



Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi

The Journal of International Social Research

Cilt: 6 Sayı: 24 Volume: 6 Issue: 24

Kış 2013 Winter 2013

www.sosyalarastirmalar.com Issn: 1307-9581

OSMANLI DEVLETİ'NDE HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİM SÜRECİ

DEVELOPMENT PROCESS OF THE RULE OF LAW IN THE OTTOMAN EMPIRE

Aydın YETKİN*

Özet

Siyasi, hukuki, toplumsal ve ekonomik alanlarda yeniden düzenlemelerin yapıldığı Tanzimat döneminde, Osmanlı Devletinin teokratik karakteri ve padişahın mutlak hâkimiyet vasfı dışında her şey yeni düzenlemelere tabii tutulmak istenmişti. Bir asra yaklaşan bu dönem zarfında, daha önceki beş asırda yapılmayan hukuki düzenlemeler yani yeni kanun, nizamname ve talimatnameler yapılmış, yine de ne Avrupa devletlerinin reform istekleri son bulmuş ne gayrimüslim tebaa hoşnut edilebilmiş ne de Osmanlı devletinin çöküşü durdurulabilmiştir. Çünkü konu, reform yapılması öngörülen alanlarda gerçekleştirilecek yeni düzenlemelerle veya yeni bazı müesseselerin kurulmasıyla halledilebilecek kadar basit değildi.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı Devleti, Osmanlı Hukuku, Hukuk Devleti, Kanunlaştırma, Modernleşme.

Abstract

Characteristic of the absolute sovereignty of the sultan of the Ottoman Empire and out of the theocratic character of the political, legal, social and economic fields during the Tanzimat regulations were done everything asked of new regulations. Approaching a century of legal regulations during this period without the previous five centuries of the new laws, ordinances and guidelines were made. However, requests for continued reform of the European states, could not be satisfied with the non-Muslim population and the collapse of the Ottoman Empire could not be stopped. Because the subject wasnt so simple to overcome, with the new regulations which in the areas of reform to be envisaged or with the establishment of some new institutions.

Keywords: The Ottoman Empire, The Ottoman Law, Rule of Law, Codification, Modernization.

Giriş

Devletlerin hayatında polis-devlet rejiminden, hukuk devletine geçiş sadece siyasi ve hukuki bir rejim değişikliğinden ibaret değildir. Bu olgu devlet dediğimiz içtimai topluluğun en yüksek bir tekâmül seviyesine, hakiki devlet bilincine eriştiğini de gösterir.¹ Nitekim hukuk devleti sisteminin, polis-devletten farkı, devletin faaliyetlerinin takdiri ve keyfi kaidelere değil hukuk kaidelerine tabii olmasıdır. Fertler faaliyetlerini evvelden konulmuş objektif bir takım kaideler uydurmak zorunda oldukları gibi devlette böyle bir takım kaideler tabii olacaktır.

* Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih ABD Yüksek Lisans Öğrencisi.

¹ Reşat Kaynar (1960). *Türkiye'de Hukuk Devleti Kurma Yolundaki Hareketler*, İstanbul: Tan Matbaası, s. III.

Bundan dolayı, devletin hukuki bir işlem meydana getirmek üzere açıklayacağı irade beyanları, yani hukuki tasarruflar (muameleler, işlemler), özel hukuk alanında ferdin açıkladığı irade beyanları gibi ancak üstün hukuk kaidelerine uymak şartı ile varlık kazanabilecektir.² Bunu müteakip, hukuk devleti fikir ve esasının soyut bir kaide, bir ideal olmaktan çıkıp bir gerçeklik haline gelmesi için müeyyidelere ihtiyaç vardır: Devletin hukuki tasarruflarını sınırlayacak üstün kaidelerin mevcudiyeti, kabul etmek gerektiği gibi idarenin tasarruflarının bu üstün kaideleri ihlali iddia edildiği zaman bu iddianın doğru olup olmadığını yargısal usullerle tespit edecek ve neticede hukuk kaidelerini ihlal eden durumu ortadan kaldıracak yargısal bir teşkilata ve yargısal bir denetime ihtiyaç duyulur.³ Yani kanunların anayasaya uygunluğu ve idareye ve onun tesis edeceği işlemlere kanunun hâkim olması, kamu yönetimini oluşturan müesseselerin kuruluş, görev ve yetkilerinin kanuna dayanması, idarenin ve faaliyetlerinin yargısal denetime tabii olması ve idarenin kamu gücüne dayanarak yapacağı işlem ve eylemlerin, idari hizmetlerden yaralanacak fertlerce önceden belli bir ölçüde görülebilir olması, hukuk devletinin esas kaidelerindedir.⁴ Hukuk devletinin olmazsa olmaz kaidelerinden bir diğeri de, temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmasıdır.⁵

Bir memlekette hukuk devleti anlayışının geçerli olabilmesi için yukarıda sayılan hukuk devletinin gerekleri yeterli değildir. Hukuk devleti anlayışının yerleşebilmesi için o memlekette siyasi hürriyete dayanan, demokratik bir rejimin ve toplumsal temelinin varlığı şarttır. Bu nedenle demokratik bir rejimin ve onun gereklerini içselleştirmiş bir toplumun bulunmadığı bir devletin hukuk devleti olması mümkün değildir.⁶ Şöyle ki: Hükümet ve idare edenlerin şahsi takdir ve arzularına idare edilen; topluluk kuvvetinin, o topluluğun müşterek bilinç ve menfaatinden ziyade hükümet ve idare edenlerin, belli bir sınıfın şahsi menfaat ve ihtirasına bağlı olduğu ve ona hizmet ettiği, onlara hususi menfaatler sağlamaya yaradığı toplumlar bugünkü manada birer toplumsal müessese vasfına haiz değildirler; bu topluluklar şahsi menfaat ve ihtirasların gerçekleştirilmesine çalışan şuursuz birer köle sürüsünden ibarettirler. Ancak, devleti oluşturan müşterek bilinç ve menfaatin; milliyet fikri ve şuuru, kolektif ihtiyaçlar, kamu menfaati gibi fikirlerin toplum içinde yayılması ve bu suretle devlet fikrinin, idare edenlerin ikbal ve ihtirası manasından çıkıp, idare edenlerle idare edilenler arasında müşterek bir bilinç ortaya çıkartacak, müşterek bir teşebbüs haline gelmesi ile toplum; fertler ve sınıflar etrafında toplanan ve onların menfaat ve ihtiraslarına hizmet eden adi bir topluluk, bir sürü olmaktan çıkarak, toplumsal bir müessese haline gelir ve ancak bundan sonra devlet bir toplumsal müessese vasfını kazanır. Fakat bu da yeterli değildir. Topluluğun bu müşterek bilincini izhar edecek ve menfaatini dile getirecek ve gerçekleştirecek organlarını kendisinin ihdas edebilmesi; aynı zamanda bu organların ve şahısların, artık teşkilatlanmış ve meşru bir hale gelerek kamu gücü adını ve vasfını almış olan topluluk kuvvetini kötüye, müşterek şuur ve menfaat haricinde kullanmalarına mani olacak hukuk kaidelerini ve müesseselerini de ortaya koyabilecek bir kuvvet ve seviyeye erişmiş olması lazımdır. İşte bundan sonra devlet dediğimiz siyasi topluluk, tam bir toplumsal müessese haline gelmiş ve hukuk devleti vasfını kazanmış olur. Hakiki bir demokrasi de, ancak böyle bir toplumsal yapı ve şartlar altında gerçekleşebilir. Devlet fikir ve bilinci teşekkül etmedikçe, kamu gücü bu fikir ve bilince bağlı olmadıkça ve bunu temin edecek hukuki eşitlik ve bu eşitliği sağlayacak kuvvetli müesseseler kurulmadıkça, toplumsal müessese vasfına haiz bir hukuk devleti ve hakiki bir demokrasi de mevcut olamaz.⁷ Yani, hukuk devleti demokratik bir devlettir. Devlet düzeni içinde başlı başına bir değer olan ve sayılan insanın, devlet idaresine katılmasına imkân vermeden idare edilmesi mümkün değildir. İnsanlar kendilerini idare edecek meclisleri teşkil etmeli ve kendi hür iradeleri ile seçtikleri temsilcilerle idare edilmelidirler. Devlet kudretinin kaynağı halk

² Sıdık Sami Onar (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. 1, s. 139, İstanbul: İsmail Akgün.

³ Turhan Tufan Yüce (1968). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları*, Erzurum: Atatürk Üniversitesi Yayınları, s. 23-29.

⁴ Halil Kalabalık (1999). *Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Trabzon: Derya Kitapevi, s. 351-361.

⁵ Yüce, *age.*, s. 13-16.

⁶ Kalabalık, *age.*, s. 361-364.

⁷ Kaynar, *age.*, s. III, IV.

olmalıdır. Halktan gelmeyen bir kuvvetin kaynağı zorbalıktır. Zorbalığın hukukla bağdaşmayacağı da açıktır.⁸

Hukuk devletinde olması gereken diğer bir kaide ise sosyal devlet hususudur. Siyasal bir kavram olan sosyal devlet, hukuk devletini bir derece ileri aşaması, varmış olduğu çağdaş düzendir. Bu kaide, ferdin doğuştan sahip olduğu onurlu bir yaşam sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasını ve devletin sosyal adalet gereklerine olanak sağlamak yükümlülüğünü içerir. Sosyal devletin temeli, amaç ve görevleri, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanmasıdır.⁹ Hukuk devletini vücuda getiren bir diğer kaide, laikliktir. Bu hususta aşağıda Osmanlı devlet rejiminin teokratik niteliği hakkında teferruatlı bir mütalaada bulunacağım için burada bu kaidenin açıklamasına girmiyorum.

Bu mütalaalardan sonra Osmanlı devletinin ilk ve orta dönemlerini dışarıda bıraksak, Avrupa'da modern devlet ve hukuk devleti anlayışların geliştiği ve yerleştiği dönemlerde bile Osmanlı devletinin bir hukuk devleti olmadığını ve hatta bir hukuk devletinde bulunması gereken pek çok niteliğe sahip bulunmadığını söyleyebiliriz. Nitekim, Osmanlı Türkiye'sinde, modern devlet fikri Tanzimat ile başlar ki, bunu III. Selim dönemine ve hatta daha da geriye götürmek ve Osmanlı devletinde hukuk devletinin oluşum sürecini Sened-i İttifaka kadara indirebilmek mümkündür. Tanzimat'tan önce, Osmanlı tabiiyetindeki halk sürüdür, çobanı da padişahdır. Hükümdar aklına gelen her şeyi yapma kudretine sahiptir. Her yaptığı doğrudur. Ona sürüden muhalefet edilemez. Yanılmaz sayılır, çünkü kişiliği kutsaldır. Tebaanın mukadderatı onun aklına bağlıdır. Ferdin devlet idaresinde hissesi yoktur. Tanzimat devrinde ise düşünceler değişmeye başlamıştır. Padişahın mutlak kuvvetinin sınırlanması fikirleri ortaya çıkmış ve bu yönde bir takım girişimlerde bulunulmuştur. Devlet işleri ile alakalı muamelelerin görülmesi için, idari ve siyasi bilgilerle donanmış devlet adamlarından oluşan meclisler kurulmuştur. Meclislerde fikir hürriyeti ve bunun tabii sonucu söz hürriyeti hâkim kılınmaya çalışılmış ve bu sayede meşrutî yönetime giden yol açılmıştır.¹⁰

1839'dan Cumhuriyet'in ilanına kadar geçen süreç bazı yazarlarca Tanzimat adı altında değerlendiriliyor da olsa, 1839'dan 1 Kasım 1922'ye kadar olan dönemi, 1839-1876 arası "Tanzimat", 1876-1878 arası "I. Meşrutiyet", 1878-1908 arasına "İstibdat" ve 1908'den 1 Kasım 1922'ye kadar geçen zamanı ise "II. Meşrutiyet" şeklinde tefrik edebiliriz. Buna müteakip dönemin genişliği nedeniyle araştırmamı sınırlandırmak amacıyla, asıl üzerinde duracağım konu Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketleri ve adli teşkilatta yapılan değişikliklerinin, Osmanlı devletinde, hukuk devletinin oluşumu sürecindeki önemi ve yeri olacaktır.

1. Klasik Dönem Osmanlı Hukuku'nun Genel Yapısı

Osmanlı devletinin kuruluşuyla birlikte yeni ve orijinal bir hukuk sistemi başlamış değildir. Bu devleti kuranlar, daha önce kurulmuş Türk-İslam devletlerinden birçok şeyin yanı sıra, o zaman kadar yürürlükte olan ve büyük ölçüde birlik arz eden bir hukuki yapıyı da almışlardır.¹¹ Bu sebeple, bu devleti vücuda getirenler, Roma Hukuku'nda olduğu gibi sıfırdan bir hukuki yapı kurmak zorunda kalmamışlardır. Osmanlı Devleti'nin büyük ölçüde hukuki ve kültürel mirasını devraldığı Abbasi, Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devletleri, esas itibarıyla İslam Hukuku'nu ve birincisi hariç olmak üzere belirli ölçüde de eski Türk-Moğol geleneğine dayanan bir hukuk geleneğine sahiptiler.¹² Ancak Osmanlı Devleti'nin, almış olduğu bu hukuki mirası hiç değişikliğe uğratmadan uyguladıklarını düşünmek mümkün değildir. Altı asırlık bir süreç içerisinde, ihtiyaç duyuldukça bu hukuki yapıda gerekli değişiklikler ilaveler

⁸ Yüce, *age.*, s. 7.

⁹ Kalabalık, *age.*, s. 364-368; Yüce, *age.*, s. 9-11.

¹⁰ Kaynar, *age.*, s. 1, 5, 20, 34.

¹¹ M. Akif Aydın (2005). *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Hars Yayıncılık, s. 69.

¹² M. Akif Aydın (2002). "Osmanlı Hukuku'nun Genel Yapısı ve İşleyişi", *Türkler*, (Editör: Kemal Çiçek-Salim Koca), C. 10, s.15, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları; Erol Özbilgen (1985). *Osmanlı Hukuku'nun Yapısı*, İstanbul: Nihal Kitabevi, s. 89.; daha geniş bilgi için bkz. Halil İnalcık (1958). "Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultani Hukuk Ve Fatih'in Kanunları", *AÜSBFD*, C. 13, S. 2, s. 104-107.

yapılmıştır bu değişiklikler sonrasında bile Osmanlı hukukuyla daha önce tarih sahnesinde yer alan veya çağdaşı olan Türk-İslam devletlerinin hukukları arasında büyük ölçüde bir benzerlik daima olmuştur.¹³

9. yüzyılın sonlarına doğru büyük İslam uleması Şeriatın son şeklini aldığını ve “İçtihat Kapısı”nın, yani İslam hukukunda yeni kurallar koyma imkânının kapanmış olduğunu ilan etmişlerdi. İslamiyet, gerek kamu hayatını gerek fertler arası ilişkileri düzenleyen ve dini emirlere dayanan bir tek kanun tanıyordu, o da, Şeriattı. Bir Müslüman hükümdarı, halife olsun, sultan olsun, kanun koyucu sıfatını takınamazdı. O, ancak İslam kanununun, yani Şeriatın nazırı ve muhafızı idi. Şeriat üzerinde herhangi bir yorumda bulunmak ancak yetkili ulemaya aitti. Osmanlı Devleti’nin, bir İslam devleti olarak Şeriatın başka kanununun olmaması gerekirdi.¹⁴ Ancak, her devletin İslam Hukuku uygulamasında gerek mezhep ayrılığına gerekse sosyal, siyasal ve kültürel farklılıklara bağlı olarak bir takım değişikliklerin olduğu da bir vakıdır. Bu farklılıkları bir İslam devleti olan Osmanlı Devleti’nde görmek mümkündür. Ayrıca, İslam hukukun ayrıntılı olarak düzenlemediği veya düzenlemesini devlet başkanlarına bıraktığı alanlarda, Osmanlı hükümdarları tarafından dönemin ihtiyaçları ve anlayışları dâhilinde hukuk kurallarının bulunduğu olgusu da bir gerçektir.¹⁵ Bütün bunlar birlikte değerlendirildiğinde, Osmanlı Hukuk sisteminin zamanla kendine özgü bir yapı ortaya koyduğu anlaşılmaktadır.¹⁶

Osmanlı hukukunu oluşturan iki unsurdan İslam hukukuna “şer’i veya ahkâm-ı şer’iyye”, Osmanlı hükümdarları tarafından konan hukuk kurallarına da, “örfi, kanun, kavanin-i örfiye”, gibi isimler verilmiştir. Ferman, berat, hüküm, kanunname, siyasetname, adaletname, yasakname tarzındaki Osmanlı hukuk belgelerinde, Osmanlı hukukunun bu ikili yapısı “şer ve örf” şeklinde sürekli birlikte anılmıştır.¹⁷ Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, örfi hukukun, şer’i veya gayri şer’i olabileceğidir. Fakat İslam devleti söz konusu olunca, adına kavanin-i örfiye dense de, şer’i hükümlere yani Şeriata aykırı olmayan kanun söz konusudur.¹⁸

a. Osmanlı Hukuku’nun Şer’i Karakteri

İslam hukuku, yani Şeriat, İslam dinin ortaya koymuş olduğu bir hukuk sistemidir. Hukuk sistemleri genellikle örf ve âdete, devlet başkanlarının emir ve fermanlarına, ilmi ve kazai içtihatlarla veya bir heyet ya da meclisin yasama faaliyetlerine dayanır. İslam hukukunda bunları belirli esaslar dâhilinde yeri olmakla birlikte, bu hukukun kaynakları temelde bunlardan farklıdır ve meydana geliş şekli de, diğer hukuk sistemlerindeki gibi olmamıştır. Bu hukuku diğerlerinden ayıran ve onu sui generis (kendine özgü) kılan temel özellik de kaynaklarının ve meydana geliş şeklinin bu farklılığıdır.¹⁹ İslam hukukun birinci ve en önemli özelliğini menşeli olması, yani temel esaslarının Tanrı ve Peygamber tarafından belirlenmiş bulunmasıdır. Bu hukuk sisteminin birinci kaynağı kitap yani Kuran, ikinci kaynağı ise sünnet, yani Peygamber’in uygulamalarıdır. Bu iki kaynaktan açık bir hüküm varsa hukukçunun bunları değiştirmesi veya ortadan kaldırmacı bir yorum yapması mümkün değildir.²⁰ Ancak, İslam hukukun bu özelliği bütün hükümlerin ilahi menşeli olduğu ve hiçbir beşeri yorum ve katkının söz konusu olmadığı anlamına da gelmemektedir. Aksine İslam hukukun teşekkülünde önemli ölçüde beşeri katkı vardır. Çünkü Kitap ve Sünnetle gerekli görülen temel esaslar belirtilmişse

¹³Aydın, *age.*, s, 69

¹⁴ Halil İnalıcık (2009). *Devlet-i Aliye*, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 227; İnalıcık, “*Osmanlı Hukuku*”, s. 102-107.

¹⁵ Aydın, *agm.*, *Türkler*, c. 10, s. 15

¹⁶ Özbilgen, *age.*, s. 89, 90

¹⁷Aydın, *age.*, s, 70; Özbilgen, *age.*, s. 43; Aydın, *agm.*, *Türkler*, c. 10, s. 15

¹⁸ Ahmed Akgündüz (2002). “Osmanlı Kanunnameleri”, *Türkler*, (Editör: Kemal Çiçek-Salim Koca), C. 10, s. 21, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları.; Özbilgen, *age.*, s. 44, 45, Aydın, *age.*, s, 78

¹⁹ Aydın, *age.*, s, 33

²⁰Özbilgen, *age.*, s. 43, 44; Aydın, *age.*, s, 65

de, bunların ayrıntılı hükümler ve normlar haline getirilmesi ve sistemleştirilmesi hukukçular tarafından yapılmıştır.²¹

İslam dinin yayılması ve her geçen gün yeni insan gruplarının ve bölgelerin bu hukukun etki dairesine girmesi, hukukçuların özellikli olarak çevrelerinde meydana gelen yeni sorunlarla meşgul olmalarını gerektirmiştir.²² Bu nedenle, İslam hukuku meseleci (kazuistik) bir metotla doğmuş ve gelişmiştir. Yani, İslam hukuku eserlerinde benzer hukuki işlemlerin veya olayların tabii olduğu genel hükümlerin ortaya konması yerine, her işlem ve olayın ayrı ayrı ele alınarak tabii olduğu hükümlerin belirlenmesi tercih edilmiştir.²³ Meseleci olan şer'î hukukun gelişmesi doktriner yöntemlerle sağlanmıştır. Bunlar içinde en yaygın olanları yorum (tefsir) ve karşılaştırma (kıyas) ile onların doğal sonuçları olan, görüş (rey) ve caymadır (rücü). Bunların dışında icmal (İslam hukukçularının herhangi bir konuda ve dönemde görüş birliğine varmalarındır), istihsal (kıyasla sabit olan bir hükümden ayrılıp başka bir kıyasa (gizli kıyas) başvurma işlemi veya özel bir meselede genel kurallardan ayrılıp farklı bir kuralı benimsemedir), maslahat (hakkında Kitap, Sünnet, icma ve kıyas bulunmayan bir meselede, hukukçunun fayda-yararlılık yönünde bir hüküm vermesi durumunda bu hükmün kaynağı maslahat olmaktadır), örf (insanların sürekli yapa geldikleri işlere örf adet denir) ve sahabi fetvası kullanılırdı (kelime anlamı arkadaş olan "sahabi" İslam kültüründe Muhammet'i gören, onunla bir süre birlikte olan kimseler için kullanılır). Sahabi denilen bu insanların hukuki görüşleri, İslam hukukçuları tarafından diğer hukukçuların görüşlerinden ayrılmış ve Kitap, Sünnet ve İcma'nın bulunmadığı durumlarda bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmiştir. Ancak hukukçuların bu kaynakları ortaya koyarken ve kullanırken göz önünde bulundurdıkları asıl nokta, Kitap ve Sünnetle ortaya ilahi mesajı yorumlamak ve ona uygun normlar bulmaktır.²⁴ Yani Şeriatın dışında veya Şeriatı ters bir yorum yapılamaz ve hüküm verilemez.

Öte yandan İslam hukukunun dini menşeli olması, hükümlerin hem dini hem de hukuki müeyyideye (yaptırım) bağlanması sonucunu doğurmuştur. Yani, bu hukukun bir esasının yerine getirilmemesi ikili bir ihlali (dini-hukuki) doğurmakta, dolayısıyla iki türlü müeyyidesi bulunmaktaydı. Mesela hırsızlık, rüşvet alma ve adam kayırma gibi suçlar, hem hukuken hem de dinen yasaktır. Dolayısıyla bu suçları işleyen kimse hem hukuken hem de dinen sorumlu olmakta, birincisinin dünyevi (ceza, mahkûmiyet), ikincisinin uhrevi (azab, yani ebedi ıstırap) müeyyidesiyle karşı karşıya kalmaktadır.²⁵

Osmanlı hukuk düzeninin iki unsurundan biri ve ana hukuk normu olan İslam hukukunu yani Şeriatı kısaca değindikten sonra, hükümdarların kendilerine tanınan mecralarda koyduğu hukuk kuralları ve kanunlar yani "örfi hukuku" açıklamaya çalışacağım.

b. Osmanlı Hukuku'nun Örfi Karakteri

Osmanlı hukuk düzeninin ikinci unsuru "Örfi Hukuk"tur. Gerçekte, özel koşul altında gelişen Osmanlı Devleti, Şeriatın düzenleme getirmediği alanlara da el atan bir hukuk düzeni geliştirmiştir. Buna imkân veren ilke ise, örf, yani özel anlamda hükümdarın sırf kendi iradesine dayanarak, şeriatın kapsamına girmeyen alanlarda kanun koyma yetkisidir. Bu da, doğrudan hükümdarın devlet içinde tam anlamıyla mutlak bir mevki kazanması, devlet çıkarların her şeyin üstünde sayılması ile vukuu bulmuştur.²⁶ İşte İslam devletinde bu aşamaya daha, Osmanlı Devleti'nden önce kurulmuş olan Türk- İslam devletlerinde erişilmiş bulunuyordu. Şeriat yanında kanun ve örf, yani sırf hükümdarın iradesinden doğan ayrı bir hukuk düzeni, Osmanlıdan önce Türk-İslam devletlerinde tamamıyla yerleşmişti. Yani, "örfi

²¹ Aydın, *age.*, s, 66

²² Aydın, *age.*, s, 67, 68; Özbilgen, *age.*, s. 43, 44

²³ Özbilgen, *age.*, s. 91; Aydın, *age.*, s, 33-46

²⁴ Aydın, *age.*, s, 66

²⁵ Aydın, *age.*, s, 66

²⁶ İslam kisvesi altında Türk hükümdarları, kendi iktidarlarına ortak veya onun üstünde bir otorite tanımayan karakterini muhafaza etmiştir. İslam dinine en fazla riayetkâr sayılan Türk hükümdarları bile devlet otoritesini her şeyin fevkinde tutmuşlardır. **Bkz.** İnalçık, "Osmanlı Hukuku", s. 105; İnalçık, *age.*, s. 227

hukuk" ihdas etme geleneği Osmanlılarla başlamış ve onlara has bir uygulama değildi.²⁷ Ancak şer'i hükümlere uygun olarak, örfi hukukun bütün alanlarında düzenleme yapma yetkilerin tamamen kullanan ve geniş çapta örfi hukuk metinleri ortaya koyan ilk İslam devleti, Osmanlı Devleti idi.²⁸ Önemle vurgulamak istiyorum ki, Osmanlı Devleti'nden önceki eski Türk devletlerinde ve İslamiyet'ten sonraki Türk-İslam devletlerinde de örfi hukuk geleneği mevcuttu ve Osmanlı geleneği, doğal olarak, önceki Türk idare kanunlarından yararlanmıştı,²⁹ ancak Şeriat süzgecinden mutlaka geçirilmiştir.³⁰ Yani, Osmanlı örfi hukuku, kendi hükümlerini belirleme ve saptamada Şeriat kuraları dışına ilke olarak çıkamazdı.³¹

Osmanlı Devleti tarihinde, "örfi hukuk" terimine ilk defa II. Mehmet döneminde rastlanmaktadır. Bu dönemin tarihçisi Tursun Bey, şer'i hukukun yanı sıra örfi hukukun varlığından söz etmektedir. Muhtemelen, Osmanlılarda örfi hukuku doğuran sebepler, diğer Türk-İslam devletlerinde de şekil ve muhtevaları farklı bile olsa, benzer düzenlemeleri gerekli kılmıştır.³² Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu mali, askeri ve idari şartlar, devletin bu şartlara uygun hukuki düzenlemeler yapmasını gerekli kılmıştır. Tekâlif-i Şer'îye denilen zekât, öşür, haraç, cizye gibi vergilerin, devletin giderlerini karşılamaması üzerine, çeşitli isimler altında, örfi vergilerin (tekâlif-i örfiye) konması buna örnektir. Keza, tarım arazilerinin, güçlü toprak sahiplerinin ortaya çıkmasına yo açacak şekilde tek elde toplanmasını veya vergilerin tahsili güçleştirecek şekilde küçük parçalar bölünmesini önleyecek bir tarzda reayaya dağıtılması ve arazinin bu yapıyı bozmayacak hukuki esaslarla düzenlenmesi mecburiyetini doğurmuştur. Geniş bir coğrafyaya yayılmış bulunan devlette sükûn ve asayişin zaman zaman zorlukla temin edilmesi, ağır bir ceza siyasasını, devletin mali darlık içinde bulunduğu dönemlerde para cezalarının, donanmada kürekçiye ihtiyaç bulunduğu dönemlerde de kürek

²⁷ İnalçık, "Osmanlı Hukuku", s. 102, 103

²⁸ Akgündüz, *agm.*, Türklükler, c. 10, s. 21

²⁹ Aydın, *age.*, s. 71, 73

³⁰ Kanunnamelerin şeriata uygunluğunun Şeyhülislamca kontrol edildiği yolunda var olan bazı rivayetler bir kısım araştırmacılar tarafından ret edilmesine rağmen tamamen ihtimal dışı değildir. Çok sonraki bir dönemde hazırlanmış olmasına rağmen Arazi Kanunnamesinin padişah iradesine sunulmadan önce incelenmek üzere bir kere de Şeyhülislama gönderildiği bilinmektedir. Aynı uygulama Mecelle içinde söz konusu olmuştur. Mecelle'nin İslam hukuku alanında hazırlanan bir kanun olduğu ve Şeyhülislama gönderilmesinin normal bir uygulama sayılabileceği ileri sürüle bile tamamen örfi hukuk alanında bir düzenleme olan Arazi Kanunnamesi için bu prosedürün uygulanmasını izah güçtür. Bu uygulama örfi hukuk için ilk dönemlerde de böyle bir geleneğin var olduğunu göstermektedir. Bu yönde düzenli bir uygulama bulunmasa bile, örfi hukuk normlarının konması sırasında bunların şer'i hukuka uygunluğunun büyük bir ölçüde göz önünde bulundurduğunu gösterecek bir başka örnek de vardır. Topkapı sarayı ve Başbakanlık arşivlerinde bulunan ve muhtemelen padişah veya sadr-ı azam tarafından istenmiş bulunan birçok fetvada hukuki (örfi) problemlere uygulanacak İslam hukuku esasları öğrenilmek istenmektedir. Bazı hukuki problemlerde Şeyhülislamın görüşünün alınmasının gerekli olduğu belirtilen hattı hümayunlar da vardır. Keza Şeyhülislamın görüşlerinin alındığının başka örnekleri de vardır. Bütün bunlar Osmanlı padişahlarının Şeriata riayet yönünde belli bir titizliğin mevcut olduğunu göstermektedir. **Bkz.** Aydın, *age.*, s. 78, 79; Ö. L. Barkan, "Kanunnameler", *IA, C. 6*, s. 190.

³¹ Osmanlı ceza kanunnamesi, şer'i esasları (kısas, diyet vs.) ihtiva eder. Fakat onun yanında şeriataın tayin ve tespit etmediği tazir cezalarında sultanın örfi prensibine dayanarak bir takım açık kaideler koyduğunu görmekteyiz. Bunun içindir ki, Osmanlı ceza kanunnameleri de bir ferman (hüküm) şeklinde tebliğ ve ilan olunmaktadır. Hatta şeran muayyen maddelerde, mesela adam katline ait diyet, diyet miktarı yine örfi-sultani bir emir konusu olmaktadır (Fatih Kanunnamesi, s. 21, madde. 2). Para cezaları, asayiş işlerinde sorumlu olan subaşı, tımarlı sipahi gibi memurların dirliklerine dâhil mühim bir gelir kaynağı olduğundan, devlet buna ait hususların düzenlenmesini ve teferruatın tespiti ile meşgul olmak zarureti duymuştur. Diğer taraftan cezaların tatbiki yalnız sultani otoritenin inhisarındadır. Kadı, gerek şeriat gerekse kanun-i sultani sahasında ancak hüküm vermek selâhiyetine haizdir. Bu sebeple sultanın ceza kanunları ile doğrudan ilgilenmesi tabiidir. Umumi düzen ve devletin emniyeti ve menfaatleri endişesi, ona bu sahada mutlak otoritesini göstermek imkânı verir. Netice itibarıyla, ceza sahası, örfi-sultani hukukun hususi suretle gelişmesine mazhar olmuş bir hukuk sahasıdır. Fatih Devrinde, iktisadi-mali konulara ait büyük miktardaki ferman-kanunların ve yasaknamelerin uygulanmasını sağlamak için sultan, kendi iradesi ile bir takım örfi cezalar koymaktadır ki, bunlar sakalın kesilmesi gibi aleni tahkir usullerinden, burun yarmak, idam ve malların müsaderesine kadar gitmektedir. Mesela kalp para basanların, kadı hükmü alındıktan sonra idam ve mallarının müsaderesi, bir gümüş yasağı hükmünde emredilmiştir. Siyasi suçlara ait cezalarda sultanın mutlak emir ve tasarrufları dâhilindedir. **Bkz.** İnalçık, "Osmanlı Hukuku", s. 110-123; Özbilgen, *age.*, s. 91, 92

³² İnalçık, "Osmanlı Hukuku", s. 103

cezalarının ağırlık kazanmasını gerekli kılmış, devlette ihtiyaca uygun bu düzenlemeleri yapmaktan geri kalmamıştır.³³

İslam hukukunun özellikle Kitap ve Sünnet tarafından teferruatlı olarak düzenlenmemiş alanlarda, devlet başkanına belirli bir takdir hakkını tanımış olması, Osmanlı hükümdarlarının uzun asırlar boyunca, özellikle ceza hukuku ve mali hukuk alanlarında yaptıkları düzenlemelere müsait bir zemin hazırlamıştır. Bilindiği gibi had ve kısas aksine tazir suçları denen çok geniş bir suç kategorisinin düzenlenmesi, İslam hukukunca devlet başkanına bırakılmıştır. Hangi fiillerin suç telaki edileceği ve ne gibi cezaların tatbik olunacağı, belirli esaslar dâhilinde devlet başkanı tarafından tespit edilirdi. Keza, şer'i vergiler dışında yeni vergilerin konulmasında da devlet başkanın takdir yetkisi vardı. İşte Osmanlı hükümdarları, her iki alanda da kendilerine tanınan yetkiyi düzenli bir biçimde kullanmışlardır. Osmanlı kanunnamelerinin önemli bir bölümünün cezai ve mali düzenlemelere ayrılmış olması da bunu göstermektedir.³⁴

Alt gruplara ait dünyevi ve dini hukuklar da, bazı ölçülerde gelişerek var olmuştur.³⁵ Diğer bir husus ise, Osmanlılar fethettikleri ülkelerin hukuki yapılarını birden bire değiştirip, yerleşik halkı tamamen yabancı oldukları bir hukuk sistemiyle idare olmaya zorlamak yerine, mevcut hukuki örf ve adetleri belli bir süre için yürürlükte bırakıp, zaman içerisinde Osmanlı hukuk düzeniyle bütünleştirmeyi gerek hukuki gerekse siyasi ve toplumsal gerçeklik açısından daha uygun görmüşlerdir.³⁶ Yani, yeni katılan memleketler ahalisinin yazılı veya yazısız hukukları, Osmanlı memleketine katılmadan önce uyguladıkları kanun ve kurallardı. Bunlar iktibas (resepsiyon) biçiminde alınmış olup, zaman içinde sıradan ve önemsiz değişiklikler görmeleri mümkün ise de, kıyas vs. gibi diğer hukuki yöntemlerle gelişmeleri yoktur.³⁷ Bu sebeplerin dışında, Osmanlı tebaası olan gayrimüslimler ve ecnebi devlet uyrukları hakkında yapılması gereken hukuki düzenlemeler ve yapılan antlaşmalar da Osmanlı örfi hukukunun gelişme sebepleridir. Kısacası, değişen koşullar karşısında devletin devamlılığı için, devlet düzenini yeni şartlara intibakını sağlama isteği örfi hukukun gelişim sebebidir.

Örfi hukukun teşekkül tarzı, şer'i hukuktan farklıdır. Bilindiği üzere, şer'i hukuk müçtehit hukukçuların, İslam hukukun kaynaklarına dayanarak, fıkıh ilmindeki esaslar dairesinde yapmış odulları içtihatlarla dayanmaktadır. Yani, bu hukukun gelişme sürecinde dört halife dönemi hariç devletin bir müdahalesi veya katkısı yoktur. Örfi hukuk ise, hukukçuların ilmi içtihatlarıyla değil, hükümdarların koydukları kanunlarla teşekkül etmiştir. Osmanlı Devleti'nde örfi kanunların hazırlanmasında, devletin en üst kademelerinde yıllarca tecrübe kazanmış devlet erkânından oluşan Divan-ı Hümayun'un ve özellikle bu divana üye alan ve örfi hukuktan sorumlu bulunan Nişancıların önemli rolleri vardı. Divanda yapılan görüşmeler ve Nişancıların faaliyetleri sonucu hukuki esaslar, hükümdarların tasdikleri ile kanun haline gelmekte ve uygulamaya girmektedir. Hükümdarlar tarafından konan kanunların yürürlük süreleri de esas itibarıyla bunların hayat süreleri ile sınırlıydı. Bu sebeple, her padişah değişikliğinde yürürlükte kalması istenen kanun veya imtiyazların tecdit edilmesi gerekmekteydi. Yine bu hukukun oluşumunda önemli rol oynayan Divan-ı Hümayun'un Nişancı dışındaki iki önemli üyesi de, Rumeli ve Anadolu Kazaskerleri, şer'i hukukun temsilcileridir. Bu listeye, Osmanlı Devleti'ndeki saygınlığı ve etkinliği büyük olan Şeyhülislam ve Osmanlı kadıları da eklendiğinde, aslında örfi hukukun hazırlık ve uygulama aşamasında rol alanların tamamının şer'i hukuk temsilcileri olduğu görülür.³⁸

Örfi hukuk bir anda değil, uzun bir süreç dâhilinde ihtiyaca göre yavaş yavaş oluşmuştur. Bu teşekkül sırasında, özellikle arazi ve vergi hukuku alanlarında mevcut örf ve adetler ve mahalli şartlar göz önüne alınarak, bütün ülkeye şamil tek bir kanun yerine her

³³ Barkan, *agm.*, *İA*, c. 6, s. 185-196

³⁴ Aydın, *age.*, s. 72

³⁵ Geniş bilgi için bkz. Özbilgen, *age.*, s. 46-50, 92-94

³⁶ Barkan, *agm.*, *İA*, c. 6, s. 194

³⁷ Özbilgen, *age.*, s. 94

³⁸ Aydın, *age.*, s. 71; Aydın, *agm.*, *Türkler*, c. 10, s. 16, 17

bölgenin şartlarına uygun sancak (liva) kanunları hazırlanmış ve bu kanunlar o bölgenin tahrir defterlerinin başına kaydedilmiştir.³⁹ Ayrıca, II. Mehmet devrinde ve daha önceleri örfi kanunlar düzen isteyen belli konular üzerinde çıkarılmış “fermanlardan” ibarettir. Bu fermanlar belli konularda genel kurallar içerdiğinden, bunları ferman-kanunlar sayabilir. Bazıları sadece bir nokta üzerinde bir kanun maddesi ihtiva halde, bazı fermanların birçok kanun maddesini içine alan “kanunname” şeklindeydi. II. Mehmet devrinde otuz kadar bu çeşit ferman-kanun bir araya getiriler sistemleştirme çalışmaları yapılmıştır. Burada hepsi kanun maddeleri ihtiva eden çeşitli fermanlar toplamış olup, başlıca berat, yasakname, kanunname ve tevki adları altında kayıtlıydılar. “Beratlar”, bir görev tevcih belgesi olmakla beraber, memur edilenlere, vazifelerine ait kanun ve nizamlar ayrıntıları ile bildirilmekteydi. “Yasaknameler”, gelelikle belli bir işe ait kanun ve nizamlarla birlikte bu kuraların uygulanması için Yasakkulu’na verilen yetkileri bildirmektedir. “Tevkiler”, belli kanunları, kadı subaşı gibi resmi memurlara bildiren hükümlerdir.⁴⁰ “Adaletnameler” ise, yukarıda saydıklarımından biraz farklıdır. Şöyle ki; adaletname devlet otoritesini temsil eden görevlilerin, reyaya karşı bu otoriteyi kötüye kullanmaları, kanun, hak ve adalete aykırı davranışları halinde, kanun yapıcıların, hakkı ve kanunu hatırlatıcı mahiyette düzenlediği hukuki tanzimlerdir.⁴¹

Padişahlar tarafından kanun koymaya ve bunların genel kanunnameler halinde toplanmasına neden ihtiyaç duyulduğuna gelince, bunun Osmanlı idaresinin adalet ve kanun hâkimiyetini gerçekleştirme arzularıyla ve devlet geleneğiyle ilişkili olduğu söylenebilir. Esasen sadece, Osmanlı Devleti’nde değil, Osmanlı öncesi diğer Türk-İslam devletlerinde de, halkın adaletle yönetilmesine önem verildiği ve ülkenin dirlik ve düzenlik içinde var olması için bunun göz önünde tutulmaya ve her fırsatta vurgulanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bunun temini için çeşitli tedbirler getirilmiştir. Hükümdarların, mahkemelerin yanı sıra zaman zaman bizzat yargılama yapmaları ve halkın şikâyetlerini doğrudan dinledikleri görülmekteydi.⁴² Bu tedbirlerden bir diğeri, halka uygulanacak kuralların açıkça tespit edilmesi ve onların bilginse sunulmasıdır. Adaletin temininde hukuk kuralarının belirgin ve biliniyor olmasının önemli bir yeri vardır. Bu yol sadece halkın uymaları gereken kuralları bilmelerini değil, kendilerine kamu görevlilerince uygulanacak kurallardan da haberdar olmalarını sağlamaktaydı. Diğer bir tedbir ise, ehl-i örf denilen askeri ve idari yetkililerin keyfi cezalar vermesi, dilediği gibi para cezası (cerime) toplamasına ve benzeri davranışlara engel olam, bugünkü tabiri ile kanun hâkimiyetini sağlama düşüncesi, kanunnamelerin hazırlanıp neşredilmesinde önemli rol oynamıştır.⁴³ Bu bağlamda, kanunname hazırlanmasının en önemli sebebinin, bir taraftan hukuk kuralarının belirgin olmasının, öte yandan da bunların hem kamu görevlileri hem de halk nezdinde bilinmesinin ve böylece uygulamanın kanun hükümleri dâhilinde merkezin kontrolü altında olmasının sağlanması olduğu söylenebilir.

Osmanlı devletinin hukuk düzeninin esas itibarla İslam hukukuna yani Şeriata dayandığı, örfi hukukun zaman içerisinde ortaya çıktığı göz önüne alınca, bu hukukun Şer’i hukukla çatışmamasına itina gösterilmesini, makul bir düzenleme şekli olarak kabul etmek gerekir. Bu sebeple şer’i ve örfi hukukun birbirleriyle çatışma veya rekabet içinde değil, şer’i hukukun üstünlüğü gözetildiği müddetçe belli bir uyum içinde buldukları söylenebilir. Her şeyden önce örfi hukuk, şer’i hukukun bir takım hükümlerini ortadan kaldırmak veya değiştirmek iddiasıyla ortaya çıkmış değildi. Aksine, şer’i hukukun tanıdığı yetki dâhilinde veya bu hukukun düzenlememiş olduğu alanlarda hüküm koyması söz konusuydu.⁴⁴ Osmanlı hukuk düzeninde hükümler üst hukuk olan Şeriat (Jus Dominant) sınırladığı alt hukuk olan örfi hukukun yürürlüğünü zedelemeyecek bir hukuk nazariyesine ve ilke kurallarına (norm) sahipti. Böyle olmasaydı sistem uyumsuzluk yaşardı. Ancak, Osmanlı hükümdarları, şer’i

³⁹ Barkan, *agm.*, *İA*, c. 6, s. 193; Akgündüz, *agm.*, *Türkler*, c. 10, s. 23-27

⁴⁰ İnalçık, *age.*, s. 237, 238.

⁴¹ Akgündüz, *agm.*, *Türkler*, c. 10, s. 34.

⁴² Daha geniş bilgi için bkz. Ahmet Mumcu (1976). *Divan-ı Hümayun*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 15-30.; İ. H. Uzunçarşılı (1984). *Osmanlı Devletinde Merkez Ve Bahriye Teşkilatı*, Ankara: TTK. Yayınları, s. 1-6.

⁴³ Aydın, *age.*, s. 73-76; Aydın, *agm.*, *Türkler*, c. 10, s. 16-18.

⁴⁴ Aydın, *age.*, s. 78.

hukukun ayrıntılı olarak düzenlemede bulunmuş olduğu alanlarda kanun koymamaya, diğer alanlarda kanun koyarken de şer'i hukukun umumi ilkelerine ters düşmemeye dikkat etmişlerdir.⁴⁵

Esasen Osmanlı devletinde her iki hukukun aynı kaza mercii tarafından tatbiki, yani örfi hukuk için ayrı mahkemeler kurulmayıp şer'iyeye mahkemelerince uygulanması bu iki hukukun belli bir bütünlük dâhilinde yürütülmesinde müspet bir rol oynamıştır. Şer'i ve örfi hukukun bu bütünlüğü 16. asra ait kanunnamelerde veya ferman ve hükümlerde, şer'i ve örfi hukukun birlikte zikredilmesinde de görülmektedir. 17. asra ait teşkilat kanunlarında da şer'i ve örfi hukuk birlikte dile getirilmektedir. Bu iki örnek, bu iki hukukun birbirlerine paralel mütalaa edildiklerini ortaya koymaktadır. Ancak bütün bunlar şer'i ve örfi hukukun tam bir uyum içinde olduğu yani örfi hukuk esaslarının tam anlamıyla şer'i hukuka uygun olarak konduğu anlamına da gelmemelidir. Aksine zaman zaman örfi hukuk esaslarının şer'i hukuka aykırı olarak konduğu da olmuştur,⁴⁶ fakat bu durum istisnaidir. Bu kuralar konurken bazen fetva almak, bazen de Şeriatın tanıdığı bir yetki kullanılmış gibi gösterilmek suretiyle İslam hukukuna şeklen riayet edilmiştir. Özellikle ceza hukuku alanında tazir hakkı kullanımı altında suçun niteliğine göre ceza oranı tespitinde denge gözetmeyen ağır cezaların mevcudiyeti buna örnektir. Özellikle 16. asrın sonlarına doğru ehl-i şer'in etkinliğinin artmasıyla bazı kanunname maddelerinin şer'i hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle değiştirilmesi, zaman zaman aykırılıkların vuku bulduğuna işaret etmektedir.⁴⁷ İlaveten, Osmanlı tarihi boyunca devamlı bir mücadele içinde oldukları gözlemlenen Şer'i hukukun temsilcileri (ehl-i şer) ile örfi hukukun temsilcileri (ehl-i örf) bu noktada da, bir çekişme içerisinde oldukları ve bu mücadelede 16. asırdan ehl-i şer'in daha ağır bastığı görülmektedir. Ancak, ehl-i şer ve ehl-i örf arasındaki mücadele iki hukuk düzeni arasında olmaktan da çok yargı ve yürütme güçleri arsındadır ve hâkimiyet alanlarını genişletmeye yöneliktir.⁴⁸

Şer'i ve örfi hukukun tatbik alanları ise, kesin hudutlarla birbirlerinden tefrik olmadığı gibi hukuk alanlarını paylaşmamışlardır. Osmanlı hukukunun karmaşık yapısı içerisinde hemen her alanda şer'i ve örfi hukuk esaslarının yan yana bulunduğu görülür. Ancak her iki hukukun belirli alanlarda yoğunluk kazandıkları da açıktır. Bunun sonucu olarak, şahıs, aile, miras, eşya, borçlar ve ticaret hukuku gibi Şeriatça teferruatlı bir şekilde düzenlenmiş hususi hukuk alanlarında, Şer'i hukuk esasları hâkim olmuştur.⁴⁹ Esas teşkilat, idare, ceza ve vergi hukuku gibi amme hukuku alanlarında da Şer'i ve örfi hukukun yan yana bulunması söz konusudur. Ancak, kabul etmek gerekir ki, bu mecralarda örfi hukukun payı hususi hukuktaki payına nispetle daha fazladır.⁵⁰ Bu mütalalara son olara şunu eklemek istiyorum: yukarıda anlatmaya çalıştığım ve padişahların iradeleri ile vücuda gelen örfi hukuk kuralları sadece onu yaratan hükümdarın dönemi için geçerlidir. Ancak tahta çıkan her hükümdar kendinden önceki hükümdarların yapmış oldukları örfi kanunları onaylayarak sürekliliğini sağlayabilir. Yani örfi hukuk onu yapan hükümdarı bağlar, ondan sonra gelecekler bu kanunların yürürlüğüne devamı için bu kanunları teyit etmesi lazımdır.

2. Klasik Dönem Osmanlı Adliye Teşkilatının Genel Yapısı

Eski hukukumuzda monarşiyle yönetilen devletlerin hepsinde olduğu gibi, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları, adı ne olursa olsun (sultan, padişah, şah, emir, halife vs.) devlet

⁴⁵ Özbilgen, *age.*, s. 89

⁴⁶ Aydın, *age.*, s. 78

⁴⁷ Mesela, "zina" suçu için Fatih ve I. Süleyman kanunnamelerinde "recm" cezası verilmemiştir. Bu suçla ilgili özellikler uzun uzun anlatılmış ve her bir durum için ayrı para veya dayak cezası belirlenmiştir. Bu ve bu gibi diğer kayıtlara karşı, Şeriatı müdafaa eden ve örfi kanunlarla menfaati halel gören bir ulemalar sınıfın hassasiyeti mevcuttu. Fatih devrinde örf ve şeriat çatışması keskin bir şekilde meydana çıkmış olup II. Bayezid, "veli, ermiş" sıfatıyla şeriatın mümessili olarak tahta gelmiştir. *Bkz.* Özbilgen, *age.*, s. 92; İnalçık, "*Osmanlı Hukuku*", s. 107

⁴⁸ Aydın, *age.*, s. 78-81; Aydın, *agm.*, *Türkler*, c. 10, s.17, 18

⁴⁹ Aydın, *agm.*, *Türkler*, c. 10, s.17, 18

⁵⁰ Aydın, *age.*, s. 81, 82; Aydın, *agm.*, *Türkler*, c. 10, s.17, 18

başkanının uhdesindeydi. Ancak devlet başkanı bu yetkilerini vekilleri vasıtasıyla kullanır, yargı fonksiyonunu da devlet başkanı adına, onun tayin ettiği hâkimler yerine getirirdi.⁵¹

Şer'îye mahkemeleri (meclis-i şer) Osmanlı devletinin başlangıcından Tanzimat dönemine kadar uzun asırlar her türlü hukuki ihtilafların çözüldüğü bir mercii olmuştur. Burada bir kadı ve mahkemenin bulunduğu yerin büyüklüğüne göre sayıları değişen muhtelif yardımcılar görev yaparlardı. İslam hukukunda nazari olarak toplu hâkimli mahkemeler mümkün olmakla birlikte tatbikat genel olarak tek hâkimli mahkemeler şeklinde olmuştur.⁵² Bu mahkemelerin başkanlarına "kadı" denilirdi.

Osmanlı devletinde ilk olarak Osman Bey tarafından Kadılar tayin edilmişti; I. Murat devrinde de önceki Türk-İslam devletlerindeki Kadül'l-kuzat benzeri Kazaskerlik makamı ihdas edilmiş, kadıları artık bu makam tayin etmeye başlamıştır. Daha sonraları bu makam Rumeli ve Anadolu Kazaskerliği olarak ikiye ayrılmıştır. Bunlar, Osmanlı devletinde ilmiye adı verilen ve kaza, fetva ve öğretim işleriyle uğraşan sınıfın başıydılar.⁵³ Osmanlı memleketi "kaza" adını taşıyan yargı ve idare çevrelerine ayrılmıştı. Buralardan her birine medreselerin yüksek sınıfından mezun olmuş ahlaklı ve ilmi ehliyet sahibi kimseler kadı olarak tayin edilirdi.⁵⁴ Osmanlı devletinde kadılar ilk kuruluş yıllarında belirli sürelerle sınırlı olarak tayin edilmişlerdir. Bu süre 16. asırdan itibaren 3 sene, daha sonra 2 sene, 17. asrın sonlarından itibaren de 1 sene olmuştur.⁵⁵ Görev süreleri 1 sene ile sınırlı olanlar, "mevleviyet" denilen büyük kadılıklardır. Küçük kadılıkların görev süreleri de sonraki senelerde 2 seneden 20 aya indirilmiştir.⁵⁶

Kadıların vazife yaptıkları yer ahali ile içli-dışlı olmalarına yol açmamak ve bu suretle yargılama sırasında tarafsız davranmalarına menfi etki edebilecek birim durumun vukuu bulmasını önlemek, kadılıklarda sürekli olarak hâkimlik yapmaları, tedrisat faaliyetlerinden uzak kalarak ilmi yönden aleyhlerine bir hal doğurabileceği gibi nedenlere ilave olarak bir de medreselerden mezun olan ve yeterli sayıda hâkimlik kadrosu mevcut olmadığı için sırada bekleyen herkesin vazifeye tayin edilmesi gibi sebeplerle tespit edilen bu 1 veya 2 yıllık süreler sonunda (mazul) kadılar merkeze gelerek yeni bir vazifeye atanmalarını beklerlerdi. Bu bekleme müddetince de (zaman-ı infisallerinde) medreselerde müderrislik yaparak nazari bilgilerini geliştirebilirlerdi.⁵⁷ Ancak bu tatbikatın vazifede bulunmadıkları müddette mazul kadıları tedris faaliyetlerine veya tanıma imkânı bulamadığı yöre ahalinse karşı tarafsız kalmalarını sağladığı şüphelidir. Ayrıca, Kadılar, yargı görevleri ve diğer vazifeleri için muayyen bir maaş almıyorlardı ki, yapmış oldukları yargı görevleri ve mahkemelerce yapılan her türlü hukuki işlem için tafralardan miktarı kanunnamelerde belirtilen bir harç almakta ve geçimlerini bu harçla sürdürmekteydiler. Bundan dolayı, ne kadar olduğu belli olmayan ve hayli de uzun süren bir müddet işsiz kalmalarının bazı kadıları vazifelerini suiistimale ve işsiz kalacağı süre için hazırlıklı olmaya itti görülmüştür.⁵⁸ Kadıları önceleri buldukları bölgeler göre Kazaskerler tayin ederlerken 16. asırdan sonra tedrici olarak Kazaskerliğin önüne geçerek önüne geçerek ilmiye sınıfının başına gelen Şeyhülislamlık makamı bir takım üst rütbeleri ve kadıları tayin etme yetkisini kazanmıştır.⁵⁹

Kadıların yaptığı görevler arasında en önemlisi şüphesiz bir hâkim olarak yaptıkları yargı görevi gelir. Kadı, bu vazifeyi, tayin edildiği bölge hudutları dâhilinde ve vazifeli olduğu

⁵¹ Ekrem Buğra Ekinci (2002). "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri", *Türkler*, (Editör: Kemal Çiçek-Salim Koca), C. 13, s. 771, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları.

⁵² Aydın, *age.*, s. 83.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Uzunçarşılı, *age.*, s. 228; Ekinci, *agm.*, s. 771.

⁵⁴ Mustafa Akdağ (1995). *Türkiye'nin İktisadi Ve İçtimai Tarihi*, C. 2, s. 75-77, İstanbul: Cem Yayınevi.

⁵⁵ Halil İnalçık, "Mahkeme", *İA*, C. 7, s. 149-151.

⁵⁶ İ. H. Uzunçarşılı (1988). *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, Ankara: TTK. Yayınları, s. 94, 95.

⁵⁷ Aydın, *age.*, s. 83, 84.

⁵⁸ İlber Ortaylı İlber (1977). "Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme", *Bülent Nuri Esen'e Armağan*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 257.; Sedat Bingöl (2004). *Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 5, 6, 7.; İnalçık, "Mahkeme", s. 149-151.

⁵⁹ Uzunçarşılı, *İlmiye*, s. 87-93.

müddetçe yürütmek mecburiyetindeydi. Vazife hudutları ve müddeti dışında kadı'nın vermiş olduğu hükümler geçerli (nafız) değildi.⁶⁰ Kadılar vazifelerini ifa ederken sadece şer'i davalara değil, örfi davalara bakmakla yükümlüydüler. Osmanlı devletinde örfi davalara bakmakla vazifeli bulunan hususi bir mahkeme hiçbir zaman mevcut olmamıştır. Esasen bu tatbikat önceki Türk-İslam devletlerinin hukuki geleneklerine de uygun düşmekteydi. Osmanlı devletine ait hukuki belgelerde, kadıların hükümlerini şer' ve kanuna uygun olarak vermeleri lüzumundan bahsedilmesi, bunların hem şer'i hem de örfi hukuk alanında yetkili olduklarını göstermektedir. Bu bakımdan, örfi hukukla ilgili hüküm ve fermanlar ve bunların bir araya toplanmasıyla bir araya getirilen kanunnameler kadılara da ve uygulamaları istenmiştir.⁶¹

Osmanlı devletinde kadıların yetki ve sorumluluğu hukuk ve ceza davalarını içine almaktaydı. Askeri denemeler devlet memurlarının bazı davalarına ise kazaskerler bakmaktadır. Bazı kadılıklar belirli tür davalarda ihtisas mahkemesi vasfı taşırlardı.⁶² Öte yandan, mahkemelerin bazı tür ceza ve hukuk davalarına bakmaktan alıkonulduğu da oluyordu. Mesela, mirasla ilgili bazı davalarda mahalli mahkeme değil Divan-ı Hümayun yetkiliydi. Kapitülasyonlarla ecnebilere verilen imtiyazlar gereği, Osmanlı memleketinde bulunan yabancıların kendi aralarındaki davalara ise, Osmanlı mahkemeleri değil, kendi konsolosluk mahkemeleri bakardı. Gayrimüslim din adamları ile ilgili ceza davalarında da, mahalli mahkemeler değil, Divan-ı Hümayun yetkili kılınmıştır. Ruhani reisler dışındaki haricindeki gayrimüslimlerin ceza davalarına ise, şer'ie mahkemeleri bakardı. Gayrimüslimlerin kendi aralarındaki hukuk davalarına gelince, bu tür davalardaki yargı yetkisi cemaat mahkemelerine bırakılmıştır. Kadıların vazifeleriyle ilgili bütün bu düzenlemeler, yargı görevinin zaman, mekân ve sair hususlarla tahsis edilebilmesi imkânından doğmaktaydı. Bu tahsis imkânı, bir bölgede belli bir mezhebin tatbikatı veya kadı'nın belli davalara bakmaktan alıkonulması gibi düzenlemeleri mümkün kılmıştır.⁶³

Her türlü hukuki ihtilaflarda, tarafların mahkemeye bizzat gelerek haklarını aramaları mümkün olduğu gibi vekiller vasıtasıyla davalarını takip etmeleri de imkân dâhilindeydi. Batı hukukunda benzer vazifeleri üstlenen ve tamamen bu işe ehliyetli bir mahiyeti olan avukatlık kurumu, Osmanlı hukukunda bulunmamakta ise de vekiller Osmanlı hukukunda yaygın bir tatbik alanına sahipti. Özellikle kadıların taraf oldukları davalarda, bir yakının onun vekili olarak mahkemeyi takip ettiği görülmektedir. Taraflar ister bizzat davalarını takip etsinler, isterse vekilleri vasıtasıyla kadıya müracaat etsinler, kendi bölgesindeki kadıya (toprak kadısına) başvurmak zorundaydılar.⁶⁴ Duruşmalar herkese açık olarak yapılıyor⁶⁵ ve yeteri sayıda gözlemci (şuhud'ül-müslimin veya şudud'ül-hâl) hazır bulunduruluyordu. Sayıları bazen çok fazla olan bu kimselerin duruşmalarda bulunması, hem kadı'nın işini kolaylaştırmakta, hem de davacı ve davalıya güven vermekteydi. Çünkü kadı, bazı hallerde, memleketin örf ve geleneklerini iyi bilen insanlar olan bu "müşahitlere" karadan önce akıl danıştığı gibi, tarafların haklarının adalete uygun bir tarzda gözetildiğini ispatlama bakımından, kendisinin tam tarafsız olduğunu da bu hazır olanların önünde göstermekteydi.⁶⁶ Şudud'ül-hâl vazifesini yerine getirenlerin haricinde naibler, kasamlar da, kadılara yargı görevlerini ifa ederken yardım etmekteydiler ki bunların yanı sıra beylerbeyi, sancakbeyi, subaşı, muhızırbaşı gibi görevliler de suçluların yakalanmasında veya kadının verdiği hükmün infazında vazife alan görevlilerdi. Davaların görülmesinde bu kadar kalabalık kişilerin görevli bulunmaları, adaletin sağlamlığı yönünden iyi olmakla beraber, bilindiği üzere, Osmanlı devletinin mali ilkeleri gereği, kazai hizmetler de ücrete tabii olduğundan, böyle kalabalık

⁶⁰ Aydın, *age.*, s. 85.

⁶¹ Çoşkun Üçok-Ahmet Mumcu (1982). *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 215, 216.; Bingöl, *age.*, s. 2, 3.; Aydın, *age.*, s. 85, 86.

⁶² İnalçık, "*Mahkeme*", s. 149-151.

⁶³ Aydın, *age.*, s. 85, 88.

⁶⁴ Aydın, *age.*, s. 87.

⁶⁵ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 76.

⁶⁶ İlber Ortaylı (1976). "Osmanlı Kadısının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara, C. 9, s. 97.; Akdağ, *age.*, s. 81.

memurlu adalet idaresi, mahkemeye işi düşünlere pek pahalıya mal oluyordu. Çünkü iş sahipleri, alacakları “hüccet” ya da başka belgeler için kâtibiyeye, huddâmiye, ihzariye gibi adlarla çok kabarmış bir harcı ödemek zorunda idiler⁶⁷ki, gerek kadı gerekse diğer görevliler bu harçlar ile geçinmekteydiler.

Kadılar, dava görmenin yanı sıra, buldukları bölgenin idari, mali ve belediye işleriyle de görevliydi.⁶⁸ Kadının üzerine yüklenen ödevler düşünülünce, onu, gerçekte bir mahkeme başkanı değil, kaza diye adlandırılan bir “hükümetlik bölgenin” her anlamda başı olduğunu kabul etmek zorunda olduğumuza göre, onun asli vazifesi gibi görünen mahkeme işleri de, birkaç hizmetinden biri oluyordu demektir.⁶⁹ O devirde kadıların işlerini gördükleri binaları yoktu. Kadılar ya evlerinde ya da camilerde dava dinlerdi ve diğer vazifeleri ifa ederlerdi. Hatta bazen yolda giderken bile kadıya müracaat edip davasını arz edenler olur, hemen ayaküstü dava görülüp hüküm verildiği de vaki idi.⁷⁰ Kadılar, birbirlerinden rütbe ve gelir bakımından ayrılırlardı. Bunun haricinde aralarında bir hiyerarşi söz konusu değildi. Mülki amirlerin de kadıların üzerinde denetim yetkisi yoktu. Yani, her kadı doğrudan padişahın şahsını temsil ediyor ve görevi yönünden de divana bağlı idi, bu suretle kendin üzerinde divanda başka üstün bir adalet kurumu yoktu.⁷¹ Mahkemelerde Şeriat uygulanır ve verilen hükümler derhal kolluk kuvvetleri (merkezde çavuşbaşı, taşrada subaşı vs.) tarafından yerine getirilirdi. Verilen karara itirazı olan, bunu başkentte olan Divan-ı Hümayuna götürebilirdi. Divan hükmü inceler, hukuka aykırı olduğunu müşahade ederse, davayı yeniden görülmek üzere ya hükmü veren veya başka bir mahkemeye gönderir ya da kendisi bakarak neticelendirirdi. Divanın kararına karşı da herkesin padişaha müracaat etme hakkı vardı.⁷² Ancak, Osmanlı hukukunda içtihat ile içtihat bozulamayacağı için, kadı'nın kararında kesinlik asıldı. Yani istinaf ve temyiz yolu kapalıydı. Fakat Kutsal metinlere (nass), icmaya, ana kurallara, açık ve kapalı (celi ve hafi) kıyasa aykırı olan hükümler bozulabilirdi.⁷³

Osmanlı devleti klasik adli teşkilatında asıl olan kadı yani şer'îye mahkemesi olmakla birlikte, başka yargı mercileri de bulunmaktaydı. Divan-ı Hümayun, Vezir-i Azamların Çarşamba ve Cuma divanları (Cuma divanına “Huzur Murafaası” da denilirdi) ile Kazaskerlerin kendi konaklarında kurdukları divanlar ile yine Defterdarların kendi konaklarında topladıkları divanlarda (Defterdar sadece mali işlerle ilgili kendisine havale edilen yetkisi dâhilindeki davaları görürdü)⁷⁴ ve belirli yargısal yetkileri olan Beylerbeyi başkanlığında toplanan, eyaletlerdeki Paşa Divanlarının da bir takım yargısal yetkileri vardı. Bunların dışında, esnaf üzerinde lonca ve benzeri meslek teşekkülleri ile muhtesiplerin, asker üzerinde Yeniçeri Ağası ve Kaptan-ı Derya'nın, tarikat mensupları üzerinde şeyhlerin, nakibü'l-eşraf'ın Peygamber soyundan gelen ve seyyid ve şerif olarak adlandırılan kişiler üzerinde bir takım yargı yetkileri vardı.⁷⁵

Son olarak şu mütalaada bulunulabilir: Osmanlı devletinin İslam adliye teşkilatına getirmiş olduğu en önemli fark, çeşitli isimler altındaki yargı mercilerinin sayısını ve etkinliği azaltarak kadıların ve şer'îye mahkemelerini en yetkili mercii olarak ortaya çıkarmak olmuştur.⁷⁶

⁶⁷ Akdağ, *age.*, s. 81.

⁶⁸ Geniş bilgi için bkz, Uzunçarşılı, *İlmiye*, s. 109-142.

⁶⁹ Akdağ, *age.*, s. 77.

⁷⁰ Ortaylı, “*Mahkeme*”, s. 247.

⁷¹ Ortaylı, “*Kadı*”, s. 124; Akdağ, *age.*, s.80, 81.

⁷² Ekinci, *agm.*, s. 771, 772.

⁷³ Tahsin Fendoğlu (2002). “Tanzimat Sonrası Hukuki Düzenlemeler ve Hukuk Düalizmi”, *Türkler*, (Editör: Kemal Çiçek-Salim Koca), C. 14, s. 730, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları.; Üçok-Mumcu, *age.*, s. 71-72

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mumcu, *age.*, 146-148 vd; Uzunçarşılı, *Merkez*, s. 136-147

⁷⁵ Fendoğlu, *agm.*, s. 730; Ekinci, *agm.*, s. 772

⁷⁶ İnalçık, “*Mahkeme*”, s. 149-151

I. TANZİMAT DÖNEMİ KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ GENEL TAHLİLLER

1. Osmanlı Devleti'nin Teokratikliğine Dair Bir Mütalaa

Yukarıdaki açıklamalarımızdan sonra şu soruyu sormanın yaralı olacağı kanaatindeyiz: Osmanlı Devleti, bir Şeriat devletimiydi? Bu soru çok tartışılan bir konudur. Bazı yazarlar Osmanlı Devleti'ni yönetimde ve yargıda şer'i hükümlerin egemen olduğu bir düzen olarak tanımlar. "Devletin resmi dini, dini-i İslam'dır, her ne kadar örfi kanunlar mevcut da olsa üst hukuk normu Şeriat olduğu için kanunlar İslam dininin kaynaklarından teşekküldür ve tabii ki, egemenliğin (iktidarın) Tanrı'dan geldiği ve Tanrının yeryüzündeki vekili (halife, padişah, şah, emir vs.) tarafından kullanılacağı ve egemenlik sahiplerinin Tanrı'ya karşı (egemenliğin asıl unsuru olan halka karşı değil) sorumlu oldukları ve bu nedenle iktidar kötüye (zulüm şeklinde) kullanılsa dahi ona mutlak itaat gerektiği inancının Osmanlı devlet anlayışının temelini oluşturmaktaydı" diyerek tezlerini özetler ve bu şekildi Osmanlı devlet düzeninin Şeriata dayalı bir devlet düzeni olarak nitelerler.⁷⁷ Buna karşı bazı yazarlar da Osmanlı toplumunda gayrimüslim gruplara tolerans gösterildiğini ve onların ayrı hukuklarının bulunduğunu belirterek, bunun laikliğin ta kendisi demek olduğunu ileri sürerler.⁷⁸ Ö.L. Barkan'ın öncülük ettiği bir grup yazar ise, Osmanlı devlet ve toplum hayatındaki uygulamada şer'i mevzuattan çok, dünyevi otorite tarafından konan kuralların, örf ve âdetin hâkim olduğunu, bu nedenle Osmanlı devletine şer'i demenin pek kolay olmadığını belirtirler.⁷⁹

Gerçektende, tatbikata bakıldığında bu ikinci ve üçüncü hükümleri doğrulayacak bir durum vardır. Devlet hayatını, toprak düzenini, mali sistemi ve ceza hukukunu tayin eden bazı kanunnameler şer'i hukukla uyum içinde değildir. Osmanlı idaresi, devlet hayatını, toprak düzenini, mali sistemi ve ceza hukukunu şer'i mevzuatla beraber, örfi kanunlarla ve hatta mahalli gelenek ve teamülle düzenlemeyi tercih etmiştir.⁸⁰ Bu noktada dikkat edilmesi gereken birkaç husus var.

Evvelemirde, yukarıda da zikretmiş olduğum gibi örfi mevzuatın, Şeriatın genel esaslarına aykırı olamayacağıdır ki gerek örfi kanun yapmaya yetkili Padişahın, gerekse örfi hukuk hazırlama ve uygulama sürçlerinde yer alan görevlilerin, bu noktada itina ile hareket ettiğiidir. Hatta bazı örfi düzenlemelerin ilmiyeden gelen tepkiler neticesinde kaldırıldığı da biliyoruz. Buna müteakip, Osmanlı padişahlarının ruhani demesek bile dini bir unvan olan "hilafet" unvanına da sahiptirler. Esasen, egemenliğin meşruiyetini ilahi bir varlığa yani Tanrı'ya dayandırmak da Osmanlı devlet ve toplum hayatının teokratik olduğunu gösteren bir olgudur.

İkinci bir husus ise gayri Müslim tebaanın kendi arasında uygulamış olduğu hukukun gelişime kapalı olduğu ve zaman içinde Osmanlı hukuk düzeniyle bütünleştirildiği olgusudur (tabii burada cemaat içi hususi hukuk tatbiki göz ardı etmemek lazım gelir ki aslında bu uygulama da İslam hukukun bir gereğidir). Üçüncü bir husus da, kimi zaman her dini inanca ve mezhebe mensup grupların müsamaha (hoşgörü demiyorum) ile karşılandığını, kimi zamanda toplum düzeninde dini kaynakların dışında kaynaklara dayan hukuk normlarının mevcut olduğu ileri sürülür ki aslında Osmanlı memleketinde daha öncelerden var olan ve daha sonra yapılan fütuhât ile Osmanlı memleketine katılan topraklarda yaşayan insanların kendi aralarında uyguladıkları hukuk düzenlemelerinin de esasen kendi dini inançlarına dayandığıdır.⁸¹

⁷⁷ Geniş bilgi için bkz. İlhan (1975). *Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına, Şeriat Devletinden Laik Cumhuriyete*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.; Sadri Maksudi Arsal (1940). "Teokratik Devlet ve Laik Devlet", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası. s. 59-95

⁷⁸ Kemal Karpaz

⁷⁹ Ö. L. Barkan (1945). "Osmanlı İmparatorluğunun Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi" *İÜHF*, C. 11, S. 3-4, s. 203-224.

⁸⁰ İlber Ortaylı (1982). "Osmanlı Devleti'nde Laiklik Hareketleri Üzerine", *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 499.

⁸¹ Bilindiği gibi Hıristiyan hukuku genel olarak iki bölümdür. Kanonik hukuk ve dini hukuk. Bunlardan birincisi kutsal metinlere bağlı hükümler, konstüllerin kararları, papaların emirnameleri ve örgüt kuralları, dini örf ve adetlerin toplamıdır. İkincisi ise, mezheplerin çevre ilişkilerin belirten ve düzenleyen kurallardır. Bu kuralların Katolik

Bunlara bir dördüncü hususu da ekleyebiliriz. Şöyle ki, toplumun resmen dini mensubiyet esasına dayanan “millet” adı verilen gruplara bölünmesi, vergilerin bu hususa göre tarh ve tevzii, yargı düzeninin ve eğitimin bu anlayış içinde dini cemaat liderleri tarafından örgütlendirilip yürütülmesidir. Bu ise adli ve yönetsel örgütlenmede bir tür dine dayalı âdemi merkezîyetçilik ve çeşitlilik demektir.⁸²

Varsayalım ki, ikinci ve üçüncü görüşte bulunanların ileri sürdükleri görüşler tam anlamıyla doğru olsun. Bu yazarların ileri sürdükleri görüşler “Laik” bir devlette ve toplumda bulunması gerekli, ama yeterli özellikler değildir. Laik devlet, bir devletin hudutları dâhilinde yaşayan her mensubu için aynı mevzuatın uygulandığı, yönetsel ve adli kuralların standardize edildiği ve merkezîyetçi-üniter yani yasama, yürütme ve yargılama erklerinin tek olması gereken (kuvvetler ayrılığı dâhilinde) bir idare düzeninin ve Laik toplum ise, her hangi bir dine, mezhebe ve cinsiyete sahip olan insanların eşit koşullara bağlı olduğu, ayrımcılığın bulunmadığı⁸³ ve hukuk mevzuatının her hangi bir ilahi emir veya nitelik ihtiva etmediği ve egemenlik kaynağının Tanrısal bir öge ve onun adına egemenliliği kullanan ve kutsal olduğu varsayılan bir vekilin değil, egemenliğin kökeninin TOPLUM (Halk, Ulus, Millet (ulus ve millet tabirleri birbirlerinde farklı kavramlardır), Beşer İradesi) olduğu ve iktidarın Ulus adına ve yine Ulus tarafından seçilmiş organların kullanabileceği, egemenlik denilen olgunun ilahi nitelikte değil, ulusu oluşturan fertlerin iradelerin birikimi (toplama) olarak beşeri nitelikte olduğu, iktidara itaat mutlaklığı değil, kişi hürriyetlerine ve Anayasa’ya uygunluğu nispetinde gerekliliği, devletin amaç ve görevlerinin her hangi bir dini veya mezhebi yaymak, gözetmek olmadığı yani diğer inanç biçimlerinden ayrıcalıklı saymadığı ve din hükümlerini (mesela ibadet, cihat gibi) zorlamak değil aksine dini, fert ile Tanrı arasındaki ilişkiler saydığı dolayısıyla bu mecraya el atmadığı ve hatta toplumsal hayatta dinin veya dinin simgelerinin her hangi bir şekilde belirgin olmadığı vb. çoğaltılabilecek vasıflara haiz bir düzen demektir.⁸⁴ Bu nedenlerdir ki Osmanlı devlet ve toplum düzeni laik olarak niteleyemeyiz. Yani Osmanlı düzeni Teokratik nitelik arz etmektedir.

İşte Osmanlı devlet düzeninin sahip olduğu bu nitelik 19. asrın ortalarına kadar çeşitli bozulmalarla devam etmiştir. 19. asrın başlarında Osmanlı devletinin dayandığı askeri temel ve merkezi otorite çökmüş, devlet sözünü Payitaht dışına geçiremez olmuş, eski itibarını yitirmiştir. İltizam yöntemi, ağır vergiler, hayat şartlarının iyice ağırlaşması gibi çoğaltılabilecek nedenlerle, halk ve devlet arasında kopukluk vukua gelmiş, halk devlet yerine taşra güçlerinin (ayan, derebeyi vs.) boyunduruğu altına girmiştir. Bu dönemde Batı sürekli sanayileştiğinden, Osmanlı memleketi verilen imtiyazlar nedeniyle de, Batı’nın açık pazarı olmuştu. Kısacası, Osmanlı, toplumsal, siyasal ve ekonomik anlamda tam bir çöküş sürecindeydi. Bu kötü gidişe Nizam-ı Cedit “Yeni Düzen” devrini açarak dur demek isteyen III. Selim’in, devlet ve toplum ile ilgili siyasi, hukuki, mali, toplumsal ve askeri alanlardaki reform arzuları da sadece askeri

mezhebine ait olanları Konkordatoma olarak bilinir. Gerçek anlamı ile dini bir tedvin (düzenleme) olan, Papalığın bütün dünyadaki örgütünü kapsayan bir “Kilise Hukuku”, birinci grup içindedir. Bu hukukun gelişmesi de Gratien Emirnamesi, Gregoire IX ve Sexte dekretalleri, Jean XXII ekstravaganları’ndan (ilk defa 1499-1502’de) sonra bunların yorumları biçiminde olmuştur. Ancak, Papa ve hükümdar arasında yapılan Konkordatomaun kilise ile başka bir devletin karşılıklı ilişkilerini düzenleyen anlaşmalar olduğu malumdur. Omsalı devleti ile Vatikan arasında, yakın zamanlara kadar resmi ilişki kurulmadığı halde, Osmanlı hukuku içinde, Katolik ve diğer mezhepler ruhani liderlerine verilen hürriyetler yukarıda anılan Konkordatoma ile saptanmış olanlara çok benzer. Hıristiyan cemaatleri, dini merasimler ve genellikle teamül (uygulama) hukuku ile yetinmektedirler. Yahudiler ise, Talmut (Tevrat dışında dini esaslarla ilgili beşeri kaynaklı ve Yahudilerce kutsal sayılan metinler) hükümlerini uygulamakta titizlik göstermektedirler. Böylece Katolikler dışındaki Hıristiyanlar ve Yahudiler kutsal kitaplarının hükümleri uyarınca törenler ve dini örf ve adetlere bağlı kapalı bir hukuk uygulamaktadırlar. Bu hukuk yalnız hususi hukuk ile ilgili alanları kapsar. Bir düzen (sistem) oluşturmaz ve gelişim yolu kapalıdır. Katolik kilise hukuku da, Osmanlı memleketlerinde belirli konularla yetinir ve bir hukuk sistemi meydana getirmez. Katolik topluluğu (cemaati) içinde ruhban ve kilise yararlarının sağlanması yönündeki gelişmeler mümkün olmakla beraber, bunların oluşmalarındaki geleneksel yöntemler, zaman içinde uygulamaları durgunluğa götürmüştür. Bu nedenle dinamik gelişmesi olmayan bir hukuktur. Geniş bilgi için **bkz.**

Özbilgen, *age.*, s. 46-50, 92-95

⁸² Ortaylı, *age.*, s. 500, 501

⁸³ Ortaylı, *age.*, s. 497, 498

⁸⁴ Arsal, *age.*, s. 83-86; Arsel, *age.*, s. Giriş XV-19

alanla sınırlı kalmış, ancak, o da sonuca ulaşmamıştı. II. Mahmut döneminde bir takım meclisler kurulmuş (meclis-i ahkamı adliye ve dar-ı şuray-ı bâb-ı âli vs gibi) merkezileşme gayretleri had safhaya çıkmış, kabine sistemine geçilmiş, pozitif ilimlerin tedris edildiği modern mektepler açılmış, Batı hukukundan ilk defa resepsiyon (iktibas) ile kanunlar alınmıştır. Ancak ne III. Selim'in ne de, II. Mahmut'un bu gayretleri başarıya ulaşmamıştır. Ancak "Tanzimat" döneminde girişilecek reform hareketlerine müsait bir zemin oluşturmuş ve bu dönemde ve hatta daha sonraları da, devletin çağdaşlaşmasında önemli roller oynayacak sivil ve asker kadroların yetişmesini sağlamıştır.

2. Gülhane Hattı Hümayunu İlgili Kısa Bir Tahlil

Şahsi mutlak hâkimiyetin bir dereceye kadar sınırlanması ve idaremin kontrolü konusunda ilk teşebbüs mahiyetini taşıyan "Sened-i İttifak" tan sonra, devletlin siyasi yapısında esaslı bir değişiklik yaratma arzusunun ilk resmî vesikası, "Gülhane Hattı Hümayunu" denen "Tanzimat-ı Hayriye" fermanıdır. 3 Kasım 1839 günü Mustafa Reşit Paşa'nın padişah adına okuyarak ilan ettiği "Gülhane Hattı Hümayun"u ile "Tanzimat" dönemi başladı. Tanzimat Fermanı'nın Osmanlı Devleti'nin "ilk reform programı" sayılması gerektiği genel olarak kabul görmüş bir olgudur.⁸⁵ Tanzimat fermanının önemi, kuşkusuz ilk kez bir fermanla modern devlet anayasalarında yer alan en temel ilkelerin (can, mal, ırz güvenliği gibi) sayılmasından ileri gelmektedir. Bu fermanı, daha önce çıkarılmış tüm fermanlardan farklı kılan, Osmanlı tarihinin son dönemine adını vermesine ve bu dönemdeki tüm çalışmalar damgasını vurmasına yol işte bu anayasal niteliğidir. İlk kez bir padişah kendi isteğiyle yetkilerini sınırladığından dolayı, bu fermana "temel haklar fermanı veya beratı" da denilebilir, ama Anayasa olarak değerlendirmek mümkün değildir.⁸⁶ Çünkü Anayasa bir üst hukuk normudur ve meclis tarafından yapılır. 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş hakları Bildirgesi'nin 16. maddesine göre, hakları garanti edilmediği ve kuvvetler ayrılı ilkesinin teminat altına alınmadığı bir toplumda Anayasa'dan bahsedilemez.⁸⁷ Ayrıca Gülhane Hattının, 1789 İnsan Hakları Beyannamesi'nden farkı şudur: Fransız insan hakları beyannamesi, esas itibarıyla, eşitliğe ve ulusal hâkimiyete dayanır. Gülhane Hattı'nda ulusal hâkimiyet bahis konusu edilmemiştir. Ulusal hâkimiyet fikri, daha sonraları Yeni Osmanlılarla siyasal söylemlerimizde yer almıştır.⁸⁸

Tanzimat Fermanı, Sened-i İttifak için söylendiği gibi bir misak (sözleşme) değildir, padişah tarafından ilan edilmiş tek taraflı bir irade senedir ve sadece padişahı sınırlamaktadır.⁸⁹ 1845 ve 1856 tarihli Islahat Fermanları⁹⁰ da Anayasa mahiyetinde değildir. Ama temel haklar ve özgürlüklerin sayılması Tanzimat Fermanı'na Anayasal bir belge vasfı vermekte olup, Batı hukukunun girişi bu fermanla başlamıştır.⁹¹ Esasen, Tanzimat fermanları, sosyal, siyasal ve felsefi bir görüşten esinlenmiş görüşleri kapsayan bir hukuk belgesi veya bir "insan ve yurttaş hakları beyannamesi" niteliğinde şeyler değildir. Tanzimat fermanlarında yer alan hak ve hürriyetlerin, ki bunlar son derece dar bir alanda kalmış şeylerdir, doğal haklardan olduğu, her şeye üstün güçte bulunduğu, bunların kutsal hak ve hürriyetler şeklinde sayılması gerektiği ve insanın daha doğuştan sahip bulunduğu ve insan olmak nedeniyle yaralanacağı cinsten haklar bulunduğu hususlarına hiçbir şekilde değinilmemiştir. Aksine bunların, doğal

⁸⁵ Bülent Tanör (2009). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 75.; Niyazi Berkes (1973). *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Ankara: Bilgi Yayınevi, s. 213.

⁸⁶ İlhan Arsel (1961). *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları*, Ankara, s.18.; Yavuz Abadan (1940). "Tanzimat Fermanı'nın Tahlili", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası, s. 39-44.; Üçok-Mumcu, *age.*, s. 313

⁸⁷ Fendoğlu, *agm.*, s. 733.

⁸⁸ Kaynar, *age.*, s. 13.

⁸⁹ Onar, *age.*, s. 149.

⁹⁰ Varlığını dış baskılara borçlu olan, bizzat metninde bu devletlerin "himmet-i muavenet-i hayırhahanelerine" (iyiliksever yardım ve himmetlerin)nden söz eden, daha sonra da Paris Antlaşmasının 9. maddesinde anılan Ferman, batılı devletlerin ve Rusya'nın ardı arkası kesilmeyen müdahalelerine dayanak olmuştur. Islahat fermanı iç siyaset açısından da önemli sonuçlar doğurdu. 1839 Gülhane Hattı, Türk-Müslüman halka bir anayasa vermediği, onun siyasal yaşantısında büyük bir sıçramaya yol açmadığı halde 1856 Islahat Fermanı, genel olarak Hristiyan "millet"lerin anayasal gelişmelerinin başlangıcı oldu. Bu belge onların ulusal bağımsızlıklarının bir bildirisi sayabiliriz, ama kendilerinin ilan etmedikleri bir "bağımsızlık" bildirisi. Bkz. Berkes, *age.*, s. 192.

⁹¹ Fendoğlu, *agm.*, s. 733.

hukuk ürünü şeyler olmadığını belirtir bir dil bu fermanlara egemen olmuştur. Gerçekten can, mal, namus güvenliği, eşitlik esası ve buna benzer hususlar ortaya konurken daima “ihсан” edilmiş, bağışlanmış, padişah tarafından “lütuf” niteliğinde şeyler olarak belirtilmiştir. Daha doğrusu, bu hak ve hürriyetler kişilere ait değilmiş de, sanki padişah tarafından hediye şeklinde halka tanınmış, ihсан edilmiş şeyler olarak Tanzimat fermanlarında yer almıştır. Daha başka bir deyimle, doğal hukuk anlayışının ortaya koyduğu, doğal haklar değil, fakat hükümdar tarafından yaratılmış ve bağış şeklinde verilmiş şeyler söz konusudur.⁹²

Fermandaki ilkelerin güvencesi de yetersizdir, padişah sadece yeminle manevi açıdan bağlıdır ve sonraki hükümdarı bağlamaz. Yani hükümdar, Gülhane Hattında bahsedilen bütün hususları, halkına doğrudan kendisi bahşetmiştir. Hükümdarı bu vaatlerini yerine getirmeye zorlayacak bir müeyyide sistemi yoktur. Bunları “ihсан eden” hükümdar olduğuna göre, istediği zaman bunları geri alabilecek olan da o’dur. Hükümdarın bunları geri almasını önleyen veya bunları ihlal etmekten alıkoyan bir mekanizma bahis konusu değildir. Her ne kadar Gülhane Hattında ve diğer ıslahat fermanlarında, kanunların üstün tutulacağı ve hükümdar da dâhil olmak üzere devletin büyük küçük bütün memurlarının ve herkesin bu kanunlara saygı göstereceği esasları yer almış ise de bütün bu hususları müeyyide güvencesine bir çare ve bir sistem düşünülmemiş ve kurulmamıştır. Müeyyide unsu olarak söylenebilecek yegâne şey, kanunlara uygun davranmayanların Tanrı’nın lanetine uğramaları beklentisinden ibarettir ki, tamamıyla manevi bir müeyyide niteliğindeki böyle bir aracın olumlu hiçbir sonuç yaratmaması normaldir⁹³ ki sonuçta bu yönde olmuştur.⁹⁴

Ancak durum böyle de olsa, Gülhane Hattı ve Tanzimat döneminin yol açtığı olumlu gelişmelerde vardır. Şöyle ki: Gülhane Hattı, hükümdarı ve onun adına hareket edenleri bir dereceye kadar sınırlandırmakta ise de tam bir Hukuk Devleti tesis edecek mahiyette ve kudrette değildir. Ama yine de Sened-i İttifak’ta olduğu gibi Hukuk Devletine doğru gidiş sayılabilir. Bunu müteakip, kafalarda ve bilinçlerde, o an için olmasa bile, zamanla etkisini yavaş yavaş yürüterek sonunda mevcut siyasal rejimin ağırlığını ve ülkenin sosyal ve siyasal rejiminin yarattığı tehlikeyi sezebilen bir zümre ortaya çıkmıştır. Bir diğeri de, bu devir zarfında, Osmanlı devletinin meşrutî bir idareye doğru sürüklendiğini ve devlet işlerinin görülmesinde tek bir kişinin iradesinden, meclis ve kurulların kararlarına doğru bir durumla karşılaşmakta ve bu hususta zaman zaman girişilen faaliyet ve ihdas edilen müesseseler ve bu müesseselere verilen yetkiler de bunu göstermektedir. Hatta o kadar ki, bu usul yalnız hükümet merkezinde değil, bunun dışında kalan yerlerde, yani taşrada da, gelişmiş bir ölçüde olmasa bile, yerel meclislerin teşkili sureti ile kendisi için bir tatbik sahası bulabilmiştir.⁹⁵ Bunlara, iktidarın kendi kendini sınırlaması, ki bu sınırlama yasa üstünlüğü ya da yasaya saygı ilkesini içermektedir, yasal yönetim,⁹⁶ danışma ve kurullarla çalışma ve eşitliğe saygı, kişi dokunulmazlığı ve güvenliği,⁹⁷ mal güvenliğinin⁹⁸ kabul edilmesi gibi yeni bir takım yönetim

⁹² Arsel, *Anayasa*, s. 20, 21

⁹³ Daha geniş bilgi için bkz. Abadan, *agm.*, s. 31-58

⁹⁴ Daha geniş bilgi için bkz. R. G. Okandan (1948). *Umumi Amme Hukukumuzun Ana Hatları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 96-118

⁹⁵ Okandan, *age.*, 115, 116

⁹⁶ Yasalar onu yapanları ve uygulayanları da bağlayacaktır. Kamusal yaşam yeniden düzenlenecek keyfi işlemlere yer bırakılmayacaktır. Bu yolla herkesin yasa önünde eşitliği sağlanacak, memurların yasal çerçevede işlem görmesi gerçekleşecek, buna uymayan görevliler yine yasalar çerçevesinde cezalandırılacaktır. Keyfi cezalara son verilmesi, mahkemelerde duruşmaların açıklığının sağlanması, vergi ve askerlik görevlerinin adil yasalarca yeniden düzenlenmesi gibi noktalar, aynı çerçevede yer alan önlemlerdir. Bütün bunlara “yasal yönetime” geçiş denilebilir. **Bkz.** Tanör, *age.*, s. 88

⁹⁷ Yasa dışı nedenlerle suçlanmama, adil ve açık usullerle yargılanma, şeref ve haysiyet ve ırzın korunması gibi hususları içerir. Böylece, “kanunsuz suç ve ceza olmaz”, “yargılamadan kimseye ceza verilmez” ilkeleri benimsenmiş oluyordu. Padişah da örfî ceza verme yetkisinden vazgeçiyor, bunları mahkemelere bırakıyordu. **Bkz.** Tanör, *age.*, s. 89

⁹⁸ Kişinin maddî ve ekonomik varlığının korunmasıyla ilgili olarak da, müsadere yasağı başta olmak üzere başka mülkiyet güvenceleri girer. Vergilemede uygulanacak ilkelere bu bağlamda düşünülebilir. Adil ve eşit vergileme, harcamaların denetlenmesi vb. **Bkz.** Tanör, *age.*, s. 90.

usullerini de dâhil edebiliriz.⁹⁹ Şimdi Gülhane Hattında, hukuk Devletin gelişimi açısından önemli olan kanunlaştırma hareketlerine yol açan muhtevasına değinmeye çalışacağım.

Gülhane Hattı, Osmanlı devletinde 150 seneden beri devam eden inhitatın (çöküşün) sebebini Şeriata riayet edilmediğinden kaynaklandığını vurgulayarak başlıyor ve şöyle deniliyor: “Osmanlı devleti yüzlerce yıl İslam esaslarına uyularak ve bu nedenle çok güçlü ve dirlikli bir yaşam sürmüştür. Ama ne yazık ki son yüz elli yıldan beri çeşitli nedenlerle Şeriat esaslarına uyulmaz olmuştur. Böylece kuvvet ve refahın yerini zaaf ve fakirliğe terk etmiş ve çöküş başlamıştı, hâlbuki Şeriat dâhilinde idare olunmayan devlet yaşayamaz. Gerekli önlemler alınırca tekrar yükselme yoluna girilebilir.”¹⁰⁰ Görülüyor ki ferman, o dönem bozukluklarının nedenlerini anlatarak söze başlamakta, böylece kendi varoluş gerekçesini açıklamaktadır ki, o da, şeriata riayet edilmemesidir. Abadan’a göre buradaki, “şeriat ile şeriat-ötesi anlayış” arasındaki denge, Gülhane Hattının yazılışı sırasında şer’i anlayış doğrultusunda bozulmuştur. Bunda da, “ifade ağırbaşlılığı” sağlamak düşüncesi kadar, ulumayı ve tutucuları ürkütmemek niyeti rol oynamıştır. Yoksa Gülhane Hattı ve Tanzimat anlayışında şeriata bağlılık ilkesel olmaktan çok biçimseldir, görünüştedir. ¹⁰¹ Ancak bu cümleler gösteriyor ki, Tanzimat’ta da esas olan ve en başta gelen konu, Şeriattır.¹⁰² Yani, Şeriat kanunlarına riayet, İslami esaslara dayanmak gibi bir durum mevcudiyetini devam ettirmektedir. Mesela daha ilerideki sayfalarda ayrıntılı bir şekilde tahlil edilecek olunan 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi ve 1868-1876 tarihleri arasında vücuda getirilen Mecelle tamamen şer’i esaslara dayanılarak yapılan kanunlardır.¹⁰³

Ayrıca Gülhane Hattı, memleketteki nizamsızlığı ve adalet düzenin bozukluğunu bizzat hükümdarın ağzından itirafını da arz etmektedir. Bu düzensizliği önlemenin en basit çaresi tabii ki yeni bir kanun koymak olabilirdi.¹⁰⁴ Bu konuyla ilgili fermanla şöyle deniliyor: “Bu amaca ulaşabilmekte, Tanrı’nın ve Peygamberin yardımına sığınarak yurdumuzun daha iyi yönetilebilmesi için lazım ve mühim görülen yeni bazı kanunların çıkarılmasını uygun bulduk.”¹⁰⁵ Tanzimat’taki kanunlaştırma cereyanının hareket noktası fermanın bu cümlelerinden anlaşılabilir. Burada, bir yanda “şeriata uymamanın” bu bozulmanın ana nedeni olarak görülmesi, öbür yandan ise kurtuluşun yeni yasalarla (kavanin-i cedide), yani şeriata dayanmayan yeni hukuk kurallarının yaratılmasında aranması bir çelişki görünümü vermektedir¹⁰⁶ ki, bu kendini Tanzimat sonrası hukukumuzda şeriat ve batı kaynaklı laik hukukun hükümleri ile bunlara dayana şer’iye ve nizamiye mahkemelerinin bir arada bulunması, ikircikli bir yapının oluşması ile kendini göstermiştir. Esasen Tanzimat, Osmanlı devletinin mevcut teokratik vasfında esaslı bir değişiklik meydana getirmemiştir ve birdenbire laikleşmekten doğması nedeniyle tehlike ve mahzurların tesiri altında böyle bir değişiklikle yapmak da istememiştir. Bu hususta muhafazakâr bir hareket tarzı takip etmeyi zamanın icaplarına daha uygun görmüştür. Hatta devletin teokratik vasfını değiştirmek şöyle dursun, bilakis, memleketin içtimai ve siyasi durumundaki bozukluğun hakiki sebeplerini şeriatın hükümlerinden uzaklaşmakta bulmuştur.¹⁰⁷

Konulacak kanunların, can, namus, mal emniyeti, vergi ve askerlik işlerine yönelik olacağı, “bu kanunlarla amaçlanan, can güvenliği, ırz ve namus güvenliği, mal güvenliği, vergi toplama yöntemlerinin düzeltilmesi, askerliğinin belli bir süre ile sınırlandırılmasından ibaret olup...”¹⁰⁸ cümlesiyle devlet başkanın ağzından devletin ve toplumun bozuklukları tasrih olunmakta ve daha sonra başlayan müteakip kısımlarda bütün bu hususların neden temin ve

⁹⁹ Daha geniş bilgi için bkz. Tanör, *age.*, s. 87-90.

¹⁰⁰ Fendoğlu, *agm.*, s. 733.

¹⁰¹ Abadan, *agm.*, s. 48, 50.

¹⁰² Hifzı Velled Velidedeoğlu (1940). “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası, s. 173.

¹⁰³ Okandan, *age.*, s. 97.

¹⁰⁴ Velidedeoğlu, *agm.*, s. 173.

¹⁰⁵ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 311.; Velidedeoğlu, *age.*, s. 173.

¹⁰⁶ Tanör, *age.*, s. 86, 87.

¹⁰⁷ Okandan, *age.*, s. 96, 97, 98.

¹⁰⁸ Tanör, *age.*, s. 86

tanzime muhtaç olduğu, bu ilkelerin neden önemli olduğu anlatılmakta ve bu ilkelere uyulmaması durumunda, tebaanın rahatı ve dirliği kalmayacağı, devletin yozlaşacağı adeta esbabı mucibe tarzında fakat sistemsiz bir şekilde izah edilmektedir.¹⁰⁹ Fermanın bu teminatı hakkında Abadan şu yorumu yapmaktadır: “Dünyada can, ırz ve namus en aziz şeylerdir. Bunları tehlikede gören kimse, yaradılıştan ihanete meyli olmasa bile mecburiyetle kötü hareketlere kalkabilir. Hâlbuki bu hususta emniyet teessüs edince herkesin işi gücü, sadakat ve istikamet dairesinde devlet milletine hizmetten ibaret olur. Mal emniyeti kalmadığı takdirde de, kimse ve milletine ısınmadığı gibi mülkün imarına çalışmaz; endişe ve ıstıraptan kurtulamaz. Hâlbuki mal ve mülkünden emin olanın şahsi kazancı genişleyeceği, işi düzeleceği gibi vatan ve milletine bağlılık, hizmet ve fedakârlığı da artar. Buna müteakip, kimsenin ırz ve namusuna tasallut vuku bulmamak mal mülküne müdahale edilmemek, hiç kimsenin mahkeme kararı olmaksızın gizli veya açık öldürülmemek veya zehirlenmek suretiyle canına dokunulmamak esastır. Bu hususta bütün tebaaya emniyet güvencesi verilmiştir.”¹¹⁰

Ayrıca, Gülhane Hattı, “herkesin canı, malı, mülkü, namusu, ırzı emniyet altına alınacak ve adalete uygun olmadığından müsadere yöntemi kesinlikle kaldırılacak...”¹¹¹ İbaresıyla memlekette hukuki emniyet, müslim ve gayrimüslim tebaa arasında hukuki eşitlik¹¹² (müsavat) ve “Şeriata aykırı davrananların kabahatlerine göre cezalarını saptamak için ayrıca bir Ceza Kanunnamesi tanzim edilsin ve suç işleyen herkes hatır, gönül ve rütbe bakılmadan bu kanuna göre cezalandırılsın ve dahi ceza davalarının açık ve etraflıca görülmedikçe ve suçlar hakkında şer’i hüküm tertip edilmedikçe kimsenin öldürülemez...”¹¹³ cümlesiyle hiçbir ayrımcılık yapılmadan kanuna aykırı davrananların kanunun öngördüğü müeyyideye tabii tutulacağını ve kanunsuz suç ve caza olmaz ve yargılamasız kimseye ceza verilmez ilkelerini benimsendiğini de göstermektedir. Fakat padişah yine bu ceza kanunun üstünde kalıyor ve kendisi ancak dini ve ahlaki bir müeyyide ile “Hırka-i Şerif odasında cemi ulema ve vükela hazır oldukları halde kase-i billâh” ile yemin ederek bağlanmış oluyordu.¹¹⁴ Esasen, can ve namus doğrudan doğruya mal güvenliği de, bir unsur olarak ferdin öz hayat ve faaliyet alanına dâhil hususlardır. Bu itibarla bunlara ait emniyet hükümlerinin mahiyetçe medeni haklar sınıfına girmeleri tabiidir. Fakat bu haklar, yapılacak lüzumlu kanunların esas maddelerini edince devlet teşkilat ve amacıyla belirli bir garanti kazanıyorlar demektir. Yani devlet işlerinin görülmesinde keyfi bir suretle hareket edilemeyecek, mal, can ve namus emniyetine dokunulmayacaktı. Görülüyor ki, bu suretle yapılacak kanunlar için, tabii olacağı bir programın ana hatları çizilmiş oluyordu.¹¹⁵

Gülhane Hattı, kanunlaştırma arzusunun nasıl gerçekleştirileceğine dair esasları da ihtiva etmektedir: “ diğerkonularda da oybirliği ile danışarak karar verilmesi lazımdır. Bu suretle Meclis-i Ahkâm-ı Adliye’nin üye sayısı artırılacak, orada herkes düşüncesini hiç çekinmeden söyleyecek ve askeri işler de yetkili kurulda aynı biçimde görüşülecek, alınan kararlar onayına sunulduktan sonra kanun sayılacak...”¹¹⁶ Hattın bu cümlesinden, kanunları hazırlayacak meclisin “Meclis-i Ahkâm-ı Adliye” olduğu ve vükela ve ricalin de müzakerelere iştirak edeceği herkesin serbestçe örneğini belirtebileceği alınan kararların da padişah tasdikine sunulduktan sonra ancak kanun vasfı arz edeceği anlaşılmaktadır. Bu hükümlere göre, Meclis-i Ahkâm-ı Adliye’de takip olunacak müzakere usulü ve kanunların kararlaştırılması ve onlara icrailik vasfının verilmesi hususunda takip edilen hareket tarzı ve bu hususta vücuda getirilen iç tüzük, meşrutî rejime doğru bir eğilimin, bir gidişin mevcudiyetini hissini vermektedir. Fakat bütün bunlara rağmen, yine aynı Gülhane Hattının içeriğine göre, Meclis-i Ahkâm-ı Adliye’de kelimenin gerçek manasıyla, temsili, teşriî, millî bir meclis

¹⁰⁹ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 312; Velidedeoğlu, *agm.*, s. 174

¹¹⁰ Abadan, *agm.*, s. 51

¹¹¹ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 312

¹¹² Velidedeoğlu, *agm.*, s. 174

¹¹³ Tanör, *age.*, s. 86; Velidedeoğlu, *agm.*, s. 174

¹¹⁴ Onar, *age.*, s. 150

¹¹⁵ Abadan, *age.*, s. 50, 51

¹¹⁶ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 312

mahiyetinde de görmek de imkânsızdır. Her şeyden evvel, kurulması noktasında tamamen hükümdara borçlu bulunmaktadır. Gerek bu müessese ve gerekse bu müessesede yer alan organlar kendi mevcudiyetlerini ve mevkilerini hükümdara borçludurlar; her şey padişahın isteği ile vuku bulmuştur ve her şey gerçekte yine onun isteğine tâbi kılınmıştır. Keza, yetkileri noktasından da belirli bir iktidarı olduğu söylenemez. Kendisine bahşedilen yetki, lüzumlu olan kanunları belirlemek, hazırlamak ve tasdik için hükümdara arz etmekten ibarettir.¹¹⁷ Meclis-i Ahkâm-ı Adliye, kanunların yapılmasını hususunda hükümdara yardım eden ve tamamen onun emri altında bir teknik komisyon, bir danışma organı niteliğindedir ki, ulusun hakiki ve uygun isteklerini hükümdara bildiren, padişahın yetkileri karşısında ulusun iradesini temsil eden, gerektiğinde kendi arzusunu devlet başkanına dayatabilen bir organ mahiyetine haiz değildir.

Kısaca özetlenecek olursa, “yeni kanunlar” ibaresi, omsalı hukukunda olmayan yeni ilkerleri yani hukukta reformu dile getirmektedir. Fermada, ceza davalarının açık ve etraflıca görülmedikçe ve suçlar hakkında hüküm verilmedikçe kimsenin öldürülemeyeceği, müsadere usulünün kesinlikle kaldırılacağı, Meclis-i Ahkâm-ı Adliye’de her konuda varılan kararların padişah onayından sonra kanun sayılacağı, bu kanunlara aykırı davrananların cezalarının tespit etmek için ayrıca bir Ceza Kanunu yapılacağı, suç işleyen herkesin bu kanuna göre cezalandırılacağı yazılıydı. Böylece, bir yandan padişahın yasama ve yargılama yetkileri kurul ve kanunlarla sınırlandırılarak modern hukuk devleti kavramına, öte yandan da ceza hukukunun kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesine yaklaşıyordu.¹¹⁸ Fransız İhtilali ile dünyaya yayılan “eşitlik” ilkesi Tanzimat fermanıyla Osmanlı hukukuna girmiştir ancak bir yandan şer’i hukukun da zorunlu olarak muhafazasıyla, şer’iye ve cemaat mahkemelerin, diğer yandan imtiyazlar nedeniyle konsolosluk mahkemelerinin varlığı, memlekette kanunların tekliği, genelliği, yargı düzeninin birliği gibi modern esasların yerleşmesini, dolayısıyla tam bir eşitliğin gerçekleşmesini imkânsız kılmış ve Osmanlı hukuk düzeninde ikircikli (dualist) bir yapı halini almasına neden olmuştur.¹¹⁹ 1856 Islahat Fermanı da bu çok başlılığı gösteren en güzel örneklerde biri olarak hukuk tarihimizde yerini almıştır.¹²⁰

Devlet, önce Gülhane Hattı’nda söz verdiği eşitliği ve uygulamaları gerçekleştirmek üzere pek çok tedbir aldı. Meclis-i Ahkâm-ı Adliye’ye yeni azalar atanırken, memleketin her tarafına Tanzimat’ın uygulanma şekliyle ilgili talimatlar yollandı. Bir kısım taşra idarecileri ise bilgilendirilmek üzere Payitahta çağrılırken, bazı bölgelere de memurlar yollandı. Tanzimat gereğince, memleketin her tarafında yerel meclisler açılarak, bu meclislere gayrimüslim azaların da dâhil edilmesine çalışılırken bir yandan da fermanında belirtilen yeni kanunların çıkartılması için çalışmalar başlatıldı.¹²¹ Ancak Tanzimat Fermanı’nın temel felsefesi olan “kanun önünde eşitlik” nasıl sağlanacaktı?¹²² Müslümanlar için konmuş olan şer’i hukuk Müslüman olanlar tatbik edilemeyeceğine göre, her iki grubun da tabii olacağı umumi nitelikli kanunlar hazırlanmalıydı. Bu kanunlarla tek bir hukuk sistemi yaratmak ise mümkün olamazdı. Teokratik Osmanlı Devleti bir yandan temelini teşkil eden, ilgası söz konusu bile edilmeyen dini hukuk kuralları, bir yandan da adli bağımsızlığını ve egemenliğini sınırlayan imtiyazlar gereği uyguladığı hukuk kuralları ile hareket serbestisi kısıtlanmış bir haldeydi.¹²³ Bu durumda, bu sınırlar sabit kalmak üzere düzenlenebilecek alan dâhilinde yeni kanunlaştırma girişimlerine başlandı.¹²⁴

Yeni kanunların hazırlanmasında Şeriat ve Batı hukuku yandaşları karşı karşıya geldiler. Medeni hukuk alanında şer’i hukukun devam etmesine karar verilirken, uluslar arası

¹¹⁷ Geniş bilgi için bkz Okandan, *age.*, s. 103-107; Gülnihal Bozkurt (1996). *Batı Hukuku’nun Türkiye’de Benimsenmesi*, Ankara: TTK. Yayınları, s. 134-149.

¹¹⁸ Tanör, *age.*, s. 87, 90

¹¹⁹ Okandan, *age.*, s. 97, 98

¹²⁰ Bozkurt, *age.*, s. 50

¹²¹ Bozkurt, *age.*, s. 50, 51

¹²² Abadan, *agm.*, s. 48

¹²³ Bozkurt, *age.*, s. 50, 51

¹²⁴ Abadan, *agm.*, s. 47

ilişkilerin gereği olarak ticaret hukuku alanında ve yüz yıldır örfi hukukun serbestçe yaratıldığı alan, yani amme hukuku alanında Batı'dan etkilendi. Bazı kanunlar (Mecelle, Arazi Kanunnamesi gibi) yabancı kanunlar dikkate alınmada ama yeni bir sistematikle Şeriatın bir parçası olarak kanunlaştırılırken, bir kısım mevzuatın hazırlanmasında esinlenme veya iktibas (resepsiyon) yolu ile yabancı kanunlar, özellikle Fransız kanunları esas ve örnek olarak alındı.

3. Tanzimat Dönemi Hukuk Reformlarının Sebepleri

Tanzimat dönemindeki hukuk hareketlerini doğuran sebeplerin bir kısmı Osmanlı Devleti'nin toplumsal ve iktisadi yapısındaki değişikliklerden ve buna paralel hukuki düzenleme yapma ihtiyacından, bir kısmı da Batı devletlerindeki ticari ve iktisadi değişikliklerden ve Batılı devletlerin kendi hukuklarını dayatmak için yaptıkları baskılardan kaynaklanmıştır.

Tanzimat hayatındaki önemli değişikliklerden birisi toplumsal hayata olmuştur. Hem ticari ve iktisadi hayattaki değişiklikler, hem çağdaşlaşma hareketleri, keza eğitimdeki gelişmeler kaçınılmaz olarak toplumsal yapıya etki etmiştir. İşte bu toplumsal yapıda yaşanan değişim Tanzimat dönemi hukuk reformlarının iç nedenlerinden birisidir.¹²⁵ İkincisi 17. ve 18. asırlarda Avrupa'da yaşanan rasyonalizm ve tabii hukuk cereyanlarının Türkiye'de mevcudiyetinden bahsetmeye imkân yoktur, fakat bunların sosyal ilişkilerde meydana getirdiği yeni yeni düşünce tarzlarının ve Fransız Devrimi'nin yaratmış olduğu esasları taşıyan kıvılcımların 19. asırlarda başından itibaren memleketimizdeki tezahürlerinin aydın çevrelerde ve hatta sarayda kendini hissettirdiği ve muhitlerin zamanla genişlediği muhakkaktır. Rasyonalizm ve tabii hukuk akımlarının getirdiği can ve mal emniyeti ilkesi, eşitlik ilkesi yani sınıf, cins ve mezhep ve rütbe tefriki olmaksızın bütün insanların kanun nazarında eşit olduğu ana kaidesi Gülhane Hattı'nda ve 1845 Islahat Fermanı'nda ve ilk ceza kanunlarında özellikle vurgulanmıştır. Ancak bütün bunlara rağmen rasyonalizm ve tabii hukuk cereyanlarının Tanzimat'taki kanunlaştırma hareketlerinde, Avrupa'da olduğu gibi doğrudan mühim bir sebep teşkil etmediğini, olsa olsa dolaylı bir tesirde bulunmuş olduğunu kabul etmek lazımdır.¹²⁶ İktisadi yapıdaki değişimler ise memlekette yeni yeni ihtiyaçlar doğurduğu ve bu ihtiyaçların da yeni düzenlemeleri icap ettirdiği muhakkaktır.¹²⁷

Gerek Gülhane Hattı'nda gerek Islahat Fermanı'nda maliyenin ıslahı ile ilgili kayıtlar bulunuyordu. Buna müteakip, Sanayi Devrimi ile Batılı devletlerin iktisadi yapılarında yaşanan gelişmeler, Osmanlı devleti ile Batılı devletler arasındaki ticari ve iktisadi münasebetlerin büyük ölçüde artmasına neden olmuştur. Bu arada sanayileşme cereyanının Osmanlı devletinde de kendisini yavaş yavaş hissettirmesi ticaret ve sanayi alanında yeni şirketlerin kurulmasını ihtiyacı hâsıl olmuş bu da şirketler hukuku alanında yeni gelişmelere zemin hazırlamıştır. Ticari hayattaki bütün bu gelişmeler kaçınılmaz olarak ticaret hukuku ile ilgili sorunları attırmıştır ki, bu sorunları gidermek için yeni nizamların tertibi icap etmiştir. Şu halde memleket iktisadi hayatında yeni nizam ihtiyacının hâsıl olması, Tanzimat'taki kanunlaştırma hareketlerinin diğer bir mühim sebebi teşkil etmektedir.¹²⁸ Bunlara ilave olarak, dâhilde ve hariçte, belirli ve olması lazım gelen hukuk kaidelerini içeren kanunlar yaparak saltanatın kuvvet ve itibarını yükseltmek fikri,¹²⁹ kanunlaştırma hareketlerinin önemli amillerinden biri olmuştur¹³⁰ ki, bu hususa bir ilavede bulunmak lazımdır, o da, eski nizamsızlıktan bıkmış usanmış ve yeni bir düzene susamış olan halkın içtimai vicdanında hâsıl olan tezahürlerdir.¹³¹ Tüm bu iç sebepler bilhassa Fransız Devriminden sonra harici bir takım ellerin tahrikleri ile de Osmanlı

¹²⁵ Geniş bilgi için bkz. Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu (1940). "Tanzimat'ta İçtimai Hayat" *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası, s. 619-659.; Okandan, *age.*, s. 115,-117.

¹²⁶ Velidedeoğlu, *age.*, s. 115, 116.

¹²⁷ Geniş bilgi için bkz. Ömer Celal Sarac (1940). "Tanzimat'ta İçtimai Hayat" *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası, s. 434-444.; Fındıkoğlu, *age.*, 641-648.

¹²⁸ Ekinci, *agm.*, s. 773.

¹²⁹ Kaynar, *age.*, s. 21.

¹³⁰ Abadan, *agm.*, s. 31, 32.

¹³¹ Velidedeoğlu, *agm.*, s. 168, 169.; Abadan, *agm.*, s. 34, 35.

memleketlerinde vücuda gelmeye başlayan milliyetçi cereyanları bastırmak veya kontrol altına almak arzusunun da eklemek sanırım yanlış bir düşünce değildir.¹³²

Tanzimat dönemindeki hukuk reformlarının sebeplerinden birini de Batı'nın bu minvaldeki tesiri ve tazyikidir. Tanzimat dönemi bilindiği üzere bütün alanlarda Batı'nın tesirin kuvvetle hissedildiği bir dönemdir, bizzat Tanzimat Fermanı böyle bir etkiyle hazırlanmış ve ilan edilmiştir.¹³³ Batı'nın rolü sadece kendi hukuk düzenin Osmanlı devlet adamlarını etkilemesi şeklinde olmamış, bazı Avrupa devletleri kendi kanunlarının ve hukuk düzenlerinin Osmanlı devleti tarafından iktibasını sağlamak için Osmanlı devletine sürekli tazyikte bulunmuşlardır.¹³⁴ Bu baskıların muhtelif sebepleri vardı. Evveleminde, yukarıda da ifade ettiğim gibi, Sanayi Devriminin gerçekleşmesinden sonra Batı memleketlerin yeni pazarlara ihtiyacı artmıştı. Osmanlı devleti de o dönemlerde çok büyük ve elverişli bir pazar görünümündeydi. Baltalimanı ve onu takip eden ticari antlaşmalarla, zaten imtiyazlar nedeniyle beli bükük olan Osmanlı devletinin gümrük oranlarının daha da düşürülmesi ecnebi tüccarların kolaylıkla Osmanlı pazarlarına girmesini sağlamıştır. İşte gittikçe aratan bu ticari münasebetler doğrultusunda, Batılı devletlerin kendi ticaret mevzuatlarını Osmanlı devletince iktisabının sağlanması ve böylece kendi tacirlerin alışık oldukları hukuki ortamda ticaret yapmalarına önem vermeleri, tazyik sebeplerinden birini teşkil etmektedir.¹³⁵ Bu bakımdan, Batı'dan alınan ilk kanunun Ticaret Kanunnamesi, kurulan ilk mahkemelin yerli ve ecnebi tüccarların iştirakiyle oluşturulan karma ticaret mahkemeleri olması tesadüf değildir.¹³⁶

Osmanlı devletindeki gayrimüslim unsurları özellikle kamusal haklar bakımından himaye etme arzusu da Batılı devletlerin bu dönemdeki hukuk reformlarına yönelik müdahalelerinin bir başka sebebinin oluşturmaktadır. Osmanlı devletinde, Batılı devletlerin her biriyle mezhep birliği olan gayrimüslim unsurlar Osmanlı milletler sistemini oluşturmaktaydı. Bu devletlerde uzun süredir kendilerini bu unsurların hamisi olarak telakki etmekteydi. Böylece Fransızlar Katolik, İngilizler Protestan ve Ruslar da Ortodoks Hıristiyanların hamisi olarak, bu unsurların amme hakları konusunda Osmanlı devletine sürekli baskı yapmaktaydı.¹³⁷ Tanzimat ve bilhassa Islahat Fermanı, bu baskıları hafifletmek ve Batılı devletleri hoşnut etmek düşüncesiyle hazırlanmıştı. Yine gayrimüslim unsurlara ve Osmanlı devletiyle ticaret yapan Batılı tacirlere sahip çıkmak düşüncesiyle mahkemeler tercümanlar vasıtasıyla müdahale edilmekteydi. Osmanlı devlet adamları bu müdahalelerden şikâyetçi olduklarında da, Osmanlı mahkemelerinin kendi mahkemeleri örnek alınarak yeniden düzenlenmesi istenmekteydi. Tanzimat döneminde, önce Ticaret Mahkemeleri'nin, bunu takiben de Nizamiye Mahkemelerinin kurulması ve kurulma şekli büyük ölçüde bu baskıların neticeleriydi.¹³⁸

Bu baskıların bir sebebi de, bilhassa Fransa'nın kendi kanunlarını ve adli düzenini Osmanlı devletine ihraç etmek ve bundan hukuki itibar sağlama arzularıydı. 19. asırda Fransızların kanunlaştırma hareketleri bakımından dikkate değer bir canlılık içinde oldukları bilinmektedir. Özellikle Fransız Medeni Kanunu hazırlandığı dönemde çok beğenilmiş ve bazı memleketler tarafında da iktibas edilmişti.¹³⁹ Tabii ki Fransız kanunlarının ve adli düzenin diğer ulusların mevzuatlarına ve adli teşkilat yapılarına nispetle Osmanlı devleti için daha makbul oluşu da müşahede edildiği için Osmanlı devlet adamları tarafından bu memleket, hem yeni kanunların hazırlanmasında hem de çeşitli kanunların iktibasında kaynak olarak görülmüştür.¹⁴⁰ Özellikle Mecelle'nin hazırlanması sırasında Fransız Medeni Kanunu'nun

¹³² Abadan, *agm.*, s. 33, 34.

¹³³ Engelhardt (1999). *Tanzimat ve Türkiye*, İstanbul: Kaknüs Yayınları, s. 13, 14.

¹³⁴ M. Akif Aydın, "Batılılaşma", *DİA*, C. 5, s. 163.

¹³⁵ Yusuf Kemal Tengirşenk (1940). "Tanzimat Devrinde Osmanlı Devletinin Hacri Siyaseti" *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası, s. 289-320.

¹³⁶ Aydın, "Batılılaşma", s. 163.

¹³⁷ Engelhardt, *age.*, s. 59, 60.

¹³⁸ Tengirşenk, *agm.*, s. 289-320.; Aydın, "Batılılaşma", s. 164.

¹³⁹ Aydın, *age.*, s. 455.

¹⁴⁰ İlber Ortaylı (2007). *Avrupa ve Biz*, Ankara: Turhan Kitabevi.

alınması için dönemin sadr-ı azamı Ali Paşa'ya büyük baskılar yapıldığı ve Ali Paşa'nın biraz da bu baskılardan bunaldığı için bu yönde bir hazırlığa gittiği ve Girit'ten Abdülaziz'e gönderdiği bir layiha ile de padişahu böyle bir kanunlaştırmaya hazırladığı bilinmektedir. Esasen, bu baskılar Mecelle'de Fransa lehine neticelenmemiş de olsa diğer alanlarda birçok kanun bu ülkeden iktibas edilmiştir.¹⁴¹

Batı'nın bu baskıları, Tanzimat dönemi hukuk reformlarının ulusal karakterini menfi istikamette etkilemiş ve bu reformların bir kısmı Osmanlı devletinin ihtiyaç olduğu için veya ihtiyacı yönünde değil, Batılı devletler istediği için ve onların talepleri doğrultusunda hazırlanmıştır. Bu, Tanzimat dönemi Osmanlı hukukunun kırk yamalı bohça görüntüsün en önemli sebebidir.

A. Kanunlaştırma Hareketleri

1. Kamu Hukuku ile ilgili Kanunlar

a. Ceza Kanunları (1840, 1851 ve 1858)

Tanzimat hareketi, devletin dâhili idaresinde yapılması zaruri görülen yeni düzenlemeleri vücuda getirmek ve her şeyden önce dirliği ve emniyeti sağlamak lüzum ve ihtiyacından doğduğuna göre, ilgili alanlarda gerçekleştirilmesi ve işin sadece sözde kalmayıp derhal harekete geçilmesi için muhtelif kanunların ve özel olarak bir ceza kanununun tanzimi, öncelik verilen işlerden sayılmıştı. Gerçekten de Gülhane Hattı'nın ilanından yedi ay sonra, 3 Mayıs 1840'da ceza kanunu kabul edildi. İlk hukuk düzenlemesinin neden ceza kanunu olduğunu şöylece açıklayabiliriz:¹⁴² Klasik Osmanlı ceza hukuku, İslam ceza hukuk kuralları ile II. Mehmet, I. Selim, I. Süleyman ve IV. Mehmet tarafından çıkarılan kanunname'lerde yer alan, ceza hukukuna ilişkin hükümlerden oluşuyordu.¹⁴³ Bu nedenle, Osmanlı devletinde, İslam hukukun tanımadığı suçların, padişahın örfi yetkisine dayanılarak müeyyideye tabii tutulmasına alışılmıştı, bu nedenle ilk düzenlemenin bir ceza kanunu olması tepkiyle karşılanmazdı.¹⁴⁴

Öte yandan, eski Osmanlı uygulamalarında Şeriatın ukûbat denen bölümündeki ceza kurallarının bazıları hükümsüz kalmıştı. Örneğin, Şeriat hukukundaki kısas ve diyet kuralları uygulanmıyordu. Fıkıhın, hükümdara tanıdığı tazir hakkı nedeniyle, Şeriat hukukun amme hakları, hususi hukuk alanına göre çok dar kalmıştı.¹⁴⁵ Dolayısıyla, fermada da belirtildiği veçhile tebaanın kanun hükümlerine göre cezalandırılmasından doğan büyük sakıncaların evveliyatla giderilmesi lazım geliyordu.¹⁴⁶ II. Mahmut, 1826'da müsadere yöntemini kaldırmıştı. Böylece hiçbir güvencesi olmayan kamu görevlilerinin hukuksal durumlarında düzelme başlarken, hükümdar da genel hukuk kaidelerine uygun düşmeyen bu yetkisini kullanmaktan vazgeçiyordu. Buna müteakip, II. Mahmut'un 1838'de ulema ve memurlar için tanzim ettiği iki ceza kanunnamesi ile Siyaseten Katl uygulaması da tarihe mal olmuştu. Bu kanunlar, ilkel de olsa, sistemli bir ceza hukukuna yönelişin ilk nüvelerini teşkil ettiler. Böylece, ilk kez, sadece bir kanun metninde yazılı suçları işleyen ulema ve memurların, yine o kanunda saptanmış müeyyideler çarptırılacakları zikrolunmuştu.¹⁴⁷ Osmanlı memleketinde yaşayan herkesi değil, sadece bu grup kamu görevlisini ceza hukuku bakımından güvenceye alan bu kanunnameler, henüz eşitlik kaidelerinin yerleşmediğini gösteriyor ve bundan dolayı bir eşitsizlik yaratıyordu.¹⁴⁸

¹⁴¹ Tanzimat devrinde Fransız tesiri hakkında geniş bilgi için bkz. Sabri Esat Siyavuşgil (1940). "Tanzimat'ın Fransız Efkârı Umumiyesinde Uyandırdığı Akisler", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası, s. 747-756.; Aydın, *age.*, s. 456.

¹⁴² Üçok-Mumcu, *age.*, s. 321.

¹⁴³ Bozkurt, *age.*, s. 96; Halil Cin (1992) "Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargı Usulleri", *150. Yılında Tanzimat*, Ankara: TTK. Yayınları, s. 18.

¹⁴⁴ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 321.

¹⁴⁵ Berkes, *age.*, s. 196.; Cin, *age.*, s. 18.

¹⁴⁶ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 321.

¹⁴⁷ Bozkurt, *age.*, s. 96, 97.

¹⁴⁸ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 321, 322; Tahir Taner (1940). "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", *Tanzimat I*, İstanbul Maarif Matbaası, s. 227.

II. Mahmut, tüm tebaayı kapsayacak bir ceza kanunnamesi hazırlamadan öldü. 1839'da ilan edilen Gülhane Hattı'nda, memleketin menfi gidişatına dur diyebilmek için çıkarılacak kanunlarla, can, mal, ırz ve namus emniyetinin sağlanacağı, adalete uygun olmadığından müsadere usulünün kesinlikle kalkacağı, ceza davarlı açık ve etraflıca ifa edilmedikçe ve suçlular hakkında şer'i hüküm tertip edilmedikçe, kimsenin açık veya gizli öldürülemeyeceği, çıkarılacak kanunlara aykırı davranışların müeyyidelerini tespit için ayrıca bir ceza kanunnamesi yapılacağı, suç işleyen herkesin hatır gönül ve rütbeye bakılmadan bu kanuna göre cezalandırılacağı açıklanmıştı.¹⁴⁹

Bu fermandaki mühim hususlardan biri de, müsadere yönteminin, malına el konulan kişinin varislerini mirastan mahrum ettiğine dikkati çekmesi ve böylece "cezaların şahsiliği" kaidesine de değinmiş olmasıdır.¹⁵⁰ İlave olarak, rüşvetle savaşmak içinde ayrıca tesirli bir kanun yapılacağı zikrolunmaktaydı.¹⁵¹

Yukarıda saymış olduğum bütün bu nedenlerle, 1840'da Yüksek Şura, II. Mahmut zamanında yapılan ve gerçek bir ceza kanunu olmaktan ziyade, idare ve adalet görevlileri için yapılmış olan kanunun yerini alacak bir Ceza Kanununun hazırlanmasına girişti. Bu kanun ilginç yanı, hem Tanzimat ilkelerinin kamu hakları alanında ilk tezahürü, hem de Tanzimat'ın kendisindeki ikircikliliğin ilk patlak verisi olmasıdır.¹⁵² Şöyle ki, 1840 tarihli Ceza Kanunu hazırlanırken müteaddit hususta Batı mevzuatından istifade edildiği muhakkak ise de bu uygulamada cüzi kaldı ve yerli hükümler ağırlık kazandığından, bu kanunu Tanzimat'tan sonra memlekette hazırlanmış olan ilk orijinal kanun olarak mütalaa etmekte bir mahsur yoktur. Kanun hazırlanırken, Avrupa mevzuatından ziyade, Avrupa fikriyatından ve hukuk tekniğinden istifade edilmiştir.¹⁵³ Yani, bu kanun bir yandan çağdaş Ceza Kanunlarının bazı yanlarını alırken, öte yandan Şeriattan gelen ve üstelik hükümsüzleşmiş bir hale gelmiş olan bazı kuraları içine alıyordu.¹⁵⁴

Kanunda, "Gülhane Hattı mucibince, tebaanın istisnasız olarak can, mal, ırz ve namus dokunulmazlığı, herkesin eşit olması, herkesin kendi hukukunu bilip ondan vazgeçmemek ve diğer birisi kendi hukukuna tasallut edecek olursa onun def'ini davaya muktedir olmak ve kanuna muhalif hareket edenler, her kim ve hangi rütbede olursa olsun, haklarında lüzum gelenin tertip olunduğu" yazılıdır. Kanun, temel hakları, fertlerin bu hakları bilme, vazgeçmeme ve dava vasıtasıyla koruma haklarını vurgulamakta ve nihayet, Osmanlı devletindeki tüm tebaayı, ayrıcalıksız olarak kapsamına alarak, Tanzimat'ın eşitlik (muvazat) kaidesini de ortaya koymaktaydı.¹⁵⁵ Nitekim kanunun bir yerinde (1. fasılın 1. maddesinde) bu konu üzerinde durulmakta ve bu hükümlerin tatbikinde "dağdaki bir çobanla, vezirin eşit tutulacağı" belirtilmektedir.¹⁵⁶ Buna müteakip, bu kanun ile Tanzimat öncesi Osmanlı kanunnameleri gereği, gayrimüslimlere, müslümanlara verilen cezanın yarısının verilmesi uygulaması da kesin olarak kaldırılmıştır.¹⁵⁷

Suçların belirlenmesi ve sınıflandırılması açısından ve bugünkü kanun tekniğine göre oldukça ilkel biçimde kaleme alınan bu yasa,¹⁵⁸ suçları kanuna muhalefet, padişaha ve devlete karşı işlen suçlar, isyan, cinayet, dövme, sövme, hakaret, rüşvet, silah çekme, yol kesme gibi gruplara tefrik etmekte,¹⁵⁹ özellikle ölüm cezasını gerektiren eylemleri sınırlamakta ve müeyyidenin tatbikini padişahın tasdikine bağlamakta, memurların işleyebilecekleri suçları,

¹⁴⁹ Gülhane Hattı ile ilgili tahlile bkz. 12-16.

¹⁵⁰ Bozkurt, *age.*, s. 97.

¹⁵¹ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 322.

¹⁵² Ortaylı, "Laiklik Hareketleri", s. 505.; Berkes, *age.*, s.196.

¹⁵³ Velidedeoğlu, *agm.*, s.176.

¹⁵⁴ Taner, *agm.*, s. 227.

¹⁵⁵ Velidedeoğlu, *agm.*, s. 176, 180.

¹⁵⁶ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 322.

¹⁵⁷ Bozkurt, *age.*, s. 98.

¹⁵⁸ Berkes, *age.*, s.196

¹⁵⁹ Bozkurt, *age.*, s. 99

bunların cezalarını ve yeni suçları saymaktaydı.¹⁶⁰ Tazir cezaları arasında katil, kürek, hapis, sürgün, takdir (uyarma) ve memuriyetten çıkarma da yer almıştı. Bununla birlikte, bir çok hallerde bir fiil yasaklanmış, fakat bu fiil ifa edildiği takdirde müeyyidesinin ne olacağı bildirilmemiştir.¹⁶¹ Ayrıca, cezalandırılması gerekli tüm fiillerin kanunda yer alması ve her suçta sabit ve bir tek cezanın tespit edilmesi, fiilin meydana geliş tarzına yani somut olaya ve failin şahsi ehliyet derecesine göre hâkimin takdir yetkinsin verilmemiş olması, kanunun menfi taraflarıdır.¹⁶²

Kısacası, 1840 tarihli ceza kanunnamesi, Gülhane Hattı'ndaki ibareler doğrultusunda çıkarılmış ve kişi hürriyetlerine yönelik keyfilikler ve gayri insani uygulamaları bertaraf etmeyi gaye edinmiştir. Avrupalıların tazyiki ile Osmanlı devleti, had ve kısas müeyyidelerinin infaz edilmeyeceği yolunda sözlü vaatlerde bulunmuş ise de, bu yeni ceza kanununda Avrupalıların istedikleri doğrultuda hükümler vaaz etmemiştir. Özellikle mürtetlerin (dinden dönenler) idamı ile alakalı şer'i hükmü uygulamaya devam etmiştir. Kısaca bu kanun sadece tazir cezalarını tanzimle yetinmiştir.¹⁶³ Fakat bütün bu noksanlıklarına rağmen, sözü geçen esasi hakların koruyucu kaideleri ve müeyyidelerini belirtmesi itibariyle Tanzimat'ın bu ilk ceza kanunu tarihi bir kıymete haizdir. Esasen, kanunu bizzat hazırlayan kurul azaları da eserin tam ve mükemmel addedilemeyeceğini itiraf etmişler ve tadil ve ıslah kapısını açık bırakmışlardır¹⁶⁴. Nitekim noksanlarını tamamlamak ve hissedilen ihtiyaçları da karşılamak maksadıyla 11 Temmuz 1851 tarihinde bu ilk Ceza Kanunu yürürlükten kaldırılarak, yeni bir Ceza Kanunu tanzim olundu ve bu suretle "Kanunu Cedit" yürürlüğe girdi.

Bu kanun, evvelkine nispetle daha etraflı ise de, tertip ve yazılış tarzı bakımından hemen hemen aynıdır. Evvelkinde olduğu gibi, yine Gülhane Hattı'ndaki kaidelere istinaden suçlar ve müeyyideler belirlenmiş ve tasnif olunmuş, fakat evvelkine nispetle daha geniş bir ölçüde olmak üzere şer'i hükümlere yer verilerek kısas usulü ve diyet ile şer'i had cezalarından bahsedilmiştir¹⁶⁵ki, bu suretle ceza kurallarını modernleştirme düşüncesi dâhilinde eskisine üstün bir kanun olmamıştır.¹⁶⁶ Ancak çok önemli bir kaide kabul edilmiştir: bu da veresinin (mağdur veya maktul yakını) kısas gerektirecek hallerde suçluyu affetmesinin, devletçe bağlayıcı olmaması ilkesidir. Yani, suçlu, verese tarafından affedilse bile, devlet onu cezalandıracaktır. Böylece İslam ceza hukukunun, hususi hukuka yaklaşan bir kaidesi kaldırılarak, "kamu davası anlayışı" Türk hukukuna girmiştir.¹⁶⁷ Buna müteakip, Kanunu Cedit, 1840 kanunda yazılı olan suçların hemen hepsini, ibareleri de birçok yerinde aynen nakil suretiyle almış, bunlara zabıtaya karşı gelmek, sarkıntılık, sarhoşluk, kumarbazlık, kız kaçırma, sahtekârlık, kalpazanlık gibi suçlar ilave olunmuştur. Cezalar gelince, yeni kanun evvelkinde yazılı olanlardan başka, bazı suçlar için prangabentlik ve dayak cezasını kabul etmiştir; hatta bazı hallerde dayağı hapse tercih etmiştir. Ayrıca, kanunda bir suçun tekerrürü ve suça iştirake ait hükümlerin mevcudiyeti de bir yenilik sayılabilir ki, Kanunu Cedit bugünkü ceza hukukunun inkişafı merhalelerinden addedilen ve ceza hukukçuları arasında birçok münakaşalara sebep olan "müddetsiz hüküm (müebbet ceza)" andırı mahiyette hükümleri ve "toplum için tehlikeli sayılan kimselere" yönelik tedbirleri de ihtiva etmekteydi.¹⁶⁸

Kısacası, Kanun-u Cedit, bir takım yeni kaidelere haiz olmakla birlikte, tertip ve yazılış bakımından, hatta daha geniş olarak şer'i hükümlerin tatbiki lüzumunu vurguladığı ve pek çok noksan ve belirttiği hükümler itibariyle oldukça iptidai olması gibi kusurlarının yanı sıra evvelki ceza kanundaki kusurları da içermekteydi.¹⁶⁹ Buna müteakip, savcılık kurumu henüz

¹⁶⁰ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 322

¹⁶¹ Velidedeoğlu, *agm.*, s. 178, 179

¹⁶² Taner, *agm.*, s. 227, 228

¹⁶³ Cin, *agm.*, s. 18, 19

¹⁶⁴ Taner, *agm.*, s. 228

¹⁶⁵ Taner, *agm.*, s. 228

¹⁶⁶ Berkes, *age.*, s. 196

¹⁶⁷ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 322

¹⁶⁸ Taner, *agm.*, s. 228, 229

¹⁶⁹ Taner, *agm.*, s. 228, 229

Osmanlı hukukuna girmediği için, kamu davaları ile ilgili soruşturmayı devlet adına kimin, nasıl yapacağı belli değildi. Ayrıca, (11. maddeye göre) suçlu şer'i cezasını çektikten sonra, İstanbul'da ise 1-5 sene arası küreğe, taşrada yaşıyorsa bulunduğu şehirde prangaya konularak süflü hizmetlerde kullanılacaktı. Burada failin, işlediği suç için şer'i hukukun tespit ettiği cezaya ilaveten, ikinci kez ceza kanununun saptadığı cezayı da çekeceği görülüyor ki, bu sistem modern ceza hukuku anlayışına kesinlikle uyudun değildir. Ancak bu tür uygulamalar, teokratik yapılı devletin sona ermesine kadar vuku bulacaktır.¹⁷⁰ Bütün bu sebepler ve kanunun günden güne artan ihtiyaçları tatminden uzak olması ve kısas, diyet gibi şer'i müeyyidelerin şahsi hak niteliğinde olup suçun fertten ziyade toplumu alakadar eden bir hadise olduğunun anlaşılması, ilmi esaslara göre hazırlanan hükümleri içeren ve diğer çağdaş devletlerde olduğu gibi asrın ceza hukuku kaidelerini ihtiva eden yeni bir ceza kanununun tanzimi lazım olmuş¹⁷¹ ve 9 Ağustos 1858'de, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu hemen hemen aynen tercümesinden iktibas edilerek, Ceza Kanunname-i Hümayun neşredilmiştir.¹⁷² Meclis-i Tanzimat'ın hazırladığı ilk kanundur. Hazırlanmasının bir safhasına sonradan kanunlaştırma hareketlerinde ve hukuki düzenlemelerde adı sıkça zikrolunan Ahmet Cevdet Paşa da katılmıştır.¹⁷³

1840 ve 1851 kanunlarına nispetle çok daha ayrıntılı ve şümüllü olan 1858 Ceza Kanunu, evvelkilerin aksine, laik hükümleri ihtiva ettiği için çok dikkate değer bir özellik arz etmekteydi.¹⁷⁴ Fakat derhal ilave etmek gerekir ki, 1. madde kanunun Şeriatı aykırı olmayıp, Şeriatça ulümler'e ait olan tazirin derecelerinin tayin ve tespit için düzenlendiği ve ancak "şer'an muayyen olan hukuk-u şahsiyeye halel gelmeyeceği" de belirtilmiştir.¹⁷⁵ Her ne kadar kanun, çeşitli maddelerinde¹⁷⁶, bir takım şer'i tatbikattan bahsedilmiş de olsa, şahsi hak sayılan kısas ve diyet davalarını eskisi gibi şer'iyeye mahkemelerinin görevleri dâhilinde saymış,¹⁷⁷ bunların haricinde kalan bütün hükümler laik ve nizamiye mahkemelerince tatbik edileceği belirtilmişti.¹⁷⁸

Kanunun 171. maddesi, "kanun hükümleri hukuku şahsiyesi iskat edilemeyeceğinden, maktulün mirasçıları var ise, onların iddiaları üzerine hukuki şahsiye davası şer'iyeye mahkemelerine havale olunur" demektedir. Bu madde yargı birliğini bozmakla kalmıyor, uygulamada vahim neticelere de yol açıyordu. Mesela, adam öldürme suçundan Nizamiye Mahkemesi'nde yargılanan ve berat eden bir kişi, maktulünün mirasçılarının isteği ile olaya el koyan Şer'iyeye Mahkemesi'nde idama mahkûm ediliyordu. Hükümdar, yetkisine dayanarak bu idam cezasını affetse bile, C. K.'nin 172. maddesinin " kısas ve idam cezalarından affolunan katil, müebbeten yahut 15 seneden az olmamak üzere muvakkaten küreğe konulur" hükmü gereğince cezadan kurtulamıyordu.¹⁷⁹

Bu kanun bir yıl sorma, tüm Osmanlı tebaasının yaralanabilmesi maksadıyla Rumca, Ermenice ve Bulgarcaya tercüme ettirildi. Kanunun yürürlüğe girmesinden bir sonra, Meclis-i Vâlayı Ahkâm-ı Adliye, Meclis-i Âli-i Tanzimat'a ahvale ettiği bir mazbatayla, eski kanun döneminde suçlunun ceza süresinin, şahsın ilk hapis ve tevkifinden itibaren başlamakta iken başlamakta iken, Kanunu Cedit'te ceza süresinden hapis ve tevkifi müddetinin mahsup edildiği, bununda hükümlün aleyhine bir hal teşkil ettiğini, bu nedenle, bu konuda eski kanuna itibar edilmesinin uygun olacağı belirtilerek, yeni kanunun bu aksak yönü tadil edildi.¹⁸⁰

1858 Caza Kanunu, muhtelif tarihlerde, birkaç zeyil ve ilavede bulunuldu. Kanun'da 4 Haziran 1911 ve 11 Mayıs 1914 tarihlerinde çok önemli değişiklikler yapıldı. 1911'de kanunun

¹⁷⁰ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 322; Taner, *agm.*, s. 229, 230

¹⁷¹ Bozkurt, *age.*, s.100

¹⁷² Engelhardt, *age.*, s. 410

¹⁷³ Aydın, *age.*, s. 461

¹⁷⁴ Taner, *agm.*, s. 230

¹⁷⁵ Bozkurt, *age.*, s. 100, 101

¹⁷⁶ Bozkurt, *age.*, s. 101

¹⁷⁷ Taner, *agm.*, s. 230, 231

¹⁷⁸ Ekinci, *agm.*, s. 773

¹⁷⁹ Ortaylı, "Laiklik Hareketleri", s. 505; Bozkurt, *agm.*, s. 101, 102

¹⁸⁰ Bozkurt, *agm.*, s. 102, 103

yaklaşık 70 maddesi değiştirilirken, 1889 tarihli ünlü İtalyan Ceza Kanunu'ndan büyük ölçüde yararlanıldı¹⁸¹ ve bu değişiklikten sonra 1 Temmuz 1926'da yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu Cumhuriyet döneminde tanzim edilinceye kadar yürürlükte kaldı.¹⁸²

Tanzimat'tan sonra, maddi hukuk alanında, iktibas edilen kanunlara ilaveten, şekli hukuk (kanunların şahıslara tanıdığı hakların ve ihtilaf halinde elde edilmesinin yollarını düzenleyen ve gösteren hukuk) kurallarında da mühim değişiklikler yapıldı. Tanzimat'tan önce dağınık biçimde fıkıh kitaplarında yer alan usul hukuku ile ilgili hükümler, Mecelle'de 14, 15 ve 16. kitaplarda kısmen toplanmıştı. Kanun-u Esasi ise Mecelle'nin usule ilişkin hükümlerini aynen benimsemişti. 1879'da önce İlamat-ı Hukukiyenin Tenzifine Dair Kanun yürürlüğe girdi yürürlüğe girdi. 69 maddelik bu kanunla, şer'i mahkemelerle hukuk mahkemelerin verdiği ilamların icrası görevi mahkeme reisine ve bunlara bağlı icra memurlarına verildi. Kanunda, icraya ilişkin genel esaslar, icra daireleri ve yetkileri, icranın şartları, mahiyeti, borçlunun hapsi, mallarının haczedilmesi ve satılma şartları düzenleniyordu. Böylece infaz örgütü ilk kez mülki amirliklerden alınarak yargı örgütü içine dâhil edildi. Yine 25 Haziran 1879'da usul-i muhakemat-ı cezaiye kanunu (Ceza mahkemeleri usulü kanunu), büyük ölçüde 1808 Fransız Ceza Yargılaması Kanunu'ndan yararlanılarak hazırlandı ve kısa bir süre önce ihdas edilmiş olan Savcılık kurumu görev ve yetkileri ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Usul-ı muhakemat-ı hukukiye kanunu (hukuk mahkemeleri kanunu) ise 21 Haziran 1879'da Mecelle Cemiyeti'nin hazırladığı tasarı ile 1807 tarihli Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun birleştirilmesiyle meydana getirilmiştir. Kanun hem nizamiye hem de ticaret mahkemelerinin ihtiyaçlarını karşılamak üzere hazırlanmıştır.¹⁸³ İncelemeye tabii tuttuğum dönemim dışında vuku bulan gelişmeler oldukları için daha teferruatlı bir izaha burada gitmiyorum.

b. Arazi Kanunu (1858)

Bu kanun Tanzimat'tan sonra vücuda getirilmiş en orijinal (en yerli) kanundur. Bunun hükümlerinde Batı mevzuat ve fikriyatının hiçbir suretle tesiri yoktur.¹⁸⁴ Arazi hukuku bakımından, Tanzimat sonrası yapılan kanunlaştırma, Mecelle'de olduğu gibi, içerik bakımından mevcut hukuka dayanmaktaydı¹⁸⁵ Tanzimat döneminde hazırlan ilk mühim yerli kanundur ve Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki bir heyet tarafından hazırlanmıştır. Kanunname Osmanlı Devleti'nde o zamana kadar uygulanmakta olan, arazi hukuku ile ilgili esasları bir araya getiren teknik bir kanundur.¹⁸⁶ Tanzimat'ın ilanından itibaren Arazi Kanunnamesi'nin hazırlanmasına kadar çıkartılan bazı iradelerle eski toprak kanunlarının bir kısmı tadil, fesih ve ilga edilirken bir yandan da yeni düzenlemeler yapılmaktaydı.¹⁸⁷

Bilindiği üzere Osmanlılar, İslam anlayışının mülkiyet anlayışını aynen kabul etmişler ve toprak düzeni içinde yer alan mülk ve vakıf arazilerinde fıkıh kurallarını uygulamışlardır. Osmanlı toprak düzeninin temelini teşkil eden Tımar (dirlik) sistemi ise, padişah iradeleri ve kanunnamelerle, yani tamamen örfi hukuk kurallarıyla tanzim edilmiştir. Bu nedendir ki Osmanlı toprak hukuku Tanzimat'a kadar tek bir kanun içerisinde toplanamamış her eyalet için çıkarılan ayrı kanunnamelerle düzenlenmiştir.¹⁸⁸ İşte bu kanun, bu karmaşıklığı düzenlemek, dirlik sisteminin kaldırılması nedeniyle, kanunların ve arazinin dahi islahı ve gereken kuralların ilavesi ile tadilat gerektiği için çıkarılmıştı. Komisyon kanun tasarısını hazırlarken daha önceki düzenlemeleri ve fetvaları gözden geçirmiş, eski hükümleri günün şartlarına göre

¹⁸¹Taner, *agm.*, s. 231, 232

¹⁸² Geniş bilgi için bkz. Velidedeoğlu, *agm.*, s. 176-180, 197-198; Taner, *agm.*, s.221-232; Bozkurt, *age.*, s. 103-113; Üçok-Mumcu, *age.*, s. 321-323; Cin, *agm.*, s. 18-19

¹⁸³ Geniş bilgi için bkz. Velidedeoğlu, *agm.*, s. 176-180, 197-198; Taner, *age.*, s.221-232; Bozkurt, *age.*, s. 103-113; Üçok-Mumcu, *age.*, s. 321-323; Cin, *agm.*, s. 18-19; Engelhardt, *age.*, s. 407-411

¹⁸⁴ Velidedeoğlu, *agm.*, s. 180

¹⁸⁵ Bozkurt, *age.*, s. 149

¹⁸⁶ Aydın, *age.*, s. 458

¹⁸⁷ Arazi Kanunu'nun ilanından önce yapılan hazırlık çalışmaları ilgili geniş bilgi için bkz. Ö. L. Barkan (1940). "Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat ve 1858 Tarihli Arazi Kanunnamesi", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası, s. 351-369.

¹⁸⁸ Barkan, "Toprak Hukuku", s. 370, 371

tanzim etmiş, Tanzimat sonrası çıkarılan düzenlemeleri de kanuna eklemiştir. Ancak, yeni kanun ve teferruatının fıkıh esaslarına ve ıstılahlarına aykırı düşmemesi için ayrıca Şeyhülislamın görüşleri alınmıştır.¹⁸⁹ Bu durumda, kanun ihtivası bakımından pek aza yenilik taşımaktaydı.¹⁹⁰ Batı hukukundan kapsamı itibarıyla etkilenmeyen bir tedvin hareketiyle ortaya çıkan bu kanunname, toprakla ilgili eski hükümleri modern kanunlaştırma tekniğine uygun olarak bir araya getirmiş ve düzenlemiştir. Böylece, İslam hukuku ile örfi hukuk kuralları batı hukuk tekniği ile sistemleştirilmiştir.¹⁹¹

Arazi kanunnamesi, bir mukaddime, üç bap (bölüm) ve altı fasıl (alt bölüm) içinde 132 madde ve bir sonuç bölümünden (hâtime) ibarettir. Kanun ülke topraklarını beş bölüme ayırmıştır: arazi-i memlûke, miri arazi, arazi-i mevkufe, arazi-i metruke ve arazi-i mevat. Kanunname, intikal ve tapu hakkı sahiplerini arttırmış, tasarruf hakkının sınırını genişletmiş, miri arazinin vefâen ferağına izin vermiştir. Kanunname ayrıca tımar sisteminin kaldırılmasından sonra muhassıl ve mültezimlere terk edilen arazinin idaresini ve kanuni işlemlerini yapma yetkisini resmi memurlara devretmiştir.¹⁹²

Kıscası, arazi mülkiyeti ile ilgili eski kuralara dayanarak fiili durumu hukukileştiren,¹⁹³ böylece arazi hukuku alanındaki karışıklığa son verme amacını güden bu kanunname, Osmanlı Devleti'nde ilk kez tüm toprak mevzuatını tek bir kanunun olarak ortaya koyması ve Tanzimat sonrası vuku bulan kanunlaştırma hareketlerinin¹⁹⁴ gerek kanunlaştırma tekniği ve dili gerekse de arazi hukukunu düzenleme tarzı bakımından en dikkate şayan örneklerinden biridir.¹⁹⁵ Önemli büyük temel düzenlemelerden sayılan Arazi kanunu pek çok değiştirilmiştir ve Cumhuriyet dönemine kadar yürürlükte kalmıştır.¹⁹⁶

2. Özel Hukuk İle İlgili Kanunlar

a. Ticaret Kanunu (1850)

1840'dan beri memlekette çalışmakta olan karma ticaret mahkemelerinde, Avrupa ticaret teamülleri uygulanıyordu. Bu alandaki en büyük noksanlığı gidermek üzere, 1849'da, 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu, Kanunname-i Ticaret adıyla, Çamiç Ohannes Efendi tarafından tercüme edilerek, 1850'de (18 Ramazan 1266) önce Fransız Ticaret Kanun'unun 1 ve 3. kitapları, 1855'de de İflas Kanunnamesi adıyla ikinci kitap yayınlandı.¹⁹⁷ Bu kanun, hususi hukuk alanında yapılan ilk mühim kanundur. Hükümlerin ekserisi Fransız Ticaret Kanunundan İktibas edilmiştir. Kanunnamenin gerekçesinde ticaretin önemi vurgulanıyor ve Fransız Ticaret Kanunu'ndan hiç bahsedilmeden, "uygulanan ticaret kanunlarının hükümlerinden de yararlanılarak hazırlanan tasarının, tüccar ve daha başka kimselerden kurulu bir komisyondan da geçirildiğinin" belirtilmesi dikkate şayandır.¹⁹⁸ Yukarıda yeni bir ticaret kanuna neden ihtiyaç duyulduğu ile ilgili bir mütalaada bulunduğum için burada tekrar bu mevzuaya değinmeyeceğim.

Kanunname, 314 madde ve 3 bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ticaret muameleleri, şirket akdi ve poliçe usulleri, ikinci bölümde deniz ticareti, üçüncü bölümde iflasla ilgili işlemlerin tahkik ve tasfiyesi yer alıyordu ve kanunda sigorta ile alakalı bir bölüm

¹⁸⁹ Velidedeoğlu, **agm.**, s. 185, 186

¹⁹⁰ Bozkurt, **age.**, s. 150

¹⁹¹ Üçok-Mumcu, **age.**, s. 324, 325

¹⁹² Ortaylı, "Laiklik Hareketleri", s. 505, 506; Aydın, **age.**, s. 458

¹⁹³ Barkan bu durum karşısında şu yorumu yapmaktadır: Yabancı spekülâtörlerin tarım kesimine girmeleri ve Arazi Kanunnamesinin toprak sahiplerinin ellerindeki taşınmazların mülkiyetini meşrulaştırmasıyla, bunların politik etkisi de arttı. **Bkz.** Barkan, "Toprak Hukuku", s.417-420

¹⁹⁴ Bozkurt, **age.**, s. 150

¹⁹⁵ Aydın, **age.**, s. 458

¹⁹⁶ Geniş bilgi için bkz. Velidedeoğlu, **age.**, s. 180, 187; Bozkurt, **age.**, s. 149-150; Üçok-Mumcu, **age.**, s. 324-325; Barkan, "Toprak Hukuku", s. 321-421

¹⁹⁷ Bozkurt, **age.**, s. 151

¹⁹⁸ Velidedeoğlu, **agm.**, s. 196, 197

yoktu.¹⁹⁹ Kanunnamenin gerekçesinde, dördüncü bölümde ticaret mahkemelerin tanzim, tertip ve teşkilinin yer aldığı ibaresi neşredilmiş, ancak bu bölüm Ticaret Kanunu'na zeyil adı ile 1860'da (7 Şaban 1276) yayınlanmıştır.²⁰⁰ Bu bölüm Fransız Ticaret Kanunu'nun mahkeme teşkilatı ve zarar, ziyana dair 4. cildinin aynen tercümesidir.²⁰¹

Fransız Ticaret Kanunu'ndaki eksikliklerin tamamlanmasında Fransız Medeni Kanunu uygulanırken, Osmanlı ticaret mahkemelerindeki hâkimler, şer'î hukukla bu boşlukları doldurmakta zorluk çektiler (Mecelle'nin mazbatasında bu alandaki boşluğu doldurmak amacını da taşıdığı yazılıdır). Ayrıca, Ticaret Kanunnamesinde, kolektif, komandit ve anonim olmak üzere üç çeşit şirket düzenlenmişti.²⁰² Çünkü İslam hukukuna göre adi ortaklıklar dışındaki ortaklıklar geçersizdi, bu düzenleme suretiyle, Ticaret Kanunnamesi diğer ortaklık çeşitlerine de yer vererek dönemin koşulları dâhilinde lazım gelen düzenlemeyi bu şekilde yapmış oluyordu.²⁰³ Bu hükümler de yine, Mecelle'nin 10. kitabı olan kitab-ül şirket'le tamamlandı. Ancak doğal olarak, farklı kaynaklara dayanan hükümler arasında çelişkiler vardı (Ticaret Kanunnamesi Batı menşeli bir mevzuatken ve Mecelle de, İslam hukuku kaynaklarından yaralanılarak tanzim edilmiş bir kanunken çelişkilerin olmaması kaçınılmazdı). Ayrıca 1882'de şirketlere ilişkin hükümleri tamamlamak üzere, Anonim Şirketler Dâhili Nizamnamesi çıkarıldı.²⁰⁴

Ticaret Kanunu, pek çok konuda İslam Hukuku'yla çatışmıştır. Bilhassa, faizle ilgili kısımları bakımından İslam hukuku ile çatıştı ve bu sorun büyük çekişmeler yol açtı. Ticaret Kanunu'nda pek çok çeviri yanlışları da mevcut olduğu gibi,²⁰⁵ sonradan Fransız Ticaret Kanunu'nda gerçekleştirilen değişikliklerin ve ilavelerin, Osmanlı hukukuna hiç ya da hemen yansıtılmaması da uygulamada sorunlara yol açmıştı.²⁰⁶ Osmanlı devleti, şikayet konusu olan bu noktaları ve maddeleri göz önüne alarak, kanunun düzeltilmesi için 1906'da bir komisyon kurdu ise de, bu uğraşlar sonuçsuz kaldı.²⁰⁷ 3 Kasım 1915, 5 Ocak 1924 ve 8 Nisan 1924 senelerinde değişikliklere uğrayan Ticaret Kanunu, 1926'da Cumhuriyet'imizin yeni Ticaret Kanunu hazırlanana kadar yürürlükte kaldı. Bu kanun, şer'î hukuk haricinde bir hukuk ve yargı sistemini ilk kez memlekete sokması ve hususi hukuk alanındaki ilk büyük iktibas (resepsiyon, aynen kabul) olması ve memleketin laikleşmesi süreci bakımından da ehemmiyeti vardır.²⁰⁸

Ticaret Kanunnamesinin yürürlüğe girmesi, ticaret davalarında takip edilecek usul konusunda uygulamada zuhur eden sorunlara cevap vermediği için,²⁰⁹ 1861'de yine Fransız Ticaret Mahkemeleri Usul Kanunu'nu esas alınmak suretiyle, Usul-Ü Muhakeme-İ Ticaret Nizamnamesi kabul edildi.²¹⁰ 140 madde, 1 bölüm ve 10 fasıldan oluşan bu nizamname, dava açılması, dilekçe verilmesi, tarafların mahkemeye celbi, ticari yargılamanın aleniliği (açık yargılama), davanın görülmesi, karar, gıyabi yargılama, karara itiraz, üçüncü şahısların hükme itirazı, istinaf (davanın yeni baştan hiç başlanmamış gibi görülmesi) ve temyiz (kararın bozularak davayı gören mahkemeye veya başka bir mahkemeye yargılamanın iadesi) ile ilgili hükümler getirmiştir.²¹¹ Bu nizamname 1879'da Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun

¹⁹⁹ Bozkurt, *age.*, s. 151

²⁰⁰ Velidedeoğlu, *agm.*, s. 197

²⁰¹ Cin, *agm.*, s. 23

²⁰² Bozkurt, *age.*, s. 153

²⁰³ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 329

²⁰⁴ Bozkurt, *age.*, s. 153

²⁰⁵ Ortaylı, "Laiklik Hareketleri", s. 504; Üçok-Mumcu, *age.*, s. 329

²⁰⁶ Bozkurt, *age.*, s. 153

²⁰⁷ Velidedeoğlu, *agm.*, s. 187, 196; Bozkurt, *age.*, s. 159-174; Üçok-Mumcu, *age.*, s. 326-329; Aydın, *age.*, s. 459, 460.

²⁰⁸ Bozkurt, *age.*, s. 152

²⁰⁹ Velidedeoğlu, *agm.*, s.198

²¹⁰ Bozkurt, *age.*, s. 152

²¹¹ Velidedeoğlu, *agm.*, s.198

neşrine kadar hem Ticaret Mahkemeleri'nde hem de Nizamiye Mahkemeleri'nde tatbik olunmuştur.²¹²

Fransız Ticaret Kanunu'nun deniz ticaretine ilişkin 2. cildi tercüme edilerek Ticaret Kanunnamesi tamamlanmış oldu.²¹³ Bu kanun tanzim edilirken Fransız Ticaret Kanunu esas alınmış olmakla birlikte, İtalyan birliğinden evvelki Sardunya ve Sicilya gibi bazı küçük İtalyan hükümetlerinin ve Hollanda, Belçika, İspanya ve Prusya'nın deniz ticareti kanunlarından da istifade edilmiştir.²¹⁴ Kanun 14 fasıldan mürekkep olup gemi ve sair deniz araçları, gemilerin haciz ve satışları, gemi sahipleri, kaptanlar, tayfalar ve ücretleri, navlun kontratları, konşimento, yolcular, sigorta, hasar, mürur-i zaman gibi muhtelif konuları düzenlemişti. Ayrıca 1863'ten sonra İstanbul'da Liman İdaresi'ne bağlı olarak deniz ticaret mahkemeleri kuruldu ve eyalet limanlarındaki deniz ihtilaflarını çözme işi, o bölgedeki ticaret mahkemelerine bırakıldı. 1868'de çıkarılan bir irade ile kara ve deniz ticaret mahkemelerinin aynı görevleri olduğu belirtildi. 1875'de ise, deniz ticaret mahkemesi ve kalemi, Liman İdaresi'nden ayrılarak, bunlara ait iş ve davaların artık Ticaret Nezareti'ne devredilmesine ve Mahkeme-i Ticaret-i Bahriyeye görülmesine karar verildi. Buna göre, deniz ticareti mahkemelerinin olmadığı yerlerde, kara ticareti mahkemeleri, deniz ticareti davalarına bakacaktı.²¹⁵

b. Mecelle (1868-1876)

Tanzimat'tan sonra hukuk alanında gerçekleştirilen yenilikler ve kanunlaştırma çalışmaları, büyük eksikliği duyulan Bir medeni kanunun hazırlanması konusunu da gündeme getirmiştir²¹⁶ ki, Tanzimat'tan sonraki kanunlaştırma hareketlerinin en mühim eseri Mecelle'dir.²¹⁷

Tanzimat'tan sonra bir medeni kanun hazırlanması düşünülmüş, hatta Mecelle'den önce Metn-i Metin ismiyle bir kanun hazırlanmasına teşebbüs edilmiş fakat başarılı olunamamıştı. Bu girişimden sonra da medeni kanun hazırlanması daima gündemde kalmıştı.²¹⁸ Medeni hukuku kanunlaştırma arzuları mevzu bahis olduğunda, ya Şeriat hukukunu toptan bırakıp yine Avrupa kanunlarına dayanılarak bir medeni kanun yapmak, ya da Şeriat hukukun öteki alanlar kıyasla en iyi işlemiş kesimi olan Muamelat ve Münakehât bölümlerini bir Mecelle (code) biçimine sokma tercihleriyle karşılaşıldı.²¹⁹ Fakat her iki halde de Nizamiye ve Şer'iyeye alanlarının temsilcilerinin çatışması kaçınılmaz bir durumdu²²⁰ ki, Tanzimat'tan sonra Batıdan alınan kanunların genellikle Fransız kökenli olmasını da etkisiyle, dönemin en ünlü medeni kanunu olan Fransız Medeni Kanunu'nun (code civil) tercümesi ve iktibası hakkında kuvvetli fikirler mevcuttu²²¹ ve bu fikrin savunucularından Ali Paşa'nın Osmanlı aydınları ile Ahmet Cevdet Paşa'nın önderliğindeki İslam hukuku yandaşları arasında büyük bir mücadele başladı.²²²

Islahat Fermanı dönemimin önde gelen şahsiyetlerinde biri olan Ali Paşa, o zamanın en ileri medeni kanunu olan Fransız Medeni Kanunu'nun bazı uyarlamalarla kabul edilmesinin, memlekette hukuk birliğini yaratacağını ve Osmanlı milletler sistemini oluşturan tebaanın ayrılma eğilimlerini engelleyeceğini düşünüyordu ve Code Civil'in karma mahkemelerde uygulanmasını istemekte, bu suretle hem memlekete medeni hukuka ilişkin konularda farklı dini hukukların tatbikinin yarattığı şikâyetlere engel olmayı, hem de Müslüman olan veya olmayan tebaa arasında hakiki eşitliği sağlamayı arzulamaktaydı. Ali Paşa'nın, halkın yönetime

²¹² Bozkurt, *age.*, s. 152

²¹³ Velidedeoğlu, *agm.*, s.198

²¹⁴ Bozkurt, *age.*, s. 152

²¹⁵ Cin, *agm.*, s. 19, 20.

²¹⁶ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 325, 326.

²¹⁷ Velidedeoğlu, *agm.*, s. 187.

²¹⁸ Aydın, *age.*, s. 459.

²¹⁹ Berkes, *age.*, s.197; Cin, *agm.*, s. 22.

²²⁰ Berkes, *age.*, s.197.

²²¹ Velidedeoğlu, *agm.*, s. 188, 189.

²²² Bozkurt, *age.*, s. 159.

iştiraki mevzuna değinmesi de dikkat çekicidir. Ali Paşa, Sait Paşa'yı Fransız Medeni kanunu Arapça metninden Türkçeye çevirmekle görevlendirilmiş; bu kanunun hangi maddelerinin Osmanlı Devleti'nde uygulanabileceğini tespit için bir de komisyon kurmuş ve yönde oldukça mesafe alınmıştı.²²³ Ahmet Cevdet Paşa ve yandaşları ise Osmanlı devleti bir İslam devleti olduğuna göre Hıristiyan bir memlekette Müslümanlar için medeni kanun alınmasının sakıncalı olduğunu, bu hükümlerin halka uymayacağını, mevcut İslam medeni hukuk kurallarını sistemli bir biçimde bir araya toplamanın amacı sağlamaya yeterli olacağını savunuyorlardı ve Cevdet Paşa'ya göre İslam hukukunu bırakıp, Fransız Medeni Kanunu'ndan modern bir medeni kanun çıkarmak İslam ümmetini yıkmak demektir.²²⁴

Sonunda bu tartışmanın özel bir komisyonda ele alınmasına kara verildi. Fuat Paşa'nın başkanlığında toplanan ve bazı nazırların da aza yapıldığı komisyonda, Mithat Paşa ve Ticaret Nazırı Feyzi Paşa'nın bir Batı medeni kanunu tercüme edilerek memleket ihtiyaçlarına uygun şekilde tekrar düzenlenmesi fikrine, Fuat ve Ahmet Cevdet ve Şirvanzade Rüştü Paşaların karşı çıkmaları üzerine; yapılan uzun müzakereler sonunda, Cevdet Paşa'nın İslam hukukundan yararlanılarak bir medeni hukuk neşredilmesine dair fikirleri uygun bulunarak, kurulacak bir komisyonun bu kanun metnini hazırlamasına karar verildi. Rüştü Molla Efendi'nin başkanlığında dört azadan mürekkep Mecelle Cemiyeti, 1868-1876 seneleri arasında çalışarak, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, ya da kısaca Mecelle adı verilen eseri hazırladı. Mecelle, kitap adı verilen bölümler halinde hazırlandı ve biten her kitap Heyet-i Vükela veya Şeyhülislam vasıtasıyla padişaha sunuldu ve hem kanunlaştırıldı.²²⁵

Mecelle, mukaddime, 99 maddelik genel hükümler ve 16 kitaptan oluşmaktadır. Tamamı 1851 madde olan ve meseleci (kazuistik) yöntemle hazırlanmış bulunan mecelle'de borçlar hukuku ağırlık taşımakta, eşya hukuku ve hiç yeri olmadığı halde usul hukukuna ilişkin hükümlerde yer almaktadır. Memleketteki medeni hukuk boşluğunu doldurmak için yola çıkılmış olunmasına rağmen, Mecelle'de kişi, vakıf, aile ve miras hukuklarına ilişkin hükümler bulunmamaktadır. Bu nedenle, Mecelle gerçek bir medeni kanun vasfına haiz değildir. Mecelle'de düzenlenmeyen, bir medeni kanunda bulunması gereken mevzularda, yine fıkıh kurallarının tatbikine devam edilmiş, dağınık biçimdeki bu kurallar için eski fıkıh ve fetva kitaplarına müracaat edilmiş, bu alanda bir kanunlaştırma yapılmamıştır.²²⁶ Mecelle'nin Hanefi hukuku kaidelerine göre hazırlanmış olması, memleketteki diğer mezheplere mensup tebaa da mevcut olduğu için sakınca doğurmuştur. Böylece tek tip ve genel nitelikte kuralları tespit amacına yönelik bir kanunlaştırma yerine, memleketim tüm Müslüman tebaasına Hanefi mezhebi ilkelerin uygulanmasını öngören bu düzenleme ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan, Mecelle, kapsamı bakımından yenilikçi değildir. Hazırlandığı 19. asrın ihtiyaçlarını giderebilecek yeni hükümlere pek aza yer verilmiştir. Metnin meseleci (kazuistik) yöntemle ve ağır bir dille yazılmış olması, genel hükümlerin açıklayıcı ama kendi başına uygulanamaz kuralardan oluşması da Mecelle'nin bazı sakıncalı yönleridir.²²⁷

Mecelle, İslam dünyasının ilk (bu niteliği taşımamasına rağmen) Medeni ve Borçlar kanunudur.²²⁸ İlk kez İslam hukukunun dağınık ve sistemsiz halde, fıkıh ve fetva kitaplarında bulunan borçlar, usul, eşya, kişi ve kısmen medeni kanuna ilişkin kurallar, Batı hukuk tekniğine uygun, oldukça sistemli biçimde kanunlaştırılmasının ilk örneğidir. Gerek Osmanlı devletinde ve gerekse diğer İslam devletlerinde yapılan kanunlaştırmalara öncülük ve örneklik teşkil

²²³ Üçok-Mumcu, *age.*, s. 326.; Aydın, *age.*, s. 459.; Velidedeoğlu, *agm.*, s. 199, 202.

²²⁴ Berkes, *age.*, s.198, 199.; Velidedeoğlu, *agm.*, s. 199, 202.

²²⁵ Bozkurt, *age.*, s. 160, 161.

²²⁶ Ortaylı, "Laiklik Hareketleri", s. 50.4; Velidedeoğlu, *agm.*, s. 190-196.

²²⁷ Berkes, *age.*, s.199.; Ortaylı, "Laiklik Hareketleri", s. 50.4.; Velidedeoğlu, *agm.*, s. 191-194.; Üçok-Mumcu, *age.*, s. 328, 329; Bozkurt, *age.*, s. 161, 162, 163.; Mustafa Reşit Belgesay (1940). "Tanzimat ve Adliye Teşkilatı", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası, s. 213-219.

²²⁸ Cin, *agm.*, s. 22.

etmiştir. Ayrıca, düzenlene kanunların uygulanmasında büyük kolaylık ve kesinlik getirmiş bu nedenle Mecelle Cumhuriyet dönemine kadar yürürlükte kalmıştır.²²⁹

Mecelle ile medeni hukukun önemli alanları kanunlaştırılmakla birlikte aile hukuku bu hareketin dışında bırakılmıştı. Bu alanın kanunlaştırılması ancak 20. asrın başlarında mümkün olabilmiştir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Mahmut Esat Efendi'nin başkanlığında 25 Ekim 1917'de tanzim edilerek muvakkat kanun olarak kabul edildi. Kararname Müslümanların yanı sıra Musevi ve Hristiyanlara has hükümlerde ihtiva etmekteydi cemaat mahkemelerin yargı yetkisine som veriler bu alanda kazai bir birlik sağlanmışsa da sosyal ve dini yapıya uyudun düşmeyeceği düşüncesi ile hukuki hükümler birleştirilmemiş ve her dinin aile hukuku alanındaki hükümleri muhafaza edilmiştir. Kararnamenin getirmiş olduğu bir önemli yenilik de, önceden olduğu gibi sadece Hanefi mezhebinin görüşleri değil, diğer mezhep görüşlerinin de dikkate alınmasıdır. Ancak, Hukuk-ı Aile Kararnamesi alanında pek çok yeniliğin öncülüğünü yapmakla birlikte hem gayrimüslim hem de Müslüman din adamları görüşünün tepkisini çekmiş ve neticede 19 Haziran 1919'da yürürlükten kaldırılmıştır.²³⁰

c. Diğer Alanlarda Yapılan Kanunlaştırma Hareketleri.

Mali hukuk alanında da Tanzimat hareketinin tesiriyle yeni düzenlemeler gidilmiştir. Tımar sisteminin kaldırılmasından sonra yeni düzenlemeler yapılmıştır. Tımar sisteminin beraberinde getirdiği çift akçesi, öşür (aşar), salyâne ve ispenç gibi vergilerin sayısı azaltılmış ve harac-ı mukaseme, harac-ı muvazzaf alan ve miri arazi rejiminin bir parçası olan vergiler kaldırılarak mahsul üzerinden onda bir nispetinde öşür vergisi ile cizye muhafaza edilmiş, sonradan cizye de bedelât-ı askeriye adı ile yeni bir vergi haline dönüştürülmüştür. Ayrıca "vergi" adıyla yeni bir gelir kaynağı meydana getirilmiştir. Vergi tahsili valilerden alınarak defterdarlara ve maliye memurlarına verilmiş, öşür toplamada iltizam usulü kaldırılarak yerine emanet ve maliye memurları ile tahsil usulü getirilmiştir. Bu minvalde, mali işlerin yeniden tanzimi için Avrupa mevzuatı esas alınarak 1869 'da hazırlanan 60 maddelik Umur-ı Maliye Nizamnamesi neşredilmiş, aynı yıl bunu nizamnameyi tamamlar mahiyete Vergi Nizamnamesi çıkarılmıştır. 1855 tarihli Aşar Nizamnamesi ise bu çeşit vergilerin tahsili ile alakalıdır. Ayrıca, tahsildarlar hakkında 9 maddelik çıkartılarak vergi tahsilinin düzenlenmesi amaçlanmıştır.²³¹ Yukarıda zikrettiğim mali alandaki bu hukuki düzenlemeleri, diğer düzenlemeler takip etmiştir. Ancak konumun dışına taşmamak için daha fazla ayrıntıya girmiyorum.

Yukarıda anlatmaya çalıştığım bu ana hukuk alanları dışında da önemli kanunlaştırma faaliyetleri vardır. Bunlardan biri de, devletler özel hukukunu yakından ilgilendiren 1868 tarihli Tabiiyyet-i Osmaniye Kanunu'dur. Bunun dışında, 1864'te çıkarılan Vilayet Nizamnamesi ile mülkiye örgütü (nezaret ve taşra teşkilatları) yeniden düzenlenirken,²³² Osmanlı adli teşkilatına Tanzimat sonrası katılmış olan ve Nizamiye Mahkemeleri adı verilen çok üyeli mahkemeler yeniden düzenlendi. Fransız adli teşkilatı, Nizamiye Mahkemeleri' düzenlenmesinde esas alındı. Bu nizamnameye göre her kazada bir Meclis-i Deavi, Her sancak merkezinde bir Meclis-i Temyiz, her vilayet merkezinde de bir Divan-ı Temyiz kuruldu. Bu mahkemeler Müslüman olan olmayan tüm Osmanlı tebaasının ceza ve hukuk alanındaki yargı işlerine bakacaktı. Görevleri ise, şeriat, cemaat, ticaret ve konsolosluk mahkemelerinin yargı alanları dışında kalan davalara bakmaktı.²³³ Ayrıca, 1868'de çıkartılan Mehakim Nizamnamesi ile de Nizamiye Mahkemeleri yeniden düzenlendi. Tanzimat sonrası adliye teşkilatında yapılan yenilikleri ayrı bir bölüm halinde ele alacağım için bu konuda fazla üzerinde durmuyorum. Bunlardan başka çok sayıda hukuki düzenleme mevcut ise de daha fazla ayrıntıya inmemek adına bu bölümü sonlandıırıyorum.

²²⁹ Berkes, *age.*, s.199, 200; Velidedeoğlu, *agm.*, s. 190-196.

²³⁰ Geniş bilgi için bkz. Velidedeoğlu, *agm.*, s. 187, 196.; Bozkurt, *age.*, s. 159-174.; Üçok-Mumcu, *age.*, s. 326-329.; Aydın, *age.*, s. 459, 460.

²³¹ Bozkurt, *age.*, s. 152; Cin, *agm.*, s. 19, 20

²³² Engelhardt, *age.*, s. 185-188.

²³³ Velidedeoğlu, *agm.*, s.198; Belgesay, *agm.*, s. 216, 219.; Cin, *agm.*, s. 23; Fendoğlu, *agm.*, s. 727.

II. Tanzimat Döneminde Adli Teşkilat Alanında Yapılan Değişiklikler

Gülhane Hattı ile ilan edilen eşitlik gereği, Müslüman olan olmayan herkesin aynı hukuk kurallarına tabi tutulabilmesi için gerek iktibas edilen gerekse de karmaşık fakat yerli olan mevzuatın Batı hukuk tekniği ile tanzim edilen kanunlar, yeni mahkemeler kurulmasını da gerektirdi.²³⁴ İslam hukuku tedrisatına tabii olmuş, savcı, avukat gibi yardımcılarından yoksun olarak tek başına çalışan kadıların bambaşka bir hukuk fikriyatının ürünü olan yeni kanunları Şer'i Mahkemelerde uygulaması söz konusu değildi.

Bu nedenle, Tanzimat'ın reformist devlet adamları, bir yandan iyi eğitilmiş hâkimleri olan yeni mahkemeler kurma hazırlığına girişirken, bir yandan da Şeriat Mahkemelerini düzenlemeye çalıştılar. Ancak, yeni kurulan mahkemeler, yargı düzeninde mevcut çok başlılığı sona erdirmek yerine daha da karmaşık hale getirdi. Çünkü devlet teokratik olduğu için şeriat mahkemelerini ve eski imtiyazları sürekli teyit etmek zorunda kaldığı için cemaat mahkemelerini ve nihayet kapitülasyonları kaldıramadığı için de Konsolosluk mahkemelerini muhafaza etmek zorunda kaldı.

Bu mahkemelere, ecnebler ile Osmanlı tebaası arasındaki ihtilafları görmek üzere kurulan karma ticaret mahkemeleri ile temeli Abdülmecit döneminde atılıp, Abdülaziz devrinde teşkilatı tamamlanan, şeriat ve ticaret mahkemelerin görev alanları dışında kalan anlaşmazlıkları çözmekle yetkili olan Nizamiye Mahkemeleri de ilave oldu. Nizamiye Mahkemeleri ile Ticaret Mahkemeleri, Adliye Nezareti'ne; Şeriat Mahkemeleri, Meşihat (şeyhülislamlık) dairesine; Cemaat Mahkemeleri, ruhani teşkilatlara; Konsolosluk Mahkemeleri de konsolosluklara bağlı olarak çalıştılar. Bu suretle, devletin sona ermesine kadar sürekli görev ve yetki çatışmaları içerisinde, bir arada görev yapan mahkemeler, "Adalet"i yerine getirmeye çalıştılar.²³⁵ Bu durum, Tanzimat dönemine bir ikircikliliğin hâkim olmasına neden olmuş ve bu hal Tanzimat dönemi reformlarının en önemli özelliği teşkil etmiştir.

Sonuç

19. asrın başlarında Osmanlı devletinin dayandığı askeri temel ve merkezi otorite çökmüş, devlet sözünü İstanbul'un dışına geçiremez olmuş, eski itibarını yitirmiştir. İltizam yöntemi, ağır vergiler, hayat şartlarının iyice zorlaşması gibi çoğaltılabilecek nedenlerle, halk ve devlet arasında kopukluk vukua gelmiş, halk devlet yerine taşra güçlerinin (ayan, derebeyi vs.) boyunduruğu altına girmiştir. Bu dönemde Batı sürekli sanayileştiğinden, Osmanlı memleketi verilen imtiyazlar nedeniyle de, Batı'nın açık pazarı olmuştur. Kısacası, Osmanlı, toplumsal, siyasi ve ekonomik anlamda tam bir çöküş sürecindeydi. Bu kötü gidişe Nizam-ı Cedit "Yeni Düzen" devrini açarak dur demek isteyen III. Selim'in, devlet ve toplum ile ilgili siyasi, hukuki, mali, toplumsal ve askeri alanlardaki reform arzuları da sadece askeri alanla sınırlı kalmış, anacak, o da sonuca ulaşmamıştır. II. Mahmut döneminde bir takım meclisler kurulmuş (Meclis-i Ahkamı Adliye ve Dar-ı Şuray-ı Bâb-ı Ali vs gibi) merkezileşme gayretleri had safhaya çıkmış, kabine sistemine geçilmiş, pozitif ilimlerin tedris edildiği modern mektepler açılmıştır, Batı hukukundan ilk defa resepsiyon (iktibas) ile kanunlar alınmıştır. Ancak ne III. Selim'in ne de, II. Mahmut'un bu gayretleri başarıya ulaşamamıştır. Ancak "Tanzimat" döneminde girişilecek reform hareketlerine müsait bir zemin oluşturmuş ve bu dönemde ve hatta daha sonraları da, devletin çağdaşlaşmasında önemli roller oynayacak sivil ve asker kadroların yetişmesini sağlamıştır.

Siyasi, hukuki, toplumsal ve ekonomik alanlarda yeniden düzenlemelerin yapıldığı Tanzimat döneminde, Osmanlı Devletinin teokratik karakteri ve padişahın mutlak hâkimiyet vasfı dışında her şey yeni düzenlemelere tabii tutulmak istenmişti. Bir asra yaklaşan bu dönem zarfında, daha önceki beş asırda yapılmayan hukuki düzenlemeler yani yeni kanunlar, nizamnameler ve talimatnameler yapılmış, yine de ne Avrupa devletlerin reform istekleri son

²³⁴ Belgesay, **agm.**, s. 213

²³⁵ Ejder Okumuş (1999). *Türkiye'nin Laikleşme Serüveninde Tanzimat*, İstanbul: İnsan Yayınları, s. 333, 334.; Ekinci, **agm.**, s. 774, 775, 776.; Fendoğlu, **agm.**, s. 729, 730.; Bozkurt, **age.**, s. 113, 114.; Üçok-Mumcu, **age.**, s. 330.

bulmuş ne gayrimüslim tebaa hoşnut edilebilmiş ne de Osmanlı devletinin çöküşü durdurulabilmiştir. Çünkü konu reform yapılması öngörülen alanlarda yapılacak yeni düzenlemelerle veya yeni bazı müesseselerin kurulmasıyla halledilebilecek kadar basit değildi.

Temelde mevcut çok yönlü sorunların toplumsal, siyasal, ekonomik ve kültürel açılardan çözümü gerçekleştirilmeden alınacak tedbirler, özellikle hukukun çeşitli alanlarında yapılan düzenlemeler veya iktibas faaliyetleri ile idari teşkilatta yapılan reformlar Osmanlı devletinin çöküşünü ve Türk toplumunu kurtarmaya yetemezdi. Nitekim Tanzimat devrinde teşebbüs edilen reform hareketleri, gerek mali imkânsızlıklar gerekse iç ve dış tepkiler sebebiyle ileri götürülemedi, umulan hedeflere varmak mümkün olamamıştır. Bu devir de hukuk ve adliye alanlarında yapılan reformlar, diğerlerinde de olduğu gibi kimseyi memnun edememiştir. Müslüman tebaa, bu hareketleri biraz da reformlar nedeniyle menfaatlerine halele geleceğini düşünen mürtecilerin tahrikleriyle geleneksel düzenden uzaklaşma olarak algılanmış, devlete karşı bağlılık ve emniyetleri azalmıştır.

Yüzyıllardır en azından teoride birinci sınıf unsur olan Müslümanlar, gayrimüslimlerin kendileriyle aynı seviyeye getirilmesini haysiyet kırıcı bulmuşlardır. Esasen Bab-ı Âli de bu işi savsaklamaya büyük gayret sarf etmiş, reformlar konusunda isteksiz davranmıştır. Hukuk ve adliye alanlarında köklü reformlar yapmakla geleneksel düzen, dini kural ve kurulların haleldar edileceğinden korkulmuş, ulema ve toplumun tepkisinden çekinilmiştir. İşte bu gibi sebeplerle hukuk ve adli teşkilat alanlarında ikircikli bir yapı doğmuştur. Zaten Tanzimat'tan önce eğitim düzeninde bir ikileşme başlamıştı. Merkezîyetçi modern bir devlet kendi ideolojisini aşılacak ve ihtiyacı olan bürokrat kadrolarını yetiştirmek için, en azından yurttaşlarının dini inanç farklılıklarını dikkate almayan tarafsız eğitim veren bir sistem kurmak zorundadır.

Klasik dönemde her sınıf halk ve her dini grup için tamamiyle dini eğitimin hâkim olduğu Osmanlı devletinde, 19. asrın başından itibaren orduda ve nihayet mülki idarede modernleşme dolayısıyla laik niteliğe yakın modern eğitim veren okullar kurulmuş ve bunlar dini eğitim kurumlarının yanı sıra başında ve onların aleyhine yayılıp gelişmeye başlamışlardır.

Osmanlı devleti, tebaaya adaletin iki çeşit mahkemede (şer'î ve nizami) iki ayrı sistemdeki kanunlarla (şeriat kanunları ve Batı kaynaklı, kısmen de olsa laik bazı hükümler içeren kanunlar) dağıtıldığı, eğitimin iki tür okulda yapıldığı (medreseler ve modern mektepler), bürokraside şer'î ve nizami düzeni temsil eden iki tip memurun çalışmaktan çok çektiği, iki tür dünya görüşünün birbiriyle çatıştığı bir toplum ve devlet düzeni halinde ömrünü tamamladı. Bunun hukuki, adli, idari ve toplumsal hayatta yarattığı sancıları, son dönem Osmanlı aydınları çektiler. Nitekim I ve II. Meşrutiyet dönemleri bu sancıyı dindirme ve çöküşü durdurma çareleri öneren reçetelerle açıldı, fakat siyasi ve idari kadrolar bu sancıyı dindirmeden perde kapandı.

Tanzimat hareketi sonucunda yeni ve güzel şeylerin yapıldığı da inkâr edilemez. Osmanlı devleti tamamen Doğuya dönük olan yüzünü ilk defa Batıya doğru çevirmek zorunluluğunu hissetmiş ve bu kararın sonucu olarak Batıdan hukuki ve idari müesseseler almıştır. Bütün bunlar, yabancı devletlerin baskısının eseri oluşuna, ikircikliliğine, ciddi bir çalışmanın ürünü olmayışına, hatta taklitçi niteliğine rağmen devlet müesseselerini bir süre daha ayakta tutarak çözülmeyi geciktirmiş, bu alanda Cumhuriyet'in ilanından sonra girilen devrimleri, modernleşmenin yarattığı ihtiyaçlardan doğan yeni kurumların eskileriyle olan çatışmasının yarattığı kargaşanın ortadan kaldırılmasını kısmen de olsa hızlandırmıştır. laik dünya görüşü ve devlet düzeniyle modern toplumlara özgü, siyasal yapıya, yönetim düzenine ve hukuk devleti düzenine geçiş mümkün olmuştur. Atatürk bir beyanında bu düzenin kurulması ve korunması ile ilgili şu sözleri kullanmıştır: *"Devrimin kanunu mevcut kanunların üstündedir. Bizi öldürmedikçe, bizim kafalarımızdaki cereyanı boğmadıkça başladığımız devrim ve yenilik bir an bile durmayacaktır. Bizden sonraki devirlerde de böyle olacaktır."*²³⁶

²³⁶ Mustafa Kemal ATATÜRK, *İzmit Basın Toplantısı*, 1923

KAYNAKÇA

- ABADAN, Yavuz (1940). "Tanzimat Fermanı'nın Tahlili", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası.
- AKDAĞ, Mustafa (1995). *Türkiye'nin İktisadi Ve İçtimai Tarihi*, C. 2, İstanbul: Cem Yayınevi.
- AKGÜNDÜZ, Ahmed (2002). "Osmanlı Kanunnameleri", *Türkler*, (Editör: Kemal Çiçek-Salim Koca), C. 10, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları.
- ARSAL, Sadri Maksudi (1940). "Teokratik Devlet ve Laik Devlet", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası.
- ARSEL, İlhan (1975). *Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına, Şeriat Devletinden Laik Cumhuriyete*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.
- ARSEL, İlhan (1961). *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları*, Ankara.
- AYDIN, M. Akif, "Batılılaşma", *DİA*, C. 5, s. 162-167.
- AYDIN, M. Akif (2002). "Osmanlı Hukuku'nun Genel Yapısı ve İşleyişi", *Türkler*, (Editör: Kemal Çiçek-Salim Koca), C. 10, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları.
- AYDIN, M. Akif (2005). *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Hars Yayıncılık.
- BARKAN, Ö. L. (1945). "Osmanlı İmparatorluğunun Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi" *İÜHF*, C. 11, S. 3-4, s. 203-224.
- BARKAN, Ö. L. "Kanunnameler", *İA*, C. 6, s. 186-194.
- BARKAN, Ö. L. (1940). "Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat ve 1858 Tarihli Arazi Kanunnamesi", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası.
- BELGESAY, Mustafa Reşit (1940). "Tanzimat ve Adliye Teşkilatı", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası.
- BERKES, Niyazi (1973). *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Ankara: Bilgi Yayınevi.
- BİNGÖL, Sedat (2004). *Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- BOZKURT, Gülnihal (1996). *Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara: TTK. Yayınları.
- CİN, Halil (1992) "Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku Ve Yargı Usulleri", *150. Yılında Tanzimat*, Ankara: TTK. Yayınları.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra (2002). "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri", *Türkler*, (Editör: Kemal Çiçek-Salim Koca), C. 13, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları.
- ENGELHARDT (1999). *Tanzimat ve Türkiye*, İstanbul: Kaknüs Yayınları.
- FENDOĞLU, Tahsin (2002). "Tanzimat Sonrası Hukuki Düzenlemeler ve Hukuk Düalizmi", *Türkler*, (Editör: Kemal Çiçek-Salim Koca), C. 14, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları.
- FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri (1940). "Tanzimat'ta İçtimai Hayat" *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası.
- İNALCIK, Halil (1958). "Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultani Hukuk Ve Fatih'in Kanunları", *AÜSBFD*, C. 13, S. 2, s. 104-126.
- İNALCIK, Halil, "Mahkeme", *İA*, C. 7, s. 146-151.
- İNALCIK, Halil (2009). *Devlet-i Aliye*, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- KALABALIK, Halil (1999). *Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Trabzon: Derya Kitapevi.
- KAYNAR, Reşat (1960). *Türkiye'de Hukuk Devleti Kurma Yolundaki Hareketler*, İstanbul: Tan Matbaası.
- MUMCU, Ahmet (1976). *Divan-ı Hümayun*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- OKANDAN, Recai Galip (1948). *Umumi Amme Hukukumuzun Ana Hatları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- OKUMUŞ, Ejder (1999). *Türkiye'nin Laikleşme Serüveninde Tanzimat*, İstanbul: İnsan Yayınları.
- ONAR, Sıdkı Sami (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. 1, İstanbul: İsmail Akgün.
- ORTAYLI, İlber (2007). *Avrupa ve Biz*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- ORTAYLI, İlber (1982). "Osmanlı Devleti'nde Laiklik Hareketleri Üzerine", *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- ORTAYLI, İlber (1976). "Osmanlı Kadısının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 9, Ankara.
- ORTAYLI, İlber (1977). "Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme", *Bülent Nuri Esen'e Armağan*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.
- ÖZBİLGİN, Erol (1985). *Osmanlı Hukuku'nun Yapısı*, İstanbul: Nihal Kitabevi.
- SARAC, Ömer Celal (1940). "Tanzimat ve Sanayimiz", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası.
- SİYAVUŞGİL, Sabri Esat (1940). "Tanzimat'ın Fransız Efkârı Umumiyesinde Uyandırdığı Akisler", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası.
- TANER, Tahir (1940). "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası.
- TANÖR, Bülent (2009). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- TENGİRŞENK, Yusuf Kemal (1940). "Tanzimat Devrinde Osmanlı Devletinin Hacri Siyaseti" *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası.
- UZUNÇARŞILI, İ. H. (1984). *Osmanlı Devletinde Merkez Ve Bahriye Teşkilatı*, Ankara: TTK. Yayınları.
- UZUNÇARŞILI, İ. H. (1988). *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, Ankara: TTK. Yayınları.
- ÜÇÖK Coşkun - MUMCU Ahmet (1982). *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Velled (1940). "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası.
- YÜCE, Turhan Tufan (1968). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları*, Erzurum: Atatürk Üniversitesi Yayınları.