TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ

ULUSLARARASI MECELLE SEMPOZYUMU

TÜRKÇE TEBLİĞLERİ ELEKTRONİK KİTABI

25-27 EKİM 2017, BURSA

ULUSLARARASI MECELLE SEMPOZYUMU

Türkçe Tebliğleri Elektronik Kitabı

25-27 Ekim 2017, Bursa

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ

ISBN: 978-605-9095-51-8

ANKARA, 2017

Bu yayın Türkiye Adalet Akademisi tarafından
25-27 Ekim 2017 tarihinde Bursa'da düzenlenmiş olan Uluslararası Mecelle Sempozyumu kapsamında Türkçe sunulmuş tebliğ metinlerini içermektedir. Tebliğler yazarlar tarafından hazırlanan haliyle yayınlanmış olup ayrıca redaksiyon çalışması yapılmamıştır. Tebliğlerin yayınlanması sırasında yazarların kendi kaynakça ve atıf usülleri korunmuştur.
Tüm tebliğlerin orijinal metinlerini ve Türkçe tercümelerini içeren fiziki yayın 2018 yılında yapılacaktır.

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ

Uluslararası Mecelle Sempozyumu Türkçe Tebliğleri

e-Kitap

Birinci Baskı	: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları - Aralık, 2017
ISBN	: 978-605-9095-51-8
Türkiye Adalet Akademisi Adına Sahibi	: Yılmaz AKÇİL, *Danıştay Üyesi ,Türkiye Adalet Akademisi Başkanı*
Genel Editörler	: Mustafa ARTUÇ, *Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yrd.* Ertan AYDIN, *Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı*
Editörler	: Fethullah SOYUBELLİ, *Hakim* Dr. Yasin ÇEVİK, *Hakim*
Yazi İşleri Müdürü	: Fethullah SOYUBELLİ, *Hakim*
Düzenleyen	: Seda ARSLAN, *Adalet Uzman Yrd.*

www.mecellesempozyumu.org.tr

Türkiye Adalet Akademisi

Adres: Ahlatlıbel Mah., Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı, 06095, Çankaya/ANKARA
Telefon: 0 (312) 489 81 80 (Santral)
Faks: 0 (312) 489 81 01 (İdarî Bina)
E-posta: taa@taa.gov.tr

Sempozyum programına katkı ve desteklerinden ötürü

Bursa Büyükşehir Belediyesine

Türkiye Adalet Akademisi olarak teşekkürlerimizi sunarız.

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ

İÇİNDEKİLER

YUGOSLAVYA KRALLIĞINDA MÜSLÜMANLAR AÇISINDAN ŞERİAT MAHKEMELERİNİN VE MECELLENİN YERİ VE ÖNEMİ 8
Salih MURATI
Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi

BULGARİSTAN'DA ŞERYİ MAHKEMELER VE MECELLE UYGULAMASI 14
Dr. Mustafa Aliş HACI
Bulgaristan Başmüftüsü

BATI TRAKYA MÜSLÜMAN TÜRK AZINLIĞINDA MÜFTÜLERİN YETKİLERİ VE MECELLE'NİN YERİ 18
İbrahim ŞERİF
Gümülcine Seçilmiş Müftüsü

1920-1924 YILLARI ARASINDA YAPILAN MECELLE TA'DİLLERİ VE MEZHEPLERARASI MUKAYESE UYGULAMASI 41
Prof. Dr. Ahmet AKGÜNDÜZ
Rotterdam İslam Üniversitesi İslam Hukuku Bölümü

İKİ ÖNEMLİ KODİFİKASYON ÖRNEĞİ: MECELLE VE 1734 TARİHLİ İSVEÇ (MEDENİ) KANUNU, BENZERLİKLER-FARKLILIKLAR 121
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

MECELLE'YE GÖRE ZAMANAŞIMI: UYGULAMADA GÖRÜLEN AKSAKLIKLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ 185
Yrd. Doç. Dr. Ahmet KILINÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

OSMANLI HÂKİMİYETİNDE TUNUS'TA KANUNLAŞTIRMA: ANAYASA İLANI VE FIKHIN KANUNLAŞTIRILMASINDA TUNUS'UN İSLAM-OSMANLI COĞRAFYASINDAKİ ÖNCELİĞİ ÜZERİNE BİR İNCELEME 226
Prof. Dr. Ayhan CEYLAN
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

HUKUK FAKÜLTELERİNDE OKUTULAN *(MEDENÎ HUKUK VE HUKUK BAŞLANGICI)* DERS KİTAPLARINDA YER ALAN MECELLE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME 249
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

KAZAN BÖLGESİNDE YENİ MECELLE ÇALIŞMALARI 280
Prof. Dr. İbrahim MARAŞ
Ankara Üniversitesi-İlahiyat Fakültesi

MECELLE'NİN RUSYA TÜRKLERİNİN VAROLMA MÜCADELESİNE KATKISI 293
Prof. Dr. Seyfettin ERŞAHİN
Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

BİR OSMANLI ÖRFÎ HUKUK DÜZENLEMESİ OLARAK MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE 313
Yrd.Doç.Dr. Yılmaz YURTSEVEN
Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

HÂDİMÎ'DEN *MECELLE*'YE KÜLLÎ KÂİDELER VE OSMANLI'DA SOYUT HUKUKA GEÇİŞ ÇABALARI 334
Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK
Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

BİR İÇTİHAT HUKUKU OLAN İSLAM HUKUKUNDA KANUNLAŞTIRMANIN İMKÂN VE SINIRLARI 361
Yrd. Doç. Dr. Muhammed Tayyib KILIÇ
Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

MECELLEYİ FARKLI KILAN ÖZELLİKLERİ (MECELLE'NİN ÖNEMİ) 403
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

TANZİMAT'TAN SONRA ZORUNLU GÖRÜLEN KODİFİKASYON FİKRİ VE BU HUSUSTA AHMED CEVDET PAŞA'NIN BATI HAYRANLARINA KARŞI VERDİĞİ MÜCADELE: "MECELLE" 405
Yrd. Doç. Dr. Mustafa Harun KIYLIK
Iğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

BİR OSMANLI ÖRFÎ HUKUK DÜZENLEMESİ OLARAK MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE

Yrd.Doç.Dr. Yılmaz YURTSEVEN
Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

ÖZET

İslam Hukuku'nun özgün uygulamalarından biri olan Osmanlı Hukuku, düalist olarak nitelendirilebilecek bir yapı arz etmiştir. Bir yanda temel kaynaklara bağlı olarak gelişimini sürdürmüş olan vahiy ve sünnet kaynaklı İslam Hukuku, diğer yanda İslam hukukunun tanımış olduğu sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde siyasi otoritenin oluşturduğu Örfî Hukuk, Osmanlı Hukuku'nun karakterini belirlemiştir. Kuşkusuz, Örfî hukuk düzenleme ve uygulamaları Osmanlı hukukuna özgü bir durum değildir. Osmanlılar, Hz. Peygamber döneminden başlayarak başta Emevî, Abbâsî, Selçuklu ve kendisinden önceki diğer Türk-İslam devletlerinden tevarüs etmiş olan birikimi çok kapsamlı ve orijinal bir biçimde geliştirmişlerdir. Bu bakımdan Osmanlı Örfî hukuku tüm İslam hukuk tarihinin en gelişmiş uygulaması olarak değerlendirilmektedir. Özellikle Klasik dönem olarak adlandırılan ve XVIII. Yüzyılın sonlarına kadar karakteristik özelliklerini taşıyan dönemde Örfî hukuk son derece gelişmiş birikim oluşturmuştur.

Osmanlı Devleti'nin gerileme sürecine girmesiyle birlikte hemen her alanda ıslahat hareketlerinin başlaması elzem hale gelmiştir. Osmanlı modernleşmesinin bir anlamda miladı olarak kabul edilen Tanzimat Fermanı (1837) ile birlikte, başta hukuk, askeri ve sivil bürokrasi ve maliye olmak üzere hemen her alanda bir dizi yenilik hareketleri başlamıştır. Söz konusu yenilik hareketlerinde en göze çarpanlar hukuk alanındadır.

Geleneksel olarak İslam Hukukundan ayrılmamayı bir meşruiyet algısı olarak gören Osmanlı siyasi otoritesi, Tanzimat'la birlikte her ne kadar kimi zaman İslam hukukunu aşan uygulamalar gözlense de bu gelenekten ayrılmamaya gayret etmiştir. Bunun en büyük göstergesi bir hukuk abidesi olarak değerlendirebileceğimiz Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'dir.

Modern hukuk metodolojisinde daha çok özel hukuk olarak kabul ettiğimiz alanlarda düzenlemeler getiren Mecelle, İslam hukukunun dışına

çıkmayan ve özellikle aile ve miras hukuku dışındaki fıkhi birikimi tedvin etmiş örfî bir kanunlaştırma hareketidir.

Mecelle bir örfî hukuk düzenlemesidir; çünkü Örfî hukukun kapsama alanına, İslam Hukukuna ilişkin var olan hükümleri tedvin etmek de girer. Bu bildiride bir Osmanlı Örfî hukuk düzenlemesi olarak Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye incelenecektir.

***Anahtar Kelimeler**: İslam Hukuku – Örfî Hukuk – Kanunlaştırma – Tanzimat - Mecelle* .

GİRİŞ

İslam Hukuku'nun özgün uygulamalarından biri olan Osmanlı Hukuku, düalist olarak nitelendirilebilecek bir yapı arz etmiştir. Bir yanda temel kaynaklara bağlı olarak gelişimini sürdürmüş olan vahiy ve sünnet kaynaklı İslam Hukuku, diğer yanda İslam hukukunun tanımış olduğu sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde siyasi otoritenin oluşturduğu Örfî Hukuk, Osmanlı Hukuku'nun karakterini belirlemiştir. Kuşkusuz, Örfî hukuk düzenleme ve uygulamaları Osmanlı hukukuna özgü bir durum değildir. Osmanlılar, Hz. Peygamber döneminden başlayarak başta Emevî, Abbâsî, Selçuklu ve kendisinden önceki diğer Türk-İslam devletlerinden tevarüs etmiş olan birikimi çok kapsamlı ve orijinal bir biçimde geliştirmişlerdir. Bu bakımdan Osmanlı Örfî hukuku tüm İslam hukuk tarihinin en gelişmiş uygulaması olarak değerlendirilmektedir. Özellikle Klasik dönem olarak adlandırılan ve XVIII. Yüzyılın sonlarına kadar karakteristik özelliklerini taşıyan dönemde Örfî hukuk son derece gelişmiş birikim oluşturmuştur.

Osmanlı Devleti'nin gerileme sürecine girmesiyle birlikte hemen her alanda ıslahat hareketlerinin başlaması elzem hale gelmiştir. Osmanlı modernleşmesinin bir anlamda miladı olarak kabul edilen Tanzimat Fermanı (1837) ile birlikte, başta hukuk, askeri ve sivil bürokrasi ve maliye olmak üzere hemen her alanda bir dizi yenilik hareketleri başlamıştır. Söz konusu yenilik hareketlerinde en göze çarpanlar hukuk alanındadır.

Geleneksel olarak İslam Hukukundan ayrılmamayı bir meşruiyet algısı olarak gören Osmanlı siyasi otoritesi, Tanzimat'la birlikte her ne kadar kimi zaman İslam hukukunu aşan uygulamalar gözlense de bu gelenekten ayrılmamaya gayret etmiştir. Bunun en büyük göstergesi bir hukuk abidesi olarak değerlendirebileceğimiz Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'dir.

Modern hukuk metodolojisinde daha çok özel hukuk olarak kabul ettiğimiz alanlarda düzenlemeler getiren Mecelle, İslam hukukunun dışına çıkmayan ve özellikle aile ve miras hukuku dışındaki fıkhi birikimi tedvin etmiş örfî bir kanunlaştırma hareketidir.

Mecelle bir örfî hukuk düzenlemesidir; çünkü Örfî hukukun kapsama alanına, İslam Hukukuna ilişkin var olan hükümleri tedvin etmek de girer. Bu bildiride bir Osmanlı Örfî hukuk düzenlemesi olarak Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye incelenecektir.

I. GENEL HATLARIYLA OSMANLI ÖRFÎ HUKUKU

A. Genel Olarak

IX. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren bir Orta Asya kavmi olan Türkler, miladi 610 yılında Arap yarımadasında ortaya çıkmış olan İslam diniyle tanışmaya başlamışlardır. Eski Türk tarihine ilişkin kaynaklara bakıldığında genellikle tek tanrılı dinlere (Gök Tanrı inancı) inandıkları bilinen Türklerin İslamiyet öncesinde Şamanizm, Budizm, Hıristiyanlık ve Musevilik gibi dinlere inanan çeşitli boyları da olmuştur.

Eski toplumlarda hukukun en önemli kaynağının inanç sistemleri olduğunu kabul edersek Türkler, inançları yanı sıra töre adı verilen gelişmiş bir gelenek hukukuna da sahip olmuşlardır. Hatta adalet kavramının önemli bir meşruiyet ölçütü olduğu da söylenebilir.

İslam inanç sistemine dahil olduktan sonra kurdukları devletlerde İslam hukukunu uygulamaya başlayan Türkler, bu hukuk sisteminin gelişip kurumsallaşmasında da önemli rol oynamışlardır. X. Yüzyılın ortalarında Karahanlı hükümdarı Satuk Buğra Han'ın Müslüman oladuğunu ilan ederek "Abdülkerim" adını almasıyla Türklerin tarihi seyrinde önemli bir değişiklik yaşanmıştır. Bu dönemde kitlesel olarak Karahanlı Türkleri İslam dinine geçmiş ve Türk tarihinde Karahanlılar ilk Müslüman Türk devleti olarak kabul edilmiştir.

Müslüman Türk toplulukları birçok devletler kurmuşlardır. Karahanlılardan başka yine X. Yüzyıldan itibaren Gazneliler, Eyyubiler, Büyük Selçuklular, Memluklar erken dönem Müslüman Türk devletleri olmalarının yanında İslam uygarlığına ve hukuk sistemine son derece önemli katkılarda bulunmuşlardır. Selçuklu Sultanı Alparslan'ın 1071 yılında Malazgirt'te Bizans ordusunu yenmesiyle Türklere Anadolu kapıları açılmış ve Anadolu'nun ebedi Türk yurdu oluşunun temelleri atılmıştır. Büyük Selçuklu'nun devamı niteliğinde olan Anadolu Selçuklu Devleti gerek kendisinden önce kurulan Türk-İslam Devletlerinin, gerek Abbasi İslam

uygarlığının mirasını devralarak İslam hukukunun gelişmesine önemli katkılar sağlamışlardır.

XII. yüzyılın ortalarından itibaren Moğolların Anadolu üzerine yürümeleri ve Bizans'ın saldırıları Anadolu Selçuklularını zayıflatmış, Anadolu bir fetret sürecine girmiştir. İlhanlı-Moğol hükümdarı Gazan Han'ın Sultan III. Alaeddin Keykubad'ı tutuklatıp idam ettirmesiyle Anadolu Selçuklu hükümdarlığı sona ermiş, Anadolu, İlhanlı'ya vergi ödeyen, nispeten özerk federatif yapılanmalara –beyliklere- dönüşmüştür[1]. Bu beyliklerden biri, Söğüt civarında yerleşmiş olan, başında Osman Gazi'nin bulunduğu Osmanlı beyliği de vardır. Başlangıçta Bizans sınırında yerleşik olan bu küçük uçbeyliği, hızla büyüyerek, 1350'lerden itibaren kurumsallaşmış bir devlete dönüşecek, zamanla tüm Anadolu'da egemen olup, XVI. Yüzyılın ortalarında üç kıtada milyonlarca km2 coğrafyaya hükmeden bir imparatorluk halini alacaktır.

B. Osmanlı Hukukun Yapısı

Osmanlı Devleti, kuruluşu ile birlikte yeni bir hukuk sistemi ortaya koymuş değildir. Osmanlılar kendilerinden önce kurulmuş olan Türk ve İslam devletlerinden edindikleri pek çok hukuki kurumun yanı sıra, bu devletlerde yürürlükte olan ve büyük ölçüde birlik arzeden bir hukukî birikimi de devralmışlardır. Bununla birlikte Osmanlıların söz konusu birikimi, hiçbir değişikliğe uğratmaksızın uyguladıklarını söylemek tarihsel ve bilimsel gerçeklere uyacak bir düşünce olarak kabul edilemez. Bu büyük hukuki miras, devletin hüküm sürdüğü altı asırlık zaman dilimi içinde, ihtiyaçlar ölçüsünde ve İslam hukukunun izin verdiği sınırlar dahilinde ilaveler yapılarak geliştirilmiştir[2]. Kaldı ki İslam hukukunun birbirinden çok farklı karakteristik özellikler gösteren, farklı coğrafyalarda yaşayan, birbirinden değişik etnik kimlik ve kültürlere sahip Müslüman toplumlarında hiç değişmeksizin uygulandığını söyleyebilmek mümkün değildir[3]. Bu çerçevede, İslam hukukunun, uygulandığı ülkelerin sosyo-kültürel yapılarına ve koşullarına

*Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi ABD Öğretim Üyesi.

[1] AKDAĞ, Mustafa, Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi 1, 1243-1453, Cem yayınevi, İstanbul, 1995, s. 123; YURTSEVEN, Yılmaz, Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidarın Meşruluk Temelleri (yayımlanmamış doktora tezi), Konya, 2006, s. 78-79.

[2] İNALCIK Halil, "Osmanlı Hukukuna Giriş – Örfî-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", Siyasi İlimler ve Hukuk, no: 2, 1958, c. XIII, s. 102; BARKAN Ömer Lütfi, "Kanun-name", İA, c. VI, İstanbul 1993, s. 186; YURTSEVEN, s. 119.

[3] ÖZEK Çetin, "Osmanlı'da Siyasi İktidar Din İlişkileri Düzeni", İÜHFD, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 179-212.

göre kimi değişikliklere uğradığı somut olarak ortaya çıkmaktadır[4]. Osmanlıların özellikle Örfî hukuk alanında ortaya koydukları uygulama ve metinler, İslam hukukunun tüm İslam devletlerinde tek tip bir dini hukuk sisteminin uygulandığı düşüncesini de çürütmektedir.

Tamamıyla kendi özel koşulları çerçevesinde gelişen Osmanlı hukuku, zaman zaman Şer'î hukuku da aşan bir hukuk sistemi geliştirmiştir. Bu gelişimi mümkün kılan temel dinamik ise örf, yani dar anlamda siyasal otoritenin yalnızca kendi iradesine dayanarak, Şeriat'ın alanına girmeyen konularda kullandığı yasama yetkisidir. Bu yetki, hükümdarın devlet içerisinde tam anlamıyla mutlak bir mevki kazanması ve devlet menfaatlerinin her şeyin üstünde sayılması yoluyla kazanılmıştır. İslam devletlerinde bu aşamaya, Osmanlılardan daha önce kurulan Türk-İslam devletlerinde ulaşılmıştır[5]. Ancak burada vurgulanması gereken önemli bir nokta daha vardır. İslam hukuku ilahi temellere –vahye- dayalı bir hukuk sistemi olduğu için kimi temel ilkeler değişemeyeceği gibi değişebilmesi de tartışılamaz. Bu noktada, bir İslam devletinde siyasi otoritenin yasama yetkisi İslam hukukunun çizdiği sınırları aşamayacaktır. Dolayısıyla İslam hukukunun hüküm sürdüğü bir devlette siyasi otorite sınırlı bir yasama yetkisine sahiptir, denilebilir. İşte bu sınırların nereye kadar uzanabileceği asıl tartışma konumuzu oluşturmaktadır. Bu bağlamda Osmanlı hukukunun yapısının daha iyi anlaşılabilmesi için, bu hukuk sisteminin karakterini belirleyen iki temel unsuru incelemek gerekir. Bunlar Şer'î hukuk ve Örfî hukuk'tur.

1. Şer'î Hukuk

Daha önce de belirtildiği gibi Osmanlı hukuk sistemi, Şer'î ve Örfî hukuk olmak üzere iki temel üzerine oturmaktadır. Şer'î hukuk, doğrudan doğruya Kur'an, Sünnet, icma ve kıyasa dayanan ve fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş (toplanmış) bulunan normlar bütünüdür. Osmanlı kanunnamelerinde Şer'î hukuk ifadesinin yerine, Şer'i şerîf ya da Şer'î terimleri kullanılmıştır. Şer'î hukuk kavramı, geçerliliği için hiçbir makam veya kurulun onayına gerek olmayan ve fıkıh kitaplarında toplanmış bulunan hukukî hükümleri ifade etmektedir[6]

İslam hukukunun algılanma tarzı, Şer'îlik veya Şer'î hukuka aykırılık değerlendirmelerini doğrudan etkileyen bir önem taşır. İnsanların birbirleriyle

[4] BARKAN Ömer Lütfi, "Türkiye'de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi", Cumhuriyetin 50. Yılı Seminerinden ayrı basım, Ankara 1975, s. 51 vd.
[5] İNALCIK, s. 102-103; YURTSEVEN, s. 120.
[6] ÖZBİLGEN Erol, Osmanlı Hukukunun Yapısı, Güray Matbaacılık, İstanbul 1985, s. 43.

ilişkilerini kuralcı ve şekilci bir yaklaşımla düzenleyen hukuk, gerçekte dinin tanımında ve unsurları içinde yer almamakla birlikte, genel olarak din ile yine de bağlantılıdır. Bu çerçevede hukukun, dinin üç temel unsuru olan inanç, ibadet ve ahlak umdeleriyle ayrı ayrı bağlantısı kurulabilir. Bu yaklaşım çerçevesinde, başlı başına amaç olmayan hukukî düzenlemeler, özellikle ahlaki hükümlerin farklı yer ve zamanlarda gerçekleştirilmesine hizmet eden normatif düzenlemeler olması yönüyle belli ölçülerde değişmeye açıktır. Ayrıca hukukun biçimsel yönünün, temel yapısı ve özelliği itibariyle akıl üstü ve dogmatik olan dinin kapsamında yer almamasının anlamı da budur[7].

Hukuk norm ya da uygulamalarının İslâmî ilkelere uygunluğu ile söz konusu norm ya da uygulamanın dinin açık hükümlerine aykırı olmaması kastedilir. Bu durum aynı zamanda onların Şer'î hükümlere uygun olduğunu ifade eder. Bu da Kur'an veya Sünnet'te yer alan ifadelerin söz konusu norm veya uygulamayı emretmesi, uygunluğunu açıkça belirtmesi şeklinde olabileceği gibi ona ilişkin bir açıklamaya yer vermemesi, yani yasaklığından söz etmemesi şeklinde de olabilir. Dinin hukukî içerikler de taşıyan hükümlerinin hangi alanda, ne ölçüde açık olduğu, nasıl yorumlanacağı, şekli mi yoksa amacı mı anlatmak istediği, din bilginleri arasında bitmez bir tartışma konusu olmasının yanı sıra bu hükümlerin hayatın çok sınırlı bir alanını kapsadığı da açıktır. Din, hukukî düzenleme açısından, özel hayatın önemli, kamu hayatının geniş bir kısmını kişi ve toplumların inisiyatifine bırakmıştır. Bu yüzden, birçok konuda dine uygunluk ya da aykırılık tartışması yerine rasyonellik, sosyal gerçeklik veya doğruluk açılarından yapılacak değerlendirmeler daha anlamlı olacaktır[8].

Yukarıdaki açıklamalar ışığında Osmanlı Devleti'nin Şer'î bir devlet olup olmadığına ilişkin farklı görüşler vardır. Kimi araştırmacılara göre, Osmanlı Devleti, yönetim ve yargıda Şer'î hükümlerin egemen olduğu, bir Şeriat devletidir[9]. Kimi yazarlar ise Osmanlı toplumunda gayrimüslim (zimmî, müste'men) unsurlara da tolerans gösterildiğini ileri sürerek bunun ancak laik bir sistemde söz konusu olabileceğini belirtmektedirler. Söz konusu düşünceye göre Osmanlı Devleti laik bir devlet olarak değerlendirilebilir[10].

---

[7] BARDAKOĞLU Ali, "Osmanlı Hukukunun Şer'îliği Üzerine", Osmanlı, c. 6, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999, s. 412 vd.

[8] BARDAKOĞLU, s. 414-415; YURTSEVEN, s. 121.

[9] ORTAYLI İlber, "Osmanlı Devleti'nde Laiklik Hareketleri Üzerine", Ü. Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, c. I, s. 498-500.

[10] *"...Gerçekten de Osmanlı İmparatorluğu, tarihte Roma İmparatorluğu'ndan sonra, dini toleransın en çok görüldüğü, üstelik bu toleransın zamana ve hükümdarın kişiliğine bağlı*

Bir başka grup ise, Osmanlı Devleti'nde, devlet ve toplum hayatındaki uygulamada Şer'î hükümlerden çok, siyasal otorite tarafından konulmuş olan kuralların (örfî hukuk), etkin olduğunu, bu yüzden Osmanlı Devletinin tamamen Şer'î bir devlet olarak nitelenemeyeceğini ileri sürmektedirler[11].

Şer'î hukuk, İslam fıkhının ukubat ve muamelat başlığı altında gelişmiş alanlarını ifade etmektedir. Fıkıh, modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi soyut normla çözüme giden bir teknik kullanmaz. Meseleci, kazuistiktir. Ortaya çıkan her hukuki soruna özel çözümler geliştirmeye çalışır. İslam hukukunun bir uygulaması olarak değerlendirebileceğimiz Osmanlı hukuku da aynı yöntemi benimsemiştir. Şeyhülislam ve kadılar (ulema) ortaya çıkan sorunları ya klasik fıkıh eserlerinde ortaya konmuş icma faaliyetleriyle ya da bizzat kendileri fetva kurumunu işleterek, meseleci çözüm yöntemini uygulamıştır[12]. Her ne kadar, örfî hukukunun şer'î alanları kanun şeklinde düzenleme yetkisi olsa da bu yetki klasik dönemde sınırlı olarak kullanılmış, Tanzimat sonrasında modern kanunlaştırma hareketlerinin başlamasıyla hızlanmıştır.

2. Örfî Hukuk

Ortaya çıkışı ve kurumsallaşması bakımından örfî hukuk Şer'î hukuktan farklıdır. Şer'î hukuk, başta Kur'an ve sünnet olmak üzere, temel kaynaklarda hakkında düzenleme bulunmayan hukuki sorunlara müçtehit hukukçuların yine İslam hukukunun kaynaklarına dayanarak fıkıh usulü ilmindeki ilkeler çerçevesinde yapmış oldukları içtihatlara dayanmaktadır. İlk dört halife dönemi dışında, Şer'î hukukun oluşma sürecinde siyasi otoritenin hiçbir müdahalesi veya etkisi söz konusu olmamıştır. Örfî hukuk ise

olmaksızın kurumsallaştığı bir devletti. Cemaatlerin sadece dini değil, iktisadi, adli ve maarife ilişkin işleri kendilerine bırakılmış, hatta ruhani liderler ve kurumlara rütbe, imtiyazlar bahşedilmiştir.", ORTAYLI İlber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, Hil Yayınevi, İstanbul 1995, s. 154-155.

[11] BARKAN Ömer Lütfi, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'îliği Meselesi", İÜHFM, c. XI, sy. 3-4, İstanbul 1945, s. 203 vd.; *"...Gerçekten de uygulamaya bakıldığında, bu hükmü doğrulayacak bir durum vardır. Devlet hayatını, toprak düzenini tayin eden kanunnameler, Şer'î hukukla uyum içinde değildir. Osmanlı idaresi, toplum ve devlet hayatının temel kurum ve ilişkilerini Şer'î mevzuattan çok Örfî kanunlarla hatta mahalli gelenek ve teamüllere göre düzenlemeyi tercih etmiştir. Osmanlı kadısı, sadece toprak düzeni ve mali konularda değil, hatta bazen aile hukukuna ilişkin sorunlarda bile Şeriatten çok örf ve adet hukukuna başvurmayı tercih etmiştir. Ulemanın bazı konularda verdiği fetva, "Şer'î maslahat değildir, ulü'l emr ne ise öyle olsa..." şeklindedir.",* ORTAYLI, İmparatorluğun, s. 155-156.

[12] YURTSEVEN, s. 121-122.

hukukçuların bilimsel içtihatlarıyla değil, siyasi otoritenin, Şer'î hukukun kendisine tanıdığı sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde yaptığı düzenlemelerle oluşmuştur[13]. Bu, bir bakıma zamanın ve koşulların ortaya çıkardığı hukuki sorunlara, Şer'î hukukun sınırlarını aşmadan çözüm üretebilme amacına işaret etmektedir. Ayrıca Örfî hukuk, modern anlamda örf ve adet hukukuna karşılık gelmemekle birlikte, kimi zaman geleneksel örf ve adetlerden de yararlanmıştır.

Kanunlaştırma hareketleri olarak da nitelendirebileceğimiz Örfî hukuk düzenlemeleri yalnızca Osmanlılara özgü bir uygulama da değildir. Osmanlılardan önce ya da onların çağdaşları sayılan kimi İslam ve Türk-İslam devletlerinde de bu düzenlemelere rastlanmaktadır. Türk-Moğol siyasi ve idari geleneklerinin etkin olduğu Irak, İran ve Hindistan'daki İslam devletlerinde benzer uygulamalar göze çarpar. Örneğin Cengiz Yasası, Timur Tüzükatı, Uzun Hasan ve Alaüddevle Bey kanunları ilk göze çarpan önemli düzenlemelerdir[14].

Osmanlı uygulamasında örfî hukuk ifadesi ilk kez II. Mehmed (Fatih) döneminde kullanılmıştır. Fatih Döneminin önemli tarihçisi olarak kabul edilen Tursun Beğ, Osmanlı Devleti'nde "Şer'i Şerif"in yanında bir de örfî hukuktan da söz etmektedir[15]. Kaldı ki günümüze kadar ulaşan Fatih dönemi Kanunnameleri de bunun en önemli ispatı olarak görülmektedir.

Osmanlı Devleti'nde Şer'î hukukun yanı sıra bir de Örfî hukukun ortaya çıkışının, İslam hukukunun oluşum ve gelişimi ile Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu siyasi, hukukî, iktisadi ve mali koşullarla yakın bir ilişkisi vardır.

Bilindiği gibi, Dört Halife Dönemi'nden sonra Emeviler hilafeti saltanata çevirmişlerdir. Bu değişimin sonucu olarak Emevilerin kamu ve özellikle anayasa hukuku alanında fiili bir durum yaratmaları İslam hukukçularının bu sahadaki bilimsel içtihatlarının uygulanma şansını büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Bu durum karşısında İslam hukukçuları, fıkhî mesailerini uygulama şansı bulunan diğer alanlara çevirmişlerdir. Dolayısıyla İslam hukuku daha çok özel hukuk ile kamu hukukunun bazı alanlarında gelişmiş, devletin esas teşkilatı ve idari yapısı gibi alanlarda aynı ölçüde gelişememiştir.

[13] GERBER Haim, State, Society and Law in Islam:Otoman Law in Comparative Perspective, New York 1994, s. 165.
[14] AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri 1. Kitap, Osav Yayını, İstanbul 1990.
[15] AYDIN Mehmet Akif, "Osmanlı'da Hukuk", Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi (ed. Ekmeleddin İhsanoğlu), c. 1, İstanbul 1999, s. 378.

Bu durum kamu hukuku alanında yeni hukukî düzenlemeleri gerekli kılmıştır[16].

Örfî hukukun doğuşunda etkili olan bir diğer unsur da devlet adamlarının, hukukçuların kendilerini sınırlayacak veya fazla teorik kalabilecek çözümlerini arzu etmeyişleridir. Bu nedenle de kamu hukuku alanlarını hukukçuların içtihatlarıyla değil, kendi siyasi ve idari tecrübe ve bilgileriyle düzenlemeyi istemiş olmaları mümkündür. Çünkü devlet adamları bu alanda kendilerini daha yetkili görmüşlerdir[17].

İslam hukukunun oluşum ve gelişim süreci içerisinde İslam hukukçularının oldukça dikkat çekici miktarda bilimsel çalışmalar ortaya koydukları bir gerçektir. Fıkhi mezheplerin sanal problemler üreterek bunlara uygun çözümler ortaya koymaları İslam hukukuna büyük bir zenginlik ve dinamizm katmıştır. Bu süreç öylesine verimli işlemiştir ki ortaya çıkan hukuki ve bilimsel birikim, yüzyıllarca kullanılabilecek bir çözüm ve bilgi bankasına dönüşmüştür. Kuşkusuz bu durumun doğal sonucu olarak uzun yüzyıllar yeni içtihatlara gerek duyulmamıştır. Gerek bu hukukî olgu, gerek sonraki dönemlerde öncekiler kadar yetkin hukukçuların yetişmemiş olması da artık yeni içtihatlara gerek ve imkan olmadığı sonucunu ortaya çıkarmış, dolayısıyla içtihat kapısının kapandığı yaygın bir kanaat olarak kabul edilmiştir. Bu durum, İslam hukukunda belirgin bir durgunluğa ve yol açtığı gibi yeni içtihatlara gerek duyulduğu dönemlerde de hukukçuların içtihat yapmak konusunda çekimser davrandıkları görülmüştür. Bu isteksizlik ya da çekingenlik, İslam hukukunun gelişim sürecindeki dinamizmini olumsuz etkilemiştir. Hatta kimi zaman çağdaş Batılı oryantalistlerin İslam hukukunu dogmatik bir din hukuku olarak değerlendirmelerine de yol açmıştır. Sonuç olarak bu boşluğu doldurmak amacıyla örf ve adete veya siyasi otoritenin siyasi ve idarî açıdan kamu yararını göz önüne alarak verdikleri emir ve iradelerine dayalı bir hukuk oluşmaya başlamıştır. Elbette siyasi otorite bu hukuku oluştururken temel meşruiyet zemini olan Şer'î hukukun sınırlarını aşmamaya özen göstermiştir. Ancak bu özenin her zaman kesin olarak

[16] BOZKURT Gülnihal, "Review of The Ottoman Legal System" Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, sy. 3, Ocak 1992, s. 115 vd.; AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 71; CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya 2014, s. 81; YURTSEVEN, s. 123.

[17] AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 71; CİN/AKYILMAZ, s. 81; YURTSEVEN, s. 123.

gösterildiğini söylemek de kolay değildir. Devlet kimi zaman Şer'î hukuku aşan bir takım örfî düzenlemeler de yapmıştır[18].

Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu malî, askerî ve idari şartlar, devletin bu şartlara uygun hukukî düzenlemeler yapmasını gerektirmiştir. Bu uygulamanın en önemli örneklerinden biri, devletin Şer'î vergiler (Tekalif-i Şer'îyye) olan öşür, haraç, zekat ve cizye gibi vergilerin devlet giderlerini karşılamaması üzerine değişik isimler altında çeşitli Örfî vergiler (Tekalif-i Örfîyye) koymasıdır. Bunun gibi, çok geniş bir coğrafyaya yayılmış olan ülke toprakları üzerinde huzur ve güvenliğin sağlanması zaman zaman güçleşmiş, bu durum ağır bir ceza politikasının uygulanmasını gerektirmiştir. Dolayısıyla bu cezalar, devletin mali durumunun kötü olduğu dönemlerde ağır para cezalarının, donanmada kürekçiye ihtiyaç olduğu dönemlerde kürek cezalarının ağırlık kazanması sonucunu doğurmuş, devlet de bu ihtiyaçlara cevap verecek düzenlemeleri yapmaktan geri kalmamıştır[19] .

Osmanlı Örfî hukukunun gelişmesinde Fatih devri bir dönüm noktasıdır. Fatih devrindeki hukukî gelişme bir temel faktöre dayanır; o da İstanbul'un fethinden sonra Fatih'in sınırsız bir otorite kazanması, merkezî ve mutlak imparatorluğu kesin olarak kurma çabasıdır. Fatih, mutlak otoritesini devlet teşkilatında, kanunlarla yaptığı yeniliklerle gerçekleştirmek istemiş ve mutlak otoritesi sayesinde Örfî hukuku etkin bir duruma getirmiştir. Osmanlı hukuk anlayışı ve kanunları üzerinde de kesin ve sürekli bir etki yapmış olan Fatih, mutlak hükümranlık otoritesini, devleti belirli bir amaca göre düzenleme ve serbestçe kanun koyma doğrultusunda kullanmıştır[20] .

[18] YURTSEVEN, s. 123. "...Osmanlılardaki "Örfî Hukukun" dini esaslardan çıktığını söylemek bizce imkansız görünmektedir. Evvela Tursun Beğ gibi müelliflerin de belirttiği gibi "siyaset-i sultani ve yasak-ı padişahi" akli esaslara dayanır. Üstelik Şer'îat kurallarına tamamen zıd düşen birçok Örfî hukuk kaidesi vardır. Bu nitelikteki hükümlerin de dini esaslara dayandığının iddia edilmesine imkan görmüyoruz. Mesela Ali Himmet Berki gibi İslam hukukunu çok iyi bilen bir müellif, Fatih'in kanunnamesindeki kardeş katli meselesinin, pek küçük kardeşlerin de bu hükme tabi olması ve sabilerin ise devlet aleyhinde fitne ve fesada katılmalarının bahis konusu bile olamayacağını nazar-ı itibare alarak, şeriat esaslarına tam anlamıyla zıt olduğunu yazmış, hatta kanunnamenin mevsuk (belgelendirilmiş, güvenilir) olmadığını bu hükmün de gösterdiğini çünkü Fatih gibi şeriata saygılı bir hükümdarın böyle bir hüküm koyamayacağını iddia etmiştir. Halbuki Fatih daha tahta geçer geçmez küçük (sabi) kardeşi Ahmed'i öldürttüğü gibi sonradan "kardeş katli" hükmünü de kanunnamesine koymuştur.", AKPINAR Turgut, Türklerin Din ve Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 191.

[19] AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 72; CİN/AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 81; YURTSEVEN, s. 124.

[20] İNALCIK Halil, "Türk Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği", Osmanlı'da Devlet-Hukuk-Adalet, İstanbul 2000, s. 32 vd.; BOZKURT, s. 117; YURTSEVEN, s. 124-125.

Osmanlı kanunnamelerinde önemli bir bölümün cezai ve mali konulara ayrılmış olması, söz konusu yetkinin en fazla bu alanlarda kullanılmış olduğunun bir göstergesidir. Bu kanunnameler, padişahların irade ve fermanlarıyla oluşmuş düzenlemeler oldukları için Örfî hukuk içinde değerlendirilmişlerdir[21].

Şer'î hukukun uygulama alanına girmeden ve ona aykırı olmamak kaydıyla Osmanlı padişahlarının sınırlı yasama yetkileri vardır. Dolayısıyla padişahın bu yetkisine dayanarak koyduğu hukuka "Örfî hukuk" adı verilmiştir. Ancak Örfî hukuk denildiği zaman ilk akla gelen örf ve adet hukuku olmamalıdır. Gerçekte Örfî hukuk normları konulurken, yerleşmiş bazı örf ve adet kuralları, hukukun belli başlı alanları açısından dikkate alınmıştır. Osmanlılar fethettikleri ülkelerin hukukî yapılarını birdenbire değiştirmek yerine, var olan hukukî örf ve adetleri belirli bir süre yürürlükte bırakıp, zamanla Osmanlı hukukuyla bütünleştirmeyi uygun görmüşlerdir. Ancak bütün bu hukukî esasları mahkemelerde zorunlu olarak uygulanan normlar haline getiren, bunların örf ve adete dayanmış olmaları değil, padişahların irade ve fermanlarına dayanmalarıdır. O halde Örfî hukukun bir kanun hukuku olduğu söylenebilir[22].

Devlet başkanı veya ehl-i örf denilen yüksek otorite, kanun yapma yetkisini birkaç şekilde kullanabilir. Birincisi, uygulamada kolaylık ve istikrar sağlamak amacıyla Şer'î hükümleri kanun şeklinde düzenleyebilir. İkinci olarak, mevcut içtihadi görüşlerden birini kamu yararı gereği tercih edebilir. Üçüncü olarak; hakkında hiçbir hüküm bulunmayan hususları, uzman hukukçuları bir araya getirerek çözüme kavuşturabilir. Bunlarla birlikte devlet başkanı, kendisine tanınan bu sınırlı yasama yetkisi içerisinde bazı hukukî düzenlemeler de yapabilir. İşte devlet başkanının bu faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan, bir kısmı Şer'î, bir kısmı içtihadi ve bir kısmı da tanzimi tasarruflardan oluşan hukukî kuralların tamamına Örfî hukuk adı verilir[23].

Padişahın gerek uygulamada kolaylık gerek hukukî istikrarın sağlanması amacıyla mevcut Şer'î hükümleri derleyerek kanun haline getirmesinden söz edilmişti. Padişah, Örfî hukuk alanındaki bu ilk faaliyetini Şer'î hükümleri hiç değiştirmeden yapabileceği gibi Şer'î hükümlerin özüne dokunmaksızın, kısmen de yapabilir[24] .

[21] BARKAN, s. 192; YURTSEVEN, s. 125.
[22] YURTSEVEN, s. 125.
[23] AKGÜNDÜZ, c. I, s. 64; YURTSEVEN, s. 125-126.
[24] AKGÜNDÜZ, c. I, s. 64.

Osmanlı Devleti'nde toplumun büyük çoğunluğu Hanefi mezhebine bağlı olmakla birlikte Maliki, Hanbeli ve Şafii mezheplerine bağlı önemli sayıda vatandaşın olduğu da bir gerçektir. Ancak klasik dönemde mahkemeler hükümlerini Hanefi mezhebinin esaslarına göre vermişlerdir. Bunlarla birlikte zaman zaman padişahların herhangi bir konuda diğer üç mezhepten birinin veya herhangi bir müçtehidin görüşünü esas alacak düzenlemeler yaptıkları da görülmüştür. Temelde hukukçuların içtihatlarındaki farklılıklar, Şer'î hükümlerin esasına ilişkin olmayıp, zamanın gereklerine ve kamu yararına yönelik oldukları için padişahların bu yöndeki düzenlemeleri caiz görülmüştür. Bunun nedeni kamu yararının amaç edinilmiş olmasıdır[25]. Dolayısıyla siyasal otorite herhangi bir konuda herhangi bir mezhebin ya da müçtehid hukukçunun o konu ya da soruna ilişkin çözüm önerisini yasal bir düzenleme olarak düzenleyebilir.

Sonuç olarak Osmanlı Hukuku'nda Şeriat'ın düzenlediği alanların dışında, özellikle kamu hukuku (idare hukuku, ceza hukuku ve mâliye) alanında siyasi iktidar, kanunnameler yoluyla hiç de azımsanamayacak boyutta hukuk yaratmıştır. Bu yönüyle Osmanlı Devleti, Örfî hukukun sonucu olarak kanun yapma konusunda eşi görülmedik seviyede bir geleneğe sahip olmuştur[26].

II. TANZİMAT SONRASI OSMANLI KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE

XVII. yüzyılın sonlarından itibaren Osmanlı Devleti'nde nispî bir duraklamanın olduğu bilinen bir gerçektir. Yapısal sorunlar, devletin özellikle Avrupa'da ortaya çıkan kimi gelişmelere karşı kayıtsızlığı, siyasî çalkantılar, toprak ve vergilendirme sistemindeki bozulmalar ve pek çok başka neden devletin bir daha asla geri dönemeyeceği bir gerileme sürecine girmesine neden olmuştur. Her ne kadar Osmanlı Devleti XVIII. Yüzyılın başlarında yine dünyanın en önemli güçlerinden biri –belki de birincisi- olsa da söz konusu çözülme devletin kendisini toparlamasına imkân vermemiştir. Kimi zaman devlet yöneticilerinin gerçekleştirmeye çalıştığı reform çabaları sonuçsuz kalmış, özellikle XIX. Yüzyılın ortalarına kadar sistematik bir reformasyon programı uygulanamamıştır.

[25] AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. I, s. 64, 66. BAYINDIR Abdülaziz, "Osmanlı'da Yargının İşleyişi", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, s. 429 vd.; CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, c. 2, Konya 1995, s. 59; BAYINDIR Abdülaziz, İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul 1986, s. 33, 38; YURTSEVEN, s. 126.

[26] YURTSEVEN, s. 128.

Devletin içine düştüğü ve dozu giderek artan gerileme ve buhran hemen her alanda etkisini göstermiştir. Konumuz itibariyle bu alanlardan biri da hukuk sistemi olmuştur. Her ne kadar Osmanlı Devleti başından beri kurumsal bir hukuk ve yargı sistemine sahip olsa da gerileme ve yozlaşma sürecinden söz konusu sistem de zarar görmüştür. XIX. Yüzyılın başlarına gelindiğinde hukuk ve yargı sisteminde ortaya çıkan pek çok aksaklık görülmüştür. Kapitülasyonlar, eskisi gibi nitelikli hukukçuların yetişmeyişi, iktisadi ve ticari alanlarda ortaya çıkan pek çok değişiklik, Batı ile ticaretin yarattığı kimi sorunlar gibi pek çok neden hukuk alanında da bazı ıslahatların yapılması gerekliliğini ortaya koymuştur.

Yukarıda özetle sıralanmış olan pek çok neden, kökleri III. Selim dönemine (1789-1807) kadar uzanan ve Sultan II. Mahmud (1808-1839)'un iktidarında devam eden ıslahatçı anlayış, 1839'da tahta oturan genç Sultan Abdülmecid tarafından da sürdürülmüştür. Abdülmecid dönemi Osmanlı-Türk modernleşme tarihi bakımından önemli bir dönüm noktasıdır. Batılı tarzda eğitim almış olan Sultan, geleneksel Osmanlı hilafet-saltanat anlayışına da sahiptir[27]. Osmanlı Devleti'nde köklü ve kalıcı bir reform sürecinin başlatılması gerektiğine inanan genç Sultan, önce hariciye vekili sonra da sadrazam olan Mustafa Reşid Paşa'nın gayretleriyle yazılmış bir hatt-ı hümâyûnu 3 Kasım 1839 tarihinde İstanbul Gülhane Parkı'nda ilan ettirir. Bizzat Mustafa Reşid Paşa tarafından okunan Ferman Gülhane Hatt-ı Hümâyûnu ya da Tanzimat Fermanı olarak adlandırılır[28]. Ferman, *"Osmanlı Devleti doğuşundan beri Şeri'ata son derece bağlı olduğundan saltanat kuvvetli ve halk refah içinde idi. Fakat 150 yıldan beri birbiri ardından gelen gaileler ve çeşitli sebepler yüzünden Şeri'ata ve kanunlara uyulmadığından eski kuvvet ve zenginlik güçsüzlük ve fakirliğe dönüşmüştür"*[29] şeklindeki girişiyle Şerîat'e atıfta bulunarak, gerileme ve yoksulluğun hukuktan uzaklaşmanın bir sonucu olduğunu ileri sürmüştür.

Yukarıda da belirtildiği gibi Gülhane Hatt-ı Hümâyûnu ile başlayan Tanzimat süreci çok yönlü bir reform programını içeriyordu. XIX. Yüzyıl, bu

[27] YÜCEL Yaşar, "Açış Konuşması", Mustafa Reşid Paşa ve Dönemi Semineri Bildiriler, 13-14 Mart 1985, Ankara, 1994, s. 2 vd; YURTSEVEN, s. 203-204.

[28] Tanzimat Fermanı hakkında geniş bilgi için bkz. Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Ed. Halil İnalcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 2006.

[29] İNALCIK Halil, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümâyûnu", Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Ed. Halil İnalcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 2006, s. 99.

yönüyle Osmanlı Türk modernleşme tarihinin en uzun yüzyılı olmuştur. İşte bu sürecin içerisinde belki de en önemli yasal düzenleme İslam hukuk tarihi boyunca yapılmış en uzun ve en kapsamlı kanun olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'dir.

Tanzimat ile başlayan hukuk reformları sürecinde kurumsal yargı sisteminde de önemli değişiklikler yaşanmış, yeni mahkemeler, yargı kurumları oluşturulmuştur. Buna bağlı olarak yeni bir medeni kanun hazırlanması gündeme gelmiştir. Mecelle'nin hazırlanmasına karar verilmeden önce Metn-i Metîn adıyla bir kanun hazırlanmasına girişildiyse de bu teşebbüs başarı sağlanamamıştır. Ancak söz konusu çalışmanın başarısızlığı, yeni bir medeni kanun yapılması düşüncesini ortadan kaldırmamıştır. Hatta Tanzimat'ın sembol isimlerinden Âlî Paşa nispeten Fransız baskısıyla Fransız Medeni Kanunu'nun Türkçeye çevrilmesini istemiş, bu amaçla kurulan bir komisyon Fransız Code Civile'nin Osmanlı Türk Hukuku'na uyumu için çalışmalar yapmış ve bu yönde epeyce mesafe de almıştır[30].

Code Civile'e ilişkin komisyonun çalışmaları sürerken, Tanzimat Dönemi'nin önemli hukukçu ve devlet adamlarından biri sayılan Ahmet Cevdet Paşa'nın başını çektiği bir grup, Batılı bir kanunu çevirip uygulamaktansa, yüzlerce yıllık hukuki birikimin kazanımlarından oluşacak milli bir medeni kanunun hazırlanması yönünde çalışmalar yapmıştır. Sonuç itibariyle yeni ve milli bir kanunun yapılması fikri kabul edilerek bir Mecelle Cemiyeti kurulmuş ve hukuk tarihimizde çok özel ve önemli bir yere sahip olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye yazılmaya başlanmıştır. Mukaddime ve ilk kitabı 1869'da yürürlüğe giren Mecelle, tamamı onaltı kitap ve 1851 madde olmak üzere kitap kitap hazırlanarak yürürlüğe konmuştur. Son kitabı 1876 yılında yürürlüğe giren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, yaklaşık sekiz yılda tamamlanmıştır. Kuşkusuz, Türk-İslam hukuk tarihinin bu önemli kanunlaştırmasının vücut bulmasında dönemin büyük hukukçusu Ahmet Cevdet Paşa'nın tartışılmaz bir rolü olmuştur[31].

Mecelle, İslam-Osmanlı hukukunun o zamana kadar yürürlükte olan, özellikle eşya, borçlar ve yargılama hukukuna ilişkin hükümlerini tedvin etmiş teknik ve milli bir kanun metnidir. Millidir, çünkü şekli benzerlik dışında Batı kanunlarından başkaca bir etkileşim söz konusu olmamıştır.

[30] AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 427.
[31] AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 427; EKİNCİ Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2008, s. 568; CİN/AKYILMAZ, s. 565.

İslam hukukunun klasik kazuistik (meseleci) yorumuyla kaleme alınan Mecelle, İslam hukukunun modern anlamda yapılmış ilk kanunlaştırma örneğidir. Bu yönüyle, Türk-İslam hukuk tarihinde önemle bir yeri olan Mecelle, sonrasında İslam ülkelerinde yapılan kodifikasyon hareketlerine örnek oluşturmuştur[32].

III. BİR ÖRFÎ HUKUK DÜZENLEMESİ OLARAK MECELLE'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin neden bir örfî hukuk düzenlemesi olduğu sorusuna cevap aranacak, Mecelle'nin yapılış biçimine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

Nitelik itibarıyla Örfî Hukuk'un ne olup ne olmadığı hususunda yukarıda bilgi verilmişti. Bu çerçevede Örfî hukukun "İslam Hukuku'nun çizdiği sınırlar içerisinde siyasi otoritenin hukuk yaratması, hukuk kuralı koyması" olduğunu belirtmiştik. Örfî hukuk Osmanlılar ile ortaya çıkmış bir kural koyma yöntemi değildir. Emeviler'den başlayarak Osmanlılar'a kadar kurulmuş tüm İslam devletlerinde örfî düzenlemeler yapıldığı bilinen bir gerçektir. Hatta bunlardan Alâüddevle Beğ Kanunnamesi, Emir Timur Tüzükatı günümüze kadar ulaşmış önemli örfî hukuk düzenlemeleridir. Ancak İslam hukukunun en uzun ve en kapsamlı uygulaması olarak nitelendirebileceğimiz Osmanlı-Türk hukuku içerisinde örfî hukuk son derece etkin ve kapsayıcı düzenlemelerle gelişmiştir. İlk oarak ikinci Osmanlı Sultanı Orhan Bey'in mali alanlara ilişkin kanunlar koyduğu bilinmektedir. Sultan I. Murad'ın iktidarında ise ilmiye sınıfından gelen vezirler tarafından Şerîat dışı hukukun gelişimine ilişkin çalışmalar başlamış ve I. Bayezid döneminde artık padişah kanunnameleri şeklinde örfî düzenlemeler ortaya çıkmıştır[33].Sonraki padişahlar döneminde hızla gelişen Kanunname geleneği, Fatih Sultan Mehmed ve II. Bayezid ve Kanuni Sultan Süleyman dönemlerinde zirve yapacaktır.

Padişahların emir ve fermanlarıyla va'z ettikleri kanun ve emirleri bir araya toplamak suretiyle düzenlenen mecmualara "kanunname" adı verilmiştir. Ayrıca bu mecmualarda toplanan kanunlardan, belli bir zümre veya alana ait olanlar da aynı adla anılmaktadır. Birer Örfî hukuk düzenlemeleri olan kanunnamelerde daha çok idare, maliye ve ceza gibi kamu hukuku alanlarında düzenlemeler mevcuttur. Çünkü özel hukuka ilişkin

[32] AYDIN, s. 427.
[33] MUMCU Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını, Ankara 1985, s. 35, CİN/AKYILMAZ, s. 82.

kurallar Şer'i hukukun asli kaynaklarında genellikle ayrıntılı olarak düzenlenmiştir[34].

Osmanlı Kanunnameleri esas olarak üç grupta değerlendirilmektedir. Birincisi, belli bir konuda hüküm içeren kanunnamelerdir. Bunlar, ferman, berat ve yasakname şeklinde va'z edilirler. Mahalli idarecilere ve kadılara gönderilen bu kanunnameler, sancak kanunnamelerinin ve genel kanunnamelerdeki pek çok hükümlerin ilk şekillerini oluşturmaktadırlar. Bunlar, nişancı[35] tarafından hazırlanır, Divan-ı Hümayun'da tartışılıp görüşülür. Sadrazam tarafından padişaha arzedilip onaylandıktan sonra yine nişancı tarafından tuğra çekilerek kesinleşir[36].

Sancak ve vilayetlerde geçerli olan arazi ve vergi kanunlarını toplayan vilayet veya sancak kanunnameleri, ikinci grup kanunnameleri oluşturur. Bunlar belli bir bölgede yürürlükte olup, daha çok arazi ve vergi hukukuyla ilgili hükümleri bir araya getiren kanunnamelerdir. Bunlara özel kanunnameler de denir. Bu kanunnamelerin birer nüshası o vilayet ve sancakta, diğeri de İstanbul'da bulunan tahrir defterinin başına dercedilir.

---

[34] BARKAN Ömer Lütfi, "Kanun-name", MEBİA, c. VI, İstanbul 1977, s. 185-187; YURTSEVEN Yılmaz, Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, 2001, s. 7-8.

[35] "Divan-ı Hümayun'un asli üyesi olan nişancı, görevinin hemen hemen tamamını bu divan içinde yürütür. Terminolojik açıdan nişancı, "padişah fermanlarına tuğrayı çeken kişi" anlamına gelse de görevi sadece bununla sınırlı değildir. En önemli görevi olan tuğra çekmenin yanında, fermanların hazırlanmasını sağlamak, çok önemli fermanları bizzat kaleme almak ve yeni konulacak ya da değiştirilecek Örf'i hukuk kurallarının saptanmasıyla uğraşmak diğer önemli fonksiyonlarıdır. Özellikle Örfî hukuk kurallarının hazırlanmasındaki uğraşıları dolayısıyla nişancıya "müfti-i kanun" da denmiştir". MUMCU Ahmet, Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, Ankara 1976, s. 47-48; Müfti-i Kanun olarak nişancıların, Örfî kanunları iyi bilmek, yeni ve eski kanunları ve bunlarla Şer'i hükümleri telif etmek, gerektiğinde de Divan-ı Hümayun'da bu konularda fikir beyan etmek gibi sorumlulukları vardır. UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1984, s. 214; "Nişancının en kayda değer ve orijinal görevi Örfî kanunların hazırlanmasında oynadığı roldür. Bu açıdan ulü'l-emrin örfî hukuk yapma yetkisini temsil ettiği söylenebilir". CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya 1995, s. 206; FENDOĞLU Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihinde Yargı Bağımsızlığı (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), Diyarbakır 1995, s. 61; Nişancı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., AKYILMAZ Gül, Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya 2000, s. 28-35.

[36] ANHEGGER Robert/İNALCIK Halil, Kanunname-i Sultânî ber Müceb-i Örf-i Osmânî, Ankara 1956, s. 14-17; AYDIN Mehmet Akif, "Osmanlı'da Hukuk", Osmanlı Devleti Tarihi (ed. Ekmeleddin İHSANOĞLU), İstanbul 1999, s. 416-417; AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, İstanbul 1990, c. I, s. 85; YURTSEVEN, Ta'zir, s. 8.

Siyaset cezalarını bir araya getiren siyasetnameler ve Fatih'in teşkilat kanunnamesi bu guruptandır[37].

Sancak kanunnameleri, muttasal defterlerin başına kaydedilir. Çok önemli sayılanlar, merkezde ve nişancının evinde kaleme alınır. Mümeyyiz tashih eder. Sadrazamın arzı ile padişahın onayına sunulur. Padişahın onayından sonra nişancı tuğra çeker. Böylece kanunname kesinleşmiş olur[38] .

Bütün İmparatorlukta geçerli olan hükümleri bir araya getiren genel kanunnameler ise üçüncü grubu oluşturur. Nişancı tarafından padişahın fermanı üzerine hazırlanırlar. Divan-ı Hümayun'da görüşülüp üzerinde tartışılır. Sadrazam bizzat bu tartışma ve görüşmelere katılır. Padişaha arzedilir. Padişahın onayından sonra, nişancının tuğra çekmesiyle yürürlük kazanarak tüm reayayı bağlar. Özellikle Kavanin-i Örfiye-i Osmanî adıyla anılan bu kanunnameler, Şer'î fetva ve kaza süzgecinden geçirilir[39]. Genel kanunnameler bütün İmparatorluk topraklarında yürürlükte olan ve daha ziyade ceza, arazi ve vergi hukuku alanlarındaki hükümleri bir araya toplayan kanunnamelerdir[40]. Genellikle bu tip kanunnamelerin düzenlenmesinde güdülen amaç, bir taraftan kanun yapanlara örnekler vermek diğer taraftan kanunları uygulayacak olanlara, hüküm verirken kullanmaları veya emsal bulmaları için kolaylık sağlamaktır[41]. Fatih'in Teşkilat ve Kanun-i Osmanî olmak üzere iki, II. Bayezıd, Yavuz, Kanunî ve bir görüşe göre III. Ahmed'in birer umumî Kanunnameleri vardır[42].

Kadıların özellikle ceza, arazi ve vergi hukuku alanlarında en önemli yardımcıları olan kanunnamelerin, Osmanlı hukukunun uygulanmasında da

[37] AYDIN, Osmanlı'da Hukuk, s. 417.
[38] AKGÜNDÜZ, c. I, s. 84.
[39] AKGÜNDÜZ, c. I, s. 83; YURTSEVEN, Ta'zir, s. 9.
[40] AYDIN, Osmanlı'da Hukuk, s. 417; Barkan, genel kanunnamelerin tüm imparatorlukta geçerli olan kanunlar olduğu düşüncesine katılmamaktadır: "...Osmanlı İmparatorluğu gibi, idari ve mali mevzuatta, bölgelere göre, hukuk ve kanun dağınıklığı prensibi hükümran olan ve her biri ayrı bir teşkilat ve nizam ile idare edilen ve çeşitli imtiyaz ve muafiyetlere sahip bulunan zümrelere ve vakıflar şeklinde, idari-mali bir takım muafiyetler ile ve her biri kendi hususi statüsüne göre idare edilen teşekküllere hükmeden bir ülkede, umumi bir teşkilat ve idare kanunu tertip etmeye ve bunu herkesin eline vermeye imkan yoktur. Hakikaten çok renkli ve çeşitli bir tablo arz eden bu geniş ülkede, mesela Macaristan'da fethedilen memleketlerde tatbik edilen kanunlar ile adalarda, Mısır'da, Azerbaycan'da veya Şark vilayetlerinde tatbik edilen teşkilat ve müesseseler birbirinden çok farklıdır. Bu suretle her yer, teşkilat ve zümre için ayrı olmak üzere, bir takım hususi kanunlar mevcuttur ve bu kanunlar alakalı devlet dairelerinin elindeki defterlerde kayıtlıdır. Bu vaziyete göre, bunlar ancak bir yığın halinde bir araya toplamak mümkün olabilecektir". BARKAN, "Kanun-name", s. 189-190.
[41] ANHEGGER/İNALCIK, s. XI.
[42] AKGÜNDÜZ, c. I, s. 83; YURTSEVEN, Ta'zir, s. 10.

etkili oldukları bir gerçektir. Örfî hukukun gelişmesi ile birlikte özellikle ceza hukuku alanında kanunnameler, kadıların kullandıkları önemli yürürlük kaynağı olmuşlardır. Zaman zaman kadıların ellerindeki kanunname nüshalarını merkeze göndererek, son değişikliklere göre tashih ettirdikleri görülmektedir. Hatta bu kanunnamelerin bir örneğinin isteyen kişilere belirli bir ücret karşılığında verildiği de bilinmektedir. Bu, kanunname muhtevasını vatandaşların da öğrenmesini sağlayan bir uygulamadır. Böylece kanun egemenliğinin sağlanması yolunda önemli bir fonksiyon yerine getirilmiştir[43].

Tanzimat Dönemi ile birlikte gerek devlet yönetiminde gerek hukuk sisteminde hem kurumsal hem de mevzuat bakımından önemli değişiklikler yaşanmıştır. Klasik kanunname geleneği artık yerini modern "kanun"lara bırakmış, yalnız Türk hukuk tarihinde değil, İslam hukuk tarihi için de ilk sayılacak düzenlemeler ve hukuki kurumlar ortaya çıkmıştır.

Yukarıdaki açıklamalarda ifade edildiği gibi örfî hukukun düzenleme alanlarından biri de İslam hukukuna ilişkin hüküm ve fetvaları kanun olarak yayınlamaktır. Nitelik itibarıyla Mecelle bir İslam hukuku düzenlemesidir. İçinde İslam hukukunu aşan bir hüküm söz konusu değildir. Hanefi fıkhının eşya, borçlar hukuku ve usul hukukuna ilişkin hükümlerini bir kanun metni olarak düzenleyen Mecelle, bu bakımdan "İslam hukuku alanında düzenleme getiren bir örfî hukuk düzenlemesi"dir. Dolayısıyla içeriği itibarıyla İslam hukukuna ilişkin düzenleme getiren Mecelle, yapılış usulüne ilişkin olarak bir örfî düzenlemedir. Siyasi otoritenin görevlendirdiği bir komisyon olan Mecelle Cemiyeti söz konusu kodifikasyon metnini yazmış ve metin padişahın onayı ile yürürlüğe girmiştir.

SONUÇ

Modern kanunlaştırma tarihimizde ilk olma özelliği taşıyan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye sadece Türk-İslam hukuk tarihi için değil, tüm dünya hukuk tarihi için önemli ve kodifikasyon hareketidir. Mecelle'nin önemi onun yalnızca İslam hukukunun özel hukuka ilişkin ilk modern kanun metni olmasında değil, klasik bir monarşi olarak nitelendirebileceğimiz Osmanlı siyasi otoritesinin kanun yapma konusundaki başarısını da ortaya koymasındadır. İslam hukuku terminolojisinde "siyasi otoritenin yarattığı hukuk" olarak nitelendirebileceğimiz Örfî hukuk, Şerîat'ın çizdiği sınırlar

[43] AYDIN, Osmanlı'da Hukuk, s. 417; YURTSEVEN, Ta'zir, s. 10.

içerisinde kalmak ve onun bir parçası olmakla birlikte, Osmanlı Devleti'nde İslam hukuk tarihinde hiç olmadığı kadar büyük bir gelişim göstermiştir. Yüzyıllar boyunca özellikle kamu hukuku alanında son derece gelişmiş kanunnameler ile düzenlemeler getiren Osmanlı siyasi otoritesi, Şerîat ile sınırlı yasama yetkisini oldukça kapsamlı ve etkin bir şekilde kullanmış, zamanın ve toplumsal ihtiyaçların ortaya çıkardığı hukuki boşlukları yine İslam hukukuna uygun bir şekilde ustaca doldurmaya çalışmıştır.

Tanzimat ile birlikte "modern zamanlar"ın kapıları aralandıkça Örfî hukukun yasama sistemi de önemli değişiklikler geçirmiş, "modern kanun" düzenlemeleri hukukumuzda yerini almaya başlamıştır. Klasik İslam hukukunun bir bölümünü düzenleyen Mecelle, örfî hukukun kapsama alanından biri olan "şer'i hükümleri düzenleme" yetkisinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. En başında evrensel hukuk ilkeleri diyebileceğimiz bir müstesna umdeler ile hukuk felsefesi alanında da önemli bir yazılı kaynak olarak vasıflandırabileceğimiz Mecelle, Osmanlı Örfî hukukun evrensel nitelikte ortaya koyduğu büyük bir hukuk şaheseridir.