

OSMANLI DEVLETİ
VE
MEDENİYETİ TARİHİ

CİLT I

Editör
Ekmeleddin İhsanoğlu

Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi Serisi No: 1

PC/5-94

ISBN 1. Cilt / 92-9063-051-5

ISBN 2. Cilt / 92-9063-052-3

ISBN Takım / 92-9063-053-1

Editör: Ekmeleddin İhsanoğlu

İslâm Tarih, Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi (IRCICA)

Adres:

Yıldız Sarayı, Seyir Köşkü
Barbaros Bulvarı, Beşiktaş
İstanbul, Türkiye

Posta Adresi:

P.K. 24, Beşiktaş 80692
İstanbul, Türkiye

Tel: (0212) 260 59 88-89

Fax: (0212) 258 43 65

Telex: 26484 isam tr.

İndeks: Nejat Sefercioğlu, Abdullah Uysal, Acar Tanlak

Dizgi: Vedat Kaya, Duygu Sefercioğlu, Acar Tanlak

Sayfa Düzeni: Hatice Polat, Acar Tanlak

Kapak: Hatice Polat

Basıldığı Yer: Yıldız Matbaacılık, Yayıncılık Ticaret ve Sanayi A.Ş.

Osmanlı Devleti ve medeniyeti tarihi / Feridun Emecen ...[ve öte]; editör ve önsöz Ekmeleddin İhsanoğlu.- İstanbul: İslâm Tarih, Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi. 1994

2c. (c.1 XXVIII, 868 s.): res, hrt.; 24 sm.-(Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi serisi; no. 1)

İçindekiler: c.1. Devlet ve toplum-

Bibliyografya her cildin sonunda

İndeks var

ISBN 92-9063-051-5 (c.1). - 92-9063-052-3 (c.2) - 92-9063-053-1 (takım)

1. Türkiye - Tarih - Osmanlı Devleti, 1288-1918 2. Osmanlı Devleti - Tarih - 1288-1918 3. Osmanlı Devleti - Medeniyet I. Emecen, Feridun II. İhsanoğlu, Ekmeleddin III. Seri

956.1

İSLAM TARİH, SANAT VE KÜLTÜR ARAŞTIRMA MERKEZİ
(IRCICA)

OSMANLI DEVLETİ
VE
MEDENİYETİ TARİHİ

YAZARLAR

FERİDUN EMECEN
KEMAL BEYDİLLİ
MEHMET İPŞİRLİ
MEHMET ÂKİF AYDIN
İLBER ORTAYLI
ABDÜLKADİR ÖZCAN
BAHAEDDİN YEDİYILDIZ
MÜBAHAT KÜTÜKOĞLU

EDİTÖR VE ÖNSÖZ
EKMELEDDİN İHSANOĞLU

İstanbul 1994

OSMANLI DEVLETİ VE MEDENİYETİ TARİHİ

CİLT I

DEVLET VE TOPLUM

OSMANLIDA HUKUK

M. Âkif Aydın

I. OSMANLI HUKUKUNUN GENEL YAPISI

A. OSMANLI HUKUKUNUN ŞER'Î VE ÖRFÎ KARAKTERİ

Osmanlı hukukuyla ilgilenen araştırmacılar arasında en fazla tartışılan konuların başında bu hukukun genel yapısı ve şer'î - örfî karakteri gelir. Bu konuda Osmanlı hukukunun tam anlamıyla İslâm hukukunun bir uygulaması olduğundan tutun da İslâm hukukundan çok sınırlı ölçüde istifade etmiş tamamen orijinal ve farklı bir hukuk teşkil ettiğine kadar birbirinden çok farklı iddialar ileri sürülmüştür. Araştırmacılar tarafından bu kadar farklı sonuçlara varılmış olması mevcut tarihî ve hukukî belgelerin farklı bilgiler vermesinden ziyade bunların farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.

Şurası bir gerçek ki Osmanlı Devleti'nin kuruluşuyla birlikte yeni ve orijinal bir hukuk sistemi başlamış değildir. Bu devleti kuranlar birçok şeyin yanı sıra o zamana kadar Türk ve İslâm devletlerinde işlemekte olan ve büyük ölçüde müştereklik arzeden bir hukukî yapıyı da tevârüs etmişlerdi. Ancak Osmanlılar'ın almış oldukları bu hukukî mirası hiç değişikliğe uğratmadan uyguladıklarını düşünmek mümkün değildir. Altı asırlık bir süreç içinde ihtiyaç duyuldukça bu hukukî yapıda gerekli değişiklikler ve ilâveler yapılmıştır.

Bu değişikliklerin sonrasında bile Osmanlı hukukuyla daha önce tarih sahnesinde yer alan veya çağdaşı olan İslâm ve Türk devletlerinin hukukları arasında büyük ölçüde bir paralellik daima var olmuştur. O halde Osmanlı hukuku denince İslâm hukuku, Roma hukuku, Anglo-Sakson hukuku gibi bütün esasları ve kurumlarıyla kendine has(sui generis) bir hukuk anlaşılmalıdır.

Diğer İslâm ve Türk devletlerinde olduğu gibi Osmanlı Devleti'nde de hukuk esas itibarıyla İslâm hukukundan oluşmaktadır. Bu, İslâm dininin sadece bir inanç ve ibadet esaslarından oluşmayıp hukuku da içine almak üzere hayatın bütün yönlerini düzenleyen bir sistem olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple İslâmiyet'i kabul eden milletler bu kabulün bir

gereği olarak İslâm hukukunu da benimsemişlerdir. Bu dinî ve hukukî realite Osmanlılar için de geçerlidir. Ancak Osmanlılar İslâm hukukunu uygularken zamanın gerektiği düzenlemeleri ve ilâveleri yapmaktan geri durmamışlardır. Bunu yaparken İslâm hukukunun devlet başkanına tanıdığı geniş takdir ve düzenleme yetkisinden yararlanmışlardır. Osmanlı padişahlarının münferit ferman ve kanunlarıyla yapılan bu düzenlemeler zaman içerisinde önemli bir yeküne ulaşınca oluş biçimine bakılarak kendi içinde bir bütün olarak değerlendirilmiş ve ayrı bir isimle anılmaya başlanmıştır. Klasik fıkıh kitapları içinde yer alan ve geçmiş dönemlerde devletin müdahalesinden bağımsız olarak oluşan hukuka şer'î hukuk, padişahların emir ve fermanlarıyla oluşan hukuka da örfî hukuk adı verilmiştir. İşte Osmanlı hukuku esas itibarıyla şer'î hukuk ile bunun yanında zaman içerisinde oluşan örfî hukuktan ibarettir.

Tarihî kaynaklarda örfî hukuk terimine ilk defa Fâtih döneminde rastlanmaktadır. Bu dönemin tarihçisi Tursun Bey şer'î hukukun yanı sıra örfî hukukun varlığından da söz etmektedir¹. Aynı döneme ait başka kaynaklarda da bu ayırmadan bahsedilir. XVI. asırda Osmanlı idaresindeki Mısır'da yaşamış olan bir haham Osmanlılar'da şer'î ve örfî olmak üzere iki çeşit hukuk sisteminin var olduğunu belirtmektedir². İlk örfî verginin bir pazar vergisi (bâc) olarak Osman Gazi zamanında konulduğu³ göz önüne alınırsa örfî hukukun devletin kuruluşuyla birlikte ortaya çıkmaya başladığını söylemek yanlış olmaz.

Örfî hukukun sadece Osmanlı Devleti'ne has olmayıp diğer İslâm devletlerinde de mevcut olduğu ve ortaya çıkışının çok daha öncelere gittiği anlaşılmaktadır. XIV. yüzyılda yazıldığı anlaşılan bir İlhanlı fermanı suçluların ber vech-i şer'iat ve yasa cezalandırılmalarından söz etmektedir. Yine Bağdat Mercâniye Medresesi'ndeki 758 (1357) tarihli bir kitâbede yer alan "Dîvân li-fasli'l-kadâya's-şer'iyye ve'l-yarguciyye" ifadesi şer'î ve örfî davaların görüldüğü bir mahkemenin varlığını haber vermektedir⁴. Yargu Moğolca'da "hüküm ve yasa(yasağ)", yargucu da bunu uygulayan

1 Tursun Bey, *Tarih-i Ebu'l-Feth*, (haz. Merto Tulum), İstanbul 1977, s. 12.

2 Uriel Heyd, "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şer'iat", (kis: "Kanun ve Şer'iat"), Tercüme: Selahattin Eroğlu, *AÜİFD*, c. XXVI, s. 634; Reuben Levy, *The Social Structure of Islam*, Cambridge 1979, s. 262.

3 Âşukpaşazâde *Tarhi*, Ali Bey neşri, İstanbul 1332, s. 19-20.

4 Heyd, "Kanun ve Şer'iat", s. 639.

kimsedir⁵. Aynı şekilde Memlûkler'de, İran'da ve Hindistan'daki İslâm devletlerinde farklı isimler taşısa da bir örfî hukukun varlığı bilinmektedir⁶. Muhtemelen Osmanlılar'da örfî hukuku doğuran sebepler diğer İslâm devletlerinde de şekil ve muhtevaları farklı bile olsa benzer düzenlemeleri gerekli kılmıştır.

Tursun Bey şer'î hukuku anlattıktan sonra örfî hukuku "Yani bu tedbir ol meretebe olmazsa belki mücerred tavr-ı akl üzere nizâm-ı âlem-i zâhir için meselâ tavr-ı Cengiz Han gibi olursa sebebine izâfe ederler siyâset-i sultânî ve yasâğ-ı pâdişâhî derler ki örfümüzce ona örf derler" diye tarif etmektedir⁷. Bu tarif ışığında örfî hukuku şer'î hukukun yanı sıra padişah irade ve fermanlarıyla oluşan hukuk diye tanımlayabiliriz. Buna "örf-i pâdişâhî", "örf-i münîf-i sultânî" de denmektedir⁸. Mahkeme kayıtlarından ibaret olan sakkın da bu ikili ayırımı paralel olarak şer'î ve kanunî(adî) sak diye ayrıldığı görülmektedir⁹. Aynı ayırımı tekâlîf-i şer'îyye tekâlîf-i örfîyye ve rûsûm-ı örfîyye şeklinde Osmanlı vergi hukukunda da vardır.

Örfî hukuk denince ilk bakışta isminin hatıra getirdiği gibi bir örf ve âdet hukuku anlaşılmalıdır. Gerçi örfî hukuk normları konurken en azından hukukun belli alanları bakımından yerleşmiş örf ve âdetlerin, hukukî teâmüllerin dikkate alındığı olmuştur. Osmanlılar fethettikleri ülkelerin hukukî yapılarını birden bire değiştirip yerleşik halkı tamamen yabancıları oldukları bir hukuk sistemiyle baş başa bırakmak yerine, mevcut hukukî örf ve âdetleri belli süre için yürürlükte bırakıp zaman içerisinde Osmanlı hukukuyla bütünleştirmeyi hukuk realitesi açısından daha elverişli görmüşlerdir¹⁰. Ancak bütün bu hukukî esasları mahkemelerde mecburen uygulanan normlar haline getiren bunların örf ve âdete dayanmış olmaları değil, padişahların irade ve fermanlarına dayanmalarındır¹¹. O halde örfî hukuk bir kanun hukukudur.

5 Tarama Sözlüğü, c.VI, s.4343-4344.

6 Levy, s.261-264.

7 Tursun Bey, s. 12.

8 Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, (kis: *Criminal Law*), Oxford 1973, s. 168-169.

9 Mehmed b. Mûsâ, *Bid'atü'l-Kadı* Süleymaniye Ktp. Denizli, nr. 166, vr. 2b-3a; Karahisari Hamza, *Mühümâtü'l-Kudat* Süleymaniye Ktp. Yazma Bağışlar, nr. 51/3, vr. 54a-54b.

10 Ömer Lütfi Barkan, "Kanunname" İA, c. VI, s. 194.

11 Halil İnalcık, "Osmanlı Hukukuna Giriş", *SBFD* c. XIII/2, s. 103.

B. ÖRFÎ HUKUK VE KANUN

Örfî hukukun teşekkül tarzı yukarıda verilen tariften de anlaşılacağı üzere şer'î hukukunkinden farklıdır. Bilindiği gibi şer'î hukuk müctehid hukukçuların İslâm hukukunun kaynaklarına dayanarak fıkıh usulü ilmindeki esaslar çerçevesinde yapmış oldukları ictihadlara dayanmaktadır. Bu hukukun oluşma sürecinde dört halife(Hulefâ-yi Râşidîn) dönemi hariç devletin bir müdahalesi veya katkısı söz konusu olmamıştır. Bu tarz bir oluşumun İslâm hukukunun teşekkül dönemine ait siyasî ve hukukî sebepleri ve yine bu hukukun muhteva ve uygulamasına yönelik önemli sonuçları olmuştur. Örfî hukuk ise hukukçuların ilmî ictheadlarıyla değil, padişahların koydukları kanunlarla teşekkül etmiştir. Kanun koyma sadece Osmanlılar'a has bir uygulama da değildir. Osmanlılar'ın dışında Türk-Moğol siyasî ve idarî geleneklerinin hâkim olduğu Irak, İran ve Hindistan'daki İslâm devletlerinde de benzer uygulamalara rastlanmaktadır. Cengiz yasası, Timur tüzükatı, Uzun Hasan ve Alâüddeve Bey kanunları ile Âlemgîr tarafından kabul edilen ceza kanunnâmesi buna örnektir¹². Âlemgîr (1658-1707) tarafından kabul edilen ceza kanunnâmesi geç dönemde yapılan bir tedvin olmakla birlikte Hindistan gibi uzak bir bölgede kabul edilmiş olmasına rağmen Osmanlı kanunnâmeleriyle paralellik göstermesi bakımından dikkat çekicidir¹³. Bu durum İslâm öncesinde Türkler'de ve Moğollar'da var olan töre ve yasak geleneğinin etkisini düşündürmektedir.

Osmanlı Devleti'nde örfî kanunların hazırlanmasında devletin en üst kademelerinde yıllarca tecrübe kazanmış devlet adamlarından oluşan Dîvân-ı Hümâyun'un ve özellikle örfî hukuktan sorumlu bulunan nişancıların önemli rolleri vardır. Divanda yapılan görüşmeler ve nişancıların faaliyetleri sonucu şekillenen hukukî esaslar padişahların tasdikleriyle kanun haline gelmekte ve uygulamaya girmektedir. Padişahlar tarafından konan kanunların yürürlük süreleri de esas itibarıyla bunların hayatlarıyla sınırlıdır. Bu sebeple her padişah değişikliğinde yürürlükte kalması istenen kanun ve imtiyazların yenilenmesi gerekmektedir¹⁴.

Örfî hukukun bir anda değil uzun bir süreç içinde ihtiyaca göre yavaş yavaş şekillendiği bilinmektedir. Bu teşekkül sırasında

¹² Halil İnalçık, "Kanunnâme", *EP*, c. IV, s. 562.

¹³ Heyd, *Criminal Law*, s. 317-318.

¹⁴ Heyd, *Criminal Law*, s. 172.

özellikle arazi ve vergi hukuku alanlarında mevcut örf ve âdetler ve mahallî şartlar göz önüne alınarak bütün ülkeye şamil tek bir kanun yerine, her bölgenin şartlarına uygun livâ (sancak) kanunları hazırlanması yoluna gidilmiş ve bu kanunlar o bölgenin tahrir defterinin başına dercedilmiştir¹⁵. Ayrıca zaman içerisinde oluşan bu esaslar çeşitli padişahlar döneminde genel kanunlar halinde bir araya getirilmiştir. Hükümdarlar tarafından konulan hukukî esasların genel kanunnâmeler halinde bir araya getirilmesi bilindiği kadarıyla ilk defa Osmanlılar döneminde görülmektedir¹⁶. Öte yandan belirli konulardaki hukukî esaslar, *Tevkî Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi*, *Sofyalı Ali Çavuş Kanunnâmesi*, Ayni Ali Efendi'ye ait *Kavânîn-i Âl-i Osmân Der Hulâsa-i Mezâmin-i Defter-i Divân*, Hezârfen Hüseyin Efendi'ye ait *Telhîsü'l-Beyân fî Kavânîn-i Âl-i Osmân* adlı eserlerde olduğu gibi özel tedvinlere de konu olmuştur. Gerek resmî ve gerekse özel tedvinler şeklinde ortaya çıkan bu kanunnâmelerin Osmanlı hukukunun düzenli uygulanmasında önemli rolleri olmuştur. Özel tedvinlerin mevcudiyeti ve Osmanlı hukukunun işleyişinde müsbet bir rol oynamaları ilk bakışta yadırganabilirse de bunların belli bir konuda çeşitli şekiller altında resmen isdâr edilen kanunları bir araya topladığı göz önüne alınırsa, resmî nüshalardan çok farklı olmadığı ve kadılara önemli uygulama kolaylıkları sağladığı kabul edilir. Esasen daha sonra göreceğimiz üzere şer'î hukuk sahasında da başvurulacak resmî bir kaynak mevcut değildir. Kadılar hükümlerini Hanefî mezhebindeki müteber kitaplara dayanarak vermektedirler. Bu noktada şer'î hukuk ile örfî hukuk arasında bir paralelliğin bulunduğu söylenebilir. Ancak kanunnâmelerin tamamen veya büyük çoğunlukla özel çalışmaların mahsulü olduğu iddiasını bugün artık savunmak mümkün değildir¹⁷. Fâtih, II. Bayezid, Yavuz ve Kanûnî dönemlerinde resmen kanunnâmeler tedvin edildiği bilinmektedir. Leyszâde tarafından kaleme alınan Fâtih'e ait *Teşkilât Kanunnâmesi*'nin bizzat padişahın "fermân-ı celîlleri üzere nazm u inşâ" edildiği mukaddimede beyan edildiği gibi, kanunnâmenin resmî karakteri "sûret-i hatt-ı hümayun" şeklindeki başlıktan da anlaşılmaktadır¹⁸. XVI. asra ait bir adaletnâmede de

15 Barkan, "Kanunnâme", s. 193.

16 Bu şekilde tedvin edilmiş kanunnâme neşreden ilk İslâm hükümdarının Fâtih Sultan Mehmed olduğu söylenmektedir (bk. İnalçık, "Kanunnâme", s. 563).

17 Bu iddia bilhassa Barkan tarafından ısrarla savunulmaktadır; bk. Barkan, "Kanunnâme", s. 187-189.

18 "Kanunnâme-i Âl-i Osmân", *Tarih-i Osmanî Encümeni Mecmuası* sy. 13-15 eki (1329-1330) s. 9-10; Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, İstanbul 1990 c. I, s. 316-317.

Kanûnî tarafından tanzim edilen kanunnâmenin her şehirdeki mahkemelere gönderildiğinden ve kadıların bunu uyguladıklarından bahsedilmektedir¹⁹. Ayrıca Manisa İl Kütüphanesi'nde bulunan bir kanunnâmenin mukaddimesinde yer alan hükümde kanunnâmenin onun hükümlerinden haberdar olmak isteyen kadıların talebi üzerine Anadolu'daki muhtelif vilâyetlere gönderildiği belirtilmektedir²⁰. Bütün bunlar Osmanlı Devleti'nde özel tedvinlerin yanı sıra resmen de kanunnâme tedvin edildiğini ve bu uygulamanın yaygın olduğunu ortaya koymaktadır. Kaldı ki II. Bayezid ve Kanûnî dönemi kanunnâmelerinin resmî nüshaları günümüze kadar da gelmiştir²¹.

Padişahlar tarafından kanun konulmasına ve bunların genel kanunnâmeler halinde toplanmasına neden ihtiyaç duyulduğuna gelince; bu konudaki esas sebebin ehl-i örf denilen askerî ve idarî yetkililerin keyfî cezalar vermesi, dilediği gibi vergi koyması ve para cezası(cerîme) toplamasına ve benzeri davranışlara engel olma, yani kanun hâkimiyetini sağlama ihtiyacı olduğu söylenebilir. Bir kanunnâme nüshasının hâşiyesinde kanunnâmelerin hedefinin halkı idarecilerin zulmünden kurtarmak olduğunun belirtilmesi dikkat çekicidir²². Çeşitli kanunnâme metinlerinde de kadıların ve ehl-i örfün kanuna aykırı iş yapmamaları konusu ısrarla emredilmektedir²³. 947 (1540) tarihli Malatya livâsı kanununda bundan sonra "ehl-i örf olanlar bu kanundan tecavüz eylemeyeler" denilmektedir. Yine aynı kanunda suçlulardan alınacak para cezaları konusunda kanuna müracaat edilip burada belirtilenden fazla alınmamasından bahsedilmektedir²⁴. Benzer bir hüküm Boz-ulus kanunnâmesinde de vardır. Yine 978 (1570) tarihli Halep livâsı kanunnâmesinde işlenen suçlar konusunda "Kanûn-ı Osmânî"ye

19 Evâil-i Rebiülâhîr 1004 (4-14 Aralık 1595) tarihli bu adaletnâme için bk. Cengiz Uluçay, *XVII. Asır'da Saruhan'da Eşkıyalık*, İstanbul 1941, s. 163 vd; Halil İnalçık, "Adaletnâmeler", *Belgeler Türk Tarihi Belgeleri Dergisi* c. II, sy. 3-4, s. 104 vd.

20 Tuncer Gökçe, "Osmanlı Kanunnameleri ve Bir Kanunname Sureti Hakkında", *TAD*, c. V (1990), s. 217-218.

21 Heyd, *Criminal Law*, s. 172-174; a.mlf, "Kanun ve Şeriat", s. 636; Halil İnalçık, "Mahkama", *EP* c. IV, s. 5.

22 Heyd, "Kanun ve Şeriat", s. 635.

23 Ömer Lütfi Barkan, *XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zırat Ekonomisinin Hukukî ve Mali Esasları Kanunlar*, (kıs. *Kanunlar*) İstanbul 1943, s. 114. md. 17.

24 Barkan, *Kanunlar*, s. 117. md. 13.

müracaat edilmesi, siyaset cezasına müstahak olanlardan bu cezaya mukabil para cezası (bedel-i siyâset) alınmaması emredilmektedir²⁵. Ayrıca kanun hâkimiyetinin sağlanması için bunların halka duyurulmasına da özen gösterilmiş ve kanunnâmelerin bir suretinin maktû bir fiyat mukabilinde halka intikal ettirilmesi imkânı getirilmiştir²⁶. Zaman zaman kanunnâmelerde bu yolda hükümlere rastlanmaktadır. Yavuz tarafından Manisa'daki Şehzade Süleyman'a gönderilen siyasetnâmede mezkûr kanunnâmenin münâdiler vasıtasıyla halka bildirilmesi ve tanıtılması emredilmektedir²⁷. Bir başka kanunnâmede bunun Bağdat'ta halka duyurulması istenmektedir²⁸. Adaletnâmelerde de benzer hükümlere rastlanmaktadır²⁹. Bütün bunların Osmanlı Devleti'nde hukukun hâkimiyetini güçlendirdiği inkâr edilemez.

Osmanlı Devleti'nde yerleşmiş bu kanunnâme geleneğine rağmen Tanzimat dönemine kadar bir hukuk dalının bütünü içine alan bir kanunlaştırma veya tedvin faaliyetine rastlanmaz. Bu durum örfî hukuk alanının her padişaha ve ortaya çıkan yeni hukukî ve sosyal şartlara göre devamlı değişikliğe açık bulunması, keza zaman zaman yapılan kısmî tedvinler sebebiyle böyle kapsamlı bir kanunlaştırmaya acil bir ihtiyacın duyulmamış olmasıyla izah edilebilir. Ayrıca XV. asırdan sonra, böyle bir tedvini gerçekleştirmede birinci derecede rol oynayacak olan hukukçuların çok fazla yetişmemiş olması da tedvin faaliyetinin ortaya çıkmasını engellemiştir denilebilir.

C. ÖRFÎ HUKUKUN DOĞUŞ SEBEPLERİ

Osmanlı Devleti'nde İslâm hukukunun yanı sıra bir de örfî hukukun ortaya çıkışının İslâm hukukunun teşekkül biçimi ve

25 Barkan, *Kanunlar*, s. 143, md. 15, s. 207, md. 8. Kadıların kanun mücebine amel etmeyenleri men etmeleri, men olunmayanları dergâh-ı muallâya arz etmeleri hakkında II. Bayezid dönemine ait bir kanunnâme hükmü için bk. Akgündüz, c.II, s.53.

26 Heyd, "Kanun ve Şeriat", s. 635; a.mlf., *Criminal Law*, s. 176-177; Halil İnalçık, "Kanun", *EP* c. IV, s. 561.

27 Enver Ziya Karal, "Yavuz Sultan Selim'in oğlu şahzade Süleyman'a Manisa sancağını idare etmesi için gönderdiği siyasetname" (kıs: "Siyasetnâme"), *Belleten*, sy. 21-22 (1942), s. 38.

28 Halil İnalçık, "Suleiman the lawgiver and Ottoman law". (kıs: "Suleiman the lawgiver") *Archivum Ottomanicum*, c.I. (1969), s. 135. Benzer uygulamaya İlhânlılarda ve Memlûklar'da da rastlanmaktadır, bk. s. 135-136.

29 Meselâ bk. İnalçık, "Adâletnâmeler", s. 108, 111, 117.

Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu siyasî, idarî ve hukukî şartlarla yakın ilişkisi vardır.

Her şeyden önce Hulefâ-yi Râşidîn döneminden sonra Emevîler'in hilâfet idaresini saltanata çevirmeleri ve böylece kamu ve özellikle anayasa hukuku alanında fiilî (de facto) bir durum yaratmaları İslâm hukukçularının bu sahadaki ilmî ictihadlarının uygulanma şansını büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Onlar da fikhî mesâîlerini uygulama şansı bulunan diğer alanlara çevirmişlerdir. Bunun sonucu olarak İslâm hukuku daha çok özel hukuk ile kamu hukukunun bazı alanlarında gelişmiş, devletin esas teşkilâtı ve idarî yapısı gibi alanlarda aynı seviyede gelişmemiştir. Bu durumu klasik fıkıh kitaplarında müşahade etmemiz mümkündür. Evlenme, boşanma, miras, her türlü hukukî işlemler, zekât öşür gibi şer'î vergiler, had ve kısas suçları konusunda çok geniş bölümler ihtiva eden bu eserler devletin siyasî ve idarî yapısı ve işleyişi konusunda çok sınırlı bilgiler vermektedir. Bunda belirtilen alanlarda Kitap ve Sünnet'te bağlayıcı ve teferruata inen esaslardan ziyade tavsiye niteliğindeki emirlerin ve genel prensiplerin mevcut oluşunun da etkisi olsa gerektir. Ayrıca sahip oldukları siyasî ve idarî tecrübe ve bilgileriyle kendilerini bu alanı düzenlemede daha yetkili kabul eden devlet adamlarının hukukçuların kendilerini sınırlayacak veya fazla teorik kalabilecek çözümlerini arzu etmemiş ve bu sebeple de İslâm hukukçularını bu alana sokmayı istememiş olmaları da mümkündür. Öte yandan Osmanlılar'ın daha önceki Türk devletlerinden gelen zengin bir devlet kurma ve idare etme geleneğini devralmış olmaları da kamu hukukunun şekillenmesinde belirli ölçüde rol oynamıştır. İşte sayılan bütün bu âmiller bu alanın hükümdarın doğrudan söz sahibi olduğu örfî hukuk kaideleriyle düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Bunu yaparken Osmanlılar Selçuklu, İlhanlı ve Abbâsî Devleti'nin siyasî ve idarî mirasından da büyük ölçüde yararlanmışlardır.

