www.adaletyayinevi.com
ISBN 978 605 300 900 0
9 786053 004448
adalet
Strasburg Cad. No 10/B
Sıhhiye / ANKARA
Tel: 0.312 231 17 00
Tel: 0.312 231 17 94
Tel: 0.312 229 92 07
Fax: 0.312 231 77 00
adaletp@adaletyayinevi.com
Tavsiye Edilen Satış Fiyatı KDV Dahil
000,00 ₺

EDİTÖRLER
Yener ÜNVER
Kerem ÖZ

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HUKUK DEVLETİ İLKESİ ve YANSIMALARI

adalet

ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ
ALMAN HUKUKU
UYGULAMA ve ARAŞTIRMA MERKEZİ

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HUKUK DEVLETİ İLKESİ ve YANSIMALARI

12 Aralık 2019, Antalya

EDİTÖRLER
Prof. Dr. Dr. h. c. Yener ÜNVER • Araş. Gör. Kerem ÖZ

adalet

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA
HUKUK DEVLETİ İLKESİ
ve
YANSIMALARI

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE YANSIMALARI

12 Aralık 2019, Antalya

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Dr. h. c. Yener ÜNVER

Araş. Gör. Kerem ÖZ

ADALET YAYINEVİ

Ankara – 2020

ADALET BASIM YAYIM DAĞITIM SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.

Karşılaştırmalı Hukukta Hukuk Devleti İlkesi ve Yansımaları
Yener ÜNVER - Kerem ÖZ

Hukuk Yayınları Dizisi – 2603

Birinci Baskı : Nisan, 2020

ISBN : 978 – 625 – 7088 – 17 – 6

ADALET YAYINEVİ

Merkez
Strazburg Caddesi No: 10/B Sıhhiye-Ankara
Tel : (0312) 231 17 00
Fax : (0312) 231 17 10

İstanbul Şube
Mustafa Kemal Caddesi No: 60/C
(Anadolu Adliyesi Karşısı) Kartal-İstanbul
Tel : (0216) 305 72 81

Dağıtım
Strazburg Caddesi No: 17/B Sıhhiye-Ankara

Bursa Şube
Bursa Adliye Sarayı Zemin Kat Bursa

: adalet.com.tr – adaletyayinevi.com
: adalety@adaletyayinevi.com
: facebook.com/adaletyayinevi
: twitter.com/adaletyayinevi

Sayfa Tasarımı:
Nimet Yıldız

Kapak Tasarımı:
Yasin Özbudak

Baskı:
Salmat Basım Yayım Ambalaj San. Tic. Ltd. Şti.
Sertifika No: 26062
Tel: (0312) 341 10 24 - Ankara

AKADEMİK
DANIŞMA HEYETİ

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin AKTAY
Antalya Bilim Üniversitesi

Prof. Dr. Harun TEPE
Hacettepe Üniversitesi

Prof. Dr. Yusuf Mehmet ÖRNEK
Antalya Bilim Üniversitesi

Prof. Dr. Halit YILMAZ
Antalya Bilim Üniversitesi

Prof. Dr. Sezgin Seymen ÇEBİ
Antalya Bilim Üniversitesi

ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ

ALMAN HUKUKU
UYGULAMA ve ARAŞTIRMA MERKEZİ
Forschungszentrum für Deutsches Recht an der Özyeğin Universität

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HUKUK DEVLETİ İLKESİ ve YANSIMALARI

Birinci Oturum
Kuramsal Olarak Hukuk Devleti

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Ahmet Nizamettin AKTAY

Konuşmacılar
Dr. Öğr. Ü. Yılmaz YURTSEVEN: Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi
Prof. Dr. Mehmet TINÇ: Devletsiz Hukuk Devleti: Avrupa Birliği
Dr. Öğr. Ü. Salim IŞIK: Hukuk Devleti İlkesi Işığında Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener ÜNVER: Hukuk Devleti İlkesinin Ceza Hukukundaki Gereklilikleri

İkinci Oturum
Hukuk Devleti-Uygulama Sorunları

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener ÜNVER

Konuşmacılar
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN: İdarenin Yargısal Denetimi
Dr. Öğr. Ü. Nihat GÜMAN: Hukuk Devletinde Hak Arama ve Hukuk Yargılamasında Yargılama Giderleri
Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT: Rüşvet Suçları
Dr. Öğr. Ü. İnanç İŞTEN: İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları

Tarih: 12 Aralık 2019 | **Saat:** 09.45-17.00

Yer: Antalya Bilim Üniversitesi Konferans Salonu

İletişim: Medine Dinç Öztürk | **Tel.:** +90 242 245 0396

E-posta: abuccls@antalya.edu.tr

Akademik Danışma Heyeti
Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY
Prof. Dr. Harun TEPE
Prof. Dr. Yusuf Mehmet ÖRNEK
Prof. Dr. Halit YILMAZ
Doç. Dr. Sezgin Seymen ÇEBİ

Organizasyon Komitesi
Araş. Gör. Kerem ÖZ
Araş. Gör. Olgu ÖZDEMİR
Araş. Gör. Bengü ÖZ
Araş. Gör. Jülide YAŞAR

Not: Sempozyuma katılım ücretsizdir.

www.antalya.edu.tr

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ 9
AÇILIŞ KONUŞMALARI 11

BİRİNCİ OTURUM

Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi 19
Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN

Devletsiz Hukuk Devleti: Avrupa Birliği 29
Prof. Dr. Mehmet TINÇ

Hukuk Devleti İlkesinin Ceza Hukukundaki Gereklilikleri 39
Prof. Dr. Dr. h. c. Yener ÜNVER

Hukuk Devleti İlkesi Işığında Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru 61
Dr. Öğr. Üyesi Salim IŞIK

BİRİNCİ OTURUM Soru-Cevap 73

İKİNCİ OTURUM

İdarenin Yargısal Denetimi 85
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN

Hukuk Devletinde Hak Arama ve Hukuk Yargılamasında Yargılama Giderleri 93
Dr. Öğr. Üyesi Nihat GÜMAN

Rüşvet Suçları 99
Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT

İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları 109
Dr. Öğr. Üyesi İnanç İŞTEN

İKİNCİ OTURUM Soru-Cevap 123

KAPANIŞ KONUŞMASI 133

TÜRKİYE'DE HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİ

Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN*

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan, değerli konuklar, sevgili öğrenciler, hoş geldiniz. Benim bildirimin başlığı, "*Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi*". Ben hukuk tarihçisiyim. Bu nedenle Türkiye'de hukuk devletinin tarihsel gelişiminden bahsedeceğim. Açıklamalarım, Cumhuriyet öncesi dönemle ilgili olacak.

Hukuk devletinin tanımını yapmayacağım, zira gün boyunca tüm konuşmacılar konuları itibariyle bunun tanımını yapacaklar. Zaten hukuk öğrencilerinin de özellikle bildiği bir konu olduğunu düşünüyorum. Bu nedenle, doğrudan cumhuriyet öncesi dönem hakkında konuşmayı uygun görüyorum.

Tarihimize baktığımızda uzun yüzyıllar boyunca devletler ve uygarlıklar kurduğumuzu biliyoruz. Bu kurulan devletlerden en önemlileri bildiğiniz gibi Selçuklu ve Osmanlı Devletleri olmuştur. Gerek Selçuklu gerekse Osmanlı devletleri klasik anlamda birer mülk monarşisidir. Dolayısıyla bu devletler mülk devleti esasına oturan, siyasi otoritenin verasetle intikal ettiği, tipik birer monarşidir. Her ikisi de İslam hukukunu esas alan bu devletleri çağdaşlarıyla ayıran birtakım farklı özellikleri de bulunmaktadır. Genel itibariyle klasik monarşiler egemenliğin bölünmezliği ilkesine dayanan, siyasal iktidarın mutlak ve sınırsız olarak görüldüğü rejimler olarak değerlendirilir. Öyle ki iktidarın hukuku yaratan kaynak olarak kendi koyduğu kurallara uyması çoğu zaman münferit olarak görülür. Cumhuriyet öncesi Türk monarşilerinde hukukun İslam hukuku temellerine oturması, iktidarın hukuksuzluğu yönelmesi, münferit ve keyfî uygulamalara girişmesi, diğer

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

çağdaş Avrupa monarşilerine oranla daha az olmasını sağlamıştır. Her ne kadar İslam hukukunun yanında ve onun çizdiği sınırlar ölçüsünde terminolojide "*Örfî Hukuk*" adı verilen ve siyasal otorite tarafından yaratılan hukuk kuralları olsa da bu durum değişmemiştir. Çünkü kural olarak Örfî hukuk Şer'î hukuka aykırı olamaz. Kaldı ki monarşilerde tek otorite, hukukun sahibi ve tek uygulayıcısı bir monark olsa bile hukuksuz ve adaletsiz bir siyasal iradenin yürümesi mümkün değildir. Bu yüzden Selçuklularda da Osmanlılarda da hukuk ve adalet idesi son derece önemli olmuştur.

Hukuk devletine ilişkin olarak ortaya koyduğumuz ya da belirlediğimiz ölçütler Batı dünyasında özellikle aydınlanma felsefesinden sonra tartışılmaya başlanan ve belirlenen kriterler oldu. Ancak özellikle Türklerde demokrasi öncesi rejim tiplerinin hukuktan tamamen bağımsız bir mülk monarşisi oldukları fikrini doğru bulamayız. Çünkü cumhuriyet öncesi Türk devletlerinin hukuk sistemi İslam hukuku temellerine oturur. İslam hukuku, İslam inanç sisteminin VII. Yüzyılın başlarında Arap dünyasında ortaya çıkmış yeni bir dinin öğretisi ile gelişmiş, kurumsal ve istikrarlı, dinamik bir hukuk sistemi oluşturmuştur. İslam hukuku bir yasa hukukundan öte temel kaynaklar olan Kur'an ve Peygamber sünnetine ilave olarak çok daha geniş bir biçimde bilimsel ve yargısal içtihatlarla gelişmiş bir hukuk sistemidir.

İslam hukukunun en aslî kaynağı olan Kur'an, bir siyasal rejim sistemi öngörmemiştir. Modern terminolojide kamu hukuku olarak kabul edilen bu alan, Peygamber sünneti, bilimsel içtihat faaliyetleri ve daha çok örfî hukuk ile gelişmiştir. Bu çerçevede hilafet dini bir makam olmaktan öte siyasal iktidara karşılık gelmektedir. Bu makamın da mutlaka tek bir kişi tarafından temsil edilmesi gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Bizzat Hz. Muhammed'in, Medine site devletinde uyguladığı devlet şekli, eşitliğe dayanan, adalet ve hukukun üstünlüğünü kabul edip, özellikle verasetle intikal eden bir monarşik sistemi reddeden bir devlet yapılanmasıydı.

İslam hukuku rejim şekli önermek yerine temel ilkeleri belirlemiş bir hukuk sistemidir. Bunlar özellikle devlet sisteminde olmazsa olmaz olarak kabul edilen adaletle yönetmek, hukuka bağlılık, insana saygı ve meşveret olarak tanımlayacağımız ölçütlerdir ki Hz. Peygamber'in Medine site devletinde kurduğu sistemin temelinde bunlar yatmaktadır. Dört Halife dönemi Peygamber döneminin özelliklerini taşımaya gayret etmiştir. Ancak ilk Dört Halife'den (Hz. Ebubekir, Hz. Ömer, Hz. Osman ve Hz. Ali) sonra 5. Halife Muaviye döneminden itibaren, İslam hukukunun öngörmüş veyahut da desteklemiş olduğu devlet sistemi ortadan kalkmıştır. Siyasal rejim Muaviye (Emevî hanedanı) ile birlikte, verasetle intikal eden, yani babadan oğula geçen tipik bir monarşiye dönüştürülmüştür. Ancak yöneten ve yönetilen ilişkileri çerçevesinde belirleyici olan teorik olarak yine İslam Hukuku olacaktır. Tipik bir monarşiden modern anlamda bir hukuk devleti görüntüsü çıkarmak kuşkusuz dinsellikle bağdaşmaz. Ancak dönemsel koşulları dikkate aldığınızda anakronizmden uzak ve çağdaşlar arasında yapılacak karşılaştırmalar bizlere yöneten yönetilen ilişkileri hakkında hukukun durumu hakkında sağlıklı bilgiler verir.

Abbasilerde ortaya çıkan ve Selçuklu ile Osmanlı devletlerinde uygulanan divan geleneği, otoritenin hukuka uygunluğunu sağlayan ve hatta otoriteyi denetleyen sağlıklı uygulamalar olarak karşımıza çıkıyor. Bu divanlar arasında bir tanesi vardır ki, Abbasiler döneminde ortaya çıkmış, Selçuklularda da aynen muhafaza edilmiş olan Divan-ı Mezâlim'dir. Bu divanın özelliği, yönetici sınıfın yani devlet otoritesinin ya da başka bir deyişle kamu otoritesi adına yetki kullananların halka zulmetmesini önlemek ve bu tip davranışlarda bulunan bürokratları yargılamaktır. Bu yönüyle Abbasi döneminde başlayan bu uygulama hiçbir çağdaş devlette rastlanmış bir uygulama olarak karşımıza çıkmıyor. Kuşkusuz münferit uygulamalar söz konusudur ama Divanı Mezalimin kurumsallığı gibi bir kurumsallığa başka bir çağdaş devlette rastlamak mümkün değildir.

Selçuklularda da uygulamaya konulan Dîvân-ı Mezâlim, İslam hukukunun en başından beri kabul ettiği, -özellikle vurgulamak gerekirse- zulme karşı direnme hakkının aranabileceği zemini oluştur-

muştur. Oysa zulme karşı direnme hakkı Batı toplumlarında özellikle aydınlanma felsefesinden sonra ciddi şekilde tartışılmaya başlanmıştır. Dîvân-ı Mezâlim, Osmanlı Devleti'nde Divân-ı Hümâyûn bünyesinde fonksiyonunu ifa etti. Müslim-gayrimüslim tüm halk, Padişahın divanı olan bu divanda adalet isteme hakkına sahip olmuştur.

Türk hukuk tarihinde Selçuklularda başlayan ikta ile miri arazi-tımar toprak rejimi, devletin hukuka olan bağlılığını arttıran önemli bir uygulamadır. Çünkü tımar sistemi, batı feodal sisteminden son derece farklıdır. Batı feodal sisteminde feodal derebeyi, mülkiyetinde olan toprak üzerinde yaşayan serfler üzerinde her türlü hakka sınırsız bir şekilde sahiptir. Oysa tımar sisteminde mülkiyet esası söz konusu olmayıp sipahiye yalnızca tasarruf yetkisi ile verilmiştir. Sipahi toprak üzerinde yaşayan köylünün can ve mal güvenliğinden sorumlu olmuştur. Sipahinin hiçbir zaman köylü üzerinde yargılama yetkisi gibi bir yetkisi söz konusu olmamıştır. Bu yetki doğrudan mahkemeye aittir. Ayrıca feodalizmde olduğu gibi soylular-köylüler ayrımı olmadığından sipahi ile sıradan bir köylü, hatta sıradan bir köylü ile teorik olarak padişah bile aynı mahkeme tarafından yargılanabilir.

İslam öncesi Türk devlet sisteminde törenin çok önemli olduğunu biliyoruz. Eski Türk tarihi kaynaklarına baktığımızda töre anlayışının geleneksel hukuku oluşturduğu ortaya çıkmaktadır. Özellikle Orhun Yazıtlarından edindiğimiz bilgilere baktığımızda hakanın budunu rahat ve güven içerisinde yaşatmak sorumluluğu olduğundan söz edilir. Bu anlayış aynen Selçuklu ve Osmanlı devletlerinde de devam etmiştir.

Kuşkusuz sözünü ettiğimiz uygulamalar, her zaman sorunsuz ve eksiksiz biçimde uygulanabilmiş değildir. Elbette yönetenyönetilen ilişkileri kimi zaman münferit ve keyfî uygulamalara sahne olabilir. Örneğin Osmanlı Devleti'nde "*Celâlî İsyanları*" adı verilen isyanları ayrıntılı olarak incelendiğinde, bu isyanların sadece siyasi otoriteye muhalefet düşüncesi ile ortaya çıkmış isyanlar olmadığı anlaşılacaktır. Çünkü toplumun gerçekten adalet beklentisi, toplumun gelir adaletsizliğindeki endişeleri, onları isyana sevk etmiştir.

XVII. Yüzyılın ortalarından itibaren özellikle pozitif bilimlere sırtını dönmüş olan Osmanlı devlet yönetimi, adalet idesinin yerine getirilmesinde bazı zafiyetlere uğramaya başlamıştır. Osmanlı devleti artık özellikle XVIII. Yüzyılın başlarından itibaren Avrupa'da olan biteni doğru okuyamamaktadır. Oysa Avrupa'da olan biten; bilimsel ve özgür düşüncenin gelişmesi, adalet düşüncesi, hukukun üstünlüğü, insan onuru ve hukuk devleti ilkesinin tartışılmaya başlanması, insanın özgürlüğü kavramının aynen antik Yunan felsefesinde olduğu gibi yeniden tartışmaya açılması ve bunun bir hak olduğunu iddia edilmesi sürecidir.

Osmanlı Devleti'nin yüz yüze kaldığı, Batı karşısında yenilgi ve geri kalma olarak görebileceğimiz kırılma süreci, XIX. Yüzyılın başlarından hatta XVIII. Yüzyılın sonlarında Sultan III. Selim döneminden itibaren başlayan bir değişim hareketini de beraberinde getirmiştir. Çok başarılı hareketler olmasa da III. Selim, II. Mahmud dönemi ve sonrasında Tanzimat ile devam eden yenileşme ve reform süreci Türkiye'de hukuk devleti anlayışı ya da başka deyişle "*Batılı anlamda*" hukuk devleti anlayışının yavaş yavaş tartışılmaya bağlandığı ve birtakım belgelerde izlerinin ortaya çıkmaya başladığı dönemi ifade eder.

Somut anlamda Anayasa hukuku tarihimiz genellikle 1808 yılında Sultan II. Mahmud tarafından ilan edilen Sened-i İttifak ile başlatılır. Önemli bir belge olarak kabul edilen Sened-i İttifak biraz 1215 tarihli İngiltere'de ortaya çıkan Magna Carta'ya benzetilmektedir. Magna Carta'da toprak feodalleriyle kral arasında bir hak ve yetki paylaşımı söz konusuydu. Günümüz İngiliz toplumu Magna Carta'yı pek bir önemsemektedir. 1808 Sened-i İttifak'ı ise Osmanlı siyasal otoritesine dönük, ona karşı gerçekleşmiş bir isyan sonucunda tahtın değişim sürecinde karşımıza çıkan bir belgedir.

XIX yüzyılın başlarında iyice bozulmuş tımar sistemi içinde sipahi artık neredeyse yarı feodal bir toprak ağasına dönüşmüş âyandır. Osmanlı devletinde tımar sisteminin bozulması adaleti ve hukukun uygulanmasını yerle bir etmiştir. Kuşkusuz âyanın köylü üzerinde yargılama yetkisi, cezalandırma yetkisi gibi yetkileri söz

konusu değildir. Ancak neredeyse yarı feodalizme dönüşmüş âyanlık sistemi ile ayanların asker besleme kapasiteleri ve besleyebildikleri askerlerin sayısı ciddi anlamda artık devleti, siyasal otoriteyi tehdit eder hâle gelmiştir. 1808 Sened-i İttifak'ı da siyasal otoriteye yönelik bir isyan sonrasında Sultan II. Mahmud'un Alemdar Mustafa Paşa (kendisi bir âyandır) tarafından tahta oturtulmasıyla ortaya çıkan bir belgedir. Âyanların tamamının katıldığı bir belge değildir. Bu belge, padişah ile ayanlar arasında imzalanan, ayanların haklarını nispeten garanti altına almayı amaçlayan bir belgeydi. Sened-i İttifak çok sayıda âyanın katıldığı bir girişim sonucunda ortaya çıkmamıştır. Katılan az sayıda âyan da zaten Alemdar'ın zoru ile katılmıştır. Birkaç yıl içerisinde Sultan Mahmud, merkezi otoriteyi inşa etmeye başladıktan sonra Sened-i İttifakı tarihin tozlu raflarına kaldırmıştır. Bu belgede dikkat çekici noktalar; vergilerin kanunla ve adil bir şekilde konulması, yalnızca âyanları ihtiva etse de kişi güvenliğine ilişkin hükümlerin ilk kez resmi bir belgede yer almasıdır.

Sultan Mahmud dönemi ülkemizde hukuk devleti ilkesinin gelişimi bakımından önemli bir dönemdir. Çünkü 1838'de çıkarılmış olan, Memurin Ceza Kanunnamesi ile yönetici sınıf içinde kişi güvenliği ilkesi devletin mevzuatına girmiş oluyordu. Söz konusu kanunla yargılanmadan hiçbir memura artık ceza verilemeyecekti. Özellikle devşirme kökenlileri geçmişte Padişah'ın yargılanmadan infaz etme yetkisini göz önüne aldığımızda, hukuk devleti ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkeleri bağlamında bu hükmün önemli olduğunu vurgulamalıyız.

Sultan Mahmud döneminde bugünkü yüksek mahkemelerimiz, Yargıtay ve Danıştay'ın temelleri atılmış, devlette divan sistemine yeniden dönülmüş, birtakım modern anlamda kamu kurumları ve yüksek mahkemeler oluşturulmaya başlanmıştır. Tanzimat dönemi ile bunlar devam etmiştir. 1839 Tanzimat Fermanı ile birlikte Osmanlı devletinde yeni bir dönem başlar. Ferman, tüm Osmanlı tebaasının (henüz Osmanlı Devleti'nde vatandaş kavramı yoktur) can, mal ve namus güvenliği, mülkiyet hakkı ve dokunulmazlığı, vergi ve askerlik işlerinde düzenlemeler yapılması, yargılamanın açık ve

adil olması, müsadere yasağı, hâkim kararı olmaksızın hiç kimsenin suçlanamayacağı ve cezalandırılamayacağı gibi evrensel ilkeleri somut anlamda deklare etmektedir. Aslında İslam – Osmanlı hukukunda var olan ve zamanla yozlaşmış olan bu ilkelerin ilk kez devletin resmî belgesinde yer alması önemlidir.

Teorik olarak kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi İslam hukukunun en başından beri kabul ettiği bir ilkedir ve doğrudan İslam hukukunun temel kaynaklarından birincisi olan Kuran'a dayanan bir hükümdür. Ferman, kanuna riayet ilkesini açıkça beyan etmemekle birlikte, tanınan güvencelerin tüm tebaaya uygulanacağını belirtmektedir. Burada önemli olan nokta, klasik İslam hukukunda Müslüman ile gayrimüslim hukuken eşit sayılmadığı hâlde, bir sonraki 1856 Islahat Fermanı'nda açıkça deklare edilecek olan kanun önünde eşitlik ilkesi, Osmanlı tebaasının hepsini kapsayacak bir hâle gelmiştir. Padişahın kendi yetkisini kendisinin sınırladığı bir ferman olma niteliğini taşıyor olsa da hem Tanzimat Fermanı hem Islahat Fermanı bizim hukuk devleti ve anayasal gelişmelerimiz olarak tarihteki yerlerini almışlardır.

1856 Islahat Fermanı biraz daha geniş kapsamlı bir fermandır. Ancak bu fermanın önemli özelliği, özellikle ülkenin yani Osmanlı imparatorluğunun, gayrimüslim tebaasına daha fazla hak getirmiş olan bir ferman olmasından kaynaklanır. Elbette bunun siyasi sebepleri de vardır. Osmanlı Devleti'nin XIX. Yüzyıldaki durumu bu sebeplerin özünü oluşturur. Özellikle Rusya ile savaşlar, Avrupa ile olan ilişkilerin son derece gergin oluşu, devletin artık iyice zayıf düşmesi, Batılı ülkelerin ve özellikle Rusya'nın Osmanlı tebaası olan gayrimüslimlere hâmîlik yapmaya kalkışması ve bu yolla devletin iç işlerine karışması sebepleriyle Osmanlı Devleti böyle bir fermanı ilan etmek zorunda kalmıştır.

Islahat Fermanı müslim-gayrimüslim tüm tebaanın kanun önünde eşit olduğunu vurgulamıştır. Gayrimüslimlere yönelik olarak İslam hukuku kaynaklı bazı kısıtlamaları ortadan kaldırmıştır ancak bunun yanında birtakım yükümlülükler de getirmiştir. Örne-

ğin cizye vergisi kaldırılmış ve gayrimüslim erkeklere de askere gitme şartı getirilmiştir. Bu fermanla Fatih'ten bu yana uygulanan ve Millet Sistemi adı verilen, gayrimüslimlerin kendi içinde kompartıman şeklinde yaşadığı ve aile ve miras hukuku gibi özel hukuk alanlarında kendi dini hukuklarını uygulayabildikleri sisteme özgü yapılarını kısmen ortadan kaldırmıştır. İslam hukuku uygulamasına baktığımızda fermanın artık İslam hukukunun sınırlarını aşmış olduğunu söyleyebiliriz. İlk defa bu fermanla Osmanlı devletinde laik nitelikli bir uygulama ortaya çıkmıştır. Yine vilayet meclislerinin kurulması, yerel demokrasinin ufak belirtileri olarak değerlendirilebilir.

Her ne kadar Sened-i İttifak, Tanzimat ve Islahat Fermanları anayasa hukuku tarihimiz bakımından önemli belgeler olsa da Osmanlı hukukunda ilk anayasal nitelik taşıyan belge 1876 tarihli Kanun-ı Esâsi'dir. Bu anayasa temel hak ve özgürlükleri saymakla birlikte bunlara kesin bir güvence sunmuyordu. Bu nedenle tartışılabilir bir anayasadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesini öngörmez, bütün yetkinin siyasal otorite olarak padişahta olduğunu ortaya koyar. Bu anayasada hukuk devleti anlamında özellikle son derece ciddi bir sorun olarak göreceğimiz önemli bir hüküm vardır. Anayasanın 113. maddesi, durumlarında şüphe bulunan kimselerin polis nezareti ve zaptı ve padişah onayıyla, sürgüne gönderilmesini düzenlemekteydi. Bu sürgünden kasıt ya zorunlu ikamete tabi tutmak ya da hapis cezasına mahkûm etmektir ki Sultan Abdülhamit bu yetkiyi son derece geniş bir şekilde kullanmıştır. Her ne kadar Sultan, 1878'de anayasanın yürürlüğünü askıya almış olsa da 113. maddeyi kullanmaktan geri durmamıştır. Aslında 113. maddeyi anayasanın mimarı olan sadrazam Mithat Paşa'nın kendisini garanti altına almak için koyduğu ileri sürülür. 113. madde, hukuk devleti anlamında Tanzimat'ın bile gerisine gidilmesine sebebiyet vermiştir.

Kanun-ı Esâsi, tüm bu olumsuzluklarına rağmen yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını ciddi bir biçimde güvence altına almış, hâkimlerin yerlerinin değiştirilmesine sınırlamalar getirmiştir. Bu yönüyle hukuk devleti anlamında önemli bir adımdır.

Kanun-ı Esâsi, 1908 yılında II. Meşrutiyetin ilanından sonra önemli tadilatlar geçirmiştir. Hatta diyebiliriz ki aslında II. Meşrutiyet sonrası 1909 yılında yapılan anayasa tadili ile birlikte Osmanlı devletinde ilk kez kuvvetler ayrılığı belirgin olmasa da bir anayasal belgede yavaş yavaş izlerini hissettirmeye başlamıştır. Bu durum, hukuk devletine doğru gidişte önemli adımlar olarak görülmektedir. Ancak bu anayasal değişikliklerin en büyük talihsizliği genel olarak uygulama açısından kâğıt üzerinde kalmış olmaları, iktidara gelen İttihat ve Terakki Fırkasının anayasayı uygulamak yerine yeni bir oligarşik yapı kurması, 1909 değişikliklerini havada bırakmıştır. 1909 değişiklikleri ile düşük yoğunluklu bir kuvvetler ayrılığından söz etmek mümkündür. 113. madde kaldırılmıştır. Padişahın yasamaya ilişkin yetkileri parlamento lehine değiştirilmiştir. Padişahın egemenliğinin yanında halkın da adı anılmaya başlanmıştır. Teorik ve yasal olarak otorite-özgürlük dengesi özgürlük lehine arttırılmıştır ancak uygulama bu şekilde gerçekleşmemiştir.