9. Edition, Paris 1949.
- Yaşar, Osman - Gökcan, Hasan Tahsin - Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, 1. Cilt (Md. 1-44), Ankara, 2014.

18. YÜZYIL ŞER'İYE SİCİLİ ÖRNEKLERİNDE ARAZİ ÜZERİNDE MÜLKİYET VE TASARRUF HAKLARINI TANIMLAYAN TERİMLER

TERMS DEFINING PROPERTY RIGHT AND USUFRUCT RIGHT ON LAND IN THE EXAMPLES OF 18TH-CENTURY SHARIA COURT REGISTERS

Fatma Gül Karagöz*

ÖZ

Osmanlı İmparatorluğu'nda mîrî arazinin ferağ, mülk arazinin ise satım (bey') yoluyla bedel karşılığında el değiştirdiği görülmektedir. Bu sözleşmelerin yer aldığı şer'î mahkeme sicillerinde, araziye devralan kişilerin hakları belirli terimlerle ifade edilmektedir. Hukuk dilinin anlaşılması bakımından, bu tip kelime ve terimlerin kullanımının ne şekilde gerçekleştiği, bölgesel farklılıkların mevcut olup olmadığı gibi meselelerin açıklığa kavuşturulması gerekir. Hukukî anlam ifade eden bir terim, hakkın niteliğini belirler, sınırlarını gösterir ve hak sâhibinin neyi yapıp neyi yapamayacağını anlatır. Bu çalışmada 18. yüzyılın ilk yarısında Osmanlı Devleti'nde farklı bölgelerden seçilmiş bey' ve ferağ örneklerinden yola çıkarak, toprak üzerindeki mülkiyet ve tasarruf haklarının hangi terimlerle tanımlandığı ve bu terimlerin yere göre değişim gösterip göstermediği üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda çalışmada, 18. yüzyıl hakkında sıklıkla tekrar edilen "mîrî arazinin mülke dönüşme süreci" anlatısını sorgulamak da mümkün olacaktır. Anahtar kelimeler: Osmanlı arazi hukuku, mîrî arazi, mülkiyet, hukuk terminolojisi

ABSTRACT

The transfer of a land in exchange of a price was possible in the Ottoman Empire by two different contracts. While mîrî land was transferred by *ferağ*, private land was transferred by *bey'* (sale). It is possible to see that the rights obtained by those contracts were defined by certain words in court records. A detailed research about the usage of this terminology might serve to re-define some problems like local differences in practice. A legal term defines the nature and the limits of the rights and it determines the capacity

* Arş. Gör. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

of the owner. This research is mainly focused on the examples of bey' and ferağ from the court records of the first half of 18th century in the Ottoman Empire. The definition of the right, the capacity explained in the court record will be examined by a survey upon different examples. This work would make possible to question the "18th-century process of *mîrî* land becoming *mulk*".

Keywords: Ottoman land law, *mîrî* land, private property, legal terminology

*

Giriş

Osmanlı İmparatorluğu'nun modernleşme sürecine girmesinden önce, kadı hem yargı hem de noter görevini icra etmiştir. Bu nedenle şer'i mahkeme sicillerinde sadece hukukî uyuşmazlıklar yer almamıştır. Kadı huzuruna çıkan kişiler, çeşitli devir işlemlerini gerçekleştirmek, miras paylaşımını tamamlamak, mehir sözleşmelerini kayıt altına almak gibi farklı gerekçelerle bu makamda bulunabiliyorlardı. Devir sözleşmelerinin bir kısmının konusu, bir arazi üzerindeki mülkiyet veya tasarruf hakkının bedel karşılığı başka bir şahsa geçirilmesidir. Bazı şer'îye sicil örneklerinde, bu sözleşme metinlerinin sonuç kısmında araziye devralan kişilerin hakları açıklayan terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Bu makale, arazi devrinde kullanılan terimlerin hukukî niteliğini değerlendirme ihtiyacıyla ortaya çıkmıştır. Makalede kullanılan kaynaklar, ağırlıklı olarak 18. yüzyıla ait olan şer'îye sicilleridir. Bu yüzyılda görülen bazı olgu ve tartışmaların arazi üzerindeki mülkiyet ve tasarruf hakkını ne şekilde etkilemiş olabileceğine dair farklı bir yorum getirebilmek amacıyla hukuk dilinin şer'îye sicillerinde aldığı nitelik üzerinde durulacaktır. Çalışmanın temel kaynağını şer'îye sicillerinde mülk ve mîrî arazinin el değiştirdiği vakalar oluşturmaktadır. Sicillerde kullanılan terimler hakkında yapılacak detaylı bir analiz, fiilen gerçekleşen bazı olguların hukuk alanında yeni bir duruma yol açıp açmadığı konusunda daha net bir fikir verebilir.

18. yüzyılın Osmanlı tarih literatüründeki yeri, arazi hukukuna dair bir makale için bu dönemin seçilmiş olmasının temel sebebidir. Bilindiği gibi 17. ve 18. yüzyıllar klasik Osmanlı tarih yazımında kurumların ve toplumsal yapının bozulduğu sürece dahil edilmiştir.¹ Yakın zamanda imparatorluğun "kriz" döne-

¹ Osmanlı İmparatorluğu'nun 16. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bir çöküş sürecine girdiği fikri ilk olarak o çağda yaşamış düşünürler tarafından iddia edilmiştir. Bkz. Halil İnalcık, *Devlet-i Aliyye Osmanlı*

mini inceleyen eserlerde, “bozulma”dan ziyade “uyum ve değişim” gibi temalar çerçevesinde yapılan yorumlar ön plana çıkmaktadır.² Her halükarda, 16. yüzyılın sonundan itibaren gelişen olayların etkisiyle hem merkezi bürokraside hem de taşrada dengelerin değiştiği, yeni aktörlerin ortaya çıktığı; bazı grupların bu değişim sürecinden yararlandığı, bazı grupların ise bu süreçte eski avantajlarını kaybettikleri konusunda literatürde genel bir fikir birlikteliği olduğu söylenebilir. 18. yüzyılda toprak sisteminin de değişim geçirdiği ve köylülerin önemli bir kısmının değişim sürecinden olumsuz bir biçimde etkilendiği anlaşılmaktadır.

Erken modern dönemdeki pek çok devlet gibi, Osmanlı Devleti'nin ekonomik yapısı da temelde tarım ve hayvancılığa dayanıyordu. Bu ekonominin temel araçları hukukî olarak koruma altındaydı. Osmanlı tarım topraklarının önemli bir kısmı mîrî statüdeydi.³ Mîrî arazide kural olarak toprağın rakabesi yani çıplak mülkiyeti devlete aitti. Köylü, toprağı düzenli olarak ekip biçmek ve vergi vermek karşılığında mîrî arazi üzerinde tasarruf hakkına sahipti. Köylünün bu durumu literatürde “daimi ve ırsi bir kiracılık” olarak açıklanmaktadır.⁴ Vergi toplama hakkı, sefer zamanında devlete asker sağlama karşılığında sipahi yahut sâhib-i arz denen kişilere bırakılmıştı. Kural olarak sâhib-i arzın köylünün toprağına el koyması mümkün değildi. Bu kuralın en temel istisnası köylünün haksız bir gerekçeyle üretime belirli bir süreden fazla ara vermesiydi.⁵ Osmanlı İmparatorluğu'nda 16. yüzyılın ikinci yarısından itibaren görülen bazı olaylar, mîrî arazi sistemine

İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, 2016, C. IV, s. 24; Halil İnalıcık, “Periods in Ottoman History”, *Essays in Ottoman History*, İstanbul, Eren Yayınevi, 1998, s. 17-18; Cemal Kafadar, “The Question of Ottoman Decline”, *Harvard Middle Eastern and Islamic Review*, C. IV, No: 1-2, 1997-1998, s. 31.

² Örneğin Suraiya Faroqhi, “Krizler ve Değişim 1590-1699”, *Osmanlı İmparatorluğunun Ekonomik ve Sosyal Tarihi*, C. II, Haz. Halil İnalıcık ve Donald Quataert, İstanbul, Eren Yayıncılık, 2004, s. 543-759. Bir diğer örnek ise Baki Tezcan'ın 1600-1800 yılları arasını “İkinci İmparatorluk” olarak tanımlayan eseridir. Yazar bu dönemde Orta Çağ'dan kalan eski tip “patrimonyal” yapının yerini daha farklı bir yapının aldığını belirtir ve bu dönemden sonra yönetimde daha sınırlı bir gücün kullanılması dahi mümkün olduğunu ifade eder. Baki Tezcan, *The Second Ottoman Empire Political and Social Transformation in the Early World*, New York, Cambridge University Press, 2010, s. 10.

³ Halil İnalıcık, 1580'ler için %87'ye yakın bir oran vermektedir. Bkz. Halil İnalıcık, *The Ottoman Empire Classical Age 1300-1600*, London, Phoenix, 1988, s. 110.

⁴ Ömer Lütfü Barkan, “Türkiye’de Toprak Meselesinin Tarihi Esasları”, *Türkiye’de Toprak Meselesi Toplu Eserler I*, İstanbul, Gözlem Yayınları, 1980, s. 127-128.

⁵ Halil Cin, *Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü*, 3. Bs., Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. 2005, s. 64-66; Mustafa Macit Kenanoğlu, “Mîrî Arazi”, *DİA*, 2005, C. XXX, s. 157. (çevrimiçi) <https://islamansiklopedisi.org.tr/miri-arazi>, 21.03.2019.

bağlı olan hukukî ve sosyal ve ekonomik düzenin sağlıklı bir biçimde yürütmesine engel teşkil etmekteydi. Bu dönemde yaşanan sorunlar, Celali İsyanları ve “Büyük Kaçgun” gibi sosyal⁶, “Küçük Buzul Çağı” gibi iklimsel⁷, “fiyat devrimi”⁸ gibi ekono-

⁶ Bkz. Mustafa Akdağ, *Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası: Celâlî İsyanları* İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2009. Akdağ bu kitabında isyanın farklı boyutları ve sonuçları üzerinde durmuştur. Yazara göre isyan silsilesinin arka planında etnik farklılıklar (s. 14-15), açlık (s. 225) gibi sosyal olgular da mevcuttur. Sam White ise kriz sürecinde nüfus artışının ve iklim değişikliğinin etkilerini vurgulamaktadır. 16. yüzyılın sonuna doğru yapılan nüfus çalışmalarından yola çıkan yazar, nüfusun artmasına tezat olarak hane başına düşen arazinin küçülmüş olduğunu dile getirmektedir. White bu dönemde imparatorlukta “çiftthane ideali”nin pek çok yerde bozulduğunu düşünmektedir. Bu duruma Balkanlardan, Anadolu’dan, Kuzey Irak ve Musul’dan örnekler veren yazar önemli oranda bir topraksız köylü sınıfın ortaya çıktığından bahseder. Esasen, 16. yüzyılın sonundaki isyan silsilesinde bu köylülerin rolünün de olduğu düşünülebilir. Sam White, *Osmanlı’da İsyan İklimi Erken Modern Dönemde Celali İsyanları*, Çev. Nurettin ElHüseyni, İstanbul, Alfa Yayınları, 2013, s. 102.

⁷ 17. yüzyıl sadece Osmanlı tarihi açısından değil, Dünya literatüründe de kriz kavramı ile birlikte anılmaktadır. Bu dönemi inceleyen tarihçiler, krizin sadece siyasal, sosyo-ekonomik boyutlarıyla ilgilenmemiş, dönemsel iklim değişikliğinin yaşanan olaylar üzerindeki etkilerini, farklı bilim dallarından gelen bilginin yardımıyla tespit etmeye çalışmışlardır. Brian Fagan’a göre, “Küçük Buzul Çağı” ifadesinin terminolojiye ilk defa girişi 1939 yılında bir jeolog olan François Matthes tarafından gerçekleştirilmiştir. Matthes’in ifadesi şu şekilde aktarılmıştır: “Yaşadığımız yenilenmiş ama ılımlı bir buzullanma, bir küçük buzul çağıdır”. Bkz. Brian Fagan, *The Little Ice Age How The Climate Made History*, New York, Basic Books, 2002, s. 176. Tarihçiler ise bu ifadeyi 1300-1850 yılları arasında görülen dengesiz hava koşulları için kullanmaktadır. Örneğin Geoffrey Parker, Küçük Buzul Çağı ifadesine yer verir ve iklim değişikliğinin küresel nitelikte yaşandığını çeşitli örneklerle ifade eder. Yazar bir yandan iklim değişikliğinin küresel etkilerini tartışırken, bir yandan da daha bölgesel ölçekte ortaya farklı sonuçlar çıkabileceği üzerinde durur. Osmanlı İmparatorluğu bakımından Parker’ın verdiği bilgiye göre, Akdeniz’i çevreleyen ve imparatorluğun kalbini oluşturan sahildeki ovaların görece daha korunaklı durumdaydı. Buna karşın denize bakan yaylalardaki ve tepelerdeki köylüler en ufak hava değişiminden bile etkilenen, kırılgan bir üretim tipine dayanmaktaydı. Yazarın vardığı sonuca göre, 1576’dan 1642’ye geçen süreç içinde Anadolu’daki köylerin neredeyse yarısı harap olmuştu. Bu bağlamda, hava koşullarının etkisinin de bölgesel kabul edilmesinde fayda vardır. Geoffrey Parker, *Global Crisis: war, climate change and catastrophe in the seventeenth century*, New Haven, Yale University Press, 2013, s. 75, 188. Öte yandan Kayhan Orbay, iklim değişikliğini Anadolu ve Osmanlı coğrafyası bakımından tahlil edebilmek için gereken verilerin yeterli olmadığını iddia eder. Yazarın iddiasına göre, bazı bölgeler için iklimde meydana gelen dalgalanmaların olumlu yapı dahi teşkil edebilir, örneğin Akdeniz ve İç Anadolu gibi kurak bölgelerde yağışın artması tahıl üretiminde bolluk yaratmış olabilir. Kayhan Orbay, “Osmanlı Topraklarında Küçük Buzul Çağı’nın Etkilerine Dair Bazı Notlar”, *Kebikeç*, No: 23, 2007, s. 88-89.

⁸ Ömer Lütfi Barkan, “XVI. Asrın İkinci Yarısında Türkiye’de Fiyat Hareketleri”, *Belleten*, c. 34, No: 136, s. 557-607. Bu makalede Barkan, Osmanlı İmparatorluğu’nun geçirdiği mali ve ekonomik problemleri pek çok boyutuyla incelemektedir. Yazar, Amerika kıtasından gelen değerli hammadde aktarımıyla krizin Avrupa çapında yaşandığı üzerinde durmakta ve bu süreci “ihtilal” terimiyle açıklamaktadır. a.e. s. 589.

mik boyutlarıyla tarihçiler tarafından incelenmiştir. Tüm bu sürecin sonucunda ortaya çıkan ve bu çalışma için dolaylı olarak önem arzeden iki olgudan biri mîrî arazi sisteminin bozulması ve iltizam uygulamasının yaygınlaşması, diğeri ise köylülerin toprağını terk etmesi ve bazı kişilerin boş kalan arazilere fiilen el koyabilmeleridir. Uzun süreli etki ve sonuçları olan bu durum, bir görüşe göre 18. yüzyıla gelindiğinde mîrî arazinin fiilen mülk arazi gibi kullanılmasına sebep olmuştu.⁹ Bu olgunun bir sonucu da 18. yüzyılda büyük çiftliklerin ortaya çıkmış olması ve köylünün işçiye dönüşmesiydi. Gerek “çiftlik”¹⁰ adı verilen birimin ekonomik ve hukukî niteliğinin değerlendirildiği, gerek 17. ve 18. yüzyılda yaygınlaşan farklı işletim biçimlerinin incelendiği çalışmalarda, ortaya çıkan sonucun hukukî değil fiilî nitelikte olduğu üzerinde durulmuş, arazinin mîrî statüsünün devam ettiği vurgulanmıştır.¹¹ Genelde büyük ölçekte

⁹ Kenanoğlu'na göre, iltizam sisteminin yaygınlaşması, 18. yüzyılda mültezimlerin mîrî arazi üzerinde özel mülk edinmesine de yol açmıştır. Bkz. Kenanoğlu, a.g.e., s. 158.

¹⁰ Bu noktada şu ayrımı yapmak gerekmektedir. Çiftlik terimi 17. yüzyıl öncesinde tasarrufu köylüye bırakılmış arazileri ifade etmek için kullanılabiliyordu. Ömer Lütfü Barkan'ın bu araziden “raiyyet çiftliği” olarak bahsettiği görülmektedir. Bkz. Ömer Lütfü Barkan, “Çiftlik”, *Türkiye'de Toprak Meselesi*, İstanbul, Gözlem Yayınları, 1980, s. 789. (İlk yayın yeri, İA, C. III, 1945, s. 392-397.) Halil İnalcık da “raiyyet çiftliği” terimini köylüye bırakılmış arazi için, “çiftlik” kelimesini ise ticari tarıma veya hayvancılığa yönelik, köylü-üreticinin işçiye dönüştüğü bir birimi tanımlamak için kullanmıştır. Bkz. Halil İnalcık, “Çiftliklerin Doğuşu: Devlet, Toprak Sahipleri ve Kiracılar”, *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*, Haz. Çağlar Keyder ve Faruk Tabak, Çev. Zeynep Altok, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1998, s. 17.

¹¹ Çiftlik adı verilen birimlerin 18. ve 19. yüzyıldaki iktisadî ve belli ölçüde hukukî özelliklerini tartışan temel eserlerde, bu birimi ortaya çıkaran koşulların niteliği, işletmelerinin kim tarafından ne şekilde yürütüldüğü, çiftliklerde ağırlıklı olarak hangi üretim tipinin egemen olduğu, çiftliğin nasıl organize edildiği üzerinde durulmuş ve bölgesel farklılıkların altı çizilmiştir. Örneğin Bruce McGowan Vidin'de öncelikle değirmenlerin çevresinde kurulmuş, zamanla meraların işgaliyle genişlemiş çiftliklerde sözleşmeli işçilerin çalışabildiğini belirtir. Bkz. Bruce McGowan, “Ayanlar Çağı 1699-1812”, *Osmanlı İmparatorluğu'nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi C. II 1600-1914*, Haz. Halil İnalcık ve Donald Quataert, Çev. Ayşe Berktaş, İstanbul, Eren Yayınevi, 2004, s. 810. Özer Ergenç, bu işçilerin bir kısmının muzaraa gibi toprağın işletilmesine yarayan sözleşmelerle çalıştırıldığını gösteren çalışmalarında 17. ve 18. yüzyıllarda reayanın tasarruf hakkının bir mülkiyet biçimine dönüştüğü, süreklilik içerdiği, toprağın alınıp satılabildiği ve miras bırakılabildiği sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. Özer Ergenç, “XVII. Yüzyılda Osmanlı Anadolu'sunda Tarım Üretiminde Yeni Boyutlar: Muzaraa ve Murabaa Sözleşmeleri”, *Kebikeç*, No: 23, 2007, s. 137. Bir diğer yazısında da benzer çıkarımlara yer veren yazar, özellikle bu ikinci yazıda değişimin fiilî nitelikte olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Özer Ergenç ve Hülya Taş, “XVII. Ve XVIII. Yüzyıl Anadolu'sunda Toprak Tasarrufu ve Mülkiyeti Üzerine Değerlendirmeler”, *Şehir Toplum Devlet: Osmanlı Tarihi Yazıları*, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2013, s. 239. Çiftlikte yapılan üretimin niteliği konusunda ise Gilles Veinstein, özellikle Batı Anadolu ve Balkanlarda tarımdan çok hayvancılığın ön planda

arazi tasarruf edebilen ve işçiye dönüşen köylüleri bu arazi üzerinde çalıştıran kişilerin, ki bazıları ayan sıfatını haizdir, fiilî olarak elde ettikleri tasarruf yetkisini hukuken korunan bir hakka dönüştüremedikleri aktarılmıştır.¹²

Bu makalenin meselelerinden biri de, 18. yüzyılda görülen bütün bu olgu ve tartışmaların şer'îye sicillerinde kullanılan hukuk dilini ne şekilde etkilemiş olabileceği sorusudur. Osmanlı İmparatorluğu gibi geniş sınırlara yayılmış bir devletin farklı coğrafyalarındaki uygulamaya, tek bir çalışmada nüfuz edebilmek mümkün olmadığı için, bu makale ağırlıklı olarak Vidin ve Antakya sicilleriyle sınırlı tutulmuştur. Mîrî arazi sisteminin uygulandığı bu iki kazada çiftliklerin ortaya çıkması ve ticari tarımın yaygınlaşması gibi olguların görülmesi bu seçimin yapılmasında etkili olmuştur. Makalede iki kazaya ait sicil defterlerine ek olarak kullanılan ikinci kaynak, farklı kazalara ait şer'îye sicillerinin transkripsiyonunu içeren tezler ve bazı kurumlar tarafından gerçekleştirilen transkripsiyon çalışmalarıdır. Vidin ve Antakya kazalarına ek olarak farklı kaynakların dikkate alınmasındaki temel amaç, bir tür "kontrol grubu"nun oluşturabilmesidir. Bu ikincil kaynaklara, 18. yüzyıl öncesindeki ve 18. yüzyıldaki farklı yerlerde mahkeme kayıtlarında kullanılan dili görebilmek ve bu çalışmada incelenen terimlerin yerellik ve zamansallık özelliği taşıyıp taşımadığını anlayabilmek için başvurulmuştur. Çalışmanın temelinde, 18. yüzyılda arazi üzerinde tasarruf ve mülkiyet haklarının kadı huzurunda ne şekilde ifade edildiği sorusu yer almaktadır.

1. Mîrî ve Mülk Arazinin Bedel Karşılığı El Değiştirmesi: Hukukî Çerçeve

Mîrî arazi rejimini düzenleyen hükümler temel olarak kanunlar, kanunnameler ve fetvalarda yer almaktaydı. 18. yüzyıl öncesinde II. Mehmed, II. Bayezid ve I. Süleyman'ın isimlerini taşıyan ve "genel kanunname" olarak bilinen

olduğu görüşündedir. Gilles Veinstein, "Çiftlik Tartışması Üzerine", *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*, Haz. Çağlar Keyder ve Faruk Tabak, Çev. Zeynep Altok, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1998, s. 50.

¹² Çağlar Keyder, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Büyük Ölçekli Ticari Tarım Var mıydı?", *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*, Haz. Çağlar Keyder ve Faruk Tabak, Çev. Zeynep Altok, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1998, s. 10.

metinler, ülkenin her yerinde yürürlükte olmak üzere düzenlenmiş kanunlardı. Bu tip genel kanunnamelerin bazıları “bâb”lar halinde ana bölümlere ve “fâsıl”lar halinde alt bölümlere ayrılmıştır. İçerik olarak cezai hükümler, has ve timar gelirlerine dair hükümler, reayanın hak ve yükümlülüklerine ve askeri görevleri yerine getiren bazı gruplara dair düzenlemeler genel kanunlarda bir araya getirilmiştir.¹³ Köylünün toprağı ne şekilde kullanacağı, üretimden hangi vergilerin alınacağı, üretime hukuken geçerli bir sebep olmadan ara verilirse nasıl bir yaptırımın uygulanacağı, köylünün ölümü sonrasında toprak üzerindeki tasarruf hakkının kime ne şekilde intikal edeceğine dair düzenlemeleri bu kanunnamelerde görebilmek mümkündür. 18. yüzyıl öncesinde arazi hukukunun bir diğer kaynağı da bölgesel nitelik taşıyan sancak kanunnameleri idi. Bu kanunnameler her sancak için hazırlanan *tahrir*¹⁴ defterlerinin başında yer alırdı. Sancak kanunnameleri hazırlandığı idari birimin yerel bazı özelliklerine uygun farklılıklar içerebilirdi; alınan vergi türü, miktarı, hangi verginin hangi dönemde alınacağı veya bazı para cezaları buna örnek gösterilebilir.

Osmanlı İmparatorluğu’nda 17. yüzyıldan sonra, önceki dönemlerde yapılanlara benzeyen, hukukun farklı alanlarına dair hükümleri bir araya getiren kanunname metinlerinin daha seyrek görüldüğü anlaşılmaktadır. Bu hususta Ahmet Akgündüz’ün Osmanlı Kanunnameleri neşriyatında yer alan bazı kanunnameler istisna teşkil etmektedir. 17. yüzyıl başında I. Ahmed devrine (1603-1617) atfedilen bir metin ile 18. yüzyıla ait III. Ahmed dönemine (1703-1730) atfedilen bir metin, 1300-1600 yılları arasındaki genel kanunnamelerin yukarıda açıklanan teknik özelliklerini taşımaktadır. Bu iki metin haricinde 17. ve 18. yüzyıllarda sancak kanunnamelerinin ve bazı derlemelerin hazırlanmış olduğu görülür. Bu derlemeler, 18. yüzyıl öncesinde Nişancı Celalzade Mustafa Çelebi (ö.1567), Şeyhülislam Ebussuud Efendi (ö. 1574), Pir Mehmed (ö. 1611),

¹³ Halil İnalçık, “Kanunname”, *DİA*, C. XXIV, 2001, s. 335-336.

¹⁴ Tahrir yeni fethedilen bir yerde tarımsal üretimin vergilendirilmesi amacıyla yapılan bir tür nüfus sayımıdır. Timar sisteminin uygulandığı bölgelerde yapılan sayımlar ile köylünün tasarruf ettiği mülk, ürettiği değer kayıt altına alınır. Bu kayıt belirli olmayan aralıklarla yenilenir. 16. yüzyılın sonuna doğru tahrir kayıtlarının giderek seyrekleştiği görülmektedir. Bu azalma o yıllarda yaşanan isyan ve göç süreçleriyle de bağlantılıdır. 17. yüzyıldan itibaren avarız ve cizye tahrirlerinin ön plana çıkması söz konusu olmuştur, bu durum devletin gelir kaynağı bakımından avarız vergisini tercih etmeye başlamasıyla açıklanmıştır. 17. ve 18. yüzyıldaki vergi adaletsizliği gibi sorunların arka planında tahrir kayıtlarının düzensizleşmesinin etkileri de tartışılmıştır. Bkz. Mehmet Öz, “Tahrir”, *DİA*, C. XXXIX, 2010, s. 425-429; McGowan, a.g.e., s. 835.

Nişancı Okçuzade (ö. 1630), Şeyhülislam Zekeriyazade Yahya Efendi (ö. 1644), Şeyhülislam Bahai Mehmed Efendi (ö. 1654), gibi hukukçular tarafından düzenlenmiş, mîrî arazi rejiminin uygulanmasına dair kanun ve fetvaları bir araya getirmektedir.¹⁵ Bu kanun ve fetva metinlerinin bir kısmı mîrî ve mülk arazi arasındaki ayrımın ne şekilde yapılması gerektiğine dair kuralları içermektedir.

Bilindiği gibi hukukî statüleri farklı olan arazi tiplerinin sistematik bir tasnifi Osmanlı İmparatorluğu'nda ilk defa 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi ile yapılmıştır. Bu kanunnamenin klasik Osmanlı ekonomik sistemi ve toprak rejimine aykırı olmadığı, önceki yüzyıllarda görülen düzenlemelerde olduğu gibi küçük üreticiyi ve küçük arazi sahibini korumaya yönelik önlemleri içerdiği literatürde ifade edilmektedir.¹⁶ Arazi Kanunnamesi'nde düzenlenmiş olan farklı toprak kategorileri ilk defa bu dönemde ortaya çıkmamıştı. 19. yüzyıl öncesine ait olan hukuk metinlerinde aynı terimlerin kullanıldığı görülebilir. Örneğin Halil Cin Tanzimat öncesi kaynaklara dayanarak bu dönemde arazinin mülk, mîrî ve vakıf arazi olarak sınıflandırıldığını belirtmektedir.¹⁷

Mîrî ve mülk arazilerin hukukî rejimindeki farklılık, Şeyhülislam Ebusuud Efendi tarafından verilmiş pek çok fetvada net bir biçimde açıklığa kavuşturulmuştur. Bu fetvaların en bilinen örneklerinden biri, Budin için hazırlanmış, hangi tip malın özel mülk, hangi tip malın mîrî arazi olduğu açıkça belirtilmiştir:

“...umûmen vilâyet-i merkumenin ehli yerlü yerinde mukarrer olub ellerinde olan emvâl-i menkûleleri ve kasabâtta ve kurâda olan evleri ve bağlarının ve bağçelerinin imâretleri kendülerinin mülkleri olub her nice dilerler ise tasarruf ideler, bey'e ve hibeye ve sâir vücûh-i temlikâta kâdir olalar, bağlarının ve bağçelerinin hukukın edâ ideler, fevt olduklarında vereselerine temlik tarikiyle intikal eyleye asla kimesne dahl ve taarruz eylemeye ve ziraat ve hırâset idegeldikleri tarlaları dahi ellerinde mukarrer ola lâkin zıkr olunan esnaf gibi malları mülk olduğu gibi tarlaları mülkleri olmayub belki sâir memâlik-i mahrûsede arz-ı mîrî dimekle marûf olan arazi memleket/mülk kabilinden olub rakabe-i arz beyti'l-mal-i müslimîn içün âriyet tarikiyle reayanın tasarruflarında olub envâi hubûbdan ve sâir mezrûâtıdan her ne dilerler ise eküb biçüb öşr adına olan hârâc-ı mukâsesinin ve sâir hukukın edâ idüb nice diler ise istiglâl

¹⁵ Bu tip derlemelerin farklı arşivlerde farklı başlıklarla yer aldığı görülmektedir. Özellikle Süleymaniye Kütüphanesi'nde *Kanunname-i Cedid*, *Kanunname-i Sultan Süleyman Han*, *Kavanin-i 'Al-i Osman* gibi farklı başlıkları altında bu tip el yazmalarını bulmak mümkündür.

¹⁶ Mustafa Macit Kenanoğlu, *1858 Arazi Kanunnamesinin Osmanlı Siyasal ve Toplumsal Yapısı Üzerine Etkileri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s. 182.

¹⁷ Halil Cin, *Türk Hukukunda Mera, Yaylak ve Kışlaklar*, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 1980, s. 26.

ideler. Madem ki, arzı tatil etmeyüb kemâ yenbeğî zirâat ve hirâset ve tamir edeler bî-kusur hukûkun edâ edeler, kimesne dahi ve taarrüz eylemeye, fevt oluncaya değin tasarruf edeler. Fevt oldukda oğulları kendiler makâmına kâim tafsîl-i mezkûr üzere tasarruf edeler. Oğulları kalmaz ise, şâir memâlik-i mamûre arâzisi üslûbı üzerine tamire kâdir kimesnelere ücret-i muaccesı alınub tapuya verile. Anları dahi tafsîl-i sâbık üzerine tasarruf edeler. Ve bağlarının ve bağçelerinin yerleri dahi bu kâbilden olub üzerinde imareti harâb oldukda yerleri sâir tarlalar gibi tasarruf olunub üzerindeki bağ ve bağçe gibi mülkleri olmak tevehhüm olunmaya.”¹⁸

Bu alıntıdan yola çıkarak temelde üretim tipine bağlı bir ayırımın benimsendiği söylenebilir; menkul malların, kasaba ve köyde yer alan ev, bağ ve bahçelerin özel mülk statüsünde olduğu, miras yoluyla devredilebileceği açık bir biçimde ifade edilmiştir. Buna karşın, tarlaların mülk olmadığı ve mîrî statüde olduğu belirtilmiştir. Alıntının son cümlesinden anlaşılması gereken bir husus, bağ ve bahçenin kendisi ile üzerinde bulunduğu arazinin hukukî statülerinin ayrı tutulduğu meselesidir: Bu tip birimler bozuldukları takdirde, arazi diğer tarlalar gibi tasarruf olunacaktır. İslam ve Osmanlı hukukunda yer ve yer üzerindeki nesnenin hukukî statüsü ayrı olabilmektedir. Örneğin mîrî arazi üzerinde yer alan bir ağaç veya bina özel mülk statüsünde olabilir. Bu durumda binanın inşa edilmesini ve ağacın veya bağın dikilmesini hukuken mümkün kılan unsur, sâhib-i arzın bu fiile izin vermiş olmasıdır. Pir Mehmed'in Zahir'ül Kudat derlemesinde yer alan bir fetvada bu şekilde dikilmiş olan ağaçların miras yoluyla varislere devredilebileceği dikkati çeker: “Mesele: Zeyd tasarrufunda olan tarlasın mutasarrıf iken sâhib-i arz izniyle birkaç dib meyve eşcâr gars edüb badehû Zeyd bila veled fevt olsa, hâlâ Zeyd'in veresesi ol eşcârı zabta kâdir olurlar mı? El-Cevâb: Olurlar; yerinde ibkâ ederlerse sâhib-i arza behresin vermek lâzımdır.”¹⁹

Bu örneklerden hareketle zirai tarım yapılan bir arazinin hiçbir şekilde özel mülk olamayacağını düşünmemek gerekir. Nitekim, birazdan incelenecek şer'îye sicillerinden alınan bazı örneklerde, tarla olarak tanımlanmış arazilerin özel mülkün tâbi olduğu kurallara göre el değiştirdiğini görebilmek

¹⁸ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kânûnnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. IV, İstanbul, Fey Vakfı, 1992, s. 79.

¹⁹ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kânûnnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. IX, İstanbul, Fey Vakfı, 1996, s. 452. Bu bağlamda Colin Imber Osmanlı hukukunun Hanefi doktrini çerçevesinde hareket ettiğini vurgulayarak ikili bir ayırma gider. Yazar öncelikle mîrî arazi üzerinde bağ ve bahçelerin hukukî statüsünden bahseder, bu durumda arazi ile üzerinde bulunan bahçe veya bağın statüsü ayrıdır. Bkz Colin Imber, “The Status of Orchards and Fruit-Trees in Ottoman Law”, *Studies in Ottoman History and Law*, İstanbul, Isis Press, 1996, s. 207.

mümkündür. Bu kuralların yine Ebussuud'un bir diğer fetvasında açıklandığı görülebilir:

“Mesele: Bi hasebi'ş-şer'-i şerif, memleket-i Rum'da reaya elinde olan arz-ı öşriyenin bey'i ve rehni ve vediaı ve ariyeti ve şufası ve istibdâli üzerine teamül-i nâs vaki olup kudat hüccet vormeleri şer'i midir beyan buyurula.

El-cevab: Arz-ı öşriye ve arz-ı haraciye sahife-i uhrada beyan olunmuşdur, ikisinde bile tasarrufât-ı mezkurenin cümlesi şer'îdir, amma reaya ellerinde olan arazi ne öşriye ve ne haraciye dir belki arz-ı memleketdir ki arz-ı mîrî demekle marufdur ve meşhurdur, rakabesi beytül-malindir. Tasarrufu reaya ya tefvîz olunmuştur, ekerler ve biçerler, harac-ı muvazzafını çift akçesi adına ve bazı diyarda tasma akçesi adına harac-ı mukasemesini öşr adına verirler, biri fevt olup oğlu kalsa kendi gibi tasarruf ider kimesne dahl edemez, ve illa sipahi ahara tapuya virir. Kızı kalsa, el virdiği tapu ile ana virir, mutasarrıf olanlar asla tasarrufât-ı mezkureden hiçbirine şer' ile kâdir olmazlar, eğer birisi birinden hakk-ı kararın alup tasarrufun tefvîz etdikde sipâhi eğer câiz görürse tasarrufa kâdirdir, ve illa değildir, kudat bey' ve şirâ hüccetin vormek bâtil muhazdır, anın gibi vaki' olıcak sipâhi izniyle filandan şu kadar akçe alup yerinin tasarrufun ana tefvîz idüb sipâhi dahi ana tapuya virdi deyu hakk-ı kararın yazmak gerekdir, vediat komak ve âriyet vormek ber hükm-i şer'i icâb ider nesne değildir ve reaya yerlerini kullanmağa yahud hıfz etmeğe bir kimesneye virse dilediği vakitte yine almağa kadirlerdir. Ketebe Ebussuud.”²⁰

Fetvada yer alan haklar ve sorumluluklar, çeşitli kanun ve fetvalarda farklı şekillerde ifade edilmiştir. Örneğin, tasarruf hakkı sahibi köylünün vefatından sonra, bir oğlu ve bir kızı kaldığı takdirde, toprağın tamamının erkek evlada geçeceği, kız evladın toprak üzerinde tasarruf hakkı talep edemeyeceği II. Bayezid dönemine ait bir kanunnamede yer almıştır.²¹ Metnin bu makale için önem arz eden kısmı ise mîrî arazinin ne suretle devredileceğini içeren bölümdür. Bu fetvada açıkça belirtildiği üzere, mîrî arazinin bey'i yani satımı, vedia veya âriyet yoluyla kullandırılması, arazi üzerinde rehin tesis edilmesi, köylü tarafından gerçekleştirilebilecek işlemler değildir. Mîrî arazinin devri, köylü tarafından ancak tasarruf tefvîzi şeklinde gerçekleştirilebilmektedir ve

²⁰ “Osmanlı Kanunnâmeleri”, *Millî Tettebbular Mecmuası*, C. I, No: 1, İstanbul, Matbaa-yı Amire, 1331, s. 51-52. Aynı metnin Süleymaniye Kütüphanesi'nde bulunan bir el yazmasında bazı farklılıklar tespit edilmiş; örneğin soru kısmında “arz-ı öşriye ve arz-ı haraciye” ifadesinin kullanıldığı görülmüştür. Yine bu metinde “...biri fevt olup oğlu kalsa kendi gibi tasarruf eder kimesne dahl edemez ve illa sipahi ahara tapuya virirse, kadime muhalif, el virdiği tapu ile ana verir...” gibi bazı ek ifadeler yer almaktadır. Bkz. *Kanunnâme*, Süleymaniye Kütüphanesi, Çelebi Abdullah 159, vr. 4b-5a.

²¹ “Ve bir ra'yyet fevt olub oğlu ve kızı kalsa, cemî-i çiftlik oğlu elinde ola, kızına hisse yok; kızı dahi benüm de hissem vardır deyu hisse talep etmeye.” Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. II, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, 1990, s. 68.

bu noktada sipahinin izin vermesi elzemdir. Nitekim Nişancı Okçuzade tarafından hazırlanan daha geç tarihli bir kanunda da mîrî arazinin üzerindeki tasarruf yetkisinin tefvîz yoluyla, sâhib-i arzın bilgisi ve izni dâhilinde devredilebileceği kuralı tekrar edilmiştir: “Sâhib-i arz izinsiz tarla tefvîzi muteber olmaz. Birkaç sene oşır ve resmin dahi alsa izn olmaz. Sarîhan izn lazımdır.”²²

Tefvîz “bir gayrimenkulün tasarruf hakkını bilinen bedel karşılığında bir kimsenin üzerinde bırakmak”²³ anlamına gelir. Şer'îye sicillerinde mîrî arazinin bedel karşılığı devri için genelde tefvîz ve ferağ terimlerinin bazen bir arada bazen tek tek kullanıldığı görülmektedir.²⁴ Doktrinde “bir hakkın terk ve ıskatı, mücerret ve adi bir haktan vazgeçme”²⁵ olarak tanımlanmış ferağ sözleşmesinin konusu, rakabesi üçüncü bir şahsa ait olan bir malın devridir. Özel mülk olan malların satımı ise bey' u şira ile gerçekleştirilebilir. Bey' İslam hukukunda “... mülkiyeti nakledici, bağlayıcı (lazım), tam iki taraflı (ivazlı) ve rızaî bir akid olup isimli (tipik) akidlerin en başında gelendir.”²⁶

Özetle, “Kimse sahip olduğundan daha fazlasını devredemez.” ilkesinin Osmanlı arazi hukukunda geçerli olduğu iddia edilebilir. Araziden yararlanan köylü, mîrî arazinin yalnız tasarruf hakkını devredebilirdi. Mülk ve mîrî arazinin bedel karşılığı devir bakımından farklı rejimlere tâbi olmalarının hukukî ve ekonomik bir sonucu daha bulunmaktaydı. Kural olarak, mîrî arazinin devri sırasında sâhib-i arza resm-i tapu adı verilen ücretin ödenmesi gerekmektedir. Şeyhülislam Yahya Efendi'nin bu hususta verdiği bir fetvadan, paranın araziye devralan kişiden alınacağı anlaşılmaktadır: “Mesele: Zeyd mutasarrıf olduğu tarlalarını Amr'a tefvîz etdikde sipahi mukabele-i iznde alacağı akçeyi Zeyd'den mi alır yohsa Amr'dan mı alır? El-cevab: Amr'dan alır, ketebe el-fakir Yahya.”²⁷ Buna karşın, arazi üzerinde mülk statüsünde olan eşyanın devrinden böyle bir para alınması söz konusu değildi: “Mesele: Zeyd arz-ı mîrî üzerinde mağrus bağçesini Amr'a bey' etdikde sipahi şu kadar akçe resm ver deyub bayiden ve müşteri den almağa kadir olur mu? El-cevab: Olmaz, ketebe el-fakir Mehmed Bahâî.”²⁸

²² *Kanunnâme-i Cedid*, Süleymaniye Kütüphanesi, Esad Efendi 854-1, vr. 13-b.

²³ Abdüssamet Bakkaloğlu, “Tefvîz”, *DİA*, C. XL, 2011, s.

²⁴ Bkz. aş.

²⁵ Ali Bardakoğlu, “Ferağ”, *DİA*, C. XII, 1995, s. 352.

(çevrimiçi) <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c12/c120199.pdf>, 27 Ağustos 2016.

²⁶ Ali Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, C. VI, s. 14.

²⁷ a.g.e., vr. 65.

²⁸ *Kanunname-i Sultan Süleyman Han*, TTK Y-358, vr. 52.

Yukarıda çeşitli fetva örneklerinden yola çıkarak özetlenen arazi devrine dair kurallar, uygulamada nasıl vücut bulmuştur? Satın alınan ya da ferağ yoluyla elde edilen bir arazi, şer'îye sicillerinde ne şekilde tanımlanmaktadır? Osmanlı İmparatorluğu gibi geniş bir coğrafyada, sicil defterlerinde yeknesak bir dilin kullanımı ne ölçüde sağlanmıştır? Eğer terimler arasında yöresel farklılıklar varsa, bu durumun arka planında ne gibi etkenler bulunmaktadır? Makalenin bundan sonraki bölümlerinde bu gibi sorulara cevap aranacaktır.

2. Şer'îye Sicillerinde Mülk Arazinin Tanımlanması

Hukuk dili hakkında yapılacak herhangi bir terminoloji çalışmasında şer'îye sicillerine ek olarak sakk mecmualarında tercih edilen kullanım biçimlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Sakk mecmuası kadının hüküm verdiği meseleyi yazıya geçirirken uyulması gereken belli başlı hususları ve yazı dilini gösteren bir tür yardımcı kaynaktır. Farklı meselelere dair belgeleri bir araya getiren bu mecmuaların içindeki örnek hükümlerin genelde şer'îye sicillerinden seçildiği bilinmektedir.²⁹ Süleyman Kaya, sakk mecmualarında ev için kullanılan mülk teriminin farklı dönemlerde farklı şekillerde ifade edilmiş olduğuna dair bazı örnekler vermiştir: 16. yüzyılda “mülk menzil” şeklinde bir ifade kullanılırken, 17. yüzyılda buna “cem'î tevabî' ve levahıkıyla” ifadesinin eklendiği, veya “silk-i mülk-i sahihamda olup (...) mülk menzilimi kaffe-i hukukıyla” denildiğini, 18. yüzyıla gelindiğinde “yedimde mülk ve hakkım olup (...) mülk menzilimi” veya sadece “mülk menzilimi” veya “silk-i mülk-i sahihamda münselik olup (...) mülk menzilimi” ifadelerinin yer aldığını belirtmiştir.³⁰ 18. yüzyılın ilk yarısında Antakya sicillerinde mülk bahçeler ve ağaçlar için “silk-i mülküm”³¹, “silk-i mülke münselik”³², “silk-i mülküne münselik”³³ ve “silk-i mülkümde münselik ve hafz-ı tasarrufumda dahil”³⁴

²⁹ Süleyman Kaya, “Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (TALİD)*, C. III, No: 5, 2005, s. 380.

³⁰ Kaya, *a.g.e.*, s. 390.

³¹ Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), Meşihat Şer'îye Sicil Defterleri (MŞH.ŞSC.d.)1094, vr. 8-b

³² BOA, MŞH.ŞSC.d..1095, vr. 15-b.

³³ BOA, MŞH.ŞSC.d..1097, vr. 29-b.

³⁴ Adem Kara, “Antakya'nın Üç Numaralı Şer'iyye Sicili”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Anabilim Dalı, 2000, s. 212-213.

ifadelerinin kullanıldığı görülebilir. Aynı dönemde Vidin şer'îye sicilinde de arsa, bağ, çayır, mülk yurt için “silk-i mülküme münselik”³⁵; bağ için ise “silk-i mülk-i sahihinde münselik”³⁶ ifadeleri kullanılmıştır. Bu terimler sicil kaydının başında, genelde kadı huzuruna çıkan veya devreden kişi için kullanılmaktadır. Ancak her mülk bahçe için bu ifadelerin kullanılmadığını belirtmek gerekir, bu bağlamda ifadenin kullanılmamış olması emtianın hukukî statüsü açısından belirleyici sayılamayabilir, bazen bahçe veya bağın mülk olduğu başka bir şekilde, örtülü olarak ifade edilebilir. Terim çeşitliliği konusunda Süleyman Kaya, aynı döneme ait sakk mecmualarında dahi kavramlarda ve terkiplerde dahi farklılık bulunduğunu ifade etmektedir.³⁷ Bu makalede incelenen terimler, ağırlıklı olarak, şer'îye sicillerinde özel mülk olan eşyanın bey'-i batt-ı sahih veya bey'-i kat'i gibi sözleşmelerle devri sırasında kullanılan terimlerdir. Bu şekilde devralınan mallar için genellikle kullanılan terim, “mülk-i müşterâ”dır. Bazı örneklerde ise buna “mülkiyet üzere” terimi eklenebilmektedir.

2.1. “Mülk-i Müşterâ”

Vidin'de bey'-i batt-ı sahih ile devredilen arazi içinde en büyük payı bağ ve bahçeler oluşturmaktadır. Bu makalenin yazımı sırasında incelenen Vidin şer'îye sicil defterlerinde toplamda on yedi adet bey' kaydı görülmüştür. Bu bey' sözleşmelerinden on ikisinde bağ ve bahçeler, dört adet sözleşmede ise mülk statüsünde olduğu tahmin edilen çayırlar devredilmiştir. Bunun haricinde “mülk yurt” ve “mülk çiftlik” olarak tanımlanan arazilerin de bey'-i bât ile devredilmiş olduğu örnekler vardır. Antakya'da ise toplamda otuz altı adet bey' işlemi tespit edilmiştir. İncelenen Antakya kayıtlarında arazi devri için Vidin'den farklı olarak bey'-i kat'i terimi yer almamaktadır. Antakya'nın coğrafi özellikleri, bu şehirde daha çeşitli ürünün yetişmesine sebep olmaktadır; bu ürünlerin bir kısmı mülk niteliğindedir. Nitekin Antakya'da incelenen otuz altı kayıta, bey' yoluyla devredilen mülk arasında en büyük pay zeytin, incir gibi, genelde sayısı verilerek belirtilmiş ağaçlar ve dut bahçelerinin aittir.

Mülkiyet hakkının devrine tipik bir örnek, Vidin'de 6 Nisan 1699 (H. 5 Şevval 1110) tarihinde kayda geçmiştir. Bu kayıta İstan isimli bir zimmî,

³⁵ Bulgaristan Cyril ve Methodius Milli Kütüphanesi (NLCM) Vidin Şer'îye Sicili (VŞS), S8, vr. 11.

³⁶ NLCM VŞS S14, vr. 70.

³⁷ Kaya, *a.g.e.*, s. 391.

İbrahim Beşe'ye, üç çeyrek büyüklüğünde bir bağ, bey'-i batt-ı sahih yoluyla devretmiş; bağ için "İbrahim Beşe'nin mülk-i müşterâsıdır benim alâkam kalmadı keyfe mâ yahtar mutasarrıf olsun"³⁸ ifadesi kullanılmış; böylece bağın İbrahim Beşe'nin satın alınmış mülkü olduğu belirtilerek dilediği gibi tasarruf edebileceği anlatılmıştır. Aynı defterde 8 Aralık 1702 (H. 18 Recep 1114) tarihli bir kayıta Ostuyan isimli bir zimmi, İmam Mehmed Efendi ibn İbrahim'e, üç çeyrek büyüklüğündeki bağını bey'-i batt-ı kat'î ile devreder; devralınan bağ için "...Mehmed Efendi'nin bade'l-yevm mülk-i müşterâsıdır"³⁹ ifadesi kullanılmıştır. Görüldüğü üzere, aynı defter içinde, satım için bey'-i batt-ı sahih veya bey'-i batt-ı kat'î ifadeleri kullanılabilmektedir. Bu bağlamda bey'-i bât ve bey'-i kat'î terimlerinin aynı anlama geldiklerinin altını çizmek gerekir. Nitekim Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 116. maddesi "Bey'-i batt, bey'-i kat'î demektir" şeklinde düzenlenmiştir.⁴⁰ Ömer Nasuhi Bilmen de bey'-i battı tanımlarken bey'-i kat'î teriminden yararlanmaktadır: "Bey'-i kat'î demektir ki bey' bi'l-vefa ve bey' bi'l-istiğlal mukabilidir. Bazen de bey' bi'l-hıyar mukabili olarak kullanılır."⁴¹

Vidin'de 1713-1718 arası yılları kapsayan diğer bir defter içinde yer alan 23 Şubat 1714 (H. 8 Safer 1126)⁴², 2 Nisan 1714 (H. 17 Rebiyülevvel 1126)⁴³ ve 10 Nisan 1714 (H. 25 Rebiyülevvel 1126)⁴⁴ tarihli vakalarda, farklı büyüklükteki bağların devri için bey'î kat'î terimi kullanılmıştır, her üç bağın da yeni sahiplerinin hakkı "mülk-i müşterâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun" ifadesiyle tanımlanmıştır. Buna karşın aynı defterde aynı yılda görülen bir diğer kayıta, üç çeyrek büyüklüğündeki bağ için "bey'-i batt-ı sahih"⁴⁵ işlemi ile devir gerçekleştirilmiştir, hakkın tanımlanması için yine mülk-i müşterâ ifadesi kullanılmaktadır. Vidin'de 1714 tarihinden sonra kaydedilmiş vakalar için bey'-i kat'î teriminin kullanılmamış olduğu görülebilir, elbette bu tespit bu çalışmanın konusu olan bağ, bahçe ve diğer mülk arazi satışları için geçerlidir.

³⁸ NLCM VŞS S14, vr. 21, metin 3.

³⁹ NLCM VŞS S14, vr. 70, metin 2.

⁴⁰ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, İstanbul, Matbaa-yı Osmaniye, 1300, s. 41.

⁴¹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, C. VI, Sarmaşık Yayınevi, yyy., yty., s. 8.

⁴² NLCM VŞS S161a, vr. 57, metin 1.

⁴³ NLCM VŞS S161a, vr. 66, metin 1.

⁴⁴ NLCM VŞS S161a, vr. 66, metin 2.

⁴⁵ NLCM VŞS S161a, vr. 102, metin 2.

Örneğin 5 Aralık 1730 (H. 24 Cemaziyülevvel 1143) tarihli bir kayıta, Başçavuş İbrahim Ağa tarafından Ramazan Beşe'ye devredilen 4 dönümlük bağ, bey'-i batt-ı sahih ile devredilmiş, kaydın sonunda Ramazan Beşe'nin hakları "bağ-ı mahdûd-ı mezkûr, mezbûr Ramazan Beşe'nin mülk-i müştêrâsı olup benim asla ve kat'a alâka ü medhalim kalmamıştır"⁴⁶ ifadesi yer almıştır. Yine 7 Temmuz 1743 (H. 15 Cemaziyülevvel 1156) tarihinde, Vidin'de bir bahçe ve beraberinde öküz, tavuk, dana gibi hayvanların bey'-i batt-ı sahih ile devredilmiş olduğu, alıcı İsmail Efendi'nin haklarının "mülk-i müştêrâsı ve hakk-ı sarfıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun"⁴⁷ şeklinde tanımlandığı görülebilir.

Mülk-i müştêrâ ifadesi 18. yüzyılda Antakya sicillerinde de kullanılan bir ifadedir. Ancak Antakya'da buna ek olarak "mülkiyet üzere" ifadesi satım işlemlerinin sonuna eklenmektedir.⁴⁸ Bu iki kaza haricindeki bazı örneklere bakıldığında, 18. yüzyılda mülk-i müştêrâ satım sonrasında alıcının haklarını belirten temel bir terim olma niteliğini haizdir. Örneğin, Diyarbakır'a ait birden fazla şer'îye sicil defterinin transkripsiyonunu içeren bir eserde 24 Eylül 1723 (H. 23 Zilhicce 1135) tarihinde düşülmüş bir kayda göre bağ, bey'-i batt-ı sahih-i şer' ile el değiştirmiş, satın alan kişi için "mülk-i müştêrâsıdır, ... mutasarrıf olsun" ifadesi kullanılmıştır.⁴⁹ Aynı eserde yer alan 28 Nisan 1752 (H. 13 Cemaziyülahir 1165) tarihinde kaydedilmiş bir vakada ise köyde bulunan bağın hissesi bey' ve temlik ile el değiştirmiş, hisse için "mülk-i müştêrâ ve hakk-ı sarfıdır" ibaresi kullanılmıştır.⁵⁰ Antep kazasından 1711-1712 yıllarına ait olayları içeren bir şer'îye sicil defterinde ise mülk bağın bey'-i batt-ı sahih ile devri sonrasında bağı satın alan El-Hac Ali Çavuş'un hakları "mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun"⁵¹ ifadesiyle tanımlanmıştır. Bu defterde görülen diğer iki örnekte de mülk bağ bey' yoluyla devredilmiş ve aynı ifade kullanılmıştır.⁵² Antep'te daha geç tarihli bir defterde görülen örneklerde yine mülk-i

⁴⁶ NLCM VŞS S10, vr. 59, metin 2.

⁴⁷ NLCM VŞS S25a, vr. 57.

⁴⁸ Bkz. a.ş. 3.2. "Mülkiyet Üzeri".

⁴⁹ *Diyarbakır Şer'îye Sicilleri Amid Mahkemesi, (3789 Numaralı Sicil), C. I, haz. Ahmet Zeki İzgöer, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2013, s. 166.*

⁵⁰ a.e., 3712 Numaralı Sicil s. 284.

⁵¹ Ökkeş Nariç, "64 Numaralı Gaziantep Şer'îye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H.1123-1124/M.1711-1712)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 41.

⁵² a.e., s. 65, 101-102.

müşterâ ifadesi geçmektedir. Bu defterdeki ilk örnekte, mülk bahçe bey'-i batt-ı sahih yoluyla satıldıktan sonra, yeni sahip hakkında: "mahdud-i mezkûr bağçe, mezbûr Molla Mehmet'in mülk-i müşterâsıdır. Benim ve müvekkilrimin kat'a alâka ve medhalimiz kalmadı. Keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun"⁵³ kaydı tutulmuştur. İkinci örnekte ise Antep'in Kelpin Köyü'nde yer alan bazı bağlar, bey' ve teslim yoluyla devredilmiştir, devir sonrasında kullanılan terim yine mülk-i müşterâdır.⁵⁴ Antep'te 1742-1743 yıllarına dair olayları içeren bir defterde görülen ilk olayda, bağ ve zeytin ağaçları bey' ve teslim ve temlik edilirken, devralan Seyyid Halil için "mülk-i müşterâsı ve hakk-ı sarfıdır bizim asla ve kat'a alâka ve medhalimiz kalmadı hasbe mâ yeşâ ve yahtar mutasarrıf olsun"⁵⁵ kaydı düşülmüştür. Bu defterdeki diğer bir örnekte bahçe satımı sırasında yine bey' ve teslim ve temlik terimleri kullanılmış, alıcının hakları da bir önceki örnekle aynı şekilde tanımlanmıştır.⁵⁶ Buna karşın, bu defterde görülen sonraki üç örnekte, mülk-i müşterâyâ ek olarak hakk-ı sarf ifadesinin kullanılmadığı görülmektedir. İlk örnekte Dölek köyünde bir bağ bey'-i batt-ı sahih ile devredilmiştir.⁵⁷ İkinci örnekte de Küllü isimli bir köye yakın bir bağ yine bey'-i batt-ı sahih ile devredilmiş, devralan hakkında "bağ müvekkil-i mezbûr el-Hac Mustafa Efendi'nin mülk-i müşterâsıdır benim kat'-a alâka ve medhalim kalmadı hasbe mâ yeşâ ve yahtar mutasarrıf olsun"⁵⁸ kaydı sicile geçirilmiştir. Son örnekte ise bey' ve teslim ve temlik ile devredilen bostan mülk-i müşterâ terimiyle tanımlanmıştır.⁵⁹ Tüm bu olaylardan yola çıkarak, bey' batt-ı sahih ile bey' ve temlik ve teslim terimleri arasında bir fark olup olmadığını kestirmek mümkün gözükmemektedir; zira tüm bu olaylarda devredilen arazi özel mülkiyete dahildir. Aynı şekilde bazı örneklerde hakk-ı sarf teriminin kullanılmasının da nasıl bir hukukî ilişkinin sonucu olduğunu kavramak çok kolay değildir.

⁵³ Ömer Faruk Yılmaz, "98/1 Numaralı Gaziantep Şer'îye Sicili (H.1155/M.1742-1743) Transkripsiyon ve Değerlendirme", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 105.

⁵⁴ a.e., s. 139-140.

⁵⁵ Zemzem Yüceltürk, "98/3 Numaralı Gaziantep Şer'îye Sicili (H.1155/M.1742-1743) Transkripsiyon ve Değerlendirme", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 72-73.

⁵⁶ a.e., s. 109.

⁵⁷ a.e., s. 152.

⁵⁸ a.e., s. 153.

⁵⁹ a.e., s. 154.

Hakk-ı sarf terimi, temelde tasarruf hakkını belirtmek için kullanılmaktadır. Birazdan görüleceği üzere, özellikle Antakya'da mîrî arazi için kullanılan bir terimdir. Öte yandan bu kısımda incelenen örneklerde özel mülk olduğu anlaşılan ve bu rejime göre devredilen arazi için hakk-ı sarf terimi kullanılmıştır. Bir mal bir kişinin mülk-i müşterâsı ise, bu kişinin o mal üzerinde tasarruf hakkının da bulunması gerektiği düşünülebilir. Ancak bu durumda arazi üzerinde hakk-ı sarfın varlığını ayrıca belirtmeye gerek olmadığını söylemek mümkündür. Bağ, bahçe gibi özel mülk olabilen arazinin devrinde, görülen bu fark, sadece kâtibin sözleşmeyi kaleme alırken yaptığı bir tercihin sonucu olabilir mi? Şu ana kadar incelenen örnekler üzerinden hareketle yapılacak en uygun değerlendirmenin bu olduğu söylenebilir. Antep'ten daha geç tarihli bir defterde bir bostan üzerindeki hisseler, yine bey'-i batt-ı sahih ile devredilmiş, alıcı El-Hac Mehmed'in hakları "mülk müşterâsıdır hasbe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun"⁶⁰ cümlesiyle tanımlanmıştır. Bu defterin ilerleyen sayfalarında, bir bağ⁶¹ ve içinde yer alan ağaçlarla bir bahçe⁶² yine aynı sözleşmeyle devredilmiş ve yalnız mülk-i müşterâ terimiyle tanımlanmıştır. Yine de bir iki istisna hariç bey'-i batt-ı sahih devrinde "mülk-i müşterâsıdır", bey' ve temlik ve teslim ile devirde "mülk-i müşterâsı ve hakk-ı sarfıdır" terimlerinin daha sık kullanıldığı görülmektedir. Ancak bu nüansın hukukî bir anlamı var mıdır ve Antep'te görülen bu durum diğer kazalarda da mevcut mudur bunun üzerinde durmak gerekir.

18. yüzyıldaki satım sözleşmelerinin kayıtları sırasında sicile işlenen mülk-i müşterâ teriminin 17. yüzyılda da kullanılmış olduğu anlaşılmaktadır. Kastamonu'da yüzyılın ikinci yarısına ait bir defterde, içinde meyve veren ve vermeyen ağaçları içeren bir bahçenin %50 hissesi, bey'-i batt-ı sahih ile devredilmiş, devralan mal sahibinin hakları "silk-i müşterâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar"⁶³ ifadesiyle tanımlanmıştır. Aynı defterin ilerleyen sayfalarında tespit edilen diğer bir bahçe satımı için de benzer bir ifade söz konusudur; ancak bu sefer "mülk-i müşterâsıdır keyfa mâ yeşa ve yahtar"⁶⁴ ifadesiyle haklar tanımlanmıştır. Yine 17.

⁶⁰ Mehmet Karasakal, "109 Numaralı Ayıntab Şer'îye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H.1165 / M.1752)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 246-247.

⁶¹ a.e., s. 389.

⁶² a.e., s. 496.

⁶³ Pelin İskender, "17. Yüzyılın İkinci Yarısında Kastamonu Şer'îye Sicili", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 19 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994, s. 248.

⁶⁴ a.e., s. 350.

yüzyıla ait, bu sefer Antep'e ait bir defterde görülen bey' sözleşmelerinde, "mülk-i müşterâ" ifadesi kullanılmıştır. Bu defterde incelenen kayıtlarda, bahçe, bostan, cevizlik gibi birimler, "bey'-i batt-ı kat'i" ile devredilmiş, devralınan arazi hakkında "...mülk-i müşterâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun" terimi kayda geçmiştir.⁶⁵ Bu kayıtlara yakın tarihte, Kayseri'den iki farklı örneğe bakıldığında, incelenen ilk defter 1640-1644 yıllarına dair olayları içermektedir. Bu defterde bey'-i batt-ı sahih ile devredilen bahçe, ağaçlar ve buğday için mülk-i müşterâ terimi kullanılır.⁶⁶ Yine aynı defterde bağ için bu ifade kullanılmaktadır.⁶⁷ Kayseri'ye ait ikinci defter ise 1645 yılına dair olayları içermektedir. Bu defterde de mülk bağ olarak ifade edilen bir arazinin "bey'-i batt-ı sahih" ile devredilip mülk-i müşterâ olarak tanımlandığı görülmüştür.⁶⁸

Makale çerçevesinde 17. ve 18. yüzyıla ait inceleme fırsatı bulunan bu olaylarda fetva metinlerinde yer alan kurala aykırı bir uygulama göze çarpmamaktadır. Mülk olarak devredilen emtia, Ebussuud'un verdiği fetvaya uygun olarak bağ, bahçe, ağaç gibi eşyadır. Öte yandan, incelenen bu defterlerde bazı tarlaların özel mülk olabildiği görülmektedir. Yine birazdan inceleneceği üzere, Vidin şehrinde 18. yüzyılda çayır, tarla gibi bazı arazilerin ferağ yoluyla değil, bey'-i batt-ı sahih yoluyla el değiştirdiği, bu sözleşmelerin bir kısmında, sâhib-i arzın devreye girdiği anlaşılmaktadır.

⁶⁵ Bu defterde görülen ilk örnekte dut bostanının bey'-i bat-ı kat'i ile devredildiği görülmüştür, devralınan arazi için "Musa'nın mülk-i müşterâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun" ifadesi kullanılmıştır. Hüsnîye Güler, "21 Numaralı Ayıntab Şer'iye Sicili Defteri H. 1059-1060 (M. 1649-1650) Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 182. İkinci örnekte ise, söğütlük ve üç dib ceviz ağacı bey'-i batt-ı kat'i ile devredilmiştir, haklar yine "mülk-i müşterâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun" şeklinde tanımlanmıştır. a.e., s. 229. Yine bostan devri için bey'-i batt-ı kat'i sözleşmesi kurulmuş satın alan kişi için "Osman Çelebi'nin mülk-i müşterâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun" ifadesine yer verilmiştir. a.e., s. 281. Aynı defterde bir diğer bostanın %50 hissesi yine aynı biçimde devredilmiş ve tanımlanmıştır. a.e., s. 284. Bir diğer örnekte de, bey'-i bat-ı kat'i ile devredilen "iki kıt'a bağ ve üç dib cevz eşcarı" için "mülk-i müşterâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun" tanımı yer almaktadır. a.e. s. 321. Defterin ilerleyen sayfalarında görülen bağ, bostan, ağaç, bahçe veya benzeri emtia üzerindeki hisse devirlerinde yukarıda verilenlerden farklı bir ifade biçimi görülmemektedir. a.e., s. 338-339, 371, 372, 399, 421, 426-427, 463.

⁶⁶ Erdal Çelik, "42-II Numaralı Kayseri Şer'iye Sicili Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi (H. 1049/M. 1640- H. 1054/M. 1644)" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 125.

⁶⁷ a.e., s. 68, 141-142.

⁶⁸ Mukaddes Yılmaz, "55/I Numaralı Kayseri Şer'iye Sicili (1055-1645) Transkripsiyon ve Değerlendirme", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998, s. 111-112.

2.2. "Mülkiyet üzere"

18. yüzyılda şer'îye sicillerinde özel mülk statüsündeki bir arazi devredilirken kayda eklenen bir terim de "mülkiyet üzere" ifadesidir. Her ne kadar, bu çalışmada incelenen kayıtlarda mülk-i müşterâ kadar sık kullanılmamış olsa da bazı kazalarda bir bahçenin, bağın ve ağaçların "mülkiyet üzere" kullanılabileceği özellikle belirtilmiştir. Konuyu somut bir biçimde aktarabilmek için öncelikle Vidin ve Antakya'da birbirine yakın tarihlerde kayda geçmiş birkaç örnek verilebilir. Antakya'da 14 Aralık 1744 (H. 9 Zilkade 1157) tarihinde yapılan bir satım işleminde, Ali bin Mahmud Hacı, Büyükburç isimli köyde otuzu Mustafa Çelebi ibn Abdullah Efendi'ye, on beşi kendine, on beşi ise Yusuf ve Fatma isimli kardeşlere ait olan altmış adet zeytin ağacının, kendi payına düşen kısmını Mustafa Çelebi'ye bey'-i batt-ı sahih ile devretmiştir; devirle ilgili olarak sicile "...mezkûr on beş adet zeytin eşcarlarında benim asla ve kat'-a medhalim kalmadı, merkum Hacı Mustafa'nın mülk-i müşterâsı ve hakk-ı sarfıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mülkiyet üzere mutasarrıf olsun..."⁶⁹ kaydı düşülmüştür. Vidin'de ise 25 Aralık 1743 tarihinde mülk-i mevrûs bir çiftliğin bey' batt-ı sahih ile devredildiği, devredilen mal için "mûmaileyh el-Hac Mehmed Ağ'a'nın mülk-i müşterâsı ve hakk-ı sarfıdır heyşe mâ ve yahtar mutasarrıf olsun"⁷⁰ ifadesinin kullanıldığı görülür. Yine Antakya'da 12 Aralık 1743 (H. 25 Şevval 1156) tarihindeki diğer bir bey'-i batt-ı sahih sözleşmesinde, hali hazırda müşterek olarak tasarruf edilen birden fazla bahçe üzerinde bir kişinin veraset işlemleri sonucunda sahip olduğu payın devredilmesi söz konusudur. Bu sözleşme ile, dört farklı bahçe üzerindeki hisse devredilmiştir; devir, bu bahçelerden birinin müstemilâtında yer alan dolab-ı harir ve bir çift öküz ve kazgan-ı harir ve altı sütun üzerinde mebni dam-ı hariri de kapsamaktadır. Bu ikinci kayıta, devredilen emtia hakkında "bağçe, mezkûrelerin külliye 'ale'l-iştiraki's-seviye mülkleridir keyfe mâ yeşa ve heyşe mâ yahtar mülkiyet üzere mutasarrıf olsunlar"⁷¹ ifadesi kullanılmıştır.

Bu üç örnekte dikkati çeken ilk husus, yukarıda Antep için "mülk-i müşterâsıdır" ile "mülk-i müşterâsı ve hakk-ı sarfıdır" terimleri arasında yapılan

⁶⁹ Adem Kara, "Antakya'nın Üç Numaralı Şeriyye Sicili", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Anabilim Dalı, 2000, s. 78-79, belge 49.

⁷⁰ "Ebubekir Çiftliği demekle maruf tillen 300 zira ve arzen 300 zira mülk-i mevrûs çiftliklerini...". Bkz. NLCM VŞS 25a vr. 56.

⁷¹ Kara, a.g.e., s. 72.

ayrımın Vidin ve Antakya'daki bu örneklerde geçerli olmadığıdır; her iki kazada da bey'-i batt-ı sahih ile devredilen arazi için ikinci terim kullanılmıştır. Buna ek olarak, Antakya'da "mülkiyet üzere" teriminin sicile kaydedilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu ifade, Vidin'de 1700-1750 yılları arasında kayda geçen ve yukarıda bazı örnekler verilen olaylardan farklı olarak, Antakya'da yaygın biçimde kullanılmıştır. Devredilen malın mülk olması, bey' yoluyla satımının yapılması, şu ana kadar verilen tüm örneklerde ortak bir özellik iken Antakya'da böyle bir farkın ortaya çıkmasında yatan sebep ne olabilir? Bu soruya cevap vermeden önce "mülkiyet üzere" teriminin zamana ve mekâna özgü olup olmadığını anlamak gerekir.

Antakya kazasına ait defterlerde mülkiyet üzere ifadesi 18. yüzyılın başından beri kullanılmaktadır.⁷² Örneğin Şubat 1709 (H. Evail-i Zilhicce 1120) tarihine ait bir kayıtta, Hacı Halil Çelebi'nin bey'-i batt-ı sahih ile devraldığı bahçeler için "Halil Çelebi'nin mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ yeşa ve heyşe mâ yahtar mülkiyet üzere mutasarrıf olsun"⁷³ tanımı yapılmaktadır. Defterde yer alan zeytin ağacı⁷⁴, bahçe⁷⁵ gibi örneklerde de aynı durum söz konusudur. 1730'lu yıllara ait vakaları içeren ikinci defterde görülen ilk örnekte yüz on dokuz adet zeytin ağacının %50 hissesinin bey'-i batt-ı sahih ile devredildiği kayda geçmiş, devralınan arazi için "mülk-i müştêrâsı ve hakk-ı sarfıdır mülkiyet üzere mutasarrıf olsun"⁷⁶ ifadesi kullanılmıştır. Bu defterin ilerleyen sayfalarında yine bey'-i batt-ı sahih ile devredilen bir dut bahçesi için "İbrahim Çavuş'un mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ ve heyşe mâ mülkiyet üzere mutasarrıf olsun"⁷⁷ tanımı yapılmaktadır. Yine bu

⁷² Antakya 18. yüzyıl öncesinde bağımsız bir kaza niteliğini haiz değildi. Şehrin idari olarak Haleb'e bağlanması yörenin fethinden sonra devam ettirilen bir uygulama olmuştur. Yönetimdeki bu düzenleme, Haleb'in Antakya içindeki Süveyde İskelesi'nden Akdeniz'e açılabilmesini de kolaylaştıran bir etkidir. 1581 tarihinde ise Antakya tekrar bağımsız bir sancak haline gelmiştir. Ancak Evliya Çelebi'nin anlatısında şehir Haleb valisine bağlı bir voyvodalık olarak anılmaktadır. İdari açıdan, Antakya'nın, 18. yüzyılda Haleb vilayetine bağlanmış olan bir kaza merkezi niteliğinde olduğu bilgisi, arşiv kayıtlarından ve literatürden elde edilebilmektedir. Bkz. *Günümüz Türkçesiyle Evliya Çelebi Seyahatnâmesi*, 3. Kitap, 2. Cilt, Haz. Seyit Ali Kahraman ve Yücel Dağlı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2006. s. 71; Enver Çakar, *XVI. Yüzyılda Haleb Sancağı (1516-1566)*, Elazığ, TC Fırat Üniversitesi Orta-Doğu Araştırmaları Merkezi Yayınları, 2003, s. 17, 33; Abdülkadir Gül, "Antakya Kazasının Sosyal ve Ekonomik Yapısı 1709-1806", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 24-25.

⁷³ BOA, MŞH.ŞSC.d..1094, vr. 5b metin 2.

⁷⁴ BOA, MŞH.ŞSC.d..1094, vr. 6a, 28 metin 1, 34b metin 1.

⁷⁵ BOA, MŞH.ŞSC.d..1094, vr. 7a metin 2, 8b.

⁷⁶ BOA, MŞH.ŞSC.d..1095, vr. 4b metin 2.

⁷⁷ BOA, MŞH.ŞSC.d..1095, vr. 10b metin 2.

defterde yer alan bahçe satımı “El-Hac Ali’nin mülk-i müşterâsıdır keyfe mâ yeşa mülkiyet üzere mutasarrıf olsun”⁷⁸ şeklinde kaydedilmiştir.

İncelenen son üç örnek içinde yalnız birinde bey’ yoluyla devredilen eşya için “hakk-ı sarf” terimi de kayda geçmiştir. “Mülk-i müşterâ ve hakk-ı sarfıdır” terimi 1730 tarihinden önce Antakya’da satım yoluyla devir vakalarında kullanılmazken, 1730 tarihinden sonra yaygınlaşmıştır. Örneğin, Antakya’da 25 Aralık 1743 (H. 9 Zilkade 1156) tarihli bir örnekte, farklı köylerde yer alan bir bağ ve bir bahçenin bey’-i batt-ı sahih ile devri sırasında sonucunda, alıcı El-Hac İbrahim Efendi’nin hakları için “mülk-i müşterâ ve hakk-ı sarfıdır mülkiyet üzere mutasarrıf olsun”⁷⁹ ifadesi kullanılmıştır. Aynı defterde bundan bir yıl sonra kayda geçmiş birkaç vakada bu sefer dut bahçesi⁸⁰, incirlik⁸¹ ve yirmi altı adet zeytin ağacı⁸² satımı için “mülk-i müşterâ ve hakk-ı sarfıdır mülkiyet üzere mutasarrıf olsun” ifadesi yer alır. Antakya’daki dördüncü defterde de benzer bir durum söz konusudur. Bu defterden ilk örnekte, 19 Kasım 1749 tarihinde, iki farklı mahallede bulunan zeytin ağaçlarını satın alan Mehmed Hacı’nın hakları “mülk-i müşterâ ve hakk-ı sarfıdır, mülkiyet üzere mutasarrıf olsun”⁸³ ifadesiyle tanımlanmıştır. Bundan birkaç ay sonra devredilen dut bahçesi üzerindeki haklar da aynı ifadeyle tanımlanmıştır.⁸⁴ Antakya’dan incelenen son defterde de, bey’-i batt-ı sahih ile devredilen bahçe⁸⁵, dut bahçesi⁸⁶, zeytin, ceviz ve badem ağaçları⁸⁷ yine aynı şekilde kayda geçirilmiştir.

18. yüzyıl şer’îye sicillerinde mülkiyet üzere kaydının düştüğü diğer bir örnek Konya kazasıdır. Örneğin 25 Nisan 1749 tarihinde (H. 7 Cemaziyülevvel 1162) bir bağ bey’-i batt-ı sahih yoluyla devralan Seva veled-i Balı’nın hakları, “mülk-i müşterâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mülkiyet üzere zabt ve tasarruf eylesin”⁸⁸ şeklinde tanımlanmaktadır. Yine aynı defterde, mülk kürum (asma

⁷⁸ BOA, MŞH.ŞSC.d..1095, vr. 15b metin 1.

⁷⁹ Kara, a.g.e., s. 90-91.

⁸⁰ a.e., s. 130-131.

⁸¹ a.e., s. 132-133.

⁸² a.e., s. 143-144.

⁸³ BOA, MŞH.ŞSC.d..1097, vr. 12b, metin 1.

⁸⁴ BOA, MŞH.ŞSC.d..1097, vr. 18a, metin 1. Aynı defterin ilerleyen sayfalarında da benzer örnekler mevcuttur.

⁸⁵ BOA, MŞH.ŞSC.d..1098, vr. 2.

⁸⁶ BOA, MŞH.ŞSC.d..1098, vr. 14.

⁸⁷ BOA, MŞH.ŞSC.d..1098, vr. 36

⁸⁸ Mehmet Altan, “1748-1749 Yılında Konya’da Sosyal ve İktisadî Hayat (57 Numaralı Şer’îye Siciline Göre)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 208.

çubuğu), bir buçuk dönüm tarla ve ağaçları kapsayan bir bağ, bey'i batt-ı sahih ile devredilmiş; alıcı Havva'nın durumu "bağı ve mahdud tarla-yı mezkûr mezbûre Havva'nın mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mülkiyet üzere zabt ve tasarruf eylesin" kaydı düşülmüştür.⁸⁹ Ancak, aynı defterde mülkiyet üzere ifadesinin geçmediği olaylar da bulunmaktadır. Bir dönüm mülk bağı bey'-i batt-ı sahih ile devralan Seyyid Abdülkerim'in hakları "mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ yeşa yahtar mutasarrıf olsun"⁹⁰ şeklinde kayda geçmiş; yine mülk bağ devralan Seyyid El-Hac Mehmed için "mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ yeşa mutasarrıf olsun"⁹¹ ifadesi kullanılmış; bir diğer mülk bağı alıcısının hakları "mezkûr Ayşe'nin mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ yeşa zabt ve tasarruf eylesin"⁹² olarak sicile işlenmiştir. Bu defterde özellikle bağ⁹³ satımında bey'-i batt-ı sahih sözleşmesinin kurulduğu ancak mülkiyet üzere teriminin zikredilmediği dikkati çekmektedir. Defterde ayrıca, bu makalenin konusuna girmeyen ev⁹⁴ ve dükkân⁹⁵ ve benzeri binaların da satımı sonrasında mülkiyet üzere teriminin sicile kaydedilmemiş olduğu görülmüştür. Ancak bu tip bir ayrımın şimdilik sadece bu defterde yer aldığını söylemek mümkündür.

Konya'da mülkiyet üzere teriminin kullanıldığı bir diğer defterde, iki farklı ifade üzerinde durmak gerekir. Bu defterdeki sözleşme örneklerinde "ber vech-i mülkiyet" terimi kullanılmaktadır ki bu terimin de mülkiyet üzere, mülkiyet gereği gibi bir anlamı haiz olduğu söylenebilir. "Mülkiyet üzere" terimi ise haksız kazanca itiraz davalarında malı tanımlamak için zikredilmektedir. Örneğin, 4 Kasım 1767 (H. 11 Cemaziyülahir 1181) tarihli bir sözleşmede, mülk bir bağı %50 hissesi bey'-i batt-ı sahih ile devredilmiş, hissenin yeni sahibi için "nısf hisse-i muayyenem karındaşım merkûm Seyyid Mahmûd'un mülk-i müştêrâsı ve hakk-ı sarîhi olmuştur keyfe mâ yeşâ ve yahtar ber-vech-i mülkiyet zabt ve mutasarrıf olsun"⁹⁶ cümlesi kayda geçirilmiştir. Bu defterde, bağ haricinde bahçe⁹⁷, ev, dükkân,

⁸⁹ "bir tahta mülk kurum ve bir buçuk dönüm tarla ve eşcarı müştêmil bağımız" a.e., s. 222-223.

⁹⁰ a.e., s. 73.

⁹¹ a.e., s. 75.

⁹² a.e., s. 97.

⁹³ a.e., s. 109, 113, 117-118, 119, 125-126, 127-128, 141, 143. Örnekler çoğaltılabilir.

⁹⁴ a.e., s. 71, 95, 288, 291.

⁹⁵ a.e., s. 67.

⁹⁶ M. Faruk Karacaoğlu, "1765-1768 yılları arasında Konya'da sosyal ve ekonomik hayat (59 Numaralı Konya Şer'iye Siciline Göre)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 286.

⁹⁷ a.e., s. 155-156.

değirmen gibi eşyanın devrinde de ber vech-i mülkiyet tabiri kullanılmıştır.⁹⁸ Fakat özel mülk olduğu şüphe götürmeyecek bazı örneklerde mülk-i müştêrâ terimi kullanılırken, ber vech-i mülkiyetin kullanılmadığı da görülmüştür. Örneğin, 9 Haziran 1766 (1 Muharrem 1180) tarihinde sicilde açıkça mülk olduğu belirtilen bir bağ, bey'-i batt-ı sahih ile devredilmiş ve yeni malik için “bağ-ı mahdûd mezkûr müştêrân-ı mesfârenin mülk-i müştêrâsı ve hakk-ı sarîhi olmuştur keyfe mâ-yeşâ ve yahtar mutasarrıf olsun”⁹⁹ ifadesi kayda geçirilmiştir. Yine 1766 yılında gerçekleşen bir dükkan devrinde mülk-i müştêrâ ve hakk-ı sarîh terimi kullanılırken ber vech-i mülkiyet terimi geçmez.¹⁰⁰

Mülkiyet üzere kaydının Konya'da 18. yüzyıl öncesinde sicil defterlerinde kullanıldığı birkaç farklı örnekten anlaşılabılır. 1629-1631 yılları arasındaki olayları içeren bir defterde bey'-i bât ile devredilen bir mülk bağ için “mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ yeşâ ve yahtar mülkiyet üzere zabt ve tasarruf eylesün” ifadesi kayda geçmiştir.¹⁰¹ 1644-1645 yılına ait ikinci bir sicil defterinde de benzer sonuç tespit edilmiştir. Bu defterde bey'-i batt-ı sahih ile devredilen bir bahçe hakkında, “bir kıt'a bağçe mülkiyet üzere mesfûr Beyâlê'nin mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ yeşâ ve yahtar zabt ve tasarruf eylesün”¹⁰² kaydı düşülmüştür. Ancak, yukarıda 18. yüzyıl defterleri için geçerli olan bir tespit bu dönem için de geçerlidir: dükkan gibi, bağ gibi bazı emtia için mülkiyet üzere ifadesi kullanılmadığı kayıtlar 17. yüzyılda da mevcuttur.¹⁰³ Konya'da 1672-1673 yılına ait kayıtları içeren bir diğer defterde ise mülkiyet üzere veya ber vech-i mülkiyet terimine rastlamak mümkün olmamıştır, bu defterde bağ, bahçe gibi mallar bey'-i batt-ı sahih ile el değiştirmiş ve alıcı için “mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ yeşâ ve yahtar zabt ve tasarruf eylesün”¹⁰⁴ ifadesi

⁹⁸ Örneğin: “menzil-i mezbûrde hak ve alâkam kalmâyub müştêr-i mümâ-i ileyhın mülk-i müştêrâları olmuştur keyfe mâ-yeşâ ve yehtâr zabt ve ber-vech-i mülkiyet tasarruf itsin”, a.e., s. 323.

⁹⁹ a.e., s. 160.

¹⁰⁰ a.e., s. 185.

¹⁰¹ Nurullah Doğan, “1629-1631 Tarihleri Arasında Konya'nın Sosyal ve Ekonomik Durumu (22 Numaralı Konya Şer'îye Siciline Göre)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 378. Aynı eserde pek çok bağın aynı şekilde el değiştirdiği ve kaydedildiği görülmektedir. a.e., s. 388, 394-395, 397, 400, 419, 437.

¹⁰² Hamit Şafakçı, “1644-1645 Tarihlerinde Konya'nın Sosyal ve Ekonomik Durumu (7 Numaralı Konya Şer'îye Siciline Göre)”, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s. 375.

¹⁰³ a.e., s. 109.

¹⁰⁴ Ferrayî Acartürk, “1672-1673 Tarihlerinde Konya'nın Sosyal ve Ekonomik Durumu (7 Numaralı Konya Şer'îye Siciline Göre)”, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 235, 293-294, 337, 379-380, 432.

genel olarak kullanılmıştır. Buna karşın Konya kazasında birkaç yıl sonra tutulan bir defterde yine mülkiyet üzere teriminin kayda geçtiği tespit edilmiştir. Bu defterde 4 Temmuz 1677 (H. 3 Cemaziyülevvel 1088) tarihinde bir bağ satımı sırasında “merkûmânın müstakilen mülkleridir mûmâ-ileyh Mehmed Efendi mülkiyet üzere mutasarrıf olsun”¹⁰⁵ ifadesi zikredilmiştir. Yine aynı defterde arazi hakkında davalarda mülkiyet üzere teriminin kayda geçtiği görülmektedir.¹⁰⁶ Mülk-i müşterâ olarak kaydedilen her eşyanın, dükkanlar gibi özel mülk olduğu şüphe götürmeyecek eşyalar dahil, her zaman mülkiyet üzere kaydını içermemesi bu defter için de tespit edilebilmiştir.

17. yüzyılda Konya haricinde İstanbul sicillerine bakıldığında, çeşitli sözleşme¹⁰⁷ ve uyuşmazlıklarda¹⁰⁸ bahçe, ağaç, ev gibi meta için “mülkiyet üzere mutasarrıf” ifadesinin geçtiğini görebilmek mümkündür. Öte yandan, başkent olan İstanbul’un tipik bir örnek olmadığı bu tip karşılaştırmalı çalışmalarda akıldan tutulması gereken bir husustur.

Makalenin bu kısmında incelenen olaylardan yola çıkarak ön bir değerlendirme yapmak gerekirse, mülkiyet üzere teriminin 17. ve 18. yüzyıllarda impara-

¹⁰⁵ Emrah Akbaş, “13 Numaralı Konya Şer’iye Sicili 1087-1088/1676-1677”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 389.

¹⁰⁶ “bana bâten bey’ ve teslim ve yedimden temâmen kabz-ı semen idüp mülk-i müşterâm olmuştur on beş sene mülkiyet üzere mezbûre Rahîme’nin muvâcehesinde tasarruf iderin”, s. 266.

¹⁰⁷ 16. ve 17. yüzyıla ait İstanbul şer’iye sicil defterlerinin önemli bir kısmı, çevrimiçi olarak taranabilmektedir. “Mülkiyet”, “ferağ”, “bey” gibi terimlerin ne sıklıkta kullanılmış olduğu bu şekilde hızlı bir biçimde incelenebilmiştir. Bu makale için İstanbul’dan bir örnek vermek gerekirse: “Sicill-i Gülpaşa ma’a Hüseyin Sebeb-i tahrir-i sicil budur ki Karye-i Reisli’den Gülpaşa bt. Süleyman mahfil-i şer’a Hüseyin b. Murad ile hâzırân olup mezkûre Gülpaşa bi’l-muvâcehe ikrar ve itiraf kılıp dedi ki zevcim Duralı b. Abdullah’ın karye-i mezkûr sınırında vâki olan çiftliğini ve mutasarrıf olduğu evlerini ve Şirmerd nâm gulâmını ve Dudu nâm câriyesini ve bir kara sığır çift ve bir dahi camus çiftini mülkiyet üzere mutasarrıf olduğu bağını ve bahçesini ve bir camus ineğini bu cümle zikr olan emlak mezkûr Hüseyin b. Murad’a on yedi bin akçeye bey’ edip meblağ-ı mezbûrun dokuz bin akçesin alıp bakisi mezkûr Hüseyin’in zimmetindedir deyicek mukırre-i mezbûreyi mezkûr Hüseyin cemî-i [mâ] ekarra bihisinde vicâhen ve şifâhen tasdik edip kazıyye mâ hüve’l-vâki sebt-i sicil olundu. Tahrîren fî 4 Saferi’l-muzaffer li sene isnâ ve erbain ve tisa mie.”

İstanbul Kadı Sicilleri, C. IV Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil, İstanbul, İSAM Yayınları, 2010 s. 261. (çevrimiçi) http://www.kadisicilleri.org/veri/veritec3_5/uskudar09/261xhk261cg87.pdf, 26.10.2018.

İkinci örnek: “bir kıt’a bağa hâlâ mülkiyet üzere vâzı’u’l-yed olduğu şer’an sâbit olan”, *İstanbul Kadı Sicilleri C. XIV, Rumeli Sadareti Mahkemesi 56 Numaralı Sicil*, İstanbul, İSAM Yayınları, 2011, s. 163

¹⁰⁸ Örneğin “Züleyha’nın zevcesinin mülkiyet üzere tasarruf ettiği meyve ağaçları olup min kadîmî’z-zamân bahçe olup mülkiyet üzere tasarruf olunduğu bi hasebi’ş-şer’ zâhir ve malûm olan yere” *İstanbul Kadı Sicilleri, C. II Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil*, İstanbul, İSAM Yayınları, 2010, s. 97. (çevrimiçi) <http://www.kadisicilleri.org/goster.php?blm=uskudar02&bsm=97dna97sk48>.

torluğun farklı bölgelerinde kullanıldığını görmek mümkündür. Ancak Konya örneğinde olduğu gibi, tek bir kazaya ait defterler arasında bile bazı nüansların bulunduğunu görmek, sicildeki terimlerin belirleyiciliğini sorgulamayı gerektirecektir.

3. Arazi Üzerinde Tasarruf Hakkının Tanımı

Kural olarak, mîrî arazi üzerindeki tasarruf hakkı ferağ ve tefvîz işlemiyle devredilmekte; bu işlemin hukuken geçerli olması için sâhib-i arz izni aranmaktadır. Bu izne ek olarak resm-i tapu deneni bedelin sâhib-i arza ödenmiş olması gerekir. Bu yolla elde edilen mallar, bazı sicil defterlerinde *mülk-i müfevvez* olarak kayda geçmektedir. Buna karşın, Tokat'a ait olan bir sakk mecmuasında ise tefvîz yoluyla ve sâhib-i arz marifetiyle el değiştiren bir tarla için "...hakk-ı örfîsi ve mülk-i müfevvezdir keyfe mâ yurid ve yahtar ve mutasarrıf olsun" ifadesinin yer aldığı görülebilir.¹⁰⁹ Alıntının yapıldığı bu metin tarihsizdir ancak söz konusu mecmua, ağırlıklı olarak 17. yüzyıl sonuna ait belgelerden oluşmaktadır.¹¹⁰ Bu çalışmada incelenen örnekler içinde bazı yerlerde ferağ ve tefvîz ile devredilen mîrî arazi için mülk-i müfevvez teriminin kullanıldığı, bazı yerlerde ise sadece hakk-ı sarf veya taht-ı tasarruf terimlerinin kayda geçtiği tespit edilmiştir. Nadiren de olsa, hakk-ı örfî teriminin kullanıldığı örnekler görülmüştür. Bazı vakalarda ise, tasarruf hakkı devri sonucunda mülk-i müşterâ terimini de içeren kayıtlar dikkati çekmektedir.

3.1. Tasarruf Hakkını Tanımlayan Terimler: Mülk-i Müfevvez ve Hakk-ı Sarf

Mülk-i müfevvez 18. yüzyılda Vidin şer'îye sicillerinde kullanılan bir terimdir. 16-26 Mayıs 1713 (Evahir-i Rebiyülahir 1125) tarihinde düşülen bir kayıta, İsmail Ağa isimli bir kişi, Ömer Ağa'ya üç kıt'a büyüklüğündeki çayırı sâhib-i arz marifetiyle ferağ ve tefvîz etmiştir. Söz konusu çayır için sicilde "Ömer Ağa'nın

¹⁰⁹ Ümit Ekin, *Kadı Buyurdu Katip Yazdı Tokat'a Ait Bir Sakk Mecmuası*, İstanbul, Bilge Yayıncılık, 2010, s. 291.

¹¹⁰ Yazar Ümit Ekin, iki adet açıkça 19. yüzyılda yazılmış olan belgenin şekil açısından diğer belgelerden farklı olduğunu ve muhtemelen mecmuaya sonradan eklendiğini belirtir. Öte yandan defterde pek çok tarihsiz belge bulunmaktadır. *a.e.*, s. 22.

mülk-i müfevvezi olmuştur, keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun” ifadesi sicile işlenmiştir.¹¹¹ Yine 24 Nisan 1720 (H. 15 Cemaziyülahire 1132) tarihinde Vidin kadı sicillerine düşülen bir kayda göre Halil ve Mustafa Beşe isimli kişiler yaklaşık iki buçuk dönüm çayırın hakk-ı tasarrufunu yirmi iki kuruş bedeli karşılığında ve sâhib-i arz marifetiyle ferağ ve tefvîz ve teslim ederler, yine mülk-i müfevvez ifadesi sicilde açıkça geçer.¹¹² Bu olaylara ek olarak, daha karmaşık yapıda hem mülk, hem de mîrî toprağın bir araya gelmesinden oluşan çiftlik benzeri birimlerin dahilinde bulunan arazi için de mülk-i müfevvez terimi Vidin’de kullanılmaktadır.¹¹³

18. yüzyılda mülk-i müfevvez teriminin Vidin haricinde Antep sicillerinde kullanıldığı tespit edilebilmiştir. Antep’ten incelenen ilk sicil defterinde, bu terimin haksız yere zabt edilen mîrî araziye ilişkin davalar sırasında kullanıldığı görülmüştür, örneğin 1729 tarihinde işgal edilen bir tarla için “tarla gâib-i mezbûrun mülk-i müfevvezi olup”¹¹⁴ ifadesi yer almaktadır. Antep’ten bir diğer defterdeki bir vakada, Mehmed’e babası bir bağı hibe etmiş, annesi de bir tarlayı ferağ etmiştir. Ferağ tarlanın üzerinde 1/3 hissenin tefvîz edilmesi yoluyla gerçekleşmiştir ve sicile “tarlanın sülûs-i şâyi’-i merkûm Mehmed’in mülk-i müfevvezidir” şeklinde kayıt düşülmüştür.¹¹⁵ Bu metinde, tarlanın değil ama hissenin mülk-i müfevvez olduğu açıkça belirtilmiştir. Üçüncü bir defter 1715 yılındaki olayları kapsar, bu defterde de sâhib-i arz izniyle ferağ ve tefvîz edilen tarla için “Es-Seyyid Abdullah’ın müfevvezidir hasbe mâ yeşâ ve yahtâr mutasarrıf olsun”¹¹⁶ ifadesi kayda geçirilmiştir. Defterde yer alan diğer ferağ kayıtlarında da mülk-i müfevvez teriminin kullanıldığı görülmektedir.¹¹⁷ Bir diğer defterde, 1743 tarihinde kayda geçen iki

¹¹¹ NLCM VŞS S60, vr. 30, metin 2. Belgenin baş kısmında yırtık olduğu için tarafların sakin oldukları bölge vb. konularda bazı detaylar eksiktir.

¹¹² NLCM VŞS S8, vr. 6.

¹¹³ Bkz. a.ş. 3.2. Karmaşık Yapıyı Haiz Vakalar.

¹¹⁴ Neşe Toğrul, “129 Numaralı Ayıntab Şer’iye Sicilinin (H. 1061, 1108, 1142/M. 1650, 1696, 1729) Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 148-149.

¹¹⁵ Mehmet Can, “61 Numaralı Gaziantep Şer’iye Sicilinin (H. 1124-1125/M. 1712-1713 s. 101-200) Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, , Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 23.

¹¹⁶ Eyüp Erbilici, “1715 Tarihinde Gaziantep’te Sosyal, Siyasi ve İktisadi Yapı (66 Numaralı Gaziantep Şer’iye Sicilleri Metin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis, Kilis / Aralık Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 61. Metnin yazarı tarafından mefvuz olarak transkripsiyonu yapılan kelimenin anlamını Şemseddin Sami sözlüğünde bulmak mümkün olmamıştır. Bu bağlamda kelimeye okuma hatası olabilir veya yerel bir yazım söz konusu olabilir.

¹¹⁷ a.e. 104-105, 149-150, 320-321.

olayda tarladan yine mülk-i müfevvez olarak bahsedilmektedir.¹¹⁸ Son olarak yüzyılın ikinci yarısından bir örnekte de ferağ ve tefvîz yoluyla ve sâhib-i arz izniyle devredilen bir tarladan “tarlalarım kavm es-Seyyid Mehmed Saîd Ağa'nın mülk-i müfevvezidir benim alâka ve medhalim kalmadı”¹¹⁹ kaydıcı sicile işlenmiştir.

Şer'îye sicillerine kaydedilmiş bazı vakalarda hem mîrî hem de mülk statüde toprak parçalarını veya birimleri bir araya getiren malların devri söz konusu olmuştur. Bu tip olaylarda mîrî arazi ve üzerinde yer alan mülk bağ, bahçe, ağaç, bina gibi eşyanın birlikte el değiştirmesi söz konusudur. Örneğin Vidin'de çayır ve değirmenin birlikte olduğu bir üretim biriminde değirmen, mülk olduğu için bey' ile, çayır ise ferağ yoluyla devredilmiştir.¹²⁰ Bu son örnekte devralan kişinin haklarıyla ilgili olarak “değirmen-i mezbûr merkûmun mülk-i müşterâsıdır ve çayırlar hakk-ı tasarrufundadır”¹²¹ şeklinde farklı statüdeki mallar arasında açık bir ayırım yaparak tanımlama tercih edilmiştir. 1720'lerde Antep'te tutulmuş bir defterdeki ilk örnekte de benzer bir durum söz konusudur: bağ, ağaç, bahçe ve tarla devrini içeren bir hüccet içinde ilk üç malın bey'-i batt-ı sahih-i şer'i ile el değiştirdiği, haklarında “mülk-i müşterâsı ve hakk-ı sarfidır” ifadesinin kullanıldığı; tarlaların ise sâhib-i arz izni ve “niza' ve tefvîz” ile el değiştirdiği; haklarında “havza-i tasarrufunda dâhil olup heyşe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun”¹²² ifadesinin kullanıldığı görülebilir. Aynı defterde yer alan bir diğer kayıttta da sâhib-i arz izni ile ferağ ve tefvîz edilmiş bir tarla için “havza-i tasarrufunda olsun” ifadesi kullanılmıştır.¹²³

¹¹⁸ Aylin Kurt, “99 Numaralı Ayıntab Şer'îye Sicilinin (H. 1139-1159/M.1727-1746) Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 19-20, 25-26.

¹¹⁹ Çiğdem Yılmaz, “122 Numaralı Gaziantep Şer'îye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1177-1178/M.1763-1764)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis, Kilis / Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 138-140.

¹²⁰ NLCM, VŞS S43, vr. 24.

¹²¹ a.y.

¹²² Ahmet Külek, “71 Numaralı Gaziantep Şer'îye Sicili Transkripsiyonu (1-101. Sayfalar- H.1132 / M.1720)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Van, 100. Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 199-201. Alıntının yapıldığı tezde niza' olarak okunan kelimenin ferağ olması mümkündür, ancak orijinal metni görme fırsatı bu çalışmada mevcut olmamıştır. Alıntılanan kısım şu şekildedir: “...tarlalar dahi sâhib-i arz marifetiyle üç yüz elli guruşa yedlerine mezbûr El-Hac Mustafa'ya müvekkilelerim mezbûretân Sabiha ve Kalba niza' ve tefvîz ol dahi kabul ve tefevvüz eyledikden sonra bedel-i niza' olan üç yüz elli guruh mezbûr El-Hac Mustafa yedinden müvekkiletân-ı mezbûretân Sabiha ve Kalba tamâmen ahz ü kabz eylediler...”

¹²³ a.e., s. 246-247. Yazarın cevze olarak çevirdiği terimin havza olması gerektiği tahmin edilmektedir.

Bazı örneklerde ise devredilen mîrî arazi için mülk-i müfevvez teriminin kullanılmadığı dikkati çekmektedir, örneğin Antakya'da 1754'e kadar meydana gelen olayları içeren defterlerde hakk-ı sarf terimi tasarrufu devredilen arazi için kullanılmıştır. Bölgede birden fazla eşyanın bir arada devredilmesi sık sık gözüken bir özelliktir. 20 Haziran 1754 (H. 28 Şaban 1167) tarihinde Antakya'da Maşukiye Mezrası'nda yer alan dut bahçesinin %50 hissesiyle birlikte aynı mevrada yer alan bir tarla el değiştirmiş, bahçe için bey'-i batt-ı sahih sözleşmesi kurulurken tarla için sâhib-i arz izniyle ferağ ve tefvîz yapılmıştır.¹²⁴ Devir sonucunda tutulan kayıt üzerinde durmak gerekir: "dut bağçesinin nısf hisse-i şayiasında ve müstemilâtında ve marru'z-zikr tarlaların dahi hakk-ı tasarrufları sâhib-i arz izniyle ferağ ve tefvîz olunub kezalık nısf hissesi tasarruflarına bizim asla ve kata alâka ve müdahalemiz kalmadı müşteri-i mümaaleyh el-Hacı Mehmed Efendi'nin mülk-i müşterâsı ve hakk-ı sarfidır keyfe mâ yeşa ve ihtiyar mülkiyet üzere mutasarrıf olsun."¹²⁵ Bu kayıta mülk bahçe ve müstemilâtın cismi zikredilirken, tarlanın hakk-ı tasarrufu üzerindeki hak zikredilmiştir. Bu ayrımın yapılmasının sebepsiz olmadığını ve kaydın sonundaki mülkiyet üzere ifadesinin de temelde bahçe ve müstemilâtı içerdiğini iddia etmek mümkündür.

Esasen, devredilen şeyin malın kendisi mi yoksa sadece mal üzerindeki tasarruf hakkı mı olduğu sicil kayıtlarında genellikle belirtilmektedir. Örneğin Antakya'da sâhib-i arz aracılığı ile bir tarlanın hakk-ı tasarrufunun devredildiği bir sözleşmede, alıcı için "tarla-yı mezbûrun hakk-ı örfisinde keyfe mâ yeşa ve heyşe mâ yahtar mülkiyet üzere mutasarrıf olsun" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade şekli, mülkiyetin tarlanın kendisinin değil hakk-ı örfisinin üzerinde olduğunu düşündürmektedir ve dolayısıyla mal ile tasarruf hakkı arasında ayrım yapılmıştır.¹²⁶ 12 Kasım 1734 (H. 15 Cemaziyülahir 1147) tarihinde verilen bir diğer hükümde, Antakya'da yaşayan İshak bin Ebubekir Efendi, kardeşleri ile birlikte tasarruf etmekte olduğu Barbaron Köyü'ndeki bir tarlanın hakk-ı tasarrufunu, Abdülkadir Ağa ibn Kasım Ağa'ya sâhib-i arz izniyle tefvîz eder.¹²⁷ Arazi için "arz-ı mahdud ve mezkûr mûmaileyh Abdülkadir Ağa'nın mülk-i müşterâsı ve hakk-ı sarfidır" ifadesi kullanılmaktadır. Bu olayda yukarıdaki örnekten farklı olarak

¹²⁴ BOA, MŞH.ŞSC.d..1098, vr. 76a.

¹²⁵ a.y.

¹²⁶ BOA, MŞH.ŞSC.d..1094, vr. 39b, metin 1.

¹²⁷ BOA, MŞH.ŞSC.d..1095, vr. 32b, metin 1 " ...bir kıt'a tarlanın hakk-ı tasarrufu yirmi beş gurus muka-belesinde sâhib-i arz izniyle mûmaileyh Abdülkadir Ağa'ya bi'asale ve bi'l-vekale tefvîz eylediğimde..."

bir hakk-ı tasarruf devri söz konusu iken, arazi için mülk-i müştêrâ ifadesinin zikredildiği görülmektedir, ancak “mülkiyet üzere” kaydı yer almış değildir. 1749 tarihli benzer bir işlemde ise Süveyde Nahiyesi'nde mezrada yer alan bir tarlanın hakk-ı tasarrufu ferağ yoluyla devredilmiştir. Bu olay, bir önceki örnekten farklı olarak, arazinin kendisine değil, tasarruf hakkına dayanan bir tanım içermektedir: “hudud-ı mezkûre ile mahdud olan tarlanın hakk-ı tasarrufunda benim asla ve kat'a alâkam ve müdahalem kalmadı müştêri-i mümaileyh El-Hac Mehmed Efendi'nin mülk-i müştêrâsı ve hakk-ı sarfıdır keyfe mâ yahtar mutasarrıf olsun”¹²⁸ ifadesi kullanılmıştır. Bu olayda da mülkiyet üzere ifadesinin kullanılmadığı görülmektedir. Süveyde'deki bu örnekte sâhib-i arzın rolünden bahsedilmezken aynı defterde hemen akabinde yer alan bir diğer olayda, Kusayr Nahiyesi'nde ferağ yoluyla hakk-ı tasarrufu el değiştiren bir tarla için “tarla-yı mezkûrenin hakk-ı tasarrufunda benim asla ve kat'a alâka ve müdahalem kalmadı mümaileyh El-Hac Mehmed Efendi'nin taht-ı tasarrufunda olub keyfe mâ yeşa ve heyşe mâ yahtar mutasarrıf olsun”¹²⁹ ibaresi yer alır ve sâhib-i arz izninden bahsedilir. Bu son olayın diğerlerinden farklı olarak açık bir biçimde tasarruf hakkının devrine dair bir sözleşmeyi içerdiği görülmektedir.

Görüldüğü üzere tasarruf hakkının devrini içeren bu sözleşme örneklerinde mülkiyet üzere terimi kayda geçmemiştir. Buna karşın farklı örnekler de mevcuttur. 4 Eylül 1753 (H. 6 Zilkade 1166) tarihinde Antakya'da Fatma Kadın bint Mehmed Ağa, vekili olan kocası vasıtasıyla pek çok malı elinden çıkarmıştır; bunların arasında zeytin, ceviz, badem gibi ağaçlar ve farklı mevkilerde birer kıta dört adet tarlanın çeyrek hissesi mevcuttur. Mülk statüsündeki eşya bey'-i batt-ı sahih ile el değiştirirken tarlaların çeyrek hissesinin hakk-ı tasarrufu sâhib-i arz izniyle ferağ ve tefvîz edilmiştir. Özel mülk eşya için “El-Hac Mehmed Efendi'nin mülk-i müştêrâsı ve hakk-ı sarfı keyfe mâ yeşa mülkiyet üzere mutasarrıf olsun” ifadesi geçerken tarla için “marrü'z-zikr tarlaların reb'-i hisse hakk-ı tasarrufunda benim asla ve alâkam ve müdahalem kalmadı mümaileyh El-Hac Mehmed Efendi'nin mülk-i müştêrâsıdır ve hakk-ı sarfıdır keyfe mâ yeşa mülkiyet üzere mutasarrıf olsun”¹³⁰ ifadesi kullanılmıştır. Mehmed Efendi'nin tarla hisselerine mâlik olduğu bu ifadeden yola çıkarak söylenebilir mi? Mülkiyet üzere teriminin kullanımı çelişki yaratsa da, cümlelerin yapısından hissenin cismi üzerinde değil,

¹²⁸ BOA, MŞH.ŞSC.d..1097, vr. 18a, metin 1.

¹²⁹ BOA, MŞH.ŞSC.d..1097, vr. 18a, metin 4.

¹³⁰ BOA, MŞH.ŞSC.d..1098, vr. 36b-37a.

hakk-ı tasarrufu üzerinde bir hak tanımı yapıldığı söylenebilir. Bu olaydakine benzer durum aynı defterdeki bir diğer vaka için de geçerlidir: “iki kıt’a tarlanın nısf hakk-ı tasarrufunda benim asla ve kat’a alâkam ve müdahalem kalmadı keyfe mâ yeşa ve heyşe mâ yahtar mülkiyet üzere mutasarrıf olsun”.¹³¹ Bu ikinci olayda da “mülkiyet üzere” terimi mal üzerindeki tasarruf hakkına dair bir sıfat olarak şekilde kullanılmış olduğu anlaşılmaktadır ki bu kullanım bazı kaynaklarda yer alan “menfaat mülkiyeti” kavramına uygun düşer.¹³²

Son olarak ferağ ve tefvîz yoluyla yapılan devirlerde mülk-i müfевvez veya hakk-ı sarf terimlerinin kullanılmadığı iki örnek üzerinde durmak gerekir. İlk örnekte, aslında ikili bir yapı söz konusudur:

“Medine-i Konya’da Şükran mahallesi sâkinlerinden Mustafa ve Mehmed ibni Ömer nâm karındaşlar meclis-i şer’i enverde bais’ül kitab Mehmed ve Mahmud nâm kimesne mahzarında ikrar-ı tam ve takrir-i kelâm idüp medine-i merkûme haricinde Külahçı yöresi nâm mahalde vaki taraf-ı erbaadan Nalçacı mülkü ve tarik-i âm ile mahdud ve bir örtme ve bir oda ve eşcar ve kürumu müştemil zemini merhum Şeyh Sadreddin evkafından iştiraken mutasarrıf olduğumuz bir buçuk tahta bağımızı cem’i tevabi ve levâhikiyle tarafından icab ve kabul-ü havi bey’i batt-ı sahih-i şer’ ile mezbûr Mehmed’e 33 kuruşa bey’ ve temlik ve zemininde olan hakkı tasarrufumuzu bâ mağrifet mütevelliyi vakf ferağ ve tefvîz eylediğimizde ol dahi semeni merkûm ile iştirâ ve temlik ve tefvîz ve kabul etmeğın semeni olan meblağ-ı merkûm 33 kuruş’u mezbûr Mehmed yed’inden bittamam ahz ve kabz ve bi’l münasife taksim idüp teslim-i bey’ ve mefruz eyledik ba’de’l yevm bağ-ı mahdud mezkûr merkûm Mehmed’in mülk-i müşterasıdır keyfe mâ yeşa mutasarrıf olsun dedikte gable’t-tasdik-i şer’ mâ vak’a bi’t-taleb ketb olundu fî’l yevmi’s sadis aşer min Muharrem li sene isneyn ve sittîn ve mie’ ve elf.”¹³³

Yukarıdaki sözleşmenin yer aldığı defterde görülen ve bu makalede üzerinde durulan pek çok örnekte, tarla mülk olarak kayda geçmiş ve buna göre devredilmiştir. Bu olayda ise sicil metninde vakıf arazisine bağlı bir bağın satıldığı görülmektedir; bağın zemini ise vakıf mütevellisi tarafından ferağ ve tefvîz edilmiş; ancak zemin üzerindeki haklar ayrıca tanımlanmamış, sadece bağın niteliği belirtilmiştir.

İkinci örnek ise 1698 yılında Antep’te kayda geçmiştir. Bu olayda, babasının elinde tasarruf ettiği tarlayı, ölümünden sonra intikal-i adi yoluyla devralan Satı, söz konusu araziye Mustafa isimli bir kişiye sâhib-i arz vasıtasıyla ferağ ve

¹³¹ BOA, MŞH.ŞSC.d..1098, vr. 37a, metin 1.

¹³² Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk*, 2. bs., İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2012, s. 475-476.

¹³³ Altan, a.g.e., s. 115.

tefvîz etmiştir. Arazi için kayda geçen terim ise mülk-i müşterâdır.¹³⁴ Bu sicilde görülen vakalarda bazı örneklerde tarla açıkça mülk statüsünde işlem görmüş, bey'-i batt-ı sahih ile devredilmiştir.¹³⁵ Öte yandan 5 yıl boş kalan bir tarlanın tapuya müstehak olduğu ve mütezim tarafından resm-i tapu karşılığı talip olan bir kişiye verilmiştir, bu kayıta da arazi-i emîriye olduğu açıkça belirtilmiş bir tarla hakkında yapılmış bir işlem söz konusudur.¹³⁶ Bu bakımdan bu sicildeki ilk örnekte de sâhib-i arzın devreye girmesinin ve hukukî işlemin ferağ ve tefvîz olmasının belirleyici kabul edilmesi makuldür.

3.2. Karmaşık Yapıyı Haiz Vakalar

Makalenin bu bölümünde, mîrî ve mülk araziyi bir araya getiren çiftlik niteliğindeki yapılanmaların devri sırasında kullanılan terimler üzerinde durulacaktır. Vidin'den ilk örnekte, 23 Mart 1708 (Gurre-i Muharrem 1120) tarihinde Süleyman Çavuş Mahallesi'nde sakin olan Kara Halil Ağa, Matto, Meto ve Nikolo isimli üç gayrimüslim ortağa "mülk çiftliğim" olarak tanımladığı malı devretmiştir. Bu çiftliğin içinde yaklaşık bir dönüm bahçe, saman damlar gibi özel mülk statüsünde mallarla birlikte iki kıt'a tarlanın "hakk-ı kararı ve tasarruf-u âdiyesi" sâhib-i arz marifetiyle safka-i vahide ile bey' ve teslim edilmiş, buna ek olarak başka bir mahallede yer alan çayır da yine sâhib-i arz aracılığı ile tefvîz ve teslim edilmiştir.¹³⁷ Devralınan eşya için "bade'l-yevm sabık ez-zikr çiftlik ve mezruat ve çayır ve tarlaları merkumdan zimmilerin mülk-i müşterâ ve hakk-ı müfevvezleridir keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsunlar"¹³⁸ ifadesinin kayda geçmiş olduğu görülmektedir. Antakya'da 21 Nisan 1750 (H. 14 Cemaziyülevvel 1163) tarihli bir olayda ise zirai tarıma müsait araziye ihtiva eden bir çiftliğin %50 hissesi, içinde çeşitli binalar ve aletler ile birlikte bey'-i batt-ı sahih ile devredilmiş; eşya ve hisse için "Mustafa Ağa'nın mülk-i müşterâsı ve hakk-ı sarfıdır keyfe mâ yeşa ve heyşe mâ yahtar mülkiyet üzere mutasarrıf olsun"¹³⁹ ifadesi kayda geçirilmiştir. Vidin'den

¹³⁴ "ba'del-yevm mahdûd-ı mezkûr tarla merkûm el-hâc Mustafanın mülk-i müşterasıdır benim alâka ve medhalim yokdur hasbe mâ yeşâ ve yehtâr mutasarrıf olsun", bkz. Mehmet Akif Demirci, "71 Numaralı Gaziantep Şer'îye Sicili Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1108-1109) (s. 1-125)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 119-120.

¹³⁵ a.e., s. 194-195.

¹³⁶ a.e., 219.

¹³⁷ NLCM, VŞS S38, vr. 122, metin 1.

¹³⁸ a.y.

¹³⁹ BOA MŞH.ŞSC.d..1097, vr. 24b, metin 1.

verilen örnekle daha çok benzeşen bir kayıt, 1790 yılının başlangıcında Sivas'ta görülmüştür. Tarla, çayır, harman yeri ve dam yerinden müteşekkil olduğu anlaşılan bir çiftlik, mülk-i mevrûs olarak zikredilmiş, ancak bu üniteler sâhib-i arz izniyle bey' ve teslim ve temlik edilmiştir.¹⁴⁰ Sâhib-i arzın devreye girmesinden ve izin alınmasından hareketle, çiftlik olarak zikredilen bu birimin özel mülk olamayacağını anlamak mümkündür.

17. yüzyıl başında İstanbul Mahkemesi'nde kayda geçmiş bir hükümden çiftlik yapılanmasının bu dönemde de karmaşık nitelikte olduğu görülebilir:

“Süleyman b. Derviş nâm kimesne mahfil-i kazada sâhibü'l-kitâb fahrü'l-kuzât Ahmed Efendi b. Mustafa mahzarında ikrâr-ı tām ve takrîr anî'l-merâm edip, vilâyet-i Anadolu'da Çerkeş kazâsına tâbi Alayuntlu nâm karyede vâki ırs-i şer'le babamdan intikal eden hâlâ mülkiyet üzere mutasarrıf olduğum Bayburd Çiftliği demekle marûf inde'l-ahâlî ve'l-cirân malûmü'l-hudûd tahmînen yirmi kıt'a tarla mezramın hakk-ı tasarrufun sâhib-i arz marifetiyle mûmâ-ileyh Ahmed Efendi'ye nakd-i râyic fi'l-vakt üç bin akçeye tefvîz eyledim, mukabili tefvîzinde olan meblağ-ı merkum üç bin akçe müşârun-ileyh Ahmed Efendi yedinden ahz u kabz edip mezra-i mezbûreyi teslim eyledim ve ol dahi tefevvüz ve resellüm eyledi dedikte, gibbe't-tasdikî's-şer'î ketb ü tahrîr olundu. Tahrîren fi'l-yevmi'r-râbi min şehr-i Rebiyüahir sene seba ve işrîn ve elf.”¹⁴¹

Bu metinde çelişkili gözükten birkaç nokta vardır. Öncelikle “Bayburd Çiftliği olarak bilinen yirmi kıt'a tarla mezra”nın ırs-i şer' ile yani miras yoluyla babadan intikal ettiği belirtilmiştir. Ancak cümlelerin devamında söz konusu tarla mezranın hakk-ı tasarrufunun sahib-i arz aracılığı ile ve tefvîz yoluyla Ahmed Efendi'ye devredildiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, yukarıda verilen örnekler gibi, mülk bir çiftliğin içinde mîrî ve mülk arazi tiplerinin bir arada görülebilmesi en akla yakın seçenektir. Dolayısıyla çiftlik devredilirken mülk statüsünde eşya satım yoluyla el değiştirecek, mîrî statüyü haiz arazi ise sâhib-i arz izniyle ve ferağ veya tefvîz yoluyla devredilecektir. Bazı fetvalarda bu ikili yapının daha açık bir biçimde ifade edildiği görülebilir:

“Zeyd bir mülk çiftliğe ve kadimden ol çiftliğe tâbi olan tarlalara mutasarrıf iken fevt olub ol çiftlik hasren varisi olan ümmi Amr'a ırsile intikal eyledikde Amr ol tarlaları tapuyu misli ile almağa talip iken sâhib-i arz ana virmeyüb ecânibe virmeye kâdir olur mu? El-cevab: Olmaz. Ketebe el-fakir Yahya.”¹⁴²

¹⁴⁰ Şeyma Arıkan, “3 Numaralı Sivas Şer'iyye Sicili'nin (H.1202-1203 /M.1787-1788) Transkripsiyon ve Değerlendirmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 56.

¹⁴¹ *İstanbul Kadı Sicilleri*, C. XIII *İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil*, İstanbul, İSAM Yayınları, bs. 161. (çevrimiçi) <http://www.kadisicilleri.org/goster.php?blm=istanbul03&bsm=161hse161eg98>, 26.10.2018.

¹⁴² *Kanunnâme-i Cedid*, Süleymaniye Kütüphanesi, Esad Efendi 854, vr. 28-b.

Bu fetvada açıkça mülk bir çiftliğin mirasçı-amcaya miras olarak intikal ettiği, ona bağlı mîrî tarlaların ise tapu resminin ödenmesi yoluyla aynı mirasçıya devredileceği açıklanmaktadır, hatta mirasçı resm-i tapu ödemeyi kabul ediyorsa bu durumda, sâhib-i arz tasarruf hakkını üçüncü bir kişiye devredemeyecektir.

Çiftlik adı verilen birimlerin farklı hukukî statülere sahip malların bütününden meydana geldiği hem fetvadın hem de yukarıdaki sicil kayıt örneklerinden anlaşılmaktadır. Çiftlik binası, menkul eşyalar ve içindeki hayvanlarla birlikte mülktür, buna karşın, ona tâbi olan tarlalar mîrî arazidir ve intikal açısından farklı bir rejime tâbidir. Olayda “Bayburd Çiftliği demekle marûf inde'l-ahali ve'l-cîrân malûm'ül-hudud tahminen yirmi kıt'a tarla” ifadesi ilk okunduğunda, çiftliğin sadece bu tarlalardan müteşekkil olduğunu da düşündürmektedir. Ancak, böyle bir durum söz konusu olsaydı, miras yerine adi intikalın gerçekleşmiş olması beklenirdi.

4. Tarlanın Özel Mülk Olduğu Haller

Ebussuud'un Budin Kanunnamesi'nde açıklamış olduğu, zirai üretim yapılan arazinin mîrî kabul edilmesine dair kuralın her yerde uygulanmadığı, farklı kazalara ait sicil örneklerinde görülebilmektedir. Bu durum tek bir kaza içinde de farklı uygulamaların mevcut olabilmesi şeklinde de ortaya çıkmaktadır: Bazı defterlerde, çayır veya tarla olarak tanımlanan arazinin, mîrî kabul edildiği ve mülk kabul edildiği örnekler bir aradadır. Örneğin 15 Şubat 1722 (H. 28 Rebiyülahir 1134) tarihinde Vidin'de devri yapılan iki bâb asiyab arsa ve ona yakın tahminen otuz dönüm çayır arazisi, sâhib-i arz izniyle fakat bey'-i batt-ı sahih sözleşmesiyle devredilmiştir:

“...Nehr-i Topoloğça üzerinde iki bab asiyab arsalarımızı ve civarında tahminen otuz dönüm çayırlarımızı sâhib-i arz marifetiyle tarafeynden icab ve kabulü hâvi ve şûrut-ı müfsideden âri bey'-i batt-ı sahih-i şer' ile mezbûr Süleyman Çelebi'ye elli beş guruşa bey' ve teslim ve temlik idüb ol dahi vech-i meşruh üzere iştirâ ve tesellüm ve temellük ve kabz ve kabul eyledikten sonra...”¹⁴³

Bu metinde arazinin bey' ile devredilmiş olması, arsa ve çayır üzerinde mülkiyet hakkının bulunduğu düşündürülebilir. Öte yandan, 18. yüzyılın ilk yarısı

¹⁴³ NLCM, VŞS S305, vr. 36, metin 1.

sında Vidin’de mülk statüsünde olan bağ ve bahçelerin bey’ akdiyle devredilmesi sırasında sâhib-i arz izninin devreye girdiği sicillerde tespit edilememiştir. Bu olayda ise devrin sâhib-i arzın izni ve bilgisi çerçevesinde gerçekleştiği görülebilir. Satın alınan araziler için “...emlâk-ı mezkûr, mezbûr Süleyman Çelebi’nin mülk-i müşterâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun”¹⁴⁴ ifadesi kullanılmıştır. Mülk-i müfevvez terimi kullanılan arazilerin devri sırasında sâhib-i arzın rolü, Vidin’de sicillere genel olarak yansımıştır. Bu bakımdan Süleyman Çelebi’nin gerçekleştirdiği sözleşmede ayırt edici unsurun sâhib-i arz izni olduğunu ve devredilen malın tasarruf hakkının devredilmiş olabileceğini hesaba katmak gerekir. Vidin’de 23 Temmuz-1 Ağustos 1705 (H. Evail-i Rebiyülahir 1117) tarihli bir olayda ise Belogradçık’ta yer alan yirmi beş dönüm miktarı çayırılık toprağın, bey’-i batt-ı sahih ile devredildiği kayda geçmiştir.¹⁴⁵ Bu işlemde yukarıdaki işlemden farklı olarak, sâhib-i arz izninden bahsedilmez. Araziden yine mülk-i müşterâ olarak bahsedilir. Bu durum sözleşme sicile kaydedilirken meydana gelen bir eksiklik de olabilir; sicilde sâhib-i arzın rolünden bahsedilmemiş olması o vakada mutlaka izinsiz, hukuka aykırı bir devir olduğunu göstermeyebilir. İkinci bir olasılık ise, bu ikinci olayda çayırın niteliğinin mülk statüsünde olmasıdır.

Nitelik olarak mîrî statüsünde olmayan bir arazinin devri sırasında sâhib-i arzın rol oynadığı bir örnek Diyarbakır sicillerinden birinde dikkati çekmiştir. 5 Ekim 1723 (H. 5 Muharrem 1136) tarihli bir diğer olayda Fatih Mehmed Paşa Cami-i Şerifi Evkafı’na ait beş kuruş icâresi olan “bir kıt’a bahçe ve bir eyvan ve bir oda ve kenif ve havuz ve karye-i mezbûr suyundan ma-i cari ve dâhilinde olan eşcar-ı müsmire ve gayr-i müsmireyi ve karye-i mezbûr suyundan on beş günde iki gün gecesiyle nevbet suyunu ve avluyu müstemil ve muttasılinda bir kıta bağın beş sehminden dört sehmi bey’-i batt-ı sahih-i şer’ ile” devredilmiştir.¹⁴⁶ Bu devir için de “dört sehim hissem sâhib-i arz marifetiyle merhum Mustafa Çelebi’nin mülküdür keyfe mâ yeşa yahtar mülkiyet üzere tasarruf eylesin” ibaresi kullanılmıştır. Bu bağlamda, Konya’dan verilen Şeyh Sadreddin evkafından arazinin üzerinde yer alan bağın satım yoluyla, bağın üzerinde bulunduğu yerin ise mütevellî izniyle ve ferağ yoluyla devredilmesi örneğini hatırlamak gerekebilir.¹⁴⁷ Muhtemelen her

¹⁴⁴ NLCM, VŞS S305, vr. 36, metin 1.

¹⁴⁵ NLCM, VŞS S38, vr. 43, metin 1.

¹⁴⁶ *Diyarbakır Şer’iye Sicilleri Amid Mahkemesi, (3789 Numaralı Sicil), C. I, haz. Ahmet Zeki İzgöer, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2013, s. 201.*

¹⁴⁷ Altan, a.g.e., s. 115.

iki olayda da, gelirleri vakfa ait bir arazinin devredilmesi nedeniyle ortaya çıkan bir durum söz konusu olmuştur. Ancak Konya'da mütevellinin, Diyarbakır'da ise sâhib-i arzın devreye girmiş olması, bu hususta daha fazla örnek olmadan kesin bir çıkarımda bulunmayı engellemektedir.

18. yüzyılda tarlanın mülk olabildiği diğer bir kaza Konya'dır. 25 Aralık 1748 (H. 4 Muharrem 1162) tarihinde, Konya'nın farklı köylerinde yer alan tarlalar, bey'-i batt-ı sahih ile devredilmiş, devralan El-Hac Mehmed hakkında "arazi-yi mahdud-u mezbûrdan merkûm el-Hac Mehmed'in mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mülkiyet üzere mutasarrıf olsun"¹⁴⁸ kaydı sicile geçirilmiştir. Bu metinde üç farklı mahalde yer alan araziden sadece biri için açıkça mülk tarla ifadesi geçmektedir. Defterin ilerleyen sayfalarında bey'-i batt-ı sahih ile devredilen bir diğer tarlanın mülk olduğu yine açıkça zikredilmiştir. Bu tarla için de "es Seyyid Ibrahim Ağa'nın mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mülkiyet üzere zabt ve tasarruf eylesin"¹⁴⁹ cümlesi kaydedilmiştir. Konya'dan bu defterde mülk tarlanın babadan oğul lehine düzenlenen hibe sözleşmesine konu edildiği görülebilir: "tarla-yı mahdud-u mezbûr oğlum merkûm Veli'nin mülk-i mevaci-bidir keyfa mâ yeşa mülkiyet üzere mutasarrıf olsun".¹⁵⁰ Aynı defterde yer alan bazı vakalarda ise, tarla bey'-i batt-ı sahih ile devredilmiş ancak mülkiyet üzere terimi sicile işlenmemiştir. Örneğin 5 Kasım 1748 (H. 14 Zilkade 1161) tarihli bir vakada bir mülk tarla için es-Seyyid el-Hac Abdurrahman'ın mülk-i müştêrâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun"¹⁵¹ ifadesi sicile geçirilmiştir. Bu noktada arazinin sicil kaydı başında açıkça mülk olarak tanımlanmış olması her zaman gerekli görülmemiştir ya da böyle bir ifade tercih edilmemiştir denebilir.

Yüzyılın ikinci yarısında Konya'da tarlanın el değiştirmesi ile ilgili bey'-i batt-ı sahih-i şer' sözleşmesi kurulmuş; söz konusu tarlanın devriyle ilgili haklar ifade edilirken "...Ahmed'in mülk-i müştêrâsı ve hakk-ı sarîhi olmuştur keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun"¹⁵² ifadesi kullanılmıştır. Sicil metninde "tarla mülklerimi" şeklinde bahsi geçen bu arazinin açık bir biçimde özel mülk statüsünde olduğu söylenebilir. Aynı sicil kaydında yer alan bir diğer hükümde yine bey'-i batt-ı

¹⁴⁸ Altan, a.g.e., s. 119.

¹⁴⁹ Altan, a.g.e., s. 165.

¹⁵⁰ Altan, a.g.e., s. 205.

¹⁵¹ a.e., s. 93.

¹⁵² M. Faruk Karacaoğlu, "1765-1768 yılları arasında Konya'da sosyal ve ekonomik hayat (59 Numaralı Konya Şer'îye Siciline Göre)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, 200-201.

sahih ile el değıştiren bir tarla için “müteveffa-yı mezbûr İbrahîm'den muntekil” ifadesi yer almıştır. Bu ikinci olayda tarlayı miras olarak devralan kişilerin Safiye ve Emine isimli iki kadın olduğunu belirtmek gerekir.¹⁵³ Bilindiği üzere, mîrî bir arazi kız evlada miras olarak geçmez, erkek evlat olmadığı durumda resm-i tapu ödenmesi karşılığında adi intikal suretiyle tasarruf hakkı aktarılırdı. Konya’da aynı sicilde bağ devri için “mülk-i müşterâsı ve hakk-ı (...) olmuştur keyfe mâ yeşaa ve yahtaran zabt ve mutasarrıf olsun”¹⁵⁴ şeklinde bir ifade kullanılırken bağ ve tarlanın birlikte devredildiği diğer bir işlemde “mülk-i müşterâsı ve hakk-ı sarîhi olmuştur keyfe mâ yeşaa ve yahtar zabt ve mutasarrıf olsunlar”¹⁵⁵ ifadesi kaydedilmiştir. Burada terim açısından fark yaratan unsur, bağ devri sırasında kullanılan “zabt”tır. Nitekim sicildeki diğer vakalarda tarla üzerinde ağaç, kûrum, bağ yer alıyorsa bu tip emtia için zabt kelimesinin kullanıldığı tespit edilebilmektedir. Defterde yer alan diğer tarla devirlerinin de bey’-i batt-ı sahih yoluyla ve sâhib-i arz izni aranmadan yapıldığı görülmektedir. Ancak sicilde yer alan bu sözleşme örnekleri haricinde, mîrî arazi hakkında çıkan bazı uyuşmazlıklarda, arazinin devri sırasında sâhib-i arza başvurulduğu anlaşılmaktadır.¹⁵⁶ Dolayısıyla Konya kazasında mîrî sistem tamamen terk edilmiş değildir.

18. yüzyılda Kayseri’den bir defterde tarlanın yine hem mülk hem de mîrî arazi statüsüne dahil olduğu örnekler görülebilir. 11 Ağustos 1741 (H. 28 Cemaziyülevvel 1154) tarihinde tarla ve meranın bey’-i batt-ı sahih ile el değıştirdiği kayda geçmiş, arazi “Seyyid Mahmud Ağa’nın müşterâsıdır keyfe mâ yeşaa ve yahtar mutasarrıf olsun”¹⁵⁷ ifadesiyle kayda geçmiştir. Defterin ilerleyen sayfalarında ise, bir tarlanın tasarrufunun ferağ edildiği, daha sonra intikal-i adi ile mirasçıya aktarıldığı zikredilmiştir.¹⁵⁸ Bir diğer olayda ise tarla bey’-i kat’i ile el değıştirmiş, devralan Seyyid Ali için “tarla-yı mahdûd-ı mezkûr merkûmun mülk-i müşterâsıdır keyfe mâ yeşaa ve yahtar mutasarrıf olunsun”¹⁵⁹ ifadesi zikredilmiştir. Aynı defterde boş bırakılıp tapuya verilen tarlalara dair örnekler de bulunmaktadır.¹⁶⁰

¹⁵³ a.e., s. 203-204.

¹⁵⁴ a.e., s. 213.

¹⁵⁵ a.e., s. 214.

¹⁵⁶ a.e., s. 347-348. Yine aynı sicilde “arazi” adıyla geçen ve ferağ edilen topraklardan da bahsedilir. s. 417-418.

¹⁵⁷ Süleyman Öcal, “133/1 Numaralı Kayseri Şer’iyye Sicili (H. 1155-M. 1742) Transkripsiyon Ve Değerlendirme”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 95

¹⁵⁸ a.e., s. 132-133.

¹⁵⁹ a.e., s. 257.

¹⁶⁰ a.e., s. 288.

Tarlanın mülk olabilmesi salt 18. yüzyıla özgü bir olgu değildir. 17. yüzyılda Antep sicillerine bakıldığında, 1649-1650 yıllarını kapsayan defterde, Antep'te tarla, bahçe, bostan, cevizlik gibi birimler “bey'-i batt-ı kat'î” ile devredilmiş, devralınan arazi için “mülk-i müşterâsıdır keyfe mâ yeşa ve yahtar mutasarrıf olsun” ifadesi kullanılmıştır. Bu şekilde devredilen bazı tarlalar için satıcı “mülk tarlamdır” veya “mülk-i mevrûsumdur”¹⁶¹ ifadesine yer verirken her olayda özel mülk statüsünün bu şekilde kayda geçirilmediğini belirtmek gerekir. Antep'e ait bu defterde tarla devrine ilişkin olayların hiçbirine sâhib-i arzın karışmamış olduğu, ya da böyle bir müdahalenin sicile geçmediği dikkati çeker. Öte yandan Antep'te 17. yüzyıl sonuna ait bir diğer sicil defterinde bazı tarlaların mîrî nitelikte olduğu ve mülk-i müfevvez terimine yer verildiği, bazı tarlaların ise terekeye girdiği görülmektedir.¹⁶² Normal şartlar altında, bir tarlanın terekeye girmesi, bu arazinin şer'î intikal yoluyla devredilebildiği dolayısıyla özel mülk olduğu şeklinde anlaşılmalıdır, bu nedenle kaydın önem teşkil ettiği açıktır. 18. yüzyıla gelindiğinde ise, Antep'ten tereke paylaşımında listeye giren bir tarlanın, intikal-i âdi ile devredilmesi gerektiğine dair terekenin sonuna bir kayıt düşüldüğü görülmektedir.¹⁶³ Bu olay dışında aynı defterde daha ileri tarihte kayda geçmiş bir tereke listesine tarlaların dâhil edilmemiş olduğu ama listenin sonuna benzer bir ekin yer aldığı ve âdi intikal kuralının uygulanacağı, bu bakımdan tarlanın vefat eden kişinin zevcesine değil oğluna devredileceği ifade edilmiştir.¹⁶⁴ Antep'ten 1750'lerdeki olayları içeren bir diğer defterde de çeşitli kayıtlarda tarla tereke listesine girmiş ama yukarıdakine benzer bir not düşülmüştür.¹⁶⁵

Sonuç

Bu makale çerçevesinde sınırlı sayıda birincil ve ikincil kaynaklardan elde edilen veriye dayanarak bazı sonuçlara ulaşabilmek mümkündür. Öncelikle 18. yüzyılda satım yoluyla devredilen arazi için mülk-i müşterâ terimi yaygın olarak

¹⁶¹ Güler, a.g.e. s. 328.

¹⁶² Toğrul, a.g.e. s. 171.

¹⁶³ “Zikr olunan tarlalar arazi-yi emîrîyeden olup intikal-i âdi ile mezbûra teslim ve intikal edip zevciyatına ve benat-ı mezbûreta intikal etmediği kayıt şod.” Yılmaz, a.g.e., s. 134-138.

¹⁶⁴ a.e., s. 171-172.

¹⁶⁵ Mehmet Karasakal, “109 Numaralı Ayıntab Şer'îye Sicili'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H.1165 / M.1752)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 457, 495, 506.

kullanılmıştır. Mülkiyet üzere terimi ise daha sınırlı bir kullanıma sahiptir. Antakya ve Konya’da kullanılan “mülkiyet üzere” teriminin 18. yüzyıla özgü olmadığı anlaşılmaktadır, bu ifade 17. yüzyılda farklı örneklerde tespit edilebilmiştir. Bu kullanımanın ne zaman yaygınlaştığını görmek için de daha fazla veriye ihtiyaç olduğu bir gerçektir. Mülkiyet üzere teriminin kullanılmamış olduğu bağ, bahçe vb. eşya, özel mülk statüsünde olmayabilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verildiği takdirde sicillerde yer alan satım sözleşmelerinin geçersiz olması gerekir ki resmi bir belgede bu çapta büyük bir hatanın yer alması düşük bir ihtimal gibi gözükmemektedir. Dolayısıyla Süleyman Kaya’nın sakk mecmuaları hakkında yazdıkları akılda tutulmalıdır: sakk mecmualarında mevcut olan terimler arası tutarsızlık bazı sicillerde de mevcuttur. Öte yandan, Antep ve Vidin gibi imparatorluğun farklı iki coğrafyasında yer alan iki kazada, sicil kaydı sırasında büyük bir tezat görülmemesi dikkate değer bir olgudur. Ancak farklı kazalara ait sicillerde ortak noktalar tespit edildiği gibi, aynı kazaya dair tek bir defterde tutarsız kayıtlar da görülmektedir. Bu tutarsızlık her zaman bir anlam ifade etmeyebilir; bazen terminoloji farkı sadece nüans düzeyinde de olabilir. Yine de hukuk gibi terminolojiye ve kelimelerin ifade ettiği anlama önem veren bir alanda, nüans düzeyindeki farkın da dikkate alınması gerekebilir.

Özellikle Vidin’de görülen ve satım sözleşmesiyle devredilen arazi için sâhib-i arzdan izin alınması tam olarak neyi ifade etmektedir? Yine bu soruya bağlı olarak bey’ ve temlik olarak kaydedilen bir vakada, mîrî bir arazinin mülke dönüştürülmüş olması mı söz konusudur? İlk soruda, sâhib-i arz izninin sıradan bir satım sözleşmesinde geçerlilik unsuru olmadığını hatırlamak gerekir. İkinci soruya bağlı olarak da sâhib-i arzın mîrî araziye mülke dönüştürebilme yetkisinin olmadığı akılda tutulmalıdır. Dolayısıyla sicillerde kullanılan bazı ifadelerin keskin bir ayrıma dayanan bir terminoloji yaratma amacıyla kullanılmamış olabileceği de dikkate alınması gereken bir ihtimaldir.

Şer’iye sicillerinin transkripsiyonuna ve incelenmesine yönelik pek çok yüksek lisans çalışmasının ortaya çıktığı günümüz akademik dünyasında, bu tip transkripsiyonlarda terminoloji üzerinde çalışanların önemli bir kısmı, meseleye şehircilik ve idare tarihi açısından yaklaşmaktayken bir grup akademisyen de sicili dilbilimi açısından incelemektedir. Özellikle 18. yüzyıl gibi mîrî arazinin mülkiyete dönüşmesi paradigmasından beslenen bir dönemde hukukî terminoloji hakkında yapılacak her türlü çalışmanın önem taşıyacağı açıktır. Bu makalede ortaya çıkan sonuç, sicil kayıtlarının 18. yüzyılda belirgin bir değişim göstermediğidir. Bu noktada belki tek bir kazada 15. yüzyıldan 19. yüzyıla kadar yaşanan süreci incelemek, makalede sorulan soruları cevaplamak için farklı bir anahtar sunacaktır.

KAYNAKÇA

Arşiv Kaynakları

BOA, MŞH.ŞSC.d..1094, 1095, 1097, 1098.

NLCM VŞS S8, NLCM VŞS S10, NLCM VŞS S14, NLCM VŞS S25a, NLCM VŞS S38, NLCM VŞS S43, NLCM VŞS S60, NLCM VŞS S161a, NLCM VŞS S305.

Kanunnâme, Süleymaniye Kütüphanesi, Çelebi Abdullah 159.

Kanunnâme-i Cedid, Süleymaniye Kütüphanesi, Esad Efendi 854-1.

Kanunname-i Sultan Süleyman Han, Türk Tarih Kurumu Kütüphanesi Y-358.

Basılı Kaynaklar

Diyarbakır Şer'îye Sicilleri Amid Mahkemesi, (3789 Numaralı Sicil), C. I, haz. Ahmet Zeki İzgöer, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2013.

Günümüz Türkçesiyle Evliya Çelebi Seyahatnâmesi, 3. Kitap, 2. Cilt, Haz. Seyit Ali Kahraman ve Yücel Dağlı, Yapı Kredi Yayınları İstanbul 2006.

İstanbul Kadı Sicilleri C. II Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, İstanbul, İSAM Yayınları, 2010.

İstanbul Kadı Sicilleri C. IV Üsküdar Mahkemesi 9 Numaralı Sicil, İstanbul, İSAM Yayınları, 2010. (çevrimiçi) http://www.kadisicilleri.org/veri/veritc3_5/uskudar09/261xhk261cg87.pdf, 26.10.2018.

İstanbul Kadı Sicilleri C. XIII İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, İstanbul, İSAM Yayınları, 2010. (çevrimiçi) <http://www.kadisicilleri.org/goster.php?blm=istanbul03&bsm=161hse161eg98>, 26.10.2018.

İstanbul Kadı Sicilleri C. XIV, Rumeli Sadareti Mahkemesi 56 Numaralı Sicil, İstanbul, İSAM Yayınları, 2011. (çevrimiçi), 10.04.2019.

Mecelle-i Ahkam-i Adliye, İstanbul, Matbaa-yı Osmaniye, 1300.

“Osmanlı Kanunnâmeleri”, *Milli Tettebbular Mecmuası*, C. I, No: 1, İstanbul, Matbaa-yı Amire, 1331, s. 49-112.

Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. II, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, 1990.

_____, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. IV, İstanbul, Fey Vakfı, 1992.

_____, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, C. IX, İstanbul, Fey Yayınları, 1996.

Eserler

Acartürk, Ferrayi, “1672-1673 Tarihlerinde Konya’nın Sosyal ve Ekonomik Durumu (7 Numaralı Konya Şer’îye Siciline Göre)”, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Akbaş, Emrah, “13 Numaralı Konya Şer’îye Sicili 1087-1088/1676-1677”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

Akdağ, Mustafa, *Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası: Celâlî İsyanları* İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2009.

- Altan, Mehmet, “1748-1749 Yılında Konya’da Sosyal ve İktisadî Hayat (57 Numaralı Şer’iye Siciline Göre)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- Arıkan, Şeyma, “3 Numaralı Sivas Şer’iye Sicili’nin (H.1202-1203 /M.1787-1788) Transkripsiyon ve Değerlendirmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Bakkaloğlu, Abdüssamet “Tefvîz”, *DİA*, C. XL, 2011, s. 310-311. (çevrimiçi) <https://islaman-siklopedisi.org.tr/tefviz--fikih> 28.03.2019.
- Bardakoğlu, Ali, “Bey”, *DİA*, C. VI, _____, “Ferağ”, *DİA*, C. XII, 1995, s. 351-354.
- Barkan, Ömer Lütfi “XVI. Asrın İkinci Yarısında Türkiye’de Fiyat Hareketleri”, *Belleten*, C. XXXIV, No: 136, s. 557-607.
- _____, “Çiftlik”, *Türkiye’de Toprak Meselesi*, İstanbul, Gözlem Yayınları, 1980, s. 789-797.
- _____, “Türkiye’de Toprak Meselesinin Tarihi Esasları”, *Türkiye’de Toprak Meselesi Toplu Eserler 1*, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1980, s. 125-149.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, C. VI, Sarmaşık Yayınevi, yyy., yty.
- Can, Mehmet, “61 Numaralı Gaziantep Şer’iye Sicilinin (H. 1124-1125/M.1712-1713 s. 101-200) Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, , Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Cin, Halil, *Türk Hukukunda Mera, Yaylak ve Kışlaklar*, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 1980.
- _____, *Miri Arazi Ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü*, 3. Bs., Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2005.
- Çakar, Enver, XVI. Yüzyılda Halep Sancağı (1516-1566), Elazığ, TC Fırat Üniversitesi Orta-Doğu Araştırmaları Merkezi Yayınları, 2003.
- Çelik, Erdal, “42-II Numaralı Kayseri Şer’iye Sicili Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi (H. 1049/M. 1640- H. 1054/M. 1644)” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999.
- Demirci, Mehmet Akif, “71 Numaralı Gaziantep Şer’iye Sicili Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1108-1109) (s. 1-125)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Doğan, Nurullah, “1629-1631 Tarihleri Arasında Konya’nın Sosyal ve Ekonomik Durumu (22 Numaralı Konya Şer’iye Siciline Göre)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Ekin, Ümit. *Kadı Buyurdu Katip Yazdı Tokat’a Ait Bir Sakı Mecmuası*, İstanbul, Bilge Yayıncılık, 2010.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk*, 2. bs., İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2012.
- Erbilici, Eyüp, “1715 Tarihinde Gaziantep’te Sosyal, Siyasi ve İktisadi Yapı (66 Numaralı Gaziantep Şer’iye Sicilleri Metin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis, Kilis / Aralık Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

- Ergenç, Özer, "XVII. Yüzyılda Osmanlı Anadolu'sunda Tarım Üretiminde Yeni Boyutlar: Muzaraa ve Murabaa Sözleşmeleri", *Kebikeç*, No: 23, 2007, s. 129-139.
- Ergenç, Özer ve Hülya Taş, "XVII. Ve XVIII. Yüzyıl Anadolu'sunda Toprak Tasarrufu ve Mülkiyeti Üzerine Değerlendirmeler", *Şehir Toplum Devlet: Osmanlı Tarihi Yazıları*, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2013, s. 215-245.
- Faroqi, Suraiya, "Krizler ve Değişim 1590-1699", *Osmanlı İmparatorluğunun Ekonomik ve Sosyal Tarihi*, C. II, Haz. Halil İnalçık ve Donald Quataert, İstanbul, Eren Yayıncılık, 2004, s. 543-759.
- Fagan, Brian, *The Little Ice Age How the Climate Made History*, New York, Basic Books, 2002.
- Gül, Abdülkadir, "Antakya Kazasının Sosyal ve Ekonomik Yapısı 1709-1806", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Imber, Colin, "The Status of Orchards and Fruit-Trees in Ottoman Law", *Studies in Ottoman History and Law*, İstanbul, Isis Press, 1996, s. 207-216.
- İskender, Pelin. "17. Yüzyılın İkinci Yarısında Kastamonu Şer'îye Sicili", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 19 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994.
- İnalçık, Halil, *The Ottoman Empire Classical Age 1300-1600*, London, Phoenix, 1988.
- _____, "Çiftliklerin Doğuşu: Devlet, Toprak Sahipleri ve Kiracılar", *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*, Haz. Çağlar Keyder ve Faruk Tabak, Çev. Zeynep Altok, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1998, s. 15-34.
- _____, "Periods in Ottoman History", *Essays in Ottoman History*, İstanbul, Eren Yayınevi, 1998, s. 17-28.
- _____, "Kanunname", *DİA*, C. XXIV, 2001, s. 333-337.
- _____, *Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar C. IV*, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, 2016.
- Kafadar, "Cemal The Question of Ottoman Decline", *Harvard Middle Eastern and Islamic Review*, C. IV, No: 1-2, 1997-1998, s. 30-75.
- Kara, Adem, "Antakya'nın Üç Numaralı Şer'iyye Sicili", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Anabilim Dalı, 2000.
- Kaya, Süleyman, "Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları", *TALİD*, C. III, No: 5, 2005, s. 379-416.
- Kenanoğlu, Mustafa Macit, *1858 Arazi Kanunnamesinin Osmanlı Siyasal ve Toplumsal Yapısı Üzerine Etkileri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.
- _____, "Mîrî Arazi", *DİA*, C. XXX, 2005, s. 157-160.
- Keyder, Çağlar, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Büyük Ölçekli Ticari Tarım Var mıydı?", *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*, Haz. Çağlar Keyder ve Faruk Tabak, Çev. Zeynep Altok, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1998, s. 1-14.
- Kurt, Aylin, "99 Numaralı Ayıntab Şer'îye Sicilinin (H. 1139-1159/M.1727-1746) Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

- Külele, Ahmet. "71 Numaralı Gaziantep Şer'iye Sicili Transkripsiyonu (1-101. Sayfalar-H.1132 /M.1720)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Van, 100. Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- McGowan, Bruce, "Ayanlar Çağı 1699-1812", *Osmanlı İmparatorluğu'nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi C. II 1600-1914*, Haz. Halil İnalçık ve Donald Quataert, Çev. Ayşe Berktaş, İstanbul, Eren Yayınevi, 2004, s. 759-884.
- Öcal, Süleyman, "133/1 Numaralı Kayseri Şer'iye Sicili (H. 1155- M. 1742) Transkripsiyon Ve Değerlendirme", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Ökkeş Nariç, "64 Numaralı Gaziantep Şer'iye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H.1123-1124/M.1711-1712)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Öz, Mehmet, "Tahrir", *DİA*, C. XXXIX, 2010, s. 425-429.
- Orbay, Kayhan "Osmanlı Topraklarında Küçük Buzul Çağı'nın Etkilerine Dair Bazı Notlar", *Kebikeç*, No: 23, 2007, s. 85-93.
- Öz, Mehmet, "Tahrir", *DİA*, C. XXXIX, 2010, s. 425-429.
- Parker, Geoffrey, *Global Crisis: war, climate change and catastrophe in the seventeenth century*, New Haven, Yale University Press, 2013.
- Hamit Şafakçı, "1644-1645 Tarihlerinde Konya'nın Sosyal ve Ekonomik Durumu (7 Numaralı Konya Şer'iye Siciline Göre)", Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.
- Tezcan, Baki, *The Second Ottoman Empire Political and Social Transformation in the Early World*, Cambridge University Press, New York, 2010.
- Veinstein, Gilles, "Çiftlik Tartışması Üzerine", *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*, Haz. Çağlar Keyder ve Faruk Tabak, Çev. Zeynep Altok, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1998, s. 35-56.
- White, Sam, *Osmanlı'da İsyan İklimi Erken Modern Dönemde Celali İsyanları*, Çev. Nurettin ElHüseyni, İstanbul, Alfa Yayınları, 2013.
- Yılmaz, Çiğdem, "122 Numaralı Gaziantep Şer'iye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H. 1177-1178/M.1763-1764)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kilis, Kilis / Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- Yılmaz, Mukaddes. "55/I Numaralı Kayseri Şer'iye Sicili (1055-1645) Transkripsiyon ve Değerlendirme", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998.
- Yılmaz, Ömer Faruk, "98/1 Numaralı Gaziantep Şer'iye Sicili (H.1155/M.1742-1743) Transkripsiyon ve Değerlendirme", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Yüçetürk, Zemzem "98/3 Numaralı Gaziantep Şer'iye Sicili (H.1155/M.1742-1743) Transkripsiyon ve Değerlendirme", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

TARİHÇİ HUKUK OKULUNDA GERMENCİ YAKLAŞIMLAR

GERMANIST APPROACHES IN THE HISTORICAL SCHOOL OF LAW

Serhan Yıldırım*

ÖZ

Tarihçi hukuk okulunun, Roma-Germen hukuk dairesinin temellerini inşada ve şekillenmesinde büyük rolü olup ortaya koyduğu teorilerin pratik çıktıları günümüzde de belli ölçüde geçerliliğini korumaktadır. Türkçe hukuk literatüründe zikredilen okul, salt Pandektci hukuk yaklaşımı nazara alınarak tetkik edilmiştir. Bu çalışmada ise tarihçi hukuk okulu hem Pandektci hem de Germenci hukuk yaklaşımları nazara alınarak, yapısal ve teorik bakımından irdelenmiştir. Söz konusu okula mensup Pandektci ve Germenci hukukçular arasında gerçekleşen Volksgeist öğretisine dair tartışmalara ve bununla bağlantılı olan 19. yüzyılda Roma hukukunun, Alman hukuku bakımından kaynak değeri ve konumuna değinilmiştir. Çalışmamızdaki esas gaye tarihçi hukuk okulu bünyesinde yer alan Pandektci ve Germenci özler arasındaki gerilimin, Roma-Germen hukuk dairesinin oluşumundaki rolüne dikkatleri çekmektir.

Anahtar Kelimeler: Tarihçi Hukuk Okulu, Pandektci-Germenci Hukuk Yaklaşımları, 19. Yüzyılda Alman Hukuku, Volksgeist Öğretisi.

ABSTRACT

The Historical School of Law played a wide role in the structure and formation of the foundations of the Roman-German legal circle and, to a certain extent, the practical outcomes of the theories it developed remain valid in our times. Although the school mentioned in the Turkish legal literature, it has been studied solely in light of the Pandectist legal approach. As for this study, it explores the structural and theoretical aspects of the Historical School of Law both on the basis of the Pandectist and Germanist approaches. It touches upon the debates over the doctrine of Volksgeist among the Pandectist and Germanist lawyers who belong to the school and, in relation to this, the

* Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü doktora öğrencisi.

value of Roman law as a source and the place of it in German law in the 19th century. The essential purpose of our study is to indicate to the role of the tension between the Pandectist and Germanist elements within the Historical School of Law in the formation of the Roman-German legal circle.

Key Words: The Historical School of Law, Pandectist-Germanist Legal Approach, German Law in the 19th Century, The Doctrine of Volksgeist.

*

Giriş

Tarihçi hukuk okulu 19. yüzyıl Almanya'sında hâkim okul konumundaydı. Tarihçi hukuk okulunun teorik temelleri, edimsel çıktıları günümüz Kıta Avrupası hukuk sistemi bakımından önem arz etmektedir. Bu bakımdan zikredilen okulu gerek teorik gerekse yapısal bakımdan irdelemek gerekmektedir.

Tarihçi hukuk okulu Türk hukuk literatüründe salt Pandektci karakterde ele alınmaktadır. Oysa Alman hukuk literatüründe tarihçi hukuk okuluna mensup Germenci hukukçuların da kuvvetli bir kol olarak temayüz ettiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda tarihçi hukuk okulu, Germenci kolu merkeze alınarak Pandektci kolun görüşleri ile birlikte irdelenecektir. Öncelikle tarihçi hukuk okulunun teşekkül sürecine ve yapısal ayrımına kabaca değinmeyi yerinde buluyoruz.

Bilindiği üzere tarihçi hukuk okulu 18. yüzyılda hâkim olan Aydınlanma akılcılığına bir nevi aksülamel olarak neşet etti.¹ 18. yüzyılda, aydınlanma devri tabii hukuk öğretisinin tesiri had safhaya ulaşmış olup, çeşitli ülkelerde kanunlaştırmaların dayanak noktasını teşkil etmiştir. Bunlardan en önemlileri Prusya ve Avusturya'da gerçekleşen kanunlaştırmalardır.²

Tarihçi hukuk okulu 19. yüzyılda geniş çapta çığır açtı. Tarihçi okulun temsilcileri tarafından, başta Puchta olmak üzere; 19. yüzyılın ikinci yarısında kavram hukuku ilminin (Begriffsjurisprudenz) metodik temelleri atıldı. Bu metodun Alman Medenî Kanununun (BGB) teşekkülünde tesirleri oldu. Bunun yanı sıra bütün Avrupa'yı kapsayan kalıcı tesir, hukuk bilimi anlayışının derinleştirilmesi

¹ Hermann Conrad, "Aus der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule: Friedrich Carl von Savigny und Jacob Grimm", *ZRG/GA*, C. 65, S. 1, Weimar, Böhlau Verlag, 1947, s. 263.

² Baki Kuru, "1794 Tarihli Prusya Umumî Memleket Kanunu'nda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medenî Kanunu'nda (ABGB) Kanunların Tefsiri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 1958, s. 102.

noktasında gerçekleşti.³ Tarihçi hukuk okulu özel hukuk alanında, metodoloji bakımından günümüzde halen etkisini devam ettirmektedir.⁴

Tarihçi hukuk okulu esasen hukuk tarihinin müstakil bir saha olarak bilimsel zeminde teşekkül etmesini sağladı. Tarihçi okul Almanya, Avusturya ve İsviçre'nin yanı sıra Roma kökenli ülkelerde de baş gösterdi. Çeşitli ülkelerdeki tarihçi hukuk okulunun görünümleri, her ne kadar fikrî farklılıklar arz etse de, temel belit açısından örtüşmektedir. Tarihçi hukuk okuluna mensup Romacı, Germenci ve Kanonikci hukukçular arasındaki yapısal ayırım sadece çıkarttıkları "hukuk tarihi derlemelerinin" farklı yayın organları halinde yayımlanması şeklinde zuhur etmedi. Aynı zamanda tarihçi hukuk okulunun yapısı, üniversitelerde kürsülerin belirlenmesi, hukuk eğitimi müfredatı ve bu doğrultuda genç hukukçuların yetiştirilmesi bakımından da farklılık teşkil etti. Metodolojik ayırım bakımından ise hukukun kaynağına ilişkin temel belit olan "*Volksgeist*" (halk ruhu) öğretisi hakkında fikir ayrılığına düştüler. Her ne kadar somut bilimsel çalışmalar doğrultusunda Romacı, Germenci ve Kanonikcilerin geleneksel sınırları aşması vaki olsa da sorunları ele alış biçimi ve bakış açısı yönünden farklılıklarını korudular. Romacıların ilgisi geleneksel "devamlılık düşüncesiyle" karakterleşen ve dogmatik unsurlar barındıran hukuk ilmine, Germencilerin ise çeşitli hukuk kaynaklarını temel ittihaz ederek, anayasa ve sosyal tarihin yanı sıra genel tarih bilimi bağlamında çok disiplinli çalışmaya yönelikti. Kanonikci hukukçularda ise her iki eğilim temsil edilmekle beraber, daha çok devlet ve kilisenin tarihsel tekâmül aşamalarını Ortaçağın "*respublica christina*" (Hıristiyan Cumhuriyeti) anlayışı ekseninde ele aldılar.⁵

Tarihçi hukuk okulunun zikredilen çeşitli yaklaşımlarının ortak yönelimleri doğrultusunda birleştirilmeleri, apolitik ve tarihsel olmayan bir yönelimi imgeleyecekti. Bu görünüm Romacı dalın uzantısı olarak ortaya çıkacaktı. Bundan başka metodoloji bakımından bir sığılık veya ideolojik hâkimiyet tehlikesi söz konusu olacaktı. Nitekim bu husus yakın geçmişte Germenci öğelerin öne çıkarılmasıyla, nasyonal ve ırkçı temelde nasyonal sosyalizm öncesinde ve hâkimiyeti boyunca kendini göstermiştir.⁶

³ Gerhard Dilcher, Bern-Rüdiger Kern, "Die juristische Germanistik des 19. Jahrhunderts und die Fachtradition der Deutschen Rechtsgeschichte", ZRG/GA, C. 101, S. 1, Wien Köln Graz, Böhlau Verlag, 1984, s. 1.

⁴ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, yeniden gözden geçirilmiş 6. bs., Berlin Heidelberg, Springer Verlag, 1991, s. 11.

⁵ Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 2.

⁶ Yavuz Abadan, "Tarihçi Mektep ve Devlet Nazariyesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, 1951, s. 171-172., Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 3.

Tarihçi hukuk okulunun temel fikirlerini prensip olarak benimseyen Germenci hukukçular, metodolojik yaklaşım bakımından da benzerlik arz etmektedir. Ancak Germenci hukukçular, Roma hukukundan ziyade Alman hukukuyla iştigal ettiler.⁷

1. Tarihçi Hukuk Okulunun Teşekkül Safhası

1.1. Teorik Zemin

Tarihçi hukuk okulu 18. yüzyılın son çeyreğinde hâkim temayül olan Aydınlanma dönemi tabii hukuk akımına ve onun siyasî sonuçlarına aksülamel olarak ortaya çıktı.⁸ Savigny'nin de bizzat zikrettiği üzere, tarihçi okulun ilk temsilcileri olarak Justus Möser ve Gustav Hugo'yu anabiliriz. Bunların yanı sıra Johann Friedrich Reitemeier, Johann Stephan Pütter de okulun ilk temsilcileri arasındadır. Her şeyden önce tarih felsefesi üzerine önemli temel düşünceler ortaya koyan düşünür Herder, sadece tarih, din ve dil sahasında değil hukuk alanına da müessir oldu. Nitekim Savigny'nin hukuk ve dil arasındaki ilişki ve bunların mukayesesine yönelik temel öğretisini Herder önceden ifade etmiştir.⁹ Herder gerek dil felsefesi gerekse "*Volksgeist*" (halk ruhu) tabiri açısından tarihçi okulu temel öğretileri bakımından etkilemiştir.¹⁰

1.2. Siyasal Zemin ve Kanunlaştırma Tartışması

Aydınlanmanın bir eseri olan kanunlaştırmaların amacı hukukta birlik, açıklık ve anlaşılabilirlik olarak ifade edilebilir. Yukarıda zikredilen iki kanundan sonra tabii hukuk öğretisi Almanya'da yavaş yavaş etkisini yitirmeye başladı. Bunun yanı sıra Fransız İhtilaliyle birlikte, aydınlanma dönemi tabii hukuk öğretisi ve

⁷ Hans Thieme, "Savigny und das Deutsche Recht", ZRG/GA, C. 80, S. 1, Weimar, Böhlau Verlag, 1963, s. 25-26.

⁸ Oscar Daniel Brauer, *Dialektik der Zeit, Untersuchungen zu Hegels Metaphysik der Weltgeschichte*, Stuttgart, Friedrich Frommann Verlag, 1982, s. 42.

⁹ Otto Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin, Buchdruckerei von Gustav Schade, 1903, s. 5-6. Möser, Herder ve genç Goethe tarafından kaleme alınan ve Herder'in editörlüğünde, denemelerin derlemesinden oluşan "Von deutscher Art und Kunst" adlı eser 1773 yılında yayımlanmıştır.

¹⁰ Thomas Würtenberger, "Johann Gottfried Herder und die Rechtsgeschichte", *Juristen Zeitung*, 12. Jahrgang, Nr. 5/6, Heidelberg, Mohr Siebeck, 1957, s. 137.

akılcılık hareketi temel alınarak kamusal cemiyetin tesis edilmesi yönündeki teşebbüsler eski Avrupa düzenini sarsmıştır.¹¹

18. yüzyılın sonları ile 19. yüzyılın başlarında yaşanan siyasi olaylar, akıl-dan mülhem tabii hukuku Almanlar nezdinde âdeta şüpheli konuma getirdi. Bu bakımdan fikrî hareketler temelinde gerçekleşen siyasi hadiseler, tarihçi hukuk okulunun oluşumuna katkı sağladı. Conrad'ın tabiriyle "artık irrasyonel ve duygusal" arayışın vaktiydi. Nitekim bu fikrî hareket Almanya'da genel itibariyle "romantizm" şeklinde ortaya çıkmıştır.¹²

Her ne kadar Napolyon'un Almanya'nın büyük bir kısmına tahakküm ettiği devirde, hukuk birliğine dair belli reformlar yapılırsa da Alman coğrafyası bakımından henüz bağdaşık bir özel hukuk söz konusu değildi.¹³ Bu bakımdan hukuk birliği sorunu ancak millî emellerle gerçekleşen Bağımsızlık Savaşları (1813-1815) neticesinde, Alman İmparatorluğu'nun birlik ve bütünlüğünün yeniden tesisi ile mümkün olabilirdi.¹⁴ Her ne kadar Napolyon hezimete uğratılsa da tesis edilen konfedere yapı gevşek nitelikteydi. Ancak Almanların tam manasıyla yeknesak bir hukuk tesis etme umudu henüz gerçekleşmemişti.¹⁵ Siyasi vaziyetin yanı sıra Alman hukuk birliğinin tesisi için hukukçular büyük çaba sarf ettiler. 17. ve 18. yüzyılda bu konuda çaba sarf eden en meşhur hukukçular; Hermann Conring (1606-1681), Gottfried Wilhelm von Leibniz (1646-1716), Christian Gottlieb Biener (1748-1828) olarak ifade edilebilir. Bunların yanı sıra 19. yüzyılın başlarında hukukî birliğin sağlanması adına çaba gösteren Heidelberg Üniversitesi hukukçularından, Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) önemli bir simadır.¹⁶

Thibaut âdeta kendisi gibi düşünenlerin sözcüsü konumunda, 1814 yılında neşredilen *Almanya İçin Umumî Bir Medenî Hukukun Zarureti Hakkında* başlıklı eseriyle Almanya için tek bir medenî kanununun gerekliliğini müdafaa

¹¹ Conrad, *a.g.m.*, s. 263.

¹² Conrad, *a.g.m.*, s. 264.

¹³ Stephan Meder, *Rechtsgeschichte*, gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 6. bs., Köln Weimar Wien, Böhlau Verlag, 2017, s. 300.

¹⁴ Conrad, *a.g.m.*, s. 264

¹⁵ Gerhard Dilcher, *Die Germanisten und die Historische Rechtsschule*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2017, s. 149.

¹⁶ Conrad, *a.g.m.*, s. 264-265; Meder, *a.g.e.*, s. 300.

etmiştir.¹⁷ Thibaut'nun talebi "Almanya için çıkarılacak kanunun" tamamıyla rasyonel ve tabii hukukun ilkeleri doğrultusunda yapılması yönündeydi.¹⁸ Thibaut'nun ifadesiyle: "Bütün yerel hukukumuz sonu gelmez bir karışıklık içerisinde. Nitekim birbiriyle çatışan, yıkıcı ve muğlak hükümler, Almanları birbirinden ayıran ve hâkimler ile avukatların sağlam hukukî bilgiye ulaşmasını imkânsız kılan yapıdadır."¹⁹ Yeknesak bir hukukun varlığı, hukukun bilimsel öğretisi, ticaret ve ilişkiler bakımından Alman devletlerinin birbiriyle bağlantı kurmasını kolaylaştıracaktı. Nitekim "aynı kanun, töre ve örf ve âdetlerin yeknesaklığı mükemmel bir surette, daima halkların sevgisini ve güvenini kazanmaya müessir olur."²⁰

Thibaut'nun bu görüşleri beyan ettiği devirde, Napolyon'un Almanya üzerindeki hâkimiyeti ve siyasal çözülüş söz konusuydu. 1815 sonrası Napolyon Kodu (Code Civil) eski prestijini kaybetmişti. Duygusal ve fikrî temelde tarihçi hukuk okulu, millî histen hareketle kanunlaştırma için henüz olgunluk evresine geçilmediğini ifade ederek bu görüşe şiddetle karşı çıkmıştır.²¹

Hukuk alanında zamanın ruhunu canlandıran ve tarihçi hukuk okulunun kurucusu olan Savigny, Thibaut'nun eserinden önce altyapısını kurduğu düşüncelerini, bu eserin neşredilmesiyle birlikte, bazı kısımları Thibaut'nun eserine bir nevi reddiye şeklinde olmak üzere ve tarihçi okulun ilk programı olarak aynı yılda *Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Bakımından Görevi* başlıklı eserinde ifade etmiştir. Tarihçi hukuk okulu, aydınlanma akılcılığına karşı durarak, hukukun ancak maziden ileri geldiğini ifade etmektedir. Bu bakımdan tek geçerli hukuk; rastlantısal yahut keyfi yasama ile değil, halkın salt tarihsel gelişimi ile ortaya çıkar.²²

¹⁷ Horst Heinrich Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1983., s. 17; Meder, *a.g.e.*, s. 301.

¹⁸ Hans-Christof Kraus, "Begriff und Verständnis des 'Bürgers' bei Savigny", *ZRG/RA*, C. 110, S. 1, Wien Köln Weimar, Böhlau Verlag, 1993, s. 559; Bkz.: Gonca Kuru, "Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 1, 2016, s. 201-228.

¹⁹ Anton Friedrich Justus Thibaut, *Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, Mohr & Zimmer, 1814, s. 14

²⁰ Thibaut, *a.e.*, s. 33.

²¹ Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, s. 255; Alfred Manigk, "Savigny und die Kritik der Rezeption", *ZRG/RA*, C. 61, S. 1, Böhlau Verlag, 1941, s. 187; Sadri Maksudi Arsal, *Umumî Hukuk Tarihi*, 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 242, 1944, s. 18-19.

²² Rinitsu Kawakami, "Die Begründung des 'neuen' gelehrten Rechts durch Savigny", *ZRG/RA*, C. 98, S. 1, Wien Köln Graz, 1981, s. 305-306.

1.3. Savigny İle Teorik İnşa

1.3.1. Genel Hatlarıyla Savigny Öğretisi

Savigny'nin öğretisi iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, hukukun kaynağı öğretisi (yahut hukukun teşekkülü öğretisi) ve teşekkül eden hukuku tanıma metodudur. Hukukun kaynağı öğretisi de kendi içinde iki kısma ayrılır; halkın ruhu öğretisi ve uzman faaliyeti. Bunlar sadece zaman bakımından farklı evrelere ait, çelişki içermeyen ve birbirini tamamlayan unsurlardır. Teşekkül eden hukuku tanıma metodu ise, tarihsel yöntem olarak belirlenmiştir. Tarihçi okulun temsilcileri ise bu noktada iki tarihsel metodu birbirinden ayırırlar. İlki tarihsel bir modelin yeniden ele alınması ve oluşan hukukun açıklanması babında, kendi tarihi seyrinde usulca gerçekleşen organik tekâmül sürecinin irdelenmesidir. İkincisi ise tarihçi okulun temsilcileri tarafından kaleme alınan hukuka dair teorik eserlerde takip edilen, genetik-tarihsel metottur. Bu bağlamda yapılan çalışmalarda geçerli hukuk ile hukuk tarihinin münasebeti dikkate alınmalıdır. Burada hukuk tarihi ve dogmatik hukuk esas itibarıyla doğrudan yan yana bulunmaz. Hukuk tarihi geçerli hukuku ve onun dogmatik yapısını tanımaya hizmet eder.²³

Bu arada şu hususu ifade etmekte fayda var. Hukuk tarihi ile iştigal etmek başlı başına bir amaç değildir. Hukuk tarihi amaca ulaşmak bakımından vasıta konumundadır. Savigny ile Germenci hukukçu Eichhorn'un kurduğu, tarihçi hukuk okulunun yayım organı "Tarihsel Hukuk Bilimi Mecmuası" şeklinde isimlendirildi. Mecmuanın adı hakikaten özenle seçilmiştir. Bilinçli bir şekilde "hukuk tarihi" yerine "tarihsel hukuk" tabiri yeğlenmiştir. Bu doğrultuda tarihçi hukuk okulu mensupları özenle tarihsel araştırmalara başlamış, Antik Çağ Yunan-Roma akımlarına dair tetkiklerde de bulunmuştur.²⁴ Esasen "tarihsel hukuk" tabiriyle, hukukun kaynağı, oluşumu ve geçerli hukukun tanınması bakımından, hukuk tarihine araç işlevinin yüklendiği ifade edilmek istenmiştir.²⁵

²³ Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 10.

²⁴ Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 10.

²⁵ Serhan Yıldırım, 19. yy. *Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 57.

1.3.2. Hukukun Kaynağı Öğretisi: “Volksgeist”

Savigny tarihçi hukuk okulunun programını açıkladığı, 1814 tarihinde neşredilen, eserinde henüz “*Volksgeist*” kavramını kullanmamaktadır. Bunun yerine “halkın müşterek kanısı” (gemeinsame Überzeugung des Volkes) ifadesini kullanmaktadır. Esasen Savigny “olgunluk döneminde” genetik hukuk öğretisini tam olarak ifade etmiştir. Bu bağlamda 1840 senesinde, *Günümüz Roma Hukuku Dizgesi* adıyla neşredilen eserin birinci cildinde, fikirlerini daha sağlam temelde izah etmiştir.²⁶

Savigny’ye göre hukuk, halk ruhunun usulca tesir eden gücünün ürünüdür. Tıpkı dil ve törede olduğu gibi pozitif hukuk da halkta ve halk ile tekâmül eder.²⁷ Bu bağlamda hukukun genel teşekkülünü Savigny şöyle ifade eder:

“Pozitif hukuk, halkın kolektif bilincinde yaşar. Onun için biz pozitif hukuku, ‘halk hukuku’ olarak nitelendiriyoruz... Her bireyde cemiyet düzeyinde canlı ve etkin olan ve pozitif hukuku üreten halk ruhudur. Pozitif hukuk ise her bir bireyin bilincinde rastlantısal değil, bilakis zorunlu olan bir ve aynı hukuktur.”²⁸

Nasıl ki bir halkın yaşamı akıp gidiyorsa hukuk da halkta tekâmülünü durmaksızın gerçekleştirir:

“Hayatta her insan, hiçbir surette tamamen bir duraksamaya girmez. Aksine mütemadiyen seyreden organik tekâmül, aynı şekilde halkların yaşamı bakımından da bu şekilde davranır. Her bir bireysel unsur ise toplumsal yaşamda varlık kazanır. Böylece devamlı seyreden tekâmülü dilde ve aynı biçimde hukukta buluyoruz.”²⁹

Bu bakımdan hukuk devamlı bir gelişim halinde kavranabilir. Bu devingenlik hali değişim ve dönüşümü de mümkün kılmaktadır. Nitekim çağın şartlarına uygun olmayan eski hukuk kurumları yerine yeni kurumlar ihdas edilebilir.³⁰

Savigny’nin ifade ettiği üzere, hukukun yaratıcı unsuru olan halk ancak ruhsal bir cemiyet halinde kavranır. Bu ruhsal cemiyet, halkta cari olan kolektif dil ile karakterleşir.³¹ Ayrıca zikredilen halk ruhu, halkın bir uzvu ve temsilcisi konumunda olan hukukçular ile âdeta özdeşleşmektedir.³²

²⁶ Conrad, *a.g.m.*, s. 266.

²⁷ Kawakami, *a.g.m.*, s. 306.

²⁸ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, C. 1, Berlin, bei Veit & Comp., 1840, s. 14.

²⁹ Savigny, *a.e.*, s. 16-17.

³⁰ Conrad, *a.g.m.*, s. 267.

³¹ Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, s. 31.

³² Horst Heinrich Jakobs, *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1992, s.30.

Cemiyetler bütün tarafından reddedilmeyen kendine has bağımsız bir yerel hukuk üretebilir. Esasen sakıncalı durum, halka özgü yerel hukukun yerine halka yabancı ortak bir hukukun ikame edilmesidir. Bu doğrultuda Savigny, Napolyon hâkimiyeti öncesi hukukî vaziyeti yeniden tesis etmek amacındadır.³³ Zikredilen amacı Savigny şu şekilde ifade eder: “Yerel bağlamda büyük bir çeşitlilik ve özgülük söz konusuyken, genel düzeyde bütün Alman kavimlerince temel dayanak kabul edilen müşterek hukuk, devamlı ve çözülemez birliği ifade etmektedir.”³⁴

Savigny’nin ortaya koyduğu hukukun yaratıcısı konumunda olan halk ruhu, umumî insanlık düşüncesiyle çelişmemektedir. Nitekim her halk, insanlığın bir unsuru, parçasıdır. Bu bakımdan genel insanlık fikri her halkta gerçekleştirilir. Bu bağlamda Savigny’e göre, “kendini tikel biçimde açımlayan genel insanlık ruhu, tikel halka etki eden yegâne şeydir.”³⁵ Bu şekilde farklı halklarda hukukun oluşumu birbiriyle örtüşmektedir.

Savigny’nin hukuk öğretisinde tabii hukukun izlerine de rastlamak mümkündür. Nitekim Savigny halk hukuku bakımından iki temel unsur öngörmüştür. Bunlar, “bilhassa her halkta bulunan ‘tikel unsur’ ve insan tabiatının ortak yönü üzerine kurulan ‘genel unsurdur’. Her iki unsur da bilimsel tanıma ve yeterliliğini hukuk tarihi ve hukuk felsefesinde bulur.”³⁶

Ayiter’e göre, hukuku devingen bir ruhsal varlık olarak düşünen bu anlayışta her türlü mekanik illiyet reddedilmiştir. Öğretinin temeli olarak formüleleştirilen organik anlayış, mekanik anlayışın mukabili olarak kullanılmıştır. Organizm ise kendinde içkin olan “hayat ve tekâmül kanunuyla” meydana gelmektedir.³⁷ Hukukun kaynağı addedilen “halk ruhu” kavramına organik manası bağlamında bir nevi psikolojik nitelik atfedilerek, tarihçi görüşten pozitivist görüşe intikal edildi. Ayrıca halk ruhu kavramı bir illet ve sebep şekline büründü. Hal-

³³ Conrad, *a.g.m.*, s. 267.

³⁴ Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3. bs., Heidelberg, Verlag von J. C. B. Mohr, 1840, s. 43,

³⁵ Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, C. 1, s. 21.

³⁶ Savigny, *a.e.*, s. 52.

³⁷ Jhering tarihçi okulun hukukun esas kaynağı olan organik halk ruhu öğretisini eleştirmiştir. Jhering’e göre, “elleri kavuşturup kemali emniyetle hukukun sözde esas kaynağının, millî şuurun (halk ruhunun), usulca ortaya koyacağı şeyi beklemekten başka yapılacak daha iyi bir şey yoktur.” Bkz.: Louis Le Fur, *XVII. Asırdan Beri Tabii Hukuk Nazariyesi ve Modern Doktrin*, Çev. Nihat Raif Erim, İstanbul, Kenan Basımevi, 1940, s. 80.

buki başlangıçta halk ruhu kavramı tarihçi hukuk okulu bakımından metafizik mahiyette bir cevher halindeydi. Zamanın “pozitivist ve natüralist” etkisi altında gerçekleşen bu fikrî dönüşüm ile halk ruhu cemiyet psikolojisi bakımından bir hadise haline getirildi. Böylelikle kolektif, psikolojik genel irade kavramı doğdu. Esasen halkın ruhu, hukukun sebep ve illeti, hukuk da halk ruhunun bir eseri değildir. Organik anlayışa göre halk ruhu ile hukuk, birbirini tamamlayan bir birlik arz etmektedir. Bu bağlamda Savigny’nin öğretisinin esas gayesi hukuku meydana getiren amillerin tespiti değil, hukukun tekâmül seyrinin tespiti ve yaşamsal varlığını devam ettiren “organik prensibin” bulunmasıdır. Bu durum ancak belirli bir halkın tarihsel varlığının başlangıç evresinde saf haliyle mevcut kabul edildiği için, başlangıç devrelerini tetkik etmek elzem telakki edilmiştir.³⁸

1.3.3. Programın İlanı ve Tepkiler

Savigny 1814’te tarihçi hukuk okulunun programını özetlemiştir. Savigny söz konusu programı esasen hukukun oluşum sorununa ilişkin bir yanıt niteliğinde kaleme almıştır.³⁹ Savigny görüş açısını şu şekilde ifade etmiştir:

“İlk olarak tarihte gördüğümüz üzere, medenî hukuk da kendine özgü bir surette halkın uhdesinde dil, töre ve esas teşkilat gibi bulunmaktadır. Bu görüşler mücerret bir varlığı imgelememektedir. Zikredilen görüşler bir halkın biricik gücü ve etkinliği olmakla beraber, tabiata ayrılmaz bir şekilde bağlı olup, sadece bizim tetkiklerimiz ile özel bir niteliğe bürünebilir. Bu görüşler bir bütün olarak birleştirildiğinde, halkın müşterek kanısı keza aynı his olan içsel zorunluluk, bütün rastlantısal ve keyfi oluşum düşüncelerini yadsır.”⁴⁰

Tarihçi hukuk okulunun programı 1815’te Savigny tarafından daha açık olarak tekrar ifade edildi. Savigny ve muakkiplerinin 1815 yılında kurdukları “Tarihsel Hukuk Bilimi Mecmuası” tarihçi okula mensup hukukçuların düşüncelerini paylaştığı bir organ işlevini yerine getirdi. Nitekim mecmuanın ilk sayısında Savigny, “Mecmuanın Gayesine Dair” başlıklı yazısı ile tarihçi hukuk okulunun programını tekrar ve daha açık bir şekilde beyan etmiştir.⁴¹

Savigny’nin programa ilişkin belirlemeleri hemen hemen tarihçi hukuk okulunun farklı kollarına nüfuz edecek bütün düşünce modellerini ihtiva edi-

³⁸ Ferid Ayiter, *Yeni Alman Hukuku*, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1939, s. 15-16.

³⁹ Jakobs, *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, s. 11.

⁴⁰ Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, s. 8.

⁴¹ Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 6.

yordu. Savigny'e göre hukukun gelişigüzel ve keyfi olarak teşekkülü olanaksızdı. Bu bağlamda hukuk ancak halka içkin olarak tekâmül eder ve başlangıçta her türlü dışsal müdahaleyi yadsır.⁴²

Savigny hukukun kaynağı öğretisi bakımından 1814 senesinde “*Volksgeist*” (halk ruhu) kavramı yerine “halkın müşterek kanısı” ifadesini kullanmakta ve organizma teorisine değinmekteydi. Bu görüşe göre, insan dikey ve yatay düzeyde olmak üzere iki bakımdan organik şekilde bağlıdır. İlki insanın halkın bir parçası olmasına, ikincisi ise halkın tarihin bir parçası olmasına işaret etmektedir. Böylelikle ayrı ayrı her insan ile halk arasında ve halkla tarih arasında organik bir bağ söz konusudur. Organizm düşüncesi kalıtsal tarihçi metotla örtüşmektedir. Bu anlayışa göre tarih kuru bir vakalar toplamı değil bilakis “oluşum tarihidir.”⁴³

1815'te ilk sayısı yayımlanan tarihçi hukuk okulunun dergisinde Eichhorn “ulusal ilgi” bağlamında Savigny'nin temel fikirleri ile ilişkilendirerek; Alman hukukuna dair bir çalışmanın, halkın kendine özgü yapısıyla bağıntılı olması gerektiğini savunmuştur.⁴⁴ Eichhorn'un varlığına olumlu yaklaştığı “müşterek bir Alman hukuku” sadece tarihsel nokta-i nazarla belirlenebilir.⁴⁵

Eichhorn'a göre tarihsel bir araştırma sadece genel olarak bilinen hukuk kurumlarının mahiyetine yönelmemelidir. Esas araştırma konusu yerel hukukun kendine özgü oluşum tarihi olmalıdır.⁴⁶ Bu bağlamda Eichhorn'un düşünceleri bir Alman hukuk tarihi yazımını teşvik etse de esasen ilk olarak eski Germen menşeli hukuk kaynakları tetkik edilmiştir. Bu eğilim takip eden yirmi yıl içerisinde Germenci kolun adım adım temayüz etmesiyle devam etmiştir.⁴⁷

Savigny'nin ortaya koyduğu hukukun oluşumuna dair teorisini ilk bakışta Romacı hukukçular desteklemekte tereddüt ettiler. Nitekim Roma hukuku “Alman halkının kendine özgü dili ve töresi” bağlamında değerlendirilemezdi.

⁴² Brauer, *Dialektik der Zeit, Untersuchungen zu Hegels Metaphysik der Weltgeschichte*, s. 42.

⁴³ Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 7; Friedrich Carl von Savigny, “Über den Zweck dieser Zeitschrift”, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, ed. Friedrich Carl von Savigny, C. F. Eichhorn vd., C. 1, Berlin, Nicolaischen Buchhandlung, 1815, s. 2.

⁴⁴ C. F. Eichhorn, “Ueber das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts”, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, ed.: Friedrich Carl von Savigny, C. F. Eichhorn vd., C. 1, Berlin, Nicolaischen Buchhandlung, 1815, s. 124.

⁴⁵ Eichhorn, *a.g.m.*, s. 131-132.

⁴⁶ Eichhorn, *a.g.m.*, s. 135.

⁴⁷ Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 8.

Roma hukuku Germen menşeli değildi. Ancak Savigny'nin bu hususu bir şekilde açıklaması, temellendirmesi gerekmektedir.⁴⁸ Nitekim Savigny'nin ortaya koyduğu halkın ruhu öğretisi, hukukun halkın bilincinde var olduğu birinci gelişim aşaması ile ilgilidir. Savigny bu durumu şu şekilde izah etmektedir:

“Yükselen kültür bakımından halkın etkinliğinin toplumsal bağlamda daha yoğun görüldüğü bu aşamadan başka bir aşamaya intikal edilir. Bir nevi mücerret evre olarak görünen ilk safhadan sonra hukukçular devreye girer. Bilimsel yöne geçiş ile artık hukuk dilde teşekkül eder. Böylece önceden bütün halkın bilincinde yaşayan hukuk, hukukçuların bilincine intikal etmiş olur. Artık hukukçular halkı bu işlevle temsil eder.”⁴⁹

Tarihçi hukuk okulu tabii hukuk akımının yanı sıra Fransız devriminin sonuçlarına da karşı durmaktaydı. Akli tabii hukuk okuluna göre, hukuk, aklın ilkelerine dayalı, değişmez, zaman ve mekân üstü bir şey olarak kabul edilir.⁵⁰ Tarihçi hukuk okulu ise tam bu noktaya itiraz etmiş ve hukuku iradi olarak oluşturulabilen bir şey değil, her ulusun kendine özgü tarihinde dönüşen, halkın bilincinde organik şekilde tekâmül eden bir hal olarak tasvir etmiştir. Bu bağlamda hukuk tarihsel süreç içerisinde serbest ve akli irade ile yaratılmaz, âdeta topraktan biter gibi ortaya çıkar.⁵¹ Bu doğrultuda Savigny akılcı hukukun kanunlaştırma dalgası özelinde bütün kanunlaştırma hareketlerine karşı çıkmıştır.⁵²

2. Tarihçi Hukuk Okulunun Yapısı ve Germenci Temâyüller

Hukuk tarihine ilişkin literatürde Romacı ve Germenci hukukçuların, tarihçi hukuk okuluna mensup olduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Takriben 1830'lerden sonra, tarihçi okul bünyesindeki Germenci temâyül artarak devam etti. Germenci hukukçuların sahneye çıkışı, Beseler'in *Halk Hukuku ve Hukukçular Hukuku (Volksrecht und Juristenrecht, 1843)*⁵³ adlı eseriyle zirveye

⁴⁸ Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 8.

⁴⁹ Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, s. 12.

⁵⁰ Ernst Eduard Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Ed. Selçuk Baran, 3. tıpkı bs., Ankara, Banka ve Ticaret hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 83.

⁵¹ Le Fur, *a.g.e.*, s. 79-80.

⁵² Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 9.

⁵³ Beseler otobiyografik eserine, Savigny'nin kendisine yazdığı 13 Ekim 1843 tarihli mektubu da eklemiştir. Mektubun girişinde Savigny Beseler'e, yeni neşredilen ve “ilgi çekici” nitelendirmeye

ulaşmıştır. Bunun yanı sıra Germenci hukukçuların düzenlediği kurultaylar ilk olarak 1846 senesinde Frankfurt'ta, akabinde 1847 senesinde Lübeck'te yapıldı.⁵⁴ Daha çok 1830'lardan sonra zuhur eden, tarihçi hukuk okuluna yönelik hücumların bir kısmı, bu okulun Germenci temsilcileri tarafından bir kısmı da harici Germenciler tarafından gerçekleştirilmiştir.⁵⁵

Rückert, Reyscher üzerine yazdığı biyografide, genç Germenci hukukçuların tarihçi hukuk okuluna dahil edilmek istemediklerini ifade etmiştir. Rückert bu düşüncesini Savigny'nin, Germencilere nispeten daha az değişim yanlısı olmasıyla temellendirmiştir. Bilhassa Savigny'nin kanunlaştırma problemi karşısındaki durağan tutumu bu durumu doğrular niteliktedir.⁵⁶

2.1. Roma Hukukunun Değeri ve Konumu

Tarihçi okula mensup Germenci hukukçu Beseler, belli noktalarda Savigny ile aynı görüşleri paylaşmaktadır. Nitekim Savigny'de olduğu gibi Beseler'e göre de hukuk, "dil ve töre gibi halka içkin ulusal yaşamın bir parçasıdır." Bu doğrultuda Beseler'e göre, "hukuk yaşam koşullarına uygun normların halkın kolektif bilincinde teşekkül etmesiyle vücut bulur."⁵⁷

sinde bulunduğu *Halk Hukuku ve Hukukçular Hukuku* adlı eseri gönderdiği için içten teşekkürleri sunmaktadır. Ayrıca Savigny zikredilen yılda Prusya Adalet Bakanı (1842-1848) olması nedeniyle eseri incelemesinin zaman aldığını ve geç cevap verdiğini de nezaketle ifade eder. Savigny mektupta Beseler'in söz konusu eserde görüşlerinin zaman zaman yanlış ifade edildiğini dikkat çekmektedir. Bunun yanı sıra Savigny, Beseler'in eserindeki yargı teşkilatına ilişkin önerileri zaman zaman takdir etmekle birlikte, problemli gördüğü yerleri eserin sayfa numaralarını belirterek ifade etmektedir. Mektubun sonunda ise Germenci hukukçuların, eserleri ile mevcut hukuki vaziyetin iyileştirilmesi noktasında katkı sağlayacaklarını belirtmektedir. Mektubun tam metni için bkz.: Georg Beseler, *Erlebtes und Erstrebtes 1809-1859*, Berlin, Verlag von Wilhelm Hertz, 1884, s. 253-257.

⁵⁴ Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, s. 24., Germanist kurultaylar gerek bilim tarihi gerek hukuk ve anayasa tarihi bakımından büyük önemi haizdi. Bkz. Gierke, *a.g.m.*, s. 54; Ayrıntılı bilgi için bakınız: Jörg Jochen Müller, *Germanistik und deutsche Nation 1806-1848*, Stuttgart Weimar, Verlag J.B. Metzler, 2000, s. 297 vd.

⁵⁵ Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, s. 13.

⁵⁶ Joachim Rückert, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie 1802-1880*, München, J. Schweitzer, 1974, s. 131, Aktaran: Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 12; günümüz Kıta Avrupası bakımından Roma hukukunun değeri ve konumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Reinhard Zimmermann, "Europa und das römische Recht", *Archiv für die civilistische Praxis*, C. 202, S. 2., 2002, s. 243-316.

⁵⁷ Georg Beseler, "Patriotische Phantasien über Recht und Gericht", *Kieler Correspondenzblatt*, ed. Theodor Olshausen, C. 4, 1833, s. 170.

Beseler sadece akılcı hukuka değil Roma hukukuna da karşı durdu. Nitekim “hukuk yabancılardan ithal edilebilecek tamamlanmış bir ürün değildir. Hukuk daima değişmeyen biçimde geçerli olan bir nesne de değildir.”⁵⁸ Görüldüğü üzere Beseler’in fikirleri Romacıları da hedef almaktadır. Beseler’e göre yabancı bir hukukun iktibası hadisesi, tarihsel tekâmül fikri ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca Beseler, Savigny’nin ortaya attığı evreler arası iş bölümü teorisini, halka içkin ve organik surette seyreden hukukun oluşum safhası bakımından zaruri olarak görmemiştir.⁵⁹

Bunun yanı sıra Beseler kanunlaştırmadan yana tavır almıştır. Ancak kanunlaştırmayı bir hukuk kaynağı olarak görmemektedir. Nitekim hukuk insan ürünü olup olgusal koşullara uygun normun ihdası kanun koyucunun tasarrufundadır. Beseler bu noktada Romacıların ileri sürdüğü “halk ruhu” olgusuna değil ampirik manada hukukun tespitine istinat etmektedir.⁶⁰

Bu bakımdan Savigny ile Beseler’in görüşleri mukayese edildiğinde hukukun kaynağı ve metodoloji açısından farklı ve ortak yönlerin olduğu sonucu çıkmaktadır. Her ikisinin de kabul ettiği görüş, hukukun oluşumunun hareket noktası olarak halkın görülmesi, kısaca “halk ruhu öğretisidir.” Savigny’e göre söz konusu öğretinin bir devamı niteliğinde olan “uzman hukukçuların faaliyeti” ise Beseler tarafından reddedilmiştir. Nitekim Beseler’e göre halkın hukuk yaratıcı gücü, uzman hukukçuların yanında günümüzde de halen mevcuttur. Bu bakımdan halk hukuku tamamen hukukçular tarafından oluşturulmamaktadır.⁶¹ Esasen Beseler’in itirazı Savigny’nin halkta zuhur eden hukuk evresi ile uzman hukukçuların söz konusu hukuku işlevselleştirip dizgesel bir bütün haline getirdikleri evreyi keskin çizgilerle ayırmasıdır. İfade edildiği üzere Beseler halkta teşekkül eden hukukun her daim devam ettiğini hukukçularla halk arasında tamamlanmış bir döngüden ziyade yan yana bulunma durumunun söz konusu olduğunu savunmuştur.⁶²

İfade edilen düşüncelerle Beseler, Roma hukukunun Almanya’da iktibasına, halk ruhunda organik tekâmülünü gerçekleştirmediği gerekçesiyle şüpheyi yaklaştı. Esasen tarihsel metot her ikisinde de aynı şekilde formüle

⁵⁸ Beseler, “Patriotische Phantasien über Recht und Gericht”, s. 170.

⁵⁹ Beseler, “Patriotische Phantasien über Recht und Gericht”, s. 171.

⁶⁰ Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4. bs., Berlin, Duncker & Humblot, 1989, s. 372.

⁶¹ Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 14.

⁶² Yıldırım, *a.g.e.*, s. 65.

edilmiştir. Buradaki ayrım ise ilk olarak tatbikatta kendini göstermektedir. Beseler muntazam bir şekilde genetik metodu takip etmektedir.⁶³ Savigny ise Roma hukukunun gelişiminin *Usus Modernus* ile açıklanmasını sadece *Corpus Iuris Civilis*'e dayanıldığı gerekçesiyle reddetmektedir. Savigny'e göre Roma hukuku Almanya'daki devam edegelen gelişimi olmaksızın dikkate alınmalıdır.⁶⁴

Jakobs'a göre Savigny ile Beseler arasındaki ayrım halk ruhu öğretisinden ileri gelmemektedir. Söz konusu ayrım uzman hukukçuların faaliyeti evresine ilişkindir. Nitekim Savigny, Roma hukukunun iktibas vasıtasıyla geçerli olması durumunu; halk ruhu kavramıyla değil, uzman hukukçuların faaliyetleriyle temellendirmektedir.⁶⁵

Beseler'in halkın kesintisiz ve devamlı olarak hukuk yaratıcı güce sahip olduğu yönündeki anlayışı, "hukuk sosyolojisi" diğer bir tabirle olgusal araştırma metoduyla uygunluk teşkil etmektedir. Bilindiği üzere Savigny'nin metodu olgusal tetkik bakımından noksandır. Bu bağlamda tarihçi okulun mensubu olan Beseler, Savigny'nin programından ayrılarak, aynı çatı altında genç Germencilerin temsilcisi konumuna gelmiştir.⁶⁶ Tarihçi okul içerisindeki bu kol gittikçe güçlendi. Beseler'in çizgisinde devam eden Germenci hukukçulara; Reyscher, Wilda, Bluntschli, Albrecht ve Mittermaier örnek olarak gösterilebilir.⁶⁷

Germenciler artık yeni bir yayım organına ihtiyaç duydular. Böylece 1839 senesinde Reyscher ve Wilda'nın öncülüğünde "Alman Hukuku ve Alman Hukuk Bilimi Mecmuası" kurulmuştur. Beseler ise kurulan bu yeni mecmuayı memnuniyetle karşılamış, kısa bir süre sonra o da mecmuanın yazarları arasında yerini almıştır.⁶⁸

Beseler'in 1843 yılında neşredilen *Halk Hukuku ve Hukukçular Hukuku* adlı eseri Germenciler ile Romacılar arasındaki tartışmanın seyri bakımından etkili olmuştur. Nitekim Beseler bu eser ile Savigny'nin temel yaklaşımına

⁶³ Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 15.

⁶⁴ Franz Wieacker, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1967, s. 15.

⁶⁵ Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, s. 92.

⁶⁶ Jakobs, *a.e.*, s. 91.

⁶⁷ Jakobs, *a.e.*, s. 96.

⁶⁸ Otto von Gierke, "Georg Beseler", *ZRG/GA*, C. 10, S. 1, Weimar, Böhlau Verlag, 1889, s. 11.

son vermek niyetindeydi. Bu doğrultuda Beseler'in, von Hugo tarafından temelleri atılan, Savigny ve Puchta tarafından teorik yönü inşa edilen ve soyut olan tarihçi hukuk okulunu ayakları üstüne oturttuğu söylenebilir. Böylelikle tarihçi hukuk okulu sahaya inip, hukuk siyasetine ilişkin görevini üstlendiği ifade edilmektedir.⁶⁹

Bütün bu gelişmeler ışığında Romacılarla Germencileri iki zıt kutup olarak değerlendirmek doğru değildir. Esasen bütün Romacılar Beseler'in karşısında durmadığı gibi bütün Germenci hukukçular da onun yanında yer almamıştır.⁷⁰ Tarihçi hukuk okulunun bu iki kolu arasında çeşitli konularda uzlaşa ve ayrışma söz konusu olmuştur. Keza Beseler'in görüşleri Romacı Windscheid tarafından belli ölçüde kabul gördüğü gibi Germenci hukukçu Thöl tarafından sert bir şekilde tenkide tâbi tutulmuştur.⁷¹

Bu bağlamda tarihçi hukuk okulunu iki gruba değil dört gruba ayırmak yerinde olur. Nitekim Romacı ve Germenci kavramları kendi içinde çifte içeriğe sahiptir. Bu doğrultuda Romacı hukukçuların tetkik sahası; Roma hukukunun hem "saf" haline hem de Glossatorlar ve Postglossatorlar tarafından bürüldüğü şekline, bunun yanı sıra *Usus Modernus* olarak nitelendirilen biçimine yönelik olmuştur. Germenci hukukçular ise, özgün Alman hukuku, Romacı tesirlerle değişime uğrayan Alman hukuku ve 1871'den sonra oluşan modern imparatorluk hukukuna yöneldiler. Bu tasnife göre Savigny, Puchta, Windscheid, Kierulff ve Christiansen Romacı; Eichhorn, Beseler, Gerber, Thöl, Albrecht, Reyscher ve Gierke Germenci olarak tavsif edilebilir. Metodik ayırım bakımından ise, Romacılar Roma hukukunun kavramsal yapısını benimsediler. Bu kapsamda Savigny ve Puchta'nın yanı sıra Germenci Thöl ve Gerber'i de değerlendirebiliriz.⁷²

Savigny ve muakkipleri uzman hukukçular evresini ısrarla savunmuşlardır. Germenciler ise metodoloji bakımından çeşitlilik arz etmektedir. Nitekim

⁶⁹ Bern-Rüdiger Kern, *Georg Beseler: Leben und Werk*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, s. 390.

⁷⁰ Jan Schröder, "Zur älteren Genossenschaftstheorie. Die Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs durch Georg Beseler", *Quaderni Fiorentini*, S. 11/12, 1982/1983, s. 402-403. "Genossenschaftstheorie" Beseler'in temellerini attığı, Gierke'nin de geliştirdiği bir teoridir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Schröder, *a.g.e.*, s. 399.

⁷¹ Kern, *Georg Beseler*, s. 405, Germanist Thöl Beseler'e karşı sert eleştirilerde bulunduğu eserini kaleme almıştır. Bkz.: b.a., Heinrich Thöl, *Volksrecht, Juristenrecht. Genossenschaften, Stande, Gemeines Recht*, Rostock und Schwerin, im Verlag Stillerischen Hofbuchhandlung, 1846.

⁷² Dilcher, Kern, *a.g.m.*, s. 16.

Germenci hukukçular bir nevi sosyolojik yaklaşım niteliğinde olan “tatbikatçı yaklaşım” ve “kavramsallık karşıtlığı” temelinde, toplumsal yaşamın gözlemini temel itti haz ettiler. Çok sayıda temsilcisi olan bu kol, “birlik ilkesi” adı altında Almanya’nın tamamında yaşayan hukuku esas kabul etti. Bunun yanı sıra hukukçular hukuku olarak farklı bir şekle bürünen Roma hukukuna dair unsurları reddettiler. Bu kola dahil olan kişilere örnek olarak Mittermaier, Beseler ve Reyscher’in yanı sıra Christiansen, Kierulff ve Windscheid sayılabilir.⁷³

Tarihçi hukuk okulu içerisindeki bu hararetli tartışmaların modern hukukun oluşumuna büyük katkısı olduğunu ifade edebiliriz. Nitekim bir taraftan Germenci kol içerisindeki Thöl ve Gerber, maddi Alman hukukunu Roma hukukunun kavramsal yapısıyla ele alırken, diğer taraftan bazı Germenciler de Alman hukukunu özgün kavramlarla geliştirmek çabasına girdiler. Tarihçi hukuk okulunun zikredilen yapısal ayrımı, Germenci nitelikte Germenci ve Romacı hukukçular ile Romacı nitelikte Romacı ve Germenci hukukçular gibi alışılmışın dışında bir sınıflandırmayla ifade edilmektedir.⁷⁴

Savigny ve Puchta’nın kendi çağlarındaki halkın hukuk oluşturucu gücünü yadsımaları bununla beraber uzman hukukçular evresine sığınmaları, Roma hukukunun iktibası hadisesini temellendirmek esasına dayanmaktadır.⁷⁵ Nitekim halk ruhunun hukuk yaratıcı işlevinin devam ettiğini kabul etmeleri halinde Roma hukuku meşruiyetini kaybedecekti. Ancak Germenci hukukçu Beseler’in böyle bir kaygısı yoktu. Beseler reel tarihle sosyolojik bir bağın kurulmasının gerekliliğine vurgu yaparken, artık eski olarak tavsif edebileceğimiz Savigny ve muakkipleri halkı felsefi ve metaforik bağlamda tasvir ederek olgusal tarihten uzak kaldılar. Bu bakımdan Savigny ve yandaşlarının tarihe felsefi eğilimi, tarihçi olmayan hukuk anlayışı nitelendirmesiyle karşı karşıya kalmalarına neden olmuştur.⁷⁶

⁷³ Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, s. 102-103.

⁷⁴ Jakobs, *a.e.*, s. 96.

⁷⁵ Ehrlich, *a.g.e.*, s. 373; krş.: Wieacker, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, s. 14.

⁷⁶ Jan Schröder, “Zur älteren Genossenschaftstheorie. Die Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs durch Georg Beseler”, s. 444; Tarihçi hukuk okulu metodolojik bakımdan “tarihçi olmayan” şeklinde nitelendirilmiştir. Bkz.: b.a., Thibaut, Anton Friedrich Justus, “Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule”, *Archiv für die civilistische Praxis*, C. 21, S. 3, 1838, s. 391-419.

2.2. 19. Yüzyıl Alman Hukuk Bilimi Açısından Roma Hukukunun Değeri

Roma hukuku salt kayserin emriyle mer'i hukuk konumuna yükselmemiştir. Birtakım hukukî ihtiyaçlar, değişen toplumsal yapı, Germen hukukunun bazı konularda yetersiz oluşu, yerel hukukun tespitindeki zorluklar vb. koşullar iktibas sürecini beraberinde getirmişti.⁷⁷

19. yüzyılda ise iktibas meselesi farklı bakış açılarıyla tekrar ön plana çıkmıştır. Roma-Germen İmparatorluğu sınırlarında tatbik edilen “müşterek hukuk”un, 1806’da imparatorluğun çöküşüyle tekrar ele alınması gerekti. Nitekim çöküş hadisesi devlet teşkilatlanmasının birlikten yoksun oluşuna ve kamusal alt yapı eksikliğine de neden olmuştur. Böylece müşterek hukukun tatbiki problemi ortaya çıktı.⁷⁸

Bu dönemde Fransa Napolyon öncülüğünde Koalisyon Savaşlarını başlattı. Fransa; Prusya, Avusturya, Rusya ve İngiltere’ye karşı savaşıyordu. Napolyon güçlü ordusuyla Avrupa’nın büyük bir kısmına tahakküm etmeyi başardı. Bu doğrultuda Napolyon bazı Alman devletlerini “Ren Konfederasyonu” adı altında birleştirmiştir.⁷⁹ Ren Konfederasyonu devrinde (1806-1813) müşterek hukuk, Napolyon Kodunun yanında tâl mer’iyeti haiz olmuştur. Zikredilen tarihte siyasal birlikten yoksun olan Almanların ulusal nitelikte bir medenî hukuku söz konusu değildi.⁸⁰

2.2.1. Alman Hukuku Kısacasında Roma Hukuku

Tarihçi hukuk okulunun kuramsal öncülerinden Savigny, Roma hukukunun geçerliliğinin devamını iktibas yorumuyla temellendirmeye çalışmaktaydı. Bu bağlamda Savigny şu düşünceleri dile getirmiştir:

“Alman İmparatorluğunun çözülüşü hukuka nasıl tesir etmiştir? Bazıları Alman İmparatorluğu’nun çözülüşü ile birlikte devlet otoritesinin yanı sıra özel hukukun da sona erdiği sonucunu genel olarak kabul ettiler. Ancak imparatorluğun inhitatıyla birlikte

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yıldırım, *a.g.e.*, s. 15-50.

⁷⁸ Hans-Peter Haferkamp, “Die Rezeption des römischen Rechts in Deutungen der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts”, *Philologie als Literatur und Rechtswissenschaft. Germanistik und Romanistik 1730–1870*, Ed.: Claudia Lieb, Christoph Strosetzki, *Euphorion, Zeitschrift für Literaturgeschichte*, C. 67, Heidelberg, Universitätsverlag Winter, 2013, s. 248.

⁷⁹ Fabio Schwabe, *Rheinbund*, <http://www.geschichte-abitur.de/lexikon/uebersicht-napoleonische-zeit/rheinbund> (e.t. 01.10.2018)

⁸⁰ Haferkamp, *a.g.m.*, s. 248.

her yerde sürekli itibar gören *Ortaçağ Roma Hukuku Tarihi* adlı eser özel hukuk bağlamında okutulmaktadır.”⁸¹

Savigny *Ortaçağ Roma Hukuku Tarihi* (*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*) adlı eserinde Batı Roma hukukunun hiçbir zaman ortadan kalkmadığını savunmaktadır. Savigny’e göre Roma hukukunun iktibas, yabancı hukukun ani bir şekilde benimsenmesi suretiyle gerçekleşmemiştir. Aksine Roma hukuku bahsedilen coğrafyada daima mevcuttu. Bunun yanı sıra aynı eserde Avrupa hukuk biliminin iktibas hadisesiyle gerçekleştirilen hukuk olduğunu vurgulamaktadır. Savigny aynı eserin üçüncü cildinde Avrupa hukuk literatürünü 12. yüzyıldan itibaren ele almıştır. Savigny’e göre, “bütün bu zaman dilimine hâkim olan Roma hukukunun bilimsel karakteri, günümüz hukuk tarihi bakımından literatür tarihi olarak vücut bulmuştur.”⁸² Dolayısıyla günümüz hukuk tarihi açısından Roma hukuku, kurumlar tarihinde değil, günümüze değin gelen hukukçuların eserlerinde yaşamaktadır.

Ortaçağda Roma hukukunun benimsenmesi ve şekillendirilmesi süreci halk tarafından değil uzman hukukçuların faaliyetleriyle gerçekleştirilmiştir. Bu hususu Savigny bir nevi tarih yasası niteliğinde olan teziyle temellendirerek 1814’te kaleme aldığı eserinde ifade etmektedir. Bu bağlamda Savigny Roma hukukunu çift yaşam alanı içerisinde değerlendirir. Bunlardan ilki bütün halkın yaşam alanı, diğeri ise hukukçuların elinde işlenen bilimsel alan.⁸³ Esasen halk ruhu her zaman halk yaşamıyla bağlantı içerisinde olmalıdır. Savigny bu hususu “politik (medenî) unsur”⁸⁴ olarak nitelendirdi. Ancak “yükselen kültürde” hukukun dizgesel bir yapıya kavuşturulması adına iş bölümü zorunludur. Nitekim ilk olarak “bütün halkın bilincinde yaşayan” hukuk, sonraki safhada “hukukçuların bilinciyle” temsil edilir. Hukukun bu tekâmül süreci, hukukçular düzeyinde Roma hukuku model alınarak devam eder. Bu bağlamda Savigny Roma hukukunu, hukukçular nezdinde “teknik unsur”⁸⁵ olarak nitelendirir.⁸⁶

⁸¹ Friedrich Carl von Savigny, *Pandektenvorlesung 1824/25*, ed.: Horst Hammen, Frankfurt am Main, 1993, s. 6, aktaran: Hans-Peter Haferkamp, Tilman Repgen, *Usus Modernus Pandectarum, Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*, Köln Weimar Wien, Böhlau Verlag, 2007, s. 28-29, Savigny’nin pasajda delil olarak gösterdiği kendi eseri (*Ortaçağ Roma Hukuku Tarihi*) 1813 ve 1831 yılları arasında yedi cilt olarak neşredilmiştir.

⁸² Friedrich Carl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2. bs., C. 3, Heidelberg, J. C. B. Mohr, 1834, s. III.

⁸³ Haferkamp, *a.g.m.*, s. 249.

⁸⁴ Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, s. 104.

⁸⁵ Savigny, *a.e.*, s. 104.

⁸⁶ Brauer, *Dialektik der Zeit, Untersuchungen zu Hegels Metaphysik der Weltgeschichte*, s. 46; Mehmet Tevfik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 5. tıpkı bs., İstanbul, XII Levha, 2015, s. 42.

Savigny bu ayırım ile 1806'dan sonra zuhur eden Roma hukukunun geçerliliği problemini kendi açısından çözmüştür. Nitekim Savigny'e göre Roma hukuku örf ve âdet hukuku şeklinde geçerliliğini korumaktadır. Ayrıca halk, hukukun taşıyıcısı konumunda olan hukukçular tarafından temsil edilmektedir. Bu bakımdan 1806'dan sonraki müşterek hukukun geçerliliği meselesi kanun koyucunun onayına bağlı görülmemektedir.⁸⁷

Hegel, Savigny'nin zikredilen tasarımını katı bir şekilde tenkit etti. Hegel'in eleştirileri özellikle yasamanın işlevi noktasında yoğunlaşmaktadır.⁸⁸ Nitekim Hegel kanunlaştırma tartışmaları bağlamında Savigny'yi şu cümleyle eleştirmiştir: "Kültürlü bir ulusu yahut hukukçular zümresini, bir kanun vücuda getirme yeteneğinden yoksun bırakmak en büyük hakarettir."⁸⁹

Hegel'in talebesi Gans devam eden süreçte Savigny ile bu konuyu tartışmıştır.⁹⁰ Gans'a göre Savigny kanun koyucunun işlevini yok sayarak âdeta hukukun tarihsel seyrinin dışına çıkmaktaydı. Gans Roma hukukunun geçerli ve etki alanı geniş bir hukuk şeklinde vücut bulması hadisesini, kanun koyucunun iradesiyle bağdaştırmaktadır.⁹¹

Gans'a göre kanunlar iktibasın bir nevi taşıyıcısı konumundadır. Bu bakımdan kanunlar 19. yüzyıl kanunlaştırmaları bakımından önem teşkil etmektedir.⁹² Puchta ise yasamayı, kaynağı başka hukuk kaynaklarına dayanan "biçimsel bir faaliyet" olarak nitelendirmektedir. Ayrıca "bilim yeni Roma hukuku için biricik hukuk kaynağıdır." Hukukçular ise müşterek hukukun taşıyıcısı konumundadırlar.⁹³ Bunun dışında Puchta, Savigny'nin açıkça örf ve âdet hukukundan değil hukukçular hukukundan bahsettiğini ifade etmiştir. Netice olarak, tarihçi hukuk

⁸⁷ Haferkamp, *a.g.m.*, s. 249.; Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, s. 105.

⁸⁸ Walter Jäschke, *Hegel-Handbuch*, 3. bs., Stuttgart, J. B. Metzler Verlag, 2016, s. 337.

⁸⁹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 2. bs., Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1989, s. 363.

⁹⁰ b.a.: Johann Braun, "Schwan und Gans': Zur Geschichte des Zerwürfnisses zwischen Friedrich Carl von Savigny und Eduard Gans", *Juristen Zeitung*, 34. Jahrgang, S. 23/24, Heidelberg, Mohr Siebeck, 1979, s. 769-775, aynı yazar, "Gans und Puchta: Dokumente einer Feindschaft", *Juristen Zeitung*, 53. Jahrgang, S. 15/16, Heidelberg, Mohr Siebeck, 1998, s. 763-770.

⁹¹ Haferkamp, Repgen, *a.g.e.*, s. 28.

⁹² Haferkamp, Repgen, *a.g.e.*, s. 31.

⁹³ Georg Friedrich Puchta, "Über eine Rezension von Savigny's Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik Nro. 41-44", *Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und Griechische Philosophie*, ed.: Johann Christian HASSE, C. 1, Bonn, Eduard Weber, 1827, s. 334.

okulunun iki kurucu temsilcisine göre halkın sahip olduğu hukukun, hiçbir surette makamlarca onaya ihtiyacı yoktur.⁹⁴

2.2.2. Halk Hukuku ve Hukukçular Hukuku Tartışması

“Halk hukuku mu hukukçular hukuku mu?” tartışması Roma hukukunun iktibası ekseninde gerçekleşmiştir. Tarihçi hukuk okuluna mensup gerek Romacı gerekse Germenci hukukçular, Savigny’nin hukukçular hukuku anlayışını sert bir şekilde tenkide tâbi tuttular. Müşterek hukukun devamlılığı meselesi bağlamında serdedilen, Savigny’nin halk, hukukçular ve iktibasa tâbi hukukun birliğine dair görüşlerine yapılan itirazlara Puchta da dahil oldu. Puchta bu meseleye ilişkin şu savı ileri sürdü: “Halk töresi üzerine düşünülemez. Gerçekte halkın bilincinde, inhitata uğrayan Roma hukuku yaşıyordu.”⁹⁵ Böylece Puchta Roma hukukunu Alman halkının hukuku değil Romalıların hukuku addetmiş oldu.⁹⁶ Nitekim zikredilen hukukun hareket noktası her halükârda yabancı mahiyettir.

Puchta’ya göre, 16. yüzyıl Almanya’sında Roma hukuku eğitimi almış hukukçular, yerel Alman hukuk kaynaklarının tatbikini zorlaştırarak Roma menşeli hukuku hâkim konuma getirdiler. Nitekim Alman hukuk tarihine önyargısız bir bakışla bu neticeyi çıkarmak mümkündü.⁹⁷ Bu bağlamda Puchta devrin bakış açısının tasviri bakımından, Romacı hukukçu Fuchsberger’e atıfta bulunur. 16. yüzyıl hukukçusu Fuchsberger, Roma hukukunun geçerli hukuk olmaması durumunda ortaya çıkacak neticeyi şu şekilde tasvir etmiştir: “Bu durum vahşi yabaniliğe dönüşe neden olur. İnsanların terk edilmiş bir vaziyette ormanda yaşam sürmesi, pelitle beslenmesi akabinde güçlünün zayıfı alt ettiği bir vaziyete geri gidilir.”⁹⁸

Mart devrimi öncesi (1848)⁹⁹, Fransız Temmuz devrimi sonrası (1830) zikredilen tartışma belirgin bir şekilde siyasileşmiştir. Bu bağlamda Beseler’in 1835 yılında irat ettiği konuşmasını anmak kayda değerdir. Beseler Ortaçağ Alman hukukunu

⁹⁴ Haferkamp, *a.g.m.*, s. 250.

⁹⁵ Puchta, “Über eine Rezension von Savigny’s Geschichte...”, s. 334.

⁹⁶ Haferkamp, *a.g.m.*, s. 251.

⁹⁷ Georg Friedrich Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, C. 1, Erlangen, Palmschen Verlagsbuchhandlung, 1828, s. 201-202.

⁹⁸ Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, C. 1, s. 200.

⁹⁹ “Vormärz” (Mart öncesi) tabiri 1815 ile 1848 Mart Devrimi arasındaki zaman dilimine verilen addır. Bkz.: Renate Wahrig-Burfeind, *Brockhaus Wahrig deutsches Wörterbuch: mit einem Lexikon der Sprachlehre*, 9. bs., Nördlingen, Druckerei C. H. Beck, 2011, s. 1614.

tamamıyla halk hukuku addetmiştir. Bu devirde, “halk hukukun biricik taşıyıcısı konumdaydı.”¹⁰⁰ İktibas hadisesiyle hâkim hukukun terk edilmeye başlanması, bir çeşit yabancılaşmaya neden olmuştur. Beseler hukuku devlet nezdinde yahut hukukçular aristokrasisine göre değil cemiyete ilişkin bir formda düşünüyordu.¹⁰¹

Bluntschli ise Alman ve Roma hukukuna ilişkin benzer görüşleri paylaşmıştır. Bluntschli’ye göre Alman halk hukuku çeşitlilik arz etmekte olup, kendine özgü koşullarda şekillenen bireyin özgürlüklerini ön planda tutan, içsel ahlaki karaktere dayanır. Buna karşılık Roma hukuku ise; soyut, mutlak hâkimiyete yönelik ve biçimseldir.¹⁰²

3. BGB’nin Teşekkülü

3.1. Hâkim Hukukî Anlayış ve Germencilerin Durumu

19. yüzyıl Alman hukukunun tekâmülü bakımından, tarihçi hukuk okuluna mensup Romacı ve Germenciler arasındaki farkları üç evrede özetleyebiliriz. İlk olarak tarihçi hukuk okulunun Germenci ve Romacı hukukçular tarafından kurulduğu 1815 senesi, akabinde 1848 Mayıs Devrimi öncesine tekabül eden on yıllık süreç; nitekim bu evrede Germenciler ile Romacıların aralarındaki ayrılık, şiddetli tartışmalarda kendini göstermiş olup Germeniyat toplantıları düzenlenmeye başlanmıştır. Bu toplantıların en önemlileri 1846 ve 1847 senelerinde gerçekleştirilen toplantılardır. Son evre ise Alman kanunlaştırmasının gerçekleştirilme süreci olan 19. yüzyılın son çeyreğidir.¹⁰³

Son evrede Savigny ve Puchta’nın inşa ettiği dizgesel Pandekt hukuku kitapları, BGB komisyon çalışmalarında hâkim konumda olan eserlerdi. Kanunlaştırmaya ilişkin ön çalışmalarda önemli derecede dışlanan Germenci hukukçu Otto von Gierke ilk tasarıyı katı bir şekilde eleştirmiş ve “Romacı, halka yabancı, sosyal nitelikte olmayan” şeklinde değerlendirmişti. Gierke’nin tasarıda değişiklik yapıl-

¹⁰⁰ Georg Beseler, *Über die Stellung des römischen Rechts zu dem nationalen Recht der germanischen Völker: akademische Antrittsrede*, Basel, Schweighausersche Buchhandlung, 1836, s. 7.

¹⁰¹ Beseler, *a.e.*, s. 17.

¹⁰² Johann Kaspar Bluntschli, *Die Neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, genişletilmiş 2. bs., Zürich, Chr. Beyels Verlag, 1862, s. 80-81.

¹⁰³ Dilcher, *Die Germanisten und die Historische Rechtsschule*, s. 144.

ması gerektiğine dair görüşleri karşılık bulmadı. Dilcher'e göre Gierke ve diğer Germencilerin özel hukuka ilişkin çalışmaları, Alman hukukunun tekâmülüne kritik, hukukî ve siyasî düzeyde etki etmeye devam etti. Örneğin, kira akdi, kat mülkiyeti, mal rejimi, müşterek mülkiyet gibi konularda ve kişiler, dernekler, şirketler ve iş hukuku sahalarında Germenci hukukçuların çalışmaları Alman hukukunun gelişimine katkı sağlamaya devam etti.¹⁰⁴

3.2. Siyasî Süreç ve Lex Lasker

1871 senesinde Alman siyasal birliğinin sağlanmasıyla İmparatorluk yeniden kuruldu. Siyasal birlik tesis edildikten sonra, Alman İmparatorluğu'nun yasama yetkisi genişletilmiştir. Bu doğrultuda yeknesak bir medenî hukukun teşekkülüne ilişkin devlet nezdinde ilk çalışmalar 1873 senesinde başladı. Artık kanunlaştırma tartışması salt hukukçular nezdinde vuku bulan bir mesele olmaktan çıkıp siyasî sahaya intikal etmiştir.¹⁰⁵ Bismarck Anayasası m. 4 gereğince imparatorluk sadece borçlar hukukuna ilişkin umumî yasama yetkisini haizdi. Ulusal Liberal Parti (ULP) mensupları, bu yasama yetkisinin medenî hukukun tamamını kapsayacak şekilde genişletilmesi taraftarıydı.¹⁰⁶

Bu doğrultuda ULP Milletvekili Lasker ve Miquél öncülüğünde 15.11.1871 tarihinde verilen ve birçok parti tarafından desteklenen, Alman devletinin umumî yasama yetkisinin genişletilmesine dair önerenin görüşülmesi parlamentoda kabul edildi. Akabinde 9.12.1871 tarihli oturumda Federal Konsey Komisyonu anayasal ve kanunî düzeyde değişiklik yapılmasına dair önergeyi Şansölye'ye sundu.¹⁰⁷

O dönemde başbakanları aynı zamanda Şansölye olan Prusya eyaleti, önergeyi kabul ettiğini beyan etmiştir. Prusya'nın yanı sıra önerenin kabulü yönünde beyanda bulunan diğer eyaletler ise Lübeck ve Baden'dir. Lakin önerenin kabulü için yeter sayıda oy mevcut değildi. Nitekim önergeyi reddedenler çoğunluğu teşkil eden Braunschweig, Saksonya, Württemberg ve Bayern eyaletleriydi. Esa-

¹⁰⁴ Dilcher, *a.e.*, s. 145.

¹⁰⁵ Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, s. 120.

¹⁰⁶ Jakobs, *a.e.*, s. 121, Zikredilen parti Frankfurt meclisinde yer almakta olup üyelerinden ötürü profesörler partisi olarak nitelendirilmiştir. Önemli üyeleri arasında Dahlmann, Droysen, Waitz ve Beseler sayılabilir. 1871 yılında kurulan bu parti Alman İmparatorluk Parlamentosunda çoğunluğa sahip olmayan en büyük fraksiyondur. *A.e.*, s. 121.

¹⁰⁷ Werner Schubert, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Berlin New York, Walter De Gruyter, 1978, s. 127.

sen buradaki kilit eyaletler az önce zikredilen son üç eyalet olup, bunların oyları toplamı (on dört oy) her ne kadar azınlığı teşkil etse de anayasa değişikliğini engellemeye yetiyordu. Esasen bu gruplaşmanın başını hukuk birliğini üstlenen Prusya ile yerel hukuku önemseyen Bayern çekmektedir.¹⁰⁸ İfade edildiği üzere Roma hukukunun iktibası sürecinde direnen yerel hukuku ön plana çıkartan eyaletlerin, kanunlaştırma meselesindeki ilk tutumu da aynı şekilde olmuştur.

1872 senesinin başlarında gerçekleştirilen bir oturumda Württemberg eyaleti, İmparatorluğun yasama yetkisi kapsamının belli ölçüde ve bazı durumlarda genişletilmesini kamu menfaatine uygun olarak değerlendirmiştir.¹⁰⁹ Bayern eyaleti ise Lasker önergesini yetki genişliğinin belirsizliği gereği reddettiğini beyan etmiştir. Lasker ve Miquél Mayıs 1872’de gerçekleştirilen parlamento oturumunda, ilk talep edilen şeyin şümüllü bir kanunlaştırmadan ziyade tek bir kanunun çıkarılması şeklinde istemlerini tahdit ederek zikredilen belirsizliği gidermeye çalışmıştır.¹¹⁰

Lasker metot bakımından Germenci hukukçu Beseler’i tenkit etmiştir. Lasker’e göre bazı teorisyenlerin ifade ettiğinin aksine, mevcut kanunlarda halk hukukunun nüfuzu hissedilir derecede değildir. Bu bakımdan uzmanlık gerektiren yasama faaliyeti, ön çalışmalarda müşterek bilinçle çalışmaların yapılması ve Alman ruhunun uzman hukukçularda tekâmülü ile ancak özgün bir medenî kanun vücuda getirilebilir. Bütün bu şartların sağlanması durumunda kanunlaştırma için en uygun zaman gelmiş demektir. Lasker’e göre Almanlara özgü bir medenî kanunun ortaya konulması, farklı çevrelerden hukuk profesörleri ve tatbikatçıların bir araya gelmesi ile sağlanabilirdi. Dolayısıyla bürokrasinin ve hukukçuların uzlaşısı ile bir kanun kitabı vücuda getirilmiş olacaktır. Doğal olarak bu durumda halk hukukunun izlerine rastlamak pek de mümkün değildir.¹¹¹

Lasker’in zikredilen önergesi her ne kadar derhal kabul edilmese de Federal Konseye yön vermeyi başarmıştır. Nitekim 21.03.1873 tarihli oturumda yasama yetkisinin genişletilmesini Lübeck ve Baden eyaletleri çekincesiz olarak, Saksonya, Württemberg, Hessen, Braunschweig ve Prusya ise Lasker önergesini sadece belirli şartlar altında kabulüne taraf olduklarını açıklamışlardır. Zikredilen koşul, medenî hukuka ilişkin kapsayıcı bir kanunun hazırlanması için Federal Konsey

¹⁰⁸ Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, s. 121.

¹⁰⁹ Schubert, *a.g.e.*, s. 137.

¹¹⁰ Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, s. 122-123.

¹¹¹ Jakobs, *a.e.*, s. 123.

kararı ile özel bir komisyon kurulmasıydı.¹¹² Bayern eyaleti ise çekimser tavrını sürdürmeye devam etmiştir. Nitekim Bayern Adalet Bakanı kanunlaştırma probleminin kurulacak komisyonla uzman hukukçulara intikal etmesini, “siyasî dışın kırılması” şeklinde değerlendirmiştir.¹¹³ Nihayet Bayern engeli bertaraf edilip ve yeknesak bir medenî kanunun hazırlanması için komisyon oluşturuldu. Zikredilen önerge “*lex Lasker*” (12.12.1873) namıyla tarihe geçmiştir.¹¹⁴

3.3. Komisyonların Benimsediği Metot

Federal Konseyin 12.12.1873 tarihli kararı ile siyasî düzeyde kanunlaştırmanın temelleri atılmış ve karakteristik yönleri belirginleşmeye başlamıştır. Konseyin siyasî kararı âdeta apolitik bir kanun kitabının hazırlanmasına yönelikti. Kanunlaştırma faaliyeti Savigny’nin düşünceleriyle paralel bir şekilde gerçekleştirilecekti. Nitekim Savigny’e göre kanunlaştırma faaliyeti salt yasamanın tasarrufuna bırakılamazdı. Bu doğrultuda yasamanın kanunlaştırma bağlamında görevi bertaraf edilmiş, bu teknik ve derin iş, komisyonu oluşturan uzman hukukçuların tasarrufuna bırakılmıştır.¹¹⁵

Komisyonun kanunlaştırma faaliyetinde takip edeceği metot siyasal irade tarafından belirlenmemiştir. Bu husus da hukukçuların tasarrufuna bırakılmıştır. Bu bakımdan yeniden bir hukuk inşa etmek mi yoksa mevcut kuralların bir araya getirilmesi suretiyle mi kanunlaştırmanın gerçekleşeceği tartışılmıştır. Nihai olarak Savigny’nin ifade ettiği üzere kanunlaştırma faaliyeti yasamanın tasarrufunda gerçekleşecek olursa hukuk biliminin prensibi, yasamanın prensibi olmalıdır. Dolayısıyla ancak bilimsel düzeyde ve uzman hukukçular elinde gerçekleştirilen bir kanunlaştırma özgün olabilir. Netice olarak kanunlaştırma çalışmaları için oluşturulan 1. ve 2. Komisyonun kanun tasarısı Savigny’nin yolunu çizdiği üzere, bilimsel, teknik ve özellikle mevcut hukukî farklılıkların ortadan kaldırılması şeklinde gerçekleşmiştir.¹¹⁶

Komisyonların yaklaşık yirmi üç yıllık yoğun çalışmaları neticesinde 1.7.1896 tarihli oylamada, hazır bulunan 288 milletvekilinden; 222’si kabul, 48’i ret ve 18’i

¹¹² Jakobs, *a.y.*

¹¹³ Schubert, *a.g.e.*, s. 157.

¹¹⁴ Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, s. 124.

¹¹⁵ Jakobs, *a.e.*, s. 124.

¹¹⁶ Jakobs, *a.e.*, s. 128.

çekimser oy kullanmıştır. Böylece BGB, Kayser II. Wilhelm zamanında 24.8.1896'da resmî gazetede yayımlanmış ve 01.01.1900 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹¹⁷

Sonuç

19. yüzyılda tarihçi hukuk okulunun üniversite kürsülerinde hâkim konumda olması ve belli başlı siyasî hadiseler nedeniyle Alman hukuk teorisi, zikredilen okulun öğretileri doğrultusunda inşa edildi. Tarihçi okulun iki kolu olan Romacı ve Germenci hukukçular arasında kendi içerisinde de iki kola ayrılmaktadır. Bu bağlamda tarihçi hukuk okulu bünyesinde ortaya çıkan eğilimleri şu şekilde sıralayabiliriz: Romacı hukukçular, Romacı karakterde Germenci hukukçular, Germenci hukukçular ve Germenci karakterde Romacı hukukçular. Görüldüğü üzere söz konusu iki temel kol birbirine tamamen zıt öğretileri teşkil etmemektedir. Tarihçi okul bünyesindeki bu iki temel kol sadece 19. yüzyıl Alman hukuku bakımından değil, günümüz Kıta Avrupası hukuk sisteminin temellerini teşkil etmesi bağlamında büyük ehemmiyeti haizdir. Bunun yanı sıra tarihçi hukuk okulu, Alman medenî hukuku alanındaki ilk kanunlaştırma olan ve 01.01.1900 tarihinde yürürlüğe giren BGB'nin felsefi ve hukukî alt yapısını oluşturdu. BGB tasarısının hazırlık çalışmalarında komisyonlarca takip edilen usûl, Savigny'nin öğretileri doğrultusunda olmuştur. Bu bağlamda tarihçi hukuk okulunun Romacı kolunun, diğer bir tabirle Pandekt hukuk ilminin, BGB'nin oluşumunda Germenci kola nispeten daha etkili olduğunu ifade edebiliriz. Son olarak Gerek Romacı gerekse Germenci hukukçuların, ilkin tarihçi hukuk okulu çatısı altında toplanmaları neticesinde, bu iki kol arasındaki gerilimin Roma-Germen hukuk dairesinin teorik yönünü inşa ettiğini görmekteyiz.

¹¹⁷ Schubert, *a.g.e.*, s. 68.

KAYNAKÇA

- Abadan, Yavuz, "Tarihçi Mektep ve Devlet Nazariyesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, 1951, s. 160-185.
- Arsal, Sadri Maksudi, *Umumî Hukuk Tarihi*, 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 242, 1944.
- Ayiter, Ferid, *Yeni Alman Hukuku*, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1939.
- Beseler, Georg, *Erlebtes und Erstrebtes 1809-1859*, Berlin, Verlag von Wilhelm Hertz, 1884.
- _____, "Patriotische Phantasien über Recht und Gericht", *Kieler Correspondenzblatt*, ed. Theodor Olshausen, C. 4, 1833, s. 169-182.
- _____, *Über die Stellung des römischen Rechts zu dem nationalen Recht der germanischen Völker: akademische Antrittsrede*, Basel, Schweighausersche Buchhandlung, 1836.
- Bluntschli, J. Kaspar, *Die Neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, genişletilmiş 2. bs., Zürich, Chr. Beyels Verlag, 1862.
- Brauer, Oscar Daniel, *Dialektik der Zeit, Untersuchungen zu Hegels Metaphysik der Weltgeschichte*, Stuttgart, Friedrich Frommann Verlag, 1982.
- Braun, Johann, "'Schwan und Gans': Zur Geschichte des Zerwürfnisses zwischen Fgriedrich Carl von Savigny und Eduard Gans", *Juristen Zeitung*, 34. Jahrgang, Nr. 23/24, Heidelberg, Mohr Siebeck, 1979, s. 769-775.
- _____, "Gans und Puchta: Dokumente einer Feindschaft", *Juristen Zeitung*, 53. Jahrgang, Nr. 15/16, Heidelberg, Mohr Siebeck, 1998, s. 763-770.
- Conrad, Hermann, "Aus der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule: Friedrich Carl von Savigny und Jacob Grimm", *ZRG/GA*, C. 65, S. 1, Weimar, Böhlau Verlag, 1947, s. 261-283.
- Dilcher, Gerhard, *Die Germanisten und die Historische Rechtsschule*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2017.
- Dilcher, Gerhard/Kern, Bern-Rüdiger, "Die juristische Germanistik des 19. Jahrhunderts und die Fachtradition der Deutschen Rechtsgeschichte", *ZRG/GA*, C. 101, S. 1, Wien Köln Graz, Böhlau Verlag, 1984, s. 1-46.
- Ehrlich, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4. bs., Berlin, Duncker & Humblot, 1989.
- Eichhorn, Carl F., "Ueber das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts", *Zetschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Ed., F. C. von Savigny/ C. F. Eichhorn vd., C. 1, Berlin, Nicolaischen Buchhandlung, 1815, s. 124-146.
- Haferkamp, Hans-Peter, "Die Rezeption des römischen Rechts in Deutungen der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts", *Philologie als Literatur und Rechtswissenschaft. Germanistik und Romanistik 1730- 1870*, Ed., Claudia Lieb/ Christoph Strosetzki, *Euphorion, Zeitschrift für Literaturgeschichte*, C. 67, Heidelberg, Universitätsverlag Winter, 2013, s. 247-258.
- Haferkamp, Hans-Peter/ Repgen, Tilman, *Usus Modernus Pandectarum, Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*, Köln Weimar Wien, Böhlau Verlag, 2007.

- Hegel, G. W. Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 2. bs., Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1989.
- Hirsch, Ernst Eduard, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Ed. Selçuk Baran, 3. tıpkı bs., Ankara, Banka ve Ticaret hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.
- Jakobs, Horst Heinrich, *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1992.
- _____, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1983.
- Jäschke, Walter, *Hegel-Handbuch*, 3. bs., Stuttgart, J. B. Metzler Verlag, 2016.
- Kawakami, Rinitu, "Die Begründung des 'neuen' gelehrten Rechts durch Savigny", *ZRG/RA*, C. 98, S. 1, Wien Köln Graz, 1981, s. 303-337.
- Kern, Bern-Rüdiger, *Georg Beseler: Leben und Werk*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982.
- Koschaker, Paul, *Europa und das römische Recht*, München und Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 4. bs., 1966.
- Kraus, Hans-Christof, "Begriff und Verständnis des 'Bürgers' bei Savigny", *ZRG/GA*, C. 110, S. 1, Wien Köln Weimar, Böhlau Verlag, 1993, s. 552-601.
- Kuru, Baki, "1794 Tarihli Prusya Umumî Memleket Kanunu'nda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medeni Kanunu'nda (ABGB) Kanunların Tefsiri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 1958, s. 102-140.
- Kuru, Gonca, "Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 1, 2016, s. 201-228.
- Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, yeniden gözden geçirilmiş 6. bs., Berlin Heidelberg, Springer Verlag, 1991.
- Le Fur, Louis, *XVII. Asırdan Beri Tabii Hukuk Nazariyesi ve Modern Doktrin*, Çev. Nihat Raif Erim, İstanbul, Kenan Basımevi, 1940.
- Manigk, Alfred, "Savigny und die Kritik der Rezeption", *ZRG/RA*, C. 61, S. 1, Böhlau Verlag, 1941, s. 187-229.
- Meder, Stephan, *Rechtsgeschichte*, gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 6. bs., Köln Weimar Wien, Böhlau Verlag, 2017.
- Müller, Jörg Jochen, *Germanistik und deutsche Nation 1806-1848*, Stuttgart Weimar, Verlag J.B. Metzler, 2000.
- Özcan, M. Tevfik, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 5. tıpkı bs., İstanbul, XII Levha, 2015.
- Puchta, Georg F., "Über eine Rezension von Savigny's Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik Nro. 41-44", *Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und Griechische Philosophie*, Ed. Johann Christian Hasse, C. 1, Bonn, Eduard Weber, 1827, s. 327-336.
- _____, *Das Gewohnheitsrecht*, C. 1, Erlangen, Palmeschen Verlagsbuchhandlung, 1828.
- Schröder, Jan, "Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre. Gesetzgebungs- und Rechtsquellen-theorie im 17. und 18. Jahrhundert", *ZRG/GA*, C. 109, S. 1, Weimar, Böhlau Verlag, 1992, s. 1-47.

- _____, “Zur älteren Genossenschaftstheorie. Die Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs durch Georg Beseler”, *Quaderni Fiorentini*, C. 11/12, 1982/1983, s. 399-459.
- Schubert, Werner, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Berlin New York, Walter De Gruyter, 1978.
- Schwabe, Fabio, *Rheinbund*,
<http://www.geschichte-abitur.de/lexikon/uebersicht-napoleonische-zeit/rheinbund>
(e.t. 01.10.2018).
- Thibaut, Anton, F. J., “Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule”, *Archiv für die civilistische Praxis*, C. 21, S. 3, 1838, s. 391-419.
- _____, *Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, Mohr & Zimmer, 1814.
- Thieme, Hans, “Savigny und das Deutsche Recht”, *ZRG/GA*, C. 80, S. 1, Weimar, Böhlau Verlag, 1963, s. 1-26.
- Thöl, Heinrich, *Volksrecht, Juristenrecht. Genossenschaften, Stande, Gemeines Recht*, Rostock und Schwerin, im Verlag Stillerischen Hofbuchhandlung, 1846.
- von Gierke, Otto, “Georg Beseler”, *ZRG/GA*, C. 10, S. 1, Weimar, Böhlau Verlag, 1889, s. 1-24.
- _____, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin, Buchdruckerei von Gustav Schade, 1903.
- von Savigny, F. Carl, “Über den Zweck dieser Zeitschrift”, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Ed., F. C. von Savigny/ C. F. Eichhorn vd., C. 1, Berlin, Nicolaischen Buchhandlung, 1815, s. 1-17.
- _____, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2. bs., C. 3, Heidelberg, J. C. B. Mohr, 1834.
- _____, *System des heutigen Römischen Rechts*, C. 1, Berlin, bei Veit & Comp., 1840.
- _____, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3. bs., Heidelberg, Verlag von J. C. B. Mohr, 1840.
- Wahrig-Burfeind, Renate, *Brockhaus Wahrig deutsches Wörterbuch: mit einem Lexikon der Sprachlehre*, 9. bs., Nördlingen, Druckerei C. H. Beck, 2011.
- Wieacker, Franz, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1967.
- Würtenberger, Thomas, “Johann Gottfried Herder und die Rechtsgeschichte”, *Juristen Zeitung*, 12. Jahrgang, S. 5/6, Heidelberg, Mohr Siebeck, 1957, s. 137-141.
- Yıldırım, Serhan, 19. yy. *Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Zimmermann, Reinhard, “Europa und das römische Recht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, C. 202, S. 2., 2002, s. 243-316.

Belgeler/Notlar

MEKTEB-İ TARİHÎ VE OSMANLI HUKUKUNUN MENBALARI*

Veliyüddin [Veli Saltıkçı], haz. Serhan Yıldırım**

Hukukta mekteb-i tarihînin müessisi Savigny'dir. Gerçi, daha on altıncı asr-ı miladîde Fransız romanisti maruf Caujas [Cujacius, 1522-1590] müessesât-ı hukukiyenin ruhuna nüfuz edebilmekte tarih-i hukukun ne derece kıymettar bir alet olduğunu bildirmek için onu kendisinin “altın oltası” tesmiye etmişti. Daha sonra İtalya hükemâsından Vico (1668-1744) ilm-i hukuku, felsefe-i hukuk, tarih-i hukuk ve felsefe-i hukukun fiiliyata tatbiki namlarıyla üç kısma ayırarak bu taksimiyle tarih-i hukuku, ilm-i hukukun bir rûknü addetmişti. Bundan başka Vico kavânin-i mevzuayı biri vâzı'-ı kanunun iradesi (mens legis) diğeri kanunun sebep ve hikmeti (ratio legis) olmak üzere iki unsura tahlil ederek vâzı'-ı kanunun iradesi mutlaku'l-inan olmadığı ve bir kanunun, vekâyi'-i tarihiye ile “hüsn ve hakk”ın ebedi düsturlarına tevafuk etmedikçe “ratio legis” unsurunu haiz ve binaenaleyh tam olamayacağı fikrinde bulunmuştu.

* Veliyüddin, “Mekteb-i Tarihî ve Osmanlı Hukukunun Menbaları 1”, *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sy. 8, Mayıs 1333/1917, s. 628-633. İstanbul Darülfünunu Hukuk Fakültesi Tarih-i Hukuk müderrisi Veliyüddin Bey'in tarihçi hukuk okuluyla ilgili bu makalesinin devamı gelmemiştir. Dönemin genel dil eğilimi ve metin göz önünde bulundurulduğunda müellifin Fransızca kaynaklardan faydalandığı ifade edilebilir. Tarihçi hukuk okulunu genel hatlarıyla ve kabaca değerlendirdiğini görüyoruz. Nitekim ilk sayfalarda tarihçi hukuk okulunun teorik kökenlerine kısaca değinmektedir. Devamında salt Pandektci hukuk yaklaşımına nazaran ve kurucu Savigny'nin tarihçi hukuk okuluyla özdeşleştirilen “hukukun kaynağı öğretisi (*Volksgeist*, halk ruhu)” bağlamında zikredilen okulu tasvir etmiştir. Bu yazıdaki değerlendirmeler genel ve öz olup, esasen metinde müellifin tarihçi hukuk okuluyla özdeşleşmiş kavramlara mukabil kullandığı karşılıklar, günümüz hukuk dili bakımından önem arz etmektedir.

** Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı; İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü doktora öğrencisi; e-posta: serhanyildirim@cu.edu.tr. Yazıyı okuyup tashihlerini paylaştan değerli Dr. Öğr. Ü. Ali Adem Yörük'e teşekkür ederim.

Görülüyor ki Vico vâzı'-ı kanunun iradesini bir taraftan icâbât-ı tarihiye, diğer taraftan "hüsn ve hakk"ın, kendince mevcut, ebedi prensipleriyle tahdit ve takyit eylemiş ve onun vazifesini o icâbât ile o prensipleri arayıp bulmak ve onlara bir şekil ve bir kuvve-i müeyyide vermekten ibaret bırakmıştı.

Vico'nun muasır Montesquieu (1689-1755) daha amelî bir telakki ile, her milletin hukuk-ı umumiye ve hususiyesi, hars-ı millînin (culture nationale) bütün anâsır-ı sairesiyle; milletin dini, ahlakı ve terbiyesi hatta ticaret ve sanayi ve bil-hassa içinde yetişip yaşadığı iklim ve muhit-i coğrafi ile alakadar olduğunu ve müessesât-ı hukukiyenin diğer müessesât ve müessirât ile olan bu rabitası nazar-ı dikkatten kaçırılmamak lazım geldiği fikrini telkin etmişti.

Montesquieu'nun bütün nazariyesi şu tarif-i meşhurunda hülâsa edilmiştir:
"Kanun tabiat-ı eşyadan münba'is münasebât-ı zaruriyedir"¹.

Montesquieu bu tarifiyle vâzı'-ı kanunun tabiat-ı eşyaya tevafuk etmeyen mevzûâtının hükümsüz olduğunu göstermiş ve insanların kendileri tarafından yapılmış kanunları olabileceğini teslim ile beraber asıl kendi sun' ve tesirlerinden hariç kanunların taht-ı idaresinde yaşadıklarını ayrıca söylemiştir².

Montesquieu'nun nazariyesi gerçi hukukun menbaini vâzı'-ı kanunun arzu-sunda veya efrâdın terâdîsinde görenleri açık bir surette red ve cerh etmekte ise de alelumum müessesât-ı hukukiyede unsur-ı tarihîye verdiği mevki matlub derecede katıyet ve sarahatle görülmemektedir.

Montesquieu bilhassa iklim ve muhit-i coğrafînin tesirâtını pek mühim telakki etmiş ve en ziyade asrının âmâl-i hürriyet-cûyânesine tercüman olarak istibdat-ı idareyi delâil-i tarihiye ile hedm ve tenkide çalışmış ve İngiltere müessesât-ı siyasiyesini bütün milletlere numune-i imtisal olarak göstermiştir.

İşte müessesât-ı hukukiyenin tetkikinde "usûl-ı tarihî"yi andırır efkâr-ı ilmi-yeye tâ on altıncı asırdan beri tesadüf edilmektedir.

Ancak bu usûlün bütün mevcudiyetiyle teşekkül ve ta'ammüm ettiğini ve hukukun menşe-i ibtidâîyesinden başlayarak kâffe-i şu'abâtına şâmil ve hâkim olan desâtir ve nazariyât-ı kaviyesiyle yıkılmaz bir mektep halini aldığını görmek için Fransa İnkılâb-ı Kebirinin İngiltere ve Almanya'da hâsıl ettiği aksûlamelleri beklemek lâzım gelir.

¹ "Rapporta necessaires qui derivent de la nature des choses".

² "Les etres particuliers intelligents peuvent avoir des lois qu'ils ont faites, mais qu'ils en ont aussi qu'ils n'ont pas faites".

İngiltere’de bu aksülamellerin serdar-ı mümessilîni Burke’dır (1730-1797). Burke’nin Fransa inkılâbına hâkim olan nazariyât-ı indiyeye karşı İngiltere parlamentosunda açtığı hücum bayrağı ve Sieyès’in ikide bir değişen Kanun-ı Esasi projelerine karşı kullandığı lisan-ı şedid meşhurdur.

Burke bir devletin teşkilatını meydana getirmek veya ıslah etmek, indiyât ile olamayacağını ve ilm-i siyasetin medid bir tecrübe mahsulü olduğunu iddia ediyor ve cemiyeti “bütün aksamı gayr-ı mer’î bir rabita ile yekdiğerine merbut bir mevcud-ı mu’ciz” olmak üzere kabul ediyordu³.

Burke’ye nazaran mürur-ı zaman ile bozulan müessesât, daima az çok indî ve keyfî olmaktan kurtulamayan, muhâkemât-ı akliye ve iradât-ı şahsiyenin müdahalesine katiyen mahal olmaksızın adeta kendiliklerinden düzelebilirler. İndî birtakım efkâr ve nazariyât ile müessesâtın tekâmül-i tabiiyesini ihlal etmekten ictinâb etmek gerektir. Binâenaleyh Burke’nin fikri vâzı’-ı kanunun vazifesini hadd-i asgarîye tenzil etmek ve bu vazifeyi müessesâtın bi-nefsihi tekâmülüne mani olan müessirâtı izaleye münhasır bırakmaktır.

Burke’nin müessesât-ı siyasiye hakkında ve Fransız inkılâbına karşı âdeta bir hicviye şeklinde ortaya attığı bu efkâr hemen aynı zamanda Almanya’da ve fakat daha metîn, daha ilmî ve bütün müessesât-ı hukukiyeyi muhit bir tarzda evvelâ Hugo (1768-1844), biraz sonra Savigny (1778-1861) ve Puchta tarafından neşredilmeye başlanmıştır. Mekteb-i tarihîyi işte bu üç zat tesis etmiş, fakat mektebin esasî prensiplerini usûl, sarahat ve katiyet dairesinde ilk ifade eden Savigny olduğu için mekteb-i tarihî kendi namına izafetle yad edilegelmiştir.

Savigny en evvel müessesât-ı hukukiyenin menşelerini aramakla işe girişmiştir. Bu tetkikâtı, kendisine menşe hakkında şu fikirleri vermiştir:

Lisan ne ise, din ve ahlâk ne ise hukuk da odur. Lisan nasıl bir icad-ı ferdî değilse hukuk da öyledir. Hukuk da lisan gibi ferdin kudret-i ibdâiyesinden hariç bir şeydir. Hukuk da lisan gibi kendiliğinden, gayr-i şuurî ve millî olarak doğar. Lisanın mevlidi nasıl bir tesadüf veya milletlerin arzu ve iradeleri değilse hukuk dahi öylece, bir mahsul-i tesadüf veya bir eser-i arzu ve irade değildir.

Hukuk da lisan gibi hey’et-i umumiyesi muazzam bir küll-i müteazzıv (immense tout organique) gibi telakki olunmak lazım gelen halkın, milletin eserridir; ve millet dediğimiz bu küll-i müteazzıvın kendine has olan ve ruh-ı efrâdın

³ “Selon Burke la société est un être mystérieux dont toutes les parties sont unies entre elles par un lien moral invisible”.

fevkinde ve mahiyetce ondan başka bulunan ruhundan (Volksgeist) –bizdeki tabirle– “vicdan-ı içtimâî”den doğmuştur.

Volksgeist (vicdan-ı içtimâî) cemaati teşkil eden efrâdın ekseriyetinin veya kâffesinin yekdiğerine benzeyen düşüncelerinin yekûnu, bir araya gelmesi demek değildir.

Uzviyet-i beşeriyede hüceyrâtın “ene”ye nazaran mevkii ne ise cemiyette efrâdın “vicdan-ı içtimâî”ye nazaran mevkii odur. Volksgeist (vicdan-ı içtimâî), yalnız millete has bir şey değildir. Milletin içinde aile gibi, esnaf cemiyetleri (corporations) gibi, köyler, şehirler gibi daha küçük içtimâî hey’etlerin de kendilerine mahsus vicdan-ı içtimâîleri ve ondan sâdır usûl ve kaideleri, yani müessesât-ı hukukiyeleri vardır.

İşte lisan nasıl irade-i efrâdın fevkinde olarak teessüs ve kendisini efrâda kabul ettiriyorsa kavâid-i hukukiye de tıpkı onun gibi “vicdan-ı içtimâî”den doğarak kendisini efrâda kabul ettirir.

Sırf insanların topluluk halinden neşet eden “vicdan-ı içtimâî”, efrâddan başka ve onların fevkinde olmakla beraber yaşar ve kendilerine hâkimdir ve bunun içindir ki “vicdan-ı içtimâî”nin emirleri efrâd tarafından bilâ-ihtiyar mutâ’dır.

Savigny’ye nazaran vâzı’-ı kanunun, devletin vazifesi, “vicdan-ı içtimâî”nin kuvve-i ibdâîyesini teshil etmek, evâmirini her türlü muhalefetten âzâde, daha nâfız ve daha müessir kılmaktan ibarettir. Çünkü “Volksgeist”ın, “vicdan-ı içtimâî”nin efrâd üzerinde enfûsî ve derunî olan hâkimiyeti bazen ferdin ihtirasât-ı ferdiyesiyle te’âruz halinde bulunur. Tabir-i diğerle efrâdın iki sıfatı vardır: Biri mutlak ve müstakil bir ferd sıfatı, diğeri mensup olduğu cemiyetin bir cüz’ü, bir uzvu olmak sıfatı.

Müstakil bir ferd sıfatıyla her şahıs kendine has müessirât-ı hayatiye ve ruhiyeye tâbi bulunur. Halbuki bir cemiyetin cüz’ü, uzvu olmak sıfatıyla “vicdan-ı içtimâî”nin evâmirine münkâddir. İmdi fertteki avâmil-i hayatiye ve ruhiye vicdan-ı içtimâî ile muâraza edebilir. Ve bir ferdin arzu-yı şahsîsi cemiyetin bir uzvu sıfatıyla arzu ettiği şeylerden büsbütün başka şeyler olabilir.

Bunun için hükümet vicdan-ı içtimâînin enfûsî olan mutâ’iyetini vaz ettiği müeyyidât-ı hariciye ile takviye ederek müessesât-ı mevzua ile dahi hukuku hükümrân kılmak lazımdır. Zaten devlet de “vicdan-ı içtimâî”nin bu lüzuma binaen tevhit ettiği bir müessese-i içtimâîyedir.

İşte Savigny ile etba’ının, müessesât-ı hukukiyenin menşei hakkında efkâr-ı esasiyesi hemen kâffeten şu icmâlde dahildir. Savigny’nin “Volksgeist” nazariyesi

etrafında lehe ve aleyhe olarak icra edilen münâkaşât-ı ilmiye bî-pâyandır. Savigny mektebi, desâtirinin tamamen veya tadilen kabulü suretiyle pek çok erbab-ı hukuku etrafında topladığı gibi, Jhering gibi pek çok ve pek kuvvetli muhalife ve müterizlere de tesadüf etmiştir.

Bu münakaşât, mekteb-i tarihînin desâtirine tebe'an açılan "Völker psychologie" (ruh-ı içtimâî) tetkikâtı çığırları hakkında diğer bir makalemizde ayrıca bahsedeceğimizi vaat ile şimdilik mekteb-i tarihînin usûlüne dair de birkaç söz söyleyelim:

Savigny usûlü, tabii hukukun menşei hakkındaki nazariyesinin bir mâkesi veya nazariyesi usûlünün bir neticesidir:

Lisan nasıl bir milletin mal-i mahsus, vassıf-ı mümeyyizi ise her millet öylece kendine has müessesât-ı hukukiyeyi haiz ve bu müessesâtı dilediği zaman değiştirip yerine başka bir milletin müessesâtını koymaktan âcizdir. Bir milletin hukuku ile kendisi arasında âdeta bir rabita-i uzviye vardır. Her millet tesadüfe değil, bütün mazisine müstenit bir şahsiyet-i mahsusa sahibidir. Millet maziye hale, hali istikbale rabt eder.

Savigny geçmişlerin tarihi telakkisini "herkes, her bir batnı hür ve müstakil telakki ederek onu kendi kuvâ ve efkârının derecesine göre mesud ve şaşaa-pâş veya sönük ve bedbaht bir hayata mukadder tanıyordu" diye tenkit ediyor. Fakat kendisi böyle düşünmüyor, butûn-ı hâzırâyı ensâl-i sâlifeye suret-i kaviyede merbut ve bugün müesses bütün kavâid-i hukukiyeyi ecdad tarafından tesis edilip cüz'î küllî tadile uğramış kavâiddeden ibaret görüyor ve böyle buluyor.

Savigny'ye nazaran "her asır keyfine göre ve hodbinâne bir istiklâl ile hareket edemez. O, revâbıt-ı müşterake ile bütün maziye merbuttur. Binâenaleyh kendisi mazide, maziye kendisinde yaşıyor gibi telakki etmek mecburiyetindedir" "Bugünkü millet eski milletin bir azasıdır ki (membre) ne ister ve ne yaparsa onunla birlikte ister ve yapar."

Ferd için istiklâl nasıl yoksa, her ferd nasıl bir ailenin, bir milletin, bir sınıfın azasından ve bu sıfatla onlara mahsus içtimâî vicdanların tahakkümünde ise her batn-ı tarihî de o derecede kendisinden evvel geçmiş olan batnların taht-ı tesir ve hükmündedir ve butûn-ı sâlifenin hey'et-i umûmiyesine mensup ve onlara tâbi bir azadır.

Bunun içindir ki bir milletin her devr-i tarihîsi kendisinden evvel geçmiş bütün devirlerin temâdi ve inkişafı demektir. Ve bu Savigny'nin nazarında gay-ı

kabil-i red bir hakikat-ı müsbetedir. Mademki bu böyledir, butûn-ı maziyenin bir emrivâki ve zaruri olan tahakkümünü, sebebini mahiyetini bilmeksizin kabul etmek doğru değildir. Çünkü öteden beri gelen müessesâtın içinde birçok anâsır-ı mürde (les éléments morts) mevcut olabilir, bunları zinde olanlardan tefrik ederek ayıklayıp durmak, milletin inkişaf-ı tabiiyesi için şarttır. Bunun için de her milletin müessesât-ı hukukiyesini tâ ilk menbalarından alarak bugüne kadar geçirdiği bütün safahâtında tetkik etmelidir.

Ancak bu sayededir ki müessesât içinde zindelerle, peszindeleri (survivals) yekdiğerinden ayırmak ve hâlin hakikî, canlı anâsır-ı hukukiyesini tayin etmek kâbil olabilir.

Mekteb-i tarihînin menşe-i hukuka ve usûle dair olan şu prensipleri daha bir hayli tafsilata muhtaçtır. Kezalik bu mektebin, cemiyette ferdin mevkii ve muhtelif milletlerin yekdiğerine mütekabil tesirleri, her milletin içinde aile, sunûf, şehir, karye gibi küçük hey'et-i içtimâiyenin vaziyetleri hakkında mevcut olan efkârı dahi izah edilmek lazımdır. Bunlardan da ayrıca bahsedeceğiz.