İslâm hukukunun teşekkül dönemlerinde fakihlerin çok dikkate değer bir ilmî mesai ortaya koydukları bilinmektedir. Özellikle rey ekolünde (ehlü'r-re'y) yer alan hukukçuların farazî problemler üreterek bunlara uygun çözümler ortaya koymaları İslâm hukukuna ayrı bir zenginlik vermiştir. Bunun sonucu olarak belli bir süre yeni ictihadlara ihtiyaç duyulmamıştır. Gerek bu hukukî vâkıa ve gerekse sonraki dönemlerde öncekiler kadar büyük hukukçuların yetişmemiş olması artık yeni ictihadlara gerek ve imkân olmadığı şeklinde bir anlayışı ortaya çıkarmış ve ictihad kapısının kapandığı yaygın bir kanaat olarak kabul edilmiştir. Bu

durum İslâm hukukunda belli bir durgunluğa yol açmış ve yeni ic-
tihadlara ihtiyaç duyulduğu dönemlerde de hukukçuların bundan
uzak durdukları ve çekimser davrandıkları görülmüştür. Bunun
sonucu olarak bu boşluğu doldurmak maksadıyla örf ve âdete veya
devlet adamlarının siyasî ve idarî maslahatı göz önüne alarak ver-
dikleri emir ve iradelerine dayanan bir hukuk ortaya çıkmaya
başlamıştır³⁰.

Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu malî, askerî ve idarî
şartlar devletin bu şartlara uygun hukukî düzenlemeler yapmasını
gerekli kılmıştır. Tekâlîf-i şer'îye denilen zekât, öşür, haraç, cizye
gibi şer'î vergilerin devletin giderlerini karşılamaması üzerine çeşitli
isimler altında örfî vergilerin (tekâlîf-i örfîye) konması buna örnek-
tir. Keza tarım arazilerinin güçlü toprak sahiplerinin ortaya
çıkmasına yol açacak şekilde tek elde toplanmasını veya vergileri-
nin tahsilini güçlendirecek biçimde küçük parçalara bölünmesini
önleyecek bir tarzda çiftçilere dağıtılması ve bunun zaman içerisinde
aynı şekilde sonraki nesillere intikalini sağlama ihtiyacı, bu top-
rakların mîrî arazi olarak devletin mülkiyetinde bırakılması, sadece
tasarruf hakkının kullananlara devredilmesi ve bu tasarruf hak-
kının başkalarına devir (ferâğ) ve mirasçılara intikallerinin belirti-
len hedeflere ulaşacak şekilde düzenlenmesi mecburiyetini doğur-
muştur. Geniş bir coğrafyaya yayılmış bulunan devlette sükûn ve
asayişin zaman zaman zorlukla temin edilmesi ağır bir ceza politika-
sını, devletin malî darlık içinde bulunduğu dönemlerde para ceza-
larının, donanmada kürekçiye ihtiyaç bulunduğu dönemlerde de
kürek cezalarının ağırlık kazanmasını gerekli kılmış, devlet de ihti-
yaca uygun bu düzenlemeleri yapmaktan geri kalmamıştır.

İslâm hukukunun özellikle Kitap ve Sünnet tarafından tefer-
ruatlı olarak düzenlenmemiş alanlarda devlet başkanına belirli bir
taksir hakkını tanımış olması Osmanlı padişahlarının uzun
asırlar boyunca özellikle ceza hukuku ve malî hukuk alanında
yaptıkları düzenlemelere müsait bir zemin hazırlamıştır. Bilindiği
gibi had ve kısas suçlarının aksine ta'zîr suçları denen çok geniş bir
suç kategorisinin düzenlenmesi İslâm hukukunca devlet başkanına
bırakılmıştır. Hangi fiillerin suç sayılacağı ve ne gibi cezalara
çarptırılacağı belli esaslar dahilinde devlet başkanı tarafından belir-
lenir. Keza şer'î vergiler dışında yeni vergilerin konulmasında da
devlet başkanının taksir yetkisi vardır. İşte Osmanlı padişahları
her iki alanda kendilerine tanınan yetkiyi düzenli bir biçimde kul-

³⁰ N. J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburg 1978. s.5.

lanmışlardır. Osmanlı kanunnâmelerinin önemli bir bölümünün cezaî ve malî düzenlemelere ayrılmış olması da bunu göstermektedir. Bunlar, padişahların irade ve fermanlarıyla oluşum şekilleri göz önüne alınarak örfî hukuk içinde mütalaa edilmişlerdir.

D. ŞER'Î VE ÖRFÎ HUKUKUN BİRBİRİYLE İLİŞKİSİ

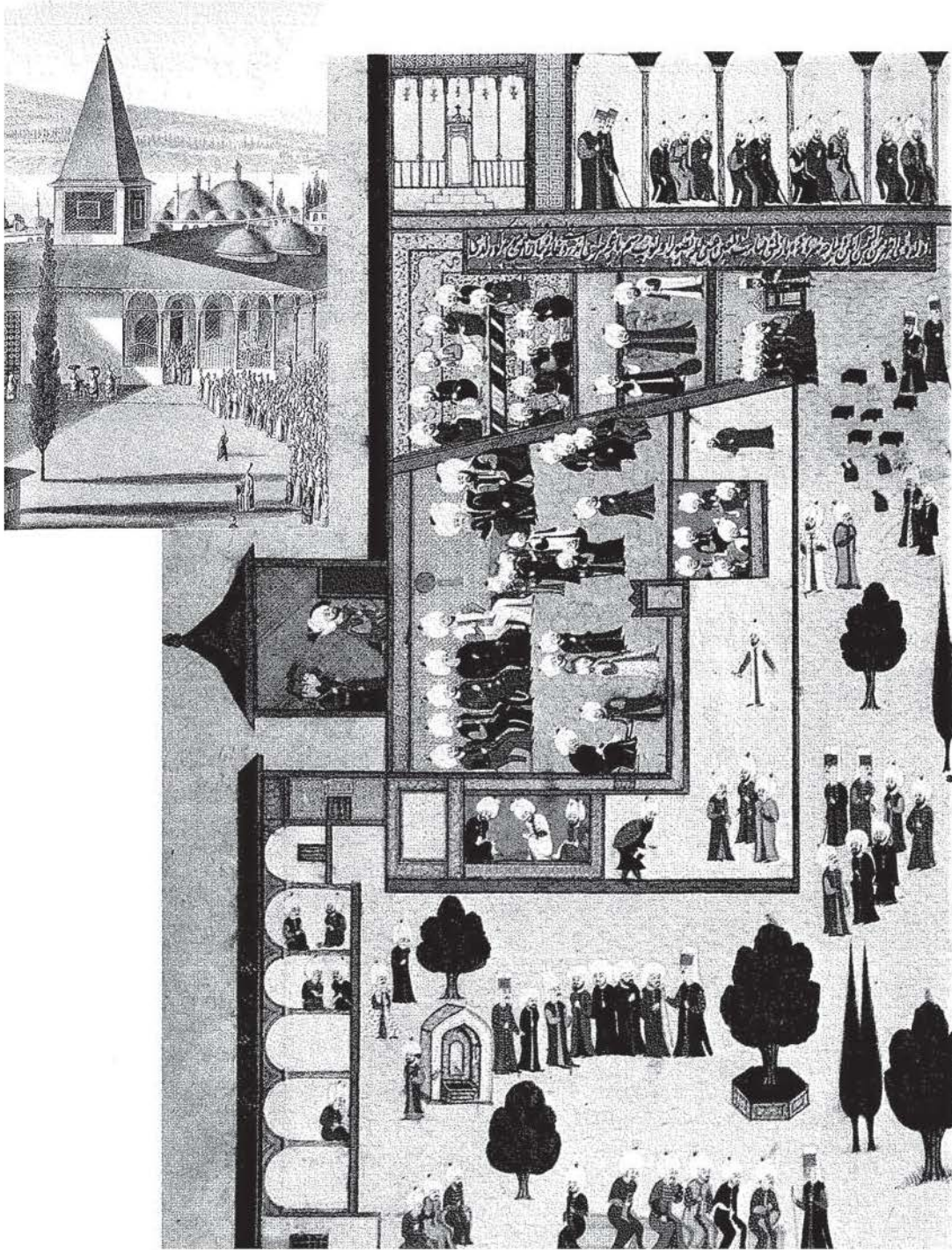
Osmanlı Devleti'nin esas itibariyle İslâm hukukuna dayandığı, örfî hukukun yukarıda belirtilen birtakım siyasî, hukukî ve idarî şartlar sonucu zaman içerisinde ortaya çıktığı göz önüne alınca bu hukukun şer'î hukukla çatışmamasına itina gösterilmesini mâkul bir düzenleme şekli olarak kabul etmek gerekir. Aksi bir çözüm hukukî hayatta çekişmelere ve ikiliklere yol açardı. Bu sebeple şer'î ve örfî hukukun birbiriyle çatışma veya rekabet içinde olan iki ayrı hukukî yapı değil, birbiriyle belli bir uyum içinde buldukları görülmektedir. Her şeyden önce örfî hukuk şer'î hukukun birtakım hükümlerini ortadan kaldırmak veya değiştirmek iddiasıyla ortaya çıkmış değildir. Bilakis şer'î hukukun tanıdığı yetki çerçevesinde veya bu hukukun düzenlememiş bulunduğu alanlarda hüküm koyması söz konusudur.

Osmanlı padişahları şer'î hukukun ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunduğu alanlarda kanun koymamaya, diğer alanlarda kanun koyarken de bu hukukun genel prensiplerine ters düşmemeye belli bir itina göstermişlerdir. İlk örfî vergi olan pazar vergisinin (bâc) konması sırasında Osman Gazi'nin Allah'ın emri değil diye böyle bir vergiye karşı çıktığı, ancak şer'î esaslara aykırı olmadığını anladıktan sonra bunu kabul ettiği tarihî kaynaklarda belirtilmektedir³¹. Kanunnâmelerin şer'î hukuka uygunluğunun şeyhülislâm tarafından kontrol edildiği yolunda var olan bazı tarihî rivayetler³², bir kısım araştırmacılar tarafından reddedilmesine³³ rağmen tamamen ihtimal dışı değildir. Çok sonraki bir dönemde hazırlanmış olmasına rağmen *Arazi Kanunnâmesi*'nin padişahın

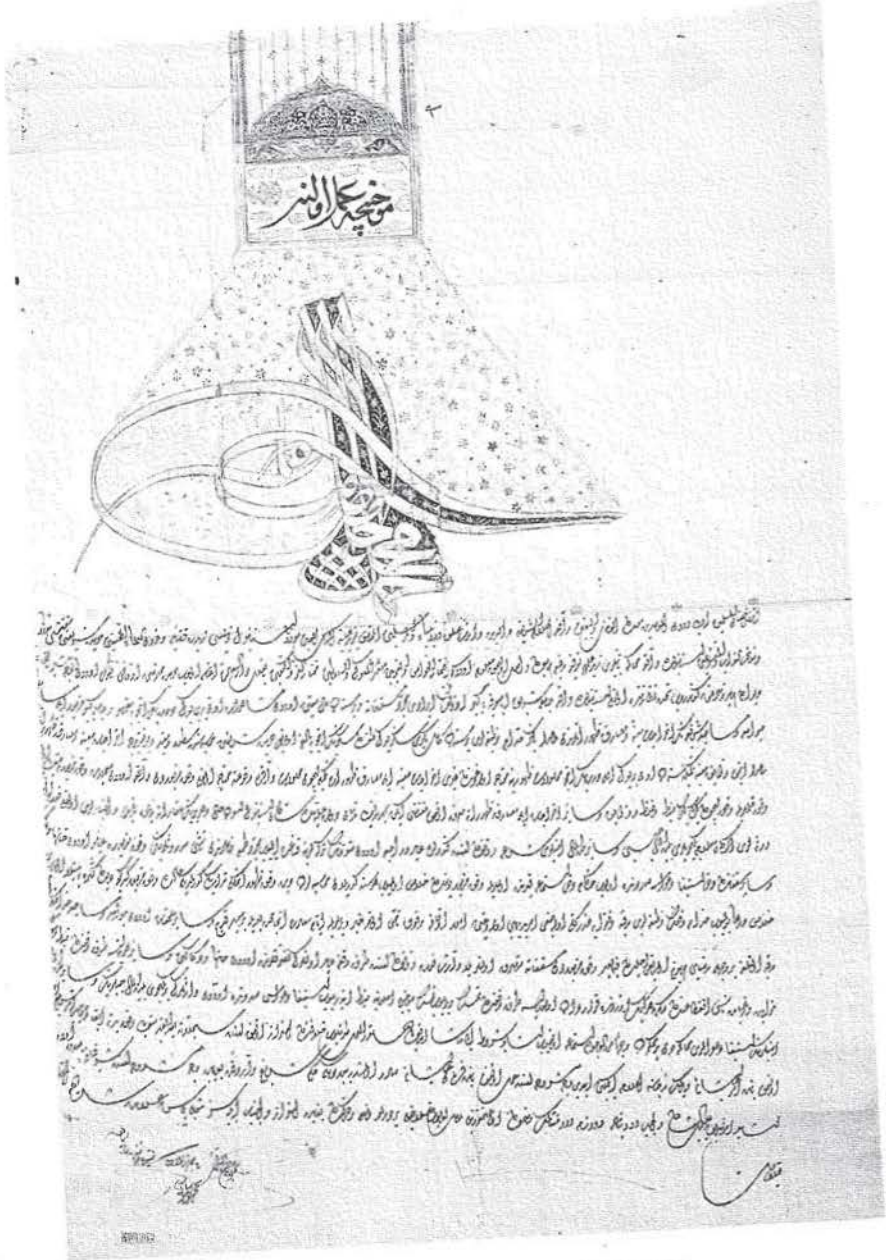
³¹ Âşıkpaşazâde, s. 19-20.

³² Hammer böyle bir rivayette bulunanların başında gelmektedir. bk. Barkan, "Kanunnâme", s. 190. D'Ohsson da vezirlerin devlet işlerini önce şeyhülislâma danıştığından ve gerekli fetvayı aldıktan sonra icraata geçtiğinden bahsetmektedir. bk. M. de M. D'Ohsson, *Tableau Générale de L'Empire Ottoman*, Paris 1787, c. II, s. 261. Çağdaş araştırmacılar Gibb ve Bowen da aynı görüşü paylaşmaktadır. bk. H.A. R. Gibb - Harold Bowen, *Islamic Society and the West*, London 1969, c. II, s. 85.

³³ Barkan, "Kanunnâme", s. 192; a.mlf., "Türkiye'de din ve devlet işlerinin tarihsel gelişimi" (kıs: "Din devlet ilişkileri") *Cumhuriyetin 50. Yıldönümü Semineri*, Ankara 1975, s. 54; Heyd *Criminal Law*, s. 174.



107-108. Bir Divân-ı Hümâyûn gravürü ve *Hünernâme*'den Divân-ı Hümâyûnu toplantı halinde gösteren bir minyatür



109. Ayasofya Vakfı ile ilgili bir ferman

iradesine iktiran etmeden önce incelenmek üzere bir kere de şeyhülislâmlığa gönderildiği bilinmektedir. Kanunnâmeyi hazırlayan heyetin mazbatasından anlaşıldığı kadarıyla kanunnâmenin "Bâb-ı fetvâpenâhî ile bi'l-muhâbere iktizâ-yı şer'isine dahi tatbik olunarak" hazırlanması bir tarafa, Meclis-i Tanzimat'ın mazbatasından anlaşıldığı üzere bununla da yetinilmeyerek incelenmek üzere şeyhülislâmlığa gönderilmiştir. "Arazi Kanunnâmesi'nin ahkâmı mesâil-i şer'iyeye tatbik ve kâffe-i ta'birâtı mustalahât-ı şer'iyeye tevfiq lâzım geleceği cihetle evvel emirde bir kere heyetle dahi manzûr-ı hazret-i şeyhülislâmî olmak lâzımeden olmağın kanunnâme-i mezkûr taraf-ı müşârün ileyhe gönderilmişti. Ba'del-mütâlaa zam ve ilâvesi münâsib görülen bazı mevâddı hâvî bir kıta müzekkire ile iâde buyurulmuş olmağın mevâdd-ı mezkûre dahi ber mûceb-i müzekkire zam ve ilâve kılınmış olmasıyla..."³⁴. Aynı uygulama Mecelle için de söz konusu olmuştur. Mecelle cemiyeti'nce tanzim olunan mazbatada Mecelle'nin mukaddimesiyle ilk kitabının hazırlanmasından sonra bir nüshasının şeyhülislâmlığa gönderildiği ve yapılan "ihtârât" doğrultusunda "ta'dilât-ı lâzime"nin yapıldığından bahsedilmektedir³⁵. Mecelle'nin İslâm hukuku alanında hazırlanan bir kanun olduğu ve şeyhülislâmlığa gönderilmesinin normal bir uygulama sayılabileceği ileri sürülse bile, tamamen örfî hukuk alanında bir düzenleme sayılması lâzım gelen Arazi Kanunnâmesi için bu prosedürün uygulanmasının izahı güçtür. Bu uygulama örfî hukuk için ilk dönemlerde de böyle bir geleneğin bulunabileceğini düşündürmektedir.

Bu yönde müstakar bir uygulama bulunmasa bile örfî hukuk normlarının konması sırasında bunların şer'î hukuka uygunluğunun göz önünde bulundurulduğunu düşündürecek örnekler vardır. Topkapı Sarayı ve Başbakanlık arşivlerinde bulunan ve muhtemelen padişah veya sadrazam tarafından istenmiş bulunan³⁶ birçok fetvada hukukî problemlere uygulanacak İslâm hukuku esasları öğrenilmek istenmektedir³⁷. Öte yandan 978 (1570) tarihli Halep livâsı kanununda Halep'teki vakıf ve mülk arazilerde farklı ölçür uy-

34 Her iki mazbata için bk. Karakoç Serkez, *Tahşiyetli Kavanin İstanbul 1341/1343*, c.I, s. 175-176.

35 *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, s. 8.

36 Heyd de Topkapı Sarayı'ndaki fetvaların padişah veya sadrazam tarafından istendiği kanaatindedir (bk. Heyd, "Kanun ve Şeriat", s. 646). Aynı durumun Başbakanlık Arşivi'ndeki fetvalarda olmaması için bir sebep yoktur.

37 Meselâ bk. TSA, E. 10751, 12079; BA HH, nr.17438, A

gulamalarını çözmek için Halep Hüsrev Paşa Medresesi müderrisi Dede Halife'den fetva alınıp ona göre ferman sâdır olduğunun eski defterde kayıtlı olduğu belirtilmektedir³⁸. Bu örnek kanunların hazırlanma merhalesinde fetvalardan istifade edildiğini göstermesi bakımından dikkat çekicidir. Bazı hukukî meselelerde şeyhülislâmlığın görüşünün alınmasının gerekli olduğunu belirten hatt-ı hümayunlar da vardır³⁹. Keza şeyhüislamın görüşlerinin alındığının başka örneklerine de rastlanmaktadır.⁴⁰ Bütün bunlar Osmanlı padişahlarında İslâm hukukuna uyma yönünde belli bir titizliğin mevcut olduğunu ortaya koymaktadır.

Örfi hukuk normlarının konmasında önemli rolleri bulunan ve bu sebeple kendilerine "müftî-i kanun" denen nişancıların daima medrese menşeli olan ve İslâm hukuku öğrenimi görmüş bulunan ulemâdan seçilmesi, keza örfi hukukun oluşmasında önemli bir role sahip bulunduğu anlaşılan Dîvân-ı Hümayun'da şer'î hukukun iki önemli temsilcisi Rumeli ve Anadolu kazaskerlerinin yer alması, örfi hukukun daha hazırlık merhalesinde şer'î hukukla uyumuna dikkat edildiğini düşündürmektedir. Nişancı ve kazaskerlerin Divan'daki rollerinin yanı sıra ehl-i şer'i oluşturan başta şeyhülislâm olmak üzere, kadı ve müftülerin örfi hukuk esaslarının şer'î hukuk prensiplerine uygun olması konusunda önemli rollerinin bulunduğunu da unutmamak gerekir. Özellikle şeyhülislâmların padişahların şer'î hukuka aykırı kanun ve uygulamalarına zaman zaman karşı çıktıkları olmuştur. Meselâ kapitülasyonlarla Osmanlı tebaası olmayan gayri müslimlerin (müste'men) şahadetlerinin kabul edilmesine Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi "Nâ meşrû olan nesneye emr-i sultânî olmaz" diyerek açıkça karşı çıkmıştır⁴¹. Bu karşı çıkışların hemen olmasa bile belli bir süre içinde tesirli olduğu ve şer'î hukuka aykırı uygulama ve kanunların değiştirildiği görülmektedir⁴². Esasen Osmanlı Devleti'nde her iki hukukun aynı kaza mercii tarafından uygulanması, bir diğer ifadeyle örfi hukuk için

38 Barkan, *Kanunlar*, s. 209.

39 1224 (1809) tarihli bir telhiste siyaseten idamları söz konusu olan ve bunun için padişahın onayı istenen firariler için padişah hatt-ı hümayunuyla fermanın önce fetva alınmak gerektiğine işaret etmektedir: "...ferman fetvaya mutâbık olmak münasibdir, muğâyeret olmasın. Reis efendi gidip isû'lâm eylesin" demektir (bk. BA, HH, nr. 16763).

40 Kapitülasyonlar dolayısıyla zaman zaman şeyhüislamın görüşlerinin alındığının örnekleri için bk. Halil İnalcık, "İmtiyazat" *EP* c. III, s. 1179.

41 Heyd, *Criminal Law*, s. 191-192.

42 Heyd, *Criminal Law*, s. 148.

ayrı mahkemeler kurulmayıp şer'iyeye mahkemelerince tatbik edilmesi bu iki hukukun belli bir bütünlük içerisinde yürütülmesinde müsbet bir rol oynamıştır⁴³.

Şer'i ve örfi hukukun bu bütünlüğü elimizde mevcut bulunan XVI. asra ait kanunnâme ferman ve hükümlerde şer' ve kanunun daima birlikte zikredilmesinde de müşahede edilmektedir. 977 (1569) tarihli Eğriboz livâsı kanunu "Livâ-ı Eğriboz'da şer'-i kavim ve kanûn-ı kadîme muhâlif ve mugâyir olmağla def ve refolunan envâ-ı hâdise ve bideât-ı mütehaddiseyi beyân ve ayân ider" başlığını taşımaktadır⁴⁴. Yine aynı kanunda, adı geçen livânın "şer'-i şerîf ve kanûn-ı münife riâyet" olunarak vergilendirilmesinden bahsedilmektedir⁴⁵. 952 (1545) tarihli Serim livâsı kanununda "muktezâ-yı şer' ve kanun üzere" çiftliklerine mutasarrıf olan kimselere "hilâf-ı şer'-i şerîf ve mugâyir-i kanûn-ı münif" kimsenin müdahale etmemesi emredilmektedir⁴⁶. Aynı şekilde 991 (1583) tarihli Yeni İl livâsı kanununda da Yörük tâifesiyle ilgili olarak "hilâf-ı şer' ve mugâyir-i kanûn" olan işlerin yasaklanmasından söz edilmektedir⁴⁷. 10 Rebî-ülevvel 967 (10 Aralık 1559) tarihli Milan ve Göl kadılarına yazılan bir hükümde bir arazi tecavüzü davasının "şer' ve kanun ile" fasledilmesi⁴⁸, Evâhir-i Şa'bân 953 (1546) tarihli bir fermana ise "muktezâ-yı şer' ve kanun üzere" hükme bağlanan davanın tekrar görülmesi sırasında "şer'-i kavîme muhâlif ve kanûn-ı kadîme mugâyir" iş yapılmaması emredilmektedir⁴⁹.

XVII. asra ait teşkilât kanunlarında da şer'i ve örfi hukuk daima beraberce zikredilmektedir. Nitekim *Tevkî Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi*'nin muhtelif yerlerinde şer'i hukukla birlikte daima örfi hukuk da bahse konu olmuştur. Meselâ vezîriazâmların yetkilerinden bahsedilirken "cemî-i kazâyâ-yı şer'iyeye ve örfiyyenin istimâ' ve icrâsı için bizzat cenâb-ı pâdişâhîden vekîl-i mutlak" olduğu be-

43 Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Tercüme: Metin Kıratlı, Ankara 1970 s. 13.

44 Barkan, *Kanunlar*, s. 341.

45 Barkan, *Kanunlar*, s. 342.

46 Barkan, *Kanunlar*, s. 309, md. 15. Pojaga livâsı kanununda yer alan benzer bir hüküm için bk. s. 305, md. 10.

47 Barkan, *Kanunlar*, s. 84, md. 26.

48 BA, MD, 3, s. 219.

49 BA, *Ali Emîri, Kanûnî*, 157.

lirilmektedir. Keza vezîriazâmın Dîvân-ı Hümâyun'da "muktezâ-yı şer'-i şerîf ve kanûn üzere mesâlih-i ibâdullahı" görmesinden, aynı işi ikindi divanlarında yapmasından, çarşamba ve cuma divanlarında "şer' ve kanûn üzere fasl-ı husûmet ve kat'-ı nizâ" etmesinden, sair vezirlerin bir yere giderken yolda "dava dinleyüp def-i mezâlîm için şer'-i şerîf ve kanûn üzere buyruldu" vermelerinden söz edilmektedir⁵⁰. Bütün bu belgelerde yer alan kanundan maksat anlaşılacağı üzere örfî hukuk esaslarının bütünüdür. Bu örnekler iki hukukun birbirine paralel mütalaa edildiklerini ortaya koymaktadır. Kemalpaşazâde de bir fetvasında "şer'an câiz değildir ve hem men' olunmuştur cânib-i sultandan" diyerek⁵¹ bu parellliği vurgulamaktadır.

Ancak bütün bunlar şer'î ve örfî hukukun tam bir uyum içinde olduğu, diğer bir ifadeyle örfî hukuk esaslarının tam anlamıyla şer'î hukuka uygun olarak konduğu anlamına da gelmemelidir. Bilakis zaman zaman bu esasların şer'î hukuka aykırı olarak konduğu da vârittir. Bu kaideler konurken bazan fetva almak bazan da İslâm hukukunun tanıdığı bir yetki kullanılmıyormuş gibi gösterilmek suretiyle zâhiren İslâm hukukuna riayet edilmiştir. Ancak aynı riayetın gerçekten yapıldığını söylemek zordur. Örnek olarak ceza hukuku verilebilir. Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu siyasî ve sosyal şartların etkisiyle örfî cezaların İslâm hukukunun tasvip etmeyeceği şekilde arttırıldığı görülmektedir. II. Bayezid ve Kanûnî dönemi ceza kanunlarında yer alan ırza geçen kimsenin tenâsül uzvunun (içmek, içmik, emcik ?) kesilmesi, keza zina eden kadının kadınlık organının dağlanması⁵², bazı suçluların kazığa vurulması⁵³, beytûlmâlden mal çalmaya teşebbüs ederken yakalanan kimsenin "gayra ibret için" katline⁵⁴, keza adam öldüren katile maktulün yakınlarının kısas talebinde bulunup bulunmayacakları beklenmeden sâi bi'l-fesâd diye ölümüne hükmedilmesine fetva ve-

50 "Osmanlı Kanunnâmeleri" (Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi), *MTM* c. I, sy. 3, s. 498-503.508.

51 Ahmet Muncu, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katil*, (kıs: *Siyaseten Katil*) Ankara 1963, s. 42.

52 Heyd, *Criminal Law*, s. 58-59 md. 10-11; Akgündüz, c.II, s.40-41; c.IV, s.366-367.

53 Ahmet Muncu, *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Dîvân-ı Hümâyun*, (kıs: *Divan-ı Hümayun*), Ankara 1976, s. 89, d.n. 82; Heyd, *Criminal Law*, s. 212-262.

54 TSA, Evrak, nr. 10751, ayrıca bk. *Topkapı Sarayı Müzesi Arşivi Kılavuzu*, İstanbul 1940, C. II, vesika nr. 22; Heyd, *Criminal Law*, s. 197.

rilmesi⁵⁵ buna örnektir. Bilindiği gibi zina suçu sabit olursa iki şekilde cezalandırılmaktadır; recm ve dayak. Burada zorla ırza geçme sebebiyle cezanın ağırlaştırılmak istendiği ve ta'ziren bu cezanın verildiği anlaşılmaktadır. Ancak doğuracağı sonuçlar ve İslâm hukukunda her zaman gözetilen suç ve ceza dengesi göz önüne alındığında böyle ağır bir cezanın İslâm hukukuna uygunluğu tartışılabilir. Aynı mülâhazalar çok sık rastlanmamakla birlikte ölüm cezasının bir türü olarak uygulanan kazığa vurma cezası için de söylenebilir. Beytül mâlden yapılan hırsızlığa gelince, bu tür hırsızlıkta Hanefiler'ce mülk şüphesi var diye el kesme ile cezalandırılmaması bir tarafa, bu suç tamamlansaydı verilecek ceza çok daha hafifti. Tamamlanmamış bir suça tamamlanmış bir suç için öngörülenden daha ağır bir cezanın verilmesi İslâm hukuku bakımından savunulamaz. Sarayda adam öldüren kimsenin kisası için maktulün yakınlarının kisas talepleri beklenmeden saraydan kaçabileceği var sayımıyla katline hükmedilmesi de İslâm hukukuna zoraki bir şekli uygunluk sağlamaktadır. Esasen özellikle XVI. yüzyıldan sonra, ehl-i şer'in faaliyetinin artmasıyla bazı kanunnâme maddelerinin şer'i hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle değiştirilmesi⁵⁶, zaman zaman aykırılıkların meydana geldiğini ortaya koymaktadır.

Osmanlı tarihi boyunca devamlı bir mücadele içinde buldukları müşahede edilen ehl-i şer' ile ehl-i örfün bu noktada da bir çekişme içerisinde oldukları ve bu mücadelede XVI. asırdan itibaren ehl-i şer'in daha ağır basmaya başladığı görülmektedir. Nitekim Evâil-i Zilka'de 1107 tarihli bir hükümde ehl-i şer'in etkisiyle bundan böyle hükümlerin önceden olduğu gibi şer' ve kanuna uygun olarak değil, sadece şer'a uygun olarak verilmesi ve hükümlerde böylece belirtilmesi istenmektedir⁵⁷. Ancak hemen belirtelim ki ehl-i şer' ile ehl-i örf arasındaki bu mücadele iki hukuk sistemi arasında olmaktan daha çok, yürütme ile yargı güçleri arasındadır ve hâkimiyet alanlarını genişletmeye yöneliktir. Osmanlı Devleti'nde ehl-i örf hemen daima hem yürütme ve hem de yargı alanında dilettiği gibi hareket etme, özellikle asayiş sağlaması için suçlu saydığı kimselere ağır örfî cezalar verme arzusunda olmuştur. Buna mukabil

⁵⁵ Mumcu, *Siyaseten Katil*, s. 211, belge nr. 3.

⁵⁶ Nişancılar tarafından yapıldığı anlaşılan bu tashihlerde "emr-i şer' müteberdir. kanunu yoktur" denilmektedir (bk. Heyd, *Criminal Law*, s. 83.148).

⁵⁷ BA, MD, 108, s. 293; ayrıca bk. M. Akif Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, (kıs: *Osmanlı Aile Hukuku*), s. 64; Heyd, "Kanun ve Şeriat", s. 649.

ehl-i şer' de ehl-i örfün icraatını hukuk çizgisine çekmek istemiştir. Şöyle ki, ehl-i örf suçluluğu kadı tarafından sabit olmadıkça hiçbir kimseyi cezalandıramayacağı için istedikleri hücceti vermeleri için kadılara baskı yapmışlar, onlar da güçleri yettiği sürece buna direnmişlerdir⁵⁸. Bu da her iki grup arasında bütün Osmanlı tarihi boyunca süregelen bir mücadeleyi doğurmuştur. Ebussuûd Efendi'nin bir fetvasında "Eğer örfi kazâyâ ise ehl-i şer'in ana alâkası olmaz"⁵⁹ diğeriinde "Ehl-i örf ile ittifâk eden âdil olmaz"⁶⁰ demesi bazan gizli bazan açıkça süregelen bu mücadelenin izlerini taşımaktadır.

E. ŞER'İ VE ÖRFİ HUKUKUN SAHALARI

Şer'i ve örfi hukukun sahaları denince bundan iki hukukun kesin çizgilerle birbirinden ayrıldıkları ve hukuk sahalarını paylaştıkları anlaşılmalıdır. Osmanlı hukukunun bütünlüğü içerisinde hemen her sahada şer'i ve örfi hukuk esaslarının yan yana bulunduğu görülür. Ancak şer'i hukukun daha çok hususi hukuk sahasını ayrıntılı bir biçimde düzenlediği, kamu hukuku alanının özellikle esas teşkilât hukuku sahasının hususi hukuk kadar teferruatlı düzenlenmediği bir gerçektir. Bunun sonucu olarak Osmanlı Devleti'nde şahıs, aile, miras, eşya, borçlar, ticaret hukuku gibi İslâm hukukunca ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş hususi hukuk alanlarında şer'i hukuk esasları hâkim olmuştur. Şu kadar var ki, zaman içerisinde ve ihtiyaç duyuldukça bu alanlarda da örfi düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Nikâhların mahkemelerce veya kadıların verdiği izinle din adamlarınca kıyılması örneğinde olduğu gibi aile hukuku, icâreteynli ve mukataalı vakıfların tasarruf ve intikaliyle ilgili düzenlemelerde olduğu gibi vakıf hukuku, mirî arazinin devletin mülkiyetinde olan topraklar olmasından istifade edilerek mutasarrıfların mirasçılara intikalinin ferâiz esaslarından farklı olarak düzenlenmesinde olduğu gibi miras hukuku, keza mirî arazinin tasarruf ve başkalarına devrine ait esasları belirlemede görüldüğü gibi eşya ve toprak hukuku alanlarında sayıları hiç de az olmayan örfi düzenlemelere rastlanmaktadır.

Esas teşkilât, idare, ceza, vergi hukuku gibi kamu hukuku alanlarında da şer'i ve örfi hukukun yan yana bulunması söz

58 Mustafa Akdağ, *Türkiye'nin İktisadi ve İctimai Tarihi*. (ks: *İctimai Tarihi*), İstanbul 1979, c. I, s. 249-251.

59 Heyd, *Criminal Law*, s. 174.

60 Friedrich Selle, *Prozessrecht des Jahrhunderts im Osmanischen Reich*, Wiesbaden 1962, s. 34.

konusudur. Ancak kabul etmek gerekir ki bu alanlarda örfi hukukun payı hususi hukuktaki payına nisbetle daha fazladır. Osmanlı devlet adamları devletin temel siyasî çatısını, merkez ve taşra yapısını oluştururken bir taraftan eski Türk devletlerinden tevârius ettikleri geleneklerle, diğer taraftan Emevî, Abbâsî, Selçuklu ve Memlûkler'den gelen İslâmî mirasın kendi zamanlarına ve şartlarına uygun bir sentezini ortaya koymayı başarmışlardır. Aynı şekilde ceza hukuku alanında bir taraftan şer'î had ve kısas cezalarını uygularken, diğer taraftan devlet başkanlarına tanınan ta'zîr yetkisi çerçevesinde örfi bir ceza hukuku ortaya koymaya da muvaffak olmuşlardır. Aynı durum vergi hukuku alanında da söz konusudur. Sayıları sınırlı şer'î vergiler (tekâlif-i şer'iyye) alınmaya devam ederken yeni malî kaynaklara duyulan ihtiyaç sebebiyle birçok örfi vergi de (tekâlif-i örfiyye) konmuş ve tahsil edilmiştir.

II. MAHKEMELER

Osmanlı adliye teşkilâtı hukukî esasları İslâm'ın ilk dönemlerinde ortaya konan adlî yapının Emevî, Abbâsî, Selçuklu ve Memlûklü devletleri vasıtasıyla işlenerek ve gelişerek gelen bir şeklini oluşturmaktadır. Bu bakımdan Osmanlı adliye teşkilâtı ile adı geçen devletlerin teşkilâtları arasında büyük bir benzerlik vardır. Ama bu durum yine de Osmanlı adlî yapısının öncekilerin bir kopyası olduğu ve hiçbir değişiklik ihtiva etmediği anlamına gelmez. Bilakis kadıların yapmış oldukları görev ve sahip buldukları yetkiler, mahkemelerin işleyişi, tâbi oldukları hukukî esaslar, diğer İslâm devletlerinde var olan kadıkudâtlık, mezâlim, hisbe, şurta gibi idarî ve kazâî kurumların aldıkları şekil ve yerlerine kurulan müesseseler bakımından Osmanlı adliye teşkilâtının kendine has bir yapısı vardır. Bu sebeple Osmanlı hukukuna tahsis edilen bu bölümde mahkemelerin ayrıca ele alınması gereklidir. Bunu yaparken normal kaza mercii olan şer'iyye mahkemeleriyle diğer yargı organlarını ayrı ayrı ele almak zarureti vardır.

A. ŞER'İYYE MAHKEMELERİ

1. Yapısı ve İşleyişi

Şer'iyye mahkemeleri (meclis-i şer') Osmanlı Devleti'nin başlangıcından Tanzimat dönemine kadar uzun asırlar her türlü hukukî ihtilâfların çözüldüğü bir merci olmuştur. Burada bir kadı ve mahkemenin bulunduğu yerin büyüklüğüne göre sayıları değişen muhtelif yardımcıları görev yaparlar. İslâm hukukunda teorik olarak

toplu hâkimli mahkemeler mümkün olmakla⁶¹ ve uygulamada az da olsa bu tür mahkemelere raslanmakla⁶² birlikte, tatbikat genel olarak tek hâkimli mahkemeler şeklinde olmuştur. Ancak kadıların ilmi görüşlerinden istifade ettikleri müftüler ve mahkemelerde yargılamayı bir nevi müşahit gözüyle izleyen şühûd veya şühûdü'l-hâl denilen görevliler tek hâkimli İslâm adliye teşkilâtına kendine has bir zenginlik kazandırmıştır.

Osmanlı Devleti'nde kadılar ilk kuruluş yılları hariç diğer İslâm devletlerinde benzer örnekleri görüldüğü⁶³ gibi belirli sürelerle sınırlı olarak tayin edilmişlerdir. Bu süre XVI. asırdan itibaren 3 yıl, daha sonra 2 yıl, XVII. asrın sonlarından itibaren de 1 yıl olmuştur⁶⁴. Kaza süreleri bir yılla sınırlı olanlar mevleviyet denilen büyük kadılıklardır. Küçük kadılıkların görev süreleri de sonraki yıllarda iki yıldan 20 aya indirilmiştir⁶⁵. Kadıların sürekli olarak hâkimlik yapıp öğretim (tedris) faaliyetlerinden uzak kalmalarının ilmi yönden aleyhlerine olacağı, belli bir bölgede uzun süre görev yapmalarının ve yöre insanlarını yakından tanımalarının da yargılama sırasında tarafsız davranmalarına menfi yönde etki edebileceği gerekçeleriyle, bazı İslâm hukukçuları aynı yerde sürekli kadılık yapmayı mahzurlu görmüşlerdir. Osmanlı Devleti'nde bu gerekçelere ilâve olarak medreselerden mezun olan hukukçulara yeterli sayıda hâkimlik kadrosu bulunamayışını da eklemek gerekir⁶⁶. Görev süresi sona eren (ma'zul) kadı, tayin olacağı yeni bir kadılık boşalınca kadar İstanbul'da beklemek zorunda idi. Ancak bu uygulamanın kadıları görevde bulunmadıkları sürede (zamân-ı infisâllerinde) tedris faaliyetine yönlendirdiği veya onların fazla tanıma imkânı bulamadığı yöre insanlarına karşı tarafsız kalmalarını sağladığı şüphelidir. Bilakis ne kadar olduğu belli olmayan ve hayli de uzun süren bir müddet işsiz kalmalarının bazı kadıları görevlerini suistimale ve işsiz kalacağı süre için hazırlıklı olmaya ittiği görülmüştür. XVII. asrın başlarında bir kadının görev süresinin dolmasını bekleyen on kadar kadı adayının bulunması

61 Mecelle, md. 1802.

62 Emile Tyan, *L'Histoire de l'Organisation Judiciaire en Pays d'Islam* (kıs: *L'Organisation*), Paris 1960, s. 212-213.

63 Tyan, *Organisation*, s. 309-311.

64 İnalcık, "Mahkama", s. 3.

65 İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlimiye Teşkilatı* (kıs: *İlimiye Teşkilatı*), Ankara 1965, s. 94-95.

66 D'Ohsson, c. II, s. 271.

kadrosuzluğun hangi boyutlarda olduğunu ve açıkta bekleyen ne kadar kadı adayının bulunduğunu göstermektedir⁶⁷.

Bir müctehid hukukçu olan ve bu sıfatla başkadı konumunda bulunan halifenin bizzat yargılama yapması teorik olarak mümkün ve uygulamada karşılaşılmakta ise de bu durum İslâm hukuk tarihinde yargı ile yönetimin bir arada yürütülmesi sonucunu doğurmamıştır. Gerçi İslâm'ın ilk dönemlerinde bazı idarecilerin aynı zamanda kadılık görevini de yaptıkları böylece yargı ile yürütmeyi şahıslarında birleştirdikleri görülmüştür⁶⁸. Ancak ilk zamanlarda karşılaşılan bu istisnâ örnekler bir tarafa bırakılacak olursa, genelde İslâm hukuk tarihinde yargı, yönetimden ayrı ve bağımsız olarak şekillenmiştir. Bu gelişme sonraki dönemlerde de aynı istikamette devam etmiş ve doğrudan doğruya halife veya başkadı tarafından tayin edilen ve bölgelerindeki yöneticilerden bağımsız olarak yargı görevini yerine getiren ve yine doğrudan merkeze karşı sorumlu ve ona muhatap olan kadılardan oluşan adlî teşkilât İslâm devletlerinde daima karşılaşılan bir hukukî vâkıa olmuştur. Aynı uygulama Osmanlı Devleti için de söz konusudur. Kazasker veya şeyhülislâm tarafından tayin edilen kadılar, bölgelerindeki idarecilerden bağımsız olarak yargı görevini yerine getirmişler, yöneticilerin kendilerine müdahaleleri veya yargı görevini bizzat yürütmeleri esas itibarıyla söz konusu olmamıştır. Vezîriâzamın başkanlık ettiği Divân-ı Hümayun, cuma ve çarşamba divanlarının hukukî anlaşmazlıklarla ilgilenmeleri bu uygulamaya aykırı gibi görünmekte ise de, normal bir mahkemeden daha farklı olan ve çok sayıda görevleri bulunan bu divanlarda hukuk davaları muhtemelen bizzat vezîriâzam tarafından değil, burada yetkili bir kadı tarafından görülmektedir. Her üç divanda da yetkili bir kadının mutlaka hazır bulunmasının başka bir izahı olmasa gerektir. Bu divanların ilk ikisinde kazasker, çarşamba divanında da İstanbul kadıları daima hazır bulunmuşlardır.

Yargının yürütmeden bağımsız olmasının sonucu olarak kadılarla beylerbeyi, sancak beyi gibi ehl-i örf arasındaki ilişki bir astlık üstlük ilişkisi değildir. Bir diğer ifadeyle kadı görevini ifa ederken bunlara bağımlı olarak çalışmamaktadır. Her biri diğeriyle iş birliği içerisinde olan fakat birbirinden bağımsız çalışan birer kamu görevlisidir. Ehl-i örfün görevi sanıkları yargılanmak için mahke-

⁶⁷ Gy. Kaldy Nagy. "Kadı". *EP* c. IV. s. 375. *Kitâbu Mesâlihü'l-Müslimin ve Menâfil-Mü'minin*'de kadınların bu durumları açıklıkla anlatılmaktadır. bk. Yaşar Yücel. *Osmanlı Devlet Teşkilatına Dair Kaynaklar*. Ankara 1988, Türkçe metin s. 91-92. orijinal metin s. 1-3.

⁶⁸ Tyan. *Organisation*, s. 127.

mede hazır bulundurmak ve verilen hükmü infaz etmektir. Bu bağımsızlığın sonucu olarak kadı merkezle yazışmak istediği zaman bölgesindeki en yüksek ehl-i örf kanalıyla değil, doğrudan yazışmaktadır. Böyle bir düzenleme şeklinin yargının bağımsızlığı (istiklâl-i mehâkim) ilkesine daha uygun düştüğü söylenebilir⁶⁹. Beylerbeyi veya sancak beylerinin askerî dediğimiz devlet memurlarıyla ilgili bazı davalarda hazır bulunmaları, ancak muhakemeye müdahale etmemeleri⁷⁰ de, kadıların bağımsızlıklarını göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

2. Görevleri

Kadıların görevlerini iki bölüme ayırarak incelemek gerekir. Zira normal yargı görevlerinin yanı sıra birçok idarî görev de kadılar tarafından üstlenildiği gibi, bazı İslâm devletlerinde noterlik benzeri kurumlarca yapılan işlemler Osmanlı Devleti'nde kadılarca yapılmıştır. Bu durum kadıların hem görevlerini hem de etkinliklerini arttırmıştır.

a. Yargı Görevleri

Kadıların yaptığı görevler arasında en önemlisi şüphesiz bir hâkim olarak yaptıkları yargı görevi gelir. Kadı beratlarında "istinâ-ı deâvî ve fasl hususunda şer-i kavîmden inhirâf göstermeye"⁷¹ veya "icrâ-yı ahkâm-ı şerâî-yi nebeviyye ve infâz-ı evâmir ve nevâhî-i ilâhiyye mütemessik olup şer-i kavîmden tecâvüz eylemeye"⁷² gibi ifadelerle belirtilen bu görevi kadı, tayin edildiği bölge hudutları içinde ve vazifeli olduğu sürece yürütmek mecburiyetindedir. Görev hudutları ve süresi dışında kadının vermiş olduğu hükümler geçerli (nâfiz) değildir.

Kadılar görevlerini ifa ederken sadece şer'î davalara değil örfi davalara da bakmakla yükümlüdürler. Osmanlı Devleti'nde örfi davalara bakmakla görevli bulunan özel bir mahkeme hiçbir zaman

⁶⁹ Mustafa Akdağ, *Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası Celali İsyânları* (kıs: *Celali İsyânları*), Ankara 1975, s. 88-90; İlber Ortaylı "Osmanlı kadısı", *SBFD* c. XXX/1-4, s. 124

⁷⁰ Ronald C. Jennings, "Kadı Court and Legal Procedure in 17th C. Ottoman Kayseri", *SI*, XLVIII, s. 162-164.

⁷¹ "Osmanlı Kanunnâmeleri", s. 326; Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 86.

⁷² Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 113.

mevcut olmamıştır. Esasen bu uygulama önceki İslâm devletlerinin hukukî geleneklerine de uygun düşmektedir. Daha önce zikri geçen Bağdat Mercâniye Medresesi'ndeki kitâbede yer alan "Dîvân li-faşl'l-kadâya-ş-şer'iyye ve'l-yarguciyye" ifadesi, İlhanlılar'da da her iki tür davanın aynı hâkim tarafından yargılandığını göstermektedir. Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devletlerinde kadıların yanı sıra bir başka hâkimin mevcudiyeti bilinmemektedir. Bazı İslâm devletlerinde var olan mezâlim divanları örfî hukuku uygulayan bir mahkeme değil, farklı bir kuruluşu ve özel yetki ve görevleri bulunmakla birlikte İslâm hukukunu uygulayan mahkemelerdir⁷³. Osmanlılar'a ait çeşitli hukukî belgelerde kadıların hükümlerini şer' ve kanuna uygun olarak vermeleri lüzumundan bahsedilmesi, bunların daha önce de belirtildiği üzere, hem şer'i hem de örfî hukuk alanında yetkili olduklarını göstermektedir. Bu bakımdan örfî hukukla ilgili hüküm ve fermanlar ile bunların bir araya toplanmasıyla meydana getirilen kanunnameler, kadıların da düzenli olarak gönderilmiş ve uygulamaları istenmiştir.

Osmanlı Devleti'nde kadıların yetki ve sorumluluğu hukuk ve ceza davalarını içine almaktadır. Şer'iyye sicil defterlerinde her iki tür davanın zengin örneklerine rastlanmaktadır. Askerî denen devlet memurlarının bazı davalarına ise kazaskerler bakmaktadır. Bazı kadılıklar belirli tür davalarda ihtisas mahkemesi özelliği taşımaktadır. Eyüp Mahkemesi su hakları konusunda ihtisas kazanmış bir mahkeme görünümündedir⁷⁴. Öte yandan mahkemelerin bazı tür ceza ve hukuk davalarına bakmaktan alıkonulduğu da olmaktadır. Mirasla ilgili bazı davalarda mahallî mahkeme değil Dîvân-ı Hümâyûn yetkilidir⁷⁵. Kapitülasyonlarla yabancılara verilen imtiyaz gereği müste'menlerin davalarına ise Osmanlı mahkemeleri değil, kendi konsolosluk mahkemeleri bakmaktadır⁷⁶. Gayri müslim din adamlarıyla ilgili ceza davalarında da mahallî mahkemeler değil Dîvân-ı Hümâyûn yetkili kılınmıştır. Ruhanî reisler dışındaki gayri

73 Geniş bilgi için bk. Mâverdi. *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, Beyrut 1405/1985. s. 97-120; Ebu Ya'lâ el-Ferrâ. *el-Ahkâmü's Sultâniyye*. Beyrut 1403/1983. s. 74-89; Tyan. *L'Organisation*. s. 433-526; Fahrettin Atar. *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi* Ankara 1979 s. 163-170.

74 İnalçık. "Mahkama", s. 3.

75 Terekesi Beytümâl'e kalan kimselerden 3000 akçeden fazla alacak iddia edildiğinde davanın mahallinde değil. İstanbul'da görüleceğine dair kanun mahallî mahkemelerin yetkilerinin belirli davalarda kaldırıldığının örneklerinden biridir. bk. "Osmanlı Kanunnameleri", s. 322; "Kanunname-i Âl-i Osman", s. 70-72.

76 İnalçık. "İmtiyazat", s. 1180.

müslimlerin ceza davalarına ise şer'iyye mahkemeleri bakmaktadır. Gayri müslimlerle ilgili hukuk davalarına gelince, bu tür davalar-
daki yargı yetkisi daha sonra görüleceği üzere cemaat mahkemeleri-
ne bırakılmıştır. Kadıların görevleriyle ilgili bütün bu düzenlemeler
yargı görevinin zaman, mekân vesair hususlarla tahsis edilebilmesi
imkânından doğmaktadır⁷⁷. Bu tahsis imkânı, daha sonra görü-
leceği üzere, bir bölgede belli bir mezhebin uygulanması veya
kadının belli davalara bakmaktan alıkonulması gibi düzenlemeleri
de mümkün kılmıştır.

· Ceza davalarında kadılarla beylerbeyi, sipahi, subaşı, gibi
ehl-i örfün yakın bir iş birliği söz konusudur. Kıyas ve diyet gibi
şahıs haklarının ihlâlinin ön planda olduğu ve takibi şikâyete bağlı
olan suçlarda mağdurun kendisi veya yakınlarının bizzat şikâyetçi
oldukları, kamu hakkının ihlâlinin ağır bastığı ve takibi şikâyete
bağlı olmayan zina vs. suçlarda ise, suçtan zarar görenlerin yanı
sıra kamu düzenini sağlamakla görevli ehl-i örfün de doğrudan
doğruya meseleye müdahale ettiği ve sanık durumunda bulunan
kimseleri mahkemeye getirdikleri görülmektedir. Zaman zaman si-
pahilerin suçluları hâkim kararı olmadan cezalandırmalarına veya
belirli bir para karşılığında salıvermelerine de rastlanmaktadır. Bu
sebeple yukarıda geçtiği üzere kanunnâmelerde ve adaletnâmelerde
hâkim kararı (kadî mârifeti) olmadan kimsenin cezalandırılmaması
veya salıverilmemesi üzerinde titizlikle durulmuştur. Bu bakımdan
Tyan'ın kadıların genel olarak ceza davalarında sınırlı bir role sa-
hip olduklarını veya cezaî yargının kadının görev alanı dışında
kaldığını söylemesi, en azından Osmanlılar bakımından gerçeği
yansıtmamaktadır⁷⁸. Ne var ki, Osmanlı tarihi boyunca kadıların
ehl-i örfün keyfî ceza verme arzularıyla devamlı bir mücadele içinde
oldukları ve bu mücadelede zaman zaman birinin bazan da diğerinin
galip geldiği görülmektedir. Adaletnâmelerde bu konu üzerine ısrarla
durulmasından ehl-i örfün fırsat buldukça bu esasî ihlâl ettiği an-
laşılmaktadır. Kadıların bazan davanın selâmeti bakımından yet-
kili oldukları halde belli ceza davalarına bakmaktan kaçındıkları ve
davayı Dîvân-ı Hümayun'a havale ettiklerine de rastlanmaktadır.
Özellikle şikâyetçi olunan kimsenin bölgenin güçlü bir kamu
görevlisi olması durumunda böyle bir uygulama adaletin temininde
en emin yol olarak görülmüştür.

77 Emile Tyan, "Judicial organization", *Law in the Middle East*, yay. Majid Khadduri -
Herbert J. Lieselny. Washington D.C. 1955. c. I. s. 273; keza bk. Mecelle. md.
1801.

78 bk. Tyan. *Organisation*, s. 13. 600-603.

Her türlü hukukî anlaşmazlıklarda tarafların mahkemeye bizzat gelerek haklarını aramaları mümkün olduğu gibi, vekiller aracılığıyla davalarını takip etmeleri de imkân dahilindedir. Batı hukukunda benzer görevleri üstlenen ve tamamen profesyonel bir mahiyeti olan avukatlık kurumu, Osmanlı hukukunda bulunmama-akta ise de vekiller Osmanlı hukukunda yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Özellikle kadınların taraf olduğu davalarda bir yakının onun vekili olarak mahkemede davayı takip ettiği görülmektedir. Taraflar ister bizzat davalarını takip etsinler, isterse vekiller vasıtasıyla kadiya başvursunlar, kendi bölgelerindeki kadiya (toprak kadısına) başvurmak zorundadırlar⁷⁹.

Mahkemelerin vermiş olduğu kararların bizzat halifeler veya üst mahkeme mevkiindeki bazı divanlar tarafından temyiz veya istinaf mahkemeleri gibi denetlendiğinin örneklerine rastlanmakta ise de, İslâm adliye teşkilâtında yargı esas itibariyle tek dereceli olarak düzenlenmiştir.

b. Diğer Görevleri

Yargı görevlerinin yanı sıra kadılar birçok idarî görevi de üstlenmişlerdir. Bir diğer ifadeyle kadılar buldukları idarî birimde özellikle küçük yerlerde yürütmeye ilgili birçok görevleri yerine getiren ve devletin doğrudan doğruya kendisine muhatap olduğu birer idarecidirler. Aynı zamanda kadılar çarşı pazarı, satılan malları, bu mallarda bulunması gerekli vasıfları, fiyatları denetleyen, narh koyan ve bugün büyük ölçüde belediyeler tarafından ifa edilen birçok görevi yerine getiren bir mahallî yöneticidirler. Onların bu konudaki en büyük yardımcıları ihtisab ağası veya muhtesib denen görevlilerdir. Keza kadılar mahallindeki vakıfların şartlarına uygun yönetilmesini, vergilerin kanunnâme hükümlerine uygun toplanmasını denetleyen, imam, hatip, vaiz gibi görevlileri tayin eden, para ayarlarının kalpazanlar tarafından bozulmaması için gerekli tedbirleri alan, has ve timarları teftiş eden birer kamu görevlisi de olmaktadır. Osmanlı ordusunun sefer sırasında ihtiyaç duyduğu malzemenin temini gibi lojistik hizmetler de keza kadınların görevleri arasındadır. Bütün bu görevlerine vakıfların kurulması ve senetlerinin tanzimi, köle azadı, vasiyetnâmelerin düzenlenmesi, terekenin taksimi, alım satım, kira, vekâlet, rehin, nikâh akitleri

⁷⁹ Ancak bizzat kadıdan şikâyetçi ise divanın göstereceği kadiya şikâyet etmesi veya divan tarafından talhikat için bir başka kadının görevlendirilmesi söz konusu olurdu. bk. Akdağ, *Celali İsyanları*, s. 91.

gibi her türlü hukukî işlemlerin yapılması boşanmaların tescili gibi bugün bir kısmını noterler, evlenme ve nüfus memurları tarafından yapılan hizmetler de eklenirse, Osmanlı Devleti'nde kadının ne kadar çeşitli kazâî, idarî, mülkî, askerî vs. görevleri üstlendikleri görülmektedir⁸⁰. Bütün bu yaptığı işlerle kadı yargı ve yürütmeyi kendisinde birleştirmiş olmaktadır. Ancak bu birleşme hukuk tarihinde daha önce örnekleri görüldüğü gibi, yürütme fonksiyonunu üstlenen kimsede değil, yargı fonksiyonunun üstlenen kimsede olmaktadır. Hukuk devletin gerçekleşmesi noktaî nazarından bunun önemli olduğu vurgulanmalıdır. Bu durum Tanzimat dönemine kadar devam etmiş, bu dönemden sonra kadıların idarî görevleri tayin edilen vali, kaymakam vesair idarecilere devredilerek uhdesinde sadece kazâî görevler bırakılmıştır⁸¹.

Kadılar yapmış oldukları yargı görevleri ve mahkemelerce yapılan her türlü hukukî işlem için taraflardan miktarları kanun-nâmelerde belirtilen bir harç almakta ve geçimlerini bu harçla sürdürmektedirler⁸².

3. Kadıların Yardımcıları

Gerek hukukî ve gerekse idarî bütün bu görevleri ifa ederken kadılara yardımcı olan birçok görevli bulunmaktadır. Burada bunlardan sadece yargılamada yardımcı olan görevliler ve vazifeleri üzerinde kısaca durulacak, beylerbeyi, subaşı, muhızbaşı gibi suçluların yakalanmasında veya kadının verdiği hükmün infazında rol alan görevlilerden bahsedilmeyecektir. Yine burada yargı görevini ifa ederken kadıların sıkça başvurduğu ve yardımlarından büyük ölçüde istifade ettiği müftüler hakkında daha sonra müstakil olarak üzerinde durulacağı için bilgi verilmeyecektir.

⁸⁰ Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 109, 138-142; Halit Ongan, *Ankara'nın 1 Numaralı Şer'îye Sicili*, Ankara 1958, s. XXXIV-XXXVIII; Mustafa Akdağ, "Osmanlı Müesseseleri Hakkında Notlar", (kis: "Osmanlı Müesseseleri") *AÜDTCFD* c. XIII/1-2, s. 48 v.d. 953/1546 tarihli bir kadı beratında kadıların görevleri hukukî ihtilafları çözmek, küçükleri evlendirmek, nikâh kıymak, vasiyetleri yerine getirmek, miras taksimi yapmak, gâib ve yetimlerin mallarının idaresini temin etmek, vasileri tayin ve gerekirse azletmek olduğu belirtilmektedir. Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 113. Kadıların görevlerinin kadılık yaptıkları yere ve zamana göre artıp eksildikleri görülmektedir.

⁸¹ Osman Nuri, *Mecelle-i Umur-ı Beledîyye*, İstanbul 1919, c.I, s. 273.

⁸² Çeşitli dönemlerde mahkemelerde alınan harçların karşılaştırmalı bir listesi için bk. İnalçık, "Mahkama", s. 4.

a. Nâibler. Kadıların yargı görevini ifa ederken yardımına başvurdukları görevlilerin başında nâibler gelir. Bunlar kadılar tarafından belirli bir süre veya belirli bir iş için tayin edilen yardımcılardır; kadıların verdikleri yetki çerçevesinde görevlerini ifa ederler. Belirli bir işi yapmak için görevli olanlar, genellikle bir keşif veya mahkemenin yetki alanına dahil bölgede sair bir görev için vazifelendirilirler. Belli bir süre için nâib tayin edilenler ise kadının görevi başında olmadığı zamanlarda ona vekâleten görev yaparlar. Bu vekâlet kısa bir süre için olabileceği gibi uzun bir süre için de olabilir. Bu ikinci tür vekâletin Osmanlılar'da en çok karşılaşılan örneği, çoğu kere uzak bir bölgeye kadı tayin edilen kimsenin kaza mahalline gitmeyerek İstanbul'da kalması ve yerine bir nâib göndermesidir. Keza emekliye ayrılan kadınlara arpalık olarak verilen kaza bölgelerine çoğu büyük kadılıklarda bulunmuş olan asıl hâkim gitmez, yerine bir nâib gönderirdi. Kaza görevini vekâleten yürüten bu tür nâibler topladıkları harçlardan anlaştıkları miktarı asıl kadıya vermekteydiler. Kadılık kurumunun yozlaşmasına yol açan bu uygulama hem ehliyetli olmayan kimselerin zaman zaman kadılık yapmalarına yol açmış, hem de asıl kadıya da pay vermelerinden dolayı nâiblerin çeşitli suistimallere yönelmelerine sebep olmuştur.

b. Şühûdü'l-hâl. Kadıların bir diğer yardımcısı mahkemelerde yargılamaya bir anlamda müşahit sıfatıyla katılan şühûdü'l-hâldir. Diğer İslâm devletlerinde de varlığına şahit olduğumuz ve içlerinde zaman zaman ileri gelen hukukçuların da yer aldığı bu tür şahitler, mahkemeye intikal eden hukukî ihtilâfın şahitleri değil, mahkemede yapılan yargılamanın müşahitleridir⁸³. Şühûdü'l-udûl, udûlü'l-müslimîn de denilen ve o kaza bölgesinin ileri gelenleri arasında seçilen sayıları beş altı veya daha fazla olan bu şahitler muhakemenin işleyişine veya karara herhangi bir şekilde müdahale etmez, sadece kadıların adil karar vermesinde varlıklarıyla dolaylı olarak etkili olurlar. Şühûdü'l-hâlin bu şekilde dolaylı etki etmesi ve kararın yine tek kişi olan kadı tarafından verilmesi İslâm hukukunda içtihadın ferdî olması anlayış ve uygulamasıyla yakından ilişkilidir. Bu yönüyle şühûdü'l-hâl bazı Batı hukuklarında var olan ve hâkimin kararına doğrudan etki eden jüriden farklı olmaktadır. Öte yandan kadıların o bölgenin ileri ge-

83 İslam adliye teşkilâtında ilk asırlarda ortaya çıkan bu tür şahitlik Mez'e göre kurumlaşmasını dördüncü hicrî asırda tamamlamıştır. O dönemlerde bu tür şahitlik bir nevi hâkim stajyerliği olarak da işlev görmüş ve şahit olmak için kadıda bulunması gereken şartlar aranmıştır. bk. Tyan, *l'Organisation*, s. 248-252.

lenlerinden seçilen bu kimselerin çeşitli alanlarda müşavirliğinden istifade etmeleri de söz konusudur.

Şer'iyye sicil defterlerindeki kararların altında bu şahitlerin isimleri de bulunmaktadır. Şühûdü'l-hâl olarak zaman zaman eski kadıların, hatta kazaskerlerin görev yapması bu görevin ne kadar önemsendiğini göstermesi bakımından dikkat çekicidir⁸⁴. Şühûdü'l-hâl arasında yer alan kimseler davanın taraflarına göre değişiklik de göstermektedir. Yeniçerilerin taraf olduğu davalarda Şühûdü'l-hâl arasında bir iki yeniçerinin, ulemâdan birisinin davasında Şühûdü'l-hâl arasında bu kesimden bir iki kimsenin yer aldığı görülmektedir⁸⁵. Sistematik bir temyiz yolunun bulunmadığı ve ancak istisnai olarak Divân-ı Hümayun'un bu görevi üstlendiği Osmanlı Devleti'nde ve genel olarak İslâm devletlerinde mahkemede daima hazır bulunan şühûdü'l-hâlin ne kadar önemli bir denetim görevi ifa ettiği açıkça görülmektedir⁸⁶.

c. Kassâmlar. Kadıların yaptıkları önemli görevlerden birisi de, ölen kimselerin geride bıraktıkları mallarını (terike) İslâm miras hukuku (fêrâiz) esasları çerçevesinde mirasçılara paylaştırmaktır. Bu görevi kadı adına bu işle görevli yardımcısı olan kassâmlar yapar. Kamu görevlilerinin miras taksimleri ise kazasker kassâmları tarafından yapılır ve kazaskere düşen harç (resm-i kısmet) onun adına tahsil edilir.

Kadılar ve kazaskerlerin bu miras taksimlerinden binde belli bir oranda aldıkları pay onların gelirlerinde önemli bir yekün tutmaktadır. Bu sebeple zaman zaman kadıların kazaskerler arasında miras taksiminin kimin yetkisine dahil olduğu konusunda uyuşmazlık çıkmıştır⁸⁷. Keza bazı kadıların belirli aralıklarla kaza bölgesindeki yeleşim birimlerini dolaşmaya (devre) çıktığı ve yeni ölmüş kimselerin terekelerini mirasçılardan talep gelmediği halde taksim etmek ve böylece harç almak istediği görülmektedir. Bu tür zorlamalar da muhtemelen kadılıkların belirli sürelerle sınırlı olmasının bir sonucudur.

84 Örnek olarak, Uluçay, s. 184, 208, 251, 263, 276.

85 Jennings, s. 144.

86 Akdağ, *İçtimat Tarihi*, c. I, s. 404-405; İnalçık, "Mahkama", s. 4; İlber Ortaylı "Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme", (kıs: "Mahkeme"), *Bülent Nurl Esen Armağanı*, Ankara 1977, s. 250-251, 256.

87 Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 121-125; a. mlf. *Osmanlı Devletinde Merkez ve Bahriye Teşkilatı* (kıs: *Merkez-Bahriye*), Ankara 1984, s. 230.



111. Gayrimüslim tacirlere verilen ve sahip oldukları ticârî ve hukukî imtiyazları gösteren bir berat

d. Kâtipler. Mahkeme kâtipleri de yargılama sırasında kadının önemli bir yardımcısıdır. Kadının vermiş olduğu kararları bunlar için belirlenmiş usule (sak usulüne) uygun olarak deftere geçiren ve hukuk metinlerini yazına konusunda yetişmiş olan bu yardımcıları aynı tür davaların hemen daima aynı şekilde yazılmasında ve böylece yargılama sırasında bir eksikliğin olmamasında önemli roller üstlenmişlerdir.

B. DÎVÂN-I HÜMÂYUN

Osmanlı hukukunda sistematik bir temyiz usulü bulunmama ile beraber, padişah divanının bir yüksek mahkeme olarak zaman zaman kadıların kararlarını temyiz mahkemesi gibi denetlediği görülmektedir. Aynı şekilde bazı davaları, keza normal mahkemelerin bakmaktan kaçınıp divana havale ettikleri anlaşmazlıkları ilk ve son derece mahkemesi olarak yargıladığına da rastlanmaktadır⁸⁸. Esasen Dîvân-ı Hümâyün böyle bir yargılamayı yapmaya elverişli olarak kurulmuş, en yetkili hâkim sıfatıyla Rumeli ve Anadolu kazaskerleri burada yer almıştır. Davalara kaide olarak Rumeli kazaskeri bakmakta, işlerin yoğun olduğu günlerde vezîriâzamın isteği üzerine Anadolu kazaskeri de dava dinlemektedir⁸⁹.

Özellikle örfî ceza davalarıyla kamu görevlilerinin taraf oldukları davalarda Divanın adil bir yargılama bakımından önemli bir fonksiyon icra ettiği görülmektedir. Bu yönüyle Dîvân-ı Hümâyün diğer İslâm devletlerinde rastlanan mezâlim mahkemelelerinin görevlerini üstlenmiştir. Padişah tarafından da her an denetlenmesi söz konusu olan divanın Osmanlı Devleti'nde kanun hâkimiyetini sağlama bakımından önemli bir rol üstlendiği inkâr edilemez.

Dîvân-ı Hümâyün'a başvurmak isteyenler dilekçe ile veya bizzat veyahut da vekilleri aracılığıyla başvurabilirlerdi. Bunun yanı sıra bizzat padişaha başvurmak da mümkündü. Özellikle cuma selâmlığı sırasında görevliler padişahın geçtiği yol üzerinde topl-

⁸⁸ Halil İnalcık, "Mahkeme", İA, c.VII 149; Mumcu *Divanı Hümâyün*, s. 86. Kesin hükme bağlanmış bir davanın yeniden yargılama konusu olması padişahın açık iznine tabidir (ilgili fetva için bk. Selle, s. 61-62). Osmanlı devletinde Dîvân-ı Hümâyün bu konuda genel olarak izinli kılınmıştır; bk. Mumcu, *Dîvân-ı Hümâyün*, s. 92.

⁸⁹ Mumcu, *Divanı Hümâyün*, s. 100.

nan kimselerin başvuru dilekçelerini toplarlardı. Bunlar daha sonra gereği yapılmak üzere padişah tarafından dîvâna havale edilirdi⁹⁰.

Divanda duruşmalı veya duruşmasız olarak yapılan yargılamada kadılar tarafından verilen kararlar hukuka aykırı bulunduğunda çoğu defa aynı mahkemeye, bazan da başka bir mahkemeye tekrar yargılanmak üzere geri gönderilmekteydi. Bu iade sırasında Divan zaman zaman dava ile ilgili reyini ihsas ederdi. Biz-zat kendisinin kesin hüküm verdiği durumlarda ise karar süratle icra ve infaz edilirdi⁹¹. Bütün bunların yanısıra Dîvân-ı Hümâyun adlı şikâyetlerin yoğun bulunduğu bölgelere soruşturma yapmak üzere özel kadılar (mehâyif müfettişi) da gönderirdi⁹².

C. VEZİRİÂZAM DİVANLARI

Dîvân-ı Hümâyun'un dışında vezîriâzamın başkanlığını yaptığı bir dizi divan daha vardır ki, bunlar da zaman zaman adli veya idari mahkeme olarak görev yapmaktadırlar. Bunların başında cuma divanı gelir. Bu divana vezîriâzamdanda başka kazaskerlerin katılması huzur mürâfaası da denen cuma divanının şer'i ve örfi hukum alanlarında önemli bir yargılama görevini yaptığını ortaya koymaktadır⁹³. Vezîriâzam bu divanda şikâyetleri dinler ve gerek görürse Rumeli kazaskerine de dinletirdi. Diğer önemli bir divan da çarşamba divanıdır. Bu da vezîriâzamın başkanlığında İstanbul, Galata, Eyüp ve Üsküdar kadılarının iştirakiyle toplanan bir divandır. Bu divanda vezîriâzam cuma divanında olduğu gibi halkın şikâyetlerini dinler ve gerek görürse kadılara dava dinletirdi⁹⁴. İşleyişleri hakkında fazla ayrıntılı bilgi sahibi olmadığımız bu divanlardan cuma divanında Dîvân-ı Hümâyun'da görülemeyen bazı hukukî ihtilâflar halledilmekte, çarşamba divanında ise İstanbul'da oturmakta olan kimselerin şikâyetleri ve hukukî ihtilâfları dinlenmekteydi.

90 Mumcu, *Divan-ı Hümâun*, s. 96-97.

91 Mumcu, *Divan-ı Hümâyun*, s.105-107.

92 Mumcu, *Divan-ı Hümâyun*, s.86.

93 "Osmanlı Kanunnameleri" (*Tevkîl Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi*), s. 502; Uzunçarşılı, *Merkez-Bahriye*, s. 138-140; Mumcu, *Divan-ı Hümâyun*, s.147-148.

94 "Osmanlı Kanunnameleri" (*Tevkîl Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi*), s. 503; Uzunçarşılı, *Merkez-Bahriye*, s. 140; Mumcu, *Divan-ı Hümâyun*, s.148-149.

D. KAZASKER DİVANLARI

İlk defa Abbâsîler'de ortaya çıkan başkadılık (kadılıkudâtık) kurumunun yerini, Osmanlı Devleti'nde İslâm'ın ilk asırlarında ordu kadılığı olarak kurulmuş bulunan kazaskerlik kurumu almıştır. Kazaskerlik bir idarî kurum olarak kadı tayinleriyle ilgilenmiş, Rumeli, Kuzey Afrika ve Kırım'daki kadılar Rumeli kazaskeri, Anadolu'daki kadılar da Anadolu kazaskeri tarafından tayin edilmişlerdir. Ancak kazaskerlerin özellikle mevleviyet denilen büyük kadılıklara tayin yetkisi zaman içinde şeyhülislâmlık kurumuna geçmiştir. Bu idarî görevlerinin yanı sıra kazaskerlerin kazâî görevleri vardır. Onların Dîvân-ı Hümâyün üyesi olarak yapmış oldukları kazâî görevlerden daha önce bahsedilmişti. Bunun dışında kazaskerlerin bir de kendi divanları bulunmaktadır ki salı ve çarşamba günleri hariç kendi konaklarında akdettikleri bu divanlarda, onlar genel olarak askerî diye isimlendirilen kamu görevlileriyle ilgili davalara bakmakta idiler. Askerî teriminin ilk anda zihinlere getirdiği gibi kazaskerleri diğer İslâm devletlerinde kadı'l-asker, kadı'l-cünd veya kadileşker isimleriyle anılan ordu kadısı olarak düşünmemek gerekir⁹⁵. Görev alanları ordu kadılarınınkinden çok daha geniştir. Askerî terimi Osmanlılar'da ordu mensuplarını içine aldığı gibi, ücretlerini devlet hazinesinden alan bütün kamu görevlilerini de içine alır⁹⁶. İşte bu guruba giren görevlilerin belli davalarına kazaskerler bakmakta idiler. Yine kazaskerler bu gruba dahil olan kimselerin terekelerini kassâmları aracılığıyla taksim ederlerdi. Kanunlarda kazaskerlerin gerek miras taksimiyle gerek diğer davalarla ilgili olarak alacakları harçların miktarları belirtilmektedir⁹⁷. Gerçi kazaskerler padişahların bizzat sefere katıldıkları ilk dönemlerde onlarla birlikte sefere katılırlar ve bu esnada ordu kadılığı yaparlardı. Ancak daha sonra padişahların bizzat sefere katılmaları usulü terkedildiğinden kazaskerler de sefere gitmez olmuştur. Onun yerine ordu kadısı adıyla o sefere has olmak üzere bir kadı tayin edilirdi.

95 Krş. Cl. Huart, "Kazasker", *İA*, c.VI, s. 522.

96 Akdağ, *İçtimat Tarih*, c. II, s. 79; Halil Sahillioğlu, "Askerî", *DİA*, İstanbul 1991, c. III, s. 488-489. Askerîlerin kimler olduğunu tatad eden bir ferman için bk. Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 125; a. mlf. *Merkez-Bahriye*, s. 240-241.

97 Barkan, *Kanunlar*, s. 123.

E. DİĞER MAHKEMELER

Osmanlı Devleti'nde şer'iyye mahkemelerinin ve yukarıda belirtilen divanların yanı sıra gerek vezîriâzamların, gerekse diğer vezirlerin ülke içerisinde çoğu zaman sefer vesilesiyle seyahat ederken geçtikleri yerlerde divan kurup dava dinlediklerine de rastlanmaktadır. Bu divanlarda muhtemelen idarî şikâyetler vezîriâzam veya diğer vezirlere duyurulmakta, hukukî ihtilâflar söz konusu olduğunda da divanda hazır bulunan o bölge kadısının yardımcılarından istifade edilmektedir. Ayrıca eyaletlerde beylerbeyinin başkanlığında kurulan paşa divanlarını da belirli kazâî görevleri olan divanlardan saymak gerekir. Lonca ve benzeri meslek teşekküllerinin kethüda, yiğitbaşı, kâhya vs. muhtelif isimlerle anılan idarecilerinin o meslek grubu içinde çıkan ufak tefek anlaşmazlıkları çözdüğü de bir vâkıadır⁹⁸. Keza tarikat şeyhlerinin benzer bir rolü üstlendikleri söylenebilir. Hz. Peygamber soyundan gelen seyyid ve şerifler üzerinde nakîbüleşrafların belli kazâî yetkilerinin olduğu da bilinmektedir⁹⁹. Öte yandan idarî-malî davalarda defterdarların¹⁰⁰, çarşı pazarların inzibatıyla ilgili konularda muhtesiblerin¹⁰¹ belirli kaza yetkileri bulunmaktadır. Ancak bütün bu divan ve mahkemelerin kazâî yetkilerinin sınırlı olduğu veya daha çok hakem mahiyetinde bulunduğu da bir gerçektir. Osmanlı Devleti'nde esas yargı mercii kadıların görev yaptığı şer'iyye mahkemeleridir. Esasen Osmanlı Devleti'nin İslâm adliye teşkilâtına getirmiş olduğu en önemli değişiklik çeşitli isimler altındaki kaza mercilerinin sayısını ve etkisini azaltarak kadıları en etkili kaza mercii olarak ortaya çıkarmak olmuştur.

III. RESMÎ MEZHEP

İslâm hukukunun teşekkülünün ilk dönemlerinde müctehid hukukçu olan kadılar, önlerine gelen davayla ilgili hukuk normunu İslâm hukukunun kaynaklarından bizzat icihad yaparak çıkarmakta ve uygulamakta idiler. İctihad melekesine sahip olma bu dönemde kadı tayin edilmenin vazgeçilmez bir şartı kabul edildiğinden bu konuda herhangi bir zorlukla karşılaşılmamakta idi.

⁹⁸ Gibb-Bowen, c. I, s. 278; Mehmet Zeki Pakalın, *Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 1971, c. II, s. 369-370.

⁹⁹ Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 167-168.

¹⁰⁰ Mübahat Kütükoğlu, "Defterdar", *DİA*, İstanbul 1994, c. IX, s. 94-96.

¹⁰¹ Ziya Kazıcı, *Osmanlılarda İhtisab Müessesesi*, İstanbul 1987 s. 228-231.

Ancak mezheplerin henüz teşekkül etmediği veya teşekkül merhalesinde bulunduğu ve bağımsız icthad faaliyetlerinin hâkim olduğu bu dönemde farklı icthadların ortaya çıkması da kaçınılmazdı. Bu durum bazan bir şehirde aynı tür davalar için farklı hükümleri ortaya çıkardığından hukukî birlik ve istikrarı zedelemekteydi. Bu durumu hicrî II. asırda yaşayan İbnü'l-Mukaffa' (ö. 145/762) Abbâsî Halifesi Mansûr için kaleme aldığı bir risâlede şu şekilde ifade etmektedir: "Emîrül-müminin görecektir ki en yüksek derecede tezebzübe varan birbirini tutmaz hükümler dolayısıyla bu iki belde ve diğerlerinde can, mal ve nikâh hususunda neler vuku bulmaktadır. Meselâ Hîre'de câiz olan Kûfe'de yasak oluyor. Bu gibi ihtilâflar Kûfe'nin içinde bile bulunabiliyor"¹⁰². Mezheplerin teşekkül dönemlerinde kaçınılması mümkün olmayan bu hukukî vâkıya bir çözüm olmak üzere ilk defa İbnü'l-Mukaffa' tarafından İslâm hukukunun resmen tedvin edilmesi teklif edilmiştir. Bu tavsiyeye uyarak önce Abbâsî Halifesi Mansûr daha sonra da Hârûnüreşîd tarafından İmam Mâlik'ten fikhî görüşlerini bir kitapta toplaması istenerek bu kitabın dolayısıyla Mâlikî icthadının resmî bir mahiyet alması düşünülmüş, fakat İmam Mâlik'in bunu kabul etmemesi üzerine bu teşebbüs gerçekleşmemiştir¹⁰³. Ancak hemen aynı dönemde İslâm mezheplerinin devletten müstakil olarak ortaya çıkmaya başlaması ve özellikle Sünnî fıkıh ekollerinin İslâm âleminin belli bölgelerinde yoğunluk kazanması, dolayısıyla bir bölgede belli bir mezhebin görüşlerinin uygulanması bu hukukî dağınıklık ve istikrarsızlığı büyük ölçüde gidermiştir. Mezheplerin belli bölgelerde gelişme göstermelerinde esas itibariyle devlet başkanlarının veya başkadılarının (kâdılkudât) belli mezhebi tercih etmeleri ve çok defa bu mezhepten kadıları tayin etmeleri rol oynamıştır. Bu konuda Mısır dikkate değer bir örnek teşkil etmektedir. Burada hüküm süren devletlerin tercihine göre uygulamaya esas olan mezhep sürekli değişmiştir. Fâtîmîler zamanında önce sadece Şii-İsmâîlî daha sonraları bunun yanı sıra Şii-İmâmî, Mâlikî ve Şâfiî; Eyyûbîler zamanında Şâfiî ve Mâlikî, Memlûkler döneminde ise dört Sünnî mezhepten kadılar tayin edilmiştir. Osmanlılar ise Hanefî başkadının riyâsetinde diğer üç mezhepten kadılar tayin etmişler, son olarak Mehmed Ali Paşa zamanında diğer mezheplerin uygulanması yasaklanarak sadece Hanefî mezhebinin uygulanması em-

¹⁰² Muhammed Hamîdullah, *İslâmın Hukuk İlmine Yardımları* (kis: *Hukuk İlmî*), Derleyen: Salih Tuğ, İstanbul 1962, s. 123-124.

¹⁰³ Subhî Mahmesânî, *el-Evdâu't-Teşrîyye f'İd-Düvell' Arabiyye Mâdhâ ve Hâdiruhâ* (kis: *el-Evdâu't-Teşrîyye*) Beyrut 1972, s. 144-146; keza bk. M. Akif Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", *OA*, c. IX (1989), s. 31-33.

redilmiştir¹⁰⁴. Öte yandan bazı mezheplerinin güçlü temsilcileri vasıtasıyla öğretilerini yaymakta diğerlerinden daha başarılı olmaları da bu mezheplerin yayılmasında tesirli olmuştur. Bunun sonucu olarak Hanefî mezhebi Ortadoğu'da, Türkler'in meskûn olduğu bölgelerde, Hindistan ve Uzakdoğu'da; Mâlikî mezhebi, Kuzey Afrika ve Endülüs'te; Şâfiî mezhebi Ortadoğu ve Uzakdoğu'da; Hanbelî mezhebi de Arap yarımadasında yayılmışlardır.

Kadınların belli bir mezhebi taklit etmeleri veya tayin edilirken hükümlerinin bir mezheple sınırlı olmasının şart koşulması İslâm hukukunda tartışma konusu olmuştur. İctihadı, kadı olmanın vazgeçilmez bir unsuru olarak gören ilk dönem hukukçuları kadınların bir mezhebe bağlı olmak kaydıyla kadı tayin edilmesini hoş karşılamamışlardır. Bazı hukukçular belli bir mezhebe bağlı kalmak şartıyla yapılan kadı tayinini geçersiz sayarken, diğer bazıları da sadece bu şartı geçersiz, tayini geçerli kabul etmişlerdir¹⁰⁵. Netice olarak her iki görüş de kadınların belli bir mezheple sınırlandırılmasını kabul etmemektedir. Ancak hukukî birlik ve istikrarın sağlanması için bir mezhebi uygulamanın temin ettiği fayda, öte yandan ictehad faaliyetlerinin zamanla azalıp kadınların gittikçe belli bir mezhebin görüşlerini taklit etmeleri, zaruri olarak fetva ve kazada bir mezhebin görüşlerinin esas olabileceğini ve kadınların sadece onunla yetkili kılınabileceklerini kabule götürmüştür. Buna gerekçe olarak da kadı ile halife arasındaki münasebetin vekâlet ilişkisine benzediği, vekâlette olduğu gibi kadının görevinin zaman, mekân ve bazı hususlarla sınırlandırılabilmesi gösterilmiştir¹⁰⁶.

Hanefî mezhebinin yayılmasında özellikle Türk devletlerinin önemli rolü olmuştur. Selçuklular Tuğrul Bey zamanından itibaren

¹⁰⁴ Geniş bilgi için bk. Şefik Şehâta, *Târîhu Hareketi't-Teccid fî'n-Nuzumi'l-Kânûniyye fî Mısır Münzû Matla'l-Karnî't-Tâsi'l Aşar*, Kahire 1961, s. 40-46; Abdü'l-mecîd Muhammed el-Hafnâvî, *Târihü'l-Kânuni'l-Mısri*, 1973-1974, s. 450 vd.

¹⁰⁵ Mâverdi, s. 78; Ebu Ya'lâ, s. 63-64; Mahmesânî, *el-Evdâ'u't-Teşrî'iyye* s. 161.

¹⁰⁶ Ebul Ula Mardin, "Kadı", *İA*, c. VI, s. 43; Bu sınırlandırma daha sonra Mecelle'de şu şekilde ifade edilmiştir: "Kaza, zaman ve mekân ile bazı hususatin istisnasıyla tekayyud ve tahassus eder" md. 1801. Maddenin devamında örnekler verilirken de "Ve kezâlik bir müctehidin bir hususta re'yi nasa erfak ve maslahat-ı asra evfak olduğuna binâen re'yiyle amel olunmak üzere emr-i sultânî sâdir olsa ol husûsda hâkim ol müctehidin re'yine münâfi diğer bir müctehidin re'yiyle amel edemez, eder ise hükmü nâfiz olmaz" denerek mezhep bakımından sınırlandırmanın da bu kapsamda değerlendirildiği ortaya konmuştur.

kadıları çoğunlukla Hanefî mezhebinden seçmişlerdir¹⁰⁷. Bunun tabii sonucu olarak bu devrede mahkemelerde Hanefî mezhebi ağırlıklı olarak uygulanmıştır. Ancak bu dönemde hükümlerin Hanefî mezhebine göre verilmesi konusunda açık bir takyide rastlanmamaktadır¹⁰⁸. Aynı durum Osmanlılar'ın ilk dönemleri için de söz konusudur. Bu dönemdeki kadı beratlarında hükümün Hanefî mezhebine göre verileceği açıkça belirtilmemektedir¹⁰⁹. Söz konusu dönemde kadılar çoğunlukla Hanefî mezhebine mensup fakihlerden seçildiğinden bu mezhebin uygulanmasının ayrıca tasrihine lüzum görülmemiş olabilir. Öte yandan bu ilk dönemlerde Hanefî mezhebi büyük ölçüde tercih edilmekle beraber bu konuda sonraki asırlarda karşılaşıldığı ölçüde bir mezhep taassubu mevcut olmadığından, diğer mezheplerin görüşlerine kapının açık bırakılmış olması da mümkündür. XVI. asra gelinceye kadar Osmanlı mahkemelerinde zaman zaman diğer mezhep görüşlerinin de uygulandığına rastlanması bu yorumu haklı kılmaktadır. Nitekim XV. asra ait Bursa Şer'iyeye Sicilleri'nde rastlanan kayıtlardan nafaka bırakmadan kocanın kaybolması sebebiyle kazâî boşanmanın mümkün olması gibi Şâfiî ichtihadının hukukî ve sosyal ihtiyaca daha iyi cevap verdiği konularda, Bursa'daki Hanefî kadısının Şâfiî mezhebinden nâibler tayin ederek onların kendi mezheplerine göre verdikleri hükümü aynen uyguladıkları görülmektedir¹¹⁰. Ancak bu uygulamanın sınırlı olduğunu ve hele davacıların dört mezhepten dilediklerini seçme haklarının bulunmadığını unutmamak gerekir¹¹¹.

107 Mehmet Altan Köymen. "Alp Arslan Zamanı Büyük Selçuklu İmparatorluğu Dini siyaseti". *Selçuklu Araştırmaları Dergisi*, c. IV, s. 150-152.

108 Elimizde bulunan Selçuklu dönemi kadı beratlarında hükümlerin Hanefî mezhebinin ichtihadlarına göre verileceğine dair bir kayıt mevcut değildir. Bu dönemin kadı beratı örnekleri için bk. Osman Turan, *Türkiye Selçukluları Hakkında Resmî Vesikalar*, Ankara 1988, s. 46-56.

109 Fâtih dönemine ait 884 (1479) tarihli bir kadı beratında sadece imamların ichtihadına uymaktan (iktidâ-yı ichtihâd-ı eimme) bahis vardır (Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 114-115).

110 Halil Sahillioğlu, "Bursa kadı sicillerinde iç ve dış ödemeler aracı olarak 'kitâbü'l-kâdî' ve sülteceler". *Türkiye İktisat Tarihi Semineri* Ankara 1975, s. 123; Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 72,115-117.

111 Krş. İnalçık, "Mahkeme", s. 151; Ortaylı, (Mahkeme), s. 249. Ebusuûd Efendi'nin şu fetvası da kadıların davalının mezhebine aykırı bir mezhebin görüşlerine göre hüküm vermekten menedildiklerini ortaya koymaktadır: "Zeyd-i Hanefî gâlib iken fevt olup Şâfiî dâyinleri (alacaklıları) cümle verese gâlib iken deyinlerin (alacaklarını) isbat edüp ba'dehu Hanefî kadısı tenfiz eylese makbûl olur mu? Elcevab: Olmaz, kudât memâlik-i mahrûsada müddeâ aleyh mezhebine muhâlif hükümden men olunmuştur. Hüküm ve tenfizi bâtıldır" Ebusuûd, "Maruzat", *MTM* sy. 2, s. 345.

Bu uygulamanın XVI. asra kadar devam ettiği bilinmektedir. Bu asrın ortalarından itibaren kadı ve müftü beratlarında kaza ve fetvanın Hanefî mezhebine göre verileceği tasrih edilmektedir¹¹². Burađan anlaşılmaktadır ki XVI. asra kadar diğer Sünnî mezheplere gösterilen müsamaha bu asırdan itibaren gösterilmez olmuştur¹¹³. Hanefî mezhebi içinde farklı görüşlerin bulunduğu durumlarda da kadılar beratlarda belirtildiği üzere en sahih görüŖe göre hüküm vermekle mükellef idiler¹¹⁴. Bütün bunlara rağmen kadının Hanefî mezhebindeki hâkim görüŖün (esahh-ı akvâl) dışında bir görüŖle veya diğer mezheplerce kabul edilen bir ichtihadla hükmedebilmesi yine de mümkündü. Ancak padiŖahın buna açıkça izin vermesi gerekmektedir¹¹⁵.

Hanefî mezhebinin bu katı uygulaması Ebussuûd Efendi'nin Şâfiî mezhebini benimseme (teŖeffu') hususu "diyâr-ı Rûm'da câri olmaya" ifadesinden de anlaşılabacağı üzere Anadolu ve Rumeli'de câri idi. Mekke, Medine, Halep, Kûdus, Kahire gibi ahalisinin önemli bir

112 Bu asırdan sonraki kadı beratlarında hemen daima "...eimme-i Hanefiyye'den muhtelefün fihâ olan mesâli kemâ yenbeği tettebbu edüp esahh-ı akvâli bulup anıyla amel eyleye..." ifadelerine rastlanmaktadır (bk. Hıfzı Efendi, *Kanunname-i Cedid İ.Ü.* Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, vr. 49b-50a; "Osmanlı Kanunnâmeleri", s. 326-327; UzunçarŖılı, *İlmiye TeŖkilatı*, s. 85-86.112-113).

113 Ebussuûd Efendi'nin fetvalarından belli bir süre diğer mezheplere müsamaha edildiği ancak bunun sonradan yasaklandığı açıkça anlaşılmaktadır. Bir fetva mecmuasında peŖ peŖe yer alan Ŗu iki fetva buna örnektir: "Mesele: Zevci nâbedid olan Hind Nafakaya aczi olıcak teŖeffu' edüp Şâfiî kadısı tefrik edüp zevc-i âhara varsa bâdehu Zeyd gelse zevcesin geri alabilir mi? Elcevab: Alamaz. Ahmed. Cevâb-ı âhar: TeŖeffu' hususu diyâr-ı Rûm'da câri olmaya deyu men-i sultânî vâki olmuştur. "Ebussuûd", M. Ertuđrul Düzdađ, *Şühulislam Ebussuûd Efendi Fetvaları IŖıđında 16. Asır Türk Hayatı*, İstanbul 1972, s. 44. Aynı soru ve sadece Ebussuûd Efendi'nin cevabı *Mâruzât*'ta da bulunmaktadır (Ebussuûd, s. 340-341). Ayrıca *Mâruzât*'ta bir baŖka fetvada Ŗu kayıt vardır: "Bu diyarda Şâfiî kavliyle amel etmek memnûdur." (s. 341).

114 "Mesele: Esahh-ı akvâl ile amel eylesin deyu beratında mukayyed olan kadı kavli-i zaif ile amel eylese hükmü nâfil olur mu? Elcevab: Gayet zaif olunca olmaz." Ebussuûd Efendi, s. 344; Selle, s. 17.

115 Ŗu iki fetva buna iŖaret etmektedir: "Mesele: Zeyd mecnun olmakla hâkim zevcesi Hind'i Ŗer'an tefrika kâdir olur mu? Elcevab: Hâkim İmam Muhammed kavliyle amele memur ise olur ve illâ olmaz Ebussuûd, s. 340. "Mesele: Hind Zeyd'in meczûm (cüz zamli) idüğünü bilmeden nefsinin Zeyd'e tezvîc eylese Hind vâkife oldukta râziye olmayıp nefsinin kadıya tefrik ettirmeye kâdire olur mu? Elcevab Olmaz. Međer kadı İmam Muhammed kavliyle amele memur ola" (Ali Efendi, *Fetâvâ*, İstanbul 1272, c.I, s. 91.) Her iki durumda da Hanefî mezhebindeki hakim görüŖ (esahh-ı akvâl) tefrika izin vermediğinden kadı açıkça izin verilmemiŖse tefrika hükmedemez.

kısmı Hanefî mezhebi dışındaki mezheplere mensup olan yerlerde bir Hanefî başkadının riyâsetinde diğer mezheplerden de kadılar (nâib) tayin edilmekte, böylece diğer mezhep müntesiplerinin hukukî ihtilâflarının kendi mezheplerine göre çözülmesi imkânı getirilmekte idi¹¹⁶. Mısır'da bu uygulama XIX. asra kadar devam etmiş, Mehmed Ali Paşa zamanında 1805'te diğer mezheplerden kadı tayini ve bu mezhep icihadlarının uygulanması terkedilerek Anadolu ve Rume- li'de olduğu gibi sadece Hanefî mezhebinin uygulanmasına izin verilmiştir¹¹⁷. Aynı durum müftüler için de söz konusu olmuş diğer mezheplerden kadıların tayin edildiği bölgelere kendi mezheplerinde fetva vermek üzere dört mezhepten müftüler tayin edilmiştir¹¹⁸.

Bu uygulama XX. yüzyılın başlarına kadar devam etmiştir. İslâm hukuku alanında resmî kanunlaştırma faaliyetinin bulunmadığı dönemlerde bir mezhebe bağlı kalmanın ve mahkemelerde sadece o mezhebin icihadlarını uygulamanın hukukî birlik ve istikrar bakımından önemi küçümsenemez. Ne var ki bu uygulamanın katı bir biçimde yapılması ve ihtiyaç duyuldukça diğer mezheplerden yararlanma yoluna gidilmemesi bir başka mahzuru, hukukun katılaşması ve sosyal ihtiyaçlara cevap verememesini beraberinde getirmiştir. Zaman zaman bir mezhebe bağlı kalmak uğruna hukukun zorlandığı da olmuştur. Kız kaçırma ve benzeri durumlarda zorla yapılan nikâhların Hanefî mezhebinde geçerli kabul edilmesi üzerine ortaya çıkan sosyal ve hukukî problemi çözmek için

116 Bazı kaynaklarda Osmanlılar'ın Arap ülkelerinde de Hanefî mezhebini tek mezhep olarak uyguladıkları ve diğer mezheplerin tatbikine imkân vermedikleri belirtilmekteyse de (msl. bk. Mahmasâni, *el-Evdâu't-Teşrîyye* s. 162-163. Değerli Lübnanlı hukukçunun ifadeleri açık değildir ve kendi içinde tutarsızlık taşımaktadır) bu görüşe katılma imkânı yoktur. Mekke'de Hanefî kadının yanı sıra diğer üç mezhep kadılarının da görev yaptıkları bilinmektedir. 12 Sefer 973 (1565) tarihli ve Mekke kadısına hitaben yazılan bir hükümde Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mahkemelerinde görülen davaların sicile kaydedilip üç ayda bir Hanefî mahkemesine (mahkeme-i kübrâ) teslim edilmesi emredilmektedir bk. *BA Mısır Mühümest Defteri*, no: 5, s. 91, hüküm no: 211. Keza Anadolu kazaskerine gönderilen Evâhîr ZA 955 (1548) tarihli bir fermanda Halep kadısının Şâfiî naibinin kendi mezhebine göre verdiği bir tefrik kararından bahsedilmektedir. bk. *BA, Fekete A. DVN*, 350. Yine Receb 981 (1573) tarihli bir fermandan Trabluşgarp'taki kadıların Mâlikî mezhebini uygulamalarının kabul edildiği anlaşılmaktadır. 1522 tarihli bir hükümden de Diyarbakır'a Şâfiî kadısının tayininin söz konusu edildiği anlaşılmaktadır. bk. Halil İnalıcık "Mahkama", s. 3.

117 Şehâta, s. 45; Hafnâvî, s. 466

118 D'Ohsson, c.II, s.284; Uzuçarşılı, *İtmiye Teşkilatı*, s.174. Medîn-i Münevvere'ye bir Şâfiî müftünün tayini edilmesi hk. bk. *BA, Mısır Mühümest*, nr. 5, s. 201, hüküm no: 508.

diğer mezheplerin görüşlerinden istifade ile bu nikahı geçersiz sayma yerine kocayı karısını boşaması için zorlamak buna örnektir. Kanûnî dönemi ceza kanunnâmesinde "Veya kız veya avret çeküp cebr ile nikâh itdürene cebr ile boşadalar, dahi siyaset edeler" denmektedir¹¹⁹. Bunun hukukî bir çözüm olduğu tartışmalıdır. Halbuki Osmanlılar'ın belli bir bölgesinde bir süre uygulanan Allâüddeve Bey kanununda zorla yapılan nikâhın zorla sona erdirilmesi yerine, diğer mezhep görüşleri istikametinde geçersiz olduğu belirtilmekte ve doğacak hukukî ve sosyal problemler halledilmektedir "Eğer kız çeküp alıp gittiğinden sonra nikâh itse, nikâhı fasittir, ta'zîr ideler"¹²⁰. Ancak mezhep taassubunun artması diğer mezheplerden istifade yolunu tamamen kapatmış ve bu durum uzun yıllar devam etmiştir. Tanzimat'tan sonra hazırlanan Mecelle'de de diğer mezheplerden yararlanılmamıştır. Dönemin siyasî ve hukukî şartları Mecelle Cemiyeti'ni ve cemiyetin başkanı Ahmed Cevdet Paşa'yı o gün için radikal sayılabilecek böyle bir adımı atmaktan alıkoymuştur¹²¹.

Bu adım ancak XX. asrın başlarında hiç de müsait olmayan şartlar içerisinde atılabilmiştir. Bu yüzyılın başlarındaki sosyal ve kültürel değişim ve Balkan Harbi'nin doğurduğu zaruretler kazâî boşanma imkânının diğer mezheplerden istifadeyle genişletilmesi ihtiyacını hissettirmiş ve nihayet 23 Rebîülâhîr 1334(5 Mart 1916) tarihli irâde-i seniyye ile Hanefî mezhebi ichtihadlarının dışına çıkılarak kadına, kocasının nafaka bırakmadan kaybolması halinde boşanma hakkı tanınmıştır. Hanbelî mezhebinin ichtihadlarından yararlanılarak kabul edilen bu irâde-i seniyye ile üç asırdan fazla bir süreden sonra ilk defa diğer mezheplerden istifade yolu açılmış oldu¹²².

Bu irâde-i seniyyeden kısa bir süre sonra hazırlanan 1917 tarihli *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi* ise bu konuda çok radikal bir adım atarak eklektik (telifikçi) bir yol benimsemiş ve birçok hükmünde diğer mezheplerden istifa etmiştir. Bu yolla kararname hukukî ve sosyal ihtiyaçlara cevap veren bir aile kanunu hazırlayabilmek için

¹¹⁹ Heyd, *Criminal Law*, s. 60.

¹²⁰ Barkan, *Kanunlar*, s. 121. md. 16. Aynı hüküm *Bozok Kanunnâmesi*'nde de vardır (bk. s.125. md. 16).

¹²¹ M. Akif Aydın, "Bir hukukçu olarak Ahmed Cevdet Paşa", (kıs: "Ahmed Cevdet Paşa"), *Ahmed Cevdet Paşa Semineri*, İstanbul 1986, s. 34-35.

¹²² Geniş bilgi için bk. Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 146-148.

Hanefî mezhebinde olmayıp diğer mezheplerde bulunan birçok hukukî imkândan yararlanmışır¹²³. Kararnâme İslâm hukuk tarihinde ilk defa diğer mezheplerden istifade yolunu açmış bir kanun olarak daha sonra diğer İslâm ülkelerinde hazırlanan birçok aile kanununa öncülük etmiştir. Ne var ki Osmanlı hukukunda diğer mezhep ve görüşlerden istifade imkânının uzun asırlar kullanılmaması ve ancak devletin yıkılmasından kısa bir süre önce bu imkânın işletilmeye başlanması, hem Osmanlı hukukunun altı asırlık gelişime seyrini hem de Osmanlı sonrası Türk hukukunun genel istikametini menfi yönde etkilemiştir.

IV. FETVA ve FETVA - KAZA İLİŞKİSİ

Dinî ve hukukî bir meselede verilen cevaplardan ibaret olan fetvanın İslâm ve Osmanlı hukukunun işleyişinde dikkate değer bir yeri vardır. İslâm dininde genel olarak tavsiye edilen şûrâ prensibinin hukuk alanına bir yansımından ibaret olan fetvanın İslâm'ın ilk dönemlerinden itibaren yaygın bir kullanımına şahit olunmaktadır. Hz. Ömer'in Medine'de yedi hukukçuyu bir araya getirerek kurmuş olduğu heyet Medine kadısı dahil herkesin serbestçe başvurarak hukukî problemlerini hallettikleri bir merci idi¹²⁴. Hatta halifenin hukukî görüşlerinden yararlanmak için bu heyetin Medine dışına çıkışlarını yasakladığı bilinmektedir. Kûfe kadısı Şureyh'in muhakeme sırasında fetvalarından yararlanmak üzere bir grup hukukçuyu yanında bulundurduğu bilinmektedir¹²⁵. İslâm hukukunun teşekkül dönemlerinde müctehid hukukçuların her biri insanların serbestçe kendilerine başvurdukları birer fetva mercii idi. Fetva vermek için kadılarda olduğu gibi merkezî bir otorite tarafından tayin edilmek gerekmeyip hukuk bilgisine sahip olmak yeterli olduğu için fıkıh öğretiminin yapıldığı medreselerdeki müderrisler tabii birer müftü durumunda idiler. Gerek bu tür âlimlerin gerekse belli bir tarihten sonra resmen tayin edildiği görülen müftülerin vermiş olduğu fetvalar, kadıları bağlayıcı olmamakla birlikte hukukun işleyişinde yine de daima önemli bir yere sahip olmuştur. Bu önem İslâm hukuk tarihî boyunca her mezhepçe derlenen fetva mecmularının çokluğundan da anlaşılmaktadır.

Fetvanın İslâm hukukunun işleyişindeki rolünün iki yönlü olduğu söylenebilir. Müctehid hukukçu olmadıkları durumlarda

¹²³ Geniş bilgi için bk. Aydın. *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 209-210.

¹²⁴ Hamidullah, *Hukuk ilmi*, s. 121.

¹²⁵ Atar, s. 122.

bizzat kadıların önlerine gelen dava ile ilgili hukukî esası bulmakta zaman zaman kendilerine yardımcı olacak bir müftüye muhtaç oldukları aşikârdır. Bu yönüyle müftüler kadılara yardımcı olmuşlardır. Diğer taraftan halkın her zaman dinî-hukukî görüşlerine kolayca başvurabilecekleri fakihlerin mevcut oluşu bir kısım problemlerin mahkemeye intikal etmeden çözümlerini sağlamıştır.

Bütün bu faydalarından ötürü Osmanlı Devleti'nde vilâyet, sancak, kaza gibi yerleşim bölgelerine merkezî otorite tarafından kadılar tayin edildiği gibi müftüler de tayin edilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere davaya uygulanacak hukuk kaidesinin tesbitinde bu fetvaların kadıya yardımcı olmalarının yanı sıra bunlar Hanefî mezhebi içerisinde farklı görüşlerin bulunduğu durumlarda hâkim görüşün (esahh-ı akvâl) tesbitinde de kadılara yardımcı olmuşlardır. Bu sebeple zaman zaman fetvalar bizzat kadılar tarafından istenmiştir¹²⁶.

Öte yandan tarafların mahkemede iddialarını aldıkları fetva ile takviye ettikleri de görülmektedir. Şer'iyye sicil defterlerinde taraflardan biri tarafından getirilen fetvaya dayanılarak verilen birçok hükme rastlanmaktadır¹²⁷. Bu durum kadıların kendilerine getirilen veya bizzat kendileri tarafından istenen fetvaların etkisi altında kaldıklarını göstermektedir. Esasen fetvanın kadıyı bağlayıcı olmaması fetvanın gelişi güzel reddedilebileceği anlamına gelmemektedir; bunun için kadının elinde kuvvetli gerekçeler bulunmalıdır. Aksi halde ilgili taraf davayı bir yüksek mahkeme niteliğinde olan Dîvân-ı Hümâyûn'a aksettirdiğinde fetvayı sebepsiz olarak reddeden hâkim müşkil durumda kalırdı¹²⁸. Özellikle şeyhülislâmlar tarafından verilen fetvaların bu bakımdan özel bir ağırlığının olduğu görülmektedir¹²⁹.

¹²⁶ Meselâ bk. Çavuşzade Mehmed Aziz, *Dürrü's-Sukûk* İstanbul 1288, c. I. s. 72-73.

¹²⁷ Meselâ bk. Ongan, s. 50, nr.232; Çavuşzade, c.I. s.49.52.62.

¹²⁸ Nitekim Mumcu'nun naklettiği Şam kadısına hitaben kaleme alınan bir fetvada davacının elindeki şer'î temessüke ve fetvaya bir daha nazar kılınması hususu kadıya emredilmekte ve bunları gelişigüzel reddettiği için kadı âdeta tekdiir edilmektedir. Mumcu, *Dîvân-ı Hümâyûn*, s. 105, d.n. 147. H. Gerber de Bursa şer'iye sicillerinde incelediği devrede kadıların getirilen fetvayı daima kabul ettiklerini ve getiren tarafın davayı daima kazandığını belirtmektedir (bk. Halin Gerber, "Sharia Kanun and Custom in the Ottoman Law: The Court Records of 17th Century Bursa", *IJTS* II/1, s. 145-146.

¹²⁹ Ahmet Mumcu, *Osmanlı Devletinde Rüşvet Özellikle Adli Rüşvet*, (kıs: *Rüşvet*), Ankara 1969, s. 141-142; Jennings, s. 140.

Fetvaların kadıları bağlayıcı hale getirilmesi de mümkündür. Belli bir hukukî görüşün, yani fetvanın uygulanmasının padişah tarafından emredilmesi kadının bazı hususlarla takyidi anlamına gelmekte ve kadılar sadece bu görüşü uygulamak mecburiyetinde kalmakta idiler. Şeyhülislâmlar bu tür fetvaları vezîriâzâmın aracılığına gerek olmaksızın doğrudan doğruya padişaha arz etmek ve mahkemelerde mecburi olarak uygulanmasını temin etmek inkânına sahiptiler. Bu yolla şeyhulislâmlar Osmanlı hukukunun uygulanmasına doğrudan etki etme inkânına sahip olmuşlardır. Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi'nin *Ma'rûzât* isimli eserinde toplanmış bulunan fetvaları isminden de anlaşılacağı üzere doğrudan padişaha arzedilmiş ve onun tarafından mucebince amel olunması emredilmiş ve böylece bağlayıcı hale gelmiş fetvaların en dikkate değer örneğini teşkil etmektedir. Topkapı Sarayı Arşivi'nde bulunan bir fetvada yer alan "bu fetvâ-yı şerîfle amel olunmak için hükm-i hümayun verilmiştir....Bu fetvâlar defterdar elinde olan imzalı fetvâların suretleridir ki yazılıp hazinede alikonulmuştur" şerhi fetvaların padişah tarafından uyulmasının mecburi hale getirilişinin bir başka örneğini, aynı zamanda padişah tarafından zaman zaman fetva istenip bununla amel edilmesinin emredildiğini göstermesi bakımından dikkat çekicidir¹³⁰.

Fetva kurumunun Osmanlı hukukunun düzenli işleyişinde oynadığı bir önemli rol de kadıların hükümlerinin hukuka uygunluğunu sağlamada müftülerin üstlendiği roldür. Sistematik bir temiz usulünün bulunmadığı dönemlerde özellikle merkezden uzak bölgelerde müftülerin mevcudiyetinin ve tarafların her zaman ona başvurma imkânının var oluşunun kadıları hukuka uygun hareket etmeye belli ölçüde mecbur ettikleri inkâr edilemez. Bir anlamda kadıların vermiş olduğu hükümler her zaman kolayca müftülerin ilmi denetimine açık olmuştur¹³¹.

V. YÜRÜRLÜK VE BİLGİ KAYNAKLARI

İslâm hukuk tarihinde İbnü'l-Mukaffa'nın teklifi üzerine Abbâsî Halifesi Mansûr'un ve daha sonra Hârûnürreşîd'in gerçekleşmeyen tedvin teşebbüslerini bir tarafa bırakacak olursak Mecelle'ye kadar resmî bir tedvin faaliyetine rastlanmaz. İslâm hukukunun teşekkül aşamasında bulunduğu ve ictihad faaliyetle-

¹³⁰ Fetvanın metni için bk. TSA,E. 4889.

¹³¹ Ali Himmet Berki. *Büyük Türk Hükümdarı İstanbul Fatih Sultan Mehmed Han ve Adalet Hayatı*, İstanbul 1953, s. 59.

rinin çok yoğun olduğu dönemlerde resmî bir tedvin faaliyetinin olmayışının İslâm hukukunun gelişmesinde müsbet bir etkisinin olduğu şüphesizdir. İlk dönemlerde yapılacak bir tedvin faaliyeti hukukun gelişmesine büyük ölçüde engel olabilirdi. Ancak böyle bir tedvin faaliyetinin sağlayacağı pratik faydalar sebebiyle daha sonraki asırlarda buna ihtiyaç duyulmaya başlanmıştır. Nitekim Bâbürlü Hükümdarı Evrengzîb Âlemgîr'in teşebbüsü üzerine, bir hukukçular heyeti Hanefî mezhebi içerisindeki fetva ve kazaya esas olacak müteber görüşleri bir araya topluyarak *el-Fetâva'l-Hindiyye* veya Âlemgîr'den dolayı *el-Fetâva'l-Âlemgîriyye* denilen eseri meydana getirmiştir¹³². Ancak bu eser mahkemelerde mecburen uygulanan bir kanun mahiyetinde değil kadılara ve müftülere yardımcı olan ilmî bir eser mahiyetinde hazırlanmış ve böyle telakki edilmiştir.

İslâm hukuk tarihinde resmî bir tedvin faaliyetinin ve buna bağlı olarak resmî bir yürürlük kaynağının olmaması kadıların İslâm ve Osmanlı hukuk tarihi boyunca aradıkları hukuk normunu bulmakta çok zorlandıkları veya tesbitte güçlük çektikleri, ve bunun hukukta bir dağınıklığa yol açtığı anlamına gelmez. Bilakis hem şer'î hukuk ve hem de örfî hukuk alanında kadıların kolayca başvuracakları bilgi kaynakları ve örfî hukuk alanında da resmî yürürlük kaynakları daima var olmuştur. Bunlar fıkıh kitapları, fetva mecmuaları, kanunnâmeler ve şer'îyye sicil defterleridir. Kadılar bu kaynaklara başvurarak aradıkları hükmü bulabilmişlerdir. Ancak sınırlı bazı örnekler istisna edilirse kadıların hükümlerinde dayandıkları fıkıh kitabını, fetva mecmuasını veya kanunnâmeyi açıkça belirtmedikleri görülmektedir¹³³.

Bu bilgi ve yürürlük kaynakları bugünkü kanunlar gibi maddeler halinde kaleme alınmış değildir. Ancak kendine has bir sistematik içinde kaleme alınan bu kitaplardan ve yine nisbeten kısa metinlerden ibaret bulunan kanunnâmelerden kadıların aradıkları hükmü kolayca bulmaları mümkün olmaktadır. Bu bakımdan genel olarak Osmanlı hukukunda bilgi ve yürürlük kaynaklarının dağınıklığından veya kullanışlı olmadığından söz etmek mümkün değildir. Bu kaynaklar şu şekilde sıralanabilir.

¹³² Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s. 32-33.

¹³³ Gerber Bursa Şer'îyye Sicilleri'nde nadiren bu kaynakların zikredildiğinden bahsetmektedir (bk. Gerber, s. 146). Heyd de Konya Şer'îyye Sicilleri'nde açıkça kanunnâmeye atıf yapıldığının örneğini vermektedir (bk. *Criminal Law*, s. 32). Bir hükümde *Neticetü'l-Fetâvâ*'ya yapılan bir atıf için bk. Çavuşzade, c.I. s.72-73.

A. KİTAPLAR

Şer'î hukuk alanında çoğu medreselerde ders kitabı olarak da okutulan Hanefî fıkıh kitapları aynı zamanda kadılara mahkemelerde aradıkları hükmü bulmakta yardımcı olan birer bilgi kaynağı idiler. Bu yönüyle fıkıh kitapları özel bir tedvin faaliyeti olarak değerlendirilebilir. Fâtih devrine gelinceye kadar Merginânî'nin *el-Hidâye*, Ebü'l-Berekât en-Nesefî'nin *Kenzü'd-dekâik*, Kudûrî'nin *el-Muhtasar* ve Tâcü's-Şerîa'nın *el-Vikaye* isimli eserleri bunlar arasında dikkati çekmektedir¹³⁴.

Fâtih devrinden itibaren Molla Hüsrev'in (Mehmed b. Ferâmurz b. Ali) kendi eseri *Gurerü'l-ahkâm*'ına şerh olarak kaleme aldığı *Dürerü'l-hükkâm fi Şerhi Gureri'l-ahkâm* kısaca *Dürer* Osmanlı mahkemelerinde en çok başvurulan bilgi kaynağı olmuştur¹³⁵. Kanûnî devrinden itibaren ise İbrâhim el-Halebî'nin *Mülteka'l-ebhur* adlı eseri *Dürer*'in yerini almıştır. Bu hacmi küçük kullanışı kolay eser o derece yaygınlaşmıştır ki, kadılar bu devirden itibaren kararlarını hemen daima *Mülteka*'ya göre vermeye başlamışlardır¹³⁶. Osmanlı medeniyeti hakkındaki *Tableau Général de l'Empire Ottoman* adlı eseriyle tanınan D'Ohsson kitabında İslâm hukuku hakkında bilgi vermek için *Mülteka*'nın belirli bölümlerini özetlemesi de Halebî'nin bu eserinin Osmanlı döneminde ne kadar yaygın bir şöhretinin bulunduğu göstermesi bakımından dikkat çekicidir. Bu iki eser Osmanlı mahkemelerinde âdeta birer kanun mecmuası gibi hizmet görmüş, kadılara büyük kolaylık sağlamıştır. D'Ohsson'un bu iki kitaptan bahsederken kanun mecmuası anlamına gelen *code* kelimesini kullanması da bu eserlerin o devirde nasıl telakki edildiklerini göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

¹³⁴ Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 22,29 ve 115 d.n. 1. Ayrıca bu kitaplar hakkında geniş bilgi için bk. Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, Ankara 1990, s. 37,57,72,77.

¹³⁵ D'Ohsson, c.I, s.7-8; İnalcık, "Osmanlı Hukukuna Giriş", s. 126. Molla Hüsrev'in bu eserine birçok şerh ve hâşye de yazılmıştır. bk. Kâtib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn an Esami'l-Kütüb ve'l-Fünûn*, İstanbul 1972, c. II, s.1199; Carl Brockelmann, *Geschichte der Arabischen Litteratur*. (kıs: GAL), Leiden 1943, c. II, s. 226; Özel, *Hanefî Alimleri*, s. 102.

¹³⁶ D'Ohsson, c.I, s. 8-10; Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 115; Gottard Jaeschke, *Yeni Türkiye'de İslamîlik*, (terc.: Hayrullah Örs), Ankara 1972, s. 12. Bu eser de *Dürer* gibi birçok şerhlere konu olmuştur(bk. Kâtib Çelebi, II, 1814 vd.; Bağdatlı İsmâil Paşa, *İzâhu'l-Meknûn fi'z-Zeyl alâ Keşf'iz-Zunûn*, İstanbul 1972, c. II, s. 551; Brockelmann, GAL, c. II, s. 432, a.mlf. *Supplementband* (kıs. GALSuppl), Leiden 1937, c.II, s. 642; Özel, *Hanefî Alimleri*, s. 115.

B. FETVA MECMUALARI

Kadınların ikinci önemli bilgi kaynağı fetva mecmualarıdır. Soru-cevap tarzında hazırlanan ve sorulan meseleye kesin cevaplar veren bu mecmualar en çok karşılaşılan problemlere yer vermesi, Hanefî mezhebi içinde hâkim görüşü bildirmesi sebebiyle kadınların çok sık başvurdukları bir kaynak olmuştur. Ayrıca verdikleri hükümün doğruluğundan emin olmak ve kararlarının Divân-ı Hümâyün gibi bir üst yargı mercii tarafından geri gönderilmesini önlemek için kadınların hükümlerini güvenilir bir hukukçunun özellikle bir şeyhulislâmın fetvasına dayandırma arzuları fetva mecmualarının İslâm ve Osmanlı hukuk tarihi boyunca çok yaygın olarak kullanılmalarına yol açmıştır¹³⁷. Bunlar içinde bilhassa Ebussuûd Efendi'nin fetvaları ile Zekeriyâzâde Yahyâ Efendi'nin (ö. 1053/1643) *Fetâvâ Yahyâ Efendi*, Ankaralı Mehmed Efendi'nin (ö. 1098/1687) *Fetâvâ Ankaravî*, Feyzullah Efendi'nin (ö. 1115/1703) *Fetâvâ-yı Feyziyye*, Menteşzâde Abdurrahim Efendi'nin (ö. 1128/1716) *Fetâvâ Abdurrahim*, Yenişehirli Abdullah Efendi'nin (ö. 1156/1743) *Behcetü'l-fetâvâ*, Çatalcalı Ali Efendi'nin (ö. 1103/1692) *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, Dürrizâde Mehmed Efendi'nin (ö. 1215/1800) *Netîcetü'l-fetâvâ* isimli eserleri kadınların en fazla başvurdukları eserler olarak dikkati çekmektedir¹³⁸.

C. KANUNNÂMELER

Osmanlı hukukunun önemli yürürlük ve bilgi kaynaklarından bir diğeri de kanunnâmelerdir. Örfî hukukun oluşma süreci ve bu süreç içerisinde kanunnâmelerin meydana geliş biçiminden daha önce bahsedilmişti. Padişahların daha ziyade örfî hukuk alanında koymuş olduğu kanunları toplayan bu kanunnâmeler esas itibarıyla üç grup halinde değerlendirilebilir 1. Belli bir konuda hüküm ihtiva eden kanunnâmeler. Ferman ve berat şeklinde ısdâr edilen ve sancak kanunnâmeleri ile genel kanunnâmelerdeki birçok hükümlerinin ilk şekillerini teşkil eden bu kanunlar mahallî idareciler ve kadınlara gönderilmekteydi. Şer'îyye sicil defterlerinde, merkezde bulunan mühimme ve mukataat defterleri gibi muhtelif defterlerde bu tür kanunların örneklerine rastlanmaktadır¹³⁹. 2.

¹³⁷ Bu fetva mecmualarının geniş bir listesi için bk. Kâtib Çelebi, c. II, s. 1218 vd.; Bağdatlı İsmâil Paşa, c. II, s. 100 vd.

¹³⁸ D'Ohsson, c.I, s.17-18; Uzuncırsılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 197. Ayrıca bu eserler hakkında geniş bilgi için bk. Özel, *Hanefî Alimleri*, s. 130,136-137,139,141,143-144.

¹³⁹ İnalçık, "Kanunnâme", s. 563; a.mlf. "Suleiman the lawgiver", s. 112-115. İnalçık

۱
 ۲
 ۳
 ۴
 ۵
 ۶
 ۷
 ۸
 ۹
 ۱۰
 ۱۱
 ۱۲
 ۱۳
 ۱۴
 ۱۵
 ۱۶
 ۱۷
 ۱۸
 ۱۹
 ۲۰
 ۲۱
 ۲۲
 ۲۳
 ۲۴
 ۲۵
 ۲۶
 ۲۷
 ۲۸
 ۲۹
 ۳۰
 ۳۱
 ۳۲
 ۳۳
 ۳۴
 ۳۵
 ۳۶
 ۳۷
 ۳۸
 ۳۹
 ۴۰
 ۴۱
 ۴۲
 ۴۳
 ۴۴
 ۴۵
 ۴۶
 ۴۷
 ۴۸
 ۴۹
 ۵۰
 ۵۱
 ۵۲
 ۵۳
 ۵۴
 ۵۵
 ۵۶
 ۵۷
 ۵۸
 ۵۹
 ۶۰
 ۶۱
 ۶۲
 ۶۳
 ۶۴
 ۶۵
 ۶۶
 ۶۷
 ۶۸
 ۶۹
 ۷۰
 ۷۱
 ۷۲
 ۷۳
 ۷۴
 ۷۵
 ۷۶
 ۷۷
 ۷۸
 ۷۹
 ۸۰
 ۸۱
 ۸۲
 ۸۳
 ۸۴
 ۸۵
 ۸۶
 ۸۷
 ۸۸
 ۸۹
 ۹۰
 ۹۱
 ۹۲
 ۹۳
 ۹۴
 ۹۵
 ۹۶
 ۹۷
 ۹۸
 ۹۹
 ۱۰۰

۱
 ۲
 ۳
 ۴
 ۵
 ۶
 ۷
 ۸
 ۹
 ۱۰
 ۱۱
 ۱۲
 ۱۳
 ۱۴
 ۱۵
 ۱۶
 ۱۷
 ۱۸
 ۱۹
 ۲۰
 ۲۱
 ۲۲
 ۲۳
 ۲۴
 ۲۵
 ۲۶
 ۲۷
 ۲۸
 ۲۹
 ۳۰
 ۳۱
 ۳۲
 ۳۳
 ۳۴
 ۳۵
 ۳۶
 ۳۷
 ۳۸
 ۳۹
 ۴۰
 ۴۱
 ۴۲
 ۴۳
 ۴۴
 ۴۵
 ۴۶
 ۴۷
 ۴۸
 ۴۹
 ۵۰
 ۵۱
 ۵۲
 ۵۳
 ۵۴
 ۵۵
 ۵۶
 ۵۷
 ۵۸
 ۵۹
 ۶۰
 ۶۱
 ۶۲
 ۶۳
 ۶۴
 ۶۵
 ۶۶
 ۶۷
 ۶۸
 ۶۹
 ۷۰
 ۷۱
 ۷۲
 ۷۳
 ۷۴
 ۷۵
 ۷۶
 ۷۷
 ۷۸
 ۷۹
 ۸۰
 ۸۱
 ۸۲
 ۸۳
 ۸۴
 ۸۵
 ۸۶
 ۸۷
 ۸۸
 ۸۹
 ۹۰
 ۹۱
 ۹۲
 ۹۳
 ۹۴
 ۹۵
 ۹۶
 ۹۷
 ۹۸
 ۹۹
 ۱۰۰

Sancak ve vilâyetlerde câri olan arazi ve vergi kanunlarını toplayan vilâyet veya sancak(livâ) kanunları. Belli bir bölgede yürürlükte olan ve daha ziyade arazi ve vergi hukukuyla ilgili bulunan hükümleri bir araya getiren bu kanunnâmelerin birer nüshası o vilâyet veya sancakta, diğeri de İstanbul'da bulunan tahrir defterinin başına dercedilirdi¹⁴⁰. Siyaset cezalarını bir araya getiren siyasetnâmeler, Fâtih'in teşkilât kanunnâmesi ile kanun-ı yeniçeriyân, kanun-ı yörükân belli konularda veya belli gruplarla ilgili hükümleri bir araya toplayan kanunnâmeleri de bu gruba katabiliriz. 3. Bütün imparatorlukta câri olan hükümleri bir araya getiren genel kanunnâmeler. Fatih, II. Bayezid, Yavuz ve Kanûni devirlerinde hazırlandıklarını daha önce gördüğümüz bu kanunnâmeler bütün imparatorluk dahilinde yürürlükte olan ve daha ziyade ceza, arazi ve vergi hukuku sahalarındaki hükümleri toplayan kanunnâmelerdir. Resmî tedvinler söz konusu olduğu gibi, aynı mahiyette ve aynı fonksiyonları ifa etmek üzere özel tedvinler de söz konusudur¹⁴¹.

Kadınların özellikle ceza, arazi ve vergi hukuku sahalarında en önemli yardımcıları olan kanunnâmelerin Osmanlı hukukunun uygulanmasına yardımcı oldukları inkâr edilemez. Bu sebeple bunların yürürlük kaynağı olarak kullanılmak üzere kadınlara gönderildikleri, zaman zaman kadınların da ellerindeki kanunnâme nüshalarını merkeze göndererek son değişikliklere göre tashih ettirdikleri görülmektedir. Hatta bu kanunnâmelerin bir nüshasının isteyen şahıslara belli bir ücret karşılığında verildikleri de görülmektedir. Bunun kanunnâme muhtevasının normal vatandaşlar tarafından bilinmesi, gerektiğinde hükümlerini çiğneyenlere karşı ibraz edilmesi ve böylece kanun hâkimiyetinin sağlanması yolunda yararlı bir iş yapması gibi fonksiyonlarının olduğu görülmektedir.

tarafından bu kanunnâmelerin Bursa şer'iyye sicillerinde bulunan bazıları neşredilmiştir bk. Halil İnalçık, "Bursa Şer'iye Sicillerinde Fâtih Sultan Mehmed'in Fermanları", *Belleten*, sy. 44, s. 693-703; keza bk. Robert Anhegger-Halil İnalçık, *Kanunname-i Sultani Ber Muceb-i Örf-i Osmanî*, Ankara 1956, s. 3-85.

140 Ömer Lütfi Barkan bunlardan dikkate değer bir miktarını bir araya getirerek neşretmiştir bk. Barkan, *Kanunlar*; ayrıca sancak kanunları hakkında geniş bilgi için bk. Heath W. Lowry, "The Ottoman Liva Kanunnames contained in the Defter-i Hakanî", *OA*, c. II, s. 43-74.

141 Bu tür kanunnâmeler başta olmak üzere Osmanlı kanunnâmelerinin önemli bir bölümünün neşri Ahmet Akgündüz tarafından yapılmaktadır, bk. Akgündüz, c. I-VI.

D. ŞER'İYYE SİCİL DEFTERLERİ

Mahkemelerde yapılan her türlü işlemlerinin suretlerinin yer aldığı şer'iyeye sicil defterleri İslâm hukuk tarihinde çok erken dönemlerden itibaren tutulmaya başlanmıştır. Bu defterlerin hem gerektiğinde önceki bir davanın hükmünü ve hem de evlenme, boşanma, satış, vakıf kurma gibi ilk dönemlerden itibaren büyük ölçüde mahkemede yapılması bir teâmül haline gelen hukukî işlemlerin mevcudiyetini ispat etmede kullanılması bu defterlerin titiz bir şekilde tutulmasında başlıca etken olmuştur. İlk kadı sicillerinin Emevîler döneminde Mısır'da tutulmaya başlandığı bilinmektedir. Muâviye'nin Mısır kadısı olan Süleym b. İtir daha önce hükme bağlamış olduğu bir miras davasının taraflar tarafından sonradan inkâr edilmesi üzerine tekrar hükme bağlayıp sonra da ispatını kolaylaştırmak için bir sicile kaydetmiş ve şahitlerle de bunu tevsik etmiştir¹⁴². Bu usul daha sonra da büyük ölçüde istikrarlı bir biçimde sürdürülmüştür.

Osmanlı Devleti'nde de aynı düşüncelerle şer'iyeye sicil defterlerinin tutulduğu görülmektedir. Öte yandan kadılara gönderilen irade, ferman ve hükümler de gerektiğinde başvurulmak üzere şer'iyeye sicil defterlerine kaydedilmekteydi¹⁴³. Kadılar özellikle örfî hukukla ilgili hukukî ihtilâfları bu defterlerdeki hüküm irade ve fermanlar istikametinde çözmekteydi. Örfî hukukun uzun bir süreç içerisinde padişahların hüküm, irade ve fermanlarının bir araya gelmesiyle oluştuğu, kanunnâmelerin ilk şekillerinin de çoğu kere bu münferit ferman ve hükümler olduğu göz önüne getirilirse, bunların birer kopyalarının bulunduğu şer'iyeye sicil defterlerinin Osmanlı hukukunun uygulanması sırasında bir yürürlük kaynağı olarak oynadığı rol daha iyi anlaşılır. Biraz da bu özelliğinden dolayı

¹⁴² Zekiyu'd-Dîn Şa'ban, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye fil-Ahvâl's Şahsiyye* Beyrut 1978, s. 16-17; Tyan, *l'Organisation*, s. 253.

¹⁴³ Gönderilen hüküm ve fermanların sicil defterlerine kaydedilmest bizzat kanunnâmelerde emredilmektedir. Nitekim Kanûnî dönemine ait Sillstre livâsı kanunnâmesinde "Ve bir husus ki hadis ola defterlerde kanunnâmelerde mestûr ve mukayyed olmamış ola her kadılıkta anın gibi vâki olanları hakimü'l-vakt ve mahkeme marifetiyle bir defa sorup faysal buldurup ve vukuu üzere sicillâtına kayd idüp anın emsali her vâki olan kazâyâ da anınla amel idüp tebdil ve tağyir olunmaya ve kat-ı nizâ ola" Barkan *Kanunlar*, s. 276, md. 20. Keza 980 (1572) tarihli Cezîre-i Kıbrıs Kanunnâmesi'nde de "Bu hükmü şerifim ile amel olunmak üzere bir suretin cezîre-i mezbûre defteri zahrına kayd idüp ve bir suretin mahkemelerde mahfuz olan sicillerde kayd idüresin ki kuzât ana göre amel idüp....", a.e., s. 350; ayrıca bk. Akgündüz, c. II, s. 233, md. 8, s. 242, md. 11.

Osmanlı Devleti'nde şer'iyeye sicil defterlerinin o kaza merciinde muhafazasına büyük bir özen gösterilmiş ve bunlardan çok önemli bir bölümü günümüze kadar gelmiştir¹⁴⁴.

Bu bilgi kaynakları kadıların hukukî problemleri çözebilmek için gerektiğinde kolayca başvuracakları müftülerin ve şeyhulislamın varlığını da eklemek mümkündür. Bu durum Osmanlı Devleti'nde hukukun birlik ve istikrar içerisinde uygulandığını ortaya koymakta ve Tanzimat dönemine gelinceye kadar kanunlaştırma hareketlerine neden çok fazla ihtiyaç duyulmadığını da belli ölçüde izah etmektedir.

VI. GAYRI MÜSLİMLER

Osmanlı hukukunda gerek tâbi oldukları hükümler ve gerekse yargılandıkları mahkemeler bakımından gayri müslimlerin ayrı bir durumu vardır. Bu hukukun bütünü hakkında sağlam bir kanaate sahip olmak için gayri müslimlerin bu hukukî durumlarının bilinmesi gerekir.

İslâm hukukunda hukukun uygulanacağı şahıslar bakımından genel prensip mülkîliktir. Bir diğer ifadeyle dârüliislâm dediğimiz İslâm ülkesinde yaşayan herkese dinleri ne olursa olsun İslâm hukuku uygulanır. Bu bakımdan İslâm devletinin hâkimiyeti altında yaşayan gayri müslimler müslümanlarla aynı hükümlere tâbidir. Bunların İslâm devleti tebaası olmalarıyla yabancı bir devlet tebaası olup geçici bir süre için İslâm devletinde bulunmaları arasında da esas itibariyle bir fark yoktur. Ancak Osmanlı Devleti'nde özellikle tâbi olacakları mahkeme bakımından zimmî ve müste'menlerin statüleri farklı şekilde düzenlendiğinden burada Osmanlı Devleti tebaası gayri müslimlere (zimmîler) diğerlerini (müste'menler) ayrı ayrı ele almak faydalı olacaktır.

A. ZİMMÎLER

Bilindiği gibi bir ülke İslâm devleti hâkimiyetine geçtiği zaman burada bulunan gayri müslimler ya İslâm ülkesini terkedip diledikleri bir yere giderler veya İslâm devletiyle bir antlaşma yaparak bu antlaşmadaki esaslar dahilinde eski yurtlarında yaşamaya

¹⁴⁴ Bu sebeptendir ki yirmi ay veya bir yıl süreli olarak görev yapan kadıların kaza yerlerini terkedene sicil defterlerini beraberlerinde götürmelerine izin verilmemiştir (bk. "Kanunnâme-i Al-i Osmân", s. 42).

devam ederler. İslâm devletiyle gayri müslim tebaa arasında yapılan bu antlaşmaya zimmet antlaşması, buna taraf olan gayri müslimlere de zimmî denir. Bu antlaşmayla zimmîler esas itibariyle İslâm hukukunun hükümlerine uymayı ve askerlik yapmama karşılığında cizye denilen bir baş vergisini vermeyi taahhüt etmektedirler. Buna mukabil İslâm devleti de zimmîlere can ve mal güvenliğini taahhüt etmekte, kendi dinleri üzere yaşamalarına izin vermektedir. İlk dönemde gayri müslimlerle yapılan zimmet antlaşmalarında bu üç noktanın daima vurgulandığı görülmektedir¹⁴⁵.

Bakara (2/256) ve Yûnus, (10/99) sûrelerinde yer alan emir ve Hz. Peygamber'in bu yöndeki uygulamaları¹⁴⁶ gereği, gayri müslimlere tanınmış bulunan din ve vicdan hürriyeti sadece iman ve ibadet hürriyeti şeklinde anlaşılmamış, evlenme, boşanma, miras, vasiyet ve her türlü hukukî muamelelerinde kendi hukuklarına tâbi olmaları da sahip buldukları din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olarak kabul edilmiştir. Bu konudaki genel prensibi İslâm hukukçuları "Onlara ve din olarak benimsediklerine dokunmamakla emrolunduk" cümlesinde özetlemektedirler. Nitekim Hasan el-Basrî zimmîlerin İslâm hukuku bakımından geçersiz sayılan nikâhlarına devletin müdahale edip etmeyeceğini soran Emevî Halifesi Ömer b. Abdülazîz'e "Onlar kendi inançlarına göre yaşayabilmek için bize cizye ödüyorlar" diyerek müdahale edilmemesi gerektiğini bildirmiştir¹⁴⁷. İslâm hukukçularının bu anlayışları İslâm'daki din kavramıyla yakından ilgilidir. İslâm'da din sadece iman ve ibadet esaslarından ibaret olan bir kurum değil, hukuk da dahil olmak üzere ferdî, ailevî ve sosyal hayatın bütün yönlerini düzenleyen ve bunun için emir ve yasaklar getiren bütün bir sistemdir. Bu sebeple İslâm hukuk tarihinde gayri müslimlere hukukî hayatlarını kendi dinî ve hukukî esaslarına, geleneklerine göre düzenleme inkâmı tanınmış, bir diğer ifadeyle hukukî ve kazâî muhtariyet verilmiştir. Bu muhtariyetin sınırlarının da başlangıçta daha geniş tutulduğu, zaman içinde daraldığı anlaşılmaktadır. Hz. Peygamber'in bazı ceza davalarında ya-

¹⁴⁵ Mesela bk. Muhammed Hamidullah, *Mecmû'atü'l-Vesâ'ik's-Siyâsiyye il'l-Ahd'l'n-Nebevî ve'l-Hilâfet'l-Râşide*. (Kıs: *el-Vesâ'ik*). Beyrut, 1407/1987 s. 176, 196, 440, 441, 444, 446.

¹⁴⁶ Hz. Peygamber hicretli müteakip Medine'de yahudilerle yaptığı sözleşmede (Medine Anayasası) yahudilerin din ve vicdan hürriyetini "Yahudilerin dinleri kendilerine, müslümanların dinleri kendilerinedir" (md. 25) hükmüyle açıkca tanımıştı. Sözleşmenin metni için bk. Hamidullah, *el-Vesâ'ik*, s. 57-64.

¹⁴⁷ Antoine Fattal, *le Statut Legal des Non-Musulmans en Pays d'Islam*, Beyrut 1958, s. 128.

hudilere kendi hukuklarını uygulamasının örneklerine rastlanmaktadır¹⁴⁸. Mısır Valisi Muhammed b. Ebû Bekr İslâm mahkemesine bir müslümanla hıristiyanın zina davası geldiğinde bunlara hangi kanunun tatbik edileceğini sorduğunda Hz. Ali, müslümâna İslâm hukukunun, hıristiyana da kendi hukularının tatbik edileceği cevabını vermiştir¹⁴⁹. Kadı Şureyh'in haraç toprağında, yani gayri müslimlerin meskûn olduğu bölgelerde bulunurken kaza görevini yapmadığı bilinmektedir¹⁵⁰. Daha sonra İslâm hukukçuları devletin hâkimiyet hakkı ve kamu düzeniyle yakından ilgili olduğunu göz önüne alarak ceza hukuku sahasında adli ve hukukî muhtariyet fikrinden uzaklaşmışlar ve zimmîlerin daha çok medeni hukuk diyebileceğimiz sahada muhtar oldukları görüşüne varmışlardır¹⁵¹. Bilahare bu alanın daha da daralarak ahvâl-i şahsiyyeyle sınırlı hale getirileceği görülecektir. Şu kadar var ki zaman zaman cemaat mahkemelerinin belirli ceza davalarına baktıkları da görülmektedir¹⁵². Ancak zimmîler hukukî ve kazâî muhtariyete sahip oldukları alanlarda şer'îye mahkemelerine başvurmak isterlerse bu imkâna sahiptirler ve bu durumda da kendilerine İslâm hukuku uygulanır¹⁵³. Gayri müslimlerin İslâm mahkemelerine başvurmalarına ilk dönemlerden itibaren çok sık olarak rastlanmıştır¹⁵⁴.

İslâm hukukunda esas prensip mülkîlik olmakla birlikte gayri müslimlere hukukî ve kazâî muhtariyetin verilmesinin temeline onlara tanınan din ve vicdan hürriyetinin yattığı, cemaat mahkemelerinin kararlarının uygulanmasının tarafların rızalarına bağlı olup mecburi bir kaza niteliğine sahip bulunmamasından da bellidir. Taraflar gönül rızalarıyla buna uymak isterlerse İslâm devleti karışmamakta, istemezlerse bir müeyyide imkânı tanımamaktadır. Bu yönüyle bu mahkemeler bir nevi hakem heyetleri gibidir¹⁵⁵. Ta-

148 Atar, s. 38.

149 Atar, s. 74.

150 Fattal, s. 347.

151 Esasen cemaat mahkemelerinin ceza hukuku alanındaki kaza yetkileri çok erken dönemlerden itibaren kınama, afazoz etme gibi dinî cezalara munhasır kalmıştı; bk. Fattal, s. 350.

152 Fattal, s. 349-350.

153 Abdurrahman Tac, *Ahkâmü'l-Ahvâlî'sh-Şahsiyye f'l'sh-Şeriat'l-İslâmiyye* Kahire 1955, s. 183-185; G. H. Bousquet, *Du Droit Musulman et de Son Application Effective dans le Monde*, Alger 1949, s. 188.

154 Atar, s. 224.

155 Ahmet Özel, *İslam Hukukunda Milletlerarası Münasebetler ve Ülke Kavramı* (kıs:

rafların bu mahkemeler hükmüne razı olmadıkları durumlarda da kendilerine İslâm mahkemelerine başvurma imkânı verilmiştir.

Böyle bir başvuru durumunda İslâm mahkemelerinin bunu kabul etmesi gerekli midir noktasında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hanefiler'e göre İslâm mahkemesi bu başvuruyu kabul etmek mecburiyetindedir. Cemaat mahkemelerinin kararlarının yaptırım gücünden mahrum olması esasen bu başvurunun kabul edilmesini gerekli kılmaktadır. Aksi çözüm zimmîlerin hukukî ihtilaflarını götürecekleri mecburî bir kaza merciinden mahrum kalmaları sonucu doğurmaktadır. Hanefiler bu konudaki görüşlerini Mâide sûresi 49. âyetine dayandırmakta ve gayri müslimlere muhtariyet tanıyan aynı sûresinin daha önce inmiş bulunan 42. âyetinin bu âyetle neshedildiğini söylemektedir. Şâfiler'deki iki farklı görüşten biri de bu yöndedir. Mâlikî ve Hanbelîler'e göre ise İslâm mahkemesi bu konuda muhayyerdir; dilerse bakar, dilerse reddeder¹⁵⁶.

İslâm hukuk tarihi boyunca hemen hemen istikrarlı bir şekilde devam eden bu uygulamanın Osmanlı Devleti'nde de sürdüğü görülmektedir. Kuruluştan itibaren belli bir oranda var olan zimmîlerin sayısı İstanbul'un fethinden sonra daha da artmış ve devletin sona erişine kadar küçümsenemeyecek bir zimmî tebaa daima var olmuştur. İstanbul'un fethine kadar olan dönemde zimmîlerin Osmanlı Devleti'ndeki hukukî statüleriyle ilgili bir belge elimizde mevcut değildir. Bu dönemde İslâm devletlerinde daha önce müşahade edilen istikrarlı uygulamanın devam ettiğini düşünmememiz için bir sebep yoktur. Fethi müteakip de gayri müslim azınlıkların hukukî durumlarıyla özel olarak meşgul olduğu bilinmektedir. İlk olarak Fâtiht Sultan Mehmed Rum-Ortodoks patrikliğine Gennadius'u getirmiş ve muhtemelen cemaati adına kendisiyle bir zimmet antlaşması yapmıştır. Ne var ki Rum Ortodoks cemaatiyle yapılması lâzım gelen ve daha sonra gayri müslim cemaatlarla yapıldığına şahit olduğumuz antlaşmaların ilk örneği olan bu antlaşmanın metni günümüze ulaşmamıştır. Bunun yerine özellikle gayri müslimlere tanınan din ve vicdan hürriyeti konusunda benzer hükümler ihtiva eden Galata zimmîleriyle yapılan antlaşma günümüze kadar gelmiştir. Bu antlaşmada Galata zimmîlerine kiliselerine el konulmayacağı, mescid haline getirilme-

Ülke Kavramı), İstanbul 1982. s. 200; krş. Fattal, s. 358.

¹⁵⁶ Fattal, s. 353; Özel, Ülke Kavramı, s. 200, 204-206.

yeceği, ibadetlerine karışılmayacağı ve hiçbir zimmînin müslüman yapılmayacağı tasrih edilmektedir¹⁵⁷. Aynı döneme ait bulunan metropolit beratında da ruhanî reislerin bundan önce nasıl metropolitlik yapıyorlarsa öylece devam etmelerine izin verilmektedir¹⁵⁸. Bu iki belgede hukukî ve kazâî muhtariyete dair açık bir hüküm yer almamaktadır. Bunun tasrih edilmemesi muhtemelen daha önce de belirtildiği üzere din ve vicdan hürriyeti denince bununla her iki alandaki muhtariyetin de içinde yer aldığı bir hürriyetin kastedilmiş olması yüzündendir. Osmanlı Devleti'ndeki uygulama arada bir kesiklik olmaksızın bu iki alanda zimmîlere muhtariyet tanınması şeklinde gerçekleşmiş bulunmalıdır¹⁵⁹. Esasen gerek Galatalılar'la yapılan antlaşmada ve gerekse Fâtih dönemine ait metropolit beratında âyin ve erkanlarının ve metropolitliğin eskiden ne veçhile yapılmakta ise o şekilde devam etmesine izin verildiği belirtilmektedir. Bu hüküm belli ölçüde Bizans dönemindeki uygulamaya atıf yapmaktadır. Bizans İmparatorluğu'nda ise 303 yılından itibaren hıristiyanların hukuk davalarında kendi dinî mahkemelerine başvurma haklarının bulunduğunu bilinmektedir. Daha sonraları aynı hukukî ve kazâî imtiyaz yahudilere de tanınmıştır¹⁶⁰. Bu durumda gayri müslimlerin Bizans İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra da bu imtiyazlarını devam ettirdiklerini pekala düşünebiliriz. Nitekim Fâtih'in çağdaşı tarihçi Kritovoulos onun Rum patriğine verdiği yetkilerin Bizans'takinden daha az olmadığını söylemektedir¹⁶¹.

Bir zimmî ile bir müslümanın hukukî ihtilâfında yetkili kaza mercii ise tartışmasız olarak şer'iyye mahkemesidir ve genel kaideye

157 Evâhır-ı Cemâziyelevvel 857 (1453) tarihli bu antlaşmanın metni için bk. İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihî*, Ankara 1983⁴ c. II, s. 7-8; Akgündüz, c. I, s. 477; Zeki Mesud Alsan, *Yeni Devletler Hukuku*, Ankara 1950, c. I, s. 577; İlhan Lütem, *Devletler Hukuk Dersleri*, c. I-II, İstanbul 1958, c. II, s. 301.

158 Akgündüz, c. I, s. 406.

159 Chehata gayri müslim ruhanî reislerin kazâî yetkilerinin Yavuz Sultan Selim tarafından 1515 yılında verildiğini söylemekte ise de bu bilgiye başka bir kaynaktan rastlama imkanımız olmamıştır ve bunun doğruluğundan şüphe etmemiz için ciddi nedenler vardır (bk. Chehata, *Precis de Droit Musulman* Paris 1970, s. 31). Mısırlı hukukçunun bu kazâî yetkinin 1856 yılında ahvâl-i şahsiyye ile sınırlandırıldığı yolunda vermiş olduğu bilginin de (s. 31-32) tarihi vâkıya uygun olmadığını daha sonra göreceğiz.

160 Fattal, s. 345-346; Gibb-Bowen, c. II, s. 213.

161 Benjamin Braude, "Foundation Myths of Millet system", *Christians and Jews in the Ottoman Empire*, (yay. Benjamin Braude - Bernard Lewis), New York 1982, c. I, s. 78.

uygun olarak bu ihtilâfa İslâm hukuku hükümleri uygulanır¹⁶².

Osmanlı Devleti'nde bulunan gayri müslimlere tanınan muhtariyet bu gruplardan belli bir nüfus yoğunluğu olan din ve mezhep mensuplarının tarihî bir süreç içinde belirli ölçüde otonom gruplar haline dönüşmesi sonucu doğurmuştur. Millet ismi verilen bu grupların Osmanlı Devleti tarafından tam olarak ne zaman tanınıp teşkilâtlandırıldığı hakkında kesin bir bilgi yoktur. Muktemelen ilk önce Osmanlı Devleti'nde bulunan bütün Ortodokslar Rum milleti olarak teşkilâtlandırılmıştır. Böylece Yunan, Sırp, Bulgar, Romen hatta Arap Ortodoks hıristiyanlar Rum milletini oluşturmuşlardır¹⁶³. Fener Patrikhanesi bunların dinî merkezi olmuştur. Burada millet kelimesinin bugünkü sosyolojik anlamından çok farklı bir mânada kullanıldığı açıkça görülmektedir.

Yahudilerin fetihten sonra Osmanlı Devleti'nin bütünündeki Müseviler'i içine alacak şekilde millet olarak teşkilâtlandıkları genellikle söylenmekte ise de, İstanbul'da bulunan hahambaşılığın bütün imparatorlukta bulunan yahudileri idaresi altında topladığı hususunda bugün ciddi şüpheler vardır¹⁶⁴. Fâtih devrindeki ilk hahambaşı kapsalı döneminde hahambaşılığın oldukça geniş bir otoritesinden bahsedilebilirse de, ondan sonra bu otoritenin gittikçe zayıflayarak uzun seneler sadece İstanbul ve havalisine münhasır kaldığı anlaşılmaktadır¹⁶⁵. Yahudilerin millet sistemi halinde teşkilâtlanmaları çok sonraki dönemlerin ürünüdür.

Benzer gelişmelerin Ermeni milleti için de geçerli olduğu söylenebilir. Fâtih'in tayin etmiş olduğu Ermeni patriğinin bütün Ermeni cemaati ve kiliseleri üzerinde otorite kurduğu tartışmalıdır.

162 Özel, *Ülke Kavramı*, s. 203.

163 Gibb-Bowen, c. II, s. 234; Richard Clogg, "The Greek Millet in the Ottoman Empire", *Christians and Jews in the Ottoman Empire* (yay. Benjamin Braude-Bernard Lewis), New York 1982, c. I, s. 185.

164 Braud'a göre Gibb ve Bowen'in hahambaşı diye isimlendirdikleri bütün yahudileri temsil eden ve diğer ruhanî reislerinkine benzer yetkilere sahip bir görevli ilk dönemlerde asla olmamıştır bk. s. 81.

165 Mark A. Epstein, "The Leadership of the Ottoman Jews in the Fifteenth Centuries", *Christians and Jews in the Ottoman Empire* (yay. Benjamin Braude - Bernard Lewis), New York 1982, c. I, s. 104 v.d.; Joseph R. Hacker, "Ottoman Policy toward the Jews and Jewish Attitudes toward the Ottomans during the Fifteenth Century", *Christians and Jews in the Ottoman Empire* (yay. Benjamin Braude - Bernard Lewis), New York 1982, c. I, s. 119-122.

Bursa piskoposu Yovakim'in patrik tayin edilerek bütün Ermeniler üzerinde ruhanî ve kazâî bir lider haline getirildiğini ve Ermeni milletinin resmen 1461'de kurulduğunu söyleyenler¹⁶⁶ bulunduğu gibi, bu tayinin tamamen düzmece olduğunu ve İstanbul'daki patriğin Anadolu ve Rumeli'deki Ermeni cemaat ve kiliseleri üzerinde bir otoritesinin bulunmadığını iddia edenler de vardır¹⁶⁷. Ancak en az XVII. asırdan itibaren İstanbul'daki patriğin Anadolu ve Rumeli'ndeki bu bağımsız cemaatler üzerinde otorite kurmaya başladığını Bardakjian da kabul etmektedir¹⁶⁸. O halde hiç değilse bu asırdan itibaren Ermeni patrikliğinin bütün Ermeni cemaatini bünyesinde topladığını söylemek mümkündür.

Bu tür düzenleme milletbaşı denilen dinî reislerin hem dinî ve hem de hukukî temsilci ve reis sıfatıyla kendi milletlerini idare etme ve Osmanlı Devleti'ne karşı onlar adına sorumlu ve temsilci olma sonucunu doğurmuştur¹⁶⁹. Mezkûr gayri müslim cemaatler bu suretle kendi içlerinde belli bir otonomiye sahip olmuşlardır. Öte yandan bu üç milletin dışında millet olarak tanınmayan veya çok sonraları tanınan Katolik, Protestan vs. hıristiyan cemaatler de var olmuştur. Meselâ Katolik Ermeni cemaati ancak 1830'da millet olarak tanınmıştır¹⁷⁰. Ayrı bir millet statüsü tanınmayanların önemli bir kısmı da Ermeni milleti içinde mütalaa edilmişlerdir ve Ermeni patrikliğinin bunlar üzerinde hukukî ve kazâî yetkileri olmuştur¹⁷¹. Burada Osmanlı hukuku bakımından önemli olan ister millet olarak teşkilâtlanmış bulunsunlar isterse bağımsız kilise ve cemaatler halinde var olsunlar gayri müslimlerin her iki halde de hukukî ve kazâî muhtariyetten istifade etmiş olmalarıdır.

Osmanlı devletinde zimnilere tanınan hukukî ve kazâî muhtariyet uzun asırlar devletlerarası bir antlaşmanın değil, bir iç hukuk düzenlemesinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. İlk defa 1774'te inzalanan Küçük Kaynarca Antlaşması'yla Osmanlı Devleti

¹⁶⁶ Gibb-Bowen, c. II, s. 221; Braud, s. 81.

¹⁶⁷ Kevork B. Bardakjian, "The Rise of the Armenian Patriarchate of Constantinople" *Christians and Jews in the Ottoman Empire* (yay. Benjamin Braude - Bernard Lewis), New York 1982, c. I, s. 90.

¹⁶⁸ Bardakjian, s. 92.

¹⁶⁹ Gibb-Bowen, c. II, s. 212-213; Ubicini, *Türkiye 1850*, (terc.: Cemal Karaağaçlı), İstanbul ts. c. I, s. 167-168.

¹⁷⁰ Gibb-Bowen, c. II, s. 247.

¹⁷¹ Gibb-Bowen, c. II, s. 221.

Ruslar'a kendi tebaası olan Ortodokslar'ın din ve vicdan hürriyetlerini ve kiliselerini korumayı taahhüt etmiş, böylece gayri müslimlerin sahip oldukları haklar milletlerarası bir mahiyet almaya başlamıştır¹⁷². Tanzimat döneminde ise gayri müslimlere verilen bu hak ve imtiyazlar gittikçe artan bir tarzda milletlerarası münasebetlerin konusu olmuş ve özellikle 1856 tarihli Islahat Fermanı'nda¹⁷³ bu hukukî ve kazâî imtiyazlar Osmanlı Devleti'nin milletlerarası camiaya bir taahhüdü olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim aynı yıl yapılan Paris Antlaşması'nda fermanla getirilen düzenleme takdir edilmiş, dolaylı da olsa bu taahhütlere milletlerarası bir mahiyet verilmek istenmiştir¹⁷⁴. Nihayet 1878 tarihli Berlin Antlaşması'yla zimmîlere tanınan bu haklar daha da artırılarak çok taraflı milletlerarası bir mukavelenin konusu olmuştur¹⁷⁵. Ancak bu durum Osmanlı Devleti için devamlı bir problem olmuş ve Batı devletleri her fırsatta gayri müslimler lehinde yeni haklar veya teminatlar almak için Osmanlı Devleti'ne baskı yapmışlardır.

Daha önce de ifade edildiği üzere zimmîlere tanınan hukukî ve kazâî muhtariyetin sınırları ilk dönemlerde daha geniş iken belirli bir tarihi süreç içinde daraltılmış ve esas itibarıyla nikâh, talâk, vasiyet, miras, vakıf gibi ahvâl-i şahsiyye ile sınırlı hale getirilmiştir. Ancak yine de ruhanî reislerin mensubu bulunduğu cemaatin huzurunu bozmak, dinî kaideleri ihlal etmek gibi belirli suçları işleyenleri aforoz etmek, cenazesini kiliseye kabul etmemek gibi daha çok dinî-ruhanî, zaman zaman da maddî cezaları verme yetkisinin olduğu görülmektedir¹⁷⁶. Cemaat reislerini sınırlı kaza yetkisi bunların tayinleri münasebetiyle verilen beratlarda da açıkça

172 Küçük Kaynarca Antlaşması md. 7. bk. Nihat Erim, *Devletlerarası Hukuku ve Siyasal Tarih Metinleri*, Ankara 1953, c. I, s. 124.

173 Fermanın metni için bk. Enver Ziya Karal, *Osmanlı Tarihi*, Ankara 1983, c. V, s. 258-264.

174 md. 9, bk. Erim, s. 346.

175 Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara 1968, c. I, s. 242; Gülnihal Bozkurt, *Alman ve İngiliz Belgelerinin ve Siyasal Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)*, Ankara 1989, s. 90-91, Berlin antlaşmasının metni için bk. Erim, s. 403-424.

176 Hahambaşına bağlı küçük bir polis gücünün varlığı (Epstein, s.105), keza Fener Patrikhanesi'nde bir hâpishanenin mevcut oluşu (Gibb-Bowen, c. II, s. 216) ruhanî reislerin belli bir cezalandırma yetkilerini bulunduğunu göstermektedir. Bu konuda keza bk. Halil İnalcık, "Ottoman archival Materials on Millets", *Christians and Jews in the Ottoman Empire*, (yay. Benjamin Braude - Bernard Lewis), New York 1982, c. I, s. 440.

görülmektedir¹⁷⁷. Öyle anlaşılıyor ki ahvâl-i şahsiyye dışındaki alanlar sonraları din ve vicdan hürriyetiyle ilgili görülmemiştir¹⁷⁸. Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde 1917 tarihli *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'yle cemaat mahkemelerinin bu alandaki kazâi yetkilerine de son verilerek şer'iyye mahkemeleri ahvâl-i şahsiyye alanında tek yetkili kaza mercii kılınmıştır. Ancak zimmîlerin hukukî muhtariyetlerine dokunulmamış ve onlara ait ahkâm ayrıca kanunlaşdırılarak kararnâme bünyesine dercedilmiştir¹⁷⁹. Ne var ki *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi* Osmanlı Devleti'nde ancak bir buçuk sene yürürlükte kalabilmiş, 19 Haziran 1919 tarihinde yürürlükten kaldırılmasıyla cemaat mahkemelerinin kazâi yetkileri kendilerine geri verilmiştir¹⁸⁰. Böylece Osmanlı Devleti'nin sona ermesine kadar zimmîlerin ahvâl-i şahsiyye alanındaki hukukî ve kazâi muhtariyetleri devam etmiştir.

Zimmîlerin gerek mecburî ve gerekse ihtiyarî yargı mercii olarak Osmanlı mahkemelerine başvurmaları halinde kendilerine tatbik edilecek İslâm hukukunun onlar bakımından zaman zaman müslümanlardan farklı bazı hükümler taşıdığı görülmektedir. Nitekim içki içen zimmiye kendi dinleri izin verdiği için kamu düzenini ihlâl etmedikleri sürece ceza verilmemekte¹⁸¹, zina yapan gayri müslime de evli bile olsa müslüman olmaması sebebi ile muhsan sayılmadığı için recm cezası uygulanmamaktadır¹⁸². Keza şarap ve domuz da müslümanların aksine gayri müslimler için hukukî değer taşıyan (mütekavvin) bir mal sayılmakta bu sebeple de hukukî işlemlere konu olmakta ve haksız fiillere karşı

177 27 Receb 1248/22 Aralık 1832 tarihli bir Ermeni patrikliği beratı için bk. *BA, Gayrimüslim Cemaat Defterleri*, nr. 1, s. 25-26.

178 Chehata bu uygulamanın 1856 yılında başladığını ileri sürmekteyse de (Chehata, s. 31-32) biraz önce zikredilen 1832 tarihli beratda da sadece ahval-i şahsiye belirtildiğine göre bu daralma daha önceki bir tarihte başlamış olmalıdır.

179 Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 208-211.

180 Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 221-224.

181 Zimmîlerin içki içme bakımından farklı değerlendirilmesi Ebû Hanîfe'ye göredir. Şâfiî ve diğer mezhep hukukçuları içki içmenin İslâm kamu düzenini yakından ilgilendirdiğini ve din ve vicdan hürriyetiyle ilgisi bulunmadığını, dolayısıyla içki konusunda zimmîlerin müslümanların tâbi olduğu hükümlere tabi olduklarını söylemektedir; bk. Muhammed Ebû Zehra, *el-Cerime*, Kahire ts. s. 338-339; Ahmed Fethî Behnesî, *el-Hudûd fi'l-İslâm*, Kahire ts. s. 26 v.d.

182 Bu da Ebû Hanîfi'ye göredir. Ebu Yusuf'tan onlar arasında da ihsan olduğu ve zina etmeleri halinde recmedilecekleri görüşü rivayet edilmektedir, bk. Özel, *Ülke Kavramı*, s. 219.

korunmaktadır. Farklılıklar bunlardan ibaret değildir; hukukun hemen her dalında benzer örnekler bulunabilir.

B. MÜSTE'MENLER

Müste'menler aslında İslâm ülkesi tebaası olmayıp geçici bir süre için izinli olarak İslâm ülkesinde (dârü'lislâm) bulunan yabancılardır. Bunların İslâm ve Osmanlı hukukundaki statüleri zimmîlerle büyük benzerlik göstermekte ise de yine de bazı hukukçular bakımından belirli noktalarda farklılık taşımaktadır. Ebû Hanîfe'ye göre müste'menlere şahıs haklarına yönelik suçlarda İslâm hukuku hükümleri uygulanır. Buna göre bir müslüman veya bir zimmîyi kasten öldüren müste'men diğer şartlar yerine gelmişse kısas edilir. Allah haklarına yönelik suçlarda ise İslâm hukuku hükümleri uygulanmaz. Zina buna örnektir. Hanefîler'den Ebû Yûsuf ise bu konuda hocasına muhalefet etmekte ve müste'menlerin her türlü suçlarda İslâm hukukuna tâbi olduğunu söylemektedir¹⁸³. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhebi de bu konuda esas itibariyle Ebû Yûsuf gibi düşünmekte ve müste'menlere ceza hukuku alanında bir farklılık tanımamaktadır¹⁸⁴.

Osmanlı hukukunda müste'menlere zimmîlere benzer bir hukukî ve kazâî muhtariyetin tanınıp tanınmadığına gelince Kanûnî dönemine kadar bu konuda bir muhtariyet uygulaması bilinmemektedir. Ancak ilk defa 1535 yılında Fransa'ya verilen kapitülasyonlarla bu devlet tebaası tüccarın her türlü hukuk ve ceza davalarında Fransız konsoloslarının yetkili olması kabul edilmiştir¹⁸⁵. Daha sonra da bu imtiyazlar diğer yabancılara da içine alacak şekilde yaygınlaştırılmış ve konsolosluk mahkemeleri müste'menlerin kendi aralarındaki anlaşmazlıklarda normal bir yargı mercii olmuştur. Böylece müste'menler de Osmanlı mahkemelerinin kaza alanı dışında tutulma noktasından zimmîlere benzer bir düzenleme içerisine girmişlerdir. Müste'menlerle Osmanlı tebaası arasındaki her türlü anlaşmazlıklarda ise zimmîlerde olduğu gibi Osmanlı mahkemeleri yetkilidir. Ancak bu durumda müste'menlere belirli davaların Dîvân-ı Hümâyûn'da görülmesi, elçilikten bir

183 Ebû Zehra, s. 350-351; Abdülkâdir Udeh, *et-Teşrî'ül Cinâ'iyât-İslâmî* Beyrut ts. (Dârü'l-Kâtibi'l-Arabî), c. I, s. 285.

184 Ebû Zehra, s. 346-347; Udeh, c. I, s. 287-289; karşı. Özel, *Ülke Kavramı*, s. 221-222.

185 Bu ilk kapitülasyonun metni için bk. Erim, s. 9-15.

görevlinin muhakeme esnasında hazır bulunması gibi bazı ayrıcalık ve kolaylıklar tanınmıştır¹⁸⁶.

Bu durum zamanla devletin hâkimiyet haklarına aykırı bir takım neticeler doğurmuş ve Osmanlı Devleti konsolosluk mahkemelerinin kaza yetkilerini kaldırmak istemiştir. Ancak devletin git-tikçe zayıflaması ve Batı karşısında direnme gücünün azalması böyle bir düzenlemeye imkân vermemiştir. Nihayet 1914'te Osmanlı Devleti hiç de müsait olmayan şartlar içinde tek taraflı bir kararla bütün kapitülasyonları ilga etmiş ve böylece konsolosluk mahkemelerinin kaza yetkilerini de sona erdirmiştir. Ne var ki bu karar Batılı devletler arasında kabul edilmemiş ve kağıt üzerinde kalmıştır. Osmanlı Devleti'nin sona ermesine kadar da bu alanda bir belirsizlik hep sürüp gitmiştir¹⁸⁷.

İster zimmî olsun ister müste'men olsun gayri müslimlerin Osmanlı Devleti'nde sahip oldukları hukukî ve kazâî imtiyazlar ancak Türkiye Cumhuriyeti ile Batılı devletler arasında imzalanan Lozan Antlaşması'yla yeni bir şekle bağlanmış ve cemaat ve konsolosluk mahkemelerinin kaza yetkileri sona ermiştir. Ancak Türkiye Cumhuriyeti bunun için çok ağır bir fatura ödemek zorunda kalmıştır. Şöyle ki, bir taraftan gayri müslim vatandaşlar için hukukî muhtariyetin devam edeceği ve bunlarla ilgili hukukî hükümlerin tesbitinde bu cemaat temsilcilerinin söz sahibi olacağı kabul edilmiş, diğer taraftan da Batı'nın istekleri istikametinde hukuk reformları yapma ve bu yapılırken de beş yıllık süre için Batılı hukukçuların yardımlarından yararlanma taahhüt edilmiştir. Daha sonra Cumhuriyet idarecileri kendilerinden istenen ve beklenenden de ileri giderek Batı hukukunun toptan kabulü cihetine gitmişler, bu yeni durum karşısında gayri müslim azınlıklar artık ihtiyaç olmadığı gerekçesiyle Lozan Antlaşması'yla kendilerine tanınan hukukî imtiyazlardan vazgeçmişlerdir¹⁸⁸.

VII. TANZİMAT SONRASI OSMANLI HUKUKU

Osmanlı hukuku XIX. asra gelinceye kadar birlik, bütünlük ve belli bir yeknesaklık arzeder. Tanzimat'a kadar devam eden beş buçuk asırlık dönem boyunca hukukî yapıda kendi tabii tekâmül

¹⁸⁶ İnalçık, "İmtiyazat", s. 1180; Yılmaz Altuğ, *Yabancıların Hukuk Durumu*, İstanbul 1971, s. 63; Heyd, *Criminal Law*, s. 223-224.

¹⁸⁷ İnalçık, "İmtiyazat", s. 1188.

¹⁸⁸ Geniş bilgi için bk. M. Akif Aydın, "Batılılaşma", *DİA*, İstanbul 1992, c. V, s. 166-167.

seyri dışında köklü değişiklikler ve düzenlemeler söz konusu olmamıştır. 1839'da Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun okunmasıyla başlayan dönemde ise Osmanlı hukukunun gerek kurulan hukukî müesseseler ve gerekse hazırlanan kanunlarla önceki dönemden kesin çizgilerle ayrıldığı görülmektedir. Bu bakımdan Osmanlı hukukunun Tanzimat sonrası ayrı değerlendirmek zarureti vardır.

Tanzimat'tan önceki dönemin ayırıcı vasfı daha önce üzerinde durulduğu gibi hukuk düzenine İslâm hukukunun hâkim olması, bu hukukun uygulanması sırasında meydana gelen boşlukların Osmanlı hukukunun bütünlüğü içerisinde örfî hukuk esaslarıyla doldurulmaya çalışılmasıdır. Bu yapılırken Osmanlı öncesi İslâm ve Türk devletlerinin büyük ölçüde müştereklik arzeden hukukî uygulamaları dışında yabancı bir hukuk sisteminden yararlanılmamıştır. Tanzimat döneminde ise o zamana kadar kendisinden yararlanmak söz konusu olmayan batı dünyası ve hukuku devreye girmiştir. Tanzimat'la başlayan dönem diğer alanlarda olduğu gibi hukuk alanında da bir Batılılaşma dönemidir.

Bu dönemde hukukta Batılılaşma hareketlerinin ve hukukî düzenlemelerin kendine has siyasî, iktisadî, sosyal ve hukukî sebepleri vardır. Bu sebeplerin başında Osmanlı devlet adamlarının Batı'daki hukuk hareketlerinin ve kanunlaştırma faaliyetlerinin etkisi altında kalmaları gelir. XIX. asra gelinceye kadar gittikçe zayıflayan Osmanlı devletinin tekrar eski gücüne kavuşması için gerek Tanzimat öncesinde ve gerekse sonrasında bir dizi ıslahat hareketlerine sahne olduğu bilinmektedir. Bu ıslahatlarda özellikle Tanzimat sonrasında daima Batı dünyası örnek alınmıştır. Osmanlı devlet adamları her alanda Batılılaşma'yı devletin kurtuluşu için vazgeçilmez bir istihale ve kolayca ulaşılan bir reçete gibi görmüşlerdir. XIX. yüzyıl ise kara Avrupası için kendine has sebeplerle bir hukukî reformlar ve kanunlaştırmalar asrıdır. Bu sebeple her alanda Batılılaşma'yı şiar edinen Osmanlı devlet adamları Batı'daki kanunlaştırmaların etkisinde kalmışlar ve sosyal yapıya uyup uymayacağını, hukukî ihtiyaçları karşılayıp karşılayamayacağını çok fazla düşünmeksizin adli yapıda ve kanunlaştırma alanında Batı örneğinde reformlar yapmayı gerekli görmüşlerdir.

İkinci sebep Batı devletlerinin kendi hukukî yapılarını ve kanunlarını kabul etme yolunda Osmanlı devletine devamlı telkin ve tazyikte bulunmalarıdır. Batılı devletlerin gerek sanayi devrimi sonucu artan üretimleri için müsait pazarlar bulma ve bu pazar devletleri kendi hukukî yapıları ve kanunlarıyla donatarak ticaret-

lerini garanti altına alma düşünceleri¹⁸⁹, gerek kendi hukuklarını empoze ederek hukukî bir itibar arama gayretleri¹⁹⁰ ve gerekse Osmanlı Devleti'nde kendilerine yakın hissettikleri azınlıklara özellikle kamu hukuku alanında yeni hak ve imtiyazlar sağlama ve böylece azınlıklar nezdinde prestijlerini artırma çabaları¹⁹¹ bu devletlerin adli teşkilât ve kanunlaştırma alanında Osmanlı devletine sürekli baskı yapmalarının sebeplerini oluşturur. Nitekim Paris Kongresi'nde Âli Paşa'dan mahkemelerin -Batı modelinde-teşkilâtlanması talep edilmesi¹⁹², keza Tanzimat ve özellikle Islahat fermanlarında gayri müslimlerle ilgili düzenlemeler konusunda Batılı devletlerin baskıları¹⁹³, Mecelle'nin hazırlanması başladığı sıralarda Fransızlar'ın Code Napoleon'un alınması için gayret göstermeleri ve bu tazyiklerden bunalan Âli Paşa'nın bunları hafifletme düşüncesiyle Fransız Medenî Kanunu'nun alınmasına meyiletmesi¹⁹⁴, keza İngilizler'in Batı örneğinde hukukî düzenlemeler yapılması yönündeki çabaları¹⁹⁵ bu baskıların örneklerinden sadece birkaçıdır.

Tanzimat dönemindeki hukuk reformlarının temelindeki üçüncü sebep bu reformlara duyulan hukukî ihtiyaçtır. Sosyal ve iktisadî hayatta XIX. asırda görülmeye başlayan köklü değişiklik ve gelişmeler bunlara paralel hukukî düzenlemeleri gerekli kılmıştır. Yargı mercilerine intikal eden dava sayısının ve türlerinin artması, her türlü davaya tek dereceli bir mahkeme olarak bakmakta olan klasik Osmanlı mahkemesinin yenilerle takviye edilmesini ve bir temyiz mahkemesiyle adli yapının zenginleştirilmesini ve asgari iki dereceli hale getirilmesini gerekli kılmıştı. Bu bakımdan Tanzimat'tan sonra kurulan ticaret mahkemeleri, nizâmiye mahkemeleri ve ilk Osmanlı temyiz mahkemesi olan Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye bir

189 Barkan, "Din ve Devlet İlişkileri", s. 93. Şer'iyye mahkemelerinin yanı sıra ilk olarak ticaret mahkemelerinin kurulması, Batı'dan alınan ilk kanunların ticaret kanunu olması bu baskıların temelinde ticarî ve iktisadî menfaatlerin rol oynadığını göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

190 Guido (Gad) Tedeshi, *Studies in Israel Law*, Jerusalem 1960, s. 86.

191 Halil İnalçık, "Tanzimat Nedir?", *Tarih Araştırmaları 1940-1941 DTCTF Yıllık Araştırmalar Dergisi*, s. 256.

192 Ahmed Cevdet Paşa, *Mârûzât*, (yayına hazırlayan: Yusuf Halaçoğlu), İstanbul 1980, s. 198.

193 İnalçık, "Tanzimat Nedir?", s. 256.

194 Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s. 46-48.

195 İngiliz sefaretinin bu yöndeki takrirî için bk. BA, Yıldız, nr. 553/251, K 35.

ihtiyacın ürünüdür. Yeni birçok mahkemenin kurulmuş bulunması ve o dönemdeki hukuk eğitiminin yetersiz olması bu mahkemelerdeki hâkimlerin ihtiyaçlarını karşılamak üzere acilen belli başlı hukuk alanlarının kanunlaştırılmasını gerekli kılmıştı. Özellikle nizâmiye mahkemelerinin başlangıçta hukukçu olmayan birçok üyenin de katılımıyla toplu hâkimli olarak kurulması bunların anlayabilecekleri kanun metinlerinin hazırlanmasını vazgeçilmez bir zaruret haline getirmişti¹⁹⁶. İktisadî ve sosyal hayattaki gelişmelerin yeni hukukî düzenlemelere ihtiyaç duyurması da buna eklenecek olursa Tanzimat döneminde hazırlanan birçok kanunun bu ihtiyacın ürünü olarak ortaya çıktığını kabul etmek gerekecektir. Ancak bu dönemde yapılan hukuk reformları, daha çok Batı'yı memnun etmek düşüncesiyle veya bizzat Batı'nın baskısıyla yapıldığından ihtiyaçlara göre ve bunları karşılayacak bir biçimde yapılmamıştır. Gayri müslim azınlıklara verilen yeni haklar bunların Osmanlı Devleti'nden ayrılmalarına yardımcı olmuş ve bunu hızlandırmıştır. Ticaret mahkemelerinin yabancı tüccarların da iştirakiyle kuruluş biçimi adli bağımsızlığı zedelediği gibi, kabul edilen ve Batılı tâcirlerinin alışık olduğu kanunlar, bunun yanı sıra Avrupa devletleriyle yapılan ticarî anlaşmalar Osmanlı ticareti ve buna bağlı olarak maliyesinin daha kötüye gitmesi sonucunu doğurmuştur. Osmanlı toplumunun kültürel yapısı dikkate alınmadan kurulan çok hâkimli nizâmiye mahkemeleri beklenen sonucu vermemiş, bunlara hukuk kültürü olan üye bulmak mümkün olmayınca rastgele üyelerle bu vazife yürütülmeye çalışılmıştır. Bunun adil bir yargı sağladığını söylemek zordur. Batı'dan Osmanlı hukukuna uyum gösterip göstermediği dikkate alınmadan iktibas edilen kanunlar, hem hukukî bütünlüğü bozmuş ve hem de Batı hukukuna bağımlılığı arttırarak daha sonra görülen topyekün kabule müsait bir zemin hazırlamıştır.

İşte bütün bu âmillerin etkisiyle Tanzimat döneminde yapılan hukukî düzenlemeler adli teşkilât alanında ve kanunlaştırma alanında yapılanlar olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır.

Tanzimat dönemine kadar Osmanlı Devleti'nde tek dereceli ve tek hâkimli şer'iyeye mahkeme sisteminin hâkim olduğunu daha önce görmüştük. Bu mahkemelere gayri müslim azınlıkların ahvâl-i şahsiyyeleriyle ilgili davalara bakan cemaat mahkemeleri ve Osmanlı Devleti'nde bulunan yabancıların hukuk ihtilâflarına bakmakta olan konsolosluk mahkemeleri de eklenirse 1839'a kadar Osmanlı

¹⁹⁶ Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s. 37-39.



114. *Mecmua-i Tesâvir-i Osmaniyye*'den Şeyhülislam



115. Tarihçi, hukukçu Ahmed Cevdet Paşa

Devleti'nde esas itibariyle üç tür yargı merciinin olduğu görülmektedir. Tanzimat döneminde cemaat ve konsolosluk mahkemelerinin yargılama fonksiyonlarına karışılmamış, şer'iyye mahkemelerinin görev yaptığı sahalarda ise bir dizi düzenlemeler yapılarak yeni mahkemeler kurulması cihetine gidilmiştir. Bu alandaki ilk düzenlemeler 1840 yılında İstanbul'da Ticaret Nezâreti'ne bağlı olarak bir ticaret meclisinin (mahkemesi) kurulmasıyla başladı. Yine aynı yıl sarraflar arasındaki ihtilâfları halletmek üzere Maliye Nezâreti'nde "Meclis-i Muhâsebe", deniz ticaretinde çıkan ihtilâflar için de liman reisinin başkanlığında bir meclis teşekkül ettirildi. O zamana kadar Osmanlı Devleti'nde bu tür ihtilâflara diğer bütün hukukî problemler gibi tek hâkimli şer'iyye mahkemeleri bakmaktaydı. 1847 ve 1848'de hazırlanan iki nizamnâme ile Ticaret Nezâreti'ne bağlı ticaret meclisi karma ticaret mahkemesi haline getirildi. Bu mahkeme ticaret nâzırının başkanlığında yedisi Osmanlı yedisi de yabancı devlet tebaası on dört üyeden oluşmaktaydı¹⁹⁷. Bu ilk tecrübeden sonra 1850 tarihli *Ticaret Kanunnâmesi*'ne 1860 yılında eklenen bir zeyil ile de bütün imparatorlukta ticaret mahkemeleri kurulmaya başlandı¹⁹⁸. Daha sonra 1864 tarihli Vilâyet Nizamnâmesi ile kaza, sancak ve vilâyetlerde genel olarak nizâmiye mahkemeleri adıyla anılan hukuk ve ceza mahkemeleri kuruldu. Her kazada bir hâkimin başkanlığında müslüman ve gayri müslim üç üyeden oluşan dava meclisi (Meclis-i Da'vâ), sancaklarda bir hâkimin başkanlığında üçü müslüman üçü gayri müslim altı üye ve bir de devlet tarafından tayin edilen memurdan oluşan temyiz meclisi (Meclis-i Temyiz), vilâyetlerde bir müfettiş-i hükkâm veya daha sonra merkez nâibinin başkanlığında üçü müslüman üçü gayri müslim olmak üzere altı üye ile devlet tarafından atanan bir memurdan oluşan temyiz divanları (Dîvân-ı Temyiz) bidâyet ve istinâf mahkemeleri olarak görev yaptılar¹⁹⁹. Bu mahkemeler için 1288(1872) yılında bir nizamnâme çıkarılarak çalışma esasları yeniden belirlendi²⁰⁰. Nizâmiye mah-

197 Mustafa Reşit Belgesay, "Tanzimat ve Adliye Teşkilatı", *Tanzimat I*, İstanbul 1940, s. 214; Ebul Ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, (kıs: *Ahmed Cevdet Paşa*), İstanbul 1946, s. 244-246; Karal, *Osmanlı Tarihi*, c. VI, s. 150-152; A.C. Eren, "Tanzimat", *İA*, c.XI, s. 733-734.

198 Ticaret Kanunnâme-i Hümâyununa Zeyil, *Düstûr*, Birinci Tertip, İstanbul 1289, c.I, s. 445 vd. özellikle 1-5. maddeler.

199 Ed. Engelhard, *Türkiye ve Tanzimat Devlet-i Osmaniye'nin Tarih-i Islahatı (1826-1882)*. Mütercim: Ali Reşad, İstanbul 1328 s. 486; Karal, *Osmanlı Tarihi*, c. VII, 167-168; Çoşkun Üçok - Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 1982, s. 332-333; Vilâyet Nizamnâmesi için bk. *Düstûr*, Birinci Tertip, c. I, s. 608 vd. özellikle 18-19. 38-39 ve 51. maddeler.

200 Selh-i Şewal 1228 (11 Ocak 1872) tarihli Mehâkim-i Nizâmiyye Nizamnâmesi için

kemelerinin temyiz mercii olarak da 1868 yılında Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye kuruldu ve başkanlığına Ahmed Cevdet Paşa getirildi²⁰¹. Adli yargının en üst mercii olarak Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye'nin kurulduğu yıl idarî yargının en üst mercii olarak da Şûra-yı Devlet kuruldu ve başkanlığına Midhat Paşa getirildi²⁰². 1879 yılında çıkarılan Mehâkim-i Nizâmiyyenin Teşkilâtı Kanunu ile nizâmiye mahkemelerine yeni bir şekil verilerek mevcut yapının eksikleri giderildi. Bu cümleden olmak üzere savcılık ilk defa bu kanunla kabul edildi²⁰³. Şer'iyye mahkemeleri ise görev alanları daralmış olarak çalışmalarına devam etti. Öte yandan 1862'de kurulan ve 1873'te kabul edilen bir tâlimatla yeni bir şekil verilen Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye şer'iyye mahkemelerinin temyiz mercii olarak görev yapmaya başladı²⁰⁴.

Bu yeni kuruluşlarla birlikte Osmanlı Devleti'nde mahkeme sayısı artmış oldu. Şer'iyye mahkemeleri, nizâmiye mahkemeleri, cemaat mahkemeleri ve konsolosluk mahkemeleri. Bu durumun bir yargı karmaşasına yol açtığı inkâr edilemez. XX. asrın başlarında özellikle bağımsız devlet anlayışıyla bağdaşmayan konsolosluk mahkemelerinin ve devletin adli kuruluşu içinde yer almayan cemaat mahkemelerinin faaliyetlerine son vermek için bir dizi tedbirler alınmıştır. Önce 1914 yılında tek taraflı bir kararla kapitülasyonların kaldırıldığı ilan edildi²⁰⁵. Tabiatıyla kapitülasyonlarla birlikte bu antlaşmalarla kurulmuş olan konsolosluk mahkemeleri de kalkmış oldu. Ancak bu tek taraflı ilga Batılı devletler tarafından tanınmadı ve devletin sona ermesine kadar bu alanda belirsizlik devam etti. Osmanlı Devleti'nde cemaat mahkemelerini kaldırma yolundaki adım ise 1917 yılında atıldı. 25 Ekim 1917 tarihli *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi* cemaat mahkemelerinin ahvâl-i şahsiyye alanındaki kazâî yetkilerine son vererek gayri müslimlerin bu tür davalarında da şer'iyye mahkemelerini yetkili kıldı²⁰⁶. Ancak ce-

bk. *Düstûr*, Birinci Tertip, c. I, s. 352-356.

201 Aydın, "Ahmed Cevdet Paşa", s. 27-30.

202 Recai Galip Okandan, "Amme Hukukumuzda Tanzimat Devri", *Tanzimat I*, İstanbul 1940, s. 121.

203 Üçok-Mumcu, s. 334; Belgesay, s. 218. Kanunun metni için bk. *Düstûr*, Birinci Tertip, c. IV, s. 245-260.

204 *Vak'a-Nüvis Ahmed Lütflî Tarihi*, (yayına hazırlayan M.Münir Aktepe), Ankara 1988 c. X s. 93; Belgesay, s. 215; *Düstûr*, c. IV, s. 75-77.

205 İnalçık, "İmtiyazat", c. III, s. 1188.

206 Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 210-212.

maat mahkemelerinin kaldırılması da kapitülasyonlarda olduğu gibi büyük itirazlara ve tartışmalara sebep oldu. Neticede gayri müslim ruhanî reislerin karşı çıkmalarının ve İtilâf devletlerinin araya girerek bu yöndeki baskı yapmalarının da etkisiyle Kararnâme kabulünden yaklaşık bir buçuk yıl sonra yürürlükten kaldırıldı²⁰⁷. Böylece eski hal iade edilerek cemaat mahkemeleri Osmanlı devletinin sona ermesine kadar tekrar hayatiyet kazanmış oldu.

Tanzimat dönemindeki en köklü hukuk hareketleri kanunlaştırma alanında görülmektedir. Ceza hukukunun belli bir bölümünü düzenleyen 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunları'nı bir tarafa bırakacak olursak kanunlaştırma alanındaki ilk örnek de ticaret hukuku alanında görülmektedir. 1850 tarihli *Kanunnâme-i Ticaret* hükümlerinin çoğu Fransız ticaret kanunundan alınan ilk yabancı menşeli kanun olmaktadır²⁰⁸. Bu kanunnâmeden sonra hükümlerinin önemli bir kısmı 1810 Fransız Ceza Kanunu'ndan alınmış olan 1274 (1858) tarihli *Ceza Kanunnâmesi* ile yine aynı yıl *Arazi Kanunnâmesi* hazırlandı. Cevdet Paşa'nın başkanlığında bir heyet tarafından hazırlanan *Arazi kanunnâmesi* Tanzimat döneminde hazırlanan ve hükümlerinin tamamı o zamana kadar esasen yürürlükte olan hukukî esasların kanunlaştırılmasıyla oluşan millî bir kanundur. Kanunnâme Osmanlı topraklarının tamamını değil, tarım topraklarının önemli bir kısmını oluşturan mirî arazi ve gayri sahih vakıf arazisinin hukukî esaslarını düzenlemektedir²⁰⁹. Bu kanunnâmeden bir müddet sonra büyük ölçüde Fransız kanunundan istifade edilerek 1278 (1861) tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Ticaret Nizamnamesi, 1280'de (1863) de yine Fransız Ticaret Kanunu başta olmak üzere Avrupa kanunlarından istifade edilerek *Ticâret-i Bahriyye Kanunnâmesi* hazırlandı²¹⁰.

Tanzimat döneminde hazırlanan en önemli kanun hiç şüphesiz Mecell-i Ahkâm-ı Adliyye'dir. Tanzimat'tan sonra bir medenî kanun hazırlanması düşünülmüş, hatta Mecelle'den önce

²⁰⁷ Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 221-224.

²⁰⁸ Kanunnâme ve zeylinin metni için bk. *Düstûr*, Birinci Tertip, c. I, s. 375-465; ayrıca bk. *Kanunnâme-i Ticaret ve Zeyilleri*, Yeni Harflere Çevirenler: Fikri Gürzûmar - Tekin Gürzûmar, Ankara 1962, s. 43 vd.

²⁰⁹ M. Akif Aydın, "Arazi Kanunnâmesi", *DİA*, İstanbul 1991, c. III, s. 346-347.

²¹⁰ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat I*, İstanbul 1940, s. 198. Usûl-ı Muhâkeme-i Ticaret Nizamnamesi'nin metni için bk. *Düstûr*, Birinci Tertip, c. I, s. 780-810, *Ticâret-i Bahriyye Kanunnâmesi*'nin metni için bk. s. 466-536; ayrıca bk. *Kanunname-i Ticaret ve Zeyilleri*, s. 143 vd.

Metn-i Metin ismiyle bir kanun hazırlanmasına teşebbüs edilmiş fakat başarılı olunamamıştı. Bu teşebbüsten sonra da medenî kanun hazırlanması daima gündemde kalmış, hatta Âli Paşa Fransızlar'ın da büyük baskısıyla Fransız Medenî Kanunu'nun tercüme edilmesini istemiş, kurulan bir komisyon da Code Civile'nin Osmanlı hukukuna uygun olan ve olmayan maddelerini tesbit etmek için çalışmalar yapmış ve bu yönde oldukça mesafe alınmıştı. Bütün bunlar olurken özellikle Cevdet Paşa'nın gayretleriyle millî bir medenî kanun hazırlanması fikri ağırlık kazanmış ve onun başkanlığında kurulan Mecelle Cemiyeti millî bir kanun hazırlama çalışmalarına başlamıştır. Mukaddime ve ilk kitabı 1869'da hazırlanan ve yürürlüğe giren Mecelle tamamı on altı kitap ve 1851 madde olmak üzere kitap kitap hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir. On altıncı kitabın 1876'da hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği göz önüne alınırsa tamamı yaklaşık sekiz senede hazırlanmış olmaktadır. Gerek teşebbüsün yarıda kalmayarak tamamlanmasında ve gerekse hükümlerinin kaleme alınmasında Cevdet Paşa'nın çok önemli rolü olmuştur. O zamana kadar yürürlükte olan İslâm hukukunun esas itibarıyla eşya, borçlar ve yargılama hukukuyla ilgili hükümlerini bir araya getiren Mecelle tam anlamıyla teknik ve millî bir kanundur. Şekil olarak Batı kanunlarının etkisinde kalması dışında Avrupa hukukundan yararlanma söz konusu olmamıştır. İslâm hukukunun klasik meseleci (kazuistik) sistemine bağlı olarak hazırlanan Mecelle İslâm hukukunun kanunlaştırılmasının ilk örneğidir. Gerek Osmanlı Devleti'nde ve gerekse diğer İslâm devletlerinde yapılan kanunlaştırmalara öncülük ve örneklik etmiştir. Bu bakımdan sadece Osmanlı hukuk tarihinde değil, İslâm hukuk tarihinde de ayrı bir yere sahiptir²¹¹.

Mecelle'den sonra Fransız Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndan büyük ölçüde istifade edilerek hazırlanan 1296 (1879) tarihli Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanunu²¹² ve Mecelle Cemiyeti'nin hazırladığı tasarıyla Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinin birleştirilmesiyle meydana getirilen 1297 (1880) tarihli Usûl-ı Muhâkemât-ı Hukukîyye Kanunu²¹³ kabul edildi. Böylece Aile Kanunu'nu bir tarafa bırakacak olursak Tanzi-

²¹¹ Geniş bilgi için bk. Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s. 31-50.

²¹² Velidedeoğlu, s. 199. Metni için bk. *Düstür*, Birinci Tertip, c. IV, s. 136-231.

²¹³ (Ahmed) Cevdet Paşa, *Tezâkir*, (yayımlayan: Cavid Baysun), Ankara 1967, c. IV, s. 194-195; Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 126. Kanunun metni için bk. *Düstür*, Birinci Tertip, c. IV, s. 261-333.

mat'ın başlangıcından XX. yüzyıla gelinceye kadar hukukun temel alanlarının çoğu kanunlaştırılmış oldu.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ile medenî hukukun önemli saha- larını kanunlaştırmakla birlikte aile hukuku kanunlaştırma dışın- da bırakılmıştı. Bu sahanın kanunlaştırılması ancak XX. yüzyılın başlarında mümkün olabilmıştır. Kararnâmenin hazırlanmasında aile hukukunun da kanunlaştırılarak Osmanlı medenî kanununun büyük ölçüde tamamlanması ve bu sahada ihtiyaç duyulan yeni dü- zenlemelerin yapılması gibi hukukî, Balkan ve I. Dünya harplerinin ve kültür değişmelerinin meydana getirdiği yeni toplum yapısının ihtiyaçlarına uygun düzenlemeler yapılması gibi sosyal, kadınlık cereyanının gelişmesi Batıcı, Türkçü ve İslâmcı aydınların bu yeni anlayış ışığında yeni düzenlemeleri önermeleri gibi kültürel fak- törler rol oynamıştır. Mahmud Esad Efendi'nin başkanlığında bir heyet tarafından hazırlanan kanun 25 Ekim 1917 tarihinde mu- vakkat kanun olarak kabul edildi. İki bölüm ve 157 maddeden iba- ret olan kararnâme müslümanların yanı sıra yahudi ve hris- tianlara has hükümler de ihtiva etmektedir. Cemaat mahke- melerinin yargı yetkisine son verilerek bu alanda kazâî bir birlik sağ- lanmışsa da sosyal ve dinî yapıya uygun olmayacağı düşüncesiyle hukukî hükümler birleştirilmemiş ve her dinin aile hukuku saha- sındaki hükümleri muhafaza edilmiştir. Kararnâmenin getirmiş ol- duğu bir önemli yenilik de önceden olduğu gibi sadece Hanefî mezhebi görüşlerinin değil, diğer mezhep görüşlerinin de dikkate alınmış olmasıdır. Ancak *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi* sahasında birçok yeniliklerin öncülüğünü yapmakla birlikte hem gayri müslim azınlıkların ve hem de muhafazakâr müslümanların tepkisini çek- miş ve bunun neticesinde 19 Haziran 1919'da yürürlükten kaldırıl- mıştır²¹⁴.

Sonuç olarak Tanzimat sonrası Osmanlı hukuku bir taraftan yerli diğer taraftan Batı'dan alınma birbiriyle uyumsuz birçok düzenlemelere ve kanunlaştırmalara konu olmuştur. Bu yeni düzenleme biçimi Osmanlı hukukuna çağın ihtiyaçlarına cevap veren ve düzenli biçimde işleyen bir yapı kazandıramadığı gibi, Osmanlı hukukunun orijinalliğini de bozmuş, tabir yerinde ise kırk yamalı bohçe haline getirmiştir. Bunda dönemin devlet adamlarının rahat bir çalışma ortamı bulmamalarının, birçok yeniliği ihtiyaç olduğu için veya ihtiyaçlar istikametinde değil, Batılı devletler istedi

²¹⁴ Geniş bilgi için bk. Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 151 vd.

diye yapmalarının ve esas itibariyle de bu konuda hazırlıksız olmalarının etkisi vardır. Bu parça parça düzenlemeler Cumhuriyet döneminde hukukta topyekün Batılılaşma'nın müsait zeminini oluşturmuştur